



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه
صلى الله عليه وسلم

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

كِتَابُ
الْمَكِّيَاتِ

لِلشَّيْخِ الْأَعْظَمِ سُرِّيٍّ عَلِيِّ الْأَنْصَارِيِّ

١٢١٥ هـ - ١٢٨١ هـ

تَمْدِينُ رِوَايَاتِهِ
الْقِسْمُ الْخَامِسُ كِتَابُ مَكِّيَاتِهِ



تَمْدِينُ رِوَايَاتِهِ
مِنْ مَكِّيَاتِهِ
وَمِنْ مَكِّيَاتِهِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري

نشرت في الطباعة:

نور النور

رقمي الناشر:

مركز القائمة باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

| | |
|----|--|
| 5 | الفهرس |
| 14 | المكاسب المجلد 8 |
| 14 | هوية الكتاب |
| 14 | اشارة |
| 18 | الاهداء |
| 20 | تممة كتاب البيع |
| 20 | اشارة |
| 22 | تممة الكلام في شروط المتعاقدين |
| 22 | مسألة: ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به |
| 22 | اشارة |
| 26 | كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين و المناقشات فيه |
| 48 | هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري و القابل للبائع ؟ |
| 48 | اشارة |
| 50 | مختار المؤلف و دليله |
| 52 | كلام العلامة في الفرق بين البيع وشبهه و بين النكاح و المناقشة فيه |
| 54 | الأولى في الفرق بين النكاح و البيع |
| 58 | مسألة: و من شرائط المتعاقدين الاختيار |
| 58 | اشارة |
| 58 | ما يدل على اشتراط الاختيار |
| 71 | المراد من قولهم المكروه قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله |
| 78 | حقيقة الإكراه |
| 81 | هل يعتبر عدم إمكان التفصي عن الضرر بما لا ضرر فيه |
| 81 | اشارة |

| | |
|-----|---|
| 81 | عدم اعتبار العجز عن التورية |
| 82 | هل يعتبر العجز عن التخلص بغير التورية . |
| 84 | اعتبار العجز عن التخلص بغير التورية |
| 88 | الفرق بين إمكان التفصي بالتورية وإمكانه بغيرها . |
| 90 | عدم اعتبار العجز في الإكراه الراجع لأثر المعاملات |
| 90 | إشارة |
| 93 | المراد من الإكراه الراجع لأثر المعاملات |
| 98 | الفرق بين الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية |
| 99 | لو أكره الشخص على أحد الأمرين |
| 104 | لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد |
| 104 | صور تعلق الإكراه |
| 110 | فروع |
| 110 | الإكراه على بيع عبد من عبيدين |
| 112 | الإكراه على معين فضم غيره إليه |
| 112 | الإكراه على الطلاق |
| 112 | إشارة |
| 117 | أقسام الإكراه على الطلاق، وأحكامها |
| 122 | عقد المكره لو تعقبه الرضا |
| 140 | بقي الكلام في أنّ الرضا المتأخّر ناقلاً أو كاشف ؟ |
| 146 | مسألة: ومن شروط المتعاقدين اذن السيد لو كان العاقد عبدا |
| 146 | إشارة |
| 148 | هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد ؟ |
| 163 | فرع: لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاة فباعه مولاة صح ولزم |
| 165 | مسألة: ومن شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين، أو مأذونين من المالك، أو الشارع |
| 165 | إشارة |

| | |
|-----|---|
| 167 | الكلام في عقد الفضولي |
| 167 | اشارة |
| 167 | اختلف الأصحاب وغيرهم في بيع الفضولي |
| 175 | صور بيع الفضولي |
| 175 | اشارة |
| 176 | المسألة الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك |
| 176 | اشارة |
| 176 | و المشهور: الصحّة |
| 176 | اشارة |
| 180 | قد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروة البارقي |
| 180 | اشارة |
| 180 | المناقشة في الاستدلال بقضية عروة البارقي |
| 186 | الاستدلال للصحّة بصحیحة محمد بن قيس |
| 186 | اشارة |
| 188 | المناقشة في الاستدلال بصحیحة محمد بن قيس |
| 194 | توجيه الاستدلال بصحیحة محمد بن قيس |
| 194 | الاستدلال للصحّة ببيع الفضولي بفحوى صحّة نكاحه |
| 194 | اشارة |
| 196 | المناقشة في الاستدلال المذكور |
| 202 | ما يؤيد لصحة بيع الفضولي |
| 202 | ما ورد في المضاربة |
| 207 | ما ورد في اتجار غير الولي في مال اليتيم |
| 210 | رواية ابن أشيم |
| 215 | صحیحة الحلبي |
| 216 | موتقة عبد الرحمن |

| | |
|-----|---|
| 219 | أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه |
| 220 | مختار المؤلف الصحة |
| 220 | و احتجّ للبطان بالأدلة الأربعة: |
| 220 | أما الكتاب، بآية التجارة عن تراض |
| 224 | و أما السنة، فهي أخبار: |
| 224 | اشارة |
| 227 | المناقشة في الاستدلال بالروايات |
| 235 | الثالث: الإجماع على البطان، |
| 236 | الرابع: ما دلّ من العقل و النقل |
| 239 | و قد يستدلّ للمنع بوجوه أخر ضعيفة، |
| 240 | المسألة الثانية: أن يسبقه منع من المالك |
| 245 | المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه |
| 245 | اشارة |
| 246 | الأقوى الصحة و الدليل عليه |
| 246 | اشارة |
| 246 | الإشكال على صحة هذا البيع من وجوه |
| 246 | اشارة |
| 248 | الوجه الأول و جوابه |
| 248 | الوجه الثاني و جوابه |
| 249 | الوجه الثالث و جوابه |
| 252 | الوجه الرابع و المناقشات فيه و الجواب عنها |
| 270 | الوجه الخامس و جوابه |
| 274 | بقي هنا امران: |
| 274 | اشارة |
| 274 | الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو ديناً، أو في ذمة الغير |

| | |
|-----|---|
| 286 | الثاني: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا: من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطة. |
| 296 | القول في الإجازة و الرد(القول في الإجازة و الرد) - |
| 296 | أما الكلام في الإجازة. |
| 296 | إشارة. |
| 296 | أمّا حكمها، .. |
| 296 | هل الإجازة كاشفة أم ناقلة .. |
| 296 | إشارة |
| 298 | الأكثر على الكشف. |
| 298 | الكلام في أدلة القائلين بالكشف و المناقشات فيها .. |
| 325 | معاني الكشف |
| 333 | ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل مواضع .. |
| 333 | إشارة |
| 333 | منها: النماء، .. |
| 338 | منها: أنّ فسخ الأصل لإنشائه قبل إجازة الآخر يبطل له على القول بالنقل، دون الكشف |
| 351 | ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها .. |
| 361 | أما شروطها .. |
| 361 | و ينبغي التنبيه على أمور: .. |
| 361 | الأول أنّ الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي |
| 362 | الثاني: أنه يشترط في الإجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية .. |
| 362 | إشارة |
| 363 | كفاية الفعل الكاشف عن الرضا في الإجازة .. |
| 368 | كفاية الرضا الباطني، و الاستدلال عليه .. |
| 372 | هل يكفي الرضا مقارنا للعقد أو سابقا عليه ؟ .. |
| 373 | الثالث: من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد .. |
| 376 | الرابع: الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله .. |

| | |
|-----|---|
| 379 |الخامس: اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن، ولا لاقباض المبيع |
| 384 |السادس: الاجازة ليست على الفور |
| 385 |السابع: هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً، أو خصوصاً أم لا؟ |
| 389 |الفهارس |
| 389 |اشارة |
| 391 |1 - فهرس الأبحاث |
| 403 |2 - فهرس التعليقات |
| 419 |3 - فهرس الآيات الكريمة |
| 419 |1 - |
| 419 |ض - |
| 420 |4 - فهرس الأحاديث الشريفة |
| 420 |1 - |
| 420 |ب - |
| 421 |ت - |
| 422 |ج - |
| 422 |ح - |
| 422 |خ - |
| 422 |ذ - |
| 422 |ر - |
| 422 |س - |
| 422 |ش - |
| 422 |ط - |
| 423 |ف - |
| 424 |ق - |
| 424 |ك - |

424 ل -

425 م -

426 ن -

426 و -

426 ه -

427 ي -

428 5 - فهرس الأعلام

428 ا -

428 ب -

429 ت -

430 ج -

430 ح -

430 د -

430 ر -

430 ز -

431 س -

431 ش -

432 ص -

432 ض -

432 ط -

433 ع -

434 ف -

434 ق -

434 ك -

434 م -

435 - ي -

436 6 - فهرس الأمكنة و البقاع ..

436 - ا -

436 - ب -

436 - ج -

436 - ع -

436 - ف -

436 - ق -

436 - ك -

436 - و -

437 7 - فهرس الكتب ..

437 - ا -

437 - ت -

437 - ج -

437 - ح -

437 - خ -

437 - د -

437 - ر -

438 - س -

438 - ش -

438 - غ -

438 - ق -

438 - ك -

439 - ل -

439 - م -

439 - ن -

439 - و -

440 - لفت نظر -

441 جدول الخطأ و الصواب

445 خاتمة

447 تعريف مركز

المكاسب المجلد 8

هوية الكتاب

كِتَابُ الْمَكَايِبِ

للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري قدس سره

1214هـ - 1281م

تحقيق و تعليق : السيد محمد كلانتر

المجلدات 17 ج

منشورات مؤسسة النور للمطبوعات - بيروت - لبنان

ص: 1

إشارة

المكاسب

نويسنده: انصاری، مرتضى بن محمدامين

محقق: كالانتر، محمد

تعداد جلد: 17

زبان: عربى

ناشر: منشورات دارالنجف الدينية - مطبعة الآداب

سال نشر: 1281-1214 هجرى قمرى

ص: 2

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سيدي.. أبا صالح. يا ولي العصر.

هذه جهودي بين يديك متواضعة بذلتها في سبيل تخليد فقه (أئمة أهل البيت) وهم آباؤك و أجدادك الطاهرون عليهم الصلاة و السلام في سبيل احياء تراثنا العلمي الأصيل، أهديها إليك... يا حافظ الشريعة يا من يملأ الأرض قسطا و عدلا بعد ما ملئت ظلما و جورا فأنت أولى بها ممن سواك، و لا أراها متناسبة و ذلك المقام الرفيع.

و أراني مقصرا و قاصرا غير أن الهدايا على قدر مهديها.

فتفضل عليّ يا سيدي عجل الله تعالى لك الفرج بالقبول، فإنه غاية المأمول.

عبد الراجي السيّد محمّد كلانتر

ص: 6

تتمة كتاب البيع

اشارة

ص:7

شروط المتعاقدين

ص: 8

مسألة: و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به

إشارة

(مسألة): و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به (1).

+++++

(1) يروم الشيخ من اشتراط قصد المتعاقدين لمدلول العقد الذي يتلفظان به في هذه المسألة الإشارة الى شروط ثلاثة يجب وجودها في المتعاقدين سواء في البيع أم في غيره:

(الاول): كون العاقد قاصدا للفظ أي يكون ملتفتا إليه، و قاصدا له عند صدوره منه.

و الغرض من هذا الشرط إخراج اللفظ الصادر من الغافل و النائم عن حريم المسألة، فإنه لا أثر لما يصدر عنهما، لعدم التفاتهما إليه عند صدوره منهما.

و كذا إخراج اللفظ الصادر من الغالط في قوله: آجرتك و هو يريد البيع.

(الثاني): كون العاقد قاصدا للمعنى: أي يكون الداعي لاستعمال اللفظ في المعنى هو إرادة إيجاد هذا المدلول في عالم الخارج، و كونه مريدا لايجاد المنشأ بهذا اللفظ الذي هو آلة لايجاده.

و الغرض من هذا الشرط هو اخراج الهازل و اللاعب باللفظ على سبيل اللعب عن حريم المسألة، لعدم وجود إرادة منهما لايجاد المنشأ في الخارج حقيقة وجدا.

و اشتراط القصد بهذا المعنى (1) في صحة العقد، بل في تحقق مفهومه (2) مما لا خلاف فيه و لا إشكال، فلا (3) يقع من دون قصد الى اللفظ كما في الغلط.

أو الى المعنى (4) كما في الهازل

+++++

- (الثالث): كون مدلول اللفظ مطابقا لما يراد منه أي لا يكون اللفظ مستعملا في غير ما وضع له بغير علاقة كاستعمال لفظ البيع في قوله:

بعث في الإخبار، أو الاستفهام، أو معنى مغاير لمدلول العقد كإرادة القرض من البيع مثلا.

و الغرض من هذا الشرط هو إخراج المذكورات عن حريم المسألة.

(1) و هو قصد المتعاقدين لمدلول العقد الذي يتلفظان به.

و المراد من مدلول العقد هو تمليك العين، أو المنفعة.

(2) أي في تحقق مفهوم العقد خارجا، فإن العقد لا يتحقق في الخارج اذا لم يقصد المتعاقدان مدلوله الذي يتلفظان به.

فبين صحة العقد، و تحقق مفهوم العقد خارجا عموم و خصوص مطلق اذ كلما صدقت صحة العقد في الخارج صدق تحقق مفهومه.

و ليس كلما صدق تحقق مفهوم العقد خارجا صدقت الصحة كما في العقد الباطل الفاقد لبعض شرائط العقد.

فالأخصية من جانب الصحة.

(3) القاء تفریع علی ما أفاده: من اشتراط قصد المتعاقدين لمدلول العقد الذي يتلفظان به.

هذا اشارة الى الشرط الاول الذي ذكرناه في الهامش 1 ص 9

(4) اي و كذلك لا يقع العقد من دون قصد المتعاقدين الى معنى اللفظ.

هذا اشارة الى الشرط الثاني المشار إليه في الهامش 1 ص 9

ص: 10

لا بمعنى (1) عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلق ارادته (2) به وإن اوجد (3) مدلوله بالإنشاء كما في الأمر الصوري (4) فهو شبيه الكذب في الإخبار.

أو قصد (5) معنى يغير مدلول العقد: بأن قصد الإخبار (6) أو الاستفهام (7)، أو إنشاء معنى غير البيع مجازاً (8)، أو غلطا (9) فلا (10) يقع البيع، لعدم القصد إليه،

+++++

(1) اي وليس معنى عدم القصد الى المعنى أن الهازل لا يقصد استعمال اللفظ في معناه، حيث إنه يستعمل اللفظ في معناه و يقصده منه، لكنه على نحو الهزل من دون إرادة جدية منه للمعنى، فهو في الحقيقة لا يكون قاصدا لإنشاء كما هو الحال في الأوامر الصورية التي هي كذب بالإنشاء

(2) اي إرادة الهازل بالمعنى كما عرفت آنفا.

(3) اي الهازل كما عرفت آنفا.

(4) حيث إن الأمر الصوري ليس أمرا حقيقيا، لعدم وجود إرادة جدية فيه، بل الأمر الصادر من الأمر على سبيل المزاح.

(5) هذا اشارة الى الشرط الثالث المشار إليه في ص 10

(6) اي من لفظ بعث في قوله: بعث اراد الإخبار.

(7) اي من لفظ بعث في قوله: بعث اراد الاستفهام.

(8) كما لو اراد من لفظ بعث في قوله: بعث الاجارة، بناء على جواز استعمال لفظه الموضوع لنقل الأعيان في نقل المنافع مجازا، حيث إن البيع يفيد نقل المنافع بالتبع.

(9) اي أو انشأ معنى غير البيع من لفظ بعث غلطا كما لو عبر عن البيع بالاعارة، أو إنشاء القرض منه و هو يريد القرض.

(10) الفاء تفرع على ما افاده في قوله: أو قصد معنى يغير مدلول

ص: 11

و لا (1) المقصود اذا اشترطت فيه (2) عبارة خاصة.

ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي (3) و المكره (4)

+++++

- العقد، أى فعلى ضوء ما ذكرنا لا يقع البيع لو قصد منه الإخبار أو الاستفهام، أو معنى يغير مدلول العقد، لعدم القصد الى البيع فيلزم أن ما قصد لم يقع، و ما وقع لم يقصد، لعدم وقوع البيع منه.

(1) اى و لا يقع المقصود و هو الإخبار، أو الاستفهام، أو قصد معنى مغاير لمدلول العقد، بناء على اشتراط عبارة خاصة في المذكورات.

(2) اى في قصد معنى مغاير لمدلول العقد كما عرفت.

(3) لأنه مع علمه بكون العقد المؤثر شرعا هو الصادر عن المالك لا عن الاجنبي لا اثر لعقده، لعدم تحقق القصد منه الى حقيقة العقد

فانشاؤه إنشاء صوري لا يترتب عليه اي اثر.

و الجواب عن هذا الإشكال: أنه من الممكن أن يقال: إن عقد الفضولي وإن لم يكن علة تامة في التأثير الذي هو النقل و الانتقال، لكنه مقتضى لهما فيتم بالاجازة التي هو احد جزئي وقوع العقد، و الجزء الآخر هو العقد.

فإن صدرت الاجازة صح العقد و وقع للمالك.

و إن لم تصدر وردّ العقد لم يقع للمالك، و لا للعاقد

فالمانع من نفوذ عقد الفضولي هو عدم صدوره ممن له حق النقل و الانتقال، لا عدم تحقق القصد من الفضولي، لأنه قاصد عند إنشاء اللفظ و ايجاده في عالم الخارج الى حقيقة العقد.

(4) لأن المكره بالفتح لا يريد ايجاد النقل و الانتقال في الخارج باختياره، وإنما الخوف الجاه الى الإنشاء، فلولا التهديد من المكره بالكسر و تخويله للمكره بالفتح لما انشأ أبدا.

ص: 12

كما صرح (1) به في المسالك، حيث قال: إنهما قاصدان الى اللفظ، دون مدلوله.
وفيه (2) أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد.
مضافا الى ما سيحيى في أدلة الفضولي (3).

و أما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين و المناقشات فيه

و اعلم أنه ذكر بعض المحققين (4) ممن عاصرناه كلاما في هذا المقام (5)

+++++

فإنشأؤه إنشاء ساذج فارغ عن القصد.

و الخلاصة أن الداعي للإنشاء ليس قصد المنشأ في عالم الخارج حتى يترتب عليه الاثر: وهو النقل و الانتقال.

و الجواب عنه: أنه يمكن أن يقال: إن المكروه بالفتح قاصد لتحقيق النقل و الانتقال في الخارج، إلا- أنه ليس هناك طيب النفس منه حالة صدور العقد.

و من الواضح أن طيب النفس صفة اجنبية عن مقولة القصد لا ربط لها بحقيقة القصد فلا يكون فقدانها موجبا لعدم تحقق القصد.

(1) اي بعدم تحقق القصد من الفضولي، و المكروه.

(2) اي و فيما افاده الشهيد الثاني في المسالك في هذا الباب نظر و إشكال.

و قد ذكر الشيخ وجه الإشكال في المتن فلا نعيده.

(3) و هي كفاية هذا المقدار من القصد في عقد الفضولي، لقيام الاجماع عليها.

(4) و هو المحقق الشيخ اسد الله التستري صاحب المقابيس - قدس سره -

(5) و هو اعتبار قصد المتعاقدين لمدلول العقد الذي يتلفظان به.

في أنه هل يعتبر تعيين المالكين (1) الذين يتحقق النقل، أو الانتقال بالنسبة إليهما أم لا؟

و ذكر أن في المسألة (2) أوجها وأقوالا، وأن المسألة في غاية الإشكال، وأنه قد اضطرت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه.

ثم قال (3): و تحقيق المسألة أنه إن (4) توقف تعيين المالك على التعيين

+++++

اعلم أن للمحقق التستري في هذا المقام نظريات ثلاث ذكرها في المقاييس وقد نقلها عنه الشيخ هنا.

و نحن نذكرها بتمامها، ونشير إلى كل واحدة منها عند رقمها الخاص

(1) المراد من المالكين هنا البائع والمشتري، إذ بالبيع ينتقل الثمن إلى البائع، وبالشراء ينتقل الثمن إلى المشتري.

(2) وهي مسألة اعتبار تعيين المالكين الذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة إليهما.

(3) أي قال (المحقق التستري) في المقاييس.

(4) هذه هي النظرية الأولى.

و خلاصة ما افاده هناك: أن البائع والمشتري إما أن يكونا متعينين حال العقد، أو غير متعينين.

فعلى الأول لا تحتاج المعاملة إلى تعيينهما، لتعيينهما في الواقع، وانصراف المعاملة إليهما كما لو كان زيد هو البائع، أو المشتري فقام بالمعاملة عنه وكيله، أو وليه.

وعلى الثاني تحتاج المعاملة إلى التعيين، لعدم تعيين البائع والمشتري في عالم الواقع، بداهة صلاحية كل واحد منهما أن يكون بايعا، أو مشتريا كما لو كان العاقد وكلا عنهما في البيع والشراء، أو وليا عليهما.

ص: 14

حال العقد، لتعدد (1) وجه وقوعه الممكن شرعا: اعتبر تعيينه في النية أو مع التلفظ به أيضا كبيع الوكيل، والولي العاقد عن اثنين في بيع واحد (2)، أو الوكيل عنهما، والولي عليهما في البيوع المتعددة (3) فيجب أن يعين من يقع له البيع، أو الشراء من نفسه، أو غيره.

وأن يميز (4) البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما

+++++

(1) تعليل لقوله: إن توقف تعين المالك على التعيين.

وقد عرفت التعليل عند قولنا في الهامش 4 ص 14: وعلى الثاني.

(2) وقد عرفت ذلك عند قولنا في الهامش 4 ص 14: كما لو كان العاقد وكيفا عنهما في البيع والشراء: بأن يكون وكيفا عن احدهما في البيع وعن الآخر في الشراء.

(3) كما لو كان زيد وكيفا عن عمرو، أو وليا عليه للشراء له وبيع عنه.

وكان وكيفا أيضا عن شخص ثان، أو وليا عليه في الشراء له وبيع عنه.

ففي هاتين الصورتين يجب على الوكيل، أو الولي تعيين البائع أو المشتري عند صدور العقد منه.

(4) بصيغة الفاعل أي على الوكيل عن زيد، أو الولي عليه أن يميز البائع عن المشتري حال صدور العقد منه.

هذه هي النظرية الثانية تعرض لها صاحب المقاييس - قدس سره - في مسألة اشتراط قصد المتعاقدين لمدلول العقد الذي يتلفظان به.

و خلاصتها: أنه إذا كان شخص وكيفا عن اثنين في البيع والشراء أو وليا عليهما في البيع والشراء: بأن يصلح كل منهما أن يكون بايعا

ص: 15

فاذا عين (1) جهة خاصة تعينت.

وإن اطلق (2) فإن كانت هناك جهة ينصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين كما (3) لو دار الامر بين نفسه

+++++

أو مشتريا فواقع العقد من قبلهما: بأن اشترى لاحدهما و باع عن الآخر.

فهنا لا يخلو الواقع من احد الامرين:

فإما أن يعين الوكيل، أو الولي جهة خاصة: بأن يقول: اشترت لزيد وكالة عنه، أو ولاية عليه، و بعث عن عمرو وكالة عنه، أو ولاية عليه، فحينئذ تعينت الجهة الخاصة عند صدور العقد من الوكيل، أو الولي و وقع العقد صحيحا.

و إما أن يطلق: بأن لا يقول: اشترت لزيد وكالة عنه، أو ولاية عليه، و لا بعث لعمرو وكالة عنه، أو ولاية عليه.

فإن كانت في هذه الحالة جهة ينصرف إليها الاطلاق اى قرينة معينة بها ينصرف هذا الاطلاق كان هذا الاطلاق كالتعيين أي يكون حكمه حكم ذاك من دون فرق بينهما.

كما لو دار الامر بين أن يكون الإنسان اصيلا عن نفسه في المعاملة الصادرة عنه، أو وكيلاً عن الغير، فالقرينة الحالية الدالة على أن المعاملة الصادرة منه قد وقعت لنفسه تغنيانا عن كونها صادرة منه لموكله، لاحتياج الوكالة الى مؤونة زائدة، و الاصل عدمها.

(1) قد اشرنا الى معنى هذا عند قولنا: فإما أن يعين الوكيل.

(2) قد اشرنا الى معنى هذا في عند قولنا: و إما أن يطلق.

(3) هذا تنظير لما اذا كانت في صورة الاطلاق جهة خاصة أي قرينة

وغيره اذا (1) لم يقصد الإبهام، أو التعيين بعد العقد، وإلا (2) وقع لاغيا وهذا (3) جار في سائر العقود: من النكاح وغيره.

و الدليل (4) على اشتراط التعيين، و لزوم متابعته في هذا القسم أنه لو لا ذلك لزم (5) بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الامر، وأن (6)

+++++

معينة، فقد عرفت التنظير عند قولنا في ص 16: كما لو دار الامر بين أن يكون.

(1) اي ما قلناه: من أن الاطلاق كالتعيين اذا كانت هناك قرينة معينة فيما اذا لم يقصد العاقد من العقد الإبهام، أو يقصد التعيين بعد العقد

(2) اي لو قصد العاقد عند العقد الإبهام، أو قصد التعيين بعد العقد فلا تنصرف المعاملة إليه فيقع العقد لاغيا.

(3) أي ما قلناه: من التعيين و الاطلاق جار في جميع العقود من النكاح وغيره، و لا اختصاص له بالبيع.

(4) من هنا اخذ المحقق التستري صاحب المقابيس في الاستدلال على اشتراط تعيين البائع من المشتري في العقد بأمر ثلاثة نشير الى كل واحد منها تحت رقمه الخاص.

(5) هذا هو الدليل الاول.

و خلاصته أنه لو لم يشترط التعيين عند صدور العقد اذا لم يكن البائع و المشتري متعيينين لزم بقاء الملك في عالم الواقع بلا مالك معين و هذا محال لأن البيع تملك، و التملك متقدم بشيئين:

المالك و المملوك، فاذا لم يكن المالك في البيع معيناً لزم تحقق الملكية بدون المالك و هو محال.

(6) هذا هو الدليل الثاني.

ص: 17

لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان، ولا بشيء (1) من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك، وفساد ذلك ظاهر، ولا دليل على تأثير التعيين المتعقب (2)، ولا (3) على صحة العقد المبهم، لانصراف (4) الأدلة الى ما هو الشائع المعروف من الشريعة، والعادة (5)

+++++

و خلاصته: أن المستفاد من الأدلة الشرعية هو وجوب تحديد المنشأ من جهات عديدة.

(منها): أن يكون محددًا بذاته كتعيين أنه بيع، أو اجارة.

(منها): تحديده من ناحية المميزات الخاصة كتعيين المالك و العوضين فالترديد في احدى الجهتين موجب لبطلان العقد، لقيام الاجماع على ذلك

فالجزم بالمالك الخاص من العوامل الدخيلة في صحة العقد.

(1) هذا هو الدليل الثالث.

و خلاصته: إجراء أصالة الفساد في المعاملة التي لم يتعين البائع و المشتري فيها، لأن الأدلة المستفاد منها صحة المعاملة منصرفه الى المعاملة التي عين فيها المالك، فعند عدم تعيين المالك لا تأتي تلك الأدلة، فمرجع مثل هذه المعاملة حينئذ الفساد.

(2) اي بعد العقد.

(3) أى و لا دليل أيضا على صحة العقد المبهم.

(4) تعليل لعدم صحة العقد المبهم اي لانصراف أدلة صحة العقد الى العقد الشائع المعروف عند الشريعة و هي المعاملة المذكور فيها المالك و العوضان و نوعيتها: من كونها بيعا، أو مزارعة، أو مساقاة، أو غير ذلك

(5) اي و لانصراف أدلة صحة العقد الى العقد الشائع المعروف من العادة، فإن العادة تحكم بعدم تأثير المعاملة المعين فيها المالك عقيب العقد، و بعد صدوره.

ص: 18

فوجب الحكم بعدمه (1)

وعلى هذا (2) فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة (3)، فإن عيّن ذلك الغير تعيين ووقف على اجازته، سواء تلفظ بذلك (4) أم نواه (5)

وإن ابهم (6) مع قصد الغير بطل، ولا يتوقف الى أن يوجد له مجيز

الى أن قال (7): وإن لم يتوقف (8) تعيين المالك على التعيين حال العقد: بأن يكون العوضان معينين، ولا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لمالكهما

+++++

أو إذا كانت مبهمة: من حيث ذكر المالك، أو العوضين، أو نوعيتهما

(1) اي بعدم وجود الإبهام في العقد.

(2) اي وعلى اشتراط تعيين البائع والمشتري في العقد.

(3) اي في ذمة الغير: بمعنى أنه اشترى للغير شيئاً بمال الغير.

(4) اي تلفظ بالغير واتي باسمه: بأن قال: اشتريت هذه الدار لزيد بمائة دينار في ذمة زيد.

(5) اي أم نوى ذلك الغير.

(6) اي فلو ابهم العاقد عند ما يجري العقد مع قصده الشراء للغير بطل العقد، ولا يتوقف الى أن يوجد له مجيز.

(7) اي المحقق التستري في المقاييس.

(8) هذه هي النظرية الثالثة حول اشتراط قصد المتعاقدين لمدلول العقد الذي يتلفظان به.

و خلاصتها: أنه إن لم يتوقف تعيين المالك على تعيين البائع والمشتري:

بأن كان العوضان معينين كما اذا كان الثمن لزيد، والمثمن لعمر وفوكلا- شخصا ثالثا للمعاملة فباع المثمن بالثمن من دون تعيين المالكين.

ص: 19

ففي وجوب (1) التعيين، أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه (2) مطلقاً، أو التفصيل (3) بين التصريح بالخلاف فيبطل (4)، وعدمه (5) فيصح: أوجه (6)؟

(أقواها الاخير (7)

+++++

فهل المعاملة هذه تقع صحيحة، أو تتوقف على تعيين البائع والمشتري؟

فالأقوال هنا ثلاثة:

(الاول): وجوب التعيين، أو الاطلاق المنصرف الى التعيين.

(الثاني): عدم الوجوب مطلقاً، سواء صرح بالخلاف أم لم يصرح، لتعيينه في الواقع فتصح المعاملة وإن صرح بالخلاف، فضلاً عن قصده.

(الثالث): التفصيل بين التصريح بالخلاف، وعدمه، فإن صرح بالخلاف كما اذا كان الثمن لزيد فقال: بعته عن عمرو وبطلت المعاملة.

وإن لم يصرح بالخلاف فالمعاملة صحيحة، ولا تتوقف الصحة على التعيين.

(1) هذا هو القول الاول المشار إليه آنفا

(2) هذا هو القول الثاني المشار إليه آنفا

(3) هذا هو القول الثالث المشار إليه آنفا

(4) اى العقد كما عرفت في القول الثالث

(5) اى وبين عدم التصريح بالخلاف فلا يبطل العقد كما عرفت في القول الثالث.

(6) اى أقوال ثلاثة كما عرفت كلها عند قولنا: الاول، الثاني الثالث.

(7) وهو القول بالتفصيل كما عرفته في القول الثالث.

ص: 20

(و أوسطها الوسط (1)

(و أشبهها للاصول الاول (2)

وفي حكم (3) التعيين ما اذا عين المال بكونه في ذمة زيد مثلا و على الأوسط (4) لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه (5)

+++++

(1) و هو القول الثاني كما عرفت.

(2) و هو القول الاول كما عرفت اى أشبه الوجوه الثلاثة بالاصول القول الاول.

و المراد بالاصول هي الاصول الثلاثة

أصالة الفساد.

أصالة عدم ترتب الاثر الذي هو النقل و الانتقال.

أصالة عدم تحقق النقل و الانتقال.

و لا يخفى أن ما افاده المحقق التستري من أقوائية القول الثالث و أوسطية القول الثاني غير ممكن الجمع.

(3) اى وفي حكم تعيين العوض و تشخصه في الخارج اضافة العوض الى شخص معين و إن كان كليا، فالأقوال الثلاثة تأتي في هذا العوض المضاف الى شخص معين، و لا تختص بالعوض المعين الشخصي الخارجي.

(4) اى و على القول الثاني من الأقوال الثلاثة التي ذكرناها لك و هو عدم وجوب التعيين مطلقا، سواء صرح بالخلاف أم لم يصرح.

(5) اى وقع هذا البيع عن نفسه و شخصه، لا عن الغير.

أما سر عدم مجيء القول الاول هنا هو عدم وجوب تعيين المالك واقعا و في نفس الامر.

و أما سر عدم مجيء القول الثالث فهو أن التصريح بالخلاف لا يغير الواقع عما هو عليه.

و لغا قصد كونه عن الغير.

ولو (1) باع مال زيد عن عمرو، فإن كان (2) وكيلًا عن زيد صح عنه، وإلا (3) وقف على اجازته.

ولو اشترى (4) لنفسه بمال في ذمة زيد، فإن لم يكن وكيلًا عن زيد وقع له (5) وتعلق المال بذمته (6)، لا عن زيد، ليقف (7) على اجازته.

وإن كان (8) وكيلًا فالمقتضي لكل من العقدين منفردًا موجود.

+++++

(1) اى و على القول الثاني الذي ذكرناه لك في ص 20

(2) اى البائع مال زيد لو كان وكيلًا عن زيد في البيع عن عمرو صح البيع عن عمرو.

أما سر عدم مجيء القول الاول و الثالث هنا ما قلناه في الهامش 5 ص 21: فيما لو باع مال نفسه عن الغير.

(3) اى و إن لم يكن البائع وكيلًا عن زيد في بيع ماله عن عمرو

(4) اى و على القول الأوسط الذي هو القول الثاني.

(5) اى وقع البيع عن نفس المشتري، و تعلق ثمن هذا الشراء بذمته و لا يقع البيع عن زيد حتى يتوقف على اجازته، فإن اجاز صح، و الا فلا

(6) اى بذمة المشتري كما عرفت آنفا.

(7) اللام للغاية بمعنى حتى اى حتى يقف العقد على اجازة زيد الموكل

(8) اى المشتري لنفسه بمال في ذمة زيد لو كان وكيلًا عن زيد في الشراء.

خلاصة هذا الكلام أن مثل هذا الشراء في صورة الوكالة يمكن أن يقع لنفسه، و يمكن أن يقع عن زيد الموكل، لاقتضاء الشراء لكل واحد من العقدين منفردًا.

ص: 22

و الجمع بينهما (1) يقتضي إلغاء احدهما.

ولمّا لم يتعين (2) احتمال البطلان (3)، للتدافع.

وصحته (4) عن نفسه، لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح (5) جانب الأصالة.

+++++

أما اقتضاؤه للمشتري فلاضافته الى نفسه في قوله: اشتريته لنفسي.

و أما اقتضاؤه للموكل فلاضافة ثمن الشراء الى ذمة زيد الذي هو الموكل

(1) اي بين العقدين و هما: إمكان وقوع العقد للمشتري، و وقوعه للموكل

(2) اي احد العقدين.

(3) اي بطلان المعاملة لاجل التدافع.

وجه التدافع: أن اضافة الشراء لنفسه في قوله: اشتريته لنفسي تدفع الشراء للموكل.

و اضافة الثمن الى ذمة الموكل في قوله: اشتريته لنفسي في ذمة زيد تدفع الشراء لنفسه، فكل اضافة تدافع الاخرى، فهذا التدافع موجب للبطلان.

(4) اي و احتملت صحة هذه المعاملة الواقعة عن نفسه بمال في ذمة زيد وجه الصحة أنه في مثل هذه الحالة يدور الامر بين وقوع المعاملة لنفسه أصالة، و وقوعها عن زيد وكالة باضافة الثمن الى ذمة زيد.

لكن وقوعها عن نفسه أصالة أولى من وقوعها عن زيد وكالة، لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء الواقع عن نفسه، و لترجيح جانب الأصالة على الوكالة.

(5) بالجر عطفًا على مجرور (اللام الجارة) في قوله: لعدم اي و لترجيح جانب الأصالة كما عرفت.

و عن الموكل (1)، لتعين العوض في ذمة الموكل.

فقصد (2) كون الشراء لنفسه لغوا كما في المعين.

و لو اشترى (3) عن زيد بشيء في ذمته فضولا و لم يجز فاجاز عمرو و لم يصح عن احدهما.

+++++

(1) اى و يحتمل وقوع المعاملة عن الموكل الذي اضاف المشتري ثمن الشراء الى ذمته، للقاعدة المسلمة المعروفة: و هو دخول المثلث في ملك من خرج عنه الثمن.

إذا صارت الاحتمالات ثلاثة.

(الأول): بطلان المعاملة وفسادها، للتدافع.

(الثاني): صحة المعاملة، للدوران المذكور.

(الثالث): وقوع المعاملة عن زيد الموكل، للقاعدة المسلمة.

(2) الفاء تقرير على ما أفاده: من احتمال وقوع المعاملة عن الموكل أى فعلى ضوء ما ذكرناه: من الاحتمال الثالث: و هو وقوع المعاملة عن الموكل، للقاعدة المسلمة يكون قصد المشتري شراء السلعة عن نفسه باطلا و لغوا.

كما لو كان الشراء من بادئ الامر معيناً.

(3) اى و على القول الأوسط و هو القول الثاني المشار إليه في ص 20 فلو اشترى شخص لزيد شيئاً فضولا و جعل ثمنه بذمة زيد و لم يجز زيد الشراء فاجاز عمرو و الذي كان اجنبياً عن المعاملة، لعدم شراء الفضولي لعمرو، بل اشترى لزيد فلا يقع الشراء لزيد، و لا العمرو

أما عدم وقوعه لزيد فلعدم اجازته له.

و من الواضح توقف صحة الشراء على الاجازة.

ص: 24

وقس على ما ذكر (1) حال ما يرد من هذا الباب (2)

و لا فرق (3) على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة و التسمية.

و يفرق بينهما (4) على الأخير

و يبطل الجميع (5) على الاول

انتهى كلامه (6)

+++++

و أما عدم وقوعه عن عمر و فلكونه اجنبيا عن المعاملة، لعدم إقدام المشتري الشراء له.

(1) و هي الفروع المذكورة في قول صاحب المقاييس في ص 14: و إن لم يتوقف تعيين المالك على التعيين الى قوله في ص 16: و لو اشترى عن زيد بشيء.

(2) و هو باب توقف تعيين المالك على تعيين البائع و المشتري أو عدمه

(3) خلاصة هذا الكلام أنه لا فرق على القول الثاني المشار إليه في ص 20 في الأحكام المذكورة التي هي الفروع المترتبة على قول صاحب المقاييس قدس سره بين كون العاقد ينوي مخالفة ما اوقعه أو يصرح بذلك، لعدم وجوب تعيين المالك على تعيين البائع و المشتري مطلقا سواء صرح بالخلاف أم لم يصرح.

(4) اي بين نية الخلاف، و التسمية على القول الاخير و هو القول الثالث المشار إليه في ص 20، لأن التصريح بالخلاف سبب لفساد المعاملة بخلاف ما اذا نوى فلا يبطل العقد.

(5) و هو نية الخلاف، أو التصريح بالخلاف على القول الاول و هو المشار إليه في ص 20، لوجوب تعيين البائع و المشتري، أو الاطلاق المنصرف الى التعيين.

(6) اي كلام المحقق التستري فيما افاده في المقاييس، و الذي نقله

ص: 25

(اقول) (1): مقتضى المعاوضة و المبادلة دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر؛ وإلا (2) لم يكن كل منهما عوضا و بدلا.

و على هذا (3) فالقصد الى العوض و تعيينه يغني عن تعيين المالك.

إلا أن ملكية العوض، و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك، فإن (4) من الأعواض ما يكون متشخصا بنفسه في الخارج كالأعيان (5)

(و منها) (6): ما لا يتشخص إلا باضافته الى مالك كما في الذمم لأن ملكية الكلبي لا تكون إلا مضافة الى ذمة (7)

و إجراء أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المررد بين شخصين

+++++

عنه الشيخ هنا في ص 13 بقوله: و اعلم أنه ذكر بعض المحققين.

(1) من هنا كلام شيخنا الانصارى يروم النقاش مع المحقق التستري حرفيا فيما افاده: من النظريات الثلاث.

(2) اى و إن لم يكن مقتضى المعاوضة و المبادلة ما ذكرناه.

(3) اى و على هذا الاقتضاء.

هذا رد على النظرية الاولى لصاحب المقابيس المذكورة في ص 14 بقوله: إن توقف تعين المالك على التعيين اعتبر تعيينه في النية.

(4) تعليل لتوقف ملكية العوض، و ترتب آثار الملك على العوض أحيانا على التعيين.

(5) اى كالأعيان الخارجية المعلومة، سواء أكانت نقودا أم أعراضا

(6) اى و بعض الأعواض.

(7) حيث إن الكلبي لا يتشخص و لا يتعين في الخارج إلا باضافته الى الذمة.

ص: 26

فتعين الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه، لتوقف اعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين صاحب الذمة (2)

فصح على ما ذكرنا (3) أن تعيين المالك مطلقا غير معتبر، سواء في العوض المعين (4) أم في الكلي (5)، و أن (6)، اعتبار التعيين فيما ذكره (7) من الأمثلة في الشق الاول (8) من تفصيله إنما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعيين

+++++

(1) كما اذا قال المشتري الفضولي: اشترت للغير ولم يصف المال الى ذمة شخص معين، فإن الغير مجهول مردد بين شخصين فصاعدا.

(2) بناء على عدم معهودية إجراء أحكام الملك على ذمة الواحد المردد بين شخصين فصاعدا.

(3) وهو أن مقتضى المعاوضة و المبادلة دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر.

(4) كما في الأعيان الخارجية.

(5) كما في الأعيان المتعلقة بالذمم.

(6) هذا رد على ما افاده المحقق التستري بقوله في ص 15: اعتبر تعيينه في النية، أو مع التلفظ به كبيع الوكيل، و الولي العاقد.

(7) وهي المذكورة في قول صاحب المقابيس، و الذي نقله عنه الشيخ في ص 15: كبيع الوكيل، و الولي العاقد عن اثنين في بيع واحد و الوكيل عنهما، و الولي عليهما.

(8) المراد منه هي النظرية الاولى للمحقق التستري التي نقلناها عنه في الهامش 4 ص 14 بقولنا: هذه هي النظرية الاولى

ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإن (1) من اشترى لغيره في الذمة اذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا (2)، لأن ما في الذمة ما لم يضاف الى شخص معين لم تترتب عليه أحكام المال: من جعله ثمنا، أو مثمنا.

و كذا (3) الوكيل، أو الولي العاقد عن اثنين، فإنه اذا جعل (4) العوضين في الذمة بأن قال: بعت عبدا بالف، ثم قال: قبلت فلا يصير العبد قابلا للبيع، ولا الألف قابلا للاشتراء به حتى يسند كلا منهما الى معين، أو الى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين فيقول: بعت عبدا من مال فلان بالف من مال فلان فيمتاز البائع عن المشتري.

و أما (5) ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما اذا كان العوضان معينين

+++++

(1) تعليل لكون اعتبار التعيين إنما هو لتصحيح ملكية العوض لا لتوقف المعاملة على ذلك الشخص.

(2) أي ملكا للبائع.

(3) هذا رد على ما افاده صاحب المقاييس في قوله في ص 15 عند نقل الشيخ عنه: كبيع الوكيل والولي العاقد عن اثنين.

(4) أي اذا جعل الوكيل، أو الولي الثمن و المثلن في الذمة، و لم يضيفهما الى شخص معين لا يصير المثلن قابلا للبيع، و لا الثمن قابلا للاشتراء به

(5) هذا رد على النظرية الثالثة لصاحب المقاييس فيما افاده و نقله عنه الشيخ في ص 19 بقوله: و إن لم يتوقف تعيين المالك على التعيين.

و المراد من الوجوه الثلاثة ما افاده صاحب المقاييس بقوله في ص 20:

ففي وجوب التعيين، أو الاطلاق المنصرف الى التعيين، أو عدم وجوب التعيين مطلقا، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، و عدم التصريح بالخلاف فيصح العقد.

ص: 28

فالمقصود اذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت (1) أن من لوازمها العقلية دخول العوض في ملك مالك المعوض، تحقيقا (2) لمفهوم العوضية و البدلية: فلا حاجة الى تعيين من ينقل عنهما، أو إليهما العوضان، وإذا لم تقصد المعاوضة الحقيقية (3) فالبيع غير منعقد.

فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوض فقال: ملكتك فرسى هذا بحمار عمرو فقال المخاطب: قبلت: لم يقع البيع لخصوص المخاطب، لعدم مفهوم المعاوضة معه (4) وفي وقوعه (5) اشتراء فضوليا لعمرو كلام يأتي.

+++++

(1) اي في قول الشيخ ردا على صاحب المقاييس في ص 26: أقول مقتضى المعاوضة و المبادلة.

(2) منصوب على المفعول لا-جله اي القول بأن من لوازم العقلية في المعاوضة الحقيقية دخول العوض في ملك مالك المعوض إنما هو لأجل تحصيل مفهوم العوضية و البدلية، حيث إن مفهوم المعاوضة هو دخول المثلث في ملك من خرج الثمن من ملكه.

فكلما اطلقت المعاوضة و المبادلة فهم منها هذا المعنى.

(3) التي عرفت معناها عند ما اورد الشيخ على صاحب المقاييس بقوله في ص 26: أقول: مقتضى المعاوضة و المبادلة دخول كل من العوضين في ملك الآخر.

(4) اي مع هذا المخاطب، حيث إن المخاطب قد قبل الفرس إزاء حمار عمرو فيلزم أن يدخل الفرس في ملكه إزاء خروج الحمار عن ملك عمرو، و هو مناف لمفهوم المعاوضة الحقيقية التي عرفتها.

(5) اي هل يقع هذا التمليك لعمرو الذي جعل المملك حماره إزاء فرسه تمليكا فضوليا؟

و أما ما ذكره (1) من مثال من باع مال نفسه عن غيره فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره.

و الظاهر (2) وقوعه عن البائع، و لغوية قصده عن الغير، لأنه (3) امر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة (4) و هو (5) معنى لغويته و لذا (6) لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع اجازته كما سيجيء و لا يقع عن نفسه ابدا (7)

+++++

فيه بحث يأتي في عقد الفضولي:

(1) اى صاحب المقاييس

هذا تأييد لما افاده صاحب المقاييس في ص 21: من وقوع البيع لنفسه لو باع مال نفسه عن الغير، لا وقوعه عن الغير.

و خلاصته: أن وقوع البيع للغير مناف لمفهوم المعاوضة الحقيقية الذي هو دخول المثلث في ملك من خرج عنه الثمن.

(2) وجه الظهور أن كلمة بعث موضوعة للمعاوضة الحقيقية و المبادلة الواقعية: و هو دخول المثلث في ملك من خرج عنه الثمن.

(3) اى قصد البائع وقوع البيع عن الغير.

(4) لأنك قد عرفت أن المعاوضة الحقيقية هو دخول المثلث في ملك من خرج عنه الثمن.

و من الواضح أن البائع مال نفسه عن الغير قد ادخل ثمن المبيع في ملك من لم يخرج المثلث من ملكه.

(5) اى عدم تحقق القصد الى الغير هو معنى لغوية قصد الغير لو قصد البائع وقوع البيع عن الغير.

(6) اى و لأجل عدم تحقق قصد الغير لو قصده البائع.

(7) لعدم تحقق مفهوم المعاوضة الحقيقية.

ص: 30

نعم (1) لو ملكه فاجاز (2) قبل بوقوعه له، لكن لا من حيث إيقاعه أولاً لنفسه، فإن القائل به (3) لا يفرق حينئذ (4) بين بيعه عن نفسه، أو عن مالكة.

فقصد (5) وقوعه عن نفسه لغو دائماً، ووجوده كعدمه.

إلا (6) أن يقال: إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية، لم لا يجعل هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقية، أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع

+++++

(1) استدراك عما افاده: من أنه لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير، لا لنفسه.

و خلاصته: أنه لو ملك الغير ماله للبائع بعد أن باع البائع عن نفسه ثم اجاز البائع بعد تملكه للمال المبيع.

قيل بوقوع البيع للبائع حينئذ.

لكن وقوعه له لا يكون من باب أن البائع الفضولي قد اوقع البيع لنفسه قبل تملكه له، بل من باب أنه بعد اجازته للبيع، وبعد أن صار المبيع ملكاً له قد وقع البيع له، لأن القائل بوقوع البيع للفضولي بعد تملكه المال له لا يفرق بين بيعه عن نفسه، أو عن مالكة.

(2) أي البائع الفضولي بعد تملكه المال.

(3) أي بوقوع البيع للبائع الفضولي بعد تملكه للمبيع.

(4) أي حين تملك الغير ماله للبائع الفضولي كما عرفت آنفاً.

(5) الفاء تفرع على ما افاده: من أن من باع مال الغير عن نفسه بطل قصد البيع عن نفسه.

(6) استدراك عما افاده: من صحة وقوع البيع لنفسه لو باع ماله عن الغير، ولا يصح وقوعه عن الغير.

كما سيأتي (1): أن المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لا يتصور إلا على هذا الوجه (2)

و حينئذ (3)

+++++

و خلاصته: أنه إنما نقول بعدم وقوع البيع للغير فيما اذا باع ماله عن الغير لو قصد المعاوضة الحقيقية التي عرفت معناها في ص 26

و من المحتمل إرادة غير المعاوضة الحقيقية.

أو إرادة تنزيل البائع الغير منزلة نفسه حقيقة.

كما في الحقيقة الادعائية في قول السكاكي: زيد اسد، حيث ادعى أن زيدا اسد حقيقة.

و الدليل على هذا الاحتمال هو إقدامه على بيع ماله عن الغير، اذ نفس هذا الإقدام قرينة على أنه لم يرد من المعاوضة الحقيقية، أو نزل الغير منزلة نفسه حقيقة.

و لا يخفى أنه اذا لم يرد من المعاملة المعاوضة الحقيقية فأى شيء يراد منها؟

فإن اريد منها النقل و الانتقال فهو معنى المعاوضة الحقيقية، حيث إن البائع ينقل المثلن الى ملك المشتري، و المشتري ينقل الثمن الى ملك البائع فيكون هذا نتيجة المعاوضة الحقيقية التي هو دخول المثلن في ملك من خرج عنه الثمن.

و إن اريد منها المعاطاة فكذلك هي المعاوضة الحقيقية.

(1) أى في باب بيع الفضولي إن شاء الله تعالى

(2) و هو تنزيل الغاصب نفسه منزلة المالك حقيقة

(3) أى و حين أن نزل المالك الغير منزلة نفسه، أو حين أن أريد من المعاوضة المعاوضة غير الحقيقية نحكم ببطلان مثل هذه المعاملة التي باع المالك

ص: 32

يحكم ببطلان المعاملة؛ لعدم (1) قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي.

و من هنا (2) ذكر العلامة وغيره في عكس المثال المذكور (3) أنه لو قال المالك (4) للمرتهن: بعه لنفسك بطل (5)

و كذا (6) لو دفع مالا الى من يطلب الطعام وقال: اشتر به لنفسك طعاما.

+++++

مال نفسه عن الغير.

و لا يخفى أن الحكم بالبطلان مناف للاستدراك المذكور بقوله: إلا أن يقال، لأن الغاية من الاستدراك تصحيح الحكم ببطلان المعاملة المذكورة أي يحكم بصحة بيع المالك مال نفسه عن الغير.

و هنا نرى أن الشيخ قدس سره حكم في الاستدراك ببطلان البيع أيضا لو اريد من المعاوضة غير الحقيقية، أو اريد منها تنزيل الغير منزلة نفسه.

فما معنى هذا الاستدراك؟

(1) تعليل للحكم بالبطلان المذكور.

و لا يخفى عليك أن عدم قصد المعاوضة الحقيقية هو المدعى في قول الشيخ: لم لا يجعل هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقية.

(2) و هو عدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي.

(3) المراد من المثال المذكور هو بيع المالك مال نفسه عن الغير.

و عكس هذا هو بيع مال الغير عن نفسه.

(4) و هو الراهن

(5) وجه البطلان واضح: و هو عدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي.

(6) اي و كذا يبطل أيضا، وجه البطلان كما ذكرناه في قول الراهن

هذا (1)

ولكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة (2)، و لغوية القصد المذكور لأنه راجع الى إرادة ارجاع فائدة البيع الى الغير، لا جعله (3) احد ركني المعاوضة.

و أما حكمهم ببطلان البيع في مثال الرهن (4)، و اشتراء (5) الطعام فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا أن المخاطب اذا قال: بعته لنفسي، أو اشتريته لنفسي لم يقع لمالكة اذا اجازه (6)

وبالجملة (7) فحكمهم (8) بصحة بيع الفضولي، و شرائه لنفسه و وقوعه للمالك يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك (9)

+++++

(1) أى خذ ما تلوناه عليك في هذا الباب.

(2) و هو بيع المالك مال نفسه عن الغير.

(3) اى لا جعل الغير احد ركني المعاوضة حتى يقال بعدم صحة المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي.

(4) كما افاده العلامة الحلبي قدس سره بقوله في ص 33: إنه لو قال المالك للمرتهن: بعه لنفسك بطل.

(5) بالجر عطفًا على مجرور (الباء الجارة) في قوله: ببطلان البيع اى و أما حكمهم ببطلان شراء الطعام لنفسه في قوله في ص 33: اشتر به طعاما لنفسك.

(6) اى اذا اجاز المالك هذا الشراء، أو البيع.

(7) اى و خلاصة الكلام و حاصله في هذا المقام.

(8) اى حكم الفقهاء

(9) اى لو قصد الغير كما فيما نحن فيه، بل البيع يقع للمالك فقط فقصد الغير يكون لغوا.

ص: 34

ثم إن ما ذكرناه (1) كله حكم وجوب تعيين كل من البائع والمشتري من (2) يبيع له، و من يشتري له

هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري والقابل للبائع ؟

إشارة

و أما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب، و تعيين القابل لخصوص البائع فيحتمل اعتباره (3).

+++++

(1) و هو الذي ذكره عن المحقق التستري صاحب المقاييس في ص 14 بقوله: قال: و تحقيق المسألة: أنه إن توقف تعيين المالك على التعيين اعتبر تعيينه الى أن قال: فيجب أن يعين من يقع له البيع، أو الشراء من نفسه، أو غيره، و أن يميز البائع من المشتري.

(2) كلمة من في الموضوعين موصولة و منصوبة، بناء على أنها مفعول للمصدر المضاف الى فاعله، و المصدر هي كلمة تعيين في قوله: تعيين كل من البائع و المشتري اي يجب على البائع تعيين من يبيع له، و يجب على المشتري تعيين من يشتري له.

أى كل ما ذكرناه عن صاحب المقاييس في هذا المقام كان حول أنه على البائع وجوب تعيين من يبيع له، و على المشتري وجوب تعيين من يشتري له.

و هذه هي النظرية الاولى للمحقق التستري المشار إليها في الهامش 4 ص 14

(3) من هنا يروم الشيخ أن يناقش المحقق التستري فيما افاده:

من وجوب تمييز البائع عن المشتري الذي نقله عنه الشيخ في ص 15 بقوله:

و أن يميز البائع عن المشتري.

و عبرنا نحن عن هذا في الهامش 4 ص 15 بالنظرية الثانية.

و خلاصة النقاش: أن علم الموجب بكون القابل يقبل لنفسه، أو لغيره و الغير لا بدّ أن يكون معلوما عنده: من أنه زيد، أو عمرو.

و كذا علم القابل بكون الموجب أوجب البيع لنفسه، أو لغيره، و الغير

ص: 35

إلا (1) فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل

+++++

لا بد أن يكون معلوما عنده: من انه زيد، أو عمر: يحتمل اعتباره و تعيينه فيما اذا كانت هناك خصوصية ملحوظة كما اذا أراد البائع البيع للذرية العلوية الطاهرة، أو لمن كان متصفا بالورع والتقوى، أو لمن كان من أهل العلم والفضيلة، أو لمن كان رحما له، أو غير ذلك من الصفات والخصوصيات المطلوبة عند طلابها.

وكذا المشتري اراد من الشراء الشراء للمذكورين المتصفين بتلك الخصوصيات المذكورة.

(1) هذا استثناء عما افاده: من وجوب تعيين البائع و تمييزه عن المشتري فيما اذا كانت هناك خصوصية.

و خلاصته: أنه اذا كانت هناك قرينة خارجية على عدم إرادة خصوص المخاطب، و أنه لم تكن ملاحظة في البين كما في غالب البيوع و الاجارات حيث إن البائع، أو الموجر لا يريدان من ضمير المخاطب في قولهما: ملكتك الدار، أو منفعة الدار سنة كاملة مثلا المخاطب المخصوص.

بل يريدان الأعم منه اي يقصدان من الضمير أي شخص كان المشتري سواء أ كان مالكا حقيقيا أم جعليا كما في المشتري الغاصب الذي اشترى بمال غصيب شيئا، أم كان بمنزلة المالك كالمأذون في الشراء من قبل شخص، أم كان وليا على من يشتري له كالجدة الابي، و الحاكم الشرعي فإن البائع غرضه من البيع بيع سلعته و جلب الثمن إليه، و لا يقصد من المخاطب مخاطبا مخصوصا فحينئذ لا يعتبر تعيين البائع و المشتري، و تمييز كل واحد منهما عن الآخر

ص: 36

من المتخاطبين (1) كما في غالب البيوع و الاجارات، فحينئذ (2) يراد من ضمير المخاطب في قوله: ملكتك كذا، أو منفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الأعم: من كونه مالكا حقيقيا، أو جعليا كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك باذن، أو ولاية. و يحتمل عدم اعتباره (3) إلا (4) إذا علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين كما في النكاح، و الوقف الخاص، و الهبة، و الوكالة، و الوصية.

مختار المؤلف و دليله

و الأقوى هو الاول (5) عملا (6) بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية، و تبعية العقود للقصود.

+++++

(1) و هما: البائع و المشتري، حيث إن المشتري يكون مخاطبا للبائع عند الايجاب، و البائع يكون مخاطبا للمشتري عند القبول.

(2) اى حين أن اريد عدم إرادة خصوص المخاطب بواسطة القرينة الخارجية كما عرفت.

(3) اى عدم اعتبار تعيين البائع و المشتري، و تمييز كل واحد عن الآخر عند إرادة مخاطب مخصوص فيما اذا كانت هناك خصوصية ملحوظة

(4) استثناء عما افاده: من عدم اعتبار التعيين فيما اذا علم أن هناك خصوصية ملحوظة.

و خلاصته أن إرادة خصوص الطرفين مما لا بدّ منه في مثل النكاح و الوقف الخاص، و الهبة و الوصية و الوكالة، حيث إنها مما لا يقبل الوكالة

(5) و هو اعتبار تعيين البائع و المشتري فيما اذا كانت هناك خصوصية ملحوظة.

(6) تعليل لأقوائية القول الاول.

و خلاصته: أن ظاهر كلام كل من المتخاطبين يدل على قصد الخصوصية

وعلى فرض القول الثاني (1) فلو صرح بإرادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا يجوز للقبال أن يقبل عن غيره.

قال (2) في التذكرة: لو باع الفضولي، أو اشترى مع جهل الآخر (3) فإشكال ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد (4)

وهذا الإشكال (5) وإن كان ضعيفا مخالفا للاجماع والسيرة (6)

+++++

وبالإضافة إلى أن العقود تابعة للقصد، فإن البائع لما قصد من ضمير المخاطب خصوصية فلا بد من وقوعها كذلك حتى يكون العقد تابعا للقصد ولو لم يقع ما قصد انخرمت القاعدة المذكورة:

وهي أن العقود تابعة للقصد فيلزم أن ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد.

(1) وهو عدم اعتبار التعيين عند إرادة خصوص المخاطب.

(2) هذا تأييد من الشيخ لما افاده: من أنه على فرض القول الثاني فلو صرح بإرادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا يجوز للقبال أن يقبل عن غيره.

(3) وهو البائع لو كان المشتري فضوليا، والمشتري لو كان البائع فضوليا.

(4) فظهر أن العاقد فضولي، سواء أكان البائع أم المشتري.

(5) وهو أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد، لا الفضولي.

هذا كلام شيخنا الانصاري يريد أن يورد على الإشكال الذي افاده العلامة قدس الله نفسه.

(6) حيث إن الاجماع والسيرة قاما على صحة بيع الفضولي وشرائه بعد الاجازة، لأن العقد مركب من الايجاب والقبول وقد حصلوا ومن الاجازة، وقد وقعت، وهذا وجه الضعف.

ص: 38

إلا أنه (1) مبني على ما ذكرناه: من (2) مراعاة ظاهر الكلام (3)

كلام العلامة في الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح والمناقشة فيه

وقد (4) يقال في الفرق بين البيع وشبهه، وبين النكاح: إن (5) الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، وتختلف الأغراض باختلافهما

+++++

(1) أي إشكال العلامة.

(2) كلمة من بيان لما ذكرناه.

(3) حيث إن ظاهر كلام كل من البائع والمشتري يدل على قصد الخصوصية فلا بد من وقوعه على تلك الخصوصية.

(4) دفع وهم.

حاصل الوهم: أنه ما الفرق بين البيع والاجارة، حيث قلتم بعدم اعتبار التعيين فيهما ولو قصدت الخصوصية، وبين النكاح: حيث قلتم باعتبار التعيين فيه ولو قصدت الخصوصية؟

هذا هو الجواب الاول عن التوهم المذكور.

وحاصله: أن الفرق واضح، لأن الزوجين في النكاح بمنزلة العوضين في البيع، وسائر العقود.

فكما أنه يجب تعيين العوضين، وكونهما معلومين.

كذلك الزوجان لا بدّ من كونهما معينين، اذ ليس كل انسان يقدم على زواج أية امرأة، بل يلاحظ في الزواج معها الخصوصية البيتية وما كان دخيلا في الرغبة إليها.

وكذا ليست كل امرأة تقدم على الزواج مع أي رجل.

وذلك لاختلاف الأغراض باختلاف الزوجين.

فحينئذ وجب التعيين حتى يرد الايجاب والقبول في النكاح على امر واحد، أي على زوجة معينة، وزوج معين.

فلا بد من التعيين، و توارد (1) الايجاب و القبول على امر واحد.

و لأن (2) معنى قوله: بعتك كذا بكذا رضاه بكونه مشتريا للمال المبيع، و المشتري يطلق على المالك، و وكيله (3)

و معنى قولها: زوجتك نفسي رضاها بكونه زوجها، و الزوج لا يطلق على الوكيل انتهى.

و يرد (4) على الوجه الاول من وجهي الفرق أن كون الزوجين كالعوضين إنما يصلح وجها لوجوب التعيين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع.

مع (5) أن الظاهر أن ما ذكرناه: من الوقف و اخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة، أو الفضولي فلا بد من وجه مطرد في الكل.

+++++

(1) بالجر عطفًا على مجرور (من الجارة) في قوله: فلا بد من التعيين

(2) هذا هو الجواب الثاني عن التوهم المذكور.

وقد ذكر الشيخ الجواب في المنن فلا نعيده.

(3) أي و يطلق المشتري على وكيل المالك حقيقة كإطلاقه على نفس المالك حقيقة.

(4) من هنا يروم الشيخ أن يرد الوجه الاول: و هو أن الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود.

و خلاصته: أن الدليل الأول إنما يصلح دليلاً لوجوب تعيين الزوجين في النكاح فقط، و لا يصلح دليلاً لعدم وجوب التعيين في البيع، و بقية العقود بعبارة أخرى أن اثبات الشيء لا ينفي ما عداه.

(5) هذا إشكال آخر على الدليل الاول للفرق بين البيع و النكاح

ص: 40

و على الوجه (1) الثاني أن معنى بعثك في لغة العرب كما نص عليه فخر المحققين وغيره هو ملكتك بعوض، و معناه جعل المخاطب مالكا

و من المعلوم أن المالك لا يصدق على الولي و الوكيل و الفضولي (2)

الأولى في الفرق بين النكاح و البيع

فالأولى في الفرق ما ذكرناه: من أن الغالب في البيع و الاجارة هو قصد المخاطب، لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالة أو عن الغير (3)

و لا ينافي (4) ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير اصيل

+++++

و خلاصته: أن الدليل الذي ذكره المستدل يخص النكاح فقط، و لا يشمل بقية أخواته: من الوقف الخاص، و الهبة، و الوكالة و الوصية، مع أن هذه كالنكاح في وجوب التعيين، و أنها لا تقبل الوكالة فلا يجوز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة، أو الفضولي.

فما ذكر دليلا للفرق بين البيع و النكاح لا يكون مطردا في أخواته فلا بد من الاتيان بدليل يكون مطردا في الكل.

(1) اي و يرد على الوجه الثاني لبيان الفرق بين البيع و النكاح.

هذا إشكال من الشيخ على الدليل الثاني للفرق. و قد ذكره في المتن فلا نعيده.

(2) لصحة سلب معنى المالكية عن الولي، و الوكيل، و الفضولي فيقال: إنهم ليسوا مالكين.

(3) كالمالك الجعلي، و المأذون، و الولي.

(4) دفع وهم.

حاصل الوهم: أنه اذا كان الغالب في البيع و الاجارة هو قصد المخاطب بالمعنى الأعم، لا من حيث هو هو كما عرفت في الهامش 1 ص

فتأمل (1)

بخلاف النكاح، و ما اشبهه (2)، فإن الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنه ركن للعقد (3)

بل ربما (4) يستشكل في صحة أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الاصل كما لو قال: زوجتك مريدا له باعتبار كونه وكيلا عن الزوج.

و كذا قوله: وقفت عليك، و اوصيت لك؛ و وكلتك.

+++++

فلما ذا لا يسمع الى قول المشتري لو ادعى أنه ليس اصيلا في الشراء

مع أن دعواه لا بد أن تكون مسموعة حسب تقريركم؟

فاجاب الشيخ عن هذا التوهم: أنه لا منافاة بين كون الغالب في البيع و الاجارة هو قصد المخاطب بالمعنى الأعم، لا من حيث هو هو.

و بين عدم سماع قول المشتري عدم الشراء لنفسه أصالة.

و وجه عدم المنافاة: هو أن الظاهر من قول المشتري: اشتريت، أو قبلت، أو تملكتم هو إسناد الشراء لنفسه، لا للغير، فلو ادعى عكس ذلك حينئذ لا تسمع، لكونها خلاف الظاهر.

(1) اشارة الى ما ذكرناه: من عدم وجه المنافاة.

(2) من الوقف الخاص، و الوصية و الهبة، و الوكالة.

(3) اى لا بمعناه الأعم، بل من حيث هو هو.

(4) هذا ترق من الشيخ عما افاده: من أن الغالب في النكاح و ما اشبهه:

من الوقف و الوصية، و الهبة، و الوكالة هو قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنه ركن للعقد.

ص: 42

و لعل (1) الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها، فلا يقال للوكيل: الزوج، ولا (2): الموقوف عليه، ولا: الموصى له (3) ولا الموكل (4)

بخلاف البائع والمستأجر (5) فتأمل (6)

+++++

و خلاصته: أنه لربما يستشكل في صدق عنوان الزوج على الوكيل ولو مجازا، وأن العرف لا يطلق اسم الزوج على الوكيل اصلا حتى مجازا فلا مجال للقول بأن الغالب في النكاح، و ما أشبهه.

بل لا بدّ من القول بعدم وجود استعمال الزوج في الوكيل أبدا حتى في مورد واحد ولو مجازا.

(1) اى و لعل السر في عدم اطلاق الزوج على الوكيل، وعلى ما ذكر من الوقف، والوصية، والوكالة.

(2) اى و لا يقال للوكيل: الموقوف عليه.

(3) اى و لا يقال للوكيل: الموصى له.

(4) اى و لا يقال للوكيل: الموكل.

(5) فإنه يطلق الوكيل عليهما فيقال: إنهما وكيلان عن المالك.

(6) لما افاد الشيخ في الفرق بين البيع و الاجارة، و بين النكاح:

بان المتكلم لا- يقصد من المخاطب في البيع و الاجارة مخاطبا خاصا من حيث هو هو، بل يقصد منه الأعم فلذا يصح اطلاق الوكيل عليهما.

بخلاف النكاح، حيث إن المتكلم يقصد من المخاطب مخاطبا خاصا لأن الزوجين فيه ركنان ركنان فلا يصح اطلاق الوكيل عليهما.

فقال: فالأولى في الفرق.

ثم افاد أن السر و العلة في ذلك هو عدم تعارف صدق عنوان الزوجية و الوصية، و الوكالة، و الوقف الخاص على الوكيل.

ص: 43

حتى لا يتوهم رجوعه (1) الى ما ذكرناه سابقا (2) و اعترضنا عليه (3)

+++++

و تعارف صدق الوكيل على البائع والمستأجر بقوله في ص 43: ولعل الوجه عدم تعارف: توهم أن هذا الفرق هو الفرق الذي ذكره القيل بقوله في ص 39: وقد يقال في الفرق بين البيع.

فمرجع ما ذكره الشيخ من الفرق الى ذلك الفرق بعينه، فلما ذار د على الفرق المذكور بقوله في ص 40: ويرد على الوجه الاول، وفي ص 41 وعلى الوجه الثاني؟

فدفعنا لهذا التوهم افاد أن تعارف صدق الوكيل على البائع والمستأجر و اطلاقه عليهما ليس من باب الحقيقة كما افاده القيل، حيث اراد من اطلاق الوكيل عليهما اطلاقا حقيقيا كما في قوله في ص 40: والمشتري يطلق على المالك ووكيله.

بل اطلاقه عليهما بنحو المجاز

فاذا لا يكون مرجع ما ذكره الشيخ من الفرق الى الفرق الذي ذكره القيل، و ثبت أن إشكال الشيخ وارد على الوجه الثاني من وجهي القيل المنقول في ص 40 بقوله: ولأن معنى قوله: بعثك.

(1) اى رجوع الفرق الذي ذكره الشيخ الى الفرق الذي ذكره القيل كما عرفت آنفا.

(2) و هو الفرق الذي ذكره القيل كما عرفته آنفا.

(3) اى على ما ذكرناه سابقا: و هو الفرق الذي افاده القيل بقوله في ص 39: وقد يقال

فاعترض الشيخ على ما ذكره القيل من الفرق في الوجه الاول المذكور في ص 39 بقوله: إن الزوجين في النكاح.

وفي الوجه الثاني المذكور في ص 40 بقوله: ولأن معنى قوله: بعث: وارد لا محالة.

ص: 44

إشارة

(مسألة): و من شرائط المتعاقدين الاختيار (1) و المراد به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهة، و عدم طيب النفس، لا (2) الاختيار في مقابل الجبر.

ما يدل على اشتراط الاختيار

و يدل عليه (3) قبل الاجماع قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض (4)
وقوله صلى الله عليه وآله وسلم! لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه (5)
وقوله صلى الله عليه وآله وسلم في الخبر المتفق عليه بين المسلمين:

+++++

(1) اشتراط الخيار إنما يكون لو كان الإكراه بغير حق.

و أما إذا كان بحق فلا يعتبر الاختيار في المتعاقدين كما في الاحتكار فإنه يصح بيع مال المحتكر بلا رضا منه لو أمر بذلك الحاكم الشرعي.
و كما في بيع الطعام على من هو مشرف على الهلاك لو أجبره الحاكم الشرعي، أو عدول المؤمنين، أو نفس المشتري، فإنه يصح بيعه وإن لم يكن راضياً.

و غير ذلك من الموارد المصرح بها في أبواب الفقه.

(2) اي و ليس معنى الاختيار ما يكون في مقابل الجبر كما في حركة المرتعش.

(3) اي على اعتبار الاختيار في المتعاقدين بالمعنى الذي فسرناه نحن

(4) و تجارة عن تراض إنما تصدق لو كان هناك اختيار، و طيب النفس من الطرفين.

و أما اذا كان هناك إكراه فمن أين تصدق و تجارة عن تراض؟

(5) مرت الإشارة الى الحديث في (المكاسب) من طبعتنا الحديثة الجزء 6. ص 180-181. الهامش 5

فالحديث هذا يدل على لزوم الاختيار في المتعاقدين.

رفع، أو وضع عن امتي تسعة وأشياء، أو ستة (1) و منها ما اكرهوا عليه

+++++

(1) راجع (وسائل الشيعة). الجزء 5. ص 345. الباب 30 الحديث 2. أليك نص الحديث.

محمد بن علي بن الحسين قال: قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم:

وضع عن امتي تسعة أشياء:

السهو، والخطأ، والنسيان، وما اكرهوا عليه، وما لا يعلمون وما لا يطيقون، والطيرة، والحسد، والتفكر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق الانسان بشفة.

فالحديث هذا يدل على لزوم الاختيار في المتعاقدين.

ولما انجز بنا البحث الى حديث الرفع المشتهر بين اعلام الطائفة و حملة الحديث، والذي اصبح من الصحاح، ولذا يغنيننا عن التكلم عن سنده:

رأينا من المناسب، بل من اللازم اشارة اجمالية الى جوانب من فقه الحديث ليكون القارئ النبيل محيطا بها، خبيرا بالمعني من الرفع.

فذكر هنا بحوله وقوته على سبيل الاختصار ما استفدناه من مجلس درس (سيدنا الاستاذ المرحوم السيد البجنوردي) قدس الله نفسه عند ما كنا نحضر بحثه الشريف في (الجامع الطوسي) قبل تجديد بناؤه.

أليك خلاصة ما افاضه علينا طيب الله رمسه في طي امور

(الامر الاول): الفرق بين الرفع و الدفع:

اعلم أن الرفع يستعمل عرفا في إزالة شيء موجود مع وجود المقتضي لبقائه.

و الدفع يستعمل عرفا في شيء لم يوجد بعد، مع وجود المقتضي لوجوده ويفترقان في مورد آخر: وهو أن الرفع لا يرد إلا في مورد أثر المقتضي

ص: 46

بالكسر اثره فصار المقتضى بالفتح موجودا.

بخلاف الدفع، حيث إنه يرد بعد وجود المقتضى بالكسر و لم يوجد المقتضى بالفتح بعد.

و إن شئت قلت: الرفع مانع عن تأثير المقتضى بقاء، و الدفع مانع عن تأثيره حدوثا.

فالحاصل أن مفهوم الرفع عرفا هو ازالة الموجود مع وجود المقتضى لبقائه فهو ظاهر فيما له سبق وجود

و مفهوم الدفع عرفا هو منع تأثير المقتضى في وجود الشيء فهو ظاهر فيما ليس له سبق وجود.

(الامر الثاني): إن المراد من الرفع في هذه الامور التسعة المذكورة في الحديث الشريف هو الرفع التشريعي:

بمعنى أنه إنشاء لرفع هذه الامور في عالم الاعتبار التشريعي باعتبار آثارها الشرعية المترتبة على موضوعاتها في مواردنا.

فالرفع التشريعي ليس إخبارا عن ارتفاع الشيء كي يكون كذبا ليحتاج الى التقدير، صونا لكلام الحكيم عن الكذب و اللغووية.

و بعبارة اخرى لسنا نقول: إن الرفع التشريعي يتعلق بنفس المذكورات فإن المذكورات في حديث الرفع غير (ما لا يعلمون) لا تقبل الرفع

التشريعي لأنها من الامور التكوينية الخارجية فلا يكون رفعها إلا برفع أسبابها و عللها.

بل رفعها تشريعا إنما هو برفع آثارها الشرعية.

ثم إن ذلك الشيء هل هو خصوص المؤاخذة في الجميع كما أفيد؟

أو جميع الآثار كما قيل؟

أو الاثر الظاهر في كل واحد منها كما افاده (شيخنا الانصاري) قدس سره ؟

خذ لذلك مثالا:

نهى المصلي عن التكلم بكلام الأدميين في الصلاة، وأنه مبطل لها عمدا

فاذا تكلم به نسيانا فلا يترتب عليه ذلك الاثر الشرعي الذي هو البطلان.

فالنسيان يرفع ذاك الاثر، وليس معنى الرفع تشريعا سوى هذا.

وهكذا في بقية الامور الواردة في الحديث الشريف: من الاضطرار و الإكراه، وغيرها، فإنه لو صدر من المكلف في حالة الاضطرار، أو الإكراه شيء فلا يترتب على تلك الحالة الاثر الشرعي الذي كان يترتب على حالة الاختيار، وعدم الاضطرار: من الأحكام التكليفية و الوضعية.

فالخلاصة أن الرفع منزل منزلة العدم في عالم التشريع كما في قول الفقهاء: (لا شك لكثير الشك) المتصيد من الروايات: بمعنى أن شك كثير الشك في عالم الاعتبار التشريعي نازل منزلة العدم فشكه غير مؤثر فلا يترتب على شكه ما يترتب على غير كثير الشك: من أحكام الشك اذا كان في تشريع الرفع امتنان على العباد.

(الامر الثالث): أن المراد من رفع الآثار بحديث الرفع هي الآثار التي تعرض على موضوعاتهما، من دون أن تكون مقيدة بوجود احد هذه العناوين، و لا مقيدة بعدم احد هذه العناوين، لأنه اذا قيدت بالوجود يلزم أن لا يرتفع ذلك الاثر عند وجود احد هذه العناوين، اذ الموضوع للاثر مستدع لوضعه، و لا يمكن أن يكون موجه لرفعه، للزومه الخلف

كما في كفارة قتل الخطأ، ووجوب سجدي السهو في موارد الزيادة أو النقيصة نسيانا، فإن سجدي السهو إنما جاءت من ناحية النقيصة، أو الزيادة التي سببها السهو والنسيان فلا يمكن رفعهما بحديث الرفع، لأن موضوعهما نفس النسيان والسهو.

وكذا كفارة الخطأ وإنما جاءت من قبل قتل الخطأ فلا يمكن رفعها بحديث الرفع، لأن موضوعها عدم العلم فكيف يعقل رفعها بحديث الرفع؟

وكذا لو كانت الآثار مقيدة بعدم احد هذه العناوين يكون ارتفاعها بارتفاع موضوعها، من غير احتياج الى التمسك بحديث الرفع في رفعها كما في كفارة إفطار شهر رمضان، فإنها مقيدة بالإفطار العمدي، فلو أكل نسيانا لم تتعلق بالآكل الكفارة، لارتفاع موضوعها وهو العمد، و لذا يبقى الآكل على صومه بعد الاكل كما ورد في الحديث.

أليك نص الحديث التاسع.

عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال:

كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول:

من صام فنسي فاكل و شرب فلا يفطر من اجل أنه نسي، وإنما هو رزق رزقه الله تعالى فليتم صيامه.

راجع (وسائل الشيعة) الجزء 7. ص 34. الباب 9 كتاب الصوم.

وفي المصدر أحاديث اخرى بهذا المضمون فراجع.

وكذلك القصاص، فإنه مقيد بالقتل العمدي فلو قتل شخص شخصا خطأ لم يتعلق به القصاص، لارتفاع موضوعه وهو العمد.

(الامر الرابع): أن حديث الرفع إنما شرّع لاجل الامتنان على الامة المسلمة، فهو إنما يجري اذا كان في رفعه منة على الامة، فموضوعه هو ذلك لا غير.

و هذا امر معلوم لا كلام فيه.

و إنما الكلام في أنه هل هو مختص بالآثار التي يكون في وضعها خلاف المنة.

أو أنه يجري في مطلق ما يكون في رفع الآثار الامتنان على الامة سواء أ كان في وضعها خلاف المنة أم لا.

ذهب (سيدنا الاستاذ) قدس سره الى أن الحديث مطلق من هذه الناحية، وأنه ظاهر في العموم وعدم اختصاصه بما يكون في وضعه خلاف المنة.

ثم افاد بعدم وجود مبرر للشك في شموله لمطلق ما يكون في رفعها الامتنان كما افاد هذا المعنى استاذ المحقق (آغا ضياء الدين العراقي) قدس سره. قائلًا: بالاحذ بالقدر المتيقن.

و علق (سيدنا الاستاذ) قدس سره على مقالة استاذ المحقق (قدّس سرّه) بأن الاخذ بالقدر المتيقن لا يبقي مجالاً للاخذ بالإطلاق، اذ ما من مطلق إلا وله قدر متيقن بالنسبة الى حكمه.

اللهم إلا أن يكون القدر المتيقن في مقام التخاطب مانعا عن جريان الاطلاق، لعدم تمامية مقدمات الحكمة.

ثم استدرك (سيدنا الاستاذ) قدس سره وأفاد أن رفع التكليف امتنانا لو كان بالنسبة الى مكلف دون مكلف آخر فلا معنى لشمول الحديث لمثل هذا المورد، حيث عرفت أن حديث الرفع إنما شرّع لاجل الامتنان على الامة

المسلمة جمعاء، لا فردا دون فرد.

(الامر الخامس): أن حديث الرفع بالنسبة الى الأفعال الصادرة عن خطأ، أو نسيان، أو إكراه، أو اضطرار، أو عدم الطاقة حاكم على أدلة الأحكام الأولية بعناوينها الأولية، و تلك الأدلة محكمة

خذ لذلك مثالا:

إن الجلد الذي وضع حدا للزاني، أو قطع اليد الذي وضع حدا للسارق محكوم بحديث الرفع اذا وقع الزنا، أو السرقة بكره، أو نسيان أو اضطرار، أو خطأ، و حديث الرفع حاكم عليه.

و هذه الحاكمة و المحكمة تكونان بالحكومة الواقعية، كحكومة أدلة نفي الضرر و الحرج: في كونها حاكمة بالحكومة الواقعية، غير أن الحكومة الواقعية في دليل نفي الضرر و الحرج في جانب المحمول، أي أنهما يعرضان على نفس الأحكام الواقعية التي هي محمولات على أفعال المكلفين، أو على الأعيان الخارجية كالأحكام الوضعية التي تحمل على تلك الأعيان.

وفي حديث الرفع بالنسبة الى الامور المذكورة في جانب عقد الوضع اى في جانب موضوعات الأحكام الشرعية التي هي عبارة عن أفعال المكلفين

نعم في حديث الرفع بالنسبة الى جملة (ما لا يعلمون) حكومة ظاهرية بالنسبة الى الأدلة الأولية، لأن موضوع ما لا يعلمون هو الجهل فعند ارتفاع الجهل، و انكشاف الواقع لا يأتي حديث الرفع.

(الامر السادس): اختلفت كلمات الأعلام في المرفوع بحديث الرفع هل هو جميع الآثار المترتبة على موضوعاتها، أو البعض ؟

وقد عرفت في الامر الثاني أن المراد من الرفع هو الرفع التشريعي:

بمعنى أن الفعل الصادر في حالة الإكراه، أو الاضطرار، أو النسيان كالعدم في عالم الاعتبار التشريعي، أى لا تترتب عليه الآثار مثل ما تترتب على الفعل الصادر بغير هذه العناوين.

فهو في الواقع تنزيل الموجود منزلة المعدوم بالنسبة إلى الآثار.

فالتنزيل تارة يكون بالنسبة إلى وجود المنزل عليه.

و أخرى بالنسبة إلى العدم.

(فالاول) عبارة عن جعل شيء منزلة شيء آخر من حيث الآثار

ويسمى هذا تنزيلا كتنزيل الطواف في البيت صلاة حقيقة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (الطواف في البيت صلاة).

(و الثاني) عبارة عن جعل وجود شيء منزلة عدمه من حيث الآثار ويسمى هذا رفعا كما فيما نحن فيه كقول الفقهاء: (لا شك لكثير الشك)

وقد عرفت أن حديث الرفع إنما شرع للامتنان على الأمة المسلمة فعليه لا بد أن يكون الرفع بالنسبة إلى الآثار التي في رفعها امتنان على العباد

وكذلك لا بد أن يكون الرفع بالنسبة إلى الآثار الشرعية التي رفعها ووضعها بيد الشارع، لا إلى الآثار التكوينية التي ليس للشارع دخل في رفعها ووضعها.

افاد (سيدنا الاستاذ) قدس سره أن المراد من الرفع هو رفع كل أثر شرعي، سواء أكان وضعيا أم تكليفيا، ولا اختصاص له بأثر دون آخر

(بعبارة أخرى) أن عروض احد العناوين الخمسة المذكورة موجبة و علة لارتفاع الحكم، سواء أكان وضعيا أم تكليفيا عن معروضاتها اذا وجدت شرائط الرفع التي ذكرناها: من كون الرفع للامتنان، و كونه

قابلا- للوضع والرفع في عالم التشريع: بمعنى أن رفع الآثار، ووضعها بيد الشارع، لا من الآثار التكوينية، وعدم كون احد العناوين المذكورة في الحديث نفس موضوع الآثار، وعدم كون موضوع الآثار المرفوعة مقيدا بعدم العناوين المذكورة في الحديث.

فالحاصل أن الاثر، أو الآثار كلها مرفوعة عن صفحة التشريع باعتبار ارتفاع موضوعها في عالم التشريع، اذ لا يعقل وجود الحكم مع ارتفاع وجود الموضوع، لأنه اذا ارتفع الموضوع ارتفع الحكم لا محالة و اذا ارتفع الموضوع ارتفعت آثاره وأحكامه فهما كالعلة والمعلول.

(الامر السابع): أن الاثر لو كان مترتبا على وجود شيء، سواء أكان الاثر من الأحكام الوضعية أم من الأحكام التكليفية، وقد ترك المكلف ذلك الشيء باحد من الامور الخمسة المذكورة: الاضطرار أو الإكراه، أو النسيان، أو الخطأ، أو لا يطبق عدم تركه: فلا مجال حينئذ لحديث الرفع، لأن تركه لا تترتب عليه آثار الوجود، لأن رفع المعدوم لا يمكن إلا بالوضع و الجعل.

ومن الواضح أن حديث الرفع لا- يتكفل الوضع، لأن مفاده الرفع فهو في مقام تنزيل الموجود منزلة المعدوم؛ لا تنزيل المعدوم منزلة الموجود

وقد عرفت أن صريح حديث الرفع رفع الشيء عن صفحة التشريع لا وضعه فيه.

و من هنا يعلم أنه لا يمكن تصحيح العبادة الفاقدة لبعض الأجزاء و الشرائط لنسيان، أو إكراه بحديث الرفع، لعدم وجود معنى لورود الرفع على السورة المنسية في الصلاة مثلا، لخلو صفحة الوجود عنها، فلا بد

من فحص دليل آخر كوجود قاعدة لا تعاد إلا في الأركان الخمسة في باب الصلاة، وغيرها من القواعد الفقهية.

(الامر الثامن): افاد بعض الأعلام أن المقصود من كلمة (ما الموصولة) في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: رفع عن امتي تسعة (و ما لا يعلمون) هو الموضوع المشتبه.

كما أن المراد من بقية الفقرات الموجودة في الحديث هو الموضوعات الخارجية أيضا، لبداية عروض هذه العناوين على الأفعال الخارجية لا على الأحكام الشرعية.

فبقريئة وحدة السياق لا بدّ أن يراد من الجهل فيما لا يعلمون هو الجهل بالأفعال الخارجية، وعدم العلم بأنها من الأفعال المباحة كشرب الخل أو من الأفعال المحرمة كشرب الخمر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن حديث الرفع لا يشمل الشبهات الحكمية لأنها محل الخلاف.

وبعبارة أوضح: أنه لا- يمكن أن يكون المراد من كلمة (ما الموصولة) في ما لا يعلمون الحكم والموضوع جميعا، لأن إسناد الرفع الى الحكم إسناد الى ما هو له، وإسناده الى الموضوع إسناد الى غير ما هو له، إذ الغاية من رفع الموضوع رفع حكمه، لا رفع نفسه، فلا يمكن الجمع بين الإسنادين في استعمال واحد.

فحينئذ يدور الامر بين الاخذ بظهور وحدة السياق حتى يكون المراد من كلمة (ما الموصولة) خصوص الموضوع.

وبين الاخذ بظهور كون الإسناد الى ما هو له حتى يكون المراد

من كلمة (ما الموصولة) خصوص الحكم.

فيتعين تخصيص حكومة حديث الرفع بالشبهات الموضوعية.

و التحقيق في المقام كما افاده (سيدنا الأستاذ) قدس سره أن ظهور وحدة السياق لا يكون أقوى من ظهور كون الإسناد الى ما هو له كما في إسناد الرفع الى الحكم، لأنه لا توجد وحدة السياق في جميع الجمل الموجودة في حديث الرفع حتى يراد من كلمة (ما الموصولة) بمثل ما يراد من جميع الجمل، لبداهة عدم إرادة الرفع من بعض الجمل الوارد في الحديث كالطيرة، و الحسد، و الوسوسة في الخلق، لكونها من الكيفيات النفسانية اذا لم ينطق بها.

فكيف يمكن دعوى وحدة السياق؟

بالإضافة الى أن ظهور وحدة السياق كما يكون موجبا لارادة الموضوع من كلمة (ما الموصولة) في و ما لا يعلمون.

كذلك ظهور الموصول فيه في الحكم يكون موجبا لارادة الحكم منه

و ليس هناك ما يدل على أقوائية ظهور وحدة السياق من ظهور الموصول في الحكم.

فكما يمكن إرادة الموضوع من الموصول، كذلك يمكن إرادة الحكم منه

و أما ما افيد: من عدم إمكان الجمع بين الإسنادين:

وهما: إسناد الرفع الى الحكم، و إسناده الى الموضوع ففيه أنه ليس الموجود سوى إسناد الرفع الى الحكم في الشبهتين: الحكمية، و الموضوعية

غاية الأمر أن منشأ الجهل في الشبهات الحكمية هو فقدان النص أو اجماله.

و ظاهره (1) وإن كان رفع المؤاخذة، إلا أن استشهاد الامام عليه السلام به في رفع بعض الأحكام الوضعية (2) يشهد لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الالزام عليه بشيء (3).

ففي (4) صحيحة البنظي عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل

+++++

و منشأ الشك في الشبهات الموضوعية هي الامور الخارجية، وإلا ففي كليهما يكون الشك في الحكم وهو الجامع بينهما.

إذا عرفت هذه الامور الثمانية فنقول في تطبيق حديث الرفع على العناوين الخمسة المذكورة:

إن الأحكام والآثار الشرعية التي تكون عارضة لاحد هذه العناوين المذكورة في حديث الرفع، و كان في رفعها امتنان على المكلف؛ و لم يكن خلاف الامتنان في حق غيره: ترتفع بارتفاع موضوعاتها عن عالم الاعتبار التشريعي.

ضرورة عدم بقاء الأحكام مع ارتفاع موضوعاتها.

هذه خلاصة ما استفدناه من بحث (سيدنا الاستاذ السيد البجنوردي) قدس سره.

و من اراد الاطلاع على جوانب الحديث فعليه بمراجعة كتابه (منتهى الاصول). الجزء 2. من ص 174 الى ص 189

(1) اي و ظاهر حديث الرفع وإن كان يدل على رفع الحكم التكليفي و هو العقاب الاخروي.

(2) كما سيأتي قريبا التصريح به.

(3) سواء أ كان حكما تكليفيا أم وضعيا.

(4) من هنا اخذ الشيخ في الاستدلال بهذا الحديث على دلالة

ص: 56

يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق، و صدقة ما يملك أيلزمه ذلك ؟

فقال عليه السلام: لا قال رسول الله صلى الله عليه و آله: وضع عن امتي ما اكرهوا عليه، و ما لم يطيقوا، و ما أخطئوا (1)

و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا، إلا أن مجرد استشهاد الامام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع (2) ما اكرهوا عليه يدل على أن المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخذة، و العقاب الاخروي (3)

هذا (4) كله مضافا الى الأخبار الواردة في طلاق المكروه (5)

+++++

الحديث النبوي المشار إليه في الهامش 1 ص 46 على رفع عموم المؤاخذة لمطلق الالزام عليه بشيء، سواء أكان وضعيا أم تكليفيا.

و هذا الحديث هو الذي اشرنا إليه بقولنا: كما سيأتي قريبا التصريح به

(1) راجع المصدر نفسه. الجزء 16. ص 173-174. الحديث 6 الباب 16.

(2) اى يرفع ما اكرهوا عليه.

(3) الذي هو الحكم التكليفي.

(4) اى ما تلوناه عليك. من كون المراد من الرفع و الوضع هو رفع الحكم التكليفي.

(5) فإن الأخبار الواردة في طلاق المكروه يدل على اعتبار الاختيار في المتعاقدين في البيع أيضا، من دون فرق بين البيع و الطلاق، و الدلالة تكون باللازم.

راجع حول الأخبار المصدر نفسه الجزء 15 ص 331-332. الباب 37. الأحاديث. أليك نص الحديث الرابع.

ص: 57

المراد من قولهم المكروه قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله

ثم إنه يظهر من جماعة منهم الشهيدان أن المكروه قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله (2)، بل يظهر ذلك (3) من بعض كلمات العلامة (4)

وليس مرادهم (5) أنه لا قصد له إلا إلى مجرد التكلم.

كيف والهازل الذي هو دونه في القصد قاصد للمعنى قصداً سورياً والخالي (6)

+++++

عن يحيى بن عبد الله الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول:

لا يجوز طلاق في استكراه، ولا تجوز يمين في قطيعة رحم إلى أن قال:

وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه، ولا إضرار.

(1) أي عدم الفرق بين الطلاق والبيع في اعتبار الاختيار فيهما.

(2) أي مدلول اللفظ الذي هو النقل والانتقال في البيع، والبينونة بين الرجل والمرأة في الطلاق.

(3) وهو أن المكروه قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله.

(4) وهو ما ينقله الشيخ عنه قريباً بقوله في ص 63: نعم ذكر في التحرير.

(5) أي مراد هؤلاء الجماعة الذي منهم الشهيدان والعلامة

من هنا يحاول الشيخ أن يفسر مراد الجماعة الذين منهم العلامة والشهيدان، حيث يري ظاهر كلامهم عدم قصد المكروه إلى مدلول اللفظ فقال:

ليس مرادهم من عدم القصد أنه لا قصد للمكروه إلا إلى مجرد الكلام وأنه خال عن القصد، إذ كيف يعقل ذلك منهم، مع أن الهازل الذي هو دون المكروه في القصد، حيث إنه في مقام التكلم والهزل والمزاح فقط قاصد إلى المعنى، لكن قصداً سورياً، لا جدياً.

(6) هذا تفسير للخالي عن القصد وقد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده

عن القصد الى غير التكلم هو من يتكلم تقليدا، أو تلقينا كالطفل (1) الجاهل بالمعاني.

فالمراد (2) بعدم قصد المكروه عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج، وأن الداعي له الى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه (3) في الخارج، لا أن كلامه الإنشائي مجرد عن المدلول، كيف (4) و هو معلول الكلام الإنشائي اذا كان مستعملا غير مهمل.

وهذا (5) الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه لغة و عرفا (6)، وأدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع

+++++

(1) هذا مثال للتلقين، فإن الطفل يتكلم بكل ما يلقنونه، لكن تكلمه به خال عن القصد.

(2) أي مراد هؤلاء الجماعة الذين منهم الشهيديان من عدم القصد عدم القصد الى وقوع مضمون العقد الذي هو النقل و الانتقال في الخارج لا عدم القصد الى مفهوم اللفظ.

(3) أي مضمون العقد الذي هو النقل و الانتقال.

(4) أي كيف يمكن أن يكون كلامه الإنشائي مجردا و فارغا عن المدلول الذي هو النقل و الانتقال و الحال أن المدلول هو معلول الكلام الإنشائي الذي هي العلة في إيجاد المدلول.

و من الواضح أن المعلول لا ينفك عن العلة.

(5) و هو أن المراد من عدم قصد المكروه الى مدلول اللفظ عدم وقوعه في الخارج عن رغبة و طيب النفس، لا عدم القصد الى مفهوم اللفظ و مدلوله.

(6) إذ معنى الإكراه لغة وقوع الشيء في الخارج على وجه الإكراه

ص: 59

الاكراه (1) التي لا تستقيم مع ما توهمه (2): من خلو المكروه عن قصد مفهوم اللفظ، و جعله (3) مقابلا للقصد.

و حكمهم (4) بعدم وجوب التورية في التفصي عن الإكراه وصحة (5)

+++++

و عدم طيب النفس، لا عدم القصد الى مدلول اللفظ.

و كذلك معناه عرفا هو وقوع الشيء في الخارج كرها.

(1) حيث ذكر الفقهاء في هذه الفروع أن المكروه لا يقصد وقوع مضمون العقد في الخارج، لا أنه لا يقصد مفهوم اللفظ و مدلوله.

(2) اي توهمه الجماعة التي منهم الشهيدان، حيث قالوا: إن المكروه قاصد الى اللفظ، لا الى مدلوله.

و لا يخفى عليك أن الفاعل في كلمة (توهمه) هي كلمة (جماعة) في قول الشيخ: ثم إنه يظهر من جماعة و منهم الشهيدان.

و ليس في هذه العبارة ركافة كما افادها بعض الأعلام من المحشين بقوله: و الأولى في التعبير أن يقال هكذا: مع ما يوهم.

(3) بالجر عطفاً على مجرور (في الجارة) في قوله في ص 59: في معنى الإكراه اي لا يكاد يخفى على من له ادني تأمل في جعل الإكراه مقابلا للقصد فإن الفقهاء ذكروا القصد من جملة شروط المتعاقدين ثم ذكروا الاختيار بعد ذكر القصد فيظهر أن القصد الى المدلول معتبر.

(4) بالجر أيضا عطفاً على مجرور (في الجارة) في قوله في ص 59: في معنى الإكراه اي لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في حكم الفقهاء.

(5) بالجر عطفاً على مجرور (الباء الجارة) في قوله: بعدم اي و حكم الفقهاء بصحة بيع المكروه بعد رضائه ببيعه.

ص: 60

بيعه بعد الرضا، واستدلّاهم (1) له بالأخبار الواردة في طلاق المكره وأنه (2)

+++++

(1) بالجر عطفاً على مجرور (في الجارة) في قوله في ص 59: في معنى الإكراه أى لا يكاد يخفى على من له ادنى تأمل في استدلال الفقهاء على صحة بيع المكره بعد رضائه به بأخبار الطلاق.

وأما الأخبار الواردة في طلاق المكره فراجع (وسائل الشيعة) الجزء 15. ص 331-332. الباب 37 - الأحاديث.

أليك نص الحديث الاول.

عن زرارة عن (ابي جعفر) عليه السلام قال: سألته عن طلاق المكره وعتقه فقال: ليس طلاقه بطلاق، ولا عتقه بعتق.

فقلت: إني رجل تاجر امرّ بالعشار و معي مال.

فقال: غيبه ما استطعت، وضعه مواضعه.

فقلت: فإن حلفني بالطلاق و العتاق.

فقال: احلف له، ثم اخذ تمرّة فحفر بها من زبد كان قدّامه فقال: ما أبالي حلفت لهم بالطلاق و العتاق، أو آكلها.

فهذه الأخبار كلها تصرح بعدم وقوع الطلاق من المكره.

(2) عطف على مجرور (في الجارة) في قوله: في طلاق المكره أى واستدلال الفقهاء بالأخبار الواردة في عدم وقوع الطلاق ممن لا إرادة له في الطلاق.

راجع حول هذه الأحاديث المصدر نفسه. ص 285-286 الباب 11 - الأحاديث. أليك نص الحديث الاول.

عن زرارة عن اليسع قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام

ص: 61

لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق، حيث إن المنفي (1) صحة الطلاق لا تحقق مفهومه لغة و عرفا.

وفيما (2) ورد فيمن طلق مداراة باهله، الى غير ذلك (3)

وفي (4) أن مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق إكراها لا ينبغي

+++++

يقول في حديث: ولو أن رجلا طلق على سنة، و على طهر من غير جماع، و اشهد و لم ينو الطلاق لم يكن طلاقه طلاقا.

(1) اي في قوله عليه السلام: لم يكن طلاقا، حيث إنه يراد من النفي نفي الصحة شرعا، لا نفي تحقق مفهوم الطلاق لغة و عرفا.

(2) بالجر عطفًا على مجرور (في الجارة) في قوله في ص 59: على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه اي لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في الحديث الوارد في الرجل الذي طلق زوجته مداراة لاهله في قوله في ص 59 عليه السلام:

أما بينك و بين الله فليس بشيء.

و لكن إن قدموك الى السلطان ابانها منك.

راجع حول الحديث المصدر نفسه. ص 332. الباب 38 الحديث 1

(3) من الأخبار الواردة في طلاق المكره، و من لا قصد له.

راجع المصدر نفسه في كلا البابين، و الصحيفتين.

(4) عطفًا على قوله في ص 59: أدنى تأمل اي لا يكاد يخفى على من له ادنى تأمل في مخالفة الشيعة لبعض السنة في طلاق المكره، حيث إن البعض من (علماء اخواننا السنة) يقول بوقوع طلاق المكره و خالفه في ذلك الشيعة الامامية، فإنهم لا يقولون بوقوعه منه.

فهذا البعض من اخواننا السنة القائل بوقوع الطلاق من المكره لا يريد من كلام المكره الكلام الذي خال عن قصد المفهوم، و الذي لا يسمى خبرا و لا إنشاء.

ص: 62

أن يحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمى خبراً، ولا إنشاء

وغير ذلك (1) مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكروه هو القصد الى وقوع اثر العقد (2)، و مضمونه في الواقع، وعدم طيب النفس به (3)، لا عدم إرادة المعنى من الكلام.

ويكفي في ذلك (4) ما ذكره الشهيد الثاني: من أن المكروه والفضولي قاصدان الى اللفظ، دون مدلوله (5)

نعم ذكر في التحرير والمسالك في فروع المسألة (6) ما يوهم ذلك (7)

+++++

بل يريد من الكلام الكلام المشتمل على قصد المفهوم.

(1) عطفاً على قوله في ص 59: أدنى تأمل اي لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في غير هذه الأحاديث، وغير هذه الموارد مما يوجب القطع واليقين

(2) أي في الخارج.

(3) أي بالعقد.

(4) اي في كون المراد من عدم القصد هو عدم القصد الى وقوع العقد في الخارج، لا عدم إرادة المعنى من الكلام.

(5) اي من حيث الوقوع الخارجي.

وجه الكفاية: أن الشهيد الثاني قدس سره جعل المكروه والفضولي على حد سواء في كونهما قاصدين لمدلول العقد.

و من الواضح أن الفضولي قاصد لمدلول اللفظ و يريد له اي يستعمل اللفظ فيه قبال إهماله فيه.

فحينئذ لا بد أن يراد من عدم القصد ما ذكرناه: من عدم القصد الى وقوع العقد في الخارج.

(6) اي مسألة المكروه.

(7) وهو أن المكروه والفضولي قاصدان الى اللفظ دون مدلوله.

قال في التحرير: لو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا اكره على القصد (1) انتهى.

و بعض المعاصرين (2) بنى هذا الفرع (3) على تفسير القصد بما ذكرناه من متوهم كلامهم فرد (4) عليهم بفساد المبني، وعدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور.

+++++

(1) فقول العلامة: فالأقرب وقوع الطلاق يدل على أن المطلق قاصد الى مدلول اللفظ و هو وقوع الطلاق في الخارج، لقوله: لا اكره على القصد فيكون قوله مخالفا لما افاده الشهيد الثاني: من أن المكره، و الفضولي قاصدان الى اللفظ، دون مدلوله.

(2) و هو الشيخ صاحب الجواهر قدس سره

(3) و هو قول العلامة: فالأقرب وقوع الطلاق.

خلاصة ما افاده صاحب الجواهر في هذا المقام: أن الإرادة على قسمين:

إرادة استعمالية: وهي استعمال اللفظ في معناه و مفهومه.

وإرادة جدية: وهي استعمال مضمون اللفظ في معناه في الخارج.

فصاحب الجواهر افاد أن ما افاده العلامة من وقوع الطلاق في الخارج في مثل هذا المكره مبني على تفسير القصد بما يتوهم من كلام الفقهاء:

من أن المراد من عدم قصد المكره للفظ عدم قصده لمفهوم اللفظ الذي هو الإرادة الاستعمالية، لا اصل القصد.

(4) اي صاحب الجواهر رد على الفقهاء و افاد أن المبني المذكور فاسد، لأن المراد من عدم القصد عند الفقهاء هو عدم القصد الى وقوع مفهوم اللفظ في الخارج المعبر عنه بالإرادة الجدية، فعليه يكون الطلاق باطلا، إذ لا قصد له بوقوع مضمون العقد في الخارج.

ولكن (1) المتأمل يقطع بعدم ارادتهم لذلك.

وسياتي (2) ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

حقيقة الإكراه

ثم إن حقيقة الإكراه لغة وعرفا حمل الغير على ما يكرهه، ويعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقتترانه (3) بتوعد منه (4) مظنون (5) الترتب على ترك ذلك الفعل، مضر بحال الفاعل (6)، أو متعلقه: نفسا (7) أو عرضا، أو مالا فظهر من ذلك (8) أن مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يدخله في المكروه عليه.

+++++

(1) هذا كلام شيخنا الانصاري، بناء على مبناه: من أن مراد الفقهاء من عدم قصد المكروه الى اللفظ عدم قصده الى وقوع مضمون العقد في الخارج، فعليه يصح ما افاده العلامة: من وقوع الطلاق لو اكراه الشخص على الطلاق فطلق.

(2) في قوله الآتي: بقي الكلام فيما وعدنا ذكره.

(3) اي اقتران وقوع ذلك الفعل.

(4) اي من المكروه بالكسر.

(5) بالجر صفة لكلمة توعد في قوله: بتوعد منه.

(6) وهو المكروه بالفتح.

(7) كلمة نفسا، أو عرضا، أو مالا بيان لكلمة مضر اي الضرر سواء أكان نفسيا أم عرضيا أم ماليا.

وسواء أكان الضرر متوجها بشخص المكروه بالفتح أم باحد متعلقيه

(8) اي من اقتران وقوع ذلك الفعل بتوعد من المكروه بالكسر خلاصة هذا الكلام أن مجرد دفع الضرر لا يكون موجبا لصدق الإكراه، و مبررا لموقف المكروه بالفتح.

كيف (1) والأفعال الصادرة من العقلاء كلها، أو جلّها ناشئة عن دفع الضرر، وليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إبعاد شخص يوجب صدق المكره عليه، فإن (2) من أكره على دفع مال، وتوقف (3) على بيع بعض أمواله، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال، ولذا (4) يرتفع التحريم عنه لو فرضت حرمة عليه لحلف، أو شبهه، ليس (5) مكرها.

فالمعيار في وقوع الفعل مكرها عليه سقوط الفاعل (6) من أجل الإكراه المقترن بإبعاد الضرر عن الاستقلال (7) في التصرف بحيث لا تطيب

+++++

بل لا بدّ في صدق الإكراه من ترتب ذلك التوعد على ترك الفعل من المكره بالفتح وإن كان حصول ذلك التوعد بالظن.

(1) استشهاد لكون مجرد دفع الضرر لا يكفي في المقام، بل لا بدّ من ترتب الضرر المتوقع به على ترك الفعل.

(2) تعليل لكون مطلق الضرر الحاصل من إبعاد شخص لا يوجب صدق الإكراه.

(3) أي دفع المال.

(4) تعليل لكون بيع بعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال لا يكون مكرها أي ولا جل هذا يرتفع التحريم عن هذا البيع لو فرضنا حرمة بواسطة حلف، أو نذر، أو عهد.

(5) هذه الجملة مرفوعة مثلا خبر للمبتدأ المتقدم الواقع في قوله:

فالبيع.

(6) وهو المكره بالفتح.

(7) الجار والمجرور متعلق بقوله: سقوط الفاعل.

ص: 66

نفسه بما يصدر منه، و لا يعتمد إليه عن رضا، و إن كان (1) يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره، دفعا (2) للضرر، أو ترجيحا لأقل الضررين (3) إلا أن هذا المقدار (4) لا يوجب تطيب نفسه به، فإن النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه، مع الإيعاد عليه بما يشق تحمله.

و الحاصل أن الفاعل (5) و إن يفعل لدفع الضرر، لكنه مستقل في فعله، و مخلى و طبعه فيه بحيث تطيب نفسه بفعله و إن كان من باب علاج الضرر.

و قد يفعل (6) لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه.

و هذا (7) مما لا تطيب النفس به.

و ذلك (8) معلوم بالوجدان.

+++++

(1) أي و إن كان المكروه بالفتح يختار وقوع الفعل.

(2) منصوب على المفعول لاجله فهو تعليل لاستقلال العقل بوجوب اختيار وقوع الفعل.

(3) و هما: وقوع الفعل، و الضرر المتوقع به.

(4) و هو استقلال العقل بوجوب اختيار وقوع الفعل دفعا للضرر المتوقع به.

(5) و هو المكروه بالفتح.

(6) أي الفاعل الذي هو المكروه بالفتح.

(7) و هو الشق الثاني و هو فاعل الفعل، خوفا لدفع الضرر المتوقع به

(8) أي الشق الثاني الذي لا تطيب النفس بإيجاده في الخارج لا يحتاج إلى إقامة برهان في تحريمه، فإن الوجدان قائم على ذلك.

إشارة

ثم إنه هل يعتبر في موضوع (1) الاكراه، أو حكمه (2) عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب به ضرراً آخر كما حكى عن جماعة أم لا؟

عدم اعتبار العجز عن التورية

الذي يظهر من النصوص (3) و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية لأن حمل عموم رفع الاكراه (4)، و خصوص النصوص الواردة في طلاق المكره (5) و عتقه (6)، و معاهد الاجماع، و الشهرة المدعاة

+++++

(1) و هو تحقق مفهوم الاكراه الذي عرفته آنفاً: و هو حمل الغير على ما يكرهه.

خلاصة هذا الكلام: أنه هل يعتبر في تحقق هذا المفهوم، أو تحقق حكم الاكراه الذي هو رفع الاثر إمكان التفصي عن الضرر المتوعد به:

بمعنى أنه لو تمكن المكره بالفتح من التفصي عن الضرر المتوعد به و لم يفعل و اتى به هل يصدق عليه الاكراه، و رفع الاثر عنه أم لا؟

(2) و هو الاثر الذي هو الحكم التكليفي، أو الوضعي كما عرفت آنفاً

(3) تأتي الاشارة إليها.

(4) هذا احد النصوص و المراد به حديث رفع عن امتي المشار إليه في الهامش 1 ص 46

(5) هذا ثاني النصوص و قد اشير الى هذه النصوص في الهامش 5 ص 57

(6) راجع المصدر نفسه الجزء 16 ص 29. الباب 19.

الحديث 1-2. أليك نص الحديث الاول.

عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن عتق المكره فقال: ليس عتقه بعتق.

في حكم المكروه: على صورة (1) العجز عن التورية، لجهل، أو دهشة (2)

بعيد جدا.

بل غير صحيح (3) في بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها مع (4) أن القدرة على التورية لا تخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفا.

هل يعتبر العجز عن التخلص بغير التورية

هذا وربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية أيضا في صدق الاكراه.

مثل رواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يمين في غضب ولا في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه

قلت: اصلحك الله و ما الفرق بين الجبر و الاكراه ؟

قال: الجبر من السلطان، و يكون الاكراه من الزوجة و الام و الأب و ليس ذلك بشيء (5)

+++++

(1) الجار و المجرور متعلق بقوله: لأن حمل عموم أى حمل هذه النصوص على صورة العجز بعيد جدا.

(2) و هي الخوف من توعده المكروه و تهديده.

(3) اى حمل عموم رفع الإكراه، و خصوص النصوص الواردة في المقام على صورة العجز غير صحيح كما في بعض هذه النصوص و هي روايات الطلاق، و العتق، فإن المورد و هو الطلاق، و العتق ليس من الامور الموجبة للدهشة و الخوف حتى لا يتمكن المكروه من التورية.

نعم لو كان المورد من الامور المدهشة كالقتل، أو التعذيب أمكن عدم التورية، للارتباك و الخوف.

(4) هذا إشكال آخر على بعد حمل حديث رفع عن امتي و النصوص الواردة على صورة العجز عن التورية.

(5) راجع المصدر نفسه. الجزء 16. ص 172. الباب 16 الحديث 1

ص: 69

و يؤيده (1) أنه لو خرج عن الاكراه عرفا بالقدرة على التفصي بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها؛ لأن (2) المناط حينئذ (3) انحصار التخلص عن الضرر المتوقع به في فعل المكره عليه، فلا- فرق بين ان يتخلص عنه بكلام آخر (4) أو فعل آخر، أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر (5).

و دعوى (6) أن جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدى

+++++

وجه الاستظهار هو قوله عليه السلام في آخر الحديث: و يكون الإكراه من الزوجة و الام و الأب، فإن التفصي عن هؤلاء بغير التورية أمر ممكن من حيث الرأفة؛ أو انتفاء كمال السلطنة.

(1) اى و يؤيد هذا الاستظهار.

(2) هذا التعليل بيان للجامع بين الخروج عن الإكراه عرفا بواسطة القدرة على التفصي بغير التورية.

و بين الخروج عن الإكراه بواسطة القدرة على التفصي بالتورية اى المناط في صدق الإكراه في كلا التفصيين واحد.

(3) اى حين الخروج عن الاكراه عرفا بواسطة القدرة على التفصي بغير التورية.

(4) كما في القدرة على التفصي بغير التورية.

(5) كما في القدرة على التفصي بالتورية.

(6) هذه الدعوى في قبال دعوى الشيخ الملازمة بين الخروج عن الاكراه بالقدرة على التفصي بغير التورية.

و بين الخروج عن الاكراه بالقدرة على التفصي بالتورية بقوله: و يؤيده أنه لو خرج.

و خلاصة هذه الدعوى: أن صدق الاكراه مع قدرة المكره على التفصي بالتورية و لم يتورّ امر تعبدى حكم به الشارع.

ص: 70

لا من جهة صدق حقيقة الاكراه كما ترى (1)

اعتبار العجز عن التخلص بغير التورية

لكن (2) لانصاف أن وقوع الفعل عن الاكراه لا يتحقق إلا مع العجز عن التفصي بغير التورية، لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه

+++++

وليس من باب صدق حقيقة الاكراه، حيث إن حقيقته هو حمل الغير على ما يكرهه حتى يقال: إن هذه الحقيقة بعينها صادقة أيضا فيما لو كان المكروه متمكنا على التفصي بغير التورية.

ثم يقال بثبوت الملازمة المذكورة.

و المراد من التعبد هي النصوص الواردة في طلاق المكروه، و عتقه التي اشرنا إليها في الهامش 5 ص 57، و الهامش 6 ص 68

(1) هذا جواب من الشيخ عن الدعوى المذكورة

و خلاصته: أن ترتيب اثر الاكراه إنما هو لاجل تحقق نفس الاكراه لا لاجل التعبد، فاذا كان ترتيب الاثر لاجل تحقق نفس الاكراه فهو بعينه موجود فيما اذا كان متمكنا عن التفصي بغير التورية و لم يتفص فهو مكروه أيضا، فلا فرق بين التفصيين.

(2) هذا عدول عما افاده: من أن ترتب اثر الاكراه إنما هو لأجل تحقق نفس الاكراه، لا لاجل التعبد، وأنه لا فرق بين التفصيين كما افاده الخصم بقوله في ص 70: و دعوى أن جريان

يروم الشيخ من هذا العدول أن يبين وجود الفارق بين التفصيين و هما:

تفصي المكروه عن المكروه عليه بالتورية فهنا يصدق الاكراه

و بين تفصي المكروه عن المكروه عليه بغير التورية فلا يصدق الاكراه

و الفارق هو وجود النصوص المذكورة المعبر عنها بدليل التعبد كما ذكر الخصم؛ و قد اشرنا إليها في الهامش 5 ص 57، و الهامش 6 ص

68

ص: 71

هو خوف ترتب الضرر المتوقع به على الترك، ومع القدرة على التفصي (1) لا يكون الضرر مترتباً على ترك المكره عليه.

بل على تركه، وترك التفصي معاً، فدفع الضرر يحصل باحد الامرين:

من فعل المكره عليه، والتفصي (2) فهو (3) مختار في كل منهما ولا يصدر كل منهما إلا باختياره، فلا إكراه.

وليس (4)

+++++

وقد ذكر الشيخ وجود الفارق، وكيفية العدول في المتن فلا نعيده ونحن نشير الى بعض جوانبه.

(1) اي على التفصي من المكره عليه بواسطة القدرة على غير التورية

(2) اي ومن التفصي.

(3) اي المكره بالفتح مختار في اتيان الفعل المكره عليه وفي اتيان التفصي، لأنه باتيان احد الامرين يدفع الضرر عن نفسه، أو أحد متعلقه، فلا إكراه في البين.

(4) دفع وهم

حاصل الوهم: أنه لو كان دفع الضرر يحصل باحد الامرين المذكورين: وهو اتيان المكره عليه، أو التفصي فقد اصبح التفصي احد فردي المكره عليه فيحصل الاكراه لا محالة فلا يكون الفاعل مختاراً حينئذ، بل يكون مكرهاً على اتيان التفصي.

فاجاب الشيخ عن الوهم المذكور ما حاصله: أن التفصي ليس احد فردي المكره عليه حتى لا يوجب تخير الفاعل في الامرين المذكورين سلب الاكراه عن الامرين المذكورين.

بل التفصي احد فردي رفع الضرر عن نفسه، لأنه بارتكاب احد

ص: 72

التفصي من الضرر احد فردي المكره عليه حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما (1) سلب الاكراه عنهما.

كما لو (2) اكرهه على احد الامرين، حيث يقع كل منهما حينئذ (3) مكرها عليه، لأن (4) الفعل المتفصي به مسقط عن المكره عليه، لا بدل (5) له

+++++

الأميرين يرتفع الضرر عن نفسه، فتخير الفاعل يوجب سلب الاكراه فلا إكراه في البين.

(1) اي في الامرين المذكورين و هما: إتيان المكره عليه، و اتيان التفصي كما عرفت.

(2) مثال للمنفى و هو قوله: حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الاكراه عنهما.

و خلاصته: أنه لو امر زيد عمرا بارتكاب احد المحرمين كشرب الخمر أو السرقة فارتكب احدهما باختياره.

فلا شك في أن وقوع احدهما باختياره قد وقع مكرها عليه حين الاكراه بارتكاب احدهما.

فالمثال ليس للنفي و هو قوله: و ليس التفصي.

(3) اي حين الاكراه كما عرفت.

(4) تعليل لقوله: و ليس التفصي.

و خلاصته: أن الفعل المتفصي به الذي يأتيه المكره لدفع الضرر عن نفسه لا يكون بدلا عن المكره عليه حتى يتصف بالاكراه، بل هو مسقط عن المكره عليه، نعم اذا كان بدلا عن ذلك فقد اتصف بالاكراه

كما كان الامر كذلك عند ما يكرهه على احد الامرين المحرمين.

(5) حتى يتصف الفعل المتفصي به بالاكراه كما عرفت آنفا

ص: 73

ولذا (1) لا تجري عليه أحكام المكروه عليه اجماعا فلا يفسد اذا كان عقدا.

و ما ذكرناه (2) وإن كان جاريا في التورية، إلا أن الشارع رخص (3) في ترك التورية بعد عدم امكان التفصي بوجه آخر، لما ذكرنا: من ظهور النصوص (4) والفتاوى، وبعد حملها على صورة العجز عن التورية، مع أن العجز عنها (5) لو كان معتبرا لأشير إليها (6) في تلك الأخبار الكثيرة

+++++

(1) تعليل لقوله: لأن الفعل المتفصي به مسقط عن المكروه عليه لا بدل عنه.

و خلاصته: أن الدليل على أن الفعل المتفصي به مسقط، لا بدل هو عدم جريان أحكام المكروه عليه على المتفصي به اجماعا: من عدم فساد المتفصي به اذا كان عقدا.

كما لو امر زيد عمرا ببيع كتابه (اللمعة دمشقية) فباع عوضه كتاب المكاسب، متفصيا عن بيع اللمعة.

فبيع المكاسب، هنا صحيح، لوقوعه اختيارا من دون صدق الإكراه عليه.

(2) و هو العدول الذي ذكره بقوله في ص 71: لكن الإنصاف اى ما ذكرنا هناك وإن كان ممكن الجريان في التورية: بأن يقال: مع التمكن عن التفصي عن المكروه عليه بإعماله التورية و لم يورّ لصدق عنوان الاكراه.

(3) هذا هو دليل التعبد الذي عبر به الخصم بقوله في ص 70:

و دعوى أن جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدى.

(4) و هي المشار إليها في الهامش 4-5-6 ص 68

(5) اى عن التورية.

(6) اى الى صورة العجز عن التورية.

ص: 74

المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و الاكراه، خصوصا في قصة عمار، و ابويه حيث اكرهوا على الكفر فابى أبواه فقتلا، و اظهر لهم عمار ما ارادوا فجاء باشيا الى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فنزلت الآية:

مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ (1)

فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن عادوا عليك فعد (2) و لم ينبهه على التورية، فإن (3) التنبيه في المقام و إن لم يكن واجبا إلا أنه لا شك في رجحانه خصوصا من النبي صلى الله عليه و آله و سلم باعتبار شفقتة على عمار، و علمه بكراهة تكلم عمار بألفاظ الكفر من دون تورية كما لا يخفى،

الفرق بين إمكان التفصي بالتورية و إمكانه بغيرها

هذا.

و لكن (4) الأولى أن يفرق بين إمكان التفصي بالتورية، و إمكانه

+++++

(1) النحل: الآية 6.

(2) (وسائل الشيعة) الجزء 11 ص 476. الباب 29. الحديث 1-2

(3) تعليل لقوله: مع أن العجز عن التورية لو كان معتبرا.

خلاصته: أن تنبيه الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله و سلم عمارا بالتفصي عن الكفر بالتورية: بأن يقول صلى الله عليه و آله و سلم له:

لو تمكنت من الفرار عن الكفر بالتورية فافعل، و لا تكفر: و إن لم يكن أمرا واجبا، لكنه راجح و مطلوب.

و لا يخفى أن العجز عن التورية لو كان معتبرا في عدم صدق الاكراه لكان التنبيه من الرسول الاعظم صلى الله عليه و آله و سلم واجبا.

(4) من هنا رأي الشيخ حول موضوع الاكراه.

ص: 75

بغيرها: بتحقيق (1) الموضوع في الاول، دون الثاني (2)، لأن الأصحاب وفاقا للشيخ في المبسوط ذكروا من شروط تحقق الاكراه أن يعلم، أو يظن المكروه بالفتح أنه لو امتنع مما اكراه عليه لوقع فيما توعدّ عليه (3)

و معلوم ان المراد ليس امتناعه (4) عنه في الواقع و لو مع اعتقاد المكروه بالكسر عدم الامتناع.

بل المعيار في وقوع الضرر اعتقاد المكروه لامتناع المكروه (5)

و هذا المعنى (6) يصدق مع امكان التورية، و لا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها، لأن المفروض تمكنه (7) من الامتناع مع اطلاع المكروه

+++++

(1) اى فيقال بتحقيق الموضوع و هو الاكراه في الاول: و هو امكان التفصي عن ارتكاب المكروه عليه بالتورية، فإن المكروه لو تمكن من التفصي عن المكروه عليه بالتورية و لم يورّ لصدق عليه الاكراه.

(2) اى و يقال بعدم تحقق الاكراه في الثاني: و هو امكان التفصي عن ارتكاب المكروه عليه بغير التورية، فإن المكروه لو تمكن من التفصي عن المكروه عليه بغير التورية و لم يستعمله لم يصدق عليه الاكراه.

(3) من الضرب، أو القتل، أو نهب أمواله، و غير ذلك مما يؤذيه، سواء أ كان ما توعدّ به متعلقا بشخصه أم باحد متعلقيه.

(4) اى امتناع المكروه من المكروه عليه.

(5) اى امتناع المكروه عن ايقاع الفعل الذي امر بايقاعه في الخارج فإن المكروه لو اعتقد ذلك فقد حصل الضرر و وقع.

(6) و هو اعتقاد المكروه امتناع المكروه عن ايقاع الفعل في الخارج

(7) اى تمكن المكروه من ايقاع الفعل في الخارج.

عليه (1)، و عدم وقوع الضرر عليه (2)

و الحاصل أن التلازم بين امتناعه (3)، و وقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الاكراه موجود مع التمكن بالتورية (4)، لا مع التمكن بغيرها فافهم (5)

عدم اعتبار العجز في الإكراه الرافع لأثر المعاملات

إشارة

ثم (6) إن ما ذكرنا: من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الاكراه المسوغ للمحرمات.

+++++

(1) اى على هذا الامتناع، لأنه امر جلي غير خفي كما في التورية حيث إنها امر خفي لا يطلع عليها المكروه.

(2) اى على المكروه بالفتح.

(3) اى امتناع المكروه من ايقاع الفعل في الخارج.

(4) وقد عرفت سر ذلك: و هو أن التورية امر خفي لا يطلع عليها المكروه.

بخلاف غير التورية، فإنه جلي يتمكن المكروه الاطلاع عليه.

(5) لعله إشارة الى أن التفكيك بين التفصيلين امر مشكل ظاهرا يحتاج الى الدقة و التعمق في المقام.

(6) من هنا يروم الشيخ أن يفرق بين الاكراه في الأحكام التكليفية كشرب الخمر، و إفتار الصوم، و قبول الولاية من قبل السلطان الجائر

و بين الاكراه في الأحكام الوضعية كفساد المعاملة لو اكره الشخص عليها.

مقصود الشيخ من بيان هذا الفارق هو ذكر النسبة بين شخص الاكراهين و هو العموم و الخصوص المطلق.

و نحن نشير الى بيان الفرق عند ما يذكره الشيخ، و بيان النسبة المذكورة

و مناطه (1) توقف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه.

و أما (2) الإكراه الراجع لاثـر المعاملات فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة.

وقد يتحقق مع إمكان التفصيـ (3): مثلاً (4) من كان قاعداً في مكان

+++++

(1) من هنا شروع في بيان الفرق بين الإكراهين أي مناط الإكراه وعلته في الأحكام التكليفية هو دفع المكروه الضرر المتوجه نحوه من المكروه عن نفسه بارتكاب الفعل المكروه عليه.

(2) أي و أما مناط الإكراه وعلته في الأحكام الوضعية الذي يرفع اثر المعاملة الواقعية في الخارج بكره و إكراه: هو عدم طيب النفس من المكروه بوقوع المعاملة في الخارج.

فعلى المناط في الأول لا يتحقق الإكراه إلا بشيئين:

(أحدهما): اعتبار العجز عن التفصيـ عن ارتكاب الحرام.

(ثانيهما) دفع الضرر عن نفسه بارتكاب المحرم.

السـر في ذلك: أن ارتكاب المحرمات التي هي حدود الله لا يسوّغ التعدي عنها إلا في حالة الاضطرار و الإلـجاء.

فلو تمكن المكروه من عدم ارتكاب المحرم بالتفصيـ عنه و لم يتفصـ لم يصدق عليه الإكراه.

نعم لو عجز من التفصيـ و ارتكب المعصية لصدق الإكراه.

و أما على المناط في الثاني و هو الإكراه في الأحكام الوضعية فقد يتحقق الإكراه مع إمكان التفصيـ عن المكروه عليه، و القدرة على تركه

(3) أي الإكراه في الأحكام الوضعية كما عرفت آنفاً.

(4) أي خذ لك مثلاً.

خاص خال عن الغير متفرغا لعبادة، أو مطالعة فجاءه من اكرهه على بيع شيء مما عنده و هو في هذه الحال (1) غير قادر على دفع ضرره و هو كاره للخروج عن ذلك المكان.

لكن لو خرج كان له في الخارج خدم يكفونه شر المكره.

فالظاهر صدق الاكراه حينئذ (2) بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء.

بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، و توقف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه و طرده، فإن هذا لا يتحقق في حقه الاكراه و يكذب لو ادعاه (3)، بخلاف الاول (4) اذا اعتذر بكراهة الخروج

+++++

من هنا يقصد الشيخ الاتيان بالمثال لتوضيح ما افاده: من الفرق بين الإكراهين فابتدأ بالمثال للحكم الوضعي.

(1) و هي حالة العبادة أو المطالعة.

(2) اي حين التمكن من الخروج و لم يخرج.

(3) لأنه كان قادرا على دفع الضرر عن نفسه، لحضور خدمه و أعوانه عنده المانعين عن وقوع العقد في الخارج بطردهم المكره، أو ضربهم اياه، أو تهديدهم له، فما دام لم يتفص عن المكره عليه باستعمال خدمه يصدق عليه طيب النفس فتصح المعاملة

(4) و هو قعود الرجل في مكان فارغ للعبادة، أو المطالعة فجاءه رجل اكرهه على بيع شيء من ماله و هو غير قادر على دفع الضرر عن نفسه في حالة العبادة، أو المطالعة، فإن الرجل لو اعتذر في تلك الحالة يقبل اعتذاره، لأن المناط في الاكراه الراجع لاثر المعاملة هو عدم طيب النفس و هو حاصل هنا.

عن ذلك المنزل ولو فرض في ذلك المثل (1) إكراهه على محرم لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل (2).

وقد تقدم الفرق بين الجبر والاكراه في رواية ابن سنان (3)

المراد من الإكراه الرافع لأثر المعاملات

فالاكراه المعتبر في تسويغ المحظورات (4) هو الاكراه بمعنى الجبر المذكور (5)، والرافع لاثر المعاملات (6) هو الاكراه الذي ذكر في تلك الرواية (7) أنه قد يكون من الأب والولد والمرأة.

فالمعيار فيه (8) عدم طيب النفس فيها، لا الضرورة والالغاء

+++++

(1) وهو المثل الاول المشار إليه في الهامش 8 ص 79

(2) لعدم جواز ارتكاب المحرمات التكليفية بمجرد الاكراه وقد علمت أن المناط في تحقق الاكراه في الأحكام التكليفية شيان:

العجز عن التفصي، ودفع الضرر عن نفسه بارتكاب المكروه عليه

وهنا قد تمكن من التفصي عن ارتكاب المحرم بخروجه عن محل العبادة، وأمره خدمه وأعوانه بدفع الضرر عن نفسه، ولم ينفص عن ذلك

(3) في ص 69 في قوله عليه السلام: الجبر من السلطان، ويكون الاكراه من الزوجة والام، والأب، وليس ذلك بشيء، حيث إن الأول لا يمكن التفصي عنه، والثاني يمكن التفصي عنه.

(4) وهي الأحكام التكليفية كما عرفت.

(5) اي في رواية ابن سنان المشار إليها في ص 69

بقوله عليه السلام: الجبر من السلطان، اي لا يمكن الفرار عنه.

(6) وهي الأحكام الوضعية.

(7) وهي رواية ابن سنان المشار إليها في ص 69.

(8) اي المرجع في هذا الاكراه الذي هو الرافع لاثر المعاملات والذي اشير إليه في رواية ابن سنان هو عدم طيب النفس في المعاملات.

وإن كانت (1) هي المتبادر من لفظة الاكراه، ولذا (2) يحمل الاكراه في حديث الرفع عليه، فيكون (3) الفرق بينه، وبين الاضطراب المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطراب بالحاصل (4)، لا من (5) فعل الغير كالجوع والعطش والمرض (6).

+++++

(1) اي الضرورة والالجاء هو المتبادر من لفظة الاكراه عند ما يطلق

(2) اي ولاجل هذا التبادر من لفظة الاكراه تحمل لفظة الاكراه الواردة في حديث رفع عن امتي تسعة المشار إليه في الهامش 1 ص 46:

على الاضطراب والالجاء.

(3) دفع وهم.

حاصل الوهم: أنه لو يحمل الاكراه الوارد في الحديث على الالجاء والاضطراب اذا فما الفارق بين الاكراه، والاضطراب الواقعين في نفس الحديث؟

فاجاب قدس سره: أن الفرق بين هذا الاكراه الوارد في الحديث والمفسر بالاضطراب.

وبين الاضطراب المعطوف على هذا الاكراه: كما في رواية الخصال الواردة في المصدر نفسه: هو اختصاص الاضطراب بالحاصل من فعل الانسان بشخصه كالجوع والعطش والمرض التي هي من الامور الاضطرابية الصادرة عن شخص الانسان

و اختصاص الاكراه المفسر بالاضطراب: بالاضطراب الحاصل من فعل الغير كجبر السلطان.

(4) اي الحاصل من فعل الانسان كما عرفت آنفا.

(5) اي لا الاضطراب الحاصل من فعل الغير كما عرفت آنفا.

(6) أمثلة للاضطراب الحاصل من فعل الانسان الذي ذكرناه لك بقولنا: كالجوع والعطش والمرض، وليست أمثلة لما يحصل من فعل الغير

ص: 81

لكن الداعي (1) على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أن العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس، حيث استدلوا على ذلك (2) بقوله تعالى: تجارة عن تراض (3)

+++++

(1) اي السبب الوحيد الذي حثنا على اعتبار الاختيار في صدر المسألة المذكورة في ص 45 بقولنا: و من جملة شروط المتعاقدين الاختيار.

وقلنا: إن المراد من الاختيار ما كان مقابلاً لمطلق الاكراه وليس المراد من الاختيار المقابل للجبر والالغاء، كما أن الجبر هو المستفاد من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: رفع عن امتي تسعة: ما اكرهوا عليه كما عرفت في ص 46: شينان:

(الاجماع) من الفقهاء على ذلك.

و (الأخبار) الواردة في طلاق المكره.

وهذه الأخبار على قسمين:

(احدهما) ما يدل على عدم وقوع الطلاق لمن لا يريد الطلاق.

وقد مضت الاشارة إليها في الهامش 2 ص 61

(ثانيهما): خصوص رواية من طلق زوجته مداراة لاهله المذكورة في ص 62

(2) اي على أن الاعتبار في المعاملات هو القصد الحاصل من طيب النفس.

(3) فإن معنى تجارة عن تراض هو طيب النفس الصادر من كل واحد من المتعاقدين المتعاملين.

و من الواضح أن المكره في المعاملات ليس له تلك الصفة النفسية فيرتفع اثر المعاملات و هي الصحة فتقع فاسدة عند الاكراه.

ص: 82

و لا يحل (1) مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه.

و عموم (2) اعتبار الإرادة في صحة الطلاق.

و خصوص (3) ما ورد في فساد طلاق من طلق مداراة مع عياله

فقد (4) تلخص مما ذكرنا: أن الإكراه الراجع لاثر الحكم التكليفي أخص من الراجع لاثر الحكم الوضعي.

+++++

(1) اي و استدلووا على ان الاعتبار في المعاملات هو القصد الحاصل عن طيب النفس بحديث و لا يحل.

و قد مضت الاشارة الى الحديث في الجزء 6 من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة. ص 181-182

(2) اي و استدلووا على أن الاعتبار في المعاملات هو القصد الحاصل عن طيب النفس بعموم اعتبار الإرادة الواردة في أخبار الطلاق.

مضت الاشارة الى هذا الحديث في الهامش 2 ص 61

(3) اي و استدلووا على أن الاعتبار في المعاملات هو القصد الحاصل من طيب النفس بخصوص الرواية الواردة في من طلق زوجته مداراة

لأهله و قد اشير إليها في ص 62

(4) من هنا يروم الشيخ أن يبين أن بين الاكراهين: و هما الاكراه في الأحكام التكليفية

و الاكراه في الأحكام الوضعية: عموماً و خصوصاً مطلقاً: بمعنى أن كل ما كان موجبا لرفع الحكم التكليفي يكون موجبا لرفع الحكم
الوضعي

و ليس كل ما كان موجبا لرفع الحكم الوضعي يكون موجبا لرفع للحكم التكليفي.

فالأخصية تكون من جانب الحكم التكليفي كما في الانسان و الحيوان

ص: 83

حيث الأخصية في جانب الانسان، و الأعمية في جانب الحيوان، لأن الاكراه الرافع لاثر الحكم الوضعي أعم من الاكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي، لأن أثر الحكم الوضعي كما يرتفع بعدم إمكان التفصي من المعاملة المكروه عليها.

كذلك يرتفع بعدم طيب النفس.

بخلاف الاكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي، فإنه مقيد بعدم امكان التفصي بأي شكل من الأشكال.

خذ لذلك مثالا:

لو اكره زيد عمرا على شراء العنب و جعله خمرا، ثم بعد التخمير يشربها، ليس لعمر و التفصي من ذلك اصلا

فهاهنا اجتمع حكمان:

تكليفي: و هي حرمة شرب الخمر:

و وضعي: و هي حرمة المعاملة لشراء العنب للتخمير.

أما الحكم التكليفي فقد ارتفع اثره الذي هي حرمة شرب الخمر بعدم امكان التفصي عنه.

و أما الحكم الوضعي فكذلك ارتفع اثره الذي هو نفوذ صحة المعاملة بعدم امكان التفصي عنه أيضا.

و ليس كل ما كان موجبا لرفع الحكم الوضعي يكون موجبا لرفع الحكم التكليفي.

خذ لذلك مثالا:

لو اكره زيد عمرا على شراء العنب و تخميره، ثم شربه، لكنه كان قادرا على التفصي عن الشرب.

الفرق بين الأحكام التكليفية و الأحكام الوضعية

و لو لوحظ (1)

+++++

بخلاف الشراء، حيث لم يكن له بد من ذلك فيكون فاقدًا لطيب النفس فقط.

فهنا يرتفع اثر الحكم الوضعي الذي هو نفوذ صحة المعاملة من جهة عدم طيب النفس.

و أما أثر الحكم التكليفي الذي هي حرمة شرب الخمر فلا يرتفع لامكان التفصي من شربه.

الى هنا كان الكلام في النسبة بين نفس الاكراهين.

(1) من هنا يريد الشيخ أن يذكر النسبة بين المنطين اى مناط الاكراه في الحكم التكليفي، و مناط الاكراه في الحكم الوضعي.

قد علمت أن المناطق في الاول هو دفع الضرر عن نفسه، و ذلك متوقف على ارتكاب الفعل المكروه عليه.

و أن المناطق في الثاني هو عدم طيب النفس الذي يرتفع به اثر المعاملة و هي صحة نفوذها.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن النسبة بين المنطين هو العموم و الخصوص من وجه، لهما مادة اجتماع، و مادتا افتراق.

أما مادة الاجتماع فكما اذا اكراه زيد عمرا على بيع داره، و توعدده و هدده على عدم البيع لو لم يبيع، و ليس له طريق الى التفصي عن دفع

الضرر عن نفسه، أو عن احد متعلقيه اذا كان هو المهدد، و نفسه لا تطيب على بيع داره.

فهنا قد اجتمع مناطان: مناط اكراه الحكم التكليفي: و هو دفع الضرر عن نفسه بارتكاب المكروه عليه، لتوقفه عليه.

ص: 85

ما هو المناط في رفع كل منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه (1) كانت النسبة بينهما العموم من وجه، لأن المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة، وطيب النفس.

لو أكره الشخص على أحد الأمرين

و من هنا (2) لم يتأمل احد في أنه اذا اكره الشخص على احد الأمرين المحرمين لا بعينه فكل منهما وقع في الخارج: لا يتصف بالتحريم (3)، لأن

+++++

و مناط الحكم الوضعي: و هو عدم طيب النفس منه على بيع داره

و أما مادة الافتراق من جانب مناط الحكم التكليفي: بأن يكون مناط الاكراه الوضعي موجودا، و مناط الاكراه التكليفي غير موجود.

كما لو اكره زيد عمرا على بيع داره، لكنه قادر على التفصي عنه و لم يستعمل قدرته في ذلك فاوجد المكروه عليه مع عدم طيب النفس فهنا يوجد مناط الحكم الوضعي، دون مناط الحكم التكليفي.

و أما مادة الافتراق من جانب المناط في الحكم الوضعي: بأن يكون مناط الحكم التكليفي موجودا، و مناط الحكم الوضعي غير موجود.

كما اذا اكره زيد عمرا على شراء الخبز المسروق و اكله و هو جائع

فهنا يوجد مناط الحكم التكليفي الذي هو دفع الضرر عن نفسه و الضرر هو الجوع، و الدفع لا يتحقق إلا بارتكاب الحرام: و هو اكل الخبز المسروق.

و أما مناط الحكم الوضعي الذي هو عدم طيب النفس فغير موجود لطيب النفس بالشراء، لأنه جائع، فلو لم يقدم عليه لهلك من الجوع

(1) و هو الاكراه في الحكم التكليفي، و الاكراه في الحكم الوضعي

(2) اي و من أن المناط في الحكم التكليفي هو دفع الضرر، و المناط في الحكم الوضعي هو عدم طيب النفس.

(3) لأن طبيعة الاكراه لا يمكن تحققها إلا في ضمن احد الفردين

المعيار في دفع الحرمة دفع الضرر المتوقع على فعل احدهما.

أما لو كانا (1) عقدين، أو إقاعين كما لو أكره على طلاق احدى زوجته.

+++++

المحرمين وقد اوجدها المكروه في ضمن احدهما.

وقد علمت أن المناط في إكراه الحكم التكليفي هو دفع الضرر عن نفسه، وهذا لا يتحقق إلا بارتكاب المكروه عليه.

(1) أى أحد الامرين الذين أكره الشخص على اتيان احدهما.

مقصود الشيخ من هذه العبارة: ان احد الامرين الذين أمر الشخص بارتكابه لا محالة لو كان في ضمن عقدين، كما لو امره إما ببيع داره أو ببيع بستانه مثلا فاختر ببيع الدار

أو كان في ضمن إقاعين كما لو أمره إما بطلاق زوجته هذه، أو تلك مثلا فاختر طلاق احدهما

فهنا لا إشكال ولا كلام في صدق الاكراه بالنسبة الى اصل الطبيعة المعبر عنها بالقدر المشترك وهي نفس الطلاق، أو نفس البيع.

وإنما الكلام والاشكال بالنسبة الى تلك الخصوصية المختارة والمنتخبة

فهل هذه تصنف بالاكراه باعتبار جنسها التي هي طبيعة البيع، أو طبيعة الطلاق أم لا؟

فقد لفتت هذه الخصوصية أنظار الفقهاء فوقت محل الخلاف والنزاع فيما بينهم.

فبعض قال بصدق الاكراه فيها

وبعض قال بعدم الصدق

أما صدق الاكراه فباعتبار جنسه الذي هي و الطبيعة

و أما عدم الصدق فباعتبار اختيار الخصوصية الموجبة لوقوع الطلاق اختيارا

فقد استشكل (1) غير واحد في أن ما يختاره: من الخصوصيتين بطيب نفسه و يرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه مكره عليه باعتبار جنسه أم لا؟

بل أفتى في القواعد بوقوع الطلاق، وعدم الاكراه، وإن حملة (2) بعضهم على ما اذا قنع المكره بطلاق احدهما مبهمه.

لكن المسألة عندهم غير صافية عن الاشكال من جهة مدخلية طيب النفس في اختيار الخصوصية.

وإن كان الأقوى وفاقا لكل من تعرض للمسألة (3) تحقق الاكراه لغة و عرفا (4)

مع أنه لو لم يكن هذا (5) مكرها عليه لم يتحقق الاكراه اصلا اذ الموجود في الخارج دائما احدى خصوصيات المكره عليه (6)، اذ لا يكاد يتفق الاكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات.

+++++

(1) من هنا اخذ الشيخ في نقل كلمات الأعلام في صدق الاكراه وعدمه بالنسبة الى الخصوصية المختارة.

(2) اي وقوع الطلاق، وعدم كونه مكرها.

(3) وهو مسألة من اكره على ارتكاب احد الامرين، سواء أ كان احد الأمرين في ضمن عقدين أم في ضمن ايقاعين كما عرفت في الهامش

1 ص 87

(4) فيتحقق الطلاق في الفرع المذكور كما افاده العلامة.

(5) اي مثل هذا الطلاق، وما شابهه.

(6) فيما اذا اكره الانسان على ارتكاب احد الامرين الحاصل في ضمن عقدين أم الايقاعين كما عرفت.

ص: 88

نعم (1) هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية، وإن كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك (2): بمعنى أن وجوده الخارجي ناش عن إكراه (3) واختيار (4) ولذا (5) لا يستحق المدح، أو الذم باعتبار اصل الفعل، ويستحقه باعتبار الخصوصية. وتظهر الثمرة (6) فيما لو ترتب اثر على خصوصية المعاملة الموجودة فإنه لا يرتفع (7) بالاكراه على القدر المشترك.

+++++

(1) استدراك عما افاده: من تحقق الاكراه لغة و عرفا فيما لو اكراه الشخص على طلاق احدى زوجتيه فطلق في قبال ما افاده العلامة: من عدم الاكراه وإن وقع الطلاق.

و خلاصته أن الفرد المختار وهو طلاق احدى زوجتيه على التعيين امر اختياري ناش من جهة الخصوصية الموجودة في الطلاق، وإن كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك، فلا يتحقق الاكراه لغة و عرفا.

(2) وهي طبيعة الطلاق التي وقعت مكرها عليها.

(3) اى باعتبار طبيعة الطلاق الذي وقع مكرها عليه.

(4) اى باعتبار الخصوصية المختارة.

(5) اى و لاجل أن وجود هذا الفرد المختار الخارجي ناش عن إكراه و اختيار بالمعنى الذي ذكرناه لا يستحق فاعل فعل المكره عليه المدح، و لا الذم بالنسبة الى اصل الفعل الذي هي الطبيعة المحققة في ضمن احد الفردين و المعبر عن هذه الطبيعة بالقدر المشترك.

(6) اى و تظهر ثمرة النزاع في أن الخصوصية المختارة هل تتصف بالاكراه أم لا؟

وقد ذكر الشيخ الثمرة في المتن فلا نعيدها.

(7) اى ذلك الاثر.

ص: 89

مثلا لو اكرهه على شرب (1) الماء، أو شرب الخمر لم يرتفع تحريم الخمر، لأنه مختار فيه، وإن كان مكرها في أصل الشرب.

و كذا لو اكرهه على بيع صحيح، أو فاسد (2) فإنه لا يرتفع أثر الصحيح (3)، لأنه مختار فيه وإن كان مكرها في جنس البيع، لكنه لا يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه.

و من هنا (4) يعلم أنه لو أكره على بيع مال، أو إيفاء مال مستحق لم يكن إكراهها، لأن القدر المشترك (5) بين الحق، وغيره إذا أكره عليه لم يقع باطلا وإلا (6) لوقع الإيفاء أيضا باطلا، فإن اختار البيع صحيح

+++++

(1) هذا المثال خارج عما افاده في ص 89 بقوله: و تظهر الثمرة فيما لو ترتب اثر على خصوصية المعاملة الموجودة.

لكنه داخل في قوله في ص 86: إذا اكره الشخص على احد الامرين.

(2) هذا المثال داخل فيما افاده قدس سره بقوله في ص 89: و تظهر الثمرة

(3) اي لو اختار البيع الصحيح لا يرتفع اثره الذي هو نفوذ صحة المعاملة، لأن المكروه عليه كان له التفصي عن البيع الصحيح باختيار البيع الفاسد اي كانت له المندوحة في ذلك فلم يخترها.

(4) اي و من أنه لا يترتب على جنس البيع وإن كان مكرها عليه اثر يرتفع بالاكراه.

بل الاثر إنما يترتب على البيع المختار و هو البيع الصحيح النافذ كما عرفت.

(5) و هو المكروه عليه، سواء أ كان هو البيع أم إيفاء الحق.

و المراد من الحق هو ايفاء دينه، و من غيره هو البيع.

(6) اي و لو كان بيع مال، أو ايفاء مال مستحق يعد اكرها

ص: 90

لأن الخصوصية (1) غير مكره عليها، و المكره عليه و هو القدر المشترك غير مرتفع الاثر.

و لو اكرهه على بيع مال، أو اداء مال غير مستحق كان إكراهها لأنه لا يفعل البيع إلا فرارا من بدله (2) أو وعيده (3) المضرّين كما لو أكرهه على بيع داره، أو شرب الخمر، فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الاخروي (4) ببدله، أو التصرر الديني (5) بوعيده.

لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد

ثم إن إكراه احد الشخصين على فعل واحد بمعنى إلزامه (6) عليهما كفاية، و ايعادهما على تركه كإكراه شخص واحد على احد الفعلين في كون كل منهما مكرها.

صور تعلق الإكراه

و اعلم أن الإكراه قد يتعلق بالمالك، و العاقد كما تقدم (7)

+++++

لكانت نفس الايفاء متصفة بالبطلان، لكون الايفاء من نفس المال المبيع الذي اكره عليه المدين.

(1) و هي اختيار المكره ببيع ماله لإيفاء دينه اي هذا الاختيار لا يكون مكرها عليه، لانه كان مختارا في ايفاء ماله، و ليس مجبورا في البيع حتى يكون مكرها كما هو الملاك في الاكراه.

(2) و هو دفع مال غير مستحق.

(3) اي أو وعيد المكره بالكسر لو لم يؤد المكره المال إليه

(4) و هي العقوبة الإلهية.

(5) و هو الحد الشرعي الذي هو ثمانون سوطا.

(6) اي إلزام الفعل الواحد على احد الشخصين المكرهين يكون من باب الكفاية: بمعنى أنه لو أتى به احدهما سقط اتيان الفعل عن الآخر.

(7) اي في ص 90 عند قوله: و من هنا يعلم أنه لو اكره على بيع مال

وقد يتعلق (1) بالمالك، دون العاقد كما لو اكره (2) على التوكيل في بيع ماله، فإن العاقد قاصد مختار، و المالك مجبور، و هو داخل في عقد الفضولي (3)، بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الإكراه.

وقد ينعكس (4) كما لو قال: بع مالي، أو طلق زوجتي، و إلا قتلتك.

و الأقوى هنا (5) الصحة، لأن العقد هنا من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكروه إذا كان عاقدا، و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض (6) فهذا أولى من المالك المكروه على العقد (7) اذا رضي لاحقا.

و احتمال في المسالك عدم الصحة (8)، نظرا الى أن الاكراه (9)

+++++

(1) اى الاكراه.

(2) بأن أكرهه شخص في إعطاء الوكالة له، أو لغيره في اجراء بيع ماله.

(3) فمآل هذا العقد و مرجعه الى الصحة بعد الرضا.

و الدليل على ذلك قوله: فهذا أولى من المالك المكروه على العقد اذا رضي لاحقا.

(4) بأن يكون العاقد مكرها من قبل المالك.

(5) اى في صورة إكراه المالك العاقد.

(6) حيث إنه امره باجراء العقد، أو الايقاع فهو كان راضيا بأصلهما.

(7) كما في قوله: وقد يتعلق بالمالك دون العاقد.

(8) اى فيما اذا كان العاقد مكرها.

(9) اى الإكراه في العاقد يسقط حكم اللفظ و هو التأثير الخارجي

ص: 92

يسقط حكم اللفظ كما لو امر المجنون (1) بالطلاق فطلقها.

ثم قال (2): و الفرق بينهما أن عبارة المجنون مسلوبة، بخلاف المكره (3) فإن عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد، فإن كان الأمر (4) قاصدا لم يقدح إكراه المأمور انتهى.

و هو حسن (5)

وقال (6) أيضا: لو اكره الوكيل (7) على الطلاق، دون الموكل

+++++

(1) بأن امره شخص عاقل في إجراء الطلاق فاجرى الصيغة فالطلاق لا يقع، لعدم تأثير في اللفظ الصادر منه.

فالعائد المكره كالمجنون المأمور في إجراء الطلاق: في عدم تأثير عقده الصادر منه.

(2) اى الشهيد الثاني في المسالك قال: الفرق بين العائد المكره و المجنون المأمور في إجراء صيغة الطلاق.

لا يخفى أن هذا الفرق مبني على صحة العقد، أو الايقاع الصادر من العائد المكره، لا على صورة عدم الصحة، فإنه لا فرق حينئذ.

و الدليل على ذلك قول الشهيد: فان كان الأمر قاصدا لم يقدح إكراه المأمور.

(3) و هو العائد.

(4) المراد منه هو المالك الذي اكره العائد في إجراء الصيغة.

(5) اى هذا الفرق الذي افاده الشهيد الثاني في المسالك.

(6) اى الشهيد في المسالك.

(7) بأن كان شخص وكيلا عن زيد في إجراء صيغة الطلاق فجاءه شخص آخر وقال له: طلق في هذا اليوم، و الوكيل يريد إجراء الصيغة في يوم الجمعة مثلا.

ص: 93

ففي صحته (1) وجهان أيضا (2)

من (3) تحقق الاختيار في الموكل المالك.

و من (4) سلب عبارة المباشر انتهى (5)

وربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين (6) بما دل على رفع حكم الاكراه (7).

+++++

(1) اى صحة الطلاق في هذه الصورة.

(2) اى كما كان الوجهان وهما: صحة البيع، أو الطلاق، وعدمها في صورة إكراه المالك العاقد في إجراء صيغة البيع، أو الطلاق موجودين كذلك الوجهان هنا موجودان.

(3) هذا دليل على صحة الطلاق.

(4) هذا دليل على عدم صحة الطلاق.

(5) اى ما افاده الشهيد الثاني في المسالك في صورة إكراه المالك العاقد لاجراء صيغة البيع، أو الطلاق.

(6) وهما: صورة إكراه المالك العاقد على إجراء الصيغة.

وصورة إكراه شخص وكيل زيد في إجراء صيغة الطلاق على إجراء صيغة الطلاق.

(7) خلاصة الاستدلال أن حديث رفع عن امتي تسعة المشار إليه في الهامش 1 ص 46 يدل على أن الفعل الواقع عن الاكراه في الفرعين المشار إليهما في الهامش 6 مرفوع الاثر: بمعنى أن بيع العاقد المكره؛ أو طلاقه لا يقع كما في الفرع الاول في قوله في ص 92: وقد ينعكس.

و كذا طلاق الوكيل المكره من قبل شخص آخر دون الموكل لا يقع كما في الفرع الثاني في قوله في ص 93: وقال أيضا: لو اكره الوكيل على الطلاق

ص: 94

وفيه (1) ما سيحييء: من أنه إنما يرفع حكما ثابتا على المكره لولا الاكراه، و لا اثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به لولا الاكراه.

و مما يؤيد ما ذكرنا (2) حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا

و من المعلوم أنه (3) إنما يتعلق بحاصل العقد الذي هو امر مستمر و هو النقل و الانتقال.

و أما التلفظ بالكلام الذي صدر مكرها عليه فلا معنى للحقوق الرضا به، لان ما مضى و انقطع (4) لا يتغير عما وقع عليه و لا ينقلب (5)

نعم ربما يستشكل هنا (6) في الحكم المذكور: بأن القصد الى المعنى و لو على وجه الاكراه شرط في الاعتناء بعبارة العقد، و لا يعرف (7)

+++++

فحديث رفع عن امتي تسعة يشمل الفرعين، حيث إن الشخص في الفرعين مكره عليه فيدل على فساد ما وقع في الفرعين.

(1) اى وفي الاستدلال بحديث الرفع على الفساد نظر و إشكال

و خلاصته: أن حديث الرفع كما عرفت شرحه مفصلا من ص 46 الى ص 54 إنما يرفع حكما ثابتا للفعل المكره عليه لولا الاكراه.

و من الواضح أن العقد سبب مستقل للنقل و الانتقال.

و هذا الاثر منفي بسبب الاكراه، لعدم تأثير للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم بهذا العقد الذي وقع مكرها عليه.

(2) و هو صحة البيع، أو الطلاق في الفرعين المذكورين.

(3) اى لحوق الرضا.

(4) و هو الكلام الصادر من المتكلم مكرها عليه.

(5) فلا يفيد لحوق الرضا لهذا الكلام الصادر من المتكلم مكرها عليه

(6) اى في الفرعين المذكورين من حيث الحكم بصحتهما

(7) و هو القصد الى المعنى و لو على وجه الاكراه.

إلا من قبل العاقد، فإذا كان (1) مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختيارية، دون المكره عليها.

اللهم (2) إلا- أن يقال: إن الكلام بعد احراز القصد، وعدم تكلم العاقد لأغيا، أو مورّياً ولو كان مكرهاً مع (3) أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً، فتأمل (4)

+++++

(1) أي العاقد إذا كان مختاراً في إجراء العقد أمكن احراز القصد إلى المعنى بإجراء أصالة القصد، حيث إن العقلاء بما هم عقلاء إذا أقدموا على الأفعال الاختيارية يقصدونها فلا يكون صدورها منهم بلا قصد.

بخلاف المكره على اتیان الأفعال، فإن أصالة القصد لا تجري في أفعالهم.

(2) استثناء عما افاده: من عدم إجراء أصالة القصد في أفعال المكره.

و خلاصته: أن القصد في العقد سواء أكان صادراً من المختار أم من المكره من الامور المفروغ عنها، وأنه مما لا بدّ منه فلا كلام فيه من هذه الناحية، حيث لا يكون العاقد لأغيا، ولا مورّياً عند إجراء العقد

(3) هذا جواب آخر لوجود القصد في الأفعال الاختيارية الصادرة من المكره.

و خلاصته: أنه يمكن إجراء أصالة القصد في المكره أيضاً، لعدم اختصاص إجراء الاصلالة من قبل العقلاء في أفعالهم الاختيارية، بل تجري حتى في الأفعال المكره عليها إذا شك في صدورها بقصد من المكره.

(4) لعل الامر بالتأمل من جهة أن مدرك اعتبار أصالة القصد إنما هو الاجماع، وبناء العقلاء على ذلك.

و من الواضح أنهما إنما قاما واعتبرا في أفعال العقلاء الاختيارية، دون المكره عليها.

الإكراه على بيع عبد من عبيد

فروع (1) ولو أكرهه (2) على بيع واحد غير معين من عبيد فباعهما، أو باع نصف أحدهما ففي التذكرة إشكال.

اقول: أما بيع العبيد فإن كان تدريجاً فالظاهر وقوع الأول مكرهاً دون الثاني (3)، مع احتمال الرجوع إليه (4) في التعيين، سواء ادعى العكس (5) أم لا.

ولو باعهما دفعة احتملت صحة الجميع، لأنه خلاف المكره عليه

و الظاهر أنه لم يقع شيء منهما عن إكراه.

وبطلان (6) الجميع؛ لوقوع أحدهما مكرهاً عليه (7) ولا ترجيح

+++++

(1) في بعض نسخ المكاسب الموجودة عندنا هكذا: فرع

وفي الكثير منها هكذا: فروع بصيغة الجمع

و المذكور هنا فرعان ليس إلا

ولعله قدس سره أراد من الجمع الجمع المنطقي الذي يصدق على اثنين أو الناسخ اشتبه في الكتابة وهو الأصح.

(2) هذا هو الفرع الأول.

(3) أي دون بيع العبد الثاني، حيث وقع البيع عن اختياره فلا إكراه فيه حتى يبطل البيع.

(4) أي إلى البائع في السؤال عنه: بأن يسأل منه أنك أي بيع العبد من العبيد أردته مكرهاً؟

(5) بأن قال: كنت مكرهاً في البيع الثاني، دون الأول.

(6) أي ويحتمل بطلان بيع العبيد جميعاً.

(7) أي لا محالة من دون تعيين في البين

و وقوع الإكراه في أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح.

و الاول (1) أقوى.

الإكراه على معين فضم غيره إليه

ولو أكره (2) على بيع معين فضم إليه غيره و باعهما دفعة فلاقوى الصحة في غير ما اكره عليه.

و أما مسألة النصف (3) فإن باع النصف بعد الإكراه على الكل بقصد أن يبيع النصف الآخر امتثالاً للمكره، بناء على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين فلا إشكال في وقوعه (4) مكرها عليه.

وإن كان (5) لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضا إكراها

لكن في سماع دعوى البائع ذلك (6) مع عدم الإمارات نظر.

الإكراه على الطلاق

إشارة

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره (7) من الفرع المذكور في التحرير

+++++

(1) وهي صحة بيع الجميع معا.

(2) هذا هو الفرع الثاني من الفرعين المذكورين هنا، وقد اريدا من كلمة فروع في قوله في ص 97: فروع.

(3) اى المذكورة في قول العلامة في التذكرة: أو باع نصف احدهما.

(4) اى وقوع هذا البيع.

(5) اى بيع نصف احد العبدین.

(6) اى بيع نصف العبد لرجاء رضا المكره بذلك: بأن ادعى أمام الحاكم أنني إنما اقدمت على بيع النصف لاجل رجائي برضاه بذلك و ليست له أمانة على دعواه.

ففي سماع هذه الدعوى نظر و إشكال.

(7) قد مرت الاشارة الى هذه المواعدة. عند قوله في ص 65:

وسياتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

ص: 98

قال في التحرير: لو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق انتهى.

ونحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع، لأن الاكراه اسقط أثر (1) اللفظ، و مجرد النية (2) لا حكم لها

و حكى عن سبطه (3) في نهاية المرام أنه نقله (4) قولاً:

و استدل (5) عليه بعموم ما دل من النص و الاجماع على بطلان عقد المكره، و الاكراه متحقق هنا، اذ المفروض أنه لولاه لما فعله

ثم قال: (6) و المسألة محل إشكال انتهى.

و عن بعض الأجلة (7) أنه لو علم (8) أنه لا يلزمه إلا اللفظ، و له

+++++

(1) و هي البيونة بين المرأة و الزوج.

(2) اي مجرد نية الطلاق لا اثر لها في التفرقة بين الزوجين.

(3) اي سبط الشهيد الثاني.

يأتي شرح حياته و المؤلف الشريف في (أعلام المكاسب).

(4) نقل اي عدم وقوع الطلاق لو اكره عليه و هو ناو له.

(5) اي استدل سبط الشهيد الثاني في نهاية المرام على عدم وقوع الطلاق مكرها عليه.

(6) اي قال سبط الشهيد الثاني: إن المسألة و هي طلاق المكره ناويا للطلاق محل إشكال عند الفقهاء.

(7) و هو صاحب كشف اللثام.

يأتي شرح حياته و مؤلفه الشريف في (أعلام المكاسب).

(8) اي المكره بالفتح.

تجريدته عن القصد فلا شبهة في عدم (1) الاكراه

وإنما يحتمل الاكراه مع عدم العلم (2) بذلك، سواء ظن لزوم القصد وإن لم يرد المكره أم لا انتهى (3).

ثم إن بعض المعاصرين (4) ذكر الفرع (5) عن المسالك، وبناء (6) على أن المكره لا قصد له اصلا فردته (7) بثبوت القصد للمكره، وجزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها عليه.

+++++

(1) اي في عدم صدق الإكراه هنا.

(2) اي مع عدم علم المكره بأنه لا يلزمه إلا اللفظ، وله تجريدته عن القصد.

(3) اي ما أفاده بعض الأجلة الذي هو صاحب كشف اللثام.

(4) وهو صاحب الجواهر.

(5) وهو وقوع الطلاق لو اكره على ذلك كما افاده العلامة.

(6) اي وبنى بعض المعاصرين وهو صاحب الجواهر الفرع المذكور عن التحرير في ص 99 على أن المكره لا قصد له الى مفهوم اللفظ اصلا.

(7) اي فرد صاحب الجواهر الشهيد الثاني في هذا المبنى فقال:

إن المكره قاصد الى مفهوم اللفظ، وأن الطلاق الصادر منه واقع في الخارج.

ولا يخفى أن صاحب الجواهر قدس سره حكم سابقا بعدم وقوع الطلاق في هذا الفرع كما نقل عنه الشيخ في ص 64 بقوله: وبعض المعاصرين بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرناه: من أن كلام الفقهاء يوهم ذلك فردّ عليهم بفساد المبنى، وعدم وقوع الطلاق.

وهنا نقل عن صاحب الجواهر الجزم بوقوع الطلاق في الفرع المذكور

ص: 100

وفيه (1) ما عرفت سابقا: من (2) أنه لم يقل احد بخلو المكروه عن قصد معنى اللفظ، وليس هذا (3) مرادا من قولهم: إن المكروه غير قاصد الى مدلول اللفظ (4)، ولذا (5) شرّك الشهيد الثاني بين المكروه والفضولي في ذلك (6) كما عرفت سابقا، فبناء هذا الحكم (7) في هذا الفرع (8) على ما ذكر (9) ضعيف جدا.

+++++

- (1) اى وفيما افاده بعض المعاصرين نظرو إشكال.
- (2) كلمة من بيان لما عرفت سابقا، اى ما عرفته سابقا عبارة من أنه لم يقل احد.
- (3) اى عدم القصد الى اللفظ اصلا ليس مراد الفقهاء.
- (4) بل المراد كما عرفت سابقا في ص 59: أن مرادهم بعدم القصد هو عدم القصد الى وقوع المضمون العقد في الخارج.
- (5) اى ولاجل أن مراد الفقهاء من عدم وجود القصد للمكروه عدم القصد الى وقوع المضمون في الخارج، لا عدم القصد الى مفهوم اللفظ اصلا.
- (6) اى في القصد، فإن من الواضح أن العاقد الفضولي قاصد الى مفهوم اللفظ، فلو كان المكروه غير قاصد الى مفهوم اللفظ لما كان لتشريك الشهيد الثاني المكروه مع الفضولي مناسبة.
- (7) وهو عدم وقوع الطلاق من المكروه، بناء على ما افاده صاحب المسالك.
- (8) وهو الطلاق مكرها.
- (9) وهو أن مراد الفقهاء: من أن المكروه لا قصد له أنه لا قصد له الى مفهوم اللفظ.

و كذا (1) ما تقدم عن بعض الأجلة: من أنه إن علم بكفاية مجرد اللفظ المجرد عن النية فنوى اختيارا صح، لأن مرجع ذلك (2) الى وجوب التورية على العارف بها، المتفطن لها، اذ لا فرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغيا.

وقد (3) عرفت أن ظاهر الأدلة، و الأخبار الواردة في طلاق المكره و عتقه عدم اعتبار العجز عن التورية.

أقسام الإكراه على الطلاق، و أحكامها

و توضيح الأقسام المنصورة في الفرع المذكور (4) أن الاكراه الملحق بوقوع الطلاق قصدا إليه راضيا به إما (5) أن لا- يكون له دخل في الفعل اصلا: بأن يوقع الطلاق قصدا إليه عن طيب النفس بحيث لا يكون الداعي إليه هو الاكراه، لبنائه (6) على تحمل الضرر المتوقع به

+++++

(1) اي و كذا ما تقدم عن صاحب كشف اللثام في ص 99 في قوله:

و عن بعض الأجلة أنه لو علم: ضعيف أيضا.

و كلمة من في قوله: من أنه بيان لما تقدم.

(2) اي مآل قول صاحب كشف اللثام.

(3) هذا بيان لضعف ما ذكره صاحب كشف اللثام ورد عليه.

وقد مضت الاشارة الى أخبار الطلاق و العتق في الهامش 5-6 ص 68

(4) و هو لو طلق مكرها ناويا.

اعلم أن الأقسام المذكورة في هذا الفرع حسب تقسيم الشيخ - قدس سره - أربعة، إلا أن القسم الثالث له فردان، و كذا القسم الرابع كما ستعرف.

(5) هذا هو القسم الاول اي لا دخل للإكراه في الطلاق ابدا.

(6) المراد من البناء هنا توطين النفس اي يوطن المطلِّق نفسه على تحمل الضرر من قبل المتوعدِّد و المكره

و لا يخفى بدهاءة وقوع الطلاق هنا (1)، وعدم جواز حمل الفرع المذكور عليه (2)، فلا معنى لجعله (3) في التحرير أقرب.
و ذكر (4) احتمال عدم الوقوع في المسالك، و جعله (5) قولاً في نهاية المرام، و استشكله (6) فيه، لعموم (7) النص و الاجماع.

+++++

(1) اى في القسم الاول.

(2) لأن الإكراه في الفرع المذكور دخيل في وقوع الطلاق بخلاف هذا القسم، فإنه غير دخيل في ذلك.

(3) اى جعل الفرع المذكور أقرب الى الواقع كما افاده العلامة بقوله في ص 99: لو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوعه.

بل اللازم لجعل الفرع المذكور في القطعيات.

(4) بالجر عطفاً على مجرور (اللام الجارة) في قوله: لجعله اى فلا معنى لذكر عدم وقوع الطلاق من المحتملات كما افاد هذا المعنى الشهيد الثاني في المسالك.

(5) بالجر عطفاً على مجرور (اللام الجارة) في قوله: لجعله اى فلا معنى لجعل عدم وقوع الطلاق في الفرع المذكور من المحتملات كما افاد هذا المعنى سبط الشهيد الثاني في نهاية المرام.

(6) اى و لا معنى لإشكال سبط الشهيد الثاني في وقوع الطلاق في الفرع المذكور.

(7) هذا دليل سبط الشهيد الثاني في إشكاله على وقوع الطلاق في الفرع المذكور اى الدليل على ذلك هو النص و الاجماع.

وقد تقدم الاستدلال منه في ص 99 عند نقل الشيخ عنه بقوله: و استدل عليه بعموم ما دل من النص و الاجماع.

ص: 103

و كذا (1) لا ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الاكراه مستقلا في داعي الوقوع، بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل.

وإن كان (2) الداعي هو الاكراه فإما (3) أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكروه بالكسر كمن قال له ولده: طلق زوجتك وإلا قتلتك، أو قتلت نفسي فطلق الوالد خوفا من قتل الولد: نفسه، أو قتل الغير له اذا تعرض لقتل والده.

أو كان (4) الداعي على الفعل شفقة دينية على المكروه بالكسر أو على المطلقة، أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة، لئلا يقع الناس في محرم.

و الحكم في الصورتين (5) لا يخلو عن إشكال.

+++++

(1) هذا هو القسم الثاني من الأقسام المتصورة في الفرع المذكور

(2) هذا هو القسم الثالث من الأقسام المتصورة في الفرع المذكور

ولهذا القسم فردان:

(3) هذا هو الفرد الاول من القسم الثالث في الفرع المذكور.

(4) هذا هو الفرد الثاني من القسم الثالث في الفرع المذكور.

(5) وهما: صورة كون الداعي على الفعل هو الاكراه، لكن الإقدام على الفعل ليس لاجل دفع الضرر المتوقع عن نفسه، بل لاجل دفع الضرر العائد الى المكروه بالكسر كما عرفت في المثال بقوله: كمن قال له ولده:

طلق.

وصورة كون الداعي على الفعل شفقة دينية على المكروه بالكسر اي الحكم بوقوع الطلاق في الفرع المذكور في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال لأن الداعي الى ايجاد الفعل وإن كان نفس الإكراه، لكن الإقدام عليه ليس

وإن كان (1) الفعل لداعي التخلص من الضرر فقد يكون (2) قصد الفعل لاجل اعتقاد المكره أن الحذر (3) لا يتحقق إلا بايقاع الطلاق حقيقة، لغفلته (4) عن أن التخلص غير متوقف على القصد الى وقوع أثر الطلاق، و حصول البيئونة فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة و الإعراض عنها فيوقع الطلاق قاصدا.

و هذا كثيرا ما يتفق للعوام.

وقد يكون (5) هذا التوطين و الإعراض من جهة جهله (6) بالحكم الشرعي، أو كونه (7) رأى مذهب بعض العامة فزعم أن الطلاق يقع مع الاكراه، فاذا اكراه على الطلاق فقد طلق قاصدا لوقوعه، لأن القصد الى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سببا مستقلا في وقوع البيئونة

+++++

لاجل دفع الضرر المتوقع به عن نفسه، بل لاجل دفع الضرر عن المكره بالكسر.

(1) هذا هو القسم الرابع من الأقسام المتصورة في الفرع المذكور و لهذا القسم فردان أيضا نذكرهما تحت رقمهما الخاص عند ما يذكرهما الشيخ

(2) هذا هو الفرد الاول من القسم الرابع.

(3) اى من المكره بالكسر.

(4) اى لغفلة من المكره بالفتح.

(5) هذا هو الفرد الثاني من القسم الرابع.

(6) اى جهل المشتري بالحكم الشرعي الذي هو عدم وقوع الطلاق مكرها.

(7) اى أو أن المكره اعتقد أن الطلاق الصادر من المكره بالفتح واقع في الخارج على (مذهب الشيعة الامامية) كوقوعه على مذهب (اخواننا السنة).

ص: 105

يستلزم القصد الى وقوعها (1) فيرضي نفسه بذلك، و يوطنها عليه.

و هذا (2) أيضا كثيرا ما يتفق للعوام، و الحكم في هاتين الصورتين (3) لا يخلو عن إشكال، إلا (4) أن تحقق الاكراه اقرب.

+++++

(1) اي وقوع البيونة فحينئذ يرضي المكروه بالفتح نفسه، و يوطنها على البيونة بينه، و بين زوجته.

(2) اي الفرد الثاني من القسم الرابع.

(3) وهما: صورة كون قصد الفعل لاجل اعتقاد المكروه أن الحذر لا يتحقق. وقد اشير إليها في الهامش 2 ص 105

و صورة كون التوطين و الإعراض من جهة جهل المكروه بالفتح بالحكم الشرعي و قد اشير إليها في الهامش 5 ص 105

اي الحكم و هو وقوع الطلاق في الفرع المذكور في الصورتين المذكورتين مشكل، لأنه و إن اوقع الطلاق قاصدا لاجل التخلص عن الضرر و أن الحذر من المكروه لا يتحقق إلا بالطلاق.

لكنه كان غافلا عن أن التخلص من الضرر لا يتوقف على القصد الى وقوع اثر الطلاق.

و كذا في الصورة الثانية، حيث إن المكروه كان جاهلا بالحكم الشرعي أو كونه راى مذهب العامة أن طلاق المكروه واقع.

(4) فلازم تحقق الاكراه في الصورتين عدم وقوع الطلاق، حيث إنه لا طلاق في حالة الاكراه.

أليك الأقسام الاربعة مع الفردين لكل من القسم الثالث و الرابع

(القسم الاول): أن لا يكون للإكراه دخل في الطلاق في الفرع المذكور اصلا بحيث لا يكون الداعي الى وقوع الطلاق هو الاكراه، بل اوقعه بطيب نفس منه، لبنائه على تحمل الضرر المتوعد به.

ص: 106

ثم إن المشهور بين المتأخرين أنه لو رضي المكره بما فعله صح العقد بل عن الرياض تبعا للحدائق أن عليه (1) اتفاقهم، لأنه عقد

+++++

(القسم الثاني): أن يكون الإكراه دخيلا في وقوع الطلاق وإن لم يكن مستقلا في ذلك، بل بواسطة ضميمه شيء اختياري معه

(القسم الثالث): أن يكون الداعي على الطلاق هو الإكراه

وله فردان:

(الاول): أن يكون اتيان الفعل لا لاجل دفع الضرر عن نفسه

بل من جهة دفع الضرر عن المكره بالكسر كما مثل له الشيخ بقوله في ص 104: كمن قال له ولده: طلق

(الثاني): أن يكون اتيان الفعل المكره عليه لاجل شفقة دينية على المكره بالكسر، لا لاجل دفع الضرر عن نفسه كما افاده الشيخ.

(القسم الرابع): أن يكون الداعي من اتيان الفعل هو التخلص من الضرر.

وهذا له فردان أيضا:

(الاول): أن يكون قصد ايقاع الطلاق لاجل اعتقاد المكره بالفتح أن دفع الضرر لا يمكن إلا بايقاع الطلاق؛ غفلة عن أن التخلص من الضرر غير متوقف على القصد الى وقوع اثر الطلاق.

(الثاني): أن يكون الإقدام على الطلاق، و توطين نفسه على ذلك لاجل جهل المكره بالحكم الشرعي.

أو كان يعتقد أن مذهب الشيعة الامامية كمذهب اخواننا السنة في وقوع الطلاق من المكره بالفتح.

(1) اي على أن المكره لو رضي بعد الإكراه، و ايقاع العقد صح العقد.

حقيقي فيؤثر أثره، مع اجتماع باقي شرائط البيع و هو طيب النفس

و دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد خالية (1) عن الشاهد

مدفوعة (2) بالإطلاقات.

و أضعف منها (3) دعوى اعتبارها في مفهوم العقد، اللازم (4) منه عدم كون عقد الفضولي عقدا حقيقة.

و أضعف (5) من الكل دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده اللازم (6) منه عدم صحة بيع المكره بحق، و كون (7) إكراهه

+++++

(1) بالنصب على الحالية لكلمة و دعوى اى حال كون الدعوى خالية.

(2) خبر للمبتدئ المتقدم و هو قوله: و دعوى، اى الدعوى المذكورة مردودة بالإطلاقات الواردة و هي: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، و **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**، و **تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ**: فإنها مطلقة ليس فيها اعتبار مقارنة الطيب للعقد

(3) اى و أضعف من الدعوى المذكورة دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس في مفهوم العقد حالة صدوره.

(4) بالرفع مبتدأ خبره عدم كون عقد الفضولي، و ليس صفة لكلمة دعوى الواقعة في قوله: و أضعف منها دعوى، للزوم اتيانها مؤنثة لو كانت صفة، لوجوب التطابق، اى لازم هذه الدعوى عدم كون عقد الفضولي عقدا حقيقيا، لعدم وجود مقارنة الرضا في مفهوم عقد الفضولي اذ الرضا حاصل بعد صدور العقد، و وقوعه.

(5) اى و أضعف من هاتين الدعويتين: الاولى، و الثانية.

(6) بالرفع مبتدأ خبره قوله: عدم صحة بيع المكره، اى لازم هذه الدعوى أن بيع المكره بحق كمن أكره على بيع ماله لأداء دينه لا يكون صحيحا، لعدم وجود طيب النفس منه حال إجراء العقد حتى يؤثر في عقده.

(7) بالرفع خبر ثان للمبتدئ الواقع في قوله: اللازم، اى اللازم

على العقد تعديداً، لا (1) لتأثير فيه.

ويؤيده (2) فحوى صحة عقد الفضولي، حيث (3) إن المالك طيب النفس بوقوع اثر العقد، وغير منشىء للنقل بكلامه.

+++++

من هذه الدعوى أن يكون الإكراه بحق لاجل التعبد: بمعنى أن الشارع امرنا بأن المكره بحق يكون عقده ماضياً.

(1) اى وليس مضى العقد في المكره بحق من ناحية تأثير العقد لعدم وجود طيب النفس من المكره بحق مقارنة للعقد على فرض اعتباره حتى يكون العقد هو المؤثر في المكره بحق

مع أن الامر ليس كذلك، اذ العقد بنفسه يكون مؤثراً في المضى

(2) اى ويؤيد كون عقد المكره صحيحاً لو رضى المكره بعد العقد: أولوية صحة عقد الفضولي.

(3) كلمة حيث تعليلية هنا اى تعليل لكون فحوى صحة عقد الفضولي يؤيد صحة عقد المكره لو رضى بعد ذلك.

و خلاصة التعليل: أن المالك الحقيقي في عقد الفضولي له طيب النفس بوقوع اثر العقد الذي هو النقل و الانتقال بعد رضائه بذلك و لا ينشأ برضائه هذا نقلاً جديداً مستأنفاً، فنفس رضائه وإمضائه لما فعله الفضولي كاشف عن طيب نفسه بمضمون العقد الصادر من الفضولي و ليس المضمون إلا النقل و الانتقال.

فاذا كان الرضا اللاحق في الفضولي مؤثراً في صحته، مع أن الفضولي ليس مالكا حقيقياً، فالرضا اللاحق في عقد المكره بطريق أولى يكون موجبا لصحته، لأن المكره مالك حقيقي في بيع ماله بنفسه، غاية الامر ليس له الرضا قبل العقد ثم حصل بعده

و امضاء إنشاء الغير ليس إلا طيب النفس بمضمونه، وليس (1) إنشاء مستأنفا، مع أنه (2) لو كان فهو موجود هنا، فلم (3) يصدر من المالك هنالك إلا طيب النفس بانتقاله متأخرا عن إنشاء العقد.

وهذا (4) موجود فيما نحن فيه مع زائد: وهو انشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد، لما عرفت (5) من أن عقده إنشاء حقيقي.

وتوهم أن عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا (6): وهو طيب نفس العاقد بما ينشؤه.

مدفوع بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له، لا في صدق العقدية، اذ

+++++

(1) اى وليس امضاء المالك الحقيقي لانشاء العاقد الفضولي إنشاء مستأنفا جديدا.

(2) أى مع أنه لو فرضنا أن الامضاء من المالك الحقيقي يكون إنشاء جديدا اى عقدا جديدا فطيب النفس موجود أيضا بنفس الانشاء الجديد الذي وجد بالامضاء من المالك الحقيقي.

(3) الفاء تعليلية اى تعليل لوجود طيب النفس لو كان الامضاء إنشاء جديدا؛ اى لم يصدر من المالك الحقيقي في عقد الفضولي سوى طيب النفس بامضائه للعقد، وإن قلنا: إن الامضاء إنشاء جديد بانتقال المبيع الى المشتري متأخرا عن إنشاء العقد الصادر من الفضولي.

(4) اى طيب النفس موجود فيما نحن فيه: وهو عقد المكروه مع شيء زائد على الاجازة في عقد الفضولي.

(5) اى في ص 107 عند قوله: لأنه عقد حقيقي.

(6) وهو عقد المكروه.

ص: 110

يكفي فيه (1) مجرد قصد الانشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه

و لا في النقل و الانتقال، لعدم مدخلية غير المالك فيه (2)

نعم (3) لو صح ما ذكر سابقا (4): من توهم أن المكروه لا قصد له الى مدلول اللفظ اصلا، وأنه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت

كما صرح (5) به بعض: صح أنه لا يجدي تعقب الرضا، اذ لا عقد حينئذ (6)

لكن عرفت سابقا (7) أنه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى فراجع فظهر مما ذكرنا (8) ضعف وجه التأمل.

+++++

(1) اى في صدق العقدية.

(2) اى في النقل و الانتقال.

(3) استدراك عما افاده: من أن لحوق الرضا في المكروه موجب لصحة العقد، وقد ذكر الاستدراك في المتن فلا نعيده.

(4) اى في ص 58 عند قوله: نقلا عن الشهيد الثاني: ثم إنه يظهر من جماعة منهم الشهيدان.

(5) اى بأن المكروه قاصد الى اللفظ الذي هو الصوت.

(6) اى حين أن كان المكروه قاصدا الى اللفظ الذي هو الصوت المجرد، من دون قصد الى وقوع مضمونه في الخارج.

(7) اى في ص 59 عند قوله: فالمراد بعدم لقصد في المكروه عدم قصده الى وقوع مضمون العقد في الخارج، لا عدم قصده الى مفهوم

اللفظ اصلا

(8) و هو أن فحوى صحة عقد الفضولي يؤيد عقد المكروه بعد لحق الرضا به، وأن طيب النفس موجود فيه مع زيادة و هو انشاؤه للنقل

بلفظ العقد وإن كان مكروها كما عرفت مفصلا في الهامش 3 من ص 109، وفي الهامش 3. ص 110

ص: 111

في المسألة (1) كما عن الكفاية، و مجمع الفائدة، تبعا للمحقق الثاني في جامع المقاصد وإن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى: (2) إلا أن تكون تجارة عن تراض الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي.

مضافا (3) الى النبوي المشهور الدال على رفع حكم الاكراه مؤيدا (4) بالنقض بالهازل، مع أنهم لم يقولوا بصحته بعد لحق الرضا.

والكل (5) كما ترى

+++++

(1) وهي مسألة عقد المكره بعد لحق الرضا به.

(2) هذا هو الدليل الاول للانتصار.

و خلاصته: أن عقد المكره ليس فيه تراض، والآية الكريمة تصرح بكون التجارة الواقعة بين المتعاقدين لا بد أن تكون عن تراض فلا يفيد له حقوق الرضا متأخرا عن العقد.

(3) اي بالإضافة على الآية المذكورة لنا دليل آخر على عدم صحة عقد المكره وإن لحقه الرضا: وهو النبوي المشهور رفع عن امتي تسعة: ما اكرهوا عليه.

وقد اشير الى الحديث في الهامش 1. ص 46

(4) اي عدم صحة وقوع عقد المكره وإن لحقه الرضا مؤيد بالنقض بالهازل، هذا هو الدليل الثالث للانتصار.

و خلاصته: أن الهازل مع أنه قاصد الى مفهوم اللفظ لم يقل احد من الفقهاء بصحة عقده الصادر منه لو لحقه الرضا.

(5) اي الأدلة الثلاثة: من الآية الشريفة، والنبوي المشهور والتأييد المذكور التي جيئت للانتصار على عدم صحة عقد المكره ولو لحقه الرضا: مخدوشة بأسرها.

ص: 112

لأن (1) دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إما بمفهوم الحصر وإما بمفهوم الوصف، ولا حصر كما لا يخفى، لأن الاستثناء منقطع، وغير مفرغ

و مفهوم الوصف على القول به مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في ربائبكم اللاتي في حجوركم.

+++++

(1) من هنا شروع في نقض تلك الأدلة و هدمها فابتدأ بالرد على الاستدلال بالآية الكريمة التي كانت اول الأدلة.

و خلاصته: أن الاستدلال بالآية على حصر التجارة في التجارة عن تراض إما بمفهوم الحصر المستفاد من الاستثناء في قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض.

و إما بمفهوم الوصف و هو تقييد التجارة بتجارة عن تراض

(أما الاول): فليس فيه دلالة على الحصر المذكور، لأن دلالة الاستثناء على الحصر سببه احد الامرين لا محالة على سبيل منع الخلو:

إما كونه متصلاً، و إما كونه مفرغاً.

و كلاهما مفقودان في المقام، لأن الاستثناء هنا منقطع، و المستثنى منه المذكور، حيث إن التجارة عن تراض ليست داخلية في أكل المال بالباطل فهي من قبيل قولك: جاءني القوم إلا حماراً، فالاستثناء منقطع

و ليس بمفرغ أيضاً، لوجود المستثنى منه في الكلام.

(و أما الثاني): و هو مفهوم الوصف فعلى القول بأن له مفهومين و مفهومه حجة فحجية مفهومه مقيدة بعدم ورود الوصف مورد الغالب

فإن الوصف اذا ورد مورد الغالب ليس له مفهوم حتى يكون حجة كما في الآية الكريمة: و ربائبكم اللاتي في حجوركم، اذ ليس معنى الآية أن الربائب التي ليست في الحجور يجوز للرجل اخذهن، و التي في الحجور لا يجوز للرجل اخذهن.

ص: 113

و دعوى (1) وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة، وسيجيء (2) زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضي في البيع الفضولي.

و أما (3) حديث الرفع ففيه أولاً أن المرفوع فيه هي المؤاخذة

+++++

ولكن الغالب أن يكن الربائب في الحجور، فلذا قيّدت بها

ففيما نحن فيه ورد الوصف مورد الغالب فلا مفهوم له حتى يكون حجة فيستدل به.

(1) اى دعوى وقوع الوصف وهو تجارة عن تراض هنا للاحتراز عن تجارة ليس فيها تراض فيصح حينئذ الاستدلال به على المدعى: وهو

كون عقد المكره بعد لحوق الرضا به غير صحيح فيكون القيد قيّدا احترازيا

ممنوعة، اذ القيد هنا يحمل على التوضيح والغالب.

(2) اى عند قوله: فمن عدم سبق هنا نستدل على عدم سبقه فيما نحن فيه.

(3) هذا رد على الدليل الثاني للانتصار المذكور.

و خلاصته أن الاستدلال بحديث رفع عن امتي تسعة المشار إليه في الهامش 1 ص 46 مخدوش من ناحيتين.

(الاولى): أن المراد من الرفع الوارد في الحديث هو رفع المؤاخذة ورفع الأحكام المتضمنة لمؤاخذة المكره، سواء أكانت الأحكام تكليفية

أم وضعية.

كما عرفت شرحه مفصلاً في ص 47-48

وليس المراد من الرفع رفع الحكم الذي هو للمكره.

بعبارة اخرى: أن رفع حكم الإكراه في المكره إنما شرّع في الشريعة الاسلامية ليرفع حكماً ضرورياً على المكره، لا ما كان نفعاً له

ص: 114

و الأحكام (1) المتضمنة لمؤاخذة المكره، و الزامه بشيء، و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع الى أن له أن يرضى بذلك، و هذا حق له، لا عليه

نعم قد يلزم الطرف الآخر (2) بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ.

و هذا (3) إزام لغيره، و الحديث لا يرفع المؤاخذة، و الإلزام عن غير المكره (4) كما تقدم

و أما إزامه (5) بعد طول المدة باختيار البيع، أو فسخه فهو (6)

+++++

و من الواضح أن الحكم بتوقف عقد المكره على رضاه حق له من حقوقه فلا يشمل الحديث.

(1) بالرفع عطف على هي المؤاخذة اى أن المرفوع هي الأحكام المتضمنة كما عرفت آنفا.

(2) و هو المشتري لو كان المكره بايعا، أو البائع لو كان المكره مشتريا.

(3) اى إزام الآخر الذي هو المشتري، أو البائع إزام لغير المكره لا للمكره

(4) حيث إنه موضوع لرفع الإكراه عن شخص المكره

كما أفاده بقوله آنفا: إن المرفوع فيه هي الأحكام المتضمنة لمؤاخذة المكره

(5) اى إزام المكره؛ و دليل الإلزام هو حديث نفي الضرر في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا ضرر و لا ضرار.

(6) اى إزام المكره باحد الا-مرين: إما الرضا، أو الفسخ من توابع الحق: بمعنى أن من الحق توقف العقد على الرضا، فإنه ثابت للمكره بسبب الاكراه.

ص: 115

من توابع الحق الثابت له بالاكراه، لا (1) من أحكام الفعل المتحقق على وجه الاكراه.

+++++

وقد عرفت في الهامش 3 ص 14 أن حديث رفع الاكراه إنما يرفع حكما سابقا على الاكراه، لا ما قد أتى من قبل الاكراه، وفي موضوع الاكراه.

(1) اى الزام المكره ليس من أحكام نفس العقد المتحقق على وجه الاكراه، ليندرج تحت حديث رفع عن امتي تسعة فيرفع بالاكراه حتى لا يبقى مجال للحقوق الرضا، ثم يحكم ببطلان عقد المكره، لوقوع التعارض بين حديث الرفع حينئذ، وبين حديث لا ضرر ولا ضرار فيحكم بالتساقط ثم الرجوع الى الاصل الذي هو استصحاب بطلان عقد المكره، اذ عقد المكره قبل لحوق الرضا كان باطلا، لاشتراط الاختيار فيه، وبعد لحوق الرضا نشك في صحته فنستصحب عدم الصحة.

فتحصل من مجموع ما افاده شيخنا الانصاري قدس سره في الخدشة في الناحية الاولى أحكام ثلاثة:

(الاول): الحكم بتوقف عقد المكره على رضاه في قوله: في ص 115 و الحكم بتوقف عقده على رضاه،

وقد عرفت أن هذا حكم له، لا عليه، ودليل الرفع إنما يرفع حكما ضروريا على المكره

(الثاني): الحكم بالزام الغير أن لا يفسخ حتى يرضى المكره، أو يفسخ في قوله في ص 115: نعم قد يلزم الطرف الآخر.

وقد عرفت أن حديث الرفع إنما يرفع حكما ضروريا على المكره لا ما كان على الغير.

(الثالث): الحكم بالزام المكره إما بالفسخ، أو الامضاء في قوله:

في ص 115 و أما إلزامه بعد طول المدة.

ص: 116

ثم إن ما ذكرنا (1) واضح على القول بكون الرضا ناقلا (2)

وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل (3)

وثانيا (4) أنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المكره عليه لو لا

+++++

(1) وهي صحة العقد المكره بعد لحوق الرضا، وأن المكره ملزم باحد الامرين لا محالة: إما الامضاء وهو الرضا، أو الفسخ.

(2) اذ على النقل لا ملكية للطرف الآخر قبل الرضا فلا مؤاخذه ولا إلزام على المكره اصلا.

(3) لأنه اذا لم يتحقق من المكره الرضا بعد العقد فلا كاشف عن تحقق الملكية قبل الرضا، واذا لم يكن هناك كاشف لم يكن هناك إلزام للمكره، ولا مؤاخذه.

(4) هذه هي الناحية الثانية للخدشة على الاستدلال بحديث رفع عن امتي تسعة على عدم صحة عقد المكره بعد لحوق الرضا

و خلاصتها: أن حديث الرفع إنما يدل على رفع الحكم الذي كان ثابتا في العقد الاختياري عن العقد الواقع مكرها عليه مثلا نفوذ العقد الذي كان هي الصحة في العقد الاختياري يرتفع عن العقد لو وقع مكرها عليه: بحيث لو لا الإكراه لكان كالعقد الاختياري في كونه نافذا ماضيا المفعول، فالإكراه سبب لسلب النفوذ وارتفاعه عنه

و من المعلوم وجود هذا المعنى وهو ارتفاع الحكم المذكور، و سلبه عن الفعل المكره عليه الذي هو مورد البحث، و تعلقه به، لأن العقد بما هو عقد مع قطع النظر عن كونه وقع مكرها عليه سبب مستقل لنقل المال الى المشتري.

و من الواضح انتفاء هذا الاثر الذي هو النقل بانتفاء العقد الذي وقع مكرها عليه بسبب الاكراه.

الإكراه يرتفع عنه اذا وقع مكرها عليه كما هو (1) معنى رفع الخطأ و النسيان أيضا.

و هذا المعنى (2) موجود فيما نحن فيه، لأن (3) اثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه سبب مستقل لنقل المال

و من المعلوم انتفاء هذا الاثر (4) بسبب الإكراه.

و هذا الأثر (5) الناقص المترتب عليه (6) مع الإكراه.

+++++

فالحديث إنما يرفع هذا الحكم الذي تلوناه عليك حيث إنه جزء.

و أما لحوق الرضا الذي هو احد جزئي العلة التامة لصحة العقد اذ لصحة وقوع المعاملة جزاءن: العقد، و لحقوق الرضا: فلا يرتفع بالحديث المذكور، لأنه لم يكن ثابتا للفعل الواقع مكرها عليه، اذ المفروض ثبوت جزئية لحوق الرضا للعقد الواقع مكرها عليه بوصف الاكراه.

(1) اى ارتفاع الحكم الثابت للفعل اذا وقع مكرها عليه هو المعني أيضا من رفع الخطأ، و النسيان، و الاضطرار في قوله صلى الله عليه و آله و سلم: رفع عن امتي تسعة: ما اكرهوا عليه و الخطأ و النسيان المشار إليه في الهامش 1 ص 46

(2) و هو ارتفاع الحكم الثابت للفعل اذا وقع مكرها عليه

و قد عرفت معناه آنفا في الهامش 4 ص 117

(3) تعليل لوجود معنى المذكور و هو ارتفاع الحكم الثابت.

(4) و هو نقل المال.

(5) و هو لحوق الرضا بالعقد المكره بعد صدور العقد مكرها عليه و قد عرفت معناه في الهامش 4 ص 117-118

و المراد من الاثر المؤثر الذي هو الرضا

(6) اى على العقد المكره عليه

ص: 118

العلة التامة (1) للملكية: لم يكن ثابتا (2) للفعل، مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به، إذ (3) المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه؟

و بعبارة اخرى (4) أن اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفي بهذا الحديث، والمدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك، وهذا (5) غير مرتفع بالإكراه.

لكن (6) يرد على هذا أن مقتضى حكومة الحديث على الاطلاقات

+++++

(1) وقد عرفت معنى العلة التامة، وأن لحوق الرضا كيف يكون جزء للعلة في الهامش 4 ص 117-118

(2) وقد عرفت معنى عدم كون الجزء الناقص ثابتا آنفا

(3) تعليل لكون لحقوق الرضا لم يكن ثابتا للفعل المكروه عليه

(4) هذا رد آخر من الشيخ على من استدل بحديث الرفع على عدم صحة عقد المكروه بعد لحوق الرضا به.

خلاصته: أن اللزوم الثابت الذي هو النقل و الانتقال للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه في العقد هو المنفي بحديث رفع عن امتي ما اكروهوا عليه اذا وقع العقد مكرها عليه.

و أما ثبوت هذا اللزوم للعقد بعد توقفه على رضا المكروه غير مرتفع بحديث رفع عن امتي.

(5) و هو توقف العقد على رضا المالك.

(6) من هنا يروم الشيخ العدول عما افاده: من عدم دلالة حديث الرفع على رفع لحوق الرضا، بل يقصد من العدول عدم صحة عقد المكروه وإن لحقه الرضا فاستدرك فقال: لكن يرد.

ص: 119

هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس فلا يجوز الاستناد إليها، لصحة بيع المكروه ووقوفه على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكروه فيرجع الى أصالة الفساد (1).

وبعبارة اخرى أن أدلة (2) صحة البيع تدل على مسببية مستقلة فاذا قيدت (3) بغير المكروه لم يبق لها دلالة على حكم (4) المكروه

بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة كان دليل الاكراه حاكما عليه مقيدا له فلا ينفع.

+++++

و خلاصته: أنه يقع التعارض بين حديث الرفع، وبين الاطلاقات الواردة في المعاملة مثل وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ، وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، وَتِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ ، حيث إنها مطلقة تدل على صحة العقد، سواء أ كان الرضا مقارنا له أم ملحقا به.

فاذا وقع التعارض يقدم دليل الرفع على تلك المطلقات، لحكومته عليها فيقيدها ويخصصها بالرضا المقارن للعقد فلم يبق مجال لصحة عقد المكروه بعد لحوق الرضا به، فحينئذ يرجع الى أصالة فساد العقد.

و المراد من الأصالة هنا الاستصحاب، اذ العقد لما وقع مكرها كان فاسدا لم يؤثر اثره الصحيح الذي هو وقوع العقد عن اختيار، وبعد لحوق الرضا به نشك في رفع الفساد فنستصحب ذلك.

(1) وهو الاستصحاب كما عرفت آنفا.

(2) وهو قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَتِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ كما عرفت آنفا.

(3) اي أدلة صحة البيع التي هي الآيات المذكورة.

(4) اي لم يبق لتلك الأدلة دلالة على حكم المكروه وهو نفوذ صحة العقد المكروه وإن لحقه الرضا.

اللهم (1) إلا أن يقال: إن الاطلاقات المقيدة للسببية المستقلة مقيدة بحكم الأدلة الأربعة (2) المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل، و مع عدم طيب النفس: بالبيع (3) المرضي به، سبقه الرضا، أو لحقه

و مع ذلك فلا حكومة للحديث عليها، اذ (4) البيع المرضي به سابقا لا يعقل عروض الاكراه له.

و أما المرضي به بالرضا اللاحق (5) فإنما يعرضه الاكراه من حيث ذات الموصوف و هو اصل البيع قبل الرضا، و لا نقول بتأثيره (6)

بل (7) مقتضى الأدلة الأربعة

+++++

(1) استثناء عن الاستدراك المذكور في ص 119، و عدول عما افاده: من حكومة دليل الرفع على المطلقات، و أنه يقيد بها بالرضا المقارن بالعقد، و أن اللاحق غير مؤثر.

و قد ذكر الشيخ الاستثناء في المتن فلا نعيده.

لكننا نشير الى تفسير بعض العبارات المحتاجة إليه.

(2) و هو الكتاب و السنة، و العقل، و الاجماع.

(3) الجار و المجرور متعلق بقوله: مقيدة اي اطلاقات أدلة البيع التي ذكرناها لك مقيدة بالبيع المرضي به فقط، سواء سبقه الرضا أم لحقه فتشمل البيع الذي يلحقه الرضا بعد العقد، فبيع المكروه بعد لحوق الرضا به داخل في حريم تلك الأدلة فلا حكومة لحديث الرفع على تلك المطلقات.

(4) تعليل لعدم حكومة حديث الرفع على تلك المطلقات.

(5) كما في العقد المكروه، حيث يلحقه الرضا بعد العقد.

(6) اي بتأثير اصل البيع الذي عارضه الاكراه: في الرضا اللاحق به بحيث يجعله بلا اثر، و يبقى العقد على إكراهه.

(7) هذا في الواقع تعليل لعدم تأثير اصل البيع في الرضا اللاحق بحيث يجعل الرضا اللاحق بالعقد بلا تأثير.

ص: 121

مدخلية الرضا في تأثيره (1)، ووجوب (2) الوفاء به.

فالاطلاقات (3) بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكره عليه، و الرضا به لاحقا، و لازمه (4) بحكم العقل كون العقد المكره عليه بعض (5) المؤثر التام.

و هذا (6) لا يرتفع بالاكراه

+++++

(1) اى في تأثير العقد الواقع مكرها بعد لحوق الرضا به كما عرفت آنفا

(2) بالجر عطفاً على مجرور (في الجارة) في قوله: في تأثيره، اى و مقتضى الأدلة الأربعة تأثير الرضا في وجوب الوفاء بالعقد وإن كان الرضا ملحقاً به، و العقد وقع مكرها.

(3) الفاء تفريع على ما افاده: من أن مقتضى الادلة الاربعة مدخلية الرضا في تأثير العقد الواقع مكرها، وفي وجوب الوفاء به.

و خلاصته: أن المطلقات الواردة التي عرفتها بعد تقييدها بالرضا اللاحق بالعقد الواقع مكرها عليه تثبت التأثير التام لمجموع العقد الذي هو مركب: من العقد المكره، و الرضا اللاحق به، اذ قبل لحوق الرضا كان تأثير العقد ناقصاً، لوقوعه مكرها عليه فيحتاج الى الجزء الآخر و هو الرضا فبلحوقه به يتم التأثير، و يعمل العقد عمله و هو نفوذ الصحة.

(4) اى و لازم اثبات التأثير التام لمجموع العقد المكره عليه و الرضا اللاحق به.

(5) بالنصب خبر لكلمة كون، و البعض الآخر هو الرضا الملحق بالعقد المكره بعد و قرعه.

(6) و هو كون العقد المكره بعض المؤثر لا يرتفع بالاكراه حتى يبقى العقد بعد لحوق الرضا به على جزء واحد.

ص: 122

لأن (1) الاكراه مأخوذ فيه بالفرض

إلا (2) أن يقال: إن أدلة (3) الاكراه كما ترفع السببية المستقلة التي افادتها الاطلاقات قبل التقييد (4) كذلك ترفع مطلق (5) الأثر عن العقد المكره عليه، لأن (6) التأثير الناقص أيضا استفيد من الاطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعم من اللاحق.

+++++

ثم يقال: إنه لا تأثير لهذا العقد وإن لحقه الرضا، لأن العقد مركب من جزئين، لا من جزء واحد كما فيما نحن فيه، حيث إن العقد المكره الذي هو احد جزئي العقد قد ارتفع بسبب الاكراه.

(1) تعليل لعدم ارتفاع عقد المكره الذي هو بعض المؤثر التام بالاكراه.

و خلاصته: أن المفروض اخذ الاكراه في مفهوم العقد المكره عليه فكيف يعقل ارتفاع بعض التأثير عن العقد المكره عليه بسبب الاكراه؟

إذا يبقى هذا البعض على تأثيره بعد لحوق الرضا به

نعم لو لم يلحق الرضا بالعقد المكره عليه لم يبق على تأثيره.

(2) هذا استثناء عن الاستثناء الاول المذكور في ص 121، وفي الواقع عدول عن الاستدراك الاول، ويروم به اثبات حكومة حديث الرفع على المطلقات، وأن الرضا اللاحق لا تأثير له فلا نفوذ لصحة العقد.

(3) المراد من أدلة الاكراه هو حديث الرفع.

(4) أي قبل تقييد الاطلاقات بالرضا اللاحق بالعقد المكره عليه

(5) أي حتى الاثر الصادر عن الرضا اللاحق المعبر عنه بالاثر الناقص.

(6) تعليل لرفع مطلق الاثر الناقص الذي هو الرضا اللاحق.

ص: 123

و هذا (1) لا يفرق فيه أيضا بين جعل الرضا ناقلا أو كاشفا، اذ على الاول (2) يكون تمام المؤثر نفسه (3)

و على الثاني (4) يكون الامر (5) المنتزع منه العارض للعقد و هو تعقبه للرضا.

و كيف كان (6) فذات العقد المكروه عليه مع قطع النظر عن الرضا (7)

+++++

(1) اي ارتفاع مطلق الاثر حتى الناقص عن العقد المكروه عليه لا فرق فيه بين أن يقال: إن الرضا اللاحق ناقل الملك الى المشتري من حين وقوع الرضا.

و بين أن يقال: إن الرضا اللاحق كاشف عن وقوع الملك للمشتري من حين صدور العقد المكروه عليه.

(2) و هو الكشف.

(3) اي نفس الرضا يكون متمما للمؤثر.

(4) و هو القول بالكشف.

(5) بالنصب خبر لكان و اسمه مستتر يرجع الى تمام المؤثر اي على القول بالكشف يكون تمام المؤثر الامر المنتزع: و هو تعقب العقد المكروه للرضا.

(6) اي سواء قلنا: إن الرضا اللاحق يكون مؤثرا في العقد المكروه عليه أم لا.

و سواء قلنا: إنه لا- فرق على القول بارتفاع مطلق الاثر عن العقد المكروه عليه حتى الاثر الناقص الذي هو الرضا اللاحق: بين القول بكون الرضا ناقلا، أو كاشفا.

(7) بناء على القول بالنقل.

ص: 124

أو تعقبه (1) له لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام (2)

و هذا (3) امر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه، و من الرضا، أو وصف (4) تعقبه له، فتأمل (5)

بقي الكلام في أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف ؟

بقي الكلام في أن الرضا المتأخر (6) ناقل، أو كاشف (7)

+++++

(1) بناء على القول بالكشف.

(2) و الجزء الآخر هو الرضا اللاحق.

(3) اى كون العقد المكروه عليه جزء مؤثرا تاما امر عقلي يحصل للعقد بعد حكم الشارع بأن المؤثر التام هو العقد المجموع المركب: من العقد المكروه، و من الرضا اللاحق.

(4) بناء على كون الرضا كاشفا.

(5) اشارة الى أن العقد المكروه عليه الذي هو جزء مؤثر تام و إن كان امرا عقليا لا يمكن جعله بالأصالة حتى يصح رفعه.

إلا أنه ممكن الجعل بتبعية جعل الكل فحينئذ قابل للرفع.

(6) بمعنى أن الرضا اللاحق ينقل الملك من البائع المكروه الى المشتري من حين صدوره.

(7) بمعنى أن الرضا اللاحق يكشف عن سبق الملك الى المشتري من البائع المكروه من حين صدور العقد منه.

و تظهر الثمرة على القولين في المنافع ان كانت للعين المبيعة.

فعلى القول بالفعل ترجع الى المالك إذا كانت موجودة، و لا يجوز التصرف فيها

ورد مثلها إن كانت مثلية، و قيمتها إن كانت قيمة اذا لم تكن العين موجودة.

و أما على القول بالكشف فتكون راجعة الى المشتري.

مقتضى الاصل (1)، وعدم (2) حدوث حلّ مال الغير إلا عن طيب نفسه هو (3) الأول

إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني (4) كما سيجيء في مسألة الفضولي.

وربما يدعى أن مقتضى الاصل (5) هنا، وفي الفضولي هو الكشف لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما افاده من نقل الملك حين صدوره (6)، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى: وهو النقل من حين

+++++

(1) المراد به هي الاصول والقواعد الأولية، والعمومات الواردة في البيع، حيث إنها تدل على حصول الملك من حين صدور الرضا لا من حين صدور العقد، لعدم وجود رضا حين صدور العقد حتى تحصل الملكية.

(2) بالجر عطفًا على المضاف إليه في قوله: مقتضى الاصل أى ومقتضى عدم حدوث حلّ مال الغير.

و المراد من عدم الحدوث هو الاستصحاب أى استحباب عدم حصول الملكية بالعقد المكره من حين وقوعه، لعدم وجود الرضا، وبعد حصول الرضا نشك في حصولها من حينه فنجري استصحاب العدم.

(3) وهو النقل وقد عرفت معناه آنفاً.

(4) وهو الكشف وقد عرفت معناه آنفاً.

و المراد من الأدلة النقلية هي صحيحة محمد بن قيس الآتية في البيع الفضولي وبقية الأحاديث الواردة في المقام الآتية

(5) أى في العقد المكره

(6) أى حين صدور العقد ووقوعه.

ص: 126

العقد، وترتب الآثار عليه لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل (1)

وفيه (2) أن مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه، بل نفس (3) النقل.

إلا أن إنشاءه (4) لما كان في زمان، التكلم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان التكلم حدث الاثر (5) فيه

وإن كان (6) مؤثراً بعد حصول أمر (7) حدث الاثر (8) بعده

فحصول (9) النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع

+++++

(1) و زمان النقل هو حين صدور العقد و وقوعه

(2) اى و فيما يدعى نظر و إشكال.

وقد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده، لكننا نشير الى بعض الموارد المحتاجة الى التوضيح.

(3) اى مفاد العقد نفس النقل و طبيعته، من دون اقترانه بزمان صدور العقد، فالزمان لا يكون دخيلاً في العقد فهو مجرد عنه.

(4) اى إنشاء العقد

(5) و هو النقل في زمان التكلم.

(6) اى إنشاء العقد.

(7) و هو الرضا الملحق بالعقد المكروه.

(8) و هو النقل اى وقع النقل بعد حدوث ذلك الامر الذي هو الرضا اللاحق بالعقد بعد صدور العقد.

(9) الفاء تفرع على ما أفاده: من أن الانشاء اذا كان مؤثراً في نظر الشارع في زمن التكلم حدث النقل فيه، وإن كان مؤثراً بعد حصول الرضا حدث النقل بعده.

ص: 127

ما يعتبر (1) في الحكم، و لذلك (2) كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول (3)، أو بعد القبض في الصرف و السلم و الهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ غير (4) مناف لمقتضى الايجاب.

+++++

و خلاصته: أن حصول الاثر و هو النقل في نظر الشارع دائر مدار حكمه، و تابع زمان حكمه لذلك الاثر.

و من الواضح أن حكم الشارع بحصول الاثر إنما هو عند اجتماع شرائطه، و من جملة الشرائط حصول الرضا، فالملكية إنما تحصل عند حصول الرضا، لا من حين صدور العقد حتى يكون الرضا كاشفا عن سبق الملك للمشتري.

(1) المراد من ما يعتبر هو الرضا اللاحق بالعقد المكروه

و المراد من الحكم هو نقل الملك.

(2) اى و لاجل أن النقل في نظر الشارع تابع لزمان حكمه، لا لزمان وقوع العقد.

(3) اى لا بمجرد وقوع الايجاب فقط.

(4) بالنصب خبر لكان في قوله: و لذلك كان الحكم اى الحكم بتحقيق الملك في الأزمنة الثلاثة و هي:

زمان بعد القبول كما في العقود

و زمان بعد القبض كما في بيع السلف، و الصرف، و الهبة

و زمان انقضاء الخيار كما في البيع الخياري:

لا يكون منافيا لمقتضى الايجاب، حيث عرفت أن الزمان منسلخ عن العقد.

ص: 128

ولم يكن (1) تبعيضا في مقتضاه بالنسبة الى الأزمنة.

(فإن قلت): حكم الشارع بثبوت الملك وإن كان بعد الرضا إلا أن حكمه بذلك (2) لما كان من جهة امضائه للرضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله (3)

(قلت): المراد (4) هو الملك شرعا، ولا معنى لتخلف زمانه (5) عن زمان الحكم الشرعي بالملك.

وسياتي توضيح ذلك (6) في البيع الفضولي إن شاء الله

+++++

(1) اي ولم يكن تحقق الملك في الأزمنة الثلاثة المذكورة

هذا دفع وهم

حاصل الوهم أنه بناء على تحقق الملك في الأزمنة الثلاثة لازمه القول بتبعض مقتضى الايجاب، حيث إن مقتضاه وقوع النقل من حين صدور الايجاب فيلزم وقوع بعض العقد في زمان، وبعضه الآخر في زمان آخر.

فاجاب بأنه لا يلزم التبعض المذكور، حيث عرفت أن الزمان منسلخ عن العقد، وأن العقد عبارة عن نفس النقل فقط فهو يدل على طبيعة النقل مجردة عن الزمان، فليس للزمان مدخلة في مقتضى العقد اصلا وابدأ.

(2) اي بثبوت الملك بعد الرضا.

(3) اي قبل الرضا فثبت الكشف حينئذ.

(4) اي المراد من ثبوت الملك هو الثبوت الشرعي.

(5) اي زمان ثبوت الملك الشرعي عن زمان الحكم بالملك الشرعي و من الواضح أن الحكم الشرعي بالملك هو مجيء الرضا، لا عند صدور العقد.

فالحاصل ان ثبوت الملك الشرعي مع زمان الحكم الشرعي متلازمان و متحدان في الوقت، و ليس فيهما تخلف أبدا.

(6) اي توضيح أن ثبوت الملك الشرعي متحد مع زمان الحكم الشرعي

وإن شئت توضيح ما ذكرنا (1) فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنه (2) وإن كان حلاً للعقد السابق، وجعله (3) كأن لم يكن إلا أنه لا ترتفع به (4) الملكية السابقة على الفسخ؛ لأن العبرة بزمان حدوثه (5)، لا بزمان (6) متعلقه.

ثم على القول بالكشف هل للطرف غير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا (7)؟ يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله.

+++++

(1) وهو التلازم بين زمان ثبوت الملك الشرعي، وبين زمان الحكم الشرعي.

(2) أي فإن الفسخ.

(3) أي وجعل فسخ العقد نسيا منسيا كأن لم يكن شيئا مذكورا.

(4) أي بالفسخ.

(5) أي حدوث الفسخ، ومن الواضح أن زمان الحدوث متأخر عن زمان صدور العقد فلا يلزم ارتفاع الملكية السابقة على الفسخ إلا بالفسخ.

(6) أي وليس الاعتبار بزمان متعلق الفسخ الذي هو العقد حتى يقال:

إن زمان العقد متقدم على زمان الفسخ فلازمه ارتفاع الملكية السابقة على الفسخ قبل الفسخ.

(7) لا كلام في جواز تصرف المكره فيما باعه مكرها عليه في أي زمن من الأزمنة، وفي أي مكان من الأمكنة قبل صدور الرضا منه، من غير توقف على إنشاء فسخ منه.

وإنما الكلام في تصرف الطرف الآخر فيما اعطاه للمكره مقابل ما اخذه منه مكرها.

فالأقوال هنا مختلفة يأتي البحث عنها إن شاء الله في البيع الفضولي مفصلا.

اشارة

(مسألة): ومن شروط المتعاقدين اذن السيد لو كان العاقد عبدا فلا يجوز (1) للمملوك أن يوقع عقدا إلا باذن سيده، سواء أكان لنفسه (2)

+++++

(1) المراد من عدم الجواز هنا معناه العام: وهو نفي المضي حتى يشمل الحكم التكليفي والوضعي معا فيصدق حينئذ على المحرم أنه غير ماض شرعا، ويصدق على ما لا يترتب عليه الاثر أنه غير ماض.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا كلام في عدم جواز مباشرة العبد استقلالاً في الأمور الخطيرة المهمة كالتيارة، والمسافرة، وأنواع الاكتساب اللزوم فيها عمل، أو زمان معتد به.

فصدور هذه الأمور من العبد بدون اذن مولاه و سيده لا يجوز ايقاعها في الخارج مستقلاً

كما أنه لا كلام في عدم سلب الحكم الوضعي عن عبارات العبد وكلماته الصادرة منه بحيث لا يفيد لها اذن مولاه سابقاً و لاحقاً، ولا تترتب الآثار عليها مع الاذن.

بل هي قابلة للتأثر بتأثير الاذن فيها.

وإنما البحث في إباحة الأفعال الجزئية الصادرة منه، والتي تكون زائدة عن قدر الضرورة والحاجة كإيقاع لفظ عقد وكالة عن زيد، أو مشي زائد عن مقدار الحاجة كالذهاب الى مكان نيابة عن زيد لتسليم سلعة أو امانة مثلاً هل هي جائزة، أو لا؟

فالذي يستفاد من كلمات شيخنا الانصاري قدس سره على ما يأتي في المقام عدم جواز تصرفاته الزائدة عن مقدار الحاجة، و حرمة تلفظه بألفاظ العقد بالنيابة.

(2) بأن اشترى شيئاً، أو باع في ذمته.

في ذمته، أو بما في يده (1) أم لغيره، لعموم أدلة عدم استقلاله في اموره

قال (2) الله تعالى: ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ (3)

وعن الفقيه بسنده الى زرارة عن أبي جعفر و ابي عبد الله عليهما السلام قال:

المملوك لا يجوز نكاحه، و لا طلاقه إلا باذن سيده.

قلت: فإن كان السيد زوجه بيد من الطلاق؟

قال بيد السيد ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ فِي الطلاق (4)

و الظاهر من القدرة خصوصا بقريئة الرواية (5) هو الاستقلال اذ (6) المحتاج الى غيره في فعل غير قادر عليه فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعا بمنزلة العدم لا يترتب عليه الاثر المقصود منه، لا (7) أنه لا يترتب عليه

+++++

(1) بأن اشترى شيئا، أو باع بما في يده.

(2) من هنا اخذ الشيخ في اتيان الأدلة على عدم جواز تصرفات العبد بالاستقلال، و من دون اذن سيده و مولاه.

(3) النحل: الآية 75.

(4) (من لا يحضره الفقيه) الجزء 3. ص 25 الباب 173 الحديث 2. طباعة مطبعة النجف، الطبعة الرابعة.

(5) و هي المروية عن زرارة عند قوله عليه السلام: إلا باذن سيده حيث إن هذه الجملة تدل على أن المراد من القدرة الواردة في الآية الكريمة هو الاستقلال في الامور بحيث لا يحتاج الى الغير.

(6) تعليل لكون المراد من القدرة الاستقلال.

(7) اى و ليس المراد من عدم ترتب الاثر على ما يصدر من العبد هو عدم ترتب اثر حكم شرعي اصلا و أبدا على أفعاله الصادرة منه.

ص: 132

هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد؟

كيف (1) و أفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار

و كيف كان فإنشآت العبد (2) لا يترتب عليه آثارها من دون اذن المولى.

أما مع الاذن السابق: فلا إشكال (3)

و أما مع الاجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع (4)، لأن المنع فيه (5) ليس من جهة العوضين

+++++

(1) تعليل لأنه ليس المراد من عدم ترتب الاثر على أفعال العبيد هو عدم ترتب أثر حكم شرعي عليها اصلا

خلاصته: أنه كيف يمكن القول بذلك مع أن أفعال العبيد كأفعال الأحرار: في كون إتلافاتهم موجبة للضمان.

و كذلك جنائياتهم موجبة للضمان.

و كذلك الأحداث و الطهارات الصادرة منهم موجبة للغسل، و التوضؤ و التيمم، و غير ذلك من دون فرق بين أفعالهم، و أفعالهم

(2) اى في الأشياء الخطيرة.

(3) اى فلا إشكال في الإنشآت الصادرة من العبد مع اذن سابق من سيده، سواء أ كانت انشآاته عقودا أم ايقاعاتا.

(4) اى عدم وقوع إنشآت الصادرة من العبد بدون اذن مولاه بعد لحوق الاجازة بها.

(5) اى المنع عن وقوع الإنشآت الصادرة عن العبد بدون اذن مولاه و إن لحقها الرضا ليس من جهة العوضين حتى يصحح الرضا العقد الصادر منه، لأن العوضين ملك للغير، لا للمولى، فاجازته ليست دخيلة فيهما.

الذين يتعلق بهما حق المجيز فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف في السابق وأن لا يرضى.

بل المنع (1) من جهة راجعة الى نفس الإنشاء الصادر، و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده (2)

و بتقرير آخر (3) أن الاجازة إنما تتعلق بمضمون العقد و حاصله:

اعني انتقال المال بعوض، و هذا (4) فيما نحن فيه ليس منوطا برضا المولى قطعا، اذ (5) المفروض أنه اجنبي عن العوضين، وإنما له (6) حق في كون

+++++

(1) اى سبب عدم وقوع الإنشاءات الصادرة و علته هو نفس الإنشاء الصادر من العبد على سبيل الاستقلال، حيث إن هذا النحو من الإنشاء الصادر منه ليس قابلا للتغير حتى يلحق به الرضا، و يخرج عنه عما وقع و صدر

(2) اى بعد صدور العقد منه مستقلا كما عرفت.

(3) خلاصة هذا التقرير: أن الاجازة الصادرة من المالك إنما تعلقت بمضمون العقد الذي هو معنى الاسم المصدري و الذي يسمى نتيجة العقد و هو النقل و الانتقال، لا بالمعنى المصدري الذي هو نفس الانشاء.

و المفروض أن اجازة المولى لا ربط لها بمضمون العقد.

(4) و هو النقل و الانتقال الذي هو معنى الاسم المصدري لا يكون متوقفا على رضا المولى، لأنه اجنبي عن هذا الرضا، حيث عرفت أن العوضين ليسا ملكا للمولى، بل هما ملك للآخر و قد تصرف العبد فيهما.

(5) تعليل لكون النقل و الانتقال ليسا متوقفين على رضا المولى

و قد عرفت التعليل في الهامش 5. ص 135 عند قولنا: ليس من جهة العوضين.

(6) اى وإنما للمولى حق.

ص: 134

إنشاء هذا المضمون قائما بعبده فاذا وقع (1) على وجه يستقل به العبد فلحوق الاجازة لا يخرج (2) عن الاستقلال الواقع عليه قطعا.

إلا (3) أن الأقوى هو لحوق اجازة المولى، لعموم أدلة الوفاء بالعقود (4)، و المخصص (5) إنما دل على عدم ترتب الاثر على عقد العبد من دون مدخلية المولى اصلا سابقا، و لاحقا، لا مدخلية اذنه السابق.

+++++

(1) اى العقد اذا وقع على وجه و هو الاستقلال.

(2) اى لا يخرج لحوق الاجازة العقد الواقع على وجه الاستقلال عن الاستقلالية.

(3) من هنا يروم الشيخ أن يثبت أن الرضا اللاحق من المولى يصحح العقد الصادر من العبد على وجه الاستقلال.

(4) حيث إن دليل اوفوا بالعقود له عموم أفرادى و زمانى يشمل جميع العقود الصادرة في العالم حتى من العبيد و إن صدرت عنهم بالاستقلال و من دون رضا المولى، لكن بعد لحوق الرضا من سيدهم و مولاهم بما صدر عنهم.

(5) دفع وهم.

حاصل الوهم: أن العموم هنا مخصص بعدم نفوذ العقود الصادرة من العبيد على وجه الاستقلال، و من دون اذن سيده، فلا يصح حينئذ التمسك بالعام بعد التخصيص، لأنه بناء على ما هو التحقيق أن العام بعد ورود الخاص يتعنون بنقيض الخاص فيصير العام هكذا:

اوفوا بكل عقد إلا العقد الصادر من العبد بدون اذن مولا.

فاجاب قدس سره عن الوهم: أن المخصص إنما دل على عدم نفوذ العقد و صحته الصادر من العبد على وجه الاستقلال، و من دون رضا سيده، لا سابقا، و لا لاحقا.

ص: 135

و لو شك (1) أيضا وجب الاخذ بالعموم في مورد الشك.

و تؤيد إرادة الأعم (2) من الاجازة الصحيحة (3) السابقة

+++++

و ليس فيه دلالة على مدخلية الاذن السابق في صحة العقد الصادر من العبد على وجه الاستقلال حتى يكون الاذن اللاحق غير مفيد

و من المعلوم أن ما نحن فيه و هو العقد الصادر من العبد قد لحقه الرضا فوقع صحيحا، و أثر الاذن اللاحق في النفوذ و الصحة فالعموم باق على عمومته فيؤخذ به.

(1) هذا إشكال آخر على عدم جواز الاخذ بعموم آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

و خلاصته: أنه بعد ورود التخصيص نشك في بقاء العام على عمومته فلا يصح الاخذ بالعموم، و القول بصحة عقد العبد بعد لحوق الرضا

فاجاب الشيخ قدس سره: أنه يجب الاخذ بالعموم أيضا و لو شككنا في العموم، لكون الشبهة مفهومية، و المخصص منفصلا، لا متصلا حتى لا يصح الاخذ بالعام، لعدم سراية اجمال الخاص المنفصل الى العام فلا ينثلم ظهور العام فيؤخذ به، لأن الاخذ بالعموم هو القدر المتيقن حينئذ.

(2) اى الأعم من الاجازة السابقة و اللاحقة.

(3) بالرفع فاعل لكلمة و يؤيد، و كلمة و إرادة مفعول للفعل المذكور و هو يؤيد اى و تؤيد الصحيحة إرادة الأعم من الاجازة سواء أ كانت سابقة أم لا حقة.

و المراد من الصحيحة السابقة هي صحيحة زرارة المروية عن الامامين ابي جعفر و ابي عبد الله عليهما السلام المشار إليها في ص 132 فإن الاذن الواقع في قولهما عليهما السلام:

ص: 136

فإن (1) جواز النكاح يكفيه لحوق الاجازة.

فالمراد بالاذن (2)

+++++

المملوك لا يجوز نكاحه، ولا طلاقه إلا باذن سيده أعم من السابق واللاحق، ولا اختصاص له بالاذن السابق.

(1) بيان لكيفية تأييد الصحيحة لكون المراد من الاذن هو الأعم من السابق واللاحق.

و حاصله: أنه لما ثبت في الخارج أن الاجازة اللاحقة تصحح نكاح العبد الواقع بدون اذن سيده، لورود أخبار خاصة في ذلك: فنكشف من هذه الصحة أن المراد من الاذن الوارد في الصحيحة المذكورة هو الأعم من السابق واللاحق.

راجع حول الأخبار الواردة في المقام (وسائل الشيعة) الجزء 14.

ص 523 الباب 24. الحديث 1-2. أليك نص الحديث الاول

عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده

فقال: ذاك الى سيده إن شاء اجازته، وإن شاء فرّق بينهما.

قلت: اصلحك الله إن الحكم بن عبيدة، و ابراهيم النخعي، وأصحابهما يقولون: إن اصل النكاح فاسد، ولا تحل اجازة السيد له

فقال ابو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده فاذا اجازته فهو له جائز.

وراجع (من لا يحضره الفقيه) الجزء 3، ص 283. الباب 636 الحديث 1-2 مع اختلاف بين المصدرين في بعض الكلمات.

(2) اي الاذن الوارد في قول الامامين عليهما السلام في الصحيحة المذكورة في ص 132

ص: 137

هو الأعم، إلا (1) أنه خرج الطلاق بالدليل، ولا (2) يلزم تأخير البيان لأن (3) الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق بحيث لا يحتاج الى رضا المولى اصلا.

+++++

(1) استثناء عما افاده: من أن المراد من الاذن الوارد في الصحيحة المذكورة هو الأعم من السابق واللاحق.

و خلاصته: أن الطلاق خارج عن الاذن اللاحق فلا تفيده الاجازة اللاحقة لو وقع بدون اذن سيده و مولاه، لورود دليل خاص على خروج الطلاق من الاذن اللاحق.

(2) دفع وهم

حاصل الوهم: أنه بناء على خروج الطلاق عن الاذن العام: وعدم تأثير الاجازة اللاحقة فيه، لورود دليل خاص في ذلك كما هو المفروض يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، حيث إن الامام عليه السلام لم يبين في الصحيحة خروج الطلاق عن الاذن اللاحق عند ما قال عليه السلام:

المملوك لا يجوز نكاحه، ولا طلاقه.

(3) جواب عن الوهم المذكور.

و خلاصته: أن الاذن الوارد في كلام الامام عليه السلام وإن كان المراد منه الأعم: من السابق واللاحق.

إلا أن الغرض المسوق له الكلام هو بيان نفي الاستقلال عن العبد في طلاقه بحيث لا يحتاج الى رضا مولاه اصلا و ابدا.

و ليس الغرض بيان تفاصيل أحكام الطلاق حتى يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة بترك بعض تفاصيل الأحكام التي منها عدم تأثير الاجازة اللاحقة في الطلاق الواقع عن العبد استقلالا.

ص: 138

بل و مع كراهة المولى كما يرشد إليه التعبير (1) عن السؤال بقوله: بيد من الطلاق؟

و يؤيد المختار (2)، بل يدل عليه ما ورد في صحة نكاح العبد الواقع بغير اذن المولى اذا اجازه، معللا (3) بأنه لم يعص الله تعالى وإنما عصى سيده فاذا اجاز جاز (4) بتقريب (5) أن الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه.

+++++

(1) اى يرشد التعبير في السؤال الى أن الغرض المسوق له الكلام هو نفي استقلال العبد في الطلاق في قوله عند ما يسأل عن الامام عليه السلام:

بيد من الطلاق؟ لأن الظاهر من السؤال هو السؤال عن استقلال العبد في الطلاق.

(2) و هو أن الرضا اللاحق يؤثر في عقد العبد بدون اذن مولاه.

(3) اى الامام عليه السلام علل صحة جواز نكاح العبد بدون اذن مولاه بعد الاجازة بقوله: بأنه لم يعص الله، فالتعليل هذا يدل على أن الرضا اللاحق يؤثر في نفوذ العقد، فإن الذي لا يؤثر في العقد هو عصيان الله عز و جل، لا عصيان المولى.

(4) اى اذا اجاز المولى النكاح جاز النكاح اى صح و نفذ

راجع المصدر نفسه. ص 283 الباب 135. الحديث 1

و وسائل الشيعة الجزء 14. ص 523. الباب 24 الحديث 1-2

و في المصدرين اختلاف فراجع

(5) اى اذا كان عقد العبد في النكاح بغير اذن مولاه جائزا فكذلك في البيع وغيره بالفحوى.

ص: 139

و حمله (1) على ما اذا عقد الغير له مناف (2) لترك الاستفصال

مع (3) أن تعليل الصحة بأنه لم يعص الله تعالى الى آخره في قوة أن يقال:

إنه اذا عصى الله بعقد كعقد على ما حرم الله تعالى على ما مثل به الامام عليه السلام

+++++

(1) اى و حمل الحديث الوارد في صحة نكاح العبد الواقع بدون اذن مولاه.

دفع وهم

حاصل الوهم: أن الحديث المشار إليه في ص 139 الدال على صحة نكاح العبد بعد الاجازة وارد في رجل تزوج امرأة لعبد بدون اذن مولاه، و ليس له دخل في تزويج العبد لنفسه امرأة بدون اذن مولاه حتى تكون الاجازة مصححة له.

(2) جواب من الشيخ عن التوهم المذكور:

حاصله ان هذا الحمل مناف لترك الامام عليه السلام الاستفصال بين عقد العبد لنفسه، و بين عقد الغير للعبد، فإنه لو كان الامر كذلك لكان اللازم على الامام عليه السلام بيان ذلك، لأنه في مقام البيان

(3) هذا جواب آخر عن عدم صحة الحمل المذكور.

و خلاصته أن تعليل الامام عليه السلام صحة نكاح العبد الواقع بدون اذن مولاه: بأنه لم يعص الله في اصل النكاح.

ردا على الحكم بن عبيدة، و ابراهيم النخعي، و أصحابهما القائلين بفساد اصل النكاح كما عرفت في الحديث المشار إليه في ص 139 في قوة أن يقال:

إن العبد إذا عصى الله في عقد كالعقد على ما حرم الله تعالى كما

ص: 140

في روايات اخرى (1) واردة في هذه المسألة كان العقد باطلا، لعدم (2) تصور رضا الله تعالى بما سبق من معصيته.

أما اذا لم يعص الله وعصى سيده أمكن رضا سيده فيما بعد (3) بما لم يرض به سابقا فاذا رضي به و اجاز صح.

فيكون الحاصل: أن (4) معيار الصحة في معاملة العبد بعد كون المعاملة في نفسها مما لم ينه عنه الشارع هو رضا سيده بوقوعه سابقا أو لاحقا

+++++

مثل الامام عليه السلام للعقد على ما حرم الله بقوله: (إن ذلك ليس كإتيان ما حرم الله عليه: من نكاح في عدة، وأشباهه).

كان مثل هذا العقد الذي عصي فيه الله باطلا، لأنه لا يتصور رضا الله تبارك و تعالى عن معصية.

و من المعلوم أن العبد فيما نحن فيه عصي سيده فقط في عدم استجازته في العقد، لا أنه عصي خالقه حتى لا يصح عقده، لعدم تصور الرضا من الله في المعصية.

راجع حول مثال الامام عليه السلام للعقد المحرم (وسائل الشيعة) الجزء 14. ص 523. الباب 24 ص 50. الحديث 2.

(1) اشرنا الى هذه الرواية التي فيها تمثيل الامام عليه السلام في الهامش 3 ص 140-141

(2) تعليل لعدم عصيان العصيان العبد خالقه تعالى حتى لا يفيد رضاه، وقد عرفت التعليل عند قولنا: لا أنه عصي خالقه حتى لا يصح عقده.

(3) اي بعد وقوع العقد منه.

(4) اي خلاصة الكلام في عقد العبد اذا وقع مستقلا، وبدون اذن سيده.

ص: 141

وأنه إذا عصى سيده بمعاملة ثم رضي السيد بها صح، وأن ما قاله المخالف: (1) من أن معصية السيد لا يزول حكمها برضاه بعده، وأنه لا يرفع الرضا اللاحق كما نقله السائل (2) عن طائفة من العامة (3) غير صحيح

فافهم (4) و اغتتم

و من ذلك (5) يعرف أن استشهاد بعض (6) بهذه الروايات (7)

+++++

(1) وهو الحكم بن عبيدة، و ابراهيم النخعي، وأصحابهما المشار إليهم في الهامش 1 ص 137 في قولهم: إن اصل النكاح فاسد.

(2) وهو زرارة رضوان الله تبارك و تعالى عليه عند قوله: اصلحك الله المشار إليه في الهامش 1 ص 137 يأتي شرح حياته في أعلام المكاسب.

(3) وهم الحكم بن عبيدة، و ابراهيم النخعي، و أصحابهما.

(4) اشارة الى دقة الموضوع و صعوبته جدا، حيث إن المخالفين لم يفرقوا بين معصية الله، و بين معصية السيد، و حكموا ببطلان نكاح العبد لو أوقعه مستقلا و بدون اذن مولاه، و أن الاجازة اللاحقة لا تفيده لأنه عصى الله، و أن الامام عليه السلام كيف ردهم على زعمهم الباطل و قال: إن العبد عصى سيده، لا خالقه حتى لا تفيده الاجازة اللاحقة.

و قد ذكرنا بيان الامام عليه السلام و تمثيله في الهامش 3 ص 140-141

(5) اي و من أن الملاك في صحة عقد العبد الواقع بدون اذن سيده لا غير: بحيث لو لم يكن رضا اصلا بطل العقد.

(6) المراد من البعض هو الشيخ صاحب الجواهر قدس سره

(7) وهي التي اشرنا إليها في ص 132

أليك ما قاله صاحب الجواهر:

إن القول بالصحة و إن لم يأذن المولى، بل مع نهيه لا يخلو عن قوة

ص: 142

على صحة عقد العبد وإن لم يسبقه اذن ولم يلحقه اجازة، بل و مع سبق النهي أيضا، لأن (1) غاية الامر هو عصيان العبد و اثمه في ايقاع العقد، و التصرف في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكن النهي مطلقا لا يوجب الفساد (2) خصوصا النهي الناشئ عن معصية السيد كما يؤمى إليه هذه الأخبار الدالة على أن معصية السيد لا تقدر بصحة العقد في غير (3) محله.

بل الروايات (4) ناطقة كما عرفت بأن الصحة من جهة ارتفاع كراهة المولى (5)، و تبدله بالرضا بما فعله العبد

و ليست (6) كراهة الله عز و جل بحيث يستحيل رضاه

+++++

وإن اثم العبد بايقاعها، لأنها من منافعها المملوكة للسيد، إلا أن الحرمة لا تنافي الصحة هنا، إذ لا ريب في اثمه بايقاع نفس العقد الذي هو تصرف في لسان العبد المملوك للسيد بالنسبة الى ذلك

راجع (الجواهر) الطبعة الجديدة. الجزء 22. ص 271

(1) تعليل من صاحب الجواهر على صحة عقد العبد و إن نهاه المولى عن ذلك، و قد نقله الشيخ عنه هنا بالمعنى

انظر عبارته التي نقلناها عن الجواهر هنا.

(2) اى فساد المعاملة الصادرة من العبد

(3) الجار و المجرور في محل الرفع خير لأن في قوله: و من ذلك يعرف أن استشهاد بعض

(4) و هي المشار إليها في ص 132

(5) إذ لو لا ارتفاع كراهة المولى لكانت عقود العبد باقية على عدم نفوذ الصحة فيها.

(6) اى و ليست كراهة المولى كراهة الله

ص: 143

بعد ذلك (1) بوقوعه السابق فكأنه قال: (2) لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للاجازة و الرضا، وإنما عصى سيده فاذا اجاز (3) جاز فقد علق (4) الجواز صريحا على الاجازة

و دعوى أن تعليق الصحة (5) على الاجازة من جهة مضمون العقد و هو التزويج المحتاج الى اجازة السيد اجماعا، لا نفس إنشاء العقد حتى لو فرضناه (6) للغير يكون محتاجا الى اجازة مولى العاقد

مدفوعة (7) بأن المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلية

+++++

(1) اى بعد وقوع المعصية من العبد بايقاعه العقود مستقلا بدون اذن مولاه

(2) اى الامام عليه السلام

(3) اى مولى العبد العقد الصادر من عبده بدون اذنه

(4) اى الإمام عليه السلام

(5) اى تعليق صحة عقد العبد الواقع منه بدون رضا مولاه على اجازة سيده في قول الامام عليه السلام: فاذا اجازه جاز لأجل مضمون العقد الذي هو معنى الاسم المصدرى، و الذي يسمى بنتيجة العقد و هو التزويج فإن هذا المضمون محتاج الى الاجازة، لأنه متعلق بمولاه

و ليس التعليق لاجل نفس إنشاء العقد كي يقال بتوقف صحة العقد الصادر من العبد و إن كان للغير على الاجازة أيضا، لأن العقد الصادر من العبد للغير غير محتاج للاجازة، لعدم كون مضمونه للمولى.

(6) اى حتى و لو فرضنا إنشاء العقد صادرا من العبد للغير

وقد عرفت معناه عند قولنا: و ليس التعليق لاجل نفس إنشاء العقد

(7) اى الدعوى المذكورة مدفوعة، و الباء في بأن بيان لكيفية الدفع

بأن (1) رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي في كل ما يتوقف على مراجعة السيد و كان فعله من دون مراجعته، أو مع النهي عنه معصية له.

و المفروض أن نفس العقد من هذا القبيل (2)

ثم (3) إن ما ذكره: من عصيان العبد بتصرفه في لسانه، وأنه (4)

+++++

هذا جواب من الشيخ عن الدعوى المذكورة

و خلاصته: أن الرواية الواردة في نكاح العبد المشار إليها في الهامش 4 ص 132 صبغت لإعطاء قاعدة كلية من الامام عليه السلام لتتطبق على صغرياتها وأفرادها

و تلك القاعدة: هي أن كل فعل يصدر من العبد مستقلاً، و من دون مراجعة الى سيده يعد معصية يحتاج الى رضاه في نفوذه و صحته، و يتوقف على اجازته، لأن امره بيده

و المفروض أن نفس العقد و انشاء الصادر منه للغير معصية، لأنه صدر من دون مراجعته و اذنه فيحتاج الى الاجازة

فالاجازة إنما تعلقت بنفس العقد المنشأ الذي هو المعنى المصدرى لا أنها تعلقت بمضمون العقد الذي هو معنى الاسم المصدرى، و المسمى بنتيجة العقد

(1) الباء بيان للقاعدة الكلية و قد عرفتها عند قولنا: هي أن كل فعل يصدر.

(2) اي معصية و صادر من دون مراجعته و اذنه.

(3) عود على بدء.

من هنا يروم الشيخ أن يناقش صاحب الجواهر فيما افاده في ص 142:

من أن العبد و إن اثم بايقاعها، لأنه تصرف في لسانه الذي هو ملك لسيد

و من أن هذا التصرف لا يقتضي فساد العقد.

(4) اي التصرف كما عرفت آنفا.

ص: 145

لا يقتضي الفساد يشعر (1) بزعم أن المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى.

وفيه (2) أولاً منع حرمة هذه التصرفات الجزئية، للسيرة المستمرة على مكالمة العبيد، ونحو ذلك من المشاغل الجزئية.

و ثانياً بدهاة أن الحرمة (3) في مثل هذه لا توجب الفساد (4) فلا يظن استناد العلماء في الفساد (5) الى الحرمة.

و ثالثاً أن الاستشهاد (6) بالرواية لعدم كون معصية السيد بالتكلم بألفاظ العقد، و التصرف في لسانه قادحاً في صحة العقد غير صحيح لأن مقتضاه (7) أن التكلم إن كان معصية لله تعالى يكون مفسداً (8)

+++++

(1) هذا وجه المناقشة.

(2) اى وفيما افاده صاحب الجواهر: من أن مستند بطلان عقد العبد هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضاه نظر وإشكال.

وقد اورد الشيخ على مقالة الشيخ صاحب الجواهر بقوله: أولاً و ثانياً و ثالثاً، وقد ذكرها في المتن فلا نعيدها.

(3) اى الحرمة التكليفية في مثل هذه التصرفات الجزئية لا توجب فساد العقد الذي هو الحرمة الوضعية؛ فلا يظن أن يكون استناد العلماء في الحرمة الوضعية هي الحرمة التكليفية وهي التصرف في اللسان.

(4) اى فساد المعاملة الذي هو الحرمة الوضعية كما عرفت.

(5) و هو فساد المعاملة كما عرفت.

(6) اى استشهاد صاحب الجواهر بالرواية المشار إليها في الهامش 1 ص 137

(7) اى مقتضى هذا الاستشهاد.

(8) اى مفسداً للمعاملة.

ص: 146

مع أنه لا يقول به (1) احد، فإن (2) حرمة العقد من حيث إنه تحريك اللسان كما في الصلاة و القراءة المضيقه، ونحوهما لا يوجب فساد العقد اجماعا

فالتحقيق أن المستند في الفساد (3)

+++++

(1) اي بفساد المعاملة بسبب التكلم بألفاظ العقد اذا كان التكلم معصية

(2) تعليل لعدم كون التكلم بألفاظ العقد اذا كان التكلم معصية مفسدا للمعاملة.

و خلاصته: أنه لو كان مجرد تحريك اللسان معصية و موجبا لفساد المعاملة لكان إجراء صيغة العقد في حالة الصلاة موجبا لفساد المعاملة مع أن احدا لا يقول بفساد المعاملة لو اجريت صيغة العقد في تلك الحالة وإن كان إجراء الصيغة موجبا لفساد الصلاة، وأنه حرام و كذا القراءة المضيقه من حيث وقتها، فإن إجراء الصيغة في القراءة لم يكن موجبا لفساد المعاملة.

خذ لذلك مثالا.

استأجر شخص شخصا لقراءة أربعة أجزاء من القرآن الكريم خلال ساعتين من الساعة العاشرة صباحا الى الساعة الثانية عشر صباحا فجرى العقد بين الا-جير و المستأجر فجاء رجل في أثناء القراءة في الساعة المعينة عند الاجير فوكله في اجراء صيغة النكاح، أو الطلاق مثلا فاجراها فالعقد لا يصير موجبا لفساد النكاح، أو الطلاق في عدم وقوعهما، وإن كان الإجراء في وقت القراءة حراما، لكونه تصرفا في الوقت المستأجر

لكن الحرمة التكليفية لا تكون موجبة للحرمة الوضعية.

(3) اي في فساد العقد و المعاملة.

ص: 147

هو الآية المتقدمة (1)، و الروايات (2) الواردة في عدم جواز امر العبد و مضيه مستقلا، و أنه (3) ليس له من الامر شيء.

فرع: لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صح و لزم

(فرع): لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صح و لزم، بناء على كفاية رضا المولى الحاصل من تعريضه (4) للبيع من اذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الايجاب موجبا للاذن الضمني و لا يقدح عدم قابلية المشتري (5) للقبول في زمان الايجاب، لأن هذا الشرط (6) ليس على حدّ غيره من الشروط المعتمدة في كل من المتعاقدين من أول الايجاب الى آخر القبول.

بل هو (7) نظير اذن مالك الثمن في الاثراء، حيث يكفي تحققه بعد الايجاب، و قبل القبول الذي بنى المشتري على انشائه فضولا.

+++++

(1) و هو قوله تعالى: ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يُقَدِرُ عَلَى شَيْءٍ .

(2) و هي المشار إليها في ص 132، و في الهامش 1 ص 137

(3) اى العبد

(4) اى تعريض المولى العبد للبيع كاف من إعطائه الاذن الصريح في بيع نفسه.

(5) و هو العبد، حيث يشتري نفسه من مولاه، فإنه حين الشراء لم يكن حرا

(6) و هي قابلية المشتري للقبول في زمن الايجاب من بداية وقوعه الى نهايته ليست معتبرة كبقية الشروط المعتمدة في العقد، من حيث المتعاقدين و العوضين، حيث إنها معتبرة بدوا و نهاية

(7) اى شرط قابلية المشتري للقبول في زمن الايجاب نظير اذن

ص: 148

وعن القاضي البطلان في المسألة (1)، مستدلا عليه (2) باتحاد عبارته مع عبارة السيد فيتحد الموجب و القابل.

وفيه (3) مع اقتضائه المنع لو اذن له السيد سابقا (4)

+++++

مالك الثمن في الاثراء الصادر منه بعد ايجاب البائع، وقبل قبول المشتري الباني على إنشاء القبول فضولا.

فكما يكفي في تحقق هذا المقدار من الاذن، ولا يحتاج تحققه من بداية تحقق الايجاب.

كذلك يكفي تحقق قابلية المشتري للقبول في العبد بعد زمن الايجاب الصادر من المولى، ولا يشترط تحققه من بداية وقوع الايجاب.

(1) اي في مسألة امر الامر العبد في شراء نفسه من مولاه.

(2) اي على البطلان بسبب اتحاد عبارة العبد مع عبارة مولاه حيث إنه ملك، فالقبول الصادر منه صادر عن مولاه فيكون المولى موجبا و قابلا فيتحد الايجاب و القبول.

(3) اي وفيما افاده القاضي من اتحاد الموجب و القابل نظر و إشكال من جهات ثلاث استفدناها من عبارة الشيخ و هي كما يلي:

(الاولى): لازم هذا القول منع العبد عن شراء نفسه من مولاه لو اذن له سابقا في ذلك، لعين الملاك الموجود في الصورة السابقة: و هو اتحاد الموجب و القابل.

(الثانية): إننا نمنع الاتحاد، لأن المولى باعتبار أنه بايع يكون موجبا و العبد باعتبار أنه مشتري يكون قابلا فتحققت الاثنية فلا يلزم الاتحاد

(الثالثة): أن اتحاد الموجب و القابل غير قادح في المقام.

(4) هذه هي الجهة الاولى و قد اشرنا إليها.

ص: 149

منع (1) الاتحاد أولاً، و منع (2) قدحه ثانياً.

هذا (3) إذا امره الأمر بالاشتراء من مولاه

فإن امره بالاشتراء من وكيل المولى فعن جماعة منهم المحقق و الشهيد الثانيان أنه لا يصح، لعدم الاذن من المولى.

وربما قيل (4) بالجواز حينئذ أيضاً، بناء على ما سبق منه (5) من أن المنع لاجل النهي و هو لا يستلزم الفساد.

وفيه (6) ما عرفت: من أن وجه المنع هو أدلة عدم استقلال العبد في شيء لا منعه عن التصرف في لسانه، فراجع ما تقدم (7) و الله اعلم.

مسألة: و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين، أو مأذونين من المالك، أو الشارع

إشارة

(مسألة): و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين، أو مأذونين من المالك، أو الشارع (8) فعقد الفضولي لا يصح، اي لا يترتب عليه ما يترتب

+++++

(1) هذه هي الجهة الثانية وقد اشترنا إليها.

(2) هذه هي الجهة الثالثة وقد اشترنا إليها.

(3) اي القول بصحة شراء العبد نفسه من مولاه لو أمره أمر.

(4) القائل هو صاحب الجواهر قدس سره

(5) اي من القيل في ص 142 عند قوله: لكن النهي مطلقاً لا يوجب الفساد.

(6) اي وفيما افاده صاحب الجواهر قدس سره نظر و إشكال.

وقد ذكر الشيخ وجه النظر فلا نعيده.

(7) اي عند قوله في ص 146: وفيه أولاً منع حرمة هذه التصرفات و ثانياً بداهة أن الحرمة.

(8) كالأولياء الشرعيين: من الأب و الجد، و الحاكم، و عدول المؤمنين

على عقد غيره (1) من اللزوم.

وهذا (2) مراد من جعل الملك، وما في حكمه (3) شرطا ثم فرع (4) عليه: بأن يبيع الفضولي موقوف على الاجازة كما في القواعد.

فاعتراض (5) جامع المقاصد عليه: بأن التفريع في غير محله

+++++

(1) اى غير عقد الفضولي من اللزوم الذي هو النقل و الانتقال حتى يتمكن الآخر من التصرف فيما نقل إليه من الفضولي: من البيع و الشراء به و الهبة، و الوقف، و غيرهما مما يترتب على غير عقد الفضولي.

(2) و هو كون المتعاقدين مالكين، أو مأذونين من المالك، أو من الشارع.

خلاصة هذا الكلام أن من جعل الملك، أو الاذن من المالك أو الشارع شرطا في صحة العقد كالعلامة قدس الله روحه: مراده أن يكون المتعاقدان مالكين، أو مأذونين من المالك، أو الشارع، ثم فرّع على هذا الشرط توقف عقد الفضولي على الاجازة، لعدم تملك الفضولي المبيع، أو الثمن اذا كان المبيع، أو الشراء فضوليا

(3) و هو الاذن من المالك، أو الشارع كما عرفت آنفا.

(4) اى العلامة بعد هذا الاشتراط الذي ذكرناه لك فرّع عليه توقف بيع الفضولي على الاجازة، لعدم تملكه للمبيع، أو الثمن.

(5) الفاء تفريع على ما افاده: من أن المتعاقدين لا بدّ أن يكونا مالكين هو مراد من جعل الملك، أو الاذن من المالك، أو الشارع شرطا في صحة عقد الفضولي، و فرّع عليه توقف صحة عقد الفضولي على الاجازة كالعلامة.

و خلاصته: أن المحقق الكركي اعترض على العلامة في تفريعه على الشرط المذكور توقف عقد الفضولي على الاجازة.

ص: 151

لعله (1) في غير محله.

الكلام في عقد الفضولي

إشارة

و كيف كان فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهم المسائل (2)

اختلف الأصحاب و غيرهم في بيع الفضولي

(فتقول): اختلف الاصحاب و غيرهم في بيع الفضولي، بل مطلق عقده (3)

+++++

وقال: إن التفريع المذكور في غير محله، لأن المتبادر من الشرط المذكور هو بطلان عقد الفضولي، لكون الفضولي فاقدا للشرط المذكور حيث لا يكون مالكا، و لا مأذونا من المالك، أو الشارع.

و لا فرق بين أن يكون الشرط المذكور شرطا في الصحة، أو شرطا في اللزوم.

(1) اى اعتراض المحقق الكركي على العلامة في غير محله، لأن مراد العلامة من الشرط المذكور الشرطية في الصحة الفعلية: بمعنى أن صحة عقد الفضولي كصحة عقد المالك فيما يترتب عليه فعلا

فكل ما يترتب على عقد المالك فعلا يترتب على عقد الفضولي فعلا في اصل التأثير.

لكن اللزوم في الفضولي موقوف على الاجازة، فقبلها لا يقع صحيحا اى لا يترتب اللزوم عليه فعلا.

كما كان يترتب اللزوم على عقد المالك فعلا.

فتفريع العلامة قدس سره الفضولي على الشرط المذكور في محله و أنه جيد جدا.

(2) اى من أهم المسائل الفقهية التي وقعت معركة الآراء بين الفقهاء: من الشيعة و السنة من شتى جوانبه

(3) اى بل مطلق عقد الفضولي: من الاجارة و الوكالة و الحوالة و المزارعة و المساقاة و المضاربة و غيرها من بقية العقود

بعد اتفاهم على بطلان ايقاعه كما في غاية المراد: على أقوال (1)

و المراد بالفضولي كما ذكره الشهيد هو الكامل (2) غير المالك للتصرف و لو كان غاصبا.

+++++

(1) الجار و المجرور متعلق بقوله: اختلف الأصحاب و الأقوال خمسة إليك خلاصتها:

(الاول): بطلان عقد الفضولي مطلقا، سواء أ كان في البيع أم في الشراء أم في النكاح أم في غيرها من العقود كما ذهب إليه الشيخ في المبسوط و الخلاف.

(الثاني): توقفه على الاجازة مطلقا: في البيع و النكاح، و غيرهما ذهب إليه الشيخ المفيد، و السيد المرتضى

(الثالث): صحته في البيع بتوقفه على الاجازة، و بطلانه في الشراء.

(الرابع): بطلانه في البيع، و صحته في النكاح ذهب إليه ابن ادريس.

(الخامس): بطلانه في النكاح في غير البكر الرشيدة.

(2) من حيث البلوغ و العقل، و الاختيار و الحرية

و من حيث شرائط العوضين.

مقصود الشهيد الثاني قدس سره إعطاء درس و هو التعميم في مفهوم الفضولي: و هو أن الفضولي عبارة عن من ليس له حق التصرف في العين و إن كان مالكا لها كالراهن، فإنه مالك للوثيقة، لكن غير مأذون في التصرف فيها، لتعلق حق المرتهن في العين.

ص: 153

وفي كلام بعض العامة أنه (1) العاقد بلا اذن من يحتاج الى اذنه وقد يوصف به (2) نفس العقد

و لعله (3) تسامح

و كيف كان فيشمل (4) العقد الصادر من البكر الرشيدة بدون اذن الولي، و من المالك (5) اذا لم يملك التصرف، لتعلق حق الغير

+++++

و كذا السفية، فإنه مالك للعين، لكنه ممنوع التصرف فيها، لتعلق سلطنة الولي بها.

و كذا المفلس، فإنه مالك، لكنه ممنوع التصرف فيها، لتعلق حق الغرماء بها.

(1) اي الفضولي يطلق على من كان عاقدا بلا اذن من يحتاج الى اذنه كالمالك، و الشارع.

(2) اي نفس العقد قد توصف بالفضولي فيقال: عقد الفضولي لا العاقد الفضولي.

(3) اي و لعل هذا الوصف مسامحة.

وجه المسامحة: أنه لا معنى لاتصاف العقد بالفضولي، لأنه ليس ملكا لاحد حتى يتصف بالفضولي، بل المتصف به هو العاقد.

(4) اي عقد الفضولي الذي ذكره الشهيد الاول يشمل العقد الصادر من البكر الرشيدة، بناء على عدم ولاية لها في تزويج نفسها في عرض ولاية أبيها.

(5) اي و كذا عقد الفضولي يشمل العقد الصادر من المالك الذي لا يملك التصرف في ملكه كالراهن، و المفلس، و المحجور عليه

وقد ذكرناهم في الهامش 2 ص 153

ص: 154

بالمال كما يومي إليه (1) استدلالهم لفساد الفضولي بما دل على المنع من نكاح البكر الرشيدة بغير اذن وليها

و حينئذ (2) فيشمل بيع الراهن و السفية، و نحوهما (3) و يبيع (4) العبد بدون اذن السيد.

و كيف كان فالظاهر شموله (5) لما اذا تحقق رضا المالك للتصرف باطنا، و طيب نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحا، أو فحوى

(6) لأن العاقد (7) لا يصير مالكا للتصرف و مسلّطا عليه بمجرد علمه برضا لمالك

+++++

(1) اى الى هذا الشمول يشير استدلال الفقهاء لفساد عقد الفضولي سواء أكان في البيع أم في غيره: بالأخبار الواردة في منع نكاح البكر الرشيدة بغير اذن وليها اذا كان موجودا.

راجع (وسائل الشريعة) الجزء 14. ص 213-216. الباب 4 الأحاديث. أليك نص الحديث الثاني.

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الجارية البكر التي لها اب لا تتزوج إلا باذن أبيها.

(2) اى و حين شمول عقد الفضولي للعقدين المذكورين في الهامش 4-5 ص 154 بواسطة استدلال الفقهاء بالأحاديث المذكورة.

(3) كالمفلس، و المحجور عليه.

(4) بالنصب عطفًا على قوله: فيشمل بيع الراهن اى ما افاده الشهيد في الفضولي يشمل بيع العبد مال نفسه بدون اذن سيده.

(5) اى عقد الفضولي.

(6) أو بشاهد الحال.

(7) تعليل لشمول عقد الفضولي للعقد الذي تحقق فيه رضا المالك للتصرف باطنا.

ص: 155

و يؤيده (1) اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكا، أو مأذونا أو وليا، وفرعوا (2) عليه بيع الفضولي.

و يؤيده (3) أيضا استدلالهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي مع ان الظاهر علمه (4) برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما يفعله.

وإن (5) كان الذي يقوى في النفس لو لا خروجه عن ظاهر الأصحاب عدم توقفه على الاجازة اللاحقة.

+++++

(1) اى و يؤيد شمول عقد الفضولي للعقد الذي تحقق فيه رضا المالك للتصرف باطنا، و طيب النفس بالعقد من دون حصول اذن من المالك صريحا، أو فحوى: اشتراط الفقهاء.

(2) اى و قرع الفقهاء على هذا الاشتراط بيع الفضولي.

و التفریع دليل على شمول عقد الفضولي لما اذا تحقق رضا المالك.

و أما وجه التأييد فهو أن مقتضى اطلاق التفریع المذكور على الشرط المزبور اندراج كل عقد انتفى فيه الشرط المذكور تحت بيع الفضولي سواء أ كان مقرونا بالرضا الباطني للمالك أم لا

(3) اى و يؤيد شمول عقد الفضولي للعقد الذي تحقق فيه رضا المالك للتصرف باطنا، و طيب نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحا أو فحوى: استدلال الفقهاء على صحة عقد الفضولي بحديث عروة البارقي الآتي شرحه.

(4) اى مع علم عروة البارقي بأن الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم راض بما يفعله: من شراء شاتين، و بيع احدهما، و اتيان الآخر للرسول صلى الله عليه وآله وسلم.

(5) من هنا يروم الشيخ إبداء نظره حول العقد الذي تحقق فيه

بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به (1) العاقد أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف اصلا فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضي به ويرتب الآثار عليه (1) لعموم (2) وجوب الوفاء بالعقود

وقوله (3) تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض

+++++

رضا المالك باطنا، وطيب نفسه بالعقد وإن لم يحصل فيه اذن صريحا أو فحوى، أو بشاهد حال:

فأفاد أن مجرد رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد أم لا انكشف له بعد العقد، أم لم ينكشف له اصلا: كاف في صحة العقد من دون احتياجه الى الاجازة اللاحقة لو لا خروج هذا الفرد عن ظاهر الأصحاب، فإن الأعلام من فقهاء الامامية ذهبوا الى احتياج هذا الفرد أيضا الى الاجازة.

(1) اي ويرتب المالك على رضاه الآثار التي هي النقل والانتقال.

(2) من هنا اخذ الشيخ في الاستدلال على مدعاه: وهي كفاية مجرد تحقق رضا المالك للتصرف باطنا، وطيب نفسه بالعقد ولو لم يحصل منه اذن صريحا، أو فحوى في العقد الصادر فضولا بآية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَأَيَّةُ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ اولى دليل على مدعاه.

كيفية الاستدلال: أن جميع الشرائط المعبرة في العقد: من المتعاقدين والعوضين موجودة في مثل هذا العقد، سوى الاجازة الصريحة، أو فحوى من المالك.

والمفروض وجود الرضا القلبي، وطيب النفس فيه فيكون فردا من أفراد العقود الصحيحة الممضاة شرعا فتشمله الآية الكريمة

(3) هذه ثانية الأدلة القائمة من الشيخ على مدعاه: بتقريب أن العقد

و لا يحل (1) مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.

و ما دل (2) على علم المولى بنكاح العبد و سكوته اقرار منه

+++++

الصادر بالكيفية المخصوصة فرد من أفراد التجارة عن تراض فتشمله الآية الكريمة.

(1) هذه ثلاثة الأدلة القائمة من الشيخ على مدعاه ببيان أن العقد الصادر بالكيفية المخصوصة موجود فيه طيب النفس فيحل للمسلم أن يتصرف في مال أخيه المسلم فيشملة الحديث الشريف.

و قد اشرنا الى مصدر الحديث في الجزء 6 من المكاسب من طبعتنا الحديثة. ص 146-180 فراجع

(2) هذه رابعة الأدلة التي اقامها الشيخ على مدعاه

خلاصتها: أن المولى لو علم أن عبده تزوج من دون اذن منه فسكت و لم يتكلم بشيء: من منعه، أو ردعه، أو فسخ عقده فسكوته اقرار منه بامضاء عقده من دون احتياج العقد الى اجازة لا حقة حتى ينفذ العقد

راجع حول الأحاديث الواردة في أن علم المولى بنكاح العبد، و سكوته عنه اقرار منه: المصدر نفسه. ص 525. الباب 26. الأحاديث.

أليك نص الحديث الاول

عن معاوية بن الحكم قال: جاء رجل الى (ابي عبد الله) عليه السلام فقال: إني كنت مملوكا لقوم، و إني تزوجت امرأة حرة بغير اذن مواليّ ثم اعتقوني بعد ذلك فاجدد نكاحي اياها حين اعتقت؟

فقال له: أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة و انت مملوك لهم؟

فقال: نعم و سكتوا عني و لم يغيروا عليّ

قال: فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم، اثبت على نكاحك الاول.

ص: 158

و رواية (1) عروة البارقي الآنية، حيث أقبض المبيع وقبض الدينار، لعلمه برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ولو كان فضوليا موقوفا على الاجازة لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض والإقباض

و تقرير النبي صلى الله عليه وآله وسلم له على ما فعل دليل على جوازه

هذا مع أن كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض (2) عن الفضولي، وعدم وقوفه على الاجازة مثل قولهم في الاستدلال على الصحة: ان الشرائط كلها حاصلة (3) الا رضا المالك

وقولهم: إن الاجازة لا يكفي فيها السكوت، لأنه أعم من الرضا (4) ونحو ذلك

+++++

(1) هذه خامسة الأدلة التي اقامها الشيخ على مدعاه

و خلاصتها أن عروة البارقي كان عالما برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما يفعله، ولذا بعد أن اشترى بالدينار الذي اعطاه الرسول صلى الله عليه وآله وسلم شاتين باع احدهما وأقبضها للمشتري وقبض منه دينارا ثم رد الدينار والشاة الاخرى الى الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم، اذ لو كان الرضا القلبي السابق من الرسول الاعظم صلى الله عليه وآله وسلم الذي علمه عروة البارقي غير كاف في نفوذ العقد وصحته وأنه متوقف على الاجازة كيف أقبض عروة الشاة الى المشتري، وتسلم منه الدينار؟

(2) وهو العقد الحاصل فيه الرضا القلبي، وطيب النفس من المالك لكنه لم يحصل منه اذن صريح، أو فحوى

(3) فهذا الاستثناء دليل على أن مجرد الرضا القلبي من المالك اذا كان موجودا كاف في صحة العقد وإن كان فضوليا

(4) فمفهومه أنه لو كان الرضا موجودا لكفى عن الاجازة

ثم لو سلم كونه (1) فضوليا لكن ليس كل فضولي يتوقف لزومه على الاجازة، لأنه لا دليل على توفقه مطلقا على الاجازة اللاحقة كما هو (2) احد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثم ملكه (3)، مع أنه يمكن الاكتفاء في الاجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور أنا ما، اذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك (4) مع الالتفات.

ثم إنه لو أشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحا، أو يباع مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار (5)، وعدم منافاته (6)، لعدم استقلال العبد في التصرف.

صور بيع الفضولي

إشارة

ثم اعلم أن الفضولي قد يبيع للمالك وقد يبيع لنفسه

+++++

(1) أي العقد الحاصل فيه الرضا القلبي، وطيب النفس من المالك

(2) أي عدم توقف الفضولي على الاجازة مطلقا

(3) إما بالهبة، أو الارث، فإنه بعد التملك لا يحتاج المبيع الى الاجازة

(4) أي عن الاجازة أنا ما

(5) حيث عرفت في الهامش 3 ص 139 أن المنع عن نفوذ نكاح العبد بدون اذن سيده هو معصية سيده، لا خالقه و هنا لم تتحقق المعصية، لعلم العبد برضا سيده بنكاحه

(6) أي وعدم منافاة عدم الاذن من المولى لعدم تحقق المعصية، لعدم استقلال العبد في التصرف، لأنه عالم برضا مولاه، فهذا العلم يخرج العبد عن الاستقلالية في التصرف، فلا يصدق الاستقلال في حقه، والذي يكون مضرا هو إقدامه على العقد من دون أي مدخلة لمولاه في تصرفه

ص: 160

و على الاول (1) فقد لا يسبقه منع من المالك

وقد يسبقه المنع

فهنا مسائل ثلاث (2):

المسألة الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك

إشارة

(الاولى): أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك وهذا هو المتيقن من عقد الفضولي،

و المشهور: الصحة

إشارة

و المشهور الصحة (3)، بل في التذكرة نسبها الى علمائنا تارة صريحا

و اخرى ظاهرا بقوله: عندنا، إلا أنه ذكر عقيب ذلك أن لنا فيه قولاً بالبطلان

وفي غاية المراد حكى الصحة عن العماني (4)، و المفيد و المرتضى و الشيخ في النهاية، و سلاار و الحلبي، و القاضي و ابن حمزة (5)

و حكيت (6) عن الاسكافي

و استقر عليها رأي من تاخر عدا فخر الدين، و بعض متأخري المتأخرين كالاردبيلي، و السيد الداماد (7)،

+++++

(1) و هو بيع الفضولي للمالك

(2) و هي كما يلي:

البيع للمالك مع سبق منع من المالك في البيع

و البيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، و البيع لنفسه

(3) اى صحة مثل هذا العقد الفضولي الذي باع للمالك من دون سبق منع من المالك الى الفضولي

(4) يأتي شرح حياته في (أعلام المكاسب)

(5) يأتي شرح حياة هؤلاء الأعلام في (أعلام المكاسب)

(6) هذا كلام شيخنا الأنصاري، أي حكيت صحة مثل هذا الفضولي عن الإسكافي، يأتي شرح حياته في (أعلام المكاسب) و مرجع الضمير في عليها الصحة

(7) يأتي شرح حياة هذا العملاق في (أعلام المكاسب)

ص: 161

وبعض متأخري المتأخرين (1)، لعموم أدلة البيع والعقود، لأن خلوه (2) عن اذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه (3)

واشترط ترتب الاثر بالرضا، وتوقفه عليه (4) أيضا لا مجال لإنكاره فلم يبق الكلام إلا في اشتراط سبق الاذن

وحيث لا دليل عليه (5) فمقتضى الاطلاقات عدمه

و مرجع ذلك كله (6) الى عموم حلّ البيع، ووجوب الوفاء بالعقد

+++++

(1) وهو (صاحب الحدائق) قدس سره

(2) اي خلو عقد الفضولي

(3) اي عن عقد الفضولي

(4) اي وتوقف الاثر وهو النقل والانتقال الذي هو معنى الاسم المصدري على اذن المالك

(5) اي على اشتراط سبق الاذن

من هنا اخذ الشيخ في الاستدلال على عدم اشتراط سبق الاذن في العقد و خلاصته: أن آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ، وَتِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مَاطَلَقَةً لا تقييد فيها في اشتراط سبق الاذن في العقود والمعاملات فبمقتضى هذا الإطلاق نحكم بعدم اشتراط السابق

و كذا الأحاديث الآتية قريبا كلها مطلقة وعامة لا تقييد فيها على اشتراط السابق

(6) اي مآل خلو عقد الفضولي عن اشتراط سبق الاذن فيه حالة صدوره: الى العمومات و الاطلاقات المذكورة: وهي الآيات و الأحاديث

هذا بالإضافة الى أن خلو عقد الفضولي عن اذن المالك حالة صدوره لا يوجب سلب اسم العقد عن الفضولي كما عرفت

ص: 162

خرج منه (1) العاري عن الاذن و الاجازة معا،

و لم يعلم خروج ما فقد الاذن، و لحقه الاجازة (2)

و الى ما ذكرنا (3) يرجع استدلالهم: بأنه عقد صدر من اهله وقع في محله فما (4) ذكره في غاية المراد: من أنه من باب المصادرات لم اتحقق وجهه لأن (5) كون العاقد اهلا للعقد: من حيث إنه بالغ عاقل لا كلام فيه

و كذا كون المبيع قابلا للبيع فليس محل الكلام الا خلو العقد عن مقارنة اذن المالك و هو مدفوع بالأصل (6)

و لعل مراد الشهيد (7) أن الكلام في أهلية العاقد

و يكتفى في اثباتها (8) بالعموم المتقدم

+++++

(1) اي من هذا العموم و الاطلاق المتقدم و هو الآيات و الاحاديث الآتية العقد العاري عن الاذن و الاجازة معا، فإن الاطلاق و العموم المتقدم لا يشمل مثل هذا العقد فيحكم ببطلانه

(2) كما في عقد الفضولي الصادر بلا اذن، لكن لحقه الاجازة بعد الصدور

(3) و هو أن خلو عقد الفضولي عن سبق الاذن لا يوجب سلب اسم العقد و البيع عنه

(4) تقرير على ما ذكره: من أن خلو عقد الفضولي عن سبق الاذن لا يوجب سلب اسم العقد و البيع عنه

و خلاصته: أن صاحب غاية المراد افاد أن استدلال الفقهاء على أن عقد الفضولي عقد صدر من اهله وقع في محله من باب المصادرة، فهو أول الكلام لا نؤمن به يحتاج الى دليل فالشيخ افاد أني لم افهم علة ما ذكره

(5) تعليل من الشيخ لعدم فهمه علة ما ذكره صاحب غاية المراد

(6) و هو أصالة الإطلاق في العقود، و عدم تقييدها بالرضا المقارن

(7) اي مراده: من أن عقد الفضولي عقد صدر من اهله وقع في محله من باب المصادرات

(8) هذا كلام شيخنا الانصاري يروم الرد على الشهيد لو كان مراده

إشارة

وقد اشتهر الاستدلال عليه (1) بقضية عروة البارقي، حيث دفع إليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ديناراً، وقال له: اشتر لنا به شاة للأضحية فاشترى به شاتين ثم باع أحدهما في الطريق بدينار فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالشاة والدينار. فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: بارك الله لك في صفقة يمينك (2)، فإن بيعه وقع فضولاً، وإن وجهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي

المناقشة في الاستدلال بقضية عروة البارقي

هذا، ولكن لا يخفى أن الاستدلال (3) بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي

+++++

التأمل في أهلية العاقد الفضولي

و خلاصته: أنه يكفي في إثبات أهلية العاقد الفضولي عموم كلام الشهيد المتقدم في ص 153 عند ما نقله عنه: والمراد من الفضولي هو الكامل غير المالك

وليس مراد الشهيد من عدم الأهلية عدم كون العاقد بالغاً عاقلاً حراً مختاراً، فإن أهلية العاقد الفضولي من هذه الجهات بديهية، ومفروغ عنها

(1) أي على بيع العاقد الفضولي للمالك

من هنا اخذ الشيخ في الاستدلال على صحة عقد الفضولي للمالك بالأحاديث الواردة

فقضية عروة البارقي أول حديث يستدل به الشيخ على ذلك

(2) راجع (مستدرک وسائل الشیعة) المجلد 2. ص 462 الباب 18. الحديث 1

وليس في المصدر كلمة (للأضحية)

وفي المصدر اختلاف مع ما ذكر هنا فراجع

(3) أي بحديث عروة البارقي على صحة عقد الفضولي الذي باع

توضيح ذلك: (1) أن الظاهر علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما يفعل وقد أقبض المبيع (2) وقبض الثمن

ولا-ريب أن الإقباض و القبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير فلا-بد إما من التزام أن عروة فعل الحرام في القبض و الإقباض، وهو (3) مناف لتقرير النبي صلى الله عليه وآله وسلم

وإما من القول بأن البيع الذي يعلم تعقبه للاجازه يجوز التصرف فيه قبل الاجازة، بناء على كون الاجازة كاشفة

و سيجيء ضعفه (4)

فيدور الامر بين ثالث (5): وهو جعل هذا الفرد من البيع: وهو المقرون برضا المالك خارجاً عن الفضولي كما قلناه

+++++

للمالك ولم يسبق منه منع عن البيع

(1) اى توضيح أن الاستدلال بحديث عروة البارقي على صحة عقد الفضولي الذي باع للمالك ولم يسبق منه منع عن البيع متوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي

(2) اى عروة البارقي اعطى احدى الشاتين الى المشتري، و قبض منه الثمن

(3) اى الالتزام بأن عروة فعل الحرام في القبض و الإقباض

(4) اى ضعف هذا القول و إن جاز القبض و الإقباض

(5) اى بين قول ثالث، وقد ذكره الشيخ في المتن

و القول الاول هو الالتزام بأن عروة قد فعل الحرام بالقبض و الإقباض ببيعه الشاة و اخذه الدينار

و القول الثاني هو القول بكون البيع الذي يعلم تعقبه للاجازه جائز التصرف قبل الاجازة

ص: 165

ورابع: (1) وهو علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بإقباض (2) ماله للمشتري حتى يستأذن (3)، و علم المشتري (4) بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الامانة، وإلا (5) فالفضولي ليس مالكا، ولا وكيلًا فلا يستحق قبض المال

+++++

(1) اى فيدور الامر بين قول رابع، وقد ذكره الشيخ في المتن فالأقوال المحتملة في حديث عروة أربعة

(الاول): الالتزام بأن عروة فعل الحرام بالقبض والإقباض ببيعه الشاة، واخذه الدينار

(الثاني): أن البيع الذي يعلم تعقبه للاجازة جائز التصرف قبل الاجازة

(الثالث): خروج العقد المقرون برضا المالك عن بيع الفضولي

(الرابع): علم عروة برضا الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن منه، و علم المشتري بكون المبيع فضوليا فيكون الثمن عند البائع امانة

(2) اى بإقباض عروة الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم الى المشتري

(3) اى حتى يستأذن عروة بعد البيع من الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم للمشتري، ليتصرف في المبيع

(4) وهو الذي اشترى الشاة من عروة البارقي

(5) اى وإن لم يكن دفع المشتري الثمن للبائع بعنوان الامانة عنده فلا- وجه لقبض البائع الثمن، لأنه ليس مالكا، ولا وكيلًا في القبض حتى يوجد له مبرر للقبض

ص: 166

فلو كان المشتري عالما (1) فله أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال، بخلاف ما لو كان (2) جاهلا

ولكن الظاهر هو أوّل الوجهين (3) كما لا يخفى، خصوصا بملاحظة

+++++

(1) اى عالما بأن عروة قد باعه فضولا

(2) اى لو كان المشتري جاهلا، بأن البائع فضوليا، فإنه في هذه الصورة لا يكون دفع الثمن من المشتري الى البائع على وجه الامانة

فالحاصل أن المشتري إما أن يكون عالما بكون البائع فضوليا

أو يكون جاهلا

فعلى الاول دفع الثمن من المشتري الى البائع بكون بعنوان، الامانة حتى يستبين الامر

وعلى الثاني لا يكون دفع المال الى البائع بعنوان الامانة

وتظهر الثمرة بين الصورتين: أن الثمن على الاولى يكون في يد البائع امانة مالكية فاذا تلف بغير تعد و تقريط لا يكون البائع ضامنا

وعلى الصورة الثانية يكون البائع ضامنا

(3) المراد من الوجهين: هما الاحتمال الثالث، والرابع المشار إليهما في الهامش 1 و ص 166

و المراد من أوّل الوجهين هو الاحتمال الثالث الذي كان العقد المقرون برضا المالك خارجا عن الفضولي

فلازم هذا الاحتمال خروج قضية عروة البارقي عن بيع الفضولي فلا يصح الاستدلال بها على صحة عقد الفضولي

و أما وجه الظهور في هذا الوجه فلأن وجه الاخير و هو الاحتمال الرابع يتضمن علم المشتري بكون البائع فضوليا، و علمه بعدم استحقاقه

ص: 167

أن الظاهر (1) وقوع تلك المعاملة على جهة المعاظة

وقد تقدم (2) أن المناط فيها (3) مجرد المراضاة، ووصول كل من العوضين الى صاحب الآخر، و حصوله (4) عنده بإقباض المالك، أو غيره

و لو كان (5) صبييا، أو حيوانا فاذا حصل التقابض بين الفضوليين أو فضولي وغيره مقرونا برضا المالكين، ثم وصل كل من العوضين الى صاحب الآخر، و علم برضا صاحبه كفى في صحة التصرف، و ليس هذا (6)

+++++

قبض الثمن، و علمه بأنه في صورة كون البيع فضوليا أن يستأمن الثمن عنده

و من الواضح أن إحاطة المشتري بجميع ما ذكر بعيد جدا

و الوجه الاول و الثاني قد علمت بطلانهما

(1) وجه الظهور في وقوع تلك المعاملة على نحو المعاظة لعل ادعاه غلبة وقوع أمثال هذه المعاملة على وجه المعاظة فهذه تلحق بتلك

(2) اي في الجزء السادس من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة.

ص 242 في قوله: فالمعيار في المعاظة وصول العوضين، أو احدهما مع الرضا في التصرف، و في ص 350-351

(3) اي في المعاظة

(4) اي حصول كل من العوضين عند صاحب الآخر

(5) اي الغير الذي يقبض العوض الى صاحبه الآخر كان صبييا أو كان حيوانا: بأن حملت عليه سلعة الى دار فلان

أو كما قيل: إنه في بعض البلدان يربون بعض الحيوانات و يجلسونهم مكانهم في بعض الأحيان للبيع و الشراء

(6) و هو اذا كان الغير حيوانا؛ أو صبييا

ص: 168

من معاملة الفضولي، لأن الفضولي صار آلة في الايصال، و العبرة برضا المالك المقرون به

الاستدلال للصحة بصحيفة محمد بن قيس

إشارة

و استدل له (1) أيضا تبعا للشهيد في الدروس بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر

فقال: وليدتي باعها ابني بغير اذني

فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها

فناشده (2) الذي اشتراها

فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ (3) البيع لك

فلما رآه أبوه قال له: ارسل ابني قال: لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني

فلما (4) رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه (5) الحديث

+++++

(1) اى لعقد الفضولي وهي المسألة الاولى التي باع الفضولي للمالك، ولم يسبق منع من المالك

هذه ثانية الأحاديث التي استدل بها الشيخ على صحة عقد الفضولي

(2) اى ناشد المشتري الامام عليه السلام

و كلمة ناشد من باب المفاعلة معناها الحلف اى حلف المشتري الامام

(3) من باب التفعيل

(4) هذه الجملة: فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز البيع قول الامام ابي جعفر عليه السلام، لا قول الامام امير المؤمنين عليه الصلاة والسلام

(5) اى الى آخر الحديث

ليس للحديث صلة حتى يقال: الى آخر الحديث.

راجع (وسائل الشيعة) الجزء 14. ص 591. الباب 88. الحديث 1

ص: 169

قال في الدروس: وفيها (1) دلالة على صحة الفضولي، وأن الاجازة كاشفة (2)

المناقشة في الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس

ولا يرد عليها (3) شيء مما يوهن الاستدلال بها، فضلا عن أن يسقطها (4)

و جميع ما ذكر فيها (5) من الموهنات (6) موهونة، إلا ظهور الرواية

+++++

(1) اي وفي هذه الصحيفة وهي صحيفة محمد بن قيس

أما دلالة الصحيفة على صحة بيع الفضولي فواضحة، حيث إن المشتري لما اخذ ابن سيد الوليدة وهو بايع الوليدة بدون اذن أبيها مكان الوليدة و ابنها اضطر صاحب الوليدة وهو مولاها الاول الى اجازة البيع حتى يسترد ولده فاجاز البيع ونفذه واسترد ولده.

فالاجازة دلت على صحة بيع الفضولي في هذه الصحيفة

(2) اي الاجازة كاشفة كاشفا حقيقيا من أن الوليدة كانت ملكا للمشتري من بداية وقوع البيع عليها، حتى يقع الوطي في ملكه، لانا قاله من حين وقوع البيع

و إنما نقول بكونها كاشفة، لتصحيح طيب الولادة في ابن الوليدة، فإنه لو لم نقل بذلك وقلنا بالنقل للزم أن الولد قد تكوّن من الوليدة حراما حينما ضاجعها واستولدها المشتري، ولذا حكم الامام عليه السلام ببنوة الولد في قوله لمولى الوليدة وهو صاحبها الاصلية: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها

(3) اي على صحيفة محمد بن قيس شيء مما يوهن الاستدلال بها

(4) اي يسقط ذلك الوهن بصحيفة محمد بن قيس عن الاعتبار وعن الاستدلال بها

(5) اي في صحيفة محمد بن قيس

(6) أليك خلاصة تلك الموهنات وهي ستة كما افادها السيد الطباطبائي

اليزدي قدس سره في تعليقه على المكاسب ص 135

(الاول): حكم الامام عليه السلام لمولى الوليدة باخذه الوليدة و ابنها بمجرد دعوى المولى أن المشتري قد اشتراها بغير اذني، من دون أن يسمع من المشتري دعواه، مع أنه لا بدّ في الدعاوى الواقعة بين المتخاصمين من سماع دعواهما أولاً ثم الحكم لاحدهما

و الجواب أنه من الممكن أن المشتري قد ادعى وقوع العقد باذن سيده أو رضاه فعليه لم يحكم الامام قبل سماع دعوى المشتري

(الثاني): حكم الامام عليه السلام لمولى الوليدة باخذه الوليدة و ابنها، من دون أن يسأل عن المولى أنه يجيز البيع، أولاً؟

و الجواب أن الامام عليه السلام في مقام بيان الحكم و اعطائه من حيث هو، مع قطع النظر عن كون المولى يجيز البيع، أو لا فهو ناظر الى هذه الجهة ليس إلا

(الثالث): حكم الامام عليه السلام باخذ مولى الوليدة ابنها المتولد من المشتري، مع أن الولد حر تابع للمشتري، لا للام حتى يكون رقا و يكون لمولاها حق اخذ الولد، اذ الولد تكوّن حالاً، إما بواسطة الاجازة الكاشفة كشفاً حقيقياً، أو بواسطة الوطي بالشبهة

و على كل حال كيف يحكم الامام عليه السلام باخذ الابن

و الجواب أنه إنما اخذ المولى الولد ليأخذ قيمته، لا أنه اخذه لبيعه أو ليستخدمه حتى يكون رقا ثم يقال: كيف يجوز ذلك و قد ولد حراً؟

(الرابع): حكم الامام عليه السلام للمشتري باخذه ابن المولى الذي باع الوليد فضولاً، مع أنه لا يجوز ذلك، اذ غاية ما يمكن الفرض في حق

الولد أنه غاصب، و الغاصب ليس حكمه اخذه مكان ابن الوليدة

و الجواب أن الحكم بذلك لأجل تمكن المشتري على تحصيل الثمن الذي دفعه عن الوليدة

(الخامس): تعليم الامام عليه السلام للمشتري كيفية الحيلة و الاحتيال في اخذ ولد المولى الذي باع الوليدة للمشتري حتى يضطر المولى باجازه البيع و إمضائه، ليسترد ابنه من المشتري

مع أنه لا يجوز للحاكم تعليم الاحتيال للمتخاصمين، أو لأحدهما

و الجواب أنه يحتمل أن يكون هناك مصلحة اقتضت ذلك، و نحن نجهلها.

بالإضافة الى أنه يمكن أن يكون تعليم الامام عليه السلام له ذلك لاجل أن للمشتري حق مطالبة الثمن الذي دفعه الى البائع، لا لاجل الحيلة و الاحتيال

(السادس): أن الاجازة الصادرة من مولى الوليدة كانت بعد رد البيع، حيث اخذ المولى الوليدة و ابنها حسب امر الامام عليه السلام، مع أن شرط مضي الاجازة أن لا تكون مسبقة بالرد، فالرد يكون مانعا عن الاجازة و هنا مسبقة بالرد

و الجواب أن الرد إنما يكون مانعا عن الاجازة لو كان صريحا في ذلك

و أما فيما نحن فيه فليس فيه رد سوى إظهار الكراهة

و الشيخ اختار من الموهنات هذا الأخير، و افاد أن جميع ما ذكر في الرواية من الموهنات موهونة إلا ظهور الرواية في تأثير الاجازة المسبقة بالرد

في تأثير الاجازة المسبوقه بالرد من جهة (1) ظهور المخاصمة في ذلك

و اطلاق (2) حكم الامام عليه السلام بتعيين اخذ الجارية و ابنها من المالك بناء (3) على أنه لو لم يرد (4) البيع وجب تقييد الاخذ بصورة الاختيار الرد، و مناشده (5) المشتري للامام عليه السلام و إلحاحه إليه في علاج فكاك ولده

وقوله (6): حتى ترسل ابني الظاهر في أنه حبس الولد و لو على قيمته يوم الولادة

+++++

(1) هذا هو الدليل الاول لظهور الصحيحة في الرد

و خلاصته: أن نفس مخاصمة كل واحد من مولى الجارية و مشتريها على الوليدة و ابنها في أن كل واحد منهما يدعي أن الوليدة قد بيعت بغير اذني؛ و المشتري يدعي أنها بيعت باذن من مولاهما تدل على رد البيع

(2) هذا هو الدليل الثاني لظهور الصحيحة في الرد

و خلاصته أن اطلاق حكم الامام عليه السلام بتعيين اخذ الجارية، و عدم تقييده الاخذ بصورة اختيار الرد دليل على رد البيع

(3) تعليل للاطلاق المذكور و قد عرفته آنفا

(4) اي مولى الجارية

(5) هذا هو الدليل الثالث لظهور الصحيحة في الرد

و خلاصته أن مناشدة المشتري للامام بعد حكمه عليه السلام باخذ المولى الوليدة و ابنها، و إلحاح المشتري في علاج فكاك ولده دليل على رد البيع

(6) هذا هو الدليل الرابع لظهور الصحيحة في الرد

و خلاصته أن قول المشتري لمولى الجارية: لا ارسل ابنك حتى ترسل

ص: 173

و حمل (1) امساكه الوليدة على حبسها لاجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافيه (2) قوله عليه السلام: فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع الوليدة

و الحاصل (3) أن ظهور الرواية في رد البيع أولا- مما لا ينكره المنصف إلا أن الإنصاف أن ظهور الرواية في أن اصل الاجازة مجدية في الفضولي مع قطع النظر عن الاجازة الشخصية في مورد الرواية (4) غير قابل

+++++

ولدي ظاهر في أن مولى الجارية قد حبس ولد المشتري ليأخذ منه قيمة الولد، يوم الولادة و هذا دليل على رد البيع.

هذه هي الأدلة القائمة من الشيخ على ظهور الصحيحة في الرد

(1) دفع وهم

حاصل الوهم أن إمساك المولى الجارية و حبسها عنده يحتمل على تمكنه من الحصول على ثمنها

كما أن حبس الولد كان لاجل الحصول على قيمة الولد يوم الولادة

و ليس الحبس و الامساك لأجل رد البيع

(2) هذا جواب عن الوهم المذكور

و خلاصته أن الحمل المذكور مناف لقول الامام ابي جعفر عليه السلام:

فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز البيع، فإن كلمة اجاز في قوله عليه السلام دليل على رد البيع، لا أن الحبس كان لأجل حصول ثمن الجارية

(3) اى خلاصة ما ذكرناه حول الصحيحة: من دلالة الأدلة الأربعة على ظهور الصحيحة في رد البيع: أن الصحيحة ظاهرة في الرد، و هذه الظاهرة مما لا ينكر

(4) و هي الصحيحة اى مع غض النظر عن أن الصحيحة قد وردت

ص: 174

لأنكار فلا بد من تأويل ذلك الظاهر (1)، لقيام (2) القرينة وهي الاجماع على اشتراط الاجازة بعدم سبق الرد

و الحاصل أن مناط الاستدلال (3) لو كان نفس القضية الشخصية (4) من جهة اشتمالها على تصحيح بيع الفضولي بالاجازة، بناء على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعا في الحكم الشرعي: كان ظهورها (5) في كون الاجازة الشخصية في تلك القضية مسبقة بالرد مانعا عن الاستدلال بها (6)، موجبا (7) للاقتصار على موردها، لوجه (8) علمه الامام عليه السلام: مثل كون مالك الوليدة كاذبا في دعوى عدم الاذن للولد

+++++

في الاجازة الشخصية وهي اجازة مولى الجارية بيع الجارية حتى يرسل المشتري ابنه الذي حبسه

فالاجازة بنفسها وبما هي هي مجدية مع قطع النظر عن القضية الشخصية

(1) وهو ظهور الصحيحة في رد البيع

(2) هذا تعليل لقوله: فلا بد من تأويل تلك الظاهرة

(3) اي الاستدلال بالصحيحة على صحة عقد الفضولي

(4) وهي اجازة مولى الجارية بيع الجارية ليتمكن من اخذ ولده من المشتري

(5) اي ظهور الصحيحة المذكورة

(6) على صحة عقد الفضولي

(7) اي مناط الاستدلال بالصحيحة لو كانت نفس القضية الشخصية لوجب الاقتصار على موردها: وهو أن الاجازة الصادرة في بيع

الجارية بغير اذن مولاه تكون نافذة في خصوص هذا المورد فقط، ولا يتعدى منه الى مكان آخر

(8) تعليل للزوم الاقتصار في الصحيحة على موردها كما عرفت

ص: 175

فاحتال عليه السلام حيلة يصل بها (1) الحق الى صاحبه

توجيه الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس

و أما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الامير عليه السلام في قوله: خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع، وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية: فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه في أن للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه و ينفذه لم يقدح في ذلك ظهور الاجازة الشخصية في وقوعها بعد الرد فيقول ما يظهر منه الرد يارادة عدم الجزم بالإجازة و الرد

أو كون حبس الوليدة على الثمن، أو نحو ذلك

و كأنه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم يستدل بها في مسألة الفضولي، أو يكون الوجه في الاغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة فإنها لا تزيد على الإشعار، ولذا لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي بل ذكرها في موضع آخر

لكن الفقيه في غنى عنه (2) بعد العمومات المتقدمة

الاستدلال لصحة بيع الفضولي بفحوى صحة نكاحه

اشارة

و ربما يستدل أيضا (3) بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحر و العبد الثابتة (4) بالنص و الاجماع المحكية، فإن تملك بضع

+++++

اي الاقتصار على المذكور لاجل علة يعلمها الامام عليه السلام

وقد ذكر العلة الشيخ في المتن فلا نعيدها

(1) اي بسبب هذه الحيلة و هي اخذ المولى الوليدة و ابنها ليأخذ المشتري ابن المولى حتى ينفذ البيع

(2) اي الفقيه يكون غنيا عن الاستدلال بهذه الصحيفة على صحة عقد الفضولي

(3) اي على صحة عقد الفضولي

هذه الثالثة الأحاديث التي استدل بها الشيخ على مدعاه: و هي صحة عقد الفضولي للمالك من دون سبق نهي من المالك

(4) أي صحة عقد الحر و العبد الواقع فضوليا، ثم اجيز العقد

الغير اذا لزم بالاجازة كان تمليك ماله أولى بذلك (1)

مضافا الى ما علم من شدة الاهتمام في عقد النكاح، لأنه يكون منه الولد (2) كما في بعض الأخبار (3)

المناقشة في الاستدلال المذكور

وقد اشار الى هذه الفحوى (4) في غاية المراد

واستدل بها (5) في الرياض، بل قال: إنه لولاها أشكل الحكم (6) من جهة الاجماع المحكية على المنع (7)

وهو (8) حسن، إلا أنها (9)

+++++

وقد ذكرنا تلك النصوص الواردة في صحة نكاح العبد فضولا في الهامش 4. ص 139 فراجع

وأما النصوص الواردة في نكاح الحر فضولا فراجع المصدر نفسه ص 220. الباب 13. الأحاديث

(1) اي بالاجازة

(2) وقد عرفت ثبوت الاجازة في النكاح الفضولي وكفايتها، حفظا لطيب الولادة

فاذا قيل بكفاية الاجازة في النكاح فالقول بكفايتها في البيع وغيره أولى منه

(3) تأتي الاشارة الى هذا البعض من الأخبار قريبا

(4) اي الى هذه الأولوية

(5) اي بالفحوى التي هي الأولوية

(6) وهو صحة عقد الفضولي

(7) اي منع صحة عقد الفضولي

(8) اي الإشكال المذكور حسن

(9) اي الفحوى المذكورة

ربما توهم بالنص (1.) الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل

+++++

(1.) وهي صحيحة العلاء بن سيابة الواردة في الوكالة

راجع (وسائل الشريعة) الجزء 13 ص 286. الباب 2 الحديث 2

و الحديث طويل نذكره بطوله، لما فيه من فوائد جملة لا تخفى على القارئ النبيل، أليك نصه

عن العلاء بن سيابة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكّلت رجلا بأن يزوّجها من رجل فقبل الوكالة فاشهدت له بذلك

فذهب الوكيل فزوّجها، ثم إنها انكرت ذلك الوكيل، وزعمت أنها عزلته عن الوكالة، فقامت شاهدين على أنها عزلته

فقال: ما يقول من قبلكم (1) في ذلك؟

قال: قلت: يقولون: ينظر في ذلك، فإن كانت عزلته قبل أن يزوج فالوكالة باطلة، و التزويج باطل

و إن عزلته و قد زوّجها فالتزويج ثابت على ما زوّج الوكيل، و على ما انفق معها من الوكالة اذا لم يتعدّ شيئا مما امرت به، و اشترطت عليه

في الوكالة

قال: ثم قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها و لم تعلمه بالعزل؟

قلت: نعم يزعمون أنها لو وكّلت رجلا و اشهدت في الملاء و قالت في الخلاء: اشهدوا أنني قد عزلته و ابطلت وكالته بلا أن تعلم في العزل

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 اذا وقع منه ولد

ص: 178

.....

+++++

فقال عليه السلام: سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده؟

إن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد

إن عليا عليه السلام اتته امرأة تستعديه على أخيها.

فقالت: يا أمير المؤمنين إني وكّلت أخي هذا بأن يزوجني رجلا وأشهدت له ثم عزلته من ساعته تلك، فذهب فزوجني، ولي بينة أني قد عزلته قبل أن يزوجني، فاقامت البينة.

فقال الاخ: يا امير المؤمنين إنها وكلتني ولم تعلمني أنها عزلتني عن الوكالة حتى زوجتها كما أمرتني

فقال لها: ما تقولين؟

قالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين

فقال لها: ألك بينة بذلك؟

فقالت: هؤلاء شهودي يشهدون بأنني قد عزلته

فقال أمير المؤمنين عليه السلام: كيف تشهدون؟

قالوا: نشهد أنها قالت: اشهدوا أني قد عزلت أخي فلانا عن الوكالة بتزويجي فلانا، وإني مالكة لا مري قبل أن يزوجني

فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر؟

فقالوا: لا

فقال: تشهدون أنها اعلمته بالعزل كما اعلمته بالوكالة؟

قالوا: لا

قال: ارى الوكالة ثابتة، و النكاح واقعا

أين الزوج؟ فجاء

المعزول مع جهله بالعزل، وبين بيعه (1) بالصحة (2) في الثاني لأن المال له عوض، و البطلان (3) في الاول، لأن البضع ليس له عوض
حيث قال الامام عليه السلام في مقام ردهم و اشتباههم في وجه الفرق (4): سبحان الله ما اجور هذا الحكم (5) و أفسده، فإن (6)،
النكاح أولى و أجدر أن يحتاط فيه، لأنه الفرج، و منه يكون الولد الخبر (7)

+++++

فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها

فقلت: يا أمير المؤمنين احلفه أنني لم اعلمه العزل و لم يعلم بعزلي اياه قبل النكاح

قال: و تحلف ؟

قال: نعم يا أمير المؤمنين فحلف فاثبت وكالته و اجاز النكاح.

(1) اى بيع الوكيل المعزول

(2) اى حكم (فقهاء اخواننا السنة) بصحة الثاني: و هو بيع الوكيل المعزول

(3) اى و حكم (فقهاء اخواننا السنة) ببطلان الاول و هو تزويج الوكيل المعزول المرأة الموكلة

(4) اى الفرق بين الوكيل المعزول في بيعه، و تزويجه من قبل (فقهاء اخواننا السنة)، حيث حكموا بالصحة في الاول، و البطلان في الثاني

(5) و هو الفرق المذكور بين البيع، و التزويج

(6) تعليل من الامام عليه السلام في أن حكم علماء السنة بفساد النكاح و بطلانه في غاية الجور و الفساد بقوله عليه السلام: ما أجور هذا
الحكم و أفسده

(7) اى الى آخر الخبر المشار إليه في الهامش 1 ص 178

ص: 180

و حاصله (1) أن مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع (2) أولى بالصحة من (3) حيث الاحتياط المتأكد في النكاح، دون غيره فدل (4) على أن صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى

خلافًا للعادة، حيث عكسوا و حكموا بصحة البيع، دون النكاح، فمقتضى حكم الامام عليه السلام: أن صحة المعاملة المالية الواقعة في كل مقام تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى، و حينئذ (5) فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي الى صحة البيع، لأن الحكم في الفرع (6)

+++++

(1) اي و خلاصة ما يقصده الامام عليه السلام من الاحتياط في النكاح

(2) اي من الوكيل المعزول الجاهل بالعزل من قبل موكله

(3) تعليل لكون النكاح الواقع من الوكيل المعزول أولى بالصحة من البيع الواقع منه

و خلاصته أن مراعاة جانب النكاح أولى من مراعاة جانب غيره:

من بقية العقود، حيث إن النكاح منشأ تكوين الأولاد، و منشأ تحليل البضع، فالقول بصحته اذا صدر فضولاً ثم اجيز أولى من القول بصحة البيع الذي لا يكون فيه ما ذكر، و بطلان النكاح

(4) اي الاحتياط المتأكد في النكاح يدل على أن صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى كما عرفت وجه الأولوية عند قولنا:

و خلاصته

(5) اي و حين أن قلنا: إن صحة البيع تستلزم صحة النكاح خلافًا لما ذهب إليه (فقهاء اخواننا السنة)، حيث حكموا بصحة البيع و بطلان النكاح فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في عقد الفضولي كما في الحديث الوارد في الهامش 1 ص 178

(6) و هو الحكم بصحة النكاح، هذا تعليل لعدم جواز التعدي

ص: 181

لا يستلزم الحكم في الاصل (1) في باب الأولوية، وإلا (2) لم يتحقق الأولوية كما لا يخفى

فالاستدلال بصحة النكاح (3) على صحة البيع (4) مطابق لحكم العامة: من كون النكاح أولى بالبطلان من جهة أن البضع غير قابل للتدراك بالعرض.

بقي الكلام في وجه جعل الامام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو ابقاؤه، دون إبطاله مستدلاً بأنه يكون منه الولد: أن الامر في الفروج كالأموال دائر بين محدورين، ولا احتياط في البين.

ويمكن أن يكون الوجه في ذلك (5) أن إبطال النكاح في مقام الإشكال والاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعا فتتزوج المرأة ويحصل الزنا بذات البعل،

بخلاف ابقائه، فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخالية عن المانع، وهذا أهون من وطء ذات البعل

فالمراد بالأحوط (6) هو الأشد احتياطاً

+++++

(1) وهو الحكم بصحة البيع

(2) أي ولو استلزم الحكم بصحة الفرع الحكم بصحة الأصل لما تحقق مفهوم الأولوية، فإن مفهوم الأولوية هو أن الحكم في الاصل مستلزم للحكم في الفرع، لا أن الحكم في الفرع مستلزم للحكم في الاصل

(3) وهو الفرع كما علمت

(4) وهو الاصل كما علمت

(5) وهو الاحتياط في النكاح، و ابقاؤه على حاله، دون إبطاله

(6) أي الأحوط المستفاد من كلمتي أخرى وأخرى الواقعتين

ص: 182

و كيف كان فمقتضى هذه الصحيحة (1) أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي لم يوجب ذلك التعدي الى الحكم بصحة بيع الفضولي (2)

نعم لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح، لأن النكاح أولى بعدم الإبطال كما هو نص الرواية (3)

ثم إن الرواية (4) وإن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي، إلا أن المستفاد منها قاعدة كلية (5): هي أن إمضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس (6) الذي (7) هو منى الاستدلال في مسألة الفضولي،

ما يؤيد لصحة بيع الفضولي

ما ورد في المضاربة

هذا

ثم إنه ربما يؤيد صحة الفضولي

+++++

في قوله عليه السلام في صحيحة العلاء بن سيابة: فإن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه

(1) وهي صحيحة العلاء بن سيابة المشار إليها في الهامش 1 ص 178

(2) لعدم الملازمة بين صحة النكاح الصادر من الفضولي، وبين صحة بيع الواقع من الفضولي

(3) وهي صحيحة العلاء بن سيابة

(4) وهي صحيحة العلاء بن سيابة، حيث إنها وردت في الوكالة و الرجل يدعي أنه وكيل عن المرأة وهي تنكر الوكالة

(5) بحيث تجعل كبرى كلية تنطبق على صغرياتها و مصاديقها

(6) وهو أن إمضاء نكاح الفضولي لا يستلزم إمضاء عقد الفضولي

(7) كلمة الذي صفة لكلمة العكس اي العكس المذكور هو مبنى الاستدلال بالأحاديث الواردة في نكاح الفضولي الصادر من الحر و

العبد

وقد اشرنا الى هذه الأحاديث في الهامش 4 ص 139، و الهامش 4 ص 176-177

بل يستدل عليها (1) بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة

مثل موثقة (2) جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا ليشتري به ضربا (3) من المتاع مضاربة فاشترى غير الذي امره

قال: هو (4) ضامن، و الربح بينهما على ما شرطه (5)

و نحوها (6) غيرها الواردة في هذا الباب، فإنها (7) إن اقيت على ظاهرها: من (8) عدم توقف ملك الربح (9)

+++++

(1) اى على صحة عقد الفضولي اذا باع للمالك

(2) هذه رابعة الأحاديث التي استدلت بها الشيخ على مدعاه: وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

وجه الدلالة أن الظاهر من تعيين المتاع في المضاربة، و الامر بشرائه لا غير هو تضيق دائرة المضاربة

فاذا خالف العامل ما أمره المالك فلا محالة تكون المعاملة فضوليا

(3) اى نوعا من المتاع المعين على أن يكون الربح بينهما حسب ما اشترط صاحب المال مع العامل

(4) اى العامل ضامن للخسران

(5) (وسائل الشريعة): الجزء 13. ص 182. الباب 1 - الحديث 9

(6) اى و نحو هذه الموثقة الأخبار الواردة في المضاربة

راجع المصدر نفسه. ص 181-183. الأحاديث

(7) اى موثقة جميل

(8) كلمة من بيان لبقاء موثقة جميل على ظاهرها

(9) المراد من الربح هو الربح الذي حصل من غير المتاع الذي عينه المالك

ص: 184

على الاجازة كما نسب (1) الى ظاهر الأصحاب، وعدّ هذا (2) خارجا عن بيع الفضولي بالنص كما في المسالك وغيره: كان (3) فيها استيناس لحكم المسألة من (4) حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقا في نقل مال المالك الى غيره

+++++

(1) اى عدم توقف ملك الربح على اجازة المالك

(2) وهو عدم توقف ملك الربح على اجازة المالك عدّ خارجا عن بيع الفضولي بسبب هذا النص وهو موثقة جميل المشار إليها في ص 184 حيث يستفاد منها أن الربح قد حصل من المتاع الذي لم يأذن بشرائه المالك فقال الامام عليه السلام: الربح بينهما من دون أن يقول: بعد الاجازة

(3) جواب لإين الشرطية في قوله: فإنها إن ابقيت اى إن ابقيت الموثقة على ظاهرها وهو عدم توقف ملك الربح على الاجازة كان فيها استيناس لحكم المسألة وهي مسألة بيع الفضولي، حيث إن حكم مسألة بيع الفضولي هو عدم اعتبار اذن السابق من المالك في نقل ماله الى غيره

(4) كلمة من بيان لحكم المسألة، وقد عرفته عند قولنا: حيث إن حكم مسألة

لا يخفى على القارئ النبيل أن الموثقة وإن كانت تدل بإطلاقها على صحة عقد الفضولي مع عدم لحوق الاجازة، بل ومع الرد أيضا

لكن يجب تقيدها بأدلة لا يحل، فحينئذ تنطبق الموثقة على المقصود والمدعى: وهي صحة عقد الفضولي مع لحوق الاجازة به.

فتكون النسبة اذا بين الموثقة، ودليل لا يحل العموم والخصوص المطلق، اذ كلما وجد دليل طيب النفس وجدت الموثقة، وليس كلما جاءت الموثقة جاء دليل طيب النفس

ص: 185

فالأخصية تكون من جانب أدلة الطيب

(لا يقال): إن النسبة بينهما عموم و خصوص من وجه

لهما مادة اجتماع، و مادتا افتراق، فيتعارضان عند الاجتماع فيتساقطان فيرجع الى عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيحكم بصحة عقد الفضولي فلا وجه لتقييد الموثقة بأدلة الطيب

(فإنه يقال): إن الامر كما قيل، لكنه في مورد الاجتماع لا يتساقطان لأن أدلة الطيب أقوى من الموثقة، لحكم العقل و العرف بقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه و رضاه فتكون حاکمة عليها فيحكم ببطان المعاملة فلا تكون الموثقة صالحة للاستدلال بها على صحة بيع الفضولي

و أما كيفية العموم و الخصوص من وجه بين موثقة جميل

و بين دليل لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه فاليك شرحها:

أما مادة الاجتماع بين الموثقة، و لا يحل فمورد هما فيما لو خالف العامل ما امره المالك، حيث إن الموثقة تصرح بصحة المضاربة هنا و إن خالف العامل فيما امره المالك فهي نافذة ممضاة

و دليل لا يحل يصرح بعدم صحة المضاربة، لكون العامل قد تصرف في مال المالك بغير اذنه

فهنا قد اجتمع الدليلان فيتعارضان ثم يتساقطان على رأي القائل

و أما مادة الافتراق من جهة دليل لا يحل: بأن لا يأتي هو و تأتي موثقة كما لو ضارب العامل بما امره المالك فالمضاربة هنا صحيحة، لكون الموثقة جميل أعم، و لا يأتي دليل لا يحل، لمجيء المضاربة على وفق امر المالك

و أما مادة الافتراق من جانب الموثقة: بأن لا تأتي هي، و يأتي دليل -

وإن حملناها (1) على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو (2) الغالب

و بمقتضى الجمع بين هذه الأخبار (3)، وبين ما دل على اعتبار رضا المالك في نقل ماله (4)، والنهي عن اكل المال بالباطل (5) اندرجت

+++++

لا يحل كما لو أجر العامل بمال المالك فالموثقة لا تأتي هنا، لخروج الاجارة عن موردها، لأن الموثقة واردة في المضاربة

ويأتي دليل لا يحل، حيث إن العامل قد تصرف في مال الغير بغير اذنه

(1) اي موثقة جميل التي فيها: و الربح بينهما على ما شرطه الظاهرة في عدم توقف ملك الربح على اجازة المالك الشراء الذي اقدم عليه العامل و هو منهي عنه

(2) حيث إن الغالب أن المالك يرضى بالمعاملة إن كان فيها ربح وإن لم يأمر بها

(3) وهي الأخبار الواردة في باب المضاربة التي اشترنا إليها في الهامش 6 ص 184 الدالة على عدم توقف ملك الربح على الاجازة

(4) راجع (وسائل الشريعة) الجزء 12. من ص 248 الى 252 الباب 1 - الأحاديث. أليك نص الحديث 3

عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث

قال: سأله رجل من اهل النيل عن ارض اشتراها بقم النيل، وأهل الارض يقولون: هي ارضهم، و اهل الاستان يقولون: هي من ارضنا

فقال: لا تشتريها إلا برضا اهلها

(5) وهي آية: وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ

ص: 187

المعاملة (1) في الفضولي

وصحتها (2) في خصوص المورد وإن احتمل كونها للنص الخاص إلا أنها لا تخلو عن تأييد للمطلب

ما ورد في اتجار غير الولي في مال اليتيم

و من هذا القبيل (3) الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال

+++++

(1) وهي المضاربة التي خالف العامل فيها امر المالك و اشترى غير ما امره المالك

(2) اي وصحة هذه المعاملة التي خالف العامل فيها امر المالك و إن احتمل أن تكون لاجل النص الخاص و هو موثقة جميل

لكنها لا تخلو عن كونها تأييدا للمطلب و هو صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك من دون سبق منع من المالك

(3) اي و من قبيل أخبار المضاربة التي ليس فيها توقف ملكية الربح على اجازة المالك: الأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم لغير الولي

فكل ما قيل هناك: من الظهور و الاطلاق يقال في هذه الأخبار أيضا

هذه خامسة الأحاديث التي استدل بها الشيخ على مدعاه: وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع لمالكه

راجع حول الأخبار (وسائل الشيعة) الجزء 6. ص 57-58.

الباب 2. الأحاديث. إليك نص الحديث الثاني

عن سعيد السمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:

ليس في مال اليتيم زكاة إلا أن يتجر به، فإن اتجر به فالربح لليتيم و إن وضع فعلى الذي يتجر به

فالشاهد في قوله عليه السلام: فالربح لليتيم، حيث إن حكمه بكون الربح لليتيم دليل على تملكه له بدون احتياج الى اذن الولي

ص: 188

اليتميم؛ وأن الربح لليتميم، فإنها (1) إن حملت على صورة اجازة الولي كما هو صريح جماعة تبعا للشهيد كان من أفراد المسألة

وإن عمل بإطلاقها (2) كما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسألة الفضولي

+++++

ولا يخفى عليك أن السيد الطباطبائي اليزدي قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 137 افاد أن الاتجار بمال اليتيم لغير الولي ليس في الأخبار الواردة منه عين ولا اثر

وظاهره الإشكال على ما افاده الشيخ بقوله: و من هذا القبيل الأخبار الواردة في اتجار غير الولي

ولكن لا يخفى أن ما افاده السيد قدس سره ضعيف، حيث إن ظاهر الأخبار الواردة في الباب هو الاطلاق من دون أن تكون مقيدة بالولي وغيره، فالاطلاق شامل كما افاد هو قدس سره بقوله: نعم هي بإطلاقها ربما يكون شاملة له

(1) اي أخبار الاتجار بمال اليتيم لغير الولي التي اشرنا إليها آنفا إن حملناها على صورة اجازة الولي بعد ظهور الربح كما افاد هذا المعنى جماعة من الفقهاء تبعا لشيخنا الشهيد: كان الاستدلال بأخبار الاتجار بمال اليتيم لغير الولي من أفراد المسألة: وهي مسألة صحة عقد الفضولي الواقع للمالك بعد الاجازة

فحينئذ يصح الاستدلال لما نحن فيه بهذه الأخبار

(2) اي وإن عمل بإطلاق أخبار الاتجار بمال اليتيم، حيث إنها مطلقة ليس فيها ذكر من الاجازة وعدمها: كان الاستدلال بأخبار الاتجار بمال اليتيم خارجا عن موضوع المسألة وهي مسألة عقد الفضولي للمالك لأن الكلام في صحة عقد الفضولي بعد الاجازة، لا مطلقا وإن لم تكن فيها اجازة

ص: 189

لكن (1) يستأنس بها للمسألة بالتقريب المتقدم (2)

وربما احتتمل دخولها (3) في المسألة من حيث إن الحكم بالمضي اجازة إلهية لا حقة للمعاملة، فتأمل (4)

+++++

(1) هذا الاستدراك بناء على خروج الاستدلال بأخبار الاتجار بمال اليتيم عن موضوع مسألة عقد الفضولي

و خلاصته أنه وإن كان الاستدلال بالأخبار المذكورة خارجا عن موضوع البحث، إلا أنه يستأنس بالاستدلال بها لما نحن فيه، حيث إنه لا يعتبر اذن المالك سابقا في نقل مال المالك الى غيره

(2) و هو الذي افاده الشيخ في موثقة جميل بقوله في ص 185: كان فيها استيناس لحكم المسألة: من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقا

(3) اي دخول المعاملة بمال اليتيم لغير الولي في مسألة صحة عقد الفضولي إذا باع للمالك بدون سبق منع منه بعد البناء على أن الأخبار الواردة في المقام مطلقة لا تقييد فيها بصورة اجازة الولي

بيبان أن حكم الامام عليه السلام بضمنان المتجر بمال اليتيم، وأن الربح لليتم كما في الروايات المشار إليها في الهامش 3 ص 188 و إمضائه للمعاملة الواقعة بغير اذن الولي: اجازة إلهية لا حقة للمعاملة فلا تحتاج المعاملة الى اذن الولي

فيصح الاستدلال بالأخبار المذكورة في الاتجار بمال اليتيم لما نحن فيه:

و هي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك، لدلالة حكم الامام عليه السلام على ذلك كما عرفت

(4) لعل وجه التأمل هو أن الكلام في صحة العقد بالاجازة اذا كانت لا حقة من المالك، لا من الله عز و جل، لأن الاكتفاء بالاجازة الإلهية عن رضا المالك عبارة اخرى عن عدم اعتبار رضا المالك

ص: 190

و ربما يؤيد المطلب (1) أيضا برواية ابن اشيم (2) الواردة في العبد المأذون الذي دفع إليه مال ليشتري به نسمة ويعتقها، ويحجه عن أبيه فاشترى أباه واعتقه.

ثم تنازع مولى المأذون، و مولى الأب، و ورثة الدافع، و ادعى كل منهم أنه اشتراه بماله.

+++++

بالإضافة إلى أن الاجازة الصادرة من الله عز و جل عبارة عن الحكم الكلي: و هو أن غير الولي يكون ضامنا لمال اليتيم اذا اتجر به، و أن الربح لليتيم

و من المعلوم تحقق هذا قبل تحقق المصداق

و يحتمل أن يكون اشارة الى أن الحكم الذي ذكره الامام عليه السلام في قوله في ص 184: فهو ضامن، و الربح لليتيم حكم واقعي، لا إنشاء للحكم حتى يصح حمله على الاجازة الإلهية

(1) و هي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(2) قيل في ضبطه بفتح الألف، و سكون الشين، و فتح الياء

و قيل: بضم الهمزة و فتح الشين

هذه سادسة الأحاديث التي استدل بها الشيخ على مدعاه: و هي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

ثم إن الرواية هذه وردت في العبد المأذون في التجارة من قبل مولاه و نقلها الشهيد الثاني في شرح (اللمعة دمشقية) من طبعتنا الحديثة.

في الجزء 3. ص 331 عند ما افاد الشهيد الاول في المسألة الرابعة بقوله في ص 329: الرابعة لو اختلف مولى مأذون

و الرواية هذه محتاجة الى التحقيق و التعليق و قد أوفينا ما كان علينا في المصدر نفسه فراجع

ونذكر هنا ما ذكرناه هناك، مع زيادة في التوضيح

فقبل البحث عن جوانب الحديث نذكر نص الحديث أولاً ثم الشروع في فقه الحديث من تلك الجوانب. إليك نص الحديث

عن صالح بن رزين عن ابن اشيم عن ابي جعفر عليه السلام عن عبد لقوم مأذون له في التجارة، دفع إليه رجل الف درهم فقال:

اشتر بها نسمة و اعتقها عني، و حج عني بالباقي، ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى اباه فاعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي يحج عن الميت، فحج عنه، و بلغ ذلك موالى ابيه، و مواليه، و ورثة الميت جميعاً، فاختصموا جميعاً في الألف

فقال موالى العبد المعتق: إنما اشتريت اباك بما لنا.

وقال الورثة: إنما اشتريت اباك بما لنا

وقال موالى العبد: إنما اشتريت اباك بما لنا

فقال ابو جعفر عليه السلام: أما الحجّة فقد مضت بما فيها لا ترد

و أما المعتق فهو رد في الرق لموالى أبيه، و أي الفريقين بعد أقاموا البينة على أنه اشترى اباه من أموالهم كان لهم رقا

راجع (وسائل الشيعة) الجزء 13. ص 53 الباب 25. الحديث 1

و إنما ذكرنا الحديث بتمامه مع أنه مذكور في المتن، لاختلاف المذكور مع ما في المصدر اختلافاً فاحشاً

و الحديث منقول هنا بالمعنى كما هو ديدن الشيخ قدس سره في نقله الأحاديث حتى في نقله كلمات الأعلام

و أما وجه كون الحديث تأييداً لصحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

فلأن الدافع بعد دفعه المبلغ الى العبد المأذون للشراء، وقبل تصرف العبد المأذون في الشراء قد مات وذهب الى ربه الجليل، فانتقل المبلغ المدفوع الى العبد المأذون الى الوراث، لأنه من جملة تركته شرعا فهو للوراث

فلما اقدم العبد المأذون على الشراء واشترى اباه فقد تصرف في مال الورثة بغير اذنهم، فالشراء كان فضوليا: لأنه لم يستأذن منهم

فبعد الاشتراء تنازع مولى العبد المأذون في العبد المشتري فقال: إنه اشترى اباه من مالي

و مولى العبد المعترق فقال: إنه اشترى اباه من مالي

و الوراث في أنه اشترى اباه من مالنا، وتخاصموا في ذلك فذهبوا الى الامام عليه السلام جميعا فحكم عليه السلام بذلك كما عرفت في الرواية

فادعاء الورثة أنه اشترى اباه من مالنا، ومطالبتهم العبد المأذون في العبد المشتري دليل على أن الشراء كان بعد موت الدافع الذي كان أبا لهم فالشراء كان بمالهم الذي انتقل إليهم بعد موت ابيهم

وكذا حكم الامام عليه السلام بسماع دعوى الورثة دليل على أن العبد المأذون كان وكيلًا عن الدافع في شراء العبد، لا أنه كان وصيا كما قيل اذ لو كان وصيا لما تسمع دعواهم

فالشراء يكون فضوليا بلا اجازة الوراث

فنفس المطالبة تدل على اجازتهم لذلك الشراء الذي اشترى بعين المال الذي دفع الى العبد المأذون ليشتري به عبدا، وهذا المقدار من المطالبة كاف في الاجازة في الشراء، اذ لو لا كفاية ذلك المقدار لما كان مجرد دعوى الشراء بالمال و لا اقامة البينة من الورثة على دعواهم كافية في تملك المبيع و هو العبد المشتري

والى هذا المعنى اشار الشيخ بقوله: بناء على أنه لو لا كفاية الاثراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبتهم (1) المتضمنة لاجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال، ولا اقامة البينة عليها كافية في تملك المبيع

فالحديث صريح في أن الشراء وقع فضوليا فيكون تأييدا لصحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

ثم إن للسيد الطباطبائي قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 137 إشكالا على هذه الرواية بقوله: فلا شهادة لها على ما نحن فيه، اى لا شهادة ولا دليل لرواية ابن اشيم على صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك كما ادعاها الشيخ

و الظاهر أن الإشكال بعد أن عرفت ما ذكرناه في غير محله

ثم إنه توجهت على الرواية أسئلة لا بأس باشارة اجمالية إليها.

أليك تلك الأسئلة و الجواب عنها

(منها): أنه كيف يمكن التوفيق و الجمع بين مضي الحج و صحته و بين رجوع العبد الى الرقية كما كان رقا من بادئ الامر في قوله عليه السلام:

أما الحجّة فقد مضت بما فيها لا ترد، و أما المعترك فهو رد في الرق فإن الجمع بين المضي، و الرقية جمع بين المتنافيين

(و الجواب) أن الرقية لا تنافي النيابة في الحج فالعبد و إن رجع الى الرقية لكن حجه صحيح

(و منها): أنه كيف يصح سماع دعوى مولى العبد المعترك، و تقديم

ص: 194

دعواه على دعوى مولى العبد المأذون، وورثة الدافع عند تعارض الدعاوى الثلاث في حكم الامام عليه السلام بقوله: و أما المعتق فهو رد في الرق مع أن رجوع العبد الى الرقية مخالف لاصول المذهب، حيث إنه بعد أن اعتق كيف يمكن رجوعه الى الرقية الأولية، فدعواه هذه فاسدة لاتحاد الثمن و المثل، لأن كلاهما ملك له، فلا يصح شراء الانسان مال نفسه بمال نفسه

(و الجواب) أن مولى العبد المعتق إنما يدعي عدم وقوع البيع على عبده اصلا في قبال قول المدعيين الآخرين و هما:

مولى العبد المأذون، وورثة الدافع الذين يدعيان وقوع البيع صحيحا

فالنزاع يكون بين عدم وقوع البيع من اساسه كما يدعيه مولى العبد المعتق، و بين وقوع البيع صحيحا كما يدعيه مولى العبد المأذون و ورثة الدافع، فالاصل الذي هو الاستصحاب يقتضي عدم وقوع البيع اصلا، لأنه قبل النزاع لم يكن بيع، و بعد النزاع نشك في وقوعه فنجري استصحاب عدم الوقوع فيرجع العبد الى رقيته الأولية فلم يشتر حتى يعتق فيقال: كيف يرجع الى الرقية بعد أن اعتق؟

فلا تكون الرواية مخالفة لاصول المذهب، فتقديم قول مولى العبد المعتق يكون مطابقا لاصول المذهب

و من هنا يعلم أن ما اورده شيخنا الشهيد الثاني قدس سره في شرح (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة في الجزء 3. ص 331 على الرواية بقوله: و مخالفتها لاصول المذهب في رد العبد الى مولاه و دعواه فاسدة غير واردة حسب ما حققناه لك

فقال أبو جعفر عليه السلام: يرد المملوك رقا لمولاه، و أي الفريقين اقاموا البينة بعد ذلك على أنه اشتراه بماله كان رقا له الخبر (1)، بناء (2) على أنه لولا- كفاية الاشارة بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبتهم المتضمنة لاجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال، ولا إقامة البينة عليها كافية في تملك المبيع

صحيحة الحلبي

و مما تؤيد المطلب (3) أيضا صحيحة الحلبي عن الرجل يشتري ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فابى أن يقبله إلا بوضيعة (4)

قال: (5) لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فاخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الاول ما زاد (6)، فإن الحكم (7) يرد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي لنفسه.

+++++

(1) اى الى آخر الخبر، ليس للخبر صلة حتى يقال: الى آخر الخبر

(2) هذا تعليل لكون الرواية تأييدا لصحة عقد الفضولي

وقد عرفته عند قولنا في ص 193: فادعاء الورثة أنه اشترى

(3) و هو صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

هذه سابعة الأحاديث التي استدلت بها الشيخ على مدعاه: و هي صحة عقد الفضولي

(4) اى بنقيصة من اصل الثمن الذي اشترى به الثوب

(5) اى الامام ابو عبد الله الصادق عليه السلام

(6) (وسائل الشيعة): الجزء 12. ص 392. الباب 17 - الحديث 1

(7) اى حكم الامام عليه السلام يرد ما زاد الى صاحب الثوب بقوله:

ص: 196

ويمكن التأييد له (1) أيضا بموثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار (2) يشتري بالاجر (3) فيدفع إليه الورق (4) فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت اخذته، و ما شئت تركته فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع

+++++

فإن جهل فاخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الاول ما زاد

هذا تعليل لكون الصحيحة تأييدا لصحة عقد الفضولي

خلاصته أن حكم الامام عليه السلام برد ما زاد الى صاحب الثوب لا ينطبق ولا يصح إلا على القول بصحة عقد الفضولي، لأن بايع الثوب لما اخذ الثوب بوضيعة من المشتري و باعه بأكثر من قيمته التي باعها على المشتري الاول كان يبعه ثانيا فضوليا ليس باجازة من المالك، ورده الزائد من الثمن الى صاحبه الاول، و تملكه له دليل على صحة بيعه الفضولي الذي باعه لنفسه، حيث كان البائع يعتقد أن الثوب صار له بعد أن رده المشتري إليه

(1) اي لعقد الفضولي الذي يقع للمالك

(2) بكسر السين و سكون الميم هو المتوسط بين البائع و المشتري، و يقال له: الساعي، الدلال. جمعه: سماسرة و سماسر، و سماسير

(3) اي يعطون له حق السعي، و حق الزحمة

(4) بفتح الواو و كسر الراء هي الدراهم المضروبة من الفضة. جمعه:

أوراق، و ورق

ص: 197

فيقول (1): خذ ما رضيت، ودع ما كرهت قال: لا بأس (2) بناء (3) على أن الاشتراء (4) من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه، ليكون (5) الورق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة، و يوفيه دينه

و لا ينافي (6) هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممن يشتري

+++++

(1) اي السمسار يقول للذي دفع إليه الورق

(2) المصدر نفسه. ص 394. الباب 20. الحديث 2

هذه ثامنة الأحاديث التي استدلت بها الشيخ لمدعاه وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(3) تعليل لكون موثقة عبد الرحمن بن ابي عبد الله تأييدا لصحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(4) في جميع نسخ المكاسب الموجودة عندنا حتى في تعليقة بعض المعلقين على الكتاب المصححة من قبل بعض الأفاضل هكذا:

على أن الاشتراء من السمسار

و الصحيح أن يقال: على أن اشتراء السمسار، حيث إن السائل يسأل الامام عن السمسار يشتري بالأجر فيكون الشراء لنفسه، فلا معنى لأن يقال:

الاشتراء من السمسار، وقول الشيخ: ليكون الورق قرضاً عليه شاهد صدق على ما قلناه

(5) اللام هنا بمعنى حتى اي حتى يكون دفع الورق الذي هي النقود من صاحبها الى السمسار بعنوان القرض

(6) دفع وهم

حاصل الوهم: أن اشتراء السمسار لنفسه مناف لفرض السمسار في الرواية ممن يشتري للأجرة، حيث إن مفهوم هذا الفرض أن السمسار إنما يشتري للآخرين، ثم يعطى له أجر في قبال هذا الشراء، لا أنه يشتري لنفسه ثم يبيعه للآخرين، اذ لو كان كذلك لما وصف السمسار في الرواية بأنه يشتري بالاجر

ص: 198

بالاجر، لأن (1) وصفه بذلك باعتبار اصل حرفته و شغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية

و يحتمل أن يكون (2) لصاحب الورق باذنه، مع جعل (3) خيار له على بائع الأمتعة فيلتزم (4) بالبيع فيما رضي (5)، و يفسخه (6) فيما كره

و يحتمل أن يكون (7) فضوليا عن صاحب الورق فيتخير (8) ما يريد، و يرد (9) ما يكره

و ليس في مورد الرواية (10) ظهور في اذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافي كونه فضوليا كما لا يخفى

فاذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، و حكم الامام

+++++

(1) جواب عن الوهم المذكور

خلاصته: أن وصف السمسار في الرواية بأنه يشتري بالاجر لاجل اصل حرفته و مهنته، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية

(2) اى اشتراء السمسار

(3) اى مع جعل السمسار خيارا لنفسه

(4) اى السمسار

(5) اى دافع الورق الى السمسار

(6) اى و يفسخ السمسار البيع لو كره دافع الورق البيع

(7) اى اشتراء السمسار يكون فضوليا عن صاحب الورق من دون أن يأذن للسمسار بالشراء.

و من هذا الاحتمال يستدل بالرواية على صحة عقد الفضولي

(8) اى صاحب الورق

(9) اى صاحب الورق

(10) اى رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله في سؤاله الامام عن السمسار

عليه السلام بعدم الباس، من دون استفصال (1) عن المحتملات افاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات

أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه

وربما يؤيد المطلب (2) بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه (3)، معللا بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده

وحاصله (4) أن المانع من صحة العقد اذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلا وهو عصيان الله تعالى

وأما المانع الذي يرجى زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد،

+++++

(1) اي من دون أن يبين الامام عليه السلام التفصيل بين هذه الاحتمالات الثلاث، فعدم الاستفصال افاد ثبوت الحكم: وهو صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(2) وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(3) وهي المشار إليها في ص 139

هذه تاسعة الأحاديث التي استدلت بها الشيخ على دعواه وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(لا يقال): إنه قد تقدم الاستدلال بهذه الأخبار في ص 139 فالاستدلال بها ثانيا يكون تكرارا

(فإنه يقال): إن الاستدلال بها فيما تقدم كان بالفحوى والأولية

وهنا يستدل بها بعموم العلة المنصوصة في الرواية في قوله عليه السلام:

لأنه عصى سيده ولم يعص الله، حيث إن العلة فيها عامة تشمل النكاح وبقية العقود الواقعة فضولا، فلا يكون الاستدلال بها تكرارا، فتقع المغايرة بين المقامين في الاستدلال

(4) اي و حاصل الاستدلال بهذه الأخبار

ص: 200

ورضا المالك من هذا القبيل (1) فإنه لا يرضى أولا و يرضى ثانيا

بخلاف سخط الله عز و جل بفعل، فإنه يستحيل رضاه

مختار المؤلف الصحة

هذا غاية ما يمكن أن يحتج، و يستشهد به للقول بالصحة (2)

وبعضها (3) و إن كان مما يمكن الخدشة فيه، إلا أن في بعضها الآخر غنى و كفاية (4)

و احتج للبطالان بالأدلة الأربعة:

أما الكتاب، بآية التجارة عن تراض

و احتج للبطالان (5) بالأدلة الأربعة (6)

أما الكتاب فقوله تعالى: **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ دَلِّ بِمَفْهُومِ الْحَصْرِ (7)،** أو سياق التحديد (8) على أن غير التجارة عن تراض، أو التجارة لا عن تراض

+++++

(1) اي من قبيل المانع الذي يرجى زواله فهو كعصيان السيد في أنه قابل للزوال: من حيث إنه لم يرض أولا ثم رضي ثانيا

(2) اي بصحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(3) اي بعض هذه الأخبار التي استدل بها لصحة عقد الفضولي و هي رواية عروة البارقي، حيث عرفت أن عروة كان عالما برضا الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله و سلم فيكون خارجا عن موضوع الفضولي

(4) اي على المطلوب و هو صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(5) اي بطلان عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(6) و هو الكتاب و السنة و الاجماع و العقل

(7) و هو مفهوم الشرط المستفاد من الاستثناء و هي كلمة إلا التي حصرت جواز اكل الأموال فيما بينهم بتجارة عن تراض

فمفهومه أنه إن لم يكن هناك تجارة عن تراض فيما بينهم لا يجوز اكل الأموال

(8) و هو مفهوم الوصف و هو تقييد التجارة بتراض

فمفهومه أنه عند فقدان القيد لا يجوز الاكل

ص: 201

غير مبيح لاكل مال الغير وإن لحقها الرضا

و من المعلوم أن الفضولي غير داخل في المستثنى (1)

وفيه (2) أن دلالة (3) على الحصر ممنوعة، لانقطاع الاستثناء كما هو (4) ظاهر اللفظ، و صريح المحكي عن جماعة من المفسرين، ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فردا من الباطل خارجا عن حكمه

و أما سياق التحديد (5) الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه (6) مخصوص بما اذا لم يكن للقيد فائدة اخرى ككونه واردا مورد الغالب كما فيما نحن فيه (7)

وفي قوله تعالى: وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ (8)

+++++

وقد عرفت التحقيق عنهما في الهامش 1 ص 113 فراجع

(1) وهو قوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

(2) اي وفي الاستدلال بمفهوم الشرط نظر و إشكال

(3) اي دلالة مفهوم الشرط على الحصر المذكور

وقد عرفت التحقيق عن الاستثناء المنقطع في الهامش 1 ص 113 فراجع

(4) اي كون الاستثناء منقطعا هو ظاهر اللفظ

(5) وهو الاستدلال بمفهوم الوصف

(6) اي لا نسلم أن الوصف له مفهوم كما عرفت في الهامش 1 ص 113

(7) حيث إن غالب موارد التجارة يكون عن تراض، اذ قل ما يتفق وقوع تجارة عن غير تراض، لأن المتعاملين بما هما مؤمنان لا يقدمان على تجارة غير تراض فيما بينهم، فليس فيه مفهوم

(8) حيث إن غالب الرائب تكون في الحجور، فليس معنى الآية الكريمة أن الرائب اللاتي تكون في غير حجور الآباء محللة عليهم

مع احتمال أن يكون عن تراض (1) خبرا بعد خبر، لتكون على قراءة نصب التجارة، لا قيذا لها (2) وإن كانت غلبة وصف النكرة (3) تؤيد التقييد فيكون المعنى (4) إلا أن يكون سبب الاكل تجارة، و يكون عن تراض

و من المعلوم أن السبب الموجب لحل الاكل في الفضولي إنما نشأ عن التراضي، مع أن (5) الخطاب لملاك الأموال، و التجارة (6) في الفضولي إنما تصير تجارة للمالك بعد الاجازة فتجارته عن تراض

+++++

(1) اى الجار و المجرور في موضع النصب خبر ثان لكلمة تكون اى إلا أن يكون سبب الاكل هو التراضي الحاصل من الطرفين

(2) اى لا يكون عن تراض قيذا للتجارة حتى يكون للقييد مفهوم

(3) اى وصف كلمة تجارة بقوله تعالى: عن تراض تؤيد كون عن تراض قيذا للتجارة فيكون للقييد مفهوم

(4) اى على القول بكون عن تراض في محل النصب على أن يكون خبرا ثانيا لكلمة يكون

(5) هذا ترق من الشيخ حول جملة عن تراض

و خلاصته: أنه لو تنازلنا عن القول بأن تراض خبر بعد خبر و قلنا: إنه قيد حتى يستفاد منه المفهوم، و قلنا بحجتيه: لما افاد في المقام أيضا، لأن الآية الكريمة وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمُ خَطَابَ مُتَوَجِّهِ لِمَالِكِيهَا هَكَذَا: أيها المالكون للأموال لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل.

و من الواضح خروج الفضولي عن مصاديق الخطاب؛ لأنه ليس بمالك لما يبيعه حتى تشمله الآية الكريمة، و الكبرى الكلية

(6) اى و من المعلوم أيضا أن التجارة في الفضولي إنما تتحقق

ص: 203

وقد حكى عن المجمع (1) أن مذهب الامامية و الشافعية وغيرهم أن معنى التراضي بالتجارة امضاء البيع بالتصرف، أو التخاير بعد العقد

و لعله (2) يناسب ما ذكرنا: من كون الظرف (3) خبرا بعد خبر

وأما السنة، فهي أخبار:

إشارة

و أما السنة (4) فهي أخبار

(منها): (5) النبوي المستفيض و هو قوله صلى الله عليه وآله وسلم لحكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك (6) فإن عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه، لعدم تملكه فيكون مساوقا للنبوي الآخر لا يبيع إلا فيما يملك (7) بعد قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا طلاق إلا

+++++

و تصير تجارة للمالك بعد أن اجاز المالك العقد الصادر من الفضولي، فإذا اجاز تكون تجارة الفضولي حينئذ عن تراض.

فبضم هاتين المقدمتين ثبت أن ما افاده المستدل على بطلان الفضولي باطل

(1) اى مجمع البيان

هو مؤلف شريف في تفسير القرآن المجيد على غرار (التبيان لشيخ الطائفة) قدس الله نفسه الزكية

مؤلفه امين الاسلام (الشيخ ابو علي الطبرسي) اعلى الله مقامه

يأتي شرح هذا التفسير الشريف و مؤلفه العظيم في (أعلام المكاسب)

(2) اى و لعل ما افاده صاحب مجمع البيان

(3) و هو قوله تعالى: عن تراض

(4) هذا هو الدليل الثاني للمبطلين من الأدلة الأربعة

(5) اى من بعض تلك الاخبار

(6) سنن الترمذي الجزء 3 ص 534 الباب 19 الحديث 1332 و بمضمونه ورد في (وسائل الشيعة) الجزء 12 ص 374. الباب 7

الحديث 2

(7) (مستدرک وسائل الشیعة) المجلد 3 ص 5. الباب 12. الحدیث 5

ص: 204

فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك

ولما ورد في توقيع العسكري عليه السلام الى الصفار: لا يجوز بيع ما ليس يملك (1)

وما عن الحميري أن مولانا عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله. أن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكةا، أو بأمره، أو رضا منه
(2)

وما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في ارض بغم النيل (3) اشتراها رجل و أهل الارض يقولون: هي ارضنا، و أهل الاستان (4)
يقولون:

هي أرضنا

فقال: لا تشتريها إلا برضا أهلها (5)

+++++

(1) المصدر نفسه. الجزء 12. الباب 2. ص 252. الحديث 1

(2) المصدر نفسه. ص 250-251. الباب 1. الحديث 8

(3) النيل قرية في الكوفة، و مدينة بين بغداد و واسط

و المراد من فم النيل صدر القرية و بدايتها

(4) اختلف في ضبط هذه الكلمة

قيل: هي بالنون مع ضم الهمزة و السين

وقيل: بضم الهمزة و السين مع الفاء اي أسناف

وقيل: مع التاء و ضم الهمزة و السين اي استان

و المراد منها الكور الواقعة في بغداد

وقيل: هي قرية من قرى هرات

(5) المصدر نفسه. ص 249. الحديث 3

ص: 205

و ما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضيل في رجل اشترى من امرأة من آل فلان (1) بعض قطائعهم (2) و كتب عليها كتابا قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيها المال أم يمنعها؟

قال: قل له: ليمنعها أشد المنع، فإنها باعت ما لم تملكه (3)

المناقشة في الاستدلال بالروايات

و الجواب عن النبوي (4) أولا: أن الظاهر من الموصول (5) هي العين الشخصية، للاجماع و النص على جواز بيع الكلي، و من (6) البيع البيع لنفسه، لا (7) عن مالك العين.

+++++

(1) اي من بني عباس

(2) جمع قطيعة و هي علم لما لا ينقل من المال كالقرى و الأراضي و الأبراج، و الحصون

و تطلق على قطعة من ارض الخراج، و الاقطاع إعطاء الامام قطعة من الارض و غيرها

(3) المصدر نفسه. الحديث 25، هذا آخر الأحاديث و هي ستة

(4) اي النبوي الاول المروي عن حكيم بن حزام

(5) اي كلمة ما الموصولة الواقعة في قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

لا تبع ما ليس عندك

(6) اي الظاهر من البيع في قوله صلى الله عليه و آله و سلم: لا تبع هو البيع لنفسه، فإن هذا البيع ممنوع

(7) اي و ليس المراد من قوله صلى الله عليه و آله و سلم: لا تبع ما ليس عندك البيع للمالك كما هو المفروض في البحث، فإن الكلام في

أن يبيع الفضولي للمالك بدون سبق منع منه

ص: 206

و حينئذ (1) فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء فيكون دليلا على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه فلا يقع له، ولا للمالك بعد اجازته

و إما أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع (2) عن نفسه ثم يمضي ليشتريه من مالكة

قال (3): لأنه صلى الله عليه وآله وسلم ذكره جوابا لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي و يشتريه و يسلمه؟ فإن هذا البيع (4) غير جائز، و لا نعلم فيه (5) خلافا، للنهي المذكور (6)، و للغرر (7)

+++++

(1) أى و حين أن كان المراد من عدم جواز بيع ما ليس عندك هو البيع لنفسه

(2) أى الفضولي

(3) أى العلامة في التذكرة قال: الدليل على أن المراد من عدم جواز بيع ما ليس عندك هو بيع الفضولي عن نفسه ثم يمضي الى المالك ليشتريه منه: قوله صلى الله عليه وآله وسلم في جواب حكيم بن حزام لما سأله عن أن يبيع شيئا فيمضي فيشتريه، فإن الجواب يكون طبقا للسؤال.

و ليس المراد أنه لا يجوز بيع ما ليس عندك حتى عن المالك

(4) و هو البيع عن نفسه ثم يمضي الى المالك فيشتريه منه

(5) أى في مثل هذا البيع

(6) و هو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا تبع ما ليس عندك

(7) هذا دليل ثان لعدم وقوع البيع المذكور اذا كان عن نفسه -

لأن صاحبها قد لا يبيعها انتهى (1)

و هذا المعنى (2) يرجع الى المراد من روايتي خالد و يحيى الآتيتين في بيع الفضولي لنفسه، و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبايع بمجرد انتقاله إليه بالشراء فلا ينافي اهليته (3) لتعقب الاجازة من المالك.

و بعبارة اخرى نهى (4) المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثرا في حقه (5) فلا يدل (6) على الغائه بالنسبة الى المالك حتى لا تنفعه اجازة المالك في وقوعه له

و هذا المعنى (7) أظهر من الاول (8)

+++++

ثم يمضي الى المالك فيشتريه منه، اذ الدليل الاول هو النهي المذكور اى عدم الجواز لأجل الغرر و هي الجهالة اذ ربما لا يوافق المالك فالمشتري يكون جاهلا بالموضوع و هو لا يصح، لأنه لو كان عالما بالواقع لما أقدم على مثل هذا الشراء

(1) اى انتهى ما افاده العلامة في التذكرة

راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة الجزء 8.

(2) و هو الذي أفاده العلامة في التذكرة و اشرنا إليه في الهامش 3 ص 207

(3) اى أهلية البيع الصادر عن العاقد الفضولي لنفسه بتعقبه الاجازة من المالك، و وقوعه له، لا للعاقد

(4) و هي نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم حكيم بن حزام

(5) اى في حق العاقد

(6) اى النهي المذكور لا يدل على عدم وقوع البيع بالمرّة حتى للمالك بعد اجازته للبيع و وقوعه له

(7) و هو المعنى الثاني الذي ذكره العلامة و ذكرناه في الهامش 7 ص 207

(8) و هو الذي ذكره الشيخ بقوله في ص 207: فإما أن يراد بالبيع

ص: 208

و نحن نقول به (1) كما سيجيء

و ثانيا سلمنا (2) دلالة النبوي على المنع، لكنها بالعموم فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه اذا اجاز (3)

وبما ذكرناه: من الجوابين (4)

+++++

(1) اي ونحن نعترف بعدم صحة البيع بالمعنى الثاني الذي ذكرناه عن العلامة

(2) اي لو سلمنا على ان النبوي الاول المذكور في ص 204 يدل على منع بيع ما ليس عندك مطلقا حتى بالنسبة الى المالك، و تنازلنا عن المعنى الاول المراد من لا تبع

لكن نقول دلالة النبوي على ذلك بالعموم فيجب تخصيصه بالعمومات المتقدمة:

و هي رواية عروة البارقي المشار إليها في ص 164

و رواية محمد بن قيس المشار إليها في ص 169

و فحوى صحة عقد النكاح من الفضولي المشار إليها في ص 139

و موثقة جميل المشار إليها في ص 184

و روايات الاتجار بمال اليتيم المشار إليها في الهامش 3 ص 188

و رواية ابن اشيم المشار إليها في ص 191

و صحيحة الحلبي المشار إليها في ص 196

و موثقة عبد الرحمن بن عبد الله المشار إليها في ص 197

و الروايات الدالة على عدم فساد النكاح المشار إليها في الهامش 4 ص 139

(3) اي المالك الذي وقع العقد له فضولا

(4) وهما: قوله في ص 207: فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء

وقوله في ص 207: وإما ما يراد عن التذكرة: من أن يبيع عن نفسه

يظهر الجواب عن دلالة قوله: (1) لا يبيع إلا في ملك، فإن الظاهر منه (2) كون المنفي هو البيع لنفسه، وأن النفي راجع الى نفي الصحة في حقه لا في حق المالك، مع (3) أن العموم لو سلم وجب تخصيصه بما دل على وقوع البيع للمالك اذا اجاز.

و أما الروايتان (4) فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين (5) أوضح وليس فيهما ما يدل و لو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له اذا اجاز

و أما الحصر (6) في صحيحة ابن مسلم

+++++

(1) اى النبوي الثاني: لا يبيع إلا فيما يملك المشار إليه في ص 204:

(2) اى الظاهر من هذا النبوي الثاني أن المراد من نفي البيع في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا يبيع إلا فيما يملك هو البيع لنفسه، لا للمالك و أن النفي الواقع راجع الى نفي صحة البيع الصادر في حقه، لا في حق المالك كما فيما نحن فيه، حيث وقع للمالك

(3) هذا ترق من الشيخ اى لو سلمنا و تنازلنا عن أن المراد من النفي هو العموم حتى للمالك فحينئذ يجب تخصيص هذا العموم بالأخبار الواردة التي اشرونا إليها في الهامش 2 ص 209 التي تنص على وقوع العقد للمالك اذا وقع فضولا ثم اجاز

(4) و هما: توقيع الامام العسكري عليه السلام، و رواية الحميري المشار إليهما في ص 205

(5) و هما: النبوي المروي عن حكيم بن حزام

و النبوي الثاني المشار إليهما في ص 204

(6) اى و أما الجواب عن الحصر الواقع في صحيحة محمد بن مسلم في ص 205 و هو قوله عليه السلام: لا تشتريها إلا برضا أهلها

ص: 210

و التوقيع (1) فإنما هو في مقابلة عدم رضا اهل الارض و الضيعة رأسا على ما يقتضيه السؤال (2) فيهما

و توضيحه (3) أن النهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد إلا أنه بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود من المعاملة عليه

و من المعلوم أن عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه و لذا (4) يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيرا، و لذا (5) عد في الشرائع و القواعد من شروط المتعاقدين: اعني شروط الصحة كون العاقد مالكا أو قائما مقامه

+++++

(1) اي و أما الجواب عن الحصر الواقع في توقيع الامام الحجة المنتظر عجل الله تعالى فرجه الشريف: لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكها أو بامر، أو برضا منه المشار إليه في ص 205

(2) حيث يقول اهل الأرض: هي ارضنا، و أهل الاستان: هي من ارضنا، فإن هذا القول يدل على أنهم ما كانوا راضين بالبيع اصلا و راسا حتى لو استجزوا لما اجازوا

(3) اي و توضيح أن الحصر الواقع في صحيحة محمد بن مسلم، و توقيع مولانا الحجة المنتظر عجل الله تعالى فرجه الشريف يراد منه في مقابل عدم رضا اهل الضيعة و الارض رأسا، و ليس في مقابل العقد الواقع للمالك مترقبا الاجازة منه فاجاز: هو النهي الوارد في قوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: لا تشتريها إلا برضا أهلها.

و في قوله عجل الله تعالى فرجه الشريف: لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكها

(4) اي و لاجل أن عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه

(5) اي و لاجل أنه تطلق على عقد الفضولي كلمة الباطل في عبارات الفقهاء كثيرا

ص: 211

وإن آبت إلا عن ظهور الروايتين (1) في لغوية عقد الفضولي رأساً وحب تخصيصهما بما تقدم من أدلة الصحة (2)

وأما رواية القاسم بن فضيل (3) فلا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنه باع ما لا يملك

وهذا (4) حق لا ينافي صحة الفضولي

وأما توقيع الصفار (5) فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب واللزوم

ويؤيده (6) تصريحه عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع

+++++

(1) وهما: توقيع الامام العسكري عليه السلام للصفار، ورواية الحميري المشار إليهما في ص 205

(2) وهي التي اشرنا إليها في ص 184

(3) وهي المشار إليها في ص 206

(4) وهو أن عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي لا ينافي صحة عقد الفضولي

(5) وهو توقيع الامام العسكري عليه السلام إليه

(6) أي هذا الظاهر الذي قلناه في توقيع الامام العسكري عليه السلام الى الصفار: من أن المراد من نفي جواز البيع فيما لا يملك هو عدم وقوعه للبائع على نحو الوجوب واللزوم يؤيده صريح قوله عليه السلام بعد جملة لا يجوز بيع ما ليس يملك: وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك، فإن جملة وقد وجب تدل على ما قلناه: من الظاهرة: وهي عدم وقوع العقد للبائع على نحو الوجوب واللزوم

ص: 212

فيما يملك، فلا دلالة (1) على عدم وقوعه لمالكة اذا اجاز

و بالجمله فالانصاف أنه لا دلالة في تلك الأخبار (2) بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك اذا اجاز، و لا تعرض فيها إلا لنفي وقوعه للعاقد

الثالث: الإجماع على البطلان،

(الثالث) (3): الاجماع على البطلان ادعاه الشيخ في الخلاف معترفا بأن الصحة مذهب قوم من أصحابنا، معتذرا عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم

و ادعاه ابن زهرة أيضا في الغنية

و ادعى الحلبي في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب اذا اشترى بعين المغصوب.

(و الجواب) عدم الظن بالاجماع، بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين، و المفيد و المرتضى و الشيخ بنفسه في النهاية التي هي آخر مصنفاته على ما قيل، و أتباعهم على الصحة، و أتباع المتأخرين عليه، عدا فخر الدين، و بعض متأخري المتأخرين (4)

+++++

راجع حول الجملة المذكورة (وسائل الشيعة) الجزء 12 ص 252 الباب 2. الحديث 1

(1) اى لقوله عليه السلام في توقيعه للصفار: لا يجوز بيع ما ليس يملك على عدم وقوع البيع للمالك بعد اجازته

(2) و هي النبوي الاول و الثاني، و توقيع الامام العسكري عليه السلام و رواية الحميري، و صحيحة محمد بن مسلم، و صحيحة محمد بن القاسم المذكورة في ص 204-205

(3) اى من أدلة القائلين ببطلان العقد الصادر من الفضولي

(4) كالمحقق الاردبيلي قدس سره

ص: 213

الرابع: ما دلّ من العقل و النقل

(الرابع): (1) ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا باذنه، فإن الرضا اللاحق لا يرفع القبح الثابت حال التصرف ففي التوقيع المروي في الاحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا باذنه (2)، و لا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفا (3)

(و الجواب): أن العقد على مال الغير متوقعا لاجازته غير قاصد لترتب الآثار عليها ليس تصرفا فيه

نعم لو فرض كون العقد علة تامة و لو عرفا لحصول الآثار كما في بيع المالك، أو الغاصب المستقل كان حكم العقد (4) جوازا و منعا حكم معلوله المترتب عليه

+++++

(1) اى من أدلة القائلين ببطلان عقد الفضولي

المقصود من الدليل الرابع تشكيل قياس منطقي من الشكل الأول هكذا:

الصغرى: العقد الفضولي تصرف في مال الغير

الكبرى: و كل ما كان تصرفا في مال الغير فهو قبيح و حرام عقلا و شرعا

النتيجة: فالعقد الفضولي قبيح و حرام، لأنه تصرف في مال الغير

(2) الاحتجاج. الجزء 2. ص 299. طباعة مطبعة النعمان عام 1386

و في المصدر: لا يحل

(3) مقصود الشيخ من الجواب هذا منع الصغرى: بمعنى أن العقد الصادر من الفضولي للمالك مترقا صدور الاجازة منه ليس من أفراد تلك الكبرى الكلية المانعة عن التصرف في مال الغير حتى يكون قبيحا

(4) اى حكم عقد الفضولي من حيث الوقوع، و عدم الوقوع كان مثل حكم معلوله الذي هو النقل و الانتقال المترتب على العقد جوازا و منعا

ص: 214

ثم لو فرض (1) كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستنشاء و الاصطلاء بنور الغير و ناره

مع (2) أنه قد يفرض الكلام فيما اذا علم الاذن في هذا من المقال أو الحال بناء (3) على أن ذلك لا يخرج عن الفضولي

مع (4) أن تحريمه

+++++

(1) هذا تنازل من الشيخ عما افاده: من أن العقد على مال الغير متوقعا لاجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفا فيه

و خلاصته على فرض كون هذا النوع من التصرف تصرفا في مال الغير، لكنه عد من التصرفات الجائزة، لاستقلال العقل بجواز هذا النوع من التصرف فهو من قبيل الاستنشاء بنور سراج الغير، و الاصطلاء بنار عمرو

فكما أن هذه الاستنشاء، و الاصطلاء جائزان عند العقل و لا يراهما قبيحا و تصرفا في مال الغير

كذلك ما نحن فيه، فإن التصرف فيه بنحو المذكور ليس تصرفا قبيحا.

(2) اى بالإضافة الى أننا نفرض الكلام في العاقد الفضولي الذي عقد و كان عالما بالاذن من المالك بواسطة القرائن المقالية، أو الحالية

(3) اى الفرض المذكور مبني على أن العلم بالاذن لا يخرج هذا الفضولي عن مفهوم الفضولي و مصاديقه

و أما في صورة الخروج عنه فلا مجال للبحث عنه.

(4) هذا جواب آخر عما افاده القائل ببطلان عقد الفضولي بادعاء أنه تصرف في مال الغير، و قد ثبت قبحه عقلا و نقلا

ص: 215

لا يدل على الفساد، مع (1) أنه لو دل لدل على بطلان البيع: بمعنى عدم ترتب الاثر عليه، وعدم استقلاله (2)

+++++

و خلاصته: أن النهي الوارد وإن دل على حرمة التصرف في مال الغير، إلا أن الحكم التكليفي لا يدل على الحكم الوضعي الذي هو الفساد

(1) هذا ترق عما افاده الشيخ: من عدم دلالة الحكم التكليفي على الحكم الوضعي

و خلاصته: أنه لو تنازلنا عن مقالتنا، وسلمنا أن الحكم التكليفي يدل على الحكم الوضعي

لكن نقول: إن المراد من الفساد هو عدم ترتب الآثار التي هي معنى الاسم المصدري وهو النقل و الانتقال بالاستقلال، و من دون مراجعة المالك في الاستجازة منه

و من المعلوم أن القائل بصحة عقد الفضولي لا يقول بصحة مثل هذا البيع الفضولي، و لا ينكر بطلانه، و لا سيما على القول بكون الاجازة ناقلة

و لا يخفى أنه لو قلنا: إن العقد في الفضولي جزء السبب في انتقال المال الى المشتري، و أن الجزء الآخر هو الرضا، و قلنا: إن النهي يدل على الفساد فلا محالة يدل على فساد متعلقه الذي هو ترتب الاثر الذي كان يترتب على العقد لو لا النهي، لأن لازم القول بدلالة النهي على الفساد عدم صلاحية صيرورة العقد جزء السبب، فاذا فقدت الجزئية فلا يبقى مجال للجزء الآخر المتعقب و هي الاجازة اللاحقة

نعم ترتب الاثر على عقد الفضولي إنما يصح لو قلنا: إن العقد سبب تام، و علة مستقلة له

(2) اى و عدم استقلال مثل هذا البيع في ترتب الاثر كما عرفت آنفا

ص: 216

في ذلك، ولا ينكره (1) القائل بالصحة، خصوصا اذا كانت الاجازة ناقلة

و مما ذكرنا (2) ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصدا لترتيب الاثر من دون مراجعة المشتري (3)، بناء على أن العقد المقرون بهذا القصد (4) قبيح محرم، لا نفس القصد المقرون بهذا (5) العقد

و قد يستدل للمنع بوجوه أخر ضعيفة،

وقد يستدل للمنع (6) بوجوه اخر ضعيفة أقواها أن القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع، و الفضولي غير قادر، و أن الفضولي غير قاصد حقيقة الى مدلول اللفظ كالمكره كما صرح في المسالك

+++++

(1) اي و لا ينكر القائل بصحة البيع الفضولي بطلان مثل هذا النوع من عقد الفضولي

(2) و هو أن المراد من البطلان على القول بدلالة الحكم التكليفي على الحكم الوضعي هو عدم ترتب الآثار على هذا البيع، و عدم استقلاله في ترتب الاثر

وجه ظهور الجواب: هو أن القصد المذكور يكون موجبا لبطلان البيع كما عرفت ذلك في الهامش 1 ص 216

(3) الظاهر أن الصواب أن يقال: المالك، اذ لا دخل للمشتري في ذلك فهو اجنبي عن المراجعة إليه

(4) و هو قصد العاقد ترتيب الاثر على عقده مستقلا و من دون مراجعة المالك

(5) و هو الصادر من العاقد الفضولي قاصدا ترتب الآثار عليه من دون مراجعة المالك، لعدم قبح العقد حينئذ، و عدم كونه منهيًا عنه حتى يدل على الفساد لو قلنا: إن الحكم التكليفي يدل على الحكم الوضعي

(6) اي لمنع صحة عقد الفضولي الواقع للمالك مع سبق نهي منه

ص: 217

و يضعف الاول (1) مضافا الى أن الفضولي قد يكون قادرا على إرضاء المالك: بأن (2) هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعا

بل يكفي تحققه (3) في المالك فحينئذ (4) يشترط في صحة العقد مع الاجازة قدرة المجيز على تسليمه، و قدرة المشتري على تسلمه على ما سيحييء

و يضعف الثاني (5): بأن المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي، و المكروه لا ازيد منه بدليل الاجماع على صحة نكاح الفضولي، و بيع المكروه بحق، فإن دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك (6) للاجماع كما ترى

المسألة الثانية: أن يسبقه منع من المالك

(المسألة الثانية) (7): أن يسبقه (8) منع من المالك

+++++

(1) و هو عدم قدرة الفضولي على التسليم الى المشتري، حيث إن اجازة المالك لم تصدر بعد

(2) الباء بيان لوجه تضعيف الدليل الاول

(3) اى تحقق الشرط الذي هو القدرة على التسليم

(4) اى حين أن قلنا بكفاية تحقق القدرة على التسليم في المالك

(5) و هو أن الفضولي غير قاصد حقيقة الى مدلول اللفظ فهو كالمكروه و الباء في بيان لوجه تضعيف الدليل الاول

(6) اى في الفضولي، و المكروه بحق

(7) اى من المسائل الثلاث التي ذكرها المصنف في ص 161 بقوله:

فهاهنا مسائل ثلاث

(8) اى يسبق العاقد الفضولي الذي يبيع للمالك

ص: 218

و المشهور أيضا صحته (1) و حكي عن فخر الدين أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك (2)

و يلوح إليه (3) ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر (4) بعد تضعيف السند على أنه
(5) إن نكح بعد منع مولاه و كراهته، فإنه يقع باطلا

و الظاهر أنه لا يفرق بين النكاح، و غيره

و يظهر (6) من المحقق الثاني، حيث حمل فساد بيع الغاصب (7)، نظرا

+++++

(1) اى صحة هذا العقد الصادر من الفضولي و إن سبقه منع من المالك كما قالوا بصحة المسألة الاولى التي باع الفضولي للمالك و لم يسبقه منع من المالك

(2) فظاهر هذا الكلام عدم صحة هذا العقد الصادر من الفضولي مع سبق منع من المالك

(3) اى الى ما حكي عن فخر المحققين: من أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر في صحته عدم سبق نهى من المالك

(4) سنن الترمذي الجزء 3 ص 419-420 الباب 21 الحديث 1111-1112

(5) الجار و المجرور متعلق بقوله: من حمل النبوي اى العلامة في التذكرة حمل النبوي المذكور على أن نكاح العبد بعد منع مولاه و كراهته له باطل

(6) اى ما حكي عن فخر المحققين: من أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر في صحته عدم سبق نهى من المالك: يظهر من المحقق الثاني أيضا

وجه الظهور: أن البائع الفضولي للمالك مع سبق منع منه يكون غاصبا فيحمل بيعه على الفساد، لوجود القرينة الحالية على ذلك و هو الغصب

(7) في جميع نسخ المكاسب الموجودة عندنا هذه العبارة هكذا: -

ص: 219

الى القرينة الدالة على عدم الرضا وهي الغصب

وكيف كان فهذا القول (1) لا وجه له ظاهرا، عدا تخيل أن المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام (2)، وأن العقد اذا وقع منها عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو أنا ما كاف في الرد فلا ينفع الاجازة اللاحقة، بناء على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه (3) اذا حلف الموكل على نفي الاذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد، لأن الحلف عليه أمانة عدم الرضا

هذا، ولكن الأقوى عدم الفرق (4)، لعدم انحصار المستند حينئذ في رواية عروة (5)،

+++++

حيث حمل فساد بيع الغاصب

والصحيح أن تكون هكذا: حيث حمل بيع الغاصب على الفساد

(1) وهو بطلان المسألة الثانية، لاشتراط بعض المجوزين لصحة عقد الفضولي عدم سبق نهى من المالك

(2) وهو سبق النهي من المالك في المسألة الثانية

(3) الباء بيان لكيفية حكم بعض الفقهاء

(4) من هنا يريد الشيخ أن يبدي نظره حول المسألة الثانية: وهي بيع العاقد الفضولي للمالك مع سبق منع منه

اي عدم الفرق بين المسألة الاولى التي باع الفضولي للمالك من دون سبق نهى منه

وبين المسألة الثانية التي باع للمالك مع سبق نهى منه

(5) بل هناك روايات اخرى كما اشير إليها في ص 169-176-184 - 188-191-196-197، فلا- يبقى في المقام سوى الرجوع الى

أصالة الفساد

ص: 220

و كفاية العمومات (1)

مضافا (2) الى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس، و جريان (3) فحوى أدلة نكاح العبد بدون اذن مولاه

+++++

و هذا مردود بالعمومات الناطقة بصحة العقود الشاملة للمسألة الثانية

(1) المراد منها الروايات المتقدمة التي اشرفنا إليها في الهامش 5 ص 220

(2) اي و لنا دليل آخر على صحة المسألة الثانية: و هو أن مولانا (أمير المؤمنين) عليه الصلاة و السلام لم يستفصل في صحيحة محمد بن قيس المشار إليها في ص 169 عند ما حكم لمولى الوليدة باخذه الوليدة و ابنها بين نهى المولى ولده عن بيع امته، و بين عدم نهيه عند ما اراد المولى السفر

فالدليل عام يشمل ما نحن فيه: و هو بيع الفضولي للمالك مع سبق نهى منه

(3) بالجر عطفًا على مجرور (الى الجارة) في قوله: الى ترك الاستفصال اي و بالإضافة الى جريان فحوى أدلة نكاح العبد بدون اذن مولاه

هذا دليل آخر لصحة عقد الفضولي مع سبق منع من المالك

و خلاصته أن الأولوية المستفادة من الأخبار الواردة في صحة نكاح العبد بدون اذن مولاه تدل على صحة عقد الفضولي و إن ورد منع من المالك فيه، فإن النكاح مع أن الشارع قد احتاط فيه أشد الاحتياط اذا صح فيه فضولا بعد اجازة المولى و رضاه فبطريق أولى يصح الفضولي في سائر العقود و إن سبق فيها منع

و قد عرفت تلك الأخبار في الهامش 4 ص 176-177

(لا يقال): الكلام في سبق المنع من المالك، و في النكاح الواقع بدون اذن مولاه ليس فيه منع حتى يستدل بفحوى تلك الأدلة على صحة عقد الفضولي و إن سبق من المالك منع

ص: 221

مع ظهور المنع فيها (1) و لو بشاهد الحال بين الموالي و العبيد

مع أن رواية اجازته صريحة في عدم قدح معصية السيد (2) حينئذ

مع (3) جريان المؤيدات المتقدمة: له من (4) بيع مال اليتيم و المغصوب (5)، و مخالفة العامل لما اشترط عليه رب المال (6) الصريح في منعه عما عداه

و أما (7) ما ذكره: من المنع الباقي بعد العقد و لو أنا فلم يدل دليل

+++++

(فإنه يقال): إن أدلة النكاح ظاهرة في المنع و ان كان الظهور بسبب شاهد الحال بين المولى و العبد، حيث إن الغالب من المولى منع عبده عن الازدواج بدون اذنه و اطلاعه

(1) اى مع ظهور المنع من المولى في نكاح العبد في أدلة نكاحه كما عرفت آنفا

(2) في قوله عليه السلام: إنه عصى سيده و لم يعص الله المشار إليه في ص 139، فمعصية العبد لمولاه غير قاذحة في العقد بعد صدور الاجازة من مولاه

(3) هذا دليل آخر على صحة عقد الفضولي و إن سبقه منع من المالك و هو جريان المؤيدات المتقدمة

(4) كلمة من بيان لجريان المؤيدات المتقدمة، و قد اخذ الشيخ في عدوها و المراد من بيع مال اليتيم هو الأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم لغير الولي المشار إليها في ص 188

(5) المراد منه صحيحة محمد بن قيس المشار إليها في ص 169

(6) المراد منه موثقة جميل المشار إليها في ص 184

(7) من هنا شرع في رد من قال ببطلان بيع الفضولي للمالك

ص: 222

على كونه فسخا لا ينفذ بعده الاجازة

وما (1) ذكره في حلف الموكل غير مسلم، ولو سلم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما انكره في رد البيع، وعدم تسليمه له
ومما ذكرنا (2) يظهر وجه صحة عقد المكره بعد الرضا، وأن كراهة المالك حال العقد، وبعد العقد لا تقدر في صحته اذا لحقه الاجازة

المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه

اشارة

(المسألة الثالثة): (3) أن يبيع الفضولي لنفسه وهذا غالبا يكون في بيع الغاصب

وقد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة (4) في الإقالة بوضيعة

+++++

مع سبق منع منه، اي و أما ما ذكره المستدل على البطلان في قوله:

في ص 220 فالمنع الموجود بعد العقد ولو أنا ما

(1) اي و أما ما ذكره المستدل على البطلان

هذا رد على ما أفاده المستدل بقوله في ص 220: بأنه لو حلف الموكل على نفي الاذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد

و خلاصته: أن الفسخ المذكور ممنوع غير مسلم، لأنه قد يكون غرض الموكل من الحلف مجرد نفي الوكالة عليه خاصة، فلا يكون مجرد
الحلف موجبا للفسخ وإن كان صادرا باذنه و توكيله واقعا

(2) وهو أن الرضا اللاحق موجب لصحة العقد وإن وقع فضولا

(3) اي من المسائل الثلاث التي ذكرها المصنف بقوله في ص: 161 فهاهنا مسائل ثلاث

(4) حيث إن البائع قد اعتقد أن المشتري لما ارجعه الثوب إليه قد رده عليه بوضيعة فالثوب اصبح ملكا له

ص: 223

إشارة

و الأقوى فيه (1) الصحة وفاقا للمشهور، للعمومات المتقدمة (2) بالتقريب المتقدم، و فحوى (3) الصحة في النكاح، و أكثر ما تقدم (4) من المؤيدات، مع ظهور صحيحة ابن قيس المتقدمة (5)

الإشكال على صحة هذا البيع من وجوه

إشارة

و لا وجه للفرق بينه (6)، و بين ما تقدم من الفضولي للمالك إلا وجوه تظهر من كلمات جماعة بعضها مختص ببيع الغاصب

+++++

(1) اى في بيع العاقد الفضولي لنفسه

(2) و هي رواية عروة البارقي المشار إليها في ص 164

و آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ المشار إليها في الهامش 2 ص 157

و آية إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ الْمَشَارِ إِلَيْهَا فِي ص 157

وقوله عليه السلام في ص 158: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه

(3) اى و لفحوى صحة نكاح الفضولي في الحر و العبد المشار إليها في ص 177

(4) اى و لاكثر ما تقدم من المؤيدات: و هي موثقة جميل المشار إليها في ص 184

و بالأخبار الواردة في جواز الاتجار بمال اليتيم لغير الولي المشار إليها في ص 188

و برواية ابن اشيم المشار إليها في ص 191

و صحيحة الحلبي المشار إليها في ص 196

و بموثقة عبد الرحمن بن عبد الله المشار إليها في ص 197

(5) المشار إليها في ص 169

(6) ای بین بیع الفضولي لنفسه

ص: 224

وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة (1)

الوجه الأول و جوابه

(منها) (2): اطلاق ما تقدم من النبويين: لا تبع ما ليس عندك ولا بيع إلا في ملك (3)، بناء على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه (4)

(و الجواب) عنه يعرف مما تقدم: من أن مضمونهما (5) عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه غير المالك، بلا تعرض فيهما لوقوعه، وعدمه بالنسبة الى المالك اذا اجاز

الوجه الثاني و جوابه

(و منها): (6) بناء المسألة (7) على ما سبق: من اعتبار عدم سبق

+++++

(1) وهي المسائل الثلاث التي ذكرها الشيخ في تصوير عقد الفضولي

(2) اي من بعض تلك الوجوه الواردة على صحة بيع الفضولي لنفسه

(3) المشار إليهما في ص 204، حيث إن النبويين مطلقان يشملان بيع الفضولي للمالك، و لنفسه

(4) وجه التقييد باختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه هو عدم جواز إخراج المورد عن الاطلاق، لشموله له لا محالة

بخلاف غير المورد كما في بيع الفضولي للمالك، فإنه يمكن إخراجه عن تحت اطلاق المنع المذكور بما دل على صحته، فهذا هو الفارق بين القسمين:

وهما: بيع الفضولي للمالك، فإن الاطلاق لا يشمل

و بيع الفضولي لنفسه، فإن الإطلاق يشمل

(5) اي مضمون الحديثين النبويين

(6) اي و من بعض تلك الوجوه الواردة على عدم صحة بيع الفضولي لنفسه

(7) وهي مسألة بيع الفضولي لنفسه

منع المالك

و هذا (1) غالبا مفقود في المغصوب

وقد تقدم (2) عن المحقق الكركي أن الغصب قرينة عدم الرضا

وفيه (3) أولا أن الكلام في الأعم من بيع الغاصب

(و ثانيا): أن الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب، لا مطلقا (4) فقد (5) يرضى المالك ببيع الغاصب، لتوقع الاجازة، وتملك الثمن
فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا باصل البيع، بل الغاصب وغيره من هذه الجهة سواء

(و ثالثا): قد عرفت (6) أن سبق منع المالك غير مؤثر

الوجه الثالث و جوابه

(و منها): (7)، أن الفضولي اذا قصد الى بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة (8)، اذ لا يعقل دخول احد العوضين في ملك
من

+++++

(1) اى عدم سبق منع من المالك مفقود في الغاصب، فإن الغاصب ممنوع التصرف من قبل المالك، وغير راض بالتصرف

(2) عند نقل الشيخ عنه في ص 219: ويظهر من المحقق الثاني، حيث حمل بيع الغاصب على الفساد

(3) اى وفيما افاده المستدل على البطلان نظر وإشكال

(4) اى حتى ولو للمالك

(5) تعليل لكون الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب، لا مطلقا

(6) عند قوله في ص 222: وأما ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو آنا ما فلم يدل دليل على كونه فسخا لا ينفع بعده الاجازة

(7) اى و من بعض تلك الوجوه الواردة على صحة بيع الفضولي مال الغير لنفسه ثم ملكه فاجاز.

(8) اذ حقيقة المعاوضة دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثل

ص: 226

لم يخرج عن ملكه الآخر فالمعاوضة الحقيقية غير منصورة فحقيقته (1) ترجع الى إعطاء المبيع، و اخذ الثمن لنفسه، و هذا (2) ليس بيعا (و الجواب) عن ذلك مع اختصاصه (3) ببيع الغاصب: أن (4) قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا وإن كان هذا الجعل لا حقيقة (5) له، لكن المعاوضة المبنية على هذا الامر غير الحقيقي حقيقية نظير المجاز الادعائي في الاصول (6)

+++++

و هنا قد دخل الثمن في ملك الغاصب الذي لم يخرج المثل من ملكه

(1) اي حقيقة هذه المعاوضة

(2) اي إعطاء المبيع من ملك شخص آخر، و اخذ الثمن لنفسه لا يسمى بيعا

(3) اي مع اختصاص الإشكال المذكور: و هو اعطاء المثل من ملك شخص آخر، و اخذ الثمن لنفسه الذي لازمه عدم قصد المعاوضة الحقيقية

(4) هذا هو الجواب عن الإشكال المذكور و قد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده

(5) اي لا يجعله مالكا حقيقة و واقعا

(6) حينما يقول: زيد اسد، فإنه يدعي أن زيدا اسد حقيقة و في الواقع، و ينزله منزلة الاسد ادعاء

ففيما نحن فيه كذلك، فإن الغاصب ينزل نفسه منزلة المالك الحقيقي ادعاء، و يرى نفسه هو المالك

و لا يخفى أنه كيف يعقل تنزيل المعاوضة المبنية على امر غير حقيقي منزلة المعاوضة الحقيقية حقيقة، و هل هذا إلا زيادة الفرع على اصله

ص: 227

نعم لو باع (1) لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث (2) و لا اعتقاد (3) له كانت المعاملة باطلة غير واقعة له، و لا للمالك، لعدم تحقق معنى المعاوضة (4)، و لذا (5) ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل، و لم يقع له، و لا لغيره

و المراد (6) ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه

وقد تخيل (7) بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام:

+++++

(1) اى الفضولي

(2) في الغاصب

(3) كما في بيع مال الغير

(4) اذ معناه كما عرفت هو دخول الثمن في ملك من خرج المثلث عن ملكه

و المفروض أن الفضولي البائع ملك الغير لنفسه اذا لا يبني على كونه مالكا للمثلث، أو لا يعتقد ذلك كيف يصدق عليه مفهوم المعاوضة

(5) اى و لاجل عدم صدق مفهوم المعاوضة اذا لا يبني الفضولي على كونه مالكا للمثلث: أنه لو اشترى شخص بمال نفسه لغيره شيئاً و لم ينزل الغير منزلة نفسه لم يقع الشراء له، و لا لغيره

(6) اى المراد من الاثراء بمال نفسه لغيره

(7) خلاصة هذا التخيل: أن القول بالبطلان في الشراء بمال نفسه لغيره يستلزم القول بالبطلان فيما لو باع مال الغير لنفسه، لأن بيع مال الغير لنفسه عكس تلك المسألة، فاذا ثبت البطلان في الاصل مع أن المشتري بمال نفسه للغير يبني على تنزيل الغير منزلة نفسه: ثبت البطلان في العكس الذي هو بيع مال الغير لنفسه

ص: 228

و هو ما لو باع مال غيره لنفسه، (1)، لأنه عكسه

وقد عرفت (2) أن عكسه هو ما اذا قصد تملك الثمن من دون بناء و لا- اعتقاد لتملك المثلث، لأن مفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك اذا اجاز

الوجه الرابع و المناقشات فيه و الجواب عنها

(و منها) (3): أن الفضولي اذا قصد البيع لنفسه

فإن تعلق اجازة المالك بهذا الذي قصده البائع (4) كان منافيا

+++++

(1) تعليل لكون البطلان في الاصل مستلزم للبطلان في العكس

(2) من هنا يروم الشيخ أن يرد على بعض المحققين الذي تخيل أن البطلان في صورة الاثراء بمال نفسه للغير مستلزم للبطلان في صورة ما لو باع مال غيره لنفسه، لأنه عكسه

و خلاصته أن عكس الشراء بمال نفسه لغيره: هو بيع الغاصب مال الغير لنفسه بدون تنزيل نفسه منزلة الغير، لأن كلامنا في بيع الغاصب لنفسه مع البناء على أنه يتملك الثمن و لو ادعاء، فعكسه ما ذكرناه، لا ما ذكره بعض المحققين فلا ملازمة بين البطلان فيما لو اشترى بمال نفسه لغيره شيئاً

و بين ما لو باع مال غيره لنفسه بانها على أنه يتملك المثلث و لو ادعاء

مع أنه يمكن القول بالصحة في الاصل الذي هو المقيس عليه: و هو الشراء بمال نفسه لغيره بلحوق الرضا من المالك بهذا الشراء

نعم في صورة العكس و هو بيع الغاصب لنفسه مال الغير غير بان على أنه يتملك المثلث و لو ادعاء لا ريب في بطلانه، لعدم صدق مفهوم المعاوضة الحقيقية هنا

(3) اي و من بعض تلك الوجوه التي استدلت بها القائل ببطلان بيع الفضولي مال الغير لنفسه

(4) و هو البيع لنفسه

لصحة العقد، لأن معناها (1) هو صيرورة الثمن لمالك المثلثن باجازته

وإن تعلق (2) بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا إمضاء النقل الفضولي فيكون (3) النقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز (4) غير منشأ

وقد اجاب عن هذا (5) المحقق القمي (6) رحمه الله في بعض أجوبة مسائله بأن الاجازة في هذه الصورة (7) مصححة للبيع، لا بمعنى لحقوق الاجازة

+++++

(1) اي معنى صحة العقد هو جعل الثمن لمالك المثلثن باجازته حتى يصدق مفهوم المعاوضة الحقيقية، فيكون تعلق الاجازة بما قصده البائع مناف لصحة العقد اي لا يجتمعان

(2) اي الاجازة الصادرة من المالك الاصيلي إن تعلقت بغير ما قصده العاقد الفضولي و هو البيع لنفسه يكون معناها أنها تعلقت بعقد جديد مستأنف غير ما أنشأه العاقد الفضولي

(3) هذه الفاء تسمى بفاء النتيجة اي نتيجة هذا التعلق، و تالي فاسده أن يكون النقل من المنشئ و هو العاقد الفضولي غير مجاز

(4) و هو الذي تعلقت به اجازة المالك، لكنه غير منشأ من قبل العاقد الفضولي فيلزم حينئذ: أن ما وقع لم يقصد، و ما قصد لم يقع و الحال أن العقود تابعة للقصد

(5) اي عن إشكال تعلق الاجازة بقصد البائع، أو بغير ما قصده

(6) علم من أعلام الطائفة الامامية، و محقق من محققها

يأتي شرح حياته، و شرح مؤلفاته الثمينة في (أعلام المكاسب)

منها: أجوبة مسائله، و الباء في بأن بيان لكيفية الجواب

(7) و هي صورة بيع العاقد الفضولي لنفسه

ص: 230

لنفس العقد كما في الفضولي المعهود (1)، بل بمعنى (2) تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك، ووقوع البيع عنه

وقال: (3) نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه

وقد صرح (4) في موضع آخر بأن حاصل الاجازة يرجع الى أن العقد الذي قصد الى كونه واقعا على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري

+++++

(1) وهو بيع الفضولي للمالك، فإن الاجازة فيه تتعلق بنفس العقد و شخصه

(2) اي الاجازة في بيع الفضولي لنفسه عبارة عن التبديل و التغيير اي تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك، و أن البيع الواقع عن البائع الفضولي واقع عن نفسه

(3) اي المحقق القمي قدس الله نفسه قال: إن بيع الفضولي مال الغير لنفسه مئيل بيع الفضولي عن المالك ثم ملكه المالك هبة فاجاز بيع الفضولي بعد تملكه له

فكما أن اجازة المالك بعد التملك بالهبة عبارة عن تبديل البيع الواقع عن المالك الى بيعه عن نفسه

كذلك ما نحن فيه: وهو بيع الفضولي مال الغير عن نفسه، فإن الاجازة الصادرة من المالك عبارة عن تبديل رضا الغاصب برضا نفسه و أن بيعه واقع عن شخصه

(4) اي المحقق القمي قدس سره في موضع آخر من أجوبة مسائله افاد في الاجازة الصادرة من المالك في صورة بيع الفضولي لنفسه بيانا آخر غير البيان الاول

وقد ذكر البيان الثاني في المتن فلا نعيده

ص: 231

العالم قد بدلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه فيكون عقدا جديدا كما هو احد الأقوال في الاجازة

و فيه (1) أن الاجازة على هذا تصوير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز و المشتري، لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانيا بالمذكور و لأن قصد البائع البيع لنفسه اذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز فالمشتري انما رضي بذلك الايجاب المغاير لمؤدى الاجازة، فاذا التزم يكون مرجع الاجازة الى تبديل عقد بعقد، و بعدم الحاجة الى قبول المشتري ثانيا فقد قامت الاجازة من المالك مقام ايجابه و قبول المشتري

+++++

(1) اي و فيما افاده المحقق القمي نظر و إشكال

من هنا يروم الشيخ أن يناقش ما افاده المحقق القمي في كلا البنائين فاخذ في الرد على البناء الاول

و خلاصته أن لازم القول بكون الاجازة الصادرة من المالك بناء على أنها عبارة عن تبديل رضا الغاصب الى رضا المالك، و أن البيع الواقع عن الفضولي واقع عن نفسه: هو القول بمعاوضة جديدة من طرف المجيز الذي هو المالك و المشتري، لأن المعاوضة الاولى قد الغيث من ناحية العاقد و المشتري

أما من ناحية العاقد فمعلوم، حيث إنه اوقع العقد لنفسه، ثم جاء المالك و اجاز البيع لنفسه لا للعاقد

و أما من ناحية المشتري فلأن قبوله قد تعلق بما انشأه العاقد الفضولي مع علمه بكون العاقد فضوليا فلا بد من إنشائه قبولا آخر حتى يتملك المبيع

و المفروض عدم رضا المشتري بتبديل العقد ثانيا، لأنه قد رضي بالايجاب المغاير لمؤدى الاجازة، حيث إن الايجاب صادر من العاقد -

ص: 232

و هذا (1) خلاف الاجماع والعقل

و أما (2) القول بكون الاجازة عقدا مستأنفا فلم يعهد من احد من العلماء وغيرهم، وإنما حكى كاشف الرموز عن شيخه أن الاجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع فهو بيع قائم مقام ايجاب البائع، و ينضم إليه القبول المتقدم من المشتري

و هذا (3)

+++++

الفضولي البيع لنفسه، و الاجازة قد صدرت عن المالك بتبديل البيع لنفسه فاختلف مؤدى الايجاب و الاجازة، فيكون مآل الاجازة الى تبديل عقد و هو الصادر من العاقد الفضولي بعقد آخر و هو الصادر من المالك بواسطة اجازته فلا نحتاج في هذا التبديل الى قبول آخر من المشتري، فلازم هذا التبديل كون الاجازة من المالك قد قامت مقام شيئين:

و هما: ايجاب المالك، و قبول المشتري

و القول بقيام الاجازة مقام شيئين خلاف الاجماع والعقل

أما كونه خلاف الاجماع فواضح، حيث إنه لم يقل احد من الفقهاء:

إن الاجازة قائمة مقام الايجاب و القبول

و أما كونه خلاف العقل فمعلوم أيضا، حيث إنه لا يعقل تبديل ما وقع عما وقع، فإن البيع قد وقع للعاقد فكيف يعقل تغييره و ايقاعه عن المالك؟

(1) و هو أن الاجازة قائمة مقام شيئين كما عرفت آنفا

(2) هذا رد على البناء الثاني للمحقق القمي قدس سره الذي نقله عنه الشيخ بقوله في ص: 231 و قد صرح في موضع آخر

(3) اى ما نقله كاشف الرموز عن شيخه بأن الاجازة من مالك البيع بيع مستقل الى آخر ما نقله عنه

ص: 233

لا يجري فيما نحن فيه (1)، لأنه اذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تملك الثمن للبائع، و تملك المبيع منه

فاذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايرا لما وقع فلا بد له من قبول آخر فالإكتفاء عنه (2) بمجرد اجازة البائع الراجعة الى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزام بكفاية رضا البائع، و انشائه عن رضا المشتري، و انشائه

و هذا (3) ما ذكرناه: من أنه خلاف الاجماع و العقل

فالأولى في الجواب (4) منع مغايرة ما وقع (5) لما اجيز (6)

و توضيحه (7) أن البائع الفضولي إنما قصد تملك المثلن للمشتري بإزاء الثمن

و أما كون الثمن مالا- له، أو لغيره فإيجاب البيع ساكت عنه فيرجع فيه الى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة: من دخول العوض في ملك مالك (8) المعوض، تحقيقا (9) لمعنى المعاوضة و المبادلة

+++++

(1) و هو بيع العاقد الفضولي لنفسه

(2) اى عن قبول آخر

(3) اى الاكتفاء برضا البائع و انشائه عن رضا المشتري، و انشائه ثانيا مخالفا للاجماع و العقل كما عرفت أنفا

(4) اى الجواب عن الإشكال في الاجازة الصادرة من المالك لبيع الفضولي لنفسه

(5) و هو البيع لنفسه الصادر من العاقد الفضولي

(6) و هو جعل المالك البيع الصادر من الفضولي لنفسه باجازته البيع

(7) اى و توضيح مغايرة ما وقع لما اجيز

(8) و هو المالك الفضولي الذي بنى على أنه مالك ادعاء

(9) منصوب على المفعول لاجله فهو تعليل للقول بدخول العوض

و حيث إن البائع يملك المثلثن بانيا على تملكه له، و تسلطه عليه عدوانا، أو اعتقادا لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن، و التسلط عليه

و هذا (1) معنى قصد بيعه لنفسه

و حيث (2) إن المثلثن ملك لمالكة واقعا فاذا اجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الايجاب حتى يتردد الامر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين (3)

بل مفهوم الايجاب هو تملك المثلثن بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه المعوض، إلا باقتضاء المعاوضة لذلك (4)

+++++

في ملك مالك المعوض اى القول بذلك لأجل تحقيق معنى المعاوضة و المبادلة في الخارج، فإن معنى المعاوضة هو دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثلثن

و من الواضح أن المثلثن قد خرج عن ملك المالك، لا عن ملك العاقد الفضولي

(1) و هو أن البائع يملك المثلثن بانيا على تملكه له، و تسلطه عليه عدوانا، أو اعتقادا فيلزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن

(2) من هنا يروم الشيخ أن يبرهن على تحقيق معنى المعاوضة و المبادلة في الاجازة الصادرة من المالك في بيع الفضولي مال الغير لنفسه

(3) و هما ما ذكره القائل ببطلان بيع الفضولي مال الغير لنفسه بقوله في ص: 229 فإن تعلقت اجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافيا لصحة العقد

و إن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف جديد، لا امضاء لنقل الفضولي

(4) اى لرجوع العوض في ملك من خرج عنه المعوض، فإن مفهوم المعاوضة و المبادلة هو هذا لا غير

ص: 235

و لكن يشكل (1) فيما اذا فرضنا الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير فقال للبائع الاصيل: تملك منك، أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم فإن مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولي للثوب فلا مورد لاجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه فلا بد من التزام كون الاجازة نقلا مستأنفا غير ما انشأه الفضولي الغاصب.

و بالجمله (2) فنسبة المتكلم الفضولي تملك المثلث الى نفسه بقوله:

+++++

(1) اى الجواب الذي قلناه في ص: 234 فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما اجيز ردا على ما أورده الخصم على الاجازة الصادرة من المالك في بيع الفضولي مال الغير لنفسه بقوله في ص: 230 إن لازم هذه الاجازة مغايرة المجاز لما انشأه العاقد الفضولي: لا يأتي في العاقد الفضولي الذي اشترى بمال الغير لنفسه، لأن تملك المشتري للمثلث بقوله: تملك قد اخذ في مفهوم الإنشاء و إن كان هو من لوازم البناء على ملكية الثمن عدوانا لكنه مع ذلك لا يبقى مجال للاجازة، لعدم تصور ملكية المشتري على وجه يكون المال منتقلا بالاجازة الى المالك الاصيل

بخلاف البائع الفضولي مال الغير لنفسه، فإنه في مقام الإنشاء يقول:

بعتك بكذا، و المشتري يقول: قبلت، فتكون حقيقة المعاملة هي المبادلة بين المالكين، فاجازة المالك يمكن أن تقتضي ملكية الثمن للمالك الاصيل

(2) اى و خلاصة الكلام في هذا المقام الدقيق و محصله: أن نسبة المتكلم الفضولي الذي اشترى بمال الغير لنفسه تملك المثلث الى نفسه بقوله:

ملك، أو تملك كنسبة المتكلم الاصيل الذي يوقع التمليك على المخاطب الفضولي بقوله: ملكتك هذا الكتاب بعشرة دراهم مع علمه بأن الدراهم ليست له، أو جهله بذلك

ص: 236

ملكك، أو تملكك كإيقاع (1) المتكلم الاصيلي التمليك على المخاطب الفضولي (2) بقوله: ملكتك هذا بهذه الدراهم، مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك

وبهذا (3) استشكل العلامة رحمة الله عليه في التذكرة، حيث قال:

+++++

فكما أنه اخذ إيقاع التمليك على المخاطب الفضولي في إنشاء الإيجاب لكون الصيغة مشتملة على كاف الخطاب في قوله: ملكتك الكتاب في صورة علم البائع، أو جهله بكون الدراهم ليست للمخاطب الفضولي

كذلك نسبة التمليك إلى الفضولي المشتري بمال غيره لنفسه قد اخذت في إنشاء القبول، لأجل اشتمال الصيغة على التملك و كاف الخطاب فلا مجال للإجازة الصادرة من المالك في جعل المال منتقلا إلى المالك الاصيلي

بخلاف القبول في قبلة في صورة بيع العاقد الفضولي مال الغير لنفسه، حيث إن تملك البائع الفضولي للثمن لم يؤخذ في انشائه لَمَّا اوجد البيع لنفسه

فلإجازة الصادرة من المالك الاصيلي مجال لنقل الثمن إلى ملك المالك الاصيلي

(1) الجار و المجرور مرفوع محلا خبر للمبتدأ المتقدم في قوله:

فنسبة المتكلم وقد عرفت معناه آنفا

(2) وهو المشتري الفضولي

(3) أي و ياشكال المورد على الإجازة اللاحقة على بيع الفضولي مال الغير لنفسه استشكل العلامة قدس سره أيضا في الإجازة، و قال في التذكرة: لو باع الفضولي، أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ:

لوباع الفضولي مع جهل الآخر فإشكال: من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد

و لا ينتقض (1) بما لو جهل الآخر وكالة العاقد، أو ولايته، لأنه (2) حينئذ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصليا، أو نائبا، و لذا (3) يجوز مخاطبته، وإسناد الملك إليه، مع علمه بكونه نائبا، و ليس إلا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائبا فاذا صح اعتباره نائبا صح اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائبا، أو أصليا.

+++++

من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد(1)

(1) هذا كلام شيخنا الانصاري وهو دفع وهم

حاصل الوهم: أنه اذا كان جهل الآخر بالفضولي يوجب الإشكال في تعلق الاجازة الصادرة من المالك، حيث إن الآخر قصد تمليك العاقد و خاطبه به فكيف يقول الفقهاء بصحة عقد الوكيل؛ أو الولي، مع جهل الآخر الذي هو احد المتعاقدين بالوكالة، أو الولاية؟

(2) هذا جواب عن الوهم، و خلاصته: أن الآخر الذي هو جاهل بوكالة زيد، أو ولايته إنما يقصد من العقد الصادر منه مخاطبا عاما بعنوانه الأعم، سواء أ كان وكيلاً أم ولياً أم اصيلاً

و لا يقصد بعقده شخص المخاطب بما هو مخاطب

(3) اي و لاجل أن الجاهل الآخر إنما يقصد مخاطبا عاما بعنوانه الأعم، لا شخص المخاطب بما هو مخاطب يجوز له إن يسند الملك الى المخاطب بوصف كونه مخاطبا و إن كان عالما بأنه وكيل عن زيد، أو وليا عليه

و هذا الجواز لا يكون إلا بملاحظة المخاطب باعتباره الأعم: من الاصيل أو النائب

ص: 238

أما الفضولي فهو اجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار (1)

وقد تقطن بعض المعاصرين لهذا الإشكال (2) في بعض كلماته فالترم

تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه، مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى، وأكثر النصوص المتقدمة (3) في المسألة كما اعترف به أخيراً

وأخرى بأن الاجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها

وفيه (4) أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناه في الأشكال أعني قول المشتري الغاصب: تملك، أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم ليس

إلا إنشاء تملكه للمبيع. فاجازة هذا الانشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي له، بل يتوقف على نقل مستأنف

+++++

(1) وهو اعتبار التخاطب بكونه أعم من الأصلي، أو النيابي

(2) وهو الذي أفاده الشيخ بقوله في ص: 236 و لكن يشكل فيما اذا فرضنا الفضولي مشترياً

ونحن اشرنا الى شرح الإشكال في الهامش 1 ص 236 بقولنا: اي الجواب الذي قلناه

وبقولنا في الهامش ص 236:2 اي و خلاصة الكلام في هذا المقام

(3) الظاهر عدم تقدم نص حول شراء الغاصب بمال الغير لنفسه

اللهم إلا أن يريد الشيخ قدس سره من تقدم النص الأحاديث الواردة في الاتجار بمال اليتيم التي اشرنا إليها في الهامش 3 ص 188

وقد اشر الى هذا الإشكال العلامة الطباطبائي اليزدي قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 143

(4) اي وفي التزام المتفطن المعاصر بالجواب عن الإشكال الذي

ص: 239

فالأنسب في التفصي (1) أن يقال: إن نسبة الملك الى الفضولي العاقد لنفسه في قوله: تملكك منك، أو قول غيره له: ملكتك ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا (2) أو عدوانا (3) و لذا (4) لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته

+++++

اوردناه على الفضولي اذا كان مشتريا بمال الغير لنفسه باحد الامرين:

تارة ببطلان شراء الغاصب

و اخرى بأن الاجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين نظر و إشكال

و خلاصة الإشكال أن حقيقة العقد بحسب الوجود الخارجي في قول القائل: تملكك لا يكون مركبا من شيئين هما: إنشاء المبادلة، و إنشاء ملكية المشتري للثمن حتى تصحح الاجازة الصادرة من المالك إنشاء الفضولي و يجعل المثلث للمجيز بطيع المبادلة و وضعها

بل حقيقة المبادلة إنما هو امر واحد: و هو إنشاء الفضولي تملكه للمبيع، ثم تصدر الاجازة من المالك بهذا الإنشاء، من دون انتاج لهذه الاجازة تملك المالك الاصيل للمبيع، بل تملكه للمبيع متوقف على عقد مستأنف جديد

(1) اى الأنسب في الفرار عن الاشكال الذي اوردناه على شراء الفضولي لنفسه بمال الغير المشار إليه في الهامش 1 ص 236

(2) بأن اعتقد أن الثمن ملك له بالهبة، أو التملك

(3) كما في الغاصب، حيث يبني على نفسه أنه مالك للثمن فيتصرف فيه تصرف المالك

(4) اى و لاجل أن الغاصب الفضولي العاقد لنفسه يجعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا، أو عدوانا

ص: 240

ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بإزاء مال غيره

فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلا إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا

فلو لم يكن احدهما و عقد لنفسه لم تتحقق المعاوضة و المبادلة حقيقة

فاذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه: تملك منك كذا و كذا فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم، لا من حيث (1) هو، بل من حيث عدّ نفسه مالكا اعتقادا، أو عدوانا

و حيث (2) إن الثابت للشيء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن

إلا أن الفضولي لما بنى على أنه المالك المسلّط على الثمن اسند ملك المثلث الذي هو بدل الثمن الى نفسه، فالاجازة

+++++

(1) اي لا من حيث هو متكلم، بل من حيث إنه بان على نفسه أنه مالك اعتقادا، أو عدوانا

(2) من هنا يروم الشيخ أن يأخذ النتيجة و يصحح شراء الفضولي لنفسه بمال الغير بعد لحوق الاجازة به

و خلاصته: أن الملكية الثابتة للمتكلم الذي هو العاقد الفضولي المقيدة بتلك الحيثية: و هي البناء على كونه مالكا اعتقادا؛ أو عدوانا ثابتة لنفس تلك الحيثية و هي المالك الاصلي فتتعلق الاجازة الصادرة من المالك بنفس الانشاء الذي صدر من العاقد الفضولي

إذا يكون للاجازة الصادرة مجال لنقل المثلث الى مالكة الاصلي فيتحقق بها مفهوم المعاوضة و المبادلة فتصح المعاملة الواقعة من العاقد الفضولي الذي اشترى بمال الغير لنفسه، فيكون إسناد التملك في الواقع

ص: 241

الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولي: و هو التملك المسند الى مالك الثمن (1) و هو حقيقة نفس المجيز فيلزم من ذلك (2) انتقال المثلثن إليه، هذا

مع (3) أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الاجازة للعقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولي

ذكره (4) شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد، و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته

+++++

الى مالك الثمن الذي هو المجيز حقيقة، و بطبع المعاوضة، و وضعها الاولي و لازم ذلك انتقال المثلثن الى المالك الاصيلي

(1) اى مالك الثمن في الواقع و الحقيقة

(2) و هو أن الاجازة الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولي و هو التملك المسند الى مالك الثمن

(3) هذا ترق من الشيخ عما افاده في رد الاشكال على العاقد الفضولي الذي اشترى بمال الغير لنفسه، اى و لنا بالإضافة الى ما ذكرنا دليل آخر

و خلاصته: أن إشكال المغايرة بين المجاز، و ما انشأه العاقد الفضولي إنما يلزم لو كان معنى صحة العقد صيرورة الثمن لمالك المثلثن، لأن ما اجيز و هو رد المثلثن الى المالك لم ينشأ، و ما انشأ و هو البيع لنفسه لم يجز فيلزم التغير

بخلاف ما لو كان معنى الصحة أن الثمن لمن قصد كونه له فلا يلزم الاشكال المذكور

و من الواضح أن الفضولي قاصد أن الثمن له، فالاجازة الصادرة من المالك موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولي

(4) اى ذكر هذا الترقى الشيخ كاشف الغطاء قدس سره

ص: 242

وذكر بعضهم في ذلك (1) وجهين:

(أحدهما): أن قضية بيع مال الغير عن نفسه، أو الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال (2) له ضمنا حتى أنه على فرض صحة ذلك البيع، أو الشراء تملكه قبل أن ينتقاله الى غيره، ليكون انتقاله إليه (3) عن ملكه

نظير ما اذا قال: اعتق عبدك عني، أو قال: بع مالي عنك، أو اشتر لك بمالي كذا فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه، أو الشراء

ونقول في المقام (4) أيضا: اذا اجاز المالك صح البيع، أو الشراء

وصحته تتضمن انتقاله إليه حين البيع، أو الشراء

فكما أن الاجازة المذكورة تصحح البيع، أو الشراء

كذلك تقضي بحصول الانتقال الذي يتضمنه البيع الصحيح فتلك الاجازة اللاحقة قائمة مقام الاذن السابق قاضية بتملكه (5) المبيع، ليقع البيع في ملكه، ولا مانع منه

(الثاني): (6) أنه لا دليل على اشتراط كون احد العوضين ملكا للعاقد في انتقال بدله (7) إليه

+++++

(1) اى في رد الاشكال الوارد على الفضولي الذي اشترى بمال الغير لنفسه

(2) اى للبايع، أو المشتري الفضولين

(3) اى الى غيره

(4) وهو شراء الفضولي بمال الغير لنفسه

(5) اى بتملك البايع الفضولي، أو المشتري الفضولي

(6) اى الثاني من الوجهين الذين أفادهما البعض في رد الاشكال

(7) وهو الثمن اذا كان العاقد الفضولي بايعا مال الغير لنفسه، والمثمن

بل يكفي أن يكون مأذونا في بيعه لنفسه، أو الشراء به

فلو قال: بع هذا لنفسك، أو اشتر لك بهذا ملك الثمن في الصورة الاولى (1) بانتقال المبيع عن مالكة الى المشتري

وكذا ملك المثلث في الصورة الثانية (2) و يتفرع عليه (3) أنه لو اتفق بعد ذلك (4) فسخ المعاوضة رجع الملك الى مالكة، دون العاقد (5)

(اقول): وفي كلا الوجهين نظر

أما الأول (6) فلأن صحة الاذن في بيع المال لنفسه، أو الشراء لنفسه ممنوعة كما تقدم في بعض فروع المعاظة (7)، مع أن قياس الاجازة على الاذن قياس مع الفارق، لأن الاذن في البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك أنا ما قبل البيع، بخلاف الاجازة، فإنها لا تتعلق إلا بما وقع سابقا

+++++

إذا كان مشتريا بمال الغير لنفسه

(1) أي ملك العاقد البائع الثمن في الصورة الأولى: وهي البيع لنفسه

(2) أي ملك العاقد المشتري المثلث في الصورة الثانية: وهي الشراء لنفسه

(3) أي على هذا الاذن في البيع و الشراء في قول المالك: بع هذا لنفسك، أو اشتر هذا لنفسك

(4) أي بعد البيع و الشراء

(5) وهو البائع، أو المشتري

(6) أي أما النظر في الوجه الاول و هو الذي افاده البعض بقوله في ص 243: احدهما أن قضية

(7) راجع الجزء 6 من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة ص 254 عند قوله: نعم يصح ذلك باحد الوجهين كلاهما في المقام مفقود، الى آخر ص 257

ص: 244

والمفروض أنه لم يقع إلا مبادلة مال الغير بمال آخر

نعم لما بنى هو (1) على ملكية ذلك المال عدوانا، أو اعتقادا قصد بالمعاوضة رجوع البديل إليه، فالاجازة من المالك إن رجعت الى نفس المبادلة أفادت دخول البديل في ملك المجيز

وإن رجعت الى المبادلة منضمة الى بناء العاقد على تملك المال فهي وإن أفادت دخول البديل في ملك العاقد

إلا أن مرجع هذا (2) الى اجازة ما بنى عليه العاقد: من التملك و امضائه له (3)، اذ بعد امضائه يقع البيع في ملك العاقد فيملك البديل إلا أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الاجازة في تأثير ذلك البناء في تحقق متعلقه (4) شرعا، بل الدليل على عدمه (5)، لأن هذا (6) مما لا يؤثر فيه الاذن لأن الاذن في التملك لا يؤثر التملك فكيف اجازته (7)

و أما الثاني (8)

+++++

(1) اي البائع الفضولي مال الغير لنفسه، أو المشتري الفضولي بمال الغير لنفسه

(2) وهو دخول البديل في ملك العاقد

(3) اي و امضاء المالك الاصيلي هذا التملك للفضولي باجازته له البيع أو الشراء الصادر منه

(4) أي متعلق الاجازة وهو دخول البديل في ملك العاقد

(5) اي عدم تحقق متعلق الاجازة

(6) وهو تحقق متعلق الاجازة

(7) اي اجازة التملك

(8) اي و أما النظر في الوجه الثاني مما افاده البعض في رد الإشكال

ص: 245

فلما عرفت (1) من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة، ولذا (2) صرح العلامة رحمه الله في غير موضع من كتبه تارة بأنه (3) لا يتصور، و اخرى بأنه لا يعقل أن يشتري الانسان لنفسه بمال غيره شيئاً

بل ادعى بعضهم في مسألة قبض المبيع عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن: اشتر لنفسك به طعاماً

وقد صرح به (4) الشيخ والمحقق وغيرهما

نعم سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب أن ظاهر جماعة كقطب الدين والشهيد، وغيرهما أن الغاصب مسلط على الثمن وإن لم يملكه فإذا اشترى به شيئاً ملكه

و ظاهر هذا (5) إمكان أن لا يملك الثمن

+++++

على التعاقد المشتري بمال الغير لنفسه بقوله في ص 243: الثاني أنه لا دليل على اشتراط

(1) اي في الجزء 6 من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة في ص 9 عند تعريف البيع بقوله: وهو في الاصل كما عن المصباح المنير مبادلة مال بمال

فالمال قد - اخذ في مفهوم البيع و حقيقته، و تحققه في الخارج فكيف يصح أن يقال بعدم اشتراط كون احد العوضين ملكاً للعاقد كما افاده البعض بقوله: الثاني أنه لا دليل على اشتراط كون احد العوضين ملكاً للعاقد

(2) اي و لأجل أن ما ذكره البعض في الوجه الثاني مناف لحقيقة البيع و مفهومه

(3) اي شراء الفضولي لنفسه بمال الغير

(4) اي بطلان قول مالك الثمن: اشتر به لنفسك طعاماً

(5) اي في بادئ الامر أن لا يملك المشتري الثمن، فحينئذ يصح ما افاده البعض في الوجه الثاني: من عدم اشتراط كون احد العوضين ملكاً للعاقد

ص: 246

و يملك المثلثن المشتري (1)

إلا أن يحمل ذلك (2) منهم على التزام تملك البائع الغاصب (3) للمثلثن مطلقا كما نسبة الفخر رحمه الله الى الأصحاب، أو أنا ما قبل أن يشتري به شيئا، تصحيحا للشراء.

وكيف كان فالأولى في التفصي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا (4)

الوجه الخامس و جوابه

ثم إن مما ذكرنا: من أن نسبة ملك العوض حقيقة إنما هو الى مالك المعوض، لكنه بحسب بناء الطرفين (5) على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه (6) يظهر اندفاع إشكال آخر في صحة البيع لنفسه مختص (7) بصورة علم المشتري الاصيل: و هو (8) أن المشتري الاصيل اذا كان عالما بكون البائع لنفسه غاصبا فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم بأن المالك

+++++

(1) بصيغة المفعول صفة لكلمة المثلثن

(2) اى يحمل امكان أن لا يملك الغاصب الثمن، و يملك المثلثن كما افاده قطب الدين و الشهيد، و غيرهما

(3) اى غاصب المثلثن

(4) اى في ص 240 عند قوله: فالانسب في التفصي أن يقال: إن نسبة المملك الى العاقد الفضولي

و المراد بالاشكال ما ذكره بقوله في ص: 236 و لكن يشكل فيما اذا فرضنا

(5) و هما: البائع الغاصب، و المشتري العالم بالغصبية

(6) اى الى الغاصب

(7) اى هذا الإشكال الآخر مختص بصورة علم المشتري بكون العاقد غاصبا

(8) اى الإشكال الآخر عبارة عن علم المشتري بغصبية المبيع

ص: 247

لورد فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن

و هذا (1) كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية (2) وإلا لكان ردها موجبا لرجوع كل عوض الى مالكة

و حينئذ (3) فاذا اجاز المالك لم يملك الثمن، لسبق اختصاص الغاصب به (4) فيكون البيع بلا ثمن

و لعل هذا (5) هو الوجه في إشكال العلامة في التذكرة، حيث قال بعد الإشكال في صحة بيع الفضولي مع جهل المشتري: إن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل (6) انتهى (7)

أقول: هذا الإشكال (8) بناء على تسليم ما نقل عن الأصحاب

+++++

(1) و هو حكم الأصحاب بعدم رجوع المشتري على البائع للثمن اذ رد المالك البيع كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، لأن المعاوضة الحقيقية عبارة عن دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثل كما عرفت أكثر من مرة

(2) اي و لو كانت المعاوضة الحقيقية متحققة في الخارج لكان للمشتري حق الرجوع على البائع بالثمن عند ما رد المالك المعاملة

(3) اي و حين أن رد المالك البيع

(4) وجه سبق اختصاص الغاصب بالثمن هو دفع المشتري العالم بالغصبية الثمن الى الغاصب، و تسليطه عليه، فهذا السبب أسبق من السبب الثاني و هو الاجازة الصادرة من المالك

(5) و هو وقوع البيع بلا ثمن

(6) راجع تذكرة الفقهاء من طبعتنا الحديثة. الجزء 7. ص 10

(7) اي ما أفاده العلامة في المصدر

(8) و هو أن المشتري الاصيل لو كان عالما بأن البائع غاصب فقد حكم الفقهاء بأن المالك لورد فليس للمشتري حق الرجوع على البائع بالثمن

ص: 248

من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع رد المالك وبقائه، وبعد تسليم أن الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط (1) على تقديري الرد و الاجازة، لأن التسليط المراعى بعدم اجازة البيع إنما يتوجه على القول بالنقل، حيث إن تسليط المشتري للبايع على الثمن قبل (2) انتقاله الى مالك المبيع بالاجازة فلا يبقى مورد للاجازة

و أما على القول بالكشف فلا يتوجه إشكال اصلا، لأن الرد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطا له (3) على مال نفسه، و الاجازة كاشفة عن كونه (4) تسليطا له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل (5) بالإقباض، و لذا (6) لو لم يقبضه (7) الثمن حتى اجاز

+++++

(1) و هو تسليط المشتري العالم بالعقد الفضولي على الثمن، سواء رد المالك البيع أم لا، و هذا معنى مطلق التسليط

(2) بالرفع محلا خبر لكلمة إن في قوله: حيث إن تسليط

(3) اى البائع الفضولي

(4) اى عن كون تسليط المشتري العالم بالغصيبة العاقد الفضولي على الثمن تسليطا له على الثمن الذي كان يملكه غيره و هو المالك الاصيل

(5) بالجر صفة لكلمة التسليط

(6) اى و لاجل أن هذه الاجازة كاشفة عن كون تسليط المشتري الغاصب على الثمن تسليطا له على ملك غيره، فلو لم يقبض المشتري العالم بالغصيبة الثمن للغاصب حتى اجاز المالك المعاملة، أو ردّها ليس للغاصب انتزاع الثمن من يد المشتري لورد المالك المعاملة

و كذلك ليس له انتزاعه من يد المالك لو اجاز المالك

(7) اى المشتري العالم بالغصيبة كما عرفت آنفا

المالك، أو ردّ لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري (1) أو المالك (2)

وسياتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك تنمة لذلك (3) فانتظر

ثم اعلم أن الكلام في صحة بيع الفضولي لنفسه غاصبا كان أو غيره (4) إنما هو في وقوعه للمالك إذا اجاز، وهو (5) الذي لم يفرق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك، لا لنفسه

و أما الكلام في صحة بيع الفضولي ووقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع و اجاز (6)، سواء باع لنفسه، أو للمالك فلا دخل له بما نحن فيه (7) لأن الكلام هنا (8) في وقوع البيع للمالك، وهناك (9) في وقوعه للعاقد إذا ملك

+++++

(1) لورد المالك كما عرفت

(2) لو اجاز المالك كما عرفت

(3) اي للعاقد الفضولي اذا اشترى لنفسه بمال الغير

(4) كما لو اعتقد أنه مالك كما في صحيحة الحلبي المشار إليها في ص 196

(5) اي البيع الفضولي لنفسه غاصبا كان، أو غيره إنما هو في وقوعه للمالك إذا اجاز

(6) اي اجاز المالك للمبيع بالهبة مثلا بعد أن كان قد باع المبيع فضولا البيع الذي صدر منه فضولا

(7) وهو وقوع بيع الفضولي مال الغير لنفسه، أو وقوع الشراء لنفسه للمالك

(8) وهو وقوع بيع الفضولي مال الغير لنفسه للمالك

(9) وهو بيع الفضولي ووقوعه لنفسه إذا صار مالكا

ص: 250

و من هنا (1) يعلم أن ما ذكره في الرياض: من أن بيع الفضولي لنفسه باطل و نسب الى التذكرة نفي الخلاف فيه في غير محله (2)

إلا أن يريد (3) ما ذكرناه و هو (4) خلاف ظاهر كلامه

بقي هنا امران:

اشارة

بقي هنا امران:

الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو ديناً، أو في ذمة الغير

(الأول): أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو ديناً، أو في ذمة (5) الغير

+++++

(1) و هو ذهاب المشهور الى صحة بيع الفضولي لنفسه اذا اجاز المالك فيصبح ثمن المبيع ملكاً للمالك الاصيل

(2) لأنه مع ذهاب المشهور الى صحة بيع الفضولي لنفسه كيف يصح نفي الخلاف في البطلان الى العلامة قدس سره، مع أنه في أبواب الفقه و مبانيها، و أصولها و فروعها ابن بجدتها، و فارس ميدانها

(3) اي يريد صاحب الرياض قدس سره من بيع الفضولي لنفسه ما ذكرناه: و هو وقوعه للعاقد الفضولي اذا ملك المبيع ثم اجاز البيع

(4) اي إرادة صاحب الرياض من بيع الفضولي ما ذكرناه خلاف ظاهر كلامه، حيث إن الظاهر منه هو وقوع البيع للمالك

(5) كأن يقول الفضولي: بعت طناً من الحنطة بذمة زيد بعشرة دنانير

ولما انجر بنا الكلام الى الذمة لا بأس باشارة اجمالية الى أقسامها

اعلم أن بيع الفضولي متعلقاً بالكلي يتصور على ثلاثة أقسام:

(الاول): أن يبيع الفضولي الكلي الثابت للمالك على غير المالك كأن يقول: بعتك طناً من الحنطة الثابتة لزيد و الذي هو في ذمة عمرو بعشرة دنانير

(الثاني): أن يبيع الفضولي الكلي الثابت في ذمته و الذي هو لعمرو

و منه (1) جعل العوض ثمنا (2) أو مئنا (3) في ذمة الغير ثم إن تشخيص ما في الذمة الذي يعقد عليه الفضولي إما باضافة الذمة الى الغير بأن يقول:

+++++

كما لو اسلف زيد عمرا طنا من الحنطة فباع زيد هذا الطن الذي في ذمته من قبل عمرو فضولا: بأن قال: بعتك طنا من الحنطة الذي هو في ذمتي بعشرة دنانير

(الثالث): أن يجعل الفضولي الكلي متعلقا بذمة المالك بواسطة البيع كأن يقول: بعتك طنا من الحنطة الذي هو في ذمة زيد، و الذي هو لعمرو.

أو اشترى لزيد في ذمته كأن يقول: اشتريت طنا من الحنطة لزيد بعشرة دنانير في ذمتي

وقد اشار الشيخ قدس سره الى اثنين من هذه الأقسام و هما: الأول و الثاني بكلمة الغير في موضعين بقوله: بين كون مال الغير عينا، أو في ذمة الغير، حيث اراد من الغير الأول المالك، فتكون الألف و اللام في كلمة الغير عوضا عن المضاف إليه و هو غير الفضولي العاقد كما عرفت في المثال الاول

و اراد من كلمة الغير الثاني غير المالك، سواء أكان هو الفضولي العاقد أم غيره، فتكون الألف و اللام في كلمة الغير عوضا عن المضاف إليه و هو المالك كما عرفت في المثال الثاني

(1) هذا هو القسم الثالث من بيع الفضولي الكلي اي و من أقسام بيع الفضولي المتعلق بالكلي: جعل الكلي ثمنا، أو مئنا كما عرفت ذلك في المثالين الذين ذكرناهما في القسم الثالث

(2) فيما اذا اشترى بمال الغير شيئا، و جعل العوض في ذمة الغير

(3) فيما اذا باع مال الغير، و جعل المبيع في ذمة الغير

ص: 252

بعت كرا من طعام في ذمة فلان (1) بكذا، أو بعت هذا بكذا في ذمة فلان (2)

و حكمه أنه لو اجاز فلان يقع العقد له، وإن رد بطل راسا

و إما بقصده (3) العقد له، فإنه اذا قصده (4) في العقد تعين كونه (5) صاحب الذمة، لما عرفت من استحالة دخول احد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، إلا على احتمال ضعيف تقدم (6) عن بعض

فكما أن تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد

كذلك قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي باضافته الى ذمة شخص خاص

و حينئذ (7) فإن اجاز من قصد مالكيته وقع العقد، وإن رد فمقتضى

+++++

(1) هذا مثال لجعل المثلث في ذمة الغير باضافة الذمة الى الغير

(2) هذا مثال لجعل الثمن في ذمة الغير باضافة الذمة الى الغير

(3) اي بقصد الفضولي وقوع العقد للغير

(4) اي قصد الفضولي الغير في العقد

(5) اي الغير الذي قصده العاقد الفضولي في العقد

(6) و هو الوجه الثاني من الوجهين الذين ذكرهما البعض و نقلهما عنه الشيخ في ص 243 بقوله: و ذكر بعضهم في ذلك وجهين

وقد عرفت ضعف ذلك عند قول المصنف في ص 245: و أما الثاني فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة

(7) اي و حين أن قلنا: إن تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، و كذلك قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي

ص: 253

القاعدة بطلان العقد واقعا، لأن مقتضى رد العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردد في باب الفضولي بين مالكة الاصلية، و بين من وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده بين الفضولي، و من وقع له العقد، إذ لو صح وقوعه للفضولي لم يحتج الى اجازة و وقع له

إلا أن الطرف الآخر (1) لو لم يصدقه على هذا القصد (2) و حلف على نفي العلم حكم له على الفضولي، لوقوع (3) العقد له ظاهرا كما عن المحقق و فخر الاسلام و المحقق الكركي و السيوري (4) و الشهيد الثاني

و قد يظهر من اطلاق بعض الكلمات كالتواعد و المبسوط وقوع العقد له (5) واقعا

+++++

(1) خلاصة هذا الكلام: أن الطرف الآخر في المعاوضة، سواء أكان بايعا للفضولي اذا كان الثمن فضوليا أم مشتريا من الفضولي لو كان المثلن فضوليا لو لم يصدق الفضولي فيما ادعاه: من قصد البيع، أو الشراء للغير، و نفي العلم على فضولية الثمن، أو المثلن، و حلف على ذلك:

لزم الحكم له في كلتا الصورتين ظاهرا، قهرا على الفضولي، لحلف الطرف الآخر على نفي العلم بذلك

(2) و هو ادعاء الفضولي أني قصدت البيع، أو الشراء للغير كما عرفت آنفا

(3) تعليل للحكم للطرف الآخر في الظاهر، و قد عرفته آنفا

(4) يأتي شرح حياته في (أعلام المكاسب)

(5) أي للطرف الآخر في الواقع و نفس الامر، لا ظاهرا أي يحكم له في الواقع

وقد نسب ذلك (1) الى جماعة في بعض فروع المضاربة (2)

و حيث عرفت (3) أن قصد البيع للغير، أو اضافته (4) إليه في اللفظ يوجب صرف الكلي الى ذمة ذلك الغير، كما أن اضافة الكلي إليه (5) توجب صرف البيع، أو الشراء إليه (6)

+++++

(1) اي بوقوع العقد للطرف الآخر في الواقع و نفس الامر

(2) قال العلامة قدس سره في القواعد في باب المضاربة: و ليس له (1) أن يشتري من ينعق على المالك إلا بإذنه، فإن فعل صح و بطلت المضاربة في ثمنه، فإن كان كلّ المال بطلت المضاربة،

و لو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته، و الوجه الاجرة

و إن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين، أو في الذمة و ذكر المالك، و إلا وقع للعامل مع علمه، انتهى ما افاده العلامة في القواعد

فالشاهد في قوله: و إلا وقع للعامل، حيث اراد من وقوع المعاملة وقوعها للعامل في الواقع و نفس الامر اذا لم يذكر المالك، لأنه لم يقيد الوقوع بالظاهر

و من الواضح أن العامل هنا فضولي، حيث اشترى من ينعق على المالك بغير اذنه

(3) اي في ص 252 عند قوله: ثم إن تشخيص ما في الذمة الذي يعقد عليه الفضولي إما باضافة الذمة الى الغير الى آخر ما أفاده هناك

(4) اي اضافة البيع الى الغير في اللفظ: بأن قال: بعث لزيد طنا من الحنطة

(5) اي الى الغير

(6) اي الى الغير

ص: 255

وإن لم يقصده (1)، أو لم يصفه (2) إليه ظهر من ذلك (3) التنافي بين

+++++

(1) أي وإن لم يقصد الفضولي البيع، أو الشراء للغير

(2) أي وإن لم يصف الفضولي البيع، أو الشراء إلى الغير

فهنا صور أربعة

(الأولى): قصد الفضولي البيع، أو الشراء للغير من دون إبراز باللفظ

(الثانية): إضافة الفضولي البيع، أو الشراء إلى الغير باللفظ

(الثالثة): إضافة الفضولي الكلي إلى الغير وإن لم يقصد البيع أو الشراء للغير

(الرابعة): إضافة الفضولي الكلي إلى الغير وإن لم يصف البيع أو الشراء إلى الغير

ففي جميع هذه الصور يوجب صرف الكلي إلى ذمة ذلك الغير

(3) أي ظهر لك بعد ذكر هذه الصور أن قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف البيع إلى الغير

وجه الظهور أن العاقد الفضولي عند ما يقول: اشترت هذا لزيد بعشرة دنانير في ذمتي فقد جمع بين شيئين متناقضين، لأن معنى اشترت لزيد أن العاقد قصد وقوع المبيع لزيد، ولازمه أن يكون الثمن المدفوع إزاء هذا الشراء من ملك زيد، للزوم خروج الثمن عن ملك من يدخل المثل في ملكه، ومن الواضح أن زيدا هو الذي دخل المثل في ملكه

ولكن عند ما يقول العاقد الفضولي بعد ذلك: في ذمتي فقد أسند الكلي وهو ثمن الشراء وإضافته إلى نفسه ولازم هذا الإسناد وهذه الإضافة خروج الثمن من ملك من لم يدخل المثل في ملكه

وهذا معنى الجمع بين المتنافيين والمتناقضين

ص: 256

اضافة البيع الى غيره، و إضافة الكلي الى نفسه (1)، أو قصده من غير اضافة

و كذا بين اضافة البيع الى نفسه، و اضافة الكلي الى غيره (2)

فلو جمع بين المتنافيين بأن قال: اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي أو اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان

ففي الاول (3) يحتمل البطلان، لأنه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله

و يحتمل إلغاء أحد القيدتين (4)، و تصحيح المعاملة لنفسه (5) أو لغيره (6)

و في الثاني (7) يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد اجازته

لكن (8) بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقادا

+++++

(1) كما في قوله: بعتك طنا من حنطة زيد في ذمتي

(2) كما في قوله: بعتك طنا من الحنطة بذمة زيد

(3) اى المثال الاول و هو قوله: اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي

(4) و هما: قيد لفلان، و قيد في ذمتي

(5) اذا الغي قيد لفلان

(6) اذا الغي قيد في ذمتي

(7) اى المثال الثاني و هو قوله: اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان

(8) اى لكن وقوع المعاوضة للغير مبني على تملك المباشر ذمة الغير اعتقادا، اذ لولا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة الحقيقية،

حيث اخذ في مفهومها مبادلة مال بمال كما عرفت في تعريف البيع في الجزء 6 من المكاسب من طبعتنا الحديثة. ص 7

ص: 257

و يحتمل الصحة (1) بإلغاء قيد ذمة الغير، لأن تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب الغاء ما ينافيه: من اضافة الذمة الى الغير

و المسألة (2) تحتاج الى تأمل

ثم إنه قال في التذكرة: لو اشترى فضولياً فإن كان بعين مال الغير فالخلاف (3) في البطلان، أو الوقف على الاجازة (4) إلا أن أبا حنيفة قال: يقع للمشتري بكل حال (5)

وإن كان (6) في الذمة لغيره و اطلق اللفظ

قال علماؤنا: يقف على الاجازة، فإن اجازته صح و لزمه اداء الثمن و إن رد نفذ عن المباشر (7)

+++++

(1) اى في المثل الثاني المشار إليه في ص 253 اى يحتمل صحة هذه المعاوضة و وقوعها للعاقد الفضولي بإلغاء قيد ذمة الغير في قوله:

في ص 253 في ذمة فلان

(2) و هي مسألة قصد البيع، أو الشراء للغير، أو إضافته الى الغير باللفظ

(3) اى الخلاف المعهود في بيع مال الغير لنفسه: من البطلان أو التوقف على اجازة الغير جار في الشراء للغير بعين ماله

فكل ما قيل هناك يقال هنا

(4) اى على اجازة المالك

(5) اى سواء اجاز المالك، أم رد

(6) اى الشراء الفضولي الذي كان للغير إن كان بثمن في ذمة العاقد المباشر، و اطلق اللفظ المباشر عند ما جرى الصيغة: بأن قال:

اشتريت طناً من الحنطة من دون أن يقول: في ذمتي لفلان

(7) و هو العاقد الفضولي اى يكون الشراء له و يجب عليه دفع الثمن

ص: 258

وبه (1) قال الشافعي في القديم وأحمد: وإنما يصح الشراء (2)، لأنه تصرف في ذمته، لا في (3) مال غيره، وإنما (4) توقف على الاجازة لأنه (5) عقد الشراء له، فإن اجازته لزمه، وإن رده لزم لمن (6) اشتراه

+++++

(1) اي وبنفوذ الشراء عن المباشر إن رد الشراء الغير قال الشافعي في القديم، حيث كان للشافعي رايان:

راى عند ما كان يسكن في (بغداد) فيسمى قديما

ورأى عند ما ذهب الى البلاد المصرية و سكن في (القاهرة)

فموافقته لنفوذ الشراء للمباشر بعد رد الغير الشراء كانت بعد خروجه من (العراق)، وبعد سكناه في (القاهرة)

(2) اي وإنما يقع شراء الفضولي لنفسه في صورة رد الغير، و لا يقع للغير لاجل أن المباشر قد تصرف في ذمته: بأن جعل الثمن الذي يدفعه الى البائع في ذمته، لا في ذمة الغير

(3) اي و لم يتصرف المباشر الفضولي في مال الغير حتى لا يصح الشراء له كما كان التصرف في مال الغير في الفرض الاول الذي نقله الشيخ عن العلامة بقوله في ص 258: فإن كان بعين مال الغير

(4) دفع وهم

حاصل الوهم: أنه لو كان الشراء يقع للمباشر المشتري، لأنه قد تصرف في ذمته، وأن الشراء صحيح على هذا الوجه فلما ذا تتوقف المعاملة على اجازة الغير الذي رد الشراء؟

(5) جواب عن الوهم المذكور

خلاصته: أن التوقف المذكور لاجل أن المباشر قد عقد الشراء للغير من بادئ الامر وإن اضاف الثمن الى ذمته

(6) وهو المشتري المباشر

ص: 259

و لا فرق بين أن ينقد (1) من مال الغير، أولا

وقال أبو حنيفة: يقع (2) عن المباشر و هو جديد للشافعي، انتهى (3)

و ظاهره (4) الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعا، كما يشعر به تعليقه (5) بقوله: لأنه تصرف في ذمته، لا في مال الغير

لكن (6) اشرنا سابقا اجمالا الى أن تطبيق هذا على القواعد مشكل لأنه (7) إن جعل المال في ذمته بالأصالة فيكون ما في ذمته كعين ماله فيكون كما لو باع عين ماله لغيره

+++++

(1) بالقاف بمعنى الدفع و الاعطاء

(2) اى هذا الشراء اذا رده الغير

(3) اى ما افاده العلامة قدس سره

راجع تذكرة الفقهاء من (طبعتنا الحديثة) الجزء 7. ص 9

(4) اى و ظاهر كلام العلامة اتفاق الفقهاء على أن الشراء يقع للمباشر في الواقع اذا رده الغير، لا في الظاهر

وجه الظهور: أن الشراء كما يقع عن المجيز و ينفذ واقعا كذلك يقع و ينفذ عن المباشر واقعا بقرينة المقابلة فكما يراد هناك من الوقوع الواقع كذلك يراد هنا الواقع

(5) اى تعليل العلامة في التذكرة

(6) من هنا يروم الشيخ الإشكال على العلامة فيما افاده: من وقوع الشراء للمباشر المشتري اذا رده الغير

(7) هذا وجه الإشكال

و خلاصته: أن وقوع الشراء للمباشر مخالف للقواعد الفقهية و تطبيقه على تلك القواعد مشكل، لأن المباشر الفضولي إن جعل ثمن الشراء

ص: 260

و الأوفق (1) بالقواعد في مثل هذا (2) إما البطلان لو عمل بالنية (3) بناء على أنه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهرا

و إما صحته و وقوعه لنفسه (4) لو الغيت النية (5)، بناء (6) على انصراف المعاملة الى مالك العين قهرا و إن نوى خلافه

و إن جعل (7) المال في ذمته، لا من حيث الأصالة، بل من حيث جعل نفسه نائبا عن الغير فضولا فمع الإشكال (8) في صحة هذا لو لم يرجع الى الشراء في ذمة الغير: أن اللازم من هذا أن الغير اذا رد هذه المعاملة، و هذه النيابة تقع فاسدة من اصلها، لا أنها تقع للمباشر

+++++

في ذمته بالأصالة معناه أنه جعله من عين ماله، فيكون حينئذ كمن باع عين ماله لغيره

فكما أنه لا يجوز ذلك، كذلك لا يجوز هذا الشراء

(1) هذا رأي الشيخ حول الشراء للغير فضولا

(2) اى في مثل هذا الشراء

(3) اى نية الشراء للغير

(4) اى لنفس المباشر الفضولي

(5) اى نية الشراء للغير

(6) تعليل لإلغاء النية، اى إلغاء نية الغير مبني على القول بانصراف مثل هذه المعاملة الى مالك العين و هو الثمن و إن نوى المباشر الشراء للغير

(7) اى المباشر الفضولي

(8) اى مع الإشكال في صحة مثل هذه النيابة

وجه الاشكال هو أن جريان الفضولي في الوكالة امر مشكل، لأن الوكالة عبارة عن الاستتابة عن الموكل، و الفضولي عبارة عن المباشرة من عند نفسه فهو مقابل للوكالة

نعم اذا عجز المباشر من اثبات ذلك (1) على البائع لزمه ذلك (2) في ظاهر الشريعة كما ذكرنا سابقا (3) ونص عليه (4) جماعة في باب التوكيل

و كيف كان فوقع المعاملة في الواقع مرددة بين المباشر، و المنوي (5) دون (6) التزامه خرط (7) القتاد

و يمكن تنزيل العبارة (8)

+++++

(1) اى من اثبات أنه جعل المال في ذمته لا من حيث الأصالة بل من حيث جعل نفسه نائبا عن الغير

(2) اى وقوع الشراء لنفس المباشر يكون في الظاهر، لا في الواقع

(3) اى في ص 254 عند قوله: لوقع العقد له ظاهرا

(4) اى على وقوع الشراء للمباشر ظاهرا جماعة من المحققين كالمحقق و فخر الاسلام، و المحقق الكركي، و السيوري و الشهيد الثاني

راجع (شرايع الاسلام) الطبعة الجديدة. الجزء 2. ص 205

أليك نص عبارة المحقق في المصدر نفسه

(الرابعة): اذا اشترى انسان سلعة و ادعى أنه وكيل لانسان فانكر كان القول قوله مع يمينه، و يقضى على المشتري بالثمن، سواء اشترى بعين،

أم في ذمة، إلا أن يكون ذكر أنه يبتاع له في حالة العقد

(5) و هو الغير الذي اشترى له المباشر الفضولي

(6) اى عند التزامه

(7) اى صعب مستصعب، و امر مشكل

قد مضى شرح كلمتي (خرط القتاد) في الجزء 5 من المكاسب من طبعتنا الحديثة. في الهامش 5. ص 342

(8) اى عبارة العلامة في التذكرة في قوله: و إن رد نفذ عن المباشر

ص: 262

على الوقوع للمباشر ظاهرا، لكنه بعيد (1)

الثاني: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا: من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي و المعاطاة

(الثاني) (2) الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا: من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي و المعاطاة، بناء على افادتها للملك، اذ لا فارق بينها و بين العقد، فإن التقابض بين الفضولين، أو فضولي و اصيل اذا وقع بنية التمليك و التملك فاجازه المالك فلا مانع من وقوع المجاز من حينه، أو من حين الاجازة، فعموم مثل قوله تعالى: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ شَامِل (3)

و يؤيده (4) رواية عروة البارقي، حيث إن الظاهر (5) وقوع المعاملة بالمعاطاة

+++++

(1) اى هذا الحمل بعيد

وجه البعد: أن العلامة قدس سره علل وقوع الشراء للمباشر بقوله:

لأنه تصرف في ذمته، و التعليل هذا يقتضي وقوعه للمباشر في الواقع لا في الظاهر، لأنه اذا كان المراد من وقوع الشراء وقوعه للمباشر ظاهرا لكان الأنسب في التعليل أن يقول: لأن العقد وقع له بمقتضى اطلاقه

(2) اى من الامرين الذين قال الشيخ في ص 251: بقي هنا امران

(3) اى للبيع المعاطاتي، و الشراء المعاطاتي اذا وقعا على نحو الفضولي

(4) اى و يؤيد عدم الفرق بين أقسام البيع الفضولي بين كونه بالعقد، أو بالمعاطاة

(5) اى الظاهر من رواية عروة البارقي

وجه الظهور هو الغلبة، حيث إن أغلب المعاملات الواقعة في الخارج تقع على وجه المعاطاة من بداية ظهور الاسلام الى يومنا هذا كما عرفت ذلك في الجزء 6 من المكاسب من طبعتنا الحديثة في الهامش 2 ص 351 فراجع

ص: 263

و توهم الإشكال (1) فيه من حيث إن الاقباض الذي يحصل به التملك محرم، لكونه تصرفاً في مال الغير فلا يترتب عليه اثر في غير (2) محله، اذ (3) قد لا يحتاج الى إقباض مال الغير كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة، مع (4) أنه قد يقع الاقباض مقروناً برضا المالك، بناء

+++++

(1) اي و توهم اتيان الإشكال في عدم الفرق بين أقسام البيع الفضولي في وقوعه بالعقد، أو بالمعاطة في غير محله

وجه الاشكال: أن الاقباض شرط في تحقق المعاطة في الخارج، لحصول التملك و التملك بهذا الاقباض

و لا- شك أن الاقباض هنا محرم، لكونه تصرفاً في مال الغير، و اذا كان محرماً لا- يترتب عليه الاثر: و هو النقل و الانتقال فلا يقع بيع الفضولي في المعاطة

(2) اي الاشكال المذكور في غير محله

و قد رد الشيخ الاشكال بأجوبة أربعة، و نحن نذكر كل واحد منها تحت رقمه الخاص

(3) هذا هو الجواب الاول

و خلاصته: أن الاقباض ليس شرطاً في تحقق مفهوم المعاطة، لأن من المعاطة ما لا يحتاج الى الاقباض كما لو اشترى الفضولي شيئاً بذمته لزيد فهنا لا يحتاج الى الاقباض حتى يقال بحرمة، لكونه تصرفاً في مال الغير

(4) هذا هو الجواب الثاني

و خلاصته: أنه لو قلنا باحتياج المعاطة الى الاقباض، لكن نقول بعدم حرمة فيما نحن فيه، لوقوع المعاطة مقرونة برضا المالك، لكون الفضولي عالماً برضاه

ص: 264

على ظاهر كلامهم من أن العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولي

مع (1) أن النهي لا يدل على الفساد

مع (2) أنه لو دل لدل على عدم ترتب الاثر المقصود وهو استقلال الاقباض في السببية، فلا ينافي كونه (3) جزء سبب

+++++

هذا بناء على عدم إخراج العلم بالرضا المعاملة عن الفضولي

(1) هذا هو الجواب الثالث

و خلاصته: أنه لو تنازلنا عن مقالتنا: وهو عدم دلالة النهي على حرمة الاقباض، وقلنا بدلالته عليها

لكن نقول بعدم دلالة على فساد البيع، لعدم تعلق النهي بالاقباض من حيث إنه بيع، بل تعلق به من حيث إنه تصرف في مال الغير

و من الواضح أن هذا امر خارج عن حقيقة البيع

(2) هذا هو الجواب الرابع

و خلاصته: أنه لو تنازلنا عما قلناه: من عدم تعلق النهي بالاقباض من حيث هو بيع، بل من حيث هو تصرف في مال الغير، وقلنا بتعلقه به

من حيث إنه بيع فيدل على الفساد

لكن نقول: إنه يراد من الفساد عدم ترتب الاثر الذي هو النقل و الانتقال في الخارج: بمعنى أن الاقباض لا يكون سببا مستقلا، و علة تامة

لتحقق ذلك الاثر في الخارج

نعم هو جزء سبب لحصول الاثر في الخارج، و جزؤه الآخر هو الرضا و الاجازة

(3) اي الاقباض كما عرفت آنفا

ص: 265

وربما يستدل على ذلك (1) بأن (2) المعاطاة منوطة بالتراضي، وقصد الاباحة، أو التمليك، وهما (3) من وظائف المالك، ولا يتصور صدورهما من غيره، ولذا (4) ذكر الشهيد الثاني أن المكره والفضولي قاصدان اللفظ، دون المدلول، وذكر أن قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك ومشروطة (5) أيضا بالقبض والاقباض من الطرفين، أو من أحدهما

+++++

(1) اى على بطلان بيع الفضولي في المعاطاة، وعدم جريانه فيه والمستدل هو المحقق التستري صاحب المقاييس قدس سره

وقد استدل على ذلك بوجهين نشير إليهما عند ما ينقلهما الشيخ عنه

(2) هذا هو الوجه الاول وهو مركب من قياس منطقي من الشكل الاول هكذا:

(الصغرى): المعاطاة منوطة بالتراضي، وقصد الاباحة، أو التمليك من المتعاطيين، فحقيقة المعاطاة ذلك لا غير

(الكبرى): وكل ما كان كذلك فلا يعقل صدوره من الفضولي لأن التراضي، وقصد الاباحة، أو التمليك من وظائف المالك

(النتيجة): فالفضولي لا يقع في المعاطاة

(3) اى التراضي، وقصد الاباحة، أو التمليك كما عرفت في الصغرى

(4) اى ولا جل أن التراضي، وقصد الاباحة، أو التمليك من وظائف المالك، ولا يعقل صدورهما من غيره وهو العاقد الفضولي

(5) بالرفع عطفًا على قوله: منوطة، اى وأن المعاطاة مشروطة بالقبض والاقباض

هذا هو الوجه الثاني من وجهي المستدل

و خلاصته: أن القبض والاقباض من الطرفين، أو من احدهما

ص: 266

مقارنا (1) للامرین، ولا اثر لهما (2) إلا اذا صدرا من المالك، أو باذنه

وفیه (3) أن اعتبار الاقباض و القبض في المعاطاة عند من اعتبره

+++++

في المعاطاة معتبر، لكن لا مطلقا، بل اذا وقعا مقارنا للاباحة، أو التمليك وإنما يؤثر القبض و الاقباض اذا صدرا من المالك الاصيل، أو باذنه

و من الواضح أن الفضولي ليس باصيل، ولا مأذون من المالك فالقبض و الاقباض الواقعان منه لا اثر لهما

(1) منصوب على الحالية للقبض و الاقباض، اى حال كون القبض و الاقباض مقارنين للتراضي، و الاباحة، أو التمليك كما عرفت

(2) اى للقبض و الاقباض كما عرفت

(3) اى وفيما افاده المحقق التستري: من بطلان جريان الفضولي في المعاطاة نظر

لا- يخفى أن الشيخ قدس سره قد تصدى للرد على الوجه الثاني من وجهي المستدل: و هو اشتراط القبض و الاقباض و اعتبارهما في المعاطاة حال كونهما مقارنين للتراضي، و قصد الاباحة، أو التمليك

و أما الوجه الاول فالشيخ يعترف بمسئمة كلية الكبرى التي عرفت في الهامش 2 ص 266: لكنه يחדش في الصغرى: و هي عدم تعقل صدور التراضي، و قصد الاباحة، أو التمليك من غير المالك

و قد اشار الى الكبرى بقوله في ص 270: نعم لو قلنا: إن المعاطاة لا يعتبر فيه القبض و الاقباض

و الى الصغرى بقوله في ص: 271 لكن الانصاف

و نحن نشير إليهما عند ما يذكرهما الشيخ

و خلاصة الرد عن الوجه الثاني: أننا لا نعتبر القبض و الاقباض

ص: 267

فيها إنما هو لحصول إنشاء التمليك، أو الاباحة فهو (1) عندهم من الأسباب الفعلية كما صرح الشهيد في قواعده، و المعاطاة عندهم عقد فعلي، و لذا (2) ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها (3) أن البيع ينعقد بالايجاب و القبول و بالتعاطي

و حينئذ (4) فلا مانع من أن يقصد الفضولي باقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله: ملكتك، و اعتبار (5) مقارنة الرضا من المالك للانشاء الفعلي، دون القول، مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا، و طيب النفس

+++++

في المعاطاة، إذ المعاطاة عبارة عن الانشاء الفعلي ينشأ بهما الاباحة أو التمليك فهما خارجان عن حقيقته

نعم هما معتبران عند من اعتبرهما لأجل حصول إنشاء التمليك أو الاباحة فهما سبيان فعليان عند هذا المعتبر كالمعاطاة في أنه سبب فعلي ينشأ به التمليك، أو الاباحة

(1) اى القبض و الاقباض كما عرفت آنفا

(2) اى و لاجل أن المعاطاة عند الفقهاء عقد فعلي يحصل به إنشاء الاباحة، أو التمليك

(3) اى بلزوم المعاطاة

(4) اى و حين أن قلنا: إن اعتبار القبض و الاقباض لأجل إنشاء الاباحة، أو التمليك، و ليس لهما أي دخل في تحقق مفهوم المعاطاة خارجا حتى يقال بعدم امكان وقوعه من الفضولي

(5) هذا رد على ما أفاده المحقق التستري: من أن المعاطاة مشروطة بالقبض و الاقباض، لكنه لا مطلقا، بل اذا كانا مقارنين بالتراضي، و قصد الاباحة، أو التمليك

ص: 268

في حل مال الغير لا يخلو عن تحكم (1)

وما ذكره الشهيد الثاني (2) لا يجدي فيما نحن (3)، فيه لأننا لا نعتبر في فعل الفضولي أزيد من القصد الموجود في قوله (4)، لعدم الدليل (5) ولو ثبت (6) لثبت منه اعتبار المقارنة في العقد القولي أيضا

إلا أن يقال: إن مقتضى الدليل (7) ذلك خرج عنه (8) بالدليل معاملة الفضولي اذا وقعت بالقول

+++++

(1) حيث إن تلك الأدلة متحدة السياق، من دون أن تفرق بين الرضا في السبب القولي والفعلي فهو في كلا المقامين على نسق واحد

(2) في قوله في ص 63: إن المكروه والفضولي قاصدان اللفظ دون المدلول

(3) وهو وقوع البيع الفضولي في المعاطاة

(4) أي في القول الفضولي

(5) أي لعدم وجود دليل على شيء أزيد من القصد الموجود في القول الفضولي في الانشاء الفعلي الفضولي يعبر عن ذلك الشيء الزائد بمقارنة الرضا من المالك

(6) أي ولو ثبت دليل على شيء أزيد من القصد الموجود في القول الفضولي في الانشاء الفعلي الفضولي لثبت في القول الفضولي أيضا من دون فرق بينهما

(7) وهو وجود شيء أزيد من القصد

(8) أي خرج عن هذا الدليل الدال على وجود شيء أزيد من القصد المعاملة الفضولي الواقع بالقول، فإنه لا يحتاج إلى مقارنة الرضا من المالك

ص: 269

لكنك قد عرفت أن عقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة (1)

نعم (2) لو قلنا: إن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض و لو اتفق معها بل السبب المستقل هو تراضي المالكين بملكية كل منهما لمال صاحبه مطلقا أو مع وصولهما، أو وصول احدهما لم يعقل وقوعها (3) من الفضولي

نعم (4) الواقع منه ايصال المال، و المفروض أنه لا مدخل له في المعاملة فاذا رضي المالك بملكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا و لم يكن اجازة لمعاطاة سابقة

+++++

(1) فإن دل دليل على لزوم شيء أزيد من القصد المعبر عنه بمقارنة الرضا من المالك فلا محالة يكون ذلك الشيء الزائد في كلا قسمي عقد الفضولي القولي و الفعلي، و لا اختصاص له بالفعلي

(2) هذا تقرير لكلية الكبرى التي افادها المحقق التستري في الوجه الأول: من أن المعاطاة منوطة بالتراضي، و قصد الاباحة، أو التمليك و قد عرفت الكلية عند قولنا في الهامش 2 ص: 266: هذا هو الوجه الاول و هو مركب من قياس منطقي

(3) اي وقوع المعاطاة، بناء على توقعها على التراضي، و قصد الاباحة، أو التمليك

(4) اثبات لعدم تأثير المعاطاة الواقعة بالفضولي

و خلاصته: أن غاية ما تدل المعاطاة في الفضولي هو أن الفضولي صدر منه ايصال المال الى الآخر في مقابل ما بذل صاحبه له

و من المعلوم عدم مدخلية هذا الايصال في تحقق المعاطاة خارجا وإنما يتحقق بعد صدور الرضا من المالك فاذا رضي المالك بملكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة خارجا من حين صدور الرضا: بمعنى عدم وجود معاطاة قبل صدور هذا الرضا، و لذا قال الشيخ: و لم يكن اجازة

ص: 270

لكن (1) الانصاف أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة إنما قصدهم الى العقد الفعلي

هذا (2) كله على القول بالملك

و أما على القول بالإباحة فيمكن القول ببطلان الفضولي، لأن افادة المعاملة المقصود بها الملك الاباحة (3)

+++++

لمعاطاة سابقة، اى ولم يكن هذا الرضا الحاصل اجازة لمعاطاة كانت واقعة قبل

(1) من هنا يروم الشيخ أن يمنع الصغرى المذكورة في الهامش 2 ص 266 بقولنا: و كل ما كان كذلك فلا يعقل صدوره من الفضولي، لأن التراضي، و قصد الاباحة، أو التملك من وظائف المالك، و الفضولي ليس مالكا، و لا مأذونا منه

و خلاصة المنع: أننا نمنع كون السبب المستقل في المعاطاة هو التراضي من المالكين لا غير، و أن التراضي في حق الفضولي لا يمكن تصوره و تعقله و أن الفضولي آلة في اىصال المال الى طرفه الآخر، لأن هذا المعنى لا يكون مقصودا من العلماء في المعاطاة عند ما يعنونونه في الأبواب الفقهية، حيث إنهم يرونه من العقود الفعلية، و معنى كونه عقدا فعليا أنه يعتبر فيه جميع ما يعتبر في العقد القولي فهو مشتمل على جميع ما في القولي إلا- الرضا فليس معنى الفضولي سوى وقوع اىصال المال الى الآخر كما يستفاد من استدلال المحقق المذكور

(2) اى ما قلناه: من جريان الفضولي في المعاطاة، أو عدم جريانه فيه مبني على القول بكون المعاطاة تفيد الملكية، لا الاباحة

(3) مفعول لقوله: لأن افادة المعاملة

ص: 271

خلاف القاعدة (1) فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين (2)

مع أن (3) حصول الإباحة قبل الاجازة غير ممكن، والآثار الاخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف اذا وقعت في غير زمان الاباحة الفعلية (4) لم تؤثر أثراً، فاذا اجاز حدث الاباحة من حين الاجازة

اللهم (5) إلا أن يقال بكفاية وقوعها، مع الاباحة الواقعية اذا كشف

+++++

(1) اذ القاعدة تقتضي متابعة العقود للقصد، و هنا لم تحصل المتابعة لأن المقصود بالمعاطة التمليك فافادتها الاباحة خلاف القاعدة، فيلزم حينئذ ما وقع لم يقصد، و ما قصد لم يقع

(2) دون تعاطي الفضوليين، أو فضولي واحد

(3) اي وبالإضافة الى أن افادة المعاطة الاباحة مع قصد المتعاطين التمليك على خلاف القاعدة يلزم إشكال آخر: و هو حصول الاباحة قبل صدور الاجازة و هو امر غير ممكن: لأن الاباحة تتوقف على طيب النفس المستفاد من قوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه

و لا يخفى أن توقف الاباحة على طيب النفس فيما اذا كان المراد منها الاباحة المالكية

و أما اذا اريد منها الشرعية فهي ثابتة عند قصد المتعاطين التمليك و لا يتوقف على الطيب

(4) المراد من زمن الاباحة الفعلية هو زمان صدور الاجازة من المالك

(5) استدراك عما افاده: من عدم تأثير للآثار الأخرى اذا وقعت في غير زمن الإباحة الفعلية

و خلاصته: أنه اذا قلنا بكفاية وقوع تلك الآثار مع الإباحة الواقعية و هي زمن الكشف فحينئذ تؤثر تلك الآثار مثل البيع و الهبة أثرها

عنها الاجازة، فافهم (1)

القول في الإجازة و الرد(القول في الاجازة و الرد)

أما الكلام في الاجازة

اشارة

أما الكلام في الاجازة فيقع

(تارة) في حكمها و شروطها (و اخرى) في المجيز

(و ثالثة في المجاز)

أما حكمها،

هل الإجازة كاشفة أم ناقلة

اشارة

أما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي (2) بعد اتفاهم على توقفها على الاجازة (3) في كونها كاشفة: بمعنى أنه يحكم بعد الاجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الاجازة وقعت مقارنة للعقد

أو ناقلة: بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كأن العقد وقع حال الاجازة (4) على قولين (5)

+++++

(1) لعله اشارة الى ما قلناه: من أن المراد من الاباحة الاباحة المالكية، فلذا تتوقف على الاجازة

بخلاف ما اذا كان المراد منها الاباحة الشرعية

(2) قد عرفت في اشتراط كون المتعاقدين مالكين صحة عقد الفضولي بعد صدور الاجازة من المالك الاصيل

(3) حيث إنها شرط في صيرورة المعاملة صحيحة

(4) و تظهر الثمرة على القولين في النماءات المترتبة على العين من حين صدور العقد الى زمن صدور الاجازة

فإن قلنا بالكشف فنماءات كل من المثلن و المثلن لصاحبهما، اي نماء المثلن للمشتري، و نماء المثلن للبائع قبل صدور الاجازة

وإن قلنا بالنقل فنماء المثلث لصاحبه، و نماء الثمن لصاحبه قبل الاجازة

(5) الجار و المجرور متعلق بقوله: اختلف القائلون

ص: 273

الكلام في أدلة القائلين بالكشف و المناقشات فيها

فالأكثر على الاول (1)

+++++

(1) و هو الكشف

قبل الورود في أدلة الطرفين في مقام الاثبات لا- بأس بالتكلم عن مقام الثبوت: و هو إمكان كل واحد منهما، اذ مع امتناع احدهما، أو كليهما ثبوتا لا مجال للبحث عن مقام الاثبات حتى يقال: إن مقتضى القواعد العامة للكشف، أو النقل

فنقول: ذهب بعض الأعلام الى امتناع القول بالنقل في الاجازة للزوم تأثير المعدوم و هو العقد المنصرم في الموجود و هو النقل، فإن العقد بعد صدور الاجازة كان معدوما فكيف يؤثر في الموجود، اذ العقد إما تمام السبب في الاثر و هو النقل و الانتقال الذي هو معنى الاسم المصدري أو جزئه، و على كلا التقديرين لا يعقل تأثيره في الموجود

وفيه أن المعدوم عند صدور الاجازة هو اللفظ الصادر من العاقد لا المعنى المنشأ الذي هو النقل و الانتقال بواسطة اللفظ، اذ هو باق في عالم الاعتبار فلا يصح قياسها بالامور التكوينية

بعبارة أوضح أن العقود الصادرة بواسطة الألفاظ، أو الأفعال ليست بمثابة العلل التامة في التأثيرات بحيث كلما وجدت العلة وجد المعلول، بل هي موضوعة لحكم العقلاء و الشارع

و الدليل على ذلك صحة النسخ في العقود الخيارية، و صحة الإقالة و غير ذلك من الامور المبتنية على بقاء ذلك المعنى الاعتباري

و أما الكشف فقد قيل بامتناعه، لتوقفه على الشرط المتأخر و هو الاجازة و هو محال.

و ما يلزم من وجوده المحال فهو محال أيضا

و أما وجه كون الشرط المتأخر محالا ففيه بحث دقيق عميق تعرض له الأساطين من الأعلام، و تصدوا للجواب عنه

و نحن ذكرنا هذا الموضوع مع الجواب عنه مسهبا في شرحنا على الكفاية (دراسات في اصول الفقه) الجزء 2 من ص 21 - الى 32

أليك موجز ما ذكرناه في المصدر

اعلم أن الوجه في محالية الكشف هو محالية الشرط المتأخر الذي هو الاجازة، لأن الشرط من أجزاء العلة التامة و اذا كان من أجزاء العلة فيجب تقدمه، لوجوب تقدم العلة بتمام أجزائها على المعلول، و حينئذ يمتنع تأثير المتأخر وجودا في المتقدم وجودا و هو العقد، لأن وجود العقد كان قبل وجود الاجازة كما هو المفروض فكيف يعقل تأثيره فيه

إذا يمتنع القول بالكشف

بيان ذلك أنه قد قرر في علم المعقول أن العلة لا بد أن تكون مقارنة للمعلول زمانا، و متقدمة عليه رتبة، من دون فرق بين العلة التامة أو جزء العلة

اذا عرفت ذلك فلا معنى لتأخر الشرط عن المشروط، أو المقدمة عن ذبيها، لأن تأخر الشرط الذي هو جزء العلة يستلزم أن يكون المعلول معدوما قبل وجوده و تحققه، و المفروض أنه موجود

فاذا يلزم عدم تأثيره فيه و هو خلف، ضرورة أن العلة لا محالة مؤثرة في المعلول تامة كانت، أو ناقصة

غاية الامر أن التأثير يختلف بحسب حال العلة، لأن العلة إن كانت

تامة كان تأثيرها تاما، وإن كانت ناقصة كان تأثيرها ناقصا

وعلى هذا فلو فرض تأثير الشرط المتأخر وجودا في المعلول فعلا لزم تأثير المعدوم في الموجود وهو محال، لأن الشرط حين وجود المعلول كان معدوما، ومع ذلك يؤثر فيه

والاشكال هذا بعينه يجري في الشرط المتقدم زمانا أيضا، كما في العقد في باب الوصية، وفي مسألة الصرف والسلم، فإن العقد في الاول سبب لحصول الملكية بعد الموت و شرط له، مع أنه متقدم عليه زمانا، لأن العقد في زمان حياة الموصي، و حصول الملكية بعد مماته

وفي الثاني سبب لحصول الملكية بعد القبض والاقباض، لا قبلهما فيكون متقدما عليه زمانا، مع انصرام العقد في كليهما حين وجود المشروط و تحققه

فاذا كيف يكون مثل هذا العقد مؤثرا

فكما أن تأثير المتأخر زمانا في المتقدم زمانا غير معقول كالأجازة

كذلك تأثير المتقدم زمانا في المتأخر زمانا، لأن التأثير والتأثر يقتضيان المقارنة بحسب الزمان

مثال تأثير المتقدم زمانا في المتأخر زمانا غسل المستحاضة قبل الفجر فإنه شرط لصحة الصوم، مع أنه متقدم عليه زمانا

ولا يخفى أن الإشكال المذكور بعينه يجري في كل عقد من العقود بالنسبة الى غالب أجزائه، فإن أجزاءه كالباء والعين والتاء في بعت مثلا تنصرم شيئا فشيئا حين القبول، وأجزاء القبول كالفاء والباء واللام والتاء في قبلت مثلا تنصرم حين التأثير في المشروط وهو حصول الملكية للطرفين

و استدلل عليه (1) كما عن جامع المقاصد و الروضة بأن (2) العقد سبب تام في الملك، لعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، و تمامه (3) في الفضولي إنما يعلم بالاجازة فاذا اجاز تبين كونه تاما يوجب ترتب الملك عليه، و إلا (4) لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل به مع شيء آخر

و بأن (5) الاجازة

+++++

و المقارن لحصول الملكية إنما هو التاء، لا جميع حروف الايجاب و القبول

فكيف يمكن تقدم الشرط، أو المقتضي على المشروط، مع أنه جزء العلة، و العلة بأجزائها متقدمة على المعلول رتبة، و مقارنة له زمانا، و لازم القول بالتقدم زمانا هو تصرف أجزاء العلة حين وجود المعلول، مع ضرورة اعتبار مقارنتها معه زمانا

إذا يلزم انخرام القاعدة العقلية: و هي مقارنة أجزاء العلة لوجود المعلول زمانا، و تقدمها عليه رتبة في الشرط المتأخر و المتقدم، و في كل عقد بالنسبة الى غالب أجزائه المتصرمة، و لا يختص الإشكال المذكور الشرط المتأخر كما عرفت

و أما الجواب عن هذه العويصة المشككة فيأتي عند ما يحتال الشيخ في الجواب عنها

(1) اى على الكشف بدليلين

(2) هذا هو الدليل الاول، و قد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده و المراد من تمامية السبب كون العقد علة تامة للنقل و الانتقال

(3) اى و تمام العقد

(4) اى و إن لم يكن تمام العقد في الفضولي بالاجازة

(5) هذا هو الدليل الثاني للمحقق الكركي و هو مركب من مقدمات ثلاث:

ص: 277

متعلقة بالعقد (1) فهي (2) رضا بمضمونه، و ليس (3) إلا نقل العوضين من حينه

وعن فخر الدين في الايضاح الاحتجاج لهم (4) بأنها لو لم تكن كاشفة (5) لزم تأثير المعدوم (6) في الموجود، لأن العقد حالها عدم، انتهى

ويرد على الوجه الاول (7) أنه إن اريد بكون العقد سببا تاما كونه علة تامة للنقل اذا صدر عن رضا المالك فهو مسلم

إلا- أن بالاجازة لا- يعلم تمام ذلك السبب، ولا يتبين كونه تاما، إذ الاجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا، غاية الامر أن لازم صحة عقد الفضولي

+++++

(الاولى): إنشاء النقل من العاقد الفضولي من زمن العقد

(الثانية): أن اجازة المالك متوجهة الى تمام ما انشأه الفضولي بعقده

(الثالثة): أن أدلة صحة عقد الفضولي باجازة المالك تقضي بوقوع ما انشأه الفضولي ثم رضا به المالك

(1) هذه هي المقدمة الثانية

(2) اى الاجازة رضا بمضمون العقد

هذه هي المقدمة الثالثة

(3) اى و ليس مضمون العقد سوى نقل العوضين من حين وقوع العقد هذه هي المقدمة الاولى

(4) اى للقائلين بالكشف

(5) بأن كانت ناقلة

(6) كما عرفت في الهامش 1 ص 274 عند قولنا: للزوم تأثير المعدوم في الموجود

(7) اى من وجهي استدلال المحقق الكركي على الكشف في الاجازة في نقل الشيخ عنه في ص 277 بقوله: بأن العقد سبب تام في الملك

ص: 278

كونها قائمة مقام الرضا المقارن فيكون لها دخل في تمامية السبب كالرضا المقارن فلا معنى لحصول الاثر قبله

و منه (1) يظهر فساد تقرير الدليل (2) بأن العقد الواقع جامع لجميع الشروط، وكلها حاصلة إلا رضا المالك فاذا حصل بالاجازة عمل السبب عمله، فإنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط (3) قبله

و دعوى (4) أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية، بل هي بحسب

+++++

(1) اي و من ايرادنا على الوجه الاول

(2) و هو القول بالكشف كما ذهب إليه المحقق الكركي

و الباء في بأن العقد بيان لكيفية تقرير دليل الكشف الذي افاده المحقق الكركي

و التقرير هذا عين الدليل الذي اقامه المحقق الكركي

لكن بتعبير آخر: و هو أن عقد الفضولي جامع لشروط الإمضاء و أنه سبب تام عند الشارع، و موجب لترتب مسيبه عليه و هو النقل و الانتقال فيتوجه نحوه خطاب و جوب الوفاء بالعقد بعد صدور الاجازة

(3) تعليل من الشيخ لظهور فساد التقرير المذكور

خلاصته: أن القائل بالكشف اذا اعترف أن رضا المالك من جملة شرائط صحة العقد فكيف يعقل أن يكون الرضا كاشفا عن وجود المشروط و هو النقل و الانتقال قبل وجود الشرط الذي هو الاجازة الحاصل برضا المالك

(4) المدعي هو الشيخ صاحب الجواهر قدس سره القائل بالكشف فإنه لدفع محذور الشرط المتأخر ادعى أن الشروط الشرعية ليست كالشروط العقلية

ص: 279

ما يقتضيه جعل الشارع فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس، وإعطاء الفطرة قبل وقتها، فضلا عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد (1) الفجر للمستحاضة الصائمة و كغسل (2) العشاءين لصوم اليوم الماضي على القول به

+++++

و خلاصة ما افاده في هذا المقام هو التصرف في لفظ الشرط، لا في معناه. فإن معناه الاصطلاحي الذي هو تقدم الشرط على المشروط عقلا. باق على ما كان، و كيفية التصرف هي أن الشرط في الحقيقة في الموارد المذكورة هو الامر المنتزع من الشرط المتأخر، و الامر المنتزع هو تعقب الاجازة بالعقد، و لحوقها به، و هذا أمر مقارن للعقد، أو تعقب الغسل في يوم الخميس بيوم الجمعة، أو تعقب اعطاء الفطرة قبل وقتها بوقتها أو تعقب غسل المستحاضة قبل الفجر بوقت الفجر

و ليس الشرط بنفسه شرطا حتى يقال: إنه متأخر فكيف يجوز أن يجعل شرطا، مع أنه لا بدّ من تقدم العلة بتمام أجزائها على معلولها

و السر في ذلك هو أن الأحكام الشرعية من الامور الاعتبارية فتكون حقيقتها نفس الاعتبار و عينها فيجوز للمعتبر أن يعتبر الشرط امرا غير موجود فيجعل ما يشبه تقديم المسبب على السبب كما في تقديم غسل الجمعة في يوم الخميس، أو تقديم إعطاء الفطرة على وقتها و هو إهلال هلال شوال

(1) اى بعد طلوع الفجر، فإن طلوعه شرط في وجوب الغسل للمستحاضة حتى يصح صومها، فتقديم الغسل هنا من باب تقديم المشروط على الشرط

(2) اى و كغسل المستحاضة لصلاة المغرب و العشاء، فإن الأغسال الليلية للمستحاضة معتبرة في صحة صومها في اليوم الماضي بحيث لو لم تغتسل لم يصح صومها المتقدم

ص: 280

مدفوعة (1) بأنه لا فرق فيما فرض شرطا، أو سببا بين الشرعي، وغيره

و تكثير الأمثلة (2) لا يوجب وقوع المحال العقلي فهي كدعوى أن التناقض الشرعي بين الشئيين (3) لا يمنع عن اجتماعهما، لأن النقيض الشرعي غير العقلي

فجميع ما ورد مما يوهم ذلك (4) أنه لا بدّ من التزام أن المتأخر ليس سببا، أو شرطا، بل السبب و الشرط هو الامر المنتزع من ذلك (5)

+++++

(1) اى دعوى صاحب الجواهر مردودة

(2) اى من صاحب الجواهر بقوله: كغسل الجمعة في يوم الخميس و كإعطاء الفطرة قبل وقتها، و كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة لصحة صومها، و كغسل العشاءين لصوم اليوم الماضي

و قد نقل الشيخ هذه الأمثلة عنه في ص 280

(3) كما في الحدث و الطهارة، حيث جعل الشارع الحدث مناقضا للطهارة، فهما متناقضان لا يمكن اجتماعهما شرعا، كالمناقضين العقلين في عدم اجتماعهما

فدعوى جواز اجتماعهما مخالف لحكم العقل

(4) و هو تأخر الشرط عن المشروط الذي هو محال عقلي

(5) اى من الشرط المتأخر

و المنتزع في الأمثلة التي ذكرها الشيخ عن صاحب الجواهر و نظائرها هو تعقب الغسل في يوم الخميس بيوم الجمعة، و تعقب إعطاء الفطرة قبل الإهلال بوقتها، و تعقب الغسل قبل الفجر بالفجر

و من الواضح أن التعقب امر مقارن للغسل، لا متأخر عنه

ص: 281

لكن ذلك (1) لا يمكن فيما نحن فيه (2) بأن يقال: إن الشرط (3) تعقب الاجازة، و لحوقها بالعقد

و هذا (4) امر مقارن للعقد على تقدير (5) الاجازة، لمخالفته (6) الأدلة

+++++

(1) و هو الامر المنتزع

(2) و هو العقد الفضولي

(3) اى فيما نحن فيه

(4) و هو تعقب الاجازة و لحوقها بالعقد مقارن للعقد حين وقوعه

(5) اى على فرض صدور الاجازة من المالك الاصيل

(6) تعليل لعدم إمكان كون تعقب الاجازة و لحوقها بالعقد على تقدير صدورها هو الشرط، لا نفس الاجازة حتى يلزم المحذور المذكور

و خلاصته: أن جعل التعقب المنتزع من الشرط هو الشرط مخالف للأدلة الفقهية، حيث إنها تصرح بأن الشرط هو نفس الاجازة و شخصها لا الامر المنتزع حتى يقال: إنه مقارن للعقد فلا يلزم المحذور المذكور

و لا يخفى أن الاساطين من الأعلام قد تصدوا للجواب عن هذه العويصة الغامضة، و المشكلة الصعبة و هي الشرط المتأخر لو قلنا:

إن الاجازة كاشفة

و نحن اجبنا عنها في تعليقتنا على الكفاية (دراسات في اصول الفقه) الجزء 2، من ص 22-32 ما يناسب المقام، فجاء بحمد الله تبارك و تعالى وافيا للمراد، و كافيا للبيان

أليك ما ذكرناه هناك:

إن الموارد التي توهم انخرام القاعدة العقلية: و هي تقدم العلة بتمام أجزائها على المعلول، سواء أكان في الشرط المتأخر

ص: 282

أم في الشرط المتقدم لا يخلو من أن يكون المتقدم، أو المتأخر إما شرطا في التكليف، أو في الوضع، أو في المأمور به

وقبل الخوض في ذلك لا بدّ من ذكر مقدمة وهي:

إن الشرط كما مرّ آنفا إما متقدم، أو متأخر، أو مقارن

و كل من هذه الثلاثة: كما علمت إما شرطا في التكليف، أو في الوضع أو في المأمور به، فهذه تسعة أقسام:

(الاول): الشرط المتقدم للتكليف كقولك: اذا جاء زيد فاكرمه بعده بيوم، فالمجيء شرط لوجوب الإكرام، مع أنه متقدم عليه بحيث يتحقق وجوب الإكرام بعد ذلك بيوم؛ وليس له مثال في الشرعيات

وأما التمثيل له بالعقل، و البلوغ وغيرهما فغير صحيح، لأنهما ليسا من الشروط المتقدمة للمشروط، فلا يكون العقل، أو البلوغ شرطا متقدما للتكليف

(الثاني): الشرط المتقدم للوضعيات كالعقد في الوصية، فإن العقد شرط لحصول الملكية التي هي اثر وضعي، مع أنه متقدم على المشروط زمانا

(الثالث): الشرط المتقدم للمأمور به كغسل المستحاضة في الليل لصوم الغد، فإن الغسل شرط لصحة الصوم غدا، مع أنه متقدم و منصرم حين تحقق المشروط و هو الصوم

(الرابع): الشرط المتأخر للتكليف كقولك: تصدق بدرهم قبل مجيء زيد بيومين، مع أن المجيء شرط لوجوب التصدق

(الخامس): الشرط المتأخر للوضع كما في الاجازة، بناء على القول بالكشف، فإن الاجازة شرط لصحة العقد، و لحصول الملكية، فهو شرط متأخر

(السادس): الشرط المتأخر للمأمور به كالأغسال الليلية للمستحاضة المعتبرة في صحة صومها الماضي، فإن الغسل شرط لصحة المأمور به وهو الصوم، مع تأخره عنه

(السابع): الشرط المقارن للتكليف كالوقت بالنسبة الى الصلاة فإنه شرط لوجوب الصلاة، و مقارن له

(الثامن): الشرط المقارن للوضع كالعلم بالعوضين المعتبر في صحة البيع، أو نحوه، فإنه شرط مقارن لصحته التي هي من الأحكام الوضعية

(التاسع): الشرط المقارن للمأمور به كالستر للصلاة، فإنه شرط مقارن لها

إذا عرفت هذه الأقسام فاعلم أن الجواب عن العويصة الواردة على الشرط المتقدم، و المتأخر متوقف على ذكر امرين

(الاول): أنه لا إشكال في كون الأحكام الشرعية من قبيل الأعراض

فكما أن العرض امر بسيط في الخارج، لا مادة له، و لا صورة

فكذلك الأحكام الشرعية فإنها بسائط، لا مادة لها، و لا صورة فلا علة لها سوى العلة الفاعلية، و الغائية

خذ لذلك مثالا الوجوب المتعلق بالصلاة، أو الزكاة، و كذا بقية الأحكام ليس له مادة و صورة، لا في الخارج، و لا في الذهن

بل له علل أربعة مشهورة:

منها العلة الفاعلية القائمة بوجود موجدتها

و منها العلة الغائية و هي العلم بمصالح الوجوب و هي متقدمة في الذهن و متأخرة في الوجود الخارجي

(الثاني): أنه لا إشكال في كون الأوامر و النواهي الصادرة من الموالي الحقيقية. أو العرفية من الأفعال الاختيارية، و اذا كان كذلك فلا بد للمولى من تصور كل ماله دخل في غرضه ذهنا عند ما يريد أن يأمر بشيء، أو ينهي عن شيء، ليرغب في الأمر به، أو النهي عنه بحيث لو لم يتصور كل ماله دخل في غرضه ذهنا لم يقع ذلك الشيء مرغوبا عنده

و يسمى الذي له دخل في غرضه شرطا، سواء أ كان متقدما أم متأخرا أم مقارنا

خذ لذلك مثالا:

إن المولى حين يأمر بالصلاة لا بد أن يلاحظ جميع ماله دخل في الأمر بها: من المصالح حتى يأمر بها: بحيث لولاه لما صدر الأمر منه

اذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أن الشرط في هذه الموارد، سواء أ كان شرطا في التكليف، أم في الوضع، أم في المأمور به إنما هو الشرط بوجوده العلمي، لا بوجوده الخارجي حتى يرد الإشكال المشهور، فإنه بعد أن كان الحكم امرا بسيطا، لأنه كالعرض، وليس له من العلل الأربعة المشهورة سوى العلة الفاعلية و الغائية

و قلنا: إن العلة الغائية متقدمة في الذهن، و متأخرة من حيث الوجود الخارجي، و قلنا: إن الأوامر الصادرة من الموالي الحقيقية، أو العرفية من الأفعال الاختيارية: لا مجال لورود الإشكال على القول بالكشف حتى يقال: إن الشرط في الموارد المذكورة هو الوصف المنتزع الذي هو عنوان التعقب، أو اللحق، و هذا امر مقارن للعقد، لا متأخر، ثم يقال

بعدم امكان الوصف المنتزع في الاجازة، لمخالفته لظاهر الأدلة، فإن الأدلة ظاهرة في أن الشرط هو الاجازة بنفسها ووجودها الخارجي لا بالوصف المنتزع

إذا لا تنخرم القاعدة العقلية: وهي تقدم العلة بتمام أجزائها على المعلول

فتحصل من مجموع ما ذكرنا أن الشرط سواء أكان في التكليف أم في الوضع شرط بلحاظه التصوري الذهني، لا بوجوده الخارجي، ولا يلزم أن يكون متأخرا، فلا دخل للاجازة في الحكم بالملكية

وكذا لا دخل للملاقاة في الحكم بالنجاسة، لأن الشارع قد لاحظ الاجازة، أو الملاقاة للنجاسة ثم حكم بالملكية، أو النجاسة

هذا تمام الكلام في الشرط المتأخر، أو المتقدم، سواء أكان في التكليف أم في الوضع

وأما الكلام في الشرط المتأخر، أو المتقدم في المأمور به

ف نقول: إن بيانه يتوقف على ذكر مقدمة وجيزة:

وهي أن الأشياء على ثلاثة أقسام:

(الأول): كون الحسن، أو القبح في الشيء ذاتيا: بمعنى أنهما علتان كالظلم والعدل، فإن الاول قبيح ذاتا فيستحيل انفكاك القبح منه اينما وجد و تحقق، كما أن الثاني حسن ذاتا، ولا يجوز انفكاك الحسن منه اينما تحقق و وجد

(الثاني): كون الحسن، أو القبح في الشيء اقتضائيا: بمعنى أن فيه اقتضاء الحسن، أو القبح كالصدق، والكذب، فإن الاول فيه اقتضاء الحسن، لكن قد يمنعه مانع عن ذلك كما اذا ترتبت عليه مفسدة

أعظم من المصلحة الموجودة فيه فيكون الصدق في هذه الحالة قبيحا الى أن ترتفع المفسدة

و الثاني فيه اقتضاء القبح، لكن قد يمنعه مانع عن اتصافه بذلك كما اذا كان الكذب لانجاء مؤمن، أو لاصلاح ذات بين، أو نحو ذلك مما تكون مصلحته أعظم من مفسدته

(الثالث): كون الشيء ليس فيه اقتضاء الحسن، ولا القبح بذاته بل هما بالوجوه والاعتبارات كما في غالب الاشياء، فإنه لا اقتضاء فيها للحسن، ولا للقبح، بل اتصافها بهما من ناحية انطباق عنوان العدل أو الظلم عليها، خذ لذلك مثالا

المشي الى كربلاء بما هو مشي و ذهاب إليها في حدّ نفسه و ذاته لا رجحان فيه، و لا اقتضاء فيه للحسن، أو القبح

أما اذا كان بعنوان الزيارة فيتصف بالحسن، لاجل انطباق العدل عليه، و لأنه يثاب المرء عليه، للامر بزيارة الحسين عليه السلام في الأخبار

كما أنه اذا كان المشي الى كربلاء بعنوان قتل نفس محترمة، أو ارتكاب معصية لا تصف بالقبح، لاجل انطباق عنوان الظلم عليه

فالحاصل أن الأفعال الخارجية غالبا لا اقتضاء لها بذاتها للحسن و لا للقبح، بل اتصافها بهما من جهة انطباق العدل، أو الظلم عليها

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الشرط المتأخر، أو المتقدم في المأمور به ليس بوجوده المتأخر، أو المتقدم، ليرد عليه ما تقدم: من أن الشرط جزء العلة التامة فكيف يعقل تأخره عن المشروط زمانا، أو تقدمه عليه زمانا؟

بل الشرط هو الوصف المنتزع من اضافة المأمور به إليه

و من الواضح أن هذا الامر مقارن للمأمور به زمانا، لا متأخر عنه زمانا، و لا متقدم عليه زمانا

و عليه فلا مانع من أن يكون المأمور به بواسطة اضافته الى امر متأخر أو متقدم ذا وجه و عنوان يكون بذلك حسنا و متعلقا للامر، أو متعلقا للغرض

خذ لذلك مثالا

إن الصوم الواجب على المستحاضة بواسطة اضافته الى الأغسال الليلية يكون ذا وجه و عنوان حسن، بناء على مذهب (العدلية الامامية) و متعلقا للغرض، بناء على (مذهب الأشاعرة)

فيكون صوم المستحاضة حسنا بها بحيث لولاها لما كان الصوم متصفا بالحسن، و متعلقا للامر، أو الغرض

وقد عرفت أننا أن اتصاف الشيء بالحسن، أو القبح بالوجوه و الاعتبارات، فاذا كان كذلك يكون الشرط مقارنا للمأمور به زمانا و متقدما عليه رتبة، و لا يلزم التقدم و التأخر

فكما أن اضافة الصوم و نسبته الى المقارن و هو غسل المستحاضة للظهيرين موجبا لكون الصوم معنونا بعنوان يكون بذلك العنوان حسنا و متعلقا للامر

كذلك الصوم و نسبته الى الأغسال الليلية، أو الفجرية توجب كون الصوم معنونا بعنوان يكون بذلك العنوان حسنا، و متعلقا للامر

فالمولى لما حكم بصحة صوم المستحاضة مع توقف صحة صومها

اللهم إلا أن يكون مراده (1) بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه

+++++

على الأغسال المتأخرة، أو المتقدمة علم بذلك أن لاضافته الى تلك الأغسال دخلا فيها، وإلا لما كان حسنا، أو متعلقا للامر

و من المعلوم أن هذه الاضافة مقارنة للمشروط و هي صحة الصوم فلا يلزم المحذور المتقدم ابدا.

هذه خلاصة الكلام في الشرط المتأخر و المتقدم

و للبحث صلة ذكرناها في تعليقتنا على الكفاية فراجع المصدر نفسه

(1) هذا توجيه من الشيخ لما افاده صاحب الجواهر: من أن الشروط الشرعية ليست كالشروط العقلية حتى لا يورد عليه أنه كيف يعقل ذلك؟

و خلاصته هو التصرف في المعنى المصطلح للشرط و هو تقدم الشرط على المشروط عقلا: بأن يقال: إن المراد من الشرط هو ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمان وجوده الذي هو الزمان المتقدم على زمان الشرط: على لحوقه، وأنه عقيبته

كما في قول الفقهاء: الاجازة شرط فيما يتوقف تأثيره على لحوقه لا- فيما يتوقف على نفسه، لأن ما يتوقف عليه تأثير العقد على القول بالكشف هو لحوق الاجازة، لا نفس الاجازة، فيكون هذا المعنى معنى غير ما وضع له لفظ الشرط، اذ معنى الموضوع له للفظ الشرط هو توقف تأثير المقتضي على نفسه، فيكون اللفظ مستعملا حينئذ في غير ما وضع له، فالتجوز يكون في معنى الشرط

و لا يخفى عليك أن جواب صاحب الجواهر عن المحذور المذكور و هو محالية تأخر الشرط عن المشروط عقلا، بناء على مذهبه: من كاشفية

و هذا (1) مع أنه لا يستحق اطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا لأن المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، لأنه لا يحل لغيره بدون طيب النفس، و أنه لا ينفع لحوقه في حل تصرف الغير، و انقطاع سلطنة المالك

و مما ذكرنا (2) يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام (3)

+++++

الاجازة: كان بسبب التصرف في لفظ الشرط، بناء على ما افاده:

من عدم كون الأسباب الشرعية كالأسباب العقلية، عند نقل الشيخ عنه في ص: 279 و دعوى أن الشروط الشرعية ليست كالشروط العقلية

و قد عرفت ما افاده صاحب الجواهر في هذا المقام عند ما ذكرناه في ص 280 عند قولنا: و خلاصة ما افاده في هذا المقام

و لكن توجيه الشيخ كلام صاحب الجواهر بقوله في ص 289: اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط يفيد التصرف في معنى الشرط كما عرفت ذلك في الهامش 1 ص 289 عند قولنا: و خلاصته هو التصرف في المعنى المصطلح للشرط

اذا يكون التوجيه مصححا لما افاده صاحب الجواهر: من أن الشرط هو الوصف المنتزع، فيكون هذا مخالفا لإطباق الفقهاء على أن الشرط هو الاجازة بنفسها، لا الوصف المنتزع

(1) اي التوجيه المذكور: و هو التصرف في معنى الشرط المصطلح

(2) و هو أن الوصف المنتزع لا يمكن القول به فيما نحن فيه و هو الاجازة، لكونه مخالفا للأدلة الدالة على أن الشرط هو الاجازة بنفسها

(3) هو صاحب الفصول قدس سره يأتي شرح حياته و مؤلفه في (أعلام المكاسب)

ص: 290

بل التزم به غير واحد من المعاصرين من (1): أن معنى شرطية الاجازة مع كونها كاشفة شرطية الوصف المنتزع منها: و هو (2) كونها لا حقة للعقد في المستقبل

فالعلة التامة العقد الملحق به الاجازة، و هذه (3) صفة مقارنة للعقد و إن كانت نفس الاجازة متأخرة عنه

وقد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا (4): من (5) أنه اذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجيز العقد حل له التصرف فيه بمجرد العقد

وفيه (6) ما لا يخفى من المخالفة للأدلة

+++++

(1) كلمة من بيان لما احتمله صاحب الفصول، و التزم به غير واحد من المعاصرين

(2) مرجع الضمير شرطية الوصف المنتزع، و تذكيره باعتبار الخبر بناء على أن مراعاة الخبر أولى من مطابقة المرجع

(3) اي شرطية الوصف المنتزع

(4) و هو شرطية الوصف المنتزع

الالتزام بهذا الفرع مبني على الالتزام بالاصل: و هو أن الشرط في الموارد المذكورة هو الوصف المنتزع، فالفرع إنما يلتزم به اذا التزم بالاصل.

نعم بطلان هذا اللازم كاشف عن بطلان الاصل: و هو فساد القول بالكشف

(5) كلمة من بيان للالتزام بما يتفرع على الاصل المذكور

(6) اي وفي هذا الالتزام من الاشكال و النظر ما لا يخفى، لأن الأدلة تصرح بعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بطيب نفسه، و طيب النفس إنما يحصل بعد رضا المالك الاصيل الحاصل بالاجازة منه

ويرد على الوجه الثاني (1)

أولاً أن (2) الاجازة وإن كانت رضا بمضمون العقد، إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه (3) حتى يتعلق الاجازة والرضا بذلك النقل المقيد بكونه في ذلك الحال

بل هو (4) نفس النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان، وإنما الزمان من ضروريات إنشائه (5)، فإن (6) قول العاقد: بعثت ليس نقلت من هذا الحين وإن كان النقل المنشأ به واقعا في ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له (7)

فكما أن إنشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد في زمان يوجب وقوعه من المنشئ في ذلك الزمان

فكذلك اجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الاجازة

+++++

(1) اي من وجهي المحقق الكركي القائل بالكشف في قوله في ص 277:

وبأن الاجازة متعلقة بالعقد

(2) هذا رد على المقدمة الاولى من المقدمات الثلاث التي كان الوجه الثاني من وجهي المحقق الكركي مركبا منها

وقد اشرنا إليها في الهامش 5 ص 277 بقولنا: الاولى

(3) اي من حين العقد

(4) اي مضمون العقد

(5) اي الزمان مما يضطر إليه في الإنشاء، لتوقفه عليه

(6) تعليل لكون الزمان مما يضطر إليه في الإنشاء

(7) حتى يدل على وقوع النقل من حين وقوع العقد

ص: 292

و كما أن الشارع اذا امضى نفس العقد وقع النقل من زمانه (1)

فكذلك اذا امضى اجازة المالك وقع النقل من زمان الاجازة

و لاجل ما ذكرنا (2) لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الايجاب مع انه (3) ليس إلا رضا بمضمون الايجاب

فلو كان مضمون الايجاب النقل من حينه (4)، و كان القبول رضا بذلك كان معنى امضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الاثر من حين الايجاب لأن الموجب ينقل من حينه (5)، و القابل يتقبل ذلك (6) و يرضى به

و دعوى (7) أن العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه

+++++

(1) اي من زمان العقد

(2) و هو قوله في ص 292: فكما أن إنشاء مجرد النقل

وقوله في ص 292: فكذلك اجازة ذلك النقل

وقوله هنا: و كما أن الشارع اذا امضى نفس العقد

وقوله هنا: فكذلك اذا امضى اجازة المالك

(3) اي مع أن مقتضى القبول

(4) اي من حين الايجاب و هو إنشاء العقد

(5) اي الموجب ينقل ماله الى القابل من حين الايجاب و إنشاء العقد

(6) اي يتقبل نقل المال إليه من حين نقل الموجب و هو زمان انشاء العقد، و الحال أن الامر ليس كذلك، فإن المجيز عند ما يجيز فقد يجيز نقل المال الى المشتري من حين صدور الإجازة منه، لا من حين صدور العقد من العاقد الفضولي

(7) هذه الدعوى إشكال على ما استشهد به الشيخ لدعواه: و هو عدم حصول الملك من زمن الايجاب بمجرد القبول لمضمون الايجاب بقوله:

في ص 292: فكما أن إنشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد

ص: 293

مدفوعة بأن سببته (1) للملك ليست إلا بمعنى امضاء الشارع لمقتضاه فاذا فرض مقتضاه مركبا من نقل في زمان (2)، ورضا بذلك النقل (3) كان مقتضى العقد الملك بعد الايجاب (4)، و لاجل ما ذكرنا (5) أيضا لا يكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمانه (6)، لا من زمان العقد، فإن الفسخ نظير الاجازة

و الرد لا يتعلق إلا بمضمون العقد و هو النقل من (7) حينه

فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذا في العقد على وجه القيدية لكان رده و حله موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد

+++++

و خلاصة الإشكال أن عدم حصول الملك هنا من حين الايجاب لأجل أن سبب الملك هو العقد المركب من الايجاب و القبول فلا يمكن تقدم المسبب على السبب باحد جزئيه و إن كان هو القبول

(1) اى سببه العقد للملك

(2) اى في زمان صدور الاجازة اذا كان العقد فضوليا

(3) و هو النقل الحاصل من زمن صدور الاجازة

(4) لا زمن الايجاب الذي هو صدور الانشاء

و من المعلوم أن بعد الايجاب هو زمن صدور الاجازة من المالك الاصيل في العقد الفضولي

(5) و هو أنه اذا فرض مقتضاه مركبا من نقل في زمان، ورضا بذلك كان مقتضى العقد الملك بعد الايجاب

(6) اى من زمان الفسخ

(7) اى من حين الرد

ص: 294

و السرف في جميع ذلك (1) ما ذكرنا: من عدم كون زمان النقل إلا ظرفا، فجميع ما يتعلق بالعقد من الامضاء و الرد، و الفسخ إنما يتعلق بنفس المضمون (2)، دون المقييد بذلك الزمان

و الحاصل (3) أنه لا إشكال في حصول الاجازة بقول المالك: رضيت بكون مالي لزيد بإزاء ماله، أو رضيت بانتقال مالي الى زيد، و غير ذلك من الألفاظ (4) التي لا تعرض فيها لانشاء الفضولي فضلا عن زمانه (5)

كيف (6) و قد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها اجازة منها، و نحو ذلك

+++++

(1) و هو أن الاجازة لا تتعلق بمضمون العقد من حين وقوع العقد و أن الفسخ هو انحلال العقد من زمان الفسخ، و أن الرد لا يتعلق إلا بمضمون العقد و هو النقل من حين الرد

(2) مجردا عن ملاحظة وقوعه في زمان

(3) اى حاصل ما ذكرناه: من عدم كون الزمان قييدا للنقل، و عدم كون الزمان دخيلا في مفهوم الايجاب أنه لو كان اخذ الزمان دخيلا في تحقق مفهوم الايجاب خارجا لما تحققت الاجازة بالألفاظ المذكورة، لأنها تعلقت حينئذ بغير مضمون عقد اعني ذات المقييد مجردة عن قيد كونها في زمان كذا

(4) كامضيت و نفذت، و اجزت

(5) اى زمان الانشاء

(6) اى كيف يمكن أن تكون للألفاظ الدالة على رضا المالك تعرض فيها لزمان الانشاء و قد جعل الفقهاء نفس تمكين المرأة للرجل بالدخول عليها اجازة منها

ص: 295

و من المعلوم أن الرضا يتعلق بنفس نتيجة (1) العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي

و بتقرير (2) آخر أن الاجازة من المالك قائمة مقام رضاه و اذنه المقرون بإنشاء الفضولي، أو مقام نفس انشائه فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلا بعد الاجازة فهي (3)، إما شرط، أو جزء سبب للملك

و بعبارة اخرى المؤثر هو العقد المرضي به، و المقيد (4) من حيث إنه مقيد لا يوجد إلا بعد (5) القيد، و لا يكفي في التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد

و ثانيا (6) فلأنا لو سلمنا عدم كون الاجازة شرطا اصطلاحيا (7) ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط، و لا جزء سبب وإنما هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السابق، و جاعلة له سببا تاما حتى كأنه وقع مؤثرا فيتفرع عليه أن مجرد رضا المالك بنتيجة العقد اعني محض الملكية من غير التفات

+++++

(1) و هو معنى الاسم المصدرى

(2) هذا التقرير غير التقرير الاول الذي كان مفاده منع كون الزمان دخيلا في مضمون العقد، فهو جواب مستقل لا دخل له بالجواب الاول

(3) اى الاجازة

(4) و هو العقد المرضي به

(5) و هو رضا المالك

(6) هذا رد على المقدمة الثانية من المقدمات الثلاث التي كان وجه الثاني من وجهي المحقق الكركي في الاستدلال على الكشف مركبا

منها و قد اشرنا إليها في الهامش 5 ص 277

(7) و هو تقدم الشرط على المشروط عقلا

ص: 296

الى وقوع عقد سابق ليس باجازة، لأن معنى اجازة العقد جعله جائزا نافذا ماضيا

لكن نقول: لم يدل دليل على امضاء الشارع لاجازة المالك على هذا الوجه (1)، لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر

و من المعلوم أن المالك لا يصير عاقدا، أو بمنزلته إلا بعد الاجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها

و من المعلوم أن الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي، فما لم يجب الوفاء فلا ملك

و مما ذكرنا (2) يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود بدعوى أن الوفاء بالعقد، والعمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد

وقس (3) على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم و احلّ الله البيع فإن الملك ملزوم لحلية التصرف، فقبل الاجازة لا يحل التصرف

خصوصا اذا علم عدم رضا المالك باطنا، أو ترده في الفسخ و الامضاء

و ثالثا (4) سلمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لاجازة المالك

+++++

(1) و هو عدم كون الشرط شرطا اصطلاحيا الذي عرفت معناه آنفا

(2) و هو متابعة الملك الشرعي للحكم الشرعي

(3) هذا كلام الشيخ، اى و قس على الاستدلال بآية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عَلَى الْكُفْرِ وَالْكَافِرِينَ وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ عَلَى الْكُفْرِ، فإن الاستدلال بها لا يفيد في المقام كما ذكره الشيخ في المتن

(4) هذا رد على المقدمة الثالثة من المقدمات الثلاث التي كان الوجه

على طبق مفهومها اللغوي والعرفي اعني جعل العقد السابق جائزا ماضيا:

بتقريب أن يقال: إن معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفي فاذا صار العقد بالاجازة كأنه وقع مؤثرا ماضيا كان مقتضى العقد المجاز عرفا ترتب الآثار من حينه (1) فيجب شرعا العمل به على هذا الوجه (2)

لكن نقول: بعد الاغماض عن أن مجرد كون الاجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزا نافذا لا يوجب كون مقتضى العقد، و مؤداه العرفي ترتب الاثر من حين العقد، كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الايجاب و امضاء له لا يوجب ذلك (3) حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الايجاب

فتأمل (4)

+++++

الثاني من وجهي المحقق الكركي في الاستدلال على الكشف مركبا منها وقد اشرنا إليها في الهامش 5 ص 277

(1) اي من حين الاجازة

و هو النقل مجردا عن ملاحظة وقوعه من حين وقوع العقد

(2) اي بهذا العقد المجاز الذي صار ماضيا، و الذي وقع مؤثرا

(3) و هو ترتب الآثار من حين العقد

(4) لعل وجه التأمل كما افاده الشيخ المامقاني قدس سره في تعليقه على المكاسب ص 378 هو الفرق بين الايجاب الملحق به القبول.

و بين العقد الملحق به الاجازة: من حيث إن مجرد الايجاب في حد ذاته غير تام في الدلالة على انتقال المال الى المشتري

بخلاف العقد الملحق به الاجازة، فإنه تام في الدلالة على انتقال المال الى المشتري

ص: 298

إذ هذا المعنى (1) على حقيقته غير معقول، لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير (2) يستحيل لحوق صفة التأثير له، لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه (3) فاذا دل الدليل الشرعي على امضاء الاجازة على هذا الوجه غير المعقول فلا بد من صرفه بدلالة الاقتضاء (4) الى إرادة معاملة العقد بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة فاذا اجاز المالك حكما بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشتري وإن كان أصل الملك قبل الاجازة للمالك، ووقع النماء في ملكه

و الحاصل أنه يعامل بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حينه (5)

+++++

نهاية الأمر دلالة الاجازة على حصول الرضا من المالك بذلك العقد التام الدلالة

بعبارة أوضح: أن الايجاب جزء المقتضى كالقبول

بخلاف العقد الملحق به الاجازة، فإنه مقتضى

فالأول ليس قابلا للتأثير من حين وجوده، بخلاف الثاني فإنه قابل لذلك

(1) وهو كون مقتضى العقد ترتيب الآثار من حين الايجاب من دون مجيء الاجازة

(2) لعدم وجود رضا من المالك الاصيل حين العقد

(3) حيث إن العقد الفضولي قد وقع على عدم التأثير، لعدم وجود رضا من المالك فكيف يعقل لحوق صفة التأثير له

(4) الذي هو الدليل العقلي كما في قوله تعالى: وَسَأَلِ الْقَرْيَةَ وقول القائل: اعتق عبدك عني

(5) اي من حين العقد

ص: 299

بالنسبة الى ما أمكن من الآثار (1)

و هذا (2) نقل حقيقي (3) في حكم الكشف من بعض الجهات (4)

وستأتي الثمرة بينه (5)، وبين الكشف الحقيقي (6)

+++++

(1) كالتنماءات الواقعة في فترة العقد، و صدور الاجازة، فإنه يحكم فيها بنماء المبيع للمشتري، و نماء الثمن للبائع، و إن كان كل من الثمن و المثلثين لمالكهما

(2) و هو العقد الفضولي الذي دل الدليل الشرعي على إمضاء الإجازة له على وجه غير معقول: و هو استحالة لحوق صفة التأثير للعقد الموجود على صفة عدم التأثير

(3) لا يخفى عليك: أن الكشف الحقيقي كما عرفت هو الذي كان نماء كل من الثمن و المثلثين لمالكهما قبل الاجازة

و هذا التعريف هو الفارق بينه، و بين النقل، اذ على القول بالنقل يكون نماء كل منهما لمالكهما من حين صدور الاجازة، و أما قبل الصدور فنماء المثلثين لصاحبه، و نماء الثمن لصاحبه أيضا

و سيأتي هذا الفرق في الثمرات المترتبة على الكشف و النقل

فاطلاق شيخنا الانصارى النقل الحقيقي على مثل هذا العقد الذي يكون الاجازة فيه كاشفا مسامحة

(4) و هو الحكم بنماء الثمن للبائع، و نماء المبيع للمشتري، و بقاء الملك قبل الاجازة على ملك كل منهما

(5) اي بين هذا النقل الحقيقي الذي هو بحكم الكشف على حد تعبير الشيخ

(6) و هو الكشف عن وقوع الملك و آثاره للمشتري من حين وقوع العقد بعد صدور الاجازة

ص: 300

و لم اعرف من قال بهذا الوجه من الكشف (1) إلا الاستاذ شريف العلماء (2) فيما عثرت عليه من بعض تحقیقاته، وإلا- فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال (3) في زمان العقد، ولذا (4) عنون العلامة رحمه الله في القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله: وفي زمان الانتقال إشكال فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعاً في زمان الانتقال

معاني الكشف

وقد تحصل مما ذكرنا (5) أن كاشفية الاجازة على وجوه ثلاثة

قال: بكل منها قائل

(احدها): وهو المشهور الكشف الحقيقي (6)، و التزام كون الاجازة فيها (7) شرطاً متأخراً (8)، ولذا (9) اعترض عليهم جمال المحققين (10)

+++++

(1) وهو الكشف الحكمي

(2) يأتي شرح حياته و مؤلفاته في (أعلام المكاسب)

(3) اي انتقال الملك و النماء

(4) اي و لاجل أن ظاهر كلام القائلين بالكشف هو الانتقال في زمان العقد

(5) اي في حكم الاجازة في قوله في ص: 273 أما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي

(6) وقد عرفت معناه في الهامش 6 ص 300 عند قولنا: و هو الكشف عن وقوع الملك

(7) اي في الكاشفية

(8) اي أن الشرط هو نفس الاجازة و شخصها

(9) اي و لأجل أن الاجازة في هذا الكشف شرط متأخر

(10) يأتي شرح حياة هذا العملاق و مؤلفاته في (أعلام المكاسب)

ص: 301

في حاشيته على الروضة: بأن الشرط لا يتأخر (1)

(الثاني): الكشف الحقيقي، و التزام كون الشرط تعقب العقد بالاجازة لا نفس الاجازة فرارا عن لزوم تاخر الشرط عن المشروط، و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الاجازة: لو علم تحققها (2) فيما بعد

(الثالث): الكشف الحكمي و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الامكان (3) مع عدم تحقق الملك في الواقع إلا بعد الاجازة

و قد تبين من تضاعيف كلماتنا (4) أن الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل (5) ثم بعده الكشف الحكمي (6)

و أما الكشف الحقيقي مع كون نفس الاجازة من الشروط (7)

+++++

(1) وجه عدم التأخر هو أن الشرط علة فلا بد في العلة من تقدمها على معلولها.

و قد عرفت ذلك مفصلا في ص 275

(2) اى تحقق الاجازة

(3) كالقول بانتقال النماء الى المشتري من حين العقد بعد صدور الاجازة و إن كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك

(4) اى في رد ما افاده المحقق الكركي قدس سره في القول بالكشف و في رد من استدل على الكشف بآية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، و بآية وَ أَحَلَّ اللَّهُ
الْبَيْعَ

(5) اى النقل الحقيقي

(6) و هو الحكم بانتقال النماء الى المشتري، و بقاء اصل الملك للمالك و أن الشرط فيه هو الامر المنتزع و هو تعقب الاجازة و لحوقها
بالعقد

(7) اى من شروط العقد

ص: 302

فاتمامه بالقواعد في غاية الاشكال (1)، ولذا (2) استشكل فيه العلامة في القواعد ولم يرجحه (3) المحقق الثاني في حاشية الارشاد

بل عن الايضاح اختيار خلافه (4)، تبعاً للمحكي عن كاشف الرموز

وقواه (5) في مجمع البرهان، و تبعهم كاشف اللثام في النكاح

هذا (6) بحسب القواعد و العمومات

و أما الأخبار (7) فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس (8) الكشف كما صرح به في الدروس

و كذا الأخبار (9) التي بعدها، لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى

+++++

(1) وقد عرفت وجه الإشكال في ص 275 عند قولنا: اعلم أن الوجه في محالية الكشف

(2) اى و لأجل أن اتمام الكشف الحقيقي على القواعد مع القول بأن الشرط نفس الاجازة

(3) اى الكشف الحقيقي

(4) اى خلاف الكشف الحقيقي

(5) اى قوى مختار صاحب الايضاح

(6) اى عدم القول بالكشف الحقيقي

(7) اى و أما بحسب الأخبار

(8) و هي المشار إليها في ص 169 القاضية فيها بكون الولد من الامة المستولدة للمشتري الفضولي، و لولا الحكم المذكور لا يصبح

الولد متكوناً من الحرام، فصونا لانعقاده من الحرام

(9) و هي الاستدلال بفحوى صحة عقد النكاح من الصادر الفضولي المشار إليها في الهامش ص 177

ص: 303

المشهور (1) فتحتمل الكشف الحكمي

نعم صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولا الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي اجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تدرك و تحلف ظاهرة في قول الكشف (2)، اذ لو كان مال و الميت قبل اجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على أموالهم

+++++

و موثقة جميل المشار إليها في ص 184

و الأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم المشار إليها في الهامش 3 ص 188

و برواية ابن اشيم الواردة في العبد المأذون المشار إليها في ص 191 و بصحيحة الحلبي المشار إليها في ص 196

و بموثقة عبد الرحمن عن ابي عبد الله عليه السلام المشار إليها في ص 197

(1) و هو الكشف الحقيقي

(2) اي الكشف الحقيقي

و أما الصحيحة فراجع (وسائل الشيعة) الجزء 17. ص 527.

الباب 11. الحديث 1. أليك نص الحديث

عن أبي عبيدة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين

قال: فقال: النكاح جائز أيهما ادرك كان له الخيار

فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما، ولا مهر إلا أن يكونا قد ادركا ورضيا

قلت: فإن ادرك احدهما قبل الآخر؟

قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي

ص: 304

فإطلاق الحكم بالعزل منضمًا إلى عموم الناس مسلطون على أموالهم يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة غير المدركة وارثة في الواقع فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة كعزل نصيب الحمل (1)، وجعله (2) أكثر مما يحتمل

+++++

قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثره؟

قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى اخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث، و نصف المهر

قلت: فإن ماتت الجارية و لم يكن ادراك أيرثها الزوج المدرك؟

قال: لا، لأن لها الخيار إذا ادركت

قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك؟

قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية

(1) فيما إذا مات الزوج و كانت زوجته حاملاً فهنا يحتاط في الميراث فيجعل نصيب الحمل نصيب الذكر، لا الانثى

كما أنه يعزل للحمل نصيب ذكرين احتياطاً

فإن جاء و كان ذكراً يعطى له، و إن كان انثى يعطى لها نصيب الانثى، و الزائد يقسم على الوراث

كما أن الحمل لو كان ذكراً واحداً يعطى له نصيب الذكر الواحد و يقسم الزائد المعزول على بقية الوراث

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء 8 ص 209-210

(2) بالجر عطفًا على مجرور (كاف الجارة) أي و كجعل نصيب الحمل أكثر من نصيب ذكر كما عرفت آنفاً

ص: 305

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته (1)، و النقل

فنقول: أما الثمرة على الكشف الحقيقي (2) بين كون نفس الاجازة شرطا (3) و كون الشرط تعقب العقد بها (4) و لحقوقها له فقد يظهر في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بانشاء الفضولي اذا علم اجازة المالك فيما بعد

و أما الثمرة بين الكشف الحقيقي (5)

+++++

(1) و هو الكشف بأقسامه الثلاث:

(الكشف الحقيقي) و لكن الشرط فيه نفس الاجازة، بناء على الشرط المتأخر

(و الكشف الحقيقي): و لكن الشرط فيه هو الوصف المنتزع الذي هو تعقب الاجازة و لحقوقها

(و الكشف الحكمي): و هو القول بانتقال النماء الى المشتري مع القول ببقاء اصل الملك على ملك مالكة

(2) بكلا قسميه الذين ذكرناهما في الهامش 1

(3) هذا هو القسم الاول من الكشف الحقيقي

(4) هذا هو القسم الثاني من الكشف الحقيقي

(5) اى في القسم الاول من الكشف المشار إليه في الهامش 1

لا- يخفى أنه كيف يعقل الفرق بين الكشف الحقيقي، و الكشف الحكمي اذا قلنا في الحكمي بترتب جميع آثار الملك عليه من زمان العقد، سواء قلنا: إن الشرط هو الاجازة بنفسها أم الوصف المنتزع، و عنوان تعقب العقد بالاجازة

فعلى ضوء عدم الفرق لو تصرف المشتري مع جهلة بالاجازة ثم اجاز

ص: 306

و الحكمي مع كون نفس الاجازة شرطا، فإنه يظهر في مثل ما اذا وطأ المشتري الجارية قبل اجازة مالکها فاجاز، فإن الوطاء على الكشف الحقيقي حرام ظاهرا، لأصالة عدم الاجازة، و حلال واقعا لكشف الاجازة (1) عن وقوعه في ملكه

ولو اولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي و الحكمي، لأن مقتضى جعل الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطاء في الملك (2)

و يحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمي، لعدم تحقق حدوث الولد في الملك، و إن حكم بملكه (3) للمشتري بعد ذلك

و لو نقل المالك (4) أم الولد عن ملكه قبل الاجازة فاجاز بطل النقل على الكشف الحقيقي، لانكشاف وقوعه في ملك الغير، مع احتمال كون

+++++

المالك الاصيل كان تصرفه جائزا نافذا، لأنه تصرف في ملكه، و كذا بقية تصرفاته

(1) اي الاجازة الصادرة من المالك الاصيل بعد العقد كاشفة عن وقوع الوطاء في ملكه

(2) فيكون النماء و هو الولد للمشتري

و لا يخفى أن القول بوقوع الوطاء في ملك المشتري على القول بالكشف الحكمي الذي هو بقاء اصل الملك للمالك مع القول بالفرق بينه، و بين الكشف الحقيقي مشكل، و لذا قال قدس سره: و يحتمل عدم تحقق الاستيلاء

نعم بناء على ما قلناه: من عدم الفرق بين الحقيقي و الحكمي لا يرد إشكال

(3) اي بملكية الولد بعد صدور الاجازة من المالك الاصيل

(4) اي لو نقل المالك أم الولد التي وقع بيعها فضولا عن ملكه قبل الاجازة ثم اجاز بيع الاول

ص: 307

النقل بمنزلة الرد (1) و بقي (2) صحيحا على الكشف الحكمي (3)

و على المميز (4) قيمتها، لأنه (5) مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه، و بين مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع (6) بهذا الجعل كما (7) في الفسخ بالخيار مع انتقال المتعلقة (8) بنقل لازم

و ضابط (9) الكشف الحكمي الحكم بعد الاجازة بترتب آثار ملكية

+++++

(1) اذا يحكم بصحة النقل و إن قلنا بكشفية الاجازة

(2) اى النقل الصادر من المالك الاصيل

(3) وجه الصحة وقوع النقل في ملك المالك الاصيل

(4) اى و على المالك الاصيل الذي اجاز البيع الفضولي بعد نقله أم الولد عن ملكه الى الغير أن يدفع قيمة أم الولد الى المشتري

(5) تعليل لوجوب دفع القيمة الى المشتري

و تذكير الضمير في لأنه باعتبار الشأن

و المعنى أن وجوب إعطاء القيمة من قبل المالك الاصيل الذي هو المميز للمشتري لأجل مقتضى الجمع

وقد ذكر الشيخ مقتضى الجمع في المتن فلا نعيده

(6) اذ حكم الشارع بصحة النقل الواقع بما هو بعد صدور الاجازة من المالك، لا قبله

(7) تشبيه لكون إعطاء القيمة مقتضى الجمع اى ما نحن فيه يشبه الفسخ بالخيار، فإن من عليه الخيار لو باع المبيع في زمن الخيار فعليه دفع

القيمة الى من له الخيار لو كان النقل من قبل من عليه الخيار بعقد لازم، لا جائز، فإنه لو كان جائزا يصح فسخه

(8) اى متعلق الخيار يكون بعقد لازم كما عرفت آنفا

(9) اى القاعدة الكلية

ص: 308

المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل اجازته كإتلاف النماء، ونقله ولم يناف الاجازة جمع بينه، وبين مقتضى الاجازة بالرجوع الى البدل

وإن نافي (1) الاجازة كإتلاف العين عقلا، أو شرعا كالعققات محلها

مع احتمال الرجوع (2) الى البدل وسيجيء

ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل مواضع

اشارة

ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل مواضع

منها: النماء،

(منها) (3): النماء، فانه على الكشف بقول مطلق (4) لمن انتقل إليه العين، وعلى النقل لمن انتقلت عنه

و للشهيد الثاني في الروضة عبارة توجيه (5) المراد منها كما فعله بعض

+++++

يروم الشيخ من ذكر هذا الضابط إعطاء كبرى كلية لتطبيقها على صغرياتها حتى يتمكن القارئ الكريم من الفرق بين الكشف الحقيقي و بين الحكمي

وقد ذكر الضابط في المتن فلا نعيده

(1) اي ترتب شيء من آثار ملكية المشتري

(2) الظاهر عدم مجيء هذا الاحتمال، ولذا قال قدس سره و سيجيء اي البحث عن هذا الاحتمال سيجيء قريبا في أنه صحيح أولا

(3) اي من بعض تلك الثمرات المتفرعة على الكشف و النقل

(4) اي بأقسامه الثلاث التي اشير إليها في الهامش 1 ص 306

(5) اي توجيه مراد الشهيد الثاني من عبارته في الروضة: بأن تحمل على خلاف ظاهرها مما يطابق القواعد الفقهية كما ارتكب هذا التوجيه بعض الفقهاء أولى و أحسن من حملها على ظاهرها

أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه (1) آخر

+++++

اعلم أن الشهيد الثاني قدس سره قال في الروضة ما نصه:

وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة (فالنماء) المنفصل (المتخلل) بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع (للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع) و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز.

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة. الجزء 3.

ص 229-230

وأورد على الشهيد الثاني أنه كيف يحكم بكون النماين و هما: نماء المضمن، و نماء الثمن للمالك المجيز، مع أن المسلم و المتفق عليه عند الفقهاء هو أن نماء الثمن للبائع، و نماء المضمن للمشتري، بناء على النقل

فبعض الفقهاء وجه مراده فقال: إن مراده من العبارة و هي أن النماين للمالك المجيز هو ما اذا كان الطرفان فضولين: بأن اشترى زيد بمال عمر و فضولا، و باع الآخر مال زيد فضولا، و اذا كان الطرفان كذلك بكون نماء المبيع لمالكه الاول، و نماء الثمن لمالكه الاصيل الذي من شأنه الاجازة

فالمالك المجيز كلي له فردان:

فرد هو مالك الثمن الذي من شأنه اجازة العقد عليه

و فرد هو مالك المبيع الذي من شأنه اجازة العقد عليه

فيكون نماء كل من الثمن و المبيع لمالكه الذي من شأنه الاجازة

فالشهيد قدس سره قد استحسّن هذا التوجيه فقال: توجيه المراد منها كما فعله بعض أولى من توجيه ظاهرها، و الحكم به

(1) اي كما تكلف صاحب الكرامة في توجيه حكم ظاهر عبارة الشهيد الثاني، فإنه قدس سره قد ابقى العبارة على ظاهرها و لم يأولها

ص: 310

(و منها) (1): أن فسخ الاصيل لإنشائه قبل اجازة الآخر (2) مبطل له (3) على القول بالنقل، دون الكشف (4) بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الاصيل لفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغيا لإنشائه السابق

بخلاف ما لو جعلت (5) كاشفة، فإن العقد تام من طرف الاصيل غاية الامر تسلط الآخر على فسخه

وهذا (6) مبني على ما تسالموا عليه: من جواز ابطال احد المتعاقدين

+++++

وفسر المالك المجيز بالبائع، وقال:

أما وجه كون نماء المبيع للبائع فظاهر، لأن البائع بعد لم ينقل المبيع عن ملكه فهو باق على ملكه

و أما كون نماء الثمن للبائع فلأن المشتري الاصيل قد اخرج الثمن عن ملكه اختيارا فقد سلط البائع عليه، وعلى ما يتبعه من النمء فيؤخذ بما أقدم عليه

كما لو دفع المشتري الثمن الى البائع الغاصب مع علمه بالغصبية، فإنه هو المسلط للغاصب على إتلافه لو أتلفه

(1) اي و من بعض تلك الثمرات المترتبة على القول بالكشف و النقل

(2) بناء على أن احد المتعاقدين كان فضوليا

(3) اي للعقد

(4) المراد من الكشف هو الكشف الحقيقي، لا الكشف الحكمي فإن حاله حال النقل في الثمرة

(5) اي الاجازة

(6) و هو فسخ الاصيل لإنشائه مبطل للعقد

ص: 311

لأنشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالتبض في الهبة، ووقف، و الصدقة

فلا (1) يرد ما اعترضه بعض: من منع جواز الإبطال على القول بالنقل، معللا- بأن ترتب الاثر على جزء السبب (2) بعد انضمام الجزء الآخر (3) من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه (4)

و فيه (5) أن الكلام في أن عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب شرط فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد في وجود المسبب

+++++

(1) الفاء تفريع على ما افاده: من عدم كون فسخ الآخر مبطلا لإنشائه

والمعترض هو المحقق القمي قدس سره، حيث اعترض على كون فسخ الاصيل لإنشائه قبل اجازة الآخر مبطلا لإنشائه

وحاصل الاعتراض: أن ترتب الاثر وهو النقل والانتقال على جزء السبب الذي هو العقد بعد انضمام الجزء الآخر وهو الاجازة من الأحكام الوضعية، بناء على كون الاجازة ناقلة، فلا يعتبر في هذا الترتب اختيار الاصيل، فترتب الاثر امر (اتوماتيكي) يحصل من دون توقفه على شيء آخر

(2) وهو العقد كما عرفت آنفا

(3) وهو الاجازة كما عرفت

(4) اي في ترتب الاثر كما عرفت

(5) اي وفيما افاده البعض وهو المحقق القمي: من أن ترتب الاثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع، وأنه امر اتوماتيكي نظر وإشكال

و خلاصة الإشكال: أن الاجماع قائم على اشتراط عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب في الصحة وإن كان مقتضى أدلة الصحة واللزوم هو

ص: 312

فالأولى (1) في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحة العقود ولزومها

و لا يخلو (2) من إشكال

منها: أنّ فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل، دون الكشف

(و منها) (3): جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه، بناء على النقل

+++++

عدم بطلان إنشاء الاصيل بفسخه قبل اجازة الآخر، فاذا فسخ الاصيل قبل اجازة الآخر كان الفسخ هذا مبطلا للعقد بسبب هذا الاجماع فلا ينفع انضمام الجزء الآخر وهو الاجازة في وجود المسبب وهو الاثر بمعنى الاسم المصدري

(1) اي لو اردنا أن نستدل لمنع كون فسخ الاصيل لانشائه موجبا لبطلان العقد فالأنسب في الاستدلال أن يقال: إن احتمال الاشتراط المذكور مدفوع بالإطلاقات الواردة في صحة العقود ولزومها، فإن تلك الاطلاقات كافية في المقام

و المراد من الاطلاقات آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

(2) اي دفع احتمال الاشتراط المذكور بالإطلاقات الواردة لا يخلو عن إشكال

وجه الإشكال أن الاصيل بعد أن رجع عن إنشائه بالفسخ قبل اجازة الآخر يشك في صدق العقد والعهد على مثل هذا العقد فلا يجوز التمسك حينئذ بالإطلاقات الواردة على صحة هذا العقد ولزومها، لأن الشبهة موضوعية فلا مجال للاستصحاب

(3) اي و من بعض تلك الثمرات المترتبة على القول بالكشف و النقل تصرف المباشر الاصيل فيما انتقل عنه لو قلنا: إن الاجازة ناقلة من حين

ص: 313

وإن قلنا بأن فسخه (1) غير مبطل لإنشائه

فلو (2) باع جارية من فضولي جاز له وطؤها، وإن استولدها صارت أم ولد، لأنها ملكه

وكذا لو زوجت نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير، فلو حصلت الاجازة في المثالين (3) لغت، لعدم بقاء المحل (4) قابلا

والحاصل أن الفسخ القولي وإن قلنا: إنه غير مبطل لإنشاء الاصيل إلا أن له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الاجازة فيفسخ العقد بنفسه بذلك (5)

+++++

صدورها، حيث إن الملك باق على ملك صاحبه الاصيل قبل الاجازة فتصرفه تصرف في ملكه، فالاجازة الصادرة بعده تكون لغوا

بخلاف ما لو قلنا بالكشف فإن التصرف باطل لو اجاز المالك لكشف الاجازة عن كون التصرف واقعا في ملك المشتري مثلا

(1) اى فسخ المباشر الاصيل غير مبطل لانشائه كما افاد عدم البطلان المحقق القمي قدس سره عند ما نقل عنه الشيخ في ص 312 بقوله: فلا يرد ما اعترضه بعض

(2) الفاء تفرع على ما افاده: من جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه على القول بالنقل قبل الاجازة

اى فعلى ضوء ما ذكرنا فلو باع الاصيل من فضولي: بأن كان المشتري فضوليا

(3) وهما: بيع الجارية من فضولي، و تزويج المرأة نفسها من فضولي

(4) بعد الوطء، و التزويج للغير

(5) اى بذلك الفعل المنافي لانتقال المال عنه على وجه يفوت محل

ص: 314

وربما احتمال عدم جواز التصرف على هذا (1) القول أيضا

ولعله (2) لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حق الاصيل وإن لم يجب (3) في الطرف الآخر

وهو (4) الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب، حيث قال: لا يجوز للبائع، ولا للغاصب التصرف في العين (5) لا مكان الاجازة، ولا سيما على القول بالكشف (6)، انتهى (7)

+++++

الاجازة كالوطء، والتزويج للغير

(1) وهو القول بأن الاجازة ناقلة

(2) اي ولعل منشأ عدم جواز التصرف من قبل الاصيل على القول بالنقل

خلاصة الاحتمال أن عقد الفضولي جامع لجميع الشرائط سوى الرضا فأية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تشمله فيجب الوفاء بالعقد فلا يجوز للاصيل التصرف في المبيع قبل اجازة الآخر

(3) اي وإن لم يجب الوفاء بالعهد في الطرف الآخر ما دام لم يجرز العقد

(4) اي عدم جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه لاجل جريان عموم وجوب الوفاء بالعقد

(5) اي العين المنتقلة عن البائع.

و المراد من الغاصب هو الفضولي، حيث يرى المحقق الثاني أن الفضولي غاصب

(6) اي الكشف بكلا قسميه: الحقيقي، والحكمي

(7) اي ما افاده المحقق الثاني في هذا المقام

ص: 315

وفيه (1) أن الاجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شطراً (2) فما لم يتحقق الشرط، أو الجزء لم يجب الوفاء على احد من المتعاقدين، لأن المأمور به بالوفاء هو العقد المقيّد (3) الذي لا يوجد إلا بعد القيد (4)

وهذا (5) كله على النقل

وأما على القول بالكشف (6) فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة، والسيد العميدي، والمحقق الثاني، وظاهر غيرهم

وربما اعترض عليه (7) بعدم المانع له من التصرف، لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لا يقدح في السلطنة الثابتة له، ولذا (8) صرح

+++++

(1) اي وفيما افاده المحقق الثاني: من عدم جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه لاجل جريان عموم وجوب الوفاء بالعقد نظر و إشكال.

وقد ذكر الشيخ وجه النظر في المتن فلا نعيده

(2) اي جزء

(3) اي المقيّد بالاجازة الذي هو شرط في العقد، أو جزء له

(4) وهو الاجازة على نحو الشرطية، أو الجزئية

(5) وهو جواز تصرف الاصيل فيما انتقل، أو عدم جواز تصرفه

(6) وهو الكشف بكلا قسميه

(7) اي على عدم جواز التصرف للاصيل على القول بالكشف بكلا قسميه

(8) اي و لاجل أن مجرد انتقال المال عن الاصيل لا يضر في السلطنة الثابتة له صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف للاصيل مطلقاً، سواء قلنا بالكشف بكلا قسميه أم قلنا بالنقل

ص: 316

بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقا

نعم اذا حصلت الاجازة (1) كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال (2) المال الى المجيز فياخذ المال مع بقاءه، وبدله مع تلفه قال:
(3) نعم لو علم (4) باجازة المالك لم يجز له التصرف (5)، انتهى

اقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء (6) وجوبه على الاصيل، ولزوم العقد، وحرمة نقضه من جانبه

ووجوب الوفاء عليه (7) ليس مراعى باجازة المالك (8) بل مقتضى العموم (9) وجوبه حتى مع العلم بعدم اجازة المالك

و من هنا (10) يظهر أنه لا فائدة في أصالة عدم الاجازة

+++++

(1) اى بعد تصرف الاصيل

(2) تعليل لبطلان كل تصرف بعد حصول الاجازة

(3) اى بعض المعاصرين

(4) اى الاصيل

(5) اى ما افاده بعض المعاصرين في هذا المقام

(6) اى بالعقد في قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

(7) اى على الاصيل

(8) حتى يقال: إن حصلت الاجازة كشفت عن بطلان كل تصرف وإن لم تحصل صح التصرف

(9) اى عموم وجوب الوفاء بالعقد

(10) اى و من أن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد وجوب الوفاء على الاصيل حتى مع العلم بعدم صدور الاجازة من المالك يظهر عدم

الفائدة في جريان أصالة عدم الاجازة، لأن جريان أصالة عدم الاجازة لا تزيد على العلم بعدم الاجازة

ص: 317

لكن ما ذكره (1) البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف (2):

من كون العقد مشروطا بتعقبه بالاجازة، لعدم إحراز الشرط مع الشك فلا يجب الوفاء به على احد من المتعاقدين

وأما على المشهور في معنى الكشف: من كون نفس (3) الاجازة المتأخرة شرطا، لكون العقد السابق بنفسه مؤثرا تاما فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد (4)

وقد تحقق (5) فيجب على الاصيل الالتزام به (6)، وعدم نقضه الى أن ينقض، فإن رد المالك فسخ العقد من طرف الاصيل، كما أن اجازته (7) امضاء له من طرف الفضولي

+++++

(1) من جواز تصرف الاصيل في العين المنتقلة عنه مطلقا على الكشف و النقل

(2) اى بمعناه الثاني: وهو كون الشرط الامر المنتزع: وهو تعقب الاجازة، لا نفس الاجازة

(3) وهو القسم الاول من قسمي الكشف

(4) اى من غير تقييد العقد بشيء آخر وهو الاجازة

(5) اى وقد ثبت هذا العقد الذي يجب الوفاء به من غير تقييد عند ما انشأه العاقد الفضولي

(6) اى بهذا العقد الذي تحقق و ثبت في الخارج الذي انشأه العاقد الفضولي، و يجب على الاصيل أن لا ينقضه الى أن ينقضه الطرف الآخر فإن نقضه بالرد فسخ العقد من قبل الاصيل

(7) اى كما أن اجازة المالك يكون إمضاء للعقد الصادر من قبل الفضولي و طرفه

ص: 318

و الحاصل أنه إذا تحقق العقد فمقتضى العموم (1) على القول بالكشف (2) المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد، من دون ضمنية شيء شرطاً، أو شرطاً: حرمة نقضه على الاصيل مطلقاً (3) فكل تصرف يعد نقضاً لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز

و من هنا (4) تبين فساد توهم أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لأن (5) مقتضى العقد مبادلة المالكين فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه تنافي مقتضى العقد اعني المبادلة (6)

توضيح الفساد أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم (7)

+++++

(1) اى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

(2) اى الكشف بكلا قسميه

(3) اى سواء علم أن المالك يجيز أم لا، و سواء علم بعدم اجازة المالك أم لا

(4) اى و من قولنا: يجب على الاصيل الالتزام بالعقد و حرمة نقضه الى أن ينقض من الطرف الآخر

(5) تعليل من قبل المتوهم للقول بأن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه من قبل الفضولي

(6) اذ مفهوم المبادلة هو حرمة التصرف فيما انتقل عنه بالعقد و جواز التصرف فيما انتقل إليه بنفس العقد، اذ الحكم باحدهما و هو حرمة التصرف فقط دون جواز التصرف مناف لمفهوم المبادلة و المعاوضة

(7) اى الاصيل

على نفسه من المبادلة حرمة نقضه، و التخطي عنه

و هذا (1) لا يدل إلا على حرمة التصرف في ماله، حيث التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل

و أما دخول البدل في ملكه فليس مما التزمه على نفسه (2)، بل مما جعله لنفسه، و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه

و أما قيد كونه (3) بإزاء مال فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلا في مفهوم المبادلة، فلو لم يتصرف في مال صاحبه لم يكن ذلك (4) نقضا للمبادلة

فالمرجع في هذا التصرف (5) فعلا و تركا الى ما يقتضيه الاصل و هي أصالة عدم الانتقال (6)

و دعوى أن الالتزام المذكور (7) إنما هو على تقدير الاجازة و دخول البدل في ملكه

+++++

(1) و هو أن الثابت من وجوب الوفاء بالعقد هو حرمة نقض الاصيل العقد، و عدم جواز التخطي عنه

(2) حتى يحرم على الاصيل نقضه بعدم جواز التصرف فيما انتقل إليه، أو يحرم التخطي عنه

(3) أي كون ما التزم على نفسه

(4) أي عدم التصرف فيما انتقل إليه

(5) أي تصرف الاصيل فيما انتقل إليه

(6) أي عدم انتقال مال الآخر الى الاصيل

(7) و هو التزام الاصيل على نفسه حرمة نقضه، و التخطي عنه

ص: 320

فالالتزام معلق على تقدير (1) لم يعلم تحققه فهو (2) كالنذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط اذا لم يعلم بتحقيقه

فكما أن التصرف حينئذ (3) لا يعد حثا فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الاجازة لا يعد نقضا لما التزمه، اذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقا

مدفوعة بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال بأن (4) الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الاجازة، وإنما التزم بالمبادلة متوقعا للاجازة فيجب عليه الوفاء به، ويحرم عليه نقضه الى أن يحصل ما يتوقعه من الاجازة، أو ينتقض التزامه برد المالك

+++++

(1) وهو تقدير الاجازة، ودخول البدل في ملكه

(2) اى هذا الالتزام شبيه بالنذر المعلق على شيء، فإن من نذر بإعطاء دينار معين مثلا الى هاشمي لو قضيت حاجته فقد حكم بعض الفقهاء بجواز التصرف في الدينار المعين المنذور قبل تحقق حاجته التي هو الشرط

(3) اى التصرف في المنذور حين لم يعلم الناذر بتحقق الشرط وهو قضاء حاجته لم يكن حثا لنذره حتى يوجب الكفارة

(4) الجار والمجرور متعلق بقوله: مدفوعة، و الباء بيان لكيفية الدفاع

و خلاصة الدفاع أنه فرق بين ما نحن فيه: وهو تصرف الاصيل فيما انتقل عنه

و بين تصرف الناذر في المنذور المعين قبل تحقق شرطه

وقد ذكر الشيخ كيفية الفرق بينهما فلا نعيده

ص: 321

و لأجل ما ذكرنا: من (1) اختصاص حرمة النقص بما يعد من التصرفات منافيا لما التزمه الاصيل على نفسه، دون غيرها (2)

قال في القواعد في باب النكاح: ولو (3) تولى الفضولي احد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان (4) زوجا حرمت عليه الخامسة، و الاخت (5)

+++++

(1) كلمة من بيان لما ذكرنا

و خلاصة ما ذكره الشيخ هو عدم جواز مخالفة الاصيل لما التزمه على نفسه فيما اذا كان احد طرفي العقد فضوليا في الآثار المترتبة على نفسه و ضرره

و هنا يروم أن يستشهد بكلام العلامة قدس سره على ما افاده فقال:

قال العلامة في القواعد

(2) اي دون التصرفات غير المنافية لما التزمه الاصيل على نفسه

(3) هذا مقول قول العلامة في القواعد

و خلاصة ما افاده هناك: أن الفضولي لو تولى احد طرفي العقد:

بأن صار موجبا، أو قابلا و كان الطرف الآخر اصيلا فبأشعر عقد النكاح فقد ثبتت في حق المباشر الاصيل حرمة المصاهرة، لأن مناط الحرمة هو النكاح الصحيح الفعلي و قد تحقق هذا المنط بالنسبة الى المباشر الاصيل فلا يجوز له الإقدام على الخامسة اذا كان زوجا لو كان المعقود عليها هي الرابعة

فلو عقد على الخامسة لا اثر للعقد اذا كانت الاربعة موجودة

(4) اي المباشر الاصيل كما عرفت آنفا

(5) اي و كذا تحرم على المباشر الاصيل اخت المعقود عليها فيما اذا كان احد طرفي العقد فضوليا، لعدم جواز الجمع بينهما فلا يجوز له الإقدام على نكاح الاخت بمجرد العقد

ص: 322

والام (1)، و البنت (2)، إلا (3) إذا فسخت على إشكال

+++++

هذا من آثار عدم جواز مخالفة الاصيل لما التزمه على نفسه

(1) اى وكذا تحرم أم المعقود عليها على المباشر الاصيل فيما اذا كان احد طرفي العقد فضوليا

هذا من آثار عدم جواز مخالفة الاصيل لما التزمه على نفسه

(2) اى وكذا تحرم بنت المعقود عليها على المباشر الاصيل فلا يجوز له الإقدام على نكاحها اذا دخل المباشر الاصيل بالام

هذا من آثار عدم جواز مخالفة المباشر الاصيل لما التزمه على نفسه

(3) اى اذا فسخت المعقود عليها عقد النكاح

هذا الاستثناء راجع الى الخامسة و الاخت و الام و البنت

و خلاصته: أن المعقود عليها لو فسخت عقد النكاح فلا تحرم الخامسة على المباشر الاصيل، وكذا الاخت و البنت و الام

أما عدم حرمة الخامسة على المباشر الاصيل فلخروج المعقود عليها بالفسخ عن الزوجية فلا تبقى للمباشر الاصيل اربع زوجات لو كانت له حتى تحرم الخامسة

و أما عدم حرمة الاخت على المباشر الاصيل فلما عرفت: من أن المناط في الحرمة هو الجمع بين الاختين فالحرمة إنما تعلقت بذلك، لا بعين الاخت حتى لا يجوز نكاحها بعد فسخ المعقود عليها

و أما عدم حرمة البنت على المباشر الاصيل فلأن الحرمة إنما تعلقت بالبنت بواسطة امر عرضي و هو الدخول بامها لا بعين البنت حتى لا يجوز نكاحها بعد فسخ أمها

و من المعلوم أن المباشر الاصيل لم يدخل بالام حتى تحرم البنت عليه

ص: 323

في الأم (1)

وفي الطلاق (2) نظر، لترتبه (3) على عقد لازم فلا يقع المصاهرة

+++++

(1) اي وفي تحريم أم المعقود عليها على المباشر الاصيل بعد فسخ المعقود عليها إشكال

وجه الاشكال: أن مناط التحريم في الام هو العقد الصحيح اللازم وقد وقع هذا العقد الصحيح اللازم من المباشر الاصيل، لأنه المفروض

ووجه عدم الاشكال: أن فسخ العقد من قبل المعقود عليها رفع لاصل النكاح فترتفع أحكامه التي منها حرمة نكاح الام

(2) اي لو طلق المباشر الاصيل المعقود عليها فهل يفيد هذا الطلاق رفع حرمة المصاهرة الثابتة بالنكاح قبل الطلاق أم لا يفيد؟

وكذا هل يفيد طلاق إباحة نكاح الخامسة و البنت و الاخت أم لا؟

فيه نظر:

من أن الطلاق صادر من اهله، و واقع في محله، لأن المفروض لزوم العقد بالنسبة إليه فيكون رافعا لاثر العقد كما لو فسخت الزوجة فيقع المصاهرة، و نكاح الاخت و البنت و الخامسة

و من أن الطلاق فرع وقوع الزوجية و تحققها في الخارج و لم تتحقق لأن الزوجة لو فسخت و لم تجز النكاح لم تكن هناك زوجية حتى يقع الطلاق في محله

و صرف العقد اللازم على الاصيل لا يكون كافيا في صحة الطلاق فلا يفيد في رفع الحرمة، و إباحة نكاح الاخت و البنت و الخامسة فلا ترتفع الحرمة الثابتة إلا بالفسخ، أو الطلاق بعد الاجازة

(3) اي لترتب الطلاق

ص: 324

وإن كان (1) زوجة لم يحل لها نكاح غيره (2) إلا إذا فسخ (3) و الطلاق هنا معتبر (4)، انتهى

وعن كشف اللثام نفي الاشكال (5)

وقد صرح أيضا جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الاصيل و فرعوا عليه تحريم المصاهرة

و أما مثل (6) النظر الى المزوجة فضولا، و الى أمها مثلا، و غيره

+++++

(1) اى المباشر الاصيل

(2) اى غير هذا الزوج الذي اختير لها فضولا، و كانت هي المتولى لطرف العقد مباشرة

(3) اى الزوج فسخ

(4) اى في صورة كون المباشر الاصيل زوجة، و فسخ الزوج العقد يعتبر الطلاق فيها، لتوقف الطلاق على الزوجية المتوقفة على الاجازة و معها يصح الطلاق

(5) اى قال صاحب كشف اللثام: إنه لا إشكال في تحريم المصاهرة من طرف المباشر الاصيل لو تولى الفضولي احد طرفي العقد، و كان المباشر الاصيل الزوج، أو الزوجة

و كذا لا إشكال في تحريم الخامسة، و الجمع بين الاختين، و بنت الأم

الى هنا كان الكلام حول الآثار المترتبة على نفس المباشر الاصيل و قلنا: إنه لا يجوز له نقض ما التزمه على نفسه، و التخطي عنه

(6) من هنا يروم الشيخ أن يتكلم حول الآثار المترتبة للمباشر الاصيل في العقد اذا تولى احد طرفيه فضولي

و خلاصة ما افاده هنا: أن النظر الى المرأة المزوجة فضولا الذي

ص: 325

مما لا يعد تركه نقضا لما التزم العاقد على نفسه فهو باق تحت الاصول (1) لأن ذلك (2) من لوازم علاقة الزوجية غير الثابتة، بل المنفية بالأصل

فحرمة (3) نقض العاقد لما عقد على نفسه لا تتوقف على ثبوت نتيجة العقد اعني علاقة الملك، أو الزوجية، بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين (4)

ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات آخر لا بأس بذكرها

ثم إن بعض متأخري المتأخرين (5) ذكر ثمرات آخر لا بأس بذكرها

+++++

كان من الآثار المترتبة للمباشر، أو النظر الى أم المرأة، أو غير النظر مما لا يعد تركه نقضا لما التزم به المباشر الاصيل على نفسه: غير جائز فهو باق على الحرمة، و داخل تحت الاصول والقواعد و هي عدم الجواز، حيث إن هذه الآثار التي هي للمباشر الاصيل إنما تجوز اذا كان العقد ملتزما من الطرفين: بأن كان كلا طرفي العقد اصليين

لا- فيما نحن فيه الذي كان احد طرفيه فضوليا، فلا يثبت هذه الآثار التي هي للمباشر، لأن النظر الى المرأة المزوجة فضولا من لوازم الزوجية التي لم تثبت بسبب وقوع العقد فضولا، بل هو منفي بالأصل، لأن العقد لم يقع صحيحا حتى يترتب عليه هذه الآثار

(1) وقد عرفت أن الأصل هو عدم الجواز، لعدم وقوع العقد صحيحا

(2) و هو جواز النظر الى المرأة المزوجة فضولا

(3) الفاء تفريع على ما افاده: من عدم كون الآثار المترتبة للمباشر الاصيل مما يعد تركه نقضا وقد ذكر الشيخ التفريع في المتن فلا نعيده

(4) و من الواضح أن حرمة النقض فيما نحن فيه قد تحققت من المباشر الاصيل فقط، حيث كان احد المتعاطيين فضوليا

(5) و هو المحقق الاردبيلي قدس سره

للتنبه بها، وبما يمكن أن يقال (1) عليها

(منها) (2): ما لو انسلخت قابلية التملك عن احد المتبايعين بموته قبل اجازة الآخر، أو بعروض كفر بارتداد فطرى، أو غيره (3) مع كون المبيع عبدا مسلما، أو مصحفا (4)، فيصح حينئذ على الكشف، دون النقل

+++++

(1) اى ويمكن الرد على تلك الثمرات التي افادها بعض متأخري المتأخرين

(2) اى من بعض تلك الثمرات المترتبة على القول بالكشف، دون القول بالنقل

أليك خلاصة هذه الثمرة

إن احد المتعاقدين الذي هو الاصيل، سواء أكان بايعا أم مشتريا لو باع شيئا، أو اشترى ثم بعد البيع، أو الشراء انسلخت عنه قابلية التملك بموت، أو بارتداد، سواء أكان الارتداد فطريا أم مليا، و كان الانسلاخ قبل اجازة الآخر الذي هو صاحب العوض المشتري به فضولا أو المعوض الذي بيع فضولا فقد صح البيع، أو الشراء بالنسبة الى المجاز لو اجاز الآخر، لكون الاجازة كاشفة عن سبق الملك بمجرد العقد

بخلاف القول بالنقل، فإن البيع، أو الشراء باطل، لكون الاجازة كاشفة عن انتقال الملك الى المجاز عند صدور الاجازة

و المفروض أن احد المتعاقدين قد انسلخت عنه قابلية التملك بموته أو ارتداده فالعوض، أو المعوض قد انتقل الى الوراث بموته، أو ارتداده

(3) اى أو غير المرتد الفطري و هو المرتد الملي

(4) القيد راجع الى المرتد الملي، فإنه لو ارتد يملك كل شيء سوى العبد المسلم و المصحف الشريف، فإن الارتداد عن ملة يوجب انسلاخ

ص: 327

و كذا (1) لو انسلخت قابلية المنقول بتلف، أو عروض نجاسة له مع ميعانه، الى غير ذلك

وفي مقابله (2) ما لو تجددت القابلية قبل الاجازة بعد انعدامها حال العقد كما (3) لو تجددت الثمرة و بدأ صلاحها بعد العقد قبل الاجازة

+++++

قابلية احد المتعاقدين عن العبد المسلم، و المصحف الكريم فقط، لا عن كل شيء، فلهذا قيد الشيخ قدس سره الارتداد الملي فيما اذا كان المبيع عبدا مسلما، أو مصحفا كريما

(1) اي و من الثمرات التي افادها بعض متأخري المتأخرين المترتبة على القول بالكشف، أو النقل انسلاخ قابلية المالية عن المال المنقول من طرف الاصيل عوضا، أو معوضا للملك بتلف ذلك المال المنقول أو بعروض النجاسة عليه كما اذا كان دهنا مائعا و ليس قابلا للانتفاع لكل شيء

فعلى القول بالكشف يصح البيع و يكون الضرر من مال المشتري لانتقال المال إليه من حين العقد

و على القول بالنقل يصح البيع و يكون الضرر من مال البائع، لانتقال المال الى المشتري من حين صدور الاجازة

(2) اي وفي مقابل انسلاخ القابلية عن المال المنقول تجدد القابلية في المال المنقول قبل الاجازة، و بعد أن كانت القابلية معدومة

(3) هذا مثال لتجدد القابلية في المال المنقول بعد أن كانت معدومة

فعلى القول بالكشف يصح البيع و تكون زكاة الزرع لو كان الزرع زكويا على المشتري، لأن بدر الصلاح كان في ملكه

و على القول بالنقل يصح البيع، أو الشراء، لكن الزكاة على البائع لكون ظهور الثمرة، و بدو الصلاح كان في ملكه

ص: 328

وفيما (1) قارن العقد فقد الشرط ثم حصل، و بالعكس (2)

وربما يعترض (3) على الاول بامكان دعوى ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية الى حين الاجازة على الكشف فيكشف الاجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا الى حين الاجازة

+++++

(1) اي أو قارن العقد فقدان شرط من شروط تأثير العقد، سواء أ كان الشرط من شروط المتعاقدين أم من شروط العوضين، ثم حصل قبل الاجازة

فعلى القول بالكشف يكون العقد باطلا

و على القول بالنقل يكون صحيحا

(2) اي لو قارن العقد وجدان شرط من شروط تأثير العقد، سواء أ كان من شروط المتعاقدين أم من شروط العوضين ثم فقد الشرط قبل الاجازة

فعلى القول بالكشف يصلح العقد

و على القول بالنقل يبطل

(3) المعترض هو صاحب الجواهر قدس سره

و المراد من الاول هو انسلاخ قابلية التملك عن احد المتبايعين بموت أو ارتداد كما علمت في الهامش 2 ص 227

و خلاصة الاعتراض: أن أدلة صحة البيع، أو الشراء ظاهرة في اعتبار استمرار قابلية التملك من حين صدور العقد الى حين صدور الاجازة على القول بالكشف

وفيما نحن فيه و هو انسلاخ قابلية التملك عن احد المتعاقدين يبطل البيع، أو الشراء على القول بالكشف، لعدم وجود قابلية التملك

ص: 329

وفيه (1) أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية، ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها

كما (2) لو وقعت بيوع متعددة على مال، فإنهم صرحوا بأن اجازة الاول (3) توجب صحة الجميع، مع عدم بقاء مالكية الاول (4) مستمرا

+++++

بعد صدور العقد الى زمن صدور الاجازة

ولا يخفى عليك أن اعتراض صاحب الجواهر وارد على الثاني وهو انسلاخ قابلية المال المنقول بتلف، أو عروض نجاسة المذكور في ص

328

وكذا على الثالث وهو تجدد القابلية لاحد المتعاقدين قبل حصول الاجازة المذكور في ص 328 كما تأتي الاشارة إليهما من الشيخ

(1) اي وفيما اعترضه صاحب الجواهر على انسلاخ قابلية التملك عن احد المتعاقدين، أو انسلاخ قابلية المال المنقول بادعائه اعتبار

استمرار قابلية التملك من زمن العقد الى زمن صدور الاجازة نظر وإشكال

وقد ذكر النظر في المتن فلا نعيده

(2) هذا تنظير لعدم اعتبار قابلية استمرار التملك الى زمن صدور الاجازة

(3) أي البيع الاول

(4) وهو البائع الأول في المبيع الأول على صفة المالكية، فإنه بعد البيع خرج المبيع عن ملكه وسلطته، مع أن الفقهاء صرحوا جميعا

بصحة جميع البيوع المتعددة، فلو كانت قابلية استمرار التملك معتبرة الى حين صدور الاجازة فكيف حكم الفقهاء بصحة البيوع المتعددة

؟

ص: 330

و كما (1) يشعر به بعض أخبار المسألة المتقدمة، حيث إن ظاهر بعضها، و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الاجازة

مضافا (2) الى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي يصلح لما ذكر

+++++

(1) تنظير ثان لعدم اعتبار استمرار قابلية التملك في المتعاقدين الى زمن صدور الاجازة اى و كما يشعر بعدم اعتبار استمرار قابلية التملك

و الظاهر أن المراد ببعض أخبار مسألة الفضولي هو رواية ابن اشيم المشار إليها في ص 191 حيث إن الدافع بعد أن دفع الى العبد المأذون مبلغا لشراء عبد و عتقه ثم يحج عن الباقي قد مات، و إلا فليس في الأخبار المتقدمة المستدل بها على صحة بيع الفضولي من البداية الى النهاية التي ذكرها الشيخ ما يدل على عدم اعتبار الحياة في المتعاقدين حال صدور الاجازة لا تلويحا و لا تصريحاً حتى تكون في تلك الأخبار ما يشعر بعدم اعتبار استمرار قابلية التملك الى زمن صدور الاجازة

و أليك تلك الأخبار و هي:

صحيفة محمد بن قيس المشار إليها في ص 169

و فحوى صحة عقد النكاح المشار إليها في الهامش 1. ص 178

و موثقة جميل المشار إليها في ص 184

و صحيفة الحلبي المشار إليها في ص 196

و موثقة عبد الله المشار إليها في ص 197

و الأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم المشار إليها في الهامش 3 ص 188

(2) اى و لنا بالإضافة الى ما ذكره: من إشعار بعض الأخبار المتقدمة على عدم اعتبار استمرار القابلية في التملك فحوى خبر تزويج

الصغيرين الذي اشير إليه في الهامش 2 ص 304 فإنه يصلح لعدم اعتبار استمرار قابلية التملك في المتعاقدين الى زمن صدور الاجازة

ص: 331

في الثمرة الثانية (1) اعني خروج المنقول (2) عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو اجازة به، لتلف، و شبهه، فإن موت احد الزوجين كتلف احد العوضين في فوات احد ركني العقد

مضافا الى اطلاق رواية عروة (3)، حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن موت الشاة، أو ذبحه وإتلافه

نعم ما ذكره (4) أخيرا: من تجدد القابلية بعد العقد حال الاجازة لا يصلح ثمرة للمسألة (5)، لبطلان العقد (6)

+++++

و لا يخفى عليك أن الاستدلال بفحوى خبر الصغيرين على المدعى لا يخلو من الضعف، حيث إنه على خلاف القاعدة فلا يتعدى منه الى غيره

(1) اي المترتبة على القول بالكشف، أو النقل

(2) اي المال المنقول كما عرفت

(3) اي عروة البارقي المشار إليها في ص 164 التي استدل بها الشيخ على صحة عقد الفضولي اي الرواية هذه مطلقة، حيث إن الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم لما اخبره عروة البارقي بما صنع قال صلى الله عليه وآله وسلم: بارك الله لك في صفقة يمينك، و لم يستفصل عن موت الشاة، أو ذبحه، فترك الاستفصال دليل على عدم اعتبار استمرار القابلية الى زمن صدور الاجازة

(4) اي صاحب الجواهر: من اعتبار استمرار القابلية الى زمن صدور الاجازة

(5) وهي مسألة الكشف، أو النقل

(6) وجه البطلان أنه لا بدّ من قابلية المتعاقدين التملك حال العقد و إنشاء المعاملة

ص: 332

ظاهرا على القولين (1)

وكذا (2) فيما لو قارن العقد فقد الشرط

وبالجملة فباب المناقشة وإن كان واسعا، إلا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه (3)

وربما يقال: بظهور الثمرة (4) في تعلق الخيارات (5)، وحق (6)

+++++

(1) وهما: قول الكشف، وقول النقل

(2) أي وكذا لا يصلح ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره:

من مقارنة العقد فقد الشرط، لعين الملاك الذي قلناه في تجدد القابلية

(3) وهو عدم اعتبار استمرار القابلية، ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالاجازة

(4) أي الثمرة بين القول بالكشف، والقول بالنقل

(5) كما إذا اختلف المبيع من حيث الصحة والعيب بحسب زمان العقد، وزمان صدور الاجازة: بأن كان زمن العقد صحيحا ثم صار

معيبا زمن صدور الاجازة، أو بالعكس فيختلف الحال في ثبوت الخيار

فعلى القول بالكشف لا يثبت للمشتري الخيار، لأن العيب قد وقع في ملكه

وعلى القول بالنقل يثبت للمشتري الخيار

وإن كان المبيع في زمن صدور العقد معيبا، وزمن صدور الاجازة صحيحا

فعلى القول بالكشف يثبت الخيار للمشتري

وعلى القول بالنقل لا يثبت الخيار له

(6) فعلى القول بالكشف يكون حق الشفعة من زمن العقد وعلى القول بالنقل يكون من زمن صدور الاجازة

الشفعة، و احتساب (1) مبدأ الخيارات، و معرفة (2) مجلس الصرف و السلم و الأيمان (3)

+++++

و كما لو كانت دار مشتركة بين اثنين على وجه الاشاعة فباع فضولي حصة احد الشريكين لرجل خارج عن الشركة، ثم باع الرجل حصته لشخص آخر، ثم اجاز البيع مالك الحصة الاولى

فعلى القول بالكشف يكون حق الشفعة للمشتري من الفضولي، لكونه أصبح شريكا مع الآخر فاذا بيع ما في شركة استحق الاخذ بالشفعة و على القول بالنقل كان حق الشفعة للمشتري من البائع الاصيل لكونه شريكا مع المالك المجيز قبل تامة بيع حصته، فاذا تمت الاجازة فله أن يأخذ بالشفعة بالنسبة الى هذا البيع الذي تم من حين الاجازة

(1) كما في خيار الحيوان

فعلى القول بالكشف يكون المبدأ ثلاثة أيام في الحيوان من حين العقد و على القول بالنقل يكون المبدأ من زمن صدور الاجازة

(2) فعلى القول بالكشف يكون اعتبار مجلس القبض بمجلس العقد و على القول بالنقل يكون بمجلس الاجازة

و كذلك في بيع السلف

(3) كما لو حلف شخص على بيع جميع أمواله في يوم الجمعة و كان من جملة ما حلف عليه ما باعه الفضولي و لم تقع الاجازة في يوم الجمعة بل وقعت في يوم الثلاثاء مثلا

فعلى القول بالكشف كان بيع الفضولي خارجا عن إطار الحلف فلا يلزم التصديق به، فتصح الاجازة

و على القول بالنقل يحكم بفساد الاجازة

ص: 334

و النذور (1) المتعلقة (2) بمال البائع، أو المشتري

و تظهر الثمرة (3) أيضا في العقود المترتبة على الثمن، أو المثلث

+++++

و كما لو حلف شخص على أن يتصدق بجميع أمواله في يوم الجمعة و كان من جملة ما حلف عليه ما اشتراه من فضولي فلم تلحقه
الاجازة يوم الجمعة، بل لحقته يوم السبت
فعلى القول بالكشف يلزمه التصديق بماله

و من جملة ما يملكه هذا الذي اشتراه من الفضولي و لحقته الاجازة يوم السبت

و على القول بالنقل لا يلزمه التصديق به، لعدم كون المال المشتري فضوليا ملكا له يوم الجمعة

(1) كما لو نذر التصديق بدينار معين من ماله يوم الجمعة و قد اشترى الدينار المعين من فضولي و لم تلحقه الاجازة إلا يوم السبت

فعلى القول بالكشف يلزمه الوفاء بالنذر، لوقوع النذر بماله

و على القول بالنقل فلا، لعدم تملكه للدينار عند النذر

(2) بالجر صفة للأيمان، و النذور، اي الأيمان تارة تتعلق بالبيع و اخرى بالشراء

و كذا النذور، فإنها تارة تتعلق بالبيع، و اخرى بالشراء

كما افاد هذا المعنى الشيخ بقوله: و الأيمان و النذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري

و قد مثلنا لهما بقولنا: في الهامش 3 ص 334 كما لو حلف شخص على بيع جميع أمواله، و في ص 335 بقولنا: و كما لو حلف شخص
أن يتصدق بجميع أمواله

(3) اي الثمرة بين القول بالكشف، و القول بالنقل

ص: 335

وسياتي (1) إن شاء الله

أما شروطها

و ينبغي التنبيه على أمور:

الأول أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي

و ينبغي التنبيه على أمور: (الأول): أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة، أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي و معنى الإجازة وضعا (2) أو انصرافا بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك، و أدلة وجوب الوفاء بالعقود، و غيرهما من الأدلة الخارجية

+++++

(1) اى في الامر الثالث من الامور التي ذكرها الشيخ بقوله:

و أما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان أمور

(2) خلاصة الكلام في التنبيه الاول: أن البحث في الإجازة ليس في معناه اللغوي من حيث الوضع اى ليس النزاع بين الفقهاء في أن الإجازة كاشفة، أو ناقلة في معناه الموضوع له و هو الامضاء، أو مجرد الرضا بمضمون العقد الواقع فضولا، لأن هذا لا نزاع فيه

بل النزاع في حكم الإجازة شرعا اى كون الإجازة كاشفة، أو ناقلة هل هو بجعل من الشارع على وجه اللزوم اى القائل بالكشف يقول:

إن الشارع قد جعل الإجازة كاشفة فحينئذ لا معنى للنقل اصلا؟

أو أن المجيز اذا قصد النقل باجازته فقد افاد نقل المال من حين الإجازة كما لو باع شخص مال زيد فضولا ثم انتقل ذلك المال إليه بعد زمن بالارث، أو بشيء آخر فالإجازة حينئذ لا تصلح أن تكون كاشفة عن انتقال المال الى المشتري من حين العقد، لأن البائع الفضولي الذي ورث المال بعد ذلك لا سلطنة له عليه في حال العقد، فلا يصح أن تكون كاشفة عن النقل من حين العقد

بعبارة اخرى أن المستفاد من العمومات و الاطلاقات، و أدلة الطيب التي ذكرت كلها في أثناء البحث: هل أن الرضا المتأخر كاشف عن تمامية السبب، أو أنه جزء السبب الناقل؟

ص: 336

فلو (1) قصد المجهز الإمضاء من حين الاجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل ففي صحتها وجهان

الثاني: أنه يشترط في الاجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية

اشارة

(الثاني): (2) أنه يشترط في الاجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية كقوله: امضيت، و اجزت، و انفذت، و رضيت و شبه ذلك

و ظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية (3)، و ليس (4) ببعيد اذا

+++++

أو أن مفاد الأدلة الخارجية هو الكشف عن تمامية العقد في التأثير أولها الدخالة فيه ؟

(1) الفاء تفريع على ما افاده: من أن الخلاف في الاجازة ليس في مفهومها اللغوي، أو الانصرافي، بل في حكمها الشرعي

و خلاصة التفريع أنه لو كان الخلاف في المفهوم اللغوي لكان قصد الكشف، أو النقل صحيحا حتى لو قلنا بظهور اللفظ في الكشف مثلا

بداهة صلاحية قصد الخلاف مع وجود طريق إليه أن تكون قرينة صارفة عن إرادة ظاهر اللفظ

بخلاف ما لو كان الخلاف في الحكم الشرعي، فإنه حينئذ يأتي فيه الوجهان: الصحة، و البطلان، و إن كان البطلان أظهر، لأن المجاز الذي هو النقل من حين العقد لم يقع، و ما وقع و هو النقل المطلق لم يجز اذا المجاز هو النقل المقيد من حين العقد

(2) اي الامر الثاني من الامور التي ينبغي التنبيه عليها و اشار الشيخ إليها بقوله في ص 336

(3) فإن قوله صلى الله عليه و آله و سلم: بارك الله لك في صفقة يمينك كناية عن اجزت، أو امضيت، أو رضيت

(4) اي وقوع الاجازة بالكناية ليس ببعيد

ص: 337

اتكل عليها (1) عرفا

كفاية الفعل الكاشف عن الرضا في الإجازة

و الظاهر: أن الفعل الكاشف عرفا عن الرضا بالعقد كاف كالتصرف في الثمن (2)، و منه (3) اجازة البيع الواقع عليه كما سيجيء

و كتمكين الزوجة من الدخول بها اذا زوجت فضولا كما صرح به العلامة رحمه الله

و ربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ، بل نسب الى صريح جماعة و ظاهر آخرين (4)

و في النسبة نظر

و استدل عليه (5) بعضهم بأنها كالبيع في استقرار الملك

و هو (6) يشبه المصادرة

+++++

(1) اى على الكناية

(2) كما لو باع شخص فضولا سلعة زيد فاخذ المالك الاصيل ثمنها من البائع الفضولي و تصرف فيه فهذا التصرف كاف عن الاجازة اللفظية

(3) اى و من التصرف اجازة البيع الواقع على ثمن السلعة المباعة فضولا

(4) فصارت الأقوال أربعة:

(الاول): إنشاء الاجازة باللفظ الصريح

(الثاني): إنشاء الاجازة بالكناية

(الثالث): إنشاء الاجازة بفعل

(الرابع): إلغاء الإنشاء و الاكتفاء بالرضا الباطني

(5) اى على اعتبار اللفظ في الاجازة

(6) اى الاستدلال المذكور يشبه المصادرة، اذ كون الاجازة مثل

ويمكن أن يوجه (1) بأن الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع وشبهه يقتضي اعتبار اللفظ

و من المعلوم أن النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الاجازة (2)

وفيه (3) نظر، بل لو لا شبهة الاجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين (4) تعين القول بكفاية نفس الرضا (5) اذا علم حصوله

من أي طريق كما يستظهر (6) من كثير من الفتاوى والنصوص (7)

فقد (8) علل جماعة عدم كفاية السكوت في الاجازة بكونه (9)

+++++

البيع في اعتبار اللفظ فيه أول الكلام، لأنك عرفت وقوع المعاملة بالمعاطاة

(1) اي اعتبار اللفظ في الاجازة

(2) و من الواضح أن الاجازة لا بد أن تكون باللفظ، لأن الناقل اللازم هو اللفظ

(3) اي وفي هذا التوجيه نظر

لعل وجه النظر منع حصول النقل بالاجازة بعد أن سلمنا أن الناقل اللازم هو اللفظ، لأن الاجازة شرط في تأثير العقد في النقل، بناء على

ثبوت النقل في الفضولي بالعقد، فلا يعتبر في الشرط أن يكون باللفظ

(4) حيث قالوا باعتبار اللفظ

(5) وهو الرضا القلبي الذي عرفته عند قولنا في الهامش ص: 338 الرابع إلغاء الانشاء

(6) وهو الاكتفاء بالرضا القلبي

(7) المراد منها نصوص الفقهاء، لا الأحاديث الواردة عن (أهل البيت) عليهم الصلاة والسلام، والدليل على ذلك قول الشيخ: فقد علل

جماعة

(8) من هنا اخذ الشيخ في كفاية الرضا القلبي

(9) الباء بيان لعدم كفاية السكوت، اي السكوت أعم من الرضا

ص: 339

أعم من الرضا فلا يدل (1) عليه، فالعدول (2) عن التعليل بعدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا

و حكي عن آخرين أنه اذا انكر الموكل الاذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت، لأن الحلف يدل على كراهتها (3)

و ذكر بعض أنه يكفي في اجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولا سكوتها

و من المعلوم أن ليس المراد من ذلك (4) أنه لا يحتاج الى اجازتها

+++++

و عدمه فلا يصح الاستدلال به

(1) اي السكوت لا يدل على الرضا، لكونه أعم كما عرفت

(2) خلاصة هذا الكلام: أن جماعة من الفقهاء في مقام دعوى عدم كفاية السكوت في الاجازة عللوا بأنه لا دلالة للسكوت على الرضا

القلبي و لم يعللوا أن اللفظ معتبر في الاجازة، فعدلوا عن تعليل اعتبار اللفظ الى التعليل بعدم دلالة السكوت على الرضا القلبي

فالعدول هذا كالصريح فيما قلناه: و هو تعين القول بكفاية الرضا القلبي فقط

(3) اي كراهة المعاملة

وجه دلالة كراهة المعاملة على صحة بيع الفضولي أنه اذا كفت الكراهة في فسخ المعاملة فبمقتضى التقابل كفاية الرضا في الاجازة، من

دون احتياج الى لفظ

(4) اي من كفاية السكوت عن اجازة البكر في العقد الواقع عليها فضولا

خلاصة هذا الكلام أنه لا يتوهم من قولنا: كفاية السكوت عن اجازة البكر في العقد الواقع عليها فضولا عدم احتياج العقد عليها فضولا الى

الاجازة

ص: 340

بل المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا وإن لم يفد القطع، دفعا (1) للخرج عليها وعلينا

+++++

اصلا، اذ كيف يعقل ذلك وقد ثبت أن الاجازة في الفضولي إما شطر أو شرط

بل المراد أن سكوت البكر بعد العقد عليها فضولا لو علمت بذلك فسكتت ظاهر في الرضا، وهذا المقدار كاف في الاجازة وإن لم يفد السكوت القطع بالرضا، اذ السكوت أعم من الرضا وعدمه، فالسكوت ظاهر في الرضا، والرضا هو الاجازة

(1) منصوب على المفعول لا-جله فهو تعليل لكفاية السكوت الموجب للاطمينان القلبي عن الاجازة، اى إنما نقول بذلك لاجل دفع الحرج عن البكر وعنا

أما لزوم الحرج عليها لو لم نقل بكفاية السكوت فلأنها تستحي عن التصريح بالتزويج فهو حرج عليها

و أما لزوم الحرج علينا فلأنه ربما يصعب استنطاقها فهو حرج علينا و الحرج هنا وإن كان حرجا شخصا إلا أنه ملازم للحرج النوعي

أليك نص الحديث الوارد في أن السكوت اقرار من المرأة في اذنها للتزويج.

عن الضحاك بن مزاحم قال: سمعت (علي بن ابي طالب) عليه السلام يقول: وذكر تزويج فاطمة عليها السلام وأنه طلبها من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

فقال: يا علي إنه قد ذكرها قبلك رجال فذكرت ذلك لها فرأيت الكراهة في وجهها، ولكن على رسلك حتى اخرج أليك، فدخل عليها وقال:

ص: 341

كفاية الرضا الباطني، و الاستدلال عليه

ثم إن الظاهر أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كأكل الثمن، و تمكين الزوجة اكتفى به (1) من جهة الرضا المدلول عليه به
لا من (2) جهة سببية الفعل تعبدا

و قد صرح غير واحد بأنه لورضي المكروه بما فعله (3) صحح و لم يعبروا بالاجازة

و قد ورد فيمن زوجته نفسها في حال السكر أنها اذا اقامت (4) معه بعد ما افاقت فذلك رضا منها

+++++

إن عليا قد ذكر من امرك شيئاً فما ترين ؟

فسكتت و لم تولّ وجهها، و لم ير فيها رسول الله صلى الله عليه و آله كراهة

فقام و هو يقول: الله اكبر سكوتها اقرارها

راجع (وسائل الشيعة) الجزء 14. ص 206-207 الباب 5 الحديث 3

(1) اي بهذا الفعل الكاشف عن الرضا

(2) اي و ليست كفاية الفعل الكاشف عن الرضا من جهة أنه سبب تعبدي، بل من جهة أنه دال على الرضا

(3) اي بما فعله شخصه: من بيع، أو اجازة، أو هبة

(4) اي نفس الإقامة مع الرجل الذي زوجته نفسها له في حال السكر أليك نص الحديث

عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها
ثم افاقت فانكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففرغت منه فاقامت مع الرجل

ص: 342

و عرفت (1) أيضا استدلالهم على كون الاجازة كاشفة: بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك فاذا حصل عمل السبب (2) التام عمله (3)

وبالجمله (4) فدعوى الاجماع في المسألة دونها خرط القتاد

+++++

على ذلك التزويج أ حلال هو لها أم التزويج فاسد، لمكان السكر، ولا سبيل للزوج عليها؟

فقال: اذا اقامت معه بعد أن أفاقت فهو رضا منها

قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟

فقال: نعم

راجع المصدر نفسه. ص 221. الباب 14. الحديث 1

(1) اى عند نقل الشيخ في ص 277 بقوله: و استدل عليه كما عن جامع المقاصد

(2) و هو العقد مع الاجازة

(3) و هو النقل و الانتقال

(4) اى و خلاصة الكلام في هذا المقام: أن ادعاء الاجماع من قبل الفقهاء على اعتبار اللفظ في الاجازة في مسألة عقد الفضولي مع وجود الأحاديث الواردة عن (أئمة اهل البيت) عليهم السلام في عقد الفضولي الدالة كلها على كفاية السكوت عن الاجازة اللفظية

و مع وجود نصوص كثيرة من الفقهاء بالاكْتفاء بالسكوت كما عرفت آنفا: بعيد جدا

و اثبات ذلك (خرط القتاد)

وقد عرفت معنى خرط القتاد في الجزء 5 من المكاسب من طبعتنا الحديثة. ص 342 فراجع

ص: 343

و حينئذ (1) فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي السالمة عن ورود مخصص عليها عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في حلّ ماله، و انتقاله الى الغير، و رفع سلطنته عنه أقوى حجة في المقام

مضافا (2) الى ما ورد في عدة أخبار: من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه

و ما دل على أن قول المولى لعبده المتزوج بغير اذنه: طلق (3) يدل

+++++

(1) اي و حين أن قلنا: إن دعوى الاجماع على اعتبار اللفظ في الاجازة كخرط القتاد فالتمسك بالعمومات المذكورة أقوى دليل على عدم اعتباره أليك تلك العمومات

و هي رواية عروة البارقي المشار إليها في ص 164

و صحيحة محمد بن قيس المشار إليها في ص 169

و فحوى صحة عقد النكاح المشار إليها في الهامش 1 ص 178

و موثقة جميل المشار إليها في ص 184

و الأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم المشار إليها في الهامش 3 ص 188

و رواية ابن اشيم المشار إليها في ص 191

و صحيحة الحلبي المشار إليها في ص 196

و موثقة عبد الله المشار إليها في ص 197

و الأخبار الواردة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه المشار إليها في الهامش 3 ص 139

فإن هذه العمومات بأجمعها تدل على عدم اعتبار اللفظ في الاجازة

(2) اي و لنا بالإضافة الى تلك العمومات دليل آخر على عدم اعتبار اللفظ في الاجازة

(3) راجع المصدر نفسه. ص 525-526. الباب 26.

ص: 344

على الرضا بالنكاح فيصير اجازة

وعلى (1) أن المانع من لزوم نكاح العبد بدون اذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا

وما (2) دل على أن التصرف من ذي الخيار رضا منه، وغير ذلك

+++++

الأحاديث، إليك نص الحديث الأول

عن أبي (عبد الله عن علي) عليه السلام أنه اتاه رجل بعبد فقال:

إن عبدي تزوج بغير اذني

فقال (علي عليه السلام) لسيدة: فرّق بينهما

فقال السيد لعبده: يا عدو الله طلق

فقال (علي عليه السلام): أما الآن فإن شئت فطلق، وإن شئت فامسك

فقال السيد: يا (أمير المؤمنين) أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري

قال: ذلك لأنك حين قلت: طلق اقررت له بالنكاح

(1) اي ولنا بالإضافة الى تلك العمومات دليل آخر

راجع (من لا يحضره الفقيه). الجزء 3. ص 283. الباب 136 الحديث 1

إليك نص بعض الحديث

فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنه في اصل النكاح كان عاصيا

فقال أبو جعفر عليه السلام: إنما اتى شيئاً حلالاً وليس يعاص لله إنما عصى سيده ولم يعص الله عزّ وجلّ، إن ذلك ليس كإتيانه ما حرم

الله عليه من نكاح في عدة، وأشبه ذلك

(2) اي ولنا بالإضافة الى تلك العمومات دليل آخر

ص: 345

هل يكفي الرضا مقارنة للعقد أو سابقا عليه ؟

بقي في المقام: أنه اذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الاجازة باللفظ، و كفاية مطلق الرضا، أو الفعل الدال عليه فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك (1) مقارنة للعقد، أو سابقا (2)

فاذا فرضنا أنه علم رضا المالك بقول (3)، أو فعل (4) يدل على رضاه ببيع ماله (5) كفى في اللزوم، لأن ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق أولى

و الظاهر أن الأصحاب لا يلتزمون بذلك (6)

+++++

راجع وسائل الشريعة. الجزء 12: ص 351 - الباب 4. الأحاديث إليك نص الحديث 1

عن علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط

قيل له: و ما الحدث ؟

قال: إن لامس، أو قبّل، أو نظر منها ما كان يحرم عليه قبل الشراء

فهذه الأحاديث كلها تدل على عدم اعتبار اللفظ في الاجازة، وأن نفس الرضا كافية في المقام

(1) أي مثل مطلق الرضا، أو الفعل الدال عليه

(2) أي سابقا على العقد

(3) كأن يقول: ليأتي أجد من يشتري داري

(4) كأن يجعل داره بيد السمسار (و هو الدلال) للبيع

(5) أي ذلك القول، أو الفعل

(6) أي برضا المالك بقول، أو فعل يدل على رضاه ببيع ماله

ص: 346

فمقتضى ذلك (1) أن لا يصح الاجازة إلا بما لو وقع قبل العقد كان اذنا مخرجا للبيع عن بيع الفضولي

و يؤيد ذلك (2) أنه لو كان مجرد الرضا ملزما كان مجرد الكراهة فسخا فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهي المالك، لأن الكراهة الحاصلة حينه وبعده و لو أنا ما تكفي في الفسخ

بل يلزم عدم وقوع بيع المكره اصلا

إلا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخا، وإن كان مجرد الرضا اجازة (3)

الثالث: من شروط الاجازة أن لا يسبقها الرد

(الثالث): (4) من شروط الاجازة أن لا يسبقها الرد، اذ مع الرد يفسخ العقد فلا يبقى ما تلحقه الاجازة

و الدليل عليه بعد ظهور الاجماع، بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا: أن الاجازة إنما تجعل المجيز احد طرفي العقد، وإلا (5) لم يكن مكلفا بالوفاء بالعقد، لما عرفت (6): من أن وجوب الوفاء إنما هو في حق العاقدين، أو من قام مقامهما

وقد تقرر أن من شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة (7)

+++++

(1) اي و مقتضى عدم التزام الفقهاء بذلك

(2) اي و يؤيد عدم التزام الفقهاء بذلك

(3) فلا ملازمة بينهما

(4) اي من الامور التي ينبغي التنبيه عليها التي افادها في ص 336

(5) اي لو لم يجعل الاجازة المجيز احد طرفي العقد

(6) عند قوله في ص 297: لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه الى العاقدين

(7) و من الواضح أن الرد مما يسقط طرفي العقد عن صدق العقد و المعاهدة

ص: 347

هذا مع أن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما تلحقه الاجازة فتأمل (1)

نعم الصحيحة الواردة (2) في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الاجازة بعد الرد (3)

اللهم إلا أن يقال: إن الرد الفعلي كإخذ المبيع (4) مثلا غير كاف بل لا بد من إنشاء الفسخ

و دعوى أن الفسخ هنا (5) ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة وقد صرحوا بحصوله (6) فيها بالفعل

يدفعها: (7) أن الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك

+++++

(1) لعل وجه التأمل توهين ما ذكره الشيخ قدس سره: من أن مقتضى قاعدة: الناس مسلطون أن يكون الرد ماضيا من المالك ببيان أن القاعدة المذكورة معارضة بمثلها: وهي الناس مسلطون على أموالهم، فإن الاجازة بمقتضى هذه القاعدة لا بد أن تكون ماضية من المالك كما كان الرد ماضيا من المالك، بمقتضى تلك، لأن مضي الاجازة وأنها رفع للرد الواقع قبلها سلطنة من المالك وأي سلطنة، بل هي أقوى من تلك السلطنة

(2) وهي صحيحة محمد بن قيس المشار إليها في ص 169

(3) حيث إن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام قضى لصاحب الامة باخذها واخذ ابنها، فالأخذ دليل على رد البيع

(4) كما في مورد الصحيحة

(5) أي في عقد الفضولي

(6) أي بحصول الفسخ في العقود اللازمة بالفعل فحصوله بالفعل به في عقد الفضولي بطريق أولى من غير احتياج الفسخ الى اللفظ

(7) أي الدعوى المذكورة مدفوعة

ص: 348

المبيع كالوطء و العتق و نحوهما، لا مثل اخذ المبيع

و بالجملة (1) فالظاهر هنا (2)، و في جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالاجازة الواقعة عقيب الفسخ، فإن سلم ظهور الرواية (3) في خلافه فلتطرح، أو تأول

+++++

(1) اى و خلاصة الكلام في المقام

(2) اى في عقد الفضولي

(3) و هي صحيحة محمد بن قيس المشار إليها آنفا

خلاصة هذا الكلام أن الظاهر من جميع الالتزامات الواقعة في العقود سواء أ كانت لازمة أم جائزة هو عدم الاعتبار بالاجازة الواقعة عقيب الفسخ و الرد في العقود الواقعة فضولا

و نرى في الصحيحة أن الاجازة الصادرة من المالك الذي هو مولى الوليدة قد وقعت عقيب الرد، حيث إن المولى قد اخذ الوليدة و ابنها بعد حكم (الامام أمير المؤمنين) عليه الصلاة و السلام بذلك في قوله:

في ص 169: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها، فالأخذ هذا رد للبيع و فسخ له

ثم لما رأى المشتري أن ابنه قد اخذ منه ناشد الامام عليه السلام في ابنه فقال له عليه السلام في ص 169: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك

فلما اخذ المشتري البائع الذي هو ابن مولى الامة اضطر المولى أن يجيز بيع الامة، ليسترد ابنه من المشتري فاجاز

فالاجازة هذه قد صدرت منه بعد رده البيع و فسخه فتكون مسبقة بالرد.

فظاهر الصحيحة مخالف لجميع الالتزامات الواقعة في العقود الجائزة و اللازمة.

ص: 349

الرابع: الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله

(الرابع): (1) الإجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله فموضوعها المالك (2)، فقولنا: له أن يجيز مثل قولنا: له أن يبيع و الكل (3) راجع الى أن له أن يتصرف

فلو (4) مات المالك لم يورث الإجازة وإنما يورث المال الذي

+++++

ففي هذه الحالة لا يمكننا التصرف في ظاهر الصحيحة فلا بد إما من طرحها أو تأويلها حتى لا ينخرم اجماع الفقهاء على أن من شروط الإجازة أن لا يكون مسبقا بالرد

و لا يخفى أن التأويل أولى من الطرح، حيث إنها من الصحاح و لا مبرر لطرحها

و مجرد كونها مخالفة لاجماع الفقهاء لا يكون مبررا للطرح

وقد افاد التأويل الشيخ في ص 175 بقوله: فلا بد من تأويل ذلك

و أما وجه أولوية التأويل من الطرح فلأن الطرح موجب للقول بانعقاد نطفة الولد من السفاح، فصولنا للمحذور المذكور نقول بالتأويل

و أما كيفية التأويل فهي أن الإجازة هنا شخصية وردت في قضية شخصية لتلك الغاية فلا يلزم انخراص اجماع المذكور

(1) اي من الامور التي ينبغي التنبيه عليها التي اشار إليها الشيخ في ص 336

(2) اي الإجازة قائمة بشخص المالك فما دام موجودا يتحقق، فهي من الأحكام الشرعية، و ليست من الحقوق فلا يتعلق بها الارث، لعدم تعلق الارث بالحكم

(3) و هو قولنا: له أن يجيز، و له أن يبيع

(4) الفاء تقرير على ما افاده: من أن موضوع الإجازة شخص المالك

ص: 350

عقد عليه الفضولي فله (1) الاجازة، بناء على ما سيجيء: من جواز مغايرة المجيز و المالك حال العقد فيمن باع مال أبيه فبان ميتا

و الفرق بين إرث الاجازة، وإرث المال يظهر بالتأمل (2)

+++++

(1) اي للفضولي الذي ورث المال أن يجيز العقد الصادر منه فضولا.

(2) يظهر الفرق في المبيع لو كان عقارا و بيع فضولا، و كان الوارث الزوجة

فعلى القول بكون الاجازة من الأحكام الشرعية، و أنها ليست من الحقوق: ليس للزوجة اجازة البيع، لأن موضوع الاجازة شخص المالك، و المفروض أنه مات فانتفى موضوعها

و على القول بكونها من الحقوق تكون قابلة للارث فالزوجة الاجازة حينئذ، لعدم تعلقها بشخص المالك

و لما انجر بنا الكلام الى الحقوق و الأحكام لا بأس باشارة اجمالية الى الفرق بينهما و إن كان ذلك في غاية الصعوبة و الاشكال حتى قال فقيه عصره (الشيخ حسن) كاشف الغطاء قدس سره صاحب أنوار الفقاهة:

ليس للفرق بين الحقوق و الأحكام قاعدة كلية، و معيار معين يمكن تطبيقها على صغرياتها و أفرادها و مصاديقها

بل يمكن للفقهاء النبيه تمييز ذلك بذوقه السليم، اذ من الممكن اتيان كلا القسمين في جميع الموارد، و انطباقهما على مصاديقهما، فحينئذ لا بدّ من مراجعة دليل ذلك

فإن كان يطلق الحق عليه عدّ من الحقوق

و إن كان يطلق عليه الأحكام عدّ من الأحكام

ص: 351

ثم لا- يخفى عليك أن الفرق بينهما من حيث المفهوم والحقيقة في غاية الوضوح، لأن الحق يطلق على السلطنة على شيء متعلق بعين كحق التحجير وحق الرهانة، وحق الديان في تركة الميت، وحق القصاص المتعلق بالشخص، وحق الخيار المتعلق بالعقد، وحق الحضانة، وحق القسم

بعبارة أوضح أن الحق مرتبة نازلة من الملك

بل في الحقيقة ونفس الامر نوع منه، وفرد من أفراده، لتملك صاحبه شيئاً يكون مرجعه إليه كما في تملك العين أو المنفعة، لكون امرهما بيد صاحبهما

بخلاف الحكم، فإنه مجرد جعل الاذن في اتيان شيء، أو تركه أو رخصة الشارع بترتب اثر على فعل شيء، أو تركه

خذ لذلك مثالا

إن الخيار في العقود اللازمة عند ثبوته كما في خيار الحيوان حق من الحقوق الثابتة لذي الخيار فقد جعل الشارع للمتعاقدين اذا كان العوضان حيوانا، أو لأحدهما اذا كان احد العوضين حيوانا سلطنة على العقد: من حيث الفسخ، أو الإمضاء، و حكم أنه مالك لأمره في اختيار أيهما شاء

و أما الجواز في العقود الجائزة فهو حكم من الأحكام لم يجعل الشارع فيه إلا مجرد اذن في الفسخ، أو الامضاء و ليس للمتعاقدين، أو لأحدهما سلطنة مجعولة من الشارع على الفسخ، أو الإمضاء

والحاصل أنه إن اعتبر الشارع مالكية شخص لا مر و سلطنته له عليه فهو يعدّ من الحقوق

وإن اعتبر مجرد اذن في فعل شيء، أو تركه فهو يعد من الأحكام

الخامس: اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن، و لا لاقباض المبيع

(الخامس): (1) اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن، و لا لاقباض المبيع

+++++

بعبارة اخرى: أن حكم الشارع بأن اذا الخيار مالك لذلك الامر و متسلط عليه حكم من الأحكام، لكن نفس الخيار الذي هو المجموع من قبله حق من الحقوق، فللمتعاقدین، أو لأحدهما السلطنة عليه، و أن بيدهما، أو يد أحدهما حق الامضاء، أو الفسخ

ثم إن الحقوق على أقسام ذكرها كلها العلامة الطباطبائي اليزدي قدس سره في تعليقه على المكاسب في ص 56

أليك شطرا منها مع تصرف قليل منا

(منها): ما لا ينتقل بالموت، و لا يصح إسقاطه، و لا نقله كحق الابوة، و حق الاستمتاع بالزوجة، و حق السبق في الرماية قبل إتمام النضال و حق الوصاية، و حق الحاكم

(و منها): ما يصح إسقاطه، و لا يجوز نقله، و لا ينتقل بالموت كحق الغيبة، أو السب، أو الايذاء بضرب، أو اهانة، بناء على عدم كفاية التوبة

(و منها): ما ينتقل بالموت و يجوز إسقاطه، و لا يصح نقله كحق الشفعة

(و منها): ما ينتقل بالموت و يصح نقله و إسقاطه كحق الخيار، و حق القصاص، و حق الرهانة، و حق التحجيز، و حق الشرط

(و منها): ما هو مشكوك في صحة الاسقاط، أو النقل و الانتقال كما قيل في حق الرجوع في العدة الرجعية، و حق النفقة في الاقارب كالابوين و الأولاد، و حق الفسخ بالعيوب في النكاح

(1) اي من الامور التي ينبغي التنبيه عليها و التي اشار إليها الشيخ في ص 336

ص: 353

ولو اجازهما صريحا (1)، أو فهم اجازتهما من اجازة البيع مضت الاجازة، لأن مرجع اجازة القبض (2) الى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري

و مرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع (3) فيترب (4) عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع

لكن (5) ما ذكرنا إنما يصح في قبض الثمن المعين

+++++

(1) بأن قال المالك الاصيل: اجزت القبض و الاقباض

(2) اي مال اجازة المالك الاصيل للبائع الفضولي بقبض الثمن المأخوذ من المشتري: هو إسقاط ضمان الثمن من عهدة المشتري، وأنه لا يكون مدينا للمالك الاصيل بعد هذه الاجازة

(3) فعلى القول بالنقل يحصل المبيع من حين الاجازة

و على الكشف يحصل المبيع من حين العقد

(4) الفاء تفرع على ما افاده: من أن مرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع

و خلاصته أنه اذا كان مآل اجازة الاقباض هو حصول المبيع في يد المشتري بسبب رضا البائع فحينئذ يترتب على هذا الحصول جميع آثار الملكية التي كانت تترتب على قبض المبيع: من أن تلف المبيع بعد القبض ليس في عهدة البائع، و تلف الثمن بعد القبض ليس في عهدة المشتري

و من أن نماء الثمن لصاحبه، و نماء المثلث لصاحبه اذا كان لهما نماء

كما كانت هذه الآثار تترتب على المبيع اذا وقع غير فضولي

(5) و هو أنه لو اجازهما صريحا، أو فهم اجازتهما من اجازة البيع مضت الاجازة

هذا استدراك عما افاده: من مضي الاجازة لو اجاز القبض و الاقباض صريحا، أو فهمت اجازتهما من اجازة البيع

و خلاصته: أن مضي الاجازة لا يكون مطلقا و في جميع موارد الثمن و المثلثن، لأن الثمن تارة يكون شخصا و معيننا يقع البيع الفضولي عليه

و اخرى يكون كليا يتشخص بفرد معين كما هو شأن الكلي، حيث لا وجود له إلا بوجود أفراد

فاذا كان المبيع مشخصا و معيننا كأن باع فضولا دينارا معيننا ثم صدرت الاجازة من مالكة الاصيل بنفوذ العقد و صحته، و إمضاء العقد الصادر من الفضولي مضت الاجازة و صح العقد و كانت اجازة البيع اجازة في القبض و الاقباض

فمضي الاجازة يكون بالنسبة الى هذا الثمن الشخصي، أو المثلثن الشخصي

و مرجع اجازة القبض الى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري

و مرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيع الى هذا الثمن الشخصي و المثلثن الشخصي، و كل ما كان يترتب على حصول قبض الثمن و إقباض المثلثن إنما هو على هذا الثمن و المثلثن الشخصيين، بناء على وجود الملازمة الشرعية، أو العرفية بين اجازة القبض، و اجازة البيع، لأنه بمجرد صدور الاجازة ينقطع اتصال حبل المالكية عن ملك المالك و يرتبط بالمشتري، و لا يحتاج هذا الانقطاع و الاتصال الى أزيد من اجازة نفس العقد الصادر

و أما إذا كان المبيع الفضولي، أو الشراء الفضولي كليا فلا تكون اجازة البيع اجازة في قبض الثمن، أو اجازة في إقباض المبيع، لعدم

و أما قبض الكلي و تشخيصه (1) فوقوعه من الفضولي على وجه تصححه الاجازة يحتاج الى دليل معمم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض و الاقباض

و إتمام الدليل على ذلك (2) لا يخلو عن صعوبة.

و عن المختلف (3) أنه حكى عن الشيخ أنه لو اجاز المالك بيع الغاصب

+++++

وجود الملازمة المذكورة بيع اجازة البيع، و اجازة القبض و الاقباض، لأن الاجازة الصادرة من المالك الاصيل إنما تصحح البيع فقط، و يقطع اتصال حبل المالكية عن نفسه، و ربطه و وصله بالمشتري

و أما تصحيح قبض البائع الفضولي الثمن الكلي: بأن يبدله الى فرد معين و تشخصه في الخارج فلا دلالة عليه بهذه الاجازة بل دلالته على تلك الجهتين:

جهة تصحيح البيع، و جهة قبض الكلي و تبديله الى فرد معين و تشخصه في الخارج

محتاجة الى دليل عام يشمل الجهتين

افاد شيخنا الانصاري أن تطبيق دليل الاجازة على تلك الجهتين لا يخلو عن صعوبة و إشكال، لأن الاجازة متكفلة لتصحيح نفس البيع

و أما تصحيح الكلي بقبضه و تبديله الى الشخصي و فرد معين فلا دلالة فيها عليهما

(1) اي و تشخص الكلي بالمعين كما عرفت

(2) اي على تلك الجهتين كما عرفت

(3) من هنا يريد الشيخ الانصاري أن يستشهد بكلام الشيخ على ثبوت الملازمة بين اجازة البيع، و اجازة القبض و الإقباض في البيع الفضولي مطلقا، سواء أ كان المبيع، أو الثمن شخصيا أم كليا

لم يطالب المشتري بالثمن، ثم ضعّفه (1) بعدم استلزام اجازة العقد لاجازة القبض

و على أي حال (2) فلو كانت اجازة العقد دون القبض لغوا كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفرق كانت اجازة العقد اجازة لقبض، صونا للاجازة عن اللغوية

+++++

و خلاصته: أن شيخ الطائفة قال: إن الغاصب لو باع مال الغير فضولا ثم اجاز المالك الاصيل البيع فليس للمالك حينئذ حق مطالبة الثمن من المشتري، لأن الاذن في البيع اذن في قبض الثمن بالملازمة.

فمن هذه الملازمة المترتبة على عدم جواز مطالبة المالك الثمن من المشتري استشهد على ثبوت الملازمة بين اجازة المبيع الفضولي، و بين اجازة قبض الكلي، و تبديله الى الشخصي، و فرد معين

(1) اي و ضعّف العلامة عدم دلالة جواز مطالبة المالك المشتري بالثمن بالملازمة المذكورة بعد أن نقل ذلك عن الشيخ، و قال: إنه لا ملازمة بين اجازة صحة العقد، و اجازة القبض

(2) هذا تسليم من الشيخ للملازمة المذكورة

و خلاصته: أنه اذا لم تكن اجازة العقد اجازة للقبض تلزم لغويتها كما في بيع الصرف و السلم، فإن القبض في الصرف قد حصل بواسطة التفرق

و كذا في السلم، فإن شرطه تسليم الثمن نقدا، و تسلّم المثلث بعد مضي مدة معينة، بناء على أن الفضولي كان بايعا

فصونا لكلام الحكيم عن اللغوية نقول بالملازمة المذكورة بدلالة الاقتضاء

ص: 357

ولو قال (1): اجزت العقد دون القبض ففي بطلان العقد، أو بطلان رد القبض وجهان: (2)

السادس: الإجازة ليست على الفور

(السادس): (3) الإجازة ليست على الفور، للعمومات (4) و لصحيحة محمد بن قيس (5)، و أكثر المؤيدات المذكورة (6) بعدها

ولو لم يجز المالك و لم يرد حتى لزم تضرر الاصيل (7) بعدم تصرفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف (8) فالأقوى تداركه (9)

+++++

(1) اي المالك الاصيل الذي كان احد طرفي العقد

(2) وجه بانتفاء العقد و القبض جميعا

و هذا هو الذي عبر عنه الشيخ ببطلان العقد

و وجه بوجود العقد و القبض جميعا

و هذا هو الذي عبر عنه الشيخ ببطلان رد القبض

و منشأ الوجهين هو تساوي الاحتمالين بعد البناء على أن اجازة العقد دون القبض تكون لغوا

(3) اي من الامور التي ينبغي التنبه عليها، و التي اشار إليها الشيخ في ص 336

(4) و هي التي اشيرنا إليها في الهامش 2-3 ص 157 و الهامش 1-2 ص 158

(5) و هي التي اشيرنا إليها في ص 169

(6) و هي التي اشير إليها في ص 184-188-191

(7) الذي كان احد طرفي العقد

(8) اي بخلاف القول بالنقل، فإنه يجوز له التصرف فيما انتقل إليه، و فيما انتقل عنه

(9) اي تدارك الضرر المتوجه على الاصيل

ص: 358

بالخيار، أو اجبار المالك على احد الامرين (1)

السابع: هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما، أو خصوصا أم لا؟

(السابع): (2) هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما، أو خصوصا (3) أم لا؟

وجهان:

الأقوى التفصيل

فلو (4) اوقع العقد على صفقة فاجاز المالك بيع بعضها فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين (5) فاجاز احدهما

و ضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار (6)

ولو اوقع العقد على شرط فاجاز المالك مجردا عن الشرط فالأقوى عدم الجواز، بناء على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط وإن كان

+++++

(1) إما الاجازة و الامضاء، أو الفسخ و الرد

(2) اي من الامور التي ينبغي التنبيه عليها و اشار الشيخ إليها في ص 336

(3) أو اطلاقا و تقييدا: من حيث الثمن و المثلن، و الاعتبارات الأخر، لأن الاجازة من متمات العقد، سواء قلنا: إنها جزء سبب أم شرط في الصحة

(4) هذا تفريع على الامر السابع الذي اعتبر في صحة الاجازة مطابقة الاجازة للعقد الواقع: من حيث العموم و الخصوص، أو الاطلاق و التقييد

(5) أو تعدد الثمن كأن باع فضولا نصف الدار بخمسائة دينار و نصفها الآخر بالف دينار، فيجوز لصاحبها أن يفسخ في احد النصفين دون النصف الآخر

(6) اي بخيار المشتري

ص: 359

قابلا للتبويض من حيث الجزء، ولذا (1) لا يؤثر بطلان الجزء، بخلاف بطلان الشرط (2)

ولو انعكس الامر: بأن عقد الفضولي مجردا عن الشرط (3) و اجاز المالك مشروطا ففي صحة الاجازة مع الشرط اذا رضي به الاصيل فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول اذا رضي به الموجب

أو بدون الشرط، لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا اذا وقع في حيز العقد فلا يجدي وقوعه في حيز القبول إلا اذا تقدم (4) على الايجاب، ليرد الايجاب عليه أيضا

أو بطلانها (5)، لأنه اذا لغا الشرط لغا المشروط، لكون المجموع التزاما واحدا

أقواها الاخير (6)

+++++

(1) اي ولاجل أن العقد قابل للتبويض من حيث الجزء، وليس قابلا للتبويض من حيث الشرط لا يؤثر بطلان الجزء في بطلان العقد

(2) اي بخلاف بطلان الشرط، فإنه يؤثر في بطلان المشروط و لا يخفى أن تأثير بطلان الشرط في بطلان المشروط مبني على أن الشرط الفاسد هل هو مفسد للعقد أم لا؟

بمعنى أنه اذا لغا الشرط هل يلغو المشروط أم لا؟

(3) اي مطلقا بلا قيد و شرط

(4) اي اذا تقدم القبول على الايجاب فيجدي وقوع الشرط في حيز القبول، ليرد الايجاب على هذا القبول الذي وقع الشرط في حيزه

(5) اي بطلان الاجازة

(6) وهو بطلان الاجازة

ص: 360

فالأقوال في مسألة عقد الفضولي اذا وقع مطلقا و مجردا عن ذكر شرط من قبل المتعاقدين، أو احدهما، لكن المالك اجاز مشروطا ثلاثة:

(الاول): صحة مثل هذه الاجازة الواقعة مشروطا

(الثاني): صحة الاجازة بدون الشرط اى الشرط لا يقع

(الثالث): بطلان مثل هذه الاجازة الواقعة مشروطا

الى هنا كان الكلام حول الاجازة من شتى جوانبها

وقد أسهب علماؤنا الأعلام، وفقهاؤنا العظام، و لا سيما شيخنا الأعظم الانصارى قدس الله أرواحهم الطاهرة، و شكر مساعيهم الجميلة
الكلام في الاجازة

و نحن أيضا اتبعناهم في الإسهاب، لتطلب المقام ذلك كما لا يخفى على القارئ النبيل

و سنشرع بعون الله تبارك و تعالى في الجزء التاسع نبتدأ في المجيز و شرائطه

1 - الأبحاث

2 - التعليقات

3 - الآيات الكريمة

4 - الأحاديث الشريفة

5 - الأعلام

6 - الأماكن والبقاع

7 - الكتب

8 - الخاتمة

ص: 363

ص الموضوع

6 الاهداء

9 شروط المتعاقدين

11 في المراد من عدم القصد الى المعنى

13 فيما اورده الشيخ على الشهيد الثاني

15 لا بدّ للوكيل من تمييز البائع عن المشتري

17 في ذكر الدليل على اشتراط التعيين

19 ما افاده المحقق التستري في تعيين المتعاقدين

21 الأقوال في وجوب التعيين أو عدمه

23 احتمال بطلان المعاملة الواقعة عن نفسه، و احتمال صحته

25 عدم الفرق على القول الثاني بين النية المخالفة و التسمية

27 عدم اعتبار تعيين المالك مطلقا

29 في الرد على ما افاده المحقق التستري

31 استدراك عما افاده الشيخ

33 ما ذكره العلامة في عكس المثال المذكور

35 ما ذكره المحقق التستري حول ص الموضوع

وجوب تعيين البائع و المشتري

37 المراد من ضمير المخاطب في قول القائل: بعت

39 ما قيل في الفرق بين البيع و النكاح

41 ما اورده الشيخ على القيل

43 السر في عدم اطلاق الزوج على الوكيل و شبهه

45 من شروط المتعاقدين الاختيار

57 في المراد من الرفع

59 المراد من عدم قصد المكروه

61 استدلال الفقهاء على صحة بيع المكروه بعد الرضا

63 ما ذكره العلامة في التحرير

65 في حقيقة الاكراه

67 قد يفعل المكروه عليه لدفع الضرر عن الغير

69 عدم اعتبار العجز عن التفصي يستظهر من الأخبار

71 عدم تحقق وقوع المكروه عليه إلا مع العجز عن التفصي

ص: 365

73 لو اكره الانسان على احد الامرين

75 قصة عمار و أبويه عند ما اكرهوا على الكفر

77 اعتبار العجز عن التفصي منحصر في الاكراه المسوغ للمحرمات

79 مثال للفرق بين مناط الأحكام التكليفية و الوضعية

81 الضرورة هي المتبادرة من لفظة الاكراه

83 الاستدلال بالآية و الأحاديث على المدعى

85 النسبة بين المناطين

87 لو كان احد الامرين المحرمين من العقود أو الايقاع

89 في ظهور ثمره النزاع في اتصاف الخصوصية بالاكراه أم لا

91 لو اكره الشخص على اداء مال غير مستحق أو بيع مال

93 الفرق بين عبارة المجنون و العاقد المكره

95 ما افاده الشيخ في الفرعين

97 في اكره بيع عبد واحد من عبيد غير معين

99 ما أفاده العلامة في التحرير

101 في الأشكال على ما افاده صاحب الجواهر

103 في الاشكال على ما افاده بعض الاعلام

105 في الأقسام المتصورة في الفرع المذكور

107 في لحوق الرضا للعقد المكره عليه

109 تأييد صحة عقد المكره بفحوى صحة عقد الفضولي

111 استدراك من الشيخ عما افاده

113 رد من الشيخ على الاستدلال بالآية

115 حديث الرفع إنما يرفع المؤاخذة عن شخص المكروه

117 الخدشة الثانية في الاستدلال بحديث الرفع

119 عدم صحة عقد المكروه وان لحقه الرضا

ص: 366

ص الموضوع

121 عدم حكومة حديث الرفع على المطلقات

123 اثبات حكومة حديث الرفع على المطلقات

125 الكلام في ان الرضا المتأخر ناقل أم كاشف

127 إشكال من الشيخ على المدعى

129 إشكال و جوابه

131 من شرائط المتعاقدين اذن السيد

133 الكلام في أفعال العبيد

135 الرضا اللاحق من المولى يصحح عقد العبد

137 كفاية لحقوق الرضا في جواز النكاح

139 تأييد من الشيخ لمختاره

141 معيار الصحة في معاملة العبد

143 معصية العبد لمولاه لا تقدر بصحة عقده

145 ما اورده الشيخ على صاحب الجواهر

147 تحقيق من الشيخ حول عقد العبد

149 ايراد الشيخ على ما افاده القاضي

ص الموضوع

151 مراد العلامة من جعل الملك شرطاً في المتعاقدين

153 المراد من الفضولي كما ذكره الشهيد

155 شمول عقد الفضولي لما اذا تحقق رضا المالك

157 رأي الشيخ حول الفضولي

159 استدلال الشيخ بالآيات و الروايات

161 أقسام عقد الفضولي

163 إيراد الشيخ على ما افاده الشهيد

165 توضيح الاستدلال بحديث عروة البارقي

167 مختار الشيخ في الاحتمالات الواقعة في حديث عروة البارقي

169 في الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس

171 الموهنات الواردة في صحيفة محمد ابن قيس

173 الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس

175 في مناط الاستدلال بالصحيفة

177 الاستدلال بالأولية على صحة عقد الفضولي

181 خلاصة ما يقصده الامام عليه السلام

ص: 367

- 183 الاستفادة من الحديث قاعدة كلية
- 185 الاستيناس بالرواية على صحة عقد الفضولي
- 187 اندراج المعاملة في الفضولي بمقتضى الجمع بين الأخبار
- 189 الاستدلال بالأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم
- 191 الاستدلال برواية ابن اشيم
- 197 الاستدلال بموثقة عبد الرحمن صحة عقد الفضولي
- 199 ما افاده الشيخ حول الموثقة
- 201 الاحتجاج بالأدلة الاربعة على بطلان عقد الفضولي
- 203 الاستدلال بالآية على بطلان عقد الفضولي
- 205 الاحتجاج بالأحاديث على بطلان عقد الفضولي
- 207 جواب الشيخ عن استدلال المبطلين
- 209 ما اورده الشيخ على الحديث النبوي
- 211 ما اورده الشيخ على الاستدلال بصحيفة محمد بن مسلم
- 213 الاستدلال بالاجماع على بطلان

- 215 رد الشيخ على ما افاده الخصم في بطلان بيع الفضولي
- 217 الاستدلال بوجوه اخرى على بطلان بيع الفضولي
- 219 صحة بيع الفضولي و ان سبقه منع من المالك
- 221 دليل آخر على صحة بيع الفضولي

223 المسألة الثالثة في بيع الفضولي لنفسه

225 الاشكال الوارد على صحة بيع الفضولي لنفسه

227 في الجواب عن الاشكال المذكور

229 إشكال آخر على صحة بيع الفضولي لنفسه

231 ما افاده المحقق القمي في المقام

233 جواب شيخنا الانصاري عما افاده المحقق القمي

235 تحقيق من الشيخ حول المعاوضة الحقيقية

237 خلاصة ما أفاده شيخنا الانصاري في المقام

ص: 368

239 تفتن بعض المعاصرين حول الاشكال المذكور

241 في التفصي عن الاشكال المذكور

243 ذكر بعض المحققين وجهين في التفصي عن الاشكال

245 إشكال من الشيخ على الوجهين

247 ظهور اندفاع آخر بما ذكره الشيخ

249 توجيه من الشيخ فيما افاده العلامة

251 في ذكر امرين

253 عدم الفرق بين كون الفضولي عينا أو دينا، أو في الذمة

255 وقوع العقد للطرف الآخر في الواقع

257 احتمال بطلان المعاملة و صحتها

259 وجه صحة شراء الفضولي لنفسه

261 رأي الشيخ حول الشراء للغير فضولا

263 في الامر الثاني من الامرين

265 الجواب الثالث و الرابع من الشيخ عن الاشكال

267 في الاشكال على ما افاده المحقق التستري

269 الاشكال على ما افاده الشهيد الثاني

271 عدم جريان الفضولي في المعاطاة لو افاد المعاطاة الاباحة

273 القول في الاجازة و الرد

277 استدلال المحقق الكركي على كون الاجازة كاشفة

279 ما افاده صاحب الجواهر في الشروط الشرعية

281 رد الشيخ على ما افاده صاحب الجواهر

289 توجيه الشيخ مراد صاحب الجواهر

291 ما التزمه البعض في شرطية الوصف المنتزع

293 امضاء الشارع الاجازة كامضائه نفس العقد

295 سر عدم تعلق الاجازة بمضمون العقد

297 عدم صحة الاستدلال للكشف بآية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

299 عدم تعقل ترتيب الآثار على العقد من حينه مع عدم مجيء الاجازة

ص: 369

301 ما افاده الاستاذ شريف العلماء في الكشف الحكمي

303 المستفاد من الأخبار هو الكشف الحقيقي

305 ظهور صحيحة ابي عبيدة في الكشف

307 في الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي

309 في الثمرات المترتبة على القول بالكشف و النقل

315 ما افاده المحقق الثاني في عدم جواز تصرف الاصيل

317 ما افاده الشيخ في الاصيل

319 فساد ما توهم

320 جواب الشيخ عن الدعوى المذكورة

323 في الآثار المترتبة على عقد الفضولي

325 لزوم النكاح من طرف الاصيل وإن كان الآخر فضوليا

327 الثمرات المترتبة على القول بالكشف

329 اعتراض صاحب الجواهر على انسلاخ قابلية التملك

331 عدم اعتبار استمرار قابلية التملك في المتعاقدين

333 ظهور الثمرة في تعلق الخيارات و حق الشفعة

335 ظهور الثمرة في العقود المترتبة

337 في الأمر الثاني

339 توجيه و الرد عليه

341 المراد من كفاية السكوت

343 دعوى الاجماع على اعتبار اللفظ في الاجازة بعيدة

345 دليل آخر على عدم اعتبار اللفظ في الاجازة

347 في الامر الثالث

349 خلاصة الكلام عدم اعتبار اللفظ في الاجازة

351 لفرق بين إرث الاجازة وإرث المال

353 في الأمر الخامس

355 استدراك عما افاده

357 ما افاده شيخ الطائفة في اجازة المالك بيع الغاصب

359 في الامر السابع

ص: 370

2 - فهرس التعليقات

ص الموضوع

9 ما يرومه الشيخ من اشتراط قصد مدلول اللفظ في المتعاقدين

10 النسبة بين صحة العقد و مفهوم العقد خارجا

12 إشكال و الجواب عنه

13 إشكال و الجواب عنه

14 نظريات ثلاث للمحقق التستري

14 النظرية الاولى

15 النظرية الثانية

16 عدم خلو الواقع عن احد الامرين

17 استدلال صاحب المقاييس بأمر ثلاثة

17 الدليل الاول للمحقق التستري

17 الدليل الثاني

18 الدليل الثالث

19 النظرية الثالثة

20 الأقوال الثلاثة في النظرية الاولى

21 المراد بالاصول

22 خلاصة الكلام في المشتري لنفسه بمال في ذمة زيد

ص الموضوع

23 التدافع ووجهه

23 احتمال صحة المعاملة ووجهه

24 الاحتمالات الثلاثة

24 تفریح

24 ما يتفرع على القول الأوسط

25 خلاصة الكلام في توقف تعيين المالك على تعيين البائع والمشتري

26 الرد على النظرية الاولى

28 الرد على النظرية الثانية

30 تأييد من الشيخ لما افاده المحقق التستري

31 استدراك و خلاصته

31 استدراك آخر

32 خلاصة الاستدراك

32 إشكال منا على ما أفاده الشيخ الانصاري

33 الحكم بالبطلان مناف للاستدراك المذكور

35 تحقيق حول كلمة من

35 الرد على النظرية الثالثة

ص: 371

36 استثناء و خلاصته

37 استثناء و خلاصته

39 وهم و الجواب عنه

40 الرد على الوجه الاول

41 إشكال آخر على الوجه الاول و خلاصته

41 دفع وهم

42 الجواب عن الوهم

42 ترق من الشيخ

43 خلاصة الترقى

43 الفرق بين البيع و النكاح

45 الفرق بين الاكراه بحق، و الاكراه بغير حق

46 حديث الرفع

47 تحقيق حول حديث الرفع

57 نص الحديث الرابع

58 تفسير الشيخ مراد الجماعة

59 معنى الاكراه لغة و عرفا

61 الأخبار الواردة في طلاق المكره

62 ما قيل في طلاق الكره

64 ما افاده صاحب الجواهر في الإرادة

65 توجيه الشيخ مراد الفقهاء

65 مجرد دفع الضرر لا يكون موجبا لصدق الاكراه

68 خلاصة الكلام في تحقق مفهوم الاكراه

69 كلام في حمل عموم الاكراه

69 إشكال آخر

70 الملازمة بين الخروج عن الاكراه بسبب القدرة على التفصي بالتورية و بين الخروج عن الاكراه بواسطة القدرة على التفصي بغير التورية

70 دعوى اخرى في قبال دعوى الشيخ الملازمة المذكورة

71 جواب الشيخ عن الدعوى المذكورة

71 عدول الشيخ عما افاده

72 وهم و الجواب عنه

73 مثال للمنفي و خلاصته

73 تعليل و خلاصته

74 تعليل و خلاصته

75 تعليل و خلاصته

77 الفرق بين الأحكام التكليفية و الوضعية

78 الفرق بين الاكراهين

78 في صدق الاكراه و عدم صدقه

81 وهم و الجواب عنه

82 الأخبار الواردة في طلاق المكره على قسمين

84 اجتماع حكمين: التكليفي و الوضعي

84 النسبة بين الاكراهين على رأى الشيخ

87 عدم الفرق بين الاكراهين سواء أكان في ضمن عقدين أم ايقاعين

89 استدراك و خلاصته

94 خلاصة الاستدلال بحديث الرفع

95 الاشكال على الاستدلال بحديث الرفع

96 استثناء و خلاصته

96 جواب آخر عن وجوب القصد في الأفعال الاختيارية و خلاصته

96 الأمر بالتأمل

100 رد صاحب الجواهر على الشهيد الثاني

100 ما اوردناه على صاحب الجواهر

102 الأقسام المتصورة في الاكراه

106 الأقسام الستة المتصورة في الاكراه

109 تعليل و خلاصته

112 انتصار و أدلة الانتصار

113 نقض الانتصار و أدلته

114 نقض الدليل الثاني للانتصار

116 استفادة أحكام ثلاثة من الخدشة في الناحية الاولى من الانتصار

117 الخدشة في الناحية الثانية

119 رد آخر على الاستدلال بحديث الرفع

119 عدول الشيخ عما افاده في حديث الرفع

120 المراد من الأصابة الاستصحاب

122 تفريع و خلاصته

123 تعليل و خلاصته

125 ظهور الثمرة على القولين

126 المراد بالاصول

126 المراد بالاصل هو الاستصحاب

126 تفريع و خلاصته

129 وهم و الجواب عنه

131 المراد من عدم الجواز

123 تعليل و خلاصته

134 تقرير و خلاصته

ص: 373

135 وهم و الجواب عنه

136 إشكال و الجواب عنه

136 المراد من الصحيحة

137 الأخبار الواردة في تزويج العبد بغير اذن مولاه

138 وهم و الجواب عنه

140 وهم و الجواب عنه

140 جواب آخر عن عدم صحة الحمل و خلاصته

141 تمثيل من الامام عليه السلام حول معصية العبد

144 المراد من تعليق عقد العبد

145 الجواب عن الدعوى المذكورة

145 مناقشة الشيخ مع صاحب الجواهر

147 تعليل و خلاصته

149 ايراد الشيخ على ما افاده القاضى

151 خلاصة الكلام في اشتراط الملك في المتعاقدين

151 تفريع و خلاصته

153 الاقوال الخمسة في بيع الفضولي

154 وجه المسامحة

154 شمول عقد الفضولي للسفيه ص الموضوع

و الراهن و المفلس و المحجور عليه

156 نظرية الشيخ حول العقد الذي تحقق به الرضا

157 استدلال الشيخ لاثبات مدعاه بالآية

157 ثانية الأدلة لاثبات مدعاه

158 ثلاثة الأدلة و رابعة الأدلة لاثبات مدعاه

159 خامسة الأدلة و خلاصتها

162 استدلال الشيخ على عدم سبق الاذن في العقد

163 تفريع و خلاصته

163 رد الشيخ على الشهيد الثاني و خلاصته

166 الأقوال الاربعة المحتملة في حديث عروة البارقي

167 ظهور الثمرة في كون المشتري عالما أو جاهلا

167 المراد من الوجهين

170 دلالة الصحيحة على صحة بيع الفضولي

170 الموهنات الواردة على صحة

ص: 374

ص الموضوع

محمد بن قيس و هي ستة و الجواب عنها

173 أدلة أربعة لظهور الصحيحة في الرد

174 وهم و الجواب عنه

176 استدلال الشيخ لمدعاه بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي

178 صحيحة علاء بن سيابة

181 تعليل و خلاصته

184 استدلال الشيخ على صحة عقد الفضولي بموثقة جميل

185 النسبة بين الموثقة و دليل لا يحل مال امرئ العموم و الخصوص المطلق

186 لا يقال و الجواب عنه

187 نص الحديث الثالث

188 نص الحديث الثاني

189 ما اورده السيد الطباطبائي اليزدي على الشيخ و ايرادنا عليه

189 الاستدلال بأخبار اتجار مال اليتيم خارج عن موضوع مسألة بيع الفضولي

190 استدراك و خلاصته

ص الموضوع

191 تحقيق حول رواية ابن اشيم

197 تعليل و خلاصته

198 تحقيق حول حديث السمسار

198 وهم

199 الجواب عن الوهم

200 لا يقال فإنه يقال

202 ترق من الشيخ و خلاصته

205 تحقيق حول النيل

205 تحقيق حول كلمة استان

207 ما افاده العلامة في التذكرة

210 ترق من الشيخ

210 الجواب عن الحصر في صحيحة محمد بن مسلم

211 الجواب عن الحصر الواقع في توقيع الامام العسكري

211 توضيح الحصر الواقع في صحيحة محمد بن مسلم

212 يؤيد الظاهر قول الامام عليه السلام

214 تنازل من الشيخ و خلاصته

216 ترق من الشيخ و خلاصته

219 ظاهر كلام فخر المحققين و وجه الظهور

ص: 375

220 عدم الفرق بين المسألة الاولى و الثانية

221 المراد من العمومات

221 دليل آخر لصحة عقد الفضولي

221 لا يقال

222 فإنه يقال

223 رد على ما افاده المستدل و خلاصته

224 الآيات المستدل بها

225 وجه التقييد

227 شرح المجاز الادعائي

228 شرح معنى المعاوضة

228 تخيل و خلاصته

229 رد الشيخ على بعض المحققين

230 معنى صحة العقد

231 ما افاده المحقق القمي في بيع الفضولي لنفسه

232 نقاش من الشيخ مع المحقق القمي

236 عدم اتيان الجواب عن بيع الفضولي لنفسه في الفضولي الذي اشترى بمال الغير لنفسه

238 وهم و الجواب عنه

240 إشكال على ما افاده بعض المعاصرين ص الموضوعات

للشيخ

259 وهم و الجواب عنه

260 وجه الاشكال و خلاصته

261 وجه الاشكال

262 نص عبارة الشرائع

263 وجه البعد

263 وجه الظهور

264 إشكال و وجهه

264 رد الشيخ على الاشكال بأجوبة أربعة

266 قياس منطقي

266 وجه الثاني للمستدل

267 رد الشيخ على الوجه الثاني و خلاصته

271 اثبات أن المعاطاة الواقعة فضولا لا تأثير لها و خلاصته

271 منع الشيخ الصغرى

272 استدراك و خلاصته

273 الاشارة الى ما فهم

274 ظهور الثمرة على القولين

275 تحقيق حول امتناع الكشف

278 المقدمات الثلاث

ص: 376

279 خلاصة ما افاده صاحب الجواهر في الشرط المتأخر

283 تحقيق حول الشرط المتأخر

285 الأوامر والنواهي الصادرة من الموالي العرفية من الأفعال الاختيارية

287 عدم وجود اقتضاء الحسن والقبح في الشيء

289 توجيه الشيخ كلام صاحب الجواهر

293 إشكال و خلاصته

295 حاصل ما ذكره الشيخ

298 وجه التأمل

300 إيرادنا على الشيخ في الفرق بين الكشف الحقيقي والحكمي

304 صحيحة أبي عبيدة

305 كلام في عزل نصيب الحمل

306 أقسام الكشف

306 الأشكال فيما افاده الشيخ

307 إشكال على القول بوقوع الوطء في ملك المشتري على القول بالكشف

308 تعليل لوجوب دفع القيمة

308 تشبيه لكون إعطاء القيمة مقتضى

309 توجيه مراد الشهيد الثاني

312 اعتراض و حاصله

312 إشكال و خلاصته

313 المراد من الاطلاقات

313 وجه الاشكال

315 احتمال و خلاصته

319 تعليل

319 مفهوم المبادلة

322 خلاصة ما ذكره الشيخ

322 خلاصة ما افاده العلامة

323 استثناء و خلاصته

324 إشكال و وجهه

324 إشكال

325 ما أفاده في كشف اللثام

325 خلاصة ما افاده الشيخ

327 ثمرة و خلاصتها

328 ما افاده بعض المتأخرين في الثمرات

328 مثال لتجدد القابلية

329 اعتراض و خلاصته

330 إشكال على ما افاده صاحب الجواهر

ص: 377

ص الموضوعات

331 تنظير ثان

331 المراد من بعض الأخبار

333 تحقيق حول ظهور الثمرة في تعلق الخيارات

و حق الشفعة

336 خلاصة الكلام في التنبيه الاول

337 تفريع و خلاصته

338 أقوال أربعة في الاجازة

339 وجه النظر

339 المراد من النصوص

340 خلاصة الكلام

340 خلاصة الكلام

341 لزوم الحرج عليها و علينا

341 الحديث الوارد عن نصر بن مزاحم

342 حديث اسماعيل بن بزيع

343 خلاصة الكلام

ص الموضوعات

345 الحديث الوارد عن امير المؤمنين

345 بعض الحديث الوارد

346 حديث علي بن رئاب

348 وجه التأمل

349 خلاصة الكلام

350 التأويل أولى من الطرح

351 ظهور الفرق في المبيع

351 الفرق بين الحقوق والأحكام

352 الفرق بين الحقوق والأحكام من حيث المفهوم في غاية الوضوح

353 أقسام الحقوق

354 تفریع و خلاصته

355 استدراك و خلاصته

357 خلاصة كلام شيخ الطائفة

361 الأقوال الثلاثة في عقد الفضولي اذا وقع مجردا عن ذكر شرط

ص: 378

- 1 -

إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ 45، 12، 113، 120، 202، 224

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ 120، 135، 157، 162، 186، 213، 217، 224، 302، 313، 315، 317، 319

- ض -

ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ 132، 148

مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ 75

وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ 120، 135، 157، 162، 297، 313

وَسَنَلِ الْقَرْيَةَ 299

وَتِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ 162، 313

وَرَبَائِكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ 113، 202

وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ 187، 201، 202، 203

ص: 379

- 1 -

إذا اقامت معه بعد أن افاقت فهو رضا منها 343

أرى الوكالة ثابتة و النكاح واقعا 179

اشتر لنا به شاة للأضحية 164

أشهدتكم على ذلك بعلم منه و محضر؟ 179

أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة و انت مملوك لهم 158

ألك بينة بذلك 179

أمّا الآن فإن شئت فطلّقت، وإن شئت فامسك 345

أمّا الحجّة فقد مضت بما فيها لا ترد 192، 194، 195

إن عليا عليه السلام اتته امرأة تستعديه على أخيها 179

إن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكها أو بأمره، أو برضا منه 205 211

إنما اتى شيئا حلالا و ليس بعاص لله إنما عصى سيده و لم يعص الله عز و جل إن ذلك كإتيانه ما حرم الله عليه من نكاح في عدة و أشباهه

345

إنه لم يعص الله تعالى و إنما عصى سيده فإذا اجاز اجاز 139

إن ذلك ليس كإتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عدة و أشباهه 141

إن لا مس، أو قبل، أو نظر منها ما كان يحرم عليه قبل الشراء 346

إن عادوا فعد 75

أين الزوج؟ 179

- ب -

بارك الله في صفقة يمينك 164، 332 337

تشهدون أنها اعلمته بالعزل كما اعلمته بالوكالة ؟ 179

ص: 380

- ج -

الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والام والأب، وليس ذلك بشيء 69

الجارية البكر التي لها اب لا تتزوج إلا باذن أبيها 155

- ح -

الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها 332 169

- خ -

خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك

خذ بيدها بآرك الله لك فيها 180

- ذ -

ذاك الى سيده إن شاء اجازة و إن شاء فرّق بينهما 137

ذلك لأنك حين قلت: طلق اقررت له بالنكاح 345

- ر -

رفع عن امتي تسعة أشياء، أو ستة 46، 54، 68، 69، 81، 82، 95، 112

سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول 158

- س -

سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده إن النكاح أخرى وأخرى أن يحتاط فيه وهو فرج و منه يكون الولد 179 180

- ش -

الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا

شرط 346

- ط -

الطواف في البيت صلاة 52

فدخل عليها وقال: إن عليا قد ذكر من امرك شيئا فما ترين؟

فسكتت ولم تولّ وجهها، ولم ير فيها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كراهة

فقام وهو يقول: الله أكبر سكوتها اقرارها 342

ص: 381

- ق -

قل له: ليمنعها أشد المنع، فإنها باعت ما لم تملكه 206

- ك -

كيف تشهدون؟ 179

- ل -

لا بأس 198

لا، لأن لها الخيار اذا ادركت 305

لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وضع عن امتي ما اكرهوا عليه، و ما لم يطيقوا، و ما أخطئوا 75

لا بيع إلا في ملك 210

لا بيع إلا فيما يملك 204

لا تبع ما ليس عندك 204، 205، 207

لا تشتريها إلا برضا اهله 205

لا ضرر ولا ضرار 115

لا طلاق الا مع إرادة الطلاق 62

لا يجوز طلاق في استكراه، و لا تجوز يمين في قطيعة رحم 58

لا يجوز بيع ما ليس يملك 205

لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه 45، 83، 158، 224، 272

لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فاخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الا اول ما زاد 196

ليس في مال اليتيم زكاة إلا أن يتجر به فإن اتجر به فالربح لليتيم، وإن وضع فعلى الذي اتجر به 188

ليس طلاق بطلاقه 61

ليس عتقه بعثق 68

ليمنعها اشد المنع، فإنها باعث ما لم تملكه 206

- م -

ما تقولين؟ 179

ما يقول من قبلكم في ذلك؟ 178

ص: 382

من صام فأكل وشرب فلا يفطر من أجل أنه نسي فإنما هو رزق رزقه الله تعالى فليتم صيامه 49

المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا باذن سيده 132

- ن -

نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها الى اخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر 305

النكاح جائز أيهما ادرك كان له الخيار فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد ادركا ورضيا 304

- و -

وذكر تزويج فاطمة عليها السلام وأنه طلبها من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم 341

وقد وجب الشراء من من البائع على ما يملك 212

ولا عتق إلا فيما يملك 205

ولكن على رسلك حتى اخرج إليك 342

وأما المعتق فهو رد في الرق لموالي أبيه، وأي الفريقين بعد اقاموا البيعة على أنه اشترى اباه من أموالهم كان لهم رقا 192، 194، 195

وضع عن امتي تسعة أشياء:

السهو والخطأ والنسيان، وما اكرهوا عليه، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون والطيرة والحسد، والتفكر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق

الانسان بشفة 46

وإنما الطلاق ما اريد به الطلاق من غير استكراه، ولا إضرار 58

ولو أن رجلا طلق على سنة، وعلى طهر من غير جماع واشهد ولم ينو الطلاق لم يكن طلاقه طلاقا 62

- ه -

هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه 184، 185

ص: 383

يا علي إنه قد ذكرها قبلك رجال فذكرت ذلك لها فرأيت الكراهة في وجهها 342

يجوز ذلك عليه إن رضي 304

يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية 305

يرد المملوك رقا لمولاه و أي الفريقين أقاموا البينة بعد ذلك على أنه اشتراه بماله كان رقا له 196

يعزلون الوكيل عن وكالتها و لم تعلمه بالعزل ؟ 178

ص: 384

- 1 -

ابراهيم النخعي 37، 140، 142

ابن ادريس 153

ابن اشيم 191، 192، 209، 224، 304

ابن حمزة 161

ابن زهره 213

ابن سنان 69، 80

ابو حنيفة 260

ابو عبيدة 304

احمد بن حنبل 259

الأردبيلي 161، 213، 219، 278

الاسكافي 161

اسماعيل بن بزيع 342

آغا ضياء الدين العراقي 50

امير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام 49، 56، 169، 221، 222، 341، 342، 345، 348، 349

- ب -

البارقي عروة 156، 159، 164، 165، 166، 167، 201، 209، 219، 224، 263، 332، 344، 377

الباقر (ع) ابو جعفر 49، 57، 61، 62، 68، 132، 136، 137، 138، 139، 140، 141، 142، 144، 145، 169، 170، 171، 172

173، 174، 175، 176، 187، 192، 193، 195، 196، 204، 345

البجنوردي: ميرزا حسن 46، 50، 55، 56

البزنطي: ابو نصر 56

بنو عباس 206

- ت -

التستري: اسد الله 13، 14، 17، 19، 21، 25، 26، 27، 28، 29، 30، 35، 266، 267، 268، 270، 271

ص: 385

- ج -

جمال المحققين 301

جميل 184، 185، 190، 209، 222، 224، 304، 331، 344

- ح -

الحجاج خالد بن الحجاج 208

الحجاج: يحيى بن الحجاج 208

الحجة عجل الله فرجه 205، 211

الحسين عليه السلام ابو عبد الله 287

حكيم بن حزام 206، 207، 208، 210

الحكم بن عبيدة 137، 140، 142

الحلبي 161، 196، 209، 223، 224، 250، 304، 331، 344

الحلي: العلامة 33، 34، 38، 58، 64، 65، 98، 100، 103، 151، 152، 207، 208، 209، 237، 246، 248، 257، 259،

260، 262، 263، 303، 316، 338، 357

الحلي: ابن ادريس 213

الحميري 205، 210، 212، 213

- د -

الداماد 161

- ر -

الرسول الاعظم صلى الله عليه وآله 46، 52، 54، 56، 75، 82، 115، 118، 156، 159، 164، 165، 166، 201، 204، 206، 207،

209، 210، 213، 219، 225، 332، 337، 341، 342

- ز -

زرارة 61، 68، 132، 136، 137، 142

الزهراء فاطمة سلام الله عليها 341

- س -

سبط الشهيد الثاني 99، 103

سعيد السمان 188

السكاكي 32

سلار 161

- ش -

الشافعي 259، 260

شريف العلماء 301

ص: 386

الشهيد الاول 155، 163، 164، 169، 189، 246، 247، 268، 154، 191

الشهيد الثاني 13، 63، 64، 93، 94، 100، 101، 103، 111، 150، 153، 191، 195، 254، 262، 266، 267، 268، 309، 310

الشهيدان 58، 59، 60، 111

- ص -

صاحب الايضاح 303

صاحب الجواهر 64، 100، 142، 143، 145، 146، 150، 279، 281، 289، 290، 329، 330، 332، 333

صاحب الحدائق 162

صاحب الرياض 251

صاحب غاية المراد 163

صاحب الفصول 290، 291

صاحب كشف اللثام 99، 100، 102، 103، 325

الصادق عليه السلام ابو عبد الله 58، 69، 70، 80، 132، 136، 155، 158، 178، 179، 180، 181، 184، 185، 188، 190، 191،
196، 197، 198، 199، 200، 204، 345، 346

صالح بن رزين 192

الصفار 205، 212، 213

- ض -

ضحاك بن مزاحم 341

- ط -

الطباطبائي اليزدي 170، 189، 194، 239، 353

الطبرسي أبو علي 204

الطوسي شيخ الطائفة 213، 246، 356، 357

عبد الرحمن بن ابي عبد الله 197 198، 199، 209، 224، 304 331، 344

العسكري عليه السلام ابو محمد 205، 210 212، 213

العلاء بن سياب 178، 183

علي بن رئاب 346

ص: 387

عمار بن ياسر 75

العماني 161

العميدي 316

- ف -

فخر، فخر الدين، فخر الاسلام 161، 213، 219، 247، 254، 262، 278

فخر المحققين 41، 219

- ق -

القاضي 149، 161

قطب الدين 246، 247

- ك -

كاشف الرموز 233، 303

كاشف الغطاء: الشيخ محمد حسين 242

كاشف الغطاء: الشيخ حسن 351

الكاظم عليه السلام: ابو الحسن: 56

- م -

المامقاني 298

المحقق الاول 150، 246، 254، 262

المحقق الثاني 112، 151، 219، 226، 254، 262، 277، 278، 279، 292، 296، 298، 303، 310، 315، 316

المحقق القمي 230، 231، 232، 233، 312

محمد بن علي بن الحسين 46

محمد بن القاسم بن الفضيل 206، 212، 213

محمد بن قيس 49، 126، 169، 170، 209، 221، 222، 224، 303، 331، 344، 348، 349

محمد بن مسلم 187، 205، 210، 211، 213، 358

المرتضى 153، 161، 211

معاوية بن الحكم 158

المفيد 153، 161، 213

- ي -

يحيى بن عبد الله الحسن 58

ص: 388

6 - فهرس الأمكنة و البقاع

- أ -

الاستان 178، 205

- ب -

بغداد 205، 259

- ج -

جامع الطوسي 46

- ع -

عراق 259

- ف -

فم النيل 187، 205

- ق -

القاهرة 259

- ك -

كربلاء المقدسة 287

الكوفة 205

- و -

واسط 205

ص: 389

7 - فهرس الكتب

- 1 -

أنوار الفقاهة 351

الاحتجاج 214

الايضاح 278

- ت -

التحرير 58، 63، 64، 98، 99، 100، 103

تذكرة الفقهاء 38، 98، 161، 207، 208، 209، 219، 237، 238، 248، 251، 258، 260، 262

- ج -

جامع المقاصد 112، 151، 277، 343

الجواهر 143

- ح -

حاشية على الارشاد 303

حاشية على الروضة 302

الحدائق 107

- خ -

الخلاف 153، 213

- د -

دراسات في اصول الفقه 275، 282، 289

الدروس 169، 170، 303

- ر -

الروضة 277، 309

الرياض 107، 177، 251

- س -

سنن الترمذي 219

- ش -

شرائع الاسلام 262

شرح على القواعد 242

- غ -

غاية المراد 153، 161، 163، 177

- ق -

قواعد 254، 255، 260، 268، 231، 303، 322

- ك -

الكفاية 112

ص: 390

- ل -

اللمعة الدمشقية 74، 191، 195، 305، 310

- م -

المبسوط 76، 153، 254

مجمع البرهان 303

مجمع البيان 204

مجمع الفائدة 112

المختلف 356

المسالك 13، 63، 92، 93، 94، 99، 100، 103، 185

مستدرك الوسائل 164، 204

المقاييس 13، 14

المكاسب 45، 74، 83، 158، 168، 244، 246، 257، 262، 263، 398، 343، 353

منتهى الاصول 56

من لا يحضره الفقيه 132، 137، 345

- ن -

النهاية 161، 213

نهاية المرام 99، 103

- و -

وسائل الشيعة 46، 49، 61، 75، 137، 139، 141، 145، 169، 178، 184، 187، 188، 196، 204، 212، 213، 304، 342

ص: 391

كان قد ذكر شيخنا الانصاري قدس سره في المكاسب في باب الغيبة حديثا بلفظة (حسنة عبد الرحمن بن سيابة بابن هاشم) عن الكافي كما ذكرنا مصدر ذلك في الجزء الثالث ص 338 من طبعتنا هذه..

غير أن سماحة سيدنا الحجة السيد علي البعاج - دام ظله وعلاه تفضل فأخبر ان الحديث ليس بحسنة، وأنه من الصحاح، وليس متصلا بابن هاشم في المصدر المذكور، وعند مراجعتنا (الكافي) رأينا الحديث كما أفاده سماحته، فله منا جزيل الشكر.

ونرجو من قرائنا الكرام أن يلفتوا نظرنا الى كل خطأ، أو اشتباه عثروا عليه، و يرشدونا الى ما يروونه من صواب، و سنتقبل ذلك بالشكر مع التنويه بأسمائهم.

جدول الخطأ و الصواب

ص اس الخطأ الصواب

19\30 اللغيراعن الغير

22\30 اللغيراعن الغير

7\46 السهر السهو

10\56 امعرضة اعارضة

15\61 امن زيدا من زيد

5\64 المبني المبني

8\69 او لا ا

2\83 امرء امرئ

9\118 الحقوق الحوق

5\148 اللولي المولى

1\157 اراد ارد

6\157 اتراضي اراض

11\159 او اقبضهما او اقبضها

8\167 ا يكون ابكون

22\172 الاخر الاخير

5\176 ايعاز اجاز

1\187 ابمقتضى ابمقتضى

15\187 الريح الريح

16\192 أقاموا اقاموا

فاتتنا اغلاط مطبعية في الجزء الثالث و السادس كان يهمننا تصحيحها قبل اخراج الكتاب، لكن كثرة الاشغال انستنا فتداركناها في الجزء 8
فيرجى من القارئ الكريم تصحيحها و له الشكر الجزيل

الجزء اص اس الخطأ الصواب

20\91\3 اترنهما اترنمهما

4\22\4\3 الزمزة الزمزة

9\370\3 اعيبه اعيبه

13\285\6 الجارية الجارية

6\9\6 الطهر الطهر

ص: 394

تفضل علينا بهذه الأبيات القيمة فضيلة الاستاذ الاديب الاريب الباحثة الكبير الاخ عبد الصاحب عمران الدجيلي حفظه الله تعالى
فتلقيناها بكل إجلال وإكبار.

فأينا من الواجب نشرها

ولقد بلغت، وكم بلغ ***ت من العلى أعلى المراتب

يا سيدا حاز المفا ***خر و المآثر و المناقب

كم واجب للدين و الاس ***لام ترعى، بل و جانب

حتى أقمت الحق في ال ***دنيا، و حققت المكاسب

قصده به رغب الجميع ***فارخوه (قصده راغب)

1397 هـ

ص: 395

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وقد انهينا بحمد الله تبارك و تعالی (الجزء الثامن) من كتاب (المكاسب) لشيخنا الأعظم الانصاري قدس الله سره و طيب رسمه حسب تجزئتنا من بداية:

(و من شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به)

الى نهاية الشرط السابع من شرائط الاجازة حامدين الله عز و جل و شاكرين له هذه النعمة العظمى

و كان الانتهاء في يوم الاحد الثامن و العشرين من شهر شعبان المعظم 1397 في ادارة (جامعة النجف الدينية) العامرة حتى ظهور (الحجة البالغة) الذي تحيا البلاد به عجل الله تعالى فرجه الشريف بعد أن استوفى العمل فيه مقابلة و تعليقا و تصحيحا غاية الجهد و الطاقة و السهر بقدر الوسع و الامكان.

هذا مع كثرة الأشغال، و تردي الأحوال، و انهيار الاعصاب

و ذلك حبا منا بانجاز تحقيق الأجزاء، و إصدارها و اخراجها و إكبارا و إجلالا لفقهِ (أئمة أهل البيت) صلوات الله و سلامه عليهم اجمعين

و إذا كنا قد تابعنا إصدار الأجزاء في هذه الفترات المتباعدة فلأن تحقيق الكتاب و تصحيحه و اخراجه اخرجنا يلىق بمكانته العلمية كان يستدعي متا دقة الملاحظة، و عمق الإمعان

فالى القراء الكرام هذه التحفة النفيسة، و الهدية الثمينة

و كان الشروع فيه في يوم الخميس الحادي عشر من شهر شوال المكرم 1396 فجاء بحمد الله تعالى بهذه الحلة الرائعة، و الاسلوب البديع

و يتلوه إن شاء الله تعالى (الجزء التاسع) أوله: (و أما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان امور)

وإني لأرى هذه الافاضات كلها من بركات صاحب هذا (القبر المقدس العلوي) على من حلّ فيه آلاف التحية و الثناء

فشكرا لك يا إلهي على هذه النعم الجسيمة، والآلاء العميمة

ونسألك اللهم وندعوك التوفيق لاتمام بقية الأجزاء و المشروعات الخيرية الدينية النافعة للامة الاسلامية جمعاء بلطفك السابق، ورحمتك
الواسعة إنك ولي ذلك و القادر عليه

في يوم الاثنين التاسع و العشرين من شهر شعبان المعظم 1397

عبدك

السيد محمد كلاتر

ص: 397

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ 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 آباه 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 والتحريات الكمبيوترية
اصبحان

الغمامة

WWW



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

