

فِقْهُ الصَّلَاةِ

تَأليف

فقيه العصر

مقامه آية الله العظمى والشيخ الجليل

السيد محمد صادق الحسيني الشيرازي

رحمته الله

الطبعة الثالثة والثلاثون

موسسة آية الله العظمى
المرجع للدراسات والبحوث

فِي الصَّادِقِ

تَأْلِيفُ

فَقِيهِ الْعَصْرِ سَمَاجَةً لِرَبِّهِ الْعِظَمَى الْمَرْجِعِ الْمَجَاهِدِ

السَّيِّدِ مُحَمَّدِ صَادِقِ الْحُسَيْنِيِّ الرَّوْحَانِيِّ دَلِمْطَنِيِّ

الجزء الثالث والعشرون



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



روحاني، سيد محمد صادق، ١٣٠٣ -

تبصرة المتعلمين، شرح.

فقه الصادق / تأليف سماحة آية الله العظمى السيد محمد صادق الحسيني الروحاني، قم: آيين دانش، ١٣٩٢، ج ٤١.

٩٧٨-٦٠٠-٦٣٨٤-٢٦-٩-٢٦ / شابك دوره: ٩٧٨-٦٠٠-٦٣٨٤-٢٦-٩-٢٣؛ شابك ج ٩٧٨-٦٠٠-٦٣٨٤-٢٦-٩-٢٣

وضعت فهرست نويسي: فيبا

يادداشت: عربي.

يادداشت: چاپ قبلي: قم: اجتهاد، ١٣٨٦ -

يادداشت: كتاب حاضر شرح و تعليقي بر كتاب تبصرة المتعلمين اثر علامه حلي است.

يادداشت: كتابنامه.

يادداشت: نمايه.

موضوع: علامه حلي، حسن بن يوسف، ٦٤٨-٧٢٦ هـ. ق. تبصرة المتعلمين -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفري -- قرن ٨ ق.

شناسه افزوده: علامه حلي، حسن بن يوسف، ٦٤٨-٧٢٦ هـ. ق. تبصرة المتعلمين، شرح

رده بندي ديوي: ٢٩٧/٣٤٢

رده بندي كنكره: ١٣٩٢: ٢٠٢١٤/ع/١٨٢/٣ BP

شماره كتابشناسي ملي: ٢٣٢٤٢٨٦

فقه الصادق

الجزء الثالث والعشرون / كتاب المكاسب

سماحة آية الله العظمى السيد محمد صادق الحسيني الروحاني دام ظلّه

إعداد وإخراج: جمع من الفضلاء
الناشر: آيين دانش - قم المقدسة
الطبعة: الخامسة / الأولى لهذه الدار
الكمية: ١٠٠٠ دورة
تاريخ الطبع: ١٤٣٥ هـ. ق / ٢٠١٤ م
ردمك (الدورة): ٩٧٨-٦٠٠-٦٣٨٤-٢٦-٩
ردمك (ج ٢٣): ٩٧٨-٦٠٠-٦٣٨٤-٤٩-٨
المطبعة: دانش

عنوان الناشر: إيران - قم - شارع خاكفرج - فرع رقم ٧٥ (هاتف: ٧-٠٢٥٣٦٦١٦١٢٦-٠٢٥٣٦٦١٦١٢٦)

توزيع: منشورات كلبه شروق (هاتف: ٠٢٥٣٧٨٣٨١٤٤)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولانا من التفقه في الدين، والهداية إلى الحق، والصراط
المستقيم، والصلاة والسلام على أشرف النفوس القدسية، وأزكى الذوات المطهرة
الملكيّة، محمد المصطفى وعترته المرضيّة، هُداة الخلق وأعلام الحقّ.
وبعد: فهذا هو الجزء الثالث والعشرون من كتابنا (فقه الصادق)، وقد وقّنا
إلى طبعه، وأرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية المجلّدات، إنّه وليّ التوفيق.

ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال:

(يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ الْفِقَهَ ثُمَّ الْمَتَجِرَ، الْفِقَهَ ثُمَّ الْمَتَجِرَ، الْفِقَهَ ثُمَّ الْمَتَجِرَ، وَاللَّهُ
لَلرَّبَا فِي هَذِهِ الْأُمَّةِ أَخْفَى مِنْ دَبِيبِ النَّمْلِ عَلَى الصَّفَا، شُوبُوا أَيْمَانَكُمْ بِالصَّدَقِ،
التَّاجِرُ فَاجِرٌ، وَالْفَاجِرُ فِي النَّارِ، إِلَّا مَنْ أَخَذَ الْحَقَّ وَأَعْطَى الْحَقَّ).

المقصد الثالث

ألفاظ عقد البيع

يدور البحث في هذا المقصد حول خصوص ألفاظ عقد البيع، ويقع الكلام عنها في موردين:

الأول: في من يعتبر في حقّه استعمال اللفظ في معاملاته.

الثاني: في الخصوصيّات المعتبرة في اللفظ الذي يُنشأ به البيع.

أما المورد الأول: فقد يقال إنّه على فرض اعتبار اللفظ، فإنّه يختصّ ذلك بغير العاجز عن التكلّم، وأما العاجز عنه كالأخرس فلا يعتبر في معاملاته استعمال اللفظ. أقول: وحقّ القول في الأخرس يقتضي التكلّم في مواضع:

الأول: في معاطاته، وأنته هل تكون هي كمعاطاة غيره التي لا تفيد المملكيّة أو اللزوم، أو لا تكون مثلها.

الثاني: في حكم إشارة الأخرس .

الثالث: في حكم كتابة الأخرس .

أما الموضوع الأول: فإن قلنا باعتبار اللفظ ومدخليّته في تحقّق المملكيّة أو اللزوم

- من جهة أنّ التعاطي الخارجي غير قابل لأن تُنشأ به المملكيّة، وأنته قاصرٌ عن إفادة المملكيّة أو اللزوم - فالحقّ عدم إفادة معاطاة الأخرس أيضاً ذلك، إذ معاطاته كمعاطاة غيره غير صالحة لذلك، فع عدم الإنشاء كيف يمكن الحكم بتحقّق المنشأ، وإن قلنا باعتبارها فيها للإجماع، وإلا فالمعاطاة في نفسها مشمولة للعمومات، وغير قاصرة عن إفادة ذلك:

فتارةً يقال: إنَّ التقييد باللفظ في كلماتهم لخصوصية فيه.
 وأخرى يقال: بأنَّ التقييد به من جهة أنه الغالب، وإلا فالمعتبر هو كل ما هو
 قادرٌ عليه مما يكون كاللفظ، ولا يكون ذا وجوه أو يتطرق فيه إليه الاحتمال.
 وعلى الثاني: فحيث أنه لا كلام في أن الأخرس ليس ممن لا يقدر على البيع،
 فالمتيقن من الإجماع غيره، فلا بدّ من البناء على صحة معاطاته.
 وأمّا على الأول: فيبني على أن معاطاته كمعاطاة غيره، ولو شك في أنه من
 قبيل الأول أو الثاني، فلا محالة يشك في تخصيص العمومات بالإضافة إليه،
 والأصل عدمه وصحة معاطاته.

وأمّا الموضع الثاني: فلا ينبغي الريب في أن إنشاء المعاملات كما يتحقق من
 خلال اللفظ كذلك يمكن تحقيقه بالإشارة، لما نرى بالوجدان أن العقلاء في مقام
 تفهيم مراداتهم من الأمر والنهي وغيرهما، يبرزونها بالإشارة، وليس الإنشاء إلا
 إبراز أمر نفساني بداعي تنفيذ ما يراه العقلاء والشارع مبرزاً لذلك الأمر، وليست
 هي كالإعطاء التي تحمل الوجوه، كي يقال إنها قاصرة عن إفادة الملكية.
 وعليه، فمقتضى العمومات قيامها مقام اللفظ، وصحة المعاملة بالإشارة، حتّى
 على القول بعدم صحة المعاطاة، وعدم إفادتها للملكية، لقصور الفعل عن إنشاء
 الملكية به.

وهذا من غير فرق بين القدرة على التوكيل وعدمها، إلا أن يُدعى الإجماع
 على عدم صحة إنشاء المعاملة بها، ولكنّه على فرض ثبوته حتّى مع العجز عن
 التكلم، لا ريب في اختصاصه بصورة القدرة على التوكيل، إذ مع العجز عنه، والقطع

بأنّ الشارع لا يرضى بعدم التعامل مع الأخرس أصلاً، لا مناص عن البناء على صحّة معاملاته بالإشارة.

أقول: قد استدلّ لقيام إشارة الأخرس مقام اللفظ مع القدرة على التوكيل بوجهين آخرين:

الوجه الأول: أصالة عدم وجوب التوكيل^(١).

وأورد عليه الشيخ رحمته الله: «بأنّ الأصل في المعاملات الاشتراط.

أقول: مراد المستدلّ أنّه بعد شمول العمومات للإشارة، فإنّ القدر المتيقّن خروجه هو صورة القدرة على التكلّم، وأمّا في صورة العجز، حتّى وإن كان قادراً على التوكيل، فلا إجماع على عدم الصحّة، فقتضى العمومات الصحّة، كما أنّه لو شكّ في الاشتراط وعدمه يكون الأصل عدمه، وعليه فلا يرد عليه ما ذكره الشيخ رحمته الله.

الوجه الثاني: فحوى ما ورد من النصّ^(٢) على جوازها في الطلاق. وفيه تأمل.

وأما الموضوع الثالث: فعن المحقّق النائيني رحمته الله^(٤) عدم كفاية الكتابة، واستدلّ له:

١- بالإجماع على عدم تأثيرها في غير الوصيّة.

٢- وبأنّها ليست مصداقاً في العرف والعادة لعنوان عقدٍ أو إيقاع، أي لا تعدّ

آلة لإيجاد عنوان بها.

ويرد على الأول: أنّه إجماعٌ منقول، مع أنّ المتيقّن منه صورة القدرة على التكلّم

لا مطلقاً.

(١) مفتاح الكرامة: ج ٤ / ١٦٤.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ١١٧ ت ١١٨.

(٣) وسائل الشريعة: ج ٢٢ / ٤٧ ب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ح ١ رقم ٢٧٩٨٨، التهذيب: ج ٨ /

٧٤ ح ١٦٦.

(٤) منية الطالب: ج ١ / ٢٣٦.

ويرد على الثاني: إنَّ عناوين العقود والإيقاعات أُسامٍ للأُمور الاعتبارية النفسانية، واللفظ، وكذا ما يقوم مقامه مبرزٌ لذلك، وعليه فكما أنه يصحّ الإخبار بالكتابة، كذلك يصحّ الإنشاء بها، لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة كما حُقِّق في محلّه. مع أنه قد ورد في بعض^(١) أخبار الطلاق أنه يصحّ الطلاق بالكتابة، بل تقدّمه على الطلاق بالإشارة، فلو لم يكن إنشاء الطلاق بها ممكناً، لما كان وجهه للحكم بوقوعه.

ثمَّ إنّه بعد ما عرفت من أنّ كفاية الإشارة والكتابة إنّما تكون على القاعدة، فلا معنى للنزاع في تقدّم الكتابة أو الإشارة - نعم، في خصوص الطلاق بحثّ موكول إلى محلّه - كما أن مقتضى ذلك شمول ما ذكرناه لكلّ عاجزٍ عن التكلّم، ولو لم يصدق عليه عنوان الأخرس.



(١) وسائل الشيعة: ج ٢٢ / ٤٧ ب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرايطه ح ١ رقم ٢٧٩٨٨، التهذيب: ج ٨ /

خصوصيات ألفاظ العقد

المورد الثاني: في الخصوصيات المتبعة في اللفظ، وهي قسمان:

أحدهما: ما يعرض الألفاظ أنفسها.

ثانيهما: ما يكون خارجاً عنها.

أما القسم الأول: فملخص القول فيه:

إنه بعدما لا ريب في صحة الإنشاء بالحقيقة الدالة على المعنى بلا عناية وقرينة

ولو صارفة، وبالمجاز المشهور الذي يحتاج إرادة المعنى الحقيقي منه إلى قيام القرينة،

يقضي الأمر التكلم في مواضع:

الأول: في إنشاء المعاملة بالكنايات.

الثاني: في المجازات.

الثالث: في المشترك اللفظي.

الرابع: في المشترك المعنوي.

أما الموضوع الأول: فالمشهور بين الأصحاب^(١) - على ما نُسب إليهم^(٢) - عدم

وقوع العقد بالكنايات، والمراد بالكناية في المقام ليس ما هو من أقسام المجاز - وهو

استعمال اللفظ الموضوع للآزم المعاملة في معنى تلك المعاملة الذي هو الملزوم

بمجازاً - بل المراد بها استعمال اللفظ في معناه الحقيقي، وهو اللآزم للانتقال إلى

الملزوم، والشاهد على ذلك أن بعض المانعين عن الانعقاد بالكناية ذهب إلى انعقاد

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١٠ / ٩، مسالك الأفهام: ج ٧ / ٩٥ - ٩٦، الحدائق الناضرة: ج ٢٢ / ١٢٩.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ١١٩.

المعاملة بألفاظٍ تكون موضوعة لمعنى هو لازم المعاملة، وعليه فما هو ظاهرُ الشيخ عليه السلام من حملها على المعنى الأوّل غير صحيح.

أقول: وكيف كان، فقد اختار المحقق النائيني عليه السلام ^(١) عدم الانعقاد بها، واستشهد لذلك بأنّ إنشاء اللّازم وإيجاده في الإنشاء القولي لا يعدّ إيجاباً للملزوم عرفاً، وكون الملزوم مقصوداً وداعياً من إيجاب اللّازم لا أثر له، لأنّ الدّواعي لا أثر لها في باب العقود والإيقاعات.

ثمّ أورد على نفسه: بأنّ الملزوم وإن لم يُنشأ أصالةً إلّا أنّه مُنشأ تبعاً، وفي المرتبة الثانية.

وأجاب عنه: بأنّ الإيجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود، فينصرف الإطلاق عنه، ولا تشمله العمومات أيضاً، لخروجه عن الأسباب المتعارفة.

ويرد عليه أولاً: أنّه عليه السلام صرح بأنّه لو قصد البيع بالفعل انعقد به مصداق لازمه وهو التسليط، ولم يظهر الفرق بين الفعل والقول في ذلك.

وثانياً: لا فرق بين الإخبار والإنشاء إلّا في الدّاعي، كما أشرنا إليه غير مرّة، فكما يصحّ الإخبار بالكنية، كذلك يصحّ الإنشاء بها.

مع أنّه لو سلّم كون الإنشاء إيجاباً للأمر لا إظهاراً.

يرد عليه: أنّه بعد فرض الملازمة بين اللّازم والملزوم، إذا وجد اللّازم في أيّ وعاء كان، لا محالة يوجد الملزوم في تلك الوعاء أيضاً.

وبالجملة: لا يعتبر في الإنشاء سوى كون اللفظ ممّا له ظهورٌ عرفي في المراد، ولا

إشكال في أنّ إظهار اللّازم عرفاً إظهار للملزوم بالضرورة.

ودعوى انصراف الإطلاق عنه غير مسموعة.

وعليه، فالأظهر انعقاد البيع وغيره من المعاملات بالكنايات.

وأما الموضوع الثاني: فقد فضّل الشيخ رحمته ^(١) بين كون القرينة حالية أو مقالية،

واختار الانعقاد في الثاني دون الأوّل، وبه جمع بين كلمات القوم ونسبه إليهم.

واستدلّ له: بأنّه إذا كانت القرينة لفظية، فترجع الإفادة بالآخرة إلى الوضع،

ولا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة بين إفادة اللفظ للمطلب

بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدلّ بالوضع على إرادة المطلب من

ذلك اللفظ، وهذا بخلاف ما إذا كانت القرينة حالية، فإنّ الإفادة حينئذٍ لا تكون

باللفظ، والمفروض عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المعاملات.

وفيه: إنّ الدالّ على المعنى في الاستعمال المجازي إنّما هو اللفظ وذو القرينة،

والقرينة إنّما تدلّ على ذلك - أي إرادة المعنى من ذي القرينة - لأنّ جزءاً من المعنى

يستفاد من ذي القرينة، وجزءاً آخر منه من القرينة، مثلاً في قولنا: (رأيتُ أسداً

يرمي)، يكون (يرمي) قرينة على إرادة الرجل الشجاع من الأسد، وعليه في جميع

المجازات يكون الدالّ على المعاملة هو اللفظ.

وعليه، فالأظهر صحّة الإنشاء بالمجاز وإن كان بعيداً.

أقول: وبما ذكرناه ظهر الحال في المشترك اللفظي، إذا كانت إفادة اللفظ فيه

للمعنى المراد مع القرينة.

وأما الموضع الرابع: - أيّ المشترك المعنوي - فقد اختار المحقق النائيني رحمته (١) عدم صحّة الإنشاء به إذا كان مشتركاً بين العقود التملّكيّة وغيرها من النقل الخارجي كلفظ (نقلت).

واستدلّ له: بأنّ امتياز النقل الخارجي عن النقل الاعتباري، ليس بعين ما به اشتراكها، فلا محالة ينشأ الجنس العالي أولاً ثمّ يميّز بالفصل، فيلزم التدريجيّة في الوجود.

وفيه: أنّه وإن كان اللفظ مركّباً، إلّا أنّه لا يكون ذلك الاعتبار النفساني البسيط تدريجيّاً من حيث الإظهار والإبراز، بل يكون مبرزاً بالمجموع، ممّا لا يضّر بصحّة الدلالة والإبراز.

وعليه، فالأظهر صحّة الإنشاء بالمشارك المعنوي أيضاً.



ألفاظ الإيجاب والقبول

أقول: بعدما ثبت أنفاً صحّة الإنشاء بالكنايات، والمجازات، والمشارك اللفظي والمعنوي، يظهر أنه يصحّ الإنشاء بجميع الألفاظ التي وقع الخلاف في صحّة الإنشاء بها، والتي ستمرّ عليك.

وأما على القول الآخر: فقد وقع الكلام في إنشاء البيع بطائفة من الألفاظ من ناحية الصغرى، وأنها داخلية في ما يصحّ الإنشاء به، أو فيما لا يصحّ، وهي متعدّدة: منها: لفظ (بعثُ).

والكلام فيه من جهة أنه من الأضداد - كما اختاره الشيخ رحمته ^(١) - أو مشترك معنوي، بمعنى التملك بعوض، أعمّ من أن يكون صريحاً أو ضمنياً.

أقول: المتفاهم منه عرفاً كونه موضوعاً للبيع المقابل للشراء، كما يظهر لمن راجع المرتكز في ذهنه، فلو سلّم كونه في اللّغة موضوعاً لكلّ منهما أو للجامع بينهما، لا ينبغي التأمّل في أن المتفاهم منه عرفاً هو البيع، وهذا يكفي في صحّة إنشاء البيع به، فلا حاجة إلى تطويل الكلام في ذلك.

ومنها: لفظ (شريتُ).

أشكل الشيخ رحمته ^(٢) - بعد تسليمه كونه من الأضداد - في إنشاء البيع به بقلة استعماله فيه عرفاً، وكونه محتاجاً إلى القرينة المعيّنة، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلمات العلماء.

(١) المكاسب: ج ٣ / ١٣٠.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ١٣٠ - ١٣١.

ويردّ عليه: -مضافاً إلى ما تقدّم من أنه لا إشكال في صحّة الإنشاء وإن كانت القرينة المعيّنة حالية - أنّ القرينة المعيّنة دائماً تكون لفظية، لأنّ كلمة (الشراء) إذا استعمل في البيع، يكون مفعوله الأوّل مال نفسه، وغير مصدرّ بالباء، وإذا استعمل في الشراء يكون مفعوله الأوّل مال الطرف الآخر ومال نفسه يصدرّ بالباء، فالقرينة المعيّنة دائماً تكون هي الهيئة.
ومنها: لفظ (مليكتُ).

والكلام فيه ليس في صحّة إنشاء البيع به لما ذكره الشيخ^(١) من أنّ حقيقة البيع هي التملك بعوض، بل الكلام فيه إنّما هو فيما ذكره الشيخ^(٢) بأنّ صحّة العقد به بإرادة الهبة المعوضة أو المصالحة منه مبنية على صحّة عقد بلفظ غيره مع النية، حيث أورد عليه السيّد^(٣) والمحقّق النائيني^(٤) بأنّ ما ذكره يتمّ في الصلح ولا يتمّ في الهبة المعوضة، فإنّ الهبة المجانيّة والمعوّضة تعدّان من أفراد التملك حقيقة.
وفيه: إنّ الهبة المعوضة من التملك المجاني لا التملك بعوض، إذ العوض فيها ليس في مقابل المال الموهوب، والشيخ^(٥) يدّعي أنّ الهبة المعوضة ليست من التملك بعوض، ولم يدّع عدم كونها من التملك. فتدبّر في كلماته.
ومنها: لفظ (اشتريتُ).

قال الشيخ^(٥): إنّ الإشكال المتقدّم في (شريتُ) أوّل بالجرّيان هنا، لأنّ (شريتُ) استعمل في القرآن الكريم^(٦) في البيع، بل لم يستعمل فيه إلاّ فيه

(١) المكاسب: ج ٣ / ١٣١ و ١٣٣.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ١٣١ - ١٣٢.

(٣) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ٩١.

(٤) منية الطالب: ج ١ / ٢٤٤.

(٥) المكاسب: ج ٣ / ١٣١ و ١٣٣.

(٦) سورة البقرة: الآية ١٠٢، وسورة يوسف: الآية ٢١.

بمخلاف (اشتريتُ).

ورفع الإشكال في تعيين المراد منه بقريته تقديمه الدالّ على كونه إيجاباً، غير صحيح، لأنّ الاعتماد على القريته غير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه.

ويرد عليه: ما ذكرناه من الوجهين في (شريتُ)، إنّما الإشكال فيه يكون من جهة أخرى، وهي أنّ هيئة الافتعال إنّما وضعت لمعنيين: أحدهما: قبول المادّة كاللاكتساب والاحتطاب والاقتراب. ثانيهما: قبول المادّة من الغير كالانتقاض وشبهه.

وفي كلّ موردٍ لا بدّ من الرجوع إلى أهله، في أنّه استعمل في أيّ المعنيين، وليس لنا التصرّف بمفردنا، وعليه فحيث أنّ (اشتريتُ) في الكلمات إنّما استعمل في قبول المادّة من الغير، لا في قبول المادّة، فاستعماله في الإيجاب لا يكون صحيحاً. وبالجملة: ظهر ممّا ذكرناه وقوع القبول بلفظ (قبلتُ)، و(رضيتُ)، و(شريتُ)، و(اشتريتُ)، إنّما الكلام فيه في ألفاظ أخرى مثل: أمضيتُ، أجزتُ، أنفذتُ وأشباهاها، ومنشأ الإشكال أنّ الإنفاذ والإمضاء والإجازة إنّما تتعلّق بما له مضيّ وجوازٌ ونفوذ، وما يترقب منه ذلك هو السبب التام، وهو العقد لا الإيجاب خاصّة. ولكن يمكن دفعه: بأنّ هذه العناوين بما أنّها من لوازم تحقّق العقد بلحوق القبول للإيجاب، ويكون القبول ملزوماً لها، فإنشاء القبول بها من قبيل الاستعمال الكنائي، وقد عرفت صحّة الإنشاء بالكنايات.

اعتبار العربية

وأما القسم الثاني: فالكلام في ما قيل باعتباره في العقد يتحقق في طَيِّ مسائل: المسألة الأولى: المحكي عن جماعة منهم السيد عميد الدين^(١)، والفاضل المقداد^(٢)، والمحقق^(٣)، والشهيد^(٤) الثانين، اعتبار العربية في العقد، واستدل له بوجوه: الوجه الأول^(٥): التأسي، فإن معاملات النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام كانت تتم باللغة العربية.

وفيه: إنه لم يدل على لزوم التأسي أو محبوبيته في كل ما كانوا عليه يفعلونه، ألا ترى أنهم كانوا يتكلمون بالعربي ولم يتوهم أحد لزومه أو استحبابه، ولعل إنشاء معاملاتهم بها من هذا القبيل.

مع أن مطلوبيتها لا تستلزم فساد الإنشاء بغيرها، بعد شمول العمومات والإطلاقات له.

مضافاً إلى أن التأسي لا يفيد اللزوم غايته الاستحباب.

الوجه الثاني^(٦): إن اعتبار الماضيّة في العقد يستلزم اعتبار العربية بالأولوية.

وفيه: إن الماضيّة ليست من خصوصيات اللغة العربية، حتى يقال إن اعتبارها

(١) وهو السيد عميد الدين عبد المطلب الحلّي. وكان أستاذاً للشهيد الأول. وقد أثنى عليه العلماء كثيراً عند التعرض له، وله كتاب في شرح قواعد الأحكام يسمى (كنز الفوائد في حلّ مشكلات القواعد)، نقل قوله الشهيد الأول في حواشيه، على ما في مفتاح الكرامة: ج ١٢ / ٥٢٣، وحكاها أيضاً الشيخ في المكاسب: ج ٣ / ١٣٥.

(٢) التنقيح الرابع: ج ٢ / ١٨٤، كنز العرفان: ج ٢ / ٧٢.

(٣) جامع المقاصد: ج ٤ / ٥٩ و ٦٠.

(٤) الروضة البهية: ج ٣ / ٢٢٥.

(٦) المكاسب: ج ٣ / ١٣٥.

يستلزم اعتبار العربية، بل هي خصوصية في كل لغة، وعليه فهما خصوصيتان في عرض واحد.

الوجه الثالث: إن مقتضى أصالة الفساد، عدم ترتب الأثر على شيء من العقود، والمتيقن مما خرج عن هذا الأصل هو العقد بالعربية، فلا بد من رعايتها. وفيه: إنه يتوقف على عدم جواز التمسك بالعمومات والمطلقات في دفع احتمال اعتبار شيء في الأسباب، وقد عرفت في أول هذا الجزء صحته.

الوجه الرابع: عدم صدق العقد على غير العربي، مع التمكن من العربي. وفيه أولاً: أنه يكفي في نفوذ العقد صدق التجارة والبيع عليه. وثانياً: إن العقد من مقولة المعنى، فلا مجال لفرض عدم صدقه على غير العربي وصدقه على العربي.

وأضعف من ذلك دعوى عدم صدقه عليه مع التمكن من العربي. فتحصل: أن الأظهر عدم اعتبار العربية، ويشهد له - مضافاً إلى ذلك - أنه لو كان ذلك معتبراً لاشتهر، وكان يجب على كل مكلف تعلم صيغ العقود، لكثرة ابتلاء الناس بالمعاملات، فنفس عدم اشتها ذلك، وعدم نقل ورود رواية دالة على ذلك، دليل قطعي على عدم الاعتبار، مع قيام السيرة عليه.

نعم، في خصوص النكاح ادعى الإجماع على اعتبار العربية مع التمكن، فإن ثبت، وإلا فالعمومات تقتضي عدم اعتبارها فيه أيضاً، وعليه فالأظهر صحته بغير العربي.

أقول: ثم إنه على القول باعتبار العربية وقع الكلام في أمور:

الأمر الأول: أنه هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة كما اختاره

الشيخ^(١) أم لا؟

أقول: الظاهر أن اللحن فيهما:

إن كان بنحوٍ لا يضرب بظهور الكلام عرفاً في إرادة المعاملة الخاصة، كما لو قلنا:

(بعثك) بالفتح صحَّ العقد، ولا يعتبر عدمه للعمومات.

نعم، على القول بلزوم الاختصار على المتيقن من الأسباب، لا بد من العقد مع

عدم اللحن، لكن عرفت أنه بمراحل عن الواقع.

وإن كان بنحوٍ يضرب به، كما لو قال (جوّزتك) بدل (زوّجتك) اعتبر عدمه، لما

عرفت من لزوم كون الإنشاء بما يكون مظهراً لتلك المعاملة عرفاً، ولعلّه إلى هذا

نظر من فصل بين المثالين، لا ما ذكره الشيخ^{رحمته}، إذ لازم ما ذكره صحّة العقد

بـ(جوّزتك)، إذ لا معنى صحيح له سوى التزويج، مع أنه لا تأمل في فساده.

وعليه، فالمعيار في الصحّة والفساد ما ذكرناه.

الأمر الثاني: هل يعتبر عربيّة جميع أجزاء الإيجاب والقبول كالثمن والمثمن، أم

يكفي عربيّة الصيغة خاصّة؟

يقع الكلام في موردين:

الأول: في اعتبار ذكر العوضين في عقد البيع وعدمه؟

الثاني: أنه على الفرض اللزوم هل يعتبر أن يكون بالعربيّة أم لا؟

أما المورد الأول: فالظاهر لزوم ذكرهما، إذ العوضان في البيع نظير الزوجين في

النكاح، لأنّ المبادلة إنّما تكون بين المالين، ولا بدّ من إنشاء هذا المعنى، فإذا لم يذكر العوضين لم ينشأ البيع، ولو كان من قصده تبديل هذا المال بذلك لعدم العبره بالقصد المجرد في إنشاء المعاملات.

وأما المورد الثاني: فجميع ما ذكر في وجه اعتبار العربية في الصيغة، تدلّ على اعتبارها في أجزاء الإيجاب والقبول سوى الأولوية، ولكن قد عرفت فساد الجميع. وعليه، فالأظهر عدم اعتبارها فيها.

الأمر الثالث: هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ أم لا؟
أقول: اعتبار كونه عالماً بمعنى اللفظ في الجملة ممّا لا يُنكر، لأنّ استعمال اللفظ في المعنى يتوقّف على لحاظ اللفظ والمعنى معاً، وإلا فلا يعقل ذلك، ويكون التلفظ مجرد لقلقة اللسان وليس تكليماً بالعربي مثلاً، ولكن ذلك لا يقتضي اعتبار العلم التفصيلي.



عدم اعتبار الماضوية

المسألة الثانية: المشهور^(١) كما عن غير واحدٍ اشتراط الماضوية، وقد استدلل لا اعتبارها بوجوه:

الوجه الأول^(٢): الإجماع، وهو كما ترى.

الوجه الثاني: ما في «المكاسب»^(٣) من أنّ الماضي صريحٌ في الإنشاء، والمستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاءً لا إيجاب. وفيه: أنّه إن أُريد من صراحة الماضي في الإنشاء، عدم حاجة ظهوره في الإنشاء إلى قرينة حالية أو مقالية.

فيرد عليه: إنّ تلك الهيئة مشتركة بين الإنشاء والأخبار، بمعنى أنّ الموضوع له والمستعمل فيه في هيئة الصيغة المشتركة بين الإنشاء والأخبار، مثل (بعث) شيء واحد، وهي النسبة المتحققة بين المسند - وهو الاعتبار النفساني - والمسند إليه - وهو المتكلم -، وإنما يفترقان في الداعي، كما حُقّق في محله، فلا بدّ في إفادتها الإنشاء إلى القرينة.

وإن أُريد من صراحته، عدم كون الماضي المستعمل في الإنشاء، من قبيل الكناية أو المجاز، فهو وإن كان متيناً، إلّا أنّ الفعل المضارع المستعمل في الإنشاء أيضاً كذلك، فإنّ هيئة المضارع وضعت للدلالة على تلبس الذات بالمبدأ في حال التكلم أو بعده، فإذا استعملت في مقام الإنشاء، فقد استعملت في ما وضعت له.

(١) الوسيلة: ص ٢٣٧، شرائع الإسلام: ج ٢ / ٢٦٧، الجامع للشرائع: ص ٢٤٦، كشف الرموز: ج ٢ / ٩٨.

(٢) كشف الرموز: ج ٢ / ٩٨، تذكرة الفقهاء: ج ١٠ / ٨.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ١٣٨.

ودعوى المحقق النائيني رحمته ^(١): من أنها تدلّ على تلبّس الفاعل بالمبدأ، وهذا ملازمٌ للتحقق لأنّه صريح فيه بل لازمه.

يرد عليها: إنّ التلبّس عين التحقق لأنّه لازمه.

وإن شئت قلت: إنّها موضوعة للتحقق أيضاً. وتام الكلام في محله.

أقول: وبما ذكرناه يظهر صحّة استعمال الجملة الاسميّة نحو (أنا بائع) في مقام الإنشاء، فإنّ هذه الهيئة وضعت للدلالة على انتساب البيع إلى البائع، فيصحّ استعمالها في مقام إنشاء البيع، فظهر أنّ الحكم في باب الطلاق بوقوعه بـ (أنتِ طالق) ليس على خلاف القاعدة.

وأما الأمر: فهو موضوع للدلالة على أنّ صدور المادّة من المخاطب متعلّقٌ لشوق المتكلّم، وعليه فصحة الإنشاء به تتوقّف على صحّة الإنشاء بالكناية، لأنّ إنشاء المعاملة بإظهار كون وقوعه متعلّقاً للشوق من قبيل الاستعمال الكنائي، وقد عرفت صحّة الإنشاء بالكناية، وسيأتي تمام الكلام عن ذلك في المسألة الآتية.

الوجه الثالث: إنّ قصد الإنشاء في المستقبل خلاف ما هو المتعارف.

وفيه: إنّ التعارف لا يوجب تقييد إطلاق الأدلّة كما لا يخفى.

وعليه، فالأظهر صحّة الإنشاء بغير الماضي للعمومات والإطلاقات، وتشهد له - مضافاً إليه - النصوص الواردة في بيع العبد الآبق، والجارية الآبقة، وبيع المصحف، وبيع اللبن في الضرع، والنكاح من الوقوع بفعل المضارع والأمر ^(٢)، وحمل جميعها على إرادة المقابلة والوعد والاستدعاء خلاف الظاهر جداً.



(١) منية الطالب: ج ١ / ٢٤٦.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٧ / ٣٤٨ - ٣٤٩ ب ٨ من أبواب عقد البيع، وص ٣٥٣ ب ١١ من أبواب عقد البيع، وج ١٧

/ ١٥٧ - ١٦١ ب ٣١ من أبواب ما يكتب به.

تقديم القبول على الإيجاب

المسألة الثالثة: الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول^(١)، والأقوال في المسألة ثلاثة:

القول الأول: وهو الأشهر كما قيل، لزوم تقديم الإيجاب على القبول مطلقاً^(٢).

القول الثاني: ما عن الشيخ في كتاب النكاح من «المبسوط»^(٣)، والمحقق في «الشرائع»^(٤)، والمصنف في «التحرير»^(٥)، والشهيدان في بعض كتبهما^(٦)، وغيرهم في غيرها^(٧)، من جواز التقديم مطلقاً.

القول الثالث: التفصيل بين الصيغ التي يُنشأ بها القبول، وهو الذي اختاره الشيخ^(٨) - وسيمرّ عليك -، وربما يُنسب إلى بعض التفصيل بين البيع والنكاح بجواز التقديم في النكاح بلفظ الأمر دون البيع^(٩)، لكن الظاهر عدم صحّة النسبة.

أقول: إنّ القبول:

(١) المكاسب: ج ٣ / ١٤٠.

(٢) قاله في مختلف الشيعة: ج ٥ / ٥٢.

(٣) المبسوط: ج ٤ / ١٩٤.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٢ / ٢٦٧.

(٥) تحرير الأحكام: ج ٣ / ٨ - ٤.

(٦) اللّعة الدمشقيّة: ص ٩٣، مسالك الأفهام: ج ٣ / ١٥٣ - ١٥٤.

(٧) مجمع الفائدة: ج ٨ / ١٤٥، كفاية الأحكام: ص ٨٩، الحدائق الناضرة: ج ١٨ / ٣٤٩.

(٨) المكاسب: ج ٣ / ١٤٣.

(٩) نسبه في المكاسب: ج ٣ / ١٤٣ إلى الشيخ في المبسوط: ج ٢ / ٨٧ و ج ٤ / ١٩٤، وراجع حاشية المكاسب

لليزدي: ج ١ / ٨٩.

تارةً: يكون بلفظ (قبلتُ) و (رضيتُ).

وأخرى: يكون بلفظ الأمر.

وثالثة: يكون بلفظ (اشتريتُ) وما شابهه.

القسم الأول: فيما إذا كان القبول بلفظ (قبلتُ) و (رضيتُ) فقد استدلّ لعدم

جواز تقديمه على الإيجاب بوجوه:

الوجه الأول: الإجماع، وهو كما ترى.

الوجه الثاني: ما في «المكاسب»^(١)، وحاصله أنّ القبول في المعاوضات إنّما

يتضمّن أمرين:

أحدهما: الرضا بالإيجاب.

الثاني: نقل ماله من حين القبول.

وهذان الأمران متحققان في القبول المتأخّر بأيّ لفظ كان، فإنّه لا حالة منتظرة

لنقل سوى لحوقه، وكذلك حاصلان مع القبول المتقدّم إذا كان بلفظ (اشتريتُ)،

فإنّه إنشاءٌ لنقل ماله الذي هو العوض.

وأما إذا كان القبول بلفظ (قبلتُ) وقُدّم ذلك، فالأوّل موجودٌ، إلّا أنّ الثاني

غير متحقّق، لأنّ القبول بهذا اللفظ إنّما يتضمّن نقل ماله بالالتزام، من جهة أنّ ذلك

لازم رضاه بإنشاء البائع تملك ماله بإزاء مال القابل، فهو يكون نقلاً من حين تحقّق

الإيجاب من الموجب لا من حين القبول.

وبعبارة أخرى: إنّ النقل المحاصل بهذا اللفظ إنّما يكون بعنوان الرضا بنقل

الموجب، ولازم ذلك عدم تحقّقه إلّا حين تحقّقه من ذلك الغير. وفيه أولاً: إنّه لا يعتبر في القبول نقل ماله إلى الغير، بل يكفي رضاه بنقل الغير ماله إليه في مقابل تملك ماله، بل وظيفة القابل ليست إلّا ذلك، فإنّ البائع إنّما يعتبر ملكيّة ماله للمشتري بإزاء ملكيّة ماله لنفسه، وهذا الاعتبار النفساني المظهر بالإيجاب، لا يصير وحده موضوعاً لاعتبار العقلاء والشارع، إلّا مع رضا المشتري بذلك، فالمعتبر هو رضاه المظهر باللفظ لا غير.

وثانياً: إنّه لو سلّم اعتبار النقل فيه أيضاً، لكن لم يدلّ دليل على اعتبار النقل

في الحال.

وثالثاً: أنّ المراد من النقل في الحال :

إنّ كان هو النقل في اعتباره فهو ممكن من حين القبول، وإنّ قُدّم، لأنّ

فعله الاختياري.

وإنّ كان هو النقل في اعتبار العقلاء والشارع، فهو ممّا لا يتصوّر في الإيجاب

المتقدّم أيضاً، لفرض عدم النقل عندهم إلّا بعد تماميّة العقد.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقّق النائيني رحمته الله (١)، من أنّ هذا اللفظ - أي (قبلت) -

ظاهرٌ في مطاوعة شيءٍ، وإنفاذ أمرٍ أو جده، وهذا المعنى يتفرّع على وقوع إيجابٍ من

الآخر كتفرّع الانكسار على الكسر، فإنّ مطاوعة الأمر المتأخّر والانفعال والتأثر

من الإيجاب فعلاً يمتنع عقلاً.

وفيه: إنّ المطاوعة المأخوذة في القبول إنّما هي مطاوعة إنشائيّة لا حقيقيّة،

فلا مانع عن تقدّم (قبلت) على الإيجاب.

القسم الثاني: فيما إذا كان القبول بلفظ الأمر، فقد استدلّ لعدم جواز تقديمه على الإيجاب بأمر:

الأمر الأول: ما أفاده الشيخ رحمته (١) في (قبلت) بتقريب أنه إنما يدلّ على الرضا بالمعاملة، ولا يكون متضمناً لنقل المال في الحال، لكن قد عرفت ما فيه.

الأمر الثاني: ما ذكره المحقّق النائيني رحمته في الصورة الثالثة، وستعرف تقريبه وما يرد عليه.

الأمر الثالث: إنه يعتبر الماضويّة في صيغ العقود، لكن قد عرفت من عدم اعتبارها.

القسم الثالث: فيما إذا كان القبول المقدم بلفظ (اشتريت) و(ابتعت) ونحوهما، فقد اختار الشيخ رحمته (٢) جواز التقديم، واستدلّ له بأنّ المعترف في القبول أمران: الرضا بالإيجاب، ونقل الثمن في الحال إلى البائع، وهما متحقّقان في (اشتريت) وشبهه.

أما الأول: فواضح.

وأما الثاني: فلأنّ إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ولا يعتبر فيه شيء زائداً على ذلك.

وأورد عليه بأمر:

الأمر الأول: ما أفاده المحقّق النائيني رحمته (٣)، من أنه يعتبر في القبول بأيّ لفظ كان، مطاوعة الإيجاب والانفعال والتأثر منه، وإلا كان غير مرتبط بالإيجاب، بل كان إيجاباً مستقلاً، وتضمّنه للمطاوعة يستدعي تأخّره عن الإيجاب.

(١ و٢) المكاسب: ج ٣ / ١٤٤ و ١٥٠.

(٣) منية الطالب: ج ١ / ٢٤٩.

وفيه أولاً: إنّه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بالإيجاب، وهذا لا يمنع عن جواز التقديم كما تقدّم، ولا يلزم منه عدم الارتباط بالإيجاب كما هو واضح.

وثانياً: ما تقدّم من أنّ المطاوعة الإنشائية قابلة للتقدّم، وليست كالمطاوعة الحقيقية.

الأمر الثاني: الإجماع على اعتبار القبول في العقد، وهو متضمّنٌ لمعنى المطاوعة.

وفيه: إنّ المتيقّن من الإجماع اعتبار القبول الشامل للرضا بالإيجاب.

الأمر الثالث: إنّ الاشتراء أو الابتاع بمفهومه متضمّنٌ لاتّخاذ المبدأ، فإن كان

بعنوان اتّخاذ المبدأ من الغير فهو مطاوعة قصديّة، وإن كان بعنوان اتّخاذ المبدأ

ابتداءً، فيكون من إنشاء بيع مال الغير فضولاً لا إنشاء الملكية قبولاً.

وفيه أولاً: إنّ المطاوعة الإنشائية لا تتمتع من التقديم كما تقدّم.

وثانياً: إنّ صيغة الافتعال ليست كصيغة الانفعال متضمّنة للمطاوعة دائماً.

الأمر الرابع: ما أوجب تردّد الشيخ رحمته الله^(١)، هو كون تقديم القبول خلاف

المتعارف المعهود من الصيغة.

وفيه: إنّ التعارف لا يوجب تقييد المطلقات وانصرافها.

فتحصل: أنّ الأظهر جواز تقديم القبول مطلقاً لإطلاق أدلّة إمضاء البيع

والتجارة والعقود، المؤيّد بالنصوص الخاصّة الواردة في موارد مخصوصة والتي

تقدّمت الإشارة إليها.

أقول: وبما ذكرناه ظهر الحال في بقية العقود المعاوضيّة، نعم في خصوص

المصالحة المشتملة على المعاوضة كلامٌ سيأتي، كما أنّه ظهر الحال في العقود

غير المعاوضيّة.

ولكن الشيخ لما فرغ من بيان حكم القبول من حيث التقديم والتأخير في العقود المعاوضيّة - المستلزمة لكون القابل فيها باذلاً لشيء من عملٍ أو منفعةٍ أو عينٍ أو تسليط - أراد بيان حكمه في العقود غير المعاوضيّة، وحاصل ما ذكره فيها أنّها على قسمين^(١):

القسم الأول: ما لا يعتبر في قبوله سوى الرضا بالإيجاب، وهي العقود الاذنيّة كالوكالة والعارية وشبههما، ممّا ليس فيها إعطاءً وأخذاً أصلاً، بل تفيد مجرد الإباحة أو السلطنة على التصرف أو الحفظ.

القسم الثاني: ما يعتبر في قبوله عنوان المطاوعة، كالرهن والهبة والقرض وشبهها، ممّا يتضمّن إعطاءً من طرف وأخذاً من الطرف الآخر، والوجه في اعتباره في قبولها لزوم تحقق عنوان المرتهن والمتهب والمقترض ليرتّب عليها أحكامها، وتلك العناوين تتحقّق بالقبول، فيعتبر في قبولها عنوان المطاوعة.

وفي القسم الأول: لا مانع من تقديم القبول، لأنّ الرضا يتعلّق بالأمر المتأخّر.

وفي القسم الثاني: لا يجوز التقديم، إذ المطاوعة والانفعال بما يوجبه الموجب لا

تتحقّق قبل الفعل والإيجاب.

أقول: ويرد عليه رحمته عدّة أمور:

الأمر الأول: إنّ التفريق بين القسمين بلا فارق، إذ كما أنّه رتب الأحكام في

القسم الثاني على المرتهن مثلاً، كذلك رتب في القسم الأول على العناوين الخاصّة

من المستعير والوكيل وشبههما ، وهذه العناوين لا تتحقّق قبل القبول ، والمحقّق لها هو القبول.

الأمر الثاني: إنّ العناوين المشار إليها في القسمين ليست عناوين قصديّة، وأمّا هي عناوين صادقة على القابل بعد تحقّق العقد، وإن لم يكن القابل ملتفتاً إليها كعنوان البائع والمشتري.

الأمر الثالث: إنّ الممتنع تحقّق عنوان المطاوعة في الوعاء المناسب له قبل الإيجاب، وأمّا إنشاء ذلك العنوان المتحقّق بعد الإيجاب، فلا مانع فيه، ولم يدلّ دليلٌ على اعتبار تحقّق عنوان المطاوعة في حال القبول.

فتحصّل: أنّ الأظهر جواز تقديم القبول في القسمين.

قال الشيخ الأعظم^(١): إنّ في المصالحة المشتملة على المعاوضة خصوصيّة يجب

التنبية عليها، وهي :

أنّ القبول فيها منحصرٌ بلفظ (قبلتُ) من جهة أنّ الالتزامين من المتسلمين متساويان، ولذا كان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفين، فنسبتها إليهما على حدّ سواء، فإنّ أنشأ القبول بلفظ (قبلتُ) كان الإيجاب معه عقداً، وإلّا كانا إيجابين غير مرتبطين، فإنّ كان قبولها بلفظ (قبلتُ) لزم تأخيرها، لما عرفت من أنّ (قبلتُ) إذا قدّم لا يدلّ على النقل في الحال.

ويرد عليه: - مضافاً إلى ما تقدّم من أنّه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بما

أنشأه الموجب، وأنّه لا يعتبر النقل في الحال في القبول - أنّه في تحقّق عنوان

المصالحة كعنوان البيع لا يعتبر أزيد من صدور ووقوع إنشاء التسالم من أحدهما، و قبول ذلك من الآخر، سواء كان بلفظ (قبلتُ) أو (صالحتُ) أو غيرهما. فتحصل: أن الأظهر جواز تقديم القبول في جميع العقود.



اعتبار الموالاة

المسألة الرابعة: المحكي عن الشيخ في «المبسوط» في باب الخلع^(١)،
والمصنف^(٢)، والشهيد^(٣)، والمحقق الثاني^(٤)، والشيخ المقداد^(٥) اعتبار الموالاة بين
الإيجاب والقبول، واستدل له بوجوه:

الوجه الأول: ما عن الشهيد^(٦)، وحاصله أن كل أمرين أو أمور يجمعها
عنوان واحد كالصلاة والأذان ونحوهما، يعتبر في تحقق ذلك العنوان، وانطباقه
عليها، عدم الفصل بينها بنحو يوجب عدم تحقق الصورة الاتصالية، وضرورة كل
واحدٍ عنواناً مستقلاً، ومن هذا القبيل العقد، فإنه عبارة عن ربط إنشاء أحدهما
بإنشاء الآخر، فلو انفصل القبول عن الإيجاب بزمانٍ معتد به عرفاً، لما صدق عليها
عنوان العقد، فلا يترتب عليها الأثر المترقب منه.

وأجاب الشيخ^(٧) عن هذا الوجه: بأن حكم المالك واللزوم في المعاملة لو كان
منوطاً بصدق العقد، كان ما ذكر تاماً، وأما إذا كان منوطاً بصدق عنواني البيع أو
التجارة عن تراض، فلا يضره عدم صدق العقد.

(١) المبسوط: ج ٤ / ٣٦٢.

(٢) قواعد الأحكام: ج ٢ / ١٥٧.

(٣) الدروس: ج ٣ / ١٩١. مسالك الأفهام: ج ٦ / ٩ و: ج ٩ / ٣٧٠.

(٤) جامع المقاصد: ج ٤ / ٥٩.

(٥) التنقيح الرائع: ج ٢ / ٢٤.

(٦) القواعد والفوائد: ج ١ / ٢٣٤. قاعدة ٧٣.

(٧) المكاسب: ج ٣ / ١٥٩.

أقول: أورد المحقق النائيني رحمته (١) تأييداً للشهيد رحمته على هذا الجواب بإيرادات:

منها: إنّه ليس البيع والتجارة والصلح والنكاح إلاّ العقود المتعارفة.

وفيه: إنّ التعارف لا يوجب الانصراف الذي يعتمد عليه في تقييد إطلاق

الأدلة كما حُقّق في محلّه، وإنّ أريد به عدم صدق البيع كما لا يصدق العقد عليه، فهو

بديهي الفساد.

ومنها: أنّه لا سبيل إلى التمسك بإطلاق أدلّة إمضاء البيع والتجارة عن تراضٍ

من جهة عدم ورودها في مقام البيان من جميع الجهات.

وفيه: إنّّه قد عرفت أنّها مطلقة من هذه الجهات، ولذا بنينا على التمسك

بإطلاقها لإمضاء الأسباب، مع كفاية التمسك بالإطلاق بمجرد الشكّ في كونها في

مقام البيان وعدمه.

ومنها: إنّّه لا يمكن التفكيك بين الصّحة واللّزوم إلاّ بدليل خارجي من الإجماع

ونحوه، من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين، أو جعلها لأنفسهما، أو لأجنبي،

وعليه فحيث إنّ هذه المعاملة - أي الإيجاب والقبول الذي تخلّل الفصل بينهما -

لا تكون مشمولة لدليل *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* (٢) الذي هو دليل اللّزوم - ولأجل ذلك

لا يُحكّم بلزومها - فلا بدّ من البناء على فسادها أيضاً.

وفيه أولاً: قد عرفت أنّ دليل لزوم البيع لا ينحصر به.

وثانياً: إنّّه لم يدلّ على عدم التفكيك بين الصّحة واللّزوم.

وثالثاً: لو سلّم ذلك، فليكن دليل الصّحة - بضميمة عدم الفصل بين الصّحة

(١) منية الطالب: ج ١/ ٢٥٢.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

واللّزوم - كافياً في الحكم باللّزوم. وعدم شمول دليل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) لا يدلّ على عدم لزومه، كي يُحكّم بضميمة عدم الفصل بالفساد، فإنّه يقتضي لزوم كلّ عقدٍ لا عدم لزوم غير العقد، فلا يصلح لمعارضة دليل الصّحّة، إذ الاقتضاء لا يُعارض المقتضي لشيء.

أقول: ويمكن الجواب عن ما ذكره الشهيد^(٢) بوجه آخر - وهو إيراد على الشيخ^(٣) أيضاً، حيث سلّم عدم صدق العقد عليه - وهو: إنّ العقد من مقولة المعنى دون اللفظ، وهو عبارة عن ربط أحد الالتزامين بالآخر باعتبار ورودهما على أمر واحد، وهو كون أحد المالين بإزاء الآخر، وهذا لا يقتضي الإبقاء للالتزام بالأوّل على حاله وإن تخلّل زمان طويل. نعم، إذا لم يكن الالتزام الأوّل باقياً في نفس الموجب، بأن أعرض عنه مثلاً، لم يرتبط الالتزام الثاني به، وهذا أيضاً لا فرق فيه بين تخلّل زمان قصير أو طويل، وعليه فالأظهر عدم تماميّة هذا الوجه.

الوجه الثاني: ما أفاده المحقّق النائيني^(٤)، من أنّ في العقود المعاوضيّة سواءً أكان خلعاً ولبساً أو إيجاداً للعلقة، فلا بدّ من أن يكون اللبس مقارناً للخلع، وكذلك يجب أن يكون القبول مقارناً لإيجاد العلاقة، وإلّا تقع الإضافة أو العلاقة بلا محلّ ومضاف إليه، وهو ممنوع.

وفيه أوّلاً: النقض بالزمان القصير الفاصل بين الإيجاب والقبول قهراً في جميع

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) القواعد والفوائد: ج ١ / ٢٣٤، قاعدة ٧٣.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ١٥٩.

(٤) منية الطالب: ج ١ / ٢٥١.

الموارد، فإنه لا فرق في هذا المحذور بين الزمان القصير والطويل.

وثانياً: إن الخلع في اعتبار الموجب وإن تحقق من حين الإيجاب، إلا أن اللبس في اعتباره أيضاً كذلك، وأما في اعتبار العقلاء والشارع فكما ليس لبس إلا بعد القبول، كذلك ليس خلع. فتدبر فإنه دقيق.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الايرواني رحمته الله^(١)، من أنه يلزم من الفصل المخلّ بالموالة، عدم تطابق الإيجاب والقبول، لأن الإيجاب نقل من حينه، فإذا تأخر القبول:

فإما أن يكون قبولاً لتمام مضمون الإيجاب، فيلزم حصول النقل قبل حصول تمام العقد وذلك باطل.

أو يكون قبولاً لبعض مضمونه - أعني النقل من حين تحقق القبول - فيلزم عدم المطابقة بين الإيجاب والقبول.

وفيه: إنه ستعرف عدم اعتبار التطابق بينها بنحوٍ يشمل مثل هذا التطابق، مع أن النقل في اعتبار العقلاء والشارع لا يقع إلا بعد تمامية العقد في جميع الموارد. فتحصل: أن الأظهر عدم اعتبار الموالة بين الإيجاب والقبول.



اشتراط التنجيز في العقد

المسألة الخامسة: صرح جماعة منهم الشيخ^(١)، والحلي^(٢)، والمصنف^(٣)، وجميع من تأخر عنه كالشهيدين^(٤)، والمحقق الثاني^(٥)، وغيرهم^(٦) بأنه يعتبر في العقد التنجيز، والمراد منه أن لا يكون معلقاً على شيء بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها.

وفي «المكاسب»^(٧): (والظاهر عدم الخلاف فيه، كما اعترف به غير واحد)، وعن جماعة دعوى الإجماع عليه^(٨).

وتنقيح القول في المقام: إن المعلق بحسب التصوير العقلي أحد أمور ثلاثة:
الأول: الإنشاء.

الثاني: المنشأ كالملكية مثلاً.

الثالث: متعلق المنشأ، كما لو آجر داراً فعلاً ليسكن فيها بعد سنة، فإن المنشأ كالإنشاء ليس معلقاً، بل المعلق هو متعلق المنشأ أي سكنى الدار، وإلا فالمستأجر يملك فعلاً على المؤجر منفعة الدار بعد سنة.

(١) المبسوط: ج ٢ / ٣٩٩.

(٢) السرائر: ج ٢ / ٤٣٠.

(٣) تذكرة الفقهاء (ط. ق.): ج ٢ / ١١٤ و ص ٤١٥، قواعد الأحكام: ج ٢ / ١٥٥ و ج ٣ / ١٠.

(٤) الدروس: ج ٢ / ٢٦٤، مسالك الأفهام: ج ٤ / ٣٦٠.

(٥) جامع المقاصد: ج ٨ / ١٨١ و ج ٩ / ١٤ - ١٥ و ج ١٢ / ٧٧.

(٦) شرائع الإسلام: ج ٢ / ٤٥٧، كفاية الأحكام: ص ١١٩.

(٧) المكاسب: ج ٢ / ١٦٣.

(٨) تحرير الأحكام: ج ٣ / ٢٧٤، إيضاح الفوائد: ج ٣ / ٣١٠، كفاية الأحكام: ص ١٤٠، كشف اللثام: ج ٧ / ٤٨.

أما الأول: فالتعليق فيه أمرٌ غير معقول، من غير فرق بين أن يكون المراد به آلة الإنشاء كاللفظ أم نفس الاعتبار النفساني.

أما الأول: فلأن الإنشاء وجه من وجوه استعمال اللفظ في المعنى - سواء أكان عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ، أم كان عبارة عن إبراز الاعتبار النفساني باللفظ بداعي تنفيذه - فلا يُعقل فيه التعليق.

وأما الثاني: فلأن الاعتبار فعل تكويني، فكما لا يعقل التعليق في وقوع الضرب على أحدٍ، وكذا غيره من الأفعال التكوينية، كذلك لا يعقل التعليق في الاعتبار، والظاهر أن هذا ليس محلّ الكلام في المقام.

وأما الثالث: - أي التعليق في متعلّق المُنشأ - فهو انما يصحّ فيما إذا كان من الأعراض والأفعال من جهة تصوير التعدّد فيها بلحاظ التقييد بالزمان أو الزماني، مثلاً منفعة الدار في هذه السنة غير منفعتها في السنة اللاحقة، فالتعليق فيها أمرٌ ممكن وواقع لا محذور فيه، وأما الجواهر كالدار فلا يتصوّر فيها التعليق، من جهة أن الوجود الجوهرية لا يتعدّد بتعدّد الزمان والزماني، مثلاً الدار في هذه السنة ليست غير الدار في السنة القادمة، فإذا كان متعلّق المُنشأ جوهرًا خارجيًا لا يعقل التعليق فيه، فإن كان هناك تعليقٌ وشرطٌ فلا بدّ وأن يرجع إلى المُنشأ، ولعلّ هذا هو وجه الفرق بين الإجارة والبيع، حيث لم يقع الخلاف في صحّة التعليق فيها على بعض الوجوه المتقدّم، مع اتّفاقهم على بطلان التعليق في البيع، وعدم إمكان تصحيحه بوجه.

وعليه، فمحلّ الكلام إنما هو التعليق في المُنشأ.

أقول: قبل الشروع في البحث فيه، وبيان وجوه المنع، لابد من التنبيه على أمر وهو أنّ ما صرح به الشيخ رحمته الله ^(١) في المقام في بيان صحّة التعليق في المنشأ بقوله: (فلاريب في أنته متصوّر وواقع في العرف والشرع كثيراً في الأوامر والمعاملات من العقود والإيقاعات)، ينافي ما نسب إليه في التقريرات في مبحث الواجب المشروط من امتناعه ^(٢).

وكيف كان، فصور التعليق في المنشأ على ما ذكره الشيخ رحمته الله ^(٣) ثمان، إلا أنّ الظاهر أنّها اثنتا عشرة، وذلك لأنّ المعلق عليه :

١- إن كان أمراً حالياً :

فتارة: يكون معلوم التحقق.

وأخرى: يكون مشكوك التحقق.

وعلى التقديرين :

فتارة: يكون ممّالاً له دخل في صحّة العقد.

وأخرى: لا يكون دخيلاً فيه.

٢- وإن كان أمراً استقبالياً، فهذه التقادير الأربعة تتصوّر فيه، بإضافة أنته

على أيّ تقدير ربما يكون القيد مأخوذاً فيه على نحو الشرط المتأخّر، بمعنى أنته

ينشأ الملكية الفعلية على فرض تحقّق ذلك الأمر في المستقبل، وربما يكون بنحو

الشرط المقارن، بمعنى أنته ينشأ الملكية على تقدير بعد تحقّقه.

فإن كان المعلق عليه أمراً استقبالياً مشكوك الحصول، ولم تكن صحّة العقد

(١) و (٣) المكاسب: ج ٣ / ١٧٠ و ١٦٦.

(٢) راجع كتاب المكاسب والبيع: ج ١ / ٢٩٢.

متوقفة عليه، وكان التعليق بنحو الشرط المقارن، فالظاهر أنه مورد اتفاق الأصحاب القائلين بمطلية التعليق، فلو كان الإجماع تعديتاً كان هو الحجة في المقام، ولا دليل عليه سوى ذلك.

أقول: قد استدلل للبطلان - بغير الإجماع - بوجوه:

الوجه الأول: ما عن جماعة^(١) من اعتبار الجزم في العقد، وهو منافٍ للتعليق. وفيه: إنه إن أُريد به الجزم بالإنشاء، فهو حاصلٌ كما هو واضح، وإن أُريد به الجزم بالمنشأ في نظره - أي تحقق الملكية الاعتبارية جزماً - فهو محلّ الكلام، وإن تمسك بالإجماع على اعتباره، فسيأتي الكلام فيه.

الوجه الثاني: إن الأسباب الشرعية توقيفية، لا بدّ فيها من الاقتصار على المتيقن، وهو العقد الخالي عن التعليق.

وفيه: إن هذا يتم إذا لم تكن هناك عمومات ومطلقات من قبيل «أحلّ الله البيع»^(٢) و«أوفوا بالعقود»^(٣) والمفروض وجودها.

الوجه الثالث: إنه يلزم تخلف المنشأ عن الإنشاء، وهو غير معقول.

وفيه: إن هذه شبهة أوردوها على الواجب المشروط، وقد أجبنا عنها في حاشيتنا على «الكفاية»^(٤) مفصلاً، ونقتصر في المقام على الإشارة إلى وقوع ذلك الذي هو أدلّ دليل على إمكانه، لاحظ الوصية والنذر والتدبير والواجب المشروط. الوجه الرابع: ما عن المحقق النائيني^(٥) من دعوى انصراف العقود إلى العقود غير

(١) الروضة البهية: ج ٦ / ٣٨٠، جامع المقاصد: ج ٨ / ٥٤.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

(٤) هذا الكتاب لم يطبع للمؤلف ولا زال مخطوطاً.

(٥) منية الطالب: ج ١ / ٢٥٣.

المعلّقة المتعارفة بين عامّة الناس، فلا تشمل أدلّة العقود والعناوين العقد المعلق. وفيه - مضافاً إلى أنّ التعارف لا يوجبُ الانصراف المقيّد للإطلاق - أنّ التعليق في العقد واقع كثيراً كما تقدّم.

الوجه الخامس: إنّ ظاهر خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١)، كظاهر سائر الخطابات أنّ الحكم فيه مطلق غير مشروط بشيء، فيكون ظاهره ترتّب الأثر على العقد، وعليه: فإنّ التزم بترتّب الأثر فعلاً قبل تحقّق ما علّق عليه، كان ذلك منافياً للإنشاء المعلق، ولا سبيل إليه.

وإنّ التزم بعدم ترتّب الأثر فعلاً، لزم عدم كونه مشمولاً لهذا الخطاب، فلا دليل على لزوم الوفاء به وترتيب الأثر عليه.

وفيه أولاً: إنّ العقد ليس هو اللفظ كما تقدّم، بل هو ربط أحد الالتزامين الواردين على موردٍ واحد بالآخر، والوفاء به عبارة عن إتمامه، ومعنى ذلك فيما إذا كان متعلّقه النتيجة، هو عدم حلّه ونقضه لا ترتيب الآثار عليه، ومن الواضح أنّه في هذا الذي ذكرناه لا فرق بين العقد المعلق والمنجز.

وثانياً: إنّ دليل الصحة لا ينحصر بقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، بل هناك أدلّة أخرى من قبيل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(٢) التي لا يجري فيها هذا الوجه، ولا فرق في ذلك بين المعلق والمنجز.

ولا يخفى أنّ هذا الإيراد إنّما يرد على المستدلّ لو كان مفاد «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» الحليّة الوضعية، ولا يرد عليه لو كان مفاده الحليّة التكليفيّة، فإنّ ما ذكر في وجه

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

اختصاص «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يجري فيه طابق النعل بالنعل.

أقول: وبذلك ظهر أن الشيخ رحمته ^(١) حيث التزم في مبحث المعاظة بأن مفاده الحليّة التكليفية، ليس له هذا الإيراد، كما أن إيراده عليه ^(٢) بقوله: (مع أن تخلف الملك عن العقد كثيرٌ جداً) ليس في محله، إذ التخلف مع دليل لا يوجب سلب الظهور المدعى في الاستدلال.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مراده أن التخلف كثيرٌ، ولو بنى على الظهور المزبور لزم تخصيص الأكثر المستهجن.

فحصل مما ذكرناه: إنه ليس في مقابل العمومات والمطلقات الدالة على الصحة ما يدل على بطلان العقد المعلق سوى الإجماع.

أقول: وفي مقابل هذه الصورة صورتان:

إحدهما: ما إذا كان المعلق عليه أمراً حالياً معلوم الحصول مع كونه مما تتوقف صحة العقد عليه.

ثانيتها: ما إذا كان المعلق عليه أمراً استقبالياً كذلك، مع كون القيد مأخوذاً على نحو الشرط المتأخر، فإنه لا يجري فيها شيء من المحاذير المتقدمة حتى الإجماع، بل لعل الإجماع ^(٣) قائم على عدم بطلان العقد المعلق فيها.

وأما إن كان المعلق عليه أمراً حالياً معلوم الحصول، مع كونه مما لا يتوقف عليه صحة العقد، أو كان أمراً استقبالياً كذلك، مع كون الشرط بنحو الشرط المتأخر، فلا يجري فيها شيء من الوجوه المتقدمة سوى ما أفاده المحقق النائيني ^(٤)

(١) (٢ و١) المكاسب: ج ٣ / ٥٥-٥٦ و ١٧١.

(٢) راجع منية الطالب: ج ١ / ٢٥٤-٢٥٥، ومصباح الفقاهة: ج ٢ / ٣٣٠-٣٣١.

(٤) منية الطالب: ج ١ / ٢٥٣.

من دعوى الانصراف التي عرفت ما فيها، والظاهر أنها غير داخلين في معقد الإجماع، فلا ينبغي التوقف في عدم البطلان فيها.

وأما إن كان المعلق عليه أمراً استقبالياً، معلوم الحصول، مع كون الشرط على نحو الشرط المقارن، فمقتضى الوجه الثاني والثالث والخامس بطلانه، وكذلك مقتضى الوجه الرابع هو ذلك، لو كان المعلق عليه مما لا تتوقف صحّة العقد عليه، وقد عرفت عدم تمامية شيء منها، وأما الإجماع فالمتيقن منه غيرهما، فلا وجه للحكم بالبطلان.

أقول: وما ذكره الشهيد^(١) في محكي «القواعد»^(١) من الحكم بالبطلان في صورتين، معللاً بأنّ الجزم ينافي التعليق، لأنّه بعرضة عدم الحصول، ولو قدّر العلم بمصوله، فهو كالتعليق على الوصف، لأنّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد.

يرد عليه: إنّه يتمّ لو كان بطلان العقد المعلق مفاد آية أو رواية، ولم يُحرز كون الجهل بمصول الشرط هو العلة لذلك، لا فيما إذا كان البطلان من جهة الوجوه المتقدّمة. فراجع.

وأما إن كان المعلق عليه أمراً حالياً مشكوك الحصول، أو كان استقبالياً كذلك، مع كونه بنحو الشرط المقارن أو المتأخّر، فإنّه سواء أكان المعلق عليه ممّا تتوقف صحّة العقد عليه أم لا، فالظاهر شمول معقد الإجماع لهما، فلا حظ.

تنبيهات:

أقول: وينبغي التنبيه على أمور:

التنبيه الأوّل: هل يكون هذا الشرط من شرائط الصيغة كالعريّة، كما يظهر من

بعض كلماتهم، وإليه يُشعر ما ورد في «المكاسب»^(١) في آخر المسألة من قول الشيخ رحمته الله: (فإذا مسّت الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط، وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجيز)؟ أم يرجع هذا الشرط إلى المعنى المقصود، بأن يعتبر في المعاملة أن لا يكون القصد إليها معلقاً على أمر، كما هو صريح المحقّق النائيني رحمته الله^(٢) حيث قال: (لا ينحصر التعليق في أداة الشرط، بل كلّ ما كان في معنى التعليق ولو بغير الأداة)؟ وجهان: أقواهما الثاني، إذ الظاهر من كلماتهم، ومعاهد إجماعاتهم هو ذلك، كما هو مقتضى الوجوه الخمسة المشار إليها المذكورة لبطان التعليق.

التنبيه الثاني: القادح انما هو التعليق في العقد، فلو كان متردداً في ترتّب الأثر على العقد الذي ينشأه شرعاً، وأتته صحيح أو فاسد، فلا كلام في صحّته، إذ لا يكون هذا التردد مورّثاً للتعليق في ما ينشأه، لأنّ العلم بالفساد يجتمع مع القصد إلى المعاملة فضلاً عن التردد فيه.

هذا فيما إذا كان متردداً في تأثيره شرعاً.

أمّا لو كان متردداً في تأثيره عرفاً، فإن كان ما يحتمل دخله في ترتّب الأثر عرفاً مقوماً لعنوان المعاملة وتحققها كالزوجيّة بالإضافة إلى الطلاق، لا محالة يكون ذلك منافياً للتنجيز، وإلا فلا.

أقول: ظهر بما ذكرناه أنّ ما أفاده الشيخ رحمته الله^(٣) بقوله: (وأما إذا أنشأ من غير تعليق، صحّ العقد، وإن كان المنشئ متردداً في ترتّب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً) تامّ، وأنّ مراده ما ذكرناه، لا أنّ مراده كون التنجيز من شرائط الصيغة، وعليه فلا يرد

(١) المكاسب: ج ٣ / ١٧٣ و ١٧٢.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٢٥٤.

عليه ما أفاده السيّد في الحاشية^(١) بقوله: (مقتضى ما ذكره العلامة والشهيد من كون الوجه اعتبار الجزم البطلان في هذه الصورة أيضاً).

التنبية الثالث: ويدور البحث فيه عن أنه:

هل هناك فرق بين الأمور التي تتوقف صحّة العقد عليها فلا مانع من تعليق

العقد عليها.

وبين ما لا تتوقف صحّة العقد عليه، فالتعليق عليه مبطل أم لا؟ وجهان:

استدلّ للأول: الشيخ الأكبر في محكي «المبسوط»^(٢): بأنّ التعليق على ما

تتوقف صحّة العقد عليه، ليس إلا شرطاً لما يقتضيه إطلاق العقد، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضّر إظهاره وشرطه.

واستدلّ المحقّق النائيني^(٣) له بالانصراف^(٣).

أقول: وهذان الوجهان وإن كانا فاسدين:

أما الثاني: فلما تقدّم.

وأما الأول: فلأنّ المعلق على ذلك الشرط في الواقع، هو ترتّب الأثر الشرعي

على العقد دون إنشاء مدلول الكلام، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع

على شيء كما ذكره الشيخ^(٤).

إلا أنّه حيث عرفت انحصار المدرك لهذا الشرط بالإجماع، فمثل هذه الكلمات

توجب التردد في شمول معقد الإجماع للتعليق على ما تتوقف صحّة العقد عليه،

وبالتالي فيتعيّن الرجوع إلى المطلقات والعمومات الدالّة على الصحّة.



(١) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ٩٢.

(٢) المبسوط: ج ٢ / ٣٨٥.

(٣) منية الطالب: ج ١ / ٢٥٣.

اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول

المسألة السادسة: ذكر غير واحد^(١) أنه من جملة شروط العقد، التطابق بين الإيجاب والقبول.

أقول: إن اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول من القضايا التي قياساتها معها، فإنه مع عدم التطابق - كما لو أنشأ أحدهما بعنوان البيع وقَبِل الآخر بعنوان الهبة - لا يتحقق العقد، فإنه مع عدم ورود الالتزامين على مورد واحد، لا يكونان مرتبطين، ومع عدم الربط لا يصدق عليهما عنوان العقد.

وإن شئت قلت: إن القبول قوامه بالرضا بالإيجاب، بل هو حقيقته، فمع عدم كونه قبولاً لما أنشأه الموجب، لما عدَّ قبولاً، فلا يتحقق العقد، بل كانا إيقاعين غير مرتبطين.

وبالجملة: اعتبار التطابق بينهما من الأمور الواضحة، ولا نقاش فيه، إنما الكلام في تطبيق هذه الكبرى الكلية على مواردنا:

فإن عدم التطابق في بعض الموارد واضح لا يحتاج إلى بيان، كما لو اختلفا في عنوان المعاملة، أو في أركانها وهي المبيع والثمن في البيع، مثل ما لو باع العبد بمائة دينار وقَبِل المشتري بيع الجارية.

كما أن تحقق التطابق في بعض الموارد الأخرى أيضاً واضح، كما لو اختلفا من حيث اللفظ مع اتحاد المعنى، كأن يقول البائع: بعثك، فقال المشتري: قبلتُ الشراء.

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ / ١٧، الدروس: ج ٣ / ١٩١، جامع المقاصد: ج ٤ / ٦٠.

وأما محلّ الخلاف فموارد:

منها: ما إذا أوجب البائع مشروطاً بشرطٍ، وقَبِلَ القابلُ البيع بلا شرط.
ومنها: ما إذا أوجب البائع البيعَ لشخصين، فقَبِلَ أحدهما نصف المبيع بنصف الثمن.
ومنها: ما لو باع البائع شيئين بثمن معيّن، فقبِلَ القابل أحدهما بنصف الثمن.
أما الأول: فصريح الشيخ رحمته الله ^(١)، والمحقق النائيني رحمته الله ^(٢) بطلان البيع من جهة عدم المطابقة.

أقول: لكن الظاهر هو تحقق التطابق الذي دلّ الدليل على اعتباره، وذلك لأنّته لا خلاف بينهم في أنّ تخلف الشرط أو تعذّره أو فساده لا يوجب بطلان العقد، بل يقع صحيحاً، غاية الأمر غير لازم، فينكشف من ذلك أنّ المعاقدة واقعة على الفاقد للشرط، وعليه فالقبول بلا شرط مطابق للإيجاب.

وإن شئت قلت: إنّ الشرط لو كان قيداً للمعاملة، لزم بطلانها عند تخلفه، فالقول بأنّ تخلفه لا يوجبُ البطلان، يكون مبتنياً على كونه التزاماً في ضمن التزام، بالمعنى الذي سيأتي تحقيقه في محله، وعليه فالالتزام البيعي غير معلق على شيء، فالقبول بلا شرط مطابق للإيجاب، ولعلّه إلى هذا يرجع ما ذكره بعضهم ^(٣) من أنّ فساد الشرط إذا لم يخلّ بصحة العقد، فعدم قبول المشتري للشرط الذي تضمّنه الإيجاب أولى بعدم الانحلال.

وأما الثاني: فصريح المحقّقين ^(٤) المتقدّم ذكرهما أيضاً البطلان لعدم التطابق،

(١) المكاسب: ج ٣ / ١٧٥.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٢٥٧.

(٣) تعليقات على المكاسب: ج ١ / ٤٢٣.

(٤) المكاسب: ج ٣ / ١٧٥ - ١٧٦، منية الطالب: ج ١ / ٢٥٧.

ولكن الظاهر الصحة والتطابق، وذلك لأنّ البيع لشخصين ينحلّ إلى بيعين حقيقة، كما يدلّ عليه إفتاء الفقهاء بالصحة وعدم البطلان، فيما لو قبلا وفسّخ أحدهما البيع في المجلس بالقياس إلى غير الفاسخ، فإذا كان هناك بيعان، فالمطابقة بين أحد البيعين والقبول متحقّقة، فلا وجه للبطلان، بل غاية ما هناك ثبوت الخيار للبائع كما لا يخفى. أقول: وبما ذكرناه ظهر الحال في الثالث، فإنّ الأظهر الصحة لعين ما ذكرناه في سابقه.

وما أفاده المحقّق النائيني رحمته ^(١) في المقام: من أنّه لا يفيد لصحة العقد المختلف فيه من حيث الإنشاء ثبوت خيار تبعض الصفقة الذي هو أثر العقد الصحيح، لأنّه لا بدّ أولاً من صحة العقد باتّحاد المنشأ، ثمّ إثبات الخيار فيه، فما يترتب على الصحة لا يمكن أن يكون منشأ الصحة. يرد عليه: أنّ الثبوت للصحة هو الاتّحاد بالتقريب المتقدّم، لا ثبوت الخيار. فلاحظ وتدبّر.

فتحصل ممّا ذكرناه: أنّ اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول ممّا لا ينبغي إنكاره، إلّا أنّ جملة من الموارد التي ذكرها الشيخ رحمته من موارد عدم المطابقة ليست منها، بل التطابق فيها متحقّق، وعليك بالتأمّل في كلّ موردٍ ممّ الحكم بالصحة أو الفساد من جهة وجود التطابق وعدمه.

أهليّة العاقد

المسألة السابعة: ويدور البحث فيها عن أنّ من جملة الشروط في العقد أن يقع كلّ من إيجاب العاقد وقبول المشتري في حالٍ يجوز لكلّ منهما الإنشاء، بلا خلافٍ فيه في الجملة، بل الظاهر أنّه متّفق عليه.

أقول: وتنقيح القول فيه يتحقّق بالبحث في موضعين:

الأول: في عدم الأهليّة المانع عن تحقّق التعاهد والتعاقد.

الثاني: في عدم الأهليّة الموجب لعدم كون العقد صادراً عن رضا معتبر.

أما الموضع الأول: ففيه أقوال:

القول الأول: ما اختاره الشيخ رحمته الله ^(١)، والمحقّق النائيني رحمته الله ^(٢)، من اعتبار امتلاك

كلّ منها لجميع القيود المعتبرة في تحقّقه حال إنشاء الآخر.

القول الثاني: عدم اعتبارها فيهما، وهو الذي اختاره المحقّق الايرواني رحمته الله ^(٣).

القول الثالث: اعتبار واجديّة القابل لها في حال الإيجاب، وعدم اعتبارها

بالنسبة إلى الموجب، ذهب إليه السيّد رحمته الله ^(٤) في بعض الفروض.

القول الرابع: عكس ذلك.

أقول: تنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:

(١) المكاسب: ج ٣ / ١٧٧.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٢٥٧.

(٣) تعليقات على المكاسب: ج ١ / ٤٢٦.

(٤) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ٩٢.

الأول: في الإيجاب.

الثاني: في القبول.

الثالث: فيما بينها.

أما المورد الأول: فقد استدللّ لاعتبار امتلاك القابل لتلك القيود بأنّ المعاهدة والمعاهدة لا تتحقّق بدونها، هذا ما أفاده الشيخ رحمته في «المكاسب»^(١)، وأيده المحقّق الاصفهاني رحمته^(٢) بقوله إنّ مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونها معاً كذلك في حال الإيجاب والقبول، إذ معيّة المتعاقدين إنّما هي معيّة شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير ويلتزم الغير له، وإلا فلا ينقدح القصد الجدّي في نفس العاقل إلى المعاهدة، مع من هو كالجدار أو كالحجار، وعلمه بالتفاته فيما بعد لا يصحّح المعاهدة معه فعلاً.

وفيه أولاً: إنّ عنوان العقد إنّما ينطبق على الالتزامين الواردين على مورد واحد، وليس منطبقاً على الإيجاب خاصّة، وإنّما شأن الموجب هو الالتزام النفساني وإبرازه، وهو إنّما يكون باقياً ما لم يرفع اليد عنه، فإذا كان باقياً إلى حين القبول، والتزم القابل الأهل لذلك حين القبول، فقد ارتبط الالتزامان لا محالة، وتحقّق عنوان العقد.

ودعوى: عدم تحقّق الالتزام في نفس الموجب بالنسبة إلى من هو كالجدار.

ممنوعة: لأنّ العاقل الملتفت إلى مالكيّة من يفرض كالجدار، كيف لا ينقدح في نفسه القصد الجدّي.

وثانياً: إنّّه لا ينحصر دليل النفوذ بـ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

(١) المكاسب: ج ٣/ ١٧٧.

(٢) حاشية المكاسب للاصفهاني: ج ١/ ٢٩٣.

أقول: فالأولى أن يُستدلّ له بأنه بعدما لاريب في أنه يعتبر في ترتيب العقلاء والشارع الأثر على الالتزام النفساني، أن يظهره لمن هو طرفه في المعاملة، فإذا كان الطرف غير قابل للتخاطب عدّ الإظهار له كلاً إظهار، فلأجل ذلك تعتبر قابلية القابل للتخاطب حال الإيجاب. فتدبر فإنه دقيق.

وأما المورد الثاني: فيشهد لا اعتبار واجدية الموجب لتلك القيود حال القبول الوجه المشار إليه، ويمكن أن يقال في هذا المورد بأنه بما أنه في حال القبول يتم العقد، ويخرج المال عن ملك كلّ منها، فلا بدّ وأن يكون الموجب أيضاً ممن يكون أهلاً لذلك، كي يترتب الأثر على التزامه النفساني.

ودعوا: في بيان وجه عدم تحقق المعاقدة والمعاهدة، من جهة انتفاء الالتزام النفساني بالإغماء والجنون مثلاً، فليس هناك التزام من الموجب كي يرتبط بالالتزام القابل. فيرد عليها: أن الالتزامات النفسانية لا تزول بذلك، ولذا لا شك لأحدٍ في أنّ العهود والالتزامات لا تبطل بالموت، فضلاً عن النوم والإغماء، ولا فرق بين الموت قبل لحوق القبول وبعده، إذ ضمّ التزام آخر إليها لا يوجب بقائها إن كانت تزول بالموت.

أقول: وبما ذكرناه ظهر الحال في المورد الثالث، وأنه لا يعتبر الأهلية بينهما كما لا يخفى.

وأما الموضوع الثاني: ففيه أيضاً أقوال، وملخص القول فيه:

إنّه قد استدلل الشيخ رحمته ^(١) لا اعتبار واجدية كلّ منها لتلك القيود في حال إنشاء

الآخر، بعدم تحقق معنى المعاقد والمعاودة حينئذٍ، ولعلّ نظره الشريف إلى ما أفاده بعض المحققين^(١) بأنّ رضاها بعد إن كان في نظر الشارع الأقدس كلاً رضا، والمفروض أنّ رضاها تماماً يعتبر في تحقق مفهوم التعاقد، لا جرم كان تعاودها في نظره كالعدم، فلا يكون عقدهما عقداً معتبراً شرعياً.

وفيه: إنّ حقيقة العقد هي ربط الالتزامين الواردين على مورد واحد - سواءً أكان ذلك مع رضاها بذلك أو بدونه - فالرضا بالعقد لا يعتبر في تحقّقه، وعدمه لا يخلّ به، من غير فرق بين عدم الرضا أصلاً أو عدم الاعتبار به شرعاً، وإنّما هو شرطاً في تأثير إنشاء كلّ منها نفسه، فاعتبار رضا كلّ منهما حال إنشاء الآخر تماماً لا أصل له، ولأجل ذلك نلتزم بأنّ صحّة عقد المكره إذا لحقه الرضا إنّما تكون على القاعدة، مع أنّه لو سلّم توقّف تحقق العقد على الرضا، إلّا أنّ دليل الصحّة لا ينحصر به^{١٥} أو فوّا بالعقود كما تقدّم.

اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة

فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة:

فهل يجوز لكل واحدٍ منهما أن يكتفي بما يقتضيه مذهبه، أم لا؟

أم يجوز ذلك إلّا في صورة كون العقد المركّب منها تماماً قائل بكونه سبباً

للنقل؟ كما لو فرضنا أنّه لا قائل بصحّة العقد بالفارسي، مع تقديم القبول على

الإيجاب، وكان العقد بالفارسي صحيحاً عند أحدهما، وتقديم القبول جائزاً عند

الآخر، فأوقعا العقد كذلك؟ وجوه:

أقول: تنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:

الأول: في القيود التي ينحصر دليلها بالإجماع.

الثاني: في ما لدليل اعتباره إطلاق، مع عدم سراية إحدى الصفات إلى

فعل الآخر.

الثالث: في ما لدليل اعتباره إطلاقاً مع السراية.

أما المورد الأول: فالظاهر صحة العقد، كما هو مقتضى العمومات والمطلقات،

والمتيقن من الإجماع على اعتبار ذلك القيد - كالعريّة مثلاً - هو غير المقام الصادر

فيه الإيجاب والقبول عن اعتقاد كلّ منها صحّة ما أنشأه، والمرجع فيه إلى

العمومات المقتضية للصحة.

وأما المورد الثاني: ففيه أقوال:

القول الأول: الصحة مطلقاً.

القول الثاني: عدم الصحة كذلك.

القول الثالث: التفصيل بين كون العقد فاسداً في نظر الجميع، بحيث لا قائل

بصحته، كما لو فرضنا أنه لا قائل بنفوذ العقد الفارسي المقدّم إيجابه على قبوله

فعدم الصحة، وبين غيره فالصحة.

أقول: ابتنى الشيخ الأعظم رحمته الله (١) الأولين على:

أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعة الاضطرارية، فالإيجاب

بالفارسي من المجتهد القائل بصحّته عند من يراه باطلاً، بمنزلة إشارة الأخرس؟
أم هي أحكام ظاهريّة لا يُعذر فيها إلا من اجتهد أو قلّد فيها؟
وأورد عليه بوجهين:

الوجه الأول: ما أفاده المحقّق الخراساني رحمته ^(١) من أنّ مجرد كونه حكماً واقعياً
وبمنزلة لا يكفي في الحكم بالصحة، بل لابدّ وأن يقيد بما إذا كان كذلك حتّى في حقّ
الغير الذي له مساسّ بالعقد، فلو كان حكماً واقعياً في حقّ المُنشئ خاصّة، لم يكن
ذلك مجدياً في الحكم بالصحة بالإضافة إلى غيره.

وفيه: بما أنّ الملكيّة من الأحكام المجعولة الوضعية، ومن الاعتباريات لا
الأمر الواقعيّة، فإذا فرضنا أنّ الإيجاب بالفارسي وإن كان عند القابل ممّا
لا مصلحة في نفسه في جعل الملكيّة بعده، إلاّ أنّه من جهة قيام الأمانة عند الموجب
تحدث فيه مصلحة بهذا العنوان مقتضية لذلك، فلا محالة للآخر القابل ترتيب الأثر،
لعدم كشفه عمّا يخالفه، كما لا معنى للقول بأنّ المصلحة إنّما هي في حقّ الموجب
خاصّة، وعليه فالملكيّة المجعولة إنّما تكون له خاصّة. فتدبّر فإنّه دقيق.

الوجه الثاني: ما أفاده السيّد في الحاشية ^(٢) وتبعه بعض مشايخنا المحقّقين رحمته،
من أنّ ما ذكر على القول بكون الأحكام الظاهريّة بمنزلة الواقعيّة إنّما يتمّ بالنسبة
إلى ما لو كان الحكم المجتهد فيه مع متعلّقه موضوعاً لحكم الآخر، كما لو كان رأيه
جواز النكاح بالفارسي فزوج امرأة بالعقد الفارسي، فإنّه يكون العقد صحيحاً
عنده، فلا يجوز لغيره الذي يرى اعتبار العربيّة تزويج تلك المرأة، ولا ينفع بالنسبة

(١) ظاهر حاشية المكاسب للأخوند: ص ٢٩، راجع حاشية المكاسب للصفهاني: ج ١ / ٢٩٥.

(٢) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ٩٣.

إلى ما إذا كان المتعلق معروضاً لحكمه ولحكم غيره في عرض واحد، كما لو ذكّى الذئب بغير الحديد، فإنه لا يجوز لمن يرى اعتبار وقوعها بالحديد الأكل من تلك الذبيحة، والسّر فيه أنّ ذلك بعنوانه المجتهد فيه ليس موضوعاً لحكم غيره، فلا يجوز لغيره المخالف له في الرأي الأكل منه.

وما نحن فيه من قبيل الثاني، لأنّ البيع فعلٌ واحد يشارك فيه طرفي العقد، بمعنى أنّه قائمٌ بطرفين، ويجب على كلّ من المتبايعين إيجاد عقد البيع، ولا يجوز لواحدٍ منهما التصرف في الثمن والمثمن إلا بعد ذلك.

وبالجملة: الصّحة لأحد الطرفين ليست موضوعة لحكم الطرف الآخر، بل لا بدّ من إحراز كلّ منهما صحّة مجموع السبب.

وفيه: إنّ هذا ثابتٌ في الصّحة الفعلية، وأمّا الصّحة التأهيلية فهي إنّما تكون لكلّ من الإيجاب والقبول مستقلاً، وهي في الإيجاب مثلاً تكون موضوعة لحكم القابل. فتدبر، وعليه فما أفاده الشيخ رحمته متين لا غبار عليه.

وأما المورد الثالث: فقد أفاد الشيخ رحمته ^(١) بأنّ العقد باطلٌ حتّى على القول بكون الأحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية الاضطرارية.

أقول: والفرق بينه وبين المورد الثاني أنّه في ذلك المورد لا يوجب سراية تلك الصفة إلى فعل الآخر، والمفروض صحّته من المعتقد في نظر الآخر، وهذا بخلاف هذا المورد، فإنّ تلك الصفة تسري إلى فعل الآخر إذا أنشأ الموجب العقد معلقاً، والقابل إن قبل مطلقاً لزم عدم التطابق بين الإيجاب والقبول، وإن قبل معلقاً كان

فعله في نظره فاقداً للوصف المعتبر في العقد، فيوجب ذلك الفساد من هذه الجهة لا من جهة فساد فعل طرفه.

وملخص القول: إنَّ فساد أحد الجزئين لا يسري إلى الآخر على هذا المسلك، ولكن منشأ الفساد يسري إليه ويوجب ذلك فساده.



وإنما يصح العقد إذا صدر عن مكلف.

المقصد الرابع

شروط المتعاقدين

أقول: الشروط التي يجب توفرها في المتعاقدين هي البلوغ، والعقل، والقصد، والاختيار، (و) قول المصنف عليه السلام (إنما يصح العقد إذا صدر عن مكلف) إشارة إلى جميع ذلك، وتنقيح القول عنها يتحقق بالبحث في مسائل:

المسألة الأولى: المشهور كما عن «الدروس»^(١)، و«الكفاية»^(٢) بطلان عقد الصبي.

أقول: معاملة الصبي تتصور على وجوه:

الوجه الأول: كونه مستقلاً فيها سواءً أكان ذلك في أمواله أو في أموال غيره، وسواءً أذن له الولي أم لم يأذن.

الوجه الثاني: ما إذا أذن الولي مع كون المعاملة مستندة إليه، ويكون الصبي من قبيل الوكيل المفوض.

الوجه الثالث: كونه آلة محضة، بمعنى كون المعاملة معاملة الولي إن كانت في أمواله، ومعاملة الموكل إن كانت في أموال غيره، ويكون الصبي مُنشئاً فقط.

ومرجع منعه عن التصرف على النحو الأخير إلى كون قصده للإنشاء كلاً قصد، ومن قبيل بيع الهازل والنائم.

(١) الدروس: ج ٣ / ١٩٢.

(٢) كفاية الأحكام: ص ٨٩.

بيان محلّ البحث: إن محلّ الكلام هو الصبي المميّز، وأمّا غير المميّز فلا إشكال في بطلان معاملاته حتّى بالنحو الأخير، لعدم قصده لمدلول العقد، والشيخ الأعظم رحمته ^(١) استظهر من عبارة «التذكرة» ^(٢) دعوى الإجماع على بطلان عقده بالنحو الأخير أيضاً، ومورد استظهاره منها استثنائه إيصال الهدية، وإذنه في دخول الدار من التصرفات التي ادّعى الإجماع على محجوريّته فيها، مع أنّها ليسا من التصرفات القوليّة أو الفعلية، فاستكشف من ذلك شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله. ويرد عليه رحمته: إنّ عدم حجّية فعله في الأوّل، وقوله في الثاني في حكايتها بالتصرّف في مال الغير بأخذ الهدية والدخول في الدار، لا يقتضي عدم العبرة بقصده للإنشاء، لرجوع ذلك إلى عدم تصديق قول الصبي كالفاسق، فاستثنائها لا يكشف عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله.

وبعبارة أخرى: استثنائه إياهما من كون الصبي محجوراً عليه شرعاً، يقتضي حمل كلامه؛ على إرادة الإيصال والإذن - اللذين هما من التصرفات الشرعيّة - لا الآليّة المحضة، فلا مناص عن حملها على إرادة كونها فعل الوكيل أو قوله الكاشفين عن إهداء المالك وإذنه في الدخول، ولا كلام في أنّ هذا التصرف تصرف استقلالاً للصبي، وليس من قبيل إجراء الصيغة، وعلى هذا فثبوت الشهرة والإجماع على بطلان عقده بالمعنى الأخير محلّ نظر، بل منع.

أقول: وكيف كان، فلا بدّ من التكلّم في الأدلّة، والكلام فيها يقع في مقامين.
الأوّل: في أدلّة المنع.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٢٧٥.

(٢) تذكرة الفقهاء (ط ق): ج ٢ / ٧٣.

الثاني: في أدلة الجواز.

أما الأول: فقد استدلل له بأمور:

الأمر الأول: قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١).

وتقريب الاستدلال بها على المنع: أن الظاهر من الآية الشريفة من جهة جعل البلوغ غاية الابتلاء والامتحان، وغير ذلك من القرائن، كون جواز الدفع مشروطاً بشرطين، هما البلوغ والرشد، ففهومها عدم جواز الدفع مع السفاهة أو الصباوة، وليس ذلك إلا من جهة حجره في تصرفاته، بل المراد من عدم الدفع هو ذلك.

فإن قلت: إن ظاهر الآية الشريفة من جهة الأمر بالدفع تدلّ على وجوب الدفع بعد البلوغ والرشد، ففهومها عدم الوجوب قبل ذلك، وهذا يلائم مع الجواز، فلا تدلّ الآية على عدم الجواز.

قلت أولاً: إنّه لو جاز الدفع لوجب، لعدم جواز إمساك مال الغير، ففهومها عدم جواز الدفع قبل ذلك، ووجوب حفظ أمواله، وعدم ردّه إليه.

وثانياً: إنّ هذا الأمر لوروده مورد الحظر والمنع، لا يستفاد منه الوجوب. وبالجملة: فدلالة الآية الشريفة على محجورية الصبي في الجملة لا كلام فيها،

إنما الإشكال في أنتها:

١- هل تدلّ على المنع عن التصرفات مستقلاً بالمعنى الأول خاصة؟

٢- أم تدلّ على المنع عنها بالمعنى الثاني؟

(١) سورة النساء: الآية ٦.

٣- أم تدلّ على إلغاء تصرّفه بالمرّة؟

الظاهر هو الوسط، فإنّ الآية من جهة توجيه الخطاب فيها إلى الولي، وتضمّنها المنع عن الدفع قبل البلوغ، تدلّ على عدم استقلال الصبي في معاملاته في أمواله، وإن أذن له الولي، ولكنها لا تدلّ على جعل إنشائه كلّاً لإنشاء، مع عدم كون التصرف تصرّفاً له، بل من تصرفات وليه، وكون البيع بيعه مثلاً، وعليه فالآية تدلّ على عدم نفوذ ما يعدّ تصرّفاً له ولو مع إذن الولي، وهي وإن اختصّت بأمواله، إلّا أنّه يكفي في منعه عن التصرفات في مال غيره عدم القول بالفصل.

الأمر الثاني: حديث رفع القلم عن الصبي، الذي رواه الشيخ الصدوق في «الخصال» عن ابن الضبيان، عن أمير المؤمنين عليه السلام في سقوط الرجم عن الصبي: «أما علمت أنّ القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتّى يحتلم... الحديث»^(١).
وأيضاً: روي عن «قرب الإسناد» عن علي عليه السلام في سقوط القصاص والدية في ماله: «وقد رُفِعَ عنهما القلم»^(٢).

وأيضاً: في موثّق عمّار، عن الإمام الصادق عليه السلام: «عن الغلام متى يجب عليه الصلاة؟ قال عليه السلام: إذا أتى عليه ثلاث عشر سنة، فإنّ احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم... الحديث»^(٣).

ونحوها غيرها.

(١) وسائل الشريعة: ج ١ / ٤٥ ب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ١١ رقم ٨١، وراجع الخصال: ص ٩٣-٩٤ ح ٤٠.
(٢) وسائل الشريعة: ج ٢٩ / ٩٠ ب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس ح ٢ رقم ٣٥٢٢٥. قرب الإسناد: ص ١٥٥ ح ٥٦٩.
(٣) وسائل الشريعة: ج ١ / ٤٥ ب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات ح ١٢ رقم ٨٢. الاستبصار: ج ١ / ٤٠٨ ب ٢٤٧ ح ٢.

وأيضاً: قول الشيخ رحمته الله في «المبسوط» في مسألة الإقرار^(١): (إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم).

أقول: وأورد عليه بإيرادات:

الإيراد الأول: ما في «المكاسب»^(٢) من أن الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الأحكام.

وفيه أولاً: إنه لا شاهد لهذا الحمل، بل الظاهر منه قلم جعل الأحكام، ولا أقل من الإطلاق.

وثانياً: إن مورد بعض هذه النصوص القصاص وثبوت الدية، وهما ليسا من قبيل المؤاخذة على مخالفة التكليف، بل من قبيل الحكم الوضعي.

وثالثاً: إن المراد لو كان رفع فعلية المؤاخذة مع ثبوت الاستحقاق، ليكون مقتضاه العفو، كان ذلك مما يقطع بخلافه، وإن كان المراد رفع الاستحقاق، فهو لا يصح إلا مع رفع الحكم الذي هو منشأ هذا الحكم العقلي.

الإيراد الثاني: ما في «المكاسب»^(٣) أيضاً، من أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين، فلا مانع من كون عقده سبباً فعلياً للوجوب التعليقي - أي وجوب الوفاء بعد البلوغ - ويكون هذا الوجوب منشأ انتزاع الوضع، لعدم اختصاص منشأه بالوجوب الفعلي المنجز.

وفيه: المشهور إنما هو ثبوت الوضع في حقه في الجملة، في قبال عدم ثبوت التكليف اللزومي بقول مطلق، لا ثبوت الأحكام الوضعية في حقه مطلقاً، كيف

(١) المبسوط: ج ٣ / ٣.

(٢) (٣ و ٢) المكاسب: ج ٣ / ٢٧٨.

وقد اشتهر بينهم بطلان عقد الصبي.

الإيراد الثالث: ما في «المكاسب»^(١) أيضاً، من أنه لو سَلَّمنا اختصاص الأحكام الوضعية أيضاً بالبالغين، لكن لا مانع من كونه جزء السبب للملكية بعد البلوغ، بأن يكون الجزء الآخر البلوغ، ومع ذلك ليس للطرف الآخر نقض العقد، لكون العقد موضوعاً لوجوب الوفاء، وإن لم يؤثر في الملكية، كما في معاملة الفضولي مع الأصيل، وبالتالي فإنه يجب على الثاني الوفاء بالعقد مع عدم حصول الملكية.

أقول: وبهذا البيان اندفع ما أورده المحقق النائيني رحمته^(٢) عليه بأنه لا يمكن التفكيك في الآثار بين البالغ وغيره، إذ لو أفاد عقد الصبي الملكية فلا يمكن أن لا يؤثر فعلاً ويصير ذا أثر بعد البلوغ.

وفيه: إنه بعد الالتزام باختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين، لا سبيل إلى الالتزام بكون عقده جزء المؤثر.

الإيراد الرابع: ما أفاده المحقق الايرواني رحمته^(٣)، من أن المراد بالقلم لو كان قلم التكليف، كان المراد خصوص التكاليف الإلزامية، وذلك بقريضة الرفع، فإن المناسب لمادة الرفع، هو رفع ما في حمله كلفة وثقل ومشقة، وليس ذلك إلا في الأحكام اللزومية. وفيه: إنه يصح إسناد الرفع إلى كل ما يصح إسناد الوضع إليه، لانتهاهما متقابلان، فلا وجه للاختصاص ببعض الأحكام.

الإيراد الخامس: ما أفاده المحقق الايرواني رحمته^(٤) أيضاً، من أن تأثير الإنشاء في حصول عنوانه المنشأ كالبيع تأثير تكويني في أمر اعتباري، فيكون كتأثير سيفه

(١) المكاسب: ج ٣ / ٢٧٨.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٣٦٠.

(٣) و (٤) تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ١٦ و ١٧.

في القطع، وهذا لا يرفعه حديث الرفع، وأما رفع الآثار الشرعية المترتبة شرعاً على ذلك العنوان المتوَلَّد على أن لا يكون البيع المحاصل بإنشائه محكوماً بأحكام البيع، فذلك من البشاعة يساوق القول بعدم ترتب آثار الموت على من مات بسيفه، ومعلومُ بالقطع أن حديث الرفع لا يرفع إلا أحكاماً مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير، لا أحكاماً مترتبة عليه حتى مع الواسطة.

وفيه: إن تأثير الإنشاء في حصول العنوان ليس تكوينياً، بل هو جعلي، غاية الأمر حصوله في نظر الشارع متوقف على القيود الشرعية، وإن كان حصوله في نظر العاقد غير متوقف عليه.

وبالجملة: قد مرَّ في أول مباحث كتاب البيع^(١)، أن في البيع مثلاً يعتبر في البائع والمشتري إثباتها الملكية، ويتحقق ذلك في اعتبارهما، ثم إن كانت المعاملة واجدة للقيود المعتبرة عند العقلاء فيه، اعتبر العقلاء ذلك أيضاً، وإلا فلا، وكذلك بالإضافة إلى الشارع، فلو كان البلوغ من تلك القيود بنظره الأقدس لا تعتبر الملكية، ولا يكون العنوان متحققاً في اعتباره، وهذا لا يستلزم شيئاً من المحاذير المتقدمة.

أما المحقق النائيني^(٢): فقد اختار دلالة على بطلان عقد الصبي حتى بالمعنى الثالث، بدعوى أنه يدل على كون الصبي مسلوب العبارة، فإن الظاهر من قوله عليه السلام: «رفع القلم عنه» ما هو المتعارف بين الناس، والدائر على ألسنتهم من أن فلاناً رفع القلم عنه، وأنه لا حرج عليه، وأن أعماله وتصرفاته كأعمال المجانين وتصرفاتهم، فهذه الكلمة كناية عن أن لعمله اعتبار وقيمة وأنه كالعدم، ورفع عنه ما جرى عليه القلم، فلا ينفذ فعله، ولا يمضي قوله، ولا يمكن نسبة ما صدر عنه إليه.

(١) فقه الصادق: ج ٢٢ / ٢٣٦ وما بعدها.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٣٥٩.

أقول: إنّه يدلّ على رفع قلم الوضع والتكليف عن الصبي، ولازم ذلك بطلان عقده بالمعنيين الأولين دون الثالث، فإنّ العقد الصادر من الصبي بإذن الولي له نسبتان: نسبة إلى الصبي، ونسبة إلى الولي، غاية الأمر نسبتبه إليه إنّما تكون بالتسيب، ولا منافاة بين عدم نفوذ ما هو عقد الصبي بالمباشرة، ونفوذ ما هو عقد الولي، إذ القلم رفع عن الصبي لا عن الولي.

هذا على فرض تسليم صدق كون العقد والبيع عقد الصبي مع كونه مجري الصيغة خاصّة، وكون طرف المعاملة عند العرف هو الولي، وإلّا فعدم دلالة على سلب عبارته أوضح.

الأمر الثالث: النصوص الدالّة بالمنطوق والمفهوم على عدم جواز أمر الصبي في البيع والشراء^(١).

وتقريب الاستدلال بها: أنّها بالإطلاق تدلّ على عدم نفوذ بيعه وشرائه حتّى مع إذن الولي، فتدلّ على البطلان حتّى بالمعنى الأخير.

وأورد عليه المحقّق النائيني^(٢): بأنّها في مقام بيان أنّ الاحتلام شرط في نفوذ أمر الصبي، وليست في مقام بيان عدم نفوذ أمره قبله، ولو مع إذن الولي. وفيه: إنّ منطوق بعض تلك النصوص يدلّ على عدم نفوذ أمره قبله، ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين إذن الولي وعدمه.

والحقّ أنّ يقال: إنّ دلالتها على بطلان عقد الصبي بالمعنيين الأولين لا تُتكرّر، إلّا

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٣٦٠ - ٣٦١ ب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه، وج ١٨ / ٤١٠ - ٤١٢ ب ٢ من أبواب كتاب الحجر.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٣٥٩.

أنتها لا تدلّ على البطلان بالمعنى الأخير، إذ لو كان الصبي مجري الصيغة خاصة، لم يكن يستند البيع والشراء إليه، وعلى هذا بنوا عدم ثبوت خيار المجلس لمُجري الصيغة ومنشئها، لعدم صدق البيع عليه، فالبيع إنّما يكون بيع الولي أو الموكل، والأمر أمره، ومجرّد الصيغة لا تكون موضوع النفوذ وعدمه.

ولو تنزّلنا عن ذلك، فلا أقلّ من أنّ مثل هذا البيع له نسبتان: نسبة إلى الصبي، ونسبة إلى الولي أو الموكل، فلا مانع من نفوذه ومضيّه بالاعتبار الثاني كما تقدّم. وقد يقال: إنّ قوله عليه السلام في بعض تلك الأخبار: «إلا أن يكون سفيهاً» يشهد بعدم إرادة كون الصبي مسلوب العبارة من تلك النصوص.

وجه الشهادة: أنّ السفيه ليس مسلوب العبارة، فن استثنائه يعلم أنّ المراد عدم استقلاله في التصرف.

وفيه: أنّه لو كان مفاد هذه الأخبار - بحسب ظواهرها - عدم نفوذ أمر الصبي ولو في إجراء الصيغة خاصة، لم يكن هذا الاستثناء ينافيه، بل غاية ما هناك كُنّا نقول إنّ هذه الأخبار تدلّ بالإطلاق على كونه أيضاً مسلوب العبارة، إلا أنّ الدليل دلّ على خلاف ذلك، فلا يحكم بكونه مسلوب العبارة لدليل آخر لو كان، وإلا فلا مانع من الالتزام بكونه مسلوب العبارة أيضاً.

الأمر الرابع: النصوص المتضمنة على أنّ عمد الصبي خطأ، كصحيح محمد بن

مسلم، عن مولانا الصادق عليه السلام أنّه قال: «عمد الصبي وخطأه واحد»^(١).

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٩ / ٤٠٠ ب ١١ من أبواب العاقلة من كتاب الديات ح ٢ رقم ٣٥٨٥٩، التهذيب: ج ١٠ /

وتقريب الاستدلال بها: أنتها تدلّ على أنّ الأحكام المترتبة على الأفعال مع القصد والعمد، لا تترتب على أفعال الصبي، وأنّ أعماله عن قصدٍ كالأعمال الصادرة عن غيره بلا قصد، فعقده كعقد المازل والنائم.

أقول: يقع الكلام في جهتين:

الجهة الأولى: في أنته مدلول الأخبار هل هي أنّ قصد الصبي كلاً قصد، أم تدلّ على أنّ عمده - أي الفعل الصادر عن عمد - خطأ، أي حكمه حكم الفعل الصادر خطأً؟ ظاهر الأخبار بل صريحها هو الثاني، فضلاً عن أنّ حملها على الأوّل مستلزمٌ لتخصيص الأكثر، إذ لازمه صحّة صلاته لو تعدّد التكلم، وإيجاد غيره من الموانع، وصحّة صومه لو أكل من الصبح إلى الغروب، وأنته لو حاز شيئاً لا يملكه وجاز أخذه منه، وغير ذلك من الأحكام التي لا مناص عن الالتزام بخروجها عنها بناءً على هذا المعنى.

الجهة الثانية: في أنته على المعنى المختار هل تعمّ النصوص باب المعاملات، أم تختصّ بباب الجنایات؟

وجهان أقواهما الثاني، وذلك لوجهين:

الوجه الأوّل: إنّ العمد والخطأ إنّما يتصوّران في الأمور التي لها واقع محفوظ، وذلك الأمر تارةً يترتب على سببه قهراً، وأخرى عن قصد، والأمر المتوقّف تحقّقها على القصد كال عقود والإيقاعات حيث أنتها لا تتحقّق بدون القصد، فلا يتصوّر فيها الخطأ، إذ لو قصدتها تقع وإلا فلا لا أنتها تقع خطأً.

الوجه الثاني: إنّ تنزيل شيءٍ منزله آخر إنّما يصحّ إذا كان للمنزل عليه أثرٌ

ليكون التنزيل بلحاظه، كما في القتل، فإن أثر الخطأ منه كون الدية على العاقلة، وأما ما لا حكم لخطأه - كباب المعاملات على فرض تسليم وقوع الخطأ فيها - فلا يصح فيه هذا التنزيل.

وبعبارة أخرى: إنها تدلّ على وحدة حكم عمد الصبي وخطأه، وهذا إنما يصحّ فيما كان لكلّ منهما حكمٌ يخصّه، فأريد بهذه العبارة إفادة الاتحاد في خصوص الصبي، ومعلوم أنّ تعدّد حكم العمد والخطأ واختلافهما في الحكم إنما يكون في خصوص باب الجنائيات.

أقول: ذكر السيّد رحمته في الحاشية^(١) وجهين آخرين لاختصاص النصوص بباب الجنائيات، وهما:

الوجه الثالث: المذكور في ذيل بعض^(٢) تلك النصوص قوله عليه السلام: «تحمله العاقلة»، أو «جعل الدية على قومه» ولا ريب في أنّ مثل هذه النصوص مختصة بباب الجنائيات، وهي تكون قرينة على غيرها.

وفيه: إنّه لا وجه لحمل المطلق في المقام على المقيد، لكونها مثبتين. الوجه الرابع: إنّ النصوص غير المذيّلة بما ذكر، إنما تكون مطلقة لا عامّة، والقدر المتيقّن منها باب الجنائيات.

وفيه: إنّ المتيقّن لا يمنع عن التمسك بالإطلاق، فالصحيح ما ذكرناه. أقول: ثمّ إنّ الشيخ رحمته بعدما أشكل على دلالة حديث رفع القلم على بطلان

(١) حاشية المكاسب للزبيدي: ج ١ / ١١٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٩ / ٤٠٠ - ٤٠١ ب ١١ من أبواب العاقلة ح ٣ و ٥ رقم ٣٥٨٦٠ و ٣٥٨٦٢، وج ٢٩ / ٩٠.

ب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس، التهذيب: ج ١٠ / ٢٣٢ ح ٤٩، وص ٢٣٣ ح ٥٤.

عقد الصبي، قال^(١):

(بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون والصبي، استظهار المطلب من حديث رفع القلم، وهو ما عن «قرب الإسناد» بسنده عن أبي البختري، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام أنه كان يقول:

«في المجنون والمعتوه الذي لا يفيق، والصبي الذي لم يبلغ، عمدهما خطأ تحمله العاقلة، وقد رُفِعَ عنها القلم»^(٢)).

تقريب استظهار المطلب منه: إنَّ قوله عليه السلام: «وقد رُفِعَ عنها القلم» لا توجيه لذكره إلا كونه علة للحكم - وهو ثبوت الدية على العاقلة - أو معلولاً لقوله عليه السلام: «عمدتهما خطأ»، وعلى أي تقديرٍ يدلّ على أنّ قصد الصبي كلاً قصد، فإنّه يدلّ حينئذٍ على عدم اختصاص الرفع بالمؤاخذه، وأنته عام لكلّ ما التزم على نفسه من المال بإقرار أو معاوضة، ويدلّ أنه لا أثر له في إزامه بالمال ومؤاخذته به بعد البلوغ، ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين إذن الولي وعدمه، وعدم ترتّب الأثر على التزامه حتّى مع إذن الولي لا يكون إلا لسلب قصده، وعدم العبرة بإنشائه.

ويرد عليه: - مضافاً إلى ما عرفت من ظهور حديث رفع القلم في رفع جميع الأحكام في نفسه، ومع ذلك لا يدلّ على سلب قصده، فراجع^(٣) - إنّه ليس علة للحكم، ولا معلولاً لقوله عليه السلام: «عمدتهما خطأ»:

أما الأول: فلخلّوه عن اللّام والفاء الدالّتين على ذلك، مضافاً إلى أنته:

١ - إمّا أن تؤخذ العلة رفع القلم مطلقاً.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٢٨٢.

(٢) وسائل الشريعة: ج ٢٩ / ٩٠ / ٣٦ من أبواب القصاص في النفس ح ٢ رقم ٣٥٢٢٥. قرب الإسناد: ص ١٥٥ ح ٥٦٩.

(٣) صفحة ٦٤ من هذا المجلّد.

٢- أو رفع القلم في باب الجنائيات.

فإن كان الأوّل: فأجنيبة العلة عن الحكم المعلّل واضحة، إذ لا علاقة بين رفع

قلم التكليف عن الصوم والصلاة وثبوت الدية على العاقلة.

وإن كان الثاني: فغاية ما يمكن أن يقال في توجيه الارتباط هو أن دم المسلم

لا بدّ وأن يتدارك، ولا يكون ذلك من بيت المال، فلا بدّ وأن يكون من مال الصبي أو

من العاقلة، فحيث إن القلم مرفوع عن الصبي فيكون على ذمّة العاقلة.

وهذا مضافاً إلى مخدوشيته في نفسه، إذ لا دليل على لزوم التدارك، فضلاً عن

أنه لا دليل على عدم كونه من بيت المال، وأيضاً لا دليل على الدوران المزبور، فإنّ

لازم ذلك تعليل ثبوت أحد الضدّين بنفي الضدّ الآخر، وهو كما ترى.

وأما الثاني: أي عدم كونه معلولاً، فلمخالفته في كفيّة التعبير من حيث

الاشتغال على كلمة (قد) الدالّة على تحقّق مدخولها، وخلوّ جملة (تحمله العاقلة)

عنها، مضافاً إلى أنه من المعلوم أن هذه الجملة - أي جملة «عمدها خطأ» - ليست

في مقام بيان أمر تكويني، بل متضمّنة لبيان أمر تشريعي، وعليه فيتحد مفادها مع

مفاد رفع القلم، فلا وجه لجعل أحدهما علّة للآخر.

والحقّ في المقام أن يقال: إنّ قوله عليه السلام: «عمدها خطأ» متكفّل في نفسه لبيان

حكيم بنحو الإجمال، وقد بيّنها الإمام عليه السلام بمجملتين أخريين:

أحدهما: ثبوت الدية على العاقلة.

والآخر: عدم ثبوت شيء على الصبي.

فقد بيّن عليه السلام الأوّل بقوله: «تحمله العاقلة»، والثاني بقوله: «وقد رفع»، فهاتان

الجملتان تفسيران للجملة الأولى من دون أن يكون هناك عليّة أو معلويّة.
فتحصّل من مجموع ما ذكرناه: أنّ الاستفادة من الأدلّة بطلان عقد الصبي إذا كان
مستقلاً، وصحّته إذا كان بإذن الولي أو إجازته.



أدلة القول بصحة عقد الصبي

وأما المقام الثاني: فقد استدلل لجواز عقد الصبي بوجوه:

الوجه الأول: الآية الشريفة: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١).

أقول: تقرب الاستدلال بها يتحقق من وجهين:

أحدهما: ما أفاده أبو حنيفة^(٢)، ووافقه بعض المعاصرين^(٣)، من أن ظاهر الآية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى، وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ﴾ سواء كانت للغاية أم للابتلاء، والظاهر من الابتلاء هو الابتلاء بالمعاملات على الأموال، بأن يأذنوا لهم في البيع والشراء قبل البلوغ، وذلك يقتضي صحة تصرفاتهم.

وفيه: أنه لا إشكال في دلالتها على عدم كون الصبي مسلوب العبارة، إلا أنها لا تدل على كونه مستقلاً في التصرف، لحصول الابتلاء بالبيع مع إذن الولي أو إجازته، وحيث أن ظاهر ذيل الآية الشريفة - كما مر - عدم صحة تصرفاته استقلالاً، فلا بد من البناء على ذلك.

ثانيهما: ما أفاده المحقق الايرواني^(٤)، من أن الاستفادة من الآية الشريفة أن المدار في صحة معاملات الصبي على الرشد، بأن تكون الجملة الأخيرة

(١) سورة النساء: الآية ٦.

(٢) حكاة في منية الطالب: ج ١ / ٣٥٤.

(٣) راجع نهج الفقاهة: ص ١٨٣.

(٤) تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ٢٧.

استدراكاً عن صدر الآية، وأنه مع استثناس الرشد من البيتامى لا يجوز التوقف عن دفع المال ولا انتظار البلوغ، وأن اعتبار البلوغ طريقى اعتبر أمانة إلى الرشد بلا موضوعية له.

وفيه: إنه لو لم يكن الأمر بدفع المال متفرّجاً على الرشد بعد البلوغ لا مطلق الرشد، لم يكن وجهه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ، وكان قوله تعالى: «حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ»^(١) زائداً.

وأما حملة على الطريقة إلى الرشد، فخلاف الظاهر.

الوجه الثانى: الخبر المرسل الذى رواه الشيخ فى «المبسوط» بقوله: «وَرُوي^(٢) انه إذا بلغ عشر سنين وكان رشيداً كان جائز التصرف».

وفيه: إنه لإرساله، وعدم العمل حتى من مرسله به، لا يعتمد عليه.

الوجه الثالث: النصوص^(٣) الدالة على جواز وصيته وصدقته وعتقه، فإنه لو التزم بمخروجها عن حديث رفع القلم، يرد عليه إباء سياقه عن التخصيص.

وفيه أولاً: إن الدليل لم يكن مختصاً بحديث رفع القلم.

وثانياً: إنه غير آبه عن التخصيص، هذا على فرض جواز تلك التصرفات، وإلا فالأمر أسهل.

الوجه الرابع: السيرة التى أداها سيّد «الرياض»^(٤) على ما نقل عنه الشيخ^(٥).

(١) سورة النساء: الآية ٦.

(٢) المبسوط: ج ٢ / ١٦٣.

(٣) وسائل الشريعة: ج ١٩ / ٢١١ - ٢١٢ ب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات، وج ٢٣ / ٩٠ - ٩١ ب ٥٦ من

أبواب كتاب العتق، وج ١٩ / ٣٦٠ - ٣٦٥ ب ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا.

(٤) رياض المسائل: ج ٨ / ١١٦.

(٥) المكاسب: ج ٣ / ٢٨٧ - ٢٨٨.

أقول: الإنصاف أنه لا ينبغي التشكيك فيها، إلا أن المتيقن منها المعاملة بإذن الأولياء، بل سيّد «الرياض» ادّعاها في هذا المورد.

كما أنه لا مورد للإيراد عليه بأنها ناشئة عن عدم المبالاة بالدين.

الوجه الخامس: خبر السكوني، عن الإمام الصادق عليه السلام، قال:

«نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الإماماء، فإتّها إن لم تجد زنت، إلا أمة قد عرفت

بصنعة يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعةً بيده، فإنه إن لم يجد سرق»^(١).

فإن حصر كراهة التصرف فيما اكتسبه الغلام، بما إذا لم يحسن صناعةً بيده،

واحتمل سرقة، أقوى شاهد على نفوذ معاملاته.

وأجاب عنه الشيخ عليه السلام^(٢): بأنه محمول على موارد عدم معاملة نافذة من الصبي:

إما بأن لا تكون هناك معاملة أصلاً، كالالتقاط المترتب عليه الملكيّة.

أو مع كون المعاملة من الولي، كالإجارة التي أوقعها الولي.

أو مع كونها عن الصبي على نحو يجامع فساد المعاملة، كاستحقاق أجره المثل

في الإجارة التي أوقعها الصبي بغير إذن الولي.

أو عمل عملاً بأمر أمر.

ومن الواضح أن جواز التصرف في المكسوب في هذه الموارد لا يكشف عن

نفوذ معاملات الصبي بما هو صبي.

وفيه: إن قبض الصبي المال في هذه الموارد - كما اعترف به عليه السلام قبيل ذلك - لا أثر

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ / ١٦٣ ب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجارة ح ١ رقم ٢٢٢٥١، الكافي:

ج ١٢٨ / ٥ ح ٨.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٢٨٧.

له، لفرض كون أجرة المثل كليّة، وكذلك الأجرة المسماة بحسب الغالب، وهو لا يتعيّن بقبض الصبي.

وبالجملة: غاية ما يثبت بما ذكره استحقاق الصبي للأجرة، ولكن لا يتعيّن ذلك فيما أقبضه من عليه، بل هو باقٍ على ملكه، فيحرم للولي وغيره التصرف فيه، وبه يظهر حال الالتقاط، فإنّه إذا كان فعل الصبي كالعدم كان التقاطه عديم الفائدة والأثر.

فالحق في المقام أن يقال: إن المنهي عنه :

إما أن يكون هو الكسب، أي المعنى المصدرى .

أو يكون هو المكسوب.

فإن كان الأول: فلا محالة يكون الموجه إليه الخطاب هو الولي، فيكون مفاده

مرجوحية نصب الولي لهم لتصدّي المعاملات إلّا في الصناعة، وعليه :

فإن كان النهي تحريمياً لا يدلّ على نفوذ معاملاته بوجه.

وإن كان تنزيهياً، وإن كان يشعر بذلك، إلّا أنّه لا دليل على حمل النهي عليه.

وإن كان الثاني: - كما علّله الظاهر لعدم مناسبة العلة مع الأوّل - فتقريب

الاستدلال به على نفوذ معاملات الصبي، إنّما يكون من وجوه:

الوجه الأوّل: من جهة التعليل، إذ لو لم تكن المعاملة نافذة، كان المتعيّن التعليل

بذلك - لأنّ تصرفه حينئذٍ فيه يصبح حراماً، لكونه ملك الغير، وإن علم بعدم

السرقه - لا التعليل بآنته: «إن لم يجد سرق».

الوجه الثاني: من جهة التقييد، إذ لو كانت معاملة الصبي غير نافذة من أصلها،

لم يكن هناك فرق بين من يحسن صناعةً بيده ومن لا يحسن.

الوجه الثالث: من جهة الحكم، إذ المشهور بين الأصحاب^(١) حمل هذا النهي على الكراهة، فهذه آية نفوذ المعاملة والآكان التصرف حراماً. أقول: وفي الجميع مناقشة:

أما الأول: فلأنّ هذا النهي إنما هو بلحاظ هذا الاحتمال، أي احتمال السرقة، ولا نظر في ذلك إلى نفوذ المعاملة وعدمه كي يدلّ على نفوذها مع عدم ذلك، مع أنّ المنهية عن التصرف فيه ليس خصوص ما اكتسب بالمعاملة، بل مطلق ما اكتسبه الصبي سواءً أكان بتلك أم بغيرها، فلا يدلّ على نفوذ معاملته مع عدم ذلك. وأما الثاني: فلأنّ الفرق بين من يحسن صناعةً بيده وغيره واضح، فإنّه في الأوّل يكون احتمال السرقة أضعف من غيره، فيكون ذكر القيد لتحقق الموضوع، مع أنّ القيد لا مفهوم له.

وأما الثالث: فلعدم القرينة لحمل النهي على الكراهة، مع أنّ هذا النهي إنما هو بلحاظ احتمال السرقة خاصّة، ولا نظر فيه إلى جهات أخرى. فتحصل: أنّ المستفاد من مجموع الأدلّة بطلان عقد الصبي، إذا كان مستقلاً في المعاملة، ونفوذه إذا كان بإذن الولي.

مستثنيات قانون رفع القلم عن الصّبي

أقول: قد استثنى من رفع القلم عن الصّبي مواضع: منها: إتلافه.

فإنّ المشهور بين الأصحاب^(٢) كونه موجباً لضمّانه، وقد استدّلوا على ذلك

بوجوه:

(١) الجامع للشرائع: ص ٢٥٩، تحرير الأحكام: ج ٢ / ٢٦٦، الدرر: ج ٣ / ١٨٠.

(٢) المبسوط: ج ٤ / ١٤٦، السرائر: ج ٢ / ٤٤١، تذكرة الفقهاء (ط: ق): ج ١ / ٥٦٢.

الوجه الأول: ما يستفاد من كلمات الشيخ رحمته الله ^(١)، من أنّ المستفاد من أدلة الباب بعد صَمَّ بعضها ببعض، عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها كأنشاء العقود، فيخرج مثل الإتلاف.

وفيه: إنّ مقتضى عموم حديث رفع القلم رفع كلّ تكليفٍ، أو وضع ذلك عن الصبي فيما إذا كان سببه فعله القصدي أو غير القصدي.

الوجه الثاني: ما ذكره المحقق الاصفهاني ^(٢)، من أنّ مقتضى مناسبة الحكم والموضوع، هو أنّ ترتّب كلّ أثر وفعل منوط بالعقل وكماله، واستشعار الفاعل، ولذلك فهو مرفوع عن الصبي، فمثل الضمان المترتب على مجرد الإتلاف غير المنوط بشيء خارج عن عموم الآثار المرفوعة.

وفيه: إنّ كمال العقل إنما هو من باب الحكمة لا العلة، وإلاّ قرب غير بالغٍ أعقل من البالغ.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الايرواني رحمته الله ^(٣)، من أنّه قد جمع في بعض النصوص ^(٤) بين عمد الصبي خطأ ورفع القلم عنه، وهو يصلح قرينةً لقصر المرفوع بقلم العمد، وأنّ المرفوع أحكاماً أخذ في موضوعها العمد، ومعه لا يبقى لرفع القلم عمومٌ، وذلك الحديث يوجب سقوط سائر النصوص المشتملة على رفع الحكم عن الصبي، فمثل الإتلاف غير مشمول لها.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٢٨٤.

(٢) حاشية المكاسب للاصفهاني: ج ٢ / ٢٣.

(٣) تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ٣٨.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٩ / ٩٠ ب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس ح ٢ رقم ٣٥٢٢٥. قرب الإسناد:

وفيه أولاً: إنَّ عموم رفع القلم في ذلك الحديث لا محذور فيه، ومجرّد تطبيقه على موردٍ خاص، لا يصلح قرينةً لعدم إرادة العموم منه.

وثانياً: إنّه لا وجه لصيرورته مستقطاً لعموم سائر الروايات.

الوجه الرابع: ما أفاده المحقّق الاصفهاني رحمته الله^(١) من أنّ حديث رفع القلم لوروده مورد الامتنان، يختصّ بما في رفعه منّة، ولا منّة على الأمة في رفع الضمان، لكونه خلاف الامتنان بالنسبة إلى الكبير.

وفيه: إنّه لا قرينة لكونه وارداً مورد الامتنان، بل لازم ذلك عدم شموله لبيعه، إذ ليس في رفع حليّته منّة على الصبي، فالعمدة في استثنائه الإجماع إن ثبت وكان تعدياً.

ومنها: التعزير.

وقد أفاد الشيخ رحمته الله^(٢) في وجه خروجه بأن المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير.

وفيه أولاً: إنّه لا شاهد لهذا التخصيص، بل مقتضى عمومه شموله لكلّ من الأمرين.

وثانياً: أنّ هناك شاهداً على خلاف ذلك، فإنّ مجرّد الفرق بين الصبي والبالغ في المؤاخذة، واختلاف حكمهما، لا يصحّ إسناد رفع القلم إليه كما لا يخفى.

وبالجملة: فالصحيح في وجه خروجه، هو قيام الدليل الخاص عليه المخصّص لعموم رفع القلم.

(١) حاشية المكاسب للاصفهاني: ج ٢ / ٢٣.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٢٨٤.

ومنها: أنه إذا لاقى جزء من بدنه مع النجاسة ينجس، ولو تحقق في حقه سبب الجنابة يصبح جنباً، كما هو المشهور بين الأصحاب^(١)، والوجه في ذلك عدم شمول حديث رفع القلم لهما في نفسه، وذلك لأنه يعتبر أن يكون الحكم المرفوع به مترتباً على فعل الصغير بما هو، فلا يعمّ مثل النجاسة المترتبة على الملاقاة، والجنابة المترتبة على سببها، بلا دخلٍ لفعل الصبي فيه.

وأما عدم شمول ما دلّ على أنه لا يجوز أمر الصبي لهما، فواضح.

ومنها: القبض.

وملخص القول فيه: إن القبض قد يكون معيّناً للكلي، وقد يكون قبضاً

لمالٍ معين.

وعلى التقديرين:

ربما يكون جزء السبب المملّك، كما في بيع الصرف والهبة.

وربما لا يكون كذلك.

وعلى التقدير:

ربما يكون بإذن الولي، وقد يكون بغير إذنه، وقد يقال بترتب الأثر على

قبضه مطلقاً.

واستدلّ له السيّد^(٢):

١ - بقيام السيرة عليه في الصدقات.

(١) المعتمر: ج ١ / ١٨١، المهذب البارع: ج ١ / ١٤٨، مسالك الأفهام: ج ١ / ٥١.

(٢) حاشية المكاسب للبيدي: ج ١ / ١١٥.

٢- وبإطلاق نصوص الكفّارة، الدالّ على جواز إعطائها بيد الصغير^(١).

٣- وبما في الزكاة الدالّ على جواز إعطائها بالصغير^(٢).

أقول: ولكن المتيقّن من السيرة إعطائها بإذن الولي، ونصوص الكفّارة والزكاة الواردة في مقام بيان حكم آخر لا يصحّ الاستدلال بها في المقام، قال صاحب «الجواهر»^(٣): (ثم لا يخفى أن المراد من إعطاء الأطفال في النّص والفتوى، الإيصال إليهم على الوجه الشرعي، بأن يُسلّم بيد وليهم).

والحقّ في المقام أن يقال:

١- إنّ المقبوض إن كان شخصياً:

فإن لم يكن مال الصبي، ولم يأذن المالك في القبض، فإنّه لا كلام في عدم كونه مبرءاً للذمّة.

وإن أذن مالكة في القبض، كان ذلك مبرءاً للذمّة، لأنّ ذلك قبض منه واستيلاء على المال، إذ القبض الذي يترتب عليه الأثر ليس هو الأخذ باليد خاصّة، بل هو الاستيلاء على المقبوض المتحقّق في الفرض.

وإن شئت قلت: إنّ المبرء للذمّة أداء مال الغير فتبرأ الذمّة وإن أمره بإلقاء ماله في البحر فألقاه.

٢- وإن كان المال مال الصبي:

فإن أذن له الولي في إقباضه، أو أذن الصبي في قبضه، برئت ذمّته، لأنّته

قبض الولي.

(١) وسائل الشريعة: ج ٢٢ / ٣٨٧ ب ١٧ من أبواب الكفّارات من كتاب الإيلاء والكفّارات.

(٢) وسائل الشريعة: ج ٩ / ٢٢٦ - ٢٢٧ ب ٦ من أبواب المستحقّين للزكاة ووقت التسليم والنية.

(٣) جواهر الكلام: ج ١٥ / ٣٨٤.

وما أفاده العلامة رحمه الله ^(١) من أن ذلك تضييعٌ لمال الصبي، فلا يجوز ذلك وإن أذن الولي.

غير تام، لعدم كونه تضييعاً، بل إقباض للولي.

وإن كان بدون إذنه، لا يجوز، لعدم العبرة بقبضه مستقلاً.

٣- وإن كان كلياً:

فإن كان بدون إذن الولي - إن كان ماله أو مال الصبي - أو بدون إذن مالكة - إن

كان لغيرهما - لم تبرأ ذمته، وبقي المقبوض على ملكه.

وإن كان مع إذنه، كان ذلك قبضاً معيناً للكلي، ولا أقل من كونه توكيلاً منه في

قبض حقه وتعيينه فيما بيده، ثم دفعه إلى الصبي. فافهم واغتنم.

معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة

ومنها: معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة، وقد استدل لنفوذها بوجوه:

الوجه الأول ^(٢): أن الآية والنصوص المتقدمة مختصة بالمعاملة في الأشياء

الخطيرة، بقرينة مناسبة الحكم والموضوع، بتقريب أنها بمناسبة الحكم والموضوع

تدل على عدم نفوذ أمر الصبي فيما له شأن يتفاوت فيه كامل العقل وغيره، وهو إنما

يكون في الأشياء الخطيرة دون المحقرات التي لها ثمن معين لا يتفاوت حاله في

الصغير والكبير.

(١) نهاية الأحكام: ج ٢ / ٤٥٥.

(٢) راجع حاشية المكاسب للأصفهاني: ج ٢ / ٢٥.

وفيه: ما تقدّم من أنّ كمال العقل إنّما هو من قبيل الحكمة لا العلة، وإلاّ فرب غير بالغ أكمل عقلاً من البالغ.

الوجه الثاني^(١): لزوم الحرج من تصدّي البالغين لجميع المعاملات، حتّى المعاملة على المحقّرات.

وفيه: إنّ لزوم الحرج من كونهم مستقلّين في المعاملة ممنوعٌ، نعم لا تنكر لزومه من منعهم عن المعاملة مطلقاً، ولكن قد مرّ أنّ الأظهر جواز معاملاتهم في صورة إذن الأولياء حتّى في الأمور الخطيرة والمهمّة.

الوجه الثالث^(٢): قيام سيرة أهل العرف من كلّ ملّةٍ ونحلة على إيكال المعاملات في المحقّرات إلى الصبيان.

وأجاب عنه المحقّق النائيني^(٣): بأنّ السيرة مختلفة باختلاف الأشياء، فإنّهم يوكلون إلى من بلغ أربع سنين معاملة البقول، وإلى من بلغ ثمانية بيع اللحوم، وهكذا، وثبوت السيرة من عصر الأئمّة^(عليهم السلام) من المتديّنين بهذا التفصيل مشكّل، بل المعلوم عدمها، فلا يمكن الالتزام بكون هذه السيرة مخصّصة للأدلة العامّة المانعة.

ويرد عليه^(عليه السلام): أنّ المستدلّ استدلّ بالسيرة العقلائيّة، وما ذكره^(عليه السلام) إنّما يصلح جواباً عن سيرة المتشرّعة، وبينهما فرقٌ واضح كما لا يخفى.

فالحقّ أنّ يقال:

إنّ الاستدلال إنّ كان بالسيرة العقلائيّة، فالأدلة الدالّة على عدم نفوذ

(١) مفاتيح الشرائع: ج ٣ / ٤٦.

(٢) مقابس الأنوار: ص ١١٣.

(٣) منية الطالب: ج ١ / ٣٦٤.

معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها، فلا كاشف عن إمضائها.
 وإن كان استدلالاً بسيرة المتشرّعة، فيرد عليه أنّ ثبوتها في صورة عدم إذن
 الأولياء ممنوعٌ.

أقول: ثمّ إنّ كاشف الغطاء رحمته الله^(١) بعد المنع عن صحّة عقد الصبي حتّى على نحو
 الوكالة، التزم بصحّة المعاملة في الموارد التي يكون الصبي بمنزلة الآلة والواسطة في
 الإيصال، من جهة أنّ المعاملة واقعة حقيقة بين الولي والطرف الآخر.
 الجواب: مرّ تنقيح القول في ذلك في التنبيه الثاني من تنبيهات المعاطاة^(٢)،
 وعرفت أنّه غير تامّ. فراجع ما ذكرناه ولا نعيده.



(١) كشف الغطاء: ج ١ / ٤٩ - ٥٠.

(٢) فقه الصادق: ج ٢٢ / ٣٤٨ وما بعدها.

اعتبار القصد

المسألة الثانية: من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد.
 أقول: وتنقيح القول في هذه المسألة إنما يكون بالبحث في مباحث:
 المبحث الأول: أن للعاقدين بحسب قصد اللفظ وقصد معناه أحوالاً أربعة:
 الحال الأول: أن يكون اللفظ صادراً عنه عن غير قصد، كاللفظ الصادر من
 النائم أو الغالط.

الحال الثاني: أن يكون اللفظ مقصوداً له دون معناه، كما إذا قال: (بعث) على
 وزن (خفت).

الحال الثالث: أن يكون المعنى مقصوداً له بالإرادة الاستعمالية دون الإرادة
 الجديدة، كما إذا أنشأ البيع بمعنى استعمل الصيغة في معناها من دون أن يكون هناك
 اعتباراً نفساني، ونظيره في الأخبار ما إذا أخبر عن شيء وحكى عنه بداعي الهزل
 دون الجد.

الحال الرابع: أن يكون المعنى مقصوداً بالإرادة الجديدة، ولكنّه لم يكن عن
 طيب النفس.

أقول: إن اعتبار القصد بالمعاني الثلاثة الأول في صحة العقود، من القضايا
 التي قياساتها معها، فإنّ عناوين المعاملات أمورٌ قصديّة، ومع عدم هذه القصد
 لا تتحقّق تلك.

وأما القصد بالمعنى الرابع، فاعتباره إنما يكون شرعياً، وسيأتي الكلام فيه
 في محله.

وبالجملة: ظهر مما ذكرناه عدّة أمور:

الأمر الأول: أنّ ما أفاده الشيخ رحمته ^(١) في المقام من قياس الأمر الصوري بالكذب في الإخبار، وتشبيهها بعدم القصد بالمعنى الثالث في الإنشاء كلام متين. ولا يرد عليه: ما أورده المحقق النائيني رحمته ^(٢) من أنّ شبهه الكذب في الإخبار منحصرٌ في الإنشاء في عدم وقوع المُنشأ في عالم الاعتبار - أي اعتبار الشارع - وأما مع عدم قصد عنوان المعاملة الذي يكون الأمر الصوري شبيهاً به، فلا يكون ذلك، مثل الكذب في الإخبار. فتدبر حتى لا تبادر بالإشكال.

الأمر الثاني: إنّ جعل اعتبار هذا القصد بالمعنى الثالث - الذي هو مورد كلام الشيخ رحمته ^(٣) - من شرائط المتعاقدين أولى من جعله من شرائط العقد، فإنّه ليس من شؤون الصيغة، بل مما يعتبر في البائع بالحمل الشائع. ودعوى المحقق النائيني رحمته ^(٤): في وجه أولويّة جعله من شرائط العقد، من أنّه لا يتحقّق العقد بدونه.

يرد عليه: أنّه مع فقد سائر شرائط المتعاقدين أو العوضين، لا يتحقّق العقد أيضاً، فالمراد من شرائط المتعاقدين في مقابل شرائط العقد هي الأمور التي تكون معتبرة في ترتّب الأثر على العقد، مع كون مركزها المتعاقدين، وإلاّ فقتضى هذا البرهان عدم كون شيء من الشروط شرطاً للمتعاقدين حتىّ مثل البلوغ، إذ العقد لا يتحقّق مع عدمه.

الأمر الثالث: أنّ ما أفاده الشهيد رحمته ^(٥) من أنّ الفضولي والمكره غير قاصدين

(١) و٣) المكاسب: ج ٣ / ٢٩٥.

(٢) و٤) منية الطالب: ج ١ / ٣٦٨.

(٥) مسالك الأفهام: ج ٣ / ١٥٦.

لمدلول العقد، يعدّ خلط قصدٍ بقصد، إذ المكره لا طيب نفس له بمضمون العقد، لا أنه غير قاصدٍ لمدلوله. وتام الكلام في محله.

لابدّ من تمييز البائع من المشتري

المبحث الثاني: صرح صاحب «المقاييس»^(١) بأنّه: (يجب أن يميّز البائع من المشتري، إذا أمكن الوصفان في كلّ منهما).

أقول: لا ينبغي التشكيك في لزوم تمييز البائع من المشتري، بمعنى تعددهما لتقوم حقيقة البيع بذلك. وأمّا إذا كان متعدداً، ولكن لم يميّز أحدهما من الآخر، كما إذا قال: (بعثُ متاً من حنطة أحدهذين بدينارٍ في ذمّة صاحبه) فستعرف حكمه في المبحث القادم.

عدم وجوب تعيين من يشتري له ومن يبيع له

المبحث الثالث: ويدور البحث فيه عما طرحه صاحب «المقاييس»^(٢) من أنه:

- ١- هل يجب تعيين من يشتري له المشتري، أو من يبيع له البائع مطلقاً، فلو باع أو اشترى للكليّ - كما إذا اشترى لموكله الذي لا يعيّنه بالاسم مع تعدده - أو الفرد المجهّم - كما إذا اشترى لأحد موكله مبهماً إبهاماً واقعيّاً - بطل العقد؟
- ٢- أم يجب التعيين إذا كان العوضان كليّين، أو كان أحدهما كذلك، كما هو مختار الشيخ رحمته الله^(٣)؟

٣- أم لا يجب التعيين مطلقاً؟

(١ و ٢) نقله عن مقابس الأنوار: الشيخ الأنصاري في المكاسب: ج ٣ / ٢٩٦.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٢٩٩ - ٣٠٠.

أقول: استدللّ للأوّل بوجوه:

الوجه الأوّل: أنه لو صحّ ذلك، لزم بقاء المملوك بلا مالك معيّن في نفس الأمر. وفيه: إنّه لا محذور في بقاء المملوك بلا مالك معيّن، ونظيره في الشرع مالكيّة الفقراء للزكاة، والعناوين الكليّة للأوقاف لها، ومالكيّة أحد رجلين للمال المنذور لأحدهما. هذا فضلاً عن أنه يمكن الالتزام بصحّته وصورته من يعيّن بعد ذلك أو يستخرج بالقرعة مالاً إمّا من حين العقد أو بعد التعيين، على الخلاف في كونه كاشفاً أو ناقلاً.

الوجه الثاني: إنّه إن صحّ لزوم أن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعيّن فيها العوضان، ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك.

وفيه: إنّ الجزم بالعقد، وبما يترتب عليه من الآثار والأحكام متحقّق، وإنّما المفقود هو الجزم بوقوعه لشخص معيّن، هذا ممّا لا دليل على اعتباره.

مع أنه يمكن أن يقال بأنّ الجزم بذلك أيضاً متحقّق، وهو وقوعه لمن يعيّن بعد ذلك. فتأمّل.

الوجه الثالث: إنّ الأدلّة لا تشمل العقد المبهم، لانصرافها إلى ما هو الشائع المعروف من الشريعة والعادة.

وفيه: إنّ الانصراف الناشئ عن شيوع فردٍ، ونُدرة فردٍ آخر لا يصلح لتقييد الإطلاق.

الوجه الرابع: إنّه لا دليل على تأثير التعيين المتعقّب.

وفيه: أنه إن كان هناك ما يمكن أن يُستشهد به للتعيين - ولو مع الاحتياج إلى إذن الحاكم الشرعي -، فهو وإلا فالمرجع إلى أدلّة القرعة التي هي المرجع في

هذه الموارد.

وعليه، لا دليل على اعتبار التعيين.

وأما القول الثاني: فقد استدلل له الشيخ عليه السلام ^(١) بأن الكلي ما لم يضاف إلى ذمته شخص معيّن، لا يكون مالا، فتعيّن الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه لتوقّف اعتبار ملكيّة ما في الذمم على تعيين صاحب الذمّة.

وفيه: إنّ المفهوم الكلي ما لم يُضف إلى الذمّة لا تعتبر له الماليّة، ولكن كما له الماليّة إذا أُضيف إلى ذمّة شخص معيّن، كذلك له الماليّة إذا أُضيف إلى ذمّة الكلي أو أحد الشخصين، مع صيرورة من في ذمته معيّنًا بعد ذلك إمّا بالقرعة أو بالتعيين.

وبالجملة: فالحقّ أنّه لا دليل على اعتبار التعيين مطلقاً.

أقول: ثمّ إنّ هناك نزاعاً آخر وهو:

أنّه في البيع الشخصي أو الكلي المضاف إلى ذمّة شخص معيّن، لو قصد الباع البيع، أي أوقعه لغير المالك ولغير من في ذمته، فهل يبطل البيع كما يظهر من «المقاييس» ^(٢)؟

أم يصحّ ويلغو قصد كونه عن غير المالك، كما ذهب إليه الشيخ عليه السلام؟

أم يصحّ ويقع عنه؟ وجوه:

وحقّ القول في المقام: أنّه إنّ بنينا على أنّ حقيقة البيع هو الإعطاء لا تجاناً - كما

(١) المكاسب: ج ٣ / ٢٩٩.

(٢) نقله عن مقاييس الأنوار: الشيخ الأنصاري في المكاسب: ج ٣ / ٣٠١.

هو المحقّق - ففي الصور المفروضة المذكورة في «المكاسب»^(١) - من بيع مال نفسه عن غيره، وبيع مال غيره عن نفسه، وبيع مال غيره عن غيره - إن كان ذلك مع إذن المالك، ومن يشتري له، أو إجازته صحَّ على ما أوقعه، وإلا بطل لذلك.

وأما بناءً على ما بنى عليه الشيخ رحمته الله^(٢) وفاقاً لجمع، من أنّ حقيقة البيع متقوِّمة بالمعاوضة، ويلزم فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوّض. فإن لم يقصد المعاوضة بطل العقد.

وإن قصدها:

فإن كان مراده من قصده وقوع البيع لغير المالك، رجوع نفعه إليه، بمعنى أنّ يهبه بعد المعاملة، فلا كلام.

وإن كان مراده منه دخول العوض في كيسه، فيمكن تصحيحه والالتزام بلغوية القصد المزبور بالتقريب الذي سيأتي في مبحث الفضولي^(٣). وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

وجوب تعيين الموجب لخصوص المشتري،

والقابل لخصوص البائع

المبحث الرابع: في تعيين الموجب لخصوص المشتري، والقابل لخصوص البائع. أقول: وملخص القول فيه أنّ الكلام يقع في موارد:

المورد الأول: في أنّه هل تصحّ المعاملة مع عدم علم البائع مثلاً بأنّ مخاطبه هو

(١) المكاسب: ج ٣ / ٣٠١.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ١٥.

(٣) صفحة ١٣٦ وما بعدها.

المشتري بالأصالة، أو أنته وكيلٌ عنه، أو وليُّ عليه ؟

وبعبارة أخرى: هل يجب أن يكون البائع عالماً بمن ينتقل إليه ماله، وينتقل الثمن

منه إليه، أم يجب التفصيل بين العقود ؟

والحق في هذا المقام: هو التفصيل بين البيع ونحوه، والنكاح وشبهه، فإنّه في

النكاح تختلف الرغبات باختلاف الطرفين، كما أنته في الوقف تختلف الأغراض

باختلاف الموقوف عليهم، فيلزم التعيين.

وأما في البيع فلا يختلف الغرض باختلاف المالك، بل الركن فيه هو العوضان،

وعليه فلا يجب فيه التعيين.

نعم، لا يبعد القول بوجود التعيين في صورة كون العوض هو الكلي في الذمّة،

فإنّه تختلف الأغراض باختلاف من يستقرّ في ذمّته ذلك، مع أنته من جهة اعتبار

معلومية العوض، لا بدّ من تعيين من يستقرّ في ذمّته الكلي لاختلاف ما في

الذم باختلافها.

المورد الثاني: في أنته هل يكون للكلام ظهوراً في كون المخاطب هو طرف

المعاملة بالأصالة، فليس له أن يقبل عن غيره، أو لا ظهور له في ذلك ذاتاً، أو

لقريئة نوعيّة صارفة عن ظهوره الذاتي، أم هناك فرق بين المعاملات ؟

أقول: الأظهر هو الأخير، والصحيح في وجهه ما أفاده الشيخ رحمته الله ^(١)، بما حاصله

أنّ في البيع ونحوه قريئة نوعيّة صارفة عن ظهور الكلام في كون المخاطب به هو

طرف المعاملة بالأصالة، وتلك القريئة هي أنّ الغرض فيه متعلّق بالمبادلة،

ووصول كلٍّ منهما إلى عوض ماله، إذ هذا الغرض يكشف عن طور القصد العقدي، ولا يبقى معه ظهور في ذلك، وأما في النكاح وشبهه فلا صارف عن الظهور الذاتي للكلام، بل اختلاف الرغبات باختلاف طرفي العقد يؤكد ذلك الظهور.

المورد الثالث: في أنه مع العلم بكون الطرف وكيلًا أو نائبًا، هل يصح في مقام إجراء الصيغة أن يجعله طرفاً في المعاملة، أم لا بدّ من ذكر الموكل أو المولى عليه، أم يفصل بين المعاملات؟

أقول: الأظهر هو الأخير، فإنه فرقٌ بين النكاح ونحوه والبيع وشبهه، لا من جهة أنّ معنى (أنكحتك) جعلتكَ زوجاً، ومعنى (بعتك) جعلتكَ طرفاً للبيع، وهو صادقٌ على الولي والوكيل، ولا يصدق الزوج عليها، لأنه يمكن أن ينتقض عليه بما إذا أنشأ البيع بلفظ (ملكتك) فإنّ معناه جعلتكَ مالكاً، والمالك لا يصدق على الوكيل والولي.

بل من جهة أنه على القول باعتبار الصراحة في ما تُنشأ به المعاملة، بما أنه تعارف في البيع توجيهه إلى المخاطب بعنوانه الأعمّ، ولم يتعارف ذلك في النكاح، فيجوز في الأوّل دون الثاني، من جهة وجود الصراحة، بمعنى أنّ أهل العرف يفهمون منه المراد في الأوّل دون الثاني.



اشتراط الاختيار

المسألة الثالثة: ويدور البحث فيها عن أنّ من شرائط المتعاقدين لزوم الاختيار، والمراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس، في مقابل الكراهة لا الاختيار في مقابل الجبر.

أقول: الكلام في هذه المسألة إنّما هو في اعتبار أمر آخر وراء القصد المقوم للعقد الذي انعقدت له المسألة السابقة، وهو أنّه هل يعتبر صدور العقد عن طيب النفس والرضا، فلا يجوز إن وقع عن كره، أم لا يعتبر ذلك؟

فما يظهر من جماعة - منهم الشهيدان^(١) - حيث قالوا: إنّ المكره قاصدٌ إلى اللَّفظ غير قاصد إلى مدلوله - من إرجاع هذا البحث إلى البحث السابق، وجعل المكره من مصاديق غير القاصد - في غير محلّه.

وما ذكره الشيخ^(٢): في توجيهه بأنّ مرادهم أنّ المكره غير قاصد لوقوع مضمون العقد في الخارج.

ممنوع: لأنّهم صرّحوا بكونه غير قاصد إلى مدلوله، ووقوع مضمون العقد في الخارج ليس مدلولاً له، كما هو واضح.

أقسام المعاملات: إنّ المعاملات الرائجة المتعارفة بين الناس إنّما تكون على أقسام أربعة:

الأول: أن تكون لأجل جلب المنفعة.

(١) الدروس: ج ٣ / ١٩٢، مسالك الأفهام: ج ٣ / ١٥٦.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٣٠٩.

الثاني: أن تكون لا لجلب النفع ولا لدفع الضرر.

الثالث: أن تكون لأجل دفع الضرر المترتب على شيء آخر، كما لو باع ثوبه

ليشتري بتمنه طعاماً ويطعم أهله، فإنّ البيع إنّما يكون لدفع ضرر الجوع.

وبعبارة أخرى: تكون المعاملة للتخلّص عن الضرر المتوجّه إليه المترتب على

أمر آخر.

الرابع: أن تكون لأجل ترتّب الضرر المترتب على ترك المعاملة، كما لو

أكره عليها.

أقول: لا إشكال في صحّة المعاملة في القسمين الأولين، وأمّا المعاملة من القسم

الثالث فهي مشمولة للعمومات بلا كلام، وما يتوهم أن يكون دليلاً على بطلانها أمران:

أحدهما: ما دلّ على اعتبار طيب النفس الذي سيمرّ عليك.

الثاني: حديث الرفع الآتي.

وشيءٌ منها لا يصلح لذلك:

أما الأول: فلوجود الرضا وطيب النفس بها بأيّ معنى كان.

وأما الثاني: فلأنّ حديث الرفع لوروده مورد الامتنان يختصّ بما إذا كان في

رفع الحكم منّة على العباد، وحيث لا منّة في رفع أثر مثل هذه المعاملة، فلا تكون

مشمولة للحديث.

أقول: وأمّا ما أفاده المحقّق النائيني رحمته الله ^(١) في وجه عدم الشمول، من أن

الاضطرار إلى المعاملة عبارة عمّا تكون نفس المعاملة اضطرارية، وأمّا إذا كانت

المعاملة مما يدفع به الاضطرار، فلا يدلّ الحديث على رفعها، كما أنه لو كان الخطأ أو النيسان متعلّقاً بأمرٍ آخر غير نفس المعاملة، وصدرت المعاملة عن عمدٍ والتفات، فمثلها لا ترتفع بالحديث.

فيرد عليه أولاً: النقض بما إذا كانت المعاملة غير جائزة في نفسها، كما لو أنذر أن لا يبيع داره، فإنّ لازم ذلك عدم ارتفاع حرمة البيع، مع أنه لا أظنّ أن يلتزم به. وثانياً: إنّ الاضطرار إذا تعلّق بشيء، وكانت المعاملة دافعة له، فلا محالة يتعلّق الاضطرار بها أيضاً، فالصحيح ما ذكرناه.

أدلة بطلان عقد المكره

وأما القسم الرابع: وهو الذي انعقدت له هذه المسألة، وهو عقد المكره، فقد استدلّ على بطلانه - في مقابل العمومات المقتضية لصحته فيما إذا كان واجداً لجميع ما يعتبر في الصحة، من قصد اللفظ والمعنى وغير ذلك من القيود - بوجوه:

الوجه الأول: ما دلّ على اعتبار الرضا وطيب النفس، وهو قوله تعالى: ﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) في آية التجارة.

وأحاديث عدم حليّة مال إمراء مسلمٍ إلاّ بطيب نفسه^(٢).

أقول: والكلام فيهما يقع في موردين:

الأول: في أنّ عقد المكره فاقد للرضا أم لا؟

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٥ / ١٢٠ - ١٢١ ب ٣ من أبواب مكان المصلّي، الاحتجاج: ص ٢٦٧، الكافي: ج ١ / ٤٢٦.

المستدرک: ج ١ / ٢١٢.

الثاني: في دلالة ما ذكر على اعتبار الرضا في صحّة العقد وعدمها.
 أما المورد الأول: فقد ذهب جمعٌ من المحققين منهم السيّد الفقيه^(١)، والمحقّق
 الاصفهاني^(٢)، والمحقّق الايرواني^(٣) إلى أنّه غير فاقد للرضا، وأنّ الرضا
 ملازمٌ للإرادة.

وقد أفاد المحقّق الاصفهاني^(٤) في وجه ذلك بأنّ الإرادة المحرّكة للعضلات
 نحو الفعل لا تتعلّق بشيء، إلّا إذا كان فيه جهة ملائمة لقوّة من القوى، وإلّا
 فلا ينقذ بسببها الشوق في النفس، كي يتأكّد ويصير علّةً لحركة العضلات، وهذه
 الملائمة ربما تكون بالإضافة إلى القوى الطبيعيّة كالباصرة وغيرها، وربما تكون
 بالإضافة إلى القوّة العاقلة كما في شرب المريض الدواء، وربما تجتمعان، فما من فعلٍ
 إرادي إلّا وهو يصدر إمّا عن شوق طبيعي، أو عن شوق عقلي، فليس الرضا وراء
 الإرادة ومبادئها، فالفعل الصادر عن إكراه كالصادر عن اضطرار إمّا يكون عن
 طيب عقلي غالب على الكراهة الطبيعيّة، وإلّا لما صدر.

وفيه: إنّ الرضا بحسب المتفاهم العرفي يلازم ابتهاج النفس في مقابل انقباضها،
 وذلك ربما يكون مع إرادة الفعل، وآخر لا يكون معها كما في المكره، وأمّا في المضطرّ
 فهو موجودٌ دائماً، وإنّ شئت فاختر ذلك من حال العرف، فهل يتوهّم أحدٌ أنّ
 يكون قول القائل: (إني فعلتُ ذلك باختيارٍ عن غير رضاٍ منّي) إذا كان مكرهاً
 عليه، متهافتاً في كلامه هذا!

وبالجملة: لا ينبغي التأمّل في أنّ الرضا بحسب المتفاهم العرفي غير الإرادة ومبادئها.

(١) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١١٩.

(٢) حاشية المكاسب للاصفهاني: ج ١ / ٤٠ و ٣٩.

(٣) تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ١٠٥.

وأما المورد الثاني: فالأظهر عدم دلالة الآية والرواية على اعتبار الرضا: أما الآية: فلأنه إذا كان الاستدلال بالمستثنى منه، وهو ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾^(١) بدعوى أنّ عقد المكره - أي الصادر عن غير الرضا - من مصاديق الباطل.

فيرد عليه: أنه مع إذن المالك الحقيقي - الموجب لخروجه عن كونه باطلاً، والمستكشف في المقام من العمومات - لا مجال للاستدلال به.

وإن كان الاستدلال بالمستثنى، وهو: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢).

فيرد عليه: أن الاستثناء منقطع غير مفرغ، ومثله لا يفيد الحصر.

وأما الرواية: فلأنّ ظاهر الحليّة من جهة استنادها إلى المال لا إلى المعاملات هو الحليّة التكليفية، وقد تقدّم في هذا الشرح أن الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد. وعليه، فهذه الرواية إمّا لا تشمل عقد المكره، لعدم حرمة تكليفاً، أو تشمله ولا تدلّ على عدم نفوذه.

الوجه الثاني: حديث الرفع^(٣)، ودلالته على بطلان عقد المكره، بناءً على ما حقّقناه في حاشيتنا على «الكفاية»^(٤) من عموم الحديث لجميع الآثار والأحكام التكليفية والوضعية واضحة، فإنّه يدلّ على عدم نفوذ عقد المكره.

وأما ما أفاده الشيخ الأعظم^(٥): من أنه يدلّ على ذلك حتّى بناءً على كونه

(١) و (٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ / ١٣٨ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه، وج ٢٣ / ٢٢٤ - ٢٢٨ ب ١٢ من أبواب

كتاب الايمان، وص ٢٣٥ - ٢٣٨ ب ١٦ من أبواب كتاب الايمان.

(٤) حواشي المصنّف على الكفاية لم تطبع لحدّ الآن.

(٥) المكاسب: ج ٣ / ٣٠٩.

ظاهراً في رفع المؤاخذة، من جهة أنّ استشهاد الإمام عليه السلام به في رفع بعض الأحكام الوضعية كما في صحيح البرزني^(١) - حيث استدلّ عليه السلام به على عدم وقوع آثار ما حلف به من الطلاق والعتاق - يدلّ على أنّ المراد بالنبوي ليس خصوص المؤاخذة. فيرد عليه: أنته بعد فرض كون الحلف بالطلاق والعتاق غير صحيح عندنا من دون الإكراه أيضاً، لا محالة يكون الاستدلال به غير جارٍ على الحقّ، ولا يكون الحديث منطبقاً على المورد، وعليه فلا وجه لصرف النبوي عن ظاهره، إذ لا منشأ له سوى دلالة الاقتضاء وتصحيح التعليل، ومع فرض كون التطبيق جارياً على وفق التقيّة، لا يبقى لذلك محلّ فافهم واغتمم.

وعليه، فالصحيح ما ذكرناه.

الوجه الثالث: النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه، كالتخبر الحسن الذي رواه زرارة عن الإمام الباقر عليه السلام:

«عن طلاق المكره وعتقه؟ فقال عليه السلام: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق»^(٢). ونحوه غيره، بضميمة عدم الفرق.



(١) وسائل الشيعة: ج ٢٣ / ٢٢٦ ب ١٢ من أبواب كتاب الايمان ح ١٢ رقم ٢٩٣٤٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٢ / ٨٦ ب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه ح ١ رقم ٢٨٠٩١، الكافي: ج ٦ / ١٢٧ ح ٢.

حقيقة الإكراه

بعدما ثبت أنّ الميزان في صحّة المعاملة وفسادها، هو صدق كونها مكرهاً عليها وعدمه، وأنّ وجود طيب النفس والرضا وعدمه أجنبيّان عن هذا المقام، لا بدّ من بيان حقيقة الإكراه وبيان ما يعتبر فيها.

فأقول: حقيقة الإكراه هي حمل الغير على ما يكرهه، ويعتبر في صدقه أمور:
الأمر الأول: أن يكون بحمل الغير على الفعل، وأمّا إذا لم يكن ذلك بل فعله لترضية خاطره، فلا يصدق عليه المكره عليه، كما أنه لو لم يكن حمل من إنسان، بل الذي حمّله على ذلك إمّا الضرورة أو الخوف من حيوانٍ مثلاً فإنّه لا يصدق عليه الإكراه.

الأمر الثاني: أن يكون حمل الغير مقترناً بوعيدٍ منه على تركه بالمطابقة أو بالالتزام، كما هو الغالب في حمل السلطان الجائر، فلو حمّله على فعلٍ مع وعده بالنفع - كما لو وعده بأن ينصبه والياً إذا باع داره - فإنّه لا يعدّ مكرهاً عليه.

الأمر الثالث: أن يكون الضرر المتوعّد به ممّالاً يمكن مستحقاً عليه، فلو قال: (بع دارك وإلاّ قتلتك قصاصاً) وكان مستحقاً له، أو (والّا لأطالبتك بالدين الذي لي عليك) لا يصدق الإكراه.

الأمر الرابع: أن يكون حمل الغير متعلّقاً بنفس المعاملة، فلو حمّله على إعطاء مال، وتوقّف ذلك على بيع داره، لا يصدق على البيع أنه مكرهٌ عليه.

وإنّ أبيت عن ذلك، فلا أقلّ من عدم شمول حديث الرفع له، فإنّ رفعه تضيق

لا توسعة، وقد مرّ أنه يعتبر في شموله كون رفعه منته وتوسعة.
 الأمر الخامس: أن يحتمل ترتّب الضرر المتوعدّ به، ولا يعتبر العلم به ولا
 الظنّ، ولا فرق بين أن يكون الضرر المترتب وارداً من ناحية الأمر أو من غيره،
 فلو أمره أمرٌ بفعلٍ وخاف من ترتّب الضرر على تركه من ناحية أخيه مثلاً، صدق
 عليه أنه مكرهٌ عليه.

اعتبار العجز عن التفصي بما لا ضرر فيه

أقول: وهل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي والفرار عن
 الضرر المتوعدّ به أم لا؟ فيه أقوال خمسة^(١):

القول الأوّل: اعتبار العجز عن التفصي بالتورية أو غيرها في صدقه.

القول الثاني: عدم اعتباره.

القول الثالث: التفصيل بين التورية وغيرها، فيعتبر العجز عن التفصي بها.

القول الرابع: التفصيل بينها حكماً لا موضوعاً.

القول الخامس: إنّه يعتبر في الإكراه الراجع للحكم التكليفي العجز عن التفصي

بالتورية وغيرها، وأمّا في الإكراه الراجع لأثر المعاملة، فلا يعتبر ذلك، بل يكفي

العجز الفعلي المتحقّق مع إمكان التفصي، وستعرف تقريب ذلك.

أقول: يقع الكلام في المقام في جهتين:

الأولى: في بيان المختار ووجهه.

الثانية: في بيان وجه سائر الأقوال.

وقبل البحث في الجهتين، لا بأس ببيان حقيقة التورية:

التورية: هي أن يلقى المتكلم كلاماً له ظهورٌ في معنى، وهو يريد منه غير ذلك المعنى، ويكون المعنى المراد مطابقاً للواقع دون المعنى الظاهر، كما إذا استأذن رجلٌ بالباب وقال الخادم له: (ما هو هاهنا) مشيراً إلى موضعٍ خالٍ من البيت.

أقول: ويعتبر في صدق التورية وتحققها أمران آخران:

أحدهما: أن يكون اللفظ بحسب المتفاهم العربي ظاهراً في غير ما أفاده المتكلم، فلو كان ظاهراً فيه، ولكن المخاطب لقصور فهمه لم يتنبه له، لم يكن ذلك من التورية.

ثانيهما: أن تكون إرادة ذلك المعنى من ذلك اللفظ صحيحة، بأن تكون بينهما علاقة، فلو كان استعماله فيه غير صحيح، لما كان من التورية، مثلاً لو قال: (أعطيتُ زيداً خمسين درهماً) وأراد به درهماً واحداً، وقد أعطاه في الواقع درهماً لم يكن ذلك من التورية.

وعلى هذا فالتورية خارجة عن الكذب الذي هو عبارة عن عدم مطابقة المعنى المراد للواقع موضوعاً.

والتحقيق: إن الأقوى هو القول الأول، وذلك لأنه يعتبر في صدق المكره عليه على الفعل كونه صادراً على نحو الإلجاء والضرورة، فع إمكانية التفصي لا يصدق ذلك. وبعبارة أخرى: إن من يتمكن من التفصي عن الفعل المكره عليه يكون مجبولاً على الجامع بينه وبين ما أكره عليه، فاختيار ذلك الفعل لا محالة يكون لخصوصية

أخرى غير الجهة المشتركة بينه وبين التفصي ، فيستند ذلك الفعل لا محالة إلى غير الإكراه.

وأما الجهة الثانية: قد استدلّ للقول الثاني - وهو عدم اعتبار التفصي مطلقاً - بوجوه: الوجه الأول: أن الإكراه إنما هو على الفعل، وهو مكرهٌ عليه بدوياً، والتفصي إنما يكون تخلصاً عن الإكراه بعد تحقق موضوعه، وعليه فالإكراه متحققٌ ولو لم يتفص.

الوجه الثاني: إنَّ حمل النصوص ومعاهد الإجماعات على صورة عدم إمكان التفصي حملٌ بعيد، بل غير صحيح، إذ في كلِّ موردٍ فرض الإكراه، لا محالة يتمكّن الشخص من الفرار عنه بالتورية، أو عدم القصد، أو غير ذلك.

الوجه الثالث: الخبر الذي رواه ابن سنان، عن مولانا الصادق عليه السلام أنه قال:

«لا يمين في غضبٍ، ولا في قطيعةٍ رحم، ولا في إكراه.»

قلت: أصلحك الله فما الفرق بين الجبر والإكراه؟

فقال عليه السلام: الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب،

وليس ذلك بشيء»^(١).

أقول: وفي الجميع نظر:

أما الوجه الأول: فلأنَّه مع التمكن من الفرار عما أكره عليه، لا يصدق أنَّه مكره عليه، لما عرفت من أنَّه يعتبر في صدقه ترتب الضرر المتوعد به على تركه، فعلى إمكان التفصي لا يترتب ذلك على تركه، فلا يصدق عليه الإكراه.

وأما الوجه الثاني: فلأنَّ الغالب أنَّ المكره حين الإكراه لا يلتفت إلى عدم كونه مكرهاً على القصد، ولأجله يرى نفسه مكرهاً على القصد أيضاً، مع أنَّه لو سلّم

(١) وسائل الشيعة، ج ٢٣ / ٢٢١ ب ١٦ من أبواب كتاب الايمان ح ١١ رقم ٢٩٤١٦، التهذيب، ج ٨ / ٢٨٦ ح ٤٥.

كون ذلك فرداً نادراً فإنه لا محذور فيه، إذ حمل المطلق على الفرد النادر مستهجنٌ،
وأما إذا أخذ في الموضوع عنوانٌ له أفراد نادرة في نفسه، فلا محذور فيه، والمقام من
قبيل الثاني كما هو واضح.

وأما الوجه الثالث: فلأنه أجنبي عن المقام، إذ:

إمّا نلتزم بأنّ الأمّ أو الزوجة أو الأب قادرون على إلحاق الضرر به لو ترك ما
أكره عليه، فهو يدلّ على أنّه لا فرق في الضرر المترتب بين كونه قوياً أو ضعيفاً.
وإمّا نلتزم بالعدم، فهو يدلّ على عدم اعتبار ترتب الضرر على ترك الفعل
المكره عليه، فيكون حينئذٍ خلاف المتفق عليه.

واستدلّ للقول الثالث: بأنّه يعتبر في صدق الإكراه، أن يعلم المكره أو يظنّ
بأنّه لو امتنع عن الفعل واطّلع عليه المكره (بالكسر) أضرب به، ومن المعلوم أنّ هذا
يصدق مع إمكان التفصي بالتورية، ولا يصدق مع التكنّ من التفصي بغيرها، إذ
المفروض تمكّنه من الامتناع مع علم المكره وعدم وقوع الضرر عليه.

وفيه: المعتبر في صدقه أنّه لو امتنع يحتمل أو يظنّ وقوع الضرر عليه، فمع
العلم بعدم التفات المكره (بالكسر) إلى التورية، يعلم بعدم وقوعه عليه، فلا يصدق
عليه الإكراه، ألا ترى أنّه لو فرض إرسال الجائر الخمر إلى بيت أحدٍ ليشربها، وهو
يقبل قوله لو أخبره بأنّه شربها، ويتمكّن من عدم الشرب وإظهار الشرب، أنّه
لا يجوز له الشرب من جهة أنّه لو اطّلع المكره على الامتناع لأوقعه في الضرر.

واستدلّ للقول الرابع:

١- بالأخبار^(١) التي تجيز الحلف كاذباً عند الخوف والإكراه.

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٣ / ٢٢٤ - ٢٢٨ ب ١٢ من أبواب كتاب الايمان.

٢- وبما ورد^(١) في قضية عمار وأبويه، حيث أكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلا، وأظهر لهم عمار ما أرادوا، فجاء إلى النبي ﷺ فنزلت الآية *مَنْ أْكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ*^(٢) فقال له ﷺ: «إِنْ عَادُوا فَعُدُّ»، ولم ينتبهه على التورية.
أقول: وفيها نظر:

أما الأول: فلأنَّ عدم الإشارة إلى التورية، إنما هو لأجل أنَّ طبع المتكلم في بيان مراداته بالألفاظ، إنما هو بإلقاء الألفاظ الظاهرة فيها، ولا يمكن له التورية إلا بالتروي، وهو في مقام الخوف والإكراه عسر جداً، وخرج شديد.

وأما الثاني: فلأنَّ السب والتبري حرامٌ حتى مع عدم قصد المعنى وقصد معنى آخر، لأنَّ مناط حرمة السب هو انتهاك المسبوب عند الغير، وهذا المناط موجودٌ مع عدم القصد أيضاً.

قال المحقق النائيني^(٣): في معرض جوابه عن الوجه الأول بأنَّ التورية أيضاً من الكذب المحرّم، ولأجله لم ينتبه عليها.

وفيه: ما عرفت من خروج التورية عن الكذب موضوعاً.

وأما القول الخامس - الذي اختاره الشيخ^(٤) - فحاصله:

الفرق بين الإكراه الرافع لأثر المعاملات، فيكفي فيه العجز عن التفصي فعلاً، وإن كان قادراً على أن يقدر نفسه عليه، وأما الإكراه الموسّغ للمحرّمات فيعتبر فيه العجز المطلق، فمن كان قادراً على التفصي، ليس له ارتكاب المكره عليه.

واستند^(٥) في ذلك إلى أنَّ المناط في الإكراه الرافع لأثر المعاملات، هو عدم

(١) وسائل الشيعة، ج ١٦ / ٢٢٥ - ٢٢٣ ب ٢٩ من أبواب الأمر والنهي وما يناسبهما من كتاب الأمر بالمعروف.

(٢) سورة النحل: الآية ١٠٦.

(٣) منية الطالب: ج ١ / ٣٨٩.

(٤) (٥ و ٤) المكاسب: ج ٣ / ٣١٦ و ٣١٧.

طيب النفس بالمعاملة، وهو يتحقّق مع العجز الفعلي، وإن أمكن التفصّي، ومثّل لذلك بمن كان قاعداً في محلّ فارغ للعبادة، فجاءه من يُكرهه على بيع داره، وهو في هذه الحال لا يقدر على دفع ضرره، وله خَدَمٌ في الخارج لو خرج إليهم يكفونه شرّ المكره، ولكن يكره الخروج.

وعليه، فالظاهر صدق الإكراه الرافع لأثر المعاملة.

وأما الإكراه المسوّغ للمحرّمات: فقد فسّره عليه السلام بأنّه عبارة عن الجبر غير الصادق في المثال المتقدّم الذي يتبادر منه لفظ الإكراه، وعليه يُحمل حديث الرفع وغيره.

ويرد عليه أولاً: قد عرفت أنته لا دليل على اعتبار الرضا وطيب النفس في صحّة المعاملات، بل الرافع هو الإكراه، وعليه فلا فرق بين المعاملات والتكليفات في أنّ الرافع والمسوّغ هو الإكراه.

وثانياً: لو سلّم اعتبار الرضا وطيب النفس، فالظاهر أنّ الرضا ليس إلّا ما يقابل الكره، ففي كلّ موردٍ لم يكن الرضا موجوداً، لا محالة يصدق الإكراه، مثلاً في المثال المتقدّم إذ لم يكن الخروج من ذلك المكان حرجياً ولا ضرورياً، فإنّه كما لا يصدق الإكراه كذلك لا يصدق عدم الرضا وطيب النفس، وأما إن كان حرجياً أو ضرورياً، فكما يصدق عليه عدم الرضا يصدق الإكراه أيضاً.

فمحصل: أنّ الأظهر هو اعتبار عدم إمكان التفصّي مطلقاً.



في حكم من أكره على أحد أمرين

أقول: يقتضي المقام البحث عن عدّة أمور تتعلّق بالإكراه:
 الأمر الأوّل: لو أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه:
 فتارة: يكون الإكراه على الأفراد الطولية.
 وأخرى: يكون على الأفراد العرضيّة.

أما الصورة الأولى: فقد أفاد المحقّق النائيني رحمته الله (١) في حكمها بالفرق بين الأفعال المحرّمة شرعاً والمعاملات، فلو كان مكرهاً على شرب الخمر موسّعاً لا يجوز له المبادرة إليه في أوّل الوقت، إذ لا بدّ في ارتكاب المحرّم من المسوّع له حين الارتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزماً، فاختياره فعلاً لا يجوز له، وأما لو كان مكرهاً على بيع داره موسّعاً، فإنّ إقدامه على البيع في أوّل الوقت لا يُخرجه عن الإكراه.

وفيه: أنّه بعدما عرفت من أنّ الرافع لأثر المعاملات بعينه هو المسوّع للمحرّمات لوحدة الدليل، لم يظهر لنا الفرق بين البابين.

أقول: فالحقّ في المقام أنّ يقال إنّ الإكراه:

تارة: يكون على الجامع.

وأخرى: على الفردين على البدل.

١- فإنّ كان على الجامع الذي هو موضوع الأثر، فحيث أنّ وجود الجامع في

الخارج لا بدّ وأن يكون مع خصوصيّة من الخصوصيّات، والمفروض أنّ موضوع الأثر هو الجامع دون الخصوصيّات، فكلّ ما وجد في الخارج يقع مكرهاً عليه، والخصوصيّة الملازمة وإن لم تكن مكرهاً عليها، إلاّ أنّه لا أثر لها حتّى ترتفع بالإكراه كي يقال إنّّه لا إكراه عليها.

وأما إنّ كان الإكراه على الجامع بين ما هو موضوع الأثر وغيره - كالإكراه على بيع داره صحيحاً أو فاسداً - فحيث أنّ الجامع المكره عليه لا أثر له، وما له الأثر وهو الخصوصيّة لا إكراه عليها - وإن كانت هي أو مقابلها ممّا لا بدّ منه - فلا يرتفع شيءٌ بالإكراه، وسيأتي لذلك زيادة توضيح في القسم الثاني.

٢ - وأما إنّ كان على الفردين على البدل.

فقد يقال: كما عن المحقّق الاصفهاني رحمته الله ^(١) بالفرق بين باب المعاملات والمحرمات: ففي الأوّل: لو اختار أحدهما - وإن كان هو موضوع الأثر دون مقابله - يقع مكرهاً عليه، ولا يترتب عليه الأثر، إذ المفروض أنّه ومقابله كليهما مكرهٌ عليها على البدل، فكلٌّ منهما يقع في الخارج يتّصف بكونه مكرهاً عليه، واختيار كلّ منهما اختيار البدل الإكراهي.

وفي الثاني: لا يجوز اختيار ما هو موضوع الحكم إن لم يكن مقابله كذلك، كما في الإكراه على شرب الخمر أو الماء، إذ المسوّغ في المحرمات هو الاضطرار، ومع وجود البدل المباح لا اضطرار إلى الحرام.

ولكن يرد عليه أولاً: إنّ المسوّغ للمحرمات - مع قطع النظر عن الاضطرار -

(١) حاشية المكاسب للاصفهاني: ج ٢ / ٤٧.

هو الإكراه، فمع صدق المكره عليه على المحرم، ترتفع حرمة به، وإن لم يصدق عليه المضطر إليه، وعليه فلا وجه للفرق بين البابين.

وثانياً: إن الإكراه على البدل لا يزيد على الإكراه التعييني، فقد مرَّ أنَّ الإكراه غير صادق مع إمكان التفصي في الإكراه التعييني، ولا يرتفع الأثر به، فكذلك في الإكراه على البدل، فإذا كان أحدهما موضوع الأثر دون الآخر، فيمكن التفصي عما هو موضوع الأثر، وبالتالي فلا وجه لتطبيق أدلة الإكراه عليه.

وإن شئت قلت: إنَّه في الإكراه على البدل بين ما هو موضوع الأثر وما لا أثر له، يصرح المكره بإتيان موضوع الحكم أو التفصي عنه، فلا مورد لأدلة الإكراه.

فحصل: أنَّه لو أكره على فردين أحدهما مباح والآخر حرام، أو أحدهما صحيح والآخر فاسد، فحيث إنَّه يمكن التخلُّص عن الحرام والصحيح فلا يكون مكرهاً عليه.

أقول: ومنه يظهر حكم ما لو كان حكم أحدهما أشدَّ دون الآخر، كما لو أكره على شرب النجس أو النجس المغصوب، فإنَّه لا يجوز ارتكاب الثاني، لقدرته على التفصي بالنسبة إلى المغصوب.

حكم إكراه أحد الشخصين على فعل واحد

الأمر الثاني: لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد، بمعنى إلزامه عليها كفاية، وإيعادهما على تركه، ففيه وجوه وأقوال:

القول الأول: ما اختاره الشيخ الأعظم^(١)، من أن فعل كلٍّ منها يقع مكرهاً

عليه، وإن علم أن صاحبه يفعله.

القول الثاني: ما اختاره المحقق النائيني رحمته (١)، من أنه لو علم أن صاحبه يصدر عنه الفعل لغير داع الإكراه، لا يقع فعله مكرهاً عليه، وإلا لوقع كذلك وإن علم أن صاحبه يفعله لدفع الإكراه.

القول الثالث: ما اختاره السيد الفقيه (٢)، من أنه إن علم بأن صاحبه يفعله حتى لو قام بفعله، فإنه لا يقع فعله مكرهاً عليه، وإلا فيقع كذلك وإن علم أنه يفعله إن لم يبادر هذا إلى الفعل.

القول الرابع: ما اختاره المحقق الايرواني رحمته (٣)، من أن إكراه كل مختص بصورة عدم إتيان الآخر، فإذا احتمل كل إتيان صاحبه لم يكن فعله عن إكراه. القول الخامس: ما هو الحق في المقام وستعرفه.

أقول: وقبل بيان ما هو الحق، ينبغي التنبيه على مقدمة، وهي:

إن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد، كما يجابه عليها على نحو الكفاية، فكما أن كلاً منهما في الفرض الثاني مكلف؛ غاية الأمر بالتكليف المشروط بعدم إتيان الآخر، ولهذا بنينا في الواجب الكفائي على أن كلاً منهما لو بادر إلى الفعل كان فعله مصداقاً للواجب، ويثاب عليه، ولو صدر الفعل عن الجميع في عرض واحد، وقع كل منهما مصداقاً له، ويثاب عليه، كذلك كل منهما مكره على الفعل في المقام في فرض عدم مبادرة صاحبه إلى الفعل.

نعم بين البابين فرق من ناحية أخرى، وهي أنه يعتبر في صدق الإكراه عدم

(١) منية الطالب: ج ١ / ٣٩٩.

(٢) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٢٣.

(٣) تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ١٣٦.

إمكان التفصي والتخلص عن المكره عليه كما عرفت.

إذا عرفت هذا فاعلم: أن المكره عليه :

إن كان فعلاً واحداً، ولم يكن ترتب الأثر أو الحكم بلحاظ حيثية الصدور، كما لو أكره أحد الوليين على بيع مال الصبي فإن فعل كل منهما يقع فعله مكرهاً عليه، وإن علم صاحبه يفعله فإن ما هو موضوع الأثر - وهو البيع على مال الصبي - لا يمكن التفصي عنه، والمفروض وقوع الإكراه عليه.

وإن كان المكره عليه فعلاً واحداً، وكانت حيثية الصدور دخيلة في الحكم، كما لو أكره أحد الشخصين على شرب إناء معين من الخمر على نحو الكفاية، فإن علم أن صاحبه يشربه، لا يجوز له الشرب، ولو شرب لا يكون مكرهاً عليه، لفرض إمكان التفصي والتخلص، بمعنى أنه لو لم يفعل لما وقع في الضرر، ولو علم أن صاحبه لا يفعله، جاز له الشرب، ويقع فعله مصداقاً للمكره عليه.

ولو احتمل ذلك، فهل يجوز له الفعل أم لا؟

وجهان مبدئيان على أنه هل يعتبر في صدق الإكراه العلم بترتب الضرر على فرض الترك، أم يكفي احتمال ترتبه؟

إذ على الأوّل لا يجوز الفعل لعدم العلم بترتبه، وعلى الثاني يجوز.

وبالجملة: حيث عرفت أن الأظهر هو الثاني، فالأقوى هو الجواز، إلا إذا علم

بأن صاحبه يفعله.

صور تعلق الإكراه

الأمر الثالث: يدور البحث فيه عن صور تعلق الإكراه، فقد:

١- يتعلق الإكراه بالعاقد والمالك.

٢- وقد يتعلق بالمالك دون العاقد.

٣- وقد يتعلّق بالعاقِد دون المالك.

أقول: وقد تقدّم حكم تعلّق الإكراه بالمالك العاقِد، والكلام في المقام إنّما هو

في صورتين:

الأوّل: ما لو تعلّق الإكراه بالمالك دون العاقِد، كما لو أكره على التوكيل في

بيع ماله.

الثانية: ما لو انعكس الأمر، وهي ما لو أكره العاقِد دون المالك.

أمّا الصورة الأوّل: فلا إشكال في فساد التوكيل، فالعاقِد يكون فضولياً في بيعه، فلو تعقبه الإجازة صحّ وإلا فلا، وهذا ممّا لا كلام فيه، إنّما الكلام في أنّه إذا كان مورد الوكالة إيقاعاً دون العقد، كما لو أكره على التوكيل في طلاق امرأته ولم يجز الطلاق، بل أجاز الوكالة، فإنّه إن أجاز الطلاق لا يصحّ للإجماع^(١) على عدم صحّة الفضولي في الإيقاعات، وإن تعقبه الإجازة، وبنينا على الكشف دون النقل، إذ على النقل لا يصحّ في المقام كما هو واضح.

أقول: والحقّ أنّ يقال:

إنّه إنّ كان معقد الإجماع عدم صحّة الإيقاع الذي تعلّق به الإجازة، ففي المقام

بما أنّ الإجازة تتعلّق بالوكالة دون الطلاق يصحّ الطلاق.

وإن كان المعقد أنّ الإيقاع لا يصحّ أنّ يكون معلقاً على الإجازة، كما هو الظاهر

منه، فلا يصحّ في المقام، فإن صحّ الطلاق موقوفة على صحّة الوكالة، المتوقّفة

صحّتها على الإجازة، والمتوقّفة على المتوقّف على شيءٍ عليه متوقّف عليه، فتكون

(١) المبسوط: ج ٥ / ١٤، جواهر الفقه: ص ١٨٢، تحرير الأحكام (ط): ج ٢ / ٥٤، القواعد والفوائد: ج ١ / ٣٦٨.

صحة الطلاق موقوفة على الإجازة فلا يصح.

فتحصل: أن الأظهر عدم الصحة، سواء تعلقت الإجازة بالإيقاع أو بالتوكيل.
وأما الصورة الثانية - وهي ما لو تعلق الإكراه بالعقد دون المالك -:

١ - فقد يكون المكره هو المالك، كما لو قال المالك للعائد: (بع داري أو طلق زوجتي).

٢ - وقد يكون الإكراه من الأجنبي، كما لو أكره الوكيل على بيع دار موكله أو طلاق زوجته.

وإلى هاتين الصورتين نظر صاحب «المسالك»^(١)، وتكون الصورة هي الفرع الأول المذكور فيها، والصورة الثانية هي الفرع الثاني. وقد ذكرهما الشيخ رحمته في «المكاسب»^(٢).

أقول: في المقام أقوال:

أحدها: الصحة في الفرعين، ذهب إليه الشيخ رحمته^(٣) وغيره^(٤).

ثانيها: البطلان فيهما.

ثالثها: ما التزم به المحقق النائيني رحمته^(٥) من التفصيل بين الفرعين، بالبناء على الصحة في الفرع الأول، والبطلان في الثاني.

وأيضاً: قد استدلل للبطلان في الموردين بوجوه، عمدتها وجهان:

الوجه الأول: أن مقتضى حديث رفع الإكراه رفع أثر العقد.

(١) مسالك الأفهام: ج ٩ / ٢٣.

(٢) (٣ و ٢) المكاسب: ج ٣ / ٣٢٢.

(٤) حاشية المكاسب للأخوند: ص ٤٩.

(٥) منية الطالب: ج ١ / ٤٠١.

وأجاب عنه الشيخ عليه السلام ^(۱) بقوله: إن الحديث إنما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لولا الإكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لولا الإكراه. وليس مراده: أن حديث الرفع إنما يرفع الحكم الذي على المكره لا الذي له، من جهة أن ذلك هو المناسب للامتنان الذي احتمله السيد الفقيه ^(۲). فإنه يرد عليه: أن لازمه صحة قبول الهبة إكراهاً، مع أنه لا يعتبر في شمول الحديث كون الحكم ضرراً عليه، بل يكفي كونه منافياً لغرضه. كما أنه ليس مراده: أن حديث الرفع إنما يرفع الأثر المتعلق به، وأثر العقد في الفرض ليس متعلقاً به كما احتمله السيد أيضاً ^(۳). فإنه يرد عليه: أنه لا دليل على هذا التقييد، بل الظاهر أن مراده أن لفعل الوكيل جهتين:

إحداهما: جهة العقدية.

ثانيتها: جهة قيامه بالوكيل.

والإكراه لا يؤثر في فقد عقد الوكيل لشيء من الأمور المعتبرة فيه من الجهة الأولى، من العربية ونحوها، بعد كونه مستجمعة لها، والجهة الثانية غير دخيلة في ترتب الأثر وحصول النقل والانتقال، لكون الوكيل أجنبياً عن المال، بل عقده إنما يؤثر من حيث انتسابه إلى المالك الموكل، والمفروض عدم كونه مكرهاً. وعليه، فما هو موضوع الأثر لم يتعلق بالإكراه به، وما تعلق بالإكراه به لا أثر له، وهو حسن.

(۱) المكاسب: ج ۳ / ۳۲۳.

(۲ و ۳) حاشية المكاسب لليزدي: ج ۱ / ۱۲۴.

الوجه الثاني: إنَّ القصد إلى المعنى شرطٌ في صحّة العقد، ومع الشكّ في ذلك لا أصلٌ يُحرز به كون المكره قاصداً له، إذ أصالة القصد الجارية في أفعال العقلاء إنّما هي في الأفعال الاختيارية دون المكره عليها.

وفيه أولاً: إنَّ الكلام إنّما هو بعد إحراز القصد.

وثانياً: إنَّ أصالة القصد إنّما هي في مطلق الأفعال الاختيارية في مقابل الاضطرارية كحركة يد المرتعش.

واستدلَّ المحقق النائيني رحمته ^(١) للبطلان في الفرع الثاني: بأنَّ المكره إذا كان غير المالك، فغاية ما هناك رضا المالك بالعقد، ومجرد الرضا لا يصحح الاستناد، كما أنّ الكراهة الباطنية ليست ردّاً.

وفيه: إنَّ محلَّ الكلام هو كون العاقد وكليلاً مفوضاً، وفعل الوكيل يستند إلى الموكل من جهة الوكالة.

وعليه، فالأظهر هي الصحّة في الفرعين.

الإكراه على بيع عبدٍ من عبيد

الأمر الرابع: لو أكره على بيع واحد غير معيّن من عبيد، فباعها أو باع نصف أحدهما، ففي محكي «التذكرة» ^(٢): إشكال.

أقول: في المسألة صور:

الصورة الأولى: فيما لو كان المكره عليه بيعاً واحداً غير معيّن فباعها تدريجاً، فقد

(١) منية الطالب: ج ١ / ٢٠٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ١٠ / ١٤.

اعتبر الشيخ^(١) وقوع الأوّل مكرهاً عليه دون الثاني هو الظاهر، واحتمل الرجوع إليه في التعيين.

وأورد جُلّ من تأخّر عنه عليه^(٢): بأنّه لا وجه لهذا الاحتمال، إذ بعد انطباق عنوان (أحدهما) على بيع الأوّل قهراً، ورضا المكره بفعله، واندفاع ضرره لحصول مقصوده، فإنّه لا وجه لوقوع الثاني مكرهاً عليه.

ولكن يمكن أن يقال: إنّ نظر الشيخ^(٣) إلى أنّه لو باع العبد الأوّل بالبيع الحيازي، ثمّ باع الثاني، فله أن يفسخ البيع الأوّل، ليقع الثاني مصداقاً للمكره عليه، كما له أن يبقيه على حاله، ليكون الأوّل مصداقاً له، وعليه فيصبح البائع هو المرجع في التعيين بهذا المعنى، وأمّا في الصورة يتحقّق لزوم العقد الأوّل، فلا يحتمل في حق الشيخ^(٤) احتمال وقوع الثاني مكرهاً عليه.

الصورة الثانية: فيما لو كان المكره عليه يبيعاً واحداً غير معيّن، فباعهما دفعة، ففي المسألة أقوال:

القول الأوّل: صحّة الجميع، ذهب إليها الشيخ^(٥)، وجُلّ الأساطين^(٦) ممّن تأخّر عنه.

القول الثاني: بطلان الجميع^(٧).

القول الثالث^(٨): بطلان أحدهما وصحّة الآخر، ويرجع في التعيين إلى القرعة.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٣٢٤.

(٢) حاشية المكاسب للاصفهاني: ج ٢ / ٥٣، تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ١٤٦.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٣٢٤.

(٤) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٢٥، منية الطالب: ج ١ / ٤٠٥.

(٥) نهج الفقاهة: ص ١٩٩.

(٦) مصباح الفقاهة: ج ٢ / ٦٠٠.

أقول: استدللّ للأوّل بوجهين:

الوجه الأوّل: ما في «المكاسب»^(١)، واختاره المحقق النائيني رحمته ^(٢)، من أنّ ما صدر عنه خارجاً غير ما أكره عليه، وما أكره عليه لم يكن هو الصادر عنه، ومجرّد اشتغال المجموع على أحدهما، لا يوجب صدق الإكراه على أحدهما، فضلاً عن كليهما. وفيه: إنّ المكره عليه ليس يبيع أحدهما بشرط لا، كي لا يصدق على بيع أحدهما في المقام، بل يبيع أحدهما لا بشرط الحاصل في ضمن بيعهما، لأنّ لا بشرط يجتمع مع ألف شرط، فضمّ بيع آخر إليه لا يُخرجه عمّا أكره عليه.

الوجه الثاني: ما أفاده السيّد الفقيه ^(٣) - وتبعه المحقق الايرواني رحمته ^(٤)، ويمكن استظهاره من كلمات الشيخ رحمته ^(٥) - من أنّ بيعهما معاً دفعة مع كون الإكراه على أحدهما يكشف عن كون البائع راضياً ببيع أحدهما، ومعه لا يؤثّر الإكراه شيئاً، لأنّ المفروض أنّ ما ألزمه المكره - وهو بيع أحدهما غير المعين - نفس ما هو راض به، فلا يكون إكراهاً على ما لا يرضاه.

وفيه: إنّ بيع المجموع لا يكشف عن كون البائع راضياً ببيع أحدهما في مفروض المسألة، وهو كونه كارهاً لبيع كلّ منهما لولا الإكراه، بل يمكن أن يكون ناشئاً عن غرض آخر من أنّه يشقّ عليه التفرقة بينهما، لكونهما والدّاً وولداً مثلاً، أو أنّه لا يوجد من يشتري أحدهما منفرداً، أو نحو ذلك، فحينئذٍ يكون بيع كلّ منهما مكروهاً، ولكن لما عرفت من اعتبار ترتّب الضرر على ترك المكره عليه في

(١) و (٥) المكاسب: ج ٣ / ٣٢٤.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٤٠٥.

(٣) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٢٥.

(٤) تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ١٤٩.

صدق الإكراه، وهذا المعنى لا ينطبق على كلٍّ منهما إلا على البديل، فلا محالة يقع أحدهما مكرهاً عليه دون الآخر، وحيث أن انطباقه على واحد معيّن ترجيحٌ بلا مرجح، والقرعة لا مورد لها في المقام، إذ الظاهر من أدلتها^(١) كونها معيّنة لما له التعيّن واقعاً - لاحظ قوله عنه: «القرعة سهمٌ من سهام الله، وسهمٌ الله لا يُخطئ» - فإنه إذا لم يكن له واقع معيّن، لا معنى لخطأهم وعدمه، فيتعيّن البناء على بطلانها معاً.

الصورة الثالثة: فيما لو كان المكره عليه واحداً معيّنًا فباعها دفعة، فإنه لا ينبغي التوقف في صحّة بيع ما لم يُكرهه على بيعه، وإن كان لو لا الإكراه على المعين لما باعه، لأنّه لا يترتب الضرر على تركه، فلا يكون مكرهاً عليه، كما لا ينبغي التوقف في بطلانه بالنسبة إلى المكره عليه لصدق الإكراه بالإضافة إليه.

الصورة الرابعة: ما لو أكره على بيع واحدٍ معيّن فباع نصفه:
فتارة: يشمل إكراه المكره لبيعه دفعتين.

وأخرى: لا يشملها.

ففي الحالة الأولى لو باع النصف بقصد أن يبيع النصف الآخر أيضاً، فلا كلام في كونه مكرهاً عليه.

وإن باعه لرجاء أن يقنع المكره بالنصف، فقد اختار الشيخ عنه^(٢) كونه أيضاً مكرهاً عليه، وخالفه المحقق النائيني عنه^(٣) بدعوى أنّ البيع كذلك غير ما تعلق الإكراه به، فإنّ رجاء قناعته بالنصف يوجبُ تحقّق الطيب والرضا ببيع النصف.

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٧ / ٢٥٧ - ٢٦٣ ب ١٣ من أبواب كيفية الحكم.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٣٢٥.

(٣) منية الطالب: ج ١ / ٤٠٥.

أقول: الحق ما أفاده الشيخ رحمته الله، فإنّ من يدفع النصف إلى المكره وداعيه إلى الدفع هو الإكراه - حيث يدفعه لرجاء أن يقنع المكره - يكون ذلك استدعاءً منه لأن يتبدّل الإكراه التعيني بدفع التمام إلى الإكراه التخيري بين دفع التمام ودفع النصف، فكما أنّه في صورة التخيير ابتداءً يقع كلّ من فردي التخيير مكرهاً عليه، كذلك في التخيير بعد الاستدعاء.

وبالجملة: لا ينبغي التوقّف في أنّ من يدفع إلى المكره النصف ممّا أكره عليه لدفع شرّه، ورضي المكره بذلك، صدق عليه أنّه مكرهٌ عليه، ألا ترى أنّه لو أجبر ظالمٌ شخصاً بإعطاء ألف تومان فأعطاه نصفه، واستدعى منه قبوله ذلك، وعدم إضراره، صدق عليه أنّه مكره عليه، ولا سبيل إلى دعوى أنّه هبة صحيحة، لأنّه غير ما أكره عليه، والسّر فيه ما ذكرناه.

أقول: وبهذا البيان ظهر أنّه لو أكره على دفع شيء، وأعطى شيئاً آخر لرجاء أن يقنع المكره بذلك، صدق عليه أنّه مكرهٌ عليه، لأنّه بفعله هذا يستدعي منه تبديل إكراهه التعيني إلى الإكراه التخيري، فيصير هذا أحد فردي التخيير، فيصدق عليه أنّه مكره عليه.

وبهذا ظهر حكم ما إذا لم يشمل الإكراه لبيعه دفعتين، فإنّه إن باع نصفه لرجاء أن يقنع المكره بذلك، صدق عليه أنّه مكره عليه.

حكم الإكراه على الطلاق

الأمر الخامس: قال العلامة في «التحريز»^(١): (لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق).

أقول: قبل الشروع في بيان محتملات الفرع المذكور، وما هو الحق فيه، لا بد من التنبيه على مقدّمةٍ، وهي:

إنّ الشيخ رحمته ^(١) تعرّض لأمرٍ في المقام كان المناسب ذكره في المحلّ الذي ذكر فيه مفهوم الإكراه، ونحن أيضاً غفلنا عن ذكره هناك، وهو أنّه إذا كان الضرر المتوعّد به على ترك المكره عليه هو ضررٌ يترتب على المكره (بالكسر) دون المكره - كما لو قال: (طلّق زوجتك وإلّا قتلتُ نفسي) - فهل يصدق عليه الإكراه أم لا؟

أمّا الشيخ رحمته فقد استشكل في صدق الإكراه عليه.

أقول: والحقّ هو التفصيل، لأنّه:

ربما يعدّ ضرر المكره ضرراً للمكره (بالفتح)، كما لو كان المكره (بالكسر) هو العبد أو الابن، والمكره (بالفتح) هو المولى أو الأب، فإنّ إيراد الضرر على العبد أو الابن بالقتل يعدّ ضرراً على المولى والأب بالتبع، وفي هذا المورد يصدق الإكراه، إذ لا فرق في ترتّب الضرر المعترف في صدقه بين كونه ضرراً مع الواسطة أو بلا واسطة، ولذا لو قال الأجنبي: (بع دارك وإلّا قتلتُ ابنك) عدّ ذلك إكراهاً.

وربما لا يعدّ تضرره ضرراً عليه، كما لو كان المكره (بالكسر) هو الأجنبي، وقال: (طلّق زوجتك وإلّا قتلتُ نفسي) فإنّه لا يعدّ ضرراً عليه، فلا يصدق الإكراه حينئذٍ. ومن هذا القبيل ما لو كان الداعي على الفعل شفقةً دينيّةً على المكره (بالكسر) كما لو قال الأجنبي: (طلّق زوجتك وإلّا زينتُ بامرأة أجنبيّة)، فإنّ طلاق زوجته لتلايق فعل محرّم في الخارج، ليس طلاقاً ناشئاً عن خوف ترتّب الضرر

على نفسه، ولذا لا يصدق عليه أنه مكره عليه.

والتحقيق: إذا عرفت هذا فاعلم أنه يقع الكلام في موردين:

الأول: في بيان وجه فتوى العلامة رحمته بالصحة.

الثاني: في بيان محتملات هذا الفرع في نفسه وأحكامها.

أما المورد الأول: فالظاهر أن نظر المصنف رحمته إلى أنه لو أكره على الطلاق وإن

لم يقصد المعنى الذي يكون عند العامة طلاقاً شرعياً مع النطق الصريح، لكنه طلق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق، لأنه غير مكره عليه.

وإيراد الشيخ رحمته ^(١) عليه: بأنه يبتني على القول باعتبار عدم إمكان التفصي

بالتورية في صدق الإكراه، إذ لا فرق بين التخلص بالتورية، وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى، وقد مرّ عدم اعتباره.

مندفع أولاً: بما تقدّم من اعتبار العجز عن التورية في صدقه.

وثانياً: بالفرق بينهما بعد كون المكره راضياً بالنطق بالصريح حتى وإن لم يكن

قاصداً، لاحظ وتأمل في الوجه المتقدم - لعدم اعتبار العجز عن التورية - ترى عدم جريانه في المقام.

وأما المورد الثاني: فالاحتمالات المتصورة فيه خمسة:

الاحتمال الأول: أن لا يكون للإكراه دخل في الطلاق، بل يوقعه عن طيب

نفسه ورضاه، والمكره لجهله بحاله أكرهه عليه، فإنه لا إشكال ولا كلام في صحة هذا الطلاق.

الاحتمال الثاني: أن يكون كلُّ من الإكراه والرضا سبباً مستقلاً، بحيث حتّى لولا الإكراه لكان يوقعه، ولولا الرضا لأوقعه للإكراه:

فغن المحقق النائيني رحمته (١) الحكم بالبطان، بدعوى أن كلّ علتين مستقلّتين إذا وردتا على معلولٍ واحد، وكان بينهما تدافع، لا يكون كلّ واحدٍ منها مؤثراً، كاجتماع الرياء وقصد الأمر في العبادات، فهذه المعاملة وإن صدرت عن الرضا، إلاّ أنتها تكون عن إكراه أيضاً، أو أنتها لم تكن عن إكراه إلاّ أنتها لا تكون مصداق «تَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» (٢).

وفيه أولاً: إنّ المكره إذا كان راضياً، لا يصدق على ما صدر عنه عنوان المكره عليه، بل يصدق هذا العنوان مشروطاً، بمعنى أنّه لو لم يكن راضياً كان مكرهاً عليه. وبالجملة: مع وجود الرضا لا يصدق الإكراه، ولا يقاس المقام بالرياء في العبادات الذي هو متحقّق في الفرض، ويكون مبطلاً للصلاة، بل الصحيح تنظير المقام بما لو فرضنا العادل الورع التقي شرع في الصلاة أمام الناس، فإنّ هناك سببين مستقلّين لعدم إبطاله صلاته: الخوف من الله تعالى، وحفظ مقامه عند الناس، فهل يتوهم فقيه من القول ببطان صلاته، لأنّ ما بقي من صلاته يقع عن سببين مستقلّين؟! وثانياً: إنّه لو فرض استناد الطلاق إلى الرضا والإكراه، فن حين استناده إلى الإكراه لا يترتب عليه الأثر، إلاّ أنّه يترتب عليه الأثر من حيث استناده إلى الرضا. وبعبارة أخرى: الاستناد إلى الإكراه لا يؤثّر في البطان - كما هو الحال في الرياء - بل يوجب عدم تأثير العقد المستند إليه، فلا يمنع عن صحّته من حيث استناده إلى الرضا.

(١) منية الطالب: ج ١ / ٤٠٦.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

وثالثاً: إنَّ حديث الرفع من حيث وروده في مقام الامتنان، لا يشمل مثل هذا الطلاق لأنَّ رفع أثره خلاف الامتنان.

وعليه، فالأظهر هي الصَّحَّة في هذه الصورة.

الاحتمال الثالث: أن يكون كلُّ من الإكراه والرضا جزء السبب، بحيث أنه لولا اجتماعهما لما أتركل واحدٍ منهما.

أما الشيخ رحمته ^(١) فقد حكم بالصَّحَّة في هذه الصورة، وتبعه السيّد رحمته ^(٢) واستدلَّ له بصدق كون الفعل صادراً عن الرضا، وإن كان تحقَّقه بعد وجود أمرٍ آخر من إلزام الغير.

وأورد عليه بإيرادين:

أحدهما: ما أفاده المحقق الايرواني رحمته ^(٣)، من أنه كما يصدق كون الفعل صادراً عن الرضا، فيشملة دليل جواز الأكل بـ «تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، كذلك يصدق كون الفعل عن الإكراه، فيشملة دليل «رفع ما استكرهوا عليه».

وفيه أولاً: إنَّ الإكراه لا يقتضي الفساد، كي يعارض ما يقتضي الصَّحَّة كما تقدّم.

وثانياً: إنَّهما لو تعارضا تساقطاً، ويكون المرجع لإطلاقات أدلّة إمضاء تلك

المعاملة أو الإيقاع.

ثانيهما: ما أفاده المحقق النائيني رحمته ^(٤)، من أن الرضا والإكراه إن وردا دفعةً على

(١) المكاسب: ج ٣ / ٣٢٧.

(٢) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٢٥.

(٣) تعليقات على المكاسب: ج ٣ / ١٦٠.

(٤) منية الطالب: ج ١ / ٤٠٧.

المسبب، كان الفعل مستنداً إليهما، والإكراه وإن لم يقتض الفساد، إلا أن مقتضى للصحة أيضاً لم يتحقق، لعدم صدق «تجآزةً عن تراضٍ».*

وفيه: ما عرفت من أنه لا دليل على اعتبار الرضا في صحة العقد، وأنّ الدليل منحصرٌ بما دلّ على رفع أثر المكره عليه، وعليه فلا يحكم بالفساد من هذه الجهة. أقول: والحقّ في المقام أن يقال:

إنّه إن لم يصدق صدور العقد عن الإكراه، فلا ينبغي التأمّل في الصحة لعدم المانع، وإن صدق فيمكن دعوى أن منصرف دليل «رفع ما استكرهوا عليه» هو ما لو كان الإكراه سبباً تامّاً لصدوره، فلا يشمل المقام، وعليه فالأظهر هي الصحة. الاحتمال الرابع: أن يكون أحدهما سبباً مستقلاً والآخر ضميمة، فلا كلام في أنه يلحقه حكمه، فإن كان السبب هو الرضا حكم بالصحة، وإن كان هو الإكراه حكم بالبطلان.

الاحتمال الخامس: أن يكون الإكراه داعياً على الداعي على الطلاق: إمّا لا اعتقاد أن الحذر لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقةً، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة، فيوقع الطلاق قاصداً. أو لجهله بالحكم فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه، فيرضي نفسه بذلك ويوطنها عليه.

حكم الشيخ عليه السلام (١) في هذه الحالة بتحقيق الإكراه، واستدل للصحة بأنه طلق ناوياً ومريداً للطلاق، ثم احتمل البطلان من جهة أن الإكراه صار علّة لإرادة اسم

المصدر، فالفعل بالآخرة يستند إليه وإن كان الداعي الثانوي اختيارياً.
ورده المحقق النائيني رحمته (١): بأنّ لازمه بطلان أغلب المعاملات، فإنّها بالآخرة تنتهي إلى غير الاختيار.

أقول: الحقّ ما أفاده الشيخ رحمته، فإنّ توطين النفس وإرادة الفعل واسم المصدر، لا ينافي مع الإكراه، بل هذا المعنى ربما يستند إلى الرضا تارةً وآخر إلى الإكراه، وإلّا فمع عدم الإرادة لا يصدق أنّه صدر عنه الطلاق عن إكراه، بل لم يصدر عنه، وحديث رفع الإكراه إنّما يرفع أثر الطلاق الواجد لجميع ما يعتبر فيه سوى أنّه صدر عن إكراه.

ودعوى: أنّه لو حُكّم ببطلان ذلك لزم الحكم ببطلان أغلب المعاملات.
غريبة: فإنّه إنّما يُحكّم بالبطلان هنا لحديث رفع الإكراه، ولا ربط لذلك بمسألة الإختيار وعدمه.

وعليه، فالأظهر هو البطلان في هذه الصورة.

ثمّ إنّّه لا يهتّمنا التعرّض لما قيل في بيان مراد المصنّف رحمته (٢) وما يمكن أن يورد عليه.

لو تعقّب الرضا عقد المكره

الأمر السادس: المشهور بين المتأخّرين (٣) أنّه لو رضي المكره بما فعله صحّ العقد.

(١) منية الطالب: ج ١ / ٤٠٨.

(٢) تحرير الأحكام (طق): ج ٢ / ٥١.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٢ / ٢٦٨، إيضاح الفوائد: ج ١ / ٤١٣، مسالك الأفهام: ج ٣ / ١٥٥ - ١٥٦.

أقول: قد مرّ في أوّل هذا المبحث أنّ محلّ الكلام، هو العقد الجامع لجميع ما يعتبر فيه من قصد اللفظ والمعنى والمجدّ وغير ذلك، وعليه فلا استدلال للبطلان، بعدم قصد المكره للفظ، أو عدم قصده المعنى، أو عدم قصده وقوع مضمون العقد في الخارج، في غير محله.

بل عمدة ما يمكن أن يستدلّ به على البطلان في مقابل الإطلاقات والعمومات الدالّة على صحّة معاملة المكره وجهان:

الوجه الأوّل: قوله تعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ »^(١).

بتقريب: أنّ هذه الآية الشريفة تدلّ على انحصار التجارة المضادة بما إذا كانت ناشئة عن الرضا، ومن المعلوم أنّ عقد المكره وإن لحقه الرضا، ليس عقداً عن الرضا، بل هو عقدٌ ورضا.

وأجاب عنه الشيخ^(٢): بأنّ الاستدلال إنّ كان بمفهوم الحصر، فيردّه أنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ. وأورد عليه بإيرادات:

الإيراد الأوّل: أنّ المنقطع لا ينقسم إلى قسمين من المفرّغ وغير المفرّغ، لأنّه إذا كان مفرغاً يكون متصلاً لا منقطعاً، مثلاً إذا قال: (ما جاءني إلا حمار) يقدر المستثنى منه ما يشمل الحمارة أيضاً، إذ لا داعي إلى تقدير لفظ (القوم) حينئذٍ.

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٣٣١.

وفيه: إنّه يمكن أن يكون المستثنى منه المقدّر منقطعاً، كما إذا قيل: (هل جاءك القوم؟ فقال: ما جاءني إلاّ الحمار)، إذ المقدّر في الجواب هو المسؤول عنه، والظاهر أن غرض الشيخ رحمته أن الاستثناء منقطعٌ مذكور، فلا يحتمل فيه الاتصال.

الإيراد الثاني: أن مرجع الاستثناء المنقطع إلى المتصل في اللب والواقع، إذ لا بدّ من أن يكون المراد من المستثنى منه ما يشمل المستثنى، وإلاّ فلا يصحّ الاستثناء، مثلاً يكون المراد من قول القائل: (ما جاءني القوم) هم القوم ومن يرتبط بهم، والشاهد على ذلك أنه لا يصحّ أن يقال: (ما جاءني زيدٌ إلاّ عمرو)، وأيضاً لا يصحّ أن يقال: (ما جاءني القوم إلاّ الحمار) إذ لم يكن الحمار متعلقاً بهم، وعلى ذلك فجميع الاستثناءات المنقطعة ترجع أخيراً إلى المتصل فتدلّ على الحصر.

وفيه أولاً: إنّ الاستثناء لا يقتضي في واقعه الدخول، بل ربما يكون المصحح توهم الدخول كما في قوله تعالى: *فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ* إلاّ إبليس ^(١) فإنّه حيث كان بينهم - وإن لم يكن منهم - يتوهم الدخول في الحكم، فلذا أخرجهم، وعليه فكون (إلاّ) بمعنى الإخراج لا يقتضي رجوع المنقطع إلى المتصل.

وثانياً: إنّ إرجاع المنقطع إلى المتصل لا وجه له سوى التحققّ على ظهور كلمة (إلاّ) في الإخراج، وإن حملها على (لكن) خلاف الظاهر، وللمنع عن ظهورها في ذلك بنحو تصلح قرينة للتصرّف في المستثنى منه، بحمله على خلاف ظاهره بإرادة الأعمّ مجالاً واسعاً، ولا أقلّ من الإجمال.

الإيراد الثالث: أن المراد بـ *الباطل* في الآية الشريفة، هو الباطل الشرعي،

والغرض بيان أن كلَّ باطلٍ عدا التجارة عن تراض، فيكون المعنى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجهٍ من الوجوه فإنَّ كلَّ وجهٍ باطلٌ إلاَّ التجارة عن تراض، فذكر (الباطل) لبيان علّة الحكم، وعليه فالاستثناء في الآية الشريفة يكون متصلاً. وفيه: إنّه خلاف الظاهر، إذ الظاهر منه كون الباطل موضوعاً لا علّة للحكم، وأيضاً الظاهر منه إرادة الباطل العرفي.

وبالجملة: فالحقّ تماميّة جواب الشيخ عليه السلام.

ويرد عليه: -مضافاً إلى ذلك- أن المراد من (التجارة) ليس هو العقد كي يعتبر أن يكون صادراً عن الرضا، بل المراد بها الكسب والاكْتساب، وهو لا يحصل شرعاً إلاَّ بعد الرضا، فيكون تجارة عن تراض.

الوجه الثاني: حديث الرفع ^(١).

بتقريب: إنّه يدلُّ على رفع أثر ما استكرهوا عليه، تكليفاً كان أم وضعاً، فإثبات التأثير للعقد الصادر عن إكراه - ولو كان على سبيل جزء العلّة، كما يقوله القائل بصحّة عقد المكره إذا تعقّب الرضا - خلاف مقتضى الحديث.

وأجاب عنه الشيخ عليه السلام بأجوبة:

الجواب الأوّل ^(٢): ما ظاهره أنّ حديث الرفع بمقتضى وروده في مقام الامتنان يختصّ بالآثار التي تكون على المكره، ولا يشمل الأثر الذي له، ولا الأثر المتوجّه إلى غيره، وعليه فحيث أنّ الحكم بوقوف عقد المكره على الرضا، وأنّ له أن يرضى

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ / ٣٦٩ - ٣٧٠ ب ٥٦ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه ح ٢ و ٣ رقم ٢٠٧٦٩ و ٢٠٧٧٠ و ٢٠٧٧١. الكافي: ج ٢ / ٤٦٢ - ٤٦٣ باب ما رفع عن الأمتة ح ١ و ٢.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٣٣١.

وله أن لا يرضى، حكمٌ له لا عليه، وإلزام الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ إلزامٌ لغيره، ومعنى صحّة عقده إن رضى هو ذلك، فلا تكون الصحّة بهذا المعنى مشمولة للحديث.

أقول: وأورد عليه بإيرادين:

الإيراد الأول: ما عن السيّد الفقيه^(١)، والمحقّقين النائيني^(٢) والاصفهاني^(٣)، من أن الحديث لو سلّم أنّه لا يرفع الأثر الذي للمكره، فإنّما يختصّ بالأثر الثابت للعقد لولا حديث رفع الإكراه، وأمّا الأثر الثابت له بعد وروده، فلا يصلح الحديث لرفعه. وأمّا الصحّة بمعنى وقوفه على الرضا، فحكمٌ يثبت بعد ورود حديث الرفع، إذ مع قطع النظر عن أثر العقد الذي هو فعلية التأثير لا وقوعه على الرضا، فلا يصلح حديث الرفع لرفعه ولا نظر له إليه.

وفيه: إنّه يمكن توجيه كلامه بنحو لا يردّ عليه هذا الإيراد، وحاصله أن أثر العقد هو الملكيّة من حين العقد إلى الأبد، وإذا كان حديث الرفع مختصّاً بما في رفعه منّة يرتفع مقدارٌ من الملكيّة الذي يكون ثبوته منافياً للامتنان، وهو الملكيّة قبل الرضا، وأمّا الملكيّة بعد الرضا - التي هي أثر العقد مع قطع النظر عن حديث الرفع - فحيث إنّه لا امتنان في رفعها فهي لا ترتفع بالحديث.

وبالجملة: المرفوع بالحديث إنّما هو مقدار من الملكيّة التي هي بأجمعها أثر العقد، ويكون في رفعه منّة، وأمّا المقدار الذي لا منّة في رفعه - وهي الملكيّة بعد

(١) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٢٤.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ١٤٤.

(٣) حاشية المكاسب للاصفهاني: ج ٢ / ٦١.

الرضا - فلا يكون مرفوعاً بالحديث.

الإيراد الثاني: ما أورده السيد الفقيه رحمته الله ^(١)، المحقق النائيني رحمته الله ^(٢)، وخلاصته أن المرفوع لا يختص بالآثار المتعلقة بالمكره، بل المرفوض مطلق الآثار. وفيه: إن الآثار المتعلقة بغير المكره على قسمين:

قسم منها: مترتب على الآثار المتعلقة بالمكره، نظير ما لو أكره على النكاح فأوقع النكاح عن كره، فإن ثبوت عدم جواز تزويج تلك المرأة، وكون الزنا معها زنا بذات البعل، ونحو ذلك، مترتبة على زوجية تلك المرأة للمكره.

وقسم منها: يكون مترتباً على ذلك الفعل مستقلاً، نظير وجوب وفاء الطرف بالعقد الواقع بينه وبين المكره، حيث أنه مترتب على العقد مستقلاً. وما ذكره ا يتم في القسم الأول دون الثاني، فتدبر. وهكذا ظهر أن هذا الجواب متين.

الجواب الثاني ^(٣): إن الحديث إنما يرفع الأثر المترتب على المكره عليه لولا الإكراه، وأما الأثر الثابت له بوصف الإكراه، فلا يدل الحديث على رفعه، وهو واضح، والأثر الثابت للعقد - مع قطع النظر عن الإكراه - هي السببية المستقلة، والمدعى ثبوته له هو وقوفه على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالإكراه.

ثم أورد الشيخ رحمته الله على نفسه ^(٤): بأن أثر العقد الثابت له بمقتضى الإطلاقات، هو السببية التامة المرفوعة بالحديث، وثبوت السببية الناقصة بحاجة إلى دليل آخر

(١) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٢٧.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٤١٣ - ٤١٤.

(٣ و ٤) المكاسب: ج ٣ / ٣٣٢ و ٣٣٣.

مفقود، فالمرجع إلى أصالة الفساد.

وأجاب عنه^(١): بأن المطلقات قيّدت بمقيّد آخر - غير حديث الرفع - وهو بالرضا في مرتبة سابقة على الحديث، فيكون الاستفادة منها - بعد الجمع - أن العقد المرضي به بالرضا السابق أو اللاحق يكون مؤثراً، ولا حكومة للحديث على ذلك، إذ البيع المرضي به بالرضا السابق لا يُعقل عروض الإكراه عليه، وأمّا المرضي به بالرضا اللاحق فهو من هذا القيد لا يعرضه الإكراه، وبدونه وإن كان يعرضه إلاّ أنه لا أثر له، إذ كونه جزء المؤثر عقلي قهري يحصل بعد حكم الشارع بتأثير العقد المرضي به، وعلى هذا فالمطلقات المقيّدة بالرضا الأعم من السابق أو اللاحق دليلٌ على صحّة هذا العقد.

أقول: يرد عليه أمور:

أحدها: ما تقدّم من أنه لولا دليل رفع ما استكرهوا عليه لما كان دليلٌ على اعتبار الرضا في العقد.

ثانيها: أن الجزئية للمؤثر وإن كانت غير مجعولة، إلاّ أنها مجعولة بتبع جعله جزء المؤثر، وهو قابل للرفع.

ثالثها: إنه على هذا لا يكون حديث الرفع من الأدلة في هذا المبحث.

وعليه، فالحقّ عدم تمامية هذا الجواب، وأمّا جوابه الأول فتأمّل لا غبار عليه.

أقول: ويمكن أن يُجاب عن هذا الوجه بجواب آخر، وهو:

إنّ الآثار إنّما تترتب على المنشآت لا الإنشآت، وهي أمور باقية اعتباراً،

فلها حدوثٌ وبقاء، ومن الواضح أنّ المرفوع إنما هو المكروه عليه بهذا العنوان، كما هو الشأن في جميع العناوين المأخوذة في الموضوعات، فما دام يكون الإكراه باقياً لا يترتب عليه الأثر، وإذا تبدّل إلى الرضا فهو يكون مؤثراً بقاءً.

ونظير ذلك ما لو أُكْرِه الجُنُب على الجلوس في المسجد، فإنّه ما دام الإكراه باقياً تكون الحرمة مرتفعة، فإذا تبدّل إلى الرضا حرم جلوسه بقاءً.

فحصل: أنّ الأظهر ما هو المشهور من صحّة عقد المكروه إذا تعقّبه الرضا.



مالكٍ أو بحكمه كالأب والجدّ والحاكم وأمينه، والوصيّ، والوكيل. ويقف عقد غيرهم على الإجازة.

بيع الفضولي

المسألة الرابعة: ويدور البحث فيها عن أنّ من شروط المتعاقدين صدور الإيجاب من الـ (مالك) للمبيع، والقبول من المالك للثمن.

وبعبارة أخرى: يجب صدور العقد عن المالك، (أو) تمّن يكون (بحكمه)، أي من له أن يبيع عن المالك (كالأب والجدّ والحاكم وأمينه والوصي) له أو لأحد الأبوين المذكورين، (والوكيل) للمالك، والقائم مقامه، أو المأذون عنهم، بلا خلاف^(١) أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه^(٢).

(و) لو باع غير المذكورين (يقف عقد غيرهم على الإجازة) عندنا كما عن «التذكرة»^(٣).

أقول: وتقيح القول عن هذا الأمر يقتضي البحث عن مواضع، لكن قبل الشروع فيها لابدّ من التنبيه على جهات:

الجهة الأولى: إنّ الكلام في المقام ليس في ترتّب اللزوم على عقد الفضولي وعدمه، بل في صحته الفعلية وعدمها، وأتت هل يترتب عليه الأثر أم لا؟

(١) المراسم العلوية: ص ١٧٤، الكافي في الفقه: ص ٣٥٢، المهذب البارع: ج ١ / ٣٥٠، شرائع الإسلام: ج ٢ / ٢٦٨.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٢ / ٢٧٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: ج ١٠ / ٢١٥.

فما في «المكاسب»^(١) من تفسير عدم صحته بعدم ترتب الزوم على عقده كآته سهوً من قلمه الشريف.

الجهة الثانية: إن كلمة (الفضول) جمع (الفضل)، وهو يعني قيام الإنسان بالفعل الذي لا يعنيه ولا يهّمه، والفضول من الجموع التي جاءت بمعنى المفرد إذا استندت إلى الشخص، فهو يُطلق على من يعمل عملاً لا يهّمه وغير مرتبط به، وليس له في الاصطلاح معنى خاص، بل هو عبارة عمّن يعامل معاملة لا يكون مالكا لها، إمّا لعدم مالكيته للعين التي هي مورد المعاملة كبيع مال الغير، أو لتعلق حق الغير بالعين كالمرهون، أو لمنع الشارع عنها إلا بإذن شخصٍ خاص ككناح بنت الأخ، حيث إنّه يعتبر في صحته إذن عمته لو كانت زوجته.

أقول: ويترتب على ما ذكرناه أمران:

أحدهما: أنّ الأولى التعبير ببيع الفضولي بنحو الإضافة، لا البيع الفضولي بنحو التوصيف.

ثانيهما: أنّ مراد الشيخ رحمته بقوله: (أن يكونا مالكين):

إن كانت مالكيتهما للتصرف، أغنى عن ذكر قسيمه.

وإن كانت مالكيتهما للعين، فيرد عليه أنّ مجرد ذلك لا يكفي مع عدم مالكيتهما

للتصرف، لتعلق حق الغير مثلاً بما هو مورد المعاملة.

الجهة الثالثة: أرسل الشيخ رحمته عدم جريان الفضولي في الإيقاعات إرسال

المسلّمات، ونقل دعوى الإجماع عليه من «غاية المراد»، ولكن الحق أن يقال:

إن بنينا على بطلان الفضولي على القاعدة في العقود، وخرجنا عنها لدليل

خاص، فلا يصح إيقاع الفضولي لعدم الدليل.

وأما بناءً على صحته مع الإجازة على القاعدة، فلا وجه لما أفاده، وذلك لأنه لم يذكر دليلاً على بطلان إيقاعه عموماً سوى الإجماع.

ويرد عليه أولاً: أنه غير ثابت، بل المنتبِع يقف على شواهد يطمئن بعدمه، فإن ظاهر جمعٍ منهم، وصریح آخرين البناء على صحته مع الإجازة في جملة من الموارد كالوصية بما زاد على الثلث، بناءً على أنها إيقاع، وعتق الراهن العبد المرهون، وعتق المرتهن إتياءه، وغير ذلك من الموارد، ولذا قال صاحب «الجواهر»^(١): (بل عرفت مما قدّمناه جريانه في العقود وغيرها من الأفعال كالقبض ونحوه، والأقوال التي رتب الشارع عليها الأحكام إلا ما خرج بالدليل) كما أوما إليه في شرح الأستاذ. وثانياً: إنه لو ثبت فليس إجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم، فلا يستند إليه. الجهة الرابعة: في أنه هل يشمل عقد الفضولي العقد المقرون برضا المالك من دون إذن منه صريحاً أو فحوى، كما هو المنسوب إلى ظاهر الأصحاب^(٢)؟

أم لا يشمل، بل يكفي مجرد رضاه في صحة العقد، وترتب أثره كما اختاره الشيخ^(٣). أم يجب التفصيل بين ما إذا كانت الإجازة لتحقق استناد العقد إلى من يملك التصرف، حتى يكون العقد عقده فلا يكفي، وبين ما إذا كانت لجهة أخرى كالعين المرهونة إذا باعها مال كها، فإن إجازة المرتهن ليست لأجل تحقق استناد العقد إليه، بل لأن العين وثيقته كما اختاره السيّد الفقيه^(٤)، وجوه:

(١) جواهر الكلام: ج ٢٢ / ٢٨٠.

(٢) نسبه إليهم الشيخ الأعظم في المكاسب: ج ٣ / ٣٤٧.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٣٤٧.

(٤) يبدو أن المقصود هو المحقق الاصفهاني، راجع حاشية المكاسب للاصفهاني: ج ٢ / ٧٦.

أما الثاني: فقد استدلل له بوجوه:

الوجه الأول: عموم وجوب الوفاء بالعقود^(١).

وأورد عليه: جمع منهم المحقق النائيني رحمته ^(٢) بأنّ مقابلة الجمع بالجمع تقتضي التوزيع، أي كلّ مكلفٍ يجبُ عليه الوفاء بعقده، وعقد الفضولي لا يكون عقد المالك بمجرد رضاه، لأنّ كونه عقداً له يتوقّف على مباشرته أو نيابة الغير عنه بالإذن أو الإجازة، بعد صدور العقد من الفضولي.

وفيه أولاً: إنّ هذا لو تمّ لاقتضى البناء على القول الثالث دون الأول.

وثانياً: أنّه لا يتمّ، لأنّ المراد من الاستناد ليس هو بنحو يصدق عليه أنّه أوجد العقد، لأنّه لا يصدق مع الإجازة، بل مع الإذن الذي حقيقته الترخيص، وإظهار الرضا به، لتوقّف صدقه على كون الفعل صادراً عنه بالمباشرة أو بالتسيب، وشيءٌ منها ليس في مورد الإذن، فضلاً عن الإجازة، بل المراد منه هو الاستناد، بمعنى أنّه عقده وبيعه، كما هو الظاهر من الآية الشريفة، فإنّ ظاهر قوله تعالى: «أوفُوا بِالْعُقُودِ»^(٣) هو عقودكم لا ما عقدتم، وعليه فهذا المعنى من الاستناد كما يتحقّق بالإجازة - التي حقيقته إظهار الرضا بما وقع - يتحقّق بالرضا به.

وبالجملة: المعنى المصدرى لا يستند إلى المميز ولا إلى الراضي، بل ولا إلى

الآذن، والمعنى الاسم المصدرى ينسب إليه بمجرد الرضا.

ودعوى: أنّ الإجازة التزامٌ بالعقد، ولذا لا يصحّ من غير المالك بخلاف الرضا،

ولذا يصحّ رضا الأجنبي بالعقد.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) منية الطالب: ج ٢ / ٤.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

مردودة: لأنّ الالتزام بالعقد لا أتصوّر له معنى سوى الرضا به.

أقول: وبما ذكرناه ظهر صحّة الاستدلال بـ «أحلّ الله البيع»^(١)، ولا يرد عليه

ما أورده جمع^(٢) من أنّ البيع - لا سيّما المعنى المصدرى منه - لا ينتسب إلى المالك بمجرد الرضا.

الوجه الثاني: ممّا استدللّ به الشيخ^(٣)، قوله تعالى: «تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ»^(٤).

أقول: وأورد عليه بما أورده على سابقه، والجواب الجواب.

الوجه الثالث: ما دلّ على أنّه لا يحلّ مال إمريء مسلم إلّا بطيب نفسه^(٥).

وفيه: ما تقدّم من أنّه في مقام بيان شرط الحليّة التكليفية، ولا كلام في

أنّه يشمل الرضا النفساني، مع أنّه إنّما يدلّ على اعتبار الرضا لا على كفايته، والفرق واضح.

الوجه الرابع: ما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقراراً منه^(٦).

وأورد عليه جمع من الأساطين^(٧): بأنّ السكوت عن مثل النكاح له خصوصيّة،

وهي كاشفيته النوعيّة عن الرضا.

وفيه: إنّ هذه الخصوصيّة لا تُنكر، إلّا أنّها لا توجب الفرق بين هذا الرضا

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) كما في منية الطالب: ج ٢ / ٤.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٣٤٧.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٥) وسائل الشيعة: ج ٥ / ١٢٠ - ١٢١ ب ٣ من أبواب مكان المصلّي، والمستدرک: ج ١ / ٢١٢، الكافي:

ج ١ / ٤٢٦، الاحتجاج: ص ٢٦٧.

(٦) وسائل الشيعة: ج ٢١ / ١١٧ - ١١٨ ب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٧) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٣٤، تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ٢٥١.

المستكشف بالقرينة النوعية، والرضا المستكشف من قرينة خاصة.

وبالجملة: غاية ما هناك كاشفية السكوت عن الرضا، فلو لم يكن الرضا كافياً لم يكن ذلك مجدياً، وبذلك يظهر صحة الاستدلال بما دلّ على كفاية سكوت الباكرة. الوجه الخامس: رواية عروة البارقي^(١)، وسيأتي الكلام فيها مفصلاً، ويمكن الاستدلال له - مضافاً إلى ذلك كله - بصحيح الحميري الآتي الوارد فيه قوله عليه السلام: «الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالكها أو بأمره أو رضاً منه»^(٢).

فتحصل: أنّ الأظهر هو ما ذهب إليه الشيخ عليه السلام، كما أنّه ظهر بما ذكرناه مدرك القول الأوّل والجواب عنه.

ودعوى: أنّ الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار في باب العقود والإيقاعات.

مندفعة: بأنّ ذلك إنّما هو في المؤثر، وهو العقد دون الشروط، ولا ريب في أنّ الرضا الباطني شرط كما عرفت.

كما أنّه ظهر مدرك القول الأخير، فإنّه استدللّ لعدم الاكتفاء به في معاملة غير المالك بما تقدّم، ولكفايته في معاملة المالك بأنّ اعتبار إجازة ذي الحقّ ليس لأجل تحقّق الاستناد، بل لاعتبار رضاه، وقد عرفت الجواب عنه.

أقول: إذا عرفت هذا، فاعلم أنّ ما يقوم به الفضولي:

١ - قد يبيع للمالك.

٢ - وقد يبيع لنفسه.

وعلى الأوّل: فقد لا يسبقه منع من المالك، وقد يسبقه المنع، فهنا ثلاثة صور:

(١) المستدرك: ج ١٣ / ٢٤٥ ب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه رقم ١٥٢٦٠.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٧ / ٣٣٧ ب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٨ رقم ٢٢٦٩٩.

الصورة الأولى

بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع

الصورة الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، وهذا هو المتيقن من عقد الفضولي.

أقول: والمشهور الصحة^(١)، بل عن «التذكرة» نسبته إلى علمائنا تارةً صريحاً. أقول: وأخرى ظاهراً بقوله: عندنا، إلا أنه ذكر عقيب ذلك: (إن لنا فيه قولاً بالبطلان)^(٢).

وفي «المكاسب»^(٣): (واستقرّ عليه رأي من تأخر، عدا فخر الدين وبعض متأخري المتأخرين كالأردبيلي والسيد الداماد، وبعض متأخري المحدّثين)، ومراده صاحب «الحدائق».

وحيث إن القائلين بالصحة، منهم من استند إلى القاعدة، ومنهم من استند إلى النص، فالأقوال في المسألة ثلاثة:

القول الأول: الصحة على القاعدة.

القول الثاني: الصحة لقيام النص.

القول الثالث: البطلان.

ذهب إلى كلِّ جمع.

(١) المقنعة: ص ٦٠٦، النهاية: ص ٣٨٥، الوسيلة: ص ٢٤٩، السرائر: ج ٢ / ٢٧٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ١٠ / ١٧ - ١٨، ص ٤٢ و ٤١.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٣٤٩ - ٣٥٠.

استدلَّ الشيخ رحمته الله للأوَّل^(١): بأنَّ مقتضى العمومات مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وغيرهما، ترتَّب الأثر على كلِّ عقد، وقد قيَّد ذلك بما دلَّ على اشتراط ترتب الأثر بالرضا وتوقفه عليه، والمتيقَّن من ذلك الجامع بين الرضا السابق واللاحق، فالعقد الملحق بالرضا يشكُّ في ترتب الأثر عليه، فالمرجع إلى العمومات المقتضية لذلك.

وفيه أولاً: إنَّه بناءً على ما أسَّسه في الأصول^(٢) - من أنه إذا فرض خروج بعض الأفراد في بعض الأزمنة عن العموم، ولم يكن لدليل ذلك العموم عمومٌ أزماي بعد ذلك الزمان المُخْرَج بالنسبة إلى ذلك الفرد، فإنَّه لا يصحَّ التمسك بالعموم، بل لا بدَّ من الرجوع إلى الاستصحاب - لا وجه لتمسكه بالعمومات في المقام، لخروج العقد عنها قبل لحوق الإجازة، وعدم التزام أحدٍ بوجوب الوفاء عليه بأن يجيزه، فبعد الإجازة يشكُّ في أنه هل يجب الوفاء به ليرتَّب عليه الأثر أم لا، فحيث إنَّه ليس لها عمومٌ أزماي، فلا مورد للتمسك بها، بل يتعيَّن الرجوع إلى الاستصحاب المقتضي لعدم ترتب الأثر.

وثانياً: المستفاد من الأدلَّة - بحسب المتفاهم العرفي كما تقدَّم - هو لزوم انتساب العقد والمعاملة إلى المالك، وليس مفادها لزوم الوفاء بكلِّ عقد.

وبالجملة: المستفاد منها وجوب وفاء كلِّ شخصٍ بعقد نفسه، فليس الموضوع كلِّ عقدٍ كي يصحَّ التمسك بالعموم مع عدم الانتساب، وقد اعترف رحمته الله بذلك في

(١) المكاسب: ج ٣ / ٣٥٠.

(٢) فراند الأصول: ج ٣ / ٢٧٤.

مبحث الإجازة^(١) بأنّ دليل وجوب الوفاء بالعقد تكليف موجّه إلى العاقدين، ومن المعلوم أنّ المالك لا يصبح عاقداً أو بمنزلة إلاّ بعد الإجازة، فلا بدّ من تنقيح ذلك، وأنته هل ينسب العقد والمعاملة إلى المالك بمجرد الإجازة أم لا، وقد تقدّم تقريب إضافته إليه بالإجازة في الحاشية السابقة، وحاصله أنّ المعتبر إنّما هو استناد المسببات دون الأسباب التي تستند إليه بالإجازة.

أقول: وعلى هذا البيان لا يرد ما أوردناه أوّلاً على الشيخ الأعظم، لأنّ العقد قبل الإجازة لا يكون مشمولاً للعمومات، لأنّه مشمول لها وخارج عنها للمخرج. وأورد السيّد الفقيه^(٢) على هذا الوجه: بأنّ الإجازة لا تغيّر ما وقع عليه بحيث تنقلب النسبة، ألا ترى أنّه لو أمر المولى عبده بضرب أحدٍ فضره فإنّه يصدق أنّه ضربه، ولكن لو ضربه أحدٌ واطّلع المولى عليه بعد ذلك ففرضي به، فإنّه لا يصدق أنّه ضربه.

وفيه: إنّ ما ذكره^(٣) يتمّ في الموجودات التكوينيّة الخارجيّة كالضرب والأسباب في باب العقود والإيقاعات، ولذا ذكرنا أنّها لا تستند إليه بالإجازة، وهذا بخلاف الموجودات الاعتباريّة وهي المسببات في المقام، فإنّها تستند إليه بالإجازة فتشمّلها العمومات.

فتحصّل: أنّ مقتضى العمومات صحّة الفضولي، ويمكن أن يستدلّ لها بالسيرة العقلانيّة بضميمة عدم ردع الشارع الأقدس عنها.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٠٥.

(٢) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٣٤.

وأما ما أفاده المحقق الايرواني رحمته الله ^(١): في وجه الصحة، بأن الإجازة بنفسها إنشاء من قبل المجيز، فمع إنشاء الأصيل أصبح عقداً يشمل العمومات. فيرد عليه: إنه على هذا عقد فاقد للتوالي بين الإيجاب والقبول، ومقدم قبوله على إيجابه فيما إذا كان الأصيل مشترياً. وعليه، فالحق ما ذكرناه.

أقول: استدلل الفقهاء لصحة الفضولي بمجموعة من الأدلة الخاصة:

الدليل الأول ^(٢)

ما تضمن قضية عروة البارقي، حيث إنه دفع إليه النبي صلى الله عليه وآله ديناراً ليشتري به شاة للأضحية، فاشترى به شاتين، ثم باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبي صلى الله عليه وآله بالشاة الثانية والدينار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: «بارك الله لك في صفقة يمينك» ^(٣). ومن الواضح أن شراءه وبيعه وقعا فضولين، وبرغم ذلك بارك له النبي صلى الله عليه وآله. وقد أفاد الشيخ رحمته الله ^(٤): إنه يمكن توجيه شراءه بنحو يخرج عن الفضولية، ولم يذكر التوجيه.

أقول: تحدّث الفقهاء عن هذه الرواية بأمر:

منها: ما أفاده المحقق النائيني رحمته الله ^(٥) من أنه مسبوقة بإذن الفحوى، حيث إن إذنه بشراء شاة بدينار، يقتضي إذنه ورضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق أولى. وفيه: إنه إن كان النبي صلى الله عليه وآله أعدّ ديناراً لصرفه في شراء الشاة كان هذا متيناً،

(١) تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ٢٥٨.

(٢) (٤ و ٢) المكاسب: ج ٣ / ٣٥١.

(٣) المستدرک: ج ١٣ / ٢٤٥ ب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه ح رقم ١٥٢٦٠.

(٤) منية الطالب: ج ٢ / ١١.

ولكنه عليه السلام إنما أراد شاة واحدة للأضحية ، ومعه لا سبيل إلى دعوى إذن الفحوى كما لا يخفى.

ومنها: ما أفاده السيد الفقيه ^(١) ، من أن المراد جنس الشاة الصادق على الواحد والمتعدّد.

وفيه: مضافاً إلى أنه خلاف الظاهر في نفسه، يأباه بيع عروة إحدى الشاتين. ومنها: غير ذلك مما هو واضح الدفع.

أقول: ولكن يرد على الاستدلال بهذا الخبر أمران:

الأمر الأول: إنه ضعيف السند، لأنه مروى من طرق العامة، وعروة لم يوثق عندنا، مضافاً إلى نقل الشيخ عليه السلام ^(٢) ، والعلامة ^(٣) إتياءه من عرفة، والقدماء من الأصحاب لو لم يكونوا معرضين عنه لا سبيل إلى دعوى عملهم به كي ينجبر به ضعف السند.

الأمر الثاني: إنه يحتمل أن عروة من حيث كونه معدّاً لخدمة النبي عليه السلام ، كان وكيلاً مفوضاً في أمر البيع والشراء، فلم يكن يبيعه ولا شراءه فضولياً، وحيث إنه قضية في واقعة، ولا إطلاق لها، فالاحتمال يسقطه عن الاستدلال.

وقد أورد على الاستدلال به الشيخ عليه السلام ^(٤) بإيرادين:

الإيراد الأول: إنه حيث كان عروة قبض الثمن وأقبض الشاة، ولا سبيل:

(١) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٣٥.

(٢) رجال الطوسي: ص ٧٠ رقم ٦٤٧.

(٣) خلاصة الأقوال: ص ٣٢٧ رقم ١٥.

(٤) المكاسب: ج ٣ / ٣٥١ - ٣٥٢.

إلى دعوى أنه فعل حراماً لمنافاته لتقرير النبي ﷺ.

ولا إلى جواز التصرف في المبيع ببيع الفضولي قبل الإجازة، بناءً على كونها كاشفة لا نافلة، لما سيجيء من ضعفه.

ولا إلى دعوى علم عروة برضا النبي ﷺ بإقباض ماله للمشتري حتى يستاذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة.

فيتعين البناء على خروج المعاملة المقرونة برضا المالك عن معاملة الفضولي. وفيه أولاً: لا وجه لاستظهار فساد الاحتمال الثالث، إذ لا سبيل له سوى دعوى كون المشتري جاهلاً، وهو غير ثابت، مع أنه لو كان جاهلاً يمكن أن يكون دفع الثمن على وجه الاستئمان، بأن يدفعه على وجه الرضا المطلق، أي على جميع التقادير، على أنه إن كان مالكاً، فبما أنه مالك، وإلا فبما أنه أمين، نعم الشيخ رحمته لا يحتاج إلى إثبات فساده، بل مجرد الاحتمال الرابع يُسقطه عن الاستدلال. وثانياً: إن المعاملة المقرونة برضا المالك الفعلي خارجة عن الفضولية لا المقرونة بالرضا التقديري، والمقام من قبيل الثاني.

الإيراد الثاني^(١): الظاهر وقوع المعاملة في مورد الرواية بنحو المعاوضة بين رسول الله ﷺ ومشتري الشاة، ويكون عروة آلة محضة في إيصال العوضين، ومن المعلوم كفاية وصول العوضين إلى المالكين مع رضاهما في الحكم بصحة المعاوضة، وإن كان الموصل غير ذي شعور.

وفيه أولاً: إنَّ ظاهر قوله ﷺ: «بارك الله في صفقة يمينك»، هو التبريك في المعاملة الصادرة منه، لا على كونه آله في إيصال الثمن والمثمن.
وثانياً: إنَّ الكافي على فرض القول به، هو القصد إلى إنشاء البيع بإيصال العوض بأي وجهٍ اتَّفَق، وما هو موجود في المقام هو الرضا بالبيع الصادر من الغير. وعليه، فالصحيح ما ذكرناه.

الدليل الثاني^(١)

هو الخبر الصحيح المروي عن محمد بن قيس، عن سيّدنا الباقر ﷺ قال: «قضى أمير المؤمنين ﷺ في وليدة باعها ابن سيّدنا وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها، فولدت منه، فجاء سيّدنا فخاصم سيّدنا الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني؟»

فقال ﷺ: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها.

فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة، حتّى ينفذ لك البيع. فلما رآه أبوه قال له: أرسل ابني، قال: لا والله لا أرسلُ ابنك حتّى تُرسل ابني، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه^(٢).

قال الشهيد ﷺ في «الدروس»^(٣): (إنَّ فيه دلالة على صحّة الفضولي).

أقول: الكلام فيه يقع في جهتين:

الأولى: في فقه الحديث.

(١) المكاسب: ج ٣/ ٣٥٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١/ ٢٠٣ ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ رقم ٢٦٩٠٠، التهذيب: ج ٧/ ٤٨٨ ح ١٦٨.

(٣) الدروس: ج ٣/ ٢٣٣.

الثانية: في دلالاته على صحّة الفضولي.

أما الجهة الأولى^(١): فقد يقال إنه مشتملٌ على أحكامٍ لا يمكن الالتزام بها، ولأجل ذلك يُردّ علمه إلى أهله:

منها: حكمه عليه السلام بأخذ الوليدة وابنها، قبل أن يسمع من المشتري دعواه، ولعلّه كان يدعي إذن السيّد أو رضاه، فكان يتعيّن تكليفه بإقامة البيّنة، ومع عدمها أن يكلف السيّد بالحلف أو ردّ الحلف كما هو الشأن في سائر موارد المخاصمات.

وفيه: إنه حيث كان نقل أبي جعفر عليه السلام هذه القضية لبيان أن البيع قابلٌ للإجازة، لم تكن وظيفته عليه السلام بيان جميع الخصوصيات، فلعلّه لم يكن المشتري مدّعياً الإذن أو الوكالة أو الرضا، أو أنه إمّا حكم عليه السلام بذلك بعد تكليفه بإقامة البيّنة.

ومنها: حكمه عليه السلام بأخذ الولد مع أنه حُرٌّ، إذ الظاهر أن الوطاء كان قد تحقّق بالشبهة.

وفيه: إنه يمكن أن يكون الأخذ لأجل تعلق حقه به، من جهة أن الولد نماء أمته، وإن أبيت عن استحقاق القيمة إلّا على تقدير عدم الإجازة، فقد حكم عليه السلام بذلك قبل الإجازة.

ومنها: حكمه بأخذ ابن السيّد، مع أن غاية الأمر كونه غاصباً. وفيه: إنه لأجل صيرورته سبباً لتلك الخسارة، وغاصباً للثمن، لا مانع من ذلك للتوصّل به إلى حقه.

ومنها: تعليمه عليه السلام إتياء الحيلة، مع أن ذلك بعيدٌ عن وظيفة الحاكم.

وفيه أولاً: إنه لم يثبت كون ذلك قضاءً، بل لعله كان جواباً عن المسألة وبياناً للحكم الشرعي.

وثانياً: لم يدل دليل على عدم جواز تعليم القاضي والمحاكم الحيلة.

ومنها: حكمه بإيجاز بأخذ الوليدة وابنها من دون تقييد بعدم الإجازة.

وفيه: إنه بيان للحكم في فرض عدم الإجازة.

ومنها: إنه يدل على نفوذ الإجازة بعد الرد، والإجماع^(١) قام على عدم نفوذها.

وسياقي الجواب عن ذلك.

وأما الجهة الثانية^(٢): فقد أورد على الاستدلال به على صحة بيع الفضولي،

بأنه ظاهرٌ في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد، وهو خلاف الإجماع.

أقول: يقع الكلام في ذلك في موردين:

الأول: في ظهوره في ذلك.

الثاني: في أنه على فرض الظهور، هل هناك ما يمنع عن الاستدلال به على

صحة الفضولي أم لا؟

أما المورد الأول: فقد استدلل الشيخ رحمته في دعواه تلك إلى أمور:

الأمر الأول: إطلاق حكمه بإيجاز بتعيين أخذ الجارية وابنها من المالك، إذ لو لم

يكن راداً للبيع، وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرد.

وفيه: إنه مع عدم الإجازة، يكون الحكم ذلك أيضاً، فلعله كان مردداً في الرد

(١) الوسيلة: ص ٢٤٩. مختلف الشيعة: ج ٥ / ٣١٥. تذكرة الفقهاء (ط): ج ٢ / ١٢٠. الروضة البهية: ج ٤ / ٦٨.

(٢) راجع جواهر الكلام: ج ٢٢ / ٢٧٨. المكاسب: ج ٣ / ٣٥٤.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٣٥٤.

والإجازة، فحكّم ﷺ بأخذهما ما لم يجوز.

الأمر الثاني: ظهور المخاصمة في ذلك.

وفيه: إنها ظاهرة في كراهة البيع، لا في الرد الذي هو حلّ للعقد ورفع له، ومجرّد إظهار الكراهة الباطنية ليس ردّاً، بل يمكن منع ظهورها في ذلك أيضاً، إذ لعلّها كانت لأجل استحصال ثمن الجارية الذي أخذه أبوه.

الأمر الثالث: مناشدة المشتري للإمام ﷺ، وإلحاحه له في علاج فكاك ولده.

وفيه: إنه حيث لم يجوز البيع واستردّ ماله ونمائه إلى أن ينفك بأداء قيمته، طلب منه ﷺ علاجاً ليحيز البيع.

الأمر الرابع: قوله: «حتّى تُرسل ابني» الظاهر في أنّه حبس الولد، ولو على قيمة يوم الولادة.

وفيه: إنه ظاهرٌ في عدم الإجازة دون الرد، إذ للمالك التصرف في ماله قبل الإجازة حتّى على الكشف.

فتحصل: أنّه لا ظهور للرواية في كون الإجازة بعد الرد، وعليه فالاستدلال به على صحّة الفضولي لا إشكال فيه.

وأما المورد الثاني: فقد ذهب السيّد الفقيه ﷺ^(١) إلى أنّ الرواية تعدّ دليلاً على

صحّة الإجازة حتّى بعد الرد، ولا مانع من العمل بها.

وفيه: أنّه خلاف الإجماع^(٢)، ولذلك لا يمكن المصير إليه.

(١) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٣٥.

(٢) الوسيلة: ص ٢٤٩، مختلف الشيعة: ج ٥ / ٣١٥، تذكرة الفقهاء (ط ق): ج ٢ / ١٢٠، الروضة البهية: ج ٤ / ٦٨.

أقول: أفاد الشيخ رحمته ^(١) في وجه صحّة الاستدلال به في المقام، بأنّ هذا الخبر المتضمّن لقوله عليه السلام: «حتّى ينفذ لك البيع»، وقوله: «أجاز بيع ابنه» ظاهرٌ في أنّ حكم الفضولي ذلك، وعليه فيتصرّف في ظهور صدره في الإجازة بعد الرّد، ويؤل بإرادة عدم الجزم بالإجازة والرّد أو غير ذلك.

وفيه: الظاهر من قول أمير المؤمنين عليه السلام البيع، إرادة البيع الخاص الذي أوقعه الابن، وصرح قول الإمام الباقر عليه السلام ذلك، فهو ظاهرٌ في القضيّة الشخصيّة، وحيث إنّه على هذا لا يعمل بالخبر فيما تضمّنه بحسب ظاهره، فلا بدّ من تأويله، ومعه يصبح الخبر مجملاً فلا يمكن الاستدلال به.

ودعوى: أنّه بالدلالة المطابقيّة يدلّ على صحّة الفضولي في المورد، وبالدلالة الالتزاميّة يدلّ على قابليّة كلّ فضولي للنفوذ بالإجازة، والإجماع المشار إليه يوجب سقوط الأولى لا الثانية.

مندفعة: بتبعيّة الدلالة الالتزاميّة للمطابقيّة وجوداً وحجيّة. فتدبر، وعليه فالحقّ ما ذكرناه.

الدليل الثالث

النصوص ^(٢) الواردة في النكاح الدالّة على نفوذه بالإجازة.

أقول: وتقريب الاستدلال بها من وجوه:

(١) المكاسب: ج ٣ / ٣٥٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١ / ١١٤ - ١١٨ ب ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، وص ١٩٠ ب ٧٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء، وج ٢٠ / ٢٧٥ - ٢٨١ ب ٦ و ٧ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، وص ٢٩٢ - ٢٩٣ ب ١٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

الوجه الأول: بعموم التعليل الوارد في صحّة نكاح العبد بإجازة المولى - حيث علّله عليه السلام بأنّ نكاحه مشروع ذاتاً، وليس معصية لله تعالى، بل إنّما يكون عدم نفوذه من باب كونه عصياناً للسيد، فإذا أجاز جاز - فإنه يدلّ على أنّ كلّ معاملة لا تكون غير مشروعة بذاتها كبيع الخمر والخنزير، بل إنّما لا تكون نافذة لرعاية حقّ الغير، تصحّ بإجازة من اعتبر رضاه، فإنّ كونها معصية لذلك الغير قابلة للزوال بسبب تبدّل كراهته بالرضا.

الوجه الثاني: ما أفاده صاحب «الجواهر» رحمته الله، من أنّ ما ورد في نكاح الفضولي الدالّ على صحّته بالإجازة، بإطلاقه يشمل ما إذا تضمّن الصداق بيعاً، كما إذا باع شخص مال زيد من عمر وفضولاً بمائة دينار وتزوج له هنداً بتلك الدنانير، فإطلاق تلك الأخبار يقتضي صحّة هذا النكاح، ولازمه صحّة البيع أيضاً، ويتمّ في غير هذه الصورة بالإجماع المركّب.

وفيه أولاً: إنّ الأخبار المذكورة مسوقة لبيان حكم النكاح من هذه الجهة خاصّة، ولا نظر لها إلى الجهات الأخرى، فلا وجه للتمسك بإطلاقها. وثانياً: إنّ النكاح لعدم توقّفه على المهر - لأنّ بطلان المهر لا يستلزم بطلان النكاح - لا يلزم إمضاؤه في الفرض إمضاء البيع وإنفاذه.

الوجه الثالث: ان جملة من النصوص تدلّ على أنّ النكاح يصحّ بالإجازة، فإذا صحّ تمليك البضع بالإجازة، صحّ تمليك ماله بها بالأولوية، إمّا لأنّ الأوّل لا عوض له بخلاف الثاني، أو لأنّ النكاح مبنيّ على الاحتياط وأحرى بشدّة الاهتمام، لأنّه يكون منه الولد.

أقول: الكلام فيه يقع في جهات:

الأولى: في ثبوت هذا الحكم في مطلق النكاح.

الثانية: في التعدي عنه إلى سائر العقود بحسب القواعد.

الثالثة: في أن الرواية التي أشار إليها الشيخ^(١) هل تمنع عن هذه الأولوية أم لا؟

أما الجهة الأولى: فعن الشيخ في «المبسوط»^(٢) و«الخلاف»^(٣)، إنكاره فيه من

الأصل، وتبعه فخر المحققين^(٤) على ذلك أيضاً، وعن ابن حمزة^(٥) اختصاصه بتسعة

مواضع، لوجود النص فيها دون غيرها، واستشكل السيد الفقيه^(٦) في التعدي عن

تلك الموارد المخصوصة، والمشهور بين الأصحاب التعدي^(٧)، بل نقل الإجماع عليه

غير واحد^(٨).

أقول: صحّة نكاح الفضولي في الجملة مما لا ينبغي التوقف فيه، لورود جملة

من الأخبار^(٩) في نكاح الأب لابنه، والأخ لأخيه، والعَم لابن أخيه، والأم لابنها.

ونكاح الوصي، وغير ذلك من الموارد، وفيها الصحاح والموثقات.

(١) المكاسب: ج ٣/ ٣٥٦-٣٥٧.

(٢) المبسوط: ج ٤/ ١٦٣.

(٣) الخلاف: ج ٤/ ٢٥٧.

(٤) إيضاح الفوائد: ج ٣/ ٢٧.

(٥) الوسيلة: ص ٣٠٠.

(٦) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١/ ١٣٦.

(٧) المفنعة: ص ٥٠٧ و ص ٥١١، الغنية: ص ٣٤٣، السرائر: ج ٢/ ٥٦٢، شرائع الإسلام: ج ٢/ ٥٠٤.

(٨) الناصريات: ص ٣٣٠، السرائر: ج ٢/ ٥٦٢.

(٩) وسائل الشريعة: ج ٢٠/ ٢٧٥-٢٨٣ ب ٦ و ٧ و ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، وص ٢٩٢-٢٩٣ ب ١٣

من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

وأما التعدي عن تلك الموارد إلى مطلق النكاح، فالظاهر ذلك، لأن غاية ما ذكر في وجه عدم التعدي، هي أن موارد النصوص الواردة في المقام ما بين ما يكون العاقد عاقداً لنفسه، إلا أنه منوط برضا الغير، وما بين ما يكون العاقد ولياً شرعياً أو عرفياً، فالتعدي عنها إلى ما إذا كان العاقد عاقداً لغيره ولم يكن ولياً يحتاج إلى دليل.

ولكنه فاسدٌ، وذلك لوجهين:

أحدهما: أن من جملة تلك النصوص ما ورد في نكاح الأخ والعَمِّ^(١)، وهما ليسا عاقدين لأنفسهما، ولا ولاية لهما عرفاً أيضاً.

ثانيهما: أن من جملة ما ورد في عبد مملوك بين رجلين زوجته أحدهما والآخر لا يعلم، وعلم به بعد ذلك، حيث قال عليه السلام للذي لم يعلم ولم يأذن: «أن يفرق بينهما، وإن شاء تركه على نكاحه»^(٢)، ونحوه ما ورد في جارية مملوكة بين رجلين^(٣)، فإنهما يدلان على توقف نكاح أحد الشريكين على إجازة الآخر، من حيث أنه تصرفٌ ورد على ماله، ومعلوم أنه ليس عاقداً لنفسه، ولا ولاية له عرفاً ولا شرعاً، فإذا ثبت ذلك في مطلق نكاح الفضولي مما لا ينبغي التوقف فيه. وأما الجهة الثانية: فالحق عدم صحة التعدي إلى سائر العقود، لعدم تمامية الوجهين المتقدمين.

(١) وسائل الشريعة: ج ٢٠ / ٢٧٥ - ٢٨٣ ب ٦ و ٧ و ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد. وص ٢٩٢ - ٢٩٣ ب ١٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٢) وسائل الشريعة: ج ٢١ / ١١٦ ب ٢٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ رقم ٢٦٦٧. التهذيب: ج ٨ / ٢٠٧ ح ٣٨.

(٣) وسائل الشريعة: ج ٢١ / ١٩٠ ب ٧٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ رقم ٢٦٨٧١. قرب الإسناد: ص ٢٥٠.

أما الأول: فلأنّ في النكاح لا يُملك البضع، بل هناك تسلّط محض، مع أنّه لا يجري في الهبة والصلح في موردها، مضافاً إلى أنّ هذه الأولويّة ظنيّة، لخفاء المصالح المقتضية لجعل الأحكام.

وأما الثاني: فلأنّ الشارع الأقدس وإنّ اهتمّ بالنكاح - وهو أحرى بالاحتياط - إلا أنّ ذلك في مقام عمل المكلفين برعاية ما جعل الشارع سبباً له، وفي موارد الشبهات الحكميّة والموضوعيّة، ولا ربط لذلك بجعل الشارع، فتوسعة الشارع في أسباب النكاح، لا تستلزم توسعته في أسباب البيع بالضرورة، بل الشارع الأقدس اعتبر في سائر العقود ما لم يعتبر في هذا العقد - كالتقاضي في الصّرف والسّلم - ووسّع في أسباب النكاح بتشريع عقد التمتع، وملك اليمين، وجواز تقديم القبول على الإيجاب، وجواز الاقتصار على السكوت في مقام الإذن والرضا.

وبالجملة: أهميّة النكاح ربما تستدعي التوسعة في أسبابه لثلايق الناس في الزنا، ومثل هذه الحكمة مفقودة في غيره.

فنتحصّل: أنّ الأظهر عدم التعديّ إلى سائر العقود.

وأما الجهة الثالثة: فقد أفاد الشيخ عليه السلام ^(١) أنّها ربما توهن بالنص الوارد في الرّد على العامّة، الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول... إلى آخره، والنّص المشار إليه هو صحيح العلاء بن سيّابة عن مولانا الصادق عليه السلام وفيه:

«ما أجور هذا الحكم وأفسده، إنّ النكاح أحرى وأحرى أن يُحتاط فيه، وهو فَرْجٌ ومنه يكون الولد» ^(٢).

(١) المكاسب: ج ٣ / ٣٥٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٩ / ١٦٣ ب ٢ من أبواب كتاب الوكالة ح ٢ رقم ٢٤٣٦٩، و: ج ٢٠ / ٢٥٩ ب ١٥٧ من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه ح ٣ رقم ٢٥٥٧٤. التهذيب: ج ٦ / ٢١٤ - ٢١٥ ح ٥.

وذكر الشيخ عليه السلام ^(١) ما حاصله أنّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع من حيث الاحتياط، فدلّ على أنّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى، خلافاً للعامة، وعليه فلا يجوز التعدي عمّا دلّ على صحة نكاح الفضولي إلى صحة البيع.

أقول: بعد التنبيه على أمرين:

الأول: أنّ الحكم الواقعي عدم الفرق بين النكاح وغيره في مسألة العزل، مع عدم بلوغ الخبر إلى الوكيل.

الثاني: إنّ العامة لم يقدموا على تعليل الفرق بين النكاح والبيع بالاحتياط، بل إنّما علّوه بوجه استحساني، حيث إنّه عليه السلام لما سأل الراوي عمّا تقوله العامة، قال: ويقولون المال منه عوض لصاحبه، والفرج ليس منه عوض إذا خرج منه الولد، وبما أنّ الإمام عليه السلام لم يتمكّن من بيان الحكم من دون وجه، ولا من بيان بطلان ما ركنوا إليه، راعى جانب الاحتياط وأجاب بأنّ النكاح بما أنته مهمّ في نظر الشارع، وأحرى بأن يُحتاط فيه من غيره من العقود، فيتعيّن فيه الاستناد إلى حجة شرعية، دون الاعتماد على القياس والاستحسان وما شابهها من الوجوه العلية، وقد عقبه عليه السلام بقضاء أمير المؤمنين عليه السلام الذي يكون متبعاً عندهم لقوله عليه السلام: «أفضأكم على عليه السلام»، وعليه فهو لا يدلّ على ما ذكره الشيخ عليه السلام.

وبالجملة: ظهر بما ذكرناه عدم تمامية ما أفاده السيد الفقيه عليه السلام ^(٢) في المقام في الرد على الشيخ عليه السلام، وحاصله: إنّه عليه السلام كان بصدد الرد على العامة الجاعلين حكمة الحكم

(١) المكاسب: ج ٣ / ٣٥٧.

(٢) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٣٦.

الاحتياط، وأنته ليس كذلك، وإلا كان النكاح أولى بأن يُحتاط فيه، وأن الاحتياط لو كان مقتضياً للصحة في البيع، فهو يقتضي ذلك في النكاح بالأولوية.

فإنه يرد عليه: ما عرفت من أن العامة لم يجعلوا حكمة الحكم الاحتياط.

أقول: وربما يؤيد صحة الفضولي، بل يستدلّ عليها بروايات وردت في

مقامات خاصة، كموثّق جميل، عن الإمام الصادق عليه السلام:

«في رجلٍ دفع إلى رجلٍ مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب

فاشترى به غير الذي أمره؟

قال عليه السلام: هو ضامنٌ، والربح بينهما على ما شرط»^(١).

ونحوه غيره ثمّ ورد في المضاربة.

وحاصل ما أفاده الشيخ عليه السلام في هذه الأخبار^(٢):

١- إن التزمنا بعدم لزوم الإجازة في صحة المعاملة المزبورة، كانت هي ممّا

يستأنس به للحكم في المقام، لاشتراكها في عدم لزوم الإذن السابق.

٢- وإن التزمنا بلزومها في صحتها، كانت دليلاً على جريان الفضولي في العقد

السابق وصحتها في المورد الخاص، وإن احتمل كونها للنص الخاص، إلا أنّها

لا تخلو عن تأييد للمطلب.

أقول: وفي كلاشي كلامه نظر:

أما الأول: فلأنّته إذا دلّ الدليل على عدم اعتبار الرضا في موردٍ خاص، كيف

يستأنس منه لحكم ما يعتبر فيه ذلك قطعاً، وأما الكلام في اعتبار سبقه.

(١) وسائل الشريعة: ج ١٩ / ١٨ ب ١ من أبواب كتاب المضاربة ح ٩ رقم ٥٦-٢٤، التهذيب: ج ٧ / ١٩٣ ح ٣٩.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٣٥٩-٣٦٠.

وأما الثاني: فلأنه إن بنينا على صحة ما صدر بالإجازة، لزم منه كون تمام الربح للمالك، إذ تقسيم الربح إنما يكون من آثار المضاربة المفروض بطلانها، والبائع إنما أن يستحق أجره لأن عمل المسلم محترم، أو لا يستحقها لأنه عمل من دون أمر. والحق أن يقال: إن نصوص الباب محمولة على صورة الاشتراط لا التقييد، أي اشتراط المالك على العامل أن لا يشتري إلا الجنس الفلاني، وعليه فإذا تخلف الشرط، واشترى غير الذي أمر به :

فإن خسر فيه، كان عليه الضمان، لمخالفته للمالك، ولأنه لا محالة يرد العقد.

وإن ربح فيه، فلا محالة لا يفسخ المالك المضاربة، فيكون الربح بينهما.

وبهذا يظهر أن النصوص موافقة للقاعدة، وأجنبية عن المقام.

وإن أبيت عن كون ذلك مما تقتضيه القاعدة، فلا مانع من الالتزام به،

لنصوص الخاصة الواردة في المقام.

ومن هذا القبيل الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم، وأن

الربح لليتيم.

وأفاد الشيخ رحمته ^(١) في وجه إدخال المسألة في الفضولي أمران:

الأول: أنها تُحمل على صورة إجازة الولي.

الثاني: أن الحكم بالمضيّ إجازة إلهية لاحقة للمعاملة.

ويرد على الأول: أنه ليس في النصوص ما يستفاد منه إرادة معاملة غير

الولي، بل ظاهر بعضها وصريح آخر معاملة الولي، مع أنه ليس فيها ما يشهد

بإجازة الولي.

ويرد على الثاني: أن التاجر إن كان مأذوناً من قبل الله تعالى لا تكون معاملته فضوليّة.

أقول: الحق اختصاصها بصورة معاملة الولي، وتكون أجنبيّة عن مسألة الفضولي، وربما يؤيد المطلب برواية ابن أشيم عن الإمام الباقر عليه السلام الواردة في العبد المأذون الذي دفع إليه مالاً ليشتري به نسمة ويعتقها ويحجّه عن أبيه، فاشترى أباه وأعتقه، ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع، وادّعى كلّ منهم أنه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام:

«وأما المعتق فهو ردّ في الرق لموالي أبيه، وأيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان رقاً»^(١).

أقول: إن ما يتوهم أن يكون مؤيداً للمطلب، هو حكمه عليه السلام بكون العبد لورثة الميت إذا أقاموا البيّنة، وأما بالنسبة إلى مولى العبد، فالظاهر أنه كان مأذوناً من قبله، وأما بالنسبة إلى مولى الأب فالمعاملة باطلة بلا كلام، والظاهر من الرواية رضا الورثة بالمعاملة وإذنه إياه فيها، وعليه فتخرج عن محلّ الكلام.

وأيضاً: مما قيل بأنه يؤيد المطلب، صحيح الحلبي، عن الإمام الصادق عليه السلام: «عن رجل اشترى ثوباً، ولم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثم ردّه على صاحبه، فأبي أن يقبله إلا بوضيعة؟

قال عليه السلام: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه، ردّه على صاحبه الأوّل ما زاد»^(٢).

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ / ٢٨٠ - ٢٨١ ب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجارة ح ١ رقم ٢٣٦٧٠، التهذيب: ج ٨ / ٢٤٩ ح ١٣٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ / ٧١ - ٧٢ ب ١٧ من أبواب أحكام العقود من كتاب التجارة ح ١ رقم ٢٣١٧٧، التهذيب: ج ٧ / ٥٦ ح ٤٢.

فإن الحكم بردّ ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي. وفيه: إنّه لا ينطبق عليها، إذ الحكم بفساد الإقالة في الفرض، المستلزم لكون المعاملة الثانية فضولية، لازمه الاستحالة من المشتري الأول لا الحكم بردّ ما زاد، وعدم الفرق بين البيع بالأزيد وبالمساوي وبالأقلص، ولا يبعد دعوى أنّ الرواية ظاهرة في كراهة الإقالة بالوضعية كما ذهب إليه ابن الجنيد^(١)، واستحباب ردّ ما زاد، لتكون أجنبية عن المقام.

قيل: ويمكن التأيد بالخبر الموثق الذي رواه البصري عن الإمام الصادق عليه السلام: «عن السمسار أيسّرتي بالأجر، فيدفع إليه الورق، ويشترط عليه أنتك تأتي بما نشترى، فما شئت أخذته، وما شئت تركته، فيذهب فيشترى ثم يأتي بالمناع، فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت؟ قال عليه السلام: لا بأس»^(٢). بناءً على أنّ الاشتراء من السمسار يكون فضولياً عن صاحب الورق، فيتخيّر ما يردّه، ويردّ ما يكره.

ولكن الظاهر من الخبر كون الاشتراء لصاحب الورق، مع جعل خيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضي ويفسخه فيما كره.



(١) حكاها العلامة في مختلف الشيعة: ج ٦ / ٢١٩، فتاوى ابن الجنيد: ص ٢٢٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ / ٧٤ - ٧٥ ب ٢٠ من أبواب أحكام العقود ح ٢ رقم ٢٣١٨٣، والرواية: عبدالرحمن بن

أبي عبدالله، لا عبدالله، التهذيب: ج ٧ / ٥٦ ح ٤٢.

أدلة بطلان بيع الفضولي والجواب عنها

أقول: قد استدلل للبطلان بالأدلة الأربعة:

أما الكتاب: فبقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١).

بدعوى أنه دلّ بمفهوم المحصر أو سياق التحديد على أنّ غير التجارة، والتجارة لا عن تراض غير مبيحة لأكل مال الغير وإن لحقها الرضا، ومن المعلوم أنّ الفضولي غير داخل في المستثنى.

وقد أجابوا عن الاستدلال به بأجوبة^(٢):

الجواب الأول: أنه لا مفهوم له، وقد أشبعنا الكلام في ذلك في أوّل مبحث الإكراه والمعاطاة^(٣)، وعرفت أنه لا يدلّ على المحصر.

الجواب الثاني^(٤): أنّ التجارة التي هي اسمٌ للمسبّب لا السبب، إنما تكون تجارة للمالك بعد الإجازة، فتكون عن تراضٍ، وقد مرّ في أوّل مبحث الفضولي تماميّة ذلك أيضاً.

الجواب الثالث^(٥): إنه يحتمل أن يكون *عَنْ تَرَاضٍ*^(٦) خبراً بعد خبر، لتكون على قراءه نصب (التجارة) لا قيدها، وحاصله أنه يحتمل أن يكون اسم كان

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) راجع بلفه الفقيه: ج ٢ / ٢٢٠ - ٢٢٢.

(٣) فقه الصادق: ج ٢٢ / ٣٢٢.

(٤) المكاسب: ج ٣ / ٣٦٥.

(٥) المكاسب: ج ٣ / ٣٦٤ - ٣٦٥.

(٦) سورة النساء: الآية ٢٩.

مقدراً، وهو سبب الأكل، ويكون له خبران: الأول «تجارة»، الثاني «عن تراضٍ»، ولكن لا بنحو الاستقلال بل بنحو الاشتراك، كما في قولنا: (الرمان حلو حامض) فيكون مفاده سبب التجارة والتراضي، وهي متحققه في بيع الفضولي.

وفيه: إنه لا يحتمل ذلك مع التعبير بحرف المجاوزة، إذ السبب لو كان هو المجموع، لما كان منبعثاً عن التراضي وإن كان خصوص التجارة لزم قيديّة التجارة بصورها عن التراضي، وإن كان غيرها لزم عدم كون السبب هو التجارة والتراضي، وهو خلف.

مع أنه على فرض قراءة التجارة بالرفع يتعين التقييد، إذ احتمال كونه خبراً والاسم هو التجارة، يدفعه أن لازمه تعريف التجارة، وعليه فالصحيح هو الأولان. وأما السنة: فهي أخبار:

منها: النبوي المستفيض، وهو قوله ﷺ للحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»^(١). أقول: ينبغي البحث عن هذا الخبر سنداً ودلالة:

أما من ناحية السند: فإنه لا يخفى أن أفضية النبي ﷺ المذكورة في كتب العامة مجتمعة على جملة بعينها مروية من طرقنا برواية عقبه، ومتفرقة على حسب تفرق الأبواب، وعليه فهذا النبوي مروى عن طرقنا وعن طرق العامة، فلا سبيل إلى الخدشة في سنده هذا بحسب السند.

هذا فضلاً عن أن المضمون وارد في جملة من الأخبار، كخبر سليمان بن صالح،

(١) راجع سنن الترمذي: ج ٣ / ٥٣٤ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، وراجع وسائل الشيعة: ج ١٨ / ٤٧

ب ٧ من أبواب أحكام العقود رقم ٢٣١٠٧، التهذيب: ج ٧ / ٢٣٠ ح ٢٥.

عن مولانا الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله ^(١)، وخبر الحسن بن زيد عنه عليه السلام عن آبائه في مناهي النبي صلى الله عليه وآله ^(٢).

وأما من حيث الدلالة: فما قيل أو يمكن أن يقال في الجواب عن الاستدلال به - وما يساوقه من النبوي الآخر: «لا يبيع إلا فيما يملك» ^(٣)، والتوقيع: «لا يجوز بيع ما ليس يملك» ^(٤) - للبطلان أمور:

الأمر الأول: أنها لمعارضتها مع النصوص الكثيرة الدالة على جواز بيع ما ليس عنده - لاحظ صحيحي عبد الرحمان بن الحجّاج، عن مولانا الصادق عليه السلام:
 في الأول منها: «عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده، فيشتري منه حالاً؟ قال عليه السلام: ليس به بأس.

قلت: إتهم يفسدون عندنا! قال عليه السلام: وأي شيء يقولون في السلم؟
 قلت: لا يرون به بأساً، يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل، وليس عند صاحبه فلا يصلح.

فقال عليه السلام: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود.

ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالاً وإلى أجل، الحديث» ^(٥).

(١) وسائل الشريعة: ج ١٨ / ٤٦ - ٤٨ ب ٧ من أبواب أحكام العقود من كتاب التجارة ح ٢ و ١٥ و ٣ و رقم ٢٣١٠٧ و ٢٣١١٠ و ٢٣١٠٦ و ٢٣١٠٨، التهذيب: ج ٧ / ٧ ح ٢٣٠، الفقيه: ج ٤ / ٣ - ٨ ح ٤٩٦٨.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٨ / ٤٨ ب ٧ من أبواب أحكام العقود ح ٥ رقم ٢٣١١٠، الفقيه: ج ٤ / ٣ - ٨ ح ٤٩٦٨.

(٣) المستدرک: ج ١٣ / ٢٣٠ ب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٣ رقم ١٥٢٠٩.

(٤) وسائل الشريعة: ج ١٧ / ٣٣٩ ب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١ رقم ٢٢٧٠٤، التهذيب: ج ٧ / ١٥١ - ١٥٠ ح ١٦.

(٥) وسائل الشريعة: ج ١٨ / ٤٦ ب ٧ من أبواب أحكام العقود ح ١ رقم ٢٣١٠٦، التهذيب: ج ٧ / ٤٩ ح ١١.

وقريب منه الآخر^(١).

تُحمل هذه على التقيّة، لتكذيبه ﷺ فيها للعامة القائلين ببطلان بيع ما ليس عنده.

وفيه: إنَّ الجمع بينها يقتضي تخصيص هذه النصوص ببيع العين الشخصية من جهة اختصاص تلك النصوص ببيع الكلّي، أو حملها على بيع كلّ ما خرج عن السلطنة، وإن كان المبيع كلياً، كما لو باع الكلّي في ذمّة الغير.

أقول: ولعلّ الثاني أظهر، وتكذيبه ﷺ للعامة يمكن أن يكون في تطبيق بيع ما ليس عنده على بيع الكلّي في ذمّة نفسه، لا في أصل الحديث.

الأمر الثاني: ما أفاده الشيخ ﷺ^(٢) بقوله: (وثانياً: سلّمنا دلالة النبوي على المنع، لكنّها بالعموم، فيجبُ تخصيصه بما تقدّم من الأدلّة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد للمالكه إذا أجاز).

وفيه: إنّه بناءً على ما استظهره الشيخ ﷺ^(٣) من أنّ المراد من البيع، هو البيع لنفسه لا عن مالك العين، تكون النسبة عموماً من وجه، لأخصيّة النبويّ من هذه الجهة، فلا وجه لتقدّم تلك.

الأمر الثالث: الظاهر البدوي من النبويّ هو النهي عن بيع ما ليس حاضراً عنده، سواءً أكان مملوكاً له أم لا، قدر على تسليمه أم لا، كلياً أم شخصياً، وحيث إنّه لا يمكن الالتزام به، تعيّن حمله إمّا على النهي عن بيع ما ليس مملوكاً له، أو على النهي عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، وإن لم يكن الثاني أقرب فإنّه لا كلام في عدم

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ / ٤٧ - ٤٨ من ٧ أبواب أحكام العقود ح ٣ رقم ٢٣١٠٨، الكافي: ج ٥ / ٢٠٠ ح ٤.

(٢) (٣ و ٢) المكاسب: ج ٣ / ٣٦٨ و ٣٦٧.

أقربية الأول.

وأما النبوي الآخر والتوقيع: فيحتمل أن تكون كلمة (يملك) فيها مبنياً على المفعول، فلا ربط لها بما نحن فيه.

الأمر الرابع: أن المنفي البيع لغير المالك، فتختص هذه النصوص بالمسألة الآتية، وهي ما لو باع الغاصب لنفسه، ولا ربط لها بمسألتنا وهي البيع للمالك.

الأمر الخامس: أن النهي في هذه النصوص لم يتعلّق بإنشاء البيع، إذ البيع اسمٌ للمُنشأ والمسبّب دون الإنشاء كما تقدّم، مع أنه لا يعتبر صدور الإنشاء من المالك قطعاً، بل المتعلّق هو حقيقة البيع، وهي بالإجازة تنتسب إلى المالك، فيكون بيع ما عنده.

وبعبارة أخرى: إن الروايات على فرض دلالتها على عدم صحّة بيع الفضولي، تدلّ على عدم وقوع البيع للفضولي، ولا نظر لها إلى وقوعه للمالك إذا أجاز، إذ المنفي فيها وقوع البيع لنفسه، فينتفي هذا، وهو لا يلازم عدم وقوع البيع ولو للمالك، إذ سلب الأخص لا يستلزم سلب الأعم، فإذا كان وقوع البيع للمالك مع إجازته مسكوتاً عنه في هذه الأخبار، فالمرجع إلى الأدلة المتقدمة الدالة على الوقوع.

ومنها: روايتا يحيى وخالد الآيتين^(١)، ويظهر الجواب عنها بما ذكرناه في النبوي.

ومنها: صحيح محمد بن مسلم، عن الإمام الباقر عليه السلام: «عن رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل، وأهل الأرض يقولون هي أرضهم، وأهل الاستان يقولون هي من أرضنا؟ فقال عليه السلام: لا تشتريها إلا برضا أهلها»^(٢).

(١) وسائل الشريعة: ج ١٨/ ٤٩/ ٥٢ ب ٨ من أبواب أحكام العقود رقم ٢٣١١٤ و ٢٣١٢٣. التهذيب: ج ٧/ ٥٠/ ١٦٦.

(٢) وسائل الشريعة: ج ١٧/ ٣٣٤/ ١ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٣ رقم ٢٢٦٩٤. الكافي: ج ٥/ ٢٨٣/ ٤.

ومنها: التوقيع الوارد فيه قوله عليه السلام: «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضاً منه»^(١).

أقول: أجاب الشيخ الأعظم رحمته^(٢) عنها بما توضيحه أنه لا يستفاد من الخبرين إلا النهي عن الشراء الفاقد للرضا رأساً، وهذا لا يدل على فساد عقد الفضولي غير الفاقد له بلحاظ الإجازة، كما لا يدل على صحته أيضاً، فالنهي فيها لا يدل إلا على بطلان العقد الفاقد للرضا، بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود، وهذا ما نقول به نحن أيضاً.

وأما في البيع الملحق بالرضا، فالمرجع إلى العمومات الدالة على الصحة. وبهذا البيان يظهر أن ما أفاده في التوضيح ليس جواباً آخر كما أفاده السيد الفقيه^(٣). قال المحقق النائيني رحمته^(٤): إن دلالة خبر الحميري^(٥) على صحة الفضولي أظهر، فإن مقابلة الرضا بالأمر ظاهرة في كفاية الإجازة اللاحقة، فإن الرضا المقابل للشراء عن المالك أو بأمره هو الرضا اللاحق لا المقارن، فإنه متحقق حين الأمر. وفيه: إنه يمكن أن يكون المراد من الرضا ما هو ظاهره، وهي الصفة النفسانية غير المبرزة التي عرفت كفايتها في الخروج عن الفضولية، فراجع^(٦).

فالحق أن يقال: إن مقتضى إطلاق الخبرين، هو النهي عن الاشتراء إلا بالرضا، تقدم أو تأخر، فيدلان على صحة الفضولي لكونه داخلاً في المستثنى، مع أن المراد من الاشتراء حقيقته، وهو إنما يكون اشتراء للمالك بعد الإجازة، فيشمله الخبر إن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٣٣٧ ب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٨ رقم ٢٢٦٩٩، الاحتجاج: ج ٢ / ٣٠٩.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٣٦٧-٣٦٨.

(٣) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٤٠.

(٤) منية الطالب: ج ٢ / ٢٨.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٣٣٧ ب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٨ رقم ٢٢٦٩٩، الاحتجاج: ج ٢ / ٣٠٩.

(٦) صفحة ١٣٦ من هذا المجلد.

كان المراد بالرضا فيها المقارن.

الدليل الثالث: الإجماع^(١)، وقد ادّعه غير واحد من الأساطين.

والجواب عنه: - مضافاً إلى معارضته بما ادّعي من الإجماع على الصّحة - أنه

لمعلومية مدرك المُجمعين لا يعتمد عليه.

الدليل الرابع: حكم العقل بعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه^(٢).

أقول: قد أجاب الشيخ رحمته الله عن هذا الدليل بوجوه:

الوجه الأول^(٣): أن العقد على مال الغير متوقّعاً إجازته، من دون قصد لترتيب

الآثار عليه لا يعدّ تصرفاً فيه.

وأورد عليه بإيرادين:

أحدهما: ما أفاده المحقق الايرواني رحمته الله^(٤)، من أنه وإن فرض كون العقد علّة

تامة لحصول الآثار عرفاً، إلا أن مجرد العقد لا يعدّ تصرفاً في العين وقبيحاً،

فلا وجه للتقييد في كلامه، ومرجعه إلى عدم كون التصرف الاعتباري غير المماس

بالعين تصرفاً عرفاً في العين بل هو تصرف في لسان العاقد.

وفيه: أنه لو فرضنا كون الإنشاء مُخرِجاً للمال عن ملك صاحبه قهراً عليه كان

ذلك تصرفاً فيه وقبيحاً لكونه ظلماً، بل من أقبح أفراده، نعم مجرد العقد غير المؤثّر

في حصول النقل والانتقال عرفاً وشرعاً لا يعدّ تصرفاً فيه لا خارجاً ولا اعتباراً.

(١) الخلاف: ج ٣ / ١٦٨، الغنية: ص ٢٠٧، السرائر: ج ٢ / ٤١٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٥ / ١٢٠ - ١٢١ ب ٣ من أبواب مكان المصلي.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٣٧١.

(٤) تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ٣٤٦.

ثانيهما: ما أفاده السيّد الفقيه في تعليقه^(١)، من أنّ الفضولي إنّما يقصد النقل والانتقال جدّاً مطلقاً لا هزلاً معلقاً على الإجازة، وهذا ما يصدق عليه التصرف عرفاً. وفيه: إنّ العقد غير المؤثر عرفاً وشرعاً وإن قصد به الجِدّ، لا يعدّ تصرفاً، لا خارجاً ولا اعتباراً:

أما الأوّل: فواضح.

وأما الثاني: فلغرض عدم التأثير، ومجرد تأثيره في اعتباره لا يكفي في صدق التصرف عرفاً أو شرعاً.

وعليه، فما أفاده الشيخ رحمته تامّ لا غبار عليه .

الوجه الثاني^(٢): أنّه لو فرض كونه تصرفاً، فهو ممّا استقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءة والاصطلاء بنور الغير وناره.

وفيه: إنّ الجواز في المثالين إنّما يكون من جهة عدم صدق التصرف عليهما، أو لقيام السيرة على الجواز، وإلّا فمع صدق التصرف لا سبيل إلى دعوى استقلال العقل بجواز التصرف.

الوجه الثالث^(٣): أنّه قد يفرض الكلام فيما لو علم الإذن في هذا المقال أو الحال.

وفيه أولاً: ما تقدّم من خروجه بذلك عن الفضولية.

وثانياً: إنّ المستدلّ يمكن أن يكون ملتزماً بالصحة في خصوص هذا المورد،

والفساد في سائر الموارد.

الوجه الرابع^(٤): عدم دلالة تحريمه على الفساد.

أقول: هذا الجواب أيضاً متين، وقد مرّ في أوّل الجزء الرابع عشر من هذا

(١) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٤٠.

(٢-٤) المكاسب: ج ٣ / ٣٧١.

الشرح تحقيق القول في ذلك.

الوجه الخامس^(١): إنه لو دلّ على الفساد، لدلّ على بطلان البيع، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه، وعدم استقلاله في ذلك، والقائل بالصحة لا ينكر ذلك. وفيه: إن البناء على الفساد - سواء كان من جهة كون السبب تصرفاً ومبغوضاً للشارع فلا سببية له، أم كان من جهة كون المسبب منهياً عنه ومبغوضاً - ينافي مع هذا الجواب، إذ لو ألغى الشارع سببية عقد الفضولي، وجعله كالعدم، كيف أمكن توجيه حكمه بالصحة مع إجازة المالك، كما أنه إذا ألغى الشارع المسبب من جهة مبغوضيته، فلا شيء حتى يميزه المالك.

فتحصّل: أنّ الحقّ في الجواب هو الأوّل والثالث.



بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع

المسألة الثانية: أن يسبق قيام الفضولي بالمعاملة منع المالك.

أقول: المشهور أيضاً صحته، إلا أن فخر المحققين^(١) قال إن بعض المجوزين

للفضولي اعتبر عدم سبق نهي المالك، وهو الظاهر من المحقق الثاني^(٢).

وملخص القول في المقام: إن صحة بيع الفضولي:

١- إما أن تكون على القاعدة.

٢- أو تكون للأخبار الخاصة.

أما على الأول: فلا تتوقف الصحة إلا على العقد، واستناده إلى المالك الموجود

في المقام، ولا يضّر النهي السابق، وذلك لأن ما قيل في وجه إضراره أمور:

أحدها^(٣): أن العقد إذا كان منهياً عنه، فالمنع الموجود بعد العقد ولو أنا ما كافٍ

في الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقة.

وفيه: إن الكراهة النفسائية وإن أبرزت لا تعدّ ردّاً، بل هي عبارة عن حلّ

العقد وفسخه، كما أن النهي - الذي هو تسبب إلى اعدام الشيء بعدم إيجاده -

يبين الرد.

ثانيها^(٤): إن الكراهة المتخلّلة بين أركان العقد كالإيجاب والقبول مانعة عن

تحقق المعاهدة والمعاقدة، وحيث أن منها الإجازة، فالكراهة المتخلّلة بينها وبين

(١) إيضاح الفوائد: ج ١ / ٤١٧.

(٢) والمكاسب: ج ٣ / ٣٧٤.

(٤) تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ٣٥٤.

العقد مانعة عن تحقّقها، والمفروض في المقام وجودها.

وفيه: إن الكراهة المتخلّلة لا تمنع عن ذلك، ولذا بيننا على صحّة عقد المكره إذا لحقه الرضا.

ثالثها^(١): إن المالك إذا نهى عن إيقاع المعاملة على ماله نهياً عاماً شاملاً لزمان العقد، كان ذلك في قوّة أن يقول: (لا أرضى أن توقع العقد على مالي، ولو أوقعته كان مردوداً وباطلاً)، فيكون ذلك إنشاءً للرد، غاية الأمر الإنشاء متقدّم على العقد، والمُنشأ متأخّر عنه، فلا تنفع الإجازة بعد ذلك.

وفيه أولاً: إن النهي ليس إلاّ التسبب إلى عدم إيجاد العقد، وأمّا إنشاء الردّ بعد وجوده، فليس ذلك مربوطاً بالنهي.

وثانياً: إن ذلك من قبيل إيجاب ما لم يجب، وسيأتي عدم العبرة به.

وثالثاً: إن وجه عدم نفعيّة الإجازة بعد الردّ هو الإجماع، والمتيقّن منه ما إذا كان إنشاؤه بعد العقد.

فتحصّل: أنّ الأظهر هي الصحّة على القول بصحّة الفضولي على القاعدة.

وأما على الثاني: فالنصوص التي سلّمنا دلالتها على صحّة الفضولي، إنّما هي

صحيحة محمد بن قيس^(٢)، ونصوص نكاح العبد والتي علّل الصحّة فيها «بأنّه لم يعص الله وإنّما عصي سيّده»^(٣).

(١) تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ٣٥٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١ / ٢٠٣ ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ رقم ٢٦٩٠٠، التهذيب: ج ٧ / ٤٨٨ ح ١٦٨.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢١ / ١١٤ - ١١٦ ب ٢٤ ح ٢٦٦٦٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

أما صحيح قيس: فقد أفاد الشيخ رحمته (١) في وجه شموله للمقام بأنه يشمل لترك الإمام عليه السلام الاستفصال .

وفيه: إنَّ ظهور قوله في مقام المخاصمة: «وليدتي باعها ابني بغير إذني» في صورة عدم النهي لا ينكر، وإلا كان عليه أن يقول: (باعها برغم النهي عنه) فهو لا يشمل المقام.

وأما نصوص النكاح: ففي «المكاسب» (٢) رواية إجازته صريحة في عدم قدح معصية السيّد.

وفيه: إنَّ عصيان العبد لا يتوقّف على العمل مع النهي عنه، بل بما أنّ العبد لا بدّ وأن تكون أعماله عن إذن مولاه، فإذا فعل بلا إذن منه، كان خارجاً عن رسم العبوديّة ويعدّ عاصياً بذلك، فالمراد من معصية السيّد إيجاد العقد بلا إذن منه، كما هو صريح الرواية.

ودعوى: أنّ إطلاقها يشمل المقام.

مندفعة: بأنها إنّما وردت لبيان أنّ عصيان السيّد من حيث هو لا يمنع عن صحّة العقد بالإجازة، وأمّا أن نهيه هل يمنع عن تلك أم لا، فالنصوص ساكتة عنه. وعليه، فالأظهر أنّه على القول بالصحة في المسألة السابقة بواسطة الأخبار الخاصّة، لا سبيل إلى البناء عليها في المقام.



بيع الفضولي لنفسه

المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب، وكثيراً ما يتفق في غيره، كما في البيوع المبنية على الأمارات والأصول الظاهرية من اليد وأصالة الصحة ونحوهما، وكيف كان في المسألة أقوال: أحدها: الصحة وهو المشهور^(١).

ثانيها: التفصيل بين الغاصب وغيره، كما عن ابن إدريس^(٢).

ثالثها: التفصيل في الغاصب بين علم المشتري وجهله، كما عن المصنف^(٣) وغيره^(٤).

أقول: ينبغي في المقام ملاحظة المستند:

١- فإن بنا على صحة بيع الفضولي بواسطة الأخبار الخاصة، فلا وجه للبناء على الصحة في المقام، فإن عمدة المستند على هذا صحيح ابن قيس، ونصوص نكاح العبد، وشيء منها لا يشمل المقام.

أما الأول: فلأنه لو كان الابن بائعاً للوليدة لنفسه كان التنبيه عليه أولى لأنته أبلغ في الإنكار.

وأما الثانية: فلأن موردها وإن كان النكاح لنفسه، لكن الإجازة فيها لنفسه لا لمولاه.

(١) المبسوط: ج ٢ / ٣٨٦، تحرير الأحكام: ج ٢ / ١٤٢، جامع المقاصد: ج ٨ / ٢٥١.

(٢) حكاة عنه المامقاني في غاية الآمال: ج ٣ / ٣٦٧.

(٣) قواعد الأحكام: ج ٢ / ١٩.

(٤) إيضاح الفوائد: ج ١ / ٤١٧-٤١٨.

٢- وأما إن بنينا على الصحة بواسطة العمومات، فهي تقتضي الصحة في المقام أيضاً بلافرق، وقد ذكروا في وجه الفرق وأنه لا يمكن الحكم بالصحة في المقام أموراً: الأمر الأول^(١): نصوص يبيع ما ليس عنده^(٢)، بناءً على أن موردها يبيع الفضولي لنفسه، وقد مرّ الجواب عنها^(٣).

الأمر الثاني^(٤): إنّه غالباً يكون منع المالك من البيع موجوداً في المغضوب، ويعتبر عدم سبق المنع.

وفيه - مضافاً إلى ما عرفت من عدم اعتباره - أنّ المنع غير موجود في غير المغضوب، بل وفيه أيضاً يعدّ الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً.

الأمر الثالث^(٥): إنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فهو غير قاصدٍ لحقيقة المعاوضة التي هي عبارة عن دخول العوض في كيس من خرج العوض عن كيسه، فقصد هذا المعنى لا يلائم مع قصد وقوع البيع لنفسه، فما يقصده هذا الفضولي ليس بيعاً. وأجاب عنه الشيخ^(٦): بأنّ البائع في هذا المورد يجعل نفسه مالاً حقيقياً، وهذا الجعل وإن كان لا حقيقة له، لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الادّعائي تكون حقيقية، نظير المجاز الادّعائي في الأصول.

أقول: وأورد عليه بإيرادين:

(١) المكاسب: ج ٣ / ٣٧٥ - ٣٧٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٣٣٣ - ٣٣٨ ب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه. وج ١٨ / ٤٦ - ٤٨ ب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٣) صفحة ١٥٨ من هذا المجلد.

(٤ و ٥) المكاسب: ج ٣ / ٣٧٦.

(٦) المكاسب: ج ٣ / ٣٧٦ - ٣٧٧.

الإيراد الأول: ما أفاده السيّد في التعليقة^(١)، من أنه لو كان الملاك ذلك لزم منه البناء على الصّحة فيما إذا أحرز هذا البناء، إذ مع عدمه لا وجه له، ولم ينقل التفصيل عن أحد.

وفيه: إنّ الشيخ رحمته لا يدّعي أنّ المصحّح هو التنزيل حال العقد، بل دعواه أنّ الغاصب يجعل نفسه مالكاً عدواناً، وإنّما يبني بالسرقة والغصب على أنّ الإضافة الملكية منسوبة إليه، سواءً باعها أم لم يبيعها، فإذا باع فهو يبيع ما يراه ملكاً له بعد سرقة الإضافة، وأمّا غير الغاصب فبنائه على ملكيّة نفسه واضح.

الإيراد الثاني: ما أفاده المحقّق الايرواني رحمته^(٢):

من أنّه إن ادّعى أنّ الغاصب يقصد المعاملة للمالك الواقعي، ثمّ يدّعي أنّه هو هو لأجل أن يمتلك العوض أصبح له قصدان:

قصد كبروي، وهو قصد وقوع المعاملة للمالك الواقعي.

وقصد صغروي، وهو قصد أنّه المالك الواقعي.

فيرد عليه: أنّ الوجدان يكذب أن يكون للغاصب قصدان، وإنّما له قصد واحد

للمعاملة في حقّ نفسه كالمالك.

وإن ادّعى أنّه يقصد وقوع المعاوضة لنفسه، وكان مصحّحه دعواه الملكية.

فيرد عليه: أنّ ادّعاء كونه مالكاً، لا يصحّح القصد إلى المعاوضة الحقيقيّة،

فإنّ المعاوضة المبنية على الادّعاء لا تكون حقيقيّة، وكيف يكون حقيقيّاً ما أساسه الادّعاء.

أقول: الظاهر أنّ مراده الثاني، ويمكن دفع هذا الإيراد بأنّ المراد بالمعاوضة

(١) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٤١.

(٢) تعليقات على المكاسب: ج ٢ / ٣٧٧.

الحقيقية، هو اعتبار البائع نفسه ملكية المشتري للمعوض بإزاء ملكيته للثمن، فطرفاها أمران اعتباريان، وعليه فلا مانع من ابتناء هذه المعاوضة على الادعاء، وبناء البائع على كونه مالكا.

وقد أجاب عن الإشكال السيد الفقيه^(١): بأن حقيقة البيع ليست الا مبادلة مال بمال، من غير نظر إلى كونه لنفسه أو لغيره، وهذا المعنى موجود في بيع الغاصب، وقصد كونه لنفسه خارج عن حقيقته ولا ينافيه أيضاً.

وفيه: - مضافاً إلى تصريحه^(٢) في أول كتاب البيع^(٣) بأن البيع ليس مبادلة بل تمليك وتملك بعوض - إن حقيقة المبادلة لا تتم إلا بلحاظ شيء آخر، وهو في المقام الملكية، وقصد المبادلة في الملكية التي هي صفة إضافية قائمة بالمال، وصاحبه يستدعي قصد انتقال المال عن ملك مالكة، ودخول عوضه في ملك صاحب هذا المال، وهذا ينافي مع قصد وقوع البيع لنفسه.

أقول: والحق ما تقدم في أول هذا الجزء من أن البيع ليس من المعاوضة بالمعنى المتقدم كي يرد الإشكال المزبور، بل حقيقته إعطاء شيء لا مجانياً - فراجع ما حققناه^(٤) - وعليه فلا يرد هذا المحذور.

الأمر الرابع^(٥): إن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه:

فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع، كان منافياً لصحة العقد، لأن معناها صيرورة الثمن لمالك المثلث بإجازته.

وإن تعلقت بغير المقصود، كانت عقداً مستأنفاً، فيكون النقل من المشيء غير

(١) و٢) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٤١ و ٥٣.

(٣) فقه الصادق: ج ٢٢ / ٢٣٦ وما بعدها.

(٤) المكاسب: ج ٣ / ٣٧٨.

مجاز والمجاز غير منشيء.

أقول: أجاوبوا عنه بأجوبة:

منها: ما عن المحقق القمي رحمته الله ^(١)، وما نقل عنه أمران:

أحدهما: إن مرجع الإجازة في المقام إلى تبديل رضا الغاصب بالبيع لنفسه

برضا المالك بالبيع لنفسه، وظاهره التصرف في الإيجاب فقط.

وأورد عليه: ^(٢) بعدم تطابقه حينئذ لقبول المشتري، لأن قبوله إنما تعلق بإيجاب

البائع لا بضمون الإجازة، ولكن للتأمل في ذلك من جهة عدم الدليل على اعتبار

التطابق في هذه الموارد مجالاً واسعاً.

ثانيهما: إن مرجع الإجازة في المقام إلى التصرف في طرفي العقد معاً، ومفادها

أن العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب، والمشتري

العالم، قد بدّته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً.

وأورد عليه الشيخ رحمته الله ^(٣): بأن هذا مخالف للإجماع والعقل، لكن لم يذكر وجه

مخالفته للعقل.

أقول: ذكروا ^(٤) في سبب مخالفته وجوهاً:

الوجه الأول: إن تبديل قصد وقوعه لنفسه ورضاه به بقصد وقوعه لغيره،

مستلزمٌ لانقلاب ما وقع عليه عمّا وقع، وهو محال.

(١) ذكره في نهج الفقاهة: ص ٢٢٢.

(٢) نهج الفقاهة: ص ٢٢٢.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٣٧٩.

(٤) حاشية المكاسب للاصفهاني: ج ٢ / ١٢٠.

وفيه: المراد أن العقد الواقع المضاف إلى الغاصب يوجب إلغاء هذه الخصوصية منه ، بمعنى أنها لا تؤثر ، وبالإجازة يضاف إلى المالك ويكون بذلك مؤثراً ، فلا يلزم الانقلاب.

الوجه الثاني: إن المالك لا سلطنة له على المشتري، فكيف يبذل قبوله؟

وفيه: إن عدم سلطنة المالك على المشتري شرعي لا عقلي، مع أن تبديل قبوله ليس من شؤون سلطنته عليه ، بل على ماله، فإن المشتري إنما ملك ماله للبائع لا مجازاً، بل بإزاء مال المالك، فللمالك من حيث سلطنته على ماله أن يجيز بدلية ماله لمال المشتري ، بأن يسقط خصوصية البائع في طرفيته لمال المشتري بإزاء ماله. فتدبر.

الوجه الثالث: إن لازم ما ذكر هو اتحاد الإيجاب والقبول، مع أنه غير معقول. وفيه: إن المحقق لا يدعي أن الإجازة عقد، وإنما ادعى كونها بمنزلة العقد الجديد، أي تكون تصرفاً في الإيجاب والقبول بإسقاط الخصوصية غير القابلتين للإجازة. وبالجملة: فالإنصاف أن ما أفاده المحقق القمي رحمته الله غير منافي للعقل.

ومنها: ما أفاده الشيخ رحمته الله ^(١)، من أن إيجاب البائع الغاصب يتضمن أمرين:

أحدهما: تملك المشتري المال بعوض.

الثاني: دخول العوض في ملكه.

والثاني خارج عن مضمون الإيجاب، نعم مقتضى طبع المعاوضة دخوله في ملك مالك المبيع، وحيث أن المبيع ملك للمجيز واقعاً، فيدخل العوض في ملكه

كذلك في فرض الإجازة، وحيث أنه مالك ادّعاءً واعتقاداً، فيكون بانياً على تملكه العوض، وعليه فلا مانع من تعلق الإجازة بما هو مضمون الإيجاب. ثم أورد على نفسه^(١): بأنه لا يتم فيما لو كان الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير، وقال للبائع: (تملكت منك) أو (ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم) إذ مفهومه شيء واحد، وهو تملك الفضولي للثوب، ولا يكون ذلك منحللاً إلى شيئين كي تتعلق الإجازة بأحدهما دون الآخر.

ثم نفضى عن الإشكال:^(٢) بأن نسبة الملك إلى الفضولي ليست بما هو هو، بل بما هو مالك، فحيثية المالكية مأخوذة فيه، ومن المعلوم أن كلّ محمول مترتب على المنحيث بحيثية في الحقيقة مترتب على تلك الحيثية، فيكون المنسوب إليه الملك هو المالك، والإجازة تتعلق بهذا المضمون، غاية الأمر أن الفضولي لما بنى على أنه المالك أسند ملك العوض إلى نفسه.

وفيه أولاً: كون هذه الحيثية حيثية تقييدية غير ثابتة، بل الظاهر كونها حيثية تعليلية، إذ المالك إنما يبيع أو يشتري لنفسه لا للمالك.

وثانياً: إن الحيثية التقييدية المفروضة هي كونه مالكاً ادّعاءً لا حقيقة، وإيقاع العقد للمالك الادّعائي غير قابل للتأثير بالإجازة، ووقوعه للمالك الحقيقي بالإجازة موجب لكون المُجاز غير مُنشأً، والمُنشأ غير مجاز.

أقول: والحق في المقام يقتضي أن يقال إن بيع الفضولي لنفسه على أقسام:

القسم الأول: أن يكون داعيه من البيع التصرف في الثمن والآل يوقعه لمالكة، وفي

هذا القسم لا كلام في أنه لو أجاز له المالك صحّ وقوع له، ويكون المنشأ مجازاً.

القسم الثاني: أن يبيع لنفسه من غير بناء على مالكيته للمبيع، ويقصد خروج المعوض عن ملك مالكه، ودخول عوضه في ملكه، وهذا القسم على مسلك الشيخ رحمته ومن وافقه على أن البيع هو المعاوضة يكون باطلاً، وغير قابل للتأثير بالإجازة، ولكن على المسلك الحق من كون البيع هو الإعطاء لا مجازاً قابلاً للتصحيح بالإجازة، فإن أجازته على ما وقع وقع للبائع، وإن أجازته لنفسه صح، ويكون قصد وقوعه لنفسه لا غياً ولغوياً.

القسم الثالث: أن يكون البيع لنفسه بعد البناء على مالكيته نفسه، وهذا القسم هو الذي يكون مورداً لكلام الشيخ، وقد عرفت ما في تصحيحه ووقوعه للمالك مع الإجازة، ولكن يمكن تصحيح ذلك بوجه آخر، وهو:

إن إنشاء الغاصب على هذا النحو بالمطابقة يدل على تملكه للعوض، وبالذلة الالتزامية يدل على المبادلة بالمعنى المذكور، أي دخول العوض في كيس من خرج من كيسه المعوض، فيصح للمالك إجازة هذا المدلول الالتزامي فيقع له، كما له إجازة المدلول المطابقي فيقع للغاصب.

القسم الرابع: أن يكون البيع لنفسه مع قصده إنشاء التملك بنفس إنشاء البيع، بمعنى أنه بإنشاء البيع ينشأ أمرين مترتبين:

أحدهما: التملك.

ثانيهما: إنشاء البيع لنفسه.

وبعبارة أخرى: ينشأ البيع لنفسه مترتباً عليه.

وفي هذا القسم لو أجاز المالك التملك يقع البيع للمالك، كما لو إذن المالك للبيع

لنفسه بهذا النحو، ولعلّ هذا هو مراد كاشف الغطاء رحمته (١)، ممّا نقله عنه الشيخ رحمته (٢).
وعليه فلا يرد عليه ما أفاده الشيخ رحمته (٣) بأنّ الإجازة لا دليل على تأثيرها في
تأثير بناء الغاصب على الملكية في تحقّق متعلّقه شرعاً، بل الدليل على عدمه، لأنّ
هذا ممّا لا يؤثّر فيه الإذن، إذ الإذن في التملّك لا يؤثّر التملّك فيكيف إجازته، لأنّ
إيراده مبنيّ على أن يكون التملّك بالبناء المجرد على الملكية من دون إنشاء للتملك،
وقد عرفت أنّه يمكن أن يكون مراده التملّك بنفس البيع، ولحوق الإجازة له
لا بأس به. فتدبر.

أقول: وفي صحّة بيع الفضولي لنفسه إشكال آخر، وهو إنّما يكون من جهتين:
الجهة الأولى: أنّ المشتري العالم بكون البائع غاصباً، كيف يملكه الثمن بإزاء
تخليكه مال الغير.

الجهة الثانية: أنّه لو سلّط المشتري العالم الفضولي على الثمن، فإنّه ليس له
الرجوع على البائع بالثمن، لورد المالك البيع على ما حكم به الأصحاب (٤)، وهذا
يكشف عن اختصاص الغاصب بالثمن، فلا يكون البيع المزبور قابلاً للإجازة لكونه
بيعاً بلا ثمن، إذ لو كان هذا ثمنه كان اللّازم أن يرد إلى المشتري برد البيع.

أمّا الإشكال من الجهة الأولى: فالجواب عنه هو الجواب عن الإشكال، بأنّ
الغاصب كيف يقصد المعاوضة، وقد مرّ آنفاً، وبه يظهر أنّ ما ذكره الشيخ رحمته (٥) من
أنّه بما ذكرناه اندفع هذا الإشكال متيناً.

(١) شرح القواعد (مخطوط): ص ٦٠.

(٢) (٣) المكاسب: ج ٣ / ٣٨٤ و ٣٨٦.

(٤) نسب الحكم الى الأصحاب في إيضاح الفوائد: ج ١ / ٤١٧.

(٥) المكاسب: ج ٣ / ٣٨٨.

ولا يرد عليه ما أفاده المحقق الايرواني رحمته الله ^(١) بقوله: (لم أعرف وجه ارتباط لما ذكره بهذا الإشكال)، كي يحصل به الجواب عنه.

وأما الإشكال من الجهة الثانية: فيمكن الجواب عنه بأن هذا الحكم لم يفت الأصحاب جميعاً به، بل في المسألة قولان آخران:

أحدهما: الضمان مطلقاً، كما أفتوا به جميعاً في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ^(٢).
ثانيهما: الضمان مع بقاء العين.

أقول: وأجاب عنه الشيخ رحمته الله بجوابين آخرين:
أحدهما ^(٣): أن التسليط المذكور إنما يكون تسليطاً مجازياً في صورة الرد خاصة لا مطلقاً.

وفيه: إن هذا يكون تمليكاً معلقاً، وهو غير نافذ.
ثانيهما ^(٤): إن هذا الإشكال لو تم، فإنما هو على القول بالنقل، ولا يتم على القول بالكشف، لأنّ على هذا المسلك تكشف الإجارة عن كونه تسليطاً على مال الغير.
وفيه: إنّ الكشف الذي يمكن الالتزام به هو الكشف الحكمي دون الحقيقي، فقبل الإجازة لا يكون المال منتقلاً به.



(١) تعليقات على المكاسب: ج ٣ / ٤٠٢.
(٢) الميسوط: ج ٣ / ٦٤، المهذب البارع: ج ١ / ٤٣٩، السرائر: ج ٢ / ٤٨٨.
(٣) المكاسب: ج ٣ / ٣٨٨.
(٤) المكاسب: ج ٣ / ٣٨٨ - ٣٨٩.

لو كان مال الغير دون العين في ذمته

أقول: هنا أمران ينبغي التنبيه عليهما:

التنبيه الأول: أنه بعد ما لا كلام في عدم الفرق في الفضولي بين كون مال الغير

عيناً أو في ذمة الغير في الجملة، وقع الكلام في جهات:

الجهة الأولى: فيما به يتشخص ما في الذمة، حيث أفاد الشيخ رحمته ^(١) أن تشخصه

إنما يكون بإضافة الذمة إلى الغير، ومقتضى إطلاق كلامه، كصریح المحقق

النائبي رحمته ^(٢) عدم الفرق بين الإضافة إليه لفظاً أو قصداً، أو بقصد العقد له لفظاً أو

قصداً، وذكر في وجه كفاية الثاني أن تعيين من يقع له العقد بعد استحالة دخول أحد

العوضين في كيس من خرج عنه الآخر، يكون تعييناً لمن في ذمته الثمن.

ولكن يرد عليه: أنه بما أن الكلي ما لم يضاف إلى ذمة شخص لا يقبل اعتبار

الملكية له عند العقلاء، فمجرد قصد من يقع له العقد مع عدم قصد من في ذمته الثمن،

لا يكفي ولا يُعني عن إضافة الكلي إليه، فلا بدّ من الإضافة المزبورة، وعليه فيكون

التشخيص بالإضافة خاصة.

الجهة الثانية: أنه لو لم يصدّق الطرف الآخر قصد الفضولي البيع أو الشراء

لغيره، ففي المسألة أقوال:

القول الأول: ما عن جمع من الأساطين ^(٣)، من الحكم بوقوع العقد للفضولي ظاهراً.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٣٩٠.

(٢) منية الطالب: ج ٢ / ٣٤.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٢ / ٤٤٠، إيضاح الفوائد: ج ٢ / ٣٤٧، جامع المقاصد: ج ٨ / ٢٥١ - ٢٥٢، مسالك الأفهام:

ج ٤ / ٣٧٩ و ج ٥ / ٣٠٠.

القول الثاني: الحكم بوقوعه له واقعاً^(١).

القول الثالث: الحكم بعدم الوقوع.

ومجمل القول في المقام:

إنه تارةً: يكذب كلٌّ منها الآخر، كما لو ادعى البائع أنّ المشتري قصد الشراء لنفسه في ذمّته، وهو أيضاً قصد ذلك، وادعى المشتري أنّه قصد الشراء لغيره والبائع أيضاً قصد ذلك.

وأخرى: يدّعي مدّعي الفضوليّة أنّه قصد غير ما قصده طرفه، وتخيل أنّه أيضاً قاصد لذلك، والأصيل ينكر ذلك، ويدّعي أنّه قصد عين ما قصده وهو الشراء مثلاً لنفسه.

أما الصورة الأولى: فهي من قبيل التداعي، فلا بدّ من إعمال قواعد ذلك الباب. وأما الصورة الثانية: فحيث أنّ المدّعي هو من يدّعي الفضوليّة لمخالفة قوله لظاهر العقد وأصالة الصحّة، إذ على ما يدّعيه يكون العقد باطلاً، وعلى قول طرفه يكون صحيحاً، فمقتضى القاعدة هو إقامة البيّنة وإذا لم يتمكّن منها يحلف المنكر، فإن حلف برأ وحكم ببطان العقد، وإن لم يحلف ورّد الحلف، فإن تمكّن المدّعي من الحلف على العلم بالقصد، وحلف فيحكم له، وإن لم يتمكّن من الحلف على العلم، حكم له أيضاً. وتام الكلام في كتاب القضاء^(٢).

الجهة الثالثة: لو جمع بين المتنافيين، بأن قال: (اشتريتُ هذا لفلان بدرهم في

ذمّتي) أو (اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمّة فلان) وأجاز من أضيف إليه:

(١) ظاهر المبسوط: ج ٢ / ٣٨٦.

(٢) فقه الصادق: ج ٣٨ / ١٦٢ وما بعدها.

ففي الأول: احتمل الشيخ رحمته ^(١) البطلان، لأنته في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، واحتمل إلغاء أحد القيدتين.

وجزم المحقق النائيني رحمته ^(٢) بالصحة وإلغاء قيد لفلان، لأن وقوع العقد للغير إنما يكون لو أضاف إليه، ولم يلحقه بما ينافيه، وإلا فيقع لنفسه، كما هو مقتضى إطلاق العقد، وجزم السيد رحمته ^(٣) بالبطلان على مسلك الشيخ رحمته من كون البيع هو المعاوضة.

أقول: وحق القول فيه بنحو يظهر الحق وما في سائر الأقوال، هو:

أنه بناءً على المختار من كون البيع هو الإعطاء لا مجاناً، يصح البيع المذكور، ويقع للغير، وتشغل ذمته نفسه بالدرهم، نعم تعتبر إجازة ذلك الغير، إذ دخول شيء في ملكه بلا رضاه، منافٍ لتسلط الناس على أنفسهم.

وأما بناءً على كونه هو المعاوضة - كما اختاره الشيخ رحمته ^(٤) وغيره - فيمكن تصحيحه بالنحو الذي صحح البيع لنفسه بمال الغير، بدعوى البناء على مال كتيته له، فإذا أجاز المالك وقع له، فإنه يقال في المقام إنه يشتري لغيره بدرهم في ذمته نفسه، بعد البناء على مال كتيته لما في ذمته وتسلطه عليه، ففي الحقيقة يشتري لمن هو مسلط على ما في ذمته وهو نفسه، فيصح البيع، ويلغى قيد وقوع البيع للغير.

وبذلك يظهر ما في كلمات الأساطين، هذا كله في الأول.

أقول: وبه يظهر الحال في الثاني، إذ على المختار يقع لنفسه إذا أجاز ذلك الغير

(١) المكاسب ج ٣ / ٣٩٢.

(٢) منية الطالب ج ٢ / ٤٦.

(٣) حاشية المكاسب لليزدي ج ١ / ١٤٦.

(٤) المكاسب ج ٣ / ١١.

البيع على ما وقع، وإن أجاز له لنفسه صحَّ له، ويلغى قيد وقوعه لنفسه، وعلى مسلك الشيخ رحمته يقع للمجيز بالتقريب المتقدّم، ولا وجه لما احتمله من الصحة بإلغاء قيد ذمّة الغير، فإنّه يلزم منه وقوع ما لم يقصد كما هو واضح.

الجهة الرابعة: لو جمع بين المتنافيين، وردّ العقد من أضيف إليه، بطل العقد، وعن العلامة رحمته في «التذكرة»^(١): (وإن كان في الذمّة لغيره)، وأطلق اللفظ إلى آخر ما نقله الشيخ رحمته^(٢).

أقول: وهذا الكلام حيث أنه بظاهره لا ينطبق على القواعد، تصدّى القوم لتصحّحه، وقد ذكر المحقق النائيني رحمته له توجيهين^(٣):

أحدهما: أن يكون مراده شراء العاقد لنفسه، مع كون المال في ذمّته، ويكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير، وحينئذٍ فإنّ أجاز الغير التولية يكون العقد له، وتكون إجازته من قبيل القبول، وإن ردّ وقع للعاقد.

وفيه: إنّ ظاهر كلامه أنّه لو أجاز ينتقل المال من مالكه إلى المجيز، لا منه إلى العاقد ومنه إلى المجيز.

ثانيهما: أن يكون مراده وقوع البيع للغير في ذمّته، ويكون جعل المال في ذمّته نظير الضمان عن الغير، بناءً على مذهب الجمهور، من عدم انتقال الضمان من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، فيكون كلّ منهما ضامناً بنحو الطولية، ففي المقام يكون المباشر هو المتعهد للمال، وهو الملزم به أولاً، ولكن إذا أجاز من قصد العقد

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١٠ / ١٥.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٣٩٢ - ٣٩٣.

(٣) منية الطالب: ج ٢ / ٤٧.

له، ينصرف عن المباشر إليه، وإذا ردَّ بيقٍ في ذمته.

وفيه أولاً: إنَّ الغير إذا لم يجز، لا معنى لكون الضامن ملزماً، ولا لوقوع البيع له. وثانياً: يلزم أنه لو لم يؤدَّ الغير المال بعد إجازة البيع، أن يجب على العاقد أن يؤدَّيه، وهو كما ترى.

أقول: فالصحيح في توجيه كلام العلامة رحمته أن يقال:

إنَّ مراده أن يشتري شيئاً بمنَّ من الحنطة مثلاً، ويلتزم هو بأدائه، إمَّا من مال زيد ليكون الشراء له، أو من ماله ليكون الشراء لنفسه، وينحلَّ هذا الشراء إلى شرأين طوليين، فإنَّ أجاز الغير وقع له، وإنَّ ردَّ وقع للعاقد. ومثل هذا التعليق لا يوجبُ البطلان، لأنَّ المتيقن من معقد الإجماع غير هذا المورد الذي ينشأ شراءه.

الفضولي في المعاطاة

التنبيه الثاني: قال الشيخ رحمته ^(١): (الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام البيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة... إلى آخره).

أقول: في المسألة وجوه، وبعضها أقوال:

ثالثها: التفصيل بين القول بالإباحة، فلا يجري الفضولي في المعاطاة، والقول بالملك فيجري.

رابعها: التفصيل بين كون الفضولي على خلاف القاعدة، فلا يجري مطلقاً، وكونه على طبقها فيجري.

خامسها: التفصيل بين كون المعاطاة على خلاف القاعدة، فلا يجري، وبين كونها على طبقها فيجري.

أقول: وحقّ القول في المقام يقتضي البحث في مقامين:

المقام الأول: بناءً على القول بإفادة المعاطاة للملك.

المقام الثاني: بناءً على القول بإفادتها للإباحة.

أمّا المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

المورد الأول: بناءً على كون الفضولي على طبق القاعدة.

المورد الثاني: بناءً على استفادته من النصوص الخاصّة.

أمّا المورد الأول:

فإن قلنا بأنّ إفادة المعاطاة للملك إنّما تكون على خلاف القاعدة، يتعيّن البناء

على عدم جريان الفضولي فيها، إذ المتيقّن منه تعاطي المالكين.

وإن قلنا بأنّ إفادتها للملك إنّما تكون على القاعدة، ففقتضى العمومات هو البناء

على الجريان.

أقول: وقد استدللّ لعدم الجريان بوجوه:

الوجه الأول: أنّ الإقباض الذي يحصل به التمليك محرّم، لكونه تصرفاً في مال

الغير، فلا يترتب عليه أثر.

وفيه أولاً: إنّ النهي النفسي عن المعاملة لا يدلّ على فسادها، كما حَقَّقناه في

أول الجزء العشرين من هذا الشرح^(١).

وثانياً: أنّه قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، لما تقدّم في مبحث المعاطاة^(٢) من

(١) فقه الصادق: ج ٢٠ / ٢٩.

(٢) فقه الصادق: ج ٢٢ / ٢٨٥.

كفاية العطاء من جانب واحد والأخذ من الآخر.

وأجاب عنه الشيخ بجوابين آخرين^(١):

الجواب الأول: إنه قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك.

وفيه: ما تقدم منا - تبعاً له^(٢) - من خروج المعاملة بذلك عن الفضوليّة.

اللهمّ إلا أن يقال: إن جواز التصرف منوطاً برضا المالك بالتصرف بالقبض

والإقباض، والرضا المخرج للمعاملة عن الفضوليّة، هو الرضا بانتقال ماله عن

ملكه، وأحدهما غير الآخر.

الجواب الثاني: أنه لو دلّ النهي على الفساد، لدلّ على عدم ترتّب الأثر

المقصود، وهو استقلال الإقباض في السببيّة، فلا ينافي كونه جزء السبب.

وفيه: أنه لو دلّ النهي على الفساد، لزم منه إلغاء المنهية عنه في نظر الشارع

الأقدس، وكأنته لم يتحقّق، فلا محالة لا يصلح لكونه جزء السبب.

وإن شئت قلت: إن تأثير إعطاء مال الغير وإقباضه، إنما يكون على سبيل جزء

المؤثّر لا العليّة التامة، فلو دلّ النهي على الفساد لاقتضى إلغاء هذا الأثر، لا ما ليس

له في نفسه.

وعليه، فالصحيح هو الوجهان الأولان.

الوجه الثاني: ما أفاده صاحب «المقاييس»^(٣)، من أن المعاطاة منوطة

بالتراضي مع قصد التملك أو الإباحة، وهما من وظائف المالك.

(١) المكاسب: ج ٣/ ٣٩٥.

(٢) مقاييس الأنوار: ص ١١٣ بتصرف.

وفيه أولاً: إنَّ هذا الوجه لو تمَّ لاقتضى عدم جريان الفضولي في غيرها أيضاً، والكلام في المقام بعد جريانه فيه.

وثانياً: إنَّ التملك الانشائي ليس من وظائف المالك خاصّة، والأثر وإن كان مترتباً على رضا المالك، إلّا أنَّ المفروض في المقام تحقّقه بالإجازة. الوجه الثالث: ما أفاده المحقّق النائيني رحمته الله (١)، وحاصله:

إنَّ الإجازة لا بدّ وأن تتعلّق بأمرٍ مستمرّ باقٍ، كي ينتسب بها إلى المالك، وهذا في العقد القولي موجود، إذ حاصل المصدر ينفك عن الإنشاء القولي، ويستمرّ بعده، فيستند بالإجازة إلى المالك، وأمّا في العقد الفعلي - أي الإعطاء - فليس حاصل مصدره أمراً مستمرّاً باقياً، بل هو العطاء، وهو لا ينفكّ عن الإعطاء، وبإجازة المالك لا يتقلب الفعل عمّا وقع عليه.

وفيه: ما تقدّم في مبحث المعاطاة من أنَّ الفعل كالقول مصداق للبيع حقيقة، بلا فرق بينهما، وعليه فينكّ حاصل المصدر فيه عن المصدر كما في الإنشاء القولي، وتتعلّق الإجازة به. فالأظهر جريان الفضولي فيها.

وأما المورد الثاني: فإنَّ كان مدرك صحّة الفضولي عموم التعليل في نصوص النكاح، فهو يقتضي جريانه في المعاطاة لعموم العلة، وإن كان غيره فهو مختصّ بغير المعاطاة، لعدم الإطلاق له، وترك الاستفصال في صحيح محمّد بن قيس (٢) لا يفيد بعد عدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة، وقوله عليه السلام: «بارك الله في صفقة يمينك» في رواية البارقي (٣) لا ظهور له في وقوع المعاملة معاطاة، فإنَّ صفقة اليمين كناية عن

(١) منية الطالب: ج ٢ / ٥١ - ٥٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١ / ٢٠٣ ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ رقم ٢٦٩٠٠. التهذيب: ج ٧ / ٤٨٨ ح ١٦٨.

(٣) المستدرک: ج ١٣ / ٢٤٥ ب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه ح رقم ١٥٢٦٠.

البيع من دون رعاية أن يكون الإنشاء بصفقة اليمين.

وأما المقام الثاني: فقد استدلّ الشيخ رحمته ^(١) لعدم جريان الفضولي فيها على

القول بالإباحة بوجهين:

أحدهما: أن إفادة المعاطاة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة، فيقتصر

فيها على صورة تعاطي المالكين.

الثاني: أن حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن.

أقول: إنه لو قلنا بالإباحة من باب أن المعاطاة مفيدة للملك، غاية الأمر

يشترط فيه التصرف، أو التلف، وقبله يحكم بالإباحة الشرعية لدليل خاص،

فالفضولي يجري في المعاطاة لما تقدّم، نعم لا يحكم بالإباحة ما لم يجوز.

وأما لو قلنا بأنها مفيدة للإباحة، وتكون الإباحة شرعية، فدليله الأول متين

ولا يتمّ الثاني، إذ نسبة الإباحة إلى ما قبل الإجازة وما بعدها على حدّ سواء، بعد

فرض أن المالك قاصد للملك، فحصولها قبلها لا مانع منه.

وأما إذ قلنا بالإباحة المالكية المنشأة بالفعل، فيمكن الاستدلال بأدلة نفوذ

المعاطاة من قبيل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لجريان الفضولي فيها، لاستناد العقد إلى المالك

بعد الإجازة.



القول في الإجازة

أما الكلام في الإجازة، فيقع :

تارةً: في حكمها وشروطها.

وأخرى: في المميز.

وثالثة: في المجاز.

أما حكمها: فالمنسوب إلى المشهور^(١) هو القول بالكشف، بل قيل إنه لم ينقل القول بالنقل عن أحدٍ إلى زمان المحقق آقا جمال^(٢)، وأما المتأخرون عنه فالمشهور بينهم هو النقل، وعن جماعة التوقف في المسألة^(٣).

أقول: إن الكشف يتصور له معان:

أحدها: الكشف الحقيقي الصرف، وهو الظاهر من «جامع المقاصد»^(٣) و«الجواهر»^(٤).

ثانيها: الكشف عن أمر مقارن للعقد، وهو :

إما الرضا التقديري كما عن المحقق الرشتي^(٥).

أو تعقب العقد بالرضا، بحيث يعدّ وصفاً مقارناً للعقد كما عن جماعة

من الأعلام^(٦).

(١) نسبه إلى المشهور الشيخ الأنصاري في المكاسب: ج ٣ / ٣٩٩.

(٢) منهم الشهيد الثاني في حاشية الإرشاد (مخطوط): ١١٦، والسيزواري في الكفاية: ج ١ / ٤٤٩.

(٣) جامع المقاصد: ج ٤ / ٧٤ - ٧٥.

(٤) جواهر الكلام: ج ٢٢ / ٢٨٨.

(٥) كتاب الإجازة للمحقق الرشتي: ١٨٤.

(٦) الفصول الغروية: ٨٠، منية الطالب: ج ١ / ٢٣٨.

وأما أمر مجهول عندنا، بأن يكون الشرط لتأثير العقد أمراً واقعياً مقارناً له لا نعرفه، إلا أنه يكون ذلك الأمر ملازماً للإجازة الإستقبالية.

ثالثها: الكشف عن الأثر، لكون الإجازة من قبيل الشرط المتأخر، وهو الظاهر من كل من يقول بالشرط المتأخر، ونُسب ذلك إلى المشهور^(١).

رابعها: الكشف الإنقلابي، بأن تكون الإجازة المتأخرة موجبة لحدوث التأثير في العقد، وجاعلة إياه سبباً تاماً، وهو الذي احتمله الشيخ رحمته الله في آخر كلامه^(٢).

خامسها: الكشف الحكمي، بمعنى ترتيب آثار الملكية من حين وقوع العقد لا حصول نفس الملكية، وهي المنسوب إلى المحقق شريف العلماء^(٣) أستاذ الشيخ رحمته الله.

سادسها: الكشف بأن تكون الإجازة بوجودها الدهري المجتمع مع شروطها في وعاء الدهر، إذ الطوليات الزمانية عرضيات في عالم الدهر شرطاً.

وفي المقام قول آخر اختاره المحقق الإيرواني رحمته الله^(٤) والأستاذ الأعظم^(٥)، ونُسب إلى المحقق الخراساني^(٦)، وهو النقل في الملكية والكشف في المملوك، بأن يكون اعتبار الملكية بعد الإجازة، والمعتبر قبلها، وستعرف توضيحه.

هذه هي الأقوال في المسألة.

(١) المحقق الزيدي في حاشيته على المكاسب: ج ١ / ١٤٨، وحكاها المحقق الأصفهاني رحمته الله عن بعض أجلة عصره، حاشية كتب الأصفهاني: ج ٢ / ١٣١.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤١٥، عند قوله: (وأما على المشهور في معنى الكشف...).

(٣) نسبه له الشيخ في المكاسب: ج ٣ / ٤٠٧.

(٤) حاشية المكاسب للأيرواني (ط.ق): ج ١ / ١٢٦ - ١٢٧.

(٥) كما يظهر من مصباح الفقاهة للسيد الخوئي رحمته الله: ج ٢ / ٧٧٤ - ٧٧٥.

(٦) كما هو الظاهر من حاشية كتاب المكاسب للأخوند ص ٥٨.

أدلة كاشفية الإجازة

وأما الأدلة: فقد استدلوا للكشف بوجوه، وكل واحدٍ منها استدلالٌ به للقول بنحو من الكشف.

الوجه الأول: ما عن فخر الدين في «الإيضاح»، من أنه إذا لم تكن الإجازة كاشفة، لزم تأثير المعدوم في الموجود، إذ العقد حالها عدم^(١).

أقول: بما أن هذا الوجه بظاهره بين الفساد، من جهة أن القائل بالنقل يرى أن العقد جزء العلة لا تمامها، ومعلوم أن بعض أجزاء العلة كثيراً ما تقدم على المعلول زماناً كما في التدرجيات - أي الأجزاء المتدرجة في الوجود - فقد تصدى المحقق النائيني رحمته لتوجيهه ووجهه بأن مراده أن المنشأ لا يتخلف عن الإنشاء، واسم المصدر لا يعقل انفكاكه عن المصدر^(٢).

ولكن يرد عليه: أن المنشأ هو الملكية في اعتبار المتاعين، والذي يكون محل الكلام هو الملكية في اعتبار الشارع الأقدس.

الوجه الثاني: ما عن «جامع المقاصد»^(٣)، من أن العقد سبب تام، إذ المأخوذ موضوعاً لوجوب الوفاء هو العقد، قال الله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤)، ولا يكون شيء آخر دخيلاً فيه، وإلا لأخذ في الموضوع. غاية الأمر خرج عن هذا العموم العقد الصادر من غير المالك إذ لم يجزه المالك، فالعقد الذي أجازه المالك يكون باقياً تحت

(١) إيضاح الفوائد: ج ١ / ٤١٩.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٢٠٣.

(٣) جامع المقاصد: ج ٤ / ٧٤ - ٧٥.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

العموم، فلا مناص عن الإلزام بتأثيره خاصة من دون توقّف على شيء آخر. نعم، الكاشف عن ثبوت الموضوع هو الإجازة، إذ ما لم يجز حيث يمكن عدم الإجازة، فيحتمل عدم تحقّق الموضوع.

هذا هو مدرك المعنى الأوّل من الكشف.

وفيه أولاً: ما تقدّم من أنّ خطاب «أوفوا بالعقود» متوجّه إلى المالكين، ومفاده وجوب وفاء كلّ مالكٍ بعقده، والعقد الصادر من الفضوليّ إنّما يكون عقداً للمالك بالإجازة، فالموضوع يتحقّق من حين الإجازة.

وثانياً: إنّهُ قد دلّ الدليل من الإجماع والنّص على اعتبار رضا المالك ودخله في ترتّب الأثر، وهو يقيّد العموم، فتأمّل.

الوجه الثالث: ما عن المحقّق الرشتي رحمته الله^(١)، من أنّ الشرط لتأثير العقد هو الرضا التقديري من المالك، والإجازة تكشف عنه بمثل كاشفة شاهد الحال.

هذا هو مدرك الوجه الأوّل من المعنى الثاني له.

وفيه أولاً: إنّ الرضا التقديري لا يكفي في تأثير العقد، لعدم انتسابه إليه بذلك. وثانياً: إنّ الإجازة لا تكشف عن ذلك، كيف والحالات الموجبة لإختلاف المالك من حيث الرضا والكرهية مختلفة، فيمكن أن لا يكون حين العقد راضياً، ويصير كذلك بعده.

الوجه الرابع: ما عن صاحب «الفصول»^(٢) وأخيه المحقّق^(٣)، من أنّه حيث

(١) الإجازة للرشتي: ١٨٤.

(٢) الفصول الفروية: ١٤٤.

(٣) نسه إليه المحقّق النائيني في منية الطالب: ج ١ / ٢٣٤.

لا يمكن أن تكون الإجازة المتأخّرة شرطاً؛ لإمتناع تأخّر الشرط الذي هو من أجزاء العلة التامة التي يمتنع تأخّرها عن المعلول، فلا مناص عن الالتزام بأنّ الشرط عبارة عن الوصف الإنتراعي منه كالتعقّب.

هذا هو مدرك الوجه الثاني من المعنى الثاني.

وفيه أولاً: إنّ لازم الوجه المذكور لو تمّ، ليس هو البناء على كون الشرط هو الوصف الإنتراعي، بل تتحقّق المعلول بعد الإجازة، كما هو ظاهر الأدلّة. وثانياً: إنّ لا يكون العقد بذاته منشأً لإنتراع هذا الوصف، بل المنشأ هو الإجازة، والأمر الإنتراعي لا يتحقّق قبل تحقّق منشأ انتزاعه.

وإنّ أبيت عن ذلك، وقلت بأنّ عنوان التعقّب كعنواني السابق والملحوق ينتزع من نفس العقد - كما أنّهما ينتزعا من - لكن لا كلام في أنّ هذا العنوان مع عنوان لاحقية الإجازة متضائفان، والمتضائفان متكافئان في القوّة والفعليّة، فمع عدم فعليّة الثاني لعدم تحقّق منشأه، لا يصير الأوّل فعلياً.

أقول: وأمّا الوجه الثالث من المعنى الثاني، فلم أر ما استدلّ به عليه.

ويرده: أنّه خلاف ظاهر الأدلّة ورجمّ بالغيب، مع أنّ ذلك الأمر حيث أنّه ليس من الأمور المتأصّلة، إذ الصادر من الفضولي ليس إلّا العقد، فلا مناص عن الالتزام بكونه أمراً إنتراعياً.

وعليه، فإنّ كان منشأه نفس العقد، لزم ترتيب آثاره، ولو لم تتحقّق الإجازة،

وإنّ كان المنشأ هو الإجازة، عاد المحذور المتقدّم في سابقه.

الوجه الخامس: ما استدلّ به على الكشف الانقلابي، وهو كون الإجازة من

المالك محدثة للتأثير في العقد وجاعلة إتياء سبباً تاماً.

وحاصله: أنه فرقُ بين الإجازة وغيرها من الشروط كالقبض، فإنَّ الإجازة إنما تكون إنفاذاً للعقد السابق، ولذلك لا تكون دخيلةً في حصول الملكية، بل متممة للعقد الذي هو السبب للملكية، نظير إنفاذ الحاكم حكم مجتهدٍ آخر، فالعقد إلى حين الإجازة لم يكن سبباً وبها ينقلب ويصبح سبباً تاماً، ولازمه تأثيره في الملك - بعدما لم يكن - بنحو الانقلاب.

وفيه أولاً: أنه لا يعقل انقلاب الشيء عمّا وقع عليه.

وثانياً: إنَّ الإجازة بهذا المعنى لم يدلّ دليل على نفوذها شرعاً، إذ اعتبار

الإجازة في سببِة العقد:

إما أن يكون لأجل اعتبار إسناد العقد إلى المالك.

أو يكون لأجل اعتبار رضا المالك في نقل ماله عن ملكه.

وعلى الأول: لا يُستند العقد إلى المالك إلى حين الإجازة، لأنَّها توجب

استناد ما وقع من أوّل وقوعه إليه، بل من حين الإجازة كما تقدّم، فمن حين الإجازة يتم السبب للملكية، فكيف يحكم بحصول الملك قبل تمامية السبب.

وعلى الثاني: فالأمر أيضاً كذلك، إذ الرضا إنما يوجد حين الإجازة لا قبلها، فلا

حلية للتصرّف قبلها ولا ملك.

الوجه السادس: ما استدلّ به على الكشف الحكمي، وهو وجهان:

أحدهما: ما استدلّ به على الانقلاب، بضميمة أنه حيث لا يعقل الانقلاب،

فبدلالة الاقتضاء يبني على إرادة معاملة العقد الملحق بالإجازة معاملة العقد

الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك، حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري، وإن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك، ووقع النماء في ملكه.

ويرد عليه ما تقدّم.

ثانيهما: أنّ الكشف الحكمي سارٍ في أغلب أبواب الفقه، كباب الخمس والزكاة ونحوهما.

وحاصله: أنّ كلّ ما يكون موضوعاً لحكمٍ بواسطة الأمر المتأخّر - بحيث كان الأمر السابق بمنزلة المادة، وذلك الأمر بمنزلة الصورة - فقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من أوّل تحقّقه، لأنّه ينكشف تحقّق الموضوع من أوّل الأمر، مثلاً عنوان (فاضل المؤونة) موضوعٌ لوجوب الخمس، وذاته يتحقّق أوّل زمان ظهور الربح، ولكن اتّصافه بهذا العنوان إنّما يكون بعد انقضاء السنة، فبعد انقضاء السنة ينكشف تعلق الخمس من أوّل السنة، وهكذا في المقام فإنّ العقد إنّما يكون موضوعاً لوجوب الوفاء بواسطة الإجازة المتأخّرة، فلا بدّ من البناء على ترتيب الآثار مهما أمكن.

وفيه: أنّه إذا كان الأمر المتأخّر بمنزلة الصورة، فلا بدّ من الالتزام بالنقل، إذ حقيقة الشيء إنّما تكون بصورته.

وأما كون الإجازة شرطاً بوجودها الدهري، فهو مندفعٌ بأنّ شرط الزماني لا بدّ وأن يكون زمانيّاً.

وبالجملة: فلم يبق من معاني الكشف إلاّ المعنى الثالث، وهو الكشف عن

الأثر، فقد استدلّ له:

بأن الإجازة متعلّقة بالعقد، وهي رضا بمضمونه، وليس إلّا النقل من حينه، وهذا الوجه قد استدلّ به للقول الأخير الذي هو برزخ بين النقل والكشف.

أقول: وتقيح القول عن هذا الأمر يقتضي البحث في موارد:

الأول: في إمكان كلّ من القولين.

الثاني: في تمامية هذا الوجه.

الثالث: في أنه على فرض التمامية، هل يثبت به الأول أو الثاني؟

أما المورد الأول: فغاية ما قيل في وجه امتناع الأول أنه مستلزم للقول بالشرط المتأخّر، والشرط لا يتأخّر، وإلّا لزم تأثير المعدوم في الموجود أو عدم التأثير، والأول محالّ، والثاني خلف.

والجواب عن ذلك في الأصول، وقد أشبعنا الكلام فيه في حاشيتنا على

«الكفاية»^(١)، وخلاصته:

إنّ الشرط بنفسه ليس دخيلاً في المصلحة والحكم، بل التقيّد به دخیلٌ فيها، وهو بوجوده الخارجي طرف لما يكون دخيلاً في الموضوع وهو التقيّد به، والتقيّد عبارة عن إضافة خاصّة حاصلة للشيء إذا لوحظ مع غيره، وتلك الإضافة تحصل إذا لوحظ مع المتأخّر، كما تحصل إذا لوحظ مع المقارن، وعلى التقديرين هو مقارن له، مثلاً في الأمور العرفيّة فإنّ الحماي إنما يرضى بالتصرّف في الحماي، وصرف الماء لمن يعطيه الفلوس فيما بعد خروجه، فمن علم من حاله أنه يعطيه بعد الخروج - بما

(١) هذه الحاشية للمصنّف لم تطبع لحدّ الآن.

أنه بالفعل مقيّد بهذا، ويتّصف به -يجوز له التصرف فيه.

وبالجملة: حصول أمر اعتباري إضافي من جهة تحقّق المتأخّر في ظرفه واضح، ودخل العناوين الاعتبارية الإضافية في المصالح والأحكام في غاية الوضوح، فلا محذور في الشرط المتأخّر أصلاً.

وأما القول الثاني: وهو كون اعتبار الملكية بعد الإجازة، والمعتبر سابقاً. توضيحه: إنّ اعتبار الملكية وحصول الملكية، كما يمكن اجتماعها بحسب الزمان، كذلك يمكن افتراقها بأن يكون الإعتبار فعلاً والمعتبر في زمان لاحق، أو في زمان سابق، إذ الاعتبار خفيف المؤونة، ويكون نظير التصرّف واللحاظ، ويصحّ تعلّقه بأمر متأخّر أو متقدّم إذا كان هناك مصحّح له، ولم يترتب عليه محذور، ولذا بنينا على صحّة اعتبار ملك المعدوم والملك للمعدوم، ولا يتوقّف الاعتبار إلا على أثر مصحّح له، ففي المقام تعتبر الملكية بعد تحقّق الإجازة، لكن المملوك شيء سابق عليها واقع بعد العقد، فتكون ملكية العين ومنافعها قبل الإجازة لمن انتقلت عنه، وبعد الإجازة لمن انتقلت إليه.

أقول: قيل في وجه عدم إمكانه أمور:

الأمر الأوّل: أنّه يلزم كون المال ملكاً للمالكين في زمان واحد، وهذا غير معقول.

وفيه: أنّه حيث يكون زمان الإعتبار متعدّداً، فلا محذور في اجتماع ملكيتين في زمان واحد.

وإن شئت قلت: إنّ الاعتبار خفيف المؤونة، فيمكن اعتبار شيء واحد

لشخصين مع تعدّد زمان الاعتبار.

الأمر الثاني: إنّه بناءً على مسلك العدليّة من تبعيّة الأحكام للمصالح والمفاسد، فإنّ اعتبار كون العين لمن انتقلت عنه إلى حين الإجازة لا محالة يكون لمصلحة داعية إلى ذلك، ومعه كيف يمكن اعتبار ملكيتها لمن انتقلت إليه في ذلك الزمان، بعد كون المصلحة من الأمور الواقعيّة.

وفيه: إنّ الأحكام الوضعيّة تابعة لمصالح في الاعتبارات لا في المعبر، فلا يلزم الاجتماع.

الأمر الثالث: إنّه يلزم التعارض بين الآثار، مثلاً إذا كان للعين منافع واستوفاهها الغير، فإنّ مقتضى الاعتبار الأوّل كون عوضها لمن انتقلت عنه فيكون ضامناً له، ومقتضى الاعتبار الثاني كونه لمن انتقلت إليه، وكونه ضامناً له، وهكذا. وفيه: إنّ الآثار غير الباقيّة لا كلام فيها، والباقيّة مترتبة على الاعتبار الثاني وهو الميزان، وفي المثال يحكم بكونه ضامناً للثاني.

فحصّل: أنّ الأظهر معقوليتها معاً.

وأما المورد الثاني: فحصّل الدليل المشار إليه هو أنّ العاقد الفضولي كغيره من العاقدين يقصد النقل من زمان العقد، وينشأ ذلك، والإجازة من المالك تتعلّق بتمام ما أنشأه الفضولي لا بعضه، ودليل صحّة بيع الفضولي إنّما يدلّ على صحّة عقد الفضولي الذي أجازه المالك ووقوعه، فتكون النتيجة هو الكشف.

أقول: أورد عليه الشيخ رحمته الله بإيرادات^(١):

الإيراد الأول: إنَّ مضمون العقد ليس هو النقل من حينه، بل أصل النقل، وإنَّما يحكم بوقوعه من ذلك الحين، فيما إذا كان العاقد هو المالك من جهة وقوع الإنشاء الذي هو العلة في ذلك الحين، والمعلول لا يتخلف عن علته.

وبعبارة أخرى: مضمون العقد هو النقل غير المقيد بالزمان، وإنَّما الزمان ظرف له لا قيد، واستشهد لذلك بأمرين:

أحدهما: إنَّ القبول حاله حال الإجازة في كونه رضاً بمضمون الإيجاب، مع أنه لم يقل أحدٌ بالكشف فيه.

ثانيهما: إنَّ الفسخ للعقد إنَّما يكون نظير الإجازة متعلقاً بمضمون العقد، فلو كان زمان وقوع العقد مأخوذاً في العقد على وجه القيدية لكان فسخه موجِباً للحكم بعدم ترتب الآثار من حين العقد، مع أنه لم يقل به أحد.

ولكن يرد عليه: إنَّ العاقد الملتفت بحسب الطبع إذا لم ينشأ النقل في زمان متأخراً، لا محالة يكون قاصداً إلى النقل من حين العقد، وإنَّما لا يذكره في الإنشاء اعتماداً على ما يقتضيه إطلاق العقد، كيف ولو كان قاصداً لمجرد النقل المهمل من حيث الزمان، لم يكن لوجه لوقوعه من حين العقد، ومجرد وقوع الإنشاء في زمان لا يكفي في وقوع المنشأ من ذلك الحين، فإنَّ الإنشاء سببٌ لوقوع مضمونه، والمفروض أنه النقل على سبيل الإهمال لا من حينه، فيتوقف وقوعه من حينه على مرجحٍ يقتضيه، مع أنه يفرض الكلام فيما إذا أنشأ النقل من حين العقد.

أقول: وأمَّا ما ذكره من الشاهدين:

فيرد على الأول منهما: أنه إن قلنا بأنَّ القبول إنشاءً للتملك، فالفرق بينه وبين

الإجازة واضح، وإن قلنا إنه رضا بمضمون الإيجاب، فلا محذور في الالتزام بحصول النقل من حين الإيجاب، إلا أنه بناءً على اعتبار الموالات بين الإيجاب والقبول قليل الفائدة، أي لا فرق بين وقوعه من حين الإيجاب أو من حين القبول غالباً. وأما الشاهد الثاني، فيرد عليه: أن الفسخ هو حلّ العقد بقاءً، لا من حين تحقق العقد.

قال الشيخ رحمته في ذيل هذا: (والحاصل أنه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك... الخ)^(١).

أقول: هذا ليس حاصلًا لما تقدّم، بل هو جوابٌ آخر، ومحصله: أنه لو سلّم كون إنشاء الفضولي متعلقًا بالنقل من حينه، إلا أن الإجازة ليست متعرّضة لإنشاء الفضولي وإنما هي عبارة عن الرضا بالنقل والمبادلة، فتكون مؤثّرة في النقل من حينها.

وفيه: إن الرضا بالمبادلة ما لم يكن رضا بما أنشأه الفضولي لا يكون كافيًا، وإنما يبني على كفاية الكاشف عن الرضا، من قبيل: (رضيتُ بكون مالي لزيد بإزاء ماله) من جهة كونه رضا بما أنشأه الفصول بالالتزام، وإلا لم يكن كافيًا.

الإيراد الثاني: إنه لو سلّم كون العقد إنشاءً للنقل من حينه، والإجازة متعلّقة بهذا، إلا أنه دليل على صحّة هذا العقد المجاز بهذا النحو، فإن الخطابات الإيضائية من قبيل: «أوفؤوا بالعقود»^(٢) و«أحلّ الله البيع»^(٣) إنما يجعله عاقداً من حين

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٠٤.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

الإجازة، فتلك الخطابات تتوجّه إليه من حين الإجازة، فالأحكام التكليفيّة إنّما تكون ثابتة من حينها، وقبلها لا يجب الوفاء بالعقد، ولا يحلّ التصرف له، والملكيّة إنّما تكون منترعة منها، فكيف يمكن الحكم بتحققها من قبل الإجازة، والأمر الانتزاعي لا يتقدّم على منشأ انتزاعه.

وفيه: إنّ هذا الوجه يصلح ردّاً للكشف عن الأثر، ولا يصلح جواباً عمّن يلتزم بكون اعتبار الملكيّة إنّما يكون من حين الإجازة، إلّا أنّ المعتبر هو أمر من حين العقد، إلّا على مسلكه عليه السلام من انتزاعيّة الأحكام الوضعيّة عن الأحكام التكليفيّة. وأمّا بناءً على كونها مجعولات بالاستقلال - كما حقّقناه في محلّه - فلا يتمّ هذا الجواب، فإنّ الحكم التكليفي وإن كان من حين الإجازة، إلّا أنّه لا مانع من الالتزام بثبوت الحكم الوضعي بالنحو المتقدّم من حين العقد، فتدبرّ.

الإيراد الثالث: أنّه لو سلّم جميع الأمور المشار إليها - من كون العقد إنشاءً للنقل من حينه، ومن أنّ الإجازة إنفاذ لذلك، والأدلة تدلّ على صحّة هذا العقد المجاز، إلّا أنّه لعدم معقوليّة ذلك فإنّه يستلزم انقلاب العقد عمّا وقع عليه من عدم التأثير إلى التأثير وهو محال - فلا بدّ من صرف الدليل عن ظاهره وحمله على الكشف الحكمي. وفيه: إنّ انقلاب العقد عن كونه غير مؤثّر إلى صيرورته مؤثراً أمر لا بدّ منه، حتّى على القول بالنقل، فإنّ ذلك من لوازم دخل الإجازة في تأثيره، وإنّما الخلاف في أنّ أثر هذا العقد المجاز هل هو النقل من حين الإجازة - كما يقول به القائل بالنقل - أو من حين العقد على نحو كون الاعتبار لاحقاً، والمعتبر سابقاً.

وبالجملة: فتحصل ممّا ذكرناه تماميّة هذا الوجه.

المورد الثالث: ظهر ممّا ذكرناه الكلام في المورد الثالث، وأنته إنّما يدلّ على الكشف بالمعنى الذي اختاره المحقّق الخراساني^(١) وتبعه جمعٌ من الأساطين^(٢)، وخصوصاً الكلام:

أنّ أدلة الإمضاء إنّما تدلّ على إمضاء العقد المجاز بما له من المدلول، وهو ما ذكرناه.

هذا كلّه فيما تقتضيه القواعد.

وأما الأخبار الخاصّة:

فيدلّ على الكشف صحيح محمد بن قيس^(٣) المتقدّم من جهة الحكم بعدم ضمان قيمة الولد في صورة الإجازة، مع أنته على القول بالنقل كان اللّازم الحكم بالضمان. قال الشيخ^(٤) في تعليقه على هذا الخبر: (لكن لا ظهور له في الكشف الحقيقي، فيحتمل الكشف الحكمي)^(٤).

ولكن يمكن أن يقال: إنّهُ بضميمة قاعدة «من أتلف...» ظاهرٌ في الكشف الحقيقي، فإنّه لو كانت الوليدة إلى حين الإجازة باقية على ملك مالکها كان الحكم بالضمان منافياً لتلك القاعدة، فبعين البرهان الذي ذكره لاستفادة الكشف من خبر أبي عبيدة^(٥) يستفاد الكشف الحقيقي من هذا الصحيح، وحيث عرفت أنّ المعقول من الكشف هو الكشف في المعبر، والصحيح قابلٌ للحمل عليه، فيُحمل عليه.

(١) كفايه الأصول: ص ١١٨ - ١١٩، حاشية المكاسب للمحقّق الخراساني: ص ٥٩ - ٦٠.

(٢) كما عن الفصول ص ٨٠، ومنية الطالب: ج ١ / ٢٣٤.

(٣) الكافي: ج ٥ / ٢١١ ح ١٢، وسائل الشيعة: ج ٢١ / ٢٠٣ أبواب نكاح العيب ب ٨٨ ح (٢٦٩٠٠).

(٤) المكاسب: ج ٣ / ٤٠٩، بتفاوت.

(٥) الكافي: ج ٥ / ٤٠١ ح ٤، وسائل الشيعة: ج ٢١ / ٣٢٦ ب ٥٨ ح ٢٧٢٠٣.

ويشهد له أيضاً: خبر أبي عبيدة^(١) الوارد في تزويج الصغيرين فضولاً، الأمر بعزل الميراث من الزوج المُدْرِك الذي أجاز فئات للزوجة غير المُدْرِكَة حتّى تحلف بعد الإدراك، فقد أفاد الشيخ^(٢) في وجه دلالته على الكشف، بأنّ مال الميّت لو كان قبل الإجازة باقياً على ملك سائر الورثة، كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، فهو بضميمة قاعدة السلطنة يدلّ على الكشف^(٣).

وأورد عليه السيّد، وتبعه المحقّق الإيرواني^(٤): بأنّه لا محيص عن مخالفة إحدى القاعدتين، إمّا قاعدة السلطنة إن قلنا بالنقل، أو عموم دليل الاستصحاب إن قلنا بالكشف، فترجيح إحدى القاعدتين على الأخرى بلا مرجّح^(٥).

وفيه: إنّ مخالفة عموم دليل الاستصحاب لا محيص عنها على القولين، إذ لو قلنا بالنقل وأنتها ترث بعد الإجازة، كان العزل منافياً لأصالة عدم الإجازة. أقول: ويمكن أن يُذكر وجه آخر لدلالته على الكشف، وهو: أنّه لو قلنا بالنقل: فإنّ بنينا على انتقال المال كلّاً إلى الورثة، وأنّ الزوجة تتلقّى نصيبها من سائر الورثة، لزم مخالفة قاعدة الإرث المقتضية لتلقي النصيب من الميّت.

وإنّ بنينا على بقاء مقدار نصيبها على ملك الميّت، لزم مخالفة قاعدة «ما تركه الميّت فلورثته»، وهذا بخلاف ما لو بنينا على الكشف، كما هو واضح.

فحصّل: أنّ القول بالكشف في المعتبر هو الذي تقتضيه القواعد والأدلة الخاصّة، فعليه الفتوى.



(١) الكافي: ج ٥ / ٤٠١ ح ٤، وسائل الشيعة: ج ٢١ / ٣٢٦ ب ٥٨ ح ٢٧٢٠٣.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٠٩ - ٤١٠.

(٣) حاشية المكاسب للسيّد الزدي (ط.ق.): ج ١ / ١٥٢، حاشية المكاسب للأيرواني: ج ١ / ١٢٩.

ثمرة القول بالكشف والنقل

أقول: بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل. وتنقيح القول في المقام يتحقق بالبحث في مقامات:

الأول: في تصرف كلّ منهما في ما انتقل إليه.

الثاني: في تصرف كلّ منهما فيما انتقل عنه.

الثالث: في سائر الآثار من النماء وغيره.

أما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موارد:

١- في الحكم التكليفي.

٢- في الحكم الوضعي.

٣- في الآثار الاخر المترتبة على الملك.

وليُعلم أنّ الكلام في المقام يقع في تصرف الأصيل، وأما تصرف المالك الذي وقع العقد على ماله فضولاً، فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

أما المورد الأول: فعلى القول بالكشف الحقيقي باحتمالاته - من شرطية التعقب،

أو شرطية اللّحاظ، أو شرطية الإجازة نفسها بنحو الشرط المتأخّر، أو الكشف

المحض - يجوز التصرف إن أجاز المالك لفرض وقوعه في ملكه.

أقول: ما أفاده الشيخ الأعظم رحمته من الفرق في جواز التصرف بين كون نفس

الإجازة شرطاً، وكون الشرط تعقب العقد بها، والحكم بجواز التصرف على الثاني

دون الأوّل^(١):

إن أراد شرطيتها على سبيل الانقلاب، فهو حقٌ كما استعرف، إلا أنه لا يلائم مع ما أفاده بعد سطرين من جواز الوطاء واقعاً على الكشف الحقيقي مطلقاً كما لا يخفى. وإن أراد شرطيتها على نحو الشرط المتأخر، فهو غير صحيح، إذ جواز التصرف من آثار الملك، والمفروض حصوله من حين العقد على هذا المسلك أيضاً، وعلى القول بالنقل والكشف الانقلابي والكشف الذي اخترناه والكشف الحكمي، لا يجوز لفرض عدم حصول الملك قبل الإجازة، وتحقق الملك بعد الإجازة ولو من حين العقد، بنحو الانقلاب أو النحو المعقول، لا يوجب انقلاب التصرف الذي وقع غير جائز عن ما وقع عليه، هذا في الحكم الواقعي.

وأما في الظاهر فإن علم بالإجازة جاز التصرف ظاهراً - على فرض جوازه واقعاً - وإن لم يعلم به لم يجز لأصالة عدم تحقق الإجازة، بناءً على ما هو الحق من جريان الاستصحاب في الأمور الاستقبالية.

وأما المورد الثاني:

فعلى القول بالكشف: بالنحو الذي اخترناه، فبيعه يكون من قبيل من باع شيئاً ثم ملك، وكذلك ما شابهه، وأما الطلاق فلا ينبغي الإشكال في فساده، لعدم تحقق علقه الزوجية حينه، وكذلك الكلام على الكشف بمعنى الانقلاب.

وأما على الكشف الحكمي: فلا بد من البناء على نفوذ تصرفاته بعد الإجازة، وإن وقعت غير نافذة حين وقوعها، وأما على سائر وجوه الكشف، فلا ريب في نفوذها، كما لا ريب في عدم النفوذ على القول بالنقل.

وأما المورد الثالث: فلو أولد المشتري الجارية قبل إجازة مالکها:

فعلى القول بالكشف الحقيقي: سواءً بنحو الكشف المحض، أو الكشف عن مقارنة الشرط، أو الكشف عن الأثر، تصبح الجارية أمّ ولد، لوقوع الوطاء في ملكه، وعلى القول بالنقل لا يتحقق الاستيلاء بلا كلام.

وأما على الكشف الانقلابي: والكشف الذي اخترناه، فالأظهر عدم تحقق الاستيلاء، إذ الإجازة على القولين توجب الملكية حقيقة في الزمان الذي لم يكن الملك موجوداً، وهذا لا يوجب انقلاب الوطاء، وعليه فلا يتحقق الاستيلاء.

وأما على الكشف الحكمي: فالظاهر هو البناء على تحقق الاستيلاء، فإن الوطاء وإن وقع في ملك الغير، إلا أنه حيث دلّ الدليل على ترتيب جميع آثار الملك ومن جملتها الآثار المترتبة على وقوع الوطاء في الملك من عدم جواز بيع الأمّ وحرمة الولد، فيجب ترتيبها، وعلى هذا فلا وجه لاحتمال عدم تحقق الاستيلاء على الكشف الحكمي كما في المتن.

وأوضح إشكالاً من ذلك، البناء على تحقق الاستيلاء على الكشف الحقيقي بوجوه لما عرفت.

وأما المقام الثاني: وهو تصرف كلّ منها فيما انتقل عنه، فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في تصرف المجيز.

الثاني: في تصرف الأصيل.

أقول: ومحلّ الكلام هو في التصرف المُخرج عن الملك.

أما المورد الأول:

فمن حيث الحكم التكليفي: لا كلام في الجواز على جميع الأقوال، وستعرف وجهه.
وأما من حيث الحكم الوضعي: فالأقوال فيه أربعة:

القول الأول: النفوذ مطلقاً، اختاره جمعُ منهم السيد والمحقق النائيني رحمتهما (١).

القول الثاني: عدم النفوذ على الكشف مطلقاً، ذهب إليه جمعُ منهم المحقق الايرواني رحمته (٢).

القول الثالث: النفوذ مع بقاء قابليّة العقد الفضولي للحقوق الإجازة به، فيجمع بينهما بأنّ على المميز دفع القيمة.

القول الرابع: ما في «المكاسب»، من بطلان النقل على الكشف الحقيقي، وصحّته على الكشف الحكمي، مع البناء على عدم قابليّته للإجازة إذا كان التصرف من قبيل إتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالعتق، وبقاء القابليّة والحكم بصحة الإجازة إن كان بنحو لا ينافيها كإتلاف النماء ونقله (٣).

أقول: وقد أفاد في وجه بطلان النقل على الكشف الحقيقي بأنه بالإجازة ينكشف وقوع النقل في ملك الغير.

وفي وجه صحّته على الكشف الحكمي، ونفوذ الإجازة مع رجوع المشتري إلى المميز بالقيمة، إن لم يكن التصرف بالإتلاف، بأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه، وصحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل.

وفي وجه عدم صحة الإجازة على الكشف الحكمي، إن كان التصرف

(١) حاشية المكاسب للزدي (ط.ق): ج ١ / ١٥٣، منية الطالب: ج ١ / ٢٦١.

(٢) حاشية المكاسب للأيرواني: ج ١ / ١٢٩.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٤١١.

بالإتلاف بأنه يفوت محلّ الإجازة^(١).

أقول: في كلامه ﷺ مواقع للنظر:

أما ما أفاده أولاً: فلأنّ العقد الصادر من الفضولي لا يكون مؤثراً وحده في لزوم التزام المالك بمفاده، فهو بعد في سعة من ذلك، فلو نقله بعقدٍ لازم شمله أدلّة ذلك العقد، ويجب الوفاء به، وبعده لا يبقى مورد للإجازة، لخروجه عن ملكه، وتلك الإجازة الواقعة في غير ملكه لا تصلح أن تؤثر في نقل المال قبل ذلك النقل عن ملكه كي يصير نقلاً لمال الغير.

وبالجملة: الإجازة المؤثرة هي ما تكون صادرة ممن بيده زمام المال، فإذا فرض خروجه عن ملكه بعقدٍ لازم قبلها، فلا يبقى لها محلّ، ومعه تكون فاقدة للتأثير. وأما ما أفاده ثانياً: فلأنّته إذا فرضنا صحّة الإجازة، كان اللازم ترتيب جميع آثار ملك الأصيل من حين العقد، ومن جملتها فساد العقد الواقع عليه من المميز قبل الإجازة، فالفرق حينئذٍ بين الكشف الحقيقي والحكمي في غير محلّه. وأما ما أفاده ثالثاً: فلأنّته لم يظهر لنا الفرق بين العتق الذي هو إتلافٌ للسال شرعاً، وبين النقل وإخراجه عن ملكه، حيث حكم في الأول بفوات محلّ الإجازة دون الثاني.

وبالجملة: فوات محلّ الإجازة إنّما يدور مدار الخروج عن الملك المشترك بين الموردین، وخروجه عن المالیة غير دخيل في ذلك.

فتحصل: أنّ الأظهر هو نفوذ النقل مع فوات محلّ الإجازة، ثمّ عدم النفوذ على

القول بالكشف الحقيق والحكمي.

وأما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع من جهتين:

الأولى: في أن العقد من قبله هل يكون لازماً أم لا؟.

الثانية: في حكم تصرفاته على كل من القولين.

أما الجهة الأولى: ففيها أقوال:

القول الأول: اللزوم مطلقاً.

القول الثاني: عدمه كذلك، ذهب إليه جمع من الأساطين^(١).

القول الثالث: ما في «المكاسب» من اللزوم على القول بالكشف، وعدمه على

القول بالنقل^(٢).

أقول: وليعلم أن كلامه في هذه المسألة مبني على الكشف الإنقلابي، وملخص

ما أفاده في مقام الفرق بينهما:

أنه على القول بالنقل: الإجازة دخيلة شرطاً أو شرطاً في تأثير العقد، ويكون

الموضوع لوجوب الوفاء العقد المقيّد بالإجازة، فقبل الإجازة لا يكون موضوع

وجوب الوفاء متحققاً لعدم تحقّق شرطه وقيد.

وأما على القول بالكشف: فالإجازة وإن كانت مؤثّرة في الملكية، وتكون سبباً

لصيورة العقد سبباً تاماً للملك بنفسه، إلا أن موضوع وجوب الوفاء هو العقد بلا

ضمّ شيء آخر إليه.

وبعبارة أخرى: تكون الإجازة على هذا المسلك دخيلة في حصول الملك، إلا

(١) منهم المحقّق الرشتي في الإجازة: ص ١٩٠، والمحقّق الأصفهاني في حاشيته: ج ٢ / ١٥٦.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤١٢.

أنه حيث تكون هي بعنوان الإمضاء والإنفاذ، فلا تكون دخيلة في موضوعيته لوجوب الوفاء، وعلى هذا بني التفكيك بين الآثار المترتبة على الملك ووجوب الوفاء بالعقد - بمعنى لزومه عليه - وبهذا البيان يظهر اندفاع ما أورده السيد^(١) وتبعه غيره^(٢).

ولكن يرد عليه^(٣): أن الإجازة - حتى على الانقلاب - إنما توجب انتساب العقد إلى المالك، وقبلها لا يكون هناك التزام من المالك بل من الفضولي، وعلى ذلك فما أن حقيقة العقد ربط أحد الإلتزامين بالآخر، ومن المعلوم أن الأصل إنما يربط التزامه بالتزام المالك لا الفضولي، فقبل الإجازة لا يكون هناك عقد كي يجب الوفاء به على الأصل.

وبعبارة أخرى: الفضولي إن اشترى للمالك، فالبائع الأصل يربط التزامه بالتزام المالك، فع عدم الإجازة، وعدم تحقق الإلتزام منه لا يكون العقد مستحقاً، وإن اشترى لنفسه، فالبائع وإن ربط التزامه بالتزامه، إلا أنه يربط بما أنه مالك، ففي الحقيقة يربط التزامه بالتزام المالك، فما لم يلتزم المالك، لا يكون العقد مستحقاً، ومعه لا معنى لوجوب الوفاء به.

مع أنه لو تنزلنا عن ذلك وسلمنا صدق العقد على التزام كل منهما وإن لم يكن مرتبطاً بالآخر، إلا أن التزام الأصل يكون ماله لغيره ليس مطلقاً، بل يكون على تقدير خاص، وهو التزام طرفه بكون ماله له، فالإلتزام فعلي إلا أن الملتزم به معلق، وعليه فإذا علم بعدم الإجازة أو شك فيها، وأجرى استصحاب العدم

(١) حاشية المكاسب للسيد البيهقي: ج ١ / ١٥٣.

(٢) تبعه في الإيراد المحقق الأصفهاني في حاشيته: ج ٢ / ١٥٦.

لا يجب عليه الوفاء بالتزامه.

وبالجملة: فما نقله الشيخ رحمته من بعض معاصريه من التفصيل بين صورة العلم بالإجازة وغيرها، هو الصحيح على هذا المسلك^(١)، ولا يرد عليه ما أفاده الشيخ رحمته، مضافاً إلى أنه لو أغمض عن ذلك كله وسُلم ما أفاده لما كان وجهه للفرق بين النقل والكشف، إذ الإجازة على النقل حينئذٍ دخيلة في حصول الملك لا في وجوب الوفاء، كما لا يخفى.

أقول: وبما ذكرناه ظهر أنّ ما أفاده المحقق النائيني رحمته من وجوب الوفاء مطلقاً - من جهة أنّ وجوب الوفاء متفرّع على العقد لا الملك، والمفروض في باب الفضولي أنّ العقد تامّ ولو لم يكن مؤثراً، ولا ينافي وجوب الإلتزام على شخص عدم وجوبه على الآخر، فإنّ التزام أحدهما غير منوط بالتزام الآخر، لأنّ مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في الآية الشريفة هو التوزيع، فكلّ واحدٍ ملتزمٌ بالوفاء بالعقد من طرفه^(٢) - غير تامّ للإيرادين الأولين اللذين أوردناهما على الشيخ رحمته.

فحصل: أنّ الأظهر عدم لزوم العقد على الأصيل، وأنّ له فسخ العقد قبل الإجازة. أقول: المنسوب إلى بعض الأعلام من تلامذة الشيخ رحمته الإيراد عليه بأنّ تمسّكه بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٣) في المقام تمسّكٌ بالعام في الشبهة المصداقية^(٤).

ويمكن توجيهه: بأنّه لو سُلم عموم العقد لإلتزام الأصيل، لكن لا يجب الوفاء

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤١٤، ولعله صاحب كشف النّام.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٢٤٨.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

(٤) حاشية الإشكوري: ص ٨٩، ونسبه إلى بعض تلامذة الشيخ المحقق الأصفهاني في حاشيته: ج ٢ / ١٦٠.

به لو فرضنا عدم الإجازة إلى الأبد إجماعاً، فهو خارج عن العموم، فلو شك في الإجازة وعدمها، يكون التمسك به تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقية، فلا يرد عليه ما أفاده المحقق الإصفهاني كما يظهر لمن راجعه^(١).

وأما الجهة الثانية: فعلى القول باللزوم لا تكون تصرفاته المخرجة للمال عن ملكه نافذة، لأنّه مقتضى لزوم العقد عليه، وأما التصرفات غير المخرجة، فحكمها حكم التصرفات المخرجة على المختار، أما بناءً على المختار من عدم اللزوم عليه، فعلى القول بالنقل والكشف الإتقالي، والكشف الذي اخترناه، تكون تصرفاته بأجمعها جائزة تكليفاً ووضعاً لكونها واقعة في ملكه، والمفروض عدم المنع عنها من قبل لزوم العقد، والإجازة المتأخرة حتى على الكشف الصحيح لا توجب وقوعها في غير ملكه، لورود الإعتبار عليها.

وهذا لا إشكال فيه، فلا يبقى محل للإجازة في التصرفات المخرجة عن الملك. وأما على سائر وجوه الكشف، فجواز التصرف واقعاً وعدمه يدوران مدار الإجازة وعدمها، إذ على فرض الإجازة يكشف ذلك عن وقوعها في ملك الغير، فلا يكون جائزاً تكليفاً ووضعاً، وعلى فرض عدمها يجوز، هذا في الحكم الواقعي. وأما الظاهري، فالجواز وعدمه يدوران مدار العلم بالإجازة وعدمه، إذ على الأوّل لا يجوز، وعلى الثاني يجوز، لأصالة عدمها.

وأما المقام الثالث: فحلّ الكلام أمران:

الأوّل: النماء.

(١) حاشية المحقق الأصفهاني: ج ٢ / ١٦٠.

الثاني: فسخ الأصيل.

أما الأمر الأول: قال الشيخ رحمته في «المكاسب»: (فإنه على الكشف بقول مطلق

لمن انتقلت إليه العين، وعلى النقل لمن انتقلت عنه)^(١).

أقول: ما أفاده يتم على النقل، لأنّ النماء تجدد في ملك من انتقلت عنه، وكذا يتم على الكشف غير الكشف الإقلابي، والكشف الذي بنينا عليه لتجدده في ملك من انتقلت إليه، ولا يتم على هذين المسلكين، لأنّ العين باقية على ملك من انتقلت عنه إلى حين الإجازة، فالنماء تجدد في ملكه، والإجازة توجب انقلاب العقد الموجب لانقلاب الملكية أو اعتبار الملكية السابقة، وهذا لا يوجب انقلاب وقوع النماء، لأنّ اعتبار الملكية وارد على وقوع النماء، لا النماء وارد عليه.

قال الشهيد الثاني رحمته في «الروضة»: (وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها

كاشفة، فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والإجازة الحاصل من البيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقلة فهذا للمالك المجيز)^(٢).

وقد وجه مراده بعض: بأنّ مفروض كلامه الفضولي من الطرفين، ومراده من

المالك المجيز هو الجنس^(٣).

ووجه آخر: حكمه بكون النمائين للمالك المجيز، بأنّ نماء ماله له لتجدده في

ملكه، ونماء المال الذي انتقل إليه إنما يكون له، لأنّ صاحبه سلّطه عليه^(٤).

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤١١.

(٢) الروضة البهية: ج ٣ / ٢٢٩ - ٢٣٠.

(٣) هو المحقق جمال الدين في حاشيته على الروضة: ص ٣٥٨.

(٤) السيد العاملي في مفتاح الكرامة: ج ٤ / ١٩٠.

أقول: استحسِن الشيخ رحمته التوجيه الأول^(١).

وأما الفسخ: فقد يقال بأن فسخ الأصيل قبل الإجازة مبطلٌ له على القول بالنقل دون الكشف.

واستدلّ له: بأنّ الفسخ على الأول يكون كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لإنشائه، وعلى الثاني يكون فسخاً بعد تمامية العقد من ناحيته. وأورد عليه بإيرادين:

الإيراد الأول: ما نقله الشيخ رحمته عن بعض^(٢)، وتبعه جمعٌ من المحشّين^(٣)، وهو أنه لا دليل على جواز الرجوع عن الإنشاء قبل استكمال أجزاء ما هو مؤثّرٌ في حصول النقل، وإنما الدليل - وهو الإجماع - مختصٌّ بالرجوع المتخلّل بين أجزاء العقد التي هي الإيجاب والقبول.

وفيه: أنّه يمكن أن يستدلّ له بدليل السلطنة بعد فرض كونه باقياً على ملكه. ودعوى: أنه تصرف في العقد لا المال، فلا يشمل دليل السلطنة. مندفعة: بأنّ نتيجة عدم ثبوت هذا الحقّ له بما أنّها خروج المال عن ملكه مع عدم رضاه، فهو بنا في السلطنة المطلقة الثابتة للمالك.

وبالجملة: مقتضى عموم دليل السلطنة كما يكون جواز نقله عن ملكه، كذلك يكون جواز رفع اليد عن التزامه، ما دام لم يخرج عن ملكه.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤١٢.

(٢) المحقّق القمي في غنائم الأيتام: ص ٥٤٣، ونقله الشيخ في المكاسب: ج ٣ / ٤١٢.

(٣) منهم المحقّق النائيني في منية الطالب: ج ١ / ٢٤٦، وظاهر المحقّق الخراساني في حاشيته: ص ٦٣، والسيد

اليزدي في حاشيته: ج ١ / ١٥٤.

أقول: إنَّ هذا البيان يجري على القول بالكشف الإنقلابي، والكشف المختار كما هو واضح، ولا يجري على سائر وجوه الكشف.

الإيراد الثاني: إنَّ مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود، عدم جواز رفع اليد عنه، ولذلك قال الشيخ رحمته الله: (ولا يخلو عن إشكال)^(١)، والظاهر أنَّ منشأ إشكاله ما يذكره بعد أسطر من عدم تمامية موضوع وجوب الوفاء على القول بالنقل قبل الإجازة.

خلاصة الكلام: الحقُّ أنَّه على القول بشمول أدلَّة لزوم العقد لإنشاء الأصيل ليس له فسخه، وعلى القول بعدم الشمول - كما اخترنا - فعلى القول بالنقل والكشف الإنقلابي والكشف المختار يكون فسخه نافذاً، لعموم دليل السلطنة، وعلى سائر وجوه الكشف لا يكون كذلك، لعدم الموضوع لدليل السلطنة، وعدم الدليل على جواز الفسخ، ومقتضى الإستصحاب بقاء ما التزم به بعد الفسخ.



ثمرات أخرى بين النقل والكشف

ذكر بعض متأخري المتأخرين^(١) ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبيه بها، وبما يمكن أن يقال عليها:

منها: ما لو انسلخت قابليّة الملك عن أحد المتعاملين بموته قبل إجازة الآخر وما شاكل، فيصح حينئذٍ على الكشف دون النقل. وكذا لو انسلخت قابليّة المنقول بتلفٍ مثلاً، وفي مقابله ما لو تجددت القابليّة قبل الإجازة.

أقول: إن شرائط المعاملة على أقسام:

القسم الأول: شرائط معروضها المتعاملان كالحياة والإسلام في بعض الموارد.

القسم الثاني: شرائط معروضها العوضان، كالملكيّة.

القسم الثالث: شرائط العقد.

وعليه، فالكلام يقع في مواضع:

الأول: فيما لو انسلخت قابليّة الملك عن أحد المتبايعين، أو تجددت بعد العقد

قبل الإجازة.

الثاني: فيما لو انسلخت قابليّة المنقول بتلفٍ ونحوه أو تجددت.

الثالث: فيما لو ارتفعت شرائط العقد قبل الإجازة أو تجددت.

أما الموضع الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

المورد الأول: في الإنسلاخ، فقد يقال إنّه على الكشف يصحّ العقد، لعدم المانع

(١) كاشف الغطاء، في شرحه على القواعد: ص ٦٢.

ولشمول العمومات له، وعلى النقل لا يصح لامتناع ترتب الأثر.

واعترض عليه بإيرادين:

الإيراد الأول: ما أفاده صاحب «الجواهر» من أنه على الكشف أيضاً يمكن أن يقال بالطلان، نظراً إلى اعتبار استمرار القابلية^(١)، ولم يذكر هو في وجه هذا الإعتبار شيئاً، ولذا ردّه الشيخ رحمه الله بعدم الدليل عليه^(٢).

وقد ذكر السيد في وجهه: (أن أدلة صحة عقد الفضولي قاصرة عن الشمول لهذه الصورة)^(٣).

أقول: ما أفاده يتم على القول بكون صحة الفضولي على خلاف القاعدة، ولا يتم على القول بكونها على القاعدة، كما هو المختار، إذ الدليل حينئذٍ هو العمومات. الإيراد الثاني: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله من أنه على النقل أيضاً يصح، إذ المال ينتقل إلى الوارث على نحو كان للمورث، فسواء مات الأصيل أو من له الإجازة يبقى العقد على حاله^(٤).

وفيه: إنه بناءً على النقل يكون المال لورثة الأصيل، وانتقاله منهم إلى المالك المميز يحتاج إلى دليل، وبقاء التزام المورث الذي هو سبب النقل مما لم يدل عليه دليل. وأمّا على الكشف، فالإجازة تكشف عن النقل في حال حياته، ولا محذور فيه. هذا في الموت، وأمّا في الكفر فثبوت الثمرة أوضح، فإنه إذا فرضنا المبيع مصحفاً

(١) جواهر الكلام: ج ٢٢ / ٢٩١.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤١٩.

(٣) حاشية السيد الزيدي (ط.ق.): ج ١ / ١٥٧.

(٤) منية الطالب: ج ١ / ٢٥٠ - ٢٥١.

والمشتري كان مسلماً فكفر، فإنه لا يصحّ ذلك على النقل، لأنّته يلزم انتقال المصحف إلى الكافر، وأما على الكشف فيصبح مالكاً له حين ما كان مسلماً ولا محذور فيه. المورد الثاني: في تجدد القابليّة بعد العقد، وهذا ينحصر مورده بالكفر، كما لو كان المشتري للمصحف حين العقد كافراً فأسلم، وأجاز مالك المصحف بيعه:

فعلى الكشف لا يصحّ، لعدم قابليّته للمالكية له في ذلك الزمان.

وعلى النقل من جهة الأثر - أي المملكية - لا مانع من صحّة العقد، وسيأتي تمام الكلام فيه عند تعرّض المصنّف للمسألة بنحو الكليّة، وهي أنّه هل يعتبر واجدية العقد لجميع شروط الصحّة أم لا؟.

الموضع الثاني: في ما لو انسلخت قابليّة المنقول أو تجددت، فالكلام فيه أيضاً يقع في موردين.

المورد الأول: في الانسلاخ، فقد يقال إنّه على الكشف يصحّ، وعلى النقل لا يصحّ، إذ على الكشف يكون الانتقال في زمانٍ قابل له، وعلى النقل في زمانٍ لا يكون قابلاً لذلك.

وأورد عليه صاحب «الجواهر»^(١): بأنّه على الكشف أيضاً يعتبر رضا المالك، والفرض انتفاء مالكيّته بانتفاء قابليّة العين لها^(٢).

وأجاب عنه الشيخ^(٣) بأجوبة^(٤):

الجواب الأول: أنّه لا وجه لاستمرار التملّك المكشوف عنه بالإجازة إلى

(١) الجواهر: ج ٢٢ / ٢٩١.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤١٩.

حينها، كما لو وقعت بيوع متعدّدة على ماله، فإنّهم صرّحوا بأنّ إجازة الأوّل
توجب صحّة الجميع مع عدم بقاء مالكيّة الأوّل مستمراً.
وفيه: إنّ صاحب «الجواهر» يمكن له أن يدّعي بالفرق بين المقام والمثال، إذ
عدم بقاء التملّك للبدل في المثال إنّما يكون للتصرّف، وهو يؤكّد القابليّة، وهذا
بخلاف المقام.

أقول: ولا يخفى أنّ جواب الشيخ عليه السلام إنّما يكون بالنظر إلى إيراده من حيث عدم
استمرار تملّكه للبدل، لا بالنظر إلى عدم استمرار ملكيّته لماله لولا الإجازة، وعليه
فالقياص مع الفارق، وغير مربوط بكلام الشيخ عليه السلام كما هو واضح، فتدبّر فإنّه دقيق.
الجواب الثاني: فحوى خبر تزويج الصغيرين^(١)، فإنّ موت أحد الزوجين
كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد.
وفيه: إنّ المفروض موت الزوج، فليس هناك وطء ولا ولد، بل غاية ما هناك
انتقال المال بعنوان الإرث، فلا أولويّة.

الجواب الثالث: إطلاق رواية عروة^(٢)، حيث لم يستفصل عليه السلام عن موت الشاة
أو ذبحها وإتلافها.

وفيه أولاً: ما تقدّم من عدم تماميّته سنداً.

وثانياً: إنّ عدم الاستفصال يمكن أن يكون لعلمه عليه السلام ببقاء الشاة.

أقول: بل الحقّ في الجواب عن «الجواهر» هو دفع احتمال اعتبار الاستمرار بالعمومات.

(١) الكافي: ج ٥ / ٤٠١ ح ٤، وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٥٢٧ أبواب ميراث الزوج ب ١١ ح ١.

(٢) سنن البيهقي: ج ٦ / ١١٢، عوالي اللآلي: ج ٣ / ٣٠٥ ح ٣٦، المستدرک: ج ١٣ / ٢٤٥ أبواب عقد البيع وشروطه

قال المحقق النائيني رحمته: في الإيراد على هذه الثمرة بأنه على الكشف أيضاً بما أنه يكون من تلف المبيع قبل القبض، وهو من مال بائعه، يكون العقد منفسخاً^(١). وفيه أولاً: إن هذه القاعدة إنما تختص بالبيع، وفيه أيضاً يختص بالمبيع، لا يجري هذا الكلام في الفضولي في غير البيع، وفي البيع إذا كان التالف هو الثمن. وثانياً: أنه يمكن فرض القبض بأن يكون المشتري عالماً برضا المالك بقبض ماله فأقبضه الفضولي، فعلى الكشف يكون القبض قبض المالك، فلا يكون التلف قبل القبض.

وأما الكلام في تجدد القابلية، كما لو صار الخمر خللاً فسيأتي عند تعرّض الشيخ رحمته له.

الموضع الثالث: في شرائط العقد.

وحيث أن المدار على ثبوتها حال الإنشاء خاصة - بل لا معنى لبقائها بعده - فلا فرق بين القول بالنقل أو الكشف.



ثمرات ذکرها بعض

وربما يقال: ^(۱) بظهور الثمرة في تعلق الخيارات، وحق الشفعة، واحتساب مبدأ الخيارات.

أقول: تنقيح القول عن هذه الثمرات يتحقق بالبحث في مواضع الموضوع الأول: في تعلق الخيارات، كما إذا كان المبيع صحيحاً حين العقد وصار معيباً حين الإجازة أو العكس، وكذا إذا اختلفت القيمة بحسب الزمانين، وكذا بالنسبة إلى خيار المجلس.

وملخص القول فيه: إن الخيارات على قسمين:

أحدهما: ما يكون ثابتاً بدليل خاص.

ثانيهما: ما يكون ثابتاً على القاعدة، ومن باب الشرط الضمني.

أما القسم الأول: فلا بد من ملاحظة الدليل:

فإن كان المأخوذ فيه تحقق النقل والانتقال، كان على الكشف ثابتاً من حين

العقد، وعلى النقل من حين الإجازة.

وإن كان موضوعه البيع والعقد، فحيث إنه يتم العقد بالإجازة، فلا يكون ثابتاً

من حين العقد على القولين.

وإن كان موضوعه إنشاء البيع، كان ثابتاً من حين العقد على المسلكين.

وأما القسم الثاني: فالظاهر ثبوت الثمرة، وإنه على الكشف يكون الميزان هو

(۱) القائل هو كاشف الغطاء في شرح القواعد: ص ۶۲.

لحافظ العقد، وعلى النقل يكون المدار على زمان الإجازة، وذلك كما في خيار الغبن، إذ ثبوته إنما يكون من باب الشرط الضمني، وهو التساوي بين البديلين من حيث القيمة، ولا ريب في أن ما عليه بناء العقلاء إنما هو التساوي في زمان حصول النقل والانتقال لا قبله ولا بعده كما لا يخفى. وتام الكلام في ذلك في مبحث الخيارات^(١).

الموضع الثاني: في حق الشفعة، كما إذا باع الفضولي حصّة أحد الشريكين، ثم باع الشريك الآخر حصّته بنفسه، ثم بعد ذلك أجاز الشريك بيع الفضولي.

أقول: الحق في المقام ثبوت الثمرة، إذ موضوع هذا الحق إنما هو الشريك، فعلى القول بالكشف يكون هذا الحق ثابتاً للأصيل الذي باع حصّته، لأنّه حين البيع كان هو المالك، وعلى النقل يكون ثابتاً للمشتري من الأصيل، لأنّه حين النقل مالك وشريك.

الموضع الثالث: في احتساب مبدأ الخيار الذي يكون موضوعه النقل والانتقال كخيار الحيوان:

فإنّه على النقل يكون مبدأ الإحتساب من حين الإجازة.

وعلى الكشف يكون المبدأ العقد. ولكن فيه كلاماً سيأتي في الخيارات.

الموضع الرابع: في معرفة مجلس الصّرف والسّلم الذي يعتبر أن يكون القبض فيه:

فقد يقال: إنّه على الكشف يكون مجلس البيع حال صدور العقد، وعلى النقل

يكون حال الإجازة لتماميّة البيع حالها دون الأوّل.

ولكن يمكن أن يقال: إن الميزان هو العقد مطلقاً، إذ متعلّق هذا الحكم هو القبض

قبل التفرّق - أي قبل زوال الاجتماع على المعاملة - ومعلوم أن الاجتماع على

المعاملة إنما هو حال العقد، سواءً كان العاقدان أصليين أو فضوليين، أو أحدهما فضولياً والآخر أصيلاً، وعلى كل حال تلك الحال هي المناط، سواءً قلنا بالنقل أو الكشف، لا ربط للنقل والانتقال فيه كي يختلف على المسلكين. وتام الكلام في محلّه. الموضوع الخامس: في اليمين والنذر، كما لو نذر التصدق بدراهم إن كان مالكاً يوم الجمعة لكذا، وثبوت الثمرة حينئذٍ واضحٌ لا يحتاج إلى بيان.

ثم إنه تظهر الثمرة في باب الخمس والزكاة، كما لو اشترى شيئاً عن غير مالكة قبل انتهاء السنة، فأجاز مالكة بعده، إذ على النقل يكون الربح من السنة الثانية، وعلى الكشف يكون من الأولى.

أو اشترى زرعاً قبل انعقاد الحبّ، فأجاز مالكة بعده، إذ على النقل تجب الزكاة على مالكة المميز، وعلى الكشف تجب على المشتري.



تنبيهات الإجازة

أقول: تتضمن الإجازة بعض الأمور التي ينبغي التنبيه عليها، وهي:
 التنبيه الأول: قال الشيخ: (إن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهوم الإجازة ومعناها وضعاً أو انصرافاً، بل في حكمها الشرعي)^(١).
 أقول: إن كان النزاع في مفهومها اللغوي، بأن ادعى جمع أن الإجازة بمعنى الإنفاذ، ومقتضاه نفوذ العقد من حينه، وادعى آخرون أنها بمعنى الرضا بمضمون العقد، ومقتضاه حصول النقل من حينها، كان لازم الإجازة على خلاف مقتضاها بطلان العقد وعدم صحته، لأنه حينئذ لم يقصد معنى الإجازة وحقيقته، بل قصد شيئاً آخر.

وإن كان في معنى الإجازة إطلاقاً أو انصرافاً، بأن ادعى جمع أن إطلاقها أو انصرافها يقتضي أحد الأمرين، كان اللازم صحة العقد على نحو ما قصد، إذ اقتضاء إطلاق الإجازة أو انصرافه شيئاً كإقتضاء إطلاق العقد شيئاً لا ينافي تقييدها بما ينافي مقتضى إرسائها أو انصرافها.

وإن كان النزاع في حكمها الشرعي، بحسب ملاحظة الأدلة، فإن قصد الإلتزام بمضمون العقد من حين الإجازة على القول بالكشف، أو قصد الإلتزام به من حين العقد على القول بالنقل، فهل تصح أم لا؟.

لا إشكال في عدم صحتها على نحو ما قصد، إذ اقتضاها لأحد الأمرين

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٢١، بتفاوت يسير.

حسب الفرض، إنما يكون بحسب الجعل الشرعي، وعليه فلا وجه للقول بالصحة على نحو ما قصد، لأن قصد المكلف لا يغيّر الحكم الشرعي. إنما الكلام في صحتها، وعدم افتقار العقد إلى إجازة أخرى على طبق ما اعتقده المجيز من أحد القولين.

أقول: وملخص القول فيها إنه:

تارة: يميز العقد على ما هو عليه، ولكن يعتقد أن الحكم الشرعي هو الكشف، بحيث يكون الداعي والمحرك له هو هذا الاعتقاد، ولولاه لما كان يُجيز، وكان في الواقع هو النقل أو بالعكس، فإنه لا إشكال في الصحة في هذا الفرض، لأنه من باب تخلف الداعي.

وأخرى: يميز بهذا النحو، وهو على قسمين:

القسم الأول: يميز العقد ويشترط النقل من حين الإجازة على القول بالكشف، ومن حين العقد على القول بالنقل.

القسم الثاني: أن يميز العقد هكذا، لا أن يميزه على ما هو عليه ويشترط ذلك. أما في القسم الأول: فالصحة والفساد مبنيان على إفساد الشرط الفاسد للعقد وعدمه، فعلى الأول تبطل، وعلى الثاني تصح.

وأما في القسم الثاني: فقد يتوهم الصحة من جهة أن المجاز مضمون العقد لا حكمه، والمفروض إجازته، ويكون قصد ترتب حكم آخر على العقد غير ما ترتب عليه شرعاً لغوياً لا أثر له، ويكون نظير ما لو تزوج وقصد عدم الإنفاق عليها، فإنه تتحقق الزوجية ويترتب عليها وجوب الإنفاق.

لكنه فاسد، فإنَّ حكم العقد إنَّ كان غير ما هو مضمونه كما في المثال تمَّ ما ذكر، فلأنَّ مضمون العقد لا يختلف من ناحية حكمه، فقصد ترتب حكم آخر يكون لغواً، وإنَّ كان من أنحاء تعيّن مضمون العقد كما في المقام، فلا محالة يكون قصد الخلاف موجباً لعدم تحقّقه.

وبالجملة: الأظهر هو البطلان، لأنَّ ما يمكن تحقّقه لم يُقصد ولم يُنشأ، وما أنشأ وقصد لا يمكن أن يتحقّق.

كفاية الرضا الباطني في الإجازة

التنبيه الثاني: في أنه هل يكفي الرضا الباطني في الإجازة، أم يعتبر الإنشاء، أم يعتبر كون الإنشاء باللفظ الصريح؟ وجوه وأقوال.

أقول: وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في جهات:

الأولى: في أنه هل يكفي في الإجازة مجرد الرضا الباطني أم لا؟.

الثانية: في أنه على فرض عدم الكفاية، هل يكفي الإنشاء القلبي كما عن المحقّق

الخراساني رحمته (١) أم لا؟

الثالثة: في أنه على فرض عدم كفاية ذلك، هل يكفي الفعل، أم يعتبر القول؟.

الرابعة: في أنه على فرض اعتبار القول، هل يكفي الكناية أم يعتبر أن يكون

على وجه الصراحة؟

أما الجهة الأولى: فقد استدلَّ الشيخ رحمته لكفاية الرضا الباطني بوجوه (٢):

(١) حاشية المكاسب للأخوند: ص ٦٦.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٢٤ - ٤٢٥.

الوجه الأول: العمومات المتقدمة المتمسك بها لصحة عقد الفضولي، السالمة عن ورود مخصص عليها، عدا ما دلّ على اعتبار رضا المالك في حلّ ماله وانتقاله إلى الغير ورفع سلطنته عنه.

وأورد عليه جمعُ من المحققين^(١): بأنّ العمومات إنّما تدلّ على وجوب وفاء كلّ مكلفٍ بعقده، وعقد الفضولي لا يكون عقداً للمالك بمجرد رضاه، بل يحتاج إلى إنشاء الإجازة.

وفيه: قد عرفت في أوّل مبحث الفضولي^(٢) أنّ الإستناد المعتبر إنّما هو الإستناد بمعنى أنّه عقده وبيعه، وهذا المعنى كما يتحقّق بالإمضاء والإنفاذ وإظهار الرضا، كذلك يتحقّق بالرضا به، فراجع ما ذكرناه.

الوجه الثاني: ما ورد في عدّة من الأخبار من أنّ سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقراراً منه عليه^(٣).

والجواب عن ذلك: بأنّ السكوت في أمثال المقام إمضاء عرفي قد تقدّم ما فيه، نعم، الإيراد عليه بأنّ في نكاح العبد خصوصيّة - حيث أنّ العقد لنفسه وإنّما المفقود إذن المولى ورضاه، فيكفي مجرد الرضا بخلاف سائر أقسام عقد الفضولي - تامّ.

الوجه الثالث: بما ذكرناه في الردّ على الوجه الثاني يظهر الجواب عن الوجه الثالث، وهو ما دلّ على أنّ قول المولى لعبده (طلق) يدلّ على الرضا بالنكاح^(٤)

(١) منهم السيّد الزدي في حاشيته: ج ١ / ١٥٨، والايرواني في حاشيته: ج ١ / ١٣١ - ١٣٢، والثاني في منية الطالب: ج ١ / ٢٥٣.

(٢) فقه الصادق: ج ٢٣ / ١٣٣.

(٣) الكافي: ج ٥ / ٤٧٨ ح ٤، وسائل الشيعة: ج ٢١ / ١١٧ أبواب نكاح العبيد ب ٢٦ ح ١ (٢٦٦٧١).

(٤) التهذيب: ج ٧ / ٣٥٢ ح ٦٤، وسائل الشيعة: ج ٢١ / ١١٨ أبواب نكاح العبيد ب ٢٧ ح ١ (٢٦٦٧٤).

فصير إجازة، وكذلك ما دلّ على أنّ المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيّد^(١) التي ترتفع بالرضا.

الوجه الرابع: ما دلّ على أنّ التصرف من ذي الخيار رضاً منه^(٢).

وفيه: إنّ ذلك قابلٌ للحمل على التعمد، أو على أنّ هذا الفعل كاشف عن الرضا وإسقاط الحق، وعلى كلّ حالٍ يكون أجنبياً عن المقام. وبالجملة: فالعمدة هي العمومات.

وأما الجهة الثانية: فعلى القول بعدم كفاية الرضا الباطني، يكون الأظهر ما تنبّه المحقق الخراساني^(٣) من كفاية الإنشاء القلبي^(٤)، إذ به يحصل الإستناد والإنتساب، وما دلّ على أنّ الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الإعتبار في باب العقود والإيقاعات إنّما هو في المؤثر وهو العقد دون الشروط، ولا ريب في أنّ الرضا الباطني شرط كما عرفت.

وأما الجهة الثالثة: فالأظهر كفاية الفعل في الإنشاء، إذ لو سلّم أنّه يتوقّف الإستناد على الإنشاء وإبرازه، فإنّه لا دليل على اعتبار اللفظ فيه.

ودعوى: أنّ الإستقراء في النواقل الإختيارية اللّازمة كالبيع، يقتضي اعتبار اللفظ، والإجازة منها.

مندفعة: بأنّه في تلك النواقل أيضاً بنينا على كفاية الفعل، راجع مبحث المعاظة.

وأما الجهة الرابعة: فلو أغمضنا عن جميع ذلك، فالأظهر كفاية الكناية، ولا

(١) وسائل الشيعة: ج ٢١ / ١١٤ - ١١٥ أبواب نكاح العبيد ب ٢٤ ح ١ (٢٦٦٦٦) وح ٢ (٢٦٦٦٧).

(٢) الكافي: ج ٥ / ١٦٩ ح ٢، وسائل الشيعة: ج ١٨ / ١٣ أبواب الخيار ب ٤ ح ١ (٢٣٠٣٢).

(٣) حاشية الكفاية للأخوند: ص ٦٦.

يعتبر أن يكون باللفظ الصريح.

ودعوى: أن إنشاء اللّازم وإيجاده في الإنشاء القولي ليس إيجاباً للملزوم عرفاً، وكون الملزوم مقصوداً وداعياً من إيجاب اللّازم لا أثر له، لأنّ الدّواعي لا أثر لها في باب المعاملات، التي استند إليها المحقّق النائيبي رحمته الله في عدم وقوع العقد بالكنايات ^(١). مدفوعة: وقد عرفت ما فيها في مبحث خصوصيات ألفاظ العقد، فراجع ما ذكرناه هناك ^(٢).

اعتبار عدم سبق الرّد

التنبيه الثالث: المشهور بين الأصحاب أنّ من شروط نفوذ الإجازة أن لا يسبقها الرّد، وقد استدلّ لإعتبار هذا الشرط بوجوه:
الوجه الأوّل: الإجماع.

وفيه أولاً: إنّ الإجماع المنقول - سيّما مع معلوميّة مدرك المُجمعين - ليس بحجّة. وثانياً: إنّه لا وجه لدعواه بعد إفتاء جمع من الفقهاء ببطلان عقد الفضولي رأساً. الوجه الثاني: أنّ الإجازة إنّما تجعل المجيز أحد طرفي العقد، وبها يصير مكلفاً بوجوب الوفاء بالعقد، فالرّد المتخلّل بينها وبين العقد الصادر من الأصيل والفضولي يكون رداً متخلّلاً بين أجزاء العقد، وقد تقرّر في محلّه أنّه يعتبر أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطها عن صدق العقد.

وفيه أولاً: إنّ ما هو المسلّم في تلك المسألة إنّما هو مضرّية رّد من صدر منه

(١) منية الطالب: ج ١ / ١٠٦.

(٢) صفحة ١٣ من هذا المجلّد.

الإلتزام والتعهد قبل تحقّق الإلتزام من صاحبه، كما لو ردّ الموجب بعد الإيجاب وقبل قبول القابل، وأمّا لو ردّ صاحبه ذلك، كما لو ردّ القابل قبل أن يقبل، ثمّ قبل، فليس الحكم مُسلماً بينهم، والمقام من قبيل الثاني لا الأوّل، فإنّ المجيز إنّما يرد قبل أن يصدر الإلتزام منه، والملتزم إنّما هو غيره كما هو واضح.

وثانياً: إنّهُ فرق بين الرّد المتخلّل بين الإيجاب والقبول، والرّد المتخلّل بين العقد والإجازة.

وبعبارة أخرى: ليست الإجازة في جميع الأحكام كالقبول أو الإيجاب، ولذا ترى أنّ الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول يضّرّ، والفصل بينهما وبين الإجازة لا يضّرّ كما هو واضح.

الوجه الثالث: إنّ مقتضى ما دلّ على سلطنة الناس على أموالمهم، تأثير الرّد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما تلحقه الإجازة. وفيه: إنّ العلاقة المتصوّرة بالإضافة إلى المال لا تخلو من الملكية والحقيّة، وشيءٌ منها لا يكون في المقام:

أما الأولى: فواضح.

وأما الثانية: فلأنّ العقد قبل الإجازة لا يوجب كون الأصيل ذي حقّ، ولذا بنينا على عدم حرمة بيع الفضولي.

وبالجملة: لا يحدث بواسطة عقد الفضولي أدنى مرتبة من الملك والحقّ، وعليه فلا وجه للتمسك بقاعدة السلطنة.

وقول المحقّق النائيني رحمته الله: من أنّه وإن لم تحصل العلاقة شرعاً لكنّها تحصل له

عرفاً، فالرّد يُبطل هذه العلقه^(١).

ممنوع: بأنّ العلقه التي عرفت أنّها إمّا الملكيّة أو الحقّيّة لا تحصل ولو عرفاً.
أقول: وأجاب السيّد الفقيه^(٢) عن هذا الوجه بجوابين آخرين^(٣):

أحدهما: إنّ قاعدة السلطنة متعارضة، لأنّ مقتضاها جواز أن يجيز بعد الرّد، لأنّه مقتضى سلطنته على ماله.

وفيه: أنّه بعد تسليم تأثير الرّد في حلّ العقد، لا يبقى موضوع للإجازة كي تؤثر فيه.

ثانيهما: أنّه قد مرّ من الشيخ^(٤) أنّ قاعدة السلطنة إنّما تثبت نفوذ التصرّفات الثابتة بالشرع كالبيع والهبة ونحوهما لا جميع ما أراه المالك، إذ ليست مشرّعة، فلا تصلح لإثبات مؤثريّة الرّد في حلّ العقد.

وفيه: أنّه لو سلّم حصول العلقه للأصيل بالإضافة إلى المال، لا إشكال في صلاحية قاعدة السلطنة للدلالة على جواز رفعها، فإنّ ذلك من مصاديق تسلّط الإنسان على رفع مزاحمة الغير، ولا يحتاج إلى دليل آخر، فتدبر.

وعليه، فالصحيح ما ذكرناه، وتبيّن أنّ الأظهر صحّة الإجازة بعد الرّد.

الإجازة لا تورث

التنبيه الرابع: قال الشيخ^(٥): (الإجازة أثرٌ من آثار سلطنة المالك على ماله، فموضوعها المالك، فقولنا: له أن يجيز، مثل قولنا: له أن يبيع، والكلّ راجعٌ إلى أنّه له

(١) منية الطالب: ج ١ / ٢٥٦.

(٢) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٥٩.

أن يتصرّف، فلو مات المالك لم يورث الإجازة، وإنما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي، فله الإجازة^(١)، انتهى.

أقول: يقع الكلام في موردين:

الأول: في أصل المطلب.

الثاني: في الفرق بين إرث الإجازة وإرث المال.

أما المورد الأول: فما أفاده الذي حاصله: (أنّ ثبوت الإجازة للمالك وتأثيرها منه ليس من قبيل الحقوق القابلة للنقل والإسقاط كحقّ الخيار، بل هو من قبيل الحكم الشرعي) تامّ، لأنّ الإجازة من التصرفات التي ثبت جوازها للمالك، وهو من الأحكام الشرعية، ويترتب على ذلك أنّه لا تورث الإجازة لعدم كونها ممّا تركه الميت.

نعم، لمن انتقل إليه المال إجازة بيع الفضولي، بناءً على جواز المغايرة بين المالك حال العقد والمالك حال الإجازة، إلّا أنّ ما ذكره من أنّها من آثار سلطنة المالك لا يخلو عن مسامحة، فإنّها من آثار الملك.

وأما السلطنة التي هي عبارة عن القدرة على التصرفات، فهي متقوّمة بجواز التصرفات لا أنّه من آثارها.

وأما المورد الثاني: فالفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر في موارد:

منها: ما إذا كان المبيع ممّا يحرم منه الزوجة كالعقار على أشهر القولين، فإنّه

على القول بإرث الإجازة ترثها الزوجة، وعلى القول بعدم لا ترث، وليس لها

الإجازة، والمفروض عدم كونها مالكة للمبيع، فلا حق لها فيه.
ومنها: إنه على القول بأنها تترثه الورثة، يأتي فيها النزاع الموجود في حق الخيار الموروث مع تعداد الورثة، من أنته هل يرث كل من الورثة الإجازة في مقدار ماله من العين، أو يرث كل منهم الإجازة في تمام العين بنحو العام الإستغراقي - بمعنى نفوذ إجازة كل واحد منهم - أو يرث المجموع الإجازة - بمعنى أنها شيء واحد يرثه الجميع - فلا بد في الصحة من إمضاء الجميع .

ومنها: ما لو أوصى بال معين للفقراء مثلاً بنحو يكون ملكاً لهم بالموت، ثم وقع عقد الفضولي على هذا المال، ومات المالك قبل الإجازة، فعلى القول بإرث الإجازة ينتقل هذا الحق فلهم الإجازة، بخلافه على القول بالعدم. فتأمل.

إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن

التنبيه الخامس: يدور البحث في هذا التنبيه عن أن إجازة البيع هل تكون إجازة لقبض الثمن ولاقباض المبيع، أم لا؟، وجهان.

أقول: الكلام في هذا التنبيه يقع في جهات:

الجهة الأولى: في قابلية القبض والإقباض للإجازة وعدمها، وفيه وجوه وأقوال:

القول الثالث: ما في «المكاسب»، من جريان الفضولية في قبض الثمن المعين

دون الكلي^(١).

القول الرابع: عكس ذلك، وهو مختار السيد^(٢).

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٢٨.

(٢) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٦٠.

أقول: قد استُدلّ لعدم الجريان مطلقاً بوجهين:

الوجه الأول: إنّ حقيقة الإجازة إنفاذ الشيء، ولا مورد للنفوذ إلا التصرفات المعاملية، فالأفعال والأقوال الأخر لا تكون مورداً لها، ومنها القبض والإقباض. وفيه: إنّ حقيقة الإجازة إظهار الرضا بما وقع، وهي توجب انتسابه إلى المجيز، وهذا لا فرق فيه بين المعاملات وغيرها.

الوجه الثاني: ما نسب إلى المحقق الخراساني رحمته الله، وأوضحه المحقق الإصفهاني رحمته الله، من أن الإجازة لا بد وأن تتعلق بما له بقاء واستمرار كالأموال الاعتبارية الانتزاعية من أسباب خاصّة، وأمّا الأفعال الخارجيّة فليس لها بقاء كي تنتسب بالإجازة إلى المالك، وهي لا تصلح لأن توجب انتسابها في زمانها إلى المجيز، لعدم معقولية الإنتساب مع عدم ما به الإنتساب، وصورتها منتسبة من حين الإجازة بعدما لم تكن كذلك، يستلزم انقلاب الشيء عمّا وقع عليه ^(١).

وفيه: إنّ الإجازة كما عرفت عبارة عن إظهار الرضا بما صدر، والرضا كما يتعلق بالأمر الاعتباري، كذلك يتعلق بالفعل الخارجي، وكما يتعلق بالأمر المقارن والمتأخر، كذلك يتعلق بالأمر المتقدم، وهي توجب صيرورة الفعل المتقدم مرضياً به من حين الإجازة، وهذا غير انقلاب الشيء عمّا وقع عليه، مع أنّ المراد بالقبض ليس هو إلا كون الشيء تحت الإستيلاء والسلطنة، وهذا أمرٌ له بقاء واستمرار. أقول: وبما ذكرنا ظهر مدرك القول الثاني.

استدلال الشيخ رحمته الله في وجه ما اختاره وأوضحه: يقول رحمته الله إنّ قبض الثمن

(١) حاشية الكفاية للأخوند: ص ٦٨، ونسبه له وأوضحه المحقق الأصفهاني في حاشيته: ج ٢ / ١٨٩.

الشخصي قابل للإجازة، من جهة أنّ مرجع إجازته إلى إسقاط ضمان الثمن عن المشتري، ففي الحقيقة لا يكون القبض عنده قابلاً للإجازة، وإنما تكون الإجازة والرضا به رضا بأثره، وهو إسقاط الضمان، وكذلك الإقباض، فإنّ مرجع إجازته إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع. وأمّا قبض الثمن الكليّ وتشخصه به، فهو لا يكون قابلاً للإجازة، فإنّه حيث لم يتعيّن الكليّ في المقبوض بيد الفضوليّ فليس هناك ضمانّ المعاوضة على المشتري، بل الثمن باقٍ على كليّته، والمفروض أنّ القبض من حيث هو غير قابل لتعلّق الإجازة به، فلا وجه لجريان الفضوليّة فيه وتصحيحه بالإجازة^(١).

وفيه: - مضافاً إلى ما عرفت من ضعف المبني - يرد على ما أفاده في قبض الثمن الشخصي بأنّ ضمان المشتري للثمن قبل القبض إنّما يكون حكماً شرعياً ثابتاً على خلاف القاعدة، وهو الحكم بانفساخ المعاملة بالتلف، لا حقّاً مالياً كي يكون قابلاً للإسقاط، وما أفاده المحقّق النائيني^(٢) من أنّ ذلك إنّما يكون من جهة الشرط الضمني، إذ كلّ من البائع والمشتري يشترط على صاحبه بالإرتكاز قبض الثمن أو الثمن، وليس مقصودهم مجرد التبديل^(٣)، لو تمّ وإنّ لزم منه كون ذلك من الحقوق، إلّا أنّه لا يتمّ، فإنّ لازم ذلك ثبوت الخيار لا انفساخ العقد، كما هو ظاهر الخبر.

استدلال السيّد^(٤) لما ذهب إليه: بأنّ الفضوليّة إنّما تجري في التصرّفات المعاملية، لا في الأفعال الخارجية، والقبض في المعيّن من الأفعال الخارجية وفي الكليّ من التصرّفات المعاملية، فإنّ ذلك يكون من باب الوفاء، وهو في اللب

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٢٨.

(٢) المكاسب والبيع للنائيني: ج ٢ / ١٣٧، منية الطالب: ج ١ / ٢٥٧.

مبادلة بين الكلي والفرد المشخص^(١). وقد عرفت ما فيه.
وعليه، فالأظهر قابليتها للإجازة.

الجهة الثانية: في أنه هل يأتي في القبض نزاع الكشف والنقل أم لا؟
أقول: فيه وجهان، أظهرهما الثاني؛ لأن ذلك النزاع في العقد إنما يكون من جهة
أن وراء العقد شيء وهو الملكية، ويمكن البناء على تحققها من الأول، وهذا بخلاف
القبض، إذ ليس ورائه شيء، فالقبض كالعقد نفسه، فكما أنه يصير عقد المالك من
حين الإجازة على المسكّلين، كذلك القبض، فآثار قبض المالك عليه من حين
الإجازة، فلو تلف بعدها لا يكون من تلف المبيع قبل القبض، فلا يكون البائع
ضامناً، بخلاف ما لو كان تالفاً قبلها، فإنه حينئذ لا موضوع للإجازة، إذ بالتلف
ينفسخ العقد، فلا يكون شيء باقياً كي تلحقه الإجازة.

الجهة الثالثة: لو كانت إجازة العقد دون القبض لغواً، كما في الصّرف والسّلم
بعد قبض الفضولي والتفرّق، فقد التزم الشيخ رحمته الله في «المكاسب»: بأنها تصبح
إجازة للقبض صوتاً للإجازة عن اللغو^(٢).

أقول: وأورد عليه بإيرادات:

الإيراد الأول: ما عن جمع من المحشّين، منهم السيّد رحمته الله، من أن ذلك - أي الذي
ذكره - راجع إلى مقام الإثبات، وثبوت الدلالة على إجازة القبض، وهذا إنما يكون
بعد الفراغ عن مقام الثبوت، وقابلية القبض للفضولية، وإن صحّ بالإجازة،

(١) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٦٠.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٢٨.

والشيخ عليه السلام يرى عدم قابليته لها في الكلي^(١).

وفيه أولاً: إنَّ الشيخ عليه السلام لم يلتزم بعدم قابليته لها، وإنما لم يقدّم دليل على صحّة القبض بنفسه بالإجازة، وعليه فالدليل الدالّ على صحّة عقد بيع الصرف المشروط بالقبض، يكفي في صحّة مثل هذا القبض بالإجازة، بخلاف القبض الذي لا تكون صحّة العقد منوطاً به.

وثانياً: إنَّ عدم قابليّة القبض للإجازة:

١- إمّا أن يكون من جهة أنّه لا يكون من التصرّفات المعاملية، كما أفاده السيّد عليه السلام.

٢- أو يكون من جهة عدم قابليته للإنتساب إلى المميز، كما عن المحقّق الخراساني عليه السلام.
وشيءٌ منها لا مورد له في هذا القبض.

أمّا الأوّل: فلأنّته دخيلٌ في صحّة العقد، وفي ترتّب الآثار الوضعية والأمر الإعتباري، فهو من التصرّفات المعاملية.

وأما الثاني: فلعدم اعتبار الإنتساب فيه، إذ الشرط إمّا هو قبض المتعاملين بالمعاملة الصحيحة، فإذا صحّت المعاملة بالإجازة، كفي قبض الفضولي في الصحّة، ولا يخفى أنّ مرجع هذا إلى عدم الاحتياج إلى إجازة القبض، وأنّ الإجازة محقّقة لموضوع القبض لا موجبة لصحّته ونفوذه.

الإيراد الثاني: أنّ إجازة القبض إمّا توجب انتساب القبض إلى المميز من حين الإجازة بعد التفرّق، وهو لا يكفي في صحّة المعاملة، فإنّ الشرط هو القبض قبل التفرّق.

(١) حاشية المكاسب لليزدي: ج ١ / ١٦٠، حاشية البروانى: ج ١ / ١٣٣، حاشية الاصفهاني: ج ٢ / ١٩٢.

والجواب عنه: هو الجواب الثاني عن الإيراد الأول.

الإيراد الثالث: ما أفاده جمعُ منهم السيد والمحقق النائيني رحمهما، من أنه إنما يتم إذا كان المميز عالماً بأن البيع بدون القبض باطلٌ، وإلا فلا يحمل على كونه إجازة للقبض^(١).

وفيه: إنه إذا كان بصدد إجازة العقد بجميع ما تتوقف صحّة العقد عليه، كفي في كونه إجازة له، مضافاً إلى ما عرفت من كفاية إجازة العقد في صحّة القبض، فراجع^(٢).

فحصّل: أنّ الأظهر الاكتفاء بإجازة العقد في مثل هذه العقود المتوقّفة صحّتها على القبض.

الجهة الرابعة: لو قال: (أجزتُ العقد دون القبض)، ففني «المكاسب»: (ففي بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان)^(٣).

أقول: الحقّ أن يقال إنّه بناءً على أنّ العبرة بقبض المتبايعين، وأنّه لا يلزم انتسابه إلى المالكين، يتعيّن البناء على الصحّة، لفرض إجازة العقد وعدم كون قبضه موضوع الأثر، كي يلزم إجازته ويضّرّ رده، وأمّا بناءً على لزوم إجازة القبض، فالظاهر أنّ إجازة العقد لإجازة للقبض للغوية إجازته دونه، وردّ القبض ردّ للعقد، إذ لا ينفكّ الشرط عن المشروط، وعليه فإذا تقدّمت الإجازة لغى الرد، لكونه ردّاً بعد الإجازة، وإذا تقدّم الرد لم يفد الإجازة بناءً على اعتبار أن لا تكون مسبوقه

(١) حاشية الزيدي: ج ١ / ١٦٠، منية الطالب للنائيني: ج ١ / ٢٥٨، وكذلك الايرواني في حاشيته: ج ١ / ١٣٣.

(٢) صفحة ١٩٥ من هذا المجلّد.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٤٢٩.

بالرّد، وإلا صحّت.

الإجازة ليست على الفور

التنبية السادس: هل الإجازة على الفور بحيث تسقط مع التأخير، أم لا؟
أقول: فيه وجهان، أقواهما الثاني: لإطلاق الأدلة، وصحيح محمد بن
قيس المتقدم^(١).

وعليه، فلو لم يجز المالك ولا رّد، فهل:

١ - يتعيّن إجبار المالك بأحد الأمرين، كما اختاره السيّد^(٢)؟

٢ - أم يتعيّن ثبوت الخيار، كما ذهب إليه جمع^(٣)؟

٣ - أم يثبت الأمران بنحو التخيير، كما اختاره الشيخ^(٤)؟ وجوه.

وليعلم أنّ محلّ الكلام إنّما هو فيما إذا لم يجز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه، وفيما
انتقل إليه، وأمّا إذا جاز له التصرف فيما انتقل عنه إمّا لعدم لزوم العقد عليه أو
لجوازه، حتّى بناءً على لزوم العقد، لا مورد لشيء من هذه الوجوه، إذ لا يلزم ضرر
عليه من عدم الإجازة والرّد.

وأيضاً: الظاهر أنّ محلّ الكلام ما لو لم يكن الأصيل عالماً بكون طرفه فضولياً،

أو كان مطمئناً بأنّه يميز المالك أو يرد، وأمّا إذا كان عالماً به ولم يكن مطمئناً بشيء

(١) الكافي: ج ٥ / ٢١١ ح ١٢؛ تهذيب الاحكام، ج ٧ / ٧٤ ح ٣٣.

(٢) حاشية المكاسب لليزدي (ط.ق.): ج ١ / ١٦٠.

(٣) منهم المحقق الخراساني في حاشيته: ص ٧٧، والمحقق الأيراني في حاشيته.

(٤) المكاسب: ج ٣ / ٤٢٩.

منها، فمن حيث إنه مُقدِّمٌ على الضرر لا يجري شيءٌ من الوجوه. فتدبر. وبالجملة: وكيف كان، فالأظهر من تلك الوجوه هو الثاني، إذ الإيجاب إنما يكون لأحد أمرين:

إما الإمتناع عن الحق، من جهة أن السلطان وليّ الممتنع. أو للإمتناع عن امتثال التكليف اللزومي، من جهة لزوم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولا دليل عليه في غير الموردين. ومن الواضح أن عقد الفضولي لا يوجبُ حدوث حقٍّ للأصيل على المالك - كما تقدّم - ولا وجوب الإجازة أو الردّ عليه، فالإيجاب لا مورد له، وقاعدة نفي الضرر لا تصلح لإثبات جوازه، لكونها نافية للحكم لا مثبتة، فهي توجبُ نفي لزوم العقد على الأصيل، فالمتعيّن هو ثبوت الخيار للأصيل.

اعتبار مطابقة الإجازة للعقد

التنبية السابع: يدور البحث في هذا التنبية عن أنه هل يعتبر في صحّة الإجازة: مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً، أم لا؟ أم يفصل بين المطابقة من حيث الجزء، والمطابقة من حيث الشرط؟ وجوه وأقوال. وتنقيح القول عنها يتحقّق بالبحث في مقامين: الأول: في عدم المطابقة من حيث الجزء، بأن يكون الشيء المحذوف أو المضاف جزءاً. الثاني: في عدم المطابقة من حيث الشرط، وأما في صورة الاختلاف من حيث المباينة، كما لو وقع العقد على فرسٍ فأجاز في الحمار، فلا إشكال في عدم الصحّة.

أما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

المورد الأول: فيما إذا كان محذوفاً.

وملخص القول فيه: إن المعقود عليه على قسمين:

تارة: يكون مركباً من أجزاء، يكون كل جزء منه موضوعاً مستقلاً بنظر أهل العرف في البيع والشراء - بنحو لا يرون المعاملة على المجموع إلا معاملة على كل واحد مستقلاً، كما لو عقد على عشرة دواب فأجاز بيع بعضها - فإنه لا ينبغي التأمل في الصحة، لأن المجاز مما عقد عليه، ولا سبيل إلى إجراء خيار تبعض الصفقة هنا - لأن مورده ما إذا كان بيع كل جزء مشروطاً بانضمام الجزء الآخر ضمناً وارتكازاً، كي يوجب التبعض تخلف الشرط، فيثبت خياره - لعدم الدليل عليه بالخصوص. وأخرى: لم يكن كل جزء موضوعاً مستقلاً، كما إذا وقع العقد على حيوان خاص فأجاز نصفه، فعن المحقق النائيني صحة المَجَاز^(١)، مستدلاً بأن حكم الإجازة حكم البيع ابتداءً، فكما يجوز للمالك بيع بعض ماله ابتداءً، فكذلك يجوز له إجازة بعضه.

وفيه: إن الفرق بين الإجازة والبيع واضح، فإن الإجازة إنما تحتاج إلى عقد واقع والتزام معاملي قبلها، بخلاف البيع، وعليه فإن كان الإلتزام العقدي منحللاً إلى التزامات عديدة حسب تعدد أجزاء المبيع، صحَّ البيع فيما أُجيز لكون المجاز معقوداً عليه، وإلا فلا، فالميزان هو ذلك.

أقول: وبه يظهر أن قياس المقام بمسألة التبعض في باب الخيارات كما عن

السبب^(١) في غير محلّه، ولكن الظاهر هو الإنحلال في جميع الموارد، غاية الأمر إلى التزامات ضمنية لا استقلالية، وعليه فيصحّ البيع فيما أُجيز، نعم يثبت للأصيل خيار تبعض الصفقة.

المورد الثاني: ما إذا كان الجزء مضافاً، والضابطة فيه أنه إن انحلت الإجازة إلى إجازات متعدّدة والتزامات عديدة، وكان أحد الإلتزامين متعلّقاً بالعقد والآخر بالزائد، صحّ العقد المجاز لكونه عقداً قد تعلّقت به الإجازة، وإلا فلا؛ فإنّ المجاز حينئذٍ غير معقودٍ عليه، وما عقد عليه لم تتعلّق به الإجازة.

أقول: الظاهر هو الإنحلال في جميع الموارد، إلا إذا كانت من قبيل إجازة الحصّة الخاصّة، كأن يميز العقد الواقع على المجموع خاصّة بهذا القيد، فإنّه حينئذٍ ما تعلّقت الإجازة به لا يكون معقوداً عليه كما لا يخفى.

وأما المقام الثاني: فالكلام فيه :

تارة: في الشرط المحذوف.

وأخرى: في المضاف.

أما الجهة الأولى: فلا ينبغي الإشكال في الصّحة بناءً على ما هو الثابت في محلّه من أنّ الشرط إنّما هو التزمّ في التزم، لا أنّ الإلتزام العقدي معلق عليه، بحيث لا التزم بدونه، فإنّ الإجازة حينئذٍ تكون متعلّقة بالإلتزام العقدي، فما أفاده الشيخ^(٢) في وجه عدم الصّحة من عدم قابليّة العقد للتبعيض من حيث الشرط،

(١) حاشية المكاسب للزدي: ج ١ / ١٦٠.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٣٠.

ضعيفاً، لما عرفت من أنّ الشرط التزامٌ مستقلٌّ في ضمن الإلتزام العقدي. وأضعف منه تفصيله ﷺ بين الشرط والجزء، بالإلتزام بالتبعية من حيث الجزء دون الشرط، لما عرفت من أنّ قبول العقد للتبعية من حيث الشرط أولى من قبوله التبعية من حيث الجزء، مضافاً إلى أنّ كلّ جزءٍ شرطٌ لاعتبار وصف الاجتماع فيه.

وهل يثبت الخيار للأصيل أم لا؟ وجهان.

والحقّ أنّ يقال: إنّ الشرط إنّ كان للمالك على الأصيل - كما لو أوقع الفضولي العقد مع اشتراط أن يخيّط الأصيل ثوب المالك، فأجاز المالك العقد بدون الشرط - فلا خيار له، لأنّ مرجع ذلك إلى إسقاط المالك حقّه، ولا إشكال في ذلك، وكذلك إنّ كان للأصيل على المالك مع رضا الأصيل بذلك بعد الإجازة، وأمّا إنّ كان للأصيل على المالك، ولم يرض الأصيل بذلك، فالظاهر ثبوت خيار تخلف الشرط له، وهو واضح.

وأما الجهة الثانية: فالكلام في المضاف في موردين:

١ - تارةً في الشرط المضاف، فإنّه لا يجب الوفاء به؛ لكونه من قبيل الشرط الابتدائي، وكون الإجازة بمنزلة الإيجاب أو القبول لا يوجب إسراء أحكامهما إليها، مضافاً إلى أنّ الشرط المذكور في ضمن أحدهما وحده لا يفيد.

٢ - وأخرى في المشروط:

فإنّ كانت الإجازة مع الشرط التزاماً بالعقد منضمّاً إلى الإلتزام الشرطي صحّ، لكون العقد مجازاً، وضمّ اللغو إليها لا يمنع عن تأثيرها في صحّة العقد.

وإن كانت التزاماً واحداً متعلقاً بالمشروط لم يصح.
أقول: والظاهر هو الأول؛ لأنّ الواقع إنّما هو العقد المجرد، والمميز يدرج ضمن الشرط إليه، فلا محالة يميز المالك ذلك الواقع بضم الشرط إليه، فالتقييد إنّما يكون للإجازة بالشرط، وحيث أنّ الشرط - كما تقدّم - إنّما يكون هو الإلتزام في ضمن الإلتزام، وفي المقام يكون هو الإلتزام المقرون بالإجازة، فلغوئته لا تلازم لغوية الإجازة.
وبالتالي فما في «المكاسب»^(١) من تقوية البطلان في غير محله.



البحث عن المجيز

اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الإجازة

أقول: وأما القول في المجيز، فاستقصائه يتم ببيان أمور:

الأمر الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد بلا إشكال، فإن الإجازة تصرف معاملي في المال، فإذا كان المجيز غير جائز التصرف، لم يجز له ذلك، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، إذ على الكشف إنما يكون الأثر من قبل، وإلا فالإجازة هي التي تؤثر في ذلك.

ودعوى: أنه على القول بأن المؤثر في النقل ليس هو وجود الإجازة، بل العنوان المنتزع من وجودها المقارن مع العقد، كعنوان التعقب، يُشكل اعتبار ما عدا ما يوجب سلب العبارة فيها لعدم كونها تصرفاً مالياً حينئذٍ.

مندفعة: بأنه على هذا المسلك أيضاً لا يكون التعقب بمطلق الإجازة شرطاً، بل الشرط هو التعقب بالإجازة المستجمعة لسائر شرائط تأثير العقد، لأنه المتيقن من نفوذ عقد الفضولي الملحق بالإجازة.

قال الشيخ رحمته الله: (ولو أجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض... الخ) ^(١).

وربما يورد عليه: بأن منجزات المريض مختصة بالتصرفات المعاملية دون شرائط تأثيرها، فلو كان عقد الصرف في حال الصحة، وكان القبض في حال المرض، لا تكون هذه المعاملة من المنجزات، والإجازة شرط لتأثير عقد الفضولي،

فلا يضّر وقوعها في حال المرض ولا يوجب دخولها في المنجزات.

أقول: ولكن يدفعه أن للإجازة حيثيتين:

إحدهما: حيثية الرضا.

الثانية: حيثية الإنتساب إلى المالك.

وهي من الحيثية الثانية وتعدّ بنفسها تصرفاً معاملياً وموجبة لصيرورة

التصرف تصرف المالك.

وبالجملة: فالحق أن الإجازة في حال المرض من المنجزات لا من قبيل

شرائط تأثير العقد.

اشتراط وجود المجيز حال العقد وعدمه

الأمر الثاني: اختلفوا في أنه هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز

حين العقد أم لا؟.

أقول: وما يحتمل أن يكون محلّ الكلام بين الأعلام في بادئ النظر أمور:

الأمر الأول: هل يعتبر وجود ذات المجيز حين العقد أم لا يعتبر ذلك؟، وإلى هذا

نظر البيضاوي في إirاده على المصنّف رحمته: (بأنه لا يتم على مذهب الخاصّة من

وجود الإمام عليه السلام في كلّ عصر^(١)).

وفيه: يمكن دفع إirاده:

أولاً: بالنقض بأنه لا يتم على مذهبهم أيضاً من وجود خليفة المسلمين في

كلّ عصر.

(١) حكاة الشيخ الأنصاري عنه في المكاسب: ج ٣ / ٤٣٢ - ٤٣٣.

وثانياً: إنّه في نكاح الصغار يكون الولي منحصرأ بالأب والجدّ والوصي على خلاف فيه، كما قيل.

الأمر الثاني: هل يعتبر وجود مجيزٍ فعلي حين العقد، بأن يكون متمكناً من الإجازة، أم لا يعتبر؟.

الأمر الثالث: هل يعتبر أن يكون المجيز جائر التصرف حين العقد شرعاً، أم لا يعتبر ذلك؟، فلو فرضنا أن يبيع مال الصغير لم تكن فيه مصلحة حين البيع، ثم حدثت المصلحة فيه لاحقاً، هل للولي أن يجيزه من جهة أنه وإن لم يكن التصرف جائزاً له حين البيع لعدم المصلحة، إلا أنه يجوز له حين الإجازة، أم لا؟.

أقول: الظاهر أن محلّ النزاع هو الأخير دون الأولين.

أما الثاني منهما: فلوضوح عدم اعتبار وجود مجيز فعلي، ولذا لو كان المالك نائماً أو غائباً لم يتوهم من القائلين بصحة الفضولي فساده، وعدم جواز الإجازة بعد الحضور واليقظة.

وأما الأول: فلعدم ملائته مع ما مثلوا له ببيع مال اليتيم، فورد النزاع هو الثالث. وكيف كان، فقد استدلل لإعتباره بوجهين:

الوجه الأول: إن صحة العقد والحال هذه ممتنعة، فإذا امتنعت في زمانٍ امتنعت دائماً. أقول: قد ذكروا في توضيح هذا الوجه أمرين:

أحدهما: ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته الله، من أن بناء هذا على شيئين:

أحدهما: القول بالكشف في الإجازة.

والثاني: إن العام إذا خصّ بمخرج فردٍ منه في زمان، لم يرجع إليه في ذلك

الفرد فيما عدا ذلك الزمان، فيقال حينئذٍ إنَّ العقد إذا لم يكن له من يصحَّ بإجازته حال العقد، امتنع دخوله تحت خطاب * أَوْفُوا *، فإذا امتنع شمول * أَوْفُوا * له في هذه الحال، لم يؤثر من مبدأ وقوعه، فإذا لم يؤثر من مبدأ وقوعه لم يؤثر أبداً، لأنَّ الفرد إذا خرج عن العام في زمانٍ خرج عنه رأساً، ولم يرجع إليه ثانياً بعد خروجه عنه أولاً^(١).

وفيه: إنَّ الكبرى الكلية المشار إليها إنما هو فيما إذا خرج فردٌ عن تحت العام في الأثناء، لا فيما إذا خرج عنه من الأوَّل كما في المقام. وتام الكلام في محله.

الثاني: ما أفاده المحقق الإصفهاني رحمته، وحاصله: إنَّ عقد الفضولي إنما يفترق عن العقود الفاسدة بكونه قابلاً للتأثير بالإجازة، فلا بدَّ وأن يكون جامعاً لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، بحيث لا يستند عدم فعلية التأثير إلا إلى عدم الإجازة، فإذا لم يمكن الإجازة حال العقد، يكون العقد غير واجدٍ لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، لأنَّ منها الإمكان من ناحية إمكان الإجازة، فإذا امتنع الإجازة فعلاً، امتنع الصحة التأهيلية فعلاً، وإذا امتنع الصحة التأهيلية في زمانٍ امتنع دائماً، لأنَّ ما به يتفاوت حاله بتفاوت الزمان، هي الصحة الفعلية التابعة لوجود شرط الصحة الفعلية دون الصحة التأهيلية^(٢).

وفيه: إنَّ المراد من الإمتناع إنَّ كان هو الإمتناع الذاتي، فالصغرى ممنوعة، وإنَّ كان المراد الإمتناع العرضي، أي الإمتناع لعدم وجود جميع أجزاء المؤثر، فالكبرى ممنوعة، فإنَّ الإمتناع حينئذٍ يدور مدار فقد بعض ما يعتبر فيه.

(١) حاشية المكاسب للايرواني: ج ١ / ١٣٤.

(٢) حاشية الأصفهاني: ج ٢ / ٢٠١.

وإن شئت قلت: إنَّ عقد الفضولي الذي تمتنع إجازته حين العقد ويمكن تلك فيما بعد، يكون صحيحاً بالصحة التأهيلية، لأنه يمكن تأثيره فيما بعد بلحوق الإجازة، وليس معنى الصحة التأهيلية إلا ذلك.

الوجه الثاني: لزوم الضرر على المشتري، لإمتناع تصرّفه في العين لإمكان عدم الإجازة، هذا على الكشف، ولعدم تحقّق المقتضي على النقل، ولا في الثمن لإمكان تحقّق الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه.

وفيه: - مضافاً إلى النقص بجميع موارد عقد الفضولي كما تقدّم - ما مرّ تقريبه في التنبيه السادس من تنبيهات الإجازة، والجواب عنه هو ما ذكرناه في ذلك التنبيه، من أنّ تدارك الضرر يتحقّق بعدم لزوم الوفاء على الأصل. وعليه، فالحقّ عدم اعتبار هذا الشرط.

عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد

الأمر الثالث: هل يشترط في المجيز كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حين العقد، أم لا يعتبر ذلك، أم هناك تفصيل؟ وجوه.

أقول: وقبل الشروع في المطلب ينبغي تقديم أمور:

الأمر الأول: بناءً على كون البحث في الأمر السابق عن اعتبار وجود المجيز، فإنّ الفرق بينه وبين هذا يصبح واضحاً، وأمّا بناءً على كون البحث فيه عن أنه هل يعتبر وجود مجيزٍ جائز التصرف شرعاً حين العقد أم لا، فالفرق بين الأمرين يكون في أنّ البحث هناك في اعتبار وجود مجيزٍ جائز التصرف حين العقد وعدمه، وفي

المقام في أنه هل يعتبر كون المميز الفعلي نافذ التصرف حال العقد أم لا. وبعبارة أخرى: لو فرضنا اعتبار وجود مميز جائز التصرف حال العقد، وكان موجوداً حينه ولم يميز، وكان المميز الفعلي غيره، كما لو بيع مال الصغير مع وجود المصلحة، وأهل الولي ولم يميز حتى بلغ فأجازته المالك بنفسه، فإن المميز الفعلي لا يكون نافذ التصرف حين العقد، وإن كان مميز نافذ التصرف موجوداً حينه، والسؤال حينئذٍ عن أن وجود مثله كافٍ أم لا؟.

الأمر الثاني: ربما يورد على الشيخ رحمته الله حيث جعل الصغر والسفه والجنون من باب عدم المقتضى، مع أنها إمّا موانع، أو أن البلوغ والرشد والعقل شرائط التأثير، فإن المقتضى للسلطنة على التصرف في المال إضافته إلى المتصرف أو إذن من له الإضافة، فهذه الأمور أجنبيّة عن المقتضى.

أقول: ولكن يمكن دفعه بأن نظره إلى أن عدم نفوذ التصرف :

تارة: يكون لقصور من ناحية المتصرف.

وأخرى: يكون من جهة سلطنة الغير أيضاً على المال.

وعبر عن الأوّل بعدم المقتضى، وعن الثاني بوجود المانع، وعليه فيصح أن يقال إن عدم المقتضى إمّا لعدم الملك أو لجنون المالك أو سفاهته أو صغره، وبه يظهر الفرق بين هذه الأمور وبين حق الرهن المتعلق بالمال.

الأمر الثالث: أورد السيّد رحمته الله (١) وغيره (٢) على الشيخ رحمته الله في جعله المسألة الثالثة

- وهي ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان كونه كذلك - من مسائل

(١) حاشية الزيدي: ج ١ / ١٦١.

(٢) كالمحقق الأيرواني في حاشيته: ج ١ / ١٣٨.

هذا العنوان، مع أنها أجنبية عنه.

ويمكن دفعه: بأن المراد من عدم الجواز في العنوان، عدم الجواز الفعلي، لا عدم الجواز الواقعي، فالمجيز ربما لا يكون جائز التصرف واقعاً كما في الأولى والثانية، وأخرى لا يكون جائز التصرف فعلاً كما في الثالثة.

الأمر الرابع: جعل الشيخ عليه السلام المسألة الأولى أعمّ مما كان عدم الجواز لمانع كالرهن، أو لعدم المقتضي بالتفسير الثاني من جهة وحدة ملاك البحث، كما أنه جعل المسألة الثانية - وهي عدم الملْك حال العقد - مسألتين، لتعدّد الجهة من حيث الإجازة وعدمها.

أقول: إذا عرفت هذه الأمور، تعرف أنّ ما سلكه الشيخ عليه السلام في عنوان هذا البحث وتشقيقه الشقوق المذكورة هو الصحيح. وكيف كان، فالكلام يقع في مسائل:



لو كان المالك حين العقد غير جائز التصرف

المسألة الأولى: أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة، لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر ونحوه، فهل يمكن تصحيح البيع بالإجازة أم لا؟.

أقول: الكلام في هذه المسألة يقع في جهات:

الأولى: في صحة بيع ما هو متعلق حق الغير.

الثانية: في عتقه.

الثالثة: في احتياج صحة البيع إلى الإجازة بعد ارتفاع الحجر وعدمه.

الرابعة: في جريان نزاع الكشف والنقل في رافع الحجر وعدمه.

الخامسة: في بيع الصبي والمجنون والسفيه.

أما الجهة الأولى: فقد استدلل على فساد البيع، بأن البيع يعدّ تصرفاً في ما هو

متعلق حق الغير فلا يجوز، والنهي عن المعاملة يدلّ على الفساد.

وفيه: إن البيع ليس تصرفاً في العين، مع أنه لو كان حراماً لم يكن وجه

لفساده، إذ النهي عن المعاملة لا يدلّ على الفساد، وقد تقدّم تقريب كلا الجوابين.

وأما الجهة الثانية: التزم المحقق النائيني رحمته ^(١) بأنه ملزم على العتق، فلا بدّ إمّا

من لزوم أداء الدّين وفكّ الرهانة على الراهن، وإمّا أن يسعى العبد في فكّ رقبته

بفكّ الرهانة.

واستدلّ له:

١- بأنّ الإجازة إنّما تؤثر فيما يؤثر الردّ فيه، ورَدَ الحُرِّ إلى الرق غير ممكن.

٢- وبأنّ تأثير العتق من الرهن - حيث إنّه مالك للعين - لا إشكال فيه، خصوصاً مع كون العتق مبنياً على التغليب.

ويرد على الأول: أنّ الردّ المقابل للإجازة ردّ العقد لا ردّ نتيجته، فعدم إمكان ردّ الحُرِّ إلى الرق غير عدم إمكان ردّ العتق نفسه.

وبعبارة أخرى: إذا كان العتق مراعى بالإجازة، فلو أجازته يتحقّق وتترتب عليه الحرية، ولو ردّه لا يصير حُرّاً كي يلزم منه رجوعه إلى الرقيّة والعبوديّة. ويرد على الوجه الثاني: أنّ كون العتق مبنياً على التغليب، معناه أنّه لو انتعق مقدّراً من العبد يتعيّن عتق الباقي، لا أنّه لو تعلّق العتق المراعي به يكون ملزماً عليه، فتدبرّ.

وعليه، فالأظهر عدم الفرق بين العتق والبيع في ذلك.

أمّا الجهة الثالثة: فالأظهر عدم الإحتياج إلى الإجازة، إذ الإحتياج إليها إنّما هو لتحقيق الإستناد المتحقّق في المقام بدونها.

وأما الجهة الرابعة: فقد يقال إنّّه لا يجري نزاع الكشف والنقل في مثل فكّ الرهانة وإسقاط المرتهن ونحوهما، من جهة أنّ حقّ المرتهن إذا كان مانعاً عن تأثير العقد، فحكم الفكّ والإسقاط حكم القبض في باب الصّرف والسّلم، لأنّ عدم المانع من أجزاء العلّة، فملكيّة المشتري كما تتوقّف على القبض في البابين، كذلك تتوقّف ملكيّة مشتري العين المرهونة على خروج العين عن كونها مخرجاً للدين، فلا تتحقّق الملكيّة قبل ذلك.

وفيه: إن الكشف بالمعنى الذي ذكرنا في الإجازة أنه غير معقول لا يكون في الفكّ والإسقاط لما ذكرناه، مضافاً إلى أن لازمه خروج العين عن كونها وثيقة، وأما بالمعنى المعقول في الإجازة، فيمكن البناء عليه في المقام أيضاً، والدليل عليه حينئذٍ هو العمومات بالتقريب المتقدم هناك.

ويؤيد ذلك: بل يدلّ عليه، أنه لو باع العين المرهونة غير المالك، ثم بعد فكّ الرهن أجاز المالك ذلك العقد، فإنه لا شبهة في أنه يلتزم بالكشف فيها من يلتزم بالكشف في الإجازة مطلقاً.

وأما الجهة الخامسة: لا كلام في الصحة أنه لو باع غير المالك فأجازة الولي، وأما لو صار بنفسه جائز التصرف فأجاز، فإنه يكون من صغريات ما تقدم في الأمر الأول.

أقول: والكلام في المقام إنما هو فيما لو باع بنفسه:

فإن بنينا على أنه مسلوب العبارة، لا كلام في البطلان، وإلا فلو صار كذلك فأجاز، صحّ البيع، لكونه عقداً أجازة المالك.

ولا يتوهم في المقام عدم الاحتياج إلى الإجازة - كما ذكرناه في بيع المرهون - فإنه يدفعه أن العقد في حال الإنشاء وإن كان مستنداً إلى المالك تكوينياً، إلا أن الشارع الأقدس ألغى هذا الاستناد، فيحتاج إلى الإجازة تحقيقاً للإستناد.



من باع شيئاً ثم ملك

المسألة الثانية: ويدور البحث فيها عن حكم ما لو تجدد الملك بعد العقد، وأجاز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره.

لكن المعنون في كلمات الأصحاب هو الأول، وهو ما لو باع شيئاً ثم ملكه، وهذه تتصور على صور، إلا أن المهم منها اثنتان.

إحدهما: ما لو باع لنفسه ثم اشتراه وأجاز، والأقوال فيها ثلاثة:

القول الأول: البطلان، اختاره صاحب «المقاييس»^(١).

القول الثاني: الصحة مع الإجازة، اختاره المحقق^(٢) والشيخ^(٣) وجمع آخر^(٤).

القول الثالث: الصحة بدون التوقف على الإجازة، نُسب ذلك إلى الشيخ^(٥)،

وفي النسبة ما لا يخفى، فإن منشأها إفتاؤه بصحة بيع النصاب في الزكاة أيضاً إن اغترم حصّة الفقراء، مع أنه يمكن أن يكون ذلك من جهة ذهابه^(٦) إلى أن تعلق الزكاة بالعين من قبيل حقّ الرهانة أو الجناية، ويمكن أيضاً أن يكون للنص الخاص.

وكيف كان، فقد استدللّ الشيخ للصحة - مضافاً إلى العمومات - بالأصل.

وفيه: أنه إن أراد بالأصل أصالة الصحة.

فيرد عليه: أن الأصل في المعاملات هو الفساد.

(١) مقاييس الأنوار: ص ١٣٤.

(٢) المعتمر: ج ٢ / ٥٦٣.

(٣) المبسوط: ج ١ / ٢٠٨.

(٤) منهم الشهيد في الدروس: ج ٣ / ١٩٣، وحكي عن الصميري في مقاييس الأنوار: ص ١٣٤.

(٥) نسبة الشيخ الأنصاري في المكاسب: ج ٣ / ٤٣٦.

وإن أراد به أصالة البراءة.

فيرد عليه: إنّه ﷺ بنى على عدم الرجوع إليها عند الشكّ في جزئية شيء أو شرطيته للأسباب في باب المعاملات - كما تقدّم منه في مقدّمة الكتاب - فلا محالة يكون مراده به القاعدة المستفادة من العمومات، ولكن على المختار لا بأس بالاستدلال به أيضاً، فقضى العمومات والأصل هي الصحة.

وقد استدلّ للبطلان بأمر:

الأمر الأوّل: إنّه قد باع مال الغير لنفسه.

أقول: قد مرّ الإشكال فيه^(١)، وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك من الأجوبة عن ذلك الإشكال.

وأجاب عنه الشيخ ﷺ: بأنّ الأقوى صحّته، وربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك، مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاوضان^(٢).

توضيح المقام: إنّ عمدة الإشكال في تلك المسألة في أمرين:

أحدهما: إنّه بناءً على اعتبار دخول العوض في كيس من خرج عن كيسة العوض وبالعكس، فإنّ الفضولي البائع مال الغير لنفسه غير قاصد لحقيقة المعاوضة والبيع.

الثاني: مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

أمّا الإشكال الأوّل: فلو تمّ ما ذكره جواباً عنه في تلك المسألة - من أنّ

(١) نقله الشيخ الأنصاري في المكاسب: ج ٣ / ٤٣٧، والظاهر أنّه منقول عن صاحب مقابيس الأنوار.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٣٧.

الفضولي إنما يبيع للمالك ويبيي على أنه هو المالك - جرى ذلك في المقام أيضاً. وما أفاده المحقق النائيني^(١) في المقام من: أن مبنى هذا الجواب على أن الغاصب سارق الإضافة، ويرى نفسه المالك، وهذا لا يجري في المقام، لأنه لم يسرق الإضافة، ولم يغصب المال، وعليه فليس له قصد المعاوضة، ثم قال: (إلا أن يقال: إن قصد البيع لنفسه حيث يطمئن بتملك المبيع، فكأنه يرى نفسه صاحب المال بالمشاركة، فيبيع ما يملكه فعلاً بلحاظ ملكه فيما بعد)^(١).

يرد عليه أولاً: إن الجواب المذكور لا يختص ببيع الغاصب، بل هو جار في كل من يبيع مال الغير لنفسه، ولا فرق عليه بين أن يملكه فيما بعد وعدمه. وثانياً: إنه لو لم يكن قاصداً لذلك، لم يفد ما أفاده أخيراً، فإن من يطمئن بأنته سيملك، لا يرى نفسه مالكا بالفعل، فلا يقدر على قصد المعاوضة إلا بالبناء على المالكية، فيرجع إلى ما تقدم.

وأما الإشكال الثاني: فقد أجابوا عنه هناك:

بأنه بعد فرض كون البائع قاصداً للبيع للمالك، وبانياً على أنه هو المالك، فإن الإجازة الصادرة من المالك تتعلق بالأول دون الثاني، فلا يلزم مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان، وهذا الجواب لا يجري في المقام، فإن البائع إنما يبيعه للمالك، وحين الإجازة يميز وقوع العقد لنفسه غير المالك حين العقد، فمن وقع له العقد غير من يميز المميز وقوع العقد له.

فحصل: أن ما أفاده المحقق صاحب «المقاييس» هو الصحيح على هذا المسلك،

ولكن ما ذكرناه هناك في وجه التصحيح، ودفع هذا الإشكال - من أنه لو باع لنفسه، مع عدم البناء على المالكية، فأجازته المالك صحَّ، ووقع للغاصب، ولو باع لنفسه مع البناء عليها، فحيث أن إنشاءه بالمطابقة يدلّ على تملك المعوض، وبالإلتزام يدلّ على المبادلة المذكورة، فيصحّ للمالك إجازة هذا المدلول الإلتزامي فيقع له، كما له إجازة المدلول المطابق فيقع للغاصب - يجري في المقام كما لا يخفى. وعليه، فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه.

الأمر الثاني: إن بيع الفضولي لا بدّ وأن يكون واجداً لجميع ما يعتبر في صحّة البيع سوى الإجازة، بحيث لو لحقته الإجازة صحَّ فعلاً، وحيث أنّ من جملة شرائط صحّة البيع التي باجتماعها يصير البيع صحيحاً بالصحة التأهيلية - ولا ينتظر في ترتب الأثر عليه سوى الإجازة - كون من يراد وقوع البيع له قادراً على التسليم، وإمكان الرضا منه - كما في عقد الفضولي في سائر المقامات - والمقام ليس كذلك فإن من يراد وقوع البيع له هو الفضولي، وهو حين العقد غير واجدٍ للقدرة المؤثّرة في النقل - أي قدرة من بيده أمر المال وكذلك رضاه - فهذا البيع الفضولي غير صحيح بالصحة التأهيلية، فلا يمكن تصحيحه بالإجازة، وهذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه هذا الأمر.

الجواب: إن المراد من اعتبار الرضا في المالك :

١ - إن كان هو اعتبار رضا من يلتزم بالمعاملة، ويصير مخاطباً بمخاطب «أوفوا»

ففي المقام موجود، فإن حال الإجازة هو حال إنفاذ المعاملة.

٢ - وإن كان المراد منه اعتبار رضا المالك في حال العقد.

فيرد عليه: إنه غير معتبر قطعاً، لأنه في أغلب موارد بيع الفضولي لا يكون ذلك موجوداً إما للكراهة أو للغفلة أو لغيرهما، ولم يتوهم أحدُ فساد المعاملة من هذه الناحية، وعلى أيّ تقدير لا دليل عليه.

٣- وإن كان المراد منه اعتبار رضا من هو مالكُ حال العقد، فهو أول الدعوى، ولا دليل عليه.

وأما القدرة على التسليم: فظاهر كلام الشيخ رحمته تسليم اعتبار قدرة المالك حال العقد^(١)، وهو أيضاً لا دليل عليه، بل الدليل من القاعدة وغيرها إنما يقتضي اعتبار قدرة من هو ملتزمٌ بالمعاملة، وتنتسب هي إليه، وحيث أنّ حال الإجازة حال الإلتزام بها وإنفاذها، والمفروض وجودها حينها، فلا حالة منتظرة لصحة البيع. ولو سلّم اعتبار قدرة المالك حال العقد، فيردّه الشيخ رحمته بأنّ الكلام بعد فرض استجماع العقد لجميع الشرائط^(٢).

الأمر الثالث: أنّ الإجازة كاشفةٌ في موارد صحّتها، لكن الإلتزام به في المقام مستلزمٌ لخروج المال عن ملك بائعه قبل الدخول في ملكه.

وأجاب عنه الشيخ رحمته بما حاصله: إنّنا نلتزم في المقام بخروج المال عن ملك المميز من أول أزمته قابليته، لأنّه لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الإجازة كاشفة من زمان قابليته تأثيرها، وعليه فإذا صدر العقد ورضي المالك الفعلي به وأجازه وقع البيع له، ولازمه خروج المال عن ملكه من أول أزمته قابليته للتأثير^(٣).

أقول: إنّ الذي يلوح من صدر كلامه، ويصرّح به في آخره أنّه رحمته ظنّ أنّ صاحب «المقاييس» مسلّم بوجود المقتضي للصحة، وإنّما كلامه ومناقشته في

وجود المانع، ولذلك أجاب عنه بأن المانع إنما يمنع عن التأثير في الملكية من حين العقد، ولا يمنع عن التأثير في الملكية بعد حصول الملك للبائع.

هذا، ولكن الظاهر من كلامه رحمته أنه يرى عدم وجود مقتضى للصحة. وحاصل ما أفاده: أن دليل صحة بيع الفضولي والقول بالكشف دليل واحد، وهو أن العقد إنما هو نقل من حينه، والإجازة تتعلق بهذا، والإمضاء الشرعي متعلق بذلك أيضاً، وحينئذ في المقام لا يمكن شمول العمومات وأدلة الإمضاء للعقد، فلا مقتضى للصحة؛ لأنه:

إن التزامنا بشمولها له، وصورته ملكاً للمشتري من حين العقد، لزم منه خروج الملك عن ملكه قبل دخوله فيه.

وإن التزامنا بشمولها له والانتقال إليه من بعد صورته مالكاً، لزم منه الإلتزام بالتبعض في مضمون العقد، مع أنه أمر واحد، والتزام فارد، متعلق بنقل المال من حينه إلى الأبد، ولا يتعدّد بتعدّد الزمان، كي يقال بتعلق الإمضاء ببعضه دون بعض، بل هو أمر واحد إما يميّزه الشارع من الأوّل أو لا يميّزه، فلا يقع إلى الأبد.

نعم، في باب الصّرف والسّلم قام الدليل الخاص على حصول النقل والانتقال من بعد القبض، ومثل هذا الدليل مفقود في المقام، فعلى هذا المسلك في الكشف لا مناص عن البناء على البطلان في المقام.

نعم، بناءً على ما سلكه الشيخ رحمته من أن العقد لا يكون مفاده سوى التملك، والإجازة متعلّقة بذلك، والإمضاء متعلق به أيضاً، ولم يؤخذ الزمان فيه أبداً، وإنما

يبني على الكشف للنصوص الخاصة، صحَّ البناء على الصحَّة في المقام للعمومات. كما أنه بناءً على ما اخترناه في الكشف، من الإلتزام بالكشف الانقلابي بالنحو المعقول كما تقدّم لا يلزم ذلك، إذ المال من حين العقد إلى شراء البائع وانتقاله إليه مِلْكٌ لمالكة الأوّل، ومن ذاك الوقت إلى زمان الإجازة مِلْكٌ للمجيز، وبعد الإجازة يعتبر ملكية المشتري الأوّل من حين العقد، فالخروج إنما يكون من حين الإجازة، فلا يلزم الخروج قبل الدخول، وأمّا الخارج فهو القطعة ما بعد الدخول، لأنّه مقتضى شمول العمومات وخطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

الأمر الرابع: إنّ صحّة العقد الأوّل تتوقّف على صحّة العقد الثاني كي يصبح المال ملكاً للمجيز فيجيز، وصحّة العقد الثاني تستلزم ملكية المالك الأصلي، قبل العقد الثاني، فعلى الكشف يلزم اجتماع المالكين - أي المشتري الأوّل والمالك الأصلي - قبل العقد الثاني وبعد الأوّل على مالٍ واحد في زمان واحد، وهو من اجتماع الضدّين، ويلزمه اجتماع النقيضين، إذ لازم وجود أحد الضدّين عدم الآخر. أقول: والجواب عن ذلك بعد الإلتزام بالكشف من حين العقد الثاني واضح، إنّما الكلام في المقام في الإشكال العام الذي أوردوه على القول بالكشف - ونذكره في المقام لمناسبة غير خفية - وهو:

إنّ صحّة الإجازة تتوقّف على كون المجيز مالِكاً، لأنّ إجازة غير المالك كالعدم، والمفروض أنّها توجب ملكية المشتري قبلها، فيلزم بعد العقد وقبل الإجازة اجتماع مالِكين على مالٍ واحد.

والشيخ عليه السلام يُسَلِّمُ الإشكال على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخّر.

أقول: الحق أن يقال في الجواب عن ذلك إنه لم يدل دليل على لزوم اتصال ملك المميز بزمان الإجازة بما هي إجازة، بل اللازم هو اتصال الملك بزمان التصرف الناقل، مع كون زمام ذلك بيد المميز كي يكون النقل عن ملكه بإجازته وإمضائه، وعليه ففي المقام بما أن زمان التصرف الناقل هو زمان العقد على الكشف، فالمعتبر اعتبار اتصال ملكيته بذلك الزمان، وهو متحقق على الفرض.

هذا على الكشف بالمعنى المشهور.

وأما على الكشف المختار: فالإشكال غير وارد أصلاً لفرض اتصال ملكيته بالإجازة، كما لا يخفى، مع أنه يمكن أن يقال بكفاية كونه ملكاً له إن لم يجز، وإن لزم من الإجازة كونه ملكاً لغيره، ونظيرها في ذلك الإقرار على ما في اليد بأنه للغير، فإنه لولا الإقرار على أن ما في يده للغير يكون له، وإن كان بالإقرار يكون لغيره.

أقول: والظاهر أن هذا مراد صاحب «المقاييس» من قوله: (يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً)^(١)، ولذلك لا يرد عليه ما أفاده الشيخ رحمته بأن المالك الظاهري إنما تجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكاً حين الإجازة^(٢).

الأمر الخامس: أن الإجازة لما كشفت عن صحة العقد الأول، لزم منه كون المال حين العقد الثاني ملكاً للمشتري الأول، فصحة الثاني تتوقف على إجازته، وهي تتوقف على صحة الأول المتوقفة على إجازة المشتري الثاني، وحيث أن إجازته تتوقف على صحة الثاني المتوقفة على إجازة المشتري الأول، يلزم منه توقف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر، وأيضاً يلزم توقف صحة كل من

(١) مقابس الأنوار: ص ١٣٤.

(٢) المكاسب: ج ٣/ ٤٤٢.

العقدين على إجازة المشتري غير الفضولي، وهو محال، لأن لازمه عدم تملك المالك الأصيل شيئاً من الثمن والمثمن، وتملك المشتري الأول المبيع بلا عوض! أما عدم تملكه المثمن: فلغرض انتقاله عنه بالبيع.

وأما عدم تملكه الثمن: فلأن العقد الأول ينتقل ثمنه إلى المالك الثاني، والثمن في العقد الثاني ينتقل إلى المشتري الأول لوقوعه في ملكه، فيلزم انتقال المثمن والثمن في العقد الثاني إلى المشتري الأول.

أما كون اللازم الأول محالاً: فلأن حقيقة البيع هي المعاوضة، ومقتضاها تملك الثمن على تقدير البيع، وتملك المثمن على تقدير عدم البيع، فعدم تملك شيء منها مستلزم لإرتفاع التقيضين.

وأما كون الثاني محالاً: فلأن مقتضى المعاوضة أن يتملك المشتري بعوضٍ بعينه، ولا يعقل تحققهما وتحالف مقتضاها عنها.

وأجاب الشيخ رحمته عن هذا الإيراد: بأنه يرد على القول بالكشف من حين العقد، ولو التزمنا بالكشف من حين العقد الثاني، فلا يلزم محذور أصلاً^(۱).

وأجاب السيد المحشي رحمته: عن لزوم توقف كل من الإجازتين على الأخرى، وصحة العقد الثاني على إجازة المشتري الأول: بأن بيع مال الغير إنما يكون موقوفاً على إجازته إذا كان ذلك المال ماله، مع قطع النظر عن هذا البيع، وفي المقام إنما تحدث الملكية من الأول بشرط هذا البيع والإجازة، ومثل هذا لا يعقل أن يكون موقوفاً على الإجازة، فصحة العقد الثاني، وإجازة المشتري الثاني، لا تتوقفان على

إجازة المشتري الأول^(١).

وفيه: إن جميع ما ذكر دليلاً على توقف صحة البيع الواقع على مال الغير على إجازته يدل على توقفها عليها في المقام.

فالحق أن يقال: إن هذا المحذور إنما يلزم على القول بالكشف المشهور، وأما على الكشف المختار:

فإن بنينا على الكشف من حين العقد الثاني - كما مر - فالأمر واضح. وأما إن قلنا بكشفها عن الملكية من حين العقد الأول، فحيث أن العقد الثاني واقع في ملك الأصلي، فيصح بلا توقف على شيء وينتقل ثمنه إليه، فإذا أجاز المشتري العقد الأول الذي أوقعه فضولاً، لزم منه اعتبار الملكية من حين العقد الأول بنحو النقل في الملكية، والكشف في المملوك، وهذا لا يلزم الكشف عن وقوع العقد الثاني في ملك المالك بالفعل، فإن هذا الاعتبار وارد على العقد، فتدبر فإنه دقيق.

الأمر السادس: أن العقد الأول إنما يصح بالإجازة، ومن شرائطها عدم مسبقيتها بالرد، والعقد الثاني يستلزم الرد، فإنه لا يجمع العقد الثاني صحة الأول المقتضية لتملك المالك الثمن الأول، فلا محالة يكون الثاني فسخاً للأول، وإن لم يعلم بوقوعه، وعليه فلا تجدي الإجازة المتأخرة.

وأجاب عنه الشيخ رحمته: بأن الرد والفسخ:

تارة: يكون بإنشائه قولاً أو فعلاً.

وأخرى: يكون بفعل ما يفوت محلّ الإجازة، وهذا على قسمين:

أحدهما: ما يفوت محلّها، فيترتب عليه انحلال العقد رأساً.

ثانيهما: ما يفوت محلّها بالنسبة إلى الفاعل، ممّا لا يمنع من بقاء العقد بالإضافة

إلى غيره.

وفي المقام بما أنه لم ينشأ الرد - كما هو المفروض - والبيع ليس كالتق موجباً لعدم بقاء المحلّ رأساً كي ينحلّ العقد رأساً، بل هو موجب لفوت محلّها بالإضافة إلى المالك لخروج المال عن ملكه، وأمّا الفضولي الذي اشتراه فحلّ الإجازة بالإضافة إليه باقٍ، فلا مانع من شمول أدلّة النفوذ له، ولا يقاس ذلك بتصرف ذي الخيار من جهة أنه ينحلّ هناك العقد بمجرد فعل ما ينافيه، فإنّه هناك لو لم ينحلّ العقد لم يجز التصرف، لعدم كونه ملكه، وهذا بخلاف المقام كما هو واضح^(١).

وما أفاده المحقق النائيني رحمته: من أنه إذا كان فعل مفوّتاً محلّ الإجازة بالإضافة إلى المتصرف، كان مفوّتاً محلّها بالإضافة إلى غيره أيضاً، إذ البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة مع اعتبار تعلق الإضافة بشخص خاص، فمن كان مالكاً حين العقد من جهة فوت محلّ الإجازة بالإضافة إليه ليس له الإجازة، والفضولي الذي اشترى المال لم يكن أحد طرفي الإجازة، فليس له ذلك أيضاً كما ليس له الرد^(٢).
يرد عليه: أنّ مال هذا إلى أنه لا تطابق بين ما وقع عليه العقد وما تعلقت به الإجازة.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٤٤ - ٤٤٦.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٢٦٨.

أقول: هذا هو الإشكال الثاني، والجواب عنه قد تقدّم، والكلام في المقام في هذا المحذور المذكور من حيث هو.

وما أورده المحقق الإيرواني رحمته الله عليه: بأن البيع لشيء إنشاء لردّ كل عقدٍ وقع عليه على سبيل الإجمال، وإن لم يلتفت إلى العقد ولم يعلم به، فكلّ فعلٍ للمنافي، فهو إنشاء للرد، فلا وجه للتفصيل بين إنشاء الرد وفعل ما ينافيه ^(١).

يمكن دفعه: بأن إنشاء الرد إنما هو كسائر الإنشئات متقومٌ بالقصد وبدونه لا يتحقق، وعليه فما أفاده الشيخ رحمته الله متين.

نعم، ما ذكره أخيراً في وجه كون الفعل المنافي موجباً لإفساخ العقد في البيع الخياري، يمكن أن يورد عليه بأنه إذا لم يكن الفعل في نفسه مستلزماً لإنشاء الرد، لم يرد إلا بذلك، لأنّه لا محذور في الإلتزام بوقوعه في ملك الغير، وأصالة الصحة في الفعل لا تصلح لإثبات تحقق قصد الرد، فتدبر.

مضافاً إلى أنّه قد تقدّم عدم قرح الرد في تأثير الإجازة.

الأمر السابع: النصوص الخاصّة، وهي طائفتان:

الطائفة الأولى: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صلّى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك ^(٢)، وقد تقدّم في أوائل بيع الفضولي أنّها بحسب السند لا كلام فيها.

وتقريب دلالتها: أنّها تدلّ على فساد البيع المذكور مطلقاً بالنسبة إلى المالك والمخاطب، أو بالنسبة إلى خصوص المخاطب. كما أنّها بإطلاقها تدلّ على عدم وقوع البيع للبايع ولو صار ملكاً له لاحقاً وأجاز، بل الظاهر منها إرادة حكم

(١) حاشية الأيرواني: ج ١ / ١٣٧.

(٢) لاحظ وسائل الشريعة: ج ١٢ / ٣٧٤ - ٣٧٥. أبواب أحكام العقود ب ٧ وب ٨.

خصوص صورة تملكه بعد البيع، وإلا فعدم وقوعه له قبل تملكه لا يحتاج إلى البيان. وأجاب عنها الشيخ عليه السلام: بأنها تدلّ على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع على هذا البيع، وهذا لا ينافي ترتب الأثر عليه إذا لحقه الإجازة^(١). وفيه: إن مقتضى إطلاقها عدم ترتب الأثر عليه حتى وإن أجاز. أقول: أجابوا عنها بأجوبة أخرى أحسنها جوابان، وقد تقدّم في أدلّة بطلان بيع الفضولي من هذا الجزء:

أحدهما: أن الظاهر البدوي من النبويّ، هو النهي عن بيع ما ليس حاضراً عنده، سواء كان مملوكاً له أم لا، وسواء قدر على تسليمه أم لا، كلياً كان أو شخصياً، وحيث أنه لا يمكن الإلتزام به تعيّن حمله: إمّا على النهي عن بيع ما ليس مملوكاً له. أو على النهي عن بيع ما لا يقدر على تسليمه. وإن لم يكن الثاني أقرب، فإنّه لا كلام في عدم أقربيّة الأوّل. الطائفة الثانية: النصوص الخاصّة:

منها: صحيح يحيى بن الحجّاج، عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا؟ قال عليه السلام: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»^(٢). ومنها: خبر خالد بن الحجّاج، عنه عليه السلام: «عن الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٤٩.

(٢) الكافي: ج ٥ / ١٩٨ ح ٦٠٦، وسائل الشيعة: ج ١٨ / ٥٢ أبواب أحكام العقود ب ٨١٣ (٢٣١٢٣).

الثوب وأربحك كذا وكذا؟

قال عليه السلام: أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟ قلت: بلى.

قال عليه السلام: لا بأس به إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام»^(١).

ومنها: صحيح محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: «عن رجل أتاه رجل فقال:

ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقدٍ أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله؟

قال عليه السلام: ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعدما يملكه»^(٢).

ومنها: صحيح منصور، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أمر رجلاً يشتري له

متاعاً فيشتريه منه؟

قال عليه السلام: لا بأس بذلك إنما البيع بعدما يشتريه»^(٣).

ومنها: صحيح معاوية: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل يطلب منّي بيع

الحرير، وليس عندي منه شيء، فيقاولني عليه وأقاوله في الربح والأجل حتّى

نجتمع على شيء، ثمّ أذهب فأشتري له الحرير فادعوه؟

فقال عليه السلام: رأيت إن وجد بيعاً هو أحبّ إليه ممّا عندك يستطيع أن ينصرف إليه

ويدعك، أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف إليه وتدعه؟ قلت: نعم، قال:

فلا بأس»^(٤).

أقول: والشيخ رحمته أجاب عنها أولاً بما حاصله:

(١) الكافي: ج ٥ / ٢٠١ ح ٦.

(٢) التهذيب: ج ٧ / ٥١ ح ٢٠، وسائل الشيعة: ج ١٨ / ٥١ أبواب أحكام العقود ب ح ٨ (٢٣١١٨).

(٣) التهذيب: ج ٧ / ٥٠ ح ١٨، وسائل الشيعة: ج ١٨ / ٥٠ أبواب أحكام العقود ب ح ٦ (٢٣١١٦).

(٤) الكافي: ج ٥ / ٢٠٠ ح ٥، وسائل الشيعة: ج ١٢ / ٣٧٧ أبواب أحكام العقود ب ح ٧ (٢٣١١٧).

إنّما تدلّ على المنع عن الإلزام والإلتزام من المتبايعين بآثار البيع قبل الإشتراء، فكذا بعده من دون حاجة إلى الإجازة، وهذا لا ينافي الصّحة مع الإجازة^(١).
ثمّ رجع عن ذلك، والتزم بدلا لثها على الفساد، من جهة أنّ عدم ترتّب الأثر المقصود على عقد إلاّ مع انضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض والإجازة لا يقتضي النهي عنه بقول مطلق، بل لا بدّ من النهي عنه مقيداً بتجرّده عن ذلك القيد، فإطلاق النهي يقتضي الفساد حتّى مع الإجازة^(٢).

والحقّ في المقام أنّ يقال: إنّ الصحاح الثلاثة الأخيرة ظاهرة في إرادة بيع الكليّ، وتدلّ على أنّه لا يجوز بيع الكليّ في الذمّة ثمّ اشتراء بعض أفراده وتسليمه إلى المشتري الأوّل، وقد اتّفق النّص والفتوى - خلافاً للعامة - على جواز ذلك، فيتعيّن حملها على التقيّة - كما يظهر من بعض النصوص المجوّزة - أو الكراهة. وما ذكره الشيخ رحمته: من أنّ الحكم في موردها وإن كان يحمل على التقيّة، إلاّ أنّ ذلك لا ينافي الأخذ بمقتضى عموم مفهوم التعليل، وهو يقتضي البطلان في بيع الشخصي^(٣).

يرد عليه: أنّ عموم التعليل لا يقبل التبعيض، بأن يُحمل على التقيّة أو الكراهة في بعض مواردّه وهو الكليّ، والأخذ بظاهره في مورده الآخر، لا سيّما وأنّ مورد وروده الكليّ، إذ بقاءه في غير مورد الأخبار وإلقائه في موردها بعيدٌ جداً. وبالجملة: فهذه النصوص ساقطة.

وأما خبر خالد بن الحجاج: فقد مرّ الكلام فيه في مبحث المعاطاة^(٤)، وعرفت أنّه قاصرٌ سنداً ودلالة.

(١) و٢ و٣) المكاسب: ج ٣/ ٤٤٩ و ٤٥٢ و ٤٥٣.

(٤) فقه الصادق: ج ٢٢ / ٣٤٣.

أما الأول: فلدوران الراوي بين ابن محتج وابن الحجاج، والأول مجهول.
وأما الثاني: فلأنّ الظاهر منه ثبوت البأس في صورة إلزام المواعد بقبول
السلعة، ووجهه عدم تحقّق البيع في مفروض السؤال، ويكون قوله بالتلّك: «إنّما يحلّل
الكلام ويحرّم الكلام» بياناً لذلك، لأنّ المراد بالكلام الإلتزام البيعي، والمراد
بالمحلّية والمحرمية المنسوبة إليه، محلّية الإيجاب للمبيع على المشتري، والتمن على
البائع، ومحرمية المبيع على البائع والتمن على المشتري، وتام الكلام في محله.
وأما صحيح يحيى: فالظاهر منه عدم لزوم البيع قبل الإشتراء.

توضيح ذلك: إنّ إيجاب البيع عبارة عن إقراره وإثباته على الوجه الذي لا يبقى
مجال لحّله وفسخه من الطرفين، بنحو يكون الإشتراء مقدّمة للوفاء لا لتتميم
المعاملة قبل استيجابها - أي جعل البيع لازماً على نفسه - أو الإشتراء - أي التملّك
المجامع من الخيار - والنهي عنه إرشاداً إلى عدم تحقّقه، فيدلّ على عدم لزوم البيع
قبل أن يملك، وهذا ممّا لا كلام فيه.

فتحصّل: أنّ شيئاً ممّا استدلّ به على الفساد لا يدلّ عليه.



صور بیع من باع شیئاً ثمّ ملک

قال المصنّف رحمته اللہ علیہ في محكي «التذكرة»: (لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ويمضي ليشترها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد ولا نعلم فيه خلافاً؛ لقول النبي صلی اللہ علیہ وسلم: «لا تبع ما ليس عندك»، ولاشتاها على الغرر، فإنّ صاحبها قد لا يبيعها، وهو غير مالك لها، ولا قادرٍ على تسليمها)^(۱)، انتهى.

قال الشيخ رحمته اللہ علیہ: (إنّ الواجب على كلّ تقدير هو الإقتصار على مورد الروايات، وهو مالو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقّب لإجازة المالك، ولا لإجازة البائع إذا صار مالكاً، وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمته اللہ علیہ في «التذكرة» نافياً للخلاف في فساده)^(۲)، انتهى.

أقول: وتنقيح القول في المقام: أنّ البائع:

تارة: قد يبيع لنفسه.

وأخرى: قد يبيع لمالكة.

وثالثة: قد يبيع للأجنبي.

أمّا الصورة الأولى:

فتارة: يبيع منجزاً، بحيث يرى نفسه ملزماً في ذلك، فيشتري المبيع من مالكة

مقدّمةً للوفاء بعقده.

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۱ / ۴۵۵.

(۲) المكاسب: ج ۳ / ۴۵۴.

وأخرى: يبيع على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة.

وثالثة: يبيع على أن يكون اللزوم موقوفاً على التملك.

دعوى الشيخ رحمته: أن المتيقن من النصوص هو الفرض الأول، وأن الأخيرين

باقيان تحت العمومات المقتضية للصحة، واستظهر من تعليل العلامة رحمته للفساد - بالغرر، وعدم القدرة على التسليم - أن ما هو مفتى به عند الأصحاب هو هذا الفرض ^(١).

وأورد عليه المحقق النائيني رحمته: بما حاصله يرجع إلى أمرين:

أحدهما: أن الأخبار مطلقة، والمراد من التعليق:

إن كان هو التعليق البنائي، فقد تقدم أن البناء القلبي لا يؤثر في الصحة

والفساد في باب المعاملات.

وإن كان هو التعليق في المنشأ فقد أجمعوا على بطلانه.

ثانيهما: أنه ليس لتعليق اللزوم على التملك معنى محصل في المقام، لأنه عبارة

عن جعل الخيار، وهو إنما يكون مقابلاً للإلتزام العقدي من المالك، وليس العقد

منسوباً إلى البائع في المقام، والإسم المصدرى غير الحاصل لا معنى لجعل الخيار فيه ^(٢).

أقول: ولكن ظاهر الشيخ رحمته اختيار الشق الأول، ويدعي أن مقتضى

العمومات هي الصحة مع الإجازة في جميع الفروض، غاية الأمر في الفرض الأول

- وهو البيع المنجز والملزَم عرفاً - ورد النهي عنه بالخصوص، وحيث أنه إرشادٌ

إلى الفساد فيدل على فساده.

(١) المكاسب: ج ٣/ ٤٥٥-٤٥٦.

(٢) منية الطالب: ج ١/ ٢٧٠-٢٧١.

وجه استظهاره: أن متعلق النهي في بعضها مواجهة البيع وإقراره المساوق لكونه منجزاً، وقوله عليه السلام: «إنما البيع بعدما يملكه» في بعضها الآخر ظاهرٌ في ذلك؛ فإنّ البيع ظاهرٌ في التملك بالحمل الشائع المساوق للمنجز، إذ مع عدم الملكية لا تملك بالفعل لإتحاد الوجود والإيجاد.

أقول: وبهذا يندفع كلا الإيرادين:

أما الأول: فواضح.

وأما الثاني: فلأنّ المراد باللزوم المعلق على التملك، ليس هو لزوم العقد شرعاً، بل لزومه عرفاً، وله عليه السلام اختيار الشقّ الثاني.

ودعوى الإجماع على مبطلية التعليق.

مندفعة: بأنها تتمّ في غير القيود التي تكون صحة العقد متوقّفة عليها، فراجع

ما ذكرناه^(١).

وأيضاً: أورد المحقّق الإيرواني عليه السلام ما استظهره من تعليل العلامة عليه السلام، بأنّ: (الشراء مترقّباً أو غير مترقّب لا أثر له في رفع الغرر وحصوله، ولا في القدرة وعدمها؛ فإنّ توطين النفس على رفع اليد عن البيع عند عدم الإجازة، كتوطين النفس على الإلتزام بالمبيع المجهول على أيّ وجه كان في عدم رفعه للغرر)^(٢).

وفيه: إنّ البيع مترقّباً للإجازة يوجب القطع بعدم الإنتقال عن ملكه ما لم يدخل بدله في ملكه، بخلاف ما إذا كان البيع منجزاً، فلا غرر في الأول، كما أنّ البائع بعد تملكه يكون شرعاً قادراً على تسليمه.

(١) في الصفحة السابقة.

(٢) حاشية الإيرواني: ج ١ / ١٣٨.

فحصل: أنّ ما ذكره الشيخ رحمته تامّ، وإن كان ما أفاده من الفساد في الفرض الأول حتى مع الإجازة بعد التملك غير تامّ، كما تقدّم.

وأما الصورة الثانية: فقد ذهب الشيخ رحمته إلى أنّها غير مشمولة لنصوص المنع، وهو كذلك، ثمّ أورد على الحكم بالصحة فيها من جهة أنّ الإجازة لا متعلّق لها، لأنّ العقد كان إنشاءً للبيع عن المالك الأصلي، ولا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه.

فأجاب عنه: بأنّه يمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الإشكال في عكس المسألة، بأن يكون البيع للمالك بما أنّه مالك بنحو تكون الحيثيّة تقيديّة لا تعليليّة^(١).

أقول: لكن يمكن أن يورد عليه بأنّه في عكس المسألة على مبنى الشيخ رحمته - من أنّ حقيقة البيع هي المعاوضة - لا يتصور بيع الغاصب لنفسه إلا بإيقاع البيع للمالك بما أنّه مالك، وأدعاء أنّه المالك، فلذا التزموا بذلك، وأمّا في المسألة فيمكن قصد كلّ من شخص المالك وذاته وعنوان المالك، وكلّ منهما يجتمع مع قصد المبادلة، فوقوع البيع للمالك بعد الشراء وإجازته يتوقّف على إثبات كون البيع لعنوان المالك، وحيث لا سبيل إليه، فلا وجه للحكم بالصحة.

وأما بناءً على ما ذكرناه من أنّ البيع ليس معاوضة، بل حقيقته الإعطاء لا مجتأناً، فيمكن تصحيح هذه المعاملة للمالك الأول بإجازة المالك الثاني، وتصحيحها للثاني بالتقريب الذي ذكرناه في عكسها، فراجع^(٢).

وأما الصورة الثالثة: ففيها فرضان:

(١) المكاسب: ج ٣/ ٤٥٦.

(٢) الصفحة السابقة.

الأول: أن يكون ذلك الغير موكلاً إياه في هذا البيع أو تحت ولايته.
الثاني: أن يكون أجنبياً عنه.

أما الفرض الأول: فالظاهر - كما قيل - اتحاده مع الصورة الأولى من حيث الحكم والمدرک، إذ البيع للنفس ثم الإشتراء أعم من البيع بالمباشرة أو بالتسبيب. أقول: ولكن الإنصاف أن دعوى اختصاص نصوص المنع بالأولى، وعدم شمولها لهذا المورد قريبة جداً، فحكم الفرضين واحد، وهو أنه لو باع له بانياً على مال كيته على تقدير كون البيع معاوضة حقيقة أو بدونه - على تقدير عدمه - فإن أجاز المالك صحَّ للمالك على الأول، ولذلك الغير على الثاني، وإن ملكه الثالث فأجاز صحَّ له، وإن ملكه البائع فأجاز صحَّ له على التقدير الأول، وللبيع على الثاني.

حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه

الثانية: ويدور البحث فيها عما لو لم يجز المالك على تقدير تملكه .

قال الشيخ عليه السلام: (الظاهر بطلان البيع الأول)^(١)، وقد استدلل له:

١ - بالأخبار المتقدمة، بدعوى شمولها لهذه المسألة يقيناً.

٢ - وبما دلَّ على اعتبار طيب النفس في صحَّة التجارة، وترتب آثارهما، إذ

المفروض أن المالك بعدما صار مالكاً لم يرض بكون ماله للمشتري الأول، والتزامه القبلي لم يكن إلا التزاماً بكون مال غيره له.

ولكن يرد عليه: أن ما ذكره من شمول الأخبار لهذه المسألة يقيناً، من غير أن

يفصل بين كون البيع منجزاً أم معلقاً على تملك البائع أو إجازته، ينافي ما ذكره قبل

أسطر من دعوى اختصاصها بالفرض الأول.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ مَفْرُوضَ كَلَامِهِ فِي الْمَقَامِ هُوَ الْبَيْعُ مَنْجِزاً.

أقول: والصحيح أن يستدل له بأنه مع عدم الإجازة لا دليل على صحته، لأنّ العمومات مختصة بالبيع المستند إلى المالك، وفي المقام لا يكون مستنداً إليه، إذ المراد من الاستناد إلى المالك ليس قيام الإنشاء به، بل المراد إضافة البيع إلى المالك بما هو مالك، وهذا العقد قبل التملك لم يكن مضافاً إليه لعدم التملك، وبعده لا يستند إليه لعدم الإجازة.

وبعبارة أخرى: الإضافة إلى المالك أمرٌ قصدي لا قهري، فكيف يلتزم بها بمجرد التملك.

أقول: قد استدل لعدم الحاجة إلى الإجازة:

١- بما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود^(١).

٢- وما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط^(٢).

بتقريب: أنّ العقد صادرٌ من هذا الشخص، والمانع عن لزوم الوفاء به قبل التملك هو كون المبيع مال الغير، إذ لا معنى للوفاء بالالتزام بمال الغير، وبعد زوال المانع وصورته ملكاً له، لا مانع من توجّه الأمر بالوفاء إليه.

وأجاب عنه الشيخ رحمه الله بجوابين:

الجواب الأول: إنّ دليل الوفاء قبل الملك لم يكن شاملاً له، فيستصحب ذلك

(١) سورة العائدة: الآية ١.

(٢) الكافي: ج ٥ / ٤٠٤ ح ٨، وسائل الشيعة: ج ١٥ / ٣٠ كتاب النكاح أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤ (٢٧٠٨١).

بعده، والمقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع إلى حكم العام^(١). وفيه: إنَّ عدم شمول العام له بالتقريب الذي ذكرناه، لم يكن من جهة خروج بعض الأفراد في بعض الأزمان بدليلٍ مخصَّص كي يقال إنَّه من موارد استصحاب حكم الخاص بعد ذلك الزمان، بل كان من جهة عدم تمامية موضوع العام في نفسه، إذ لا وفاء للإلتزام بمال الغير، فالبائع قبل التملك غير داخلٍ في موضوع العام، فيكون نظير من لم يكن مشمولاً لدليل وجوب إكرام العالم لعدم كونه عالماً، ثم صار كذلك، فهل يتوهم فيه كونه مورداً لإستصحاب عدم وجوب الإكرام؟! مع أنه لو سلّم كونه مشمولاً لدليل العام في نفسه، وخروجه بدليل مخصَّص، بما أنه يتكون خارجاً عنه من الأوّل لا من الوسط، لا يكون مورداً لإستصحاب حكم الخاص، هذا مضافاً إلى ذلك كلّ ما حققناه في محلّه^(٢) من كون المرجع عموم العام في جميع الموارد، لا استصحاب حكم الخاص، وقام الكلام في محلّه.

الجواب الثاني: معارضة العموم المذكور بعموم ما دلّ على سلطنة الناس على أموالهم، وعدم حلّها لغيرهم إلا عن طيب النفس.

وقد يورد عليه: بأنّ هذا يتمّ لو قلنا بدخوله في ملكه وخروجه عن ملكه من دون رضاه، وأمّا إذا قلنا بدخوله في ملك المشتري الأوّل بمجرد اشتراء البائع - من جهة أنّ البيع الأوّل مقتض لدخول المال في ملك المشتري، وكونه ملكاً للغير مانع، فإذا زال المانع أثر المقتضي أثره - فلا يدخل في ملكه بخروجه عن ملك مالكة الأصلي، فتأمل.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٥٨.

(٢) زبدة الأصول (ط.ق): ج ٤ / ١٥١.

فالصحيح أن يُجاب عنه: بأنَّ العقد قبل التملك غير مستندٍ إلى المالك الفعلي،
وبعده لا إجازة منه كي يستند إليه، ومع عدم الاستناد لا يكون مشمولاً للعمومات،
وعليه فالأظهر عدم الصحة ما لم يميز.



لو باع معتقداً كونه غير جائز التصرف

المسألة الثالثة: ويدور البحث فيها عما لو باع معتقداً كونه غير جائز التصرف، فبان أنه جاز التصرف.

أقول: إن عدم جواز التصرف المنكشف خلافه:

إما لعدم الولاية، أو لعدم الملك.

وعلى كلّ منها: إما أن يبيع عن المالك، أو عن نفسه، فالصور أربع:

لو باع عن المالك فانكشف كونه ولياً

الصورة الأولى: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف أنه كان ولياً.

أقول: اختار الشيخ رحمته في هذه الصورة صحة البيع، وعدم توقّفها على الإجازة^(١)، وتبعه غيره^(٢)، والوجه في ذلك أن المفروض كونه ولياً، فلا يكون فضولياً، وسائر الشرائط من قبيل المصلحة موجودة، وعليه فالعقد يكون حينئذٍ صادراً من أهله وواقعاً في محلّه، فيشملة أدلّة النفوذ وإن لم يكن البائع عالماً به. ودعوى: أن العلم بالولاية جزء الموضوع.

مندفعة: يكون ذلك خلاف ظاهر الأدلّة، من جهة أن الأحكام تدور مدار

موضوعاتها واقعاً، وإناطتها بالعلم تحتاج إلى دليل مفقود.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٥٩.

(٢) كالإيرواني في حاشيته: ج ١ / ١٣٩، والهمداني في حاشيته: ص ٢٣٦، والإصفهاني في حاشيته: ج ٢ / ٢٤٠.

والثانيني في منية الطالب: ج ١ / ٢٧٢ - ٢٧٣.

وأورد السيّد عليه: بأنّ العقد وإن صدر عمّن كان نافذ التصرف، إلا أنّ المفروض عدم علمه بذلك، فعمله لو كان عالماً بأنته ولياً ما كان راضياً بهذا البيع الخاص، ومجرد موافقته للمصلحة لا يوجب لزومه على الولي، إذ يمكن أن يكون هناك فرد آخر من البيع مثله في الصلاح، فيكون الاختيار في التعيين إليه، فلا فرق بين هذه الصورة وبين ما لو بان كونه مالكا^(١).

وبالجملة: يعتبر القصد إلى النقل والرضا به بعنوان أنته مال المولى عليه، والمفروض عدمه في الفرض.

وفيه: إنّ الدليل إنّما دلّ على نفوذ تصرفات الولي في مال المولى عليه بما فيه صلاحه، ولم يدلّ دليل على لزوم قصد عنوان المولى عليه بهذا العنوان، والقطع بعدم رضاه بالمعاملة لو التفت إلى الولاية لا يضرّ إذا كان راضياً بالفعل - فضلاً عن احتمال - فإنّه من قبيل تخلف الداعي. وعليه، فالأظهر هي الصحة، وعدم التوقّف على الإجازة لوبياع لنفسه وانكشف كونه ولياً.

لوبياع لنفسه فانكشف كونه ولياً

الصورة الثانية: أن يبيع لنفسه وينكشف كونه ولياً.

وملخص القول فيها: أنّه بناءً على ما أفاده الشيخ عليه في بيع الغاصب لنفسه^(٢)

(١) حاشية الزدي: ج ١ / ١٦٨.

(٢) لاحظ المكاسب: ج ٣ / ٣٧٧.

من أنته إنما يبيع للمالك بما هو مالكٌ تحقيقاً للمعاوضة - لا بدّ من البناء على الصّحة، وعدم الوقوف على الإجازة.

أما الصّحة: فلأنّ البيع واقعٌ للمالك.

وأما عدم الوقوف على الإجازة: فلصدوره عن رضا من له الولاية على مثل هذا

البيع، فلا حاجة إلى الإجازة.

أقول: وأما ما ذكره عليه السلام في وجه الإحتياج إليها من عدم الوقوع على الوجه

المأذون فيه، فيرد عليه:

١- أنّ غرضه إن كان عدم كونه مأذوناً فيه تكليفاً.

فيرده: ما تقدّم من عدم كون بيع الفضولي لنفسه أو لغيره حراماً.

٢- وإن كان غرضه عدم كونه مأذوناً فيه وصفاً.

فيرده: أنّ المفروض كونه وليّاً، ولعلّه إلى هذا أشار بقوله: (فتأمل)^(١).

وأما بناءً على ما ذكرناه من أنّ التنزيل لا يصحّ قصد المعاوضة، فلا يمكن

تصحیح البيع في المقام، لأنّ الولي لا يتمكّن من تملك مال المولى عليه مجّاناً.

لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا

الصورة الثالثة: أن يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكا.

أقول: الكلام فيها يقع في جهتين:

الأولى: في أنته هل يصحّ أم لا؟.

الثانية: في أنته على فرض الصحة، هل يتوقف على الإجازة أم لا؟
 أما الجهة الأولى: فعن العلامة^(١) وولده^(٢) والشهيد^(٣) وغيرهم^(٤) القول
 بالبطلان فيما لوبياع مال أبيه بظن حياته فبان ميّناً، واستدل له بأمرين:
 الأمر الأول: ما توضّحه أنّ البيع للأب بظن حياته بحسب الطبع، إنّما يكون
 بيعاً للأب، وحيثية الملكية تكون تعليلية لا تقييدية، فمن قصد البيع له لم يكن مالكا
 ليقع له ولو بإجازته.

وبهذا البيان يظهر أنّ ما أورده الشيخ^(٥) عليه بأنّ بيعه عن الأب إنّما يكون
 عنه من حيث أنّه مالك باعتقاده، وفي الحقيقة إنّما قصد البيع عن المالك، كما ذكره
 فيما لوبياع ملك غيره باعتقاد أنّه ملكه^(٥)، غير وارد.
 إيراد المحقق النائيني^(٦): أورد^(٦) على الشيخ^(٦) بأنّ (الحيثية التقييدية لا
 يمكن الإلتزام بها في الموضوعات الشخصية؛ لأنّ الفرد الخارجي غير قابل للتعدّد،
 فتقييده ممتنع، فالأب إذا كان هو الذي بيع عنه، فهو ملحوظ بخصوصيته، وتوصيفه
 بأنّه المالك حيثية تعليلية، والحيثية التعليلية لا أثر لها لآلحاد المنشأ والمجاز)^(٦).
 وفيه: إنّ الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الشخصية على قسمين:
 القسم الأول: الأفعال الحقيقية غير المتقومة بالقصد كالأكل.

(١) نهاية الأحكام: ج ٢ / ٤٧٧.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ١ / ٤٢٠.

(٣) القواعد والفوائد: ج ٢ / ٢٣٨، ضمن القاعدة ٢٣٨.

(٤) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد: ج ٤ / ٧٦، وصاحب الجواهر فيها: ج ٢٢ / ٣٠٠، وغيرهم.

(٥) المكاسب: ج ٣ / ٤٦٠ - ٤٦١.

(٦) منية الطالب: ج ١ / ٢٧٤.

القسم الثاني: الأفعال الاعتبارية المتقومة به كالبيع والإئتمام.
والقسم الأول يتم فيه ما ذكره، من جهة أنّ تلك الأفعال لا تتعلق بالعناوين،
مثلاً الضرب لا يتعلق بالعنوان، فهو إما أن يقع وإما لا يقع، ولا يعقل وقوعه على
تقدير دون تقدير، وهذا لا يتم في القسم الثاني؛ لأنّ الأفعال التي تكون من هذا
القبيل تتعلق بالعناوين الكلية.

وفي المقام يتصوّر وقوع البيع عن الأب على وجهين:
الأول: وقوعه عن المالك، بحيث تكون الحيثية تقييدية.
الثاني: وقوعه عنه بنحو تكون الحيثية تعليلية.

فما أفاده الشيخ عليه السلام لا يرد عليه ذلك، بل الصحيح أن يورد عليه بما ذكرناه.
نعم، هذا الإيراد واردٌ عليه على مسلكه عليه السلام، حيث أنّه في كتاب الصلاة في
مبحث الجماعة، في مسألة من اقتدى بشخص فبانّ غيره ذهب إلى هذا المبنى ^(١)،
ونحن أوردنا عليه بعين هذا الإيراد - راجع الجزء السادس من هذا الشرح - ^(٢).
الأمر الثاني: أنّه لو تزلّنا عن ذلك، وسلّمنا أنّ البيع يكون عن المالك بما هو
مالك بحيث يعمّ نفسه، فحيث أنّه يعتقد إنطباقه على أبيه فقصّد الإطلاق، فهو في
حكم التعليق، أي: (عن والدي) أو (عني إن كان ميتاً)، وحيث أنّه يعتقد حياته
فقصّد الإطلاق في عقده يعدّ عبثاً ومنافياً للقصّد الجدّي المشترط وجوده في
المعاملة.

أقول: وبهذا البيان ظهر اندفاع ما ذكره الشيخ عليه السلام ^(٣) وتبعه المحقّق النائيني عليه السلام ^(٤)

(١) كتاب الصلاة للشيخ الأنصاري: ج ٢ / ٣٢٥.

(٢) فقه الصادق: ج ٨ / ٥٢٠ (إذ انوى الاقتداء بشخص..).

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٤٦١.

(٤) منية الطالب: ج ١ / ٢٧٣.

وغيره^(١)، من أن هذا الدليل لا يجتمع مع الدليل الأول من جهة أن أساس الأول وقوع البيع عن الأب، وأساس هذا وقوعه عن نفسه.

والحق في الجواب عن هذا الوجه: أن هذا النحو من التعليق - أي المعنوي منه - لا يضرب بصحة العقد، كما أن عدم القصد الجدّي بهذه الكيفية غير مضرّ بصحة المعاملة - كما تقدّم في أول مسألة بيع الفضولي^(٢)، وعليه فالصحيح هو الوجه الأول. فالمتحصّل: أنه إن كان البيع عن المالك - أي عن الأب بما أنه مالكٌ بحيث يكون المقصود هو المالك بحيث يعمّ نفسه - صحّ البيع، وإن كان عن الأب كما هو كذلك بحسب الطبع، فالبيع باطلٌ لا يمكن تصحيحه.

وأما الجهة الثانية: فالمحكّي عن غير واحد لزوم العقد، وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة^(٣)، لكن عن المحقّق والشهيد الثانيين^(٤) وقوفه على الإجازة.

أقول: استدللّ للتوقّف على الإجازة بوجهين:

الوجه الأول: ما عن «جامع المقاصد» من: (أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك)^(٥).

توضيحه: إن العاقل الملتفت إلى كون المال للغير، وأنه لا ينتقل عن ملكه قهراً، لا محالة يكون قصده للنقل مقيّداً بالإجازة، وحيث أن العقود تابعة للقصد، فلا بدّ وأن تقع الإجازة حتّى يقع النقل على الوجه المقصود.

(١) كالسيد الزدي في حاشيته: ج ١ / ١٦٩، والماقاني في غاية الآمال: ج ٣ / ٣٩٤.

(٢) تقدّم بيع الفضولي في أول هذا الجزء.

(٣) حكاه المحقّق التستري في المقابس ص ١٣٦ عن المحقّق في الشرائع، وظاهر الشهيد في الدروس.

(٤) جامع المقاصد: ج ٤ / ٧٦، المسالك: ج ٦ / ٥١.

(٥) جامع المقاصد: ج ٤ / ٧٦.

وفيه أولاً: إنَّ محلَّ الكلام هو قصد البيع مع المالك لا عن شخص الغير، وإلاَّ بطل البيع كما تقدّم، وعليه وإن سُلّم كون النقل موقوفاً على الإجازة، إلاَّ أنّه من جهة انطباق عنوان المالك على نفسه واقعاً، يقع النقل عنه بقصده، فلا حاجة إلى إجازته. وبعبارة أخرى: بما أنّه يبيع عن المالك عن قصدٍ إليه، والمفروض أنّه هو المالك، فلا حاجة إلى الإجازة، ولعلّه إليه يرجع ما ذكره المحقّق الثاني بقوله: (إلاَّ أن يقال: إنَّ قصده إلى أصل البيع كافٍ) (١).

وثانياً: إنَّ حقيقة البيع هي النقل في نظر الناقل، لا النقل في نظر الشارع، فالإلتفات إلى أنّه لا يمكن أن ينتقل إليه مال الغير قهراً، غير منافعٍ لقصد النقل الذي به قوام البيع.

وبالجملة: الإنتقال شرعاً من آثار البيع، ولا يلزم قصده حتّى يقال إنّه موقوف على الإجازة، وإلى هذا نظر الشيخ رحمته الله فيما ذكره في مقام الجواب (٢). أقول: وأمّا ما ذكره الشيخ رحمته الله بقوله: (مع أنّ عدم القصد المذكور لا يقدح بناء على الكشف) (٣).

بيان مراده: إنَّ عدم إمكان قصد النقل فعلاً يناسب القول بالنقل، فإنَّ الإنتقال إنّما يكون من حين الإجازة، بخلاف القول بالكشف، فإنَّ الإنتقال فيه فعلي، فيمكن قصده حال النقل.

فيرد عليه: أنّ المدعى هو وقوف النقل على الإجازة لا تأخره عنها، وهذا لا

(١) جامع المقاصد: ج ٤ / ٧٦.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٦٢.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٤٦٢ - ٤٦٣.

فرق فيه بين القول بالنقل والكشف، فإنه على الكشف أيضاً يكون النقل موقوفاً على الإجازة.

الوجه الثاني: ما أفاده الشيخ رحمته، من أن أكثر أدلة اشتراط الإجازة في بيع الفضولي جارية هنا^(١)، ومراده بها أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس كما يصرح به بعد ذلك^(٢).

تقريب ما أفاده: إنها تدل على اعتبار رضا المالك في التصرف في ماله بما هو ماله لا ذات ما هو ماله، ولذا لو قدم إلى غيره طعاماً بتخييل أنه لغيره، لم يجز له التصرف فيه لو علم بأنه له، وفي المقام بما أن البائع إنما رضي بنقل مال معين اتفق كونه ملكاً له في الواقع، ولم يرض بنقله بما هو ماله، فيحتاج إلى الإجازة لذلك. وفيه: أنه إن كان البيع عن شخص من يتخييل كونه مالكا، لزم بطلان البيع، وعدم إمكان تصحيحه ولو بالإجازة، وإن كان عن المالك بنحو يعم نفسه، فالرضا بنقل ماله بعنوان أنه ماله موجود، فإما يكون باطلاً، أو يكون لازماً غير متوقف على الإجازة.

وبعبارة أخرى: لا ريب في كونه راضياً ببيع مال نفسه:

فإن كان البيع بيعاً عن الأب بشخصه، بطل البيع لعدم المورد للإجازة. وإن كان بيعاً عن المالك بما هو مالك، بنحو يعم نفسه، كان الرضا متعلقاً بنقل مال المالك الواقعي، وإن كان منطبقاً على نفسه، ومعه لا حاجة إلى الإجازة لصدور العقد عنه مباشرة وعن الرضا، وهو أولى من إذنه وإجازته.

أقول: ولعلّه إلى هذا يرجع ما استدلّ به لعدم الإحتياج إلى الإجازة، بما نقله الشيخ رحمته بقوله: (ولأنّ قصده إلى نقل مال نفسه إنّ حصل هنا بمجرد القصد... الخ)^(١)، فلا يرد عليه ما ذكره الشيخ.

قد يقال: إنّ هذا الحقّ ثابتٌ للمالك من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزلٌ من حيث البقاء لا من باب الإجازة، فيكون متزلزلاً من حيث الحدوث معللاً بقاعدة نفي الضرر^(٢).

والجواب: هو الذي أجاب به الشيخ الأعظم رحمته بما حاصله يرجع إلى أمرين: أحدهما: أنّه لا يصحّ الرجوع إلى قاعدة نفي الضرر التي هي من الأدلّة الثانويّة، بعد كون اعتبار الرضا وطيب النفس ممّا تقتضيه الأدلّة الأوليّة.

وبعبارة أخرى: إنّ مقتضى الأدلّة الأوليّة توقّف الإنتقال على الرضا، فمع فقدة لا يتحقّق الإنتقال، ومع عدمه كيف يحكم بثبوت الخيار الذي هو فرع الإنتقال.

الثاني: إنّ الضرر المترتب على المعاملة :

تارة: يكون ضرراً مالياً كما في موارد خياري العيب والغبن.

وأخرى: يكون ضرراً سلطانياً، أي يكون موجباً للنقص في سلطانه على ماله.

وفي الأوّل يتدارك الضرر بالخيار، وأمّا في الثاني فالتحقّظ عليه إنّما يكون

بالتحقّظ على سلطانه على ماله، وسدّ بابيه إنّما هو بالإلتزام بعدم خروجه عن

ملكه بلا رضاه، لا خروجه عند وتداركه بالخيار، إذ أصل الإنتقال ولو متزلزلاً ضرراً

على سلطنة المالك في كلّ الأحوال، ومثل هذا الضرر يوجب رفع الصحّة لا اللزوم^(٣).

أقول: وبهذا البيان يظهر أنّ ما أورده المحقّق النائيني رحمته على الشيخ بقوله:

(١) و٣) المكاسب: ج ٣/ ٤٦٢ و ٤٦٥.

(٢) قاله المحقّق التستري في مقابسات الأنوار ص ١٣٧، وتبعه صاحب الجواهر في الجواهر: ج ٢٢/ ٢٩٨.

(إنّ الصّحة ليست أمراً مجموعاً حتّى ترتفع بها، بل هي منتزعة من تحقّق الشرائط، فلو دلّ دليلٌ على اعتبار قيدٍ في ناحية الأسباب أو المسبّبات، فنفس هذا الدليل كافٍ لإثبات هذا القيد، وإلا فلا يمكن إثبات قيدٍ بقاعدة الضرر ونحوها؛ لأنّها حاكمة على الأحكام الثابتة، ولا يمكن إثبات حكمٍ بها لولا جعله لزم منه الضرر)^(١).

في غير محله؛ لأنّ دليل نفي الضرر يرفع إمضاء الشارع للعقد الذي يلزم منه هذا الضرر، ولا محذور في ذلك.

قال الشيخ رحمته الله: (ثمّ إنّ الحكم بالصّحة في هذه الصورة غير متوقّفة على القول بصّحة عقد الفضولي... الخ)^(٢).

محض ما ذكره: أنّ الأدلّة الأربعة التي أقاموها على بطلان بيع الفضولي من الكتاب والسنة والإجماع والعقل - غير الأخير منها - لا تشمل هذا العقد، لأنّه صدر ممّن بيده أمر المال.

نعم، لو قلنا بفساد عقد الفضولي من باب حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير، يتّجه البطلان في المقام.

وأورد عليه المحقّق النائيني: بأنّ حكم العقل بقبح التصرف فيما هو مال الغير واقعاً بمنطوق واقعي، وحكمه بقبح التصرف فيما علم أنّه مال الغير طريقاً، فالحكم الشرعي المستكشف من الأوّل من باب الملازمة حكمٌ واقعي، والحكم الشرعي

(١) منية الطالب: ج ١ / ٢٧٦.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٦٥ - ٤٦٦.

المستفاد من الثاني طريق، فإذا انكشف مخالفة الاعتقاد للواقع لا يكون إلا تجريباً^(١). وفيه: إن مورد استثناء الشيخ عليه السلام هو حكم العقل بقبح التصرف، حيث يقول: (لو كان المدرك هو هذا الحكم من العقل، أتجه الحكم بالفساد هنا، لأن موضوع حكم العقل بالببح ليس هو الواقع، بل ما اعتقد أنه مال الغير)، وعليه فكون الحكم المستفاد من هذا الحكم في بعض الموارد واقعياً وفي آخر طريقتاً، أجنبي عن ما هو محل استثناء الشيخ.

لو باع لنفسه فانكشف أنه له

الصورة الرابعة: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له: فتارة: يبي على أنه ماله، وكان في اعتبار العقلاء أيضاً كذلك كما في ثمن الخمر، أم لم يكن كما في المال الحاصل من القمار. وأخرى: لا يبي على ذلك، بل يبيع بأن يخرج المثلث عن ملك ذلك الغير، ويُدخل ثمنه في ملكه. أما في الصورة الأولى: فالأظهر الصحة، وعدم الوقوف على الإجازة، لأنه باعه عن الرضا بعنوان أنه ماله، فالعقد تام من حيث الأركان حتى من ناحية الرضا بالانتقال بعنوان أنه ماله. وعليه، فما أفاده الشيخ عليه السلام بقوله: (وفي عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة)^(٢) متين، بل هو وجهٌ وجيه.

(١) منية الطالب: ج ١ / ٢٧٦.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٦٦.

وأما في الصورة الثانية: فدعوى اعتبار الإجازة بناءً على اعتبار رضا البائع بانتقال ماله بعنوان أنه ماله في البيع، في محلها، لأنه إنما رضي بانتقال ما يعتقد أنه مال الغير، ولم يرض بانتقال ماله بهذا العنوان.



القول في المجاز

أقول: يدور البحث في المقام عن المجاز، وتام الكلام فيه يتحقق ببيان أمور:
 الأمر الأول: قال الشيخ عليه السلام: (يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك)^(١).

أقول: لا كلام في لزوم وجود الشروط المعتبرة في إنشاء العقد، وأمّا غيرها من الشروط من شرائط المتعاقدين والعوّضين، فهي على أقسام:

القسم الأول: ما يعتبر وجوده حال العقد، ككون العاقد ممن يصحّ منه المعاقدة والمعاهدة، إمّا عقلاً ككونه حيّاً، أو شرعاً ككونه عاقلاً.

القسم الثاني: ما يعتبر وجوده في من زمام أمر العقد بيده، سواء كان هو المالك أو وليّ التصرف، كالقدرة على التسليم، فإنّ دليل اعتبارها إنّما يدلّ على ذلك، ولذا لو كان مجري الصيغة غير قادر على التسليم، وكان البيع للصبي غير القادر، ولكن كان وليّه قادراً صحّ البيع.

القسم الثالث: ما يعتبر في المالك، ككون المالك للمصحف مسلماً.

أمّا القسم الأول: فهو يعتبر وجوده حين العقد، ولا يخفى وجهه.

وأمّا القسم الثاني: فلا يعتبر، بل يعتبر وجوده حين الإجازة حتّى على الكشف، فإنّه إنّما يكون في الملكية لا في انتساب العقد إلى المجيز - وهو يعتبر وجوده حين صيرورة العقد عقد من بيده زمام العقد - وهو إنّما يكون من حين الإجازة.

وأما القسم الثالث: فعلى القول بالكشف يعتبر وجوده حين العقد، لأنه أول زمان حصول الملكية، وأما على القول بالنقل فلا يعتبر ذلك.
 أقول: استدلل الشيخ رحمته لإعتبار الشروط فيه بما محصّله:
 إنّ العقد الإنشائي إمّا تمام المسبّب أو جزءه، وعلى كلّ تقدير ما ثبت اعتباره في العقد يعتبر فيه لنفس دليل الإعتبار، بل ما دلّ دليله على اعتباره في العقد التام دون جزئه يعتبر فيه أيضاً، لأنّ الإجازة ليست جزء العقد، بل هي شرط تأثيره، وتام العقد إمّا هو ما وقع بين الفضولي والأصيل. ولو سلّم كونها جزء فإمّا هي جزء السبب المملّك لا جزء البيع الإنشائي، وظاهر الأدلّة اعتبار ذلك في البيع الإنشائي دون السبب المملّك ^(١).

ولكن يرد عليه: - مضافاً إلى ما تقدّم عند بيان ما هو الحقّ عندنا - أنّ غاية ما يثبت بذلك اعتبار العلم بالعوضين حين العقد، أمّا أنّه هل يعتبر كون المجري للصيغة كذلك، أم يعتبر كون المميز كذلك فلا يثبت بذلك، فلا بدّ من الرجوع في ذلك إلى وجه آخر، والظاهر هو الأوّل، فإنّ المميز إمّا ينفذ العقد الواقع الصحيح وينسبه إلى نفسه، فلا بدّ وأن يكون العقد مع قطع النظر عن ذلك صحيحاً، ومن جملة ما يعتبر في الصّحة العلم بالعوضين.

أقول: وبهذا يظهر الفرق بين الإذن والإجازة، فإنّ العقد في الأوّل من حين تحقّقه يستند إلى الآذن، فيكفي كونه عالماً بالعوضين، بخلاف صورة الإجازة.
 فرع: هل يشترط بقاء الشرائط المعتمدة حين العقد إلى زمان الإجازة،

أم لا؟ وجهان:

يقع الكلام في موردين:

المورد الأول: في أنه هل يعتبر وجود الشروط حين الإجازة أم لا؟

الحق أن شروط العقد لا معنى لإعتبارها حين الإجازة إلا على القول بأنها

بيع مستأنف - أي إيجاب متأخر - أو قبول، وأما غيرها من الشروط:

فما كان منها معتبراً فيمن بيده زمام العقد، فإنه يعتبر وجودها حينها، لأنه

حين الإجازة يستند العقد إلى المجيز، ويصير العقد عقده.

وما كان منها معتبراً في حال العقد، فإنه لا يعتبر وجودها حين الإجازة.

وما كان منها معتبراً في المالك، فإنه يفضل فيها بين القول بالكشف والنقل،

وعلى الأول لا يعتبر وعلى الثاني يعتبر كما تقدم.

المورد الثاني: في أنه هل يعتبر استمرار وجود الشروط من حين العقد إلى

حين الإجازة، أم لا؟

الأظهر عدم الإعتبار، ويظهر وجهه مما قدّمناه.

اعتبار كون المجاز معلوماً تفصيلاً

الأمر الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل أم لا؟

وجهان، وتنقيح القول عنه يتحقق بالبحث في مقامين:

الأول: في أنه هل يعتبر العلم التفصيلي بالمُجاز من حيث العوضين ونوع

العقد من البيع والهبة وغيرهما، أم لا يعتبر ذلك؟.

الثاني: في أنه هل يعتبر العلم بوقوع العقد، أم يكفي احتمال وقوعه؟.

أما المقام الأول: فقد استدلل لإعتبار العلم بوجوه:

الوجه الأول: ما في «المكاسب» من أن الإجازة أحد ركني العقد، إذ المعاهدة الحقيقية إنما تحصل وتتحقق من المالكين بعد الإجازة، فيشبهه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل^(١).

وفيه: إن دليل اعتبار العلم بالعوضين ونوع العقد لو دل على اعتباره في البيع والعقد، وقلنا إن ظاهره اعتبار ذلك في البيع والعقد الإنشائي - الذي هو السبب للمعاهدة الحقيقية - فلا وجه لإعتباره في الإجازة، لأن مجرد وجود الشبه مع القبول لا يوجب الإلحاق في الحكم، وإلا فالإذن السابق أيضاً كذلك، مع أنه لا يعتبر فيه ذلك.

الوجه الثاني: ما أفاده المحقق النائيني رحمته، من: (أن الإجازة لا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الإطلاق، لوقوع عقد الفضولي على شيء خاص، وهو لو كان مجهولاً عند المجيز، فلا تشملها الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة، بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالأمر المبهم التي لا اعتبار بها عند العقلاء)^(٢).

وفيه أولاً: أنه يمكن الإطلاق في الإجازة، بمعنى تعلقها بما وقع أياً ما كان، وليس ذلك من قبيل الأمر المبهم الذي لا واقع له.

وثانياً: أنه لو سلم عدم كون تعلقها بالعقد على نحو الإطلاق، غاية الأمر كونها من قبيل إجازة المجهول، وهي كالإذن في المجهول لا إشكال فيها.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٦٨.

(٢) منية الطالب: ج ١ / ٢٧٨.

وبالجملة: لا تأتير لتوجه الإذن إلى المهم، لأن المهم مما لا واقع، وكذلك إجازته، وأما الإذن في المجهول فالأظهر عدم المحذور فيه، وكذلك الإجازة المتعلقة به. الوجه الثالث: ما أفاده المحقق النائيني رحمته الله أيضاً، من أن الإجازة مع عدم العلم بالمجاز (تدرج في عموم نهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر)^(۱).

وفيه أولاً: إن الغرر المنفي مختص بالبيع.

وثانياً: على فرض العموم، لا إشكال في عدم كون التوكيل والإذن مشمولين للمنفي، إذ لا ريب في عدم وجوب ذكر جميع الخصوصيات والتعيين من جميع الجهات فيها، وكذلك الإجازة.

الوجه الرابع: أن البيع إنما ينتسب إلى المميز من حين الإجازة، ففي الحقيقة هي تكون معاملة وبيعاً، فيعتبر أن لا تكون غررية.

وفيه: إن المنفي هو البيع الغرري، وهو ظاهر في الإنشائي منه كما تقدم.

وعليه، فالأظهر أنه لا يعتبر العلم بالمجاز.

وأما المقام الثاني: فقد استدلل لإعتبار العلم بوجهين:

الوجه الأول: ما في «المكاسب» من أن الإجازة أحد ركني العقد، فلا يصح

التعليق فيها^(۲).

وبعبارة أخرى: إنها في معناه، فالتعليق مبطل لها.

وفيه: إن مدرك مبطلية التعليق هو الإجماع، والمتيقن منه التعليق في البيع

الإنشائي، ولا يشمل البيع الحقيقي وما في معنى البيع.

(۱) نية الطالب: ج ۱ / ۲۷۸.

(۲) المكاسب: ج ۳ / ۴۶۸.

الوجه الثاني: ما أفاده المحقق النائيني رحمته، من (أنَّ بها يتحقَّق الإستناد، وهي من الإيقاعات، والإيقاع لا يقبل التعليق)^(١).

وفيه: إنَّ الإيقاع كالعقد قابلٌ للتعليق بأن يكون المعلق هو المُنشأ لا الإنشاء، ولا دليل على بطلانه به .

مع أنه لو سُلم ذلك، فإنما هو في التعليق على غير القيود التي يتوقَّف عليها، وإلا فلا دليل على البطلان، والمقام من هذا القبيل لتوقَّف الإجازة على صدور العقد. وبالجملة: فالأظهر عدم اعتبار العلم به، فيكفي مجرد احتمالها، فيجيزه على تقدير وقوعه.



حكم العقود المترتبة

الأمر الثالث: المجاز على قسمين:

١- إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير.

٢- وإمّا العقد الواقع على عوضه.

والأصحاب حكموا بأنّ إجازة العقد الواقع على مال الغير توجب صحّته وصحة ما بعده من العقود، وإجازة العقد الواقع على بدله توجب صحّته وصحة ما قبله، ومحلّ كلامهم إمّا هو العقود الطويلة من حيث الترتب الإنتقالي لا الزماني، فلو باع العين شخص واحد من متعدّد فضولاً، كانت العقود عرضيّة من حيث الصحة لا طويلة وخارجة عمّا هو محلّ الكلام. وتعاقبها إمّا أن يكون بوقوعها من أشخاص متعدّدة، وإمّا بتعاقبها على أثمان عديدة.

ثمّ إنّ المراد من العوض في كلماتهم - على ما صرح به الشيخ رحمته ^(١) - هو الثمن الكلي.

وبعبارة أخرى: إنّ محلّ البحث هي صورة ترامي الأثمان لا ورود العقود على العوض الشخصي.

أقول: ثمّ إنّ العقود المتعدّدة:

١- إمّا واقعة على مال الغير.

٢- أو أنها واقعة على عوضه، بأن يكون العوض في كلِّ عقدٍ معوّضاً في الآخر.
وعلى كلِّ تقدير، ربما يكون العاقد هو المشتري في كلِّ طبقة، أو غيره.
ولا كلام في أنّ للمالك إجازة أيّ منها شاء، إنّما الكلام في أنه إذا أجاز عقداً
هل يوجب ذلك صحّة غيره أم لا؟.

وتنقيح القول فيه: إنّ المجاز:

١- إمّا أوّل عقدٍ واقع على مال المالك.

٢- أو آخر عقدٍ واقع عليه.

٣- أو وسطٌ واقع بين سابقٍ ولاحق واقعين على مورد عقد الوسط.

والمراد من (المورد) أعمّ من الثمن والمثمن في العقد الوسط.

وأيضاً: المراد من (الوقوع على المورد):

أعمّ من كون المورد في ذلك العقد ثمناً أو مثنياً.

أو واردين على بدل مورده.

أو كون السابق وارداً على مورده واللاحق وارداً على بدل مورده، أو بالعكس.

فهذه ست صور للعقود الواردة على المعوّض.

وأما العقود الواقعة على العوض: فهي أيضاً كذلك، لأنّ المجاز:

إمّا أن يكون أوّل عقدٍ واقع عليه، أو آخر عقد، أو وسطٌ بين سابقٍ ولاحق

واردين على مورده، أو بدل مورده، أو يكون السابق على المورد واللاحق على

بدله، أو بالعكس.

وعليه، فمجموع الصور اثنتا عشرة، ستُّ للفرض الأوّل، وستُّ للفرض الثاني.

وجمع الشيخ عليه السلام ^(۱) الجميع فيما إذا باع عبدُ المالك بفرسٍ، ثم باعه المشتري بكتابٍ، ثم باعه الثالثُ بدينارٍ، وباع البائعُ الفرسَ بدرهمٍ، وباع الثالثُ الدينارَ بجاريةٍ، وباع بائعُ الفرسِ الدرهمَ برغيفٍ، ثم يبيع الدرهمَ بحمارٍ، ويبع الرغيفَ بعسلٍ، وجامعيّةُ هذا المثال لجميع الصور يظهر من التصوير التالي، تأمل تعرف.

صور العقود الواقعة على المعوّض

بيع العبد بفرس.

بيع الفرس بدرهم.

بيع العبد بكتاب.

بيع العبد بدينار.

بيع الدينار بجارية.

۱- أوّل عقد واقعٍ على المعوّض: بيع العبد بفرس.

۲- آخر عقد واقعٍ عليه: بيع العبد بدينار.

۳- الوسط الواقع عليه - الواقع بين الواقعين على موردّه -: بيع العبد بكتابٍ

الواقع بين بيعه بفرس وبيعه بدينار.

۴- الوسط الواقع بين واقعين على بدل موردّه: بيع العبد بكتابٍ، الواقع بين

بيع الفرس الذي هو بدلٌ للعبد في العقد الأوّل بدرهم، وبين بيع الدينار الذي هو

البدل للعبد في العقد الآخر بجارية.

۵ و ۶- وبذلك ظهر الواقع بين المختلفين.

صور العقود الواقعة على العوض

بيع الفرس بدرهم.

بيع العبد بفرس.

بيع الرغيف بعسل.

١- أوّل عقدٍ واقعٍ على العوض: بيع الفرس بدرهم.

٢- آخر عقدٍ واقعٍ عليه: بيع الرغيف بعسل.

٣- الوسط الواقع بين واقعين على مورد: بيع الدرهم برغيفٍ الواقع بين بيع

الفرس بدرهم، وبيع الدرهم بحمار.

٤- الوسط الواقع بين سابق واقع على بدل مورد، ولاحقٍ واقعٍ على مورد:

بيع الدرهم برغيفٍ، الواقع بين بيع العبد بفرس، وبيع الدرهم بحمار.

٥- الوسط الواقع بين واقعين على بدل مورد: بيع الدرهم بحمار الواقع بين بيع

العبد بفرس، وبيع الرغيف بعسل.

٦- الوسط الواقع بين سابقٍ واقعٍ على مورد، وهو بيع الدرهم برغيف،

ولاحقٍ واقعٍ على بدل مورد، وهو بيع الرغيف بعسل، وهو أيضاً بيع الدرهم بحمار.

هذا كله في تطبيق المثال الذي ذكره الشيخ رحمته الله على جميع الصور.

أقول: ثمّ إنّه يقع الكلام في بيان حكم العقود المترتبة، وضابطها أنّ الإجازة كما

توجب صحّة المجاز، كذلك توجب صحّة ما قبله ممّا يتوقّف عليه، وما بعده ممّا

يكون من أحكامه.

وبعبارة أخرى: توجب صحّة ما يكون في سلسلة علله ومعلوله.

توضيح ذلك بنحوٍ يظهر حكم جميع الصور، يقتضي البحث في مواضع:

الموضع الأوّل: في العقود الواقعة على شخص مال المالك، وما سبقه ولحقه من

العقود الواقعة على العوض، وبيان أنه لو أجاز المالك العقد الواقع على ماله - أي

عقد - يصحّ بهذه الإجازة، ومثال الجامع لذلك:

بيع العبد بفرس، ثمّ بيع الفرس بدرهم، ثمّ بيع العبد بكتاب، ثمّ بيع الكتاب

بالحنطة، ثمّ بيع العبد بدينار، ثمّ بيع الدينار بجمارية.

الموضع الثاني: في العقود الواقعة على الثمن الشخصي، وهو الثمن الواقع عوضاً في

البيع الأوّل، وهو الفرس وما سبقه ولحقه من العقود الواقعة على عوضه، ومثال ذلك:

بيع الفرس بدرهم، ثمّ بيع الدرهم بعسل، ثمّ بيع الفرس بجمار، ثمّ بيع الجمار

بجمارية، ثمّ بيع الفرس بالدار، ثمّ بيع الدار بالكتاب.

الموضع الثالث: في العقود الواقعة على الثمن الكلي، وما سبقه ولحقه من العقود،

ومثال ذلك:

بيع العبد بفرس، ثمّ بيع صاحب الفرس العبد بكتاب، ثمّ بيع الفرس بدرهم، ثمّ

بيع صاحب الدرهم الفرس بدينار، ثمّ بيع الدرهم برغيف، ثمّ بيع صاحب الرغيف

الدرهم بجمار، ثمّ بيع الرغيف بعسل.

أقول: ثمّ في جميع هذه المواضع:

تارةً: يُبيز المالك أوّل العقود.

وأخرى: يُبيز المالك آخرها.

وثالثة: يميز المالك الوسط منها.

فإذا بيّنا حكم إجازة الوسط، وتبيّن حكمه وما سبقه ولحقه يظهر حكم إجازة العقد الأوّل والآخر، فاقول مستعيناً بالله تعالى:

في الموضع الأوّل: لو أجاز العقد الوسط منها، وهو بيع العبد بكتاب، يكون ذلك فسحاً بالنسبة إلى ما قبله، سواءً أكان واقعاً على نفس مال المالك وهو بيع العبد بفرس، أو واقعاً على عوضه في ذلك العقد وهو بيع الفرس بدرهم، بمعنى أنه يفوت بذلك محلّ الإجازة بالنسبة إلى المالك، للخروج عن تحت سلطنته وعدم توقّف صحّة المجاز عليها.

نعم، لمن انتقل إليه العبد إجازة بيع العبد بفرس، بناءً على عدم اعتبار كون المميز حال العقد مالكاً على القول بالنقل، ومطلقاً بناءً على القول بالكشف، وله إجازة بيع الفرس بدرهم بعد ذلك لإنتقال الفرس إليه.

ولو أجاز أولاً بيع الفرس يلزم بيع العبد بلزومه لتوقّفه عليه، ولو لم يميز من انتقل إليه المال ببيعه، ولا يبيع عوضه، فلما لك الفرس حينئذٍ إجازة ببيعه بدرهم.

وأما بالقياس إلى ما بعده من العقود، سواءً أكان واقعاً على نفس هذا المال - وهو بيع العبد بدينار - أو على عوضه في العقد اللاحق - وهو بيع الدينار بجمارية -:

فعلى القول بالكشف: تلزم تلك العقود بهذه الإجازة، لوقوعها في ملك ملاكها.

وأما بناءً على القول بالنقل: فيبيني على المسألة المتقدّمة، وهي عدم اشتراط

الملكيّة حين العقد.

وأما الواقع على عوض هذا المجاز - وهو بيع الكتاب بمحنة - فلا يلزم بلزوم

هذا العقد، لأن لزوم هذا يصير سبباً لدخول الكتاب في ملكه، فله إجازة العقد الواقع على كتابه.

وبالجملة: فالقول بأن العقود اللاحقة تلزم بلزوم هذا العقد بإطلاقه غير تام. وأما الموضوع الثاني: فالحكم فيه هو الحكم في الموضوع الأول، إلا في مورد واحد.

توضيح ذلك: إنه إذا تعلقت الإجازة بالعقد الوسط - وهو بيع الفرس بحمار - فبالنسبة إلى العقود السابقة الواقعة على نفس الثمن - وهو بيع الفرس بدرهم - وعلى بدله - وهو بيع الدرهم بالعلس - يكون فسحاً بالتقريب المتقدم، وأما العقود اللاحقة الواقعة على نفس الثمن - وهو بيع الفرس بالدار - وعلى عوضه في العقد اللاحق - وهو بيع الدار بكتاب - فتصح بصحة هذا العقد على القول بالكشف، أو على القول بعدم اشتراط الملكية بناءً على النقل.

وأما ما وقع على عوضه في المجاز - وهو بيع الحمار بجارية - فلا يصح بإجازة ذلك لما تقدم.

هذا فيما يشترك فيه الموضوعان.

وأما ما يختص به هذا الموضوع، وهو أن الإجازة في هذا توجب صحة ما تقدمه الواقع على نفس مال المالك أولاً وهو بيع العبد بفرس، وإلا لم يصبح الفرس ملكاً له حتى يميز العقد الواقع عليه.

وعليه، فظهر أنه لا وجه للقول بأنها توجب فسخ العقود اللاحقة.

وأما الموضوع الثالث: فلو أجاز العقد الوسط - وهو بيع الدرهم برغيف -

فبالنسبة إلى ما بعده من العقود يجب التفصيل بين ما وقع على ما انتقل عنه، وما

وقع على ما انتقل إليه، فالبيع الواقع على ما انتقل إليه - وهو بيع الرغيف بعسل - لا يصح بهذه الإجازة، لأنه يوجب دخول المعوض في ملكه، فله إجازة العقد الواقع عليه أيضاً.

وأما الواقع على ما انتقل عنه - وهو بيع الدرهم بحمار - فيلزم بلزوم هذا العقد على القول بالكشف، أو عدم اعتبار مالكيّة المميز حين العقد على القول بالنقل. وأما بالنسبة إلى ما قبله من العقود: فهي توجب صحّة جميعها، أعمّ من الواقع على المعوض، أو الثمن الكلي، أو الشخصي على القول بالكشف، أو عدم اشتراط الملكيّة على النقل.

أما الأول: فلأنه إذا صحّ بيع العبد بفرس، صحّ بيع صاحب الفرس الذي باع ماله بكتاب.

وأما الثاني: فلأنّ صحّة العقد المجاز تتوقّف على صيرورة المبيع ملكاً له، إذ لو لم يصر الدرهم ملكاً له، كيف يميز بيعه برغيف، وصحّة بيع الفرس بدرهم أيضاً تتوقّف على صحّة بيع العبد بفرس.

وأما الثالث: فلأنه إذا صحّ بيع الفرس بدرهم كما عرفت، فصاحب الدرهم يصبح مالكا للفرس مما يوجب وقوع بيعه الفرس بدينار في ملكه.

أقول: ثمّ إنّه من جميع ما ذكرناه ظهر:

١ - حكم جميع الفروض حتّى المختلفة، مثل ما لو فرض وقوع العقد على الثمن

الشخصي مرّات، ثمّ وقوع العقد على الثمن الكلي أو العكس، أو غير ذلك من الفروض.

٢ - كما أنه ظهر ما في إطلاق كلام الشهيد رحمته الله القائل بأنّ العقود الواقعة على

المبيع لو أجاز المالك الوسط منها صحَّ وما بعده، وفي الثمن ينعكس الأمر^(١).
 ٣- كما أتت ظهر ما في إطلاق كلام الشيخ رحمته الله القائل بأته لو وقعت العقود من
 أشخاص متعدّدة كانت إجازة الوسط فسخاً لما قبله، وإجازة لما بعده، وإن وقعت
 من شخصٍ واحد انعكس الأمر^(٢).
 إذ يرد عليه: أنه لو فرضنا العقود المترتبة على المبيع من شخص واحد، مع
 ذلك تكون إجازة الوسط فسخاً لما قبله كما عرفت، وكذلك لو فرضنا ترتب العقود
 في الثمن الكلي من أشخاص متعدّدة تكون إجازة لما قبله.
 وبالجملة: فالأولى في بيان الضابط ما ذكرناه، فافهم واغتنم.

حكم تتابع العقود في صورة علم المشتري بالغصب

أقول: بقي في المقام إشكالٌ أشار إليه المصنّف رحمته الله في «القواعد»^(٣) وهو عن شمول
 الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب، وأوضحه قطب الدّين
 على المنقول عنه:
 (بأنّ المشتري مع العلم يكون مسلّطاً للبائع الغاصب على الثمن، ولهذا لو تلف
 لم يكن له الرجوع عليه، ولو بقي ففيه الوجهان، فلا تنفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه
 بفعل المسلّط بدفع ثمنه عن مبيع اشتراه، ومن أنّ الثمن عوض عن العين المملوكة،
 ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلّا عدم صدوره عن المالك، فإذا أجاز جرى مجرى
 الصادر عنه)^(٤)، انتهى.

(١) الدروس: ج ٣ / ١٩٣.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٧٠.

(٣) قواعد الأحكام: ج ١ / ١٢٤.

(٤) نقله عنه الشهيد في الحواشي التجارية (مخطوط) ص ٥٧، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة: ج ١٢ / ٦١٣.

ونحوه ما عن الشهيد عليه السلام في حواشيه ^(١)، وعن «الإيضاح» ^(٢) وجه آخر ستقف عليه. وحيث أن منشأ الإشكال هو فتوى الأصحاب بأنه إذا تلف الثمن عند البائع الغاصب، لا يجوز للمشتري مع علمه بالغصب الرجوع إليه ومطالبته بالمثل أو القيمة فينبغي البحث في مقامين:

الأول: في المنشأ.

الثاني: فيما نشأ عنه.

أما المقام الأول، ففيه مسائل:

المسألة الأولى: في أن التسليم إليه هل مملّك له إياه، أو أنه مجرد مبيع للتصرّفات، أم لا؟، فقد استدللّ للأوّل بوجهين:

الوجه الأوّل: أن الأصحاب حكموا بأنه إذا رجع المالك إلى المشتري بالمبيع، فإنّه ليس له الرجوع إلى البائع باسترداد الثمن، ولولا كونه ملّكاً له كان ذلك منافياً لتسلّط الناس على أموالهم.

وفيه: - مضافاً إلى عدم تسالم الأصحاب على ذلك، بل هناك قولان آخران:

أحدهما: الضمان مطلقاً.

ثانيهما: الضمان مع بقاء العين.

أن الأسباب المملّكة مضبوطة، وليس التسليط بعنوان العوضيّة منها، وأما إباحة التصرفات، فلا بدّ وأن تكون إمّا بفعل المالك أو بحكم الشارع، وشيء منها ليس في المقام.

(١) الحواشي التجارية (مخطوط) ص ٥٧، ونقله عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ج ١٢ / ٦١٣.

(٢) الإيضاح ١ ص ٤١٧ - ٤١٨.

الوجه الثاني: إتهم حكما بعدم الضمان في صورة الإلتلاف، فلو لم يكن ملكاً له كان ضامناً، لأنَّ إلتلاف مال الغير موجب للضمان.
وفيه: - مضافاً إلى ما تقدّم - إنَّ عدم الضمان لازم أعّم للملك ولما إذن مالكة في الإلتلاف.

المسألة الثانية: في أنته هل يجوز الرجوع في ما دفع مع بقائه أم لا؟.
أقول: الأظهر هو الأوّل:

أمّا بناءً على ما عرفت في المسألة الأولى فواضح.
وأمّا بناءً على القول الآخر فكذلك، بناءً على كون التسليط مبيحاً للتصرّفات.
وأمّا على القول بكونه مملّكاً، فلأنّته لو سلّم ذلك، كان هبةً، ويجوز الرجوع في الموهوب مع بقائه.

المسألة الثالثة: في أنته هل يجوز الرجوع إلى البدل إذا أتلفه الغاصب، أم لا؟.
قد استدللّ للثاني بوجوه:
الوجه الأوّل: الإجماع.

وفيه: - مضافاً إلى عدم ثبوته كما تقدّم - إنّه لم يثبت كونه إجماعاً تعديدياً.
الوجه الثاني: ما أفاده المحقّق النائيني رحمته الله من أنّ الضمان إمّا معاوضي أو يدي، وشيءٌ منها لا مورد له في المقام:
أمّا الأوّل: فلعلمه بأنّته ليس المثلن له.

وأمّا الثاني: فلعلم المشتري بكونه غاصباً، ولازمه التسليط المجاني، فيكون من

صغريات قاعدة «ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفاسده»^(١).

وفيه: إنه إنما يدفعه عوضاً عن المبيع لا مجاناً، فيكون من صفريات عكس القاعدة المذكورة أي «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الإصفهاني رحمته، من أن إقباضه الثمن إتياء ليس إقباضاً وفاقباً، إذ لازم نفوذ المعاملة بإجازة المالك إقباضه للمالك، فهذا الإقباض الخارجي تسليطاً منه للغاصب على ماله برضاه واختياره، فوضع يده عليه يكون بإذن المالك، وكذا تصرفاته، وبالتالي لا يكون ضامناً بإتلافه الثمن ^(١).

وفيه: إن الإقباض إذا كان بعنوان أنه مالك أو ليوصله إلى مالكه، لا يكون إذناً له في التصرف والإتلاف مطلقاً، وعليه فالأظهر جواز الرجوع إليه في صورة الإتلاف.

وبما ذكرناه ظهر الحكم فيما نشأ من هذا المنشأ.

وأما المقام الثاني: فالكلام فيه إنما هو على فرض التنزل وتسليم المنشأ، وملخص القول فيه - بعد التنبيه على أمرٍ وهو أن مورد الإشكال إنما هو الثمن الشخصي لا الكلي، إذ غاية ما يلزم على الثاني صيرورة ما يأخذ ملكاً للغاصب، ولكن الثمن يكون باقياً - إنه وقع الإشكال من جهات:

الجهة الأولى: من جهة البيع الأول الواقع على مال المالك.

أقول: وتقريب الإشكال من هذه الجهة وجهان:

الأول: أن المشتري العالم بغاصبية البائع، يكون مرجع اشتراؤه منه إلى هبة وتملك للمبيع مجاناً، أو إلى هبة واستنقاذ للمبيع، لعدم إمكان قصد المعاوضة الحقيقية، ولازم ذلك عدم صحة البيع الأول.

والجواب عنه: ما ذكرناه مفضلاً في بيع الغاصب لنفسه.

الثاني: أن المشتري مع العلم بالغصبية إذا أقبض الثمن إياه، عُدد ذلك مملّكاً وتسليطاً مجاتياً، فيبقى المبيع بلا ثمن.

وفيه: - مضافاً إلى ما عرفت من فساد المبنى - أنه لو تمّ فإنما يتمّ على القول بالنقل، ولا يتمّ على القول بالكشف، إذ عليه يكون التسليط تسليطاً على مال الغير، وهو لا يكون مملّكاً.

مع أنه لا يتمّ، لأنه لو سلّم كونه تسليطاً مجاتياً، فحيث إنّه على خلاف القاعدة، فيقتصر على المتيقّن، وهو كونه مملّكاً في فرض عدم الإجازة.

الجهة الثانية: من جهة تتابع العقود.

وحاصله: أن ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه، فإذا أجاز ذلك فباع الثمن الغاصب أو اشترى به شيئاً، فقد خرج عن ملك مالكة، ودخل بدله في ملك الغاصب، على ما يقتضيه الإذن في التصرفات حتّى الناقلة، إمّا بدخوله في ملكه قبل التصرف الناقل وخروجه عن ملكه، أو بخروج الثمن عن ملك المشتري ودخول بدله في ملك الغاصب على اختلاف المسلكين في حقيقة البيع، فالبيع الثاني وكذا ما بعده من البيوع، ليس للمالك إجازته، لأنه لا معنى لإجازة العقد الواردة على ما ملكه عاقده، ولازم ذلك عدم جواز إجازة العقد الأوّل في صورة التتابع، لأنه يكون البيع بقاءً بلا ثمن.

وبعبارة أخرى: يكون من قبيل تلف الثمن قبل الإجازة، وترد عليه الإشكالات الثلاث التي أوردناها على الإشكال من الجهة الأولى.

الجهة الثالثة: من جهة إجازة غير العقد الأوّل.

وحاصله: - على ما ذكره الشيخ رحمته الله في ذيل شرح عبارة «الإيضاح»:-

أنّ إجازة المالك البيع الثاني الواقع على عوض ماله، وتأثيرها في صحّة ذلك العقد من الفضولي، تتوقّف على أن يكون المبيع ملكاً له، وإلاّ فإجازته إياه إجازة الأجنبي، وكون ذلك المبيع ملكاً له يتوقّف على إجازته، المستلزمة لإجازة العقد الأوّل، الموجبة لدخول المبيع في ملكه، وهذا دورٌ واضح^(١).

وفيه أولاً: إنّ هذا ليس إشكالاً مختصّاً بصورة علم المشتري بالغصب.

وثانياً: أنّه لا يختصّ تتابع العقود بما إذا أجاز الجميع بإجازة واحدة، فله أن يجيز مترتباً.

وثالثاً: لو أجاز العقد الثاني، انحلت إجازته إلى إجازتين:

إحدهما: متعلّقة بالعقد الثاني مطابقةً.

والأخرى: متعلّقة بالأوّل التزاماً.

وهما متحقّقتان فعلاً، ومؤثرتان بالترتيب.

وبالجملة: فإجازة العقد الثاني توجب أولاً دخول الثمن في ملك المبيز، ثمّ

خروجه عن ملكه، ودخوله في ملك المشتري في العقد الثاني، ولا محذور في ذلك.



أحكام الرد

مسألة: في أحكام الرد.

أقول: والكلام فيها يقع في موضعين:

الأول: في الرد الموجب لحلّ العقد.

الثاني: في تصرفات المالك قبل الإجازة.

أما الموضوع الأول: فبعد ما عرفت من تأثير الإجازة بعد الرد، وأن الرد لا يوجب حلّ العقد، وليس مفاده إلاّ عدم الإمضاء، لا مورد للبحث عن تحقّقه بأيّ شيء، وأما على المسلك الآخر، فلا ينبغي التوقّف في عدم تحقّقه بالبناء القلبي من غير أن يظهر لكونه من الإنشائيات، كما لا توقّف في تحقّقه بالقول - في الجملة - وبالفعل الذي يكون مصداقاً للرد. إنّما الكلام في أنه هل يتحقّق باللفظ غير الصريح أم لا؟

اختار الشيخ رحمته عدم التحقّق، لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل، وقابليته من طرف المجيز^(١).

أقول: مدرك عدم تأثير الإجازة بعد الرد:

إنّ كان هو الإجماع، وحيث أنّه دليلٌ لبيّ لا إطلاق له، فيتعيّن الإقتصار على

المتيقّن، وهو عدم تأثير الإجازة بعد الرد بالقول الصريح.

وأما لو كان المدرك قاعدة السلطنة، فبناءً على كونها ناظرة إلى الأسباب، كان

المتعين البناء على تحقّقه بكلّ لفظٍ دالٍّ عليه، صريحاً كان أم لم يكن كذلك.

وأما الموضع الثاني: فالكلام فيه يقع في مقامين:

الأول: في التصرفات المُخرِجة عن المِلْك.

الثاني: في التصرفات غير المُخرِجة عن المِلْك.

أما المقام الأول: فعلى النقل لا كلام في أنّها توجب فوت محلّ الإجازة بالنسبة إلى المالك، فإنّ المال باقٍ على ملكه، وتصرف المالك في ماله نافذ شرعاً، فيسقط العقد عن قابليّة التأثير بالنسبة إلى المتصرف، وكذلك على الكشف الإنقلابي والحكمي.

وأما على الكشف الحقيقي بنحو الشرط المتأخّر: فقد يتوهم أنّ الإجازة تكشف عن ملكيّة الغير من حين العقد، فيكون التصرف المُخرج واقعاً على ملك الغير. قال المحقّق الإصفهاني رحمته الله في مقام توضيحه: بأنّ صحّة العقدین معاً مستحيّلة، فلا بدّ من رفع اليد عن أحد البيعين، وحيث أنّه تؤثّر الإجازة في الملكيّة من حين العقد، فلا يعقل اعتبار اتصال الملكيّة بزمان الإجازة، فلا محالة تكون الملكيّة إلى حال العقد كافية في تأثير الإجازة.

وعليه، فالإجازة في المقام صالحه للتأثير، ويترتب عليه عدم نفوذ العقد الثاني، لوقوعه في ملك الغير، وهذا بخلاف العقد الثاني فإنّه غير صالح للتأثير، لأنّ تأثيره دوري، لتوقّفه على بقاء المال على ملك مالكه حال البيع، وهو متوقّف على عدم صحّة العقد المجاز، وهو متوقّف على عدم كون المال ملكاً له، مع أنّه لا يُخرج له عن

ملكه إلا العقد الثاني؛ فيدور^(١).

ولكن يرد عليه: أنه يعتبر في تأثير الإجازة - حتى على الكشف - كون زمام أمر البيع بيد المميز، وأنه إذا لم يُميز يكون المال ملكاً له، وهذا مع وقوع العقد الثاني مفقوداً، لأنه بعد وقوعه وخروج المال عن ملكه، لم يكن زمام أمر المال بيده حتى يميز، فالتصرفات المُخرجة عن الملك أعمّ من الناقلة والمتلفة، وتوجبُ تفويت محلّ الإجازة بالإضافة إلى المتصرف مطلقاً.

وأما المقام الثاني: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في التصرف المُخرج للملك عن قابليته وقوع الإجازة من زمان العقد. وبعبارة أخرى: التصرف المنافي لملك المشتري من حين العقد. الثاني: في التصرف غير المُخرج عن الملك.

أما المورد الأول: فقد مثل له الشيخ رحمته الله باستيلاء الجارية، وإجارة الدابة، وتزويج الأمة^(٢)، وزاد بعضهم: جعل حقّ للغير في المال كالزهن^(٣). أما استيلاء الجارية: فالحقّ أنه مانع عن تأثير الإجازة، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف:

أما على الأول: فواضح، لأنّ الانتقال إنما يكون في حال كونها أمّ ولد.

وأما على الثاني: فلائته وإن كان زمان الملكية من حين العقد وقبل الاستيلاء، إلا أنّ البيع إنما يصير بيعه من حين الإجازة، وإن كان أثره من قبل فيشملة ما دلّ

(١) حاشية المكاسب: ج ٢ / ٢٧٤.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٧٧.

(٣) الثاني في منية الطالب: ج ١ / ٢٨٦.

عدم جواز بيع الأمانة المستولدة.

وأما إجارة الدابة: فالأقوال فيها ثلاثة:

الأول: ما في «المكاسب» من الحكم بصحة الإجارة وبطلان البيع^(١).

الثاني: هو الحكم بصحتها معاً والرجوع إلى البدل، بالإضافة إلى المنفعة

المستوفاة بالإجارة.

الثالث: الحكم بوقوعها صحيحاً، مع ثبوت الخيار للمشتري.

والحق في المقام أن يقال: إنه بناءً على القول بالنقل، يتعين اختيار الثالث؛ أما

صحة الإجارة فلو وقعها من المالك الفعلي، وأما صحة البيع فلأن مورده العين،

وهي لم تخرج عن ملك المميز، فإجازته إجازة صادرة من أهلها، واقعة في محلها.

وأما ثبوت الخيار مع بقاء مدة الإجارة وجهل المشتري، فلأنه لم يرد إتلاف

على ملكه، وإنما انتقل إليه الملك مسلوب المنفعة، ولازم ذلك ثبوت الخيار.

وأما بناءً على الكشف الانقلابي: فلا بد من اختيار الثاني؛ أما صحة البيع

والإجارة فلما تقدم، وأما الرجوع إلى البدل فلأنه إذا انقلبت العين وصارت ملكاً

للمشتري بالإجارة، انقلبت بتبعه المنافع أيضاً، وحيث أن المالك أتلّفها من حين

الإجارة بعقد صحيح، لزم الرجوع إلى البدل.

وأما على الكشف الحقيقي: فالمتعين صحة البيع وبطلان الإجارة:

أما صحة البيع: فلأن الإجارة صادرة من أهلها.

وأما بطلان الإجارة: فلكشف الإجارة عن وقوع الإجارة على مال الغير.

فتحصّل: أنّ القول الأوّل لا دليل عليه.

وأما تزويج الأمة: فعلى الكشف الحقيقي باطل، إلا إذا أجاز مالكها؛ لأنّته تزويج لأمة الغير المستكشف ذلك من الإجازة، وأما على النقل فالإجازة تكون كبيعها بعد التزويج، وبه يظهر حكمها على الكشف الإنقلابي.

وأما مسألة الرهن: فعلى القول بالنقل يكون الرهن صحيحاً، وليس للمالك إجازة البيع كما هو ظاهر، وكذلك على القول بالكشف الإنقلابي، وأما على الكشف الحقيقي فيمكن البناء على تأثير الإجازة وانكشاف بطلان الرهن، لكونه رهنأً لمال الغير. فتأمل.

حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

وأما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع في جهتين:

الجهة الأولى: في أنّه هل يكون فعلٌ مصداقاً للرّد، كي يصحّ إنشاء الرّد به أم

لا؟، ذهب المحقّق النائيني رحمته الله إلى الثاني ^(١).

وفيه: الثابت عند عامّة الناس تفسير تحريك الرأس بعد سؤال السائل عن

إرادته البيع وعدمه، على أنّه فعل يقصد به الرّد بالحمل الشائع، وكذلك الكتابة،

وعليه فهما مصداقان للرّد الفعلي.

الجهة الثانية: في أنّ الأفعال غير المنافية لملك المشتري، هل يتحقّق بها الرّد أم

لا؟، وتلك الأفعال على قسمين:

(١) منية الطالب: ج ١ / ٢٨٧.

الأول: ما يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله.
الثاني: ما يقع في حال عدم الالتفات إلى ذلك .

أما القسم الأول: فقد ذهب الشيخ الأعظم رحمته الله إلى تحقق الرد به ^(١)، واستدل له:

١- بصدق الرد عليه، فيشمله ما دلَّ على أن للمالك الرد، مثل ما ورد في نكاح

العبد والأمة بغير إذن مولاه:

منها: الخبر الموثق الذي روي عن زرارة، عن الإمام الباقر عليه السلام: «عن مملوك

تزوج بغير إذن سيده؟ فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته، وإن شاء فرّق بينها» ^(٢)،

ونحوه غيره.

ومنها: ما ورد فيمن زوّجته أمه وهو غائب، كخبر محمد بن مسلم، عن مولانا

الباقر عليه السلام: «عن رجلٍ زوّجته أمه هو غائب؟

قال عليه السلام: النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج

تزوج به، فالمهر لازم لأمه» ^(٣).

٢- وبأن المانع عن صحّة الإجازة بعد الردّ القولي موجودٌ في الردّ الفعلي، وهو

خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد.

٣- وبفحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل، فإنّ

الوجه في تحقّق الفسخ، هو دلالته على قصد فسخ البيع، فإذا صلح الفسخ الفعلي

لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٧٩.

(٢) الكافي: ج ٥ / ٤٧٨ ح ٣، وسائل الشيعة: ج ٢١ / ١١٤ أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٢٤ ح ١ (٢٦٦٦٦).

(٣) التهذيب: ج ٧ / ٣٧٦ ح ٨٦، وسائل الشيعة: ج ٢٠ / ٢٨٠ أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ب ٧ ح ٣ (٢٥٦٢٩).

القابل للتأثير بطريق أولى.

أقول: في الجميع نظر:

أما الأول: فلأن غاية ما تدلّ عليه هذه الأدلة، إنما هي عدم صحة العقد مع الترك والتفريق، ولا تدلّ على حصول الردّ الموجب لحلّ العقد المانع عن تأثير الإجازة بعده الذي هو محلّ الكلام.

مع أنّه لو سلّم دلالتها على أنّ له الردّ، يرد عليه ما ذكره رحمته بقوله: (إلا أن يقال إن الإطلاق مسوق... الخ)^(١).

وحاصله: أنّه لا إطلاق لها من جهة ما يتحقّق به الردّ، ولعلّه يختصّ بالقول. وأما الثاني: فلعدم تسليم خروج المميز بمجرد الردّ عن كونه أحد الطرفين، بنحو لا تؤثر إجازته في انتساب العقد إليه، وصيرورته طرفاً للعقد.

وأما الثالث: فلأنّه يمكن أن يكون نظر المجمعين أو بعضهم في هذا الحكم إلى توقّف التصرفات المفروضة على الملك، لا دلالتها على الفسخ، وهذا وإن كان خلاف التحقيق - كما تبّه رحمته عليه^(٢) - إلا أن مجرد احتمال كون نظرهم إلى ذلك، يمنع عن التمسك به في الأصل، فضلاً عن الفرع.

مع أنّ الأولوية ممنوعة، إذ الدفع وإن كان أهون من الرفع، إلا أن الردّ في المقام دفع من حيث عدم الإلزام بالعقد، لا من حيث قطع سلطنة المالك، فن تلك الجهة بما أنّ فسخ ذي الخيار إرجاعٌ للسلطنة، والردّ في المقام اعدامٌ لها، لا مورد للشبّه بالأولوية.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٧٩ - ٤٨٠.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٨٠.

هذا كله مضافاً إلى أنّ تلك الأفعال المفروضة في حال الإلتفات لا تلازم إنشاء الرد بها، بل تلائم مع عدم الرد، مثلاً التعريض للبيع يمكن أن يكون للتحري عن مشتري يدفع ثمناً أكثر مما دفعه المشتري الأول، فإن حصل دفع إليه، وإلاّ أجاز بيع الفضولي، وعليه فلا تكون كاشفة عن إنشاء الرد.

فالحق أن يقال: إن منشأ عدم تأثير الإجازة بعد الرد:

إن كان هو الإجماع، فالمتيقن منه غير الرد الفعلي، بل ادعى الإجماع على اعتبار اللفظ في الرد، فالإجازة بعده تؤثر.

وإن كان مدركه دليل السلطنة، وقلنا إنّ له إطلافاً من حيث الأسباب، وأحرزنا من الخارج إنشاء الرد بهذه الأفعال، كان الرد المانع عن تأثير الإجازة متحققاً بالأفعال المفروضة، وإلاّ فلا.

وأما القسم الثاني: فالظاهر أنه لا يتحقق به الرد، لأنه من الإنشائيات المتقومة بالقصد المفقود مع عدم الإلتفات، وما أفتوا به من أن إنكار الطلاق رجوع، فإنما هو للنص الخاص^(١)، مع أنه يمكن تطبيقه على القاعدة، بأن يقال إنّ الزوجية بعد الطلاق إلى انقضاء العدة ثابتة، والتشبه بها رجوع، وإنكار الطلاق تشبّه بها، وعلى كلّ تقدير لا يكون مربوطاً بالمقام.



(١) أنظر وسائل الشريعة: باب ١٤ من أبواب أقسام الطلاق.

حكم رجوع المالك إلى المشتري لو لم يجز

مسألة: ولو لم يجز المالك، فإن كان المال في يده فهو، وإلا:

فتارة: تكون العين باقية.

وأخرى: تكون تالفة.

فإن كانت باقية: ينتزعا ممن وجدها في يده، وله الرجوع إلى غيره ممن دخلت

تحت يده، وأما حكم منافعتها فقد تقدّم في البيع الفاسد.

وإن كانت تالفة: فله الرجوع إلى كل من دخل المال تحت يده، وقرار الضمان إنما

يكون على من تلفت تحت يده، فإن رجع إلى الفضولي يأتي فيه المباني الخمسة المتقدمة:

قيمة يوم الغصب، أو يوم التلف، أو يوم الدفع، أو أعلى القيم من يوم الغصب

إلى يوم الدفع، أو أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف.

وإن رجع إلى المشتري، لا يبقى مورد لإحتمال الرجوع إليه بقيمة يوم الغصب

أو أعلى القيم منه، لو كانت القيمة يوم الغصب أعلى من سائر الأيام، لأن العين يوم

زيادة قيمتها لم تكن تحت يد المشتري كي يكون ضامناً لتلك القيمة.

وبما ذكرناه يظهر حكم الزيادة العينية.

هذا كله حكم المالك مع المشتري.

حكم رجوع المشتري إلى الغاصب

وأما حكم المشتري مع الفضولي، سواءً أكان باقياً أم تالفاً، فالكلام فيه:

تارة: في الثمن.

وأخرى: فيما يغرّمه زائداً على الثمن.

فالكلام يقع في مسألتين:

المسألة الأولى: في حكم المشتري مع الفضولي في الثمن، والكلام فيها

في موردين:

الأول: فيما إذا كان جاهلاً بكونه فضولياً.

الثاني: فيما إذا كان عالماً به.

أما في المورد الأول:

فتارة: ينكشف عند المشتري كذب البائع وأنه فضولي.

وأخرى: ينكشف كذب الآخر، ويعلم أنه مالك.

وثالثة: لا ينكشف شيء منها.

أقول: لا إشكال في جواز الرجوع في الصورة الأولى، وعدم جوازه في الصورة

الثانية، وأما في الصورة الثالثة فإن أقال المالك البيّنة على ملكيته له، جاز الرجوع

إليه، لأنه يصير البيع باطلاً بحكم الشارع.

وبعبارة أخرى: تكون البيّنة حجة في مثبتاتها، فيثبت بها كون البيع بيعاً لمال

الغير، وعدم كون البائع مالكاً وكونه فضولياً، ويترتب عليه جواز الرجوع، وكذلك

لو أقر البائع بذلك.

وأما إن كان أخذ المالك المبيع مستنداً إلى الحلف المرود من البائع، فغاية ما

يثبت به أخذ المبيع، ولا يثبت به كون البيع واقعاً على مال الغير.

وبعبارة أخرى: لا يكون الحلف طريقاً شرعياً إلى كون المال ملكاً للمدعي،

وعليه فلا وجه لرجوعه إلى البائع.

وأما المورد الثاني:

١- فإن كان الثمن باقياً: استردّه - لما تقدّم من عدم صيرورة ما دفع إلى الفضولي والغاصب بعنوان العوضيّة ملكاً له - وعلى فرض الملكية فغاياته كونه هبة، ويجوز الرجوع في الموهوب .

أقول: ذكر الشيخ رحمته وجهين آخرين لجواز الاسترداد^(١):

أحدهما: أنه لو كان التسليط مملّكاً، لزم البناء عليه في التسليط الواقع عقيب البيع الفاسد، وهذا ما لا يقولون به.

وفيه: إنه يمكن الفرق بين البابين، فإنّ الدفع في البيع الفاسد إنما يكون بعنوان الوفاء بالمعاملة، فلا يكون مملّكاً، وفي المقام ليس كذلك، فإنه ليس بعنوان الوفاء؛ لأنّ الوفاء بالمعاملة يقتضي الدفع إلى المالك لا إلى الفضولي.

ثانيهما: أنه لو كان التسليط مملّكاً، لزم عدم صحّة الإجازة من مالك المبيع حتّى على النقل كما تقدّم، مع أنه لم يشكّ أحد في الصحّة.

وفيه: إنه يمكن الجواب عنه بما ذكره رحمته من أنه يمكن أن يكون الدفع تمليكاً على تقدير عدم الإجازة^(٢).

٢- وإن كان الثمن تالفاً: المعروف أنه لا يجوز الرجوع، وعن غير واحدٍ

دعوى الإجماع عليه^(٣).

(١) المكاسب: ج ٣ / ٤٨٤ - ٤٨٥.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٨٤.

(٣) ادّعاء العلامة في التذكرة: ج ١ / ٤٦٣، والمختلف: ج ٥ / ٥٥ - ٥٦، وولده فخر المحقّقين في الإيضاح: ج ١

وقد استدلّ لجواز الرجوع وللضمان بوجوده:

الوجه الأول: ما استند إليه الشيخ رحمته، من أن إطلاق قولهم: (إنَّ كَلَّ عقدٍ يُضمَّن بصحيحة يُضمَّن بفاسده) يقتضي الضمان، نظراً إلى أن البيع الصحيح يقتضي الضمان، ففاسده كذلك^(١).

وفيه أولاً: إنَّ هذه ليست قاعدة مستقلة تعبدية في قبال سائر مقتضيات الضمان، بل مدركها عموم قاعدة «على اليد»^(٢)، فلا بدَّ من ملاحظة تلك القاعدة، والشيخ رحمته حيث منع من دلالة اليد على الضمان في المقام، فلا مورد لتأمّله، وميله إلى الضمان بل إفتائه به مستنداً إليها.

وثانياً: إنَّ هذه القاعدة غاية ما تدلّ عليه هو الضمان، وأمّا أن الضامن هو الغاصب البائع أو المالك، فلا تدلّ عليها إن لم تدلّ على أن الضامن هو المالك لا المجري للصفة، والعلم بعدم ضمانه في المقام من جهة التخصّص أو التخصيص نظراً إلى عدم كون العقد عقد المالك في المقام، لا يوجبُ صرف الضمان إلى البائع الغاصب.

وثالثاً: إنَّ الفساد لا يصدق على عقد الفضولي، بل هو صحيحٌ فاقد لشرط قابل للحوقة.

الوجه الثاني: قاعدة الإقدام.

(١) ٤٢١/، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: ج ٤ / ٧٧، والشهيد الثاني في المسالك: ج ٣ / ١٦٠، والروضة: ج ٣ /

٢٣٥ /، والمحدّث البحراني في الحدائق: ج ١٨ / ٣٩٢، وكاشف الغطاء في شرح القواعد (المخطوط) ص ٦٤.

(١١) الشيخ الطوسي في المبسوط: ج ٣ / ٨٥.

(٢) عوالي اللآلي: ج ١ / ٢٤٤ ح ١٠٦، سنن ابن ماجه: ج ٢ / ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، والترمذي: ج ٣ / ٥٦٦ ح ١٢٦٦،

ورواه الشيخ عن سمره عن النبي صلى الله عليه وآله في المبسوط: ج ٣ / ٥٩، والخلاف: ج ٣ / ٢٢٨.

أقول: قد تقدّم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد^(١) أنّها وغيرها من القواعد التي عدّوها من مقتضيات الضمان لا تكون كذلك، وأنّ موجب الضمان منحصر باليد والإتلاف، وهما في المقام يقتضيان الضمان.

أورد الشيخ^(٢): على الاستدلال باليد في المقام:

بأنّها وإن كانت تقتضى الضمان، إلّا أنّ (فحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه إليه لحفظه - كما في الوديعة - أو الانتفاع به - كما في العارية - أو استيفاء المنفعة منه - كما في العين المستأجرة - عدمه؛ إذ الدفع على هذا الوجه إذالم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه وإتلافه ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى)^(٣).
ثمّ أورد على نفسه: بأنّ التسليط إنّما يكون في مقابل العوض.

ثمّ أجاب عنه: بأنّه سلّطه بإزاء مال غيره، فلم يضمنه في الحقيقة شيئاً من كيسه.
ثمّ أورد على نفسه ثانياً بما حاصله: أنّه إنّما سلّطه بإزاء مال الغير بعد البناء - ولو عدواناً - على كونه ملكاً له، وعليه بنينا تحقّق مفهوم المعاوضة، فهو يسلّطه على وجه يضمنه بماله، إلّا أنّ كلّاً منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع، بل بنى المشتري على كون المثلّم ملكاً للبائع، فالتسليط إنّما يكون في مقابل ماله حقيقة، إلّا أنّ كون المثلّم مالاً له بالادّعاء^(٣).

وأجاب عنه: بأنّ المعاملة والتضمين لم يكونا بدواً بين الشخصين، لأنّ حقيقة المعاملة تضمين كلّ منهما للآخر بما له الواقعي، ويكون تعلّقها بالمالين اعتباراً ثانوياً، بل

(١) راجع: فقه الصادق: ج ٢٤ / ٢٧٨.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٤٨٦.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٤٨٧ - ٤٨٨.

تكون المعاملة ابتداءً بين المالكين، فيجعل أحد المالكين بإزاء الآخر وضمانه به، ولازم ذلك ضمان المالك الواقعي، والغاصب إنما طبق عنوان المالك الواقعي على نفسه ادعاءً، ولذلك رأى نفسه هو الضامن في المعاملة، وحيث إنه ليس بمالك فلا يكون ضامناً^(١).

أقول: يرد عليه رحمته أمور:

الأمر الأول: إن لازم ما ذكره رحمته - من كون التسليط مجانياً - هو جواز تصرفه تكليفاً، وقد صرح رحمته قبل ذلك بأسطر بعدم جوازه، حيث قال: (وهل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما عدم؛ لأنه أكل للمال بالباطل)^(٢).

الأمر الثاني: أن ما ذكره لو تتم، فأما هو في صورة التلف، ولا يتم في صورة الإلتلاف، إذا الحكم الثابت في الأصل إنما هو في صورة التلف دون الإلتلاف.

الأمر الثالث: أن ما أفاده يتم في التضمين المعاملي، وأما في الضمان الثابت باليد، المختص بما إذا كان وضع اليد على المال لا بإذن من المالك في التصرف فيه مجاناً وبلا عوض فلا يتم، فإن الغاصب هو من تحت يده المال، والتسليط الخارجي لا يكون مجانياً بل إنما يكون بمقتضى المعاوضة الواقعة بينهما، فما يدفعه إلى الغاصب إنما يدفعه إليه بعنوان كونه مال المدفوع إليه لا بعنوان كونه مال الدافع كما هو كذلك في موارد الإستئمان، فالفرق بين المقامين واضح.

لا يقال: إن التسليط الخارجي بما أنه من الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الخاصة، ليس قابلاً للتقيد بالعنوان المذكور، فمن ضرب شخصاً

باعتقاد أنه عدو له، فانكشف كونه صديقه، وقع ضربه على الصديق دون العدو،
ففي المقام التسليط وإن كان بعنوان أنه مال المدفوع إليه، إلا أنه حيث يكون في
الواقع للدافع، فهو تسليط لمال الدافع.

فإنه يقال: إن المؤثر في رفع الضمان ليس هو التسليط الخارجي بما هو كذلك،
بل بما أنه مبرز للإذن في التصرف فيه، وإتلافه الذي هو من المعاني الإيقاعية
المتعلقة بالصور الذهنية، وتلك المعاني قابلة للتقييد.

فإن قلت: إنه لا يمكن الإلتزام بضمان الغاصب بعد فرض كون الضمان المعاوضي
مع المالك، إذ لازمه جعل ضمانين لمال واحد.

قلت: إنه لا محذور فيه بعد فرض كونها طوليين.

فالمحصّل من مجموع ما ذكرناه: أنه لا مخصّص لقاعدة اليد والإتلاف، وعليه
فالأظهر هو الضمان - كما اختاره بعض الأساطين، ومال إليه جمع من المحقّقين^(١) -
وحرمة التصرف فيه، وإن حكم ذلك حكم المقبوض بالبيع الفاسد.

ثم إن هذا كله في صورة الرد.

وأما في صورة إجازة العقد: فلا كلام مع عدم قبض الثمن.

وأما في صورة القبض:

فقد يكون الثمن كلياً، وقد يكون شخصياً، وعلى التقديرين:

تارة: يكون المقبوض باقياً.

وأخرى: يكون تالفاً.

(١) كالسيد الزدي في حاشيته: ج ١ / ١٧٧، والأصفهاني في حاشيته: ج ٢ / ٢٩٧، والسيد الخوئي في مصباح
الفتاوى: ج ٤ / ٣٤٧، ومال إليه المحقّق الأبرواني في حاشيته: ج ١ / ١٤٦، والمقاماني في غاية الآمال: ج ٣ / ٢٠٤.

١- فإن كان الثمن كلياً وكان المقبوض باقياً:

فإن لم يُجز الإقباض أو أجازته وبنينا على عدم قابليته للإجازة، فإنه ليس للمالك - أي مالك المبيع - إلا الرجوع إلى المشتري، لأن المقبوض لامساس له به. وإن أجاز الإقباض، وبنينا على تأثير الإجازة فيه، فله الرجوع إلى البائع دون المشتري؛ لأن ذمة المشتري بريئة من الضمان، وماله داخل تحت يد البائع فيرجعه، ولا فرق في هذه الصورة بين القول بالنقل أو بالكشف.

٢- وإن كان الثمن كلياً وكان المقبوض تالفاً:

فإن لم يُجز الإقباض، أو أجازته وبنينا على عدم تأثيرها فيه، فله الرجوع إلى المشتري خاصة كما تقدّم، من غير فرق بين القول بالنقل أو بالكشف. وإن أجاز الإقباض، وبنينا على تأثيرها فيه: فعلى القول بأن إجازة الإقباض كاشفة عن كون الإقباض من الأوّل كان إقباضاً للمالك، كما أن إجازة العقد كاشفة، للمالك في هذه الحالة الرجوع إلى البائع في صورة الإتلاف دون التلف، إذ ليس على الأمين شيء إلا في صورة الإتلاف. وعلى القول بأن إجازته ناقلة - إما للبناء على النقل مطلقاً، أو في خصوص إجازة الإقباض وشبهها - فإنه لا أثر لهذه الإجازة، لعدم بقاء المقبوض حتى تصح إجازته، فلا بد وأن يرجع إلى المشتري خاصة.

٣- وإن كان الثمن شخصياً وبقياً، وأجاز الإقباض:

فإن بنينا على تأثيرها، له الرجوع إلى البائع خاصة - من غير فرق بين القول بالنقل أو بالكشف.

وإن لم يجز الإقباض، أو أجازته وبنينا على عدم تأثيرها، فله الرجوع إلى كلِّ منها، أي البائع والمشتري على المسلكين:

أما رجوعه إلى البائع: فلكون ماله تحت يده.

وأما رجوعه إلى المشتري: فللزوم التسليم عليه.

٤- وإن كان الثمن شخصياً وتالفاً:

فبناءً على النقل مطلقاً، أو في خصوص إجازة الإقباض، لا يبقى مورد لإجازة

الإقباض، فينفسخ العقد، لأنَّ كلَّ مبيعٍ تلف قبل قبضه فهو من مال صاحبه، فتأمل.

وأما بناءً على القول بالكشف حتّى في الإجازة، وأجاز الإقباض، فليس

للمالك الرجوع إلى البائع ولا إلى المشتري:

أما عدم الرجوع إلى الأوّل: فلأنّته أمين.

وأما عدم رجوعه إلى الثاني: فلتسلّمه الثمن.

نعم في فرض الإتلاف يرجع إلى البائع.

فتحصّل: أنّه في بعض الفروض يرجع إلى أيّ منها شاء، وفي بعضها لا يرجع

إليها، وفي بعضها يرجع إلى المشتري فقط، وفي بعضها إلى البائع، وفي بعضها

يبطل العقد.



الغرامة التي غرمها المشتري

المسألة الثانية: فيما يغرمه المشتري للمالك غير الثمن، إمّا في مقابل العين، أو في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، أو ما يصرف في إصلاح ملكه، أو لدفع النوائب عنه.

وعليه فهو على أقسام:

القسم الأول: ما يكون في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن الذي اشترى به إذا رجع بها المالك على المشتري، كما لو اشترى المبيع بعشرة، وأخذ منه المالك عشرين بعد تلف العين في يده.

القسم الثاني: قيمة المنافع المستوفاة.

القسم الثالث: ما يغرمه في مقابل المنافع غير المستوفاة.

القسم الرابع: ما يغرمه من جهة حفرٍ أو نفقةٍ أو قيمة ولد ونحو ذلك.

أقول: إنّ محلّ الكلام في المقام ليس إلا رجوع المشتري إلى البائع بعد رجوع المالك إليه، وأمّا رجوع المالك إلى المشتري فهو مفروغ عنه في هذا البحث، كما أنّ محلّ الكلام صورة الرد دون الإجازة، وعليه فيقع الكلام:

تارةً: في صورة العلم بالفضوليّة.

وأخرى: في صورة الجهل بها.

أمّا في الصورة الأولى: فالظاهر أنّه لا خلاف بينهم في عدم رجوع المشتري

إلى البائع، لعدم الدليل عليه.

وقد يقال: إنّه يستثنى من ذلك موردان:

الأول: ما إذا ادعى البائع الإذن من المالك.

الثاني: ما إذا التزم بالخروج عن عهدة الغرامات إذا لم يجز المالك.

أقول: أمّا في المورد الأول فمجرد دعوى الإذن لا يوجب الإستناد إليه، كي

تصحّ دعوى الغرور، وأمّا في المورد الثاني فإن كان الإلتزام على الوجه الشرعي فهو الموجب للرجوع، وإلا فلا موجب له.

وأما في الصورة الثانية: فقبل بيان حكم الأقسام، لابدّ من بيان القواعد التي

استندوا إليها في الحكم في المقام:

منها: قاعدة نفي الضرر، حيث أنّ الحكم بعدم رجوع المشتري إلى البائع ضررٌ

عليه، فتنفيه القاعدة.

وفيه أولاً: ما حُقق في محلّه^(١) من أنّ قاعدة نفي الضرر نافية للأحكام، ولا

تصلح لإثبات الحكم، فلا يمكن إثبات الضمان بها.

وثانياً: إنّ الحكم بضمان البائع ضررٌ عليه، فيتعارض الضرران.

وعليه، فالأظهر أنّه لا مورد لها في المقام.

ومنها: قاعدة التسيب، أي قوّة السبب على المباشر، واستدلّوا لها بالإجماع المحكيّ

في «الإيضاح»^(٢) على تقديم السبب على المباشر إذا كان أقوى، وبقاعدة الإلتلاف.

وفيه: إنّ المتيقّن من معقد الإجماع، وما يستفاد من القاعدة، إنّما هو فيما إذا لم

يتوسّط بين فعل الفاعل والأثر المترتب عليه فعلٌ فاعليٌّ مختار.

(١) زبدة الأصول (ط. ق.): ج ٥ / ٢٥٧.

(٢) الإيضاح: ج ٤ / ٧٥.

توضيح ذلك: إنَّ السبب على أقسام ثلاثة:

القسم الأول: ما إذا كان الفعل مستنداً إلى السبب دون المباشر، ويكون المباشر غير مختار، ولم يصدر عنه الفعل باختياره، وفي هذا القسم يتمّ ما ذكر، والدليلان يدلّان على الضمان على السبب.

وعَدَّ المحقِّق النائيني رحمته من هذا القسم حكم المحاكم بشهادة شهود الزور، وفعل المكره بإكراه الجائر؛ نظراً إلى أنَّ الفعل لا يستند إلى المباشر شرعاً لكونه واجباً عليه^(١). وفيه: إنَّ الوجوب الشرعي لا يوجب رفع الضمان، ألا ترى أنَّه لو اضطرَّ إلى أكل مال الغير ووجب عليه ذلك حفظاً للنفس، لا يحكم عليه بعدم الضمان، بل هو ضامنٌ، ففي مسألة المكره للمالك الرجوع إلى المكره (بالفتح). نعم في مسألة حكم الحاكم ليس له الرجوع إليه للنصوص الخاصة.

القسم الثاني: ما إذا كان السبب أحدث الدّاعي للمباشر من دون أن يستند الفعل إلى السبب، كمن علّم غيره طريق سرقة الأموال، وفي هذا القسم لا وجه للضمان على السبب، والوجهان لا يدلّان عليه.

القسم الثالث: ما إذا كان الفعل مستنداً إلى المباشر، والضمان المترتب عليه مستنداً إلى السبب، كمن قدّم إلى غيره طعاماً ليأكله مجّاناً فتبيّن عدم كون الطعام له. وفي هذا القسم وإن كان المتّجه الضمان، ولكن لا لما تقدّم من الإجماع وقاعدة الإلتلاف، فإنّه بعد فرض استناد الفعل إلى المباشر لا يكون السبب متلفاً، ولا يكون الإجماع عليه تعديتاً، بل لقواعدٍ أخرى.

وبالجملة: فاتّضح ممّا ذكرنا أنّ قاعدة التسيب من حيث هي لا موضوعيّة لها.
ومنها: قاعدة الغرور، واستندوا فيها إلى أمور:
أحدها: الإجماع.

ثانيها: قاعدة نفي الضرر، نُسب ذلك إلى «الرياض»^(١).

ثالثها: قاعدة الإلتلاف من باب قوّة السبب على المباشر.

رابعها: قاعدة الإلتلاف، بالإضافة إلى الخسارة الواردة على المغرور.

أقول: شيءٌ من هذه الوجوه لا يتمّ:

أما الثلاثة الأولى: فلما تقدّم.

وأما الأخير: فلأنّ خسارة المالك مستندة إلى حكم الشارع بالضمان من جهة

الإلتلاف الذي قام به المشتري بإرادته واختياره، غير المستند إلى البائع كما تقدّم.

أقول: فالصحيح أن يستدلّ لها بوجهين آخرين:

أحدهما: النبويّ المعروف: «المغرور يرجع على من غرّه»^(٢) المعمول به

بين الفريقين.

ثانيهما: استنباطها من النصوص الخاصّة الواردة في الموارد الجزئيّة، مع اشتغال

بعضها على التعليل:

١- كخبر رفاعة: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام: في امرأة زوجها وليها وهي

(١) الرياض: ج ٢ / ٣٠٧.

(٢) لم تذكر في المجامع الروائية، ونسبها المحقّق الثاني في حاشيته على الإرشاد إلى النبي صلى الله عليه وآله كما حكاه عنه

الترقي في المستند: ج ١٤ / ٢٩٦، ونسبها المحقّق الثاني أيضاً للمصوم عليه السلام في جامع المقاصد: ج ١٣ / ٢٩٥،

وبتفاوت في سنن البيهقي: ج ٧ / ٢١٩.

بِرِضَاءٍ: أَنْ هَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، وَأَنَّ الْمَهْرَ عَلَى الَّذِي زَوَّجَهَا، وَإِنَّمَا صَارَ الْمَهْرُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ دَلَّسَهَا»^(١).

٢- وفي خبر إسماعيل بن جابر: «في الرجل أعجبته امرأة، فأتي أباهَا فزوّجه غيرها، فولدت منه، ثم علم أنّها غير ابنته وأنّتها أمة؟

قال عليه السلام: تردّ الوليدة على مواليتها، والولد للرجل، وعلى الذي زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه»^(٢).

ونحوهما غيرهما، وهي وإن وردت في النكاح، إلاّ أنّه لما فيها من عموم العلة تتعدّى عن النكاح إلى غيره، فالحقّ ثبوت هذه القاعدة.

نعم، تختصّ بناءً على ذلك بما إذا كان الغارّ عالماً، وأمّا إذا كان جاهلاً فلا تكون هذه القاعدة ثابتة؛ وذلك لأنّ الغرور ليس بمعنى الجهل؛ إذ بهذا المعنى يصبح لازماً لا يكون له اسم الفاعل والمفعول، بل هو بمعنى الخدعة والتدليس، ولا إشكال في أنّ البائع أو غيره الموجب للخسارة إذا كان جاهلاً لا يعدّ مدلساً، ولا يكون فعله خدعة، فلا يشملها النبويّ ولا النصوص الخاصّة.

أقول: وبما ذكرناه ظهر عدم تماميّة ما أفاده السيّد الفقيه رحمته الله بقوله:

(ولا فرق على الظاهر بين كون الغارّ عالماً أو جاهلاً، وما يحتمل أو يقال من

عدم صدق الغرور مع الجهل كما ترى)^(٣).

وأيضاً: ربما يستدلّ لهذه القاعدة بالنصوص الواردة في شاهد الزور^(٤) الدالّة

(١) الكافي: ج ٥ / ٤٠٧ ح ٩، وسائل الشيعة: ج ٢١ / ٢٥٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٦ ح ٦ (٢٦٩٢٠).

(٢) الكافي: ج ٥ / ٤٠٨ ح ١٣، وسائل الشيعة: ج ٢١ / ٢٢٠ أبواب العيوب والتدليس ب ٧ ح ١ (٢٦٩٣٨).

(٣) حاشية السيّد الزدي (ط.ق.): ج ١ / ١٧٩.

(٤) لاحظ وسائل الشيعة: ج ٢٧ / ٣٢٧ كتاب الشهادات ب ١١.

على أنه يرجع إليه إذا رجع من شهادته.
ولكنه فاسدٌ، وذلك لوجهين:
الوجه الأول: أنها تدلّ على الرجوع ابتداءً إلى شاهد الزور، لا أنه يرجع إلى
الحاكم وهو إلى الشاهد، فلا ربط لها بهذه القاعدة.
الوجه الثاني: أن في ذلك الباب خصوصية، وهي أن المباشر - وهو الحاكم -
يجب عليه الحكم على طبق الشهادة، ومع احتمال دخلها لا سبيل إلى دعوى التعدي
وإلغاء الخصوصية.

أقول: إذا عرفت هذا فاعلم أن المعروف بين الأصحاب رجوع المشتري إلى البائع
في الغرامة التي لم يحصل له في مقابلها نفع، وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه^(١).
واستدلّ له: بالإجماع، وبقاعدة نفي الضرر، وقد مرّ ما فيها.
وبالجملة: فالصحيح أن يستدلّ له:
١ - بقاعدة الغرور.

٢ - وبصحيح جميل، عن الإمام الصادق عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية من
السوق فيولدها، ثم يجيء مستحقّ الجارية؟
قال عليه السلام: يأخذ الجارية المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على
من باعه بثمن الجارية، وقيمة الولد التي أخذت منه»^(٢).

لأنّ حرّية الولد إما أن تُعدّ نفعاً عائداً إلى الأب أو لا، وعلى التقديرين

(١) كالحلي في السرائر: ج ٢ / ٤٩٣، والمحقق الثاني في جامع المقاصد: ج ٥ / ٣٤٠، والشهيد الثاني في المسالك:

ج ٤ / ٢٠٥، وحكاة عن فخر الإسلام السيد العاملي في مفتاح الكرامة: ج ٤ / ١٩٩.

(٢) التهذيب: ج ٧ / ٨٢، ٦٧، وسائل الشيعة: ج ٢١ / ٢٠٥ أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٨٨ ح ٥ (٢٦٩٠٤).

يثبت المطلوب:

أما على الأول: فبالفحوى، إذ لو ضمن الغار في صورة عود النفع إلى المغرور
فبالأولى في صورة عدمه.

وأما على الثاني: فواضح.

وعن صاحب «الحدائق»: عدم الرجوع إليه^(١)، واستدلّ له، بجبري زرارة^(٢)
وزريق^(٣) الساكنين عن حكم رجوع المشتري إلى البائع، مع كونها في مقام البيان،
فإنّ ذلك آية عدم الرجوع.

وفيه أولاً: إنّ خبر زرارة ساكتٌ عن الرجوع في ما غرمه في مقابل المنافع
المستوفاة، فلا مساس له بمسألتنا، وماورد في ذيل خبر زريق - المتضمّن لرجوع
المشتري في الغرامة التي غرمها في إصلاح المعيشة من قيمة غرسٍ أو بناءٍ أو نفقةٍ في
مصلحة المعيشة ودفع النوائب عنها إلى المالك - يدلّ على خلاف المقصود.

وثانياً: إنّ السكوت في مقام البيان يكون دليلاً لا مطلقه، وفي المقام الخبران في
مقام بيان حكم المشتري مع المالك، لا في مقام البيان من جميع الجهات حتّى من
جهة رجوع المشتري إلى البائع.

وثالثاً: إنّ السكوت في مقام البيان غايته الظهور في عدم الرجوع، وهو لا
يصلح لأن يقاوم صحيح جميل الصريح في الرجوع.

(١) الحدائق: ج ١٩ / ٥٦٦.

(٢) التهذيب: ج ٧ / ٨٣ / ٧١. وسائل الشيعة: ج ٢١ / ٢٠٤ أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٨٨ ح ٤ (٢٦٩٠٣).

(٣) أمالي الشيخ الطوسي ص ٦٩٨ مجلس ٣٩، وسائل الشيعة: ١٧ ص ٣٤٠ أبواب عقد البيع وشروطه ب ٣ ح ١

ورابعاً: إنّه لو سلّم التعارض، يتعيّن تقديم الصحيح لوجوهٍ لا تخفى.
أقول: وأمّا الغرامة التي غرمها في مقابل المنافع الواصلة إليه، ففيها قولان، وقد
استدلّ الشيخ رحمته ^(١) وغيره للرجوع بوجوه:
منها: قاعدة لا ضرر.

وفيه: - مضافاً إلى ما تقدّم - إن الغرامة المقابلة للنفع الواصلة إليه لا تكون ضرراً.
وبعبارة أخرى: إن الضرر هو النقص المالي أو البدني أو العرّضي، والنقص
المالي الذي يقوم مقامه ما يسدّ مسدّه ليس بنقص مالي عند العرف، وفي المقام بما أنّ
الغرامة إنّما تكون في مقابل ما وصل إليه من النفع لا تعدّ ضرراً.
ومنّها: قاعدة التسيّب.

أقول: قد مرّ عدم كونها قاعدة مستقلة، إلا إذا كان السبب بحيث يستند التلف
إليه عرفاً، والمتّجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً.
ومنّها: النصوص الواردة في شاهد الزور، وقد مرّ أنّها أجنبيّة عن المقام.
أقول: الأولى أن يستدلّ له:

١ - بقاعدة الغرور، فإنّ الميزان فيها هو التعزير، سواء استوفى المغرور نفعاً
كأكله الطعام أو لم يستوف أصلاً.

٢ - وبصحيح جميل المتقدّم، بناءً على أنّ مورده الغرامة التي تكون بإزاء المنفعة
كما تقدّم، إمّا لأن الحرّية نفعٌ عائد إلى الأب، أو لأنّ الولد نفسه منفعة له وإن لم تكن
منفعة مائيّة.

ثم إن قاعدة الغرور وإن اختصت بصورة علم البائع، إلا أن مقتضى إطلاق الصحيح عدم الفرق بين صورة العلم والجهل.

وبما ذكرناه ظهر حكم ما يغرمه في مقابل المنافع غير المستوفاة.

وأما الغرامة التي يغرمها في مقابل العين: فبالنسبة إلى المقدار الذي جعل ثمناً إذا لم يكن دفع الثمن إلى الفضولي، لا يرجع فيه إلى البائع، لأن هذه الغرامة لم تنشأ من تغريب البائع، لأنه لو فرض صدق البائع في دعواه لكانت هذه الغرامة ثابتة. وما ذكره السيد الفقيه^(١) في وجه الرجوع بقوله: (إنه لم يُقدّم على هذه الغرامة، وإنما أقدم على دفع الثمن، والمفروض عدم إمضاء الشارع له)^(١).

يرد عليه: أن الرد إلى المالك أو البائع، لا يوجب الفرق في عدم صدق الغرور، بعد التزامه بكون هذا المقدار من المال يكون عوضاً عن المال التالف.

وأما في المقدار الزائد - كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة، فتلف فأخذ منه المالك عشرين - فقد ذهب الشيخ الأعظم^(٢) - تبعاً لغيره من الأساطين - إلى أنه يرجع إلى البائع في المقدار الزائد، لقاعدة الغرور.

وأورد عليه^(٣): بأن الإقدام والغرور لا يجتمعان، ولذا لا يرجع على البائع بالمستحق. وعليه، فإذا بنينا على أن مقتضى إقدام المشتري ضمانه بتأم القيمة الواقعية للمالك - كما هو المدرك للضمان في كل عقدٍ فاسدٍ يضمن بصحيحه - لا وجه للرجوع إلى البائع، حيث لا تغريب، وإن قيل إنه لا يكون مُقَدِّماً على الضمان بتأم القيمة، لما كان

(١) حاشية السيد الزيدي (ط.ق.): ج ١ / ١٨٢.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٥٠٢.

(٣) حاصل الإيراد للشهيد الثاني في المسالك: ج ١٢ / ٢٢٥، وذكره صاحب الجواهر في الجواهر: ج ٣٧ / ١٧٩.

وجه ضمانها للمالك.

وبعبارة أخرى: إن كان مُقَدِّماً على الضمان بالقيمة الواقعية، لا مورد لقاعدة الغرور، وإلا فلا وجه لأصل الضمان.

أقول: وأجاب عنه الشيخ رحمته بجوابين^(١):

الجواب الأول: الإقدام إنما يكون على المسمى، ولا إقدام على غيره، فبالنسبة إلى ما لا إقدام عليه، تكون قاعدة الغرور جارية بلا مانع، ولكن الإقدام على المسمى سبب شرعاً لضمان تمام القيمة، ضمان التمام ليس مُقَدِّماً عليه لينافي الغرور، بل أثر الإقدام على المسمى، هو ضمان تمام القيمة. وتبعه في هذا الجواب غيره من الأساطين^(٢).

وفيه: إنه إذا كان مدرك الضمان هو الإقدام - كما هو مبنى الإشكال - فإنه لا وجه للقول بالضمان بالنسبة إلى تمام القيمة، مع كون الإقدام على المسمى، إلا إذا ورد دليل على أن الإقدام على شيء سبب لضمان شيء آخر، والمفروض عدمه، فعلى هذا المبنى لا مدفع لهذا الإيراد.

الجواب الثاني: وهو الحق، من منع المبنى، لأن مدرك الضمان في المقام وغيره من المقبوض بالعقد الفاسد إنما هو قاعدة اليد، وهي تقتضي الضمان بتمام القيمة، والغرور يوجب رجوع المغرور إلى الغارّ في المقدار الذي غرّر فيه، فبالنسبة إلى المقدار الزائد وإن كان مقتضى اليد هو الضمان للمالك، إلا أن مقتضى قاعدة الغرور هو الرجوع فيها إلى البائع.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٥٠٢.

(٢) كالسيد الزدي في حاشيته: ج ١ / ١٨٢، والأيرواني في حاشيته: ج ١ / ١٤٨.

أقول: ثم إنّه ممّا ذكرناه ظهر أنّه إنّما يرجع إليه في صورة علم البائع، وأمّا في صورة جهله فلا مجال للرجوع إليه لعدم صدق الغرور، هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد.

ولو تجددت بعده، فقد التزم الشيخ رحمته في «المكاسب» بأنّ: (الحكم بالرجوع فيه أولى)^(١).

والظاهر أنّ وجه الأوليّة هناك، من جهة احتمال أنّ الإقدام على الضمان بالمسّمى إقدامٌ على الضمان بالقيمة الواقعيّة، وهذا غير محتملٍ في المقام، لأنّ ما يتجدّد له من القيمة لا يحتمل كونه مقدّماً على ضمانه.

غرامة الأوصاف: وأمّا ما يغرمه بإزاء أوصافه، فقد فصلّ الشيخ رحمته بين وصف الصّحة وغيره من الأوصاف، والتزم بعدم الرجوع في وصف الصّحة - نظراً إلى مقابلته بجزء من الثمن - والرجوع في غيره من الأوصاف، كما لو كان عبداً كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري، فرجع المالك عليه بالتفاوت؛ لأنّته لم يُقدّم على ضمان ذلك، وتام الكلام يتحقّق بالبحث في مقامين:

الأول: في الفرق بين وصف الصّحة وغيره من الأوصاف.

الثاني: من أنّه هل يرجع إلى البائع فيما يغرمه بإزاء الأوصاف أم لا؟.

أمّا المقام الأول: فالأظهر عدم الفرق بينها، وأنّ شيئاً منها لا يقسّط عليه الثمن، وإنّ كان يعدّ موجباً لزيادة قيمة الموصوف، ولا فرق في ذلك بين وصف الصّحة وغيره، والشاهد عليه ثبوت الخيار في تخلف الوصف، وثبوت الأرش في خيار العيب، لا يدلّ على مقابلته بالثمن، وإلّا لزم أن يرده البائع جزء من الثمن.

وأما المقام الثاني: فالأظهر - خلافاً للسيد الفقيه رحمته (١) وغيره (٢) - عدم الرجوع؛ لعدم تغير البائع إياه، وقد أقدم المشتري على أن الخسارة المتوجهة إليه من ناحية الوصف تكون عليه، وهذا يمنع عن صدق الغرور. نعم، الأوصاف التي توجد فيما بعد وتلف - حيث إنه لم يُقدّم على ضمانها - له الرجوع فيها إليه.

قال الشيخ رحمته: (ثم إن ما ذكرنا كلاً إنما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البائع غير مالك، أما لو كان فاسداً من جهة أخرى، فلا رجوع على البائع؛ لأن الغرامة لم تجيء من تغير البائع في دعوى الملكية، وإنما جاءت من جهة فساد البيع) (٣).

أما المحقق النائيني رحمته: فقد استدلل لإختصاص قاعدة الغرور بالعقد الذي يكون قابلاً للصحة بإجازة المالك، بأن العقد الفاسد من جهة أخرى لا يكون الضمان الحاصل فيه مستنداً إلى التغير، فإن الفساد من جهة أخرى هو أسبق العلل، فلا يكون البائع غير المالك هو منشأ الفساد، ولا المجموع بالتشريك، لأن العقد الفاسد من جهة كون البائع غير مالكٍ بمنزلة وجود المانع، والفساد من جهة أخرى بمنزلة فقد المقتضي، فلاحالة يستند الفساد إلى عدم المقتضي لا إلى وجود المانع (٤).

وفيه: إن سبب الضمان - بعد عدم العقد الصحيح - هو قاعدة اليد، سواء أكان

(١) حاشية الزدي: ج ١ / ١٨٣.

(٢) كالأبرواني في حاشيته: ج ١ / ١٤٩.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٥٠٤.

(٤) منية الطالب: ج ١ / ٢٩٨.

عدم الصحة لإختلال شرطٍ من شروط العقد، أو كان لإختلال سائر الشروط، والتغريم سببٌ للرجوع لا للضمان، فلا يكون التغريم وسبب الضمان مقتضاهما متحداً حتى يشتركا في التأثير أو يكون التأثير للأسبق منهما.

أقول: فالأولى أن يستدلّ له فيما إذا كان المشتري عالماً بالفساد من ناحية أخرى، وهي أنّ التغريم المساوق للتدليس والتخديع متقومٌ صدقه بجهل المغرور بالضمان، فع علمه بذلك، وأنته يكون ضامناً على كلّ حال - سواءً أكان البائع مالكاً أم لا - لا يصدق هذا العنوان، وعليه فلا وجه للرجوع.



تعاقب الأيدي

مسألة: يدور البحث فيما عن أنه إذا باع الغاصب ما غصبه، ثم باعه المشتري لشخصٍ ثالثٍ، ثم تلف المال في يد المشتري الثاني، فإنه لا خلاف في أنه للمالك مع ردّ البيع الأول الرجوع إلى كلٍّ من الغاصب والمشتريين، مع أنّ الشيء الواحد ليس له إلاّ بدلٌ واحد، فكيف يحكم بضمان كلٍّ من الثلاثة؟!

أقول: تنقيح القول في المسألة إنما هو بالبحث في مقامين:

الأول: حكم المالك بالإضافة إلى كلٍّ واحد منهم.

الثاني: حكم كلٍّ واحدٍ منهم بالإضافة إلى الآخر.

أما المقام الأول: فقد أُورد على ضمان كلٍّ من دخل المال تحت يده بما حصله:

أنّته إن اعتبر شيءٌ واحد في الذم، لزم استقرار الواحد في محال متعدّده:

وإن التزم بتعدّد ما في الذم، لزم أن يكون لشيء واحدٍ أبدال متعدّده، مع أنّ

الشيء الواحد ليس له إلاّ بدل واحد.

أقول: الحقّ في الجواب عن هذا الشبهة أن يقال: إنّ الكلام:

تارةً: في الحكم الوضعي.

وأخرى: في الحكم التكليفي.

أما من حيث الحكم الوضعي:

فإن قلنا: بأن معنى ضمان العين كونها في عهدة الضامن - كما قويناه - فإنه

لا محذور في تعدّد الضامن، لأنّ الشيء الواحد في المحال المتعدّدة اعتباراً، ككونه في

الأذهان المتعدّدة بتعدّد صورهِ لا محذور فيه، والعهدة ليست إلّا محلاًّ اعتباريّاً،
وحيث إنّهُ واحدٌ، فلا محالة يسقط عن جميع الدّم بأداء واحدٍ منهم.
وإن قلنا: بأنّ ضمان العين إنّما هو ثبوت بدلهَا في الذمّة:
فإنّ التزمنا بأنّ في ذمّة كلّ واحدٍ حصّة من الطبيعي، غير ما في ذمّة الآخر،
لزم ثبوت أبدال عديدة لشيء واحد.
وأما إنّ التزمنا بأنّ الطبيعي بنفسه في ذمّة كلّ واحدٍ من دون أن يصير حصّة،
أو التزمنا بأنّ حصّة منه في ذمّة كلّ واحد من جهة أنّه وجود اعتباري، فإنّه
لا محذور في الإلتزام بشيء من ذلك، فلا يلزم هذا المحذور أيضاً.
وأما من حيث الحكم التكليفي: فالكلام فيه هو الكلام في الوجوب الكفائي؛
لأنّه أحد مصاديق ذلك، وقد حقّقنا في الأصول إمكانه^(١)، وعليه فلا محذور فيه أصلاً.
أقول: وأما ما أفاده الشيخ رحمته في الجواب عن هذه الشبهة بما حاصله:
أنّ الدّم المتعدّدة تشتغل بواحدٍ على البدل، نظير الواجب الكفائي في العبادات^(٢).
فيرد عليه: أنّه في الواجب الكفائي لا يكون الوجوب متوجّهاً إلى أحد الأفراد
على البدل، فإنّ ذلك غير معقول، بل الوجه المعقول هناك توجّه التكليف إلى الجميع،
لكن مشروطاً بعدم إتيان الآخرين، وهذا لا يمكن الإلتزام به في المقام، فإنّه:
١- إمّا أن يلتزم بتقييد اشتغال كلّ ذمّة بعدم اشتغال لأخرى.
٢- أو يلتزم بتقييد اشتغالها بعدم المطالبة من الآخر.
٣- أو يلتزم بتقييده بعدم أداء الآخر.

(١) راجع بحث الواجب الكفائي في ج ٢ (ط . ق) من زبدة الأصول.

(٢) المكاسب ج ٣/ ٥٠٦-٥٠٨.

ولازم الأول انتفاء الإشتغال رأساً، لو كان الشرط عدم الآخر مقارناً له، وثبوت الاشتغالين معاً لو كان الشرط عدم الآخر بالعدم السابق، وهما كما ترى. ولازم الثاني ثبوت الاشتغالين وبدلين عند عدم مطالبتهما. ولازم الثالث استحقاق المالك لأبدال متعدّدة، لو أذى الجميع ما في ذمهم، كما يحصل الإمتثال بفعل الجميع لو اتفق الجميع على الإمتثال في الواجب الكفائي، مع أن المالك لا يستحقّ في شيء من الحالات إلاً بدلاً واحداً. ودعوى: أن الإلتزام بأن الخطاب بالنسبة إلى غير من بيده التلف تكليفي، لا وضعي، كما عن بعض الأعظم^(١).

مردودة: بأنّه لا وجه له بعد كون نسبة (على اليد) إليهما على حدّ سواء.

المقام الثاني: في حكم كلّ واحدٍ منهم بالإضافة إلى الآخر.

ومحصّل الإشكال في المقام: أن الأوصحاب حكموا في صورة توارد الأيدي أنه لو تلفت العين، يكون قرار الضمان على من تلفت العين في يده، ولو رجع المالك إلى السابق، يرجع هو إلى اللاحق، ولا يرجع اللاحق إلى السابق إلا إذا كان هناك غرور، لأنّ (المغرور يرجع إلى من غرّه)، مع اشتراكهما في سبب الضمان ووحدة نسبة (على اليد) إليهما.

وأجابوا عن ذلك بأجوبة:

الجواب الأول: ما أفاده الشيخ^(٢)، وحاصله:

(١) نسبة المحقّق العراقي لبعض الأعظم في (رسالة في تعاقب الأيدي): ص ٢٢١.

(٢) المكاسب: ج ٣ / ٥٠٨.

إنّ السابق بمجرّد وضع يده على المال يصبح ضامناً، بحيث يكون بدل العين على تقدير التلف على ذي اليد، فتصير العين بذلك مضمونة بالقوّة، ومتحيّئة بهذه الحيثيّة، فيدّ اللاّحق وارداً على عين لها بدل، فضمانها ضمان عين لها بدل، ومرجع ذلك إلى ضمان العين وبدلها على سبيل البديل، إذ لو كان الضمان لخصوص العين خرج البديل عن كونه بدلاً.

أقول: وبهذا التقريب تندفع جملة من الإشكالات التي أوردها بعض المحشّين^(١).
منها: أنّه ما الوجه في ضمان البديل بعدما لم يدلّ دليلٌ عليه؟! إذ قد عرفت أنّ ضمانه مقتضي البديّة.

ومنها: أنّ لازمه جواز رجوع السابق إلى اللاّحق قبل دفع البديل، وقد ثبت أنّ البديل طولي لا عرضي.

أقول: وبرغم ذلك ترد عليه أمور:

الأمر الأوّل: إنّ الضمان عبارة عن كون العين في العهدة حتّى بعد التلف - كما تقدّم تحقيقه^(٢) - فلا يكون لها بدل.

الأمر الثاني: إنّ الانتقال إلى البديل على القول به ليس قبل التلف، بل من حينه، وفي ذلك الحين تشتغل جميع الذمم بالبديل في عرضٍ واحد بلاسبقيّ ولاحق.

الأمر الثالث: إنّ لازم ما ذكره الله ﷻ أنّه لو دفع العين من اللاّحق إلى السابق بعد أخذه منه، وتلفت عنده، جاز له الرجوع إلى اللاّحق، إذ اللاّحق اشتغلت ذمّته بماله

(١) الإصفهاني في حاشيته: ج ٢ / ٣١٧ - ٣١٨.

(٢) تعرّض المؤلف لهذا التعريف للضمان في المجلّد ٢٢ / ١٩٠، تحت عنوان: (التصدّق بمجهول المالك لا يوجب الضمان).

بدل، وبعد عود المال إلى السابق لا يصبح ضامناً لشيء لضمائه قبله.

الجواب الثاني: ما عن صاحب «الجواهر»^(١)، القائل بأن من تلفت العين تحت يده تصبح ذمته مشغولة للمالك بالبدل، وإن جاز له إزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذٍ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة القهرية الشرعية^(١).

وفيه: إن هذا يبتني على ما اختاره من عدم معقولية اشتغال ذمتين بمال واحد، وقد عرفت ضعف المبنى.

الجواب الثالث: ما عن السيد الفقيه^(٢)، من أن العين التالفة تكون باقية على ملك مالكيها، ولذا يصح الصلح عليها واحتسابها تحمساً أو زكاة، وما يدفعه السابق إلى المالك يكون عوضاً عنها، ومقتضى العوضيّة خروج العين التالفة عن ملك مالكيها، وصيرورتها ملكاً للدافع، فيكون حاله حال المالك في جواز الرجوع إلى اللاحقين. ثم أورد على نفسه: بأن لازم ذلك جواز رجوع اللاحق إلى السابق أيضاً، لأنّ المفروض أنّه قام مقام المالك.

وأجاب عنه: بأنّ الوجه في عدم جواز رجوعه إليه، أنّه السبب في ضمان السابق، بمعنى استقرار العوض في ذمته.

وفيه: ما تقدّم من أنّ السببية بهذا المعنى ليست أحد موجبات الضمان، وعليه فلا فرق بين السابق واللاحق، من أنّ ما يدفعه الدافع إلى المالك إنما يكون غرامةً وبدلاً عن ماله، من جهة أنّ مالية العين تلفت، فمقتضى التبريم أن يحفظ ماليتها بدفع

(١) الجواهر: ج ٣٧ / ٣٤.

(٢) حاشية الزيدي (ط. ق.): ج ١ / ١٨٦.

مال، ولا يكون بدل ملكٍ عن ملك.

وبعبارة أخرى: لا يكون بدلاً عن العين في الملكية كي يتوقف على تبادل إضافة الملكية من الطرفين.

الجواب الرابع: ما استند إليه جماعة منهم المحقق الخراساني رحمته الله^(١) - وعلى اختلافٍ بينهم في التعبير - وحاصله أن المتبع في باب التغيريمات هو الطريقة العرفية الممضاة شرعاً، ومن المعلوم لمن راجع العرف والعقلاء أنهم يفرقون بين دخول العين في العهدة ابتداءً، ودخولها في العهدة بعدما كانت داخلية في عهدة أخرى، ويرون أنه يلزم على الأوّل أداء بدل العين، وعلى الثاني أداء بدل العين للمالك، وبدل ما يؤدّيه السابق له على البديل، فقتضى الأوّل الخروج عن عهدة العين، ومقتضى الثاني الخروج عن عهدة العين، وعن عهدة عهدها.

أقول: والظاهر أن هذا أحسن ما يمكن أن يقال في وجه جواز الرجوع.

نعم، لا بدّ من تقييده بما إذا لم تكن يد اللاحق مجاتيّة، وغير معاوضيّة، وإلا فليس بناءً من العقلاء على الرجوع، مثلاً لو غضب زيدٌ من عمرو شيئاً، فوهبه ل بكر، ثم تلف في يده، فإذا رجع المالك إلى الغاصب، لم يكن له الرجوع بعده إلى بكر، وهو واضح.



ولو جَمَعَ بين مِلْكَه وغيره، مضى في مِلْكَه وتخيّر المالك في الإجازة.

بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

مسألة: (ولو جَمَعَ بين مِلْكَه وغيره) وباعها معاً بعقدٍ واحدٍ، وثمن فارد، (مضى) يبيعه (في مِلْكَه)، وكان فيما لا يملك موقوفاً على الإجازة، (و) هو مراد المصنّف بقوله: (تخيّر المالك في الإجازة).

وقال الشيخ عليه السلام: (لا ريب في الصحة على القول بصحة بيع الفضولي، والظاهر الصحة على القول ببطلانه)^(١).

أقول: وهو قابلٌ للمناقشة، لأنّ جميع ما ذكر وجهاً للبطلان يجري على القول بصحة بيع الفضولي.

نعم، على القول بصحته، وكون الإجازة كاشفة بنحو الشرط المتأخّر وتحققها، لا يجري شيءٌ من تلك الوجوه كما ستعرف.

وكيف كان، فيشهد للصحة في المملوك على جميع التقادير - مضافاً إلى الإجماع - صحيح الصقّار المروي عن أبي محمد العسكري عليه السلام:

«لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجبَ الشراء من البائع على ما يملك»^(٢).

بل العمومات الدالّة على صحة العقود كالأية الشريفة^(٣) تدلّ على الصحة فيه أيضاً.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٥١٢ - ٥١٣.

(٢) الفقيه: ج ٣ / ٢٤٢ ح ٣٨٨٦، وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٣٣٩ أبواب عقد البيع وشروطه ب ٢ ح ١ (٢٢٧٠٤).

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

أقول: وقد ذكروا لوجه عدم الشمول أموراً^(١):

منها: أن البيع أمرٌ واحد بسيط:

فإما أن يكون هذا الواحد مشمولاً للعمومات، فلازمه الصحة في جميع أجزاء المبيع.

أو لا يكون مشمولاً لها، فلازمه البطلان في الجميع.

وعلى التقديرين، لا وجه للتفكيك بين الأجزاء صحةً وفساداً.

وحيث أنه لا يمكن الإلتزام بالأول: وإلا لزم خروج المال عن ملك مالكه بلا

رضاه، فيتعين البناء على البطلان في الجميع.

وفيه: إن البيع - أي الإنشاء - وإن كان واحداً، إلا أن ما تضمنه من التمليك

يكون متعدداً حقيقة، لتعدد الملكية بتعدد المملوك، فإذا تعددت الملكية يتعدد

التمليك لا محالة، لأن الإيجاد والوجود متحدان حقيقة، وأحد التمليكين يكون

مشمولاً للعمومات، وهو ما تعلق بماله دون الآخر، فيصحّ هو دون صاحبه.

وإن شئت قلت: إن الإنشاء واحدٌ صورة، ومنحلٌّ إلى إنشاءات متعددة حسب

ما للمُشْتَأ من الأفراد.

ومما يشهد للإنحلال: - مضافاً إلى ظهوره على ما عرفت - أنه لو انضم إلى ما

يصحّ بيعه بعض ما نهى الشارع عن بيعه، وباعها بإنشاءٍ واحد، لم يتوهم أحدٌ صحة

هذا البيع مستنداً إلى أن دليل النهي لا يشمل مثل هذا البيع، لعدم كونه متعلقاً به

استقلالاً، فإن المتعلق هو المجموع من حيث المجموع، مع أن لازم هذا الوجه ذلك.

(١) ذكرها المحقق الأيرواني في عداد ما يتوهم كونه مانعاً. لاحظ حاشية الأيرواني: ج ١ / ١٥١.

ومنها: أنّ البائع لم يرض بانتقال ماله منفرداً، فإنّه رضي بانتقاله منضمّاً إلى مال غيره، وقد خصّصت العمومات بما دلّ على اعتبار الرضا في صحّة البيع. وفيه: إنّ البائع قد رضي بانتقال ماله وانتقال مال غيره، فكلُّ منهما متعلّق للرضا، فانتقال ماله يكون عن رضا، وغاية ما هناك عدم انتقال مال غيره برضاه، لا انتقال ماله بلا رضاه.

مع أنّه أخصّ من المدّعى، إذ ربما يكون راضياً بانتقاله منفرداً أيضاً. ومنها: أنّه يلزم من الصحّة عدم تبعيّة العقد للقصد، إذ ما قصد هو المجموع، وما وقع غيره.

أقول: قد ظهر جوابه ممّا ذكرناه في سابقه، فإنّ البائع قاصدٌ لانتقال ماله في ضمن قصده انتقال المجموع.

ومنها: إنّ الثمن الواقع بإزاء الجزء المملوك مجهولٌ، فلا تصحّ المعاملة الواقعة عليه. وفيه: المتيقّن من دليل اعتبار العلم بالعوضين، اعتبار العلم بما يجعل عوضاً أو معوّضاً في الإنشاء، لا اعتبار العلم بما ينفذ فيه البيع شرعاً.

طريق معرفة حصّة كلّ منهما: فلا إشكال فيما لو عيّن حصّة كلّ منهما، كما لو لاحظ البائع والمشتري وقوع حصّة معيّنة من الثمن بإزاء كلّ جزءٍ من المثلث، إنّما الكلام فيما لو لم يلاحظ ذلك، وأوقعا العقد على المجموع، من ناحية معرفة الحصّة والتسقيط، ولهم في معرفة ذلك وتحديد مسالك:

المسلك الأوّل: ما عن المشهور، من أنّه يقوم بمجموع المالكين، ثمّ يقوّم مال غيره، ثمّ تنسب قيمته إلى قيمة المجموع، فيؤخذ بتلك النسبة، فإذا كانت قيمة مصراعي

الباب عشرة، وكانت قيمة أحدهما اثنتين، يرجع المشتري بـمُخمس الثمن.
 المسلك الثاني: ما اختاره الشيخ رحمته ^(١) وفاقاً لغيره ^(٢)، من أنه يقوم كل واحدٍ منها منفرداً، فيؤخذ لكل واحدٍ جزءٌ من الثمن نسبتاً إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، فإذا كان الثمن عشرة، وكانت قيمة مال نفسه أربعة، وقيمة مال غيره اثنتين، يرجع المشتري بثُلث الثمن، إذ نسبة قيمة مال غيره إلى مجموع القيمتين هي ذلك.

المسلك الثالث: ما اختاره جمعٌ من الأساطين ^(٣)، من أنه يقوم كل واحدٍ منفرداً، لكن بملاحظة حال الإنضمام، فيؤخذ لكل واحدٍ جزءٌ من الثمن نسبتاً إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

أقول: والأظهر هو الثالث، وذلك يظهر ببيان أمور:

الأمر الأول: إن الهيئة الاجتماعية:

١- ربما لا تكون موجبة لازدياد القيمة ولا لنقصانها.

٢- وربما تكون موجبة لأحدهما.

وعلى الثاني:

تارة: تكون موجبة لازدياد من الطرفين بالسوية، كما في مصراعي الباب.

وأخرى: تكون موجبة له بالإختلاف، كما لو كان قيمة أحدهما مع الإنضمام

خمسة ولا معه أربعة، وكان قيمة الآخر معه ستة ولا معه ثلاثة.

(١) المكاسب: ج ٣ / ٥١٥.

(٢) كالعامة في الإرشاد: ج ١ / ٣٦٠.

(٣) منهم السيد الزدي في حاشيته: ج ١ / ١٨٩.

وثالثة: تكون موجبة للنقصان من الطرفين بالسوية.

ورابعة: تكون موجبة له بالإختلاف.

وخامسة: تكون موجبة للزيادة في أحدهما، والنقيصة في الآخر، كما لو باع جارية مع ابنتها الصغيرة، وفرضنا أن قيمة الأم تنقص في صورة ضمّ ابنتها إليها من جهة قيامها بتربيتها، وقيمة الصغيرة تزيد بذلك.

الأمر الثاني: أن كلّ جزءٍ إنما قوليل بجزءٍ من الثمن في حال الإنضمام لا مطلقاً.

الأمر الثالث: أن الأوصاف لا تُقابل بالمال، وتخلّفها يوجب الخيار لا ردّ جزءٍ

من الثمن.

أقول: وبهذه الأمور يظهر أن الأظهر هو الثالث، إذ:

يرد على الأول: ما ذكره الشيخ رحمته من أنه (لا يستقيم فيما إذا كان لإجتماع الملكين دخلٌ في زيادة القيمة، كما في مصراعي الباب، وزوج خُف، إذا فرض تقويم المجموع بعشرة، وتقويم أحدهما بدرهمين، وكان الثمن خمسة^(١))، فإن لازم هذا القول رجوع المشتري بمُخمس الثمن، فيبقى للبائع أربعة في مقابل مصراع واحد، مع أنه لم يجعل في المعاملة في مقابله إلا نصف الثمن.

ويرد على الثاني: هذا المحذور بعينه في صور الإختلاف، فإنه في مثال الجارية وابنتها إذا باعها بعشرة، وكانت قيمة الجارية في حال الإنفراد ستّة، وفي حال الإنضمام أربعة، وقيمة ابنتها بالعكس، فإذا كانت البنت لغير البائع، فإن لازم ما اختاره الشيخ رحمته هو رجوع المشتري إلى البائع بمُخمسين من الثمن، مع أنه إنما جعل من الثمن بإزائها ثلاثة أخماس.

وللمشتري مع فسخ المالك الخيار.

وعليه، فالمتعيّن هو القول الثالث.

(و) كيف كان، فـ (للمشتري مع فسخ المالك) ورَدّه العقد (الخيار)، فله حينئذٍ رَدّ الجميع بلا خلاف. وعن «التذكرة»^(١) نسبته إلى علمائنا لتبعض الصّفقة، ووجوب البيع في خبر الصّفّار^(٢) إنّما هو بالنسبة إلى البائع. وصرّح بعضهم^(٣) باعتبار الجهل فيه، فلو كان عالماً أنّ بعضه للغير، ويحتمل أن لا يميز العقد، لم يكن له خيار لإقدامه على ذلك، وتام الكلام في هذا الخيار ومورده في فصل الخيارات^(٤).



(١) تذكرة الفقهاء: ج ١ / ٥٦٦.

(٢) المتقدّمة في هذا الجزء، صفحة ٣٤٦ في مبحث (بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره).

(٣) منهم الشيخ في المبسوط: ج ٢ / ١٤٥.

(٤) راجع مبحث الخيارات في الجزء ٢٥ من فقه الصادق.

بيع نصف الدار

بقي الكلام عن حكم مسألتين:

المسألة الأولى: ما لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار.

أقول: وقبل الشروع في البحث فيها، لابد من تقديم مقدمتين:

المقدمة الأولى: في بيان الكسر المشاع، وأن الشركة المحاصلة في المبيع على أي

كيفية، والعمدة فيه مسلكان:

أحدهما: ما هو المنسوب إلى المشهور^(١)، من أن معنى الشركة على الإشاعة،

هو أن كل جزء يفرض في الجسم، فكل واحد من الشريكين المساويين مالك لنصف هذا الجزء.

ثانيهما: أن كل واحد منها مالك لتمام المملوك، وإنما الملكية تكون ضعيفة

وناقصة، فالأخوان الوارثان لأبيهما معاً بالإضافة إلى المال كأبيهما، وطرف

إضافة الملكية هما مجتمعاً، وكل منها مالك لجميع المال، ولكن بالملكية الناقصة لا

التامة.

وقد استدلل للأول: بأن المشهور بين المتكلمين وبعض الحكماء قبل الإسلام

وإن كان، أن مادة الجسم المطلق هي الأجزاء التي لا تقبل القسمة لا خارجاً ولا

ذهناً، ويُسمى كل جزء من هذه الأجزاء بالجوهر الفرد والجزء الذي لا يُتجزأ.

ولكن بطلان هذه المقالة - كبطلان مقالة النظام، حيث ذهب إلى أن الجسم

مؤلف من أجزاء غير متناهية - في عصرنا من أوضح البدييات، لأن كل ما يشار

(١) لم نقف على من نسبه صريحاً، لاحظ منية الطالب: ج ١ / ٣٩٧-٣٩٨.

إليه بالإشارة الحسيّة، لا بدّ أن يكون ما يحاذي منه جهة الفوق غير ما يحاذي منه جهة الأسفل، وكذا باقي الجهات، فلا محيص من أن يكون منقسماً، وإنْ نفتقد آلة لتقسيمه، مضافاً إلى ما برهنوا عليه من لزوم تفكّك الرّحى ونفي الدائرة. وعليه، فكلّ جزءٍ يُفرض في الجسم، يكون كلّ واحدٍ من الشريكين مالِكاً لنصف ذلك الجزء^(١).

وفيه: إنّ هذا البرهان لو تمّ لاقتضى إمكان ذلك، لا كون ما في الخارج كذلك. أقول: والأرجح في النظر هو الثاني، وذلك لأنّه مضافاً إلى أنّه المناسب للفهم والوجدان، ويلائم مع الطبع، يشهد له وجهان:

أحدهما: أنّه لا إشكال في أنّ الشيء الخارجي الذي يكون ملكاً ومالاً، لو قُسم وانتصف ربما يصل إلى حدٍّ يسقط عن المائيّة والملكيّة، فعلى هذا لو خلّف الميت شيئاً له المائيّة، وكان ورثته متعدّدين، وقُسم ذلك بحسب عددهم، لا يكون كلّ جزءٍ منه ملكاً، ممّا يلزم البناء على عدم كونه ملكاً لأحد، وهو كما ترى.

الثاني: إنّ المملوك المشترك ربما يكون من الأعراض والأفعال والأعمال غير القابلة للقسمة لبساطتها، كالصلاة، ورفع الحجر من الأرض ونحو ذلك، ولا معنى للإلتزام بالملكيّة بالمعنى الأوّل في هذه الموارد، وعليه فلا مناص من البناء على ما اخترناه، وهذه آية قطعيّة عليه.

أضف إلى ذلك كلّ، عدم معقوليّة المعنى الأوّل، فإنّ كلّ ما في الخارج يكون معيّناً، ولا معنى لوجود شيء في الخارج غير معيّن في الواقع، وحيثُ أنّ الكسر

المشاع بذلك المعنى غير معيّن خارجاً فلا يمكن الإلتزام به.

ففتحصل ممّا ذكرناه: أنّ معنى المِلْكِيَّة المشاعة، هو مالكيّة الشركاء، كلّ منهم لجميع المال بالملكيّة الضعيفة، ونظيره في التكوينيّات رفع جماعة حَجْراً واحداً، حيث أنّ الرفع يستند إلى مجموعهم، فعلى هذا يكون معنى بيع نصف الدار بيعه بتمامه وذلك من خلال إعطاء المِلْكِيَّة الناقصة، وهذه مسامحة في التعبير، لكنّه شائع عند العرف.

المقدّمة الثانية: في تعيين محلّ النزاع والبحث.

أقول: لا خلاف ولا إشكال فيما لو علّم بأنّه أراد من النصف شيئاً معيّناً من نصفه المختصّ به، أو نصف غيره، أو المشاع في الحصريّين، وإمّا الكلام في موردين:
الأول: ما لو علّم أنّه قصد شيئاً معيّناً، وكان ذلك مشتبهاً وغير معلوم عندنا.
الثاني: ما لو علّم بأنّه لم يقصد بقوله: (بعتك نصف الدار) إلّا مفهوم هذا اللفظ.
ظاهر الشيخ رحمته ^(١) اختصاص النزاع بالمورد الثاني، وصرّح السيّد رحمته ^(٢) اختصاصه بالمورد الأوّل، وذهب المحقّق النائيني رحمته ^(٣) إلى التعميم.

أقول: لا ينبغي التوقّف في كون الأوّل مورد النزاع، ولم يُذكر وجه لعدم النزاع فيه، وأمّا ما ذكر في وجه عدم جريان النزاع في المورد الثاني، وحاصله: أنّ (الظهورات إمّا تكون لتشخيص المرادات، والمفروض أنّه لم يقصد المتكلم خصوصيّة ملكه أو ملك غيره، وإمّا قصد مفهوم النصف الذي مقتضاه ليس إلّا الإشاعة) ^(٤).

(١) المكاسب: ج ٣ / ٥٢٠.

(٢) حاشية المكاسب: ج ١ / ١٩٠.

(٣) منية الطالب: ج ١ / ٣١٠.

(٤) حاشية السيّد اليزدي: ج ١ / ١٩٠.

فيرد عليه: أن المراد من أنه لم يقصد إلا مفهوم هذا اللفظ، ليس خلوق الكلام عن المراد الجدّي، بل المراد أنه إنما قصد مفهوم هذا اللفظ، وتعلقت إرادته الجدّيّة به هكذا، أي بما يقتضيه ظهور هذا الكلام، ولو بلحاظ المقام، مع خلوقه عن الإرادة التفصيليّة.

وعلى هذا فيقع الكلام في موردين:

الأول: فيما إذا لم يقصد إلا مفهوم هذا اللفظ.

الثاني: فيما إذا قصد معيّنًا غير معلوم عندنا.

وحيث أن المدرك وكذلك المختار في الموردين واحد، فلا حاجة إلى البحث في

كلّ من الموردين مستقلاً.

وكيف كان، فقد ذكر في وجه ظهور الكلام في النصف المشاع بينه وبين

الأجنبي، أن النصف ظاهرٌ في الحصّة المشاعة في مجموع الحصّتين.

وأورد عليه الشيخ رحمته: بأن هذا الظهور يعارض مع ظهورين آخرين:

أحدهما: ظهور مقام التصرف في إرادة حصّته المختصّة.

ثانيهما: ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه، لأنّ بيع مال الغير يتوقّف على نيّة

الغير، أو اعتقاد كونه له، أو البناء عليه عداوياً، والكلّ خلاف المفروض، ولذلك

توقّف رحمته من جهة هذا التعارض في حكم المسألة ^(١).

وفيه: إنّه لو سلّم ظهور النصف في المشاع بين الحصّتين، ولم نلتزم بما أفاده

الشيخ رحمته في أثناء كلامه من أنّه ظاهرٌ في نفس المشاع دون المشاع بين الحصّتين، فإنّه

لا ريب في أنه ظهوراً إطلاقي ناشئ عن انتفاء ما يوجب التعيين، لكن ينفيه ظهور مقام التصرف في إرادة الحصّة المختصّة، ممّا يمنع عن انعقاده. وعليه، فالأظهر الحمل على نصفه المختص.

قال الشيخ رحمته الله: (ولعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين والشهيديين وغيرهم: أنه لو أصدق المرأة عيناً، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصف الباقي وقيمة نصف الموهوب)^(١).

أقول: إن بنينا على أنّ المرأة تملك بالعقد نصف المهر، وبالدخول تملك نصفه الآخر، تكون هذه المسألة بعينها مسألتنا، لأن محلّ البحث في المقام لا يكون خصوص البيع، فالوجه في حكمهم استحقاق الزوج بالطلاق النصف الباقي هو ما ذكرناه. وأمّا إن التزمنا بأنّها تملك تمام المهر، وبالطلاق قبل الدخول عليها أن تعيد نصفه إلى الزوج، فهي أجنبيّة عن المقام، فإنّ المرأة حين ما وهبت النصف كانت مالكة لجميع المال، والطلاق ليس إنشاءً لردّ النصف كي يجري فيه هذا النزاع.

اللهمّ إلا أن يقال: إن ما ذكره الشيخ رحمته الله - الذي أشار إليه هنا - هو عدم التنافي بين ظهور النصف في الإشاعة، وحمله على نصفه المختصّ من باب أنه (مَنْ مَلَكَ كَلِيّاً مَلَكَ مَصْدَاقَهُ)، فما ذكروه في صداق المرأة نظير للمقام من هذه الجهة، فإنّ حكم الشارع الأقدس برّد نصف المهر في قوّة تملك الزوجة نصفه للزوج، فيكون من باب أنه (مَنْ مَلَكَ كَلِيّاً مَلَكَ مَصْدَاقَهُ)، إذ المرأة مالكة لمصداق النصف، فيكون نظيراً للمقام.

بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله

المسألة الثانية: لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالحمر صفقة بثمن واحد، فإنه لا خلاف في صحة البيع في المملوك، وعن غير واحد^(١) دعوى الإجماع عليه. ويشهد لهم: - مضافاً إلى ذلك، وإلى العمومات التي عرفت في مسألة بيع الملك وغير الملك تقريب دلالتها على الصحة في أمثال المقام، وأن ما ذكر في وجه عدم شمولها لها تارة لعدم المقتضي، وأخرى لعدم المانع غير تام، فراجع ما حققناه - إطلاق مكاتبة الصقار المتقدمة^(٢) والوارد فيها قوله ﷺ: «لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»، فإنها بإطلاقها تشمل ما إذا كان بعض القرية وقفاً عاماً غير مملوكٍ لأحد.

أقول: أما طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره، فيُعرف مما تقدّم في مسألة (ما لو باع ماله مع مال الغير)^(٣) من أنه يقوم كلّ واحدٍ منفرداً، لكن بملاحظة حال الإنضمام، فيؤخذ لكلّ واحدٍ جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين. لكن الإشكال هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك، لفرض أنه لا قيمة له. وأيضاً: لا إشكال فيما إذا باع غير المملوك بعنوانه، كما لو ضمّ الخمر إلى الخلّ فباعهما بصفقة واحدة، فإنه يعرف قيمة الخمر بالرجوع إلى من يراها مملوكاً ومالاً.

إنما الإشكال فيما إذا باعه بعنوان ما يملك، كما لو باع شاة وخنزيراً بعنوان أنهما

(١) كالمحقق الثاني في جامع المقاصد: ج ٤ / ٤٣٢، وابن زهرة في الغنية: ص ٢٠٩.

(٢) تقدّم في هذا الجزء صفحة ٣٤٦، في مبحث (بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره).

شأتان، والأظهر أنه يقوم قيمة المملوك - أي الشاة - لأن بذل المال إنما يكون بإزاء الصورة النوعية، وإلا فالأجسام من حيث هي لا مالتة لها، ولا يُبذل بإزائها المال. والمراد بها هي الصورة النوعية العرفية، ففي المقام بذل جزء من الثمن بإزاء الشاة دون الخنزير، فلا بدّ من لحاظ ذلك في مقام التقويم.

هذا إذا كان غير المملوك مالاً عرفاً.

وأما إن لم يكن مالاً، فقد اختار السيّد الفقيه^(١) بطلان البيع في هذه الصورة، من جهة أنه لا يمكن تعيين ما بإزاء غير المملوك، لأنه لا قيمة له، ولا يمكن البناء على الصحّة بالنسبة إلى المملوك في تمام الثمن، لأنه جعل بإزاء غير المملوك في المعاملة بعضه، فيتعيّن البناء على البطلان.

وفيه: إن هذا يتمّ في صورة الجهل، بأن يجعل بإزاء ما لا يملك جزءاً من الثمن، ولا يتمّ في صورة العلم، من جهة أنه في تلك الصورة لا يجعل بإزائه شيء من الثمن، ويكون ذلك نظير ضميمة الأوساخ، فلامحالة يصحّ البيع في تمام الثمن.

وبذلك يظهر تماميّة ما أفاده الشيخ الكبير رحمته الله^(٢) من التفصيل بين صورة

العلم والجهل.



(١) حاشية السيّد اليزدي: ج ١ / ١٩٧.

(٢) نقل عبارته السيّد اليزدي في حاشيته: ج ١ / ١٩٨، وانظر الجواهر: ج ٢٢ / ٣٢١.

ولاية الأب والجَد

مسألة: يجوز للأب والجَدَّان يتصرَّفان في مال الطفل بالبيع والشراء بلا خلاف. وفي «الجواهر»: دعوى الإجماع بقسميه عليه^(١)، كما ادَّعاه غير واحدٍ من الكتب^(٢)، واستدلَّ له الشيخ الأعظم^(٣):

١- بالأخبار المستفيضة المصرَّحة في موارد كثيرة.

٢- وبفحوى سلطنتها على بُضع البنت في باب النكاح^(٤).

وفيه: إنَّ النصوص المستفيضة المشار إليها طوائف:

الأولى: ما تضمَّنت الأخذ من مال الولد^(٥).

الثانية: ما وردت في تقويم الأب جارية ولده الصغار، ثم يصنع بها ما شاء^(٦).

الثالثة: ما وردت في جواز اتِّجار الوصي بمال الطفل إذا كان قد أوصى

أبوه بذلك^(٧).

أقول: لا يصحَّ الإستدلال بشيءٍ منها.

أمَّا الأولى: فلائها واردة في تصرَّف الأب لنفسه استقلالاً، لا تصرَّفه لابنه، مع

(١) الجواهر: ج ٢٢ / ٣٢٢.

(٢) كما هو في المبسوط: ج ٢ / ٢٠٠، والسرائر: ج ١ / ٤٤١، والسرائر: ج ٢ / ٧٨ - ٧٩، والقواعد: ج ١ / ١٢٥، والمُعْتَمَد: ص ١٣٨، والمسالك: ج ٣ / ١٦٦، وجامع المقاصد: ج ٤ / ٨٧.

(٣) المكاسب: ج ٣ / ٥٣٥، وانظر وسائل الشريعة: ج ٢٠ / ٢٧٥ و ٢٨٩ أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ب ٦ / ١١.

(٤) انظر وسائل الشريعة: ج ١٧ / ٢٦٢، أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ١ (٢٢٤٧٦) - ٢ (٢٢٤٧٧) - ٤ (٢٢٤٧٩) - ٩ (٢٢٤٨٤).

(٥) انظر وسائل الشريعة: ج ١٧ / ٢٦٧ أبواب ما يكتسب به ب ٧٨.

(٦) الاستبصار: ج ٢ / ٣٠٦، ووسائل الشريعة: ج ٩ / ٨٩ أبواب من تجب عليه الزكاة ومن لا تجب ب ٢ ح ٦ (١١٥٩٢).

أنتها واردة في الولد مطلقاً، صغيراً كان أم كبيراً، بل مورد أكثرها البالغ، وفي بعضها التقييد بصورة الحاجة والإضرار، وفي بعضها المنع عن الأخذ إذا كان الولد ينفق عليه بأحسن النفقة، مع أنها مختصة بالأب غير متعوضة للجدّ.

وأما الثانية: فلأنّه من الممكن اختصاص ذلك بالجارية؛ من جهة أنّ الشارع الأقدس قد وسّع في أسباب حلية الوطء بما لم يوسّع في سائر المعاملات، كما تقدّم في مبحث الفضولي^(١).

مع أنّ فيها ما ورد في الكبير كصحيح ابن محبوب^(٢) الوارد في تقويم جارية البنت التي قد أهداها إليها أبوها حين زوّجها، مع أنّها من جملة أدلّة جواز تصرّفاته الراجعة إلى نفسه، وسبيلها سبيل تلك الأدلّة.

وأما الثالثة: فعدم دلالتها على الولاية في حال الحياة واضح.

وأما الفحوى: فقد تقدّم^(٣) في مبحث الفضولي المناقشة في فحوى نفوذ النكاح بالإضافة إلى سائر المعاملات، فراجع، وبرغم ذلك، فإنّ أصل الحكم مما لا ينبغي التوقّف فيه؛ لبناء العقلاء عليه، وعدم ردع الشارع عنه، وقيام إجماع الأمة عليه، وجملة كثيرة من النصوص الدالّة بعضها، كنصوص الاتّجار بماله الوارد في باب الزكاة^(٤)، والمؤيّد غيره كالنصوص المتقدمة.

أقول: بقي الكلام في المراد من الجملة المذكورة في جملة من الأخبار وهي

(١) راجع صفحة ١٣١، مبحث بيع الفضولي من هذا الجزء.

(٢) الكافي: ج ٥ / ٤٧١ ح ٥، وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٢٦٧ أبواب ما يكتسب به ج ٧٨ ح ١ (٢٢٤٨٩).

(٣) تقدّم في الصفحة ١٤٧، بدايات مبحث الفضولي من هذا الجزء.

(٤) أنظر وسائل الشيعة: ج ٩ / ٨٩ أبواب من تجب عليه الزكاة ومن لا تجب باب ٢ ح ٦ (١١٥٩٢).

قوله ﷺ: «أنتَ ومالك لأبيك»^(١)، فإنَّه لا إشكال :

١- في عدم كون اللّام للملك لعدم مملوكيّة رقبه الولد لأحدٍ، وماله المفروض كونه ملكاً له لا يعقل كونه ملكاً لأبيه.

٢- وكذا لا ينبغي التوقّف في عدم كونها للإختصاص بعنوان كونه وماله تحت ولايته؛ لأنّها وردت في الكبير أيضاً، ولا كلام في عدم ولايته على ولده الكبير، بل الأمر يدور بين أمرين:

الأول: أن تكون اللّام للإختصاص بنحو السلطنة على الإنتفاع به وبماله، فسبيلها حينئذٍ سبيل النصوص المتقدّمة الدالّة على ذلك.

الثاني: أن تكون لإفادة كون الولد موهوباً تكويناً للأب وانتسابه إليه بكونه ولده.

أقول: ويؤيد الثاني المكاتبة الواردة عن الإمام الرضا عليه السلام، حيث قال: «وعلة تحليل مال الولد لو لده بغير إذنه، وليس ذلك للولد، لأنّه الولد موهوبٌ للوالد في قوله عزّ وجلّ... الخ»^(٢)، وعليه فهي حكمة التشريع.

وبعبارة أخرى: أنتها علة التحليل في مقام الثبوت لا الإثبات، وتدلّ على أنّ منشأ جعل تلك الآثار ذلك، ولا تكون هي متكفّلة لحكم جعلي، فلا يتمسك بإطلاقها.

أقول: بعد معلوميّة ما ذكرنا يقع البحث في جهات:

(١) مثل ما رواه محمد بن مسلم في التهذيب: ج ٦ / ٣٤٣ ح ٨٢، وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٢٦٢ أبواب ما يكتسب به ح (٢٢٤٧٩)، وما رواه أبو حمزة الثمالي في التهذيب: ج ٦ / ٣٤٣ ح ٨٣، وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٢٦٣ أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح (٢٢٤٨٠)، وغيرهما.

(٢) علل الشرائع: ج ٢ / ٥٢٤ ب ٣٠٢، وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٢٦٦ أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح (٢٢٤٨٧).

اعتبار العدالة

الجهة الأولى: في أنه هل يعتبر في ولاية الأب والجدّ العدالة كما عن «الوسيلة»^(١) و«الإيضاح»^(٢)، أم لا تعتبر كما هو المشهور بين الأصحاب؟، وجهان: قد استدلّ لعدم الإعتبار بوجوه:

الوجه الأول: الأصل، تمسك به الشيخ رحمته الله^(٣) في مقابل الإطلاق، وعليه فليس المراد به القاعدة المستفاد منه، بل المراد به هو الأصل العملي، ولذا أورد عليه جمعٌ ممن تأخّر عنه، منهم المحقق النائيني رحمته الله: (بأنّ الأصل بالعكس؛ لأنّ نفوذ تصرف شخصٍ في مال غيره يتوقّف على الدليل، ومع عدمه، الأصل يقتضي عدم نفوذه)^(٤). ولكن الظاهر أنّ مراده بالأصل هو استصحاب عدم الردع، بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء، وعدم ثبوت ردعٍ من الشارع الأقدس، وعليه فلا إيراد عليه. الوجه الثاني: الإطلاقات، تمسك بها الشيخ رحمته الله^(٥)، وتبعه غيره^(٦)، ولا بأس به إن كان هناك إطلاقٌ، وقد تقدّم الكلام فيه.

الوجه الثالث: الإجماع المحكيّ في «التذكرة»^(٨) على ولاية الفاسق على

التزويج، وهو كما ترى.

(١) نسبها إليه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ج ٥ / ٢٥٧، وظاهر الوسيلة: ص ٢٧٩.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٢ / ٦٢٨.

(٣) ٥٣٥ / ٣ المكاسب: ج ٣ / ٥٣٥.

(٤) منية الطالب: ج ١ / ٣٢٢.

(٥) منهم الأصفهانى في حاشيته: ج ٢ / ٣٧٠.

(٦) راجع بحث ولاية الأب والجدّ قبل قليل.

(٨) التذكرة: ج ٢ / ٥٩٩.

وقد استدلّ لإعتبار العدالة بوجهين:

الوجه الأول: أنه (ولايةٌ على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله، ويستحيل من حكمة الصانع جعل الفاسق أميناً تقبل إقراراته وإخباراته عن غيره)^(١). وفيه أولاً: إن المنافي للحكمة، هو جعل من لا يبالي بالخيانة وليّاً، فإذا فرضنا تحديد الولاية بالتصرّفات التي لا مفسدة فيها - لا سيّما إذا كان مأموناً من هذه الجهة، خصوصاً بملاحظة شفقة الأبوّة ورأفته - لم يكن فسقه مانعاً عن جعله وليّاً. وثانياً: ما ذكره الشيخ رحمته بقوله: (إن الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال الطفل أي رؤية آثار ضيق المعاش عليه - أو اختلاف حاله في ثروته، منعه من التصرّف في ماله... الخ)^(٢).

الوجه الثاني: نصّ القرآن، وقد استظهر الشيخ رحمته أن المراد به آية الركون إلى الظالم^(٤)، واستظهر بعض مشايخنا^(٥) أن المراد به آية النبا^(٦).

أقول: تقريب الإستدلال بالأولى أحد وجهين:

أحدهما: إن جعله تعالى الفاسق أميناً ووليّاً يعدّ ركوناً منه إلى الظالم، مع أنه

نهى عنه.

ثانيهما: إن المعاملة مع الأب بعنوان أنه وليّ الطفل ركونٌ إليه، وهو منهيٌّ عنه.

وفي كليهما نظر:

(١) الإيضاح: ج ٢ / ٦٢٨.

(٢) (٣ و ٢) المكاسب: ج ٣ / ٥٣٦. عن جامع المقاصد: ج ١١ / ٢٧٥.

(٤) سورة هود: الآية ١١٣.

(٥) هو المحقق الأصفهاني في حاشيته: ج ٢ / ٣٧١.

(٦) سورة الحجرات: الآية ٦.

أما الأول: - فمضافاً إلى أنه استدلالٌ بفحوى الآية لا بنصّها، من جهة أنّ الناهي عن شيءٍ كيف يفعله - أنه غير تامّ، إذ مجرد جعله أميناً ووليّاً يجعل شخصاً وكيلاً لا يعدّ ركوناً إليه، مع أنّ الملاك غير معلوم، ولعلّه لركون العبد مفسدة ليست في ركون المولى.

وأما الثاني: فلأنّ المعاملة مع الأب بعنوان أنّ الله تعالى جعله أميناً ووليّاً ليست ركوناً من العبد إليه، فإنّها كالمعاملة معه بما أنّه مالك أو وكيل . هذا كلّهُ مضافاً إلى أنّ الظالم أخصّ من الفاسق، أضف إلى ذلك ما قيل^(١) من ورودها في حقّ سلاطين الجور، وأنّ المراد بـ(الركون) الدّعاء لهم بالبقاء.

وأما الآية الثانية: فيرد على الاستدلال بها:

إنّ قبول أخبار الفاسق وإقراره حينئذٍ إنّما يكون من جهة كون وليّاً، حيث إنّهُ (من ملك شيئاً ملك الإقرار به)، ولا ينافي مع عدم قبوله منه عن غيره من حيث هو، والآية متضمّنة للثاني.

مع أنّ عدم قبول إخباره وإقراره لا ينافي ثبوت الولاية له.

مضافاً إلى أنّ قبول إخباره وإقراره بعد ثبوت الولاية، بما أنّه بلسان (أنّهُ وماله لأبيه) غير قبول إخباره عن غيره، بل هو في حكم قبول إقراره على نفسه. وبالجملة: فالأظهر عدم اعتبار العدالة.

اعتبار المصلحة في التصرف

الجهة الثانية: هل يشترط في تصرفها المصلحة، أو يكفي عدم المفسدة، أم لا يعتبر شيءٌ؟، وجوه.

(١) منية الطالب: ج ١/ ٣٢٣، وأنظر الكافي: ج ٥/ ١٠٨ ح ١٢.

والكلام فيها في موردين:

الأول: في اعتبار عدم المفسدة.

الثاني: في اعتبار المصلحة.

أما المورد الأول: فعن غير واحد^(١) دعوى الإجماع على اعتباره.

واستدل لعدم الإعتبار: بإطلاق النبوي^(٢)، وغيره من النصوص^(٣).

وأورد عليه الشيخ^(٤): بأنه لا بد من تقييده:

١- بما يقيّد من الأخبار الواردة حول جواز تصرف الأب في مال الإبن

بصورة الحاجة، كخبر الحسين بن أبي العلاء^(٥).

٢- أو بأن لا يكون فيه سرف كصحيح ابن مسلم^(٥).

٣- أو كونه مما لا بد منه، معللاً بأنّ «الله لا يحبُّ الفساد»^(٦) كصحيح الثمالي^(٧).

٤- وبالأية: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»^(٨)، بتقريب أنّها

تشمل الجدّ، ويتمّ في الأب بعدم الفصل، وبالإجماع.

أقول: وجميعها لا تدلّ على المطلوب:

أما الأخبار: فهي تدلّ على جواز أخذ الأب لنفسه مع الحاجة، وهذا غير

(١) كالجلّي في السرائر: ج ١ / ٤٤١، والمحقّق في الشرائع: ج ٢ / ٧٨-٧٩، والعلامة في القواعد: ج ١ /

١٢٥، والشهيد في اللمعة ص ١٣٨، والشهيد الثاني في المسالك: ج ٣ / ١٦٦، والكركي في جامع المقاصد:

ج ٤ / ٨٧، وغيرهم.

(٢) الأنف الذّكر، «أنت ومالك لأبيك».

(٣) تقدّم في العنوان السابق جملة منها.

(٤) الكافي: ج ٥ / ١٣٦ ح ٦، وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٢٦٥ أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٨ (٢٢٤٨٦).

(٥) لهذيب: ج ٦ / ٣٤٣ ح ٨٢، وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٢٦٢ أبواب ما يكتسب به ح ١ (٢٢٤٧٩).

(٦) سورة البقرة: الآية ٢٠٥.

(٧) لهذيب: ج ٦ / ٣٤٣ ح ٨٣، وسائل الشيعة: ج ١٧ / ٢٦٣ أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٢ (٢٢٤٨٠).

(٨) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

مربوط بتصرّفه فيه بعنوان الولاية، الذي هو محلّ الكلام في المقام.
وأما الآية الشريفة: ففي شمولها للجدّد تأمل؛ لأنّ من له الجدّد لا يصدق عليه
اليتيم، فتأمّل، مع أنّ عدم الفصل غير ثابت.

وأما الإجماع: فليس تعبدياً يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام.

أقول: وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات المحقّق النائيني رحمته الله (١)، فإنّه بعد الإيراد على
الشيخ رحمته الله قال: يستفاد من الأخبار ولايته على الإبن، وأنّ ولايته غير ولاية الولاية،
والحكمة في جعلها له الشفقة والمحبة، وعليه فكما يجوز تصرّفه مع الضرر في ماله
يجوز تصرّفه في مال المولّى عليه.

ثمّ قال: (إلّا أن ينعقد إجماع على خلافه، أو يتمسك بالآية الشريفة).

والحقّ في الجواب عن هذا الوجه: هو منع الإطلاق كما تقدّم، ومحصّله أنّ
قوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» ليس في مقام جعل الحكم والولاية، وأما هو في مقام
بيان حكمة التشريع.

وأما ما رتب عليه من جواز الإنتفاع بماله؛ فهو أجنبي عن المقام، ومقيّد
بصورة الحاجة وبغير سرف، وبما إذا لم ينفق عليه بأحسن نفقة، وجواز الإقتراض،
مضافاً إلى كونه غير مربوط بالمقام لا مفسدة فيه.

وجواز بيعه من نفسه مقيّد بقيمة عادلة.

أمّا جواز نكاح الأب والجدّد للبننت مثلاً، فقد عرفت ما فيه، مضافاً إلى أنّه

قيّد في بعض النصوص بعدم كونه مضارّاً، فلا إطلاق للنصوص من هذه الجهة.

وبالجملة: فالمرجع أصالة عدم الولاية، وهي تقتضي اعتبار عدم المفسدة.

وأما المورد الثاني: فالمشهور بين الأصحاب اعتبار وجود المصلحة، واختار

الشيخ رحمته (١) وفاقاً لغير واحدٍ من الأساطين الذين عاصروهم (٢) عدم اعتباره، وتبعهم جمعٌ من المحققين (٣)، وقد استدلل على اعتباره بوجوه:

الوجه الأول: الآية الشريفة: «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (٤)، بدعوى أن الأحسن ما فيه المصلحة، وهي تشمل الجدّ، ويتم في الأب بعدم القول بالفصل. وفيه أولاً: إن صدق اليتيم على الطفل الذي لا أب له وله جدٌ غير مُسلم.

وثانياً: أن المراد بـ (أحسن) الحسنُ دون التفضيل - كما سيأتي - والفعل الذي لا مفسدة فيه حسنٌ.

وثالثاً: إن الآية منصرفة إلى الإيجاب، ولا تشمل الجدّ.

ورابعاً: إن عدم الفصل غير مُحَرِّزٍ.

الوجه الثاني: الأصل.

بعد أن لم يكن في أدلة الولاية ما له إطلاق، لا بدّ من الإقتصار فيها على المتيقّن، وهو الولاية على التصرف الذي فيه المصلحة، والرجوع في غير ذلك إلى أصالة عدم ثبوت الولاية، أو عدم نفوذ التصرف.

وفيه: إن هذا الوجه حسنٌ إن لم يكن بناء العقلاء على ثبوت الولاية على التصرف الذي لا مفسدة فيه، والظاهر وجوده، وحيث إنّه لم يردع عنه الشارع، أو لم يثبت الردع، فإن مقتضى الإستصحاب عدمه، فيبني على عدم اعتباره، ولا مورد

(١) المكاسب: ج ٣ / ٥٤٠.

(٢) منهم الشيخ الكبير كاشف الغطاء في كشف الغطاء: ج ١ / ٢١٠، وفي شرحه على القواعد (مخطوط) ص ٧١، وصاحب الجواهر في الجواهر: ج ٢٢ / ٣٣٢.

(٣) منهم السيّد الزدي في العروة الوثقى: ج ٥ / ٥٤٣ المسألة السادسة من المحرّمات بالمصاهرة، والمحقّق الأصفهاني في حاشيته: ج ٢ / ٣٧٢ - ٣٧٥، وظاهر السيّد الحكيم في المستمسك: ج ١٤ / ١٩٤.

(٤) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

لجریان الأصل حينئذٍ.

الوجه الثالث: الإجماع.

وفيه: إنّه ليس إجماعاً تعبدياً فلا يعتمد عليه.

وقد استدلل الشيخ رحمته ^(١) لعدم الإعتبار بالمطلقات - وقد عرفت ما فيها - وبما

ورد في نكاح الجَدِّ ^(٢)، الظاهر في سلطنته على ذلك مع عدم المصلحة، ووجه ظهوره

فيه هو التعليل بأنّ البنت وأباها للجَدِّ، وقد تقدّم ما فيه أيضاً.

وعليه، فالصحيح ما ذكرناه.

مشاركة الجَدِّ للأب

الجهة الثالثة: لا خلاف ظاهراً - كما ادّعى ^(٣) - في أنّ الجَدَّ وإنّ علا يُشارك

الأب، وقد استدلل له بوجهين:

الوجه الأول: ما في «المكاسب» ^(٤) من الاستدلال بما دلّ على أنّ الشخص

وماله - الذي منه مال ابنه - لأبيه ^(٥).

وفيه: ما تقدّم من عدم دلالة هذه الجملة على الولاية.

الوجه الثاني: ما أفاده المحقّق النائيني رحمته ^(٦) من أنّ رواية النكاح شاملة

(١) المكاسب: ج ٣ / ٥٤٠ - ٥٤١.

(٢) قرب الإسناد: ج ٢ / ١١٩، وسائل الشيعة: ج ٢٠ / ٢٩١ أبواب عقد النكاح وأولياء العقد باب ١١

ح ٨ (٢٥٦٥٦).

(٣) الجواهر: ج ٢٦ / ١٠٢.

(٤) المكاسب: ج ٣ / ٥٤٢.

(٥) تقدّم تخريبها آنفاً.

(٦) منية الطالب: ج ١ / ٣٢٤.

للجدّ العالي.

وفيه: إن روايات النكاح كلّها مختصة بالأب، إلّا ما ورد في مزاحمة الأب للجدّ، وأكثر تلك النصوص صريحة أو ظاهرة في الجدّ الأدنى أو عدم الأدنى. نعم، بعضها^(١) بعنوان الأب والجدّ، وهو أيضاً يمكن دعوى انصرافه إلى الأدنى، أو عدم الإطلاق الشامل للأعلى بملاحظة الأخبار الأولى. وبالجملة: حيث أن بناء العقلاء غير مُحَرَّزٍ على ولايته، فولاية غير الجدّ الأدنى لا تخلو عن تأمل.

حكم فقدان الأب وبقاء الجدّ

الجهة الرابعة: لو فُقد الأب وبقي الجدّ، ففيه موردان للبحث: المورد الأول: أن ولاية الجدّ هل تكون مشروطة بحياة الأب أم لا؟، المنسوب إلى المشهور بين القدماء هو الأول، وإلى المشهور بين المتأخرين^(٢) هو الثاني. واستدلّ للأول: بخبر الفضل بن عبد الملك، عن مولانا عليه السلام: «إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه، وكان أبوها حيّاً، وكان الجدّ مرضياً جازاً»^(٣)، حيث أنّ مفهومه عدم الجواز مع عدم حياة أبيها. وفيه: إنّه من قبيل مفهوم الوصف، ولا نقول به، ولعلّ فائدة ذكر الوصف الرّد على العامة القائلين باشتراط ولاية الجدّ بموت الأب. وما في «الجواهر»^(٤): من كونها من مفهوم الشرط.

(١) الفقيه: ج ٣ / ٣٩٥ ح ٤٣٩٣، وسائل الشيعة: ج ٢٠ / ٢٨٩ أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ب ١١ ح (٢٥٦٥١).

(٢) لم ننف على الناسب من المتقدمين، لكن النسبتين حكاها كذلك المحقّق الاصفهاني في حاشيته: ج ٢ / ٣٧٧.

(٣) الكافي: ج ٥ / ٣٩٦ ح ٥، وسائل الشيعة: ج ٢٠ / ٢٩٠ أبواب عقد النكاح ب ١١ ح (٢٥٦٥٢).

(٤) الجواهر: ج ٢٩ / ١٧١.

ضعيفاً، إذ الشرط فيه مسوقٌ لبيان تحقّق الموضوع، كما لا يخفى.
 المورد الثاني: إنّه مع فقد الأب هل الولاية مختصّة بالجّد الأدنى، أم تكون ثابتة
 لأبيه أيضاً؟، قولان.
 استدللّ للأوّل: في «المكاسب»^(١) بآية: «أُولُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ
 أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ»^(٢).
 بتقريب: أنتها تدلّ على أنّ القريب أولىٰ بقريبه من البعيد، فنفت ولاية البعيد،
 وخرج منها الجّد مع الأب وبقي الباقي.
 وفيه أولاً: إنّ هذه الآية مختصّة بباب الإرث.
 وثانياً: إنّها تدلّ على أولويّة بعض الأرحام من بعض، ولا تدلّ على تعيين
 البعض الأوّل، ولعلّه البعض البعيد، بل احتمال كونه أولىٰ أرجح من جهة
 التعليقات الواردة في النصوص.
 واستدلّ الثاني: بإطلاق الأدلّة، وبالإستصحاب.
 ويرد على الأوّل: بما تقدّم من عدم الدليل على ولاية الجّد الأعلىٰ.
 وعلى الثاني: بما تكرّر منّا من عدم جريان الإستصحاب في الأحكام الكلية.
 والحمد لله ربّ العالمين، وصلى الله على سيّدنا محمّد وعلى آله الطيبين
 الطاهرين المعصومين.



(١) المكاسب: ج ٣ / ٥٤٢.

(٢) سورة الأنفال: الآية ٧٥، سورة الأحزاب: الآية ٦.

فهرس الموضوعات

٩	المقصد الثالث / ألفاظ عقد البيع
١٣	خصوصيات ألفاظ العقد
١٧	ألفاظ الإيجاب والقبول
٢٠	اعتبار العربية
٢٤	عدم اعتبار الماضيّة
٢٦	تقديم القبول على الإيجاب
٣٤	اعتبار الموالاة
٣٨	اشتراط التنجيز في العقد
٤٤	تنبيهات
٤٧	اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول
٥٠	أهليّة العاقد
٥٣	اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة
٥٨	المقصد الرابع / شرائط المتعاقدين
٧٢	أدلة القول بصحة عقد الصبي
٧٦	مستثنيات قانون رفع القلم عن الصّبي
٨١	معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة
٨٤	اعتبار القصد
٨٦	لابدّ من تمييز البائع من المشتري

- ۸۶..... عدم وجوب تعیین من یشتري له ومن یبيع له
- ۸۹..... وجوب تعیین الموجب لخصوص المشتري،
- ۸۹..... والقابل لخصوص البائع.
- ۹۲..... اشتراط الاختيار.....
- ۹۴..... أدلة بطلان عقد المُكره .
- ۹۸..... حقيقة الإكراه.....
- ۹۹..... اعتبار العجز عن التقصي بما لا ضرر فيه.....
- ۱۰۵..... في حكم من أكره على أحد أمرين.....
- ۱۰۷..... حكم إكراه أحد الشخصين على فعل واحد.....
- ۱۰۹..... صور تعلق الإكراه.....
- ۱۱۳..... الإكراه على بيع عبد من عبيد.....
- ۱۱۷..... حكم الإكراه على الطلاق.....
- ۱۲۳..... لو تعقب الرضا عقد المكره.....
- ۱۳۱..... بيع الفضولي.....
- ۱۳۷..... الصورة الأولى / بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع.....
- ۱۵۷..... أدلة بطلان بيع الفضولي والجواب عنها.....
- ۱۶۶..... بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع.....
- ۱۶۹..... بيع الفضولي لنفسه.....
- ۱۷۹..... لو كان مال الغير دون العين في ذمته.....
- ۱۸۳..... الفضولي في المعاطاة.....
- ۱۸۸..... القول في الإجازة.....

- أدلة كاشفة الإجازة ١٩٠
- ثمرة القول بالكشف والنقل ٢٠٣
- ثمرات أخرى بين النقل والكشف ٢١٥
- ثمرات ذكرها بعض ٢٢٠
- تنبيهات الإجازة ٢٢٣
- كفاية الرضا الباطني في الإجازة ٢٢٥
- اعتبار عدم سبق الرد ٢٢٨
- الإجازة لا تورث ٢٣٠
- إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن ٢٣٢
- الإجازة ليست على الفور ٢٣٨
- اعتبار مطابقة الإجازة للعقد ٢٣٩
- البحث عن المجيز ٢٤٤
- اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الإجازة ٢٤٤
- اشتراط وجود المجيز حال العقد وعدمه ٢٤٥
- عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد ٢٤٨
- لو كان المالك حين العقد غير جائز التصرف ٢٥١
- من باع شيئاً ثم مَلَكَ ٢٥٤
- صور بيع من باع شيئاً ثم مَلَكَ ٢٧٠
- حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه ٢٧٤
- لو باع معتقداً كونه غير جائز التصرف ٢٧٨
- لو باع عن المالك فأنكشف كونه ولياً ٢٧٨

- ۲۷۹ لو باع لنفسه فانكشف كونه ولياً
- ۲۸۰ لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا
- ۲۸۸ لو باع لنفسه فانكشف أنه له
- ۲۹۰ القول في المجاز
- ۲۹۲ اعتبار كون المجاز معلوماً تفصيلاً
- ۲۹۶ حكم العقود المترتبة
- ۲۹۸ صور العقود الواقعة على المعوض
- ۲۹۹ صور العقود الواقعة على العوض
- ۳۰۴ حكم تتابع العقود في صورة علم المشتري بالغصب
- ۳۱۰ أحكام الرد
- ۳۱۴ حكم التصرفات غير المنافية لمالك المشتري
- ۳۱۸ حكم رجوع المالك إلى المشتري لو لم يجز
- ۳۱۸ حكم رجوع المشتري إلى الغاصب
- ۳۲۷ الغرامة التي غرمها المشتري
- ۳۴۰ تعاقب الأيدي
- ۳۴۶ بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره
- ۳۵۲ بيع نصف الدار
- ۳۵۷ بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله
- ۳۵۹ ولاية الأب والجد
- ۳۶۲ اعتبار العدالة
- ۳۶۴ اعتبار المصلحة في التصرف

- ٣٦٨ مشاركة الجدّ للأب
- ٣٦٩ حكم فقدان الأب وبقاء الجدّ
- ٣٧١ فهرس الموضوعات

