هدى الطالب

إلى

شرح المكاسب

تأليف سماحة آية الله

السيد محمد جعفر المرتضى العاملي

الجزء الرابع

هدى الطالب

إلى

شرح المكاسب

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

تأليف

سماحة آية الله

السيد محمد جعفر الجزائري المروج دام ظله

الجزء الرابع

شابك دوره: ٩ ـ ٣٤ ـ ٢٥٦٠ ـ ٩٦٤ ـ ٩٧٨
شابك جلد ٤: ٧ ـ ٣٨ ـ ٢٥٦٠ ـ ٩٦٤ ـ ٩٧٨

هدى الطالب
إلى
شرح المكاسب

الجزء الرابع

• تأليف: ..... الفقيه المحقق السيد محمّد جعفر المروّج ﷾
• الناشر: ..... طليعة النور
• الطبعة: ..... الأُولىٰ
• الكمية: ..... ٢٠٠٠ دورة
• المطبعة: ..... قلم
• تاريخ النشر: ..... شعبان المعظم / ١٤٢٨ هجـ
• سعر الدورة: ..... ٣٥٠٠٠ تومان

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

« حقوق الطبع و النشر محفوظة »

مركز التوزيع: مكتبة ذوي القربىٰ، قم ـ شارع ارم ـ قيصرية القدس، الهاتف: ٧٧٤٤٦٦٣

« انا لله و انّا اليه راجعون »

فوجئنا ببالغ الأسى و الأسف ـ و الكتاب قيد الطبع ـ بالمصاب الجلل و الكارثة العظمىٰ، و ذلك بإرتحال فقيه الطائفة، السيّد المؤلف قدس سره، ففجعت أُسرة آل الجزائري العريقة في العلم و التدّين بفقد عميدها في العصر الحاضر، بل و فجعت الحوزات العلمية بفقدها أحد أساطين العلم و التقوىٰ، فصدق قوله عليه السلام:

«إذا مات المؤمن الفقيه ثلم في الإسلام ثلمة لا يسدّها شيء»

ففي السحر من ليلة السبت ٢٥ ذي القعدة الحرام ١٤١٩ أفل هذا الكوكب الساطع عن سماء الفقاهة وافداً علىٰ ربّه الكريم، فسكن ذلك القلب العطوف، و سكنت تلك اليراعة التي خلّدت لسالكي طريق الإجتهاد و روّاد الفضيلة تراثاً علمياً و معنوياً ضخماً. بعد أن قضىٰ زهاء أربعين عاماً من عمره الشّريف بجوار باب مدينة علم الرسول صلى الله عليه و آله متعلّماً ثم مدرساً و مؤلفاً، و كان أمله أن يثوىٰ في تلك الارض المقدسة، لكن قدّر له الخروج منها، و أن ينتقل إلى «دار السلام» في حرم أهل البيت عليهم السلام فيكون مضجعه و مثواه الأخير بجوار سيدتنا فاطمة الصغرىٰ عليها السلام.

و بهذا الفادح الأليم نعزّي حامي الشريعة الغرّاء سيّدنا الإمام المنتظر «صلوات الله و سلامه عليه و عجّل فرجه الشريف»، كما نعزّي أُسرته الكريمة، سائلين منه تعالى لهم الصبر و الأجر.

و إنّنا و إن فقدنا شخص المؤلف، لكنّا لم نفقد منتهىٰ هدايته في علمه و تقواه، و تواضعه و زهده و عزوفه عن الدنيا و زخارفها، و إعراضه عنها، فقد جسّد قدس سره الاسلام علماً و عملاً، عاش سعيداً و مات حميداً، و جزاه الله عن الاسلام و أهله خيراً.

و نستمدّ منه تعالىٰ التوفيق لمواصلة منهاجه، و نشر ما بقي من أجزاء هذه الموسوعة الفقهية الخالدة «هدى الطالب» بل و إعداد سائر مؤلفاته الثمينة التي هي حصيلة جهاده العلمي الدّؤوب للطبع، لتكون خدمة أُخرىٰ لفقه أهل البيت عليهم السلام، إنه ولي التوفيق.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، و الصلاة و السلام على سيّد الأنبياء و المرسلين محمّد و آله الطيبيّن الطاهرين، لا سيّما الإمام المبين و غياث المضطر المستكين عجّل الله تعالىٰ فرجه الشريف و اللعن المؤبّد علىٰ أعدائهم أجمعين.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الكلام في شروط المتعاقدين[1]

شرائط المتعاقدين

١) و هي أُمور، و المذكور منها في الكتاب البلوغ و القصد و الاختيار و ملك أمر البيع إمّا بملك العوضين ـ مع إنتفاء الحجر ـ و إمّا بولاية التصرّف. و لا بأس بالاشارة إلى بعض الأُمور قبل الشروع في توضيح العبارة.

الأمر الأوّل: أنّ شرائط البيع على قسمين:

أحدهما: ما يكون دخيلاً في البيع عرفاً، كمالية العوضين، و القصد إلى إنشائه.

و الآخر: ما يكون دخيلاً فيه شرعاً، من دون دخل له في البيع العرفي، كاعتبار البلوغ في المتعاقدين، فإنّه قيد زائد على ما اعتبره العرف في البيع، فاشتراطه فيه منوط بقيام دليل شرعي عليه. فإن نهض دليل عليه فهو المتّبع، و إلّا فإطلاق دليل إمضاء المعاملة وافٍ بإثبات نفوذ معاملات الصبي المميِّز المتمشّي منه قصد العنوان المعاملي، و لا يبقىٰ مجال للتمسك بأصالة الفساد.

الأمر الثاني: أنّ الظاهر من الروايات كون البلوغ شرطاً، لا كون الصبا مانعاً. و تظهر الثمرة في الشك في بلوغ العاقد. فعلىٰ الأوّل يحكم بفساد العقد، لكونه مقتضىٰ إستصحاب عدم البلوغ، فيبطل الانشاء. و علىٰ الثاني يصح، لاندفاع المانع بالأصل.

ثمّ إنّ ظاهر تعبير الفقهاء بـ«شروط المتعاقدين» دخلُ الأمور المذكورة بنحو

.....

الشرط الذي يتمّ به تأثير العقد، لا كونُ أضدادها موانعَ الصحة، فمثل البلوغ والاختيار متمِّم تأثير الإنشاء في النقل و الانتقال، لا كون الصبا و الإكراه مانعين عن نفوذه. و يشهد له تعبيرهم «باشتراط الكمال بالبلوغ و العقل» و تفريعهم بطلان عقد الصبي عليه، من جهة فقد الشرط.

نعم تعبير المصنف ﷺ بـ «بطلان عقد الصبي» قد يوهم مانعية الصبا عن الصحة.

لكن يندفع بأنّه متفرّع على إشتراط الكمال كما سيأتي في كلام الشهيد ﷺ. مضافاً إلى تداول إطلاق الشرط على الأمر الوجودي و عدم المانع، و الأمر سهل.

الأمر الثالث: أنّ الشرائط المذكورة معتبرة في البيع، سواء أُنشئ بالقول أم بالفعل، بناءً على ما تقرّر في باب المعاطاة من المكابرة في منع صدق البيع العرفي ـ الموجب للملك ـ عليها. و كذا الحال لو قيل بعدم الملك، و أنّها تفيد الاباحة تعبداً، وذلك لما تقرّر في أوّل تنبيهات المعاطاة من أن المتيقن من المعاملة الفعليّة هي الجامعة لشرائط البيع القولي.

إذا عرفت ما ذكرناه من الأُمور فلنشرع في توضيح المتن.

مسألة

المشهور ـ كما عن[1] الدروس و الكفاية ـ بطلانُ عقد الصبي،

الشرط الأول: البلوغ

١) الحاكي هو السيّد المجاهد ﷺ«١». و نسبة الشهرة إلى الفاضل السبزواري ﷺ و إن كانت في محلها، إلّا أنّ نسبتها إلى الشهيد مسامحة، لقوله في الدروس: «و نعني بكمال المتعاقدين بلوغهما و عقلهما. فعقد الصبي باطل و إن أذن له الولي، أو أجازه، أو بلغ عشراً، على الأشهر» و تعبيره بالأشهر لتعدد الأقوال في المسألة كما يظهر بمراجعة مفتاح الكرامة«٢». و قد أنهاها الفقيه المامقاني ﷺ«٣» إلى سبعة أقوال، و يتجه التعبير بالأشهر بالنسبة إلى القول الثامن ـ و هو البطلان مطلقاً ـ سواء أذن له الولي قبل العقد أم لا، و سواء أجاز عقده بعده أم لا، و سواء بلغ عشر سنين أم لا، و سواء أكان مميّزاً أم لا.

و هذا بخلاف ما لو عبّر الشهيد بالمشهور، فإنّه موهِم بل ظاهر في ندرة القول بالصحة و شذوذه، مع أنّه ليس كذلك، كما سيظهر في مطاوي الأبحاث الآتية

«١» المناهل، ص ٢٨٦ ؛ الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩٢ ؛ كفاية الأحكام، ص ٨٩

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٧٠

«٣» غاية الآمال، ص ٣٢١ و ٣٢٢

بل[١] عن الغُنية الإجماع عليه و إن[٢] أجاز الولي.

و في كنز العرفان «نسبةُ عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا»[٣].

إن شاء الله تعالى، لوجود المفصِّل تارة بين عقد المميِّز و غيره، و أُخرىٰ بين إذن الولي له و إستقلاله فانتظر.

و كيف كان فغرض المصنف ﷺ من حكاية الشهرة عن الدروس و الكفاية توهين القول بصحة معاملة الصبي، و ذلك لمخالفته للشهرة الفتوائية على البطلان. و قد إستدلّ على فساد عقده بالاجماع المتضافر نقله و بالنصوص، و سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

الوجوه المستدل بها على إعتبار البلوغ

أ : الاجماع

١) غرضه الترقي عن مجرد إشتهار الفتوىٰ بالبطلان إلى كون الحكم مجمعاً عليه. قال السيد أبو المكارم ﷺ: «و يخرج عن ذلك أيضاً ـ يعني كخروج بيع العبد الجاني عن دليل حِلّ البيع ـ بيعُ من ليس بكامل العقل، و شراؤه، فإنّه لا ينعقد و إن أجازه الولي، بدليل ما قدّمناه من الإجماع، و نفي الدليل الشرعي على إنعقاده. ويحتج على المخالف بما رووه من قوله ﷺ: رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ ...»[١].

٢) وصلية، و غرض السيّد ﷺ تعميم البطلان لصورة إذن الوليّ له في البيع والشراء، و أمّا بطلانه في صورة عدم الإذن فكأنّه من الواضحات.

٣) قال الفاضل المقداد ﷺ في الأحكام المستفادة من آية ﴿ و ابتلوا اليتامىٰ ﴾ ما لفظه: «إختلف في معنىٰ إبتلائهم، فقال أبو حنيفة: هو أن يدفع إليه ما يتصرف

«١» غنية النزوع، ص ٥٢٣، س ٣٤، و الحاكي لكلامه هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٧٠

و ظاهره[١] إرادة التعميم لصورة إذن الولي[٢].

و عن التذكرة: «أنّ الصغير محجور عليه بالنصّ و الإجماع، سواء كان مميّزاً أوْ لا، في جميع التصرُّفات، إلّا ما استثني، كعباداته[٣]

فيه. و قال أصحابنا و الشافعي و مالك: هو تتبّع أحواله في ضبط أمواله، و حسن تصرفه، بأن يكل إليه مقدمات البيع، لكن العقد لو وقع منه كان باطلاً، و يلزم على قول أبي حنيفة أن يكون العقد صحيحاً»[١].

و الشاهد في نسبة بطلان عقد الصبي المميِّز إلى أصحابنا.

١) منشؤه إطلاق محجورية الصبي عن التصرف، بلا فرقٍ بين إستقلاله فيه و بين إذن الولي له.

٢) يعني: فيكون الصبي مسلوبَ العبارة كالبهائم، فلا عبرة بعبارته و إن إقترنت بإذن الولي أو إجازته. ففي المسألة أقوال، أهمّها إثنان:

أحدهما: إعتبار البلوغ في المتعاقدين، و عدم العبرة بعبارة الصبي و إن كانت مع إذن الولي أو إجازته. و هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل المدّعىٰ عليه الاجماع.

ثانيهما: إعتباره في نفوذ عقده من دون حاجة إلى مراجعة الولي.

و بعبارة أُخرىٰ: ما يثبت في البالغ ـ من إستقلاله في أُموره من عقوده و إيقاعاته ـ ينفىٰ في الصبي، فليس الصبي مستقلّاً في تصرفاته بحيث تنفذ عقوده و إيقاعاته بلا مراجعة الولي. فلا مانع من شمول إطلاق الأدلة الامضائية لعقد الصبي مع إذن وليّه.

٣) لما ثبت في محلّه من شرعية عباداته، و إن كان محلّ الخلاف، و ظاهر كلام العلّامة التسالم على إستثناء عبادات الصبي من أفعاله التي هو محجور عليها. ولكنه غير ظاهر.

«١» كنز العرفان، ج ٢، ص ١٠٢

و إسلامِه[١] و إحرامِه و تدبيره و وصيّتِه و إيصالِ الهدية و إذنِه في الدخول علىٰ خلاف في ذلك[٢]»«١» إنتهىٰ.

و إستثناء إيصال الهدية[٣] و إذنه الهدية و اذنه فى دخول الدار يكشف

ثم إنّ الظاهر أنّ مورد البحث هو الصبي المميز الذي له قصد و إرادة. و أمّا غير المميِّز الذي لا يُميِّز الصلاح عن الفساد و لا قصد له ففعله كعدمه، و لا يصلح أن يكون مورداً للبحث و النزاع، لفقدان القصد المقوِّم للأفعال القصدية الّتي منها البيع. و من المعلوم أنّ الفعل الصادر بعنوانه المتقوِّم بالقصد إذا صدر عن الصبي ينبغي أن يقع فيه البحث، و أنّه هل يكون موضوعاً للآثار؟ أم لابد في ترتيب الأثر عليه من صدوره عن البالغ، و أنّ الصادر عن الصبي ليس موضوعاً للأثر. فدعوىٰ «الإجماع على كون فعل الصبي كالعدم سواء أكان مميزاً أم لا» غير مسموعة، إذ لا مقتضي لصحة فعل غير المميِّز، لعدم القصد إليه.

و بالجملة: فلابدّ من جعل مورد البحث خصوص الصبي المميز القاصد للفعل، لتوقف العناوين القصدية على القصد.

١) المراد بنفوذ إسلام الصبي هو خروجه به عن تبعية أبويه الكافرين، و هذا المورد منصوص، كصحة إحرامه و تدبيره و وصيته، و سيأتي في التعليقة التعرُّض لها إن شاء الله تعالى.

٢) أي: في إعتبار إذن الصبي في الدخول، فقد يقال بجواز الدخول في الدار بمجرد إذن الصبي، و قد يقال بمنعه.

٣) غرض المصنف ﷺ من هذه العبارة تقريب دلالة كلام العلّامة على ما نحن فيه، و هو حجر الصبي عن العقد و الإيقاع و عدم العبرة بإنشائه، و توضيحه: أنّه قد يتخيّل أجنبية عبارة التذكرة عن المقام، لظهور قوله: «الصغير محجور عليه في

«١» تذكره الفقهاء، ج ٢، ص ٧٣، س ٢٥، و الحاكي عنه هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٧٠

.....

جميع التصرفات» في إختصاص الحجر بتصرُّفه في ماله كبيعه و شرائه و صلحه و هبته و إجارته و نحوها من التصرف الاعتباري في أمواله الشخصية. و أمّا إذا لم يتصرّف الصبي في مال نفسه بل توكّل عن الغير في مجرّد الإنشاء فقد يُشكل إستظهار بطلانه من قول العلّامة: «جميع التصرفات» لعدم كون إجراء العقد و الايقاع ـ بالوكالة عن الغير ـ تصرفاً في مال الصبي حتى يكون محجوراً عنه. و من المعلوم أخصيّة المنع ـ من التصرف في مال نفسه ـ من المدّعىٰ، و هو عدم العبرة بأفعاله و أقواله مطلقاً سواء تعلقت بماله أم بمال وليّه بإذنه، أم بمال الغير وكالةً.

و قد زيّف المصنفُ ﷺ هذا الوهم، لدلالة فحوىٰ كلام العلامة علىٰ أنّ المراد من التصرف مطلق أقواله و أفعاله، و ذلك لأمرين مسلّمين:

أحدهما: أصالة الاتصال في الاستثناء، و عدم حمله علىٰ الانقطاع إلّا بقرينة.

ثانيهما: أولوية حجر الصبي عن تصرفه ـ الموضوع لحكم شرعيّ ـ من حجره عن تصرفه الذي لا يترتب عليه الأثر.

و توضيحه: أنّ العلّامة إستثنىٰ ـ من عموم حكمه بحجر الصغير عن التصرف ـ أُموراً، منها: ما يترتب عليه الأثر كإسلامه و إحرامه و عتقه و نحوها ممّا حكم الشارع عليه بالصحة و النفوذ.

و منها: ما ليس موضوعاً لحكمٍ كإيصال الهدية و الإذن في الدخول. و الوجه في عدم موضوعيّتهما لحكمٍ هو أنّ جواز تصرف المهدىٰ إليه منوط بوصول الهدية إليه عن إذن المالك، و لا دخل لإيصال الصبي فيه أصلاً، و إنّما هو آلة، كما لو حملها المُهدِي علىٰ حيوانٍ أو أرسلها بالبريد.

و كذلك الحال في جواز الدخول في دار الغير، فإنّه مترتّب على إحراز رضا المالك، سواء أكان الكاشفُ عنه إذنَ الصغير أم البالغ، فالعبرة بالمكشوف و هو الرضا المالكي، لا بالكاشف، فلو لم يُحرز رضاه بإذن الكبير لم يجز للأجنبي الدخول.

بفحواه عن شمول المستثنىٰ منه[١] لمطلق[٢] أفعاله، لأنّ[٣] الإيصال و الإذن ليسا من التصرفات[٤] القولية و الفعلية. و إنّما الأوّل[٥] آلة في إيصال الملك، كما لو حملها على حيوانٍ و أرسلها[٦].

و على هذا فحيث إنّ العلّامة ﷺ إستثنىٰ من موارد الحجر هذين الموردين اللّذين لا يترتب عليهما أثر شرعي كان مقتضىٰ إتصال الاستثناء دخولها في المستثنىٰ منه ـ أعني به جميع التصرفات ـ لولا الاستثناء. و لمّا كان المستثنىٰ منه شاملاً لهما إقتضت الأولوية القطعيّة إندراج فعلِ الصبي و قوله ـ الموضوعين للأثر الشرعي ـ فيه، كما إذا صار الصغير المميِّز وكيلاً عن غيره في إنشاء عقدٍ أو إيقاع، فإنّ مقتضىٰ عموم قوله: «جميع التصرفات» حجر الصبي عنه و عدم العبرة بعبارته، و لا يختص المنعُ بالتصرف في مال نفسه حتىٰ يكون معقد الإجماع مختصاً بتصرف الصبي في أمواله، كي يصير الدليل أخصّ من المدّعىٰ، و هو عموم حجر الصبي و إلغاء إنشائه مطلقاً سواء تعلق بماله أم بمال الغير.

١) المراد بالمستثنىٰ منه قول العلّامة: «جميع التصرفات» و الوجه في الفحوىٰ ما عرفته من أن إيصال الهدية ممّا ليس موضوعاً لحكم شرعي لو توقّف تمشّيه من الصبي على الإستثناء كَشَفَ ذلك بالأولوية عن توقف الفعل و القول الموضوعين للحكم على الاستثناء.

٢) متعلق بـ «شمول».

٣) هذا تقريب الفحوىٰ، و قد عرفته.

٤) المراد من التصرف هنا معناه الأخص، و هو القول و الفعل الموضوعان للأثر، كالإسلام و الإحرام و التدبير و الوصية، فإنّها موضوعات لأحكام. بخلاف إيصال الهدية.

٥) لو قال: «و إنّما الصبي في الأوّل آلة ... الخ» كان أنسب، حتى يكون المراد بالأوّل مثال إيصال الهدية، و تتّجه آليّة الصغير فيه.

٦) أو أرسلها بالبريد أو بوسيلةٍ أُخرىٰ، حيث إنّ المهمّ وصول الهدية عن إذن مالكها.

و الثاني[1] كاشف عن موضوع تعلّق عليه إباحةُ الدخول، وهو رضا المالك (*).

---

١) بالرفع معطوف علىٰ «الأوّل» و المراد بالثاني إذن الصغير في دخول الضيف في الدار، حيث إنّ العبرة بالمكشوف و هو إباحة الدخول من قِبَل المالك، لا إعلام الصبي و إذنه.

هذا كله في الدليل الأوّل على بطلان عقد الصبي، و هو الاجماع المنقول.

(*) تعميم معقد الاجماع للصبي المميِّز غير ظاهر. قال في الكفاية مفرّعاً علىٰ ماذكره بقوله: «يشترط أن يكون المتعاقدان عاقلين بالغين على المشهور» ما لفظه: «فلا يصح بيع المجنون و لا الصبي، و كذا الشراء، و في المميِّز إشكال».

و كذا يشكل شمول إجماع الغنية للصبي المميِّز، لأنّ عبارتها المحكيّة هي هذه: «لا ينفذ بيعُ من ليس بكامل العقل و شراؤه، فإنّه لا ينعقد و إن أجازه الولي، بدليل ما قدمناه من الاجماع، و نفي الدليل الشرعي». إذ الظاهر ممّن ليس بكامل العقل هو غير المميِّز، لا مطلق الصبي، لأنّ من الواضح كون بعض أفراد غير البالغ كامل العقل بالوجدان، فلا يصدق عليه العنوان المزبور ـ و هو غير كامل العقل ـ فلا يشمل معقد الاجماع الصبي المميِّز. و على تقدير الشمول لم يحرز كون الاجماع تعبدياً، لاحتمال مدركيته، بأن يستند المجمعون إلى بعض الوجوه المحتج بها على مذهب المشهور.

و الحاصل: أنّه لا إجماع أوّلاً، لكون المسألة خلافية، و أنّ معقده بعد تسليمه لا يشمل المميِّز ثانياً، و أنّ إحتمال مدركيته يسقطه عن الاعتبار ثالثاً. فالاجماع لا يصلح لإثبات مدّعىٰ المشهور.

و كذا دليلهم الثاني و هو حديث «رفع القلم عن الصبي» لما سيأتي في توضيح المتن.

و كذا دليلهم الثالث، و هو الروايات المتضمنة منطوقاً و مفهوماً لعدم جواز أمر الصبي، لما ذكره المصنف بقوله: «لكن الانصاف أنّ جواز الأمر ... الخ» فتلك الأخبار أيضاً لا تفي بإثبات مذهب المشهور. و على تقدير دلالتها على نفي مطلق الجواز عن عقد الصبي لا ينافي النفوذ بعنوان كونه عقداً للولي، حيث إنّ إذنه تصحح نسبته إليه كعقد الفضولي المضاف إلى من بيده إعتباره بعد إجازته.

و احتج[1] على الحكم في الغنية بقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، و عن المجنون حتىٰ يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ».

ب : حديث رفع القلم عن ثلاثة

١) هذا شروع في النصوص المستدل بها على المدّعىٰ، و لا يخفىٰ أن السيّد لم يستدل بحديث رفع القلم، و إنما قال: «و يحتج على المخالف ...» فلاحظ كلامه في (ص ٨).

و كيف كان فالاستدلال بحديث رفع القلم عن الصبي يقع في مقامين، أحدهما في السند، و الآخر في الدلالة.

أمّا الأوّل فقد روىٰ في الوسائل عن الخصال عن الحسن بن محمّد السكوني عن الحضرمي عن إبراهيم بن أبي معاوية عن أبيه عن الأعمش، عن إبن ظبيان، قال: «أُتي عمر بإمرأة مجنونة قد زنت، فأمر برجمها. فقال علي عليه السلام: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، و عن المجنون حتىٰ يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ»[1].

و هذا الطريق لا يخلو من ضعف بالأعمش و غيره، إلّا أن أصل الحادثة و قضاء أميرالمؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين ممّا يطمأن بصدوره. فالشيخ المفيد قدس سره صدّرَ الفصل ـ الذي عقده لذِكر قضائه عليه السلام في عهد إمرة الثاني ـ بقوله: «فمن ذلك ما جاءت به العامة و الخاصة»[2] ثم ذَكَر هذه القصّة بعنوان: «و رووا [رُوي] أنّ مجنونةً ... الخ» و لعلّه يستفاد من تعبيره قدس سره تسالمهم علىٰ روايته، و لا أقلّ من تضافر نقله، هذا.

مضافاً إلى تلقّي الفقهاء لجملة «رفع القلم عن الثلاثة» بالقبول، و إسناده الى

«١» وسائل الشيعة، ج ١، ص ٣٢، الباب ٤ من أبواب مقدمات العبادات، ح ١٠

«٢» الارشاد، ج ١، ص ٢٠٣ و ٢٠٤، نشر مؤسسة آل البيت عليهم السلام. و رواه العلّامة المجلسي في بحارالأنوار عن العامة، في ج ٣٠، ص ٦٨٠، و إن شئت الوقوف على مصادر القصّة عندهم فراجع هامش الارشاد و البحار.

.....

الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله، حتى من لا يعمل منهم بالخبر الواحد العاري عن قرينة القطع كابن إدريس، فقال في باب الوصية: «و أيضاً قوله عليه السلام: رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يحتلم»[١]. و قال في الحدود: «لقوله عليه السلام المجمع عليه رفع القلم عن ثلاثة»[٢]. و هذا المقدار كافٍ في حصول الوثوق بالصدور لو لم يوجب القطع به.

و أمّا المقام الثاني ـ و هو في الدلالة ـ فنقول: إنّ القلم المرفوع محتمل لأمرين قد شملت كلّاً منهما عناية الجعل.

أحدهما: قلم التكليف، سواء أكانت إلزامية أم غير إلزامية، بل قلم مطلق الأحكام حتى الوضعية بناءً على تأصلها في الجعل. و أمّا بناءً على الانتزاع يختصّ بالمجعول و هو التكليف. و هذا القلم مساوق لمثل قوله تعالى: ﴿ كتب عليكم الصيام كما كتب على الّذين من قبلكم ﴾[٣] و ﴿ قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم و ما ملكت أيمانهم ﴾[٤] فالحكم المتعلق بفعل المكلف قلم مجعول شرعاً في حقّه.

ثانيهما: قلم المؤاخذة، و هو قلم كتابة السيئات المترتب على عصيان الخطاب الإلزامي المنجّز، في قبال قلم الحسنات و المثوبات المترتّبة على فعل الطاعات. و لا فرق في كتابة المؤاخذة و العقوبة شرعاً بين كونها دنيوية أعم من كونها بدنيّة في النفس و الطرف كالحدود و القصاص و التعزيرات أم مالية كالديات، و بين كونها أُخروية و هو كلّ ما توعّد به تعالىٰ العصاة في تلك النشأة. و هذا القلم أي: المؤاخذة الفعلية ـ الّتي هي فعل الشارع أيضاً ـ قابل لكلٍّ من الوضع و الرفع التشريعيّين ولو باعتبار منشئهما، و هو الحكم الالزامي و نحوه.

إذا إتضح إطلاق «القلم» على كلٍّ من التكليف و ما يلحقه من العقوبة، فيقال في تقريب إستدلال المشهور بحديث «رفع القلم»: إنّ المراد بالقلم المرفوع هو كافة

«١» السرائر، ج ٣، ص ٢٠٧

«٢» السرائر، ج ٣، ص ٣٢٤

«٣» البقرة، الآية ١٨٣

«٤» الاحزاب، الآية ٥٠

و قد سبقه في ذلك[١] الشيخُ في المبسوط في مسألة الإقرار، و قال: «إنّ مقتضىٰ رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم[٢]»«١». و نحوه الحلّي في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشراً. و تبعهم في الاستدلال به جماعة كالعلامة«٢» و غيره«٣».

واستدلّوا أيضاً بخبر[٣] حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام: «ان الجارية

الأحكام المجعولة على الكبار، تكليفية كانت أم وضعيّة، فكما لا يتصف فعل الصبي بالوجوب و الحرمة، فكذا لا تثبت في حقّه الأحكام الوضعية كسببيّة عقده و إنشائه للبيع ـ مثلاً ـ لحصول النقل و المبادلة في إضافة الملكية، فإنّ سببيّته له إعتبار وضعي إمضائي مرفوع عن الصغير، إمّا برفعها و إمّا برفع منشأ إنتزاعها كوجوب الوفاء كرفعها عن إنشاء المجنون و النائم. و عليه فالحديث وافٍ بالمدّعىٰ و هو إلغاء أقوال الصبي و أفعاله عن الإعتبار و عدم موضوعيتها للآثار المترتّبة على ما إذا صدرت من الكبير. هذا تقريب الاستدلال، و سيأتي مناقشة المصنف فيه بوجوهٍ ثلاثة.

١) أي: في الاستدلال بحديث «رفع القلم» على عدم نفوذ إقرار الصبي.

٢) يعني: الحكم المترتب على كلام البالغ، و هو التأثير في النقل و الانتقال و وجوب الوفاء به، و غير ذلك من أحكام الانشاء الممضىٰ شرعاً.

ج : عدم جواز أمر الصبي

٣) هذا دليل ثالث للمشهور، و هو جملة من الروايات الدالة منطوقاً أو مفهوماً علىٰ عدم جواز أمر الصبي في البيع و الشراء. بتقريب: أن إطلاق نفي الجواز يقتضي نفي الأثر عن عقده مطلقاً، سواء إستقل به أم أذن له الولي. و المستدل جماعة، منهم

«١» المبسوط، ج ٣، ص ٣

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٢٠٠، س ٣٦ و ج ٢، ص ١٤٥، س ٣٩ و ص ١٤٦، س ١٧

«٣» منهم فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٥٠، و المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٧، ص ٨٣ و غيره، و المحقق الشوشتري في مقابس الأنوار، ص ٣، كتاب البيع.

إذا زوّجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليُتم، و دفع إليها مالها، و جاز أمرها في الشراء. و الغلام لا يجوز أمره في البيع و الشراء، و لا يخرج عن اليتم حتىٰ يبلغ خمسة عشر سنة» الحديث"[١]".

و في رواية إبن سنان: «متىٰ يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتىٰ يبلغ أشدّه. قال: ما أشدّه؟ قال: إحتلامه[١]»"[٢]".

أصحاب مفتاح الكرامة و الرياض و المستند و الجواهر و الحدائق ﷺ. قال السيد العاملي: «و المراد بجواز أمره تصرفه بالبيع و الشراء و نحوهما، فالقول بأنّه لا منافاة بين صحة عقده و بين عدم دفع المال إليه ـ كما يظهر من مجمع البرهان ـ لا وجه له، فإنّ الخبر المذكور قد دلّ علىٰ عدم جواز أمره يعني تصرفه بجميع أنواع التصرفات. و العقد الواقع منه إن كان صحيحاً موجباً لنقل الملك فهو التصرف الذي دلّ الخبر علىٰ المنع منه، و إلّا فهو لغو»"[٣]".

١) الظاهر أنّ مراده ما رواه الصدوق في الخصال عن أبي الحسين الخادم بيّاع اللُّولؤ عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «سأله أبي و أنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتىٰ يبلغ أشدّه. قال: و ما أشدّه؟ قال إحتلامه. قال: قلت: قد يكون الغلام إبن ثمان عشرة سنة أو أقلّ أو أكثر و لم يحتلم؟ قال: إذا بلغ و كتب عليه الشيء [و نبت عليه الشعر] جاز عليه أمره، إلّا أن يكون سفيهاً او ضعيفاً».

ونقله صاحب الوسائل ـ في كتاب الحجر ـ عن الخصال، عن بيّاع اللؤلؤ، لا عن

«١» وسائل الشيعة، ج ١، ص ٣، الباب ٤ من أبواب مقدمات العبادات، ح ٢، و ج ١٣، ص ١٤٢ الباب ٢ من أبواب الحجر، ح ١

«٢» الخصال، ج ٢، ص ٢٦٨، عنه في البحار، ج ١٠٣، ص ١٦٢، ح ٥ ؛ وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٤٣، الباب ٢ من أحكام الحجر، ح ٥

«٣» راجع مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٧١ ؛ رياض المسائل، ج ١، ص ٥١١ ؛ مستند الشيعة (الطبعة الحديثة) ج ١٤، ص ٢٦٣ ؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦١ ؛ الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٦٩ ؛ مقابس الانوار، ص ٣، كتاب البيع.

و في معناها[١] روايات أُخر.

لكن الانصاف[٢] أنّ جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في إستقلاله في

إبن سنان، و الظاهر وقوع السهو فيه.

و روىٰ في وصيّة الوسائل عن التهذيب روايةً أُخرىٰ عن إبن سنان تتضمن سؤاله عن مدلول الآية المباركة و تفسير الأشدّ بالاحتلام، إلّا أن ذيله يختلف عما نقلناه، لتضمنه تحديد البلوغ ـ بالسنين ـ بثلاثة عشرة سنة، فراجع«١».

و كيف كان فالشاهد في عدم جواز أمر الصبي و سلب عبارته، و صدر الرواية دالّ عليه.

١) ممّا يتضمّن الحجر قبل البلوغ، و توقف نفوذ المعاملة عليه، كما في معتبرة هشام عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: إنقطاع يتم اليتيم بالاحتلام، و هو أشدّه، و إن إحتلم و لم يؤنس منه رشده و كان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليُّه مالَه»«٢».

و كمرسلة الصدوق: «قال ابو عبدالله عليه السلام: إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها، و جاز أمرها في مالها، و أُقيمت الحدود التامة لها و عليها»«٣».

٢) ناقش المصنف قدس سره في دلالة كلتا الطائفتين من الأخبار ـ و هما أحاديث رفع القلم و عدم جواز أمر الصبي ـ علىٰ مدّعىٰ المشهور من سلب العبارة و عدم العبرة بإنشائه.

أمّا المناقشة في الطائفة الثانية المشتملة على عدم جواز أمر الصبي فتوضيحها: أنّ عدم نفوذ الأمر يفترق عن سقوط عبارته بالكليّة، و ذلك لأنّ المثبت في البالغ منفيّ في الصبي، و من المعلوم أنّ المثبت في البالغ هو الاستقلال و النفوذ، من دون حاجة إلى إذن أحد، فلابدّ أن يكون المنفي في الصبي هو ذاك المعنى المثبَت في البالغ، لأنّه مقتضىٰ قرينة المقابلة بين القضيتين الإيجابية و السلبية مع وحدة المحمول كالنفوذ

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٤٣٠، الباب ٤٤ من احكام الوصايا، ح ٨

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٤٣٠، الباب ٤٤ من أحكام الوصايا، ح ٩

«٣» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٤٣، الباب ٢ من أحكام الحجر، ح ٣

التصرف لأنّ[١] الجواز مرادف للمضي، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الاجازة. كما يقال: بيع الفضولي غير ماضٍ[٢]، بل موقوف.

و يشهد له[٣] الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «إلّا ان يكون سفيهاً». فلا[٤] دلالة لها حينئذٍ على سلب عبارته، و أنّه[٥]

و عدمه. وعليه يكون إنشاء الصبي نظير عقد الفضول في عدم سقوطه عن قابلية الإمضاء بلحوق إجازة مالك الأمر.

و الشاهد على إرادة عدم الاستقلال من قوله عليه السلام: «لا يجوز أمره» و عدم إرادة سلب العبارة كما يدعيه المشهور هو الإستثناء الوارد في رواية عبدالله بن سنان المتقدمة: «إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» حيث إنّ السفيه ليس مسلوب العبارة، و إنّما هو محجور عن الاستقلال في تصرفاته المالية، فيظهر من هذا الاستثناء نفي التصرف المستقل، إذ المراد بالجواز في البالغ هو النفوذ بالاستقلال، و هذا منفي في غير البالغ.

و بهذا ظهر أجنبية هذه الطائفة عن مدّعى المشهور.

و أما المناقشة في الطائفة المتضمنة لرفع القلم عن الصبي فبوجوه ثلاثة ستأتي قريباً إن شاء الله تعالى.

١) هذا تقريب ظهور «عدم جواز الأمر» في عدم الاستقلال، لا في مدّعى المشهور من سلب العبارة.

٢) يعني: أنّ عدم المضي لاينافي صحة عقد الصبي معلّقاً على إجازة وليّه، نظير توقف نفوذ عقد الفضول على إجازة وليّ العقد.

٣) يعني: و يشهد لظهور الروايات في نفي الاستقلال: الاستثناءُ الوارد في بعضها، على ما عرفتة آنفاً.

٤) هذا متفرع على ظهور الروايات في نفي الاستقلال، لا في سلب العبارة كلّيّةً.

٥) معطوف على «سلب عبارته» و مفسِّر له، يعني: إذا تصدّىٰ الولي لمقدمة المعاملة من تعيين العوضين ثم أمَرَ الصبيَ المميِّز بإنشاء العقد، لم تدل الروايات

إذا ساوم[١] وليُّه متاعاً و عيّنَ له قيمته، و أمَرَ الصبي بمجرّد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً. و كذا[٢] لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن[٣] وليِّه.

و أمّا حديث[٤] رفع القلم ففيه أولاً: أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذة (*)

ـ المتضمنة لعدم جواز أمر الصبي ـ على بطلانه رأساً، هذا.

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

٢) معطوف على «أنّه» يعني: لا دلالة لمثل خبر حمزة بن حمران على بطلان إنشاء إيجاب النكاح أو قبوله إذا كان بإذن وليّه. وجه عدم الدلالة ما تقدم آنفاً من ظهور الرواية في نفي إستقلال الصبي في التصرف، لا في سلب عبارته حتىٰ يكون إنشاؤه لغواً كإنشاء الهازل و اللّاغي.

٣) متعلق بـ «أوقع» يعني: لو أذنَ الولي للطفل في أن يزوِّج هنداً من زيد، أو يقبل ذلك الإيجاب، لم تدل رواية حمزة بن حمران علىٰ بطلانه.

و الظاهر أنه لا فرق في صحة إنشاء الصبي بإذن وليّه بين كون التزويج لنفسه أو لغيره، و لم يظهر وجه تقييد الصحة بكون النكاح لغيره.

٤) أشرنا إلىٰ أنّ المصنف ﷺ ناقشَ في دلالة «رفع القلم عن الصبي» على سلب عبارته ـ و كون إنشائه كالعدم ـ بوجوه ثلاثة:

توضيح الوجه الأوّل: أنّ الاستدلال به منوط بكون المرفوع عن الصغير هو الأحكام المجعولة في حقّ البالغين، سواء أكانت إلزامية أم غيرها، و سواء أكانت تكليفية أم وضعية، فيقال حينئذٍ بخلوّ صفحة التشريع ـ بالنسبة إلى الصبيان ـ عن كلّ قلم مجعول في حق الكبار، كما تقدم في تقريب الاستظهار.

(*) سيأتي في التعليقة ضعفه، و أنّ المراد قلم جعل الأحكام الالزامية، يعني: أنّ قلم جعلها مرفوع عن الصبي، فالرواية أجنبية عن عقد الصبي، و غير شاملة له.

.....

ولكن الظاهر من «رفع القلم» هو رفع المؤاخذة التي هي من خواص التكاليف الالزامية. و الوجه في هذا الظهور تسالم المشهور على أمرين:

أحدهما: شرعية عبادات الصبي لا تمرينيتها، لوضوح إناطة التقرُّب بوجود أمرٍ مولوي إستحبابي في حق الصغير المميِّز ليتقرّب به إليه جلّ و علا. و من المعلوم توقف هذا الأمر الندبي على شمول إطلاق أدلة العبادات لكلٍّ من الصبي و البالغ، و إنّما يرتفع عن الصبي ما وضعه الشارع على البالغ، و هو خصوص المؤاخذة و العقوبة المترتبة على عصيان الحكم الإلزامي، فيكشف عن إرتفاع خصوص الايجاب و التحريم إمتناناً عن غير البالغ. و أمّا سائر الأحكام التكليفية من الاستحباب و الإباحة و الكراهة، و كذا الأحكام الوضعية، فإطلاق أدلتها شامل لكل من الصغير و الكبير على السواء، لعدم إمتنانٍ رافعٍ لها.

ثانيهما: إشتراك الأحكام الوضعية بين الصبي و البالغ، فلو دلّ حديث «رفع القلم» على إلغاء سببية إنشاء الصبي و كونه بحكم العدم لكان منافياً لتسالمهم على الإشتراك المزبور. و لا مناص من جعل المرفوع قلم المؤاخذة المترتبة على عصيان الأحكام التكليفية الالزامية ـ من الايجاب و التحريم ـ خاصة، حتى يبقىٰ قلمُ الأحكام الوضعية شاملاً للصغار، فسببية الإنشاء للملكية و الضمان و الوصاية و نحوها حكم وضعي مشترك.

و بناءً على هذين الأمرين يتعيّن جعل المرفوع المؤاخذةَ المخصوصة بالأحكام الالزامية، دون غيرها، لكون الحديث في مقام الامتنان على الأُمّة، فيختص المرفوع بما فيه ثقلٌ عليهم، و لا ثقل في غير الإيجاب و التحريم حتى يرتفع بالحديث، فالأحكام التكليفية غير الإلزامية و كذا الاعتبارات الوضعية ـ الّتي منها سببية الانشاء للأثر المترتب عليه ـ جارية في حق الصبي، و لا وجه لما إلتزم به المشهور من سلب عبارته إعتماداً على حديث رفع القلم عنه.

لا قلم جعل الاحكام، و لذا[1] بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبي.

و ثانياً[2]: أنّ المشهور على الألسنة أنّ الأحكام الوضعية ليست مختصة

---

١) يعني: و لكون المراد برفع القلم رفعَ المؤاخذة قلنا بشرعية عبادات الصبي.

٢) هذا ثاني وجوه المناقشة، و توضيحه: أنّه لو سلّمنا ظهور «رفع القلم» في نفي كافة الأحكام المجعولة على الكبار قلنا: لابدّ من جعل المرفوع خصوص الأحكام التكليفية، حتى تكون الاعتبارات الوضعية جاريةً في حق الصغار، و ذلك لما اشتهر بينهم من عدم إختصاص الخطاب الوضعي بالبالغين، لحكمهم بضمان الصبي بالإتلاف، و بصحة عتقه و تدبيره و وصيّته و نحوها.

و علىٰ هذا فلا تلازم بين التكليف و الوضع، فيمكن تأثير عقد الصبي في النقل و الانتقال، و إتصاف إنشائه بالسببية فعلاً و التأثير الفعلي، لكنه لا يُخاطب بوجوب الوفاء بإنشائه إلّا بعد البلوغ، لكون وجوب الوفاء حكماً إلزامياً معلّقاً على البلوغ و كمال العقل.

أو يقال: بأنّ إنشاء الصبي سبب لتوجه خطاب «فِ بعقد الصبي المولّىٰ عليه» إلى الولي الآذِن له، فيجب فعلاً عليه ترتيب الأثر على عقد الصبي المأذون له، و كذا لو أجاز عقده. و بهذا يتصف إنشاؤه بالسببية أيضاً.

فان قلت: كيف يتصف إنشاؤه بالسببية، مع عدم مخاطبته بوجوب الوفاء فعلاً؟ و كيف يصير إنشاؤه سبباً لتوجه الخطاب إلى الوليّ؟ مع دوران وجوب الوفاء مدار العقد، و لا عقد للوليّ حتى يجب وفاؤه به.

قلت: لا إستيحاشَ في سببيّة إنشاء الصغير لخطابٍ غير فعليّ في حق نفسه، أو لخطابٍ فعلي في حق وليّه، و ذلك لوجود نظيره، و هو أنّه لو أجنب الصغير بمباشرة زوجته مثلاً أثّرت جنابته في توجُّه أحكام تكليفية، بعضها غير فعلية و هو ما يتعلق بنفسه، و بعضها فعلية خوطب به البالغون، فغير الفعلي وجوب الغُسل عليه بمجرّد بلوغه. و الفعلي أنّه يحرم على الغير تمكين الصغير المجنب من مسّ المصحف الشريف،

بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقدُه سبباً لوجوب الوفاء[1] بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته. كما يكون جنابته سبباً لوجوب غُسله بعد البلوغ، و حُرمة[2] تمكينه من مسّ المصحف.

و ثالثاً[3]: لو سلّمنا إختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حق البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

و من دخوله في المسجد، و نحوهما من المحظورات على المحدِث بالحدث الأكبر.

و الحاصل: أنّ مقتضىٰ تسالمهم على شمول الأحكام الوضعية للصغار هو الإلتزام بسببية عقده و إنشائه في ترتب الأثر عليه كالنقل و الانتقال في البيع، والزوجية في النكاح، و البينونة في الطلاق، و بهذا يسقط إستدلال المشهور بحديث «رفع القلم» على بطلان إنشاء الصبي.

١) الأولىٰ زيادة كلمة «عليه» ليرجع ضميره إلى الصبي، و ليتّجه عطف «أو على الولي» عليه.

٢) بالجرّ معطوف على «وجوب» يعني: يحرم فعلاً على البالغين تمكين الصبيّ من مسّ المصحف. و حرمة التمكين مسبّبة عن جنابة الصغير.

٣) هذا ثالث وجوه المناقشة، و محصّله: منع إستدلال المشهور بحديث «رفع القلم» علىٰ سلب عبارة الصبي و بطلان عقده حتّىٰ مع تسليم إختصاص الخطاب الوضعي بالبالغين، و توضيحه: أنّ رفع قلم التكليف و الوضع عن الصغير يقتضي عدم ترتب أثرٍ على عقده بالنسبة إلى نفسه، فلو باع شيئاً من ماله لم يتملّك الثمن مادام صبيّاً، فإذا بلغ أثّر ذلك العقد أثره و وجب عليه الوفاء به. و أمّا الكبير الذي عَقَدَ مع الصبي فيجب عليه ترتيب الأثر و يحرم عليه نقض العقد و نكثه. و من المعلوم أنّ رفع قلم التكليف و الوضع عن الصبي أجنبي عن الأحكام الموضوعة علىٰ الكبير الذي عَقَدَ معه.

.....

و الفارق بين هذا الاشكال و الاشكال الثاني: أنّ المصنف ﷺ إلتزم هناك بسببية إنشاء الصبي للنقل و لوجوب الوفاء معلّقاً على البلوغ، لما اشتهر من إشتراك الوضع بين البالغ و الصغير. و في الاشكال الثالث إلتزم باختصاص مطلق الأحكام بالبالغين، ولكنه فكّك بين طرفي العقد في موضوعيّته للآثار. هذا ما يناسب ذكره في التوضيح، و إن شئت تفصيل الفرق فلاحظ التعليقة (*) .

(*) قد يفرّق بين وجهي الاشكال تارةً بما أفاده المحقق الاصفهاني ﷺ من: أنّ الثاني ناظر إلى سببيّة عقد الصبي فعلاً لوجوب الوفاء به معلّقاً على البلوغ، و الثالث ناظر إلى سببية عقده لوجوب الوفاء به بعد البلوغ بلا سببية فعلية للوجوب التعليقي. ولكن مع ذلك ليس للطرف الآخر نقض العقد، لأن العقد موضوع تام لوجوب الوفاء و إن لم يؤثر فعلاً في الملكية، كما في العقد بين الفضول و الأصيل، فإنه يحرم عليه النقض مع عدم وجوب شيء على الفضول «١».

و الحاصل انه يُفكّك بين الحكم الوضعي و هو الملكية، و بين التكليفي و هو وجوب الوفاء، فعقد الصبي بالنسبة إلى نفسه لايتصف بالسببية للملكية و لا لوجوب الوفاء، و بالنسبة إلى الكبير يتصف بالسببية لوجوب الوفاء خاصة لا للملكية، هذا.

و أخرىٰ بما أفاده المحقق الايرواني ﷺ من: أنّ الثاني متمحّض في سببيّة إنشاء الصبي بالاستقلال في حصول جميع آثار المعاملة، و الثالث ينفي إستقلال تأثيره مع الالتزام بالتأثير الضمني، بأن يكون إنشاء الصبي جزء المؤثر، و الجزء الآخر بلوغه، أو بلوغ أرباب الأموال من الموكّلين للصبي. و هذا نظير عقد الوصية في كونه جزء المؤثر، وكون جزئه الآخر موت الموصي. و نظير عقد الصرف و السّلم في كونه جزء المؤثر، وكون جزئه الآخر هو القبض.

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١١٤

.....

ثم اعترض هذا المحقق على المصنف قدس سره بالتناقض، لابتناء الوجه الثالث على نفي الوضع عن الصغير، فإثباته له ولو بعنوان جزء السبب يقتضي عموم الوضع للكبير و الصغير، إذ لا فرق في الشمول بين تمام السبب و جزئه»[1].

و ثالثة بما يظهر من بعضٍ من: أنّ الاشكال الثاني ناظر إلى جريان الحكم الوضعي بالنسبة الى نفس الصبي، بخلاف الاشكال الثالث، لتمحضه في موضوعية إنشاء الصبي لحكم البالغ، كما إذا عقد على مال الولي بإذنه، أو توكّل عن الأجنبي في مجرّد إجراء العقد، فإنّ مقتضى صحّته ترتيب الأثر عليه من قِبَل الولي أو الموكِّل، و هذا المقدار أجنبي عن رفع القلم عن الآثار المختصّة بالصبي، هذا.

أقول: ما أفاده المصنف في الاشكال الثاني واضح لا إجمال فيه و إن تطرّق إليه المنع بما سيأتي. و إنّما الكلام في الاشكال الثالث، فإنّه قدس سره جمع فيه بين أمرين:

أحدهما: موضوعية عقد الصبي للآثار التي يجب على البالغين ترتيبها عليه، من دون توجّه خطاب إلى نفس الصبي.

ثانيهما: صيرورة الصبي مخاطَباً بترتيب آثار المعاملة بمجرّد بلوغه، و هذا يستفاد من تحديد رفع الأحكام ببلوغه، لاقتضاء عدم لغويّة التحديد لزومَ العمل بمقتضى العقد و وجوبَ الوفاء به بمجرد البلوغ، و من المعلوم توقف فعلية الآثار بالبلوغ على الالتزام بالصحة التأهُّليّة في عقد الصبي في حقِّ نفسه، حتى تتوقف سببيته الفعلية لكلٍّ من الوضع و التكليف ـ أعني بهما الملكية و وجوب الوفاء به ـ على بلوغه، و إلّا فلو قلنا باختصاص الأحكام الوضعية بالكبار و أسقطنا أقوال الصبي و أفعاله عن إقتضاء التأثير إمتنع فعلية الحكم بالبلوغ.

و بهذا قد يشكل ما أفادوه من الفروق بين الاشكال الثاني و الثالث.

أمّا ما تقدم من المحقق الاصفهاني قدس سره فلأنّ الاشكال الثالث ليس ناظراً إلى سببية عقد الصبي لخصوص وجوب الوفاء، و ذلك لما في ذيل كلام المصنف قدس سره من صيرورة

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٠٦

.....

الصبي مخاطباً حال البلوغ بترتيب الآثار، و من المعلوم توقف ترتيبها علىٰ إقتضاء عقد الصبي لتأثيره في كلٍّ من الملكية و وجوب الوفاء، لا في خصوص التكليف، إذ لو لم يلتزم بسببية ناقصة في إنشائه للنقل و الانتقال إمتنعت سببيّته التامة بعد البلوغ الذي هو ليس ظرف الانشاء، و كيف يجب الوفاء بعقدٍ لم يؤثّر في الملكية أصلا؟ بل في الحقيقة يلغو مثل هذا الأمر الذي لا موضوع له«١».

و عليه فالتفكيك بين الوضع و التكليف هنا من الغوامض التي تقصر أفهامنا عن إكتناهها.

و أمّا تنظيره للمقام بعقد الفضول من حيث عدم مخاطبته بوجوب الوفاء، بخلاف الأصيل، فهو و إن كان صحيحاً، لكنّ الوجه في حرمة النقض على الأصيل هو صحة عقده مع الفضول تأهُّلاً، و قابليته لفعلية التأثير بإجازة المالك، فالسببية الناقصة للمبادلة متحققة بذلك العهد، فلو أنكرنا هذا التأثير الناقص لم يجب علي الأصيل الوفاء كما يلتزم به القائل ببطلان عقد الفضول رأساً، و عليه فلم يتحقق تفكيك بين الوضع و التكليف.

و الانصاف أن إشكال الميرزا النائيني على المصنف «من إمتناع تفكيك الآثار بين البالغ و غيره فيما كان ذات الفعل موضوعاً للأثر»«٢» لا يندفع عنه بما أتعب به المحقق الاصفهاني نفسه الشريفة لتثبيته.

و أما ما أفيد «من كون الاشكال الثالث ناظراً إلى موضوعية إنشاء الصغير للبالغ كما في الوكيل» فيدفعه صراحة كلام المصنف من صيرورة الصغير مخاطباً بالوفاء بالبلوغ، و هذه قرينة على أنّ مراد المصنف من الموضوعية غير الوكالة، فالصبي يعقد على مال نفسه مع الكبير، فيكون هذا العقد موضوعاً لوجوب الوفاء فعلاً على الكبير، و معلّقاً على البلوغ بالنسبة الى الصغير.

و عليه فلعلّ الأقرب إلى مقصود المصنف ﷺ من الفرق بين الاشكالين ما أفاده

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٠٦

«٢» منية الطالب، ج ١، ص ١٧٣

.....

المحقق الايرواني ﷺ من تمام المؤثر و جزء المؤثر. و يرد حينئذٍ على الماتن ما تقدم منه من التناقض.

و كيف كان فإشكالات المصنف الثلاثة على استدلال المشهور بحديث رفع القلم لا تخلو من مناقشة.

أما الأول ـ و هو تعلق الرفع بالمؤاخذة الكاشف عن نفي خصوص التكليف الإلزامي عن الصبي، و صحة العقد حكم وضعي لا تُرفع بالحديث ـ فغير ظاهر، لوجوه:

أولها: أنّ الداعي إلى تقدير المؤاخذة أمران:

أحدهما: إقتضاء مادة الرفع لكون المرفوع ثقيلاً، فلا يصدق عرفاً على رفع ورقة و ان صدق عليها لغةً.

و الآخر ورود الحديث مورد الامتنان.

ولكن الظاهر عدم إقتضائهما رفع المؤاخذة المترتبة على فعل البالغ، فيمكن تعلق الرفع بنفس الأحكام الالزامية، و كذا الوضعية التي فيها ثقل و كلفة و مشقة كالقصاص. ولو دار الأمر بين أحد الأمرين لم يكن مرجح لتقدير المؤاخذة.

و دعوىٰ «إمتناع الحكم بشرعية عبادات الصبي لو كان المرفوع بالحديث نفس الأحكام الإلزاميّة، إذ بناءً على المبنىٰ المنصور من بساطة الأوامر و النواهي لا يبقىٰ للفعل رجحان بعدَ رفع الالزام، بخلاف مالو تعلّق الرفع بالمؤاخذة المختصة بالتكاليف الإلزامية» ممنوعة، إذ لا فرق في هذا الاشكال بين رفع التكليف و المؤاخذة، لسقوط الالزام على كلٍّ منهما، و به يسقط أصل الطلب.

لكن يندفع الاشكال بأنّ الدليل المقيَّد محفوف بقرينة الامتنان الموجبة لرفع خصوص ما فيه الثقل و المشقة و هو الالزام، بل رفع ما عدا الالزام خلاف المنّة على الصغير، لحرمانه عن الحسنات التي يتفضل بها سبحانه و تعالىٰ على فعل الخيرات.

ثانيها: أنّ تقدير المؤاخذة ممتنع في نفسه، لظهور رفع العقوبة في نفي فعليتها، و من المعلوم أنّها مترتبة على إستحقاقها حتىٰ يتعلّق به العفو، و المقطوع به عدم إستحقاق الصبي للعقوبة حتى يتعقبه العفو. هذا في المميِّز القابل للخطاب،

.....

فإنّ الضرورة الفقهية على نفي إستحقاقه للمؤاخذة على أفعاله إلاّ ما استثني كالتعزير في السرقة المتكررة. و أمّا غير المميّز فلقضاء العقل القطعي كالنائم و المجنون بقبح مؤاخذته.

هذا مضافاً إلى أن نفي فعلية العقاب لا يستلزم نفي التكاليف الالزامية عن الصغير، لأعميتها منه، فالظهار حرام معفوّ عنه كما قيل، و عليه فليس للمصنف ﷺ إستكشاف سقوط التكاليف الالزامية من رفع المؤاخذة الفعلية.

هذا بناءً على ظاهر المتن من رفع فعلية المؤاخذة. و إن أُريد من رفع المؤاخذة رفع إستحقاقها ـ كما قد يقال و إن كان خلاف الظاهر ـ ففيه: أنّ الاستحقاق حكم عقلي، فلا يكون موضوعاً لرفع القلم التشريعي، و إن صحّ جعله بلحاظ منشئه و هو الحكم الشرعي موضوعاً للرفع، كما في حديث رفع التسعة. و ذلك للفرق بينهما، حيث إنّ القلم يختص بما يكون شرعياً، فرفع القلم لا يتعلق بما ليس شرعياً و إن ترتب على حكم شرعي.

ثالثها: ما أفاده المحقق الإيرواني ﷺ ـ في جملة ما أورده على رفع المؤاخذة ـ بمالفظه: «و رابعاً: انّا لو سلّمنا عموم الحديث و شموله لرفع كل حكم تكليفي أو وضعي لا يجدي ذلك في صحة الاستدلال بالحديث لرفع التأثير عن إنشاء الصغير، و ذلك أنّ تأثير الإنشاء في حصول عنوان المنشأ ـ كعنوان النكاح و البيع و الهبة ـ تأثير تكويني في أمر إعتباري، فيكون كتأثير سيفه في القطع، و قلمه في الكتابة و هذا لا يرفعه حديث الرفع. و أمّا رفع الآثار المترتبة شرعاً على العناوين المتولدة من إنشائه، على أن لا يكون البيع الحاصل بانشائه محكوماً بأحكام البيع، فذلك في البشاعة يساوق القول بعدم ترتيب أحكام الأموات علىٰ من مات بسيفه، أو أحكام المصحف علىٰ ما كتب بقلمه، و هكذا. و معلوم بالقطع أن حديث الرفع لا يرفع إلّا أحكاماً مترتبة بلا واسطة علىٰ فعل الصغير، لا أحكاماً مترتبة حتىٰ مع الواسطة»[1].

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٠٦

.....

ولكن يمكن أن يقال: بأنّ تنظير إنشاء الصبي بكتابة المصحف و القتل بالسيف غير ظاهر، فإنّ عقده و إيقاعه و إن فرض تأثيره في الأمر الاعتباري بنظر العقلاء، إلّا أنّ المهم إحراز إمضائه شرعاً بمعنىٰ أنه هل للشارع إعتبار مماثل لما أنشأه الصبي و اعتبره العقلاء أم لا، فلولا حديث رفع القلم و نحوه كان مقتضىٰ إطلاق أدلة الامضاء تنفيذ ما أنشأه الصبي. و أمّا لو تمّت دلالة الحديث علىٰ سلب عبارة الصغير كان مفاده عدم ترتيب آثار المعاملة ـ التي يرتّبها العقلاء ـ على عقد الصبي.

و لأجله يتسامح في إطلاق السبب على الانشاء، و المراد به هو الموضوع و الحكم، لا العلية و المعلولية التكوينيّتان. و هذا بخلاف كتابة المصحف، فإنّ الموضوع لحكم الشارع بحرمة المسّ هو النقوش الخاصة القرآنية سواء كَتَبها الكبير أم الصغير.

و الحاصل: أنّ جعل الإنشاء مؤثراً تكوينياً في أمر تكويني إعتباري ـ كما تكرّر في كلامه ـ لا يخلو من غموض. هذا بعض ما يتعلق بالاشكال الأوّل.

و أمّا الإشكال الثاني ـ و هو الالتزام بتأثير إنشاء الصبي، لاشتراك الحكم الوضعي بينه و بين البالغ ـ ففيه ما أفاده المحقق الاصفهاني ﷺ أوّلاً: منع أصل النسبة، فإنّ المشهور و إن إلتزموا بثبوت الحكم الوضعي ـ في الجملة ـ في حقّ الصغير كما في نفوذ وصيّته و تدبيره و عتقه و صدقته، إلّا أنّ المشهور أيضاً على فساد عقوده و معاملاته كما تقدم في عبارة الدروس و الكفاية، بل ادّعي عليه الإجماع. و من المعلوم أنّ تلك الموجبة الجزئية لا تفي بإثبات محل البحث و هو صحة بيعه مطلقاً حتىٰ في صورة إذن الولي.

و ثانياً: لو سلّمنا صحة النسبة قلنا بمخالفته لمبنىٰ المصنف في الاصول من إنتزاع الحكم الوضعي من التكليف، و المفروض عدم كتابة التكليف عليه فعلاً، و لا يعقل فعلية الأمر الانتزاعي و تعليقية منشئه، هذا[1].

---

[1] حاشية المكاسب، ج ١، ص ١١٤

و بالجملة[١]: فالتمسك بالرواية ينافي (*) ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي، و ما[٢] اشتهر بينهم من عدم إختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين (* *).

---

١) هذه نتيجة المناقشة الثانية و الثالثة، و محصلها: أن التمسك بحديث «رفع القلم» لإلغاء أقوال الصبي و أفعاله ينافي ما اشتهر بينهم من أمرين، أحدهما: شرعية عبادات الصبي، لا تمرينيتها. و الآخر: عدم إختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين. و عليه فيلزم إرادة رفع المؤاخذة المترتبة على أفعال البالغين و أقوالهم، و هذا لاينافي موضوعية إنشاء الصبي المميِّز ـ القاصد للأمر الاعتباري ـ للأثر.

٢) منصوب محلاً عطفاً على «ما اشتهر بينهم».

و الظاهر ورود الاشكالين على المصنف قدس سره. و تقدم توضيح الثاني منهما في رسالة الحق، فراجع «١».

و أما الاشكال الثالث فقد تقدم بعضُ ما يتعلق به عند بيان الفارق بينه و بين الاشكال الثاني.

(*) لا منافاة أصلاً بعد كون المراد من رفع القلم رفع التكاليف الالزامية، الذي لا ينافي شرعية عبادات الصبي.

(* *) قد عرفت في التعليقة أجنبيّة الرواية عن عقد الصبي، لاختصاصها بالأحكام الالزامية الموجبة للعقوبة، و مجرّد إجراء الصبي الصيغة ليس من الأحكام الالزامية و لا موضوعاً لها حتى يرتفع بحديث الرفع. فالاستدلال بها لسلب عبارة الصبي ـ ولو مع إرادة نفي قلم الأحكام كما هو ظاهر كلام المصنّف ـ في غير محله.

و عليه فمقتضىٰ العمومات صحة عقد الصبي، غايته مع إذن الولي أو إجازته،

«١» راجع الجزء الاول من هذا الشرح، ص ١٢٥ ـ ١٢٦

فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الاجماع المحكي المعتضد بالشهرة العظيمة، و إلّا[١] فالمسألة محلّ إشكال. و لذا[٢] تردّد المحقق في الشرائع في إجارة المميِّز بإذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية[٣]، و إستشكل[٤] فيها في

---

١) يعني: و لولا الاجماع المتضافر نقله ـ و المعتضد بالشهرة الفتوائية على سلب عبارة الصبي ـ يُشكل الحكم ببطلان عقد الصبي.

٢) يعني: و لكون المسألة محل الاشكال تردّد المحقق .... الخ.

٣) قال ﷺ في كتاب العارية: «فلا يصح إعارة الصبي و لا المجنون. ولو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة»[١]. وقال في كتاب الاجارة: «فلو آجر المجنون لم ينعقد إجارته، و كذا الصبي غير المميِّز، و كذا المميِّز إلّا بإذن وليّه. و فيه تردد»[٢].

و الغرض أنّ تردد المحقق ﷺ في صحة إجارة الصبي، و جزمه بالصحة في عاريته ـ مع كونهما بإذن الولي ـ كاشف عن عدم وضوح بطلان عقد الصبي كلّيّةً، فلو كان سلب عبارته مجمعاً عليه متّضحاً وجهه لكانت عاريته و إجارته فاسدتين.

٤) يعني: و إستشكل العلّامة في إجارة الصبي في كتابي القواعد و التحرير[٣]. لكنه جزم بالبطلان في التذكرة، فقال: «فلا تنعقد إجارة الصبي إيجاباً و لا قبولاً،

للنصوص الدالة على «عدم نفوذ عقد الصبي حتى يبلغ» الظاهرة في نفي إستقلاله في تصرفاته، المقيّدة للإطلاقات الحاكمة بنفوذ العقود، بما إذا لم يكن المتعاقدان بالغين. فما أفاده من كون المسألة محل إشكال غير ظاهر. و العجب منه ﷺ أنّه تمسّك بالاجماع، مع عدم إجماع في المسألة، و كونه على تقديره إجماعاً منقولاً. مضافاً إلى: أنّ في إطلاق معقده للصبي المميّز الذي هو مورد البحث تأملاً، بل منعاً كما تقدم في التعليقة، فلاحظ.

«١» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٧١

«٢» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٨٠

«٣» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٨١ ؛ تحرير الأحكام، ج ١، ص ٢٤٤

القواعد و التحرير، و قال في القواعد: «و في صحة بيع المميِّز بإذن الوليّ نظر»[١].

بل[٢] عن الفخر في شرحه: «أنّ الأقوىٰ الصحة» مستدلاً بأنّ العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر عنه. ولكن لم أجده فيه.

و قوّاه[٣] المحقق الأردبيلي ـ على ما حُكي عنه ـ

سواء كان مميزاً أو لا، و سواء أذن له الولي أم لا، إذ لا عبرة بعبارة الصبي»«١».

١) يعني: أنّ العلّامة تنظّر في كتاب القواعد في صحة بيع الصبي كما إستشكل في صحّة إجارته، و لم يجزم ببطلانهما.

٢) الوجه في الاتيان بحرف الاضراب واضح، فإنّ فخر المحققين رجّح الصحة ـ بناءً على صحة النسبة ـ لكن الموجود في الايضاح و حكاه عنه في مفتاح الكرامة«٢» هو تقوية عدم صحة إجارة الصبي، قال في الايضاح في بيان وجهي الاشكال: «أقول: ينشأ من أنّ البلوغ شرط إجماعاً قيل في إعتبار الصيغة و صلاحيّتها، لترتب الحكم عليها، لمساواته النائم و المجنون في رفع القلم، كما في الحديث، و هو نفيُ نكرة، فيعمّ. ومن وقوعها بإذن الولي، فصار كما لو صدر منه. و الأقوىٰ عدم الصحة» فالحقّ مع المصنف في قوله: «ولكن لم أجده فيه» و لعلّ الناسب لم يلاحظ عبارة الايضاح بكاملها.

٣) يعني: أنّ المحقق الأردبيلي قوّىٰ صحة عقد الصبي، حيث قال: «و بالجملة: اذا جُوِّز عتقه و وصيّته و صدقته بالمعروف و غيرها من القربات ـ كما هو ظاهر الروايات الكثيرة ـ لا يبعد جواز بيعه و شرائه و سائر معاملاته إذا كان بصيراً مميِّزاً رشيداً ... خصوصاً مع إذن الولي ...»«٣».

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٩٠، س ٢٤

«٢» ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ٥٥ ؛ مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٧٣

«٣» مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٥٢ و ١٥٣ ؛ و الحاكي عنه هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٧٣

و يظهر[1] من التذكرة عدم ثبوت الاجماع عنده، حيث قال: «و هل يصح بيع المميِّز و شراؤه؟ الوجه عندي أنّه لا يصح»«١».

و اختار[2] في التحرير صحة بيع الصبي في مقام إختبار رشده«٢».

و ذكر المحقق الثاني: «أنّه لا يبعد بناءُ المسألة على أنّ أفعال الصبي و أقواله شرعية أم لا؟» ثم حكم بأنّها غير شرعية و أنّ الأصح[3] بطلان العقد«٣».

و عن المختلف: «أنّه حكىٰ في باب المزارعة عن القاضي كلاماً يدلّ على صحة بيع الصبي»[4].

---

١) لعلّ وجه الظهور تعبيره بقوله: «عندي» المشعِر بالخلاف، ولو كان البطلان إجماعياً لقالَ: «عندنا».

٢) و هذا الإختيار شاهد على عدم تحقق الاتفاق على سلب عبارة الصبي مطلقاً.

٣) و من المعلوم أنّ التعبير بالأصح ـ بعد تفريع المسألة على الشرعية و التمرينية المختلف فيها ـ شاهد على عدم كون بطلان عقد الصبي من واضحات الفقه.

٤) يعني: مع إذن أبيه لا مطلقاً. و الظاهر أنّ عبارة المختلف الحاكية لكلام القاضي هي قوله: «مسألة: مزارعة الصبي باطلة على الأشهر. و قال إبن البرّاج: إذا إشترىٰ الصبي التاجر أرضاً، و حجر أبوه عليه، فدفعها مزارعةً بالنصف إلى غيره يزرعها ببذره و عمله فعمل علىٰ ذلك ... و الوجه أنّ شراءه باطل. فإن سوّغناه مع الإذن بطلت المزارعة ... ولو كان البذر من الدافع ـ و هو الصبي ـ كان الحاصل له»«٤»

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٨٠، س ١٦

«٢» تحرير الأحكام، ج ١، ص ٢١٨، س ٢٩

«٣» جامع المقاصد، ج ٥، ص ١٩٤

«٤» مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٨٨ ؛ المهذب للقاضي ابن البرّاج، ج ٢، ص ٢٠

وبالجملة: فالمسألة[١] لا تخلو عن إشكال، و إن أطنب بعض المعاصرين[٢] في توضيحه حتى ألحقه بالبديهيات في ظاهر كلامه.

فالانصاف[٣] (*) أنّ الحجة في المسألة هي الشهرة المحقّقة و الاجماع

و عبارة المهذّب صدراً و ذيلاً ظاهرة في صحة شراء الصبي للأرض و دفعها مزارعةً للغير، و إن قيّده بصورة إذن الولي و بكونه تاجراً، الدال على رُشده. فالمهم عدم إلغاء انشاء الصبي و معاملته شرعاً.

١) و هي بطلان عقد الصبي مطلقاً حتى المميِّز ولو بإذن وليه.

٢) و هو صاحب الجواهر ﷺ، حيث قال ـ بعد كون بطلان عقد الصبي أشهر بل مشهوراً، بل عدم وجدان الخلاف فيه ـ ما لفظه: «بل صحّ له دعوىٰ تحصيل الاجماع على ذلك كما وقع من بعضهم، بل ربّما كان كالضروري، و خصوصاً بعد ملاحظة كلام الأصحاب، و إرسالهم لذلك إرسال المسلّمات، حتّىٰ ترك جماعة منهم الاستدلال عليه إتّكالاً علىٰ معلوميته»[١].

٣) بعد قصور النصوص عن إثبات سلب عبارة الصبي و تنزيل إنشائه منزلة العدم ـ حتىٰ مع إذن وليّه في المعاملة ـ ينحصر دليل بطلان عقده في الاجماع و الشهرة الفتوائية. لكن الاجماع قد يُتوهّم إختصاص معقده باستقلال الصبي في المعاملة و عدم إذن وليّه فيها، فيكون أخصّ من المدّعىٰ، و هو عدم العبرة بانشائه مطلقاً حتى مع إذن الولي أو إجازته.

و توضيح التوهم: أنّه يمكن أن يكون نظر السيد أبي المكارم و العلامة ﷺ في دعوىٰ الإجماع على حجر الصبي إلى صورة إستقلاله في التصرف، فلا دليل حينئذٍ على شمول معقد الاجماع لصورة إذن وليه في المعاملة. فلابدّ من

(*) كيف يقتضي الانصاف ذلك مع بناء المصنف في الأصول علىٰ عدم حجية الاجماع المنقول و الشهرة. فالانصاف أنه لا حجة علىٰ سلب عبارة الصبي.

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٠ و ٢٦١

المحكي عن التذكرة بناءً[1] على أنّ إستثناء الإحرام الذي لا يجوز إلّا بإذن الولي شاهد على أنّ مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفي الاستقلال في

إختصاص البطلان بصورة إستقلاله في التصرف.

و قد دفع المصنف ﷺ هذا التوهم بوجود قرينة الاطلاق في كلامي السيد والعلّامة. أمّا في عبارة التذكرة فلإستثناء الإحرام من موارد الحجر عن التصرف، و حيث إنّ صحة إحرام الصبي منوطة بإذن وليه، فإمّا أن يكون مراده من «التصرف» ما هو أعم من صورة الاستقلال و الإذن. و إمّا أن يكون خصوص صورة الاستقلال ـ كما يدّعيه المتوهم ـ فيكون إستثناء الإحرام حينئذٍ عن التصرف المحجور عنه منقطعاً، لا متصلاً، لما عرفت من عدم العبرة بإحرام الصبي مستقلاً. ولكن لمّا كان الأصل في الاستثناء هو الإتصال تعيّنَ إرادة مطلق التصرف في المستثنىٰ منه، يعني سواء أكان مستقلاً أم مأذوناً من قِبَل وليّه. و بهذا ينعقد الاطلاق في إجماع التذكرة على بطلان عقده و إيقاعه، أي سلب العبارة.

و أمّا في عبارة الغنية فلأنّه ﷺ و إن قال: «و إن أجاز الولي» ولكن منعه من صحة عقد الصبي مع إجازة وليه ليس من جهة عدم نفوذ تصرفه بإذن الولي، بل من جهة بطلان عقد الفضول، فربّما يصح عقده بإذنه السابق، هذا.

لكن مراد السيد عدم الصحة مطلقاً حتىٰ مع الاذن، بشهادة إستدلاله بحديث رفع القلم، و هو كاشف عن إرادة التعميم، إذ المرفوع عن الصبي مطلق الحكم، سواء التكليفي و الوضعي، و سواء أكان مستقلاً في التصرف أم مأذوناً أم مجازاً، و هذا الاطلاق يساوق سلب العبارة، و هو المدّعىٰ.

١) هذا البناء مبني علىٰ أصالة الاتصال في الاستثناء، و توقف الانقطاع على قرينةٍ، لظهور الإخراج في دخول الخارج في المُخرَج عنه. و حيث إنّ الإحرام لا يجوز إلّا بإذن الولي فلابدّ من شمول المستثنىٰ منه ـ و هو التصرف المحجور عنه ـ لمطلق أفعال الصبي و أقواله، حتى لو وقعت بإذن وليّه.

التصرف[١].

و كذا[٢] إجماع الغنية بناءً على أنّ إستدلاله بعد الاجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولي.

و ليس المراد[٣] نفي صحة البيع المتعقب بالاجازة حتى يقال: إنّ الاجازة عند السيد غير مجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقلّ، ولو كان غير مسلوب العبارة كالبائع الفضولي.

و يؤيّد الاجماعين[٤] ما تقدّم عن كنز العرفان.

---

١) كما يدّعيه المتوهم.

٢) معطوف على «الاجماع المحكي عن التذكرة».

٣) يعني: لو إقتصر السيد ﷺ في إثبات بطلان بيع الصبي على الإجماع لكان قوله: «و إن أجاز الولي» موهماً لكون وجه البطلان عدم إستقلاله في التصرف، بناءً على ما ذهب إليه السيد من بطلان عقد مَن ليس مستقلاً في التصرف، سواء أكان كبيراً غير مالك لأمر العقد، أم صبيّاً مسلوب العبارة، فالمهمّ قصور الاجازة اللاحقة عن تصحيح عقد غير المستقل، و هذا بخلاف ما لو أذن له الولي قبل العقد، فيصحّ حينئذٍ، لعدم إفتقاره إلى الاجازة اللاحقة كي يبطل.

ولكن الدافع لهذا الوهم إستدلالُ السيد بحديث رفع القلم، و هو ظاهر في سلب العبارة، و عدم ترتب الأثر على إنشاء الصبي مطلقاً، سواء أكان باذن وليه أم لا.

٤) أي: إجماعي الغنية و التذكرة. و غرضه بقوله: «ما تقدم عن كنز العرفان» ما أفاده في صدر المسألة بقوله ﷺ: «و في كنز العرفان نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى اصحابنا».

و لعلّ التعبير بالتأييد دون الدلالة لأجل إحتمال إعتماده في دعوىٰ الإجماع على عبارة التذكرة و عدم تحصيل إتفاق الفتاوىٰ بنفسه.

نعم[١] لقائلٍ أن يقول: إنّ ما عرفت[٢] من المحقق و العلّامة و ولده و القاضي و غيرهم ـ خصوصاً[٣] المحقق الثاني الذي بنىٰ المسألة على شرعية أفعال الصبي ـ يدلّ على عدم تحقق الاجماع.

و كيف كان[٤] فالعمل علىٰ المشهور.

و يمكن أن يستأنس له[٥]

---

١) غرضه التشكيك في ثبوت الإجماع ـ على بطلان عقد الصبي ـ بنحوٍ يكون كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام أو عن حجة معتبرة.

٢) من تردُّد المحقق في إجارة المميِّز بإذن الولي، و إستشكال العلّامة فيها.

٣) وجه الخصوصية: أنّ تردُّد المحقق و العلّامة و إن كان مُوهِناً للاجماع التعبدي، إلّا أنّ إبتناء المسألة ـ عند المحقق الثاني ـ على شرعية عباداته و تمرينيتها أقوى دليل على عدم إنعقاد الاجماع الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام ـ مع وجود القائل بكلٍّ منهما ـ و معه لا وجه لدعوىٰ الاتفاق علىٰ سلب العبارة عن الصبي.

٤) يعني: سواء تحقّق الاجماع التعبدي على بطلان عقد الصبي أم لم يتحقق، فالمتّبع فتوىٰ المشهور بالبطلان.

د : حديث «عمد الصبي خطأ»

٥) أي: للمشهور، و هذا وجه رابع لإثبات عدم موضوعية أقوال الصبي و أفعاله لأثرٍ شرعي. و التعبير بالاستيناس ـ دون الدلالة التي عبّر عنها المصنف في حديث رفع القلم و عدم جواز الأمر ـ لأجل أنّ إستظهار سلب الاعتبار عن عبارة الصبي من هذه الطائفة لا يخلو من شيء، لتطرق إحتمال ظهورها في رفع خصوص الأحكام المترتبة علىٰ عنوان العمد، و ذلك بقرينة مقابلته للخطأ، يعني: أنّ الأحكام المترتبة علىٰ عنوان العمد تُرفع عن عمد الصبي، و أنّ عمده موضوع لحكم الخطأ المترتب على الفعل الصادر خطأً من البالغ.

أيضاً[1] بما ورد في الأخبار المستفيضة من «أن عمد الصبي و خطأه واحد»[1]

و عليه ففرق بين أن يقال: «قصد الصبي كلا قصد» و بين «عمد الصبي محكوم بحكم خطأ البالغ» و المجدي في المقام هو المفاد الأوّل، مع أنه يحتمل إرادة الثاني.

و كيف كان فتقريب دلالة هذه الأخبار المستفيضة ـ التي سيأتي التعرض لها في التعليقة إن شاء الله تعالى ـ أنّ قوله عليه السلام: «عمد الصبي و خطأه واحد» ظاهر في كون عمد الصبي كالعدم، و قصده كلا قصد. فلو ترتب الحكم الشرعي على الفعل الإرادي الصادر من البالغ لم يترتب عليه لو صَدَر من الصبي القاصد. مثلاً موضوع الوفاء بالعقد هو العقد المقصود، فلو أنشأه الصبي المميِّز ـ ولو بإذن وليه ـ كان بمنزلة إنشاء البالغ الهازل أو النائم في عدم موضوعيته لوجوب الوفاء به.

فان قلت: إنّ هذه الأخبار ـ لو سُلِّم ظهورها في سلب عبارة الصبي ـ لم يتجه الاستدلال بها على بطلان عقده، و ذلك لما ورد في بعضها من قرينة الاختصاص بجناية الصبيان، كقوله عليه السلام في معتبرة إسحاق بن عمار: «عمد الصبي خطأ يحمل على العاقلة» و عليه فليست في مقام تنزيل عقد الصبي منزلة العدم، و إنما هو حكم مخصوص ببابي القصاص و الديات. مضافاً إلىٰ أن صاحب الوسائل رواها في البابين المذكورين.

قلت: هذه الطائفة مشتملة على مضامين ثلاثة، و محطّ النظر هو معتبرة محمّد بن مسلم المذكورة في المتن، و هي مطلقة و لا قرينة فيها على الاختصاص بباب الجناية. و ليس المقام من موارد حمل المطلق على المقيد، خصوصاً بَعدَ إستظهار إطلاق تنزيل عمد الصبي منزلة خطأ البالغ في كلمات شيخ الطائفة و إبن إدريس كما سيأتي التعرض له. و أمّا ذكر هذه الأخبار في باب الديات لمناسبةٍ فليس دليلاً على الاختصاص كما لا يخفىٰ.

١) يعني: كما استُدلّ بحديث رفع القلم، و عدم جواز أمر الصبي، و إن كانت الدلالة ممنوعة.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب العاقلة، ح ٢

كما في صحيحة إبن مسلم و غيرها[1].و الأصحاب[2] و إن ذكروها في باب الجنايات، إلّا أنّه لا إشعار في نفس الصحيحة بل و غيرها[3] بالاختصاص[4] بالجنايات.

---

١) كمعتبرة إسحاق بن عمّار«١» و خبر أبي البختري الآتي«٢» في المتن.

٢) يعني: أرباب الجوامع الروائية، و إلّا فاستدلّ بها الفقهاء في غير باب الجناية، ككفارات الإحرام، و عبارة المتن دفع دخل تقدم توضيحها بقولنا: «فان قلت... قلت ...».

٣) المراد بغير الصحيحة هو معتبرة إسحاق بن عمّار، و لم يظهر الوجه في عدم إشعارها بالاختصاص بباب الجنايات.

إلّا أن يدّعىٰ: أن قوله عليه السلام: «عمد الصبي خطأ يحمل على العاقلة» يتضمّن أمرين:

أحدهما: تنزيل موضوع ـ و هو عمد الصبي ـ منزلة موضوع آخر و هو خطاؤه.

و الآخر: حكمٌ، و هو كون دية جنايته على عاقلته، و ليس هذا الحكم قرينة على تقيُّد الأوّل بباب الجنايات، فلذا يحكم بإطلاق تنزيل عمده منزلة خطائه، و كون قصده كلا قصد، هذا.

ولكن الظاهر قرينية «تحمُّل العاقلة للدية» على تنزيل عمد الصبي في خصوص باب الجناية منزلة خطأ البالغ في تحمل العاقلة، إذ لم يثبت هذا الحكم في غير الجناية الخطائية في البالغ حتى يثبت في حق الصبي.

و عليه فالأولىٰ في دعوىٰ عدم الإشعار ـ بالاختصاص بالجناية ـ الإعتمادُ على خصوص صحيحة محمد بن مسلم غير المذيّلة بتحمل العاقلة للدية.

٤) متعلق بـ «لا إشعار».

«١» وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب العاقلة، ح ٣

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٦٦، الباب ٣٦ من كتاب القصاص، ح ٢

و لذا[1] تمسّك بها الشيخ في المبسوط و الحلّي«1» في السرائر على أنّ إخلال الصبي المحرِم بمحظورات الإحرام ـ التي[2] يختص حرمتها الموجبة للكفارة فيها بحال التعمد ـ لا يوجب[3] كفارةً على الصبي، و لا على الولي، لأنّ عمده خطاء.

و حينئذٍ[4] فكل حكم شرعي تعلّق بالأفعال التي يعتبر في ترتب الحكم

---

١) أي: و لعدم إشعار الصحيحة بالاختصاص بالجنايات تمسّك بها الشيخ ﷺ و الحلّي على عدم كون إخلال الصبي بمحرّمات الإحرام موجباً للكفارة، لأنّ عمده خطاء، و من المعلوم عدم ترتب الكفارة على إرتكابها خطأً. فكل حكم شرعي يترتب على الفعل القصدي للبالغ لا يترتّب علىٰ الفعل الصادر عمداً عن الصبي، لأنّ قصده نُزِّل منزلة العدم، و عمده بمنزلة الخطاء.

٢) صفة لـ «المحظورات» و قوله: «الموجبة» صفة للحرمة، يعني: أنّ محرّمات الإحرام على قسمين؛ منها: ما لا يستلزم كفارةً في غير حال العمد كلبس المخيط و الطيب و حلق الشعر و تقليم الأظفار و نحوها نسياناً. و منها: ما يستلزمها حتىٰ لو إرتكبها المُحرِم نسياناً كالصيد، على ما حكاه في المبسوط.

و كلامُ شيخ الطائفة و إبن إدريس ﷺ ناظر إلى القسم الأوّل، يعني: لو تعمّد الصبي المُحرِم لبسَ المخيط مثلاً لم يجب عليه التكفير، لكون عمده بمنزلة خطأ البالغ. و إستدلّا علىٰ ذلك بما روي عنهم ﷺ من: أنّ عمد الصبي و خطأه سواء، فراجع.

٣) خبر قوله: «ان اخلال».

٤) أي: و حين لم تكن صحيحة محمّد بن مسلم ـ و لا غيرها ـ ظاهرةً و لا مُشعرة بالاختصاص بجناية الصبي، فكل حكم ... الخ. و هذا تقريب الاستيناس بهذه الطائفة على سلب عبارة الصبي، و حاصله: أنّ ترتب الأثر على الإنشاء سواء في العقد و الإيقاع منوط بقصد الأمر الاعتباري، و لمّا كان قصد الصبي المميِّز بمنزلة عدم قصده كان إنشاؤه لغواً، كإنشاء البالغ الهازل أو الغالط.

«1» المبسوط، ج ١، ص ٣٢٩؛ السرائر، ج ١، ص ٦٣٦ و ٦٣٧

الشرعي عليها القصد، بحيث لا عبرة بها[1] إذا وقعت بغير القصد، فما[2] يصدر منها عن الصبي قصداً بمنزلة[3] الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد[4] الصبي و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطي و إيقاعاتهم.

بل[5] يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون و الصبي إستظهار المطلب من حديث رفع القلم، و هو ما عن قرب الاسناد بسنده عن أبي البختري: «عن جعفر عن أبيه عن علي عليهما السلام: انّه كان يقول: المجنون و المعتوه الذي لا يفيق و الصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة، و قد رفع عنهما القلم»[1].

---

١) أي: بالأفعال، و المراد بها المعاملات. وقوله: «القصد» نائب فاعل: «يعتبر».

٢) جواب الشرط المستفاد من قوله: «فكل حكم» مثل قولك: كلّ من يزورني فله درهم.

٣) خبر قوله: «فما يصدر».

٤) هذا متفرّع على عموم إلغاء قصد الصبي، و عدم موضوعيّته لحكم شرعي.

٥) هذا إضراب عن قوله: «و يمكن أن يستأنس له» و غرضه أنّ ما ورد من «أن عمد الصبي خطأ» ليس مجرّد إستيناس للحكم بسلب عبارة الصبي، بل بملاحظة رواية أبي البختري يمكن إستظهار الحكم ـ و هو إلغاء قصد الصبي مطلقاً، لا في خصوص باب الجنايات ـ من قوله عليه السلام: «عمد الصبي خطأ».

و تقريب الاستظهار: أنّ رواية أبي البختري تكفّلت مطالب ثلاثة: أوّلها: أن جناية المعتوه و الصبي بالقتل العمدي تكون بمنزلة جنايتهما خطأً، فلا مجال للإقتصاص منهما، الذي هو حكم إرتكاب القتل العمدي من البالغ.

ثانيهما: أنّ الدية تستقر على عاقلتهما، و لا تُخرَج من مال المعتوه و الصبي، و هذا حكم الخطأ المحض، و إلّا فالدية في الجناية شبه العمد تكون في مال الجاني.

ثالثها: رفع القلم عن المعتوه و الصبي.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٦٦، الباب ٣٦ من أبواب قصاص النفس، ح ٢

فإنّ[1] ذكر «رفع القلم» في الذيل ليس له وجه إرتباط إلّا[2] بأنْ تكون علّةً لأصل الحكم و هو ثبوت الدية على العاقلة، أو بأن تكون معلولةً لقوله:

و بما أنّ قوله عليه السلام: «و قد رفع عنهما القلم» ليست جملةً مستأنفة، بل هي مرتبطة بكون الدية على العاقلة، فلابد من إستكشاف وجه الربط، و هو أحد أمرين. فإمّا أن يكون رفع القلم علّةً لوجوب الدية على العاقلة، و معناه: أنّ رفع قلم المؤاخذة الدنيوية ـ سواء المالية كالدية و النفسية كالقصاص ـ عن المعتوه و الصبي كارتفاع المؤاخذة الأُخروية صار منشأً لوجوب الدية على العاقلة.

و إمّا أن يكون رفع القلم معلولاً لتنزيل الشارع عمد المعتوه و الصبي منزلة خطأهما، و معناه حينئذٍ: أنّ عمدهما لمّا كان في وعاء التشريع بمنزلة الخطأ و قصدُهما كلا قصد، فلذا إرتفعت المؤاخذة الأُخروية و الدنيوية ـ من القصاص و الغرامة الماليّة ـ عنهما شرعاً.

و هذان الإحتمالان يشتركان في نفي موضوعية إنشاء الصبي للأثر، و يفترقان في ضمانه بالاتلاف.

أمّا الجهة المشتركة فلأنّ الإنشاء أمر قصدي، و لا يتحقق بدونه، و لذا لا يترتب أثر على إنشاء الهازل و النائم و الغالط و نحوهم ممّن لايكون داعيه إلى الإنشاء تحقق الأمر الاعتباري في وعاء الاعتبار كالملكيّة و الزوجيّة و الحريّة. و لا فرق في لغويّة إنشاء الصبي بين كونه لأجل تنزيل قصده منزلة عدم القصد، و بين رفع قلم المؤاخذة عنه شرعاً. كما لا فرق بين كونه مستقلّاً في التصرف في ماله، و بين كونه وكيلاً عن الغير أو مأذوناً عن وليّه.

و أمّا الجهة الفارقة ـ و هي الضمان بالإتلاف بناءً علىٰ المعلوليّة، و عدمه بناءً على العلّيّة ـ فسيأتي توضيحها في(ص ١٤٦.)

١) هذا تقريب إستظهار سلب عبارة الصبي من رواية أبي البختري، و قد عرفته آنفاً.

٢) وجه الحصر في العلية و المعلولية عدم تطرّق إحتمال آخر ككون الجملتين متلازمتين، أو كونهما معلولي أمرٍ ثالث.

«عمدهما خطاء» يعني:[١] أنّه لمّا كان قصدُهما بمنزلة العدم في نظر الشارع و في الواقع رُفِعَ القلم عنهما.

و لا يخفى أنّ[٢] ارتباطها بالكلام على وجه العليّة و المعلولية للحكم المذكور في الرواية ـ أعني: عدم مؤاخذة الصبي و المجنون بمقتضىٰ جناية العمد، و هو القصاص، و لا بمقتضىٰ شبه العمد و هو الدية في مالهما ـ لا يستقيم[٣] إلّا بأن يراد من رفع القلم إرتفاع المؤاخذة عنهما شرعاً من حيث العقوبة الأُخروية[٤] و الدنيوية[٥] المتعلقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية. و عدم[٦] ترتّب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمّد إليها ممّا لو وقع من

---

١) هذا تقريب معلوليّة رفع القلم، و عليّة تنزيل عمدهما منزلة خطائهما.

٢) غرضه من هذه الجملة أنّ ربط جملة «عمدهما خطأ» بجملة «رفع القلم» بالعلية أو المعلولية منوط بكون المرفوع قلم المؤاخذة مطلقاً ـ كما هو مورد الرواية ـ لا قلم الأحكام التكليفيّة خاصّة، إذ بناءً عليه تكون المؤاخذة الدنيوية ـ و هي الغرامة الماليّة بأداء الدية ـ في مالي المعتوه و الصبي، مع أنّ الرواية صريحة في كون الدية على العاقلة، و هذا يتوقّف على كون المرفوع عنهما مطلق المؤاخذة حتى الدنيويّة ولو الماليّة.

٣) خبر قوله: «أنّ إرتباطها» و قد عرفت تقريب عدم الإستقامة إلّا برفع المؤاخذة.

٤) فالعقوبة الأُخرويّة لمن قتل مؤمناً عمداً هو الخلود في العذاب، و هذه مرفوعة عن قتل الصبي و المجنون عمداً.

٥) و هي إحدىٰ ثلاث، فإمّا في النفس و إمّا في الطرف ـ بالقصاص في حق البالغ القاتل أو الجارح عمداً ـ و إمّا في المال بأداء الدية في الجناية شبه العمد.

٦) بالرفع معطوف على «إرتفاع المؤاخذة» و المراد بـ «ذلك» هو المؤاخذة، و التذكير بلحاظ قوله: «للحكم المذكور».

غيرهما[١] مع القصد و التعمد لَترتبَ عليه غرامة أُخروية أو دنيوية.

و على هذا[٢] فإذا إلتزم على نفسه مالاً بإقرارٍ[٣] أو معاوضةٍ[٤] ولو[٥] بإذن الولي فلا[٦] أثر له في إلزامه بالمال و مؤاخذته به ولو[٧] بعد البلوغ، فإذا[٨]

---

١) أي: غير الصبي و المجنون، و المراد بالغير هو البالغ العاقل.

٢) المشار إليه هو رفع المؤاخذة عن أفعال المعتوه و الصبي المقصودة المتعمّد إليها. و غرضه ﷺ من هذا التفريع إلغاء إقرارهما و إنشائهما عن الأثر، فلو أقرّ الصبي المميِّز بمالٍ على ذمّته لم يؤاخذ به مطلقاً ولو بعد بلوغه، سواء أكان بإذن وليّه أم لا. و الوجه فيه ما استفيد من الحديث من سلب قصده، و المفروض أنّ الإقرار و المعاملات أُمور قصديّة.

و ليس الوجه في إلغاء إقراره المزبور كونُه محجوراً عن التصرف، إذ بناءً عليه يلزم مؤاخذته بإقراره لو كان بإذن الولي، مع أنّ الحديث دال على سلب قصد الصبي مطلقاً حتى بإذن وليّه.

٣) كما لو قال: «لزيد عليّ دينار» فهو إخبار باشتغال ذمّته بدينارٍ لزيد.

٤) كما لو أنشأ القبول بقوله: «إشتريتُ هذا بدينار في ذمّتي».

٥) وصليّة، و هذا تصريح بإطلاق سلب الأثر عن إلتزام الصبي مالاً على ذمته. و كان الأولىٰ تأخيره عن قوله: «فلا أثر له».

٦) جواب «فإذا إلتزم» أي: ليس إلتزام الصبي مؤثّراً في إلزامه بالمال في الحكم باشتغال ذمته به.

٧) وصلية، و هذا تصريح بإطلاق سلب مؤاخذة الصبي بالمال، فلا يُؤاخذ به حتى بعد بلوغه.

٨) هذا وجه عدم إلزام الصبي بما إلتزم به على نفسه بإقرار أو معاوضة. و محصّله كما تقدم آنفاً هو كون قصده تكويناً خطأً تشريعاً، و ليس الوجه فيه مجرّد حجره عن التصرف في ماله، لما عرفت من إرتفاع الحجر عنه بإذن وليّه، فيلزم نفوذ

لم يلزمه شيءٌ بإلتزاماته ـ ولو كانت بإذن الولي ـ فليس[1] ذلك إلّا لسلب قصده و عدم العبرة بانشائه، إذ لو كان ذلك لأجل عدم إستقلاله و حجره عن الإلتزامات على نفسه لم يكن[2] عدم المؤاخذة شاملاً لصورة إذن الولي. و قد فرضنا الحكم[3] مطلقاً[4]، فيدل[5] بالالتزام على كون قصده في إنشاءاته و إخباراته مسلوبَ الأثر.

ثم[6] إنّ مقتضىٰ عموم هذه الفقرة

إقراره و تصرفه لو أذِن له وليُّه، مع أنّ الظاهر سقوط إنشاءاته و إخباراته عن الاعتبار مطلقاً ولو كانت بإذن وليِّه، و هذا السقوط كاشف عن أنّ الدليل عليه هو سلب عبارته و كون قصده كلا قصد.

١) جواب قوله: «فاذا لم يلزمه».

٢) جواب قوله: «لو كان ذلك».

٣) يعني: الحكم بعدم مؤاخذة الصبي بإقراره و معاوضته.

٤) أي: حتّى في صورة إذن الوليّ.

٥) يعني: فيدلُّ رفعُ قلم المؤاخذة عن الصبي ـ بالالتزام ـ على سلب الأثر عن قصده. و عليه فدلالة «رفع القلم عن الصبي» على سلب العبارة و إن لم تكن بالمطابقة، لكنها تكون بالالتزام ـ إذ لو كان قصده كقصد البالغ العاقل موضوعاً للأثر جازت مؤاخذته به ـ و من المعلوم كفاية الدلالة الإلتزاميّة في مقام الاستدلال.

هذا كله في أصل دلالة رواية أبي البختري على دعوىٰ المشهور من سلب عبارة الصبي، و يتفرّع عليها أمران نبّه عليهما المصنف ﷺ.

٦) هذا هو الأمر الأوّل، و حاصله: أنّ جملة «و قد رفع عنهما القلم» إمّا علة للحكم بإستقرار الدية على العاقلة، و إمّا معلولة لتنزيل العمد منزلة الخطأ.

فإن كانت الجملة علّةً إقتضت عدم مؤاخذة الصبي و المعتوه بشيءٍ من الأفعال

ـ بناءً[1] على كونها علّةً للحكم ـ عدمُ[2] مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما،

سواء صدرت عنهما عمداً أم خطأً، فلو أتلفا مالاً محترماً لم يضمناه، لفرض رفع قلم المؤاخذة عنهما مطلقاً. و ضمانُ المتلَف مؤاخذةٌ، فهي مرفوعة عنهما.

فإنْ قلت: لا ريب في كون الإتلاف مضمِّناً مطلقاً حتىٰ في حال الغفلة و النوم، و حيث إنّ «رفع القلم» من العمومات الشرعية القابلة للتخصيص فلذا يُخصَّص بما دلّ على الضمان بالتضييع و الإتلاف، و لا إشكال، هذا.

قلت: عموم «رفع القلم» و إن كان شرعياً، لكنّه آبٍ عن التخصيص، لوروده مورد الإمتنان على المعتوه و الصبي، و هو يقتضي رفع كلّ مؤاخذة عنهما سواء أكانت في النفس أم في الطرف أم في المال. و عليه فإشكال الضمان بالإتلاف باقٍ بناءً على العلية.

و إن كانت الجملة معلولةً لقوله عليه السلام: «عمدهما خطأ» لم يلزم إشكالٌ أصلاً، لاختصاص المؤاخذة المرفوعة عنهما بما إذا ترتبت على خصوص فعل البالغ العمدي حتى يترتب عليه حكم فعله الخطائي، و حيث إن ضمان البالغ بالإتلاف مطلق و يثبت لحال خطائه أيضاً، فلذا يخرج هذا الضمان عن مورد قوله عليه السلام: «و قد رفع عنهما القلم» لتبعية المعلول لعلّته سعةً و ضيقاً، و لمّا كان الضمان بالإتلاف خارجاً عن العلّة موضوعاً إمتنع أن يكون مشمولاً للمعلول، و هو رفع القلم.

فالمتحصل: أنّ دلالة جملة «عمد الصبي خطأ» على سلب عبارته و إلغاء إنشائه و إخباره عن الأثر تامّة، و لا يقدح فيها ضمانُه بالإتلاف مطلقاً على تقدير عليّة «رفع القلم» لوجوب الدية على العاقلة.

١) و أمّا بناءً علىٰ كون «رفع القلم» معلولاً لقوله: «عمد الصبي خطأ» فقد عرفت خروج ضمان الإتلاف تخصُّصاً عن العلّة. فالاشكال إنّما يتجه لو كان رفع القلم علّةً لاستقرار دية الجناية علىٰ العاقلة، كما عرفت توضيحه آنفاً.

٢) خبر «ان مقتضىٰ» و ضميرا «مؤاخذتهما، منهما» راجعان إلى المعتوه و الصبي.

كما هو ظاهر المحكي عن بعضٍ، إلّا أن يلتزم[١] بخروج ذلك عن عموم رفع القلم. و لا يخلو من بعد[٢].

ولكن[٣] هذا غير وارد على الاستدلال، لأنّه[٤] ليس مبنيّاً على كون «رفع القلم» علّة للحكم، لما[٥] عرفت من إحتمال كونه معلولاً لسلب إعتبار قصد الصبي و المجنون، فيختص[٦] رفعُ قلم المؤاخذة بالأفعال الّتي يعتبر في المؤاخذة عليها قصدُ الفاعل، فيخرج مثل الإتلاف[٧].

---

١) أي: إلّا أن يلتزم بخروج إتلاف الصبي و المجنون عن عموم رفع القلم تخصيصاً.

٢) لأنّ سوقه آبٍ عن التخصيص بعد وروده في مقام الامتنان.

٣) يعني: أنّ إشكال ضمانهما بالإتلاف و إن كان لازماً بناءً على علّية رفع القلم، إلّا أنّ الاستدلال بحديث أبي البختري على سلب عبارة الصبي سليم عن الإيراد، إذ ليس الإستدلال منوطاً بعلية رفع القلم، بل المهمّ ظهور جملة «عمد الصبي خطأ» في إلغاء أفعاله و أقواله القصدية. و يكفي إحتمال معلولية «رفع القلم» لتنزيل عمده منزلة خطأ البالغ شرعاً، و لا يُنتقض بضمان الاتلاف أصلاً، كما أوضحناه قبل أسطر.

٤) أي: لأنّ الاستدلال على سلب عبارة الصبي ليس مبنياً علىٰ خصوص علّية رفع القلم حتى يستشكل فيه بضمان الإتلاف. وجه عدم الابتناء ما عرفت من أنّ جملة «عمد الصبي خطأ» وافية بإسقاط أفعاله و أقواله عن الأثر، سواء أكانت علّةً لرفع القلم أم معلولةً له.

٥) تعليل لقوله: «ليس مبنيّاً».

٦) هذه نتيجة إحتمال كون رفع القلم معلولاً لجعل قصد الصبي بمنزلة العدم.

٧) خروجاً موضوعياً، بأحد وجهين:

الأوّل: أنّ حديث الرفع ـ بمناسبة الحكم و الموضوع ـ ينفي الآثار الثابتة للأفعال التي يعتبر فيها قصد الفاعلين، فيخرج مثل الإتلاف الذي لا يعتبر القصدُ في

فافهم و اغتنم[1].

ثم إنّ[2][3] القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع

سببيته للضمان، لأنّ ذات الإتلاف مع الغضّ عن العمد سبب الضمان، و لذا يترتب على إتلاف فاقد العقل كالمجنون، و على فعل النائم الذي لا يُشعر بما يفعله.

فسببيّة الإتلاف نظير نواقض الوضوء، فإنّ ناقضية البول مثلاً للوضوء غير منوطة بالقصد و الإختيار، فلا ترتفع بحديث رفع القلم عن الثلاثة.

الثاني: أنّ الحديث وارد في مقام الامتنان على الأُمّة الذين هم على السّواء بنظر الشارع، فرفع قلم الضمان عن إتلاف الصبي و إن كان منّةً عليه قطعاً، إلّا أنّه خلاف الامتنان على الكبير الذي تلف مالُه، و من المعلوم أنّه لا ترجيح للصغير على الكبير حتى يقال بعدم سببيّة إتلاف الصبي للضمان.

و بهذا يقال أيضاً بعدم شمول «رفع الخطأ» في مثل حديث رفع التسعة لإتلاف البالغ خطأً، ضرورة إستلزام عدم ضمانه خلاف الامتنان على المالك، هذا.

١) الأمر بالفهم و الاغتنام إشارة ظاهراً إلى دقة المطلب و تمامية الاستدلال بالحديث على مسلك المشهور.

٢) هذا إشارة إلى الأمر الثاني، و محصله: عدم التنافي بين كون المرفوع عن الصبي مطلق المؤاخذة المترتّبة على فعل البالغ، و بين تشريع بعض التعزيرات عليه كإدماء أنامله و قطعها في السرقة المتكررة. وجه عدم التنافي: أنّ المؤخذة المرفوعة عنه هي الثابتة في حق البالغين سواء أكانت دنيوية ـ بأن كانت في النفس كالقصاص أم في المال كالدية ـ أم أُخروية. و هذا لا ينافي تأديبه ببعض العقوبات الدنيوية التي تخفّ عن عقوبة البالغ كمّاً و كيفاً.

قال شيخ الطائفة ﷺ: «و متىٰ سرق مَن ليس بكامل العقل بأن يكون مجنوناً أو صبيّاً لم يبلغ ـ و إن نقب و كسر القفل ـ لم يكن عليه قطع. فإن كان صبياً عُفي عنه مرّةً، فإن عاد أُدّب، فإن عاد ثالثةً حُكّت أصابعه حتىٰ تدمىٰ، فإن عاد قُطعت أنامله،

على البالغين[١]، فلا ينافي[٢] ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير[٣] (*).

فإن عاد بعد ذلك قطع أسفل من ذلك، كما يقطع الرّجل سواء»[١]. و قطعُ أصابعه في المرحلة الخامسة و إن كان عقوبة البالغ، إلّا أنّه عقوبته في سرقته الأُولىٰ، و هذا فارق بين تعزير الصبي و حدّ البالغ. و قال الشهيد الثاني ﷺ: «و مستند هذا القول أخبار كثيرة صحيحة، و عليه الأكثر»[٢].

١) وجهه تقييد الرفع بغاية البلوغ، لقوله ﷺ: «حتى يحتلم»، فالمرفوع عن الصبي هو الثابت علىٰ البالغ.

٢) ضمير الفاعل راجع إلى قلم المؤاخذة المرفوع.

٣) يعني: بما يراه الامام من التأديب بما دون الحد الثابت على البالغ، فيمكن ثبوته على الصبي.

(*) يقع الكلام في تحقيق رابع أدلة المشهور من الروايات المتضمنة لكون عمد الصبي و خطائه واحداً، و هي على ثلاثة مضامين:

الأوّل: ما يدلّ على ذلك مطلقاً من دون تقييد بشيء، كصحيحة محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله ﷺ: «قال: عمد الصبي و خطؤه واحد»[٣].

الثاني: ما يدلّ على ذلك مقيّداً بكون دية الجناية الصادرة عن الصبي خطأً على عاقلته، كخبر إسحاق بن عمار «عن جعفر عن أبيه ﷺ انّ عليّاً ﷺ كان يقول: عمد الصبيان خطأ تحمل على العاقلة»[٤].

«١» النهاية و نكتها، ج ٣، ص ٣٢٥

«٢» الروضة البهية، ج ٩، ص ٢٢٢ ؛ و راجع أخبار الباب في الوسائل، ج ١٨، ص ٥٢٢ الى ٥٢٦، الباب ٢٨ من أبواب حد السرقة «باب حكم الصبيان إذا سرقوا».

«٣» وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب العاقلة، ح ٢

«٤» المصدر، ح ١

.....

و عن علي عليه السلام: «ليس بين الصبيان قصاص عملُهم خطأ يكون فيه العقل»[١].

و عن دعائم الاسلام عن علي عليه السلام: «انّه ما قتل المجنون المغلوب على عقله و الصبي، فعمدهما خطأ على عاقلتهما»[٢] و غير ذلك من الروايات.

الثالث: ما يدلّ على هذا الحكم مع قيد آخر، و هو رفع القلم عن الصبي، كرواية أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: «أنّه كان يقول في المجنون المعتوه الذي لا يفيق و الصبي الذي لم يبلغ: عمدُهما خطأ تحمله العاقلة، و قد رفع عنهما القلم»[٣].

قد يقال: ان الطائفة الاولى تدلّ على عدم الاعتناء بأقوال الصبي و أفعاله، و أنّ وجود ما يصدر عنه كالعدم، في عدم ترتب أثرٍ عليه، فلا يترتب على عقود الصبي وإيقاعاته أثر و إن أذن له الولي أو أجازه، لأنّها كالصادرة من البالغين نسياناً، أو في حال النوم. فكأنّه قيل: عمد الصبي كالعدم، و قصده كلا قصد.

و لا تنافي بين هذه الطائفة و بين الطائفتين الاخريين حتى يحمل المطلق على المقيّد، ضرورة عدم التنافي بين كون عمد الصبي بمنزلة الخطاء في الجنايات، و بين كون عمده بمنزلة الخطاء في غير موارد الجنايات، فلا وجه لحمل المطلق على المقيّد.

هذا ملخص ما يقال في تقريب الاستدلال بهذه الطائفة من الروايات على سلب عبارة الصبي حتى مع إذن الوليّ كما نسب إلى المشهور.

لكن فيه أوّلاً: القطع بعدم إمكان إرادة الإطلاق، و إلّا يلزم تأسيس فقه جديد أو يلزم عدم مانعيّة مبطلات الصلاة و مفطرات الصوم، فإذا أكل أو شرب عمداً و هو صائم، أو أحدث كذلك و هو في الصلاة لزم عدم بطلان صومه و صلاته. و كذا لو زاد عمداً في صلاته، أو سافر قاصداً لقطع المسافة، فإنّه يلزم عدم بطلان صلاته في الأوّل، و عدم

«١» مستدرك الوسائل، ج ١٨، ص ٤١٨، الباب ٨ من أبواب العاقلة، ح ٢

«٢» المصدر، ح ٤

«٣» وسائل الشيعه، ج ١٩، ص ٦٦، الباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس، ح ٢

.....

ثبوت القصر في الثاني، بل يلزم عدم مشروعية عبادات الصبي طُرّاً، لأنّها قصدية، والمفروض أنّ قصد الصبي كلا قصد على ما استظهره المستدل.

و ثانياً: انّ الاستظهار المزبور منوط بأن تكون العبارة دالة على نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، «كلا ربا بين الوالد و الولد» حتى يراد عدم ترتب حكم على عمد الصبي كعدمه على خطائه، و يكون المراد أنّ قصده كلا قصد في عدم ترتب أثر عليه.

و ليس الأمر كذلك، لأنّ المقام من تنزيل أحد الأمرين الوجوديّين منزلة صاحبه، و ذلك يتوقف على وجود الأثر شرعاً للمنزّل عليه، فلابد أن يكون للخطاء أثر حتى يصح تنزيل العمد منزلته، كتنزيل الطواف منزلة الصلاة. و من المعلوم أنّه لا مصداق لهذه الكبرىٰ، و هي كون عمد الصبي منزلة خطاءه إلّا الجنايات، لأنّ الجناية الصادرة منه عمداً بمنزلة الجناية الصادرة منه خطأ في كون الدية على العاقلة، فيصح حينئذٍ تنزيل جناية الصبي عمداً منزلة جنايته خطأً في كون ديتها على العاقلة، و لا مورد لهذا التنزيل فى غير الجنايات.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

لا يقال: إنّه قد ثبت أثر خاص لكل من العمد و الخطاء في الصلاة، و في تروك الاحرام، حيث إنّ ترك جزء من الصلاة عمداً موجب لبطلان الصلاة، و تركه خطأ غير موجب له، بل موجب لسجدة السهو إن لم يكن المتروك ركناً. و المحرم إذا صاد حيواناً عمداً وجبت عليه الكفارة زائدةً على ما إذا صاده خطأً، فلا تختص أخبار تنزيل عمد الصبي منزلة الخطأ بالجنايات.

فانه يقال: إنّ تنزيل عمد الصبي منزلة خطائه متقوم بأمرين:

أحدهما: ثبوت الأثر لكلٍّ من العمد و الخطاء.

ثانيهما: كون أثر الخطاء ثابتاً لغير الفاعل، كما في الجناية الخطائية، فإنّ أثرها ـ و هو الدية في جناية البالغ خطاءً ـ ثابت على غير الجاني أعني العاقلة. و من المعلوم أنّ مصداقه منحصر بباب الجنايات، لفقدان الأمر الثاني ـ و هو ثبوت أثر الخطاء على غير

.....

الفاعل ـ في الموارد المزبورة، ضرورة أنّ حكم الخطاء فيها كوجوب سجدتي السهو و وجوب الكفارة الثابتين على المخطىء البالغ منتفٍ عن الصبي بحديث الرفع، و على فرض ثبوته على الصبي ليس ثابتاً على العاقلة.

لكن عن المحقق النائيني ﷺ جريان الحديث أعنى عمد الصبي خطأً في كفارات الحج، حيث إنّ إرتكاب محرمات الاحرام عمداً يوجب الكفارة، دون إرتكابها خطأً إلّا الصيد. فلكلٍّ من العمد و الخطاء أثر، فلا يختص الحديث بالجنايات»[١].

و فيه: أنّ عدم وجوب الكفارة في الخطأ إنّما هو لعدم الموضوع و هو العمد، بخلاف الجنايات، فإنّها على ثلاثة أقسام: العمدية و الخطائية المحضة و الشبيهة بالعمد.

فتلخص: أنّ الاستدلال بالمطلقات المتقدّمة لاثبات كون الصبي مسلوب العبارة في غير محله.

بقي الكلام فيما يستفاد من قوله عليه السلام في ذيل رواية أبي البختري: «عمدهما خطاء تحمله العاقلة، و قد رفع عنهما القلم» فانّ المصنف ﷺ استظهر من هذه الجملة دلالتها على كون الصبي مسلوب العبارة، و أنّ عقده و إيقاعه مع القصد ليسا موضوعين للآثار الشرعية، بل هما كعقد الخاطىء و الهازل و إيقاعهما، فلا يختص ما دلّ على كون عمد الصبي خطاء بالجنايات.

و تقريب إستظهاره: أنّ قوله صلى الله عليه وآله: «و قد رفع عنهما القلم» إمّا علة لثبوت الدية على العاقلة، يعني: أنّ علة ثبوت الدية على العاقلة لا على نفس الصبي هي رفع القلم عنه إذ لو كان القلم موضوعاً عليه كان نفس الصبي مطالباً بالدية. و إمّا معلول لقوله: «عمدهما خطأ» بمعنى أنّ علّة رفع القلم عن الصبي و المجنون هو كون قصدهما بمنزلة عدم القصد في نظر الشارع. فالرواية و إن كان موردها الجناية، إلّا أنّ العبرة بعموم العلّة لا بخصوصية المورد، فلا يعتد بشيء من الأفعال و الأقوال الصادرة من الصبي

«١» منية الطالب، ج ١، ص ١٧٣

.....

والمجنون، لأنّهما مسلوبا العبارة في وعاء التشريع، فلا محذور في الأخذ بعموم العلة في سائر الموارد، هذا.

لكن الظاهر عدم تمامية شيءٍ من التقريبين.

أمّا كونه علّة لثبوت الدية على العاقلة، ففيه: عدم الملازمة بينهما فضلاً عن العليّة. نعم ثبت في الشريعة المقدسة أنّ دم المسلم لا يذهب هدراً، لكنه لا يلازم ثبوت الدية على العاقلة، لإمكان أن تكون الدية على جميع المسلمين، أو بيت المال، أو غير ذلك.

و أمّا كونه معلولاً لقوله: «عمده خطأ».

ففيه: ـ مضافاً إلى عدم إقترانه بما يفيد العلية في مقام الإثبات كلفظة «لأنّ» أو «فان» ـ أنّه إن أُريد كون العمد خطاءً تكويناً فلا بأس بعليّته لرفع القلم، لأنّه بعد فرض عدم صدور الفعل العمدي عن الصبي لا يصلح فعله لأن يكون موضوعاً شرعاً للأثر. لكن الأمر ليس كذلك، لكونه كذباً.

فلابد أن يكون عمده خطاءً تنزيلاً لا تكويناً، بمعنى: أنّ الشارع نزّل عمد الصبي منزلة الخطاء، بأن يراد من التنزيل نفي آثار العمد كالقصاص و شبه العمد كالدية الثابتة في مال الجاني خطأً، و ترتيب آثار الخطاء المحض بالنسبة إلى غير الفاعل. و ذلك منحصر بالجنايات، لأنّها هي التي تترتب على أقسامها الثلاثة ـ من العمد و شبهه و الخطأ المحض ـ أحكام خاصة.

و إن شئت فقل: إنّ وجه المناسبة بين قوله ﷺ: «رفع عنهما القلم» و بين قوله ﷺ: «عمدهما خطاء» هو أنّ تنزيل عمد الصبي منزلة خطائه متقوم بأمرين:

أحدهما: حكم سلبي، و هو عدم ترتب أحكام العمد ـ من القصاص و الدية في ماله ـ على فعله، و عدم إلزام الصبي بشيءٍ من أفعاله.

و الآخر: حكم إيجابي، و هو ترتب أحكام الفعل الخطائي على فعله في خصوص ما إذا كان متوجّهاً إلى الغير كالعاقلة، لا إلى الصبي.

.....

و المتكفل لبيان الأمر الأوّل هو: «رفع القلم عن الصبي» و لبيان الأمر الثاني هو قوله: «تحمله العاقلة» و هذا معنى رفع القلم، يعني: أنّ قلم التكاليف الإلزامية الثابتة للأفعال العمدية علىٰ البالغين مرفوع عن الصبي، فعمد الصبي عمد تكويناً و خطاء تشريعاً. فالقصاص مرفوع عن الجناية الصادرة عنه عمداً، فرفع القلم عن الصبي متمم لقوله: «عمد الصبي خطاء» لا معلول له.

و على هذا فمفاد رواية أبي البختري موافق لما يستفاد من سائر الروايات المتضمنة لكون الصبي مرفوع القلم.

هذا مضافاً الى ضعف سندها بأبي البختري الذي إسمه وهب بن وهب بن عبدالله بن رمعة بن الأسود، لأنّه كان كذّاباً عامي المذهب. فلا تكون الرواية حجة.

فتلخص من جميع ما تقدم: أنّه لا دليل على كون الصبي مسلوب العبارة، بحيث لا يترتب على إنشاءاته العقدية و الإيقاعية أثر أصلاً ولو كانت بإذن الولي أو إجازته. مع أنّ الإذن و الإجازة يوجبان إضافة ما أنشأه الصبي إلى الولي كعقد الفضولي.

ثمّ إنّ المصنف ﷺ أشار إلى فروع:

منها: مسأله إتلاف الصبي و سببيّته للضمان و عدمها، فإنّه قد يتوهم عدم الضمان، لأنّ عمدَ الصبي خطاء، و لأنّ قلم التكليف مرفوع عنه حتى يحتلم.

لكن فساد هذا التوهم ظاهر. أمّا الأوّل فلأنّ تنزيل عمد الصبي منزلة خطائه إنّما هو في خصوص الأفعال التي لا تكون موضوعة للأحكام الشرعية، إلّا إذا صدرت عن فاعليها بالقصد و الاختيار، فلو كان الحكم الشرعي مترتباً على نفس الفعل و إن صدر بلا قصد و عمد كالجنابة الموجبة للغسل و إن حصلت في النوم، و كمباشرة النجاسات الموجبة لنجاسة البدن، و إن كانت المباشره بغير إرادةٍ و إختيار، و كالأحداث الناقضة للطهارة، فإنّها ناقضة لها و إن صدرت جهلاً أو غفلة و بغير إختيار، فإنّ موضوعية هذه الأمور لأحكامها لا تتوقف على صدورها عن قصد و عمد. و من المعلوم أنّ الإتلاف من

.....

هذا القبيل، إذ لم يؤخذ في قاعدته إلّا صدق الاتلاف المعلوم صدقه على الاتلاف العمدي و غيره.

هذا مضافاً إلى ما تقدم من إختصاص الحديث بما إذا كان للفعل العمدي أثر كالجناية العمدية، و للفعل الخطائي أثر آخر بالنسبة إلى غير الفاعل، فيحكم على فعل الصبي حينئذٍ بحكم الخطاء، و من المعلوم أنّ الاتلاف لا يختلف حكمه بحسب العمد و الخطاء، فلا يكوّن الحديث شاملاً للإتلاف، كما لا يشمل كفارات الحج، لأنّ عدم وجوب الكفارات على الصبي المرتكب لمحرّمات الإحرام إنّما هو من جهة إنتفاء الموضوع و هو العمد، فعدم ترتبها على الخطاء الصادر عن البالغ إنما هو لعدم تحقق العمد، لا لأجل موضوعية الخطاء له كموضوعية الخطاء في باب الجنايات.

فما عن المحقق النائيني ﷺ «من التمسك بالحديث في كفارات الحج» مما لم يظهر له وجه، لما عرفت من أنّ إنتفاء الكفارات عن إرتكاب البالغ خطاءً لمحظورات الإحرام إنّما هو لإنتفاء موضوعها و هو العمد، لا لأجل الخطاء كما لا يخفى.

و أمّا الثاني أعني: حديث رفع القلم، فلأنّ المراد به كما مرّ آنفاً رفع الأحكام الالزامية عن الصبي. و هذا لا ينافي توجه الأحكام الالزامية إليه بعد البلوغ، لإمكان موضوعية فعل الصبي لأحكام إلزامية بعد بلوغه، فإنّ جميع الالزاميات مرفوعة عن الصبي مادام صبياً، فاذا بَلَغَ توجّه إليه وجوب تدارك ما أتلفه في حال الصبا، لأنّ الإتلاف بعنوانه موجب للضمان و إن كان المتلف صبياً. و ليس الضمان من الأحكام الالزامية حتى يرفع بحديث رفع القلم.

لا يقال: إن كان الاتلاف موضوعاً لوجوب الأداء بعد البلوغ فليكن بيع الصبي أيضاً واجب الوفاء بعد البلوغ.

فانّه يقال: إنّ بيع الصبي غير نافذ بمقتضىٰ رواية إبن سنان المتقدمة، حيث إن نفوذ أمر الصبي أُنيط فيها بالبلوغ، فعقد غير البالغ لا أثر له، هذا.

.....

و منها: تعزيرات الصبي، فإنّه لا إشكال في ثبوتها على الصبي. إنّما الكلام في أنّ خروجها عن حديث رفع القلم و نحوه هل هو بالتخصص أم التخصيص؟ قال المصنف ﷺ: «ثم إنّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير» و حاصله: أنّ المراد بالقلم المرفوع عن الصبي هو رفع التكاليف الالزامية الثابتة على البالغين، فيكون خروج تعزيرات الصبي عن حديث «رفع القلم» موضوعياً، لعدم ثبوت تلك التعزيرات في حق البالغين، بل هي ثابتة في حق الصبيان لحكمة خاصّة، و هي تأديبهم و صيانتهم عن الضلال.

و يحتمل أن يكون خروج تعزيرات الصبي عن رفع القلم بالتخصيص، بأن يقال: إنّ رفع القلم يشمل كل حكم إلزامي، و قد خرج عنه تعزيرات الصبي بنصوص خاصة.

و التحقيق أن يقال: إنّ التعزيرات الثابتة في الشريعة المقدسه إمّا أن يؤخذ في موضوعها البالغ، و إمّا أن يؤخذ في موضوعها الصبي، و إمّا أن لا يؤخذ شيء منهما في موضوعها، بأن كان موضوعها الطبيعي الجامع بين البالغ و الصبي.

فان كان موضوعها البالغ فهي ترتفع عن الصبي، لعدم الموضوع، فالخروج عن حديث رفع القلم موضوعي.

و إن كان موضوعها الطبيعي الجامع بين البالغ و الصبي فالخروج حكمي.

و إن كان موضوعها الصبي فهي غير قابلة للرفع، لأنّ مقتضي الشيء لا يكون رافعاً له، فلا محالة يخصّص عموم رفع القلم بما دلّ على تلك التعزيرات على الصبي، هذا.

و منها: عدم العبرة بقبض الصبي و إقباضه و إقراره و نذره و إيجاره و ضمانه و غيرها ممّا يعتبر فيه القصد، فإنّ شيئاً من تلك الأفعال لا يترتب عليه الأثر إذا صدر عن الصبي، لأنّ قصده كلا قصد. و قد أيّده المصنف بما نقله عن التذكرة.

لكن يرد عليه ما تقدم من عدم دليل على سقوط فعل الصبي و قوله عن الاعتبار مطلقاً حتى مع إذن الولي، لأنّ دليل عدم جواز أمر الصبي لا يقتضي إلّا عدم جواز

.....

إستقلاله في التصرّف في أمواله، فكلُّ ما لا يعدّ في العرف تصرفاً في أمواله إستقلالاً لامانع عن جوازه، فيصح تحجيره و حيازته و إلتقاطه و صيده و إحياؤه الموات.

و دعوى «عدم جواز الأمور المذكورة، لاعتبار القصد فيها، و المفروض أنّ قضية عمد الصبي خطاء، هي جعل قصده كالعدم، فلا يترتب على قصده أثر، فما يصدر عن الصبي من الأمور القصدية يكون كالعدم» غير مسموعة، لما عرفت من عدم دلالة «عمد الصبي خطاء» على تنزيل قصد الصبي منزلة عدم القصد، بل إنّما يدلّ على تنزيل العمد منزلة الخطاء الذي هو موضوع لأحكام، و ذلك يختص بباب الجنايات. و لا يدلّ على لغوية قصد الصبي وكونه كالعدم في الأمور الّتي يعتبر في ترتب الأثر عليها قصدها، هذا.

مضافاً إلى: أنّ إعتبار القصد في بعض الأمور المذكورة كالحيازة و إحياء الموات والإلتقاط غير مسلّم، بل إطلاق مثل «من حاز ملك» و «من أحيى أرضاً ميتة فهي له» و «من سبق إلى ما لم يسبق إليه غيره فهو أولىٰ به» و نحو ذلك يقتضي عدم إعتبار القصد فيها.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

و الحاصل: أنّ عدم ترتب الأثر على الأُمور القصدية الصادرة عن الصبي متوقف على أمرين: الأوّل: إعتبار القصد فيها، و الثاني: سقوط قصد الصبي عن الاعتبار.

و قد عرفت عدم إعتبار الأوّل في بعض الأُمور المذكورة و عدم سقوط قصد الصبي عن الاعتبار بحيث يعدّ كالمعدوم، لعدم دلالة ما استدل به من مثل قولهم عليهم السلام: «عمد الصبي خطاء» على ذلك لما مرّ مفصّلاً من أنّ مفاده تنزيل العمد منزلة الخطاء، لا جعل قصده كالعدم.

و قد عرفت عدم تمامية الأمر الثاني، و «أنّ عمد الصبي خطاء» من باب التنزيل و يختص بباب الجنايات، و لا يشمل الأمور القصدية المزبورة، فهي خارجة عن هذا التنزيل، فلا يبقىٰ إلّا ما ورد من «عدم جواز أمر الصبي إلى أن يبلغ» و قد مرّ سابقاً أنّ المراد بعدم الجواز عدم الاستقلال، فلا يشمل التصرف المقرون بإذن الولي

.....

أو إجازته.

هذا كله مع عدم كون بعض الأمور المزبورة كحيازة المباحات و إحياء الموات قصديّاً على ما هو قضية إطلاق أدلتهما، هذا.

ثم إنّ المستفاد من جملة من النصوص كون قبض الصبي مفيداً للملكية، كحسنة أبي بصير «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يموت و يترك العيال، أيُعطون من الزكاة؟ قال: نعم ...»[١] الحديث. و رواية أبي خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: ذرّيّة الرجل المسلم إذا مات يُعطون من الزكاة و الفطرة كما كان يُعطىٰ أبوهم حتى يبلغوا»[٢] الحديث. و معتبرة يونس بن عبدالرحمان عن أبي الحسن عليه السلام «قال: سألته عن رجل عليه كفارة عشرة مساكين، أيعطي الصغار و الكبار سواء، و الرجال و النساء، أو يفضل الكبار على الصغار و الرجال على النساء؟ فقال: كلّهم سواء»[٣] و كموثق يونس بن يعقوب: «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: عيال المسلمين أعطيهم من الزكاة، فأشتري لهم منها ثياباً و طعاماً، و أرىٰ أنّ ذلك خير لهم؟ قال: فقال لا بأس»[٤] فإنّ ظاهر هذه الروايات و غيرها هو مالكية الصبيان للزكاة و الكفارة بمجرّد القبض.

هذا مضافاً إلى: ما قيل من قيام السيرة على كون قبض الصبي مفيداً للملكية في الهبة و غيرها.

ثمّ إنّ الظاهر عدم خصوصيةٍ لزكاة المال و الفطرة و الكفارة، فيتعدى إلى سائر الموارد، و يحكم بمملّكية القبض في سائر المقامات المعتبر فيها القبض.

و هل تنفذ وصية الصبي أم لا؟ فيه خلاف، فعن العلامة في القواعد: «يشترط في

«١» وسائل الشيعة، ج ٦، ص ١٥٥، الباب ٦ من أبواب المستحقين للزكاة، ح ١

«٢» المصدر، ح ٢

«٣» وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٥٧٠، الباب ١٧ من أبواب الكفارات، ح ٣

«٤» وسائل الشيعة، ج ٦، ص ١٥٦، الباب ٦ من أبواب المستحقين للزكاة، ح ٣

.....

الموصي البلوغ و العقل و الحرية فلا تنفذ وصية الصبي و إن كان مميزاً في المعروف وغيره» و هذا القول قد حكي عن السرائر و الإيضاح و شرح الارشاد لفخر الاسلام وغيرهم. لكن عن ظاهر التذكرة و اللمعة و النافع و الدروس التوقف. و عن المقنعة والمراسم و النهاية و المهذب و الغنية و كشف الرموز و الارشاد و الروض و الكفاية والمفاتيح و أبي الصلاح و أبي علي: أنه تجوز وصية من بلغ عشراً مميِّزاً في البرّ والمعروف.

و يدل على الجواز روايات:

منها: موثق عبدالرحمان بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام: «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته»[١].

و منها: صحيح أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حقٍّ جازت وصيته، و إذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حقٍّ جازت وصيته»[٢] الحديث.

و منها: غير ذلك[٣].

و هذه الروايات أخص من النصوص الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي، فتخصصها.

نعم في صحة وصيته للغرباء إشكال، لصحيح محمّد بن مسلم «قال: سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول: إنّ الغلام إذا حضره الموت فأوصى فلم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام، و لم تجز للغرباء»[٤]. فإنّ مقتضى حمل المطلق على المقيّد هو نفوذ

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٤٢٩، الباب ٤٤ من أحكام الوصايا، ح ٣

«٢» المصدر، ح ٢

«٣» المصدر، ح ٦

«٤» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٤٢٩، الباب ٤٤ من أحكام الوصايا، ح ١

.....

وصيّة الصبي لخصوص ذوي الأرحام دون غيرهم، إن لم يثبت الإعراض عن هذه الصحيحة، و إلّا فلا وجه للتقييد، بل لابدّ من الإلتزام بالاطلاق.

و هل يتبع قول الصبي في الإذن بدخول الدار أم لا؟ قال العلّامة في التذكرة: «لو فتح الصبي الباب و أذن في الدخول عن إذن أهل الدار و أوصل الهدية إلى انسان عن إذن المهدي فالأقرب الاعتماد، لتسامح السلف فيه»[1].

و لا يخفى إنّه بناءً على المنع عن نفوذ تصرفات الصبي لا وجه لاستثناء هذين الأمرين، لعدم دخولهما في المستثنى منه، لأنّ المراد بالمستثنى منه تصرفات الصبي التي تكون موضوعاً لأثر شرعي. و ليس شيء من الأمرين كذلك.أما الأوّل فلأنّ جواز الدخول في الدار بإذن الصبي إنّما هو لحصول الاطمينان بإذن أهل الدار من إذن الصبي، لا لأجل إعتبار إذن الصبي، فلو لم يحصل هذا الاطمينان من قول الصبي لم يجز الدخول كما إذا لم يحصل هذا الإطمينان من إذن البالغ أيضاً، فالمدار في جواز الدخول على الاطمينان برضا المالك بالدخول سواء حصل هذا الاطمينان من قول البالغ أم من قول الصبي.

و الحاصل: أنّ الاذن في الدخول إلى دار الغير ليس في نفسه موضوعاً لجواز الدخول.

و أمّا الثاني و هو إيصال الهدية إلى المهدىٰ إليه فليس أيضاً مرتبطاً بما نحن فيه، إذ ليس مقوماً لعقد الهبة، و لذا يتحقق بواسطة حيوان معلّم.

و بالجملة: فأمثال هذه الموارد خارجة عن العمومات المانعة عن نفوذ أمر الصبي بالتخصص لا التخصيص.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢، س ٣٠

و الحاصل:[١] أنّ مقتضىٰ ما تقدّم من الاجماع المحكي في البيع و غيره من العقود، و الأخبار المتقدمة ـ بعد إنضمام بعضها إلى بعض ـ عدمُ[٢] الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً و وكالةً، و القبض و الإقباض، و كلّ إلتزام على نفسه من ضمان أو إقرارٍ أو نذرٍ أو إيجار[٣].

و قال في التذكرة[٤]: «و كما لا يصح تصرفاته اللفظية،

---

١) هذا الحاصل راجع إلى أصل المطلب و هو سلب عبارة الصبي، مستدلاً عليه بالاجماع و النصوص، لكن لمّا لم تجتمع شرائط الحجية في كل واحد منها بالخصوص ـ لما تقدم من المناقشة الدلالية في بعض الأخبار، و كذا في إنعقاد الاجماع التعبدي ـ فلذا تصدّىٰ المصنف لإثبات مرامه بدعوىٰ التجابر و إنضمام بعضها إلى بعض.

و هذا نظير ما أفاده في بحث الاستصحاب ـ بعد قصور بعض الأخبار سنداً، كمكاتبه القاشاني، و قصور بعضها دلالة كصحاح زرارة ـ من دعوىٰ التجابر و التعاضد، ولكنه لا يخلو من شيء تعرّضنا له في موضعه»[١].

٢) خبر قوله «إنّ مقتضى».

٣) هذا التعميم مبنيّ على عدم إختصاص ما دلّ على «أنّ عمد الصبي خطأ» بالجنايات، و كون المراد به جعل العمد كالعدم، لا تنزيل العمد منزلة الخطاء.

لكن سيأتي في التعليقة خلافه، و أنّ المراد تنزيل أحد الوجوديّين منزلة الآخر في الأحكام المترتبة على المنزّل عليه، المستلزم لسلب آثار المنزّل ـ كالعمد ـ عن نفسه، فينفىٰ أثر العمد عن عمد الصبي، و يثبت له آثار الخطأ.

٤) غرضه من نقل عبارة التذكرة تأييد ما ذكره من عدم العبرة بما يصدر من الصبي من الأفعال التي يناط ترتب الأثر عليها بالقصد إلى مقتضاها. و قد تضمّنت العبارة فروعاً سيأتي توضيح كلٍّ منها.

و لا يخفىٰ أنّ المصنف نسب تمام العبارة الى التذكرة، مع أنّ المذكور فيها مقدار

«١» راجع منتهى الدراية، ج ٧، ص ٢٤٢

كذا لا يصح قبضه، و لا يفيد حصول الملك في الهبة و إن إتّهب له الولي[١]، و لا لغيره[٢] و إن أذن الموهوب له بالقبض. ولو قال[٣] مستحق الدين للمديون:

منها، و الباقي منقول عن النهاية. و ظاهر تعبيره: «قال في التذكرة» النقل عنه بلاواسطة، ولكن لم أظفر ببعض ما نقله في التذكرة.

و الأولىٰ ما حكاه عنه السيد الفقيه العاملي ﷺ بقوله: «فروع ذكرها في التذكرة و نهاية الأحكام، قال: ولو اشترىٰ الصبي و قبضَ و إستقرض و أتلف فلا ضمان عليه في الحال و لا بعد البلوغ، لأنّ التضييع من الدافع. و على الولي إسترداد الثمن، و لا يبرء البائع بالرد الى الصبي. و قال: كما لا تصح تصرفاته اللفظية ...» الى آخر ما في المتن، فراجع»[١].

١) هذا هو الفرع الأوّل، و غرض العلّامة إسقاط قبض الصبي عن الاعتبار في العقود التي يكون القبض فيها متمّماً لتأثيرها، كالهبة و بيع الصرف، و توضيحه: أنّه لو وهب شخص للصبي مالاً، أو باعه أحد النقدين و أقبضه إيّاه لم يدخل في ملك الصبي، بل هو باقٍ على ملك الواهب و البائع، سواء أكان الولي قَبِلَ الهبة أو البيع أم لا. و الوجه في عدم العبرة بقبض الصبي سقوط أفعاله القصدية عن الاعتبار.

٢) معطوف على «له» المحذوف بعد قوله: «و لا يفيد حصول الملك في الهبة» و هذا إشارة إلى الفرع الثاني، يعني: أنّه لو وهب شخص لغيره مالاً، و أذِن المتهب للصبي في أن يتسلّم له الهبة و يوصلها إلى المتهب لم يكن قبضُ الصبي جزءَ السبب المملِّك، فالعين الموهوبة باقية على ملك الواهب ما لم يقبضها المتهب بنفسه أو بواسطة وكيله البالغ، و لا فرق في عدم العبرة بقبض الصبي بين إذن وليّه في القبض و عدمه.

٣) هذا هو الفرع الثالث ممّا يتفرّع على عدم العبرة بقبض الصبي، و توضيحه أنّ زيداً لو كان مديوناً لعمروٍ منّاً من الحنطة مثلاً، فقال له الدائن: سلّم حقي إلى هذا الصبي، فسلّمَ المديون مقدارَ حقّه إلى الصبي لم يبرء المديون عن دينه، لأنّ الدين كلّي في الذمة، و لا يتعين حقّاً للدائن إلا بقبض صحيح، و المفروض أنّ قبض الصبي

«١» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٧٢

سلّم حقّي إلى هذا الصبي، فسلّم مقدار حقه إليه لم يبرء عن الدين، و بقي المقبوض على ملكه، و لا ضمان[1] على الصبي، لأنّ المالك ضيّعه حيث دفعه إليه، و بَقِيَ الدين، لأنّه[2] في الذمة، و لا يتعيّن إلّا بقبضٍ صحيح، كما لو[3] قال: إرمِ حقي في البحر، فرمىٰ مقدار حقّه. بخلاف[4] ما لو قال للمستودع: سلّم مالي إلى

كالعدم، فلا يترتب عليه ما يترتب على قبض البالغ من تعين الكلّي الذمّي في المقبوض.

ولو تلف المال بيد الصبي لم يضمنه، بل يتلف من مال المديون الذي ضيّع ماله بدفعه إلى الصبي.

و عليه فقبض الطفل لا يوجب تعيُّن الكلي الذمي في المقبوض. كما أنّ الخُمس لا يتعيّن إلّا بقبض صحيح من المستحق أو وليه أو وكيله، فلا تفرغ الذمة لو دفعه إلى مَن زعم إستحقاقه، فبان عدمه واقعاً.

و حيث إنّ الإلقاء في البحر ليس قبضاً للدين إلى الدائن ـ ما لم يرجع إلى التوكيل في القبض ثم الرمي فيه ـ فالكليّ المملوك للدائن باقٍ في ذمة المديون.

و هذا بخلاف الأمر بإلقاء عين شخصية في البحر أو تسليمها إلى الصبي، كما في الوديعة، فلو قال المودِع للمستودع: «سلّم حقّي إلى هذا الطفل» ففعل الودعي لم يكن عليه شيء، لفرض كون العين الشخصية ملكاً للمودع، من دون توقف ملكيته لها على القبض الصحيح. و لمّا كان المالك سلطاناً على ماله جاز له الإذن في إتلافه أو إقباضه من الصبي، و هذا هو الفارق بين العين الشخصية و الكلية.

١) يعني: لا ضمان على الصبي لو تلف عنده أو أتلفه. و الوجه في عدم الضمان إستناد التضييع إلى المالك الدافع مالَه إلى صبيٍّ أسقط الشارع قبضه عن الاعتبار.

٢) أي: لأنّ الدّين كلّي في ذمة المديون، و يتوقف الفراغ منه على قبض صحيح منتفٍ حسب الفرض.

٣) غرض العلامة ﷺ تنظير عدم تعيين الحق ـ بقبض الصبي ـ بالأمر بإلقاء مقدار من المال في البحر.

٤) هذا بيان الفارق بين العين الشخصيّة و الكلية، و قد عرفته آنفاً.

الصبي أو ألقِه في البحر، لأنّه إمتثل أمره في حقّه المعيّن.

ولو كانت[١] الوديعة للصبي، فسلّمها إليه ضمن و إن كان[٢] بإذن الولي، إذ ليس له[٣] تضييعها بإذن الولي.

و قال أيضاً[٤]: «لو عرض الصبي ديناراً على الناقد لينقده أو متاعاً إلى

---

١) هذا فرع رابع من فروع قبض الصبي. و توضيحه: أنّ وليّ الطفل لو جعل مال الصبي وديعةً عند شخصٍ، ثم قال له: سلّمه إلى الصبي، ففعل الودعي، كان ضامناً، لأنّ قبضه بمنزلة العدم، فإقباضه إيّاه تضييع للمال. و لا عبرة بإذن الولي في التسليم المضيِّع، لأنّ وظيفة الولي حفظ مال المولّىٰ عليه و مراعاة مصلحته، و دفع المال إلى الصبي خلاف مصلحته، لأنّه في معرض الخطر و التلف، فالدفع إلى الصبي كالأمر بإلقاء ماله في البحر في ترتب الضمان عليه.

٢) أي: و إن كان تسليم الوديعة إلى الصبي بإذن الولي.

٣) أي: ليس للودعي تضييع الوديعة و إن كان الولي أذِنَ له في التضييع.

٤) أي: قال العلّامة. و هذا فرع خامس من فروع قبض الصبي، و توضيحه: أنّه لو عرض الصبي ديناراً على صرّاف ليصرفه دراهم، لم يجز للصرّاف ردّ الدينار أو الدراهم إلى الصبي، بل يجب الرد إلى الولي، لكون قبض الطفل كلا قبض.

نعم لو أمره الولي بالدفع إلى الصبي فأقبضه الصرّافُ، فإن كان الدينارُ للولي برىء الصرّاف بالإقباض إلى الطفل، لكونه مالاً متعيّناً أذِن مالكه له بدفعه إلى الصبي، كما لو أذن بإلقائه في البحر أو إحراقه. و إن كان الدينار للصبي لم يجز للصرّاف دفعه إليه إعتماداً على إذن وليّه، لما تقدم في الفرع الرابع من إعتبار رعاية صلاح المولّىٰ عليه، و لا مصلحة في إقباض المال إلى الصبي، لكونه في عُرضة التلف والضياع.

و كذا الحال لو عرض الصبي متاعاً على مقوِّمٍ لتعيين سعره، فأخذه المقوِّم، فلا يجوز ردُّه إلى الصبي، على نحو ما تقدّم في الدينار.

مقوّم ليقوّمه، فأخذه لم يجز[١] له ردُّه إلى الصبي، بل إلى وليِّه[٢] إن كان، فلو أمره[٣] الولي بالدفع إليه فدفعه إليه برىء من ضمانه إن كان المال للولي، و إن كان للصبي فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر، فإنّه يلزمه[٤] ضمانه.

و اذا[٥] تبايع الصبيان و تقابضا، و أتلف كلٌّ واحدٍ منهما ما قبضه، فإنْ جرىٰ بإذن الوليين فالضمان عليهما، و إلّا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيين»[١] و يأتي في باب الحجر تمام الكلام»[١]

«ولو فتح[٦] الصبي الباب و أذن في الدخول على أهل الدار، و أدخل الهدية إلى إنسانٍ عن إذن المُهدي فالأقرب الاعتماد، لتسامح السلف فيه»[٢] إنتهى كلامه رفع مقامه.

---

١) أي: لم يجز للناقد أو المقوّم.

٢) المراد به الأب و الجد، و إلّا فالولي العام و هو الحاكم الشرعي موجود على كل حال.

٣) أي: فلو أمر الوليُّ الناقدَ أو المقوّمَ بالدفع إلى الصبي برىء الناقدُ أو المقوّمُ من الضمان إن كان المال للوليّ، و إلّا فلا.

٤) أي: يلزم المُلقي ـ و هو الناقد أو المقوّم ـ ضمان مال الصبي، و ضمير «فانه» للشأن.

٥) هذا فرع سادس، و توضيحه: أنّه إذا تبايع صبيّان، و قبض المشتري المبيع، و البائع الثمن، و أتلف كل منهما ما قبضه، فإن كان البيعُ و الشراء بإذن الوليين كانا ضامنين، لإذنهما في القبض المضمّن المنتهي إلى الإتلاف. و إن كان بدون إذنهما كان الضمان على الصبيّين، لقاعدة الإتلاف الموجب لضمان المتلِف و إن كان صبيّاً. و ليس هنا إذنٌ من الولي يرفع الضمان عن الصبيين.

٦) هذا فرع سابع، و هو مخالف لما تقدّم من إسقاط أقوال الصبي و أفعاله عن

«١» هذه العبارة للسيد العاملي، لا من العلامة في التذكرة و نهاية الاحكام.

«٢» نهاية الاحكام، ج ٢، ص ٤٥٤

ثم إنّه ظهر مما ذكرنا[1] أنّه لا فرق في معاملة الصبي بين أن يكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة، لما عرفت من عموم النص و الفتوىٰ، حتّى[2] أنّ

الاعتبار. و غرضه قيام السيرة على الإعتماد المزبور، فبالسيرة المتشرعية يثبت ما قامت عليه السيرة من الإذن في الدخول على أهل الدار و إدخال الهدية الى المُهدىٰ له بإذن مُهديها»[1].

هذا تمام كلام في الاستدلال لمذهب المشهور من بطلان إنشاء الصبي و سلب عبارته، و سيأتي الكلام في ردّ بعض الأقوال في المسألة.

بعض الاقوال الاخرى في المسألة

١ ـ التفصيل في معاملة الصبي بين الخطير و الحقير

١) من قوله قبل أسطر: «و الحاصل: أنّ مقتضى ما تقدم من الاجماع المحكي في البيع و غيره من العقود، و الأخبار المتقدّمة ... الخ» فإنّ مقتضى ذلك، عدم الفرق في المنع عن معاملات الصبي بين المحقرات و غيرها، لشمول إطلاق تلك الأدلة للمحقّر و غيره، لعدم تقييد مثل «عدم جواز الأمر، و رفع القلم و كون عمده كلا عمد، بل والاجماع أيضاً» بالأموال الخطيرة.

و هذا تمهيد لردّ جملةٍ من الأقوال في المسألة كقول المحدّث الكاشاني من التفصيل بين المحقرات و غيرها، و تفصيل صاحب الرياض بين إستقلال الصبي في المعاملة، فتبطل و بين آليّته لمعاملات الوليّ فيصحّ، و يترتّب الملك عليه، و قول الشيخ الفقيه كاشف الغطاء بترتّب الإباحة على معاملة الأطفال المأذونين، دون الملك، و سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

٢) لمّا كان ظاهر فعل أبي الدرداء نفوذ بيع الصبي للأشياء الحقيرة كالعصفور، و كان موافقاً لدعوىٰ المحدّث الكاشاني، تصدّى المصنف لردّه بما أفاده العلّامة ﷺ من وجوه ثلاثة:

«١» هذا الفرع مذكور فى التذكرة، ج ١، ص ٤٦٤، س ٣٠ و فى نهاية الاحكام، ج ٢، ص ٤٥٤

العلّامة في التذكرة لمّا ذكر حكاية ـ أنّ أبا الدرداء إشترىٰ عصفوراً من صبيّ فأرسله ـ ردّها[١] بعدمِ الثبوت و عدم الحجية، و توجيهِه[٢] بما يخرجه عن محل الكلام.

و به[٣] يظهر ضعف ما عن المحدّث الكاشاني من: «أنّ الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعاً للحرج» إنتهىٰ"[١]، فإنّ

الأوّل: عدم ثبوت أصل القضية، لضعف السند.

الثاني: أنّ شراء أبي الدرداء ليس حجة شرعاً، لأنّه ليس من السنة التي هي قول المعصوم عليه السلام و فعله و تقريره.

الثالث: توجيه الواقعة بما يُخرجه عن البيع الجدّي من الصبي، و ذلك لاحتمال علمه بعدم مالكية الصبي للعصفور، فاشتراه أبو الدرداء منه ليستنقذه، و من المعلوم توقف البيع على مالكيّة البائع للمبيع، أو الوكالة عنه أو الولاية عليه، فمع العلم بعدم مالكيته و نحوها له لم تُنشأ المعاملة الجدّية. و عليه فإعطاء الثمن للصبي ليس إلّا مقدمة لإرسال العصفور و إستنقاذه، هذا.

و لا يخفى أنّ العلّامة إقتصر علىٰ وجهين، و لم يتعرض لضعف السند و عدم ثبوت القضية، فقال في ردّ المالكية: «و فعلُه ـ أي فعل أبي الدرداء ـ ليس حجة. و جاز أن يكون قد عرف أنّه ليس ملكاً للصبي، فاستنقذه منه»"[٢].

١) جواب «لمّا» الظرفيّة، و ضمير «ردّها» راجع الى «حكاية».

٢) بالجرّ معطوف على «عدم» و هذا موهِن ثالث لصحة بيع الصبي للشيء الحقير. و قد عرفت أنه فى عبارة التذكرة موهن ثانٍ لا ثالث.

٣) أي: بما تقدم من قوله: «و الحاصل: أنّ مقتضىٰ ما تقدم من الاجماع المحكي... الخ» و غرضه منع مستند المحدث الكاشاني، و هو قاعدة نفي الحرج،

«١» مفاتيح الشرائع، ج ٢، ص ٤٦ و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٧٠

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٨٠، س ٢٤

الحرج ممنوع، سواء أراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقّرات، و إلتزام مباشرة البالغين لشرائها، أم أراد أنّه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الأشياء الحقيرة.

ثم لو أراد إستقلاله في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون حاصله أنّه غير محجور عليه في الأشياء اليسيرة فالظاهر[1] كونه مخالفاً للاجماع.

بتقريب: أنّ الحكم بفساد معاملة الصبيان في المحقرات يستلزم الحرج على البالغين إذا باشروا شراء جميع ما يحتاجون إليه كالخضراوات و البيضة و نحوها، و لما كانت القاعدة حاكمة على إطلاق الأدلة القاضية بسلب عبارة الصبي فلذا يختص المنع بالأمور الخطيرة، هذا.

و قد ناقش المصنف ﷺ فيه بمنع الحرج صغروياً، سواء أريد لزوم الحرج في طرف المشتري بأن يقع الأولياء في العُسر لو تصدّوا لشراء جميع ما يحتاجون إليه حتى المحقّرات. أم أُريد لزومه في طرف البائع، كاعتياد أرباب الدكاكين تفويض بيع الأشياء اليسيرة إلى الأطفال، فالحكم بفساد معاملتهم حرج علىٰ البائعين.

فالحقُّ أنّه لا حرج في شيءٍ من المقامين.

هذا لو كان نظر المحدث الكاشاني إلى جواز معاملة الصبيان في المحقّرات بإذن أوليائهم، مستنداً إلى نفي الحرج، و قد عرفت عدم لزومه.

ولو كان مقصوده إثبات إستقلالهم في بيع المحقّرات و شرائها بأموالهم ـ من دون مراجعة أوليائهم ـ فهو ممنوع جدّاً، لمخالفته للاجماع، إذ القدر المتيقن منه عدم إستقلالهم في المعاملة بأموالهم، للحجر. فيبعد إلتزام المحدث الفيض بتجويز معاملتهم في المحقّرات بالاستقلال لمجرّد الحرج، هذا.

١) جواب قوله: «لو أراد» و قد عرفته آنفاً.

و أمّا[1] ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: و نهى النبي صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الصغير الذي لا يُحسِن صناعةً بيده» معلّلا

---

١) غرضه قدس سره توجيه رواية السكوني بما لا يدلّ على نفوذ معاملة الصبي. أمّا تقريب دلالتها على وجود المقتضي للصحة في معاملاته فبوجوه تستفاد من فقرات ثلاث:

الأُولىٰ: الحكم بالكراهة المدلول عليها بنهيه صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الذي لا يُحسن صناعةً، على ما عليه المشهور، بلحاظ إحتمال سرقته، و هذا كالنهي التنزيهي في صدر الرواية عن كسب الإماء معلّلا «بأنّها إن لم تجد زنت» مع أنّه لا ريب في نفوذ معاملتها، فليس ما اكتسبتها محرّماً بقول مطلق. و من المعلوم أنّ كراهة التصرف تدل على إقتضاء معاملة الصبي للصحة، إذ لو كان التصرف في ما اكتسبه حراماً كانت الرواية دليلاً على عدم نفوذ معاملته و بقاء مكسوبه على ملك مَن تعامل مع الصبي، فعدم تحريم التصرف في ما اكتسبه شاهد على كون الصبي مالكاً لما اكتسبه.

و الوجه في عدم التحريم كون إحتمال السرقة شبهةً موضوعية بدوية بالنسبة إلى ما بيد الغلام، و هي مجرى قاعدة الحل.

الثانية: تقييد موضوع الكراهة بقوله صلى الله عليه وآله: «من لا يحسن صناعة بيده» فإنّ التقييد كاشف عن عدم فساد معاملة الغلام من أصلها، فلو كان إنشاؤه لغواً شرعاً وساقطاً من أصله لغا تقييد موضوع الكراهة بعدم عرفان صناعةٍ، لفرض حرمة التصرف في ما اكتسبه مطلقاً سواء أحسن صناعةً أم لم يُحسنها.

الثالثة: تعليلُ النهي عن الكسب «بأنّه ان لم يجد سرق» و تقريبه: أنّ العلم بسرقة ما بيد الغلام في رتبة المانع عن التصرف في ما اكتسبه، و من المعلوم أنّ تعليل النهي بوجود المانع فرع تمامية المقتضي لمالكيّته لما إكتسبه، فلو لم يكن كسبه نافذاً حرم التصرف فيه حتى مع العلم بعدم سرقته. و عليه فالتعليل المزبور دالّ علىٰ مشروعية كسب الغلام بالبيع و الشراء و الإجارة و الصلح و نحوها. و هذا ينافي

.....

مختار المشهور من بطلان عقد الصبي.

وقد دفع المصنف هذا الاستدلال بأجنبية الرواية عن المقام ـ و هو نفوذ معاملة الصبي ـ و بيانه: أنّ الكسب المنهي عنه تنزيهاً إن أُريد به معناه المصدري من بيعٍ و شراءٍ و تجارةٍ و نحوها من أنحاء تحصيل المال كانت الرواية حجة على نفوذ معاملته، للوجوه الثلاثة المتقدمة. و إن أُريد به معناه الإسمي أي مكسوب الغلام ـ و ما وَقَع بيده ـ لم تنفع الرواية لإثبات صحة إنشاءاته.

و ظاهر التعليل لأنه «إن لم يجد سرق» إرادة الكسب بمعناه الاسمي أي ما حصّله بأحد الأنحاء، فالتصرف في المال الواقع تحت يد الغلام محكوم بالكراهة، لاحتمال سرقته.

و بناءً على إرادة الكسب بمعنى المكسوب ـ لا المعنىٰ المصدري ـ نقول: بأنّه لم يفرض في الرواية كراهةُ معاملة الصبي حتى يستكشف نفوذها و صحتها، بل المهم الحزازة في التصرف في ما بيد الغلام، سواء حصّله بدون معاملةٍ كالإلتقاط المترتّب عليه الملكية حتى بدون إعتبار قصد التملُّك بفعله، كي يقال: بعدم إعتبار قصده شرعاً.

و كذا لو حصّله بحيازة مباح كالصيد.

أو صار مالكاً لما بيده بمعاملة صحيحةٍ من الولي، كما اذا آجر الغلامَ لعملٍ محترم، فإنّ الأُجرة المسماة ملك الأجير.

أو صار مالكاً لأُجرة المثل كما إذا آجره الولي بإجارة فاسدة إخ تلّ بعض شرائط الصحة فيها. أو آجر الصبيُّ نفسَه لعملٍ محترمٍ، أو أمره شخصٌ بعمل كذلك، فإنّ الصبي يملك أُجرة المثل في هذه الموارد الثلاثة، و هذه الاجرة هي كسبه الذي يكره التصرف فيه.

و على كلّ حال فجواز التصرف في هذه الموارد لا يكشف عن نفوذ معاملة الصبي بما هو صبي. فالرواية قاصرة عن إثبات مقصود المستدل، هذا.

«بأنّه إن لم يجد سرق» فمحمول[١] على عوض كسبه من إلتقاط أو أُجرةٍ عن إجارة أوقعها الوليُّ أو الصبي[٢] بغير إذن الولي، أو عن[٣] عملٍ أُمر به من دون إجارة، فأعطاه المستأجر أو الآمر أُجرة المثل، فإنّ هذه[٤] كلّها مما يملكه الصبي[٥]. لكن يستحب للولي و غيره إجتنابها اذا لم يعلم صدق دعوىٰ الصبي فيها[٦]، لاحتمال[٧] كونها من الوجوه المحرّمة[٨]. نظير رجحان الاجتناب عن

---

١) جواب قوله: «و أمّا ما ورد» و قد عرفت عدم ظهور النهي عن كسب الغلام في الكسب بمعناه المصدري أي المعاملة، بل المراد معناه الاسمي ـ بقرينة التعليل ـ و هو المال الحاصل في يده، ولو لم يتوقف حصوله فيها على مباشرة الصبي للبيع و الشراء و الإجارة.

٢) إذا آجر الصبيُ نفسه للغير كانت إجارته فاسدة، و لا يستحق الأُجرة المسماة، ولكنه يستحق أُجرة المثل.

٣) كما إذا أمر شخصٌ صبيّاً بعمل محترم كحلق رأسه، ففعل، فله أُجرة المثل لئلّا يضيع عمل العامل.

٤) المشار إليه هو المذكورات من عوض الإلتقاط و الأُجرة المسماة و أُجرة المثل.

٥) يعني: مع فرض عدم نفوذ معاملة الصبي، فجواز التصرف في هذه الموارد لا يدلّ علىٰ نفوذ تصرفات الصبي.

٦) هذا الضمير و ضمير «إجتنابها» راجعان إلى المذكورات من الأُجور و عوض الإلتقاط.

٧) تعليلٌ لاستحباب الاجتناب عن الأموال التي إكتسبها الصبيُّ بأُجرةٍ و نحوها.

٨) كالسرقة المذكورة في الرواية.

أموال غيره ممّن لا يبالي بالمحرمات[١].

و كيف كان[٢] فالقول المذكور في غاية الضعف.

نعم[٣] ربّما صحّح سيدُ مشايخنا في الرياض هذه المعاملات إذا كان الصبيُّ

---

١) يعني: مع احتمال وجود الحرام فيه بإحتمالٍ غير منجّز، و إلّا فمع العلم بالحرام يجب الإجتناب عنه.

٢) يعني: سواء تمّ حملُ رواية السكوني على ما إكتسبه الصبي بأُجرةٍ و حيازةِ مباحٍ و نحوهما، أم لم يتم، فالتفصيل ـ بين الأشياء اليسيرة بصحة معاملة الصبي فيها، و بين الخطيرة بعدم الجواز ـ في غاية الضعف.

ثم لا يخفىٰ أنّ ذِكر رواية السكوني هنا ظاهر في كونها من جملة أدلة المحدث الكاشاني على نفوذ معاملة الصبي في المحقرات. مع أنّها أجنبية عن التفصيل بين الأشياء الخطيرة و الحقيرة. فإنْ تمّت دلالتها بأحد الوجوه الثلاثة كانت حجة على صحة معاملة الغلام و تملكه لما يكتسبه قليلاً أو كثيراً. و إن لم تتم لم تصلح لإثبات جواز إكتسابه القليل أيضاً، فلاحظ.

٢ ـ التفصيل بين استقلال الصبي و آليّته

٣) بعد أن أبطل تصرفات الصبي من حيث كونها تصرفاً أراد تصحيحها بغير عنوان التصرف الموضوع للأثر الشرعي، و حاصل ما أفاداه في الرياض و مفتاح الكرامة: أنّ الصبي يكون آلةً لمن يصحّ له التصرف من البالغ العاقل، لا أن يكون أحد طرفي المعاملة، فتقع المعاملة بين البالغين العاقلين، و يكون الصبي كالحيوان الموصِل لأحد العوضين إلى من إنتقل إليه المال.

قال في الرياض ـ بعد ما استدل بالنصوص المتقدمة على عدم جواز تصرف الصبي ـ ما لفظه: «نعم الأظهر جوازه في ما كان فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهلية، لتداوله في الأعصار و الأمصار السابقة و اللاحقة من غير نكير، بحيث يعدّ مثله إجماعاً من

بمنزلة الآلة لِـمَن له أهلية التصرف «من جهة إستقرار السيرة[١] و إستمرارها على ذلك».

و فيه إشكال[٢] من جهة قوّة إحتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين كما في سِيَرهم الفاسدة[٣].

المسلمين كافّة. لكن ينبغي تخصيصه بما هو المعتاد في أمثال هذه الأزمنة، فإنّه الذي يمكن فيه دعوىٰ إتفاق الأُمة»[١].

و ظاهره قابلية الصبي المأذون للإنشاء، إعتماداً على السيرة التي لابدّ من إختصاصها بما هو المعتاد، فلا سبيل لآليته في الأشياء الخطيرة، هذا.

و الفرق بين كلامي الرياض و المفاتيح هو: أن المحدث الكاشاني يرىٰ نفوذ معاملة الصبي في المحقرات، و ظاهره إستقلاله في التصرف دفعاً للحرج المنفي في الشريعة المقدسة، و صاحب الرياض يرىٰ نفوذه لا من جهة إستقلاله، بل لآليّته للولي.

١) لمّا كانت دليلية السيرة ـ بعد تحققها أوّلاً ـ منوطة بإمضائها شرعاً فلذا إدّعىٰ سيّدُ الرياض إستقرارها، و إستمرارها إلى عصر المعصوم عليه السلام لإحراز الإمضاء ولو بعدم الردع.

٢) أورد المصنفُ على صاحب الرياض بوجهين:

أحدهما: عدم إعتبار سيرة المسلمين هنا، لقوة إحتمال كونها حادثةً و صادرةً ممّن يتساهل بأحكام الشرع. و مثلُها لا يصلح لتقييد إطلاق الأدلة المانعة عن معاملة الصبي.

و ثانيهما: أنّ عنوان «ما جرتْ به العادة» إحالة على المجهول، لعدم كونه منضبطاً في نفسه، بل يختلف بحسب أعمار الأطفال كما سيأتي مثاله في المتن.

٣) كسِيرَ المسلمين قديماً و حديثاً على إرتكاب كثيرٍ من المناهي و إشاعتها

«١» رياض المسائل، ج ١، ص ٥١١ ؛ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٧١

و يؤيّد ذلك[1] ما يُرىٰ من إستمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميِّزين و غيرهم، و لا بينهم و بين المجانين، و لا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال ـ بحيث لا يعلم الولي أصلا ـ و معاملتهم[2] لأوليائهم على سبيل

كالقمار و الرُّشىٰ و حلق اللحىٰ و الكذب و الغيبة و نحوها، فهل تكون هذه ممضاةً حتى تعدّ حجة على الحكم الشرعي؟

١) أي: و يؤيد كونَ السيرة ناشئة من عدم المبالاة في الدين.وجهُ التأييد: أنّ سيرة المسلمين إستمرّت على أُمورٍ لا سبيل للالتزام بها.

منها: التعويل على معاملة الصبيان، سواء بلغوا حدّ التميز أم لا.

و منها: التسوية بين الأطفال و بين المجانين في الاعتماد على معاملاتهم.

و منها: الاعتماد على معاملة الأطفال سواء عاملوا بأموال أنفسهم ـ أي مستقلاً ـ بحيث لا يعلم أولياؤهم بما يفعلون، أم عاملوا للأولياء، بأن كان الصبيانُ آلاتٍ لهم.

مع أنّه لا شك في سقوط هذه السِيَر العملية عن الاعتبار شرعاً، إذ لا أقل من حجر المجنون و الصبي، فكيف يستقل كل منهما في التصرف؟

و الظاهر أن الوجه في جعل هذه السيرة الفاسدة مؤيِّدة لا حجةً هو: أنّ الغرض إسقاط السيرة التي إعتمدها السيِّدان الجليلان صاحبا الرياض و المفتاح. و يكفي في وهنها قوة إحتمال صدورها من أهل التسامح بأحكام الشرع. و أمّا سيرتهم علىٰ تسوية المجنون و الطفل و نحوهما فهي و إن كانت فاسدة قطعاً، إلّا أنّه لا تلازم بين وهن هذه و بين وهن سيرتهم على قبول معاملة الصبي فيما جرت به العادة بشرط كونه آلةً للولي، فيمكن التفكيك بحجّيّة إحدىٰ السيرتين دون الأُخرىٰ. نعم لا بأس بالتأييد من جهة المماثلة.

٢) بالجر معطوف على «بين معاملتهم» يعني: استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال، و بين معاملتهم لأوليائهم على نحو الآلية.

الآلية. مع أنّ هذا[١] مما لا ينبغي الشك في فساده،خصوصاً الأخير[٢].

مع[٣] أنّ الإحالة على «ما جرت العادة به» كالإحالة على المجهول، فإنّ الّذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كلّ صبي ماهر [ما هو] فطن فيه، بحيث لا يغلب في المساومة عليه، فيكلون الى من بلغ ست سنين شراء باقة بقل، أو بيع بيضة دجاج بفلس، و إلى مَن بَلَغَ ثمانية سنين إشتراء اللحم و الخبز و نحوهما. و إلى مَن بلغ أربعة عشر سنة شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكلون إليه أُمور التجارة في الأسواق و البلدان. و لا يفرّقون بينه و بين من أكمل خمسة عشر سنة. و لا يكلون إليه شراء مثل القرىٰ و البساتين و بيعها إلّا بعد

---

١) يعني: التعميم المزبور ممّا لا ينبغي الشك في فساده.

٢) و هو عدم الفرق بين معاملتهم بالاستقلال لأنفسهم و لأوليائهم على سبيل الآلية.

٣) هذا إشكال آخر على صاحب الرياض، و هو أنّه لو سُلِّم إعتبار السيرة قلنا إن عنوان «ما جرت به العادة» مجهول الحدّ، إذ لم تجرِ العادة على معاملة الصبيان مبلغاً معيّناً بحيث لا يتجاوزونه إلى أزيد منه، لاختلافهم في المقدار بحسب أعمارهم وفطانتهم، فالأولياء يهمّهم عدم غبن الأطفال في المعاملة، فربّما يكون ما جرت به العادة بالنسبة إلى أبناء ست سنين شراء باقةٍ من الخضراوات بثمن بخسٍ، أو شراء بيضة دجاج، و بالنسبة إلى أبناء ثمان سنين شراء أقراص خبزٍ أو قليل من اللحم، وبالنسبة إلى المراهقين و أبناء أربعة عشر سنة شراء الثياب و الحيوان و نحوهما ممّا يبلغ ثمنه دنانير.

و حينئذٍ نسأل صاحب الرياض ما المراد بـ«ما جرت به العادة» فإنّ هذه الموارد كلّها مما جرت به العادة، كُلٌّ منها بحسب عُمر الصبي. فإمّا أن يلتزم بالتفصيل بين سنيّ الأطفال، و هو بعيد. و إمّا أن يقتصر علىٰ عنوان «ما جرت به العادة» و هو مجهول.

أن يحصل له التجارب. و لا أظنّ أنّ القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل[١].

و كيف كان فالظاهر أنّ هذا القول[٢] أيضاً مخالف لما يظهر منهم.

و قد عرفت[٣] حكم العلامة في التذكرة بعدم جواز ردِّ المال الى الصبي إذا دفعه إلى الناقد لينقده، أو المتاع الذي دفعه إلىٰ المقوِّم ليقوِّمه، مع كونه غالباً في هذه المقامات بمنزلة الآلة للوليّ، و كذا حكمه بالمنع من ردِّ مال الطفل إليه بإذن الولي، مع أنّه بمنزلة الآلة في ذلك غالباً.

و قال كاشف الغطاء ﷺ[٤] ـ بعد المنع عن صحة عقد الصبي أصالةً

---

١) يعني: فإذا لم يلتزم بهذا التفصيل فلابدّ من إرادة ما جرت السيرة و العادة عليه في الجملة، و هو الإحالة على المجهول.

٢) أي: قول صاحبي الرياض و مفتاح الكرامة ـ بنفوذ تصرفات الصبي إذا كان آلة لمن له أهلية التصرف ـ مخالف للمشهور، كمخالفة قول المحدث الكاشاني له.

٣) غرضه التنبيه على أنّ تصحيح معاملات الصبي فيما إذا كان آلةً خلاف ظاهر كلماتهم من عدم نفوذ معاملاته و أفعاله، حيث إنّ العلّامة ﷺ ذَكَر منعَ تصرفه ـ في المال ـ في موارد يكون فعل الطفل فيها كالآلة للولي، و هذا يكشف عن عدم كون الصبي كالآلة.

٣ ـ إفادة معاملة الصبي لاباحة التصرف

٤) غرضه من نقل كلام كاشف الغطاء ﷺ أنه كالمشهور التزم بعدم صحة معاملة الصبي بحيث يكون أحدَ طرفي العقد إيجاباً أو قبولاً، لكن إلتزم بإباحة التصرف في معاملة الصبي إذا ثبت إذن الأولياء للصبيان في إعطاء المتاع للمشتري، و الاذن له في التصرفات، فيكون الآخذ موجباً للمعاملة من طرف ولي الصبي و قابلاً لنفسه.

وكالةً ـ ما لفظه: «نعم ثبت الإباحة في معاملة المميِّزين إذا جلسوا مقام أوليائهم أو تظاهروا علىٰ رؤوس الأشهاد حتىٰ يُظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء، خصوصاً في المحقرات» ثم قال: «ولو قيل بتملك الآخذ[1] منهم، لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات[2] فيكون موجباً قابلاً لم يكن بعيداً»[1] إنتهىٰ.

أمّا التصرف[3] و المعاملة بإذن الأولياء سواء كان على وجه

و هذا قول ثالث ـ مما عدا المشهور ـ في المسألة، و قد نفىٰ البُعد في آخر كلامه عن حصول الملك لمن يتعامل مع الصبي، بالشرطين المزبورين،و هما التمييز، فلا عبرة بآليّة الطفل غير المميِّز. و العلم أو الظن بإذن الولي، فالمبيح للمأخوذ من الصبي هو الوليّ الآذِن في المعاملة، لا نفس الصبي المنشِيء لها بالقول أو بالمعاطاة.

١) يعني: أنّ الآخِذ من الصبي مأذون من قِبَل الولي في التصرف في المأخوذ بأنحاء التصرفات، الّتي منها الوكالة عن الولي في إيجاب البيع، ثم قبوله أصالةً لنفسه. وبناءً على هذا لا شأن للصبي في المعاملة أصلاً، و إنّما يكون جلوسه مقام وليّه كاشفاً محضاً عن إذنه العام لمن يشتري من الصبي و يأخذ منه. و لا ريب في إقتضاء هذا الإذن العام للملك لا للإباحة المجرّدة، غايته إستكشاف التوكيل بالعلم أو الظن الحاصل من جلوس الأطفال، و لا ضير فيه.

٢) يعني: حتى التصرف التملُّكي بعوضٍ يدفعه إلى الصبي ليسلِّمه إلى وليّه.

٣) إعترض المصنفُ على قول كاشف الغطاء ﷺ: «نعم ثبت الاباحة في معاملة المميزين ...» بما حاصله: أنّ الإباحة إمّا تحصل بنفس إنشاء الصبي ـ قولاً أو فعلاً علىٰ نحو الموضوعية، و إمّا تحصل به على نحو الطريقية و الكشف عن إذن الولي.

و الأوّل خلاف المشهور، بل ادّعىٰ العلّامة الاجماع على حجر الصبي عن كل تصرُّفٍ عدا أُمور معيّنة. و لا فرق في مخالفته للمشهور بين القول باعتبار شرائط

«١» كشف الغطاء، ص ٥٠. أفاده في شرطية البلوغ مما تعرض له في المقصد الثاني الذي عنوانه «في القواعد المشتركة بين المطالب الفقهية» قبل التعرض لشرطية العقل بسطرين.

البيع أو المعاطاة فهو الذي قد عرفت أنّه خلاف المشهور و المعروف، حتىٰ لو قلنا بعدم إشتراط شروط البيع في المعاطاة، لأنّها[١] تصرُّفٌ لا محالة و إن لم يكن بيعاً، بل و لا معاوضة[٢].

و إن أراد بذلك: أنّ إذن الولي و رضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للإباحة ـ لا نفس المعاملة كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعارة الصبي ـ فتوضيحه[٣] ما ذكره بعض المحققين من تلامذته و هو: أنّه لمّا كان[٤] بناءُ المعاطاة

البيع اللفظي في ترتب الاباحة على المعاطاة، و بين القول بعدم الاعتبار. وجه عدم الفرق أن إنشاء الصبي و معاملته المفيدة للإباحة تصرُّفٌ في المال، و هو محجور عنه حسب الفرض.

و الثاني ـ و هو كشف إنشاء الصبي عن إذن وليّه ـ منوط بمقدماتٍ ذكرها المحقق الشوشتري في توضيح نظر أُستاذه كاشف الغطاء ﷺ، و ستأتي.

و لا يخفىٰ أنّ الأولىٰ أن يقال ـ بدل قوله: أمّا التصرف و المعاملة بإذن الأولياء ـ «ان أراد بذلك أي ثبوت الإباحة في معاملة المميِّزين» لأنّه في مقابل قوله بعد ذلك: «و إن أراد بذلك أنّ إذن الولي ... الخ» فالمقابلة تقتضي أن تكون العبارة على النحو المذكور.

١) تعليل للتعميم المتقدّم بقوله: «حتى لو قلنا» و تقدم بيانه آنفاً.

٢) وجه عدم كون المعاطاة المبيحة معاوضةً هو إعتبار المبادلة الملكية أو الحقيّة في مفهوم المعاوضة، فالإباحة المجرّدة عن الملك ليست معاوضةً، ولكن التصرف صادق عليها، و المفروض حجر الصبي عن مطلق التصرف.

٣) جزاء قوله: «و إن أراد بذلك» و هذا شروع في نقل كلام المقابس بطوله.

٤) يعني: أنّ الإباحة تتوقّف على مقدمات أربع:

الأُولىٰ: عدم توقف صدق المعاطاة على التعاطي من طرفين و لا من طرف واحد، بل يكفي حصول المراضاة بتصرف كل منهما في مال الآخر، كما يقال في مثل

على حصول المراضاة كيف إتّفق، و كانت[١] مفيدةً لإباحة التصرف خاصة كما هو المشهور، وجرت[٢] عادة الناس بالتساهل في الأشياء اليسيرة، و الرّضا[٣] باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات[٤] المفيدة للظنّ بالرضا في المعاوضات، وكان[٥] الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعيّنَ[٦]

وضع الفلس في موضعٍ أعدّه صاحب آنية الماء، و أخذ إناءٍ منها. و قد تقدم تفصيل ذلك في ثاني تنبيهات المعاطاة، فراجع«١».

١) معطوف على «كان» في ـ لمّا كان ـ و هذه مقدمة ثانية، و هي إفادة المعاطاة للإباحة كما عليه المشهور، دون الملك حتى المتزلزل.

٢) معطوف على «كان» و هذه مقدمة ثالثة، و هي: جريان عادة الناس على التساهل في معاملة المحقّرات، و الإقتصار على الأمارة المفيدة للظن برضا المالك بالتصرف، و لا يتحرّون القطع برضاه، و من تلك الأمارات جلوسُ الصبي موضع وليّه في معاملة الأشياء الرخيصة.

٣) بالجر تقديراً بالعطف على «التساهل» و قوله: «باعتماد» متعلق بـ «الرضا».

٤) هذا و قوله: «في التصرف» متعلقان بـ «اعتماد» يعني: جرت عادةُ الناس برضاهم بأن يعتمد غيرُهم في التصرف في أموالهم على ما يفيد الظن بالرضا في المعاوضات فيها.

٥) معطوف علىٰ «كان» في «لمّا كان» و هذه مقدمة رابعة، و حاصلها: أنّ الأموال الحقيرة ـ التي يعتمد في معرفة قيمتها غالباً على إخبار الصبيان ـ إمّا أن تكون أسعارُها معيّنةً بالدقة، و إمّا أن يكون الإختلاف فيها بما يتسامح به عادةً، فلا يصير الصبي مغبوناً في المعاملة.

٦) خبر قوله: «و كان الغالب» يعني: و مع هذه الغلبة الموجبة لتعيُّن القيمة لا حاجة إلى المساومة.

«١» الجزء الثاني من هذا الشرح، ص ٥٣ و ٣٠٢

القيمة أو الاختلاف الذي يتسامح به في العادة، فلأجل[١] ذلك صحّ القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع و الشراء مع الشروط المذكورة[٢]. كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار و في إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق. بل ما ذكرنا[٣] أولىٰ بالجواز من الهدية من وجوهٍ[٤]، و قد إستند فيه[٥] في التذكرة إلى تسامح السلف.

و بالجملة: فالاعتماد في الحقيقة[٦] على الاذن المستفاد من حال المالك في

---

١) جواب قوله: «لمّا كان بناء المعاطاة» و قوله: «ذلك» إشارة إلى المقدمات الأربع المتقدمة آنفاً.

٢) المذكور في عبارة كاشف الغطاء أمران، أحدهما التمييز، و الآخر الجلوس مقام الأولياء. ولو فُرِض شرطٌ ثالث فهو حقارة الأشياء التي عبّر عنها بـ«خصوصاً» و الأمر سهل.

٣) أي: الاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع و الشراء ـ مع الشروط المذكورة ـ أولىٰ بالجواز من الاعتماد على إيصال الصبي للهدية من وليّه إلى المهدىٰ إليه.

٤) الأوّل: تخصيص المال في المقام باليسير، و تعميمه في الهدية له و للخطير على ما يقتضيه إطلاق كلامهم.

الثاني: وجود الأمارات المفيدة للظن بالإذن مثل الجلوس في الدكان، و المعاملة بمرأى و مسمعٍ من الناس هنا، دون الهدية.

الثالث: انّ المقام من باب الاباحة، و الهديّة من باب التمليك، و يتسامح في الأوّل بما لا يتسامح به في الثاني.

الرابع: أنّ المقام فيه العوض، بخلاف الهدية.

٥) أي: في الحكم بإباحة المال المأخوذ في معاملات المميِّزين.

٦) في معاملات الصبيان.

الأخذ و الإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه[١] صحيح التصرف، لا على[٢] قول الصبي و معاملته من حيث إنّه كذلك[٣]. و كثيراً[٤] ما يعتمد الناس على الاذن المستفاد من غير وجود ذي يدٍ أصلاً مع شهادة الحال بذلك، كما في دخول الحمام و وضع الأُجرة عوض الماء التالف في الصندوق. و كذا في أخذ الخضر الموضوعة للبيع، و شرب ماء السقّائين، و وضع القيمة المتعارفة في الموضع المعدّ لها[٥]، و غير ذلك من الأُمور التي جرت العادة بها، كما يعتمد على مثل ذلك[٦] في غير المعاوضات من أنواع التصرفات[٧].

---

١) أي: المالك صحيح التصرف شرعاً أي غير محجور عليه بسببٍ من أسباب الحجر.

٢) معطوف على الإذن، يعني: أنّ الاعتماد على إذن المالك لا على قول الصبي.

٣) أي: من حيث إنّه صبيّ. و الغرض نفي موضوعيّة الصبي في المعاملة، و أنّ المعاملة تقع مع المالك حقيقة.

٤) غرض صاحب المقابس تنظير الاعتماد على الرضا المنكشف بجلوس الصبي ـ بالشرائط المزبورة ـ باعتماد الناس على شاهد الحال في بعض الموارد مما لم يكن ذو اليد حاضراً أصلاً، و لا يتوقفون عن التصرف و المعاملة، كما في دخولهم الحمام حين غيبة الحمّامي، و وضع الأُجرة في الصندوق المعدّ لها.

٥) كذا في المقابس و بعض نسخ المكاسب، و هو الصحيح ليرجع الضمير الى «قيمة الماء و الخضر» فما في بعض نسخ المتن من تثنية الضمير لعلّه من سهو الناسخ. و لعل التثنية باعتبار الأخذ و الشرب،يعني:وضع القيمة المتعارفة في الموضع المعد لأخذ الخضر و شرب الماء. لكنه غير وجيه كما هو واضح.

٦) أي: الاذن المستفاد من حال المالك فى الأخذ و الاعطاء.

٧) كالصلاة في البساتين.

فالتحقيق أنّ هذا[١] ليس مستثنىٰ من كلام الأصحاب، و لا منافياً له[٢] و لا يعتمد على ذلك[٣] أيضاً في مقام الدعوىٰ[٤]، و لا فيما إذا طالب المالك بحقه، و أظهَرَ عدم الرضا» إنتهى«١».

و حاصله: أنّ مناط الإباحة و مدارها في المعاطاة ليس على وجود تعاطٍ قائم بشخصين أو بشخص منزّلٍ منزلة شخصين، بل على تحقق الرضا من

---

١) المشار إليه هو: معاملة الصبيان، على التقريب المزبور. و غرضه: أنّ معاملات الصبيان ليست داخلة في موضوع قول الأصحاب ببطلان معاملة الصبي حتىٰ يكون الحكم بالصحة فيها منافياً له و مستثنىٰ منه، و مخصّصاً له، لأنّ المعاملة فيها تقع بين الكبار، و الصبيُّ آلة محضة، فصحة معاملات الأطفال حينئذٍ تكون على طبق القاعدة.

٢) لأنّ المنافاة فرع وحدة الموضوع، و هي غير متحققة هنا، إذ موضوع حكمهم بالبطلان معاملةُ الصبي. و التقريب المزبور في الصحة يُخرِجه عن معاملة الصبي و يُدرجه في معاملة البالغين.

٣) أي: الظن بإذن المالك بمعاملة الصبي الحاصل من الأمارات المفيدة له في مقام الدعوىٰ. توضيحه: أنّ الظن بإذن المالك الناشيء عن الجلوس مجالس الأولياء ليس ممّا يعتمد عليه في تقويم قول المشتري المدّعي لإذن المالك، لموافقته لهذا الظهور. و يرفع اليد عن تقديم قول المالك بعدم إذنه الموافق للأصل، إذ لا دليل على إعتبار هذا الظهور بهذا المقدار، لعدم ثبوت جريان العادة على حجّيّته في هذا المقام.

و تظهر ثمرة النزاع بعد التلف، فإنّه بناءً علىٰ ثبوت الإذن يكون الضمان بالبدل الجعلي. و بناءً على عدمه يكون الضمان بالبدل الواقعي. و أمّا قبل التلف فلا ثمرة له، إذ المفروض جواز التراد في المعاطاة مع بقاء العين على المشهور.

٤) يعني: و لا يعتمد علىٰ الظن بإذن المالك في مقام مطالبة المالك بحقه، بأن يدّعي عدم الرضا بالمعاملة حينها.

«١» مقابس الانوار، ص ١٠، كتاب البيع.

كلٌّ منهما بتصرُّف صاحبه في ماله حتى لو فرضنا أنّه حصل مال كلٍّ منهما عند صاحبه باتفاق كإطارة الريح و نحوها، فتراضيا على التصرف بإخبار صبي أو بغيره من الأمارات كالكتابة و نحوها، كان[1] هذه معاطاة أيضاً، و لذا كان وصول الهدية إلى المُهدىٰ إليه على يد الطفل الكاشف إيصالُه عن رضىٰ المُهدي بالتصرف ـ بل التملك ـ كافياً[2] في إباحة الهدية، بل في تملكها.

و فيه: أنّ ذلك[3] حسن، إلّا أنّه موقوف أوّلاً على ثبوت حكم المعاطاة

---

١) جواب الشرط في: «لو فرضنا». و الفرق بينه و بين المعطوف عليه هو أنّ المشتري ـ في المعطوف عليه ـ يدّعي الإذن، قبال دعوىٰ المالك عدمَه. و في المعطوف يسكت أو يدّعي الجهل بالحال. هذا ما أفاده صاحب المقابس في توجيه كلام شيخه من حصول الاباحة بمعاملة الصبي المأذون، و ستأتي مناقشة المصنف ﷺ في كل منهما.

٢) خبر قوله: «و لذا كان».

٣) ناقش المصنف في كلام المقابس بوجهين:

الأوّل: منع ما أفاده في المقدمة الأُولىٰ، فإنّ مناط الإباحة و إن كان مجرّد الرّضا من كلٍّ منهما بتصرف صاحبه في ماله. لكنه موقوف على الإكتفاء في المعاطاة بمجرّد الرّضا، من دون تعاطٍ خارجي، و لا إنشاء إباحة أو تمليك. و هو ممنوع، إذ لا فرق في توقف الملك و الإباحة على الإنشاء بين المعاطاة و العقد اللفظي، و المفروض في كلام المقابس إنتفاء إنشاء الإباحة، فلا وجه لحصولها.

و دعوىٰ حصول الإنشاء بدفع الولي المالَ إلى الصبي، مدفوعة بأنّه إنشاء لشخصٍ غير معلوم، و هو خارج عن المعاطاة موضوعاً، و مشكوك الدخول فيها حكماً.

و قياس معاملة الصبي ـ في تحقق الانشاء ـ بإيصال الهدية بيده إلى المُهدىٰ إليه، مع الفارق، لأنّ إعطاء الهدية إلى الطفل مقدمةٌ لإيصالها إنشاء تمليكها أو إباحتها للمُهدىٰ إليه، كما أنّ إذن الولي للصبي في إعارة ماله إنشاء إباحة الإنتفاع للمستعير.

من دون إنشاء إباحةٍ و تمليكٍ، و الإكتفاء فيها بمجرّد الرضا[١].

و دعوىٰ حصول الانشاء بدفع الولي المال إلى الصبي، مدفوعة بأنّه إنشاء إباحةٍ لشخص غير معلوم[٢]. و مثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها.

و به[٣] يفرّق بين ما نحن فيه و مسألة إيصال الهدية بيد الطفل، فإنّه يمكن فيه دعوىٰ كون دفعه إليه للإيصال إباحةً أو تمليكاً، كما ذكر أنّ إذن الولي للصبي في الإعارة إذن في إنتفاع المستعير.

و أمّا دخول الحمام[٤] و شرب الماء و وضع الأُجرة و القيمة فلو حكم

كما أنّ تنظير المقام بدخول الحمام و شرب الماء ممنوع أيضاً، لوجود السيرة على كفاية وصول العوضين في هذه المعاطاة، بخلاف معاملة الصبي.

و الحاصل: أنّه لا سبيل للالتزام بتوجيه صاحب المقابس لترتب الإباحة على معاملة الصبيان المأذونين من قِبل أوليائهم.

١) المفروض وجودُه و إنكشافُه بجلوس الأطفال مواضعَ أوليائهم للمعاملة.

٢) يعني: إذا كان طرف المعاملة غير معيَّن في نظر الولي، بل هو كلّيٌّ و هو عنوان «مَن عامَل الصبي» فلا يجري هذا الاشكال لو كان الطرف معيّناً معلوماً عند الولي.

٣) أي: و بعدم الإنشاء ـ في المقام ـ يفرّق بين ما نحن فيه و بين مسألة إيصال الهدية بيد الطفل، بأن يقال: انّ الدفع الى الصبي إنشاء إباحة أو تمليك.

٤) الذي ذكره صاحبُ المقابس مثالاً لإستفادة الإذن الحاصل من شهادة الحال. و توضيحه: أنّه لو حكمنا بصحة وضع القيمة و الأُجرة فيهما لأجل المعاطاة ـ بناءً على حصولها بمجرد المراضاة الخالية عن الانشاء ـ فإنّما هو لأجل دعوىٰ قيام السيرة عليه فيهما، لا لأجل كون المال يسيراً. فحينئذٍ ينحصر مورد الصحة مع وساطة الصبي في الإيصال و الدفع و القبض بما قامت السيرة على

بصحتها ـ بناءً على ما ذكرنا[١] من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الإنشاء ـ إنحصر[٢] صحةُ وساطة الصبي فيما يكفي فيه مجرد وصول العوضين، دون ما لا يكفي فيه[٣].

و الحاصل: أنّ دفع الصبي و قبضه بحكم العدم[٤]. فكلّما يُكتفىٰ فيه بوصول كلٍّ من العوضين إلى صاحب الآخر بأيّ وجه إتفق[٥] فلا يضرّ مباشرة الصبي لمقدمات الوصول.

ثم إنّ[٦] ما ذُكر مختص بما إذا علم إذن شخصٍ بالغ عاقل للصبي وليّاً كان أم غيره.

الاكتفاء بمجرّد الوصول، و عدم الحاجة الى الواسطة، فلا يصح الاستدلال بصحة المعاطاة في الأمثلة التي ذكرها ـ ممّا قام الدليل و هو السيرة على عدم الحاجة إلى الانشاء فيها ـ على صحتها في مطلق اليسير ولو لم يقم سيرة على عدم الحاجة إليه.

١) يعني: في ثامن تنبيهات المعاطاة، حيث قال: «فالمعيار في المعاطاة وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف. و هذا ليس ببعيدٍ علىٰ القول بالاباحة»[١].

٢) جواب الشرط في قوله: «فلو حكم».

٣) و هو بيع الصبي و شراؤه بإذن الولي، لعدم قيام السيرة المتشرعية علىٰ كفاية مجرّد وصول العوضين في ذلك.

٤) كما اعترف كاشف الغطاء به أيضاً، لكنّه أراد تصحيحه بكاشفيّة قبضه قبض وليّه.

٥) بإطارة ريحٍ أو بواسطة عبدٍ أو صبيٍّ، أو بوضع أُجرة الحمامي في الصندوق المعدّ لها.

٦) هذا إشكال آخر على صاحب المقابس، و ملخّصه: أنّ ما ذكره في وجه تصحيح معاملة الصبي الجالس مجلس وليه من كون المناط في الإباحة هو

«١» هدى الطالب، ج ٢، ص ٣٠٢

و أمّا ما ذكره[1] كاشف الغطاء أخيراً من صيرورة الشخص موجباً

التراضي من المالكين ـ أخصّ من المدّعىٰ، لإختصاصه بصورة علم مَن يُعامل الصبي بأنّه مأذون من المالك الجائز التصرف، مع أنّ المدّعىٰ أعم من ذلك، و هو ترتب الإباحة أو الملك على بيع الصبي و شرائه، في قبال المشهور.

١) ناقش المصنف في ما أفاده كاشف الغطاء في ذيل كلامه ـ من نفي البُعد عن ترتُّب الملك على المعاملة مع الصبي المأذون، لكون الطرف موجباً قابلاً ـ بوجهين أيضاً:

الأوّل: أنّ مفروض كلامه كون ولي الطفل هو أحد طرفي العقد من جهة إستكشاف رضاه من جلوس الصبي، و لمّا كان هذا الولي غائباً عن مجلس المعاملة فلابدّ أن يكون الطرف الآخر موجباً عن الولي بالوكالة، و قابلاً لنفسه بالأصالة. و هذا لا بأس به في حصول الملك، لكن الاشكال في الصغرىٰ، و ذلك لإنتفاء الإذن الخاص لهذا الطرف، لعدم علم الولي به حتى يأذن له بإجلاس الصبي مجلس نفسه.

و دعوىٰ «علم الطرف برضا وليّ الطفل بالبيع و الشراء، و هذا العلم كافٍ في أن يقصد الإيجاب وكالةً عن الولي، و القبول عن نفسه، فيتم ركنا العقد» غير مجدية، لما سيأتي في بحث بيع الفضول إن شاء الله تعالى من عدم خروج العقد ـ عن عنوان الفضول ـ بمجرّد علم العاقد برضا المالك، و لا أقل من كون المسألة خلافيّة.

و حيث كان العقدُ مع الصبي فضولاً توقّفَ على مراجعة وليّه للإمضاء، والمفروض أنّ من يُعامل الطفل لا يراجع وليّه بعد المعاملة أصلاً، و لا ريب أنّ صحّة عقد الفضول معلّقة على إجازة من بيده الأمر.

الثاني: أنّ صيرورة الطرف موجباً بإذن الوليّ مجرّد فرضٍ لا واقع له خارجاً، إذ المحسوس بالوجدان عدم كون الطرف قاصداً للنيابة عن وليّ الطفل حتى يصير موجباً من قِبَله، بل لا يقصد إلّا القبول الذي هو وظيفة المشتري. و مقتضىٰ خلوّ هذه المعاملة عن الإيجاب بطلانها رأساً، فهي لا تفيد الإباحة فضلاً عن الملك الذي تصوّره الفقيه كاشف الغطاء ﷺ.

و قابلاً، ففيه أوّلاً: أنّ تولّي وظيفة الغائب ـ و هو مَن أذِن للصغير ـ إن كان بإذنٍ منه[١] فالمفروض إنتفاؤه. و إن كان[٢] بمجرد العلم برضاه فالاكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع (*).

و ثانياً: أنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يُعامِل مع الأطفال النيابةَ[٣] عمّن أذِن للصبي[٤].

ثم[٥] إنّه لا وجه لاختصاص ما ذكروه من الآلية بالصبي، و لا بالأشياء

---

١) الضمير راجع إلى «مَن» الموصول المراد به وليّ الصبي.

٢) أي: و إن كان تولّي ـ مَن يتعامل مع الصبي ـ لمجرّد علمه برضا الولي كانت المعاملة فضوليّةً.

٣) مفعول به لـ «قصد».

٤) بل لا يقصدون إلّا الأصالة، و لا يتحمّلون وظيفةَ الطرف الآخر.

٥) هذا إشكال ثالث يرد على صاحب الرياض و كاشف الغطاء و غيرهما ممّن يصحّحُ معاملة الصبيان بالآلية أو في المحقرات. و توضيحه: أنّ مقتضىٰ كون الصبيان آلاتٍ هو وقوع المعاملة بين الكبار، فتكون صحيحة. و هذا يستلزم الإيراد عليهم بلزوم التعميم لموردين.

أحدهما: الالتزام بآليّة الصبي في الأشياء الخطيرة، و تخصيص آليّته بالمحقرات بلا موجب.

(*) هذا المنع ينافي ما سيأتي منه ﷺ في بيع الفضولي من ترجيح خروج المعاملة المقرونة برضا المالك عن بيع الفضولي موضوعاً أو حكماً، فلاحظ قوله هناك: «و إن كان الذي يقوىٰ في النفس لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب عدم توقفه علىٰ الاجازة اللاحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد ...» و لعلّ إشكاله على كاشف الغطاء مبني على صغروية العلم بالرضا للفضولي، و ترتفع المنافاة حينئذٍ.

الحقيرة، بل هو[١] جارٍ في المجنون و السكران ـ بل البهائم ـ في الأُمور الخطيرة، إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار و كان الصغير آلةً فلا فرق في الآلية بينه و بين غيره[٢].

نعم مَن تمسّك في ذلك[٣] بالسيرة من غير أن يتجشّم لإدخال ذلك تحت القاعدة[٤] فله[٥] تخصيصُ ذلك بالصبي[٦]، لأنّه المتيقّن من موردها. كما أنّ ذلك

ثانيهما: الالتزام بآلية المجنون و السكران و البهيمة أيضاً، لفرض كون المتعاملَين حقيقةً هما البالغان العاقلان القاصدان للمدلول. مع أنّهم إقتصروا في الآلية على الصبيان.

نعم يندفع الإيراد بأن يقال: إن القائل بالآلية لا يُدرج معاملة الصبي في عنوان البيع و لا في المعاطاة حتى يدّعىٰ صدق عنوان العقد فيما كان الآلة بالغاً مجنوناً أو سكراناً، أو كان المبيع ثميناً جدّاً، و إنّما يقول بصحته لدليل تعبدي و هو السيرة الممضاة، و هي دليل لبي تختص بمورد العمل، و هو بيع المحقّرات و شراؤها، و كون المتصدي صبياً، هذا.

١) الضمير راجع الى «ما ذكروه» من الآليّة.

٢) مع أنّهم خصّصوا الآلية بالصبيّ.

٣) أي: في جواز المعاملة مع الصبيّ.

٤) المراد بالقاعدة الأصل اللفظي كعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و كإطلاق حلّ البيع و التجارة عن تراضٍ، فهي لا تشمل بيع الصبي ـ بنظر القائل ـ بصحته للسيرة.

٥) جواب «مَن تمسّك» الذي هو موصول أُشرب معنىٰ الشرط.

٦) وجه الاختصاص وجود السيرة القائمة على الإكتفاء بالظن برضا المالك في معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة، و عدم وجود السيرة في غير معاملة الصبي و غير الأشياء اليسيرة. و مقتضى القاعدة لزوم العلم برضا المالك.

مختصّ بالمحقّرات (*).

(*) لا يخفى أنّ هنا قولين في قبال المشهور القائلين بكون الصبي مسلوب العبارة:

الأوّل: التفصيل بين المحقرات و غيرها. قال الفيض في محكي المفاتيح: «الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به منه في الشيء الدّون، دفعاً للحرج في بعض الاحيان». و في المقابس بعد نقل هذه العبارة «و يمكن أن يستأنس لذلك ـ مضافاً إلى السيرة المستمرة و قضاء الحاجة و الضرورة في كل من المعاملة و دفع العوض و أخذه منه ـ بما رواه الشيخ في الموثق كالصحيح عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهادة الصبي و المملوك، فقال: على قدرها يوم أشهد تجوز في الأمر الدُّون، و لا تجوز في الأمر الكثير»«١» «٢».

لكن لا يمكن المساعدة على شيءٍ منهما. أمّا السيرة فاستقرارها على معاملات الصبي في الأمور الحقيرة و إن لم يكن قابلاً للإنكار، إلّا أنّها لا تكشف عما نحن بصدده من إستقلال الصبي في المعاملات. بل من جهة جريان المعاطاة بين الناس في المحقّرات بوضع الثمن في الموضع المعدّ له، و أخذ المتاع بازائه، كما في دخول الحمّام و وضع الأجرة في كوز الحمامي. و المقام من هذا القبيل، فإنّ قبض الصبي ليس بأقل من وضع الفلوس في كوز الحمّامي، فلا وجه لجعل ما نحن فيه من مستثنيات عدم نفوذ أمر الصبي، إذ لا ربط بينهما، لأنّ المقصود إثبات إستقلال الصبي في معاملاته بالنسبة إلى المحقرات باستقرار السيرة على ذلك، و هذا المعنى أجنبي عن المعاطاة الواقعة بين البالغين التي لا تتوقف على الإعطاء و الأخذ.

نعم إذا كان القبض شرطاً للعقد كما في الهبة فلا عبرة بقبضه، لا بما أنه قبض، بل بما أنّه إلتزام شرط للعقد، و هو مرفوع عن الصبي.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٢٥٣، الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، ح ٥

«٢» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ٩

.....

و الحاصل: أنّ دعوىٰ السيرة على نفوذ معاملات الصبي في المحقرات مطلقاً ولو بدون إذن الولي كما هو المقصود ممنوعة، فإنّ سيرة المتدينين على خلاف ذلك.

مضافاً إلى كفاية اجماع السيد ابن زهرة و العلامة ﷺ على حجر الصبي عن التصرف للرّدع عنها. و لا أقل من عدم إحراز إمضائها شرعاً.

و أمّا الرواية ففيها: أنّها أجنبية عن مورد البحث، إذ الشهادة غير المعاملة. و مورد الرواية هو الأول، و التعدي عن موردها مما لا دليل عليه.

و من هنا يظهر ضعف ما في المقابس: «و هذا القول لا يخلو عن قوة، إلّا أنّ الأصحاب تركوا العمل بالخبر» و ذلك لأنّ العمل بالرواية لا يجدي في معاملات الصبي، لكون الشهادة غير المعاملة، و لا ملازمة بينهما أصلاً.

و بالجملة: الرواية قاصرة عن إثبات المدّعىٰ. و السيرة المتشرعية على صحة معاملات الصبي بالاستقلال في المحقرات أيضاً مفقودة. و السيرة العقلائية مردوعة بما دلّ على عدم نفوذ معاملات الصبي. و مع الشّك فمقتضىٰ أصالة الفساد عدم نفوذ معاملات الصبي بالاستقلال حتى في المحقرات، فلا وجه لصحة معاملات الصبي، هذا.

القول الثاني: نفوذ معاملات الصبي تمسكاً بوجوه:

الأوّل: رواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن كسب الاماء، فانها إن لم تجد زنت إلّا أمة قد عرفت بصنعة يد، و نهىٰ عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده، فانه إن لم يجد سرق»[1] تقريب الاستدلال بها: أنّ عقد الصبي لو كان باطلاً كان الأنسب أن يعلّل النهي به، لا بالأمر العرضي و هو سرقة الصبي، لأنّ التعليل بالأمر الذاتي أولىٰ من التعليل بالأمر العرضي، فهذا التعليل يكشف عن صحة معاملات الصبي، و أنّ النهي تنزيهي، و حكمته ما ذكر في الرواية من السرقة.

و نوقش فيه أوّلاً: بضعف الرواية بالسكوني، و عدم إنجبارها.

لكن فيه: أنّه قد ثبت في محلٍّ آخر صحة الإعتماد علىٰ رواية السكوني.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ١١٨، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ١

.....

و ثانياً: بأنّ المراد بكسب الغلام إمّا معناه المصدري، و إمّا معناه الاسم المصدري و هو المال المكسوب. فإن أُريد به الأوّل فمعناه مباشرة الصبي للتجارة عند إحتياج وليّه إلى ذلك، لكن هذه المباشرة تبعيّة لا إستقلالية، فيكون الصبي بمنزلة الآلة لوليه في إيجاد المعاملة بينه و بين المشتري. و القرينة على إرادة هذا المعنى قوله عليه السلام في صدر الرواية: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن كسب الإماء، فإنّها إن لم تجد زنت». مع أنّه لا شبهة في نفوذ كسب الأمة بإذن مولاها.

و أنت خبير بما فيه، حيث إنّ التقييد باحتياج الولي غير ظاهر من الكلام، بل لابدّ من إستفادته من الخارج. مع أنّه بعد تسليمه يكون الصبي مأذوناً في إنشاء المعاملة كمأذونيّة البالغ فيه، فجعل الصبي آلة غير ظاهر. بل الصبي يُنشيء المعاملة بإذن الولي كانشاء البالغ الوكيل عنه للمعاملة.

و إن أُريد به الثاني ـ أي المال الذي يكتسبه الصبي ـ فالمراد به المال الذي يحصّله بالالتقاط أو الاستعطاء أو حيازة المباحات أو العمل بأمر الغير ممّا لا يكون عقداً، فلا يشمل المال الذي يحصّله الصبي بالعقد، فلا يدلّ على صحة عقد الصبي كما هو المقصود.

لكن فيه أيضاً: أنّ هذا الحمل مما يأباه الاطلاق:

و عليه فدلالة هذه الرواية على نفوذ معاملات الصبي ظاهرة كما لا يخفى.

و قد استدل أيضاً على هذا القول بقوله تعالى: ﴿ و ابتلوا اليتامىٰ حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾[1] فإنّ الظاهر من الإبتلاء هو الإمتحان و الإختبار بالمعاملات على الأموال حتى يتبين رشدهم. و لا وجه لحملها على الابتلاء بمقدمات العقد من المقاولة أو على المعاملات الصورية التمرينية كعباداته على ما عن جماعة، لكونه خلاف الظاهر من غير موجب. كما أنّ ظاهرها كون الابتلاء قبل

«١» سورة النساء، الآية ٦

.....

البلوغ، للتعبير عن الأطفال باليتامىٰ، لذهاب اليُتم بالبلوغ. و بعدم الفصل يتحقق العموم لكل صبي و إن لم يكن يتيماً.

فالمتحصل من الآية المباركة أنّ دفع المال منوط بأمرين: أحدهما البلوغ، و الآخر إيناس الرشد منهم. فولاية الولي ترتفع بهذين الأمرين. كما أنّ حجر الصبي عن ماله يرتفع بهما، فلا مانع من صحة عقد الصبي الإختباري و إن لم يجز دفع المال إليهم، لتوقف جواز دفعه اليه على الأمرين المزبورين.

ولو سُلِّم توقف الابتلاء بالبيع و الشراء على دفع المال إليهم فالمراد دفع بقية الأموال الزائدة على المقدار المحتاج إليه في إختبارهم.

فالمتحصل: أنّ دلالة الآية على نفوذ معاملات الصبي الاختبارية غير قاصرة.

الثالث: السيرة العقلائية الجارية على معاملة الصبيان المميزين معاملة البالغين، وعدم الفرق بين البالغ و الصبي المميِّز الذي يبلغ بعد ساعة مثلاً. و هذه السيرة ثابتة قطعاً، و لا مجال للتشكيك فيها، و ليست مردوعة إلّا في إستقلال الصبيان في المعاملات. فالاشكال على السيرة باحتمال كونها ناشئة عن عدم المبالاة في الدين موهون.

كوهن الاشكال على إطلاق السيرة ـ كما في المتن ـ بأنّها مختلفة باختلاف عمر الصبي، و موضوعات معاملاته. إذ فيه أنّ هذا الاختلاف ليس للبناء على عدم الجواز، بل للإحتياط في حفظ المال، و التحذر من الانخداع الموجب للوقوع في الغبن، و لذا إختلفت السيرة في توكيل البالغين أيضاً في المعاملات، فربّ شخص يكون ماهراً في معاملات الأراضي دون غيرها، فيوكّلونه فيها، و لا يوكّلونه في شراء الحيوانات مثلاً، وهكذا. و من المعلوم أنّ منشأ هذا الاختلاف هو التحفظ على الأموال، و إلّا فلا إشكال في جواز توكيل دلّال الحيوانات في شراء الأراضي و بالعكس.

و دعوىٰ: أنّ ما عليه السيرة هو المعاطاة التي يكفي فيها الإذن بالتصرف و الرضا به. أو: «أنّ ذلك من إذن الولي في تولّي البالغ لطرفي العقد» غير مسموعة، لعدم برهان عليها.

.....

مضافاً إلى: أنّ الدعوىٰ الثانية لا مجال لها مع عدم بلوغ الطرفين.

فعليه لا يبعد القول بصحة عقد الصبي إذا كان بإذن الولي كما هو خيرة جماعة منهم المحقق الأردبيلي، و قبله الفخر في الايضاح على ما حكى عنهما، و إختاره في إجارة الشرائع و تردّد فيه، و إختاره في عاريتها"[١]" و حُكي عن جماعة.

فتلخص من جميع ما ذكرناه أمور:

الأوّل: عدم جواز تصرّف الصبي في أمواله مستقلّاً مع إذن الوليّ، لأنّه لا يجوز للولي أن يدفع مال الصبي إليه و يأذن له في البيع و الشراء و أمثالهما، لأنّ جواز ذلك قد أُنيط ببلوغه و رشده، فهو محجور عليه في التصرف في أمواله، و لا يرتفع الحجر إلّا بالبلوغ و الرشد، خلافاً للمحقق الإيرواني ﷺ إستناداً إلى أن البلوغ أُعتبر أمارةً على الرشد من دون موضوعية له، فالصبي إذا كان رشيداً جاز دفع ماله إليه، و تصرفه فيه بالاستقلال.

و لا بأس بنقل عبارته، و هي هذه «لا يبعد إستفادة كون المدار في صحة معاملات الصبي على الرشد من الآية: ﴿ و ابتلوا اليتامىٰ حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ على أن تكون الجملة الأخيرة إستدراكاً عن صدر الآية، و أنّه مع إستيناس الرشد لا يتوقف في دفع المال و لا ينتظر البلوغ، و أنّ إعتبار البلوغ طريقي أُعتبر أمارة إلى الرشد، بلا موضوعية له»"[٢]". بدعوىٰ: أنّ الابتلاء ـ و هو الاختبار ـ إنّما يكون قبل البلوغ، و هذا الاختبار يحصل بدفع شيءٍ من مال الصبي إليه ليتصرف فيه، و مقتضىٰ إطلاقه جواز تصرفه مستقلّاً، هذا.

لكن فيه: أنّ إختبار الصبي لا يتوقف على دفع ماله إليه ليستقل بالتصرف فيه، لإمكان الاختبار بمباشرة الصبي للبيع و الشراء بنظارة الولي أو المنصوب من قبله، أو

«١» تقدمت كلماتهم في ص ١٩، فراجع.

«٢» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٠٧

.....

بمباشرة الصبي لمقدمات المعاملة حتى يتصدّى الولي لإيقاعها.

و الحاصل: أنّه لا يجوز للصبي أن يتصرف في أمواله حتّىٰ مع إذن الولي، بحيث يرتفع الحجر عنه بإذن الولي.

الأمر الثاني: أنّه يصح مباشرة الصبي للعقد و الايقاع في أمواله بإذن الولي، و كذا يصح أن يكون وكيلاً من الولي في ذلك. و الوجه في ذلك: أنّ النهي تعلّق بدفع مال اليتيم إليه لأن يكون هو المتصرف بالاستقلال، فلا يعمّ مباشرة الصبي لإنشاء عقدٍ أو إيقاع في ماله بإذن الولي.

و دعوىٰ: «كون الصبي مسلوب العبارة، لما دلّ من النصوص على عدم نفوذ أمره، و على رفع القلم عنه، و على كون عمده و خطاءه واحداً» غير مسموعة، لما مرّ سابقاً من عدم دلالة شيءٍ منها على ذلك، فراجع.

الأمر الثالث: أنّه يجوز أن يكون الصبي وكيلاً عن غير الولي في العقد و الايقاع بالاستقلال بدون إذن الولي، و ذلك للعمومات و الإطلاقات، و عدم دليل على التخصيص أو التقييد، لأنّ الآية الشريفة تدلّ على المنع عن تصرفات اليتامىٰ في أموالهم لا أموال غيرهم. فالمانع عن تصرفاته في مال غيرهم إمّا عدم القول بالفصل بين التصرف في مال نفسه و التصرف في مال غيره، و إمّا الروايات المتقدمة الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي قبل البلوغ.

أما الأوّل فعهدته على مدّعيه.

و أما الثاني فقد تقدم عدم دلالته على بطلان توكيله.

الأمر الرابع: أنّ القائلين بصحة معاملات الصبي ـ بهذا العنوان ـ بين من يقول بصحتها من غير خروجها عن عنوانها تمسّكاً بالسيرة و غيرها من الأدلة التعبدية، فبيع الصبي مع كونه بيع الصبي صحيح. إمّا مطلقاً، لعدم إشتراط البلوغ فيه كما حكي عن

.....

القاضي. و إمّا في نوعٍ منه، فيكون مستثنىً عن عنوان مطلق البيع الذي ثبت فيه إشتراط البلوغ.

و بين من يقول بصحة نوع من معاملة الصبي تطبيقاً له على القاعدة، بإدراجه في عنوانٍ يقتضي الصحّة، و قد وقع هذا على وجوه:

أحدها: ما ذكره صاحب مفتاح الكرامة و بعضٌ من: عدم اشتراط شروط عقد البيع و غيره من العقود في المعاطاة، لأنّها معاملة مستقلة كما ذهب إليه الشهيد ﷺ، فلا يعتبر فيها شروط عقد البيع، بل قد قامت السيرة على صحّتها و إن لم تجمع شروط العقود. خلافاً للمحقق الأردبيلي ﷺ حيث إعتبر شروط العقود في المعاطاة أيضاً.

ثانيها: ما يحتمله صدرُ عبارة كشف الغطاء المذكورة، و حاصله: أنّ وليّ الطفل الذي أجلسه مقام نفسه أباح لمن يشتري من الطفل ماله بعوضٍ، و جلوس الطفل أمارة على ذلك، فإن أفاد القطع فهو، و إلّا فلا أقلّ من إفادته للظن، فالآخذ من الطفل يأخذ بظن أنّ المالك أباح له المال بعوضٍ.

و هذا مبني على أن يكون المراد بالإباحة في صدر العبارة إباحة الأولياء، أو يكون المراد بقوله: «حتى يظن أنّ ذلك من إذن الأولياء» حصول الظن من جلوسهم، و تظاهرهم: «بأن إقامة الأولياء إيّاهم مقام أنفسهم» إذن منهم للآخذ في الأخذ. و هذا هو الذي أوضحه بعض المحققين بأنّه ينطبق على القاعدة من جهة دخول مثل ذلك في المعاطاة، و أنّه يكفي فيها مجرّد وصول عوض كل من المالين إلى مالك الآخر، كما في كوز الحمامي و الموضع المعدّ لوضع فلوس السقّاء فيه، فالصبي هنا بمنزلة كوز الحمّامي.

لكن الظاهر أنّ المراد بالاباحة هي الاباحة الشرعية، و أن لفظة «ذلك» إشارة إلى قيامهم مقام الأولياء. و أنّ لفظة «من» نشوية، فيصير المحصّل إعتبار معاملة المميّز بإذن الولي، غاية الأمر أنّ الإذن هنا غير معلوم، بل قامت عليه الأمارة الظنية.

.....

ثالثها: ما في ذيل كلام كاشف الغطاء ﷺ من قوله: «ولو قيل بتملك الآخذ منهم لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات، فيكون موجباً قابلاً لم يكن بعيداً»[١] و محصله: أنّ جلوس الطفل في ذلك المقام و تظاهره في المعاملات علىٰ رؤس الأشهاد أمارة على أنّ الآخذ من الطفل مأذون من طرف المالك الذي هو وليّ الطفل، فيكون الآخِذ موجباً من جهة، و قابلاً من أُخرىٰ. فإذا إشترىٰ من الطفل كان موجباً على وجه الفرعية، لتفرعه علىٰ إذن ولي الطفل، و قابلاً بالأصالة، لكونه مشترياً لنفسه. ولو باع على الطفل كان الأمر بالعكس، فكأنّ الآخذ وكيل عن المالك.

لكن في الجميع ما لا يخفى.

إذ في الأوّل: عدم الالتزام بكون المعاطاة معاملةً مستقلة.

و في الثاني أوّلاً: أنّ تأثير الاباحة العامة بلا عوض ـ كالمضائف ـ في ترتيب آثار الملكية مما لم يقم عليه دليل، و غاية ما يترتب على الإباحة المزبورة جواز التصرفات.

و ثانياً: أنّ الثابت هو الاباحة مع العلم بالرضا، فإنّه الذي إستقرّت عليه السيرة، دون الظن بالرضا.

و في الثالث: أنّه ليس هناك إذن سابق مفيد للتوكيل. نعم الرّضا من المالك موجود، لكنّه لا يكفي في التوكيل، فيصير فضولياً، و التصرف فيما اشتراه فضولاً حرام إلّا بعد الإجازة اللفظية. و لذا لو علم رجل برضى صاحبه ببيع ماله فباعه لم يكن له التصرف في الثمن الذي يقبضه، فإنّ تصرف فعل حراماً.

بل قد يقال في رد هذا الوجه: بأنّ صيرورة القابض من الصبي موجباً قابلاً بإذن وليه مخالفة للاجماع و السيرة أيضاً، إذ لا نجد ذلك لا فى أنفسنا و لا في أنفس سائر المتعاملين مع الصبيان، بل الثابت عند الجميع عدمه.

و كيف كان فالحق صحة معاملة المميّز بإذن الولي، لعدم مسلوبية عبارته، سواء تعلّقت بماله أم بمال الولي أم الأجنبي، هذا.

«١» تقدم مصدره في ص ٧٧، فراجع.

مسألة[1]:

و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به.

الشرط الثاني: القصد إلى المدلول

١) تعرّض المصنف ﷺ في هذه المسألة لشرطٍ آخر من شرائط المتعاقدين، و هو قصد تحقق مضمون العقد في وعاء الاعتبار، و ينبغي الاشارة إلى أمرين قبل توضيح المتن:

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الأوّل: أنّ دخل هذا القصد في العقد بمعنىٰ كونه مقوّماً لمفهومه، بخلاف دخل البلوغ الذي إعتبره الشارع في المتعاقدين، بحيث كان العقد العرفي صادقاً على إنشاء الصبيين المميِّزين. و سيأتي في قوله: «بل في تحقق مفهومه» المسامحة في جعل القصد شرطاً.

الثاني: أنّ الانشاء متقوم بقصود ثلاثة مقدمة على أمر رابع و هو الرضا بالمضمون و طيب النفس به، و تلك القصود الثلاثة هي:

أوّلها: قصد اللفظ، في قبال الغالط المتلفظ بكلمةٍ سهواً بدل كلمةٍ أُخرىٰ لسبق لسانٍ و نحوه، كأن يقول: «آجرتُ» مكان «بعتُ» مع كونه مُنشِئاً لتمليك عينٍ لا منفعة، لوضوح كون الإجارة غلطاً في مقام إنشاء البيع، لتغاير مفهوميهما.

ثانيها: قصد إستعمال اللفظ في معناه الحقيقي، في قبال استعماله في معناه المجازي

.....

كما إذا تلفظ بالبيع و قصد بقوله: «بعتُ» معناه المجازي و هو الإجارة، بناءً على صحة إنشاء الإجارة بلفظ «بيع المنفعة بعوضٍ».

ثالثها: الإرادة الجدية إلى تحقق مضمون العقد، بعد تعلق إرادته بكلٍّ من اللفظ و إستعماله في معناه الموضوع له أو المتفاهم منه عرفاً. و إعتبار هذا القصد الجدّي يكون في قبال إستعمال الصيغ الانشائية بدواعٍ أُخر كالسخرية و المزاح و أشباههما، نظير إستعمال صيغة الأمر فيما عدا الطلب ، كالتهديد و التعجيز و الامتحان و نحوها مما ذكروه في الاصول.

و الوجه في إعتبار هذه القصود الثلاثة واضح، فإنّ العقود تابعة للقصود، فلابد من كون الإنشاء بداعي حصول المضمون الإعتباري. و قد نفى المصنف ﷺ الخلاف و الاشكال في إعتبار ما نحن فيه و هو الإرادة الجدية المتأخرة عن القصدين الأوّلين، و هو كما أفاده.

فإن قلت: المناسب للتنبيه على إعتبار القصد الجدّي هو المقدمة الباحثة عن ألفاظ العقود، إذ كما يبحث فيها عن شرائط الصيغة من الماضوية و العربية و الدلالة الوضعية و نحوها، فكذا ينبغي التنبيه على إعتبار كون الداعي إلى إستعمالها هو تحقق مفادها في وعاء الاعتبار، بأن يقصد التسبب بصيغة «بعتُ» إلى مبادلة عين بعوض. فما الوجه في عدّ القصد الجدّي إلى مضمون العقد من شرائط المتعاقدين، و عدم جعله من شرائط الصيغة؟

قلت: فرق بين الارادة الاستعمالية و الجدية، و الامور المعتبرة في الصيغة مقوّمة للبيع الإنشائي، أي إستعمال اللفظ ـ المنشأ به العقد ـ في معناه، و من المعلوم إعتبار القصد إلى المعنىٰ في الاستعمال الإنشائي، فلو كان مادة «البيع» حقيقةً في تمليك عين بعوض، و مجازاً في تمليك المنفعة، كان إعتبار الدلالة الوضعية في الإنشاء متضمناً لإعتبار الإرادة الاستعمالية، بأن يكون المُنشِيء مريداً للمعنى الحقيقي دون المجازي، و هو تمليك المنفعة.

و إشتراط القصد بهذا المعنى[١] في صحة العقد ـ بل في تحقق مفهومه[٢] ـ مما[٣] لا خلاف فيه و لا إشكال.

و أمّا الإرادة الجدّية فهي أمر آخر وراء شرائط الصيغة، فإنّ الاستعمال ـ سواء أكان إفناء اللفظ في المعنىٰ أم غيره ـ يتحقق بمجرّد إستعمال «بعتُ» في حصّة خاصة من طبيعي التمليك و هي «مبادلة عين بمال» مثلاً. ولكن هذا المقدار غير كافٍ في تحقق البيع بالحمل الشائع، و ذلك لأنّ هذا الاستعمال يمكن أن يكون بداعي الجدّ، فيتسبب به الى التمليك الإعتباري، و يمكن أن يكون بدواعٍ أُخر كالهزل و المزاح. و من المعلوم أن البيع متقوّمٌ بقصد تحقق المبادلة في إضافة الملكية، و هذا القصد لابد من تحققه من المتعاقدين في مقام الإنشاء، و هو أمر زائد علىٰ الإرادة الاستعمالية القائمة بالصيغة. و لذا يعتبر القصد الجدي في غير العقد اللفظي أيضاً ـ كما عرفت ـ كالمعاطاة العارية عن الصيغة و شؤونها، ولكن شرائط الصيغة مختصة بالعقد اللفظي.

و بهذا ظهر الفرق بين الارادتين الاستعمالية و الجدية، و أنّ الأولىٰ من شؤون الصيغة، دون الثانية التي هي من شرائط المتعاقدين، كما جعلوها منها.

إذا إتّضح هذان الأمران قلنا: إنّ المصنف ﷺ تعرّض في هذه المسألة لشرطية القصد الجدّي، ثم عطف عنان البحث إلى كلام المحقق التستري في المقابس، و سيأتي.

١) أي: بمعنىٰ القصد الجدّي لمدلول العقد الذي يتلفظان به.

٢) أي: في تحقق مفهوم العقد، و الوجه في الإضراب ـ عن الاشتراط في الصحة و ترتيب الأثر شرعاً ـ إلى الدخل في المفهوم العرفي هو: أن «الشرط» إنّما يطلق على الأمر الخارج عن حقيقة المشروط كالصيغة الخاصة لو قيل باعتبارها شرعاً، و لا يطلق الشرط على ما يقوّم المفهوم و العنوان عرفاً، و من المعلوم أنّ القصد الجدّي لمدلول العقد دخيل في حقيقته، لتبعية العقود للقصود، و عليه فالتعبير بالشرط مبني علىٰ المسامحة.

٣) خبر قوله: «و إشتراط القصد» يعني: أنّ هذا الشرط من مسلّمات الفقه.

فلا يقع[١] من دون قصدٍ إلى اللفظ كما في الغالط[٢] أو إلىٰ المعنىٰ ـ لا بمعنىٰ عدم إستعمال اللفظ فيه ـ بل بمعنى عدم تعلق إرادته و إن أوجد مدلوله بالانشاء كما في الأمر الصوري[٣]، فهو شبيه الكذب في الإخبار كما في الهازل. أو قصد[٤] معنىً يغاير مدلول العقد، بأن قَصَد الإخبار أو الاستفهام، أو إنشاء معنىً غير البيع مجازاً أو غلطاً[٥]، فلا[٦] يقع البيع، لعدم القصد إليه، و لا المقصود[٧]، إذا اشترط فيه عبارة خاصة.

---

١) أي: فلا يقع البيع، و هذا متفرع على إعتبار قصدهما لمدلول العقد، ضرورة أنّ القصد الجدّي ـ أي إنشاء مدلول العقد ـ منوط بقصد اللفظ و معناه، و إيجاد مدلول اللفظ في وعاء الاعتبار.

٢) كأن يقول: «آجرتُ» بدل «بعتُ» غلطاً.

٣) فإنّ الأمر الصوري فاقد للقصد الجدي، و إلّا فقصد اللفظ و المعنى و الإنشاء موجود فيه، و المفقود فيه الإرادة الجدية بمعنىٰ عدم كون الانشاء بداعي الجدّ، بل بدواعٍ أُخر كالسخريّة و التعجيز و التهديد.

٤) معطوف على «عدم» في قوله: «بل بمعنى عدم تعلق ارادته» يعني: عدم القصد إلى المعنىٰ تارةً يكون بعدم الإرادة الجدية و كون الإنشاء صورياً، و أُخرىٰ بقصد معنىً يغاير مدلول العقد، كما إذا قصد الحكاية بقوله: «بعتُ».

٥) هذا الغلط غير الغلط السابق، لأنّ ذلك في التلفظ بكلمةٍ بدل كلمةٍ، كالتلفّظ بلفظ «آجرتُ» بدل «بعتُ». و هذا في إستعمال اللفظ في غير ما وضع له بدون علاقةٍ. كاستعمال لفظ الحمار مثلاً في الجدار.

٦) متفرع على إنشاء معنىً غير البيع مجازاً أو غلطاً.

٧) لعدم صحة إنشائه إلّا بلفظٍ خاص، فلو كان المقصود البيع و أنشأه بغير لفظ البيع لا يقع شيءٌ من الإجارة و البيع، لعدم قصد الاجارة، و عدم لفظ خاص معتبر في إنشاء البيع. فلا تقع الاجارة، لعدم قصدها، و لا البيع، لعدم إنشائه باللفظ المجعول آلة لانشائه.

ثم إنّه ربما يقال[1]: بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي و المكره، كما صرّح به في المسالك، حيث قال: «إنّهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله»[1].

---

١) غرضه أن الشهيد الثاني ﷺ جَعَل الإشكال ـ في صحة عقد الفضولي و المكره ـ عدم القصد إلى مدلول العقد، أي إنتفاء إرادة المدلول جدّاً. و ذلك أمّا في الفضولي فلعدم تمشّي قصد النقل و الانتقال منه، لعلمه بعدم ملكه لأحد العوضين، وعدم تأثير عقد غير المالك، فيمتنع أن يقصد التمليك و المبادلة، بل يكون تلفظه بالصيغة لقلقة لسانٍ، كإنشاء الهازل.

و أمّا في المكره فلأنّ الباعث له علىٰ الإنشاء توعيد المكرِه و الخوف من التضرُّر، فيلتجىء المكرَه إلىٰ الإنشاء تخلّصاً من عقوبة المكرِه فهو وإن كان مالكاً، لكن لا يريد المعاملة. و هذا معنىٰ إنتفاء القصد إلى مدلول العقد فيه.

هذا وجه ما ذكره الشهيد الثاني ﷺ. و فصّل صاحبُ الجواهر[2] ـ في بعض كلامه ـ بين الفضولي و المكره، فذهب إلى إنتفاء القصد في المكره ـ لولا الاجماع على صحة عقده المتعقب بالرضا ـ و تحققه في الفضولي، فراجع.

و كيف كان فناقش المصنف ﷺ في كلام المسالك بتحقق القصد الجدّي في كليهما، أمّا في الفضول فبأنّ كونه أجنبيّاً عن المال لا يمنع تمشّي القصد الجدّي إلى مدلول العقد، بأن يكون إنشاؤه جزء المؤثّر، و يتوقّف تمام تأثيره على لحوق إجازة المالك، هذا بحسب الثبوت، و أمّا بحسب الاثبات فسيأتي في بحث بيع الفضول إن شاء الله تعالى وفاء الأدلة بصحة عقد الفضول تأهُّلاً، و عدم سقوطه عن التأثير رأساً.

و أمّا في المكرَه فلأنّه قاصد جدّاً لمدلول العقد، و المنتفي في حقّه هو الأمر الرابع أعني به طيب النفس بما يُنشئه، و من المعلوم أنّ الرّضا بمضمون العقد من عوارض النفس و حالاتها. و هو أجنبي عن القصود الثلاثة المتقدمة.

«١» مسالك الافهام، ج ٣، ص ١٥٦

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٧

و فيه: أنّه[١] لا دليل على إشتراط أزيد من القصد المتحقق مدلوله في صدق[٢] مفهوم العقد.

مضافاً إلى ما سيجيء في أدلة الفضولي[٣].

و أمّا معنى ما في المسالك[٤] فسيأتي في إشتراط الاختيار[٥].

---

١) حاصله: أنّ القصد المقوّم لمفهوم العقد موجود في عقدي الفضولي و المكره، و لا دليل على إعتبار أزيد من ذلك، إذ المنتفي في عقد المكره هو الرضا، و يكفي لحوقه بالإنشاء، و لا يلزم مقارنته له. و المنتفي في الفضول هو إنتساب العقد إلى المالك، و يكفي فيه الاجازة المتأخرة.

و لا يخفىٰ أن نقاش المصنف في كلام الشهيد راجع إلى الصغرىٰ، بمعنىٰ أن ظاهر المسالك إنتفاء الارادة الجدية في الفضول و المكره فيبطل عقداهما. و ظاهر المصنف تحقق القصد الجدّي، و أنّ المنتفي شيء آخر وراء هذا القصد.

٢) متعلق بـ«المتحقق» يعني: لا دليل على إشتراط أزيد من القصد ـ الموجب لصدق مفهوم العقد ـ في عقد الفضولي و المكره.

و قد يقال: إنّ قوله: «في صدق» متعلق بقوله: «إشتراط» و المتعلق بـ«المتحقق» محذوف، يعني: القصد المتحقق في عقدي الفضول و المكره.

٣) من قيام الدليل على كفاية هذا المقدار من القصد الموجود في الفضولي، و هو الاجماع على صحة نكاح الفضولي و بيع المكره بحق، فراجع (ص ٢٦٨ و ٤٠٧).

٤) يعني: هل يكون مراد الشهيد الثاني إنتفاء القصد الثاني و هو الإرادة الاستعمالية، أم مراده إنتفاء القصد الثالث و هو الإرادة الجدية، أم مراده إنتفاء الرّضا بالمُنشأ؟

٥) سيأتي هناك في جملة كلامه: «و غير ذلك ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع، و عدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنىٰ من الكلام» فراجع (ص ١٦٥).

هذا ما يتعلق بأصل إعتبار القصد الجدّي للمضمون، و سيأتي الكلام في ما رتّبه عليه المحقق التستري.

و اعلم أنّه ذَكَرَ بعضُ المحققين ممّن عاصرناه«١» كلاماً في هذا المقام[١]، في أنّه[٢] هل يعتبر تعيين المالكين اللّذين يتحقق النقل و الانتقال بالنسبة إليهما؟ أم لا[٣]. و ذَكَرَ أنّ في المسألة أوجهاً و أقوالاً، و أنّ المسألة في غاية الاشكال،

هل يعتبر تعيين المالكين في العقد أم لا؟

١) أي: في مسألة إعتبار قصد مدلول العقد.

٢) متعلق بـ «كلاماً» و «في هذا» متعلق بـ «ذَكَر».

٣) حاصل هذا البحث: أنّه هل يعتبر ـ مضافاً إلى قصد مدلول العقد ـ تعيينُ مالكي العوضين، بمعنىٰ أن يعيِّن البائعُ المباشرُ للايجاب مالكَ المبيع الذي يبيع له، و أن يعيِّن المباشرُ للقبول مالكَ الثمن الذي يشتري له.

ثم على فرض إعتباره هل يلزم تعريفه للمشتري، و كذا تعريف المشتري للبائع أم لا. فهنا مقامان.

و لا بأس ببيان صورة إجمالية عمّا فصّله المحقق التستري في المقام، قبل الأخذ في شرح كلماته، فنقول: إنّ المراد من التعيين قصدُ وقوع المعاملة بين جزئيين حقيقيين خارجيين، كما في بيع كتاب زيد بدينار عمرو، فتتحقق المعاوضة بين مملوكين شخصيّين لمالكين معيّنين.

و لعلّ الداعي إلى تعرُّض هذا البحث هو: أنّ عناوين المعاملات متقومة بالقصد الجدّي إلى مضامينها كما تقدم في صدر المسألة، ففي البيع مثلاً لابدّ من قصد مبادلة مال بمالٍ، أو قصد تمليك عين بمال، و هل يكفي هذا القصد أم لابدّ من قصد آخر، و هو قصد وقوع البيع لمالك المبيع و الثمن؟ بدعوىٰ أنّ الملكية نسبة بين المالك و المملوك، أو إضافة بينهما، و لمّا كانت النسبة متقومة بالمنتسبين و لم يعقل التمليك المطلق أو المهمل، فلابدّ من قصد آخر و هو تعيين طرفي الملكية من المالك و المملوك.

و هذا البحث و إن كان جارياً في مطلق البيوع، سواء أكان العاقد مالكَ

«١» هو المحقق الشيخ أسد الله الشوشتري في مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ١٢ و ١٣

و أنّه قد إضطربت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه. ثم قال: «و تحقيق المسألة: أنّه إن توقّف[1] تعيُّن المالك على التعيين

أحد العوضين أم وكيلاً عنه أم وليّاً عليه، و سواء أكان العوض شخصياً أم كليّاً في الذمة، و سواء أكان الكلي مضافاً إلى ذمة شخص معيّن ـ ككتاب المكاسب في ذمة زيد ـ أم مضافاً إلى ذمم جماعة بأن يكون الكتاب الكلي في ذمة كل من زيد و عمرو و بكرٍ، إلّا أنّ عمدة الثمرة تظهر في بيع الكلّي فيما كان العاقد وليّاً على جماعةٍ يملك كل واحد منهم سلعةً مماثلةً لسلع الآخرين، أو وكيلاً عن جماعة كذلك.

فأمرُ التعيين سهل في موردين، و هما: العقد على العين الشخصية، و العقد على الكلي المضاف إلى ذمةٍ معيّنة كالكتاب في ذمة زيدٍ، حيث يقع البيع بالنسبة إلى مالك العين الخارجية و مالك الكلي.

و أمّا إذا كان العاقدُ وكيلاً عن جماعةٍ فهل يصح أن يبيع الكتاب الذي في ذمة موكِّله ـ من دون تعيين مصداق عنوان «الموكَّل» مع فرض تعدد الموكِّلين ـ أم لابدّ من قصد شخصٍ خاص يضاف الكلي إلى ذمته. و هكذا الحال إذا أنشأ العاقدُ البيعَ للفرد المبهم كعنوان «أحد الموكِّلين» المنتشر في كل واحدٍ منهم.

و يجري هذا البحث بالنسبة إلى الولي على جماعة كالأب و الجد و الحاكم الشرعي إذا كانوا أولياء على جماعةٍ لهم سِلَع مماثلة.

و كذا الحال في طرف المشتري، إذا كان العاقدُ وليّاً على جماعة لهم أثمان متماثلة، أو كان وكيلاً عن جماعة كذلك، و سيأتي ذِكر بعض أمثلة المسألة، هذا.

١) فصّل المحقق التستري ﷺ بين كون العوضين شخصيين ـ مثل هذا الكتاب و هذا الدرهم ـ و بين كونهما كليّين، و قدّمَ البحث عن حكم ما إذا كان العوضان كليين أو أحد العوضين كلياً و الآخر جزئياً. و أمثلة هذه الصورة كثيرة، نذكر بعضها:

الأوّل: أن يكون العاقدُ وكيلاً عن زيد و عمروٍ و بكرٍ في بيع كتاب المكاسب ـ الكلّي ـ بدينار، و أن يكون وكيلاً عن كلٍّ من علي و حمزة و جعفر في شراء كتاب

.....

مكاسب بدينار، فالعاقد وكيل عن جماعة البائعين و المبتاعين.

الثاني: أن يكون وليّاً علىٰ الطرفين، كما إذا كان العاقدُ حاكماً شرعياً، و أراد بيع شيءٍ لكل واحد من المـفلّسين، و أراد شراء ذلك الشيء لكل واحد من أيتام ثلاثة بدينار.

الثالث: أن يكون العاقد ولياً على كلٍّ من البائع و المشتري، أو وكيلاً عنهما، إلّا أنّ كلّ واحد من العوضين قابل لأن يكون مَبيعاً أو ثمناً، كما إذا وكّل زيدٌ و عمروٌ بكراً في تبديل فرس لكلٍّ منهما بثورٍ، و وكّله علي و عبدالله في تبديل ثورٍ لكلٍّ منهما بفرس، ففي مثله يلزم العاقدَ رعايةُ أمرين:

أحدهما: تعيين مالك الفرس، و أنّه زيد أو عمرو، و كذا تعيين مالك الثور.

ثانيهما: تعيين أنّ البائع مالك الفرس أو أنّه مالك الثور، فلا يكفي أن يـقول: «ملّكتُ فرس موكّلي زيدٍ بثور موكّلي عبدالله» و ذلك لاختصاص بعض الأحكـام بعنوان البائع و المشتري، كخيار الحيوان الثابت للمشتري، فلابدّ من تمييز أحـدهما عن الآخر، بأن ينوي كونَ مالك الفرس هو البائع، و مالك الثور هو المشتري، ليكون الخيار له، لا للبائع.

و يمكن التمثيل له أيضاً ببيع الصرف إذا كان العاقد وكيلاً في الإنشاء والقبض، فتوكّلَ عن جماعة لهم دنانير يريدون تحويلها دراهم، و توكّلَ عن جماعةٍ آخرين لهم دراهم يريدون تبديلها دنانير.

هذا بعض أمثلة بيع الكلي في ذمة جماعة يصلح العقد لإنتسابه إلى كل واحد منهم.

و الذي أفاده المحقق التستري ﷺ أنّ بيع الكلي لا يخلو من أحد فروض ثلاثة، يصح العقد في إثنين منها، و يبطل في الثالث، و هي:

الأوّل: أن يعيّن العاقد مَن يبيع له و مَن يشتري له، إمّـا بـالقصد، و إمّـا بـه

حال[١] العقد، لتعدُّد[٢] وجه وقوعه الممكنِ[٣] شرعاً، اعتُبر تعيينه في النيّة، أو مع التلفظ به أيضاً،

و بالتلفظ به، كما إذا قال الوكيل عن جماعةٍ في بيع كتاب المكاسب بدينار: «بعتُ كتاب المكاسب الكلّي في ذمة موكّلي زيد، بدينارٍ في ذمّة موكّلي في الشراء عليٍّ» و هذا صحيح بلا ريب.

الفرض الثاني: أن يُطلق العاقد و لا يُعيِّن شخصاً معيّناً من الموكِّلين أو المولّىٰ عليهم، ولكنه قاصد لتعيينه بعد العقد، كما اذا قال: «بعتُ كتاب المكاسب في ذمة موكِّلي، بدينار في ذمة موكِّلي» و هذا باطل.

الفرض الثالث: أن يُطلق العاقد و لم يكن قاصداً حين العقد لتعيين البائع و المشتري بعد العقد، ولكن يحكم العرف بانصراف إطلاق الإنشاء إلى شخص معيّنٍ من الموكِّلين، أو إنصرافه إلى وقوعه عن نفس العاقد. و هذا صحيح أيضاً.

هذه فروض المسألة، و إستدلّ المحقق التستري ﷺ بوجوه ثلاثة على إعتبار التعيين، و سيأتي بيانها.

١) متعلق بكلٍّ من «التعيُّن و التعيين» على نهج التنازع.

٢) علّةٌ لتوقف التعيُّن على التعيين حال العقد، يعني: أنّ لزوم التعيين ينشأ من قابلية البيع لوقوعه لكلِّ شخصين من الطائفتين، بأن يكون البائعُ أحدَ الموكِّلين في البيع، و يكون المشتري أحدَ الموكِّلين في الشراء. و الوجه في هذه القابلية تعدد أفراد الموكِّلين في البيع و الشراء، بحيث يكون لكل واحد منهم عوض مماثل لما يملكه الآخرون، و من المعلوم أنّ مالك الكلي لا يتعيّن حال العقد إلّا بالتعيين حينه إمّا بالنية مع التلفظ بها، أو بالنيّة المجردة. و قد تقدم مثال ذلك بقولنا في الفرض الأوّل: «أن يعين العاقد مَن يبيع له و مَن يشتري له إمّا بالقصد ... الخ».

٣) صفة لـ «وجه» و قد عرفت وجه صلاحية العقد لوقوعه عن كل واحد من الموكلين في البيع و الشراء.

كبيع الوكيل و الولي العاقد عن إثنين في بيع[١] واحد، و الوكيل عنهما، و الولي عليهما في البيوع المتعددة، فيجب[٢] أن يُعيِّنَ مَن يقع له البيعُ و الشراء، من نفسه[٣]، أو غيره[٤]. و أن يميِّز[٥]

---

١) هذا و قوله: «في البيوع المتعددة» متعلقان بـ «العاقد» و غرضه أنّه عند تعدد الموكِّلين لابدّ من التعيين، سواء أنشأ الوكيل عقداً واحداً عن الطرفين، أم أنشأ عقوداً متعددة. فمثال العقد الواحد هو: ما إذا وكّل زيدٌ و عمروٌ بكراً في أن يبيع عن كل منهما منّاً من الحنطة في ذمته، و وكّله عليٌّ و عبدالله في شراء مَنٍّ من الحنطة بدينار في ذمته. فإنْ عيّنَ الوكيلُ البائعَ بأنّه زيد، و المشتري بأنه عبدالله صحّ، و وقع البيع و الشراء لهما. و إن لم يعيِّن، و قال: «بعتُ منّاً من الحنطة في ذمّة موكِّلي في البيع، بدينارٍ في ذمة موكِّلي في الشراء» لم يصح.

و مثال البيوع المتعددة: أن يُنشِيء الوكيل بيعين بلا إضافةٍ إلى موكِّلٍ معيّنٍ، بأن يقول مرّتين: «بعتُ منّاً من الحنطة عن موكِّلي، بدينار في ذمة موكِّلي» فإنّه لا يصح من جهة الإبهام، و عدم إضافة الكلّي إلى ذمة معيّنة.

هذا حال الوكيل عن إثنين. و كذا الحال في الوكيل عن جماعةٍ إذا أنشأ العقد بعدد الموكّلين بدون تعيين أشخاصهم.

٢) جواب الشرط في قوله: «ان توقف» و المراد بالوجوب الوضع، و هو إشتراط صحة البيع بالتعيين.

٣) بأن يقول: «بعتُ منّاً من الحنطة التي هي في ذمة موكِّلي زيدٍ من نفسي بدينار» فيكون العاقد وكيلاً في الايجاب، و أصيلاً في القبول. و لا مانع منه.

٤) هذا الغير إمّا موكِّلوه في البيع أو الشراء، أو غيرهم، كما إذا اشترىٰ لولده الصغير الذي يلي أمره، أو إشترىٰ لشخصٍ آخر فضولاً، فيتوقف على الإجازة.

٥) معطوف على «أن يعيِّن» و هذا إعتبار أمر آخر زيادةً على تعيين طرفي العقد، و مورده قابلية كل واحد من العوضين للاتصاف بعنوان المبيع و الثمن، فيكون

البائع من المشتري إذا أمكن[١] الوصفان في كلٍّ منهما.

فإذا عيّن[٢] جهةً خاصّةً تعيّنتْ.

و إن[٣] أطلق، فإن[٤] كان هناك جهةٌ يُصرف إليها الإطلاق كان[٥] كالتعيين، كما لو دار الأمر بين نفسه و غيره، إذا[٦] لم يقصد الإبهام و التعيين بعد

مالكاهما ـ بالتبع ـ قابلين لإنطباق عنوان «البائع و المشتري» عليهما أيضاً. و قد ذكرناه (في ص ١٠٥) بقولنا: «الثالث أن يكون العاقد وليّاً على كلٍّ من البائع والمشتري ... الخ» فراجع.

١) و أمّا إذا لم يمكن إجتماع الوصفين في واحدٍ فحكمه واضح، لحصول التميز الواقعي بكون مالك العروض بائعاً و مالك النقد مشترياً.

٢) هذا شروع في بيان فروض المسألة عند تعدد الموكّلين أو المولّىٰ عليهم، والفرض الأوّل هو التعيين، و قد تقدم بيانه في (ص ١٠٥) بقولنا: «الأوّل: أن يعين العاقد من يبيع له و مَن يشتري له ...».

٣) معطوف على «فإذا عيّن» و لعدم التعيين فرضان تقدما في (ص ١٠٦) ونشير إليهما مرّةً أُخرىٰ.

٤) هذا أوّل فرضي الإطلاق، و قوامه بالإهمال بأن لا يكون قاصداً للترديد حين العقد، و فُرِض إنصرافُ الإطلاق إلى نفس العاقد، أو إلى أحد الموكّلين ـ مثلاً ـ بالخصوص.

٥) أي: كان الاطلاق كالتعيين، إذ عند دوران العقد بين وقوعه لنفسه و لغيره ينصرف إطلاقه إلىٰ وقوعه لنفسه، لتوقف إنتسابه الى الغير على مؤونةٍ ثبوتاً و إثباتاً.

٦) قيد للإنصراف إلى النفس، إذ لو قصد الإبهام و الترديد بين نفسه و غيره حين العقد و أراد التعيين بعد العقد، لم ينصرف الاطلاق ـ مع هذا الشرط ـ إلى نفسه، بل يقع البيع باطلاً.

العقد، و إلّا[١] وقع لاغياً.

و هذا جارٍ في سائر العقود من النكاح و غيره[٢].

و الدليل على إشتراط التعيين و لزوم متابعته في هذا القسم[٣]: أنّه

---

١) أي: و إن قصد الترديد حين العقد، و التعيينَ بعدَه وقع العقدُ لاغياً. و على هذا فالمعتبر في إنصراف الاطلاق خلوُّه عن كلٍّ من قصد التعيين للنفس أو للغير، و من قصد الإبهام.

٢) كالإجارة مثلاً، كما إذا وكّل زيدٌ و عمروٌ و بكرٌ خالداً في إجارة داره لمدة سنة بمائة دينار مثلاً ـ مع فرض تماثل الدور و تساوي أُجورها ـ و وكّله ثلاثة آخرون في إستيجار دورٍ، أُجرةُ كلٍّ منها مائة دينار. فإنْ أنشأ بمثل «آجرتُ دار أحد الموكلين، بمائة دينار لأحد الموكلين في الاستيجار» بطل. و إنْ عيّن الطرفين صحّ.

و أمّا في النكاح، فكما إذا وكّلتْ هندُ و زينب و سمية زيداً في التزويج من أشخاص موصوفين بصفات معيّنة، و وكّله رجالٌ ثلاثة في تزويج نساء معلومة وصفاً و خلقاً، فإن قال: «زوّجت موكّلتي من موكّلي» بطل، لإمكان التطبيق على كل واحد منهم، و على كلّ واحدة منهن. و إن عيّن الموكِّل و الموكّلة صحّ. و هكذا

٣) و هو كون العقد صالحاً لوقوعه على وجوهٍ عديدة، لعدم معيّنةٍ للاطلاق، و ملخّص ما أفاده في الدليل على وجوب التعيين يرجع الى وجوه ثلاثه:

الأوّل: عقلي، و حاصله: أنّه لولا التعيين لزم بقاء الملك بلا مالك، إذ البيع يفيد الملكية، فإذا لم يعيّن المشتري لزم صيرورة المبيع ملكاً بلا مالك. و كذا بالنسبة إلى الثمن، مع أن المملوكية و المالكية من المتضايفات، فلا يعقل إعتبار المملوكية بدون المالكية.

الثاني: شرعي، و حاصله: أنّه قام الاجماع على بطلان العقد بعدم الجزم، و هو التردُّد في المنشأ بجميع خصوصياته التي منها المالك. فلو سلّم إمكان الملك بلا مالك معيّنٍ لزم التردد من حيث المالك، و هو مبطل للعقد إجماعاً.

لولا ذلك[١] لزم بقاء الملك بلا مالك معيّنٍ في نفس الأمر، و أن[٢] لا يحصل الجزم بشيءٍ من العقود التي لم يتعيّن فيه العوضان، و لا بشيءٍ[٣] من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك، و فساد ذلك[٤] ظاهر.

و لا دليل[٥] على تأثير التعيين المتعقب

الثالث: شرعي أيضاً، و حاصله: أنّه لو أغمضنا عمّا ذكرنا من الدليلين المذكورين نقول: إنّه لا دليل على الصحة بدون التعيين، لانصراف أدلتها إلى صورة التعيين لشيوعها فيرجع فى غيرها إلى الأصل، و هو أصالة الفساد.

١) أي: لولا التعيين. و هذا إشارة إلى الدليل الأوّل، و هو مقتضىٰ المعاوضة في الملكية عقلاً.

٢) معطوف على «لزم» و هذا هو الدليل الثاني، أعني به إعتبار الشارع الجزمَ ـ حين الانشاء ـ بالمنشأ بجميع ملابساته.

٣) عدمُ الجزم بأحكام البيع مترتب على عدم تعيُّن موضوعها من العوضين و مالكيهما، فلو تعيّنا حصل الجزم بالأحكام من وجوب إقباض المبيع، و الخيار و نحوهما.

٤) أي: و فسادُ العقد الفاقد للجزم بخصوصيات المُنشأ ظاهر، لما عرفت من الاجماع على إعتبار الجزم في العقود.

٥) يعني: و أنّه لا دليل على تأثير التعيين بعد العقد، و هذا دليل ثالث علىٰ إعتبار التعيين.

و يمكن جعل هذه العبارة تتمة للدليل الثاني. فيكون الدليل على إعتبار التعيين في كلام صاحب المقابس الوجهين الأوّلين. و تقريب كون قوله: «و لا دليل» تتمةً هو: أنّه ربما يورد على إعتبار الجزم في العقود بأن الجزم بالمنشأ و خصوصياته و إن كان إجماعياً، إلّا أنّ المعتبر هو مطلق الجزم سواء أكان حال الانشاء أم بعده. و عليه فلو أطلق العقد و أبهَمَ و قَصَدَ تعيينَ من يقع له العقد بعده صحّ و لم يقع لغواً،

و لا[١] على صحة العقد المبهم، لانصراف[٢] الأدلة إلى الشائع المعروف من الشريعة و العادة، فَوَجَبَ الحكمُ بعدمه[٣].

و علىٰ هذا[٤] فلو إشترىٰ الفضولي لغيره في الذمة، فإن عيّنَ ذلك الغير تعيّن، و وقفَ على إجازته، سواء تلفّظ بذلك أم نواه. و إن أبهم مع قصد الغير

لتعقبه بالجزم بالعوضين و المالكين. و هذا المقدار من الجزم كافٍ في صحة العقد.

و أجاب عنه صاحبُ المقابس باعتبار مقارنة الجزم للإنشاء، و لا يُجدي تعقبه به، و ذلك لأنّ أدلة الإمضاء ـ كحلّ البيع و الأمر بالوفاء بالعقود ـ و إن كانت شاملة لكلٍّ من العقد المقارن للجزم و للمتعقب به، إلّا أنّها منصرفة إلى العقود الشائعة المتداولة في الخارج، و هي الّتي يتقدم فيها الإيجاب علىٰ القبول مثلاً، و يكون المُنشِيء جازماً حين الانشاء. و عليه فلا يبقىٰ دليل على إمضاء العقد الفاقد للجزم حينه و إن تعقّبه، فيحكم ببطلانه، لأصالة الفساد و من المعلوم أنّ الشيء لا ينقلب عمّا وقع عليه، فلا ينقلب العقد الفاسد صحيحاً، هذا.

١) هذا ليس مطلباً آخر، بل الغرض إبهام العقد، و تعقيبه بالتعيين.

٢) تعليل لقوله: «و لا دليل» و قد عرفته آنفاً.

٣) أي: عدم تأثير التعيين المتعقب، لأصالة الفساد الجارية في المعاملات.

٤) أي: و بناءً علىٰ إعتبار التعيين و عدم صحة العقد المبهم، فلو إشترىٰ ... الخ. و غرضه تطبيق كبرىٰ ما أفاده على مثالٍ، و هو: أنّ الفضول لو إشترىٰ من زيدٍ كتاباً بدينار كلّيٍّ في ذمة شخصٍ، فإنْ عيّنه حال العقد بالنية أو بها و بالتلفظ به كأن يقول: «إشتريتُ هذا الكتاب بدينار في ذمة عمروٍ» صحّ العقدُ مراعىٰ بإجازة عمرو، فإن أجاز تمّ الشراءُ له، و إن لم يجز بطل. و إن لم يُعيّنه بل قال: «إشتريتُ هذا الكتاب بدينارٍ في ذمة غيري» و لم يقصد شخصاً معيّناً بطل، و لا يُنتظر وجودُ مجيز خارجاً.

كما لا سبيل لتصحيح العقد بأن يقع الشراء لنفس الفضول، و ذلك لظهور لفظ «غيري» في المنع عن صرف الإطلاق إلى نفسه.

بطَلَ، و لا يوقف[١] إلى أن يوجد له مجيز» إلى أن قال[٢]: «و إن[٣] لم يتوقف تعيُّن المالك على التعيين حال العقد، بأن يكون العوضان

---

١) يعني: و لا يُحكم بكون هذا العقد معلّقاً على أن يوجد له مجيز حتى تنكشف الحال من أنه يجيز أو يردّ.

٢) يعني: قال المحقّقُ التستري في المقابس.

٣) معطوف على قوله (في ص ١٠٤): «ان توقف تعيُّن المالك على التعيين حال العقد» و هذا شروع في حكم صورة ثانية، و هي كون العوضين جزئيين خارجيين لاكليّين ذميّين كما كان في الصورة السابقة. كما إذا كان المبيع كتاب المكاسب المتعيّن خارجاً، و الثمن ديناراً معيّناً أيضاً، فقال مالكُ الكتاب أو وكيله: «بعتُ هذا الكتاب بهذا الدينار» فهل يلزم تعيين المالكين أم لا؟ فيه وجوه ثلاثة:

الأوّل: لزوم التعيين، إمّا بالتصريح بأن يقول: «بعتُك كتابي هذا بدينار» فيعيِّنُ البائعَ بضمير التكلم، و المشتريَ بضمير الخطاب. و إمّا بالإطلاق لا بالتصريح، لكفاية الإطلاق ـ المنصرف إلى المالكين ـ في مقام الإثبات، فيحكم بوقوع العقد لهما، فيصحّ أن يقول: «بعتُ كتابي هذا بهذا الدينار».

الثاني: عدم لزوم التعيين بالقصد أو باللفظ، فيكفي كون العوضين الجزئيين ـ المملوكين لهذين المتعاملين ـ في وقوع العقد لهما. و لا يقدح في صحة هذه المعاملة ووقوعها للمالكين التصريحُ بالخلاف، بأن يقول العاقد: «بعتُ هذا الكتاب ـ المملوك لزيدٍ ـ عن عمروٍ بدينار بكرٍ لخالدٍ» مع أنّ عمرواً و خالداً أجنبيان عن العوضين بالمرّة. و على كلٍّ فالبيع لو صحّ فقد وقع بين المالكين و هما زيد و بكر، و يلغو التصريح باسم عمروٍ و خالدٍ.

الثالث: التفصيل بين الإطلاق و التصريح بالخلاف، فيصحّ في الأوّل، و يبطل في الثاني. و يظهر مثاله من الوجهين المتقدمين. ولكل واحد من هذه الاحتمالات الثلاثة وجهٌ سيأتي بيانه.

معيّنين[١]، و لا يقع العقد فيهما علىٰ وجهٍ يصحّ إلّا لمالكهما، ففي وجوب التعيين أو[٢] الإطلاق المنصرف إليه[٣]، أو عدمه[٤] مطلقاً، أو التفصيل[٥] بين التصريح بالخلاف[٦]، فيبطل، و عدمه[٧] فيصح، أوجهُ[٨]. أحوطها [أقواها[٩]] الأخير[١٠]،

---

١) المراد من المعيّن هو الجزئي الخارجي، في قبال الكلي المضاف إلى ذمّةٍ معيّنةٍ.

٢) ظاهر العطف كون الإطلاق إحتمالاً آخر في مقابل وجوب التعيين، لكنه ليس بمرادٍ، بل المراد التعيين إمّا بالتصريح به، و إمّا بالتعويل علىٰ الإطلاق المنصرف إلى المالكين، فقوله: «أو الاطلاق» بيان أحد عدلي الواجب التخييري. و على كلٍّ فقد تقدم آنفاً مثال التعيين و الاطلاق.

٣) الضمير راجع إلى «المعيّن» المستفاد من «التعيين».

٤) بالجر معطوف على «وجوب التعيين» و ضميره راجع إلى الوجوب، و هذا إشارة الى الإحتمال الثاني. يعني: أنّ تعيُّن المالكين واقعاً مغنٍ عن التعيين بالتصريح أو بالإطلاق، بل لا يقدح التصريح بالخلاف.

٥) بالجرّ معطوف على «وجوب التعيين» يعني: التفصيل ـ في وجوب التعيين ـ بين التصريح بالخلاف ... الخ. و هذا إشارة إلى ثالث الإحتمالات.

٦) أي: خلاف ما تقتضيه المعاوضة من كون البيع لمالك المبيع، و الشراء لمالك الثمن، فيبطل مع التصريح بالمنافي.

٧) بالجرّ معطوف على «التصريح» أي: و عدم التصريح بالخلاف، فيصحّ العقد، و يؤخذ بمقتضىٰ إطلاقه، من وقوعه للمالكين.

٨) مبتدأ مؤخر لقوله: «ففي وجوب التعيين ...».

٩) كذا في نسخ الكتاب، ولكن في المقابس المطبوع «أحوطها».

١٠) و هو الصحة مع عدم التصريح بالخلاف، لوجود المقتضي للصحة و فقد المانع عنها.

و أوسطها الوسط[١]، و أشبهها بالقاعدة [للاصول][٢] الأوّل.

و في حكم المعيّن[٣] إذا ما عيّن المالَ بكونه في ذمة زيدٍ مثلاً.

أمّا المقتضي فهو الإطلاق المنصرف إلى المالكين. و أمّا عدم المانع فلأنّ المانع هو التصريح بما ينافي مقتضىٰ المعاوضة، و المفروض عدمه. بخلاف ما لو صرّح بالمنافي، لوقوع التدافع بين مقتضى المعاوضة و بين المصرّح به، و حيث لا مرجّح لأحدهما فيبطل العقد.

١) يعني: الصحة مطلقاً حتى مع التصريح بالخلاف. و وجه الصحة إقتضاء المعاوضة وقوع العقد لمالكي العوضين. و التصريح بالخلاف لغو لا أثر له، لمنع إنصراف العمومات، و هي مقدمة على أصالة الفساد.

٢) كذا في نسخ الكتاب، و الموجود في المقابس ما أثبتناه من قوله: «بالقاعدة» و المراد بالاصول أصالة الفساد و أصالة عدم ترتب الأثر، و عدم حصول النقل و الانتقال، لكن مرجع الجميع واحد، فالأولىٰ ما أثبته في المقابس من قوله: «بالقاعدة».

و على كلٍّ فوجه الأشبهية بأصالة الفساد هو إنصراف الأدلة الاجتهادية الى العقود الشائعة المتعارفة، لا النادرة التي تُنسب العقود فيها إلى غير المالكين.

٣) يعني: و في حكم العوض المعيّن. و غرضه بيان جريان الاحتمالات الثلاثة ـ المتقدمة في العوضين الشخصيين ـ في ما إذا كان العوضان أو أحدهما كليّاً في ذمّة شخص معينٍ. كما إذا توكّل عن زيدٍ في بيع كتاب المكاسب ـ الكلي ـ بدينار، و عن عمروٍ في شراء كتاب المكاسب بدينارٍ في ذمته، فيقال: إنّه هل يجب على الوكيل تعيينُ مَن يقع له البيع و مَن يقع له الشراء، بأن يصرّح باسمهما، أو يعوّل علىٰ الإطلاق بأن يقول: «بعتُ كتاب المكاسب بدينار» أم لا يعتبر التعيين أصلاً، بل لا يقدح التصريح بالخلاف، أم يفصّل بين الاطلاق و بين التصريح بالخلاف؟

و علىٰ الأوسط[١]: لو باع[٢] مال نفسه عن الغير وقع عنه، و لغا قصد كونه عن الغير.

ولو باع[٣] مال زيدٍ عن عمروٍ،

و كيف كان فالكلّي المضاف إلى ذمّة معيّنةٍ صورة ثالثة من صور المسألة، ولكنها متحدة حكماً مع العين الشخصيّة، هذا.

١) هذا متفرع على الاحتمالات الثلاثة في العقد علىٰ الأعيان الشخصية أو الكلية المضافة إلى ذمة شخصية كالمنّ من حنطة في ذمة زيد، أو كتاب المكاسب في ذمة عمرو، أو الدينار الكلي في ذمة بكر، و هكذا. و المذكور في المتن فروع أربعة تختلف أحكامها بحسب الاحتمالات الثلاثة المتقدمة، كما سيظهر.

٢) هذا هو الفرع الأوّل، و هو أن يبيع العاقدُ مالَ نفسه بدينارٍ بقصد أن يقع عن الغير، بمعنى دخول الدينار في ملك ذلك الغير، و خروج المال عن ملك العاقد، فبناءً على الاحتمال الثاني يصح البيع و يقع لنفسه، و يلغو التصريح بما يخالف مفهوم المعاوضة من دخول العوض في كيس مَن خرج عنه المعوّض.

و بناءً على الإحتمال الأوّل و الأخير يبطل، لفقد تعيين المالك البائع، بل وجود التصريح بالخلاف.

٣) هذا هو الفرع الثاني، بأن يبيع بكرٌ كتابَ زيد من خالد بدينار، علىٰ أن يدخل الدينار في ملك عمرو الأجنبي عن الكتاب، فبناءً على الاحتمال الثاني فصّل صاحبُ المقابس بين كون العاقد وكيلاً عن مالك الكتاب و بين كونه أجنبياً.

فإنْ كان وكيلاً عن زيدٍ في بيع كتابه صحّ البيعُ عنه، لا عن عمروٍ، فتؤثّر الوكالة في وقوع البيع لمالك المبيع، و يلغو التصريحُ بوقوعه عن عمروٍ.

و إن لم يكن وكيلاً عن زيدٍ كان إنشاءُ العاقد فضولياً، فإن أجاز زيدٌ بيع كتابه صحّ و وقع لنفسه، و إن ردّ بطل البيع. و على كلٍّ من الوكالة و الفضولية يلغو التصريح بوقوع البيع عن عمروٍ، لفرض كونه أجنبياً. هذا حكم المسألة بناءً

فإن كان وكيلاً عن زيدٍ صحّ عنه[١]، و إلّا[٢] وقف علىٰ إجازته.

ولو إشترىٰ[٣] لنفسه بمالٍ في ذمة زيد، فإن لم يكن وكيلاً عن زيدٍ وقع عنه[٤]، و تعلّق المال بذمّته، لا عن[٥] زيدٍ ليقف على إجازته. و إن كان وكيلاً

على الاحتمال الثاني.

١) أي: عن زيد، و وجه الصحة انتساب العقد إلى الموكّل بالوكالة.

٢) أي: و إن لم يكن العاقدُ وكيلاً عن زيد وقع البيعُ مراعىٰ إلى أن يجيز زيدٌ أو يردّ.

٣) هذا هو الفرع الثالث، و هو أن يشتري العاقد لنفسه شيئاً بثمنٍ كلّيٍّ مضافٍ إلى ذمة زيدٍ، فيقول للبائع: «إشتريتُ هذا الكتاب لنفسي بدينار في ذمّة زيد» فبناءً على الاحتمال الثاني فصّل صاحبُ المقابس بين كون المشتري وكيلاً عن زيد و بين عدم وكالته.

فإن لم يكن وكيلاً صحّ البيعُ لنفسه، و إستقرّ الثمن على ذمته، لأنّ التصريح بإضافة الشراء للنفس يُلغي وقوعَ الشراء لزيد، فكأنّه لم يتلفّظ به أصلاً، ضرورة عدم العبرة بالتصريح بالخلاف، و عدم وجوب تعيين المالك كما هو فرض الاحتمال الثاني. و لا تصل النوبة إلى إحتمال وقوع الشراء فضولياً عن زيد ليتوقف على إجازته أوردّه.

و إن كان وكيلاً عن زيد في شراء الكتاب مثلاً احتمل أحد أُمور:

الأوّل: بطلان العقد رأساً، و عدم وقوعه لنفسه و لا لموكّله.

الثاني: صحته عن نفسه.

الثالث: صحته عن موكّله، و سيأتي وجه كلٍّ منها.

٤) أي: عن نفس العاقد، بمقتضىٰ الإضافة إلى النفس.

٥) معطوف على «عنه» أي: لم يقع الشراء لزيدٍ، لانتفاء الاذن المصحّح لإضافة العقد إلى الآذِن، مضافاً إلى وجود المانع و هو إضافة الشراء إلى النفس.

فالمقتضي[١] لكلٍّ من العقدين[٢] منفرداً موجود، و الجمع بينهما يقتضي إلغاء أحدهما، و لمّا لم يتعيّن[٣] احتمل البطلان، للتدافع. و صحته[٤] عن نفسه، لعدم

---

١) هذا وجهُ بطلان الشراء رأساً، و هو وجود مقتضيين متدافعين، مع عدم مرجِّحٍ لأحدهما على الآخر. أمّا المقتضى لوقوعه عن نفسه فهو إشتراؤه لنفسه، و مقتضىٰ المعاوضة كون الثمن في ذمة نفسه، فيكون الشراء له بعوضٍ في ذمّته. و أمّا المقتضي لوقوعه عن زيدٍ الموكِّل له فهو جعل الثمن في ذمة زيد بمقتضىٰ وكالته عنه بالفرض. و مقتضى المعاوضة كون الشراء لزيدٍ.

و الجمع بين المقتضيين متعذر، إذ الكتاب الشخصي إمّا أن يدخل في ملك الوكيل، أو الموكِّل. و حينئذٍ فلابدّ من إلغاء أحدهما، و لمّا لم يتعيّن ما يُلغىٰ منهما ـ لعدم مرجح له، و من المعلوم إمتناع الترجيح بدونه ـ يقع التدافع بين المقتضيين، و يسقط كلاهما عن التأثير، و هذا معنىٰ البطلان رأساً.

٢) الأولىٰ أن تكون العبارة هكذا: «فالمقتضي لوقوع العقد لكلٍّ منهما منفرداً موجود».

٣) يعني: لم يتعيّن أحدُهما الملغىٰ، و وجه عدم تعيُّنه إنتفاء المرجِّح لتعيينه للإلغاء.

٤) بالرفع معطوفٌ على «البطلان» يعني: أُحتمل صحةُ العقد عن نفس العاقد، و هو الاحتمال الثاني، في قبال الاحتمال الآتي أعني صحته عن موكِّله.

و وجه صحته عن نفسه: عدم تعلُّق الوكالة بمثل هذا الشراء، فيقع عن نفسه، إذ الوكالة المتعارفة تقتضي إضافة العقد إلى خصوص الموكِّل، و عدم قصد دخول المبيع في ملك الوكيل مع خروج الثمن عن ملك موكِّله، فلمّا أضافه العاقدُ إلى نفسه و إلى غيره إنعقد لنفسه، لوجهين: أحدهما: الانصراف، و الآخر: ترجيح جانب الأصالة، و تلغو وكالته حينئذٍ.

تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء، و ترجيح[١] جانب الأصالة. و عن[٢] الموكِّل، لتعيُّن العوض في ذمة الموكِّل. فقصد كون الشراء لنفسه لغوٌ كما في المعيّن[٣].

ولو إشترىٰ[٤] عن زيدٍ بشيءٍ في ذمته فضولاً و لم يُجز فأجاز عمرو لم يصح عن أحدهما.

و قِس[٥] على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب.

---

١) بالجرّ معطوف على «لعدم» و ظاهره أنّه وجه آخر لإثبات صحة العقد عن الوكيل، إذ الترجيح منوط بشمول الوكالة لمثل هذا العقد حتى يُرجّح الوقوع عن النفس على الوقوع عن الموكِّل.

و الوجه الأوّل ناظر إلى قصور دليل الوكالة عن شموله لمثل هذا العقد، فلا يبقىٰ إلّا البطلان رأساً، أو الوقوع للنفس، و لمّا كان المقتضي لصحته لنفسه موجوداً إتّجه الالتزام به.

٢) معطوف على «عن نفسه» يعني: احتمل صحة البيع عن الموكِّل، لتعيُّن العوض في ذمته بتصريح الوكيل «في ذمة موكّلي و هو زيد» و قد تقدم أنّ تعيين المال الكلّي في ذمة شخصٍ معيّنٍ يكون بحكم الثمن الشخصي في كون التصريح بخلاف مقتضاه لغواً. و عليه فلا عبرة بإضافة الشراء إلى نفس الوكيل.

٣) يعني: كما في العوض المعيّن، حيث يلغو قصد الشراء أو البيع لغير مالكه.

٤) هذا هو الفرع الرابع، و هو أن يشتري الفضولُ شيئاً بثمنٍ في ذمة زيد، فلم يجز زيد، و أجازه عمرو. فيبطل البيع، و لا يقع لا لزيد و لا لعمروٍ.

أمّا عدم وقوعه لزيد فلردِّه للبيع و رفضه له.

و أمّا عدم وقوعه عن عمرو فلأنّ الفضول لم يقصد جعل الثمن في ذمته حتى تتمشّىٰ منه الإجازة و الردّ، فهو أجنبي عن العقد، و لا عبرة بإجازته.

٥) يعني: تجري الاحتمالات الثلاثة في كلّ ما كان أحد العوضين فيه كلّياً،

و لا فرق[١] على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النيّة المخالفة[٢] والتسمية[٣] و يفرق بينهما[٤] على الأخير. و يبطل الجميع[٥] على الأوّل»[١] إنتهى كلامه.

وعيّنه العاقدُ، لكن صرّح بما يخالفه. و تجري في غير البيع أيضاً، كالوكيل في إيجار دار لزيدٍ بأُجرة معيّنةٍ في ذمته، ثم جَعَلَ المنفعةَ لنفسه أو لشخصٍ آخر غير زيد. والتخريج سهل بعد وضوح الضابطة.

١) غرض صاحب المقابس قدس سره من هذه الجملة أنّ أحكام الفروع الأربعة المتقدمة لا تختلف بناءً على تسليم الاحتمال الثاني ـ و هو عدم وجوب تعيين المالكين عند كون العوضين جزئيين أو كليين في ذمة معيّنين ـ سواء نوىٰ العاقد وقوع البيع لغير المالكين أم لا، و سواء تلفّظ بما نواه أم لم يتلفّظ به.

و أمّا بناءً على الاحتمال الثالث ـ و هو قدح التصريح بالخلاف ـ فيلزم التفصيل بين نيّة وقوع العقد لغير المالك فيصح، و بين التلفظ بوقوعه للغير، فيبطل، لمانعية التصريح عن الصحة.

و أمّا بناءً على الاحتمال الأوّل ـ و هو وجوب التعيين ـ فلا فرق في البطلان بين قصد غير المالك و بين التلفظ به، لاختلال شرط الصحة بكلٍّ من النية و القول.

هذه جملة من كلام صاحب المقابس في مسألة تعيين المالكين. و سيأتي كلام آخر منه في معرفة كل من المتعاقدين للآخر حتى يخاطبه بكاف الخطاب.

٢) بأن يقصد بيعَ كتاب زيدٍ عن عمرو بدينارٍ، ولكنّه لم يتلفظ به حين الانشاء.

٣) بأن يتلفظ بما نواه.

٤) أي: بين النية المخالفة و التسمية.

٥) لصدق عدم التعيين في جميع الفروع الأربعة، فيبطل.

«١» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ١٣

أقول:[1] مقتضى المعاوضة و المبادلة دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر، و إلّا لم يكن كل منهما عوضاً و بدلاً.

المناقشة في ما أفاده صاحب المقابس

١) ناقش المصنف ﷺ في ما تقدم من كلام صاحب المقابس بوجهين، أحدهما ناظر إلى الخدشة في لزوم التعيين في المبيع الكلي، و الآخر إلى المناقشة في الشخصي.

توضيح الوجه الأوّل: أنّ البيع «مبادلة مال بمال» و من المعلوم تقوّم مفهوم المعاوضة بقصد خروج المبيع عن ملك البائع إلى ملك المشتري، و خروج الثمن من كيس المشتري إلى ملك البائع. و إلّا فلو قصد مالكُ المبيع تمليك ماله لزيدٍ، و قَصَدَ المشتري تمليكَ ماله لشخص آخر غير البائع، لم تتحقق المعاوضة بين المالين، بل تحقّق تمليكان مجّانيان، و هذا أجنبيٌّ عن البيع. و عليه فمجرد قصد المعاوضة بين المالين كافٍ في صدق العنوان، و لايلزم إسناد البيع إلى مالكي العوضين. و هذا واضح في بيع الأعيان الشخصية.

و أمّا في الأعيان الكلّية فتعيين المالكين و إن كان مسلّماً، إلّا أنّه ليس شرطاً مستقلّاً زائداً على الشروط المتعارفة، بل لأجل توقف صدق «المبادلة بين مالين» على إضافة الكلّي إلى ذمةٍ معيّنةٍ، فإنّ العقلاء لا يعتبرون منّاً من الحنطة الكلّية مالاً ما لم يضف إلى ذمةٍ معيّنةٍ معتبرة تتمكّن من تسليمها إلى المشتري. و كذا الحال في الثمن الكلّي كالدينار.

و عليه فتعيين المالكين و قصد وقوع البيع لهما ـ أو التلفظ بما يقصده ـ مقوّم لمفهوم المعاوضة و المعاملة، إذ الإنشاء على الكليّ غير المضاف إلى ذمة معلومة ملحق عرفاً بالهزل، و ليس موضوعاً للأثر، كما إذا قال: «بعتُ عبداً بألف دينار» مع عدم قصده مالكي العبد و الدينار.

و الحاصل: أنّ ما يظهر من عبارة المقابس من جعل تعيين المالكين ـ في بيع الكلّيّات ـ شرطاً مستقلّاً في قبال سائر ما يعتبر في مفهوم المعاوضة، لا يخلو من شيء.

و على هذا[١] فالقصدُ إلى العوض و تعيينه يُغني عن تعيين المالك. إلّا أنّ ملكية العوض و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك[٢]، فإنّ من الأعواض ما يكون متشخّصاً بنفسه في الخارج كالأعيان[٣]. و منها ما لا يتشخّص إلّا بإضافته إلى مالكٍ كما في الذمم[٤]، لأنّ ملكية الكلّي لا يكون إلّا مضافاً إلى ذمةٍ[٥]. و إجراءُ[٦] أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المردّد بين شخصين فصاعداً غير معهود. فتعيّن الشخصِ في الكلّي إنّما يحتاج إليه لتوقف إعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين صاحب الذمة[٧].

فصحّ على ما ذكرنا[٨] أن تعيين المالك مطلقاً غير معتبر

---

١) أي: و على كون مقتضىٰ المعاوضة دخول كلٍّ من العوضين في ملك مالك الآخر.

٢) الأولىٰ أن يقول: «على إضافة العوض إلى شخص معيّن» في قبال: عدم إضافته إلى أحدٍ، و في قبال إضافته إلى شخص غير معيّن، حيث إنّ صاحب الذمة ليس مالكاً لما في ذمّته و إن كان يصحّ تمليكه إيّاه لغيره.

٣) يعني: الأعيان الشخصية الخارجية، كهذا الكتاب و ذلك الفرس، و كل ما هو متشخص موجود.

٤) تقدمت أمثلته مكرراً في شرح كلمات صاحب المقابس ﷺ.

٥) فليس منٌّ من الحنطة ملكاً لزيد إلّا باضافته إليه، فيبيعه سلفاً قبل الحصاد.

٦) بالرفع مبتدأ، و خبره «غير معهود» و غرضه أنّ تعيين مالك الكلّي الذمي إنّما هو لعدم إعتبار العقلاء ملكية الكلّي إذا تردّد مالكه بين زيد و عمروٍ و بكرٍ مثلاً. و لعلّ عدم إعتبارهم لأجل أنّه لا ماهية و لا هويّة للمردّد، كما هو واضح.

٧) لا لأجل تعبُّدٍ خاص وراءَ تقوُّم مفهوم المعاوضة به.

٨) من عدم إعتبار تعيين المالك ـ من حيث إنّه مالك ـ في صحة العقد، و إنّما الحاجة إلى تعيينه لكون الكلّي بدون إضافته إلى شخص لا يقبل المعاوضة.

سواء[١] في العوض المعيّن أو في الكلي. و أنّ[٢] إعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشقّ الأوّل[٣] من تفصيله إنّما هو لتصحيح ملكيّة العوض بتعيين مَن يُضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بَعدَ فرض كونه مالكاً، فإنّ مَن إشترىٰ لغيره في الذمة إذا لم يُعيِّن الغير لم يكن الثمن ملكاً، لأنّ ما في الذمة ما لم يُضف إلى شخصٍ معيّنٍ لم يترتب عليه أحكام المال من جعله ثمناً أو مثمناً.

و كذا الوكيل أو الولي العاقد عن إثنين، فإنّه إذا جعل العوضين في الذمة بأن قال: «بعتُ عبداً بألف» ثم قال: «قبلت» فلا يصير العبد قابلاً للبيع، و لا الألف قابلاً للإشتراء به حتّىٰ يُسنِد كُلّاً منهما إلى معيّنٍ أو إلى نفسه من حيث إنّه نائب عن ذلك المعيّن، فيقول: «بعتُ عبداً من مال فلان بألف من مال فلان» فيمتاز البائع عن المشتري.

و أمّا ما ذكره من الوجوه الثلاثة[٤] فيما إذا كان العوضان معيّنين

---

١) هذا بيان لقوله: «مطلقاً».

٢) معطوف على قوله: «ان تعيين المالك».

٣) المراد به ما أفاده صاحب المقابس ﷺ بقوله: «إنّه إن توقّف تعين المالك على التعيين حال العقد ... الخ». و مورده كليّة العوضين، و المراد من الأمثلة ما ذكره بقوله: «كبيع الوكيل إلى قوله في بيوع متعددة»، و ما ذكره بقوله أخيراً: «و على هذا فلو إشترىٰ الفضوليّ لغيره في الذمّة ...».

٤) من قول صاحب المقابس: «ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً أو التفصيل ... الخ» و هذا شروع فى الوجه الثاني من المناقشة في كلام المحقق التستري ﷺ، و هو ناظر إلى ما أفاده في الشق الثاني أعني به تعيّن العوضين خارجاً.

و ملخص إيراده على صاحب المقابس هو: أنّه مع تعيُّن العوضين في الخارج

فالمقصود[١] إذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت أنّ من لوازمها العقلية دخول العوض في ملك مالك المعوّض ـ تحقيقاً[٢] لمفهوم العوضية والبدلية ـ فلا[٣] حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما و إليهما العوضان.

و إذا لم يقصد[٤] المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد، فإنّ[٥] جعل العوض من عين مال غير المخاطب الّذي ملّكه المعوّض، فقال: «ملّكتُك فرسي هذا بحمار

إن قُصدت المعاوضة الحقيقية التي تستلزم عقلاً دخول العوض في ملك مالك المعوّض، فلا حاجة حينئذٍ إلى تعيين مالكي العوضين، لتعينهما بتعيُّن العوض والمعوض. و إن قصدت المعاوضة الصورية فلا ينعقد البيع أصلاً. فلا مورد لتثليث الوجوه في صورة تعيُّن العوضين خارجاً، لأنّه مع قصد المعاوضة الحقيقية ـ التي لازمها دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر ـ فقد عُيِّن المالكان قهراً بالملازمة. و معه لا معنى للترديد بين الوجوه الثلاثة. و مع عدم قصد المعاوضة الحقيقيّة فالوجوه كلها باطلة، و معه أيضاً لا معنى للترديد بينها.

١) جواب قوله: «و أما» و الأولىٰ تبديله بـ «ففيه» ليكون أظهر في الإيراد.

٢) متعلق بـ «دخول العوض».

٣) جواب قوله: «إذا كان» و قد تقدم توضيحه آنفاً.

٤) معطوف على «إذا كان» و هو شقّ آخر من المنفصلة، أي: عدم قصد حقيقة المعاوضة، و أنّه لا فائدة في تعيين البائع و المشتري حينئذٍ.

٥) الظاهر أنّه متفرّع على قصد المعاوضة الحقيقية، و حاصله: أنّه إذا قصد المعاوضة الحقيقية ـ ولكن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملّكه المعوّض ـ لم يقع البيع لخصوص المخاطب، لعدم تحقق مفهوم المعاوضة الحقيقية بالنسبة إليه. و أمّا وقوع البيع فضولياً لعمروٍ ففيه كلام يأتي في بيع الغاصب،و هو: أنّ المجاز غير المُنشأ، و المنشأ غير المجاز.

عمرو» فقال المخاطب: «قبلت» لم يقع[١] البيعُ لخصوص المخاطب، لعدم مفهوم المعاوضة معه. و في وقوعه إشتراءً فضولياً لعمروٍ كلام[٢] يأتي[٣].

و أمّا ما ذكره من مثال «مَن باع مال نفسه عن غيره»[٤] فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره. و الظاهر[٥] وقوعه عن البائع، و لغوية قصده عن الغير، لأنّه أمرٌ غير معقول[٦] لا يتحقق القصد إليه حقيقةً.

---

١) جواب قوله: «فان جعل».

٢) مبتدأٌ مؤخّر، خبره قوله: «و في وقوعه».

٣) سيأتي هذا البحث في المسألة الثالثة من بيع الفضولي بقوله: «ولكن يشكل في ما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير ... فلا مورد لإجازة مالك الدراهم... الخ».

٤) و هو ما ذكره صاحب المقابس ـ في التفريع على الاحتمال الثاني ـ بقوله: «وعلى الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه، و لغا قصد كونه عن الغير» والمصنف ﷺ و إن كان موافقاً له في حكم المسألة أعني وقوع البيع لنفس العاقد، ولغوية التصريح بوقوعه عن الغير. إلّا أنّ الظاهر إعتماد صاحب المقابس على مقام الإثبات، و هو الأخذ بأصالة الظهور في «بعتُ» في إرادة البيع لنفسه. و المصنف يعتمد على مقام الثبوت، و هو أن قصد المعاوضة الحقيقية يوجب عدم قصد وقوعها عن الغير، لتوقف المعاوضة الحقيقية على قصد خروج المبيع من ملك البائع الى ملك المشتري، و حلول الثمن محلّه، فلا يعقل القصد الجدّي لدخول الثمن في ملك الغير.

و بهذا ظهر أن المانع الثبوتي ـ أي عدم المعقولية ـ هو الموجب لوقوع البيع عن نفس العاقد، و لا تصل النوبة إلى مقام الاثبات حتى يحكم بوقوعه له رعايةً لجانب الأصالة.

٤) لأصالة الظهور في قوله: «بعتُ مالي» لظهوره في المعاوضة الحقيقية، و هي الوقوع للبائع المالك للمبيع.

٥) لأنه خلاف مقتضىٰ المعاوضة.

و هو[١] معنىٰ لغويته.

و لذا[٢] لو باع مالَ غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجيء[٣] و لا يقع عن نفسه أبداً.

نعم[٤] لو ملّكه فأجاز قيل: بوقوعه له، لكن[٥] لا من حيث إيقاعه أوّلاً لنفسه، فإن[٦] القائل به لا يفرّق

---

١) يعني: و عدمُ تحقق القصد إليه هو معنىٰ لغويّته.

٢) يعني: و لأجل عدم المعقولية لو باع مال غيره عن نفسه ـ كقوله: بعتُك كتاب زيد عن نفسي بدينار بأن يدخل الثمن في ملك العاقد ـ وقع للغير إن أجاز، تحقيقاً لمعنى المعاوضة، و لا وجه لوقوعه عن نفسه، لاقتضاء المبادلة دخول الثمن في ملك مالك المبيع، و بالعكس، فيلغو قصد وقوعه عن العاقد.

٣) يعني: في المسأله الثالثة من بيع الفضولي، و هي بيع الفضولي لنفسه.

٤) غرضه الاستدراك على قوله: «و لا يقع عن نفسه أبداً» ببيان صورة أُخرىٰ يُلتزم فيها بدخول الثمن في ملك نفسه، كما لو باع كتاب زيد لنفسه بدينار، ثم تملّك الكتاب من زيد بشراءٍ أو بهبة أو بإرث، ثم أجاز ذلك البيعَ الفضول، فقد قيل بصحة هذا البيع الفضولي بعد الإجازة، و دخول الثمن في ملك العاقد. لكن هذا القول لا ينافي ما تقدم من إقتضاء مفهوم المعاوضة دخول الثمن في ملك مالك المبيع.

وجه عدم المنافاة: أنّ تملكه للثمن في المثال المزبور لا يستند إلى إيقاع ذلك البيع الفضولي لنفسه، بل لكونه من قبيل «من باع شيئاً ثم ملكه» إذ القائل بالصحة بعد تملُّك مال الغير لا يفرّق بين المثالين، و هما: بيع مال الغير عن نفسه فضولاً، و بين بيعه عن مالكه فضولاً. و عدم الفرق كاشف عن لغوية قصد وقوع البيع عن نفسه. بل يقع عن مالكه، و بعد تملكه منه و إجازته يدخل الثمن في ملك العاقد.

٥) هذا توجيه الاستدراك، و قد ذكرناه بقولنا: «لكن هذا القول لا ينافي ...».

٦) تعليل لقوله: «لا من حيث» يعني: أنّ قصد وقوع بيع الغير عن نفسه لغوٌ

حينئذٍ[١] بين بيعه[٢] عن نفسه أو عن مالكه. فقصدُ وقوعه عن نفسه لغو دائماً، و وجوده كعدمه[٣].

إلّا[٤] أن يقال: إنّ وقوع بيع مال نفسه لغيره إنّما لا يعقل إذا فُرِضَ

على كلّ حال، و ذلك لأنّ القائل بالوقوع لنفسه يقول به سواء قصد العاقدُ وقوعَه لنفسه أم لمالك المبيع.

١) أي: حين القول بصحته.

٢) أي: بيع مال الغير.

٣) إذ لو كان هذا القصد مؤثّراً لزم الفرق بين قصد وقوعه لنفسه و للمالك، بأن يقال: إنّه عند قصد وقوعه لنفسه يقع له، و لا حاجة إلى الإجازة بعد تملكه للمبيع، لفرض وقوع البيع له. بخلاف ما لو أضافه إلى المالك، فإنّه يقع عنه، و لذا يتوقف على إجازة العاقد بعد تملكه للمبيع. و عليه فالحاجة إلى الاجازة في كلا الفرضين دليلٌ على لغوية قصد وقوعه لنفسه، و أنّه يقع لمالك المبيع خاصة.

٤) إستدراك على ما ذكره في الفرع الأوّل من قوله: «من باع مال نفسه عن غيره ... و الظاهر وقوعه عن البائع» و حاصله: أنّه لمّا كان بيعُ مال نفسه ظاهراً في إرادة المعاوضة الحقيقية ـ بأن يقع لنفسه ـ أمكن رفعُ اليد عن هذا الظاهر عند إتيانه بكلمة «بعتُ كتابي عن زيدٍ بدينار» و يقال بالبطلان بأحد إحتمالين:

الأوّل: عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، و أنّه لا يقع البيعُ للعاقد كما لا يقع عن زيدٍ، فهو إنشاءٌ لغو، فهو غير قاصدٍ من حين الإنشاء للمبادلة بين كتابه و الدينار، لكنّه يتشبّث بقرينةٍ مانعةٍ عن إضافة البيع إلى نفسه، و هي إضافته إلى زيد. و حينئذٍ لا وجه لما أفاده المصنف بقوله: «و الظاهر وقوعه عن البائع» وفاقاً لصاحب المقابس.

الاحتمال الثاني: أن يستند البطلان إلى عدم قصد المعاوضة الحقيقية، بأن يقصدها على وجه التنزيل و الإدّعاء، يعني: أنّ المالك عند ما يقول: «بعتُ كتابي عن زيد بدينار» يدّعي مالكية زيدٍ للكتاب تنزيلاً له منزلة نفسه، ثم يُنشِيء البيع،

قصدهُ للمعاوضة الحقيقية، لِمَ لا يجعل هذا[١] قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلةَ الحقيقية؟[٢] أو على[٣] تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع؟ كما سيأتي أن[٤] المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لا يتصوّر إلّا علىٰ هذا الوجه[٥].

فيستند البطلان إلى إنتفاء ركن العقد، و هو إضافة العوض إلى غير مالكه، و به تنتفي إرادة حقيقة المعاوضة.

و الحاصل: أنّه بناءً على كلا الاحتمالين يُحكم بفساد هذا البيع، و لا يصح ما تقدم من الجزم بوقوعه للبائع المالك، و لغوية قصد وقوعه عن الغير.

نعم سيأتي إبطال الاحتمال الثاني، و تقوية وقوعه عن المالك، فانتظر.

١) المشار إليه هو إضافة البيع إلى الغير ليقع عنه. و هذا إشارة إلى أوّل الاحتمالين المتقدمين في بطلان هذا الإنشاء.

٢) و من المعلوم أنّه لا بيع عند إنتفاء قصد المبادلة الحقيقية، فلا يقع لا عن نفسه و لا عن غيره. و قوله: «المبادلة» مفعول لقوله: «إرادته».

٣) معطوف على «على عدم» يعني: لم لا يُجعل إضافةُ البيع إلى الغير قرينةً على تنزيل ذلك الغير منزلة المالك إدّعاءً، و إن لم يكن مالكاً واقعاً؟ و هذا ثاني الاحتمالين المتقدمين آنفاً.

٤) سيأتي في المسألة الثالثة من بيع الفضولي ـ و هي بيع الغاصب لنفسه ـ التنبيه عليه غير مرّة، فقال في بعض كلامه: «فالأنسب في التفصّي أن يقال: ان نسبة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه من قوله: تملكتُ منك ... ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكاً للثمن إعتقاداً أو عدواناً، و لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن إلتزمنا بلغويته، ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة ... الخ» فراجع (ص ٥٨١).

٥) أي: على وجه التنزيل منزلة المالك الحقيقي، و إدّعاء كون نفسه هو ذاك.

و لا يخفىٰ أنّ ما أفاده في بيع الفضول ناظر إلى بيع مال الغير عن نفسه، بفرض

وحينئذٍ[1] فيحكم ببطلان المعاملة، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي.

و من هنا[2] ذكر العلامةُ و غيره في عكس المثال المذكور: «أنّه لو قال

نفسه مالكاً حقيقياً، و هذا عكس ما نحن فيه، و هو بيع مال نفسه عن غيره، و يشترك الأصل و العكس في تنزيل غير المالك منزلة المالك.

١) أي: و حين كون قصد وقوع البيع عن غير المالك قرينةً على إنتفاء إرادة المعاوضة الحقيقية ـ بأحد الوجهين المتقدمين ـ يُحكم ببطلان المعاملة، لا بوقوعها عن المالك.

٢) أي: و من عدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي في بيع مال نفسه عن الغير، حكَمَ العلّامة و غيره كالشهيد ﷺ ... الخ. قال في رهن القواعد: «ولو قال: بعه لنفسك، بطل الإذن، لأنّه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه». و قال في الدروس: «ولو قال: الراهن للمرتهن: بعه لنفسك لم يصح البيع، لأنّ غير المالك لا يبيع لنفسه»[1].

و ظاهره الإذن في البيع بعد تحقق العقد، لا بإشتراطه في ضمن العقد.

و كيف كان فغرض المصنف تأييد بطلان العقد المزبور بما ذكره جمعٌ في فرعين:

أحدهما: أن يقول الراهن للمرتهن: «بِع هذه الوثيقة لنفسك» فباعها المرتهن. و حكموا ببطلانه، و هو من موارد بيع مال الغير لنفس العاقد، لبقاء الرّهن على ملك الرّاهن بعدُ، و إذنه في البيع غير مصحِّح له.

ثانيهما: أن يدفع شخص مالاً إلى طالب طعام، و يقول له: «إشتر به لنفسك طعاماً» فيبطل، لأنّ الثمن بعدُ باقٍ على ملك الدافع، فلا يتمشّىٰ من المشتري قصدُ حقيقة المعاوضة، لأنّه المنتفع بالطعام، لا دافع الثمن.

«١» لاحظ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٢٧ ؛ الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٤٠٩

المالك للمرتهن: «بِعه لنفسك» بطَلَ، و كذا لو دفع مالاً إلى من يطلب [يطلبه][1] الطعام و قال: «إشتر به لنفسك طعاماً»[«1»] هذا.

ولكن[2] الأقوىٰ صحة المعاملة المذكورة، و لغوية القصد المذكور، لأنّه[3] راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لا جعلِه[4] أحد ركني المعاوضة[5].

و أمّا حكمهم[6] ببطلان البيع في مثال الرهن و إشتراء الطعام فمرادهم

و هذان المثالان عكس ما نحن فيه، و هو بيع مال نفسه عن الغير. لكن مناط البطلان في الجميع واحد، و هو إنتفاء القصد الجدّي للمعاوضة مع المالك الحقيقي. و سيأتي توجيه حكمهم في الكل.

١) كذا في النسخ، و الظاهر صحة ما أثبتناه، بحذف الضمير.

٢) هذا عدول عن قوله: «و حينئذٍ فيحكم ببطلان المعاملة» و غرضه تثبيت ما أفاده أوّلاً ـ جازماً به ـ من قوله: «و الظاهر وقوعه عن البائع، و لغوية قصده عن الغير» و توضيحه: أنّ القائل: «بعتُ كتابي عن زيد» إن قَصَدَ حقيقةَ المعاوضة بأن يدخلَ الثمنُ في ملك زيدٍ و يخرج الكتابُ عن ملك نفسه كان البطلان مسلّماً. و أمّا إذا قَصَدَ إضافة البيع إلى نفسه، و كان إضافته إلى زيدٍ لأجل حصوله على فائدة المعاملة بأن يدخل الدينارُ في ملكه بهبةٍ و نحوها لا بنفس هذا البيع، قلنا بصحته و وقوعه للمالك، و دخول الثمن في ملكه، ولو أراد تمليكه من زيدٍ توقّفَ على مملِّك آخر غير ذلك البيع.

٣) أي: لأنّ القصد المذكور ـ و هو الوقوع عن الغير ـ راجع إلى جعل فائدة البيع له.

٤) بالجر، معطوف على «إرادة».

٥) حتىٰ تبطل من جهة إضافة المال إلى غير مالكه.

٦) كأنّه يتوهّم أنّ حكم العلّامة و غيره ببطلان البيع ـ في مثال الرهن و اشتراء الطعام ـ ينافي صحة البيع و لغويّة قصد الغير.

«١» قواعد الاحكام، ج ٢، ص ٨٧؛ الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢١١

عدم وقوعه للمخاطب[١]، لا أنّ المخاطب إذا قال: «بعته لنفسي[٢] أو إشتريته لنفسي[٣]» لم يقع لمالكه إذا أجازه.

و بالجملة[٤]: فحكمهم بصحة بيع الفضولي و شرائه لنفسه و وقوعه للمالك يدلّ[٥] على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك.

ثم إنّ ما ذكرنا كله[٦] حكم وجوب تعيين كلٍّ من البائع و المشتري مَن يبيع له و يشتري له.

و دَفَعَ هذا التوهّم بقوله: «فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب ... الخ». و حاصله: أنّ مرادهم بالبطلان عدم وقوعه للمخاطب، لا مطلقاً ولو للمالك.

و لا يخفىٰ أنه قد سبق في رابع تنبيهات المعاطاة توجيه مسألة شراء الطعام بمال الدافع، و كيفية تملك المشتري له، فراجع «١».

١) فلا مانع من وقوعه للمالك، كالراهن و الدافع للمال في المثالين المزبورين.

٢) في مسألة بيع الرهن.

٣) في مسألة شراء الطعام.

٤) غرضه تأييد ما أفاده ـ من عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك في البطلان ـ بحكمهم في الفضولي بصحة البيع، و شرائه لنفسه، و وقوعه للمالك.

٥) خبر قوله: فحكمهم.

هذا تمام الكلام في المقام الأوّل مما حقّقه صاحب المقابس، و ما ناقش فيه المصنّف، وهو إشتراط البيع بتعيين مالكي العوضين. بأن يقصد الموجِبُ مَن ينتقل عنه المبيع، و أن يقصد القابلُ مَن ينتقل إليه المبيع، و يخرج الثمن من ملكه. و قد فصّل المصنف ﷺ بين العوض الكلّي و الشخصي. و يأتي الكلام في المقام الثاني.

٦) من قوله: «و اعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه» إلى هنا.

«١» هدى الطالب، ج ٢، ص ١٠٤ ـ ١٠٥

و أمّا تعيين الموجب لخصوص المشتري[1]

هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري، و القابل للبائع أم لا؟

١) غرضه تعيين كلٍّ من البائع و المشتري للآخر في مقام الإثبات، بمعنى علم الموجب بأنّ القابل يقبل لنفسه أو لغيره. و كذا علم القابل بأنّ الموجب يوجب لنفسه، أو لغيره مع معرفة ذلك الغير في كلا الموردين.

و هذا المقام يتكفل موضعين من البحث.

الأوّل: علم كل من المتعاقدين بالآخر. مثلاً: إذا قال زيد للمشتري: «بعتُك هذا الكتاب بدينار» فهل يعتبر في صحة البيع معرفة مخاطبه، و أنّ المشتري هو عمروٌ لا بكرٌ و خالد، لاحتمال أن يشتري عمروٌ لنفسه، أو لغيره وكالةً أو فضولاً؟ أم لا يعتبر ذلك.

و هل يعتبر معرفة المشتري بأنّ مالك الكتاب المريد لبيعه هو زيد المباشِر للعقد، أم أنّ البائع الحقيقي هو موكّل زيد، أو من يبيع له زيدٌ فضولاً، لاحتمال أن يبيع مال نفسه و غيره، أم لا يعتبر ذلك؟ في المسألة إحتمالان:

أحدهما: إعتبار تعيين كل من المتعاقدين للآخر مطلقاً، إلّا مع العلم بعدم إرادة خصوص المخاطب، كما لعلّه حال غالب البيوع، حيث لا يهمّ البائع إلّا أصل المعاوضة، و أمّا كون المشتري خصوصَ المخاطب بقوله: «بعتُك» أو موكّله أو مَن يلي أمره، فليس بمهمٍّ، فالمخاطَب بنظر البائع الموجِب هو الأعم من المشتري الحقيقي و الجعلي.

ثانيهما: عدم الاعتبار مطلقاً إلّا في مثل عقد النكاح، حيث إنّ لكلٍّ من الزوجين عناية خاصة بالآخر، فلو قالت هند لزيدٍ: «زوّجتك نفسي بكذا» لم تقصد موكّل زيد أو الصغير الذي لزيدٍ ولايةٌ عليه.

و ذهب صاحبُ المقابس إلى اعتبار التعيين في النكاح، و عدم إعتباره في البيع و نحوه، و سيأتي كلامه.

المخاطب و القابل لخصوص البائع، فيحتمل إعتباره[١]، إلّا في ما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكلٍّ من المتخاطبين، كما في غالب البيوع و الإجارات[٢]. فحينئذٍ[٣] يراد من ضمير المخاطب في قوله: «ملكتُك كذا أو منفعة كذا بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكاً حقيقيّاً أو جعليّاً، كالمشتري الغاصب، أو مَن[٤] هو بمنزلة المالك بإذنٍ أو ولايةٍ.

الموضع الثاني: في أنّه بعد علم الموجب أنّ القابل يقبل عن غيره ولايةً أو وكالةً هل يجوز له مخاطبته له، بأن يقول: «بعتك هذا بكذا» أم يلزمه إضافة «كاف» الخطاب إلى الموكِّل أو المولّىٰ عليه، بأن يقول: «بعتُ هذا من موكِّلك أو من زيد الذي تلي أمره»؟ و سيتضح الأمر في كلا الموضعين إن شاء الله تعالى.

١) هذا أحد الاحتمالين، و قد تقدم آنفاً.

٢) الأمر في غالب البيوع واضح كما أفاده ﷺ. وكذا الحال في غالب الإجارات، لتعلّق غرض الموجر ـ في إجارة الأعيان كالدور و الدكاكين و النواقل ـ بتمليك المنفعة بعوض، مهما كان المستأجر. كما أنّ همّ المستأجر إستيفاء المنفعة سواء أكانت العين لزيدٍ أم لعمروٍ. و كذا الحال في إجارة الأعمال.

نعم قد يتعلق الغرض ـ نادراً ـ بإجارة العين من مستأجر خاص، أو إستيجار العين من مالك خاص، و ذاك مقام آخر.

و علىٰ كلٍّ فالغلبة المزبورة قرينة نوعيّة مانعة عن إنعقاد الظهور في إرادة شخص المخاطب بخصوصيته.

٣) أي: فحين عدم إرادة خصوص المخاطب.

٤) هذا و الوكيل و الولي مثال للمالك الجعلي. أمّا الغاصب الذي يشتري لنفسه بمال الغير فلأنّه يعتبر نفسه مالكاً حقيقياً. و أمّا الوكيل فأدلة الإذن تصحّح تنزيل نفسه منزلة الموكِّل. و أمّا الولي فدليل ولايته على القاصر يُنزّله منزلة المولّىٰ عليه في ما يصلح له.

و يحتمل[١] عدم إعتباره إلّا في ما عُلِم من الخارج إرادة خصوص الطرفين كما في النكاح و الوقف الخاص و الهبة و الوكالة و الوصية[٢].

الأقوى هو الأوّل[٣] عملاً بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية، و تبعية العقود للقصود.

و على فرض القول الثاني[٤] فلو صرّح بإرادة خصوص المخاطب اتّبع قصده،

---

١) معطوف على «فيحتمل» و قد تقدم توضيحه آنفاً.

٢) لما يقال من أنّ الموقوف عليه الخاص و المتهب و الوكيل و الوصي ركنٌ في هذه العقود، بحيث يكون للواقف و الواهب و الموكِّل و الموصي عناية خاصة بهم.

٣) و هو الاعتبار، إلّا مع العلم بعدم إرادة خصوص المخاطب، فإنّ العلم بذلك قرينة على عدم إرادة ظاهر كاف الخطاب في قوله: «بعتُك» حيث إنّ ظاهره خصوص المخاطب، و هذا الظاهر حجة ما لم تقم قرينة على خلافه من إرادة الأعم منه و من وكيله مثلاً.

و أمّا مع عدم العلم بإرادة الأعم من المخاطب و من وكيله مثلاً فلابدّ من رعاية ظاهر الخطاب المقتضي لوقوعه للمخاطب، فلو قَبِل لموكِّله مثلاً لم يحصل التطابق بين الإيجاب و القبول بالنسبة إلى بعض الخصوصيات، و تنثلم قاعدة «تبعية العقود للقصود» إذ كان قصدُ الموجب وقوعَ العقد لهذا المخاطب الحقيقي لا للأعم، فقبوله للأعم ليس مطاوعةً لذلك الايجاب و لا مطابقاً له.

٤) و هو عدم الإعتبار إلّا مع العلم بدخل خصوصية الطرفين كما في النكاح و شبهه، و الأولى تبديل «القول الثاني» بـ «الاحتمال الثاني» و إن كان القائل به موجوداً أيضاً، لعدم سبق ذكرِ القولين.

و كيف كان فبناءً على إعتبار رعاية ظاهر الخطاب لا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره، لإباء «كاف» الخطاب عن الرجوع إلى الغير، و المفروض دخل خصوصية المخاطب في إيجاب العقد، فلو قصد القابلُ غيره لم يكن قبولاً لذلك الإيجاب.

فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره[١].

قال في التذكرة: «لو باع الفضولي أو إشترىٰ مع جهل الآخر فإشكالٌ[٢]، ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تمليك العاقد»[«١»].

و هذا الاشكال و إن كان ضعيفاً مخالفاً للاجماع[٣] و السيرة،

---

١) غرضه من نقل كلام العلامة ﷺ الإستشهاد به علىٰ عدم جواز القبول عن الغير لو كان مقصود الموجِب وقوعَ العقد لخصوص القابل المخاطَب بضمير الخطاب.

و وجه الشهادة: أنّ العلامة إستشكل في صحة بيع الفضولي بإجازة المالك عند جهل الطرف الآخر بفضولية العقد، إذ يقصد الأصيل حينئذٍ بقوله: «بعتُك بكذا» تمليك هذا المخاطب، لا المالك الواقعي للثمن، فإذا انكشف الحال إنتفت المطابقة بين الايجاب و القبول، لكون قصد الموجب تمليك المبيع لهذا القابل و تملُّك الثمن منه،فقبول الفضول تملُّك المبيع لغيره ـ و هو المجيز ـ غير مقصود للموجِب، فلم يحصل التطابق بينهما في الخصوصيات.

و هذا الإشكال مبنيّ على إعتبار تعيين الموجب و القابل، و مراعاة ظاهر الكلام.

لكن ضعّفه المصنف ﷺ بعدم لزوم مخالفةٍ ـ في المقام ـ لكبرىٰ وجوب التعيين. و أنّ الايجاب و القبول متواردان علىٰ شيءٍ واحد، و بيانه: أنّ البائع الأصيل الجاهل بفضولية القابل إنّما يخاطبه بقوله: «بعتُك» زعماً منه مالكيته للثمن، لا لخصوصيةٍ في شخص القابل، لما سبق آنفاً من بناء العقود المعاوضية غالباً على مبادلة الأموال، و لا غرض في معرفة الأشخاص.

و عليه فلمّا كان قصدُ الموجِب تمليكَ المبيع لِمَن يملك الثمن واقعاً لم يكن توجيه الخطاب إلى الفضول منافياً لوقوع البيع للمالك المجيز.

٢) مبتدءٌ، خبره «فيه» مقدّراً، و الجملة جواب «لو باع ...».

٣) القائم على صحة هذا البيع لو أجاز المالك. و تفصيله موكول إلى بحث بيع الفضول.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣، السطر ١٢

إلّا أنّه[١] مبنيّ على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

و قد يقال في الفرق[٢] بين البيع و شبهه و بين النكاح: «إنّ[٣] الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، و يختلف الأغراض باختلافهما، فلابدّ من التعيين، و توارد الإيجاب والقبول على أمر واحد. ولأنّ[٤] معنىٰ قوله: بعتُك كذا

---

١) أي: إلّا أنّ الاشكال مبني علىٰ إعتبار مراعاة ظاهر الكلام من وقوع الشراء للمخاطب،لا للمالك المجيز.

التفصيل في إعتبار تعيين الموجب و القابل بين مثل البيع و النكاح

٢) أي: الفرق بين النكاح في إعتبار تعيين الزوجين، و بين البيع في عدم لزوم تعيين البائع و المشتري. و هذا الفارق وجهان أفادهما المحقّقُ التستري ﷺ.

الأوّل: أنّ الدليل علىٰ إعتبار تعيين الزوجين هو كونهما ركناً في العقد، كالعوضين في البيع و شبهه، فكما يقدح الجهل بخصوصية العوضين في الصحة، فكذا يقدح الجهلُ بخصوصية الزوجين، فيلزم على كل منهما تعيينُ الآخر ليتوارد الايجاب و القبول على أمرٍ واحد، و هو العُلقة الخاصة بين شخصين، فلو قالت المرأة: «زوّجتُ نفسي من موكّلك زيدٍ» و قال وكيل الزوج: «قبلتُ التزويج لنفسي» لم يتواردا علىٰ أمر وحداني، بل كانا كإيقاعين لم يرتبط أحدُهما بالآخر. هذا في النكاح، بخلاف البيع الذي يُقصد فيه تبديل المالين غالباً، بلا عناية بمالكيهما.

٣) نائب فاعل «يقال» و عبارة المقابس هكذا: «فانه يشترط فيه ـ أي في النكاح ـ تعيين الزوجين، و معرفة كلٍّ من المتعاقدين بذلك، لأنّهما كالعوضين ...»[١].

٤) معطوف على «لأنّهما» و هذا ثاني وجهي الفرق بين البيع و شبهه، و بين النكاح، و حاصله: أنّ معنى قوله: «بعتك» هو رضا الموجب بكون المخاطب مشترياً، و المشتري يطلق على المالك و وكيله. بخلاف الزوج، فإنّه لا يطلق على وكيله، فمعنى قولها: «زوّجتك نفسي» رضاها بكون المخاطب زوجاً، لها لا غيره، فلو قصد القابلُ

«١» القائل هو المحقق التستري في المقابس، كتاب البيع، ص ١٣، س ٦

بكذا ـ رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، و المشتري[1] يطلق على المالك و وكيله. و معنى قولها: ـ زوّجتُك نفسي ـ رضاها بكونه زوجاً، و الزوج لا يطلق على الوكيل» إنتهى.

و يرد على الوجه الأوّل من وجهي الفرق: أنّ[2] كون الزوجين كالعوضين

غيرَه لم يكن قبولاً للإيجاب.

و هذا الوجه ناظر إلى تفاوت لفظ المشتري و الزوج في مقام الإثبات، لصدق المشتري ـ عرفاً ـ على كلٍّ من الأصيل و الوكيل، فيصح البيع. و أمّا الزوج فلا يطلق على الوكيل. و لا مانع من إختلاف مفاد الألفاظ بحسب الموارد، فالوكالة في الشراء و النكاح هي الإذن في القبول لا غير، ولكنّها في البيع توجب صدق المشتري علىٰ الوكيل، و لا توجبه في عقد النكاح. و من المعلوم أنّ المتّبع ظهور الألفاظ في المحاورات.

١) إبتداء جملة مستأنفة، و ليست الواو بعاطفة.

٢) ناقش المصنّف في كلا دليلي الفرق. أمّا في الأوّل فبوجهين.

أحدهما: أنّه و إن كان صحيحاً، لكنه مُثبِت لجزء المدّعىٰ لا لتمامه، توضيحه: أنّ المقصود إثبات لزوم التعيين في النكاح و شبهه، و عدم لزومه في البيع، و ما أفاده ـ من ركنية الزوجين في عقد النكاح كالعوضين في البيع ـ يصلح لإثبات وجوب التعيين في النكاح، و لاينفي وجوبه في البيع، إذ لا يدلّ كلامه على عدم ركنية البائع و المشتري حتى لا يجب تعيينهما. و عليه فالدليل غير وافٍ بتمام المدّعىٰ.

ثانيهما: أنّه أخصّ من المدّعىٰ، و هو لزوم التعيين في كلٍّ من النكاح و الوقف و الوصية و الوكالة. و المذكور في المتن مختصّ بالنكاح، فلا يعمّ جميع موارد لزوم التعيين، فلابدّ من إقامة الدليل عليه في الهبة و الوصيّة و الوقف ممّا يكون مَن له العقد فيها مقوّماً للعنوان، لعدم صدق المتّهب و الوصيّ و الموقوف عليه علىٰ الوكيل من قِبَلهم فلو أراد زيدٌ هبة مالٍ لعمروٍ، و إدّعىٰ بكرٌ وكالتَه عن عمروٍ في قبول الهبة لم يصح توجيه الخطاب إليه، و لا قصد قبول الهبة لنفسه، فيبطل لو قال: «وهبتُ هذا لموكّلك عمروٍ، فقبل لنفسه» زعماً منه كون المتهب ـ كالمشتري ـ صادقاً على الوكيل منه.

إنّما يصحّ وجهاً لوجوب التعيين في النكاح، لا[١] لعدم وجوبه في البيع.

مع[٢] أن الظاهر أنّ ما ذكرنا من الوقف و إخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة[٣] أو الفضولي[٤]، فلابدّ من وجهٍ مطّردٍ في الكلّ.

و على[٥] الوجه الثاني: أنّ معنى «بعتُك» في لغة العرب ـ كما نصّ عليه

---

١) يعني: أنّ الدليل وافٍ ببعض المدعىٰ و هو عقده الايجابي، و لا يفي بعقده السلبي أعني به عدم تعيين طرفي العقد في مثل البيع.

٢) هذا ثاني الإيرادين المتقدّمين، و هو الأخصية من المدّعىٰ.

٣) يعني: أنّه لا يصحّ للقابل في الوقف ـ مثلاً ـ القبول للموقوف عليه، لوكالته عنه، فلو قال الواقف: «وقفت هذا عليك» و قصدَ المخاطبُ قبولَه عن موكّله حتى يتم الوقف له، لم يصح، لعدم صدق عنوان «الموقوف عليه» على وكيله في قبول الوقف. وكذا الحال في المتهب و الوصي و نحوهما. بخلاف المشتري الصادق علىٰ كُلٍّ من الموكّل و الوكيل، هذا.

٤) كما إذا قَبِل الوقفَ فضولاً عن زيد، ليكون هو الموقوف عليه، فيبطل، لكون الموقوف عليه ركناً في باب الوقف، كالعوضين في البيع.

٥) معطوف علىٰ «يرد على الوجه الاوّل» و محصّله: منع ما أفاده صاحب المقابس من «الفرق بين البيع و النكاح، بأنّ معنىٰ بعتُك: رضيتُ بكونك مشترياً، فيصدق المشتري على مالك الثمن و على وكيله» وجه المنع: أنّ معنىٰ «بعتُك» ملّكتُك، لما سبق في مباحث المعاطاة و غيرها من نقل كلام فخر المحققين «معنىٰ بعتُ في لغة العرب ملّكت غيري».

و عليه ففاد قوله: «بعتُك» جعلتُك مالكاً، و من المعلوم عدم صدق «المالك» على الولي عليه، و الوكيل عنه، و الفضولي، لما عرفت من تقوم الملك بطرفين أحدهما المالك، و الآخر المملوك. و معه كيف يصدق «مالك المبيع» على الوكيل عن المشتري

فخر المحققين ـ و غيره هو «ملّكتك بعوضٍ» و معناه جعل المخاطب مالكاً. و من المعلوم أنّ المالك لا يصدق على الولي و الوكيل و الفضولي[١].

فالأولىٰ في الفرق ما ذكرنا[٢] من أنّ الغالب في البيع و الإجارة هو قصدُ المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالةً أو عن الغير.

في قبول العقد؟ و بعد سقوط هذا الوجه تقتضي القاعدة تعيين القابل حتى في مثل البيع، هذا.

١) كعدم صدق «الزوج و المتهب و الموقوف عليه و الوصي» على الولي عليهم أو الوكيل عنهم. هذا ما يتعلق بردِّ مقالة صاحب المقابس.

٢) غرض المصنف إبداءُ فارقٍ آخر بين البيع و شبهه و بين مثل النكاح، و قد سبق ذلك قبل نقل عبارة المقابس، و محصله: أنّ همّ البائع تبديل المبيع بثمنٍ، و همّ المشتري بذل الثمن بازاء إقتناء المبيع، فليس مقصود البائع من قوله: «بعتك بكذا» إلّا تمليك ماله بمال المخاطب، سواءٌ أكان أصيلاً أم وكيلاً أم وليّاً. و هذا بخلاف مثل النكاح مما يكون لكلٍّ من المتعاقدين عناية بالطرف الآخر، فلابد من تعيين شخصه.

فإن قلت: لا يصح ما أُفيد في البيع من غلبة قصد المالك الواقعي، لا خصوص المخاطب في مقام الانشاء، و ذلك لمنافاته لما تقرّر من عدم سماع دعوىٰ المشتري ـ بعد تمام العقد ـ وكالَته عن غيره، و أنّه إشترىٰ لموكّله، حتى يُطلب الثمن منه لا من المشتري. و وجه عدم السماع هو إتّباع ظاهر الكلام، لقول البائع: «بعتك» و قول المشتري «قبلتُ أو اشتريت منك أو تملكت منك» مما ظاهره الشراء لنفسه لا لموكّله.

ولو صحّ ما في المتن ـ من أن مقصود البائع هو المالك الحقيقي، أعم من شخص المخاطب و من وكيله ـ كان إعتذار المشتري بأنه إشتراه لغيره متّجهاً، لعدم مخالفته لمضمون العقد. و عليه فالبيع كالنكاح في إعتبار تعيين مَن يقع العقدُ له، هذا.

قلت: لا منافاة بين كون قصد البائع أعم من القابل و من موكّله و بين عدم سماع دعوىٰ المشتري الشراءَ لموكّله، و ذلك لأنّ ردّ قول المشتري ينشأ من ظهور

و لا ينافي ذلك[١] عدمُ[٢] سماع قول المشتري في دعوىٰ كونه غير أصيل، فتأمّل[٣].

بخلاف[٤] النكاح و ما أشبهه، فإنّ الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنّه ركن للعقد.

بل[٥] ربّما يستشكل في صحة أن يراد من القرينة المخاطب[٦] من حيث[٧] قيامه مقام الأصيل

«التاء» في «قبلتُ و إشتريت» في الشراء للنفس لا للغير، و حيث كانت دعواه مخالفة لأصالة الظهور في القبول كانت مردودةً، هذا.

١) المشار إليه قوله: «إنّ الغالب في البيع و الاجارة هو قصد المخاطب بالاعتبار الأعم».

٢) فاعلُ «ينافي» و قد تقدم بيان المنافاة و عدمها بقولنا: «إن قلت ... قلت».

٣) الظاهر أنّه إشارة إلى الدقة في وجه عدم المنافاة.

٤) هذا عِدلٌ لقوله: «ان الغالب في البيع ...» و غرضه إقتضاء الغلبة تعيين الزوج و إرادة شخصه، لا الأعم منه و من وكيله أو وليّه.

٥) لمّا كان مفاد قوله: «فان الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنه ركن للعقد» صحة عقد النكاح نادراً لو قامت قرينة على ما لو قصدت المرأة بقولها: «زوّجتك نفسي» التزويجَ من موكّل القابل، بدعوىٰ أنّ وكالته صحّحت توجيه «كاف» الخطاب إلى الوكيل، مع كون الزوج هو الموكّل، فاراد المصنف الترقي بمنع هذا الفرد النادر، و أنّه لا يصح أن تقول المرأةُ «زوّجتُك» قاصدةً موكّل القابل.

و الوجه في المنع عدم تعارف صدق عنوان «الزوج» على الوكيل ولو مجازاً و نادراً. و عليه فلابدّ أن يراد بالمخاطب نفس الزوج.

٦) يعني: المخاطب العاقد عن الزوج، فإنّه وكيله في قبول النكاح.

٧) يعني: لا تريد المرأةُ تزويجَ نفسها من المخاطب حقيقةً، و إنّما تخاطبه

كما لو قال[١]: «زوّجتُك» مريداً له باعتبار كونه[٢] وكيلاً عن الزوج. وكذا قوله: «وقفتُ عليك و أوصيت لك و وكّلتك».

و لعل الوجه[٣] عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها، فلا يقال للوكيل: «الزوج و لا الموقوف عليه و لا الموصى له و لا الموكل»[٤] بخلاف البائع و المستأجر، فتأمّل حتّى لا يتوهّم رجوعه[٥] إلى ما ذكرنا سابقاً

بـ «زوّجتك» من حيث كونه وكيلاً عن زوجها.

١) تذكير الضمير و كذا تذكير «مريداً» باعتبار وكيل الزوجة في إيجاب العقد، كما هو الغالب من عدم مباشرة المرأة إنشاء النكاح.

٢) هذا الضمير و ضمير «له» راجعان إلى «المخاطب» المفروض وكالته عن الزوج.

٣) أي: وجه منع هذا الفرد النادر، و عدم صحة العقد حتىٰ مع قيام القرينة على إرادة الموكِّل من حرف الخطاب.

٤) يعني: لا يقال للوكيل: «الموكِّل» للمقابلة بينهما، فلا يطلق أحدهما على الآخر، و إن كان الوكيل كالأصيل في نفوذ تصرفه في مورد وكالته، لكن هذا لا يُصحِّح تسمية الوكيل موكِّلاً.

٥) الضمير راجع إلى ما ذكره بقوله: «فالأولىٰ في الفرق ما ذكرنا من أن الغالب» و المراد من الموصول في قوله: «إلى ما ذكرنا سابقا» هو الوجه الثاني من وجهي الفرق بين البيع و النكاح الذي ذكره سابقاً بقوله: «و قد يقال في الفرق الخ».

و المقصود بالوجه الثاني قوله: «و إنّ معنىٰ قوله: بعتك كذا بكذا رضاه بكونه مشترياً ... الخ».

والمراد من الاعتراض عليه ما ذكره بقوله: «و على الوجه الثاني ان معنى بعتك ...».

و وجه عدم الرجوع إليه أنّ المقصود من المخاطب فيما اعترضنا عليه كان هو بعنوان خاص أعني كونه مخاطباً في هذه المعاملة، و فيما ذكرنا بقولنا: «و الأولى في الفرق» هو بعنوانه العام، لكونه مالكاً، و لكونه وكيلاً أعني منه عنوان: المسلّط على المال في مقام المعاملة.

و إعترضنا عليه (*).

(*) لا يخفىٰ أنّ في هذه المسألة جهتان:

الأولىٰ: أنّهم إعتبروا قصد مدلول العقد في صحته، و أرسلوه إرسال المسلّمات، بل عن التذكرة: الاجماع عليه.

لكن عدّه شرطاً لا يخلو من مسامحة، لأنّ الشرط إنّما يطلق على الأمر الخارج عن حقيقة المشروط، و قصد مدلول العقد مقوم له و دخيل في حقيقته، و ليس أمراً خارجاً عن حقيقته حتى يصح إطلاق الشرط عليه. فلو عبّر عنه بأنّه مقوم عرفي كان أولىٰ.

و كيف كان فالبيع ـ سواء كان بمعنىٰ إيجاد المعنى باللفظ كما هو المشهور عند الأُصوليين و غيرهم، أم كان بمعنى اظهار أمر نفساني بمبرز أم كان بمعنى الإعتبار النفساني المظهر بمبرز خارجي، سواء أمضاه العرف و الشرع أم لا، و سواء كان، في العالم شرع و عرف أم لا ـ لا يتحقق في الخارج إلّا بالقصد الذي هو أمر نفساني مع إظهاره بمبرز خارجي، فبانتفاء أحدهما ينتفي الآخر، لانتفاء المركّب بانتفاء أحد أجزائه.

و الحاصل: أنّ جعل القصد من شروط العقد او المتعاقدين ثم الاستدلال عليه بالاجماع لا يخلو من المسامحة، إذ ليس القصد شرطاً شرعياً حتى يستدل عليه بالاجماع الذي هو دليل على الحكم الشرعي.

الجهة الثانية: أنّ المحقق صاحب المقابس ﷺ قال: «إنّ في إعتبار تعيين المالكين اللذين يتحقّق النقل و الانتقال بالنسبة إليهما وجوهاً و أقوالاً».

و ملخص الكلام فيه: أنّه هل يعتبر في صحة البيع تعيين المالك و مَن يقع عنه البيع، سواء أكان عن نفسه أم غيره؟ ثم على فرض إعتباره هل يلزم تعريفه للمشتري، وكذا تعريف المشتري للبائع أم لا؟ فهنا مقامان:

الأوّل: في إعتبار تعيين من يقع عنه البيع.

و الثاني: في إعتبار تعريف كل من البائع و المشتري للآخر.

أما المقام الأوّل فتفصيل البحث فيه: أنّ الكلام تارةً يكون في البيع الشخصي

.....

وأُخرىٰ في البيع الكلي.

أمّا البيع الشخصي فتعين المالك ثبوتاً يغني عن تعيينه إثباتاً بالقصد أو اللفظ أو كليهما، فتعيينه ليس مقوماً و لا شرطاً للبيع، إذ ليس البيع إلّا إعتبار المبادلة بين المالين في أُفق النفس، و إبرازه بمبرز خارجي من اللفظ و غيره. و لا ريب في أنّ هذا المعنىٰ يتحقق بدخول العوضِ في ملك مَن خرج عن ملكه المعوّض، و بالعكس، من دون حاجة إلى تعيين مالك الثمن أو المثمن، لعدم قيام دليل تعبدي على إعتبار التعيين، مع حصول المعنى العرفي للبيع بدون التعيين.

و لا فرق فيما ذكرناه بين صدور العقد من المالكين و من غيرهما كالوكيل و الولي و الفضولي، فالقصد إلى العوض و تعيينه يغني عن قصد المالك و تعيينه.

نعم يعتبر في صحة البيع أنْ لا يقصد خلاف مقتضىٰ العقد، كأن يشترط دخول الثمن في ملك غير البائع، أو المثمن في غير ملك المشتري، فإنّه يرجع في الحقيقة إلى عدم قصد البيع، لأنّ حقيقة البيع متقومة بمبادلة المالين، فإنْ لم يرجع قصد الخلاف إلى عدم قصد البيع، فهو يتصور على صور:

إحداها: أن يقصد رجوع نتيجة البيع و فائدته إلى شخص آخر، كما إذا قصد التمليك للغير بعد تحقق البيع، كأن يشتري شيئاً لولده، أو خبزاً من الخبّاز بقصد إعطائه إلى الفقير، أو إشتراط ذلك على الخبّاز، فإنّ المبيع في هذه الموارد ينتقل إلى المشتري، ثم منه بناقل شرعي إلى غيره. و لا إشكال في صحة البيع في هذه الموارد.

ثانيتها: أنْ يقصد الخلاف من باب الإدّعاء و عقد القلب على كون غير المالك مالكاً تنزيلاً و تشريعاً، كما في بيع اللصوص و الغاصبين ما يبيعونه من الأموال المسروقة و المغصوبة.

ثالثتها: أن يقصد الخلاف من باب الخطاء في التطبيق كالوكيل في بيع أموال غيره، بتخيُّل كون العين الفلانية مملوكة للموكل، فباعها له، ثم ظهر كونها ملكاً لشخص آخر.

.....

و في هاتين الصورتين يتحقق البيع للمالك، غاية الأمر أنّ نفوذه يتوقف على إجازته.

و الكليّ في المعيّن و الكلي الثابت في ذمة شخص خاص في حكم المبيع الشخصي في عدم لزوم تعيين المالك، لتعينه فيهما كتعينه في الشخصي.

و لا يخفىٰ أنّ ما ذكرناه ـ من عدم إعتبار تعيين مَن يقع له العقد في صحة البيع ـ إنّما يكون في العقود التي ليس قصد المالك ركناً فيها كالعقود المعاوضية التي يكون الركنان فيها العوضين كالبيع، فإنّ حقيقته المبادلة بين المالين.

و أمّا إذا لم يكن كذلك كعقد النكاح الذي يكون الركنان فيه الزوجين ـ اللذين هما بمنزلة العوضين في البيع ـ فلابدّ من تعيينهما حال العقد، لعدم حصول الغرض بصيرورة الرجل زوجاً لإمرأةٍ مبهمة، و بصيرورة المرأة زوجاً لرجل مبهم.

و كذا الموقوف عليه و الموهوب له و الموصىٰ له و الوكيل، فإنّ هؤلاء من أركان الوقف و الهبة و الوصية و الوكالة، فلا يتحقق شيءٌ منها بدون القصد إلى هؤلاء، و بدون تعيينهم هذا.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

و أمّا البيع الكلي فلابدّ فيه من تعيين البائع و قصده، لا من جهة إعتبار التعيين في المبيع، بل من جهة أنّ الطبيعي لا مالية له، كذا أُفيد.

لكن الانصاف أنّ له ماليّة، لأنّها من لوازم الطبيعة. فالوجه في إعتبار الاضافة أنّ الكلي غير المضاف إلى شخص يلغو إعتبار ملكيته لأحد، إذ حال مَن اعتبر له و مَن لم يعتبر له على حدٍّ سواء ما لم يضف الى ذمة معيّنة. و المفروض أنّ البيع تبديل شيء بشيءٍ في جهة الإضافة، و من المعلوم أنّ الكلي بما هو كلي غير مضاف إلى أحد حتى يكون تبديله بشيءٍ من قبيل تبديل شيءٍ بشيء في جهة الاضافة، فلا يتحقق المبادلة بين المالين في الكلي غير المضاف إلى ذمّة معيّنة.

و الحاصل: أنّ الملكية المطلقة غير المتعلقة بشيءٍ لا يعقل أن توجد، فلابدّ من تعلقها بشيءٍ و ما لا ثبوت له لا شيئية له، فلا يعقل أن يكون طرفاً للملكية أو الزوجية

.....

أو غيرهما. فعدم تعلق الملكية بالمبهم ليس لأجل عدم الدليل على صحة العقد على المبهم، بل لأجل عدم وجودٍ للمبهم و عدم شيئيةٍ له، فلا يعقل أن يكون طرفاً للملكية أو الزوجية أو غيرهما.

و أمّا طلاق إحدىٰ الزوجات أو عتاق مملوكٍ من المماليك، فهما ـ مضافاً إلى كونهما منصوصين ـ إنما يصحان فيما إذا تعلّق الإنشاء بالمتعين الواقعي في علمه تعالى ولو بعنوان ما يقع عليه سهم القرعة، أو ما يختاره فيما بعد، بحيث يكون المختار عنواناً مشيراً إلى ما هو المتعين واقعاً المعلوم عنده تعالىٰ.

و كذا بيع أحد الصيعان، فإنّ المبيع هو الصاع المتعين واقعاً المعلوم عنده سبحانه و تعالى.

و أمّا الوصيّة بأحد الشيئين أو أحد الأشياء أو لأحد الأشخاص، فإن كانت عهدية فمرجعها إلى إيكال الأمر إلى الوصي، فيكون من قبيل الواجب التخييري. و إن كانت تمليكية فمع قصد التعيين ـ بنحو ما ذكرنا ـ صحّت الوصية، و إلّا كانت صرف لقلقة لسان.

و الحاصل: أنّ الإنشاء الذي لا تعيُّن له إلّا بنفس هذا الايجاد لايعقل أن يتعلق بالمبهم، إذ لا معنى لإيجاد المبهم.

فتلخص: أنّ الكلّي ما لم يضف إلى ذمة معيّنة ليس قابلاً للمعاوضة، هذا في مقام الثبوت.

و أمّا مقام الاثبات، فمقتضىٰ الإطلاق كون الكلي مضافاً إلى ذمة نفس العاقد، لانصراف الإطلاق إليه ما لم يصرّح بالخلاف، فيُلزم به في مقام النزاع و الترافع. و كذا الحال في الثمن إن كان كلّياً، فإنّ الإطلاق منصرف إلى قابل العقد، فيلزم به في مقام الترافع.

.....

و أمّا المقام الثاني: ـ و هو الذي أشار اليه المصنف ﷺ بقوله: و أما تعيين الموجب لخصوص المشتري و بالعكس ـ فحاصله: أنّه هل يعتبر في صحة البيع أن يعرف المشتري مالك المبيع، بأن يعرف أنّ العاقد الموجب هل هو مالك المبيع أم وكيله؟ أم لا يعتبر إلّا تعيين البائع بحسب قصد الموجب للعقد، و تعيين المشتري بحسب قصد القابل للعقد.

و الحاصل: أنّ تعيين المالكين للعوضين ثبوتاً عند الموجب و القابل هل هو كافٍ أم لابدّ من معرفة كل من المالكين للآخر إثباتاً؟

الظاهر الأوّل، لأنّ مقتضى إطلاق الأدلة «كأوفوا بالعقود، و أحل الله البيع، و تجارة عن تراض» و نحوها عدم إعتبار ذلك، بعد وضوح صدق العقد العرفي على العقد الذي لم يصرّح فيه بمالكي العوضين. و كذا في الهبة و النكاح و غيرهما، من دون فرق في ذلك بين العقود التي يكون الركنان فيها المتعاقدين كالنكاح و بين غيرها، فيصح أن تزوّج المرأة نفسها لمن قصده القابل من نفسه أو غيره المعيّن عنده.

و كذا يصح أن يقبل قابل عقد الهبة لنفسه، أو غيره من دون توقف صحة الهبة على معرفة الواهب بكون القابل هو المتهب أو غيره.

و الوجه في ذلك صدق حقائق هذه العقود بدون تعيين مَن له هذه العقود في مقام الاثبات بعد تعيينه ثبوتاً، لأنّ حقيقة البيع هي إعتبار التبديل بين مالين، و حقيقة الهبة هي إعتبار ملكية العين الموهوبة لشخص، و حقيقة الزواج هي إعتبار عدلية أحد الزوجين للآخر. و لا ريب في تحقق هذه الحقائق بالصيغ المزبورة، مع عدم معرفة الموجب بمن قصده القابل، و لا معرفة القابل بمن قصده الموجب من نفسه أو غيره، فإنّ معرفة خصوصيات الأشخاص ليست دخيلة في ماهية العقد عرفاً، و لا في صحتها شرعاً.

فالمتحصل: أنه لا دليل على معرفة الاشخاص إثباتاً بعد تعيينهم ثبوتاً، هذا.

.....

ثم إنّ هنا أموراً ينبغي التنبيه عليها:

الأوّل: إذا قصد الموجب الايجاب لشخص المخاطب بنحو التقييد و قصد القابل القبول لغيره كموكله، فالظاهر فساده، لأنّ ما أنشأه الموجب لم يقع عليه القبول، فالتطابق المعتبر بين الايجاب و القبول مفقود. فإذا زوّجت المرأةُ نفسها من المخاطب، و قَبِل المخاطب لغيره، لم يصح هذا التزويج، لعدم ورود القبول على ما وقع عليه الايجاب.

و كذا إذا باع متاعاً بثمنٍ في ذمّة شخص المخاطب، فقبل المخاطب لغيره لم يصح البيع، لعدم التطابق بين الايجاب و القبول.

نعم إذا كان عدم التطابق بين الايجاب و القبول لأجل الخطاء في التطبيق صحّ العقد. كما إذا قصد البائعُ البيع لشخص المشتري بثمن شخصي بزعم أنّه ملك المشتري، ولكن كان الثمنُ ملكاً لموكّله ـ لا لنفس المشتري ـ صحّ البيع، لأنّهما قاصدان لحقيقة البيع. و قصد خصوص المشتري إنّما كان خطأً، فلا عبرة به. نعم إذا كان قصدُ خصوص المشتري من باب التقييد كان من قبيل تخلف الشرط، فللبائع الخيار، هذا.

الأمر الثاني: هل يجوز للموجب توجيه الايجاب إلى المخاطب، و قبول المخاطب لغيره مع عدم علم الموجب بذلك؟ و هل يجوز أيضاً للموجِب أن يسند الايجاب في ظاهر الكلام إلى نفسه، لكن قصد وقوعه عن غيره مع عدم علم القابل بذلك، بل زعم كون الايجاب لنفس الموجب، أم لا يجوز؟

و الفرق بين هذه الصورة و سابقتها هو صحة المخاطبة مع القابل في فرض عدم علم الموجب بكونه هو المشتري أو غيره. و كذا القابل بالنسبة الى الموجِب. و عدم الصحة في الصورة الأُولىٰ لقصد الموجب خصوص المشتري.

و حاصل ما أفاد في المتن: أنّ هنا صوراً.

إحداها: أن يعلم من الخارج عدم لحاظ خصوصية للمتعاقدين، كما في العقود

.....

المعاوضية، فإنّ الملحوظ في البيع غالباً هو العوضان من دون خصوصية لمالكيهما، فلامانع حينئذٍ من رفع اليد عن ظهور «كاف» الخطاب في مثل قوله: «بعتك» في كون المشتري نفس المخاطب لا غيره، لأنّ الغلبة المزبورة قرينة نوعية على صرف كاف الخطاب عن ظاهره، و أرادة الأعم منه و من غيره، فهذه القرينة توجب إنقلاب الظهور الأوّليّ بالثانوي. فمعنى قوله: «بعتك» إيجاب البيع للأعم من المخاطب و غيره. و كذا ظهور «تاء» المتكلم في «بعتُ» في كون إنشاء الإيجاب لنفسه، فإنّه يتبدل هذا الظهور ـبالقرينة المزبورة ـبظهور ثانوي في الأعم من نفسه و موكله مثلاً. فلو قال: «بعتك الدار» مثلاً، ثم إنكشف أنّ المشتري كان وكيلاً عن غيره لم يكن به بأس و لم يضر ذلك بالتطابق.

الصورة الثانية: أن يعلم من الخارج لحاظ خصوصية المخاطب كما في النكاح و الوقف و الوصية و نحوها، ففي مثلها يكون ظاهر الخطاب متبعاً، لعدم ما يوجب رفع اليد عنه، ضرورة عدم قرينة على صرف ظهور الخطاب و إرادة الأعم من المخاطب و غيره. فلو قال: «زوجتُك فلانة» و قَبِل المخاطب لغيره لم يقع النكاح، لعدم التطابق المعتبر بين الايجاب و القبول.

الصورة الثالثة: إذا لم يظهر من الخارج أنّ الموجب قصد المخاطب بشخصه حين الإيجاب، أو قصد الأعم منه و من غيره ـكأن يكون وكيلاً عن شخصٍ ـلم يصحّ القبول من الموكل، بل لابد من القبول لنفسه، لأنّ الشبهة مصداقية لا مفهومية، فلا يصح التمسك بالعمومات لصحته.

توضيحه: أنّ مفهوم البيع ـ و هو المبادلة بين المالين ـ من المفاهيم الواضحة، و الشّك إنّما يكون في مصداقية الإيجاب الخاص مع القبول عن الموكّل للبيع، إذ مع إرادة خصوص المخاطب لا يكون مصداقاً للبيع، فلا يشمله ما دلّ على وجوب الوفاء

.....

بالبيع، لكونه من التشبث بالعام في الشبهة المصداقية.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنّه إذا أحرز أنّ الموجب قصد خصوص المخاطب صحّ القبول للموكل.

و إذا أحرز أنّه قصد الأعم من كونه هو القابل أو موكله صحّ القبول حينئذٍ لنفسه أو عن موكّله.

و إذا لم يحرز قصده أصلاً فلا يجوز القبول إلّا لنفسه دون موكّله، إلّا إذا كان الغالب عدم لحاظ خصوصيّة المتعاقدين في ذلك العقد كالبيع، فإنّ الغالب عدم لحاظ خصوصيتهما.

الأمر الثالث: إذا قصد الموجب الايجاب لموكل المخاطب، فهل يجوز له الإنشاء بلفظ الخطاب، كأن يقول: «بعتك» قاصداً البيع لموكله؟ أو يقول: «زوجتك» قاصداً التزويج لموكله؟ الظاهر عدم صحة ذلك إلّا فيما إذا كان اللفظ ظاهراً عرفاً في المنشأ، لأنّ المعتبر في العقد أمران:

الأوّل: الاعتبار النفساني، و الثاني إبرازه خارجاً بما هو مبرز له عرفاً، فإن لم يكن مبرزاً له كذلك كإبراز المبادلة بين المالين بلفظ «ضربت و نصرتُ» لم يصح ذلك.

و على هذا فلا يصح إبراز علقة الزوجية بين المرأة و موكّل القابل بلفظ «زوّجتك» لأنّه ليس مبرزاً لتلك العلقة بين المرأة و موكّل القابل، بل هو مبرز لتلك العلقة بين المرأة و نفس القابل.فالأمر الثاني و هو المبرز العرفي مفقود هنا، فلا يصح العقد. هذا في عقد النكاح.

و أمّا في عقد البيع فلا يبعد أن يكون «بعتك» مبرزاً عرفاً لإنشاء البيع للمخاطب الأعم من كونه بنفسه مشترياً أو وكيلاً عن غيره، فلا يكون «بعتك» حينئذٍ ظاهراً في خلاف مقتضىٰ المعاوضة الحقيقية أعني إنتقال كل من العوضين إلى من إنتقل عنه

.....

العوض، فإنّ مقصود الموجب نقل المبيع إلى موكل القابل، و نقل الثمن عنه إلى الموجب. لكن مقتضىٰ قوله: «بعتك» نقل المبيع إلى نفس القابل، و نقل الثمن من القابل إلى البائع. فمقتضى ظاهر العقد مخالف لما قصده البائع.

نعم لو ثبت دعوىٰ ظهور «بعتك» في الأعم من المخاطب و غيره صحّ، كما أنّ ثبوتها غير بعيد. فيفرّق حينئذٍ بين «بعتك» و بين «زوجتك» و «وهبتك» لثبوت الدعوىٰ المزبورة في الأوّل دون الأخيرين، هذا.

فالمتحصل: أنّه مع العلم بمبرزية «بعتك» للأمر الاعتباري النفساني للأعم من المخاطب صحّ البيع مع قبول المشتري الإيجاب لموكّله. و إمّا مع العلم بعدم مبرزيّته للأعم أو الشك في مبرزيته لم يصح البيع، لأصالة عدم تحققه.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مسألة[1]:

و من شرائط المتعاقدين (*) الاختيار. و المراد به[2] القصد إلى وقوع

الشرط الثالث: الاختيار، بطلان عقد المكرَه

١) الفرق بين هذه المسألة و سابقتها أنّ القصد المعتبر في تلك المسألة كان للعقد، بحيث لا يتحقق إلّا بالقصد إلى اللفظ و المعنىٰ، و القصد المعتبر في هذه المسألة هو كون القصد إلى اللفظ و المعنىٰ ناشئاً من طيب النفس و الرضا.

و بعبارة أُخرىٰ: هذه المسألة تتضمن إعتبار منشأ ذلك القصد المقوّم للعقد، و أنّه لابدّ أن يكون منشؤه طيب النفس، فانْ لم ينشأ عن الطيب لم يصح العقد و إن لم يكن جبر و إلجاء.

٢) فسّر الإختيارَ «بقصد وقوع المُنشأ عن طيب النفس» و مراده أنّ الاختيار يطلق تارةً علىٰ الإرادة و القدرة على كلٍّ من الفعل و الترك، في قبال المضطرّ و المجبور

(*) الظاهر أن التعبير بشرائط الانشائيات أولىٰ من التعبير بالمتعاقدين، لأنّ ذلك أشمل، لشموله للعقود المتقومة بطرفين و للايقاعات القائمة بطرف واحد، كالطلاق والعتق و الجعالة ـ على قولٍ ـ ضرورة أنّ الاختيار بالمعنىٰ المزبور معتبر في جميعها. ولعلّ التعبير بالمتعاقدين لأجل كون مورد البحث البيع المعدود من العقود.

.....

المسلوبُ إرادته، كحركة يد المرتعش، و كالصائم المكتّف الذي يُصبُّ الماء في حلقه بحيث لا قصد له إلى الشُرب أصلاً، و هو مقهور في فعله بنحوٍ لا يصحّ إسناد الفعل إليه، بل يُسند إلى القاهر و الحامل له.

و أُخرىٰ على الرّضا الذي هو أمر نفساني مغاير للقدرة على كلٍّ من الفعل و الترك. و هو أمرٌ زائد عليه، بمعنىٰ أنّه بعد تحقق إرادة فعلٍ في الخارج ـ و عدم إجبارٍ عليه ـ تصل النوبة إلى كونه صادراً عن طيب النفس، أو عمّا يقابله من الإكراه الذي يتحقق بتحميل الغير و توعيده، كما في تهديد الصائم بإيراد ضررٍ على نفسه أو طرفه أو ماله لو لم يتناول المفطِر بيده.

و الفرق بين المعنيين إسناد الفعل إلى المباشر المكرَه على ما يفعل، لصدور الفعل عن إرادته و إن لم يكن راضياً به، بخلافه في المجبور الفاقد للإرادة.

و المقصود بالبحث إشتراطُ العقد بالاختيار بمعناه الثاني المقابل للمكرَه، بَعدَ الفراغ عن تحقق الإرادة و القصد إلى الفعل فيه.

و لعلّ تفسير الاختيار بطيب النفس ناظر إلى ردِّ ما أفاده صاحب الجواهر في بعض كلامه من إنتفاء كلا الأمرين ـ و هما ارادة معنىٰ العقد و الرضا به ـ في المكرَه، فهو غير مريد للعقد، و لا راضٍ به، حيث قال في بيان الدليل على بطلان بيع المكره: «و إلىٰ ما دلّ على إعتبار الرّضا و طيب النفس في صحة المعاملة و آثارها من الكتاب و السنة. و إلى: معلومية إعتبار إرادة معنىٰ العقد من ذِكر لفظه، ضرورة عدم كون التلفظ به سبباً للعقد على كل حال حتى لو وقع ممّن لم يُرد العقدَ به، إذ لا عمل إلّا بنيّةٍ. و من المعلوم إنتفاء إرادة معنىٰ العقد من المكرَه، لعدم تصور الاكراه عليه»[١].

و مقتضاه إنتفاء الإختيار في عقد المكرَه ـ بكلا معنييه من الإرادة و طيب النفس ـ و حينئذٍ يُشكل بما أفاده المصنف ﷺ من أنّ القدرة المعتبرة في إختيار الفعل

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٥ و ٢٦٦

مضمونِ العقد عن طيب نفس، في مقابل الكراهة و عدم[١] طيب النفس، لا الاختيارُ[٢] في مقابل الجبر.

و يدل عليه[٣] قبل الاجماع[٤] قوله تعالى: ﴿ إلّا أن تكون تجارة عن

و الترك متحققة في المكرَه، فتتمشّىٰ منه النية و القصد إلى المدلول، و إنّما المفقود فيه هو طيب النفس، و لذا فسّر ﷺ الاختيارَ بالرضا دفعاً لتوهم تفسيره بالأعم منه و من القدرة التكوينية التي تبقىٰ فاعليّة النفس معها علىٰ حالها، هذا.

وكيف كان فقد تعرّض المصنف ﷺ في هذه المسألة أوّلاً لمعنىٰ الاكراه إجمالاً، ثم للدليل على عدم موضوعية عقد المكرَه للصحة الفعلية، ثم لمباحث أُخرىٰ أكثرها موارد تعيين تحقق الإكراه، و بعضها ناظر إلى تفصيل ما يعتبر في الإكراه من أُمور ثلاثة، و بعضها إلى ما نسب إلى الشهيدين ﷺ من عدم كون المكرَه قاصداً للمدلول، و سيأتي البحث عنها بالترتيب إن شاء الله تعالى.

١) بالجرّ معطوف على «الكراهة» و مفسِّر لها.

٢) بالرفع معطوف على «القصد» يعني: ليس المراد بالاختيار ـ في عقد المكره ـ ما يقابل الجبر، فالمختار هناك هو المتحرّك بإرادته، و في المقام هو المتحرّك بإرادته عن طيب النفس.

الدليل على بطلان عقد المكرَه

٣) أي: علىٰ إعتبار طيب النفس و الرضا بمضمون العقد، و غرضه إقامة الدليل عليه بعد الإشارة الى معنىٰ الإكراه.

٤) تكرّر كلٌّ من التعبير بـ«قبل الاجماع، بعدَ الاجماع» في كلمات المصنف ﷺ. و لعلّ مراده بالقبل وفاء الأدلة بالحكم الشرعي، و إحتمال إستناد المجمعين إليها، فيكون إتفاقهم محتملَ المدركية، و مثله غير كاشف عن رأي المعصوم عليه السلام أو عن حجة أُخرىٰ وراء ما إستندوا إليه من الكتاب و السنة.

تراضٍ﴾[1]«1». و قوله: «لا يحلّ مال امرءٍ مسلمٍ إلّا عن طيب نفسه[2]»«2» و قوله عليه السلام في الخبر المتّفق عليه بين المسلمين[3]: «رفع أو وضع عن أُمّتي تسعة أشياء أو ستة» و منها «ما أُكرهوا عليه».

و مراده بـ «بعد الاجماع» إعتماد المجمعين على قرائن أُخرىٰ غير ما بأيدينا من الأدلة، فيكون إتّفاقهم حجة ـ بناءً على حجية الاجماع المنقول ـ لكشفه عن حجة معتبرة، هذا.

و لمّا كانت أدلّة المسألة واضحة و كان المحتمل قويّاً إستناد المجمعين إليها، فلذا أتى بلفظ «قبل الاجماع» لتكون هذه الأدلة هي المعوّل عليها.

و كيف كان فالاجماع هو الدليل الأوّل علىٰ بطلان عقد المكرَه في الجملة، ففي الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه، بل الضرورة من المذهب»«3».

١) هذا ثاني الأدلة، و الآية صريحة في إعتبار الرّضا بالتجارة المجوّزة لأكل المال. و المكرَه فاقد للرضا، فيبطل عقده و تجارته.

٢) هذا ثالث الأدلة، و التقريب واضح.

٣) هذا رابع الأدلة، و قد جَمعَ المصنف قدس سره بين روايتين:

إحداهما: رفع الست، و هي بلفظ: «رفع عن هذه الأُمة ستٌّ، الخطأ ...».

و ثانيتهما: رفع التسع، و هي رواية الصدوق في التوحيد و الخصال، و هي بلفظ «رفع عن أُمّتي تسع خصال» و رواها الكافي بلفظ «وُضِع عن أُمّتي».

و بعض أسناد الرواية و إن كان محلّ بحث، إلّا أنّ صدور المضمون عنه صلى الله عليه وآله وسلم محرز، لقول المصنف: «المتفق عليه بين المسلمين». مضافاً إلى ما ذكرناه في الأُصول من

«1» سورة النساء، الآية ٢٩

«2» عوالي اللئالي، ج ٢، ص ١١٣، ح ٣٠٩

«3» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٥

و ظاهره و إن كان رفع المؤاخذة[١]، إلّا[٢] أنّ إستشهاد الامام عليه السلام به في

الاعتماد على طريق الصدوق التي فيها أحمد بن محمّد بن يحيىٰ العطّار، فراجع«١». هذا من حيث السند.

وأمّا الدلالة فالمرفوع هو المؤاخذة على المجهول و الحسد و الخطأ و الإكراه، و هذا أجنبي عن بطلان عقد المكرَه، لأنّ نفي العقوبة على الإكراه ـ كما في المكرَه على فعل حرام ـ أمرٌ، و بطلان إنشاء المكره أمر آخر.

ولكن يُرفع اليد عن الظهور ـ في رفع خصوص المؤاخذة ـ بقرينة ما ورد في بعض الأخبار من نفي الحكم الوضعي المترتب على الفعل الإكراهي، كالبينونة المترتبة على الطلاق المكرَه عليه، و كالحرية المترتبة على العتق المُنشأ لا عن طيب النفس.

و عليه فنفي هذه الآثار في مورد الإكراه كاشف عن عدم كون المرفوع عن الأُمّة خصوصَ العقوبة الأُخروية، بل المرفوع كل أثر يترتب على الفعل سواء أكان في العاجل أم الآجِل. و صحةُ العقد و الايقاع الإكراهيين تقتضي ترتب الأثر المطلوب عليهما، فهي مرفوعة بحديث الرفع، هذا.

١) في قبال رفع جميع الآثار، أو الأثر المناسب لكلٍّ من التسعة، كما أفاده في بحث البراءة، فراجع الرسائل.

٢) يعني: أنّ الاستدلال بحديث «رفع التسعة» على بطلان عقد المكرَه لايتم إلّا بضميمة إستشهاد الامام في معتبرة البزنطي بقوله صلى الله عليه و آله: «وضع عن أُمّتي ما أُكرهوا عليه»«٢» علىٰ رفع أثر طلاق المكرَه و عتقه، و هو البينونة و الحرية. فكذا يقال بعدم تأثير بيع المكرَه في النقل و التمليك.

«١» منتهى الدراية، ج ٥، ص ١٨٢ و ١٨٣

«٢» وسائل الشيعة، ج ١١، ص ٢٩٥، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، ح ١ و ٢ و ٣. و روى حديثَ رفع التسعة بلفظ «وضع» عن الصدوق أيضاً في ج ٥، ص ٣٤٥، الباب ٣٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، ح ٢. و حديثَ رفع الست عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى، في ج ١٦، ص ١٤٤، الباب ١٦ من كتاب الايمان، ح ٣

رفع بعض الأحكام الوضعية يشهد بعموم المؤاخذة فيه[1] لا عليه[2] بشيء.

ففي صحيحة البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام: «في الرجل يستكره على اليمين، فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: وُضع عن أُمّتي ما أُكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطأوا»«١».

---

١) أي: في الخبر.

٢) أي: على المكرَه بشيء، فيُرفع عنه كلُّ إلزام شرعي، سواء أكان تكليفياً كوجوب الكفارة على حنث الحلف، أم وضعيّاً كالصحة في العقد و الإيقاع، أم غيرهما كالعقوبة الأُخروية، فلو قال مُكرَهاً: و الله إن فعلتُ كذا فزوجتي طالق، أو: عبدي حُرّ، أو ما أملكه فهو صدقة في سبيله تعالى» لم ينفذ، و لم يترتب عليه حكمُ الحلف المنشأ عن طيب النفس.

فإن قلت: لا يتجه التمسك بصحيحة البزنطي لإثبات كون المرفوع بحديث رفع التسعة مطلق المجعول الشرعي، لا خصوص المؤاخذة الأُخروية، و ذلك لأنّ الحلف على الطلاق و العتاق و الصدقة باطل عندنا مطلقاً سواء أكان الحالف مختاراً أم مكرَهاً عليه. و هذا يوجب وهنَ أصالة الجدّ في إستدلال الإمام عليه السلام بفقرة «ما أُكرهوا عليه» علىٰ بطلان الحلف في حال الإكراه خاصة.

وبعبارة أُخرىٰ: إستناد بطلان الحلف المزبور إلى وجود المانع ـ و هو الاكراه ـ متفرع على تمامية المقتضي يعني صحة أصل الحلف على الطلاق. و مع فرض تسالمهم علىٰ البطلان مطلقاً لا مقتضي للصحة حتى يتشبث بحديث «رفع الاكراه» على بطلانه في هذه الحال. فلعلّه عليه السلام إتّقىٰ في تمسكه بحديث الرفع لإثبات فساد هذا الحلف الإكراهي، و لم يحكم ببطلانه حتىٰ في حال الاختيار.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ١٣٦، الباب ١٢ من كتاب الأيمان، ح ١٢

و الحلفُ[1] بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلّا أنّ مجرّد إستشهاد الامام عليه السلام ـ في عدم وقوع آثار ما حلف به ـ

و لمّا لم يُحرز أصالةُ الجد في إستشهاده بحديث الرفع يشكل إثبات عموم المرفوع للآثار الدنيوية كالبينونة في طلاق المكرَه. و يبقىٰ حديث رفع التسعة على ظاهره من رفع خصوص المؤاخذة الأُخروية، و لا وجه للتمسك به على بطلان إنشاء المكرَه، هذا.

قلت: إنّ الحلف على الطلاق و إن كان باطلاً عندنا في حال الاختيار أيضاً، لكنه لا يمنع قرينيةَ صحيحة البزنطي علىٰ كون المرفوع مطلقَ المجعول الشرعي كالبينونة و الحرية و الملكية.

وجه عدم المنع: دوران الأمر بين كون التقية في أمرٍ واحد و هو تطبيق الامام عليه السلام «رفع ما أُكرهوا عليه» علىٰ بطلان الحلف على الطلاق ـ حال الاكراه ـ بأن يكون رفع الإكراه رفعاً لكل أثرٍ مترتب على الفعل المكرَه عليه، سواء أكان مؤاخذة أُخروية أم أثراً وضعيّاً دنيويّاً. و بين كون التقية في أمرين، أحدهما التطبيق المزبور. و الآخر نفس الكبرىٰ، بأن يكون تعميم الرفع تقيّةً أيضاً.

و قد تقرّر في محله: أنّه كلّما دار الأمر بين مخالفة أصالة الجد في مورد أو في موردين تعيّنَ الإقتصارُ علىٰ مورد واحد.

و عليه يُحكم بأنّ نفس الكبرىٰ صدرت لبيان الحكم الواقعي، و هو عموم المرفوع، فتكون الصحيحة قرينةً علىٰ ما يراد من حديث رفع التسعة، و عدم كون المقدّر خصوص المؤاخذة. فطلاقُ المكرَه باطل، أي:أنّ البينونة المترتبة على طلاق المختار مرفوعة عنه واقعاً أي غير مجعولة شرعاً، هذا.

١) مبتدأٌ، خبره جملة: «إلّا أن مجرّد ...» و هو دفع دخل تقدّم بيانهما بقولنا: «فان قلت ... قلت».

بوضع «ما أكرهوا عليه» يدلّ[١] على أنّ المراد بالنبوي ليس خصوص المؤاخذة و العقاب الأُخروي[٢].

هذا كله مضافاً إلى الأخبار الواردة[٣] في طلاق المكرَه، بضميمة عدم الفرق[٤].

ثم إنّه[٥] يظهر من جماعة منهم الشهيدان: أنّ المكرَه قاصدٌ إلى اللفظ

---

١) خبر قوله: «إلّا أن مجرّد». و قوله: «أيضاً» يعني: في حال الإختيار.

٢) فالآثار الدنيوية مرفوعة أيضاً.

٣) هذا دليل خامس على بطلان عقد المكره، و هو عدّة من النصوص الواردة في بطلان طلاق المكره و عتقه، بضميمة وحدة المناط بين عقود المكرَه و إيقاعاته.

كصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن طلاق المكرَه و عتقه؟ فقال: ليس طلاقه بطلاق، و لا عتقه بعتق»[١].

و رواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: سمعته يقول: لو أنّ رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسلطان، فقهروه حتى يتخوّف على نفسه أن يعتق أو يُطلّق ففعل، لم يكن عليه شيء»[٢].

٤) يعني: عدم الفرق بين الطلاق و العتق و بين بيع المكره، فإنّ الاجماع على عدم الفصل بينها يوجب بطلان بيع المكره.

هذا ما يتعلق بالدليل على بطلان المكره.

المراد من جملة «المكره قاصد إلى اللفظ دون مدلوله»

٥) غرضه دفع ما ربما يتوهم من عبارة جماعة من: «أن المكره غير قاصد إلى المدلول» و بيانه: أنّ المصنف قدس سره فسّر الاختيار ـ المبحوث عنه في المقام ـ بالرضا

«١» وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٣١، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق، ح ١

«٢» نفس المصدر، الحديث ٢

غير قاصد إلى مدلوله»[١].

بمضمون العقد و طيب النفس به، في قبال الإكراه، و ليس الاختيار هنا بمعنىٰ إرادة مدلول العقد. فالمكرَه قاصد لكلٍّ من اللفظ و معناه، و الانشاء و المُنشأ. و هذا ربما ينافيه ما ذكره الشهيدان و غيرهما من إنتفاء قصد المضمون في المكرَه، و إنّما يقصد الألفاظ المعرّاة عن المعاني، و يتلفظ بها تخلُّصاً من وعيد المكرِه. فقوله في مقام الانشاء: «بعتُ» ليس معناه «ملّكتُك كذا بكذا» بل هو مجرّد لفظٍ تلفّظ به دفعاً للمفسدة المتوعد بها.

هذا ما لعلّه يظهر من كلامهما بالنظر البدوي، و يترتب عليه عدم قابلية عقد المكرَه للصحّه بالرضا اللاحق، إذ لا عقدَ حقيقةً، لعدم كون المدلول مراداً بالإرادة الجدّية حتى يتعقبه الرضا. و هذا ينافي إلتزامهم بصحته به.

و لذا تصدّىٰ المصنف لتوجيه عبارة الشهيدين بأنّ المتكلم إنْ كان جاهلاً بمعنىٰ كلامه ـ كالطفل الذي يُلقّنه أبوه ألفاظاً في مقام التعليم فينطق بها و كالكبير الذي يتعلّم لغةً أُخرىٰ فيتمرّن بتكرار ألفاظٍ تقليداً لمعلّمه ـ فلا ريب في أنّ مثلهما قاصد لنفس الألفاظ بأدائها بوجهٍ غير ملحون، و لا قصد للمعنىٰ أصلاً، لفرض الجهل به، فهو نظير التلفظ بلفظٍ مهمل فاقدٍ للمعنىٰ كـ «ديز» مثلاً.

و إن كان عالماً بمعنىٰ الكلام ـ كما هو شأن أهل كل لسان و لغة، و كان لفظه مستعملاً لا مهملاً ـ إستحال عدم قصد مدلوله و عدم إرادته الاستعمالية، و ذلك لعدم إنفكاك المدلول عن الدالّ. و لمّا كان محلّ الكلام هو المكرَه الملتفت إلى ما يقوله في مقام الانشاء فلابدّ من قصده للمدلول التصوُّري.

و عليه فمراد الشهيدين عدم كون الداعي إلى الإنشاء حصول المضمون في وعاء الاعتبار ـ بحكم العرف و الشرع ـ ليترتّب عليه الأثر، بل غرض المُنشِىء

«١» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩٢ ؛ مسالك الافهام، ج ٣، ص ١٩٦ ؛ الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٢٦ و ٢٢٧

بل يظهر ذلك[١] من بعض كلمات العلّامة«١».

و ليس مرادهم أنّه لا قصدَ له إلّا إلى مجرّد التكلم كيف؟[٢] و الهازل الذي هو دونه في القصد قاصدٌ للمعنىٰ قصداً صوريّاً. و الخالي عن القصد إلى غير المتكلم هو مَن يتكلّم تقليداً أو تلقيناً كالطفل الجاهل بالمعاني.

فالمراد[٣] بعدم قصد المكرَه عدمُ القصد إلى وقوع مضمون العقد في

الفرار من المفسدة المتوعد بها. بخلاف المختار، فإنّ إنشاءه، للملكية بقوله: «بعتُ» يكون بداعي الجدّ و تحقيقها خارجاً، هذا محصّل ما أفاده الماتن في توجيه عبارة الشهيدين قدس سرهما، و إستشهد عليه بوجوه سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

١) يعني: خلوُّ المكره عن قصد المدلول. و لعلّ مراد المصنف عبارة التذكرة في بيع التلجئة التي هي في معنىٰ الاكراه: «و هو أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه، فيواطىء رجلاً على إظهار شرائه منه، و لا يريد بيعاً حقيقياً» لظهور الجملة الأخيرة في عدم قصد المضمون و هو التمليك، و إنما يريد اللفظ خاصة. و لعلَّ المصنف قدس سره أراد كلامه في التحرير، و سيأتي.

٢) يعني: أنه كيف يمكن توهم خلوّ المكرَه عن قصد المدلول؟ مع أنّ الهازل الذي هو دونه في القصد قاصد للمعنىٰ قصداً صورياً. فالخالي عن القصد هو المتكلم تقليداً أو تلقيناً كالجاهل بالمعاني. فلابد من أن يراد بعدم قصد المكرَه عدم قصده لوقوع مضمون العقد في الخارج، كسائر العقود التي يقصد بها وقوع مضامينها في الخارج، لا أن يراد بعدم القصد خلوُّ كلامه الإنشائي ـ كقوله: بعتُ ـ عن المدلول.

٣) لا يخفىٰ إختلاف كلمات المصنف قدس سره في ما هو المفقود في إنشاء المكرَه، فيظهر من قوله في أول المسألة في تفسير الاختيار: «القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهة» وجود القصد الجدّي إلى المضمون، و المفقود هو الرّضا.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٢٦، س ٣٢

.....

و يظهر من كلامه هنا: «من عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج» إنتفاء القصد الجدّي، و لا تصل النوبة إلى البحث عن وجود الرضا و عدمه.

و يظهر من كلامه بعد أسطر إنتفاء كلا الأمرين من القصد و الرضا، لقوله: «ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكرَه هو القصد إلى وقوع أثر العقد وعدم طيب النفس به». و لذا أورد السيد عليه بالمناقضة«١».

ولكن يمكن الجمع بينهما بما أفاده المحقق الاصفهاني ﷺ من أنّ المراد «من عدم قصد المضمون خارجاً و عدم طيب النفس به» شيء واحد، و هذا لا ينافي قصد المنشأ جدّاً. و بيانه: أنّ للبيع ـ بنظر المصنف كما تقدم في أوّل البيع ـ مراحل ثلاث:

الأُولىٰ: إعتبار الملكية بنظر المنشيء مع الغضّ عن كونه موضوعاً لاعتبار العقلاء و الشرع.

الثانية: إمضاء العرف لما أنشأه البائع، لكونه واجداً لما يتقوّم به البيع العرفي من مالية العوضين و نحوها.

الثالثة: إمضاء الشارع، و معناه إعتبار المماثل للملكية العرفية.

و عليه ينتفي التهافت بين كلماته، إذ مراده في أوّل المسألة من إثبات القصد في المكرَه هو قصد البيع الإنشائي بنظر نفسه، لا قصد الملكية العرفية و الشرعية المنوطة بطيب النفس. و مراده من قوله هنا: «عدم القصد إلىٰ وقوع مضمون العقد في الخارج» بقرينة كلمة «الخارج» هو عدم قصده لحصول الملكية الشرعية، فإنّها لتوقفها على الرضا ليست مقصودةً للمكرَه أصلاً. و مراده بالعبارة الثالثة الآتية من إنتفاء القصد و الرّضا هو القصد إلى تحقق الملكية الشرعية و العرفية، فيكون عطف «و عدم طيب النفس» على «عدم القصد» من قبيل تعليل إنتفاء القصد الجدّي بانتفاء الرّضا«٢».

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٢١

«٢» نفس المصدر.

الخارج، و أنّ الداعي إلى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج[١]، لا أنّ كلامه الانشائي مجرّد عن المدلول، كيف؟[٢] و هو معلول الكلام الإنشائي إذا كان مستعملاً غير مهمل.

و هذا[٣] الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمُّلٍ في معنىٰ الإكراه لغةً و عرفاً، و أدنىٰ تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع الإكراه التي لا تستقيم مع ما تُوهِمه من[٤] خلوّ المكرَه عن قصد مفهوم اللفظ. و جعلِه[٥] مقابلا للقصد.

و بهذا البيان تندفع المناقضة الّتي إستظهرها السيد ﷺ من عبارة المتن.

١) قد عرفت أن المراد بالخارج هو الملكية الاعتبارية التي يحكم بها العرف و الشرع بَعدَ إستجماع العقد لما يعتبر فيه.

٢) يعني: كيف يمكن خلوُّ كلامه الإنشائي عن المدلول؟ مع أنّ المدلول معلول الكلام الانشائي إذا لم يكن مهملاً، و المعلول لاينفك عن علّته.

٣) المشار إليه هو عدم كون كلام المكرَه خالياً عن المعنىٰ، كمن يتكلّم تقليداً و أنّ مرادهم عدم القصد.

و هذا شروع في إثبات مدّعاه من قصد المكرَه للمدلول و إن لم يكن قاصداً لحصول المضمون في الخارج، و الوجوه المذكورة في المتن سبعة.

الأوّل: ملاحظة المعنىٰ اللغوي و العرفي، و ذلك لأنّ معنىٰ «الاكراه على الشيء» وقوعه في الخارج علىٰ وجه الكُره، و عليه فلابدّ من قصد المدلول، و إلّا لم يقع الفعل القصدي في الخارج.

و الحاصل: أنّ الإكراه على البيع كالإكراه على الشرب، فكما لا يصدق إلّا مع الشرب في الخارج، فكذا في البيع.

٤) بيان للموصول في «ما تُوهمه».

٥) بالجرّ، معطوف على «معنى الإكراه» و هذا وجه ثانٍ، و حاصله: أنّ التتبع في ما ذكره الأصحاب ﷺ من «جعل الاكراه مقابلاً للقصد» يشهد ببطلان

و حكمِهم[١] بعدم وجوب التورية في التفصّي عن الإكراه. و صحّةِ[٢] بيعه بعد الرضا. و إستدلالهم[٣] له بالأخبار الواردة في طلاق المكره

ما قد يتوهم من عبارة الشهيدين من عدم قصد مدلول العقد، لأنّهم إشترطوا القصد أوّلاً، ثم إشترطوا الرّضا و عدم الاكراه. فلو لم يتمشّ القصدُ من المكرَه كان إشتراط القصد كافياً لإثبات بطلان إنشائه، و لم يحتج إلى إشتراط الإختيار حينئذٍ، لإنتفاء العقد بانتفاء القصد، فلا متعلّق للرضا.

قال المحقق في شرائط الطلاق: «الثالث: الاختيار، فلا يصح طلاق المكره ... الرابع: القصد ... فلو لم ينوِ الطلاق لم يقع كالساهي و النائم و الغالط»[١].

١) بالجرّ معطوف أيضاً على قوله: «معنىٰ الاكراه» و هذا وجه ثالث، وحاصله: أنّ التأمل في حكم الفقهاء بعدم وجوب التورية ـ لأجل التفصّي عن المكرَه عليه ـ يشهد بتحقق قصد المدلول، لتفرع التورية على القصد، فيقال بأنه يقصد معنىً آخر من «بعتُ» غير «إنشاء تمليك عين بمالٍ». فلو كان إنشاء المكرَه صوريّاً خالياً عن قصد المضمون لم يكن موضوعاً لوجوب التورية أو لعدم وجوبها، لفرض بطلانه من جهة قصور المقتضي بفقد الإرادة الجدية. فنفي وجوب التورية كاشف عن تحقق القصد المقوّم للإنشاء.

٢) بالجر أيضاً معطوف على «معنىٰ الاكراه» و هذا وجه رابع، و حاصله: أنّ التأمل في حكمهم بصحة بيع المكرَه إذا لحقه الرضا كاشف عن حصول القصد المقوم لعقدية العقد، و إنّما المنتفي هو الشرط أعني به الرضا، فإذا لحقه صحّ، لتمامية سبب النقل حينئذٍ. و عليه فلا سبيل للأخذ بما يتوهم من عبارة الشهيدين من عدم قصد المدلول أصلاً.

٣) بالجرّ معطوف أيضاً على «معنى الاكراه» و هذا وجه خامس على أنّ المكرَه قاصد لمدلول إنشائه، و حاصله: أنّه إستدلّ الفقهاء علىٰ بطلان طلاق المكرَه بما ورد في جملة نصوصٍ من «أنه لا طلاق إلّا مع إرادة الطلاق» بتقريب: أنّ مفهوم

«١» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ١٢ و ١٣

و أنّه[١] «لا طلاق إلّا مع إرادة الطلاق»[٢]

الطلاق ـ و هو البينونة ـ يتمشّىٰ من المكرَه، فيقصده كالمختار، و إنّما المنفي بقوله عليه السلام: «لا طلاق» هو صحّته شرعاً، لوضوح أن وظيفته عليه السلام بيان الحكم من الصحة و الفساد، لا بيان الموضوع وجوداً و عدماً حتى يتخيل عدم قدرة المكرَه على قصد الطلاق.

و عليه فإستدلال الأصحاب شاهد علىٰ إرادة المكرَه مفهومَ اللفظ، و المفقود في إنشائه طيب النفس به، و لأجل فقدانه لا يقع البينونة خارجاً، لإناطتها بالرّضا الباطني، و لا يتحقق موضوع إمضاء الشارع، هذا.

١) بالجرّ محلّاً معطوف على «طلاق المكره» وبيان للاستدلال، وقد عرفته آنفاً.

٢) ظاهره الإشارة إلى جملة نصوصٍ وردت بلفظ واحد، و هو «لا طلاق إلّا لمن أراد الطلاق» أو «لا طلاق إلّا ما أُريد به الطلاق» كما في صحيح هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام، و مرسل إبن أبي عمير عنه أيضاً، و خبر عبدالواحد بن المختار الأنصاري و اليسع عن أبي جعفر عليه السلام «١». و بهذه النصوص إستدلّ في المسالك و الجواهر «٢» علىٰ إعتبار القصد.

و إستدلّا على إعتبار الإختيار ـ في مقابل الإكراه ـ بطوائف أُخرىٰ.

منها: خبر يحيى بن عبدالله بن الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث: «قال: و إنّما الطلاق ما أُريد به الطلاق من غير إستكراهٍ» «٣».

و كيف كان فالمضمون المذكور في المتن قابل للإنطباق على كلتا الطائفتين، ولكن لمّا أسند المصنفُ الاستدلالَ بها إلى الأصحاب كان الغرض التنبيه علىٰ أنّ الموجود في الكتابين هو الطائفة الثانية لا الأُولىٰ.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٢٨٥ و ٢٨٦، الباب ١١ من أبواب مقدمات الطلاق، ح ٢ إلى ٥

«٢» مسالك الافهام، ج ٩، ص ٢٤ ؛ جواهر الكلام، ج ٣٢، ص ١٧

«٣» وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٢٩٩، الباب ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق، ح ٦

حيث إنّ المنفي صحة الطلاق[١] لا تحقق مفهومه[٢] لغةً و عرفاً[٣].
و فيما[٤] وَرَدَ في مَن طلّق مداراةً بأهله، إلى غير ذلك[٥].

---

١) كما هو المراد في نظائره مثل «لا طلاق إلّا ببيّنة»«١» و «لا طلاق إلّا بعد نكاح، ولا عتق إلّا بعد ملك»«٢».

٢) إذ ليس بيان المفهوم وظيفة الامام عليه السلام و إن أمكن بيانه أحياناً.

٣) قيدان للمفهوم.

٤) معطوف على «معنىٰ الاكراه» و هذا وجه سادس، و محصله: أنّه عُدّ من الطلاق المكرَه عليه المحكوم بالبطلان ما إذا طلّق الرجل زوجته ـ أو إحدىٰ زوجاته ـ مداراةً بأهله و ذويه، و حسماً للنزاع و التشاجر بينهم، فإنّه يبطل، لعدم طيب نفسه به مع قصده لمدلول الإنشاء. و قد ورد ذلك في بعض النصوص، ففي موثق منصور بن يونس: «قال: سألتُ العبد الصالح عليه السلام و هو بالعريض، فقلت له: جعلتُ فداك: إنّي تزوّجتُ إمراةً و كانت تحبّني، فتزوّجتُ عليها إبنة خالي ... فأبوا عليَّ إلّا تطليقها ثلاثاً. و لا و ... جعلت فداك ما أردتُ ... و لا أردتُ إلّا أن أُداريهم عن نفسي، و قد إمتلأ قلبي من ذلك ... فقال: أمّا بينك و بين الله فليس بشيء، ولكن إن قدّموك إلى السلطان أبانها منك»«٣».

و الشاهد في أنّ الزوج قَصَدَ المدلول، لأجل المداراة، فَصَدَق على إنشائه «الطلاق» لكن المنفي شرعاً صحته واقعاً.

٥) أي: غير ما وَرَدَ في مَن طلّق مداراةً بأهله، و هذا الغير وَرَدَ في نصوص عديدة، من بطلان الطلاق الذي لم يحضره العدلان، أو يفقد شرطاً آخر ككونها في طُهرٍ غير مواقع، فإنّ المفهوم مقصود في الجميع، و المنفي هو الصحة الشرعية.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٢٨٥، الباب ١٠ من أبواب مقدمات الطلاق، ح ١٣

«٢» المصدر، ص ٢٨٦، الباب ١٢، ح ١

«٣» المصدر، ص ٣٣٢، الباب ٣٨، ح ١

و في[١] أنّ مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق إكراهاً لا ينبغي أن يُحمل على الكلام[٢] المجرّد عن قصد المفهوم الذي لايسمّىٰ خبراً و لا إنشاءً.

و غير ذلك[٣] مما يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكـرَه هـو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع، و عدم[٤] طيب النـفس بـه، لا عدم إرادة المعنىٰ من الكلام.

---

١) معطوف علىٰ «معنى الاكراه» و هذا وجه سابع، يعنى: أنّ التأمل في مخالفة بعض العامة في صحة الطلاق الإكراهي شاهد على تحقق قصد المـدلول فـيه، و أنّ بطلانه ليس لأجل خلوّ الصيغة عن المعنىٰ، بل لأجل فقد طـيب النـفس و القـصد الجدّي.

٢) الأولىٰ تبديل «الكلام» بـ «الألفاظ» ضرورة أنّ الكلام هو اللفظ المـفيد المنقسم إلى الخبر و الإنشاء، فما ليس كذلك لا يسمّىٰ كلاماً.

٣) معطوف على «معنىٰ الإكراه» يعني: و أدنىٰ تأمّلٍ في غير ذلك مما يوجب القطع ... الخ. و غرضه إحالة وضوح المطلب إلى موارد متفرقة مـذكورة في الكـتب الفقهية، و هي توجب القطع بأنّ القصد المفقود في المكرَه هو قصد وقوع أثر إنشائه خارجاً و عدم طيب نفسه به، و أمّا قصد المدلول فمتحقق فيه. فراجع أبواب غالب العقود و الإيقاعات تجد إشتراطها بكلٍّ من القصد و الإختيار، و أنّ بـطلان إنشـاء المكرَه ناشٍ من فقد الإختيار، لا من عدم إرادة المعنىٰ.

٤) بالرفع معطوف على «القصد» يعني: أنّ المراد بالقصد المفقود في المكرَه هو عدم طيب النفس بمضمون العقد، لا عدم إرادة المعنىٰ من الكلام.

و لا يخفىٰ أن العطف يقتضي مغايرة المعطوف و المعطوف عليه، فالمفقود أمران قصد الوقوع خارجاً و طيب النفس. لكن الظاهر إتحادهما، أو كون فقد الرّضا منشأً لإنتفاء حصول الأثر خارجاً أي بحكم العرف و الشرع، و قد سبق في (ص ١٦٠) بعضُ الكلام فيه.

و يكفي في ذلك[1] ما ذكره الشهيد الثاني من «أنّ المكره و الفضوليّ قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله».

---

١) أي: يكفي في أنّ المراد مِن نفي القصد في المكرَه ليس نفي قصد المعنىٰ ـ و عدم إستعمال الكلام فيه ـ ما ذكره الشهيد الثاني. وجه الكفاية: أنّه ﷺ جَعَل المكرَه والفضولي علىٰ حدٍّ سواء في قصد المدلول، و من المعلوم أنّ الفضوليَّ قاصد للمدلول و مُريدٌ له من اللفظ ـ بمعنىٰ إستعماله فيه ـ فكذلك المكرَه.

و لا بأس بنقل بعض كلامه وقوفاً على حقيقة الأمر. قال في شرح قول المحقق: «فلا يصح بيع الصبي ... و كذا المجنون و المغمىٰ عليه و السكران و المكرَه، ولو رضي كلٌّ منهم بما فعل بعد زوال عذره، عدا المكره للوثوق بعبارته» ما لفظه: «الفرق بينهم و بين المكرَه واضح، إذ لا قصد لهم إلى العقد و لا أهلية لهم، لفقد شرطه و هو العقل. بخلاف المكرَه، فإنّه بالغ عاقل، و ليس ثَمّ مانعٌ إلّا عدم القصد إلى العقد حين إيقاعه، و هو مجبور بلحوقه له بالإجازة، فيكون كعقد الفضولي، حيث إنتفىٰ القصدُ إليه من مالكه الذي يعتبر قصده حين العقد، فلمّا لحقه القصد بالاجازة صحّ ... و بهذا يظهر ضعف ما قيل هنا من إنتفاء القصد أصلاً و رأساً مع عدم الرضا» إلى أن قال:

«و يمكن أن يقال: إن القصد من المكرَه حاصل، دون مَن سبق ـ أي المجنون والمغمىٰ عليه و السكران ـ لأنّ غير العاقل لا يقصد إلىٰ اللفظ، و لا إلىٰ مدلوله. بخلاف المكرَه، فإنّه باعتبار كونه عاقلاً قاصد إلى ما يتلفظ به، و يفعله بشعوره، لكنه بالإكراه غير قاصد إلى مدلوله. و ذلك كافٍ في صلاحيته و قبوله للصحة ... و مثله القول في عقد الفضولي ... و لا يتحقق منه قصد مدلوله أعني نقل الملك و التسليط على التصرف و غيرهما من أحكام العقد ...»[1].

فالشهيد الثاني ﷺ أبطل دعوىٰ إنتفاء القصد في المكرَه أصلاً و رأساً كما هو الحال في النائم، و أثبت القصد إلى اللفظ، و نفاه عن المدلول.

«١» مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥٥ ـ ١٥٦

نعم[1] ذكر في التحرير و المسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك«١». قال في التحرير: «لو أُكره على الطلاق فطلّق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق

إلّا أن تنظيره بالفضولي شاهد على أنّ مقصوده بالقصد إلى المدلول هو القصد الجدّي إلى حصول أثر العقد في الخارج. و أما قصد التمليك في إعتبار نفسه فتحقق حال العقد، و هذا ما أصرّ عليه المصنف أيضاً.

١) إستدراك على ما إستظهره من عبارة المسالك. و غرضه أنّه قد تُوهِم عبارةٌ أُخرىٰ في المسالك ـ و كذا عبارة التحرير ـ بعدم قصد المكرَه مدلولَ إنشائه أصلاً. أمّا العلّامة فلدلالة كلامه على أنّ المكرَه على الطلاق لو قَصَد الطلاق بانت منه زوجته، و مقتضاه أنّ منشأ بطلان إنشاء المكرَه فقد قصد المدلول فيه، فلو قصده صحّ، لخروجه عن حدِّ الاكراه موضوعاً.

و أمّا الشهيد الثاني فلموافقته للعلامة، حيث قال في فروع طلاق المكرَه: «الرابع: لو قصد المكرَه إيقاعَ الطلاق ففي وقوعه وجهان، من أنّ الإكراه أسقط أثر اللفظ، و مجرّد النية لا تعمل. و من حصول اللفظ و القصد و هذا هو الأصح».

و ترجيحه للصحة شاهدٌ على تمشّي القصد من هذا المكرَه الناوي لوقوع الطلاق، و مفاده إستناد بطلان طلاق المكرَه إلىٰ فقد النيّة و القصد إلى المدلول.

و هذا بظاهره ينافي ما تقدّم منه و ما نسبه إليه المصنف من «وجود قصد المدلول في المكرَه، و إنّما المفقود قصد الوقوع خارجاً و طيب النفس».

و لذا ناقش صاحبُ الجواهر ﷺ في كلام الشهيد الثاني ﷺ بمنع المبنىٰ، و أنّ المكرَه قاصد للمعنىٰ، حيث قال: «قلت: مرجع ذلك إلى أنّ الإكراه في الظاهر، دون الواقع، و قد تكرّر من العامة و الخاصة خصوصاً الشهيد الثاني في المسالك و الروضة في المقام و في البيع: أنّ المكره حال الكراهة لا قصد له للمدلول، و إنّما هو قاصد للفظ خاصة. و فيه منع واضح، ضرورة تحقق الانشاء و القصد منه، و لذا ترتّب

«١» راجع تحرير الأحكام، ج ٢، ص ٥١ ؛ مسالك الأفهام، ج ٩، ص ٢٢

إذ لا إكراه على القصد»[١] إنتهىٰ.

و بعضُ المعاصرين بنىٰ هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهَّم كلامهم[٢]، فردّ[٣] عليهم بفساد المبنىٰ، و عدم[٤] وقوع الطلاق في الفرض المزبور.

ولكن المتأمِّل يقطع بعدم إرادتهم لذلك[٥]، و سيأتي ما يمكن توجيه الفرع

الأثر عليه مع الإكراه بحقٍّ من تعقب الإجازة بالعقد ... الخ»[١].

و اعترض المصنف علىٰ الجواهر بأنّ حكم العلامة و الشهيد الثاني «لو طلّق ناوياً صحّ» و إن أوهمَ خُلوّ المكرَه عن قصد المُنشأ. ولكن بعد تصريح المسالك بمساواة عقد المكرَه و الفضولي في الصحة بتعقب الاجازة ـ و كونهما قاصدين للمدلول ـ لابدّ من رفع اليد عن ظاهر عبارته المنقولة و توجيهها، و لا سبيل للأخذ بظاهرها من إرادة مجرّد اللفظ دون المدلول.

١) لأنّ القصد فعلُ النفس و تحققه منوط بمباديه، و لا يُعقل الإكراه عليه، و إنّما يتعلق الإكراه بأفعال الجوارح.

٢) و هو قصد اللفظ المجرّد عن المعنىٰ.

٣) يعني: أنّ صاحب الجواهر ﷺ ردّ علىٰ الشهيد الثاني و العلّامة ـ في حكمهما بصحة الطلاق المزبور ـ بفساد المبنىٰ، و وجه فساده كون المدلول مقصوداً و مراداً للمكرَه، و إنّما المفقود طيب النفس به.

٤) بالجر معطوف على ـ بفساد ـ اى و بعدم وقوع الطلاق في ما لو أُكره على الطلاق، فطلّق قاصداً للبينونة.

٥) أي: لعدم قصد المكرَه مدلول اللفظ، كما يوهمه عبارتا التحرير و المسالك.

«١» جواهر الكلام، ج ٣٢، ص ١٥

المزبور به[1] (*).

---

١) يعني: في قوله: «بقي الكلام في ما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير...» الخ، فراجع (ص ٢٥٣).

(*) لا يخلو كلام الجواهر من وجه، بَعدَ ملاحظة شتات كلمات الشهيد الثاني ﷺ، فإنّه و إن ساوىٰ بين المكرَه و الفضولي من جهةٍ، ولكنه بعد نقل عبارة الدروس ـ و هي جملة: فلو أُكره حتى إرتفع قصده لم يؤثر الرضا ـ قال: «لكن يبقىٰ في هذا كله إشكال من وجهٍ آخر. و هو: أنّ الهازل قد حكموا بفساد عقده، و لم يذكروا لزومه لو لحقه الرضا به. و ظاهر حاله أنّه قاصد إلى اللفظ دون مدلوله، لأنّه بالغ عاقل. فاللازم حينئذٍ إمّا إلحاقه بالمكره في لزوم عقده مع لحوق الرضا، أو إبداء الفرق بكونه غير قاصد للفظ. و فيه تأمل»[1]. و هذه الجملة ظاهرة بل صريحة في إنكار قصد المدلول الإنشائي في كلٍّ من الهازل و المكره، فهما سيّان من هذا الحيث.

فالانصاف الحكم بتهافت كلام الشهيد الثاني، و ليس هناك ظهور في بعضه وإجمال في بعضه الآخر حتّىٰ يتيسّر الجمع بينهما بحمل المجمل على الظاهر. فما نسبه إليه في الجواهر ليس متوهّم كلام الشهيد، بل هو ظاهره لو لم يكن صريحه.

ثمّ إنّه ينبغي تفصيل الكلام في مسألة عقد المكرَه، فنقول و به نستعين: من شرائط المتعاقدين الاختيار، بمعنى إيقاع مضمون العقد عن طيب النفس، بحيث يكون القصد المزبور ناشئاً عن طيب نفسه، لا عن إكراه الغير عليه، فيكون طيب النفس غير أصل قصد إيقاع المضمون الذي هو مقوّم لمفهوم العقد، فهذا شرط شرعي زائد على ما يعتبر في حقيقة العقد عرفاً، فالمفقود في بيع المكره هو طيب النفس بما أنشأه، لا الإختيار، فإنّه حاصل بقصد وقوع المنشأ، فإنّ هذا القصد الحاصل من ترجيح الوجود على العدم في نظر المختار الموجب لميل النفس إليه المتعقب بتعلق الارادة و القصد به عين الاختيار لوقوع المنشأ، و هذا الميل هو المعبّر عنه بطيب النفس.

«١» مسالك الافهام، ج ٣، ص ١٥٧

.....

و عليه فاعتبار القصد إلى المنشأ في حقيقة الانشاء راجع إلى إعتبار عدم الإكراه، لا إلى إعتبار طيب النفس، لكفاية الشرط السابق في إعتباره، لأنّ الإنشاء متقوم بقصد وقوع المنشأ، فبدون القصد لا يتحقق الإنشاء.

و دعوىٰ عدم القصد في عقد المكره أصلاً غير مسموعة، إذ مع عدم العقد كيف يكون عقد المكره بالحق صحيحاً، و المكره بغير الحق صحيحاً بالرضا اللاحق؟ فالقصد المقوم للعقدية موجود في عقد المكره، و إلّا لم يكن عقداً قابلاً للصحة بالرضا اللاحق.

فالمتحصل: أنّ المعتبر في صحة العقد عدم الإكراه. و أمّا الرضا بمضمون العقد و طيب النفس به المتوقف عليهما قصد الإنشاء فهو مما لابدّ منه في تحقق عنوان العقد.

و منه يظهر أنّ الإكراه مانع شرعاً، لا أنّ طيب النفس شرط كذلك، فإذا قصد اللفظ و المعنى و أنشأ المعنى باللفظ فقد تحقّق العقد، و هو نافذ، و يترتب عليه الأثر، إلّا إذا وقع عن إكراه. فلو شك في تحقق الاكراه ينفىٰ بالأصل، و يحكم بصحته. و هذا بخلاف ما إذا كان طيب النفس شرطاً، فلا يحكم بصحته إلّا إذا أُحرز هذا الشرط.

نعم إذا شكّ بعد العقد في أنّه هل صدر عن إكراه أم عن طيب النفس فمقتضىٰ أصالة الصحة صحّته في ظاهر الشرع، من غير فرقٍ في ذلك بين شرطية الطيب و مانعية الكراهة.

ثمّ إن تنقيح البحث في هذه المسألة يتوقف على التعرض لجهات:

الأولىٰ: أنّه قد حكي إتفاق كلمة الأصحاب على بطلان عقد المكره. و أمّا العامة فقد إختلفت كلماتهم في ذلك. فعن الحنابلة «يشترط في البيع أن يكون العاقدان مختارين ظاهراً و باطناً، فإذا كانا مختارين في الظاهر فقط كأن إتفقا على بيع عين لأحدهما فراراً من ظالم يريد إغتصابها، فإنّ هذا البيع يقع باطلاً، و لا ينعقد، لأنّهما و إن تعاقدا بإختيارهما ظاهراً، ولكنهما في الباطن لايريدان هذا البيع، و يسمّىٰ بيع التلجئة و الأمان. أمّا إذا باع شيئاً فراراً من ظالم و نحوه من غير أن يتفق مع المشتري على أنّ هذا بيع تلجئة و أمانة، فإنّ البيع يقع صحيحاً، لأنّه صدر من غير إكراه في هذه الحالة».

و عن الحنفية «أنّ عقد المكره ينعقد فاسداً، ولكن يصح بالإجازة».

.....

و عن الشافعية «أنّ بيع المكره لا ينعقد رأساً إلّا إذا قصد إيقاع العقد و نواه حال الاكراه، فإنّه في هذه الحالة لا يكون مكرهاً».

و عن المالكية «أنّ الإكراه الذي يمنع نفاذ البيع هو الإكراه بغير حق» هذا.

ثم إنّ العلامة ﷺ في التحرير قال: «لو أُكره على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق» و قد يستظهر من هذه العبارة ما أفاده جماعةٌ، منهم الشهيد الثاني ﷺ ـ في عبارته المتقدمة في التوضيح ـ من أنّ المكرَه غير قاصد للمدلول.

لكن الظاهر أنّ هذا الاستظهار في غير محله، لأنّ العلّامة يريد عدم تحقق الإكراه عند إمكان التورية، و لذا لو لم يورِّ المطلِّقُ صحّ طلاقُه، لأنّه ناوٍ له. فالعلّامة ﷺ يعتبر في الإكراه عدم إمكان التورية. و سيأتي تفصيل محتملات كلام العلّامة ﷺ في (ص ٢٥٣) فانتظر.

و أمّا عبارة الشهيد الثاني فقد احتمل فيها وجوهٌ:

الأوّل: ما ربما يكون ظاهر عبارته من عدم القصد للمكرَه و الفضولي، نظير الهازل.

و فيه أوّلاً: أنّه خلاف الوجدان، لكونهما قاصدين للمعنى قطعاً. بشهادة أنّ الإكراه قد يقتضي الدهشةَ، فيضطرّ المكرَه إلى قصد إيقاع مضمون الإنشاء، فضلاً عن قصد مدلول اللفظ.

و ثانياً: أنّ البناء على خلوّ المكرَه عن القصد يوجب ركاكة الاستدلال على بطلانه بما دلّ على إعتبار الرّضا و طيب النفس، أو حديث رفع الاكراه و نحو ذلك، لأنّ صحة التمسك بها منوطة بصدق العقد على عقد المكره حتى يكون وجه بطلانه فقدان شرطه. و أما مع عدم صدق العقد عليه لا وجه للتمسك المزبور.

و ثالثاً: أنّ لازمه عدم قابلية عقد الفضولي و المكرَه حينئذٍ للنفوذ بالإجازة، إذ لا عقد حقيقةً حتى ينفذ بالاجازة.

كما أن لازمه عدم صدق العقد حتى لو كان الاكراه بحقٍّ أو لحقه الرضا.

و دعوى كون الصحة في هذين الفرضين تعبدياً ـ لا بعنوان البيع مثلاً ـ في غاية الضعف.

.....

الثاني: أن لا يكونا قاصدين لمضمون العقد، و هو الأثر الشرعي، لأنّهما حيث يعلمان بعدم ترتب الأثر على عقدهما شرعاً و عرفاً لم يتمشّ منهما قصد ترتب الأثر على عقدهما.

و فيه: أنّه إن أُريد بالمضمون إعتبار المتعاقدين فهو موجود في أُفق النفس بعد قصد اللفظ و المدلول كما هو المفروض.

و إن أُريد به إعتبار العقلاء أو الشارع، ففيه أوّلاً: أنّ عدم قصدهما لذلك مختص بما إذا كانا عالمين بفساد عقدهما. و أمّا إذا لم يكونا عالمين به فيتمشّى منهما هذا القصد. خصوصاً في الفضولي المعتقد لكون المال ملك نفسه، ثم تبيّن أنّه لغيره و أنّه أخطأ في التطبيق و باع مال غيره باعتقاد كونه مال نفسه.

و ثانياً: أنّه لا دليل على إعتبار قصد ذلك في صحة المعاملة، و لذا تصح المعاملة من غير المتدينين أيضاً الّذين لا يعتقدون بالشرع فضلاً عن قصدهما للإمضاء الشرعي. فهذا الاحتمال ممنوع أيضاً.

الثالث: أن يراد بالعبارة ما احتمله المحقق النائيني ﷺ «من عدم كونهما قاصدين لما هو ظاهر كلامهما، فإنّ ظاهر قول الموجب ـ بعتُ ـ هو أنّه مالك للبيع، و أنّه بداعي طيب النفس لا بإكراه الغير. و المشتري يستظهر منه ذلك، و المفروض أنّ البائع لإكراهه ليس كما استظهره المشتري، من قول البائع: بعتُ»[١].

و فيه أوّلاً: أنّه ليس دائماً كذلك، إذ قد يكون هناك قرينة على الفضولية و على الاكراه، و مع هذه القرينة كيف يكون اللفظ ظاهراً في ذلك؟

و ثانياً: أنّ قصد خلاف هذا الظاهر لا دليل على كونه مفسداً للعقد.

و بالجملة: لم يظهر معنى صحيح لكلام الشهيد من أنّ المكره و الفضولي قاصدان

«١» منية الطالب، ج ١، ص ١٨٢

.....

إلى اللفظ دون مدلوله، فيردّ علمه إليه ﷺ.

و قد عرفت في (ص ١٦٩) أجنبية كلام العلامة في طلاق المكرَه عما أفاده الشهيد من عدم قصد المكره و الفضولي لمدلول العقد، فلا معنى لاستظهار رأي الشهيد من كلام العلّامة فراجع. فلا يمكن عدُّ العلامة ممّن أنكر قصد المكره لمدلول العقد.

و قد ظهر مما بيّنا فساد ما أفاده الفاضل النراقي ﷺ من إستناد بطلان البيع الإكراهي إلى عدم وجود ما يدلّ على قصد البيع، حيث إنّ إجراء الصيغة مع الاكراه لا يكشف عن القصد، فلا يكون من البيع العرفي، لعدم كاشف عن كونه مريداً لنقل الملك، بل الإكراه قرينة على عدم إرادة ظاهر اللفظ،«١» فتأمّل جيّداً.

الجهة الثانية: أنّ محل البحث في هذه المسألة هو العقد الجامع للشرائط غير الاختيار أي طيب النفس، فلابد أن يكون عقد المكره جامعاً للشرائط، إذ لو كان فاقداً للقصد كان بطلانه لعدم القصد، بل لا عقد حقيقةً حتى يتصف بالصحة أو الفساد، فيكون من السالبة بانتفاء الموضوع، و يكون عقد المكره من فروع المسألة السابقة و هي إعتبار قصد مدلول العقد. و لم يكن الاختيار بمعنى القصد عنواناً آخر، فلابدّ أن يراد بشرطية الاختيار طيب النفس، لا قصد مدلول العقد الذي هو مقوم للعقد.

و الحاصل: أنّه يعتبر في عقد المكره جميع ما يعتبر في عقد غيره عدا طيب النفس، نظير الإكراه على شرب الخمر، فإنّ الالتفات إلى نفس الخمر و الشرب موجود، والمفقود هو الرضا و طيب النفس. فما عن جماعة منهم الشهيد في المسالك من «أنّ المكره و الفضولي قاصدان الى اللفظ لا إلى مدلوله» لا يستقيم بظاهره. و قد مرّ توجيهه بوجوهٍ مع ما فيها من الاشكالات.

«١» مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٦٧

.....

الجهة الثالثة: في الدليل على إعتبار طيب النفس في صحة العقد، بحيث لو لم يكن دليل على إعتبار طيب النفس في المعاملة كان مقتضىٰ القاعدة صحة بيع المكره، لأنّه عقد عرفي، فيشمله ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود.

لكن قد استدل على ذلك بوجوه:

الأوّل: الاجماع.

و فيه: أنّ البطلان و إن كان مسلّماً، لكن يحتمل قريباً أن يكون وجهه الوجوه الآتية، فلا يحصل إطمينان بإجماع تعبدي في المسألة.

الثاني: قوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراض ﴾«١» بتقريب: أنّه سبحانه و تعالى نهىٰ عن تملك الأموال بجميع الأسباب سوىٰ التجارة عن تراضٍ. و من المعلوم أنّ التراضي ليس هو الإرادة المقوّمة لعقدية العقد كماتوهم،فإنّه مضافاً الى كونه خلاف الظاهر يستلزم اللغوية، بداهة تقوم التجارة بالإرادة، فذكر التراضي بمعنىٰ الإرادة بعد التجارة يكون لغواً. فالمراد بالرضا هو طيب النفس. فالعقد الاكراهي مقرون بالإرادة و الاختيار، و إذا عرىٰ عن القصد عُدّ من الأفعال غير الاختيارية.

ثمّ إنّ الفائدة المترتبة على الفعل الاختياري الصادر من فاعله المختار على ثلاثة أقسام:

الأوّل: أن يرى الخير المحض في فعله سواء أكان ذلك الخير دنيوياً، كما إذا رأىٰ أن المشتري يشتري ماله بربح كثير. أم أُخروياً كما إذا إعتقد بمثوبات جميلة مترتبة على التصدق بماله، فيختار التصدق به. و في هاتين الصورتين يختار الفعل بطيب نفسه.

الثاني: أن يرىٰ الفعل خيراً لنفسه بعنوان ثانوي، كما إذا ابتلى بمرضٍ يتوقف

«١» سورة النساء، الآية ٢٩

.....

علاجُه على بيع داره، و صرف قيمتها في المعالجة، فإنّ بيع الدار حينئذٍ و إن لم يكن خيراً له بعنوانه الأوّلي، إلّا أنّه خير له بالعنوان الثانوي، لأنّ بيعها مقدّمة لدفع ضرر متوجه إلى نفسه أو نفس ولده. و هذا الضرر أجنبي عن المعاملة،و ليس من ناحية ظالمٍ و نحوه.

و في هذا القسم يُقدم على بيع داره بطيب نفسه، و يشكر الله تعالى على ما أنعم به خالقه جلّ و علا من نعمة الدار و بيعها للمعالجة، أو للإنفاق على عياله أو لأداء الدّين الواجب، أو لدفع جرائم ثبتت عليه، أو طلب منه الظالم مالاً لا يقدر على دفعه إليه إلّا ببيع داره أو أثاثه مثلاً، من دون أن يجبره الظالم على بيع شيءٍ من أمواله، بل مورد الإجبار هو دفع المال.

الثالث: أن يرىٰ الفعل خيراً له، لكونه موجباً لدفع ضرر الظالم الناشيء من ترك الفعل، لا من جهات خارجية، كما إذا حمل الجائر شخصاً على بيع داره مثلاً مع الإيعاد على تركه بقتلٍ أو ضربٍ أو غيرهما، فإنّ البيع و إن صدر بمقدماته الاختيارية من التصور و التصديق بفائدته و الميل و الشوق المؤكّد المعبّر عنه غالباً بالإرادة التي هي تأثير النفس في حركة العضلات، لكن الفاعل غير راضٍ به كما لا يخفىٰ.

و الفرق بين هذا و سابقه ـ بعد إشتراكهما في كون صدور الفعل فيهما بالعنوان الثانوي ـ هو: أنّ الرضا في هذا القسم مفقود، لأنّ البيع صدر بإيعاد الظالم، فدفع ضرر الظالم دعاه إلى البيع، لا طيب نفسه. بخلاف القسم السابق، فإنّ الداعي إلى البيع ليس إيعاد الظالم على ترك البيع، بل الظالم أكرهه على إعطاء ألف دينار مثلاً، و توقّف نجاته من هذه الغرامة على بيع داره، فيرضىٰ بالبيع بداعي رفع الإضطرار.

نظير ما إذا إبتلى بمرضٍ صعب العلاج كالسرطان و السّل، و توقف علاجه على مؤونة كثيرة لا يقدر على بذلها إلّا بأن يبيع داره، فإنّه يرضىٰ بهذا البيع لدفع هذه الضرورة، أو توقف العلاج على قطع عضو فاسد من أعضائه بحيث لو لم يقطعه سرى

.....

المرض إلى سائر أعضائه، فيرضىٰ بقطع عضوه و يبتهج بذلك.

بخلاف بيع الدار إذا أوعده الظالم على ترك البيع، فإنّه لا يرضىٰ بالبيع أبداً، لأنّ داعيه إلى البيع إيعاد الظالم على تركه.

و قد إتضح ممّا بيّنا: أنّ بيع المكرَه من قبيل القسم الثالث، لأنّ البيع الصادر عن إكراهٍ فعل إختياري للمكرَه، لكنه فاقد للرضا و طيب النفس، فبيع المكرَه تجارة لكنها عن غير تراضٍ، فيبطل، إذ المفروض إنحصار السبب المملِّك للأموال المحلّل شرعاً بالتجارة المقرونة بطيب النفس.

الوجه الثالث: ما دلّ من الروايات على «حرمة التصرف في مال غيره إلّا بطيب نفسه» كموثقة سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من إئتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرىء مسلم و لا ماله إلّا بطيبة نفس منه»[١].

و عن أبي الحسين محمّد بن جعفر الأسدي عن أبي جعفر محمّد بن عثمان العمري رحمه الله عن صاحب الزمان عجّل الله تعالى فرجه قال: «فلا يحلّ لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه»[٢] و غير ذلك من الروايات الدالة على حرمة التصرف في مال الغير.

و مقتضىٰ إطلاقها حرمة جميع التصرفات من الخارجية و الاعتبارية، و بيع المكره لمّا لم يكن مقروناً بالرضا كان حراماً.

الوجه الرابع: الروايات الدالة على بطلان طلاق المكرَه و عتاقه، كخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألته عن طلاق المكره و عتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه

«١» وسائل الشيعة، ج ٣، ص ٤٢٤، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، ح ١

«٢» وسائل الشيعة، ج ٦، ص ٣٧٧، الباب ٣ من أبواب الانفال، ح ٦

بعتق» الحديث«١». تقريبه: أنّه لاطلاق إلّا مع إرادته و قصده، فالمنفي هو الطلاق المسلوب فيه الرضا بسبب الإكراه. و بضميمة عدم القول بالفصل بينهما و بين غيرهما من العقود والإيقاعات تدلّ على المطلوب.

الوجه الخامس: حديث رفع التسعة التي منها الاكراه، و هو ما رواه حريز بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: رفع عن أمتي تسعة الخطاء و النسيان و ما أكرهوا عليه و ما لا يطيقون و ما لا يعلمون و ما اضطرّوا إليه و الحسد والطيرة والتفكّر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق بشفة»«٢».

تقريب الاستدلال به على بطلان عقد المكره هو: إن الرفع تشريعي، فكل حكم يؤخذ من الشارع مرفوع في حال الإكراه أي إذا صدر عن إكراه، من غير فرق بين كون الحكم تكليفياً و وضعياً، لأنّ الرفع التشريعي يشمل كل ما تناله يد التشريع. و من المعلوم أنّ الحكم الوضعي كذلك، فيرفع عند الاكراه، سواء أكان فعل المكلف متعلقاً للتكليف كحرمة شرب الخمر، أم موضوعاً له كالإفطار الذي هو موضوع لوجوب القضاء و الكفارة. و كالبيع الذي صدر عن إكراه.

فالإكراه على إيجاد موضوع الحكم كالإكراه على إيجاد متعلّقه كالشرب، و هذا ماقرّر في الأصول من أن معنى حديث رفع التسعة رفع ما يكون وضعه و رفعه بيد الشارع من الحكم التكليفي و الوضعي.

فلا حاجة في الاستدلال به على ما نحن فيه من التشبث باستدلال الامام عليه السلام بهذا النبوي على ما رواه أحمد بن أبي عبدالله في المحاسن عن أبيه عن صفوان بن يحيى و أحمد بن محمّد بن أبي نصر جميعاً عن أبي الحسن عليه السلام «في الرجل يستكره

«١» وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٣١، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ح ١

«٢» وسائل الشيعة، ج ٤، ص ١٢٨٤، الباب ٣٧ من أبواب قواطع الصلاة، ح ٢، و ج ٥، ص ٣٤٥، الباب ٣٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، ح ٢

.....

على اليمين، فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطاؤا»[١].

ثم إنّه قد ظهر ممّا ذكرناه أمران:

أحدهما: أنّ المعاملة الاضطرارية صحيحة. و التمسك لفسادها بآية التجارة عن تراضٍ و النبوي غير سديد، إذ المفروض حصول طيب النفس في المعاملة الاضطرارية فالآية لا تشمل البيع المضطرّ إليه.

و أمّا وجه عدم شمول الحديث له فلأنّه وارد مورد الامتنان، و ليس رفع الآثار الوضعية لأجل الاضطرار إمتناناً على الأمّة، بل هو منافٍ للامتنان.

نعم في رفع الحكم التكليفي كحرمة شرب الخمر إذا إضطرّ إليه منّة على العباد كما لا يخفى.

ثانيهما: أنّ الإكراه بحقٍّ لا يُبطل المعاملة، و إلّا كان الإكراه لغواً. و يقتضيه أخصية ما دلّ على عدم بطلان المعاملة من حديث رفع الإكراه و ذلك في موارد.

منها: إكراه المحتكر على بيع الطعام، فإنّ المحكيّ عن المهذّب البارع الاجماع عليه، و عن التنقيح عدم الخلاف في ذلك. و قد وردت جملة من الروايات في ذمّ المحتكر و حرمة الإحتكار، و كونه من الجرائم الموبقة.

و منها: أنّ القاضي يحكم ببيع ملك المديون لإيفاء الغرماء حقوقهم، فإنّ البيع حينئذٍ صحيح، لولاية الفقيه على الممتنع.

و منها: إكراه شخصٍ على بيع ماله للإنفاق على واجبي النفقة من الأب و الأم والزوجة و غيرهم، فإنّ البيع لصرف الثمن في نفقات هؤلاء جائز و نافذ.

و منها: إمتناع الراهن من أداء دينه، فإنّ الحاكم يجبره على بيع العين المرهونة و أداء دين المرتهن من ثمنها، فلا يؤثر الاكراه في فساد بيعه.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ١٣٦، الباب ١٢ من كتاب الأيمان، ح ١٢

ثمّ إنّ[١] حقيقة الإكراه لغة و عرفاً حمل الغير على ما يكرهه.

حقيقة الإكراه، و ما يعتبر في صدقه

١) هذا شروع في جهة أُخرىٰ من جهات البحث في عقد المكرَه، و هي تحديد الموضوع أعني به الاكراه ليترتب عليه حكمه، في قبال الاضطرار و الجبر والإلجاء. و محصله: أنّه لمّا لم يكن للإكراه حقيقة شرعية كان المرجع في معناه إلى العرف ولو باستكشافه من كلام اللغوي، و قد عرّفه الجوهري بما في المتن، حيث قال: «و أكرهته علىٰ كذا حملتُه عليه كُرهاً»[١].

و المستفاد من هذا التعريف توقف صدق الاكراه على إجتماع أُمورٍ ثلاثة:/

الأوّل: تحميل المكرَه شيئاً مقروناً بالتهديد بإيراد ضررٍ عليه لو خالفه.

الثاني: أن يكون ما توعّد به مضرّاً لا يتحمّل عادةً، سواء أكان الضرر متوجهاً إلى شخص المكرَه أو إلى ذويه كالوالد و الولد و الزوجة. و سواء أكان في النفس أو في الطرف أو في العِرض، أو في المال. فلو أكرهه على البيع مثلاً و هدّده بأخذ مالٍ منه لو لم يبع، و لم يكن دفع ذلك المال مُضرّاً بحال المكرَه ـ ليساره و كثرة أمواله ـ لم يتحقق الإكراه.

الثالث: علمُ المكرَه أو ظنّه بترتب المتوعد به لو خالف، بأن يكون المكرِه قادراً على المؤاخذة، و المكرَه مقهوراً عاجزاً عن دفع الضرر.

فإن اجتمع هذه الأُمور تحقق الإكراه، بمعنىٰ عدم إستقلال المكرَه في التصرف، أي عدم طيب نفسه بما يصدر منه من فعلٍ، إذ في تركه مظنة الضرر. و هذا لاينافي صدوره منه باختياره إمّا دفعاً للضرر المتوعّد به من طرف المكرِه. و إمّا لترجيح أخفّ الضررين على الأشدّ، كما إذا تضرّر المكرَه من بيع دار سكناه، ولكنه يُقدِم على بيعها و يتحمّل الضرر المادّي، دفعاً للضرر الأعظم المتوعد به كالقتل.

و الجامع بين الفرضين عدم رضاه بما يفعله، لأنّ علمه بتحقق الوعيد أو ظنّه به

«١» صحاح اللغة، ج ٦، ص ٢٢٤٧

و يعتبر[١] في وقوع الفعل من ذلك الحمل إقترانُه بوعيدٍ منه[٢] مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل، مضرٌّ بحال الفاعل أو متعلقه نفساً أو عرضاً أو مالاً.

فظهر[٣] مِن ذلك أنّ مجرّد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يُدخله[٤] في المكرَه عليه. كيف[٥]؟ و الأفعال الصادرة من العقلاء كلُّها أو جلُّها

هو الباعث له نحو الفعل المكرَه عليه، لا طيب نفسه به.

و قد ظهر من هذا إعتبار كون نفس الفعل مكرَهاً عليه كالبيع في المثال. و أما إذا أكرهه على دفع مالٍ خطير، و توقّفَ تحصيله على بيع داره فباعها، لم يكن ذلك إكراهاً على البيع، لكون مطلوب المكرِه نفس المال لا مقدمته و هو البيع. نعم يضطرّ المكرَه إلى البيع لتسديد حاجته،ولكنه أمر آخر، و سيأتي توضيح الفرق بين الإكراه و الاضطرار.

١) هذه الجملة إلى قوله: «أو مالاً» جامعة للأُمور المتقدمة، فقوله: «إقترانه بوعيد منه» إشارة إلى الأمر الأوّل، و قوله: «مظنون الترتب، إشارة إلى الأمر الثالث. و قوله: «مضرٌّ بحال الفاعل» إشارة إلى الأمر الثاني.

٢) الإتيان بكلمة «منه» لأجل إخراج مواردَ عن حدّ الإكراه نذكر بعضها:

الأوّل: ما إذا طلب المكرِهُ شيئاً من المكرَه، و أخافه من آفة سماوية لو خالف، بأن قال له: «بعني هذه الدار و إلّا نزلت بك صاعقة أو زلزال مثلاً» فإنّ هذا الوعيد لمّا لم يكن من شأن المكرِه لم يصدق على هذا التهديد حدُّ الإكراه.

الثاني: ما إذا كان الضرر المتوعد به فعل شخصٍ آخر غير المكرِه، ولكن ذلك الغير لم يُحمِّل شيئاً على المكرَه و لم يوعِّده بضررٍ.

٣) هذا متفرع على إعتبار الأُمور الثلاثة المتقدمة في تعريف الاكراه، بضميمة إتيانه بنفس ما أكرهه عليه لا بمقدمته.

٤) بل يُدخله في المضطرّ إليه.

٥) يعني: كيف يُدخله في المكره عليه؟ و الحال أنّ الأفعال العقلائية كلُّها

ناشئة عن دفع الضرر. و ليس[1] دفع مطلق الضرر الحاصل من إيعاد شخص

أو جلّها تصدر لدفع الضرر عن النفس أو عمّن يتعلّق بها، كبذل المال للطعام والشراب دفعاً لضرر الجوع و العطش، و شراء الأدوية لعلاج المرض، و كذا الحال في شراء الألبسة للاتّقاء من الحرّ و البرد، و شراء الدار للسكنىٰ فيها، و من المعلوم خروج هذه الموارد أيضاً عن حدّ الاكراه موضوعاً.

١) غرضه من هذه العبارة التنبيه على ما تقدم آنفاً من إعتبار الإتيان بنفس ما أكره عليه، فلو أتىٰ بمقدمته لم يتحقق الاكراه الموضوع للأحكام. كما إذا أكرهه الظالم على دفع مال إليه، و لم يقدر على دفعه إليه إلّا ببيع داره و دفع ثمنها إليه، فإنّ بيع الدار صحيح، لعدم ورود الإكراه عليه، بل الإكراه وَرَد على دفع المال. فهذا الإكراه لم يسقط المكره عن الاستقلال في التصرف، بل له التصرف البيعي و عدمه.

و الحاصل: أنّ الإكراه لابد أن يتعلّق بنفس بيع الدار حتى يكون بيع المكرَه صادقاً عليه. و حينئذٍ يختار الفعل من باب حكم العقل بوجوب دفع الضرر عن نفسه أو عرضه أو ماله، أو عن غيره المتعلق به، بحيث يعدّ ضرره ضرراً عليه، ففعل المكرَه لا يخرج بالإكراه عن أفعاله الاختيارية. لكنه يصدر عنه بغير طيب نفسه، لأنّ النفس كارهة لفعل ما يحمّله غيره عليه مع الإيعاد على تركه بضررٍ يشقّ عليه تحمله.

و هذا بخلاف ما يفعله لدفع الضرر، لكنه مع الاستقلال في فعله، كبيع ماله لدفع الجوع، أو لأداء دينه، أو لدفع ظلم الجائر الذي يريد أن يأخذ منه مالاً بدون أن يجبره على بيع داره، فإنّه يختار البيع دفعاً للضرر الجوعي مثلاً، و يطيب نفسه بذلك. بخلاف ما إذا أنشأ البيع عن إيعاد الظالم على تركه، فإنّه لا يطيب نفسه بحمل الغير إياه على البيع. و إن كان إختياره له لأجل دفع الضرر، لكنّه مقرون بإيعاد الغير.

و بالجملة: فالبيع مثلاً إن كان لدفع الضرر الناشيء عن إيعاد الغير كان صحيحاً، و هو المسمّىٰ بالمضطرّ إليه. و إن كان لدفع ضرر المكره، لم يكن صحيحاً، و هذا هو المسمّىٰ بالمكره عليه. فاتّضح الفرق بين الاكراه و الإضطرار.

يوجب[١] صدق المكره عليه[٢]، فإن[٣] مَن أُكره على دفع مالٍ، و توقّف على بيع بعض أمواله، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله[٤] و إن كان لدفع الضرر المتوعد به على عدم دفع ذلك المال، و لذا[٥] يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمته عليه[٦] لحلفٍ أو شبهه[٧]، إلّا[٨] أنّه ليس مكرهاً.

فالمعيار في وقوع الفعل مكرهاً عليه سقوط الفاعل ـ من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر ـ عن[٩] الاستقلال في التصرف بحيث لا يطيب نفسه

---

١) خبر قوله: «و ليس دفع».

٢) حتى يكون بيع الدار ـ في الاكراه على دفع المال لا على البيع ـ مندرجاً في بيع المكرَه.

٣) تعليل لقوله: «و ليس دفع» و قد تقدم توضيحه آنفاً.

٤) كما إذا كان للمكرَه أموال متفرقة كالنقود و البستان و الدار، فباع داره لتسليم ثمنها إلى الظالم دفعاً للضرر المتوعّد به.

٥) أي: و لأجل صحة بيع شيءٍ لدفع الضرر يرتفع التحريم عنه، و غرضه إقامة الشاهد علىٰ أن «البيع لدفع الضرر» ليس على إطلاقه إكراهاً، فقد يكون البيع للاضطرار، و هو رافع للحرمة التكليفية، و لا يوجب فساد المعاملة وضعاً، فلو حلف على عدم بيع داره، ثم إضطرّ إلى بيعها لدفع الثمن إلى الظالم المكرِه حلّ بيعه و لم يحنث الحلف، و يصحّ وضعاً، لعدم صدق «الاكراه من الغير» على هذا البيع.

٦) هذا الضمير و ضمير «عنه» راجعان إلى الموصول في «من أكرِه» و هو المكرَه على دفع المال لا على البيع. و ضمير «حرمته» راجع إلى البيع.

٧) كالنذر و العهد الموجبين لطروء عنوان ثانوي على المتعلّق.

٨) خبر قوله: «فالبيع».

٩) متعلق بـ «سقوط».

بما يصدر منه، و لا يتعمّد إليه عن رضاه، و إن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب إختياره دفعاً للضرر، أو ترجيحاً لأقلّ الضررين.

إلّا أنّ هذا المقدار[١] لا يوجب طيب نفسه به، فإنّ النفس مجبولة على كراهة ما يُحمّله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشقّ تحمله.

و الحاصل[٢]: أنّ الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنّه مستقلٌّ في فعله و مخلّىٰ و طبعه فيه[٣] بحيث يطيب نفسه بفعله، و إن كان من باب علاج الضرر. و قد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه. و هذا ممّا لا يطيب النفس به، و ذلك[٤] معلوم بالوجدان.

ثم إنّه هل يعتبر[٥]

---

١) يعني: أنّ هذا المقدار من الاختيار ـ الناشىء من دفع الضرر أو تحمل أخفّ الضررين ـ لا يجدي في صحة المعاملة، إذ لا تطيب نفسُ المكرَه بما يُحمّله المكرِه عليه.

٢) غرضه ـ كما تقدم التنبيه عليه ـ عدم التنافي بين كون تصرف المكرَه إرادياً و بين عدم طيب نفسه بفعله الإرادي.

٣) أي: في فعله، إذ لا تحميل في موارد الإضطرار.

٤) يعني: وجود طيب النفس في المضطرّ المستقلّ في تصرُّفه، و فقدان الطيب في المكرَه على البيع مثلاً.

هذا كلُّه في بيان حدّ الإكراه، من حيث ميزه عن الإضطرار. و سيأتي الكلام في أنّ العجز عن التورية دخيل فيه أم لا.

هل يتوقف الاكراه على العجز عن التخلص بالتورية أو بغيرها؟

٥) هذه إحدى جهات البحث في إنشاء المكرَه، و هي: أنّ الإكراه المتحقق بتحميل الغير و إيعاده الضرر بالمكرَه هل يتقوّم مفهومه بالعجز عن دفع الضرر المتوعد به، بحيث لو كان قادراً على التفصي عنه لم يصدق «المكرَه عليه» على فعله؟

.....

أم لا دخل له في صدق الاكراه موضوعاً.

و على الثاني فهل يعتبر في حكمه الشرعي ـ و هو سقوطه عن الأثر المترتب على فعل المختار ـ عجزُ المكرَه عن التفصّي و الفرار عن الضرر، أم لا يعتبر ذلك أصلاً؟ أم يفصّل بين التفصّي عن الضرر بالتورية و بغيرها؟ في المسألة وجوه بل أقوال:

الأوّل: عدم دخل التمكُّن من التخلُّص عن إيعاد المكره، لا في مفهوم الإكراه ولا في حكمه الشرعي، فيصدق الإكراه و يرتفع أثره الشرعي بمجرّد تحميل الغير، وإيعاده الضرر على المكرَه، سواء تمكن من التخلص أم عجز عنه. بلا فرق بين الإكراه على إنشاء معاملة و بين غيره، كالإكراه على فعل محرّم أو ترك واجب، و هذا منسوب إلى جماعة، و إختاره المصنف في بادىء الأمر.

الثاني: التفصيل بين المعاملة و غيرها، بعدم إعتبار إمكان التفصي عن المكره عليه في المعاملة، فتبطل بمجرّد الإكراه و إن كان قادراً على التخلّص منها. و باعتباره في غير المعاملة، فلا يجوز إرتكاب المحرّم المكره عليه إلّا بالعجز عن التفصّي عنه.

الثالث: التفصيل بين كون المتفصّىٰ به تورية و غيرها، فإن قدر على التورية لم يكن مُكرَهاً، سواء أكان المكره عليه معاملة أم غيرها، و انْ تمكّن من التفصي مِنْ ضرر المكره بوسيلة أُخرىٰ لم يجب عليه ذلك، فهو مكرَه عليه، فلا يحرم فعله، و لا يصحّ إنشاؤه.

الرابع: التفصيل بين الموضوع و الحكم، بمعنى أنّ إمكان التخلص غير مأخوذ في مفهوم الإكراه، ولكنه ملحوظ في حكمه الشرعي، فالقادر على التفصّي مكرَه موضوعاً و غير مكرهٍ أثراً، فلا يكون إنشاؤه باطلاً شرعاً، و سيأتي تفصيل الكلام إن شاء الله تعالى.

والمراد بالتورية هو الستر و الإخفاء، بالقاء كلام ظاهر في معنىً و إرادة خلاف ظاهره، مع إخفاء القرينة على المراد، فكأنّ المتكلم وارىٰ و ستَر مرادَه عن المخاطب

في موضوع[١] الإكراه أو حكمه[٢] عدمُ إمكان التفصي عن الضرر المتوعد به بما[٣] لا يوجب ضرراً آخر كما حُكي عن جماعة، أم لا؟ الذي يظهر من النصوص والفتاوى عدم[٤] إعتبار العجز عن التورية، لأنّ حمل

بإظهار غيره، بحيث تخيّلَ المخاطبُ إرادة ظاهر كلامه، قال العلامة الطريحي: «وَرّيت الخبر ـ بالتشديد ـ تورية: إذا سترته و أظهرت غيره، حيث يكون للفظ معنيان، أحدهما أشيع من الآخر، و تنطق به و تريد الخفي».[١]

ويمكن التنظير له بما روي من قول عقيل: «أمرني معاوية أن ألعن علياً، ألا فالعنوه» لأنه أراد بمرجع الضمير معاوية الآمر باللعن، عليه أشد لعائن الله و الملائكة والناس أجمعين.

وكيف كان فاستدل المصنف ﷺ على إطلاق الإكراه ـ و عدم دخل إمكان التفصي عن الضرر المتوعد به ـ بوجوه سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

١) بأن يكون مفهومه العرفي متقوّماً بعجز المكرَه عن التخلص عن الضرر المتوعد به.

٢) بأن يكون مفهوم الإكراه مطلقاً شاملاً للقدرة على التفصي و عدمها، إلّا أنّ سلب الحكم عن إنشاء المكرَه مخصوص تعبداً بعجز المكرَه عن الفرار. فلو قدر عليه لم يكن محكوماً بحكم الإكراه، فلو أكرهه الجائر على طلاق زوجته، و تمكّن المكرَه من ترك الإنشاء رأساً، أو التورية بإرادة خلاص زوجته من الأعمال البيتية كالطبخ والغسل و تربية الأطفال، فأنشأ الصيغة ـ غير قاصد للبينونة ـ لم يقع الطلاق، إذ لا إكراه مع إمكان التفصي عمّا أُكره عليه.

٣) متعلق بـ«التفصي» يعني: يتخلّص المكرَه من المكره عليه، و لم يستتبع فرارُه ضرراً آخر عليه، فلو إستتبعه كان مُكرَهاً.

٤) هذا ما استظهره المصنّف أوّلاً، و هو تحقق الإكراه بمجرّد تحميل الغير، سواء

«١» مجمع البحرين ج ١، ص ٤٣٦.

.....

أمكن التخلص منه أم لا، و كذا لايعتبر في حكمه الشرعي إمكان العجز عن التفصي.

أمّا عدم إعتبار العجز عن التفصي بالتورية فلقضاء العرف بصدق موضوع الإكراه مع القدرة على التورية .

وأما عدم دخل إمكان التفصي في حكم الإكراه ـ بعد سعة مفهومه و شموله لصورتي العجز عن التورية و عدمه ـ فإطلاق النصوص و الفتاوىٰ يقتضي عدم الفرق في حكم الاكراه بين صورة العجز عن التورية و عدمه، و هذا الاطلاق يشمل كلتا الصورتين في عرض واحد، بَعدَ وضوح عدم دخل العجز عن التورية في موضوع الإكراه .

وعليه فحمل الاطلاق المزبور على خصوص صورة العجز عن التورية ـ للجهل بالتورية، أو الدهشة الموجبة للغفلة عن التورية ـ يكون من حمل المطلق على الفرد النادر، لأنّ الغالب التمكن من التورية.فهذا الحمل بعيد جداً، لكونه في الاستهجان نظير تخصيص العام بأكثر أفراده، و من المعلوم إباء العام و المطلق عن ذلك، فيتقوّىٰ الاطلاق و الشمول لصورة القدرة على التورية، و يشكل تقييده بالعجز عنها .

خصوصاً مع ورود الاطلاق في كل ما يمكن أن يستدلّ به على سقوط إنشاء المكره عن الأثر لا في دليل واحد، قال في الجواهر: « ولا يعتبر عندنا في الحكم ببطلان طلاق المكره عدم التمكن من التورية ـ بأن ينوي غير زوجته، أو طلاقها من الوثاق، أو يعلقه في نفسه بشرط، أو نحو ذلك ـ و إن كان يُحسنها، ولم تحصل له الدهشة عنها، فضلاً عن الجاهل بها، أو المدهوش عنها، لصدق الإكراه، خلافاً لبعض العامة»[1].

و قريب منه ما في المسالك من دعوى الاجماع ، وإن مالَ هو ﷺ إلى إعتبار التورية للقادر عليها، فراجع[2] .

«١» جواهر الكلام ج ٣٢، ص ١٥

«٢» مسالك الافهام ج ٩، ص ٢٢ .

لأنّ حمل عمومِ[١] رفع الاكره، و خصوصِ[٢] النصوص الواردة في طلاق المكرَه وعتقه، ومعاقد الإجماعات[٣] والشهرات[٤] المدّعاة في حكم المكرَه على[٥] صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشةٍ بعيد[٦] جدّاً. بل غير صحيح في بعضها

---

١) هذا هو الدليل الأول الرافع لحكم الإكراه في المعاملات وغيرها، وهو قوله ﷺ في أحاديث رفع التسعة أو الستة أو الثلاثة «رفع ما استكرهوا عليه» وحيث إنّ الغالب القدرة على التورية، فحمله على رفع حكم الإكراه عن العاجز عنها حملٌ للمطلق على الفرد النادر، وهو ممنوع.

٢) هذا هو الدليل الثاني، وقد تقدمت جملة من النصوص النافية للطلاق والعتق الإكراهيين، فراجع (ص ١٦٣ و ١٦٤).

٣) هذه الاجماعات المتضافر نقلُها دليلٌ ثالث. والاجماع وإن كان دليلاً لُبيّاً يقتصر فيه على المتيقن وهو العاجز عن التورية، إلّا أنّ إستهجان حمل إطلاق المعقد على الفرد النادر يقتضي الأخذ بالإطلاق، كما هو واضح، فتأمل (*).

٤) بناءً على كون الشهرة الفتوائية دليلاً على الحكم الشرعي فإطلاقها حجة كالاجماع المنقول، وإلّا فهي مؤيدة لإطلاق الأدلة اللفظية.

٥) متعلق بـ «حمل».

٦) خبر قوله: «لأنّ حمل» يعني: أنّ الفرد النادر ـ وهو العجز عن التورية ـ إمّا أن يكون لجهل المكره بأسلوبها، وإمّا أن يكون لدهشته وذهوله عن التورية مع علمه بها.

ومثال الجهل ما إذا أُكره على طلاق زوجته، ولم يعلم أن يقصد من الطلاق خلاصَ الزوجة من الوثاق وأعمال البيت وتربية الأطفال، بحيث لو كان عالماً بهذه التورية لم يقصد جدّاً بينونةَ زوجته.

ومثال الدهشة، كما إذا سلّ المكرِه سيفه عند أمره بالطلاق، فأثّر الخوف في المكرَه، وعرضت الدهشة عليه، و نسي تمكّنه من التورية، فطلّق قاصداً للبينونة.

(*) إشارة إلى: أنّه لا إطلاق في معقد الاجماع حتى يكون حمله على الفرد النادر مستهجناً، إذ المفروض كونه لُبيّاً، و لا محيص عن الأخذ بالمتيقن منه.

من جهة المورد[١]، كما لا يخفى على مَن راجعها.
مع أنّ القدرة على التورية لا يُخرج الكلام عن حيِّز الإكراه عرفاً[٢]، هذا.

ففي هذين المثالين حكموا ببطلان الطلاق، للعجز عن التورية، فهما المتيقن من رفع الاكراه شرعاً.

١) لعل مقصوده ما ورد في قصة عمار على ما رواها المفسرون في شأن نزول قوله تعالى: ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه، إلّا من أُكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾«١» إنّ قريشاً أكرهوه وأبويه ياسراً وسميّة على الارتداد، فأبىٰ أبواه فقتلوهما، وهما أوّل شهيدين في الاسلام، وأعطاهم عمار بلسانه ما أرادوا مكرهاً. فقيل يا رسول الله: إنّ عماراً كفر، فقال: كلّا إنّ عماراً ملىء إيماناً من قرنه إلى قدمه، واختلط الايمان بلحمه ودمه، فأتىٰ عمار رسول الله ﷺ وهو يبكي، فجعل النبي ﷺ يمسح عينيه، وقال: ما لَكَ إن عادوا لك فعدهم بما قلت»«٢».

تقريب عدم إمكان حمل قصة عمار على صورة العجز عن التورية هو: أنه مع العجز عن التورية لم يكن وجه لاضطراب عمار و بكائه، لأنّه بعد فرض عجزه عن التورية يكون مضطرّاً إلى التكلم بكلمة الكفر، والاضطرار رافع للحرمة. فاضطرابه كان لأجل التمكن من التورية ولم يورِّ، وقرّره النبي ﷺ على ذلك، و نفىٰ البأس عمّا قاله من كلمة الكفر، لقوله ﷺ: «ان عادوا فعد» ولم يأمره بالتورية بإرادة معنى آخر من كلمة الكفر غير ما هو ظاهره.

٢) هذا راجع إلى صدق الإكراه موضوعاً مع القدرة على التورية، وحاصله: أنّ

«١» سورة النحل، الآية: ١٠٩.

«٢» راجع مجمع البيان، ج ٣ ص ٣٨٨، و روي كلام الرسول ﷺ لعمّار في عدة نصوص، مثل ما رواه صاحب الوسائل عن اصول الكافي بسند معتبر و كذا في تفسير البرهان،ولكن لم تتعرّض لقصة ياسر وزوجته، فراجع وسائل الشيعة ج ١١، ص ٤٧٦ الباب ٢٩ من أبواب الامر والنهي، الحديث ٢، و تفسير البرهان، ج ٢، ص ٣٨٥ و ٣٨٦، الحديث: ٢ و ٣ و ٤ و ٩

وربما يستظهر[1] من بعض الأخبار عدم إعتبار العجز عن التفصي بوجهٍ

مفهوم «الإكراه» عرفاً يعمّ كلتا صورتي القدرة على التورية والعجز عنها، لما عرفت من أنّه «التحميل المقترن بإيعاد ضرر على المكرَه، لا يتحمّل عادةً». ومن المعلوم عدم الفرق في هذا المفهوم العرفي بين التمكن من التورية وعدمه.

نعم قد يفرّق بينهما بالنظر الدقيق العقلي، بدعوى: أنّ الخوف من الضرر ـ الذي هو مناط الإكراه ـ غير متحقق عند القدرة على التورية، بأن يقصد من قوله: «زوجتي طالق» خلاصَها من شؤون البيت، إذ به يتخلّص من وعيد المكرِه، ولا يتضرر بشيء، كما أنّه لم يقع الطلاق الشرعي.

وهذا بخلاف العاجز عن التورية، لجهله بها أو لصيرورته مدهوشاً مرعوباً بالإكراه بحيث لا تتمشى منه التورية، فيكون الداعي على قصد الطلاق هو تحميل الغير لا طيب نفسه به.

ولكن هذا الفرق مردود بما في المتن من قوله: «عرفاً» يعني: أنّ لفظ «الاكراه» كسائر الألفاظ الموضوعة للأحكام الشرعية خوطب به العرف، فهو المتّبع في سعة دائرة المفهوم وضيقها، ولا ريب في صدقه على مطلق التحميل سواء تمكّن المكرَه من التورية أم لا، هذا.

ولا يخفى أن المناسب تقديم هذا الكلام على قوله «الذي يظهر من النصوص» لأن الموضوع مقدّم طبعاً على الحكم، فلابد أوّلاً من التعرض لعدم دخل العجز عن التورية في موضوع الإكراه، ثم في حكمه،ضرورة أنّ دعوى كون حمل إطلاق النصوص والفتاوىٰ على صورة العجز عن التورية حملاً للاطلاق على الفرد النادر مبنيّةٌ على عموم معنى الإكراه لكلتا صورتي القدرة على التورية والعجز عنها حتى تصح دعوى ندرة العجز عن التورية.

١) يعني: أنّ الكلام كان في إثبات عدم دخل القدرة على التخلص ـ بالتورية ـ من المكرِه في موضوع الإكراه وحكمه، وغرضه تعميم مفهوم الإكراه لما إذا أمكن

آخر[1] غير التورية أيضاً في صدق الإكراه، مثل رواية إبن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «لا يمين في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه. قلت: أصلحك الله، وما الفرق بين الجبر والاكراه؟ قال: الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والأُم والأب، وليس ذلك بشيء» الخبر"[1].

ويؤيده[2] أنّه لو خرج عن الإكراه عرفاً بالقدرة على التفصي بغير التورية

التفصي من الضرر بغير التورية، كالفرار أو تحمل سوء خلق الزوجة ونحوهما، على ما يستفاد من رواية إبن سنان، المفصّلة بين جبر السلطان وإكراه الوالدين والزوجة.

تقريب الاستظهار: أنّ السلطان مثالٌ لمن لا يمكن التفصي من مخالفته، والزوجة والأب والأُمّ أمثلة لمن يمكن التفصي من حمله على الفعل، لغلبة الإمكان في الثاني دون الأوّل، فكأنّه عليه السلام قال: «الجبر يكون من حاملٍ لا يمكن التفصي منه نوعاً مثل السلطان. والإكراه يكون من حاملٍ يمكن التفصي منه نوعاً كالزوجة والأب والأُم» فأطلق الاكراه على التوعيد الذي يمكن التفصي فيه، لانتفاء كمال السلطنة مثلاً أو غيره، إذ غاية ما يترتب على مخالفة الزوج لما تطلبه منه زوجته هو سوء خُلقها وتهاونها في إدارة شؤون المنزل، وهذا ممّا يتحمل عادةً، ويستبعد جدّاً أن تورِد ضرراً على زوجها في نفسه أو ماله.

١) كالفرار والاستمداد من أصدقائه ليخلّصونه من شرّ المكرِه، فكما يصدق الإكراه بالقدرة عليه، كذلك مع القدرة على التورية. وعليه فلا فرق في تحقق الإكراه بتحميل الغير، سواء تمكّن من التخلص عنه بالتورية أو بغيرها، أم لم يتمكن من شيءٍ منهما.

٢) يعني: ويؤيّد الاستظهار المزبور، وحاصل التأييد: أنّه لو كانت القدرة على التفصي بغير التورية قادحةً في صدق الإكراه لكانت القدرة على التفصي بالتورية قادحة أيضاً في صدقه، إذ المناط في صدق الإكراه هو عدم إمكان التخلص عن الضرر ـ المتوعد به على ترك الفعل المكره عليه ـ إلّا بفعل المكره عليه. فمع إمكان

«١» وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ١٤٣، الباب ١٦ من أبواب اليمين، ح ١

خرج عنه بالقدرة عليها، لأنّ المناط حينئذٍ[١] إنحصار التخلص عن الضرر المتوعّد في[٢] فعل المكره عليه، فلا[٣] فرق بين أن يتخلّص حينئذ بكلامٍ آخر أو فعل آخر، وبهذا الكلام مع قصد معنى آخر.

ودعوى[٤] أنّ جريان حكم الإكراه مع القدرة على التورية تعبديٌّ ـ لا من جهة صدق حقيقة الإكراه ـ كما[٥] ترى.

لكنّ الانصاف[٦] أنّ وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقّق إلّا مع العجز عن

التخلص بغيره ـ سواء أكان التخلص بكلام آخر أم فعل آخر أم بنفس هذا الكلام مع قصد معنىً آخر غير معناه الظاهر ـ لا يصدق الاكراه.

١) أي: حين الخروج عن الإكراه بسبب القدرة على التفصي عن الضرر بغير التورية، فالمناط في صدق الإكراه عدم إمكان التخلص عن الضرر إلّا بفعل المكره عليه.

٢) متعلق بقوله: «انحصار» يعني: أنّ التخلص من الضرر الإيعادي منحصر في فعل المكره عليه.

٣) متفرع على قوله:«لأنّ المناط حينئذٍ» يعني: فلافرق في عدم الانحصار... الخ.

٤) غرضه أنّ الفرق بين إمكان التفصي بالتورية وبين إمكانه بغيرها هو: أنّ الإكراه وإن لم يكن صادقاً في كلتا صورتي إمكان التورية وغيرها، لكن حكم الإكراه ثابت مع إمكان التفصي بالتورية تعبداً، دون إمكانه بغير التورية.

٥) خبر «ودعوى» و حاصله: منع هذه الدعوى، لعدم الدليل على إلحاق غير المكره عليه بالمكره عليه، بل المانعية تدور مدار عنوان الإكراه، فبدونه لا يحكم بمانعية غير الإكره. فترتُّب حكم الإكراه في صورة القدرة على التورية إنّما هو لأجل صدق الإكراه لا للتعبد.

٦) مرجع هذا إلى تسليم الدعوى المذكورة التي حكم بكونها «كما ترى» فغرضه ﷺ العدول عمّا أسّسه من أنّ العجز عن التفصي ـ بالتورية أو بغيرها ـ

.....

غير دخيل في الإكراه موضوعاً وحكماً. و مقتضى هذا العدول وإن كان إشتراط الإكراه بامتناع التفصي عنه مطلقاً، لكنه ﷺ فصّل بين التمكن من التخلص بالتورية وبين تمكنه بغيرها. فهنا مطلبان، أحدهما: توقف الإكراه على العجز عن التفصي.

وثانيهما: التفصيل بين كون المتفصّىٰ به توريةً أو غيرها.

أما المطلب الأوّل فتوضيحه: أنّه قد تقدم تقوّم مفهوم الإكراه بأُمورٍ ثلاثةٍ: منها علم المكرَه ـ أو ظنّه ـ بترتب الضرر على مخالفة ما أكره عليه، ويعبّر عن هذا الأمر بخوف الضرر. وعلى هذا يعتبر في تحقق الإكراه أن يكون الداعي إلى الإتيان بالفعل المكرَه عليه خصوص خوف ترتب الضرر المتوعد به على ترك ذاك الفعل المكرَه عليه، ومن المعلوم أنّه مع القدرة على التفصي عنه بدون الاتيان بالفعل المكرَه عليه لا يترتب الضرر على مجرّد ترك المكرَه عليه، بل على تركه وترك التفصي معاً، فهو مختار في دفع الضرر بين فعل المكرَه عليه وبين التفصي عن الضرر بوجهٍ آخر، فلا إكراه في البين.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

والشاهد على إناطة صدق الإكراه بالعجز عن التخلّص هو الفرق المرتكز عند أبناء المحاورة بين أن يقول المكرِه: «طلّق زوجتك أو بع دارك، وإلّا» وبين أن يأمره بالطلاق خاصة. حيث إنّ البيع عدلٌ للطلاق في المثال الأوّل، وإنشاءُ كلٍّ منهما مستند إلى تحميل المكرِه، فهو مسلوب الأثر.

بخلاف المثال الثاني الذي طَلَب المكرِهُ الطلاقَ خاصة، وفرضنا تمكن المكرَه من التخلص إمّا بالخروج مدّةً من بلده، وإما بمراجعة صديقٍ ليشفع له عند المكرِه كي يتنازل عن إكراهه، فإنّه لا يخاف المكرَه ترتب الضرر المتوعد به، فلو طلّق لم يستند إلى خوف الضرر، لعدم صدق الإكراه في هذه المنفصلة: هذا مكرَه على أحد الأمرين إما طلاق زوجته و إمّا تركه بالفرار من البلد أو الإستشفاع بصديق.

و وجه عدم الصدق كون الفرار ونحوه دافعاً للإكراه حقيقةً، ولم يأمر به المكرِه

التفصي بغير التورية، لأنّه[١] يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتب الضرر المتوعد به على الترك[٢]. ومع القدرة على التفصي لايكون الضرر مترتباً على ترك المكرَه عليه، بل[٣] على تركه وترك التفصي معاً. فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين من فعل المكرَه عليه والتفصي، فهو مختار في كل منهما، ولا يصدر كل منهما إلّا باختياره، فلا إكراه.

و ليس[٤] التفصي من الضرر أحد فردي المكرَه عليه حق لايوجب تخييرُ الفاعل فيهما سلبَ الإكراه عنهما، كما لو أكرهه على أحد الأمرين، حيث يقع كل منهما حينئذٍ مكرهاً، لأنّ[٥] الفعل المتفصىٰ به مُسقِط عن المكره عليه لا بدلٌ له.

لا تعييناً ولا تخييراً.

هذا في عدم دخل العجز عن التفصي بغير التورية، وهو وإن كان جارياً في القدرة على التفصي بالتورية أيضاً، إلّا أنّه سيأتي عدم إعتبار التمكن منها.

١) تعليل لعدم تحقق الفعل الإكراهي إلّا مع العجز عن التفصي بغير التورية.

٢) أي: ترك الفعل المكره عليه.

٣) يعني: بل يكون الضرر مترتباً على ترك كلا الأمرين، وهما: المكرَه عليه والتفصي.

٤) هذا إشارة إلى توهمٍ و دفعه، حاصل التوهم: صدق الإكراه هنا أيضاً، حيث إنّ التفصي أحد عدلي المكرَه عليه، فكأنّه مكرَه على الفعل أو على التفصي مخيّراً بينهما، فإمكان التفصي لا يُخرجه عن صدق الإكراه.

٥) هذا دفع التوهم المزبور، وحاصله: أنّ الفعل المتفصّىٰ به عن الضرر المتوعدبه مُسقِط عن المكرَه عليه لا عدل له، ولذا لا يكون محكوماً بأحكام المكرَه عليه إجماعاً. ففرق بين الإكراه على أحد الأمرين من البيع أو الطلاق تخييراً، وبين إكراهه على البيع خاصة مع قدرته على الفرار.

ولذا[١] لا يجري عليه[٢] أحكام المكرَه عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

وما ذكرناه[٣] وإن كان جارياً في التورية، إلّا أنّ الشارع رخّص في ترك التورية بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر[٤]، لما ذكرنا[٥] من ظهور النصوص والفتاوىٰ، وبُعد حملها على صورة العجز عن التورية.

---

١) أي: و لأجل عدم كون الفعل المتفصىٰ به بدلاً عن الفعل المكره عليه لا يجري عليه أحكام المكره عليه، فلو كان الفعل المتفصىٰ به عقداً لا يبطل، مع أنّ من الواضح بطلانه لو كان عدلاً للفعل المكره عليه. كما لو أكرهه على بيع داره، فتفصّىٰ منه ببيع بستانه، فإنه يقع صحيحاً إجماعاً، مع أنّه لو كان مكرهاً عليه ـ كبيع الدار ـ لم يصح قطعاً، وهذا كاشف عن عدم كون الفعل المتفصّىٰ به عِدلاً وبدلاً لما أكره عليه.

٢) هذا الضمير و الضمير المستتر في «يفسد» راجعان إلىٰ المتفصّىٰ به.

٣) من إناطة صدق الإكراه بخوف الضرر، المتوقف على العجز عن التخلّص من إضرار المكرِه، وغرضه بيان الفارق بين كون المتفصّى به توريةً وغيرها، فيقال: باعتبار العجز عن التخلّص بغير التورية في صدق الإكراه، وعدم إعتبار العجز عن التخلص بالتورية في صدقه، مع أنّ التفصّي عن الضرر المتوعد به بكلٍّ منهما مشترك في إرتفاع موضوع الإكراه به.

وحاصل وجه الفرق أمران، أحدهما: التعبد، لأنّ الشارع رتّب أثر الإكراه في صورة إمكان التفصي بالتورية، دون التفصي بغير التورية، لما تقدم من ظهور النصوص والفتاوىٰ في ترخيصه في ترك التورية، لبُعدِ حملها على صورة العجز عنها، لكونه من حمل المطلق على الفرد النادر.

٤) فلو أمكن التفصي بغير التورية ـ كالخروج من البلد والاستشفاع بالصديق ونحوهما ـ لم يتحقق الإكراه، إذ لا خوف حينئذٍ.

٥) تقدم في قوله: «الذي يظهر من النصوص والفتاوىٰ عدم إعتبار العجز عن التورية... الخ» فراجع (ص ١٨٥).

مع[١] أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لأُشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوِّزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه«١»، خصوصاً[٢] في قضيّة عمّار وأبويه، حيث أُكرهوا على الكفر، فأبىٰ أبواه فقُتلا، وأظهر لهم عمّار ما أرادوا، فجاء باكياً إلى رسول الله ﷺ فنزلت الآية ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلّا من أُكره وقلبه مطمئن بالايمان﴾ فقال له رسول الله ﷺ: «إن عادوا عليك فعد»«٢». ولم ينبِّهه على التورية.

فإنّ التنبيه في المقام وإن لم يكن واجباً[٣]، إلّا أنّه لا شك في رجحانه خصوصاً من النبي ﷺ باعتبار شفقته على عمّار، وعلمه بكراهة تكلم عمّار بألفاظ الكفر من دون تورية كما لا يخفى، هذا.

ولكنّ الأولى[٤] أن يفرّق بين إمكان التفصي بالتورية وإمكانه بغيرها،

---

١) هذا وجه ثانٍ لعدم إعتبار العجز عن التورية في الإكراه، وحاصله: أنّه لوكان ذلك معتبراً فيه كان اللازم الإشارة إليه في الأخبار المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه، مع عدم التنبيه عليه، كما تقدم في رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام، لإطلاق الإكراه على ما يطلبه الوالدان والزوجة، مع أنّه عليه السلام نفى حكم اليمين فيه بقوله: «لا يمين في إكراه».

٢) وجه الخصوصية أهمية القضية، وكمال شفقة النبي ﷺ على عمار.

٣) وجه عدم وجوب التنبيه على التورية في المقام هو: إناطة وجوب التورية بالإلتفات إليها، فمع الجهل بها ـ ولو مع العلم بحكمها ـ لا يجب التنبيه، لأنّه من إعلام الجاهل بالموضوع، ومن المعلوم عدم وجوبه.

٤) هذا عدول عن وجه الفرق المزبور، الذي كان مرجعه إلى عدم صدق الإكراه موضوعاً على صورة التمكن من التورية مع إجراء حكم الإكراه عليه تعبُّداً.

«١» لاحظ وسائل الشيعة: ج ١٦، ص ١٤٣، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان.

«٢» مجمع البيان، ج ٣، ص ٣٨٨

.....

وملخص ما ذكره في قوله: «ولكن الأولى أن يفرق... الخ» أنّ الإكراه يصدق موضوعاً على صورة التمكن من التورية، ولا ينافيه التمكن من التورية.

توضيح الفرق بين إمكان التفصي بالتورية وبين إمكانه بغير التورية ـ بصدق الاكراه موضوعاً على الأوّل دون الثاني ـ هو وقوع المكره في الضرر على تقدير تركه للمكرَه عليه، وهو موجود في التورية، إذ مع إلتفات المكرِه إلى ترك المكرَه عليه يوقع المكرَه في الضرر ولو مع التورية.

وإن شئت فقل: إنّ المكرَه في موارد التمكن من التورية مقهور في إرادة أحد الأمرين، إمّا إيجاد نفس الفعل المكرَه عليه، وإمّا التورية، فأيّهما وقع يقع عن إرادة مقهورة لإرادة الغير. نظير الإكراه على أحد الأمرين كإلزامه ببيع داره أو إجارة حمّامه.

وهذا بخلاف موارد القدرة على غير التورية، لتمكّنه من مخالفة الآمر ـ مع إطّلاعه عليها ـ بدون الاضرار.

وبعبارة أُخرى: الفرق بين التورية وغيرها من أنحاء التفصي هو: أنّ الضرر الذي يورده المكرِه على المكرَه لايدور مدار مخالفة المكرَه واقعاً لما أُكره عليه، بل يدور مدار إحراز المكرِه مخالفةَ المكرَه، فيقال: «كل ما أحرز المكرِه مخالفة المكرَه لأضرّ به» وهذه القضية الشرطية غير متحققة عند تمكُّن المكرَه من الفرار أو التخلص من شرّ المكرِه بوجهٍ آخر كالاستشفاع، فلا يصدق الإكراه حقيقةً للأمن من إضراره حينئذٍ.

وهذا بخلاف ما لو تفصّىٰ المكرَه بالتورية بأن أُكره على بيع داره، فقَصَد تمليكَ منفعتها لا رقبتها، فإنّه لو إلتفت المكرِهُ إلى ما تورّىٰ به المكرَه، وعَلِم بمخالفته لأمره لأورد الضرر عليه قطعاً، إذ المفروض كون المكرَه في مكانٍ تحت حيطة إستيلاء المكرِه، فيقدر على الإضرار به وتنفيذ ما توعّده به. وعلى هذا فالتمكن من التورية لا ينافي الإكراه موضوعاً، بخلاف التمكن من التفصّي بوجوهٍ أُخر.

بتحقّق[١] الموضوع[٢] في الأوّل دون الثاني[٣]، لأنّ الأصحاب وفاقاً للشيخ في المبسوط ذكروا من شروط تحقق الإكراه « أن يعلم أو يظن المكرَه ـ بالفتح ـ أنّه لو إمتنع مما أكره عليه وقع فيما توعد عليه »[٤]، ومعلوم أنّ المراد ليس إمتناعه[٥] عنه في الواقع ولو مع إعتقاد المكرِه ـ بالكسر ـ عدم الامتناع، بل المعيار[٦] في وقوع الضرر إعتقاد المكرِه[٧] لامتناع المكرَه.

و هذا المعنى[٨] يصدق مع إمكان التورية، و لا يصدق مع التمكن من التفصّي بغيرها، لأنّ المفروض تمكنه من الإمتناع مع إطّلاع[٩] المكرِه عليه،

---

١) متعلق بـ «يفرّق» وبيان له.

٢) وهو الإكراه المتقوم بخوف الضرر.

٣) وهو التفصّي بغير التورية.

٤) حيث قال فيه: «وأما بيان الاكراه فجملته: أنّ الاكراه يفتقر إلى ثلاث شرائط... والثاني: أن يغلب على ظنّ المكرَه أنّه إن إمتنع من المراد منه وقع به ما هو متوعّد به»[١]. ونحوه كلام غيره. والشاهد في أنّ إمتناع المكره واقعاً لا يترتب عليه الإضرار، وإنّما لترتب الضرر لو أحرز المكرِهُ إمتناع المكرَه عمّا أُكره عليه، فلو باع المكرَه وقَصَدَ الإجارة وعلم المكرِه بتوريته لأضرّ به، وعليه فالتورية لا تدفع الإضرار لو علم بها المكرِه.

٥) أي: إمتناع المكرَه عمّا أُكره عليه.

٦) بالفتح معطوف على «المراد».

٧) فلو ورّى المكرَه وعلم المكرِه به لأضرّ به، لأنّه يعتقد مخالفة المكرَه لما أُكره عليه.

٨) أي: كون المعيار في وقوع الضرر إعتقادَ المكرِه إمتناعَ المكرَه عمّا أكره عليه.

٩) يعني: أنّ المكرِه يطّلع على إمتناع المكرَه من تنفيذ ما أُكره عليه، ولكنّه

«١» المبسوط، ج ٥، ص ٥١؛ و لاحظ أيضاً شرائع الاسلام، ج ٣، ص ١٣؛ تحرير الأحكام، ج ٢، ص ٥١؛ مسالك الافهام، ج ٩، ص ١٨؛ الروضة البهية، ج ٦، ص ٢٠؛ نهاية المرام، ج ٢، ص ١٢؛ كفاية الأحكام، ص ١٩٨؛ رياض المسائل، ج ٢، ص ١٦٩؛ الحدائق الناضرة، ج ٢٥، ص ١٥٩

و عدم وقوع الضرر عليه.

و الحاصل: أنّ التلازم بين إمتناعه[1] و وقوع الضرر ـ الذي هو المعتبر في صدق الإكراه ـ موجود مع التمكن بالتورية، لا مع التمكن بغيرها[2]، فافهم[3].

لا يمكنه الإضرار بالمكرَه، للفرار و نحوه.

١) أي: إمتناع المكرَه، فالضرر مترتب على إمتناع المكرَه مع إطّلاع المكرِه علىٰ الامتناع، لترتب الإضرار على إعتقاده بامتناع المكره، لا علىٰ إمتناعه واقعاً. و هذا متحقق في خصوص القدرة علىٰ التورية، دون غيرها، إذ إطّلاع المكرِه على إمتناع المكرَه يُوقعه في الضرر و إن تشبّث بالتورية.

٢) أي: بغير التورية.

٣) لعلّه إشارة إلى: أنّ المناط في صدق الإكراه عدمُ القدرة على التفصّي عن الضرر المتوعّد به، فلو تمكّن من التفصّي عنه ـ ولو بالتورية ـ لم يصدق الإكراه، فإذا علم باندفاع الضرر بالتورية ـ كما إذا علم بعدم إطّلاع المكرِه على التورية ـ لم يتحقق الإكراه. و عليه فلا فرق في عدم صدق الإكراه بين أنحاء التفصّي عن الضرر.

هذا تمام الكلام في دخل العجز عن التفصي ـ عن المكره عليه ـ في الإكراه موضوعاً أو حكماً، و قد عرفت إختلاف أنظار المصنف في المسألة، الكاشف عن إعضالها (*).

(*) الجهة الرابعة: هل يعتبر في مفهوم الإكراه وجود مكرِه واقعاً، أم يكفي فيه مجرّد الاعتقاد بوجوده، وإنْ كان إعتقاده مخالفاً للواقع؟ فيه تفصيل. فإن قلنا بكون الوجه في البطلان حديث الرفع كما ذكره السيد ﷺ «١» صحّ البيع، لتقوّم الإكراه بوجود المكره، والمفروض عدمه.

وإن قلنا بكون الوجه فيه عدم طيب النفس بطل البيع، لفقدان طيب النفس بعد إعتقاد وجود المكرِه وبيعه خوفاً من الضرر المتوعد به بحسب إعتقاده.

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٢٠

.....

كما يصح البيع في صورة العكس، وهو ما إذا باع باعتقاد الاكراه، ثم تبيّن عدمه، فإنّ البيع فاسد، لعدم الرضا النفساني مع كونه معتقداً بوجود مكرِه.

فتظهر الثمرة بين شرطية طيب النفس ومانعية الإكراه في صورة إعتقاد وجود المكرِه له على بيع متاعه فباعه، مع فرض عدم وجود المكره واقعاً.

وكيف كان فالمصنف إعتبر في الإكراه قيوداً خمسة:

الأوّل: وجود شخص حامل على الفعل، فلولاه لا يتحقق الإكراه، فإنّ باب الإفعال يقتضي وجود حاملٍ على إيجاد فعل مكروهٍ لطبعه. وقد أشار الماتن إلى هذا الأمر بقوله: «إنّ حقيقة الإكراه لغة و عرفاً حمل الغير على ما يكرهه».

الثاني: أن يتوجّه الإكراه إلى نفس المعاملة، لا إلى غيرها ممّا يتوقف على المعاملة كما إذا أكرهه على دفع مال أو بناء قنطرة أو مسافرة أو غيرها مما يتوقف على بيع بعض أمواله، فإنّ الاكراه حينئذٍ يتوجه إلى المقدمة أي مقدمة البيع، لا الى نفس البيع.

وإن شئت فقل: إن الإكراه على البيع تارة نفسي، أي الإكراه يتعلق أوّلاً و بالذات بنفس البيع، وأُخرى غيري كالإكراه على بناء قنطرةٍ يتوقف ذلك على بيع بعض أمواله. والبيع في هذه الصورة صحيح ظاهراً بلا إشكال، لعدم جريان الأدلة الدالة على قدح الاكراه في الصحة فيه.

أمّا الاجماع فلأنّ المتيقن منه غير هذه الصورة.

وأمّا حديث ألرفع فإطلاقه وإن كان شاملاً للإكراه الغيري، لكن تطبيقه في المقام خلاف الامتنان، لأنّ بطلان البيع في هذا الفرض تضييق على المكلف، لا توسعة له. كمايقال مثله في الإكراه بحق، حيث إنّ إجراءه خلاف الامتنان بالنسبة إلى صاحب الحق. فلو أكره على بيع داره لوفاء دينه كان بيعه صحيحاً، لأنّ إبطاله ضرر على الدائن فلا يشمله الحديث الشريف.

الثالث: ما أشار إليه المصنف ﷺ بقوله: «ويعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل

.....

إقترانه بوعيد منه » وحاصله: أنّ الإكراه لا يتحقق إلّا بإقترانه بوعيد من المكرِه، ولا يكفي في حصول الإكراه توجه الضرر على ترك الفعل المكره عليه ولو من ناحية غير الآمر.

قال السيدﷺ: « فعلى هذا لا يصدق على ما أشرنا إليه سابقاً من طلب الغير منه فعلاً إذا خاف من تركه الضرر السماوي، أو ضرراً من جانب شخص آخر إذا اطّلع على ذلك مع عدم توعيده، بل وكذا إذا فعل الفعل لا بأمر الغير، لكن خاف منه الضرر. وحينئذ فالاقدام على الفعل قبل إطّلاع الجائر بتخيل أنّه إذا إطّلع على الترك أوصل إليه الضرر لا يعدّ من الإكراه »[1].

وتبعه المحقق النائيني ﷺ في ذلك قال مقرّر بحثه ﷺ: «يعتبر توعيد الطالب على الترك، ثم يعتبر الظن أو الاحتمال العقلائي على ترتب ذلك الوعيد على الترك، فمجرد أمر الغير مع عدم إقترانه بتوعيد منه لا يدخل في موضوع البحث وإن خاف من تركه ضرراً سماوياً، أو الضرر من شخص آخر غير الآمر»[2].

لكن الانصاف أنّ المعتبر في الإكراه خوف ترتب الضرر على ترك الفعل المكرَه عليه وإن لم يكن توعيد على الترك، بحيث يكون الترك موجباً لخوف الضرر، سواء أكان من نفس الآمِر أم من غيره، وسواء أكان مع توعيد المكرِه أم مع عدمه، وسواء أكان الضرر دنيوياً أم أخروياً.

نعم إذا كان الضرر أُخروياً حكم بصحّة المعاملة، لكون الإكراه بحقٍّ صحيحة.

فضابط الإكراه هو أن يكون الداعي إلى إرتكاب الفعل خوفَ الضرر من شخص ولو من ناحية غير الآمِر، ومن غير تصريح الآمر به، فتفسد المعاملة المنبعثة عن خوف الضرر المترتب على تركها بشرط كون الضرر وارداً عليه من إكراه المكره وإن لم يوعِّده بالضرر حين الإكراه.

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٢٢

«٢» منية الطالب، ج ١، ص ١٨٥

.....

ولا فرق في بطلان العقد حينئذٍ بين كون الدليل على بطلان عقد المكره حديث الرفع ودليل اعتبار طيب النفس.

أمّا على الثاني فواضح، لفقدانه مع الخوف المزبور.

وأمّا على الأوّل فلما عرفته من أنّ حقيقة الإكراه هي إنبعاث الفعل عن خوف الضرر المترتب على الإكراه وإن لم يوعد المكرِه بالضرر، لكن كان المكرَهُ خائفاً بأن علم بالضرر أو إحتمل إحتمالاً عقلائياً.

فعلى كل حال لا ينبغي الريب في فساد المعاملة الناشئة عن خوف الضرر الوارد عليه من جهة مخالفة أمر الآمِر، وإن لم يكن نفس الأمر ملقياً له في الضرر.

الرابع: ما أشار ﷺ إليه في المتن في مقام الفرق بين إمكان التفصي بالتورية، وبين إمكانه بغيرها من قوله: «ذكروا من شروط تحقق الإكراه أن يعلم أو يظن المكرَه أنّه لو امتنع مما أكره عليه وقع فيما توعد عليه» وظاهره إعتبار العلم أو الظن بترتب الضرر على ترك الفعل المكره عليه، وعدم كفاية إحتماله.

لكن المحقق النائيني ﷺ في عبارته المتقدمة إكتفى باحتمال ترتب الضرر على ترك المكرَه عليه، وهذا هو الصواب.

أما بناءً على شرطية طيب النفس فواضح، لأنّ خوف الضرر الناشيء عن الاحتمال العقلائي منافٍ للرضا النفساني المعتبر في صحة المعاملة، فتبطل، لإنتفاء طيب النفس.

و أمّا بناءً على مانعية الإكراه فلما عرفت من أنّ ضابطه هو نشو الفعل عن خوف الضرر الوارد عليه من إنسانٍ، بحيث لو لم يكن الخوف لما فعل ذلك. و من المعلوم أنّ هذا الضابط متحقق بمجرّد الاحتمال العقلائي من دون حاجة إلى العلم أو الظن بترتب الضرر على ترك الفعل المكرَه عليه. ولا دليل أيضاً على إعتبار العلم أو الظن في الإكراه تعبداً، هذا.

.....

ثم إنّ السيد ﷺ ذكر «أنّه لابدّ في صدق الإكراه من كون الضرر المتوعد به مما لم يكن مستحقاً عليه، فلو قال: إفعل كذا وإلا قتلتك قصاصاً، أو: وإلّا طالبتك بالدّين الذي لي عليك ونحو ذلك لا يصدق عليه الإكراه»[1].

وهذا هو الصحيح، لأن الإكراه إمّا منصرف عن هذه الصورة، فلا يشمله دليل مانعية الإكراه. وإمّا لا يشمله الحديث، لكونه خلاف الامتنان. وهو الحق، فموضوع الإكراه عرفاً وإن كان صادقاً، لكن حكمه هنا غير ثابت.

ودعوى بطلان المعاملة حينئذٍ، لفقدان طيب النفس مدفوعة أوّلاً: بتحقق الطيب، لأنّ دفع الضرر المستحق عليه يوجب الرضا بالمعاملة المكره عليها.

وثانياً: أن شرطية طيب النفس أو مانعية الإكراه مختصة بغير صورة الإكراه بحقٍّ، فإنّ الإكراه كذلك خارج حكومةً أو تخصيصاً عن عموم حديث الرفع، وإلّا كان الإكراه بحقٍّ لغواً.

الخامس: ما إشار إليه بقوله: «ثم إنه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن ذلك الضرر المتوعد بما لا يوجب ضرراً آخر».

وحاصله: أنّه هل يعتبر في مفهوم الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوعد به بتورية أو بغيرها، أم لا يعتبر ذلك في موضوعه،بل يعتبر في حكمه وهو بطلان المعاملة أو غيره؟ فيه أقوال.

ثالثها: التفصيل بين الإكراه على المعاملة، والإكراه على غيرها من الأفعال كالشرب ونحوه، فيعتبر ذلك فيها دون المعاملات.

ورابعها: التفصيل بين إمكان التفصي بغير التورية، فينافي الإكراه، وبين إمكان التفصي بالتورية فقط، فلا يخلّ بصدق الإكراه.

خامسها: التفصيل بين الحكم والموضوع، فيقال باعتبار عدم التمكن من التفصي

«١» حاشية المكاسب ج ١، ص ١٢٢، سطر ١٨.

.....

في صدق الإكراه موضوعاً، وعدم اعتباره فيه حكماً، فإذا أُكره أحدٌ على بيع داره وأمكنه التفصي، فلم يفعل وباع الدار كان فاسداً وإن لم يصدق عليه عنوان الإكراه.

وقبل التعرض لتلك الوجوه ينبغي بيان حقيقة التورية، وهي كما عن اللغة بمعنى الستر والإخفاء، وإلقاء كلام ظاهر في معنى وإرادة خلاف ظاهره مع إخفاء القرينة على المراد، فكأنّ المتكلم وارى مراده عن المخاطب باظهار غيره وخيّل إليه أنّه أراد ظاهر كلامه، وتقدّم كلام مجمع البحرين في التوضيح.

و في القاموس: « ورّاه تورية أخفاه »[1].

ثم إنّ التورية كما تثبت في الأقوال، كذلك تثبت في الأفعال.

أما جريانها في الأقوال فكما إذا أراد أحدٌ أن ينكر مقالته الصادرة منه فيقول: «علم الله أنه ما قلته» حيث يظهر كلمة الموصول بصورة اداة النفي، ويخيّل إلى السامع أنّه ينكر كلامه الصادر منه.

ومن هذا القبيل: ما عن سلطان العلماء في حاشيته على المعالم عند البحث عن المجمل من: أنه سئل أحد العلماء عن علي عليه السلام وأبي بكر بأنّ أيّهما خليفة الرسول صلى الله عليه وآله، فقال: « من بنته في بيته ».

ومنه قول عقيل: « أمرني معاوية أن ألعن عليّاً، ألا فألعنوه ».

ومنه أيضاً ما سئل بعض الشيعة عن عدد الخلفاء، فقال: « أربعة أربعة أربعة » وقصد من ذلك الأئمة الأثني عشر، وزعم السائل أنّه أراد الخلفاء الأربع.

ومنه أيضاً ما عن بعض الأجلة من أن شخصاً طلب مبلغاً بعنوان المساعدة والإعانة، وكان المسؤول لا يراه مستحقاً، فألقى السبحة من يده على الأرض، وقال: والله إنّ يدي خالية، وتخيّل السائل من هذا الكلام أنّه غير متمكن من إعطاء سؤله وقضاء حاجته.

---

[1] القاموس المحيط، ج ٤، ص ٣٩٩

.....

وأمّا جريان التورية في الأفعال فهو كما إذا أكرهه الجائر على شرب الخمر، فأخذها المكرَه وأهرقها في جيبه، فزعم الجائر أنّه شربها. وكما إذا أمر الظالم أحد عمّاله بضرب مظلوم في الليل المظلم، فيورّي المأمور في فعله بأنْ يضرب سوطه على الجدار، ويأمر المظلوم بالنياحة والبكاء ليعتقد الظالم بأنه ضربه. إلى غير ذلك من الأمثلة.

إذا عرفت حقيقة التورية وجريانها في الأقوال والأفعال فاعلم أنّ المصنف ﷺ فصّل بين المعاملات وغيرها حيث إنّه إعتبر العجز عن التفصي في حقيقة الإكراه في الثاني دون الأوّل.

وملخص ما أفاده هو: أنّ المناط في الإكراه الرافع لأثر المعاملات إنما هو عدم طيب النفس بمفاد المعاملة، ومن المعلوم أنّ هذا يتحقق فيما إذا أُكره على معاملة، وهو في مكان يكره الخروج منه، ولكن لو خرج كان له في الخارج أحبّاء يكفّون عنه شرّ الظالم المكرِه، فلو باع و الحال هذه في ذلك المكان كان البيع باطلاً، لفقدان طيب النفس فيه، فالإكراه حينئذ موجود.

ولو فرض في هذا المثال إكراهه على محرّم كشرب الخمر والكذب والزنا وأمثالها لا يتحقق الإكراه الرافع للحرمة، ولا يعذر في إرتكاب الحرام. فالإكراه المسوّغ للحرمة بمعنى الجبر المذكور في خبر إبن سنان المتقدم الذي فرّق بين الجبر والإكراه، بأنْ جعل الأوّل من السلطان، والثاني من الزوجة والأب والأُم الذي ليس بشيء، ولا يترتب عليه أثر من إرتفاع الحرمة.

وبالجملة: فالإكراه في المعاملة بمعنى عدم طيب النفس وإن لم يتوجّه على ترك المكرَه عليه ضرر، كما في إكراه الأب والأُمّ والزوجة. فالإكراه في المعاملات أعم من الإكراه المسوّغ للمحرّمات. فإكراه الأبوين والزوجة رافع لأثر المعاملة، وليس رافعاً للحرمة التكليفية.

والموجب للتفكيك بين الإكراه المسوّغ للمحرّمات والإكراه الرافع لصحة

.....

المعاملة هو رواية إبن سنان المذكورة في المتن ، حيث إنّ إكراه الأبوين والزوجة يمكن التفصي عن ضرره، بخلاف جبر السلطان، فإنّه لا يمكن التفصي عن ضرره غالباً. فالمعاملة في صورة إكراه الأبوين والزوجة مع إمكان التفصي باطلة، حيث إنه يمكن التفصي عن ضررهم. وهذا بخلاف إجبار السلطان، فإنّ الغالب عدم إمكان التفصي عن ضرره .

والحاصل: أنّه يصدق الإكراه مع إمكان التفصي، فلا يعتبر العجز عن التفصي في حقيقته، هذا .

وفيه أوّلاً: أنّ معنى الإكراه في جميع الموارد واحد لا تعدد فيه، وهو حمل الغير على ما يكرهه مع الإيعاد على تركه، ومن المعلوم إنطباق هذا المعنى على جميع موارد الإكراه بنهج واحد، من دون فرق بين المعاملات والمحرمات، فإكراه الزوجة لا يصدق إلّا إذا لم يتمكن الزوج من مخالفتها، ومن رفع ضررها كإخلال نظامه الداخلي وتنغيص عيشه .

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

نعم يستفاد من الرواية كفاية الضرر الضعيف في رفع الأثر الوضعي كاليمين، لأنّ ضررهم غالباً راجع إلى الأُمور الداخلية، دون الأثر التكليفي كالحرمة، فإنّ إكراههم له يرفع الحرمة، فاذا أكرهوه على شرب الخمر مثلاً لا يسوغ له الشرب بهذا الإكراه. فالصواب اعتبار العجز عن التفصي في حقيقة الإكراه مطلقاً من غير فرق بين الإكراه في المعاملات و المحرّمات.

فالمستفاد من الرواية أخصيّة الإكراه الرافع للحكم التكليفي من الاكراه الرافع للحكم الوضعي .

وبالجملة: فلا تدل الرواية على التفرقة، وإعتبار العجز عن التفصي عن الضرر في الإكراه المسوّغ للمحرمات، وعدم إعتباره في الإكراه المانع عن صحة المعاملة .

وثانياً: أنّ الرواية ضعيفة السند، لأنّ الراوي عن عبد الله بن سنان عبد الله بن القاسم وهو ضعيف، سواءٌ أكان الحضرمي المعروف بالبطل، أم الحارثي، فإنّ كليهما

ثمّ إنّ[1] ما ذكرنا من إعتبار العجز عن التفصّي إنّما هو في الإكراه

الفرق بين الإكراه على إرتكاب الحرام و الاكراه على المعاملة

١) غرضه من هذا الكلام التفرقة بين الإكراه المسوّغ للمحرمات كشرب الخمر و إفطار الصوم و الولاية من قِبَل الجائر و نحوها، و بين الإكراه الموجِب لفساد المعاملة.

و حاصل وجه الفرق هو: أنّه يعتبر في الأوّل العجز عن التفصي عن الضرر، من غير فرقٍ بين أنحاء التفصّي من التورية و غيرها. بخلاف الثاني، فإنّه لايعتبر فيه ذلك، لأنّ المناط في صحة المعاملة طيب النفس، فكلّ مايوجب إرتفاعه يوجب فساد المعاملة، لانتفاء شرطها. و أمّا حدود الله تعالى شأنه فلا مسوّغ للتعدّي عنها إلّا الإضطرار.

و قد سبق المصنف إلى هذه التفرقة صاحبُ المقابس قدس سره و قد تبعهما الفقيه

ضعيفان، لقول النجاشي في الأوّل: «كذاب غالٍ يروي عن الغلاة، لا خير فيه ولا يعتد بروايته»[1]. ولقوله في الثاني: «ضعيف غالٍ كان صحب معاوية بن عمار، ثم خلط وفارقه»[2].

فتحصّل مما ذكرنا: أنّ رواية إبن سنان لا تدلّ على إختلافٍ في معنى الإكراه، وأنّ العجز عن التفصي عن الضرر لايعتبر فيه ـ كما في إكراه الزوجة ـ حتى تكون حاكمة على حديث الرفع، ومبيِّنة لعدم إعتبار العجز عن التفصي في الإكراه المانع عن صحة المعاملة. بل الإكراه في جميع الموارد بمعنى واحد، وهو حمل الغير على فعل مع الإيعاد بالضرر على تركه. غاية الأمر أنّ بعض مراتب الإكراه رافع لأثر المعاملة، لكونه رافعاً لطيب النفس، بخلاف الإكراه الرافع للحرمة، فإنّ ضرر العباد أهم في نظر الشارع من مصالح الأحكام، ولذا أُنيط إرتفاعها بالإضطرار، هذا.

«١» رجال النجاشي، ص ١٥٧ (الطبعة الحجرية).

«٢» المصدر، ص ١٥٦

المسوّغ للمحرّمات[١]، و مناطه توقف دفع ضرر المكره[٢] على إرتكاب المكرَه عليه .

المامقاني ﷺ«١».

خلافاً لما يظهر من الشيخ ﷺ في كتاب الطلاق، حيث قال: «و أمّا بيان الإكراه فجملته: أنّ الاكراه يفتقر إلى ثلاثة شرائط:

أحدها: أن يكون المكره قاهراً غالباً مقتدراً على المكره، مثل سلطانٍ أو لصٍّ أو متغلّبٍ.

و الثاني: أن يغلب على ظنّ المكره أنّه إن إمتنع من المراد منه وقع به فيما هو منوعد به.

و الثالث: أن يكون الوعيد بما يستضرّ به في خاصّة نفسه»«٢».

فإنّ ظاهر الشرط الأوّل كون المكرَه عاجزاً عن التفصي، فيكون الطلاق باطلاً مع الإكراه المانع عن صحته. فالمراد بالإكراه هو العجز عن التفصي. ولا فرق بين الطلاق و غيره من العقود و سائر الايقاعات. فعليه يكون الاكراه المانع عن صحة العقد و الايقاعات و المسوّغ لإرتكاب المحرّمات واحداً.

أقول: لا ينبغي الاشكال في الإتحاد المزبور بناءً على مانعيّة الإكراه لصحة العقود و الإيقاعات. نعم بناءً على شرطية طيب النفس يكون ما أفاده صاحب المقابس و المصنف و الفاضل المامقاني ﷺ وجيهاً.

١) كشرب الخمر وإفطار الصائم، فيعتبر العجز عن التفصّي عنه، وتوقُّف دفع الضرر المتوعّد به على فعل الحرام، فترتفع حرمته بالإكراه.

٢) بالكسر، من إضافة المصدر إلى الفاعل، وقوله: «على إرتكاب» متعلق بـ «توقف».

«١» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ١٧ ؛ غاية الآمال، ص ٣٣٤

«٢» المبسوط، ج ٥، ص ٥١

وأما الإكراه الرافع لأثر المعاملات فالظاهر أنّ المناط فيه عدم[١] طيب النفس بالمعاملة، وقد يتحقق[٢] (*) مع إمكان التفصّي.

مثلاً مَن كان قاعداً في مكان خاصٍّ خالٍ عن الغير مستفرّغاً لعبادة أو مطالعة، فجاءه من أكرهه على بيع شيءٍ ممّا عنده، وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره، وهو[٣] كارهٌ للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له في الخارج خَدَمٌ يكفّونه[٤] شرّ المكرِه، فالظاهر[٥] (**) صدق الإكراه

---

١) لا الإلجاء والإضطرار.

٢) أي: وقد يتحقق الإكراه في المعاملة عند إمكان تفصّي المكرَه، فلا يتوقف على العجز عن التخلّص، بل يكفي فيه عدم طيب النفس بالمعاملة، كما في مثال المتفرّغ في مكانٍ لعبادةٍ أو مطالعة.

٣) ضمير «و هو» في الجملتين يرجع إلى «مَن كان» و هو موصول أُشرب معنىٰ الشرط.

٤) أي: يمنعونه من شر المكرِه ويدفعون عنه إضرارَه.

٥) جواب الشرط المستفاد من قوله: «مَن كان قاعداً».

(*) بل لا يتحقق، إذ المناط في وقوع الفعل عن إكراه هو دفع الضرر، والمفروض إمكان دفعه في المثال بالخدم، فلا يتوقف رفع الضرر على فعل المكرَه عليه، فلو فعله كان صحيحاً.

والحاصل: أنّ المناط في الإكراه هو صدور العمل للخوف عن الضرر المتوعد به، فمع تمكنه من دفع الضرر بدون إيجاد المعاملة لا يتحقق الإكراه، فالمعاملة صحيحة.

(**) بل الظاهر عدم صدق الإكراه حينئذٍ، لقدرته على ترك المكرَه عليه، من دون توجه ضرر إليه، فهو كصورة حضور الخدم عنده في قدرته على دفع ضرر المكرِه بدون فعل المكرَه عليه.

حينئذٍ[١] بمعنىٰ عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء .

بخلاف مَن كان خَدَمُه حَاضرين عنده، وتوقّفَ دفعُ ضرر إكراه الشخص على أمر خَدَمِه بدفعه وطرده[٢]، فإنّ هذا[٣] لا يتحقق في حقه الإكراه، ويُكذّب[٤] لو إدّعاه .

بخلاف الأوّل[٥] إذا إعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل .

ولو فرض في ذلك المثال[٦] إكراهُه على محرّم

---

١) أي: حين عدم قدرته على دفع ضرره وكراهته الخروج إلى مكان حضور خدمه ليدفعوا عنه شرّ المكرِه.

٢) فلو لم يأمرهم بدفع ضرر المكرِه وطردِه، وباعَ ما طلبه المكرِهُ منه كان صحيحاً، لقدرته على دفع الضرر المتوعد به بغير البيع، فبيعه ـ مع أمن الضرر ـ كاشف عن طيب نفسه في هذه الحال. بخلاف من كان خَدَمُه غائبين عن مجلس الإكراه، ولم يتمكن فعلاً من إعلامهم، فيصدق عليه الإكراه وعدم طيب نفسه بالبيع. نعم هو قادر على التفصي بالخروج وإعلام خدمه بما وَقعَ، لكن الموضوع محقّق بالفعل.

٣) المشار إليه ومرجع الضميرين المستترين في «يكذّب و إدعاه» هو الموصول في قوله: «مَن كان خدمه حاضرين».

٤) الوجه في التكذيب عدم خوفه من إضرار المكرِه، لحضور خَدَمه عنده، فلم يتحقق الإكراه موضوعاً.

٥) وهو الذي كان خدمُه خارجين عن مجلس الإكراه مع كراهته الخروج عن ذلك المكان، لتفرُّغه للعبادة فيه حسب الفرض، فالإكراه على المعاملة صادق. بخلاف ما لو أكرهه على إرتكاب محرّم، إذ يجب عليه الخروج والتوسل بخدمه لدفع شرّ المكرِه، فلو لم يخرج وإرتكب الحرام لم يكن معذوراً، لكونه مختاراً في إتيان المحرّم.

٦) غرضه بيان الفارق في صدق الإكراه بين المعاملة وفعل الحرام، كما عرفت.

لم يعذر[١] فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل[٢].

وقد تقدم[٣] الفرق بين الجبر والإكراه في رواية إبن سنان[٤«١»].

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور، والرافعُ[٥] لأثر المعاملات هو الإكراه الذي ذُكِر فيها[٦] أنّه قد يكون من الأب والولد والمرأة. والمعيار فيه[٧] عدم طيب النفس فيها، لا الضرورة والإلجاء[٨] و إن كان هو[٩] المتبادر من لفظ الإكراه، و لذا[١٠] يحمل الإكراه في حديث الرفع

---

١) جواب «ولو فرض».

٢) يعني: كراهة الخروج عن ذلك المنزل إختياراً، فإنّ الإكراه مع القدرة على الخروج عن ذلك المنزل لدفع الضرر غير متحقق، فإذا باع متاعه حينئذٍ كان البيع صحيحاً، لعدم حصول المانع وهو الإكراه.

٣) غرضه أنّ المتبادر من الإكراه وإن كان هو العجز عن التفصي عن الضرر، فيكون مساوقاً للجبر، إلّا أنّ رواية إبن سنان حاكمة على ما يتبادر من الإكراه من العجز عن التفصي. ومقتضىٰ حكومته سعة دائرة الإكراه بحيث يشمل صورة القدرة على التفصي عن الضرر، كإكراه الأب والأُم والزوجة، وصورة العجز عنه.

٤) عند قوله عليه السلام «الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأُم والأب» فراجع (ص ١٩٠).

٥) معطوف على «المعتبر» يعني: والإكراه الرافع لأثر المعاملات... الخ.

٦) أي: في رواية إبن سنان، وضمير «إنّه» راجع إلى الإكراه.

٧) أي: في الإكراه الرافع لأثر المعاملات.

٨) الذي هو المعيار في رفع الحرمة التكليفية، والآتي من السلطان.

٩) أي: الإلجاء هو المتبادر من لفظ الإكراه.

١٠) يعني: ولهذا التبادر من لفظ الإكراه يحمل الإكراه المذكور في حديث الرفع علىٰ الإلجاء و الضرورة المسمّاة بالجبر.

«١» وسائل الشيعة ج ١٦، ص ١٤٣، الباب ١٦ من أبواب كتاب الايمان، الحديث ١٠.

عليه، فيكون الفرق بينه[١] وبين الإضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث إختصاصَ الإضطرار بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض.

لكن الداعي على إعتبار ما ذكرنا في المعاملات[٢] هو أنّ العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس[٣]، حيث إستدلّوا على ذلك بقوله تعالىٰ: «تجارة عن تراض» و «لا يحلّ مال إمرء مسلم إلّا عن طيب نفسه» وعمومِ[٤]

---

١) كأنّه دفع لما يتوهم من أنّ الإكراه إذا كان بمعنى الإلجاء المنوط بالعجز عن التفصّي لم يبق فرق بين الإكراه والاضطرار المذكورين في حديث الرفع، مع أنّ عطف «الإضطرار» على «الإكراه» يقتضي مغايرتهما وعدم إتحادهما.

فدفعَ ﷺ هذا التوهم بأنّ الفارق بينهما هو إختصاص الإضطرار بما لا يحصل من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض، والإكراه يحصل بفعل الغير بحمله على الفعل، وتوعيده على الترك كالسلطان.

٢) غرضه توجيه ما إختاره في المعاملات من جعل الإكراه بمعنى عدم طيب النفس، مع أنّه خلاف ما يتبادر من لفظ الإكراه وهو الإلجاء والضرورة.

و حاصل ما أفاده من التوجيه: أنّ المعتبر في المعاملات طيب النفس، بقرينة إستدلالهم على مانعية الإكراه بآية «التجارة عن تراضٍ» والروايات الدالة على إعتبار طيب النفس، وإعتبار الإرادة في صحّة الطلاق. ومن المعلوم أنّ طيب النفس يرتفع بأدنى شيء، فلا يعتبر أن يكون رافع الطيب خصوص إكراه السلطان الموجب للضرورة والإلجاء، بل يكفي في مبطلية الإكراه للمعاملة ـ الرافع لطيب النفس ـ أن يكون من الأب والأُمّ والزوجة، بخلاف الإكراه المسوِّغ للمحرّمات، إذ لابدّ فيه من ترتب الضرر على ترك المكرَه عليه، كما هو شأن الجبر من السلطان.

٣) فلا عبرة بالقصد الحاصل من تحميل الغير، الموجب للنفرة والكراهة بدل الطيب والرضا.

٤) معطوف على «قوله تعالى» ومثال هذا العموم قوله عليه الصلاة والسلام

إعتبار الإرادة في صحة الطلاق، وخصوص ما ورد في فساد طلاق من طلّق للمداراة[١] مع عياله .

فقد تلخّص مما ذكرنا[٢] أنّ الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي .

في صحيحة هشام بن سالم: «لا طلاق إلّا لمن أراد الطلاق» والتعبير بالعموم لأجل عدم إختصاص البطلان بالمكرَه، بل يشمل مَن لا قصد له كالسكران والمعتوه والصبي والمبرسَم والمجنون والمكرَه كما في خبر السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام.»[١]

١) تقدم (في ص ١٦٤) نقل الرواية النافية لطلاق المداراة، فراجع.

ولا يخفى أنّ مورد خبر طلاق المداراة صورة تحقق الإكراه، فهو داخل في سائر الأخبار الواردة في الإكراه.

٢) أي: ما ذكره بقوله: «ثمّ إن ما ذكرنا من إعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الإكراه المسوِّغ للمحرمات... وأما الإكراه الرافع لأثر المعاملات فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة... الخ»[٢].

وغرضه بيان النسبة تارةً بين نفس الإكراه على المعاملة والفعل الحرام، وأُخرى بين ملاك الإكراه عليهما.

أمّا الأول فالإكراه على المحرّمات أخصّ من الإكراه على المعاملات، وذلك لأنّ كل إكراهٍ مسوِّغ للمحرّمات مانع عن صحة المعاملة، لعدم طيب النفس فيها. وليس كل إكراهٍ رافعٍ لطيب النفس ومانع عن صحة المعاملة رافعاً للحرمة التكليفية، كإكراه الأب والأُم والزوجة، فإنّه مانع عن صحة المعاملة، وليس مسوِّغاً للحرمة التكليفية.

وكذلك في القدرة على التفصي، فإنّه يصدق الإكراه بمعنى عدم طيب النفس بالمعاملة، ولا يكفي هذا المقدار في الإكراه على المحرّمات، لأنّ الرافع للحرمة هو

«١» وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٢٨٦، الباب ١١ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث: ٤ .

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٥ ص٣٢٧، الباب ٣٤ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث: ٣ .

ولو لوحظ ما هو المناط في رفع كل منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه[١] كانت[٢] النسبة بينهما العموم من وجه، لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو رفع الضرر، وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة وطيبِ[٣] النفس .

الإضطرار، وتوقف دفع الضرر المتوعد به على الارتكاب.

وأمّا الثاني ـ وهو النسبة بين ملاك إرتكاب الحرام وبين ملاك فساد المعاملة ـ فالنسبة عموم من وجه. فمورد إجتماعهما هو الإكراه على الحرام والمعاملة مع العجز عن التفصي عنهما بتورية أو بغيرها، كما لو أكرهه على شرب المسكر أو أكرهه على بيع داره، ولم يتمكن المكرَه من التخلص منه، فيجوز له الشرب دفعاً للضرر، ويبطل بيعه، لعدم طيب النفس به.

ومورد إفتراقهما، أمّا من ناحية المعاملة فكما لو أُكره على البيع أو الشرب مع إمكان التفصي عنهما، فيصدق الإكراه على المعاملة، لعدم طيب نفسه بها، كما في مثال المتفرّغ في مكانٍ لشأنه من عبادةٍ ومطالعة ونحوهما، وله خَدَمٌ يكفونه شرّ المكرِه لو خرج من مكانه وإستنصر بهم. لكنّه لم يخرج وأنشأ البيع، فيبطل، لعدم الرضا. و لا يصدق الإكراه على إرتكاب المحرّم، لإمكان دفع الضرر بالخروج من مكانه.

وأمّا من ناحية تحقق مناط فعل الحرام دون المعاملة، فكما لو توقّف حفظ النفس على شرب المتنجّس لدفع العطش، فيحل له شربه دفعاً للضرر، مع طيب نفسه بالشرب، ولو أمكنه دفع ضرر العطش ببيع شيءٍ من ماله لتحصيل الماء لطابت نفسه به، لكن المفروض إنحصار العلاج في شرب المتنجس أو النجس.

١) يعني: بل بملاحظة مناط الإكراه على فعل الحرام أو ترك الواجب، وهو توقّف دفع الضرر على إطاعة المكرِه، ومناط فساد المعاملة وهو عدم الرضا.

٢) جواب «لو لوحظ».

٣) معطوف على «الإرادة» يعني: وعدم طيب النفس.

ومن هنا[١] لم يتأمّل أحدٌ في أنّه إذا أُكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه، فكلٌّ منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم، لأنّ المعيار في رفع الحرمة رفع الضرر المتوقف على فعل أحدهما.

أمّا لو كانا[٢] عقدين أو إيقاعين ـ كما لو أُكره على طلاق إحدى زوجتيه ـ

---

١) أي: ومن كون المناط في رفع الحكم التكليفي هو رفع الضرر، وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الطيب لم يتأمّل أحد في كون الإكراه على أحد المحرمين لا بعينه رافعاً لحرمة أيّ واحد منهما وقع في الخارج، لأن مناط هذا الإكراه ـ وهو الضرر ـ موجود في تركهما، فيتوقف على هذا إندفاع الضرر المتوعد به على فعل أحدهما، فيصدق على ما يقع في الخارج أنّه مكرهٌ عليه.

كما لو أكرهه على شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير مخيّراً بينهما، ولم يتمكن من المخالفة، فيجوز إختيار واحد منهما لدفع الضرر، لأنّه المناط في حلية الارتكاب، لا عنوان الإكراه.

وهذا شاهد على إفتراق ملاك الإكراه على أحد الفعلين ـ أو ترك أحد الواجبين ـ عن ملاك الإكراه على إحدى المعاملتين ـ بالمعنى الأعم ـ كالاكراه على بيع داره أو بستانه، أو على بيع داره أو تزويج بنته منه، أو على عتق أحد عبديه، أو على طلاق إحدى زوجتيه، أو على طلاق زوجته أو عتق عبده، وهكذا.

فيظهر من العلامة ﷺ الحكم بصحة طلاق زوجته لو أُكره على طلاق إحدىٰ زوجتيه.والوجه في الصحة كونه مختاراً في طلاق إحداهما معيّنة، إذ المكره عليه طلاق إحداهما مبهمة، فكان له أن يقول: «إحدى زوجتيّ طالق» فعدوله إلى التعيين كاشف عن طيب نفسه بطلاق هندٍ مثلاً، ورغبته في بقاء زوجته الأُخرى على حبالته.

وهذه الفتوى ـ أمكن توجيهها أم لا ـ شاهدة بالفرق بين ملاك الإكراه الموجب لحليّة الفعل المحرّم، وبين ملاك الإكراه المفسِد للمعاملة.

٢) يعني: لو كان الأمران المكرَه عليهما عقدين كبيع داره أو متاعه، أو إيقاعين كعتق عبده أو طلاق زوجته.

فقد إستشكل غير واحدٍ«١» في أنّ ما يختاره من الخصوصيتين[1] بطيب نفسه، ويرجّحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه مكرهٌ[2] عليه باعتبار جنسه[3] أم لا[4]؟ بل أفتىٰ في القواعد بوقوع الطلاق وعدم الإكراه، وإنْ حمله[5] بعضهم على ما إذا قنع المكرِه ـ بالكسر ـ بطلاق إحداهما مبهمةً،

---

١) أي: أحد الفردين، كما إذا إختار بيع داره في الإكراه على أحد العقدين، أو عتق عبده في الإكراه على أحد الايقاعين.

٢) خبر قوله: «أنّ ما يختاره» وقوله: «أم لا» معطوف على «مكره عليه» وعِدل له.

٣) وهو الجامع بين الفعلين المكرَه على أحدهما لا بعينه، فالإكراه على الجامع يوجب الإكراه على الفرد.

٤) إذ إختيار الخصوصية كان بدواعيه النفسانية، فلا يصدق الإكراه على الخصوصية، ولذا أفتى في القواعد بصحة الطلاق، لعدم الإكراه على الخصوصية، حيث قال فيه: «ولو ظهرت دلالة إختياره صحّ طلاقه، بأنْ يخالف المكره، مثل أن يأمره ... أو بطلاق إحدى زوجتين لا بعينها فيطلّق معيّنةً»«٢».

٥) نسب في المقابس«٣» هذا الحمل، إلى بعض الأجلّة، و لم أقف علىٰ الحامل.

و كيف كان فهذا الحملُ هو ظاهر قول العلامة: «لا بعينها» فورد حكمه بالصحة قناعة المكرِه بطلاق المبهمة، ولكن المكرَه زاد على هذا الإكراه وطلّق معيّنةً، والظاهر صحته عند الكل لا خصوص العلّامة، ففي المسالك: «نعم لو صرّح ـ أي المكرِه ـ له بالحمل على طلاق واحدة مبهمة بأن يقول: إحداكما طالق مثلاً، فَعَدَلَ عنه إلى طلاق معينة، فلا شبهة هنا في وقوع الطلاق على المعيّنة، لأنه غير المكرَه عليه جزماً»«٤» ونحوه في الجواهر.

«١» المستشكل هو العلامة في التحرير، ج ٢، ص ٥١، و يستفاد التردد أيضاً من كلام المحدث البحراني، فراجع الحدائق الناضرة، ج ٢٥، ص ١٦٢ و ١٦٣

«٢» قواعد الاحكام ص ١٦٩ (الطبعة الحجرية) .

«٣» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ١٦

«٤» مسالك الافهام ج ٩ ، ص ٢١ و ٢٢ ؛ جواهر الكلام، ج ٣٢، ص ١٤

لكن المسألة عندهم غير صافية من الاشكال[١]، من جهة مدخلية طيب النفس في إختيار الخصوصية.

وإن كان الأقوى ـ وفاقاً لكل من تعرّض للمسألة ـ تحقق الاكراه لغةً وعرفاً[٢]. مع[٣] أنّه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقق الإكراه أصلاً، إذ الموجود في الخارج دائماً إحدىٰ خصوصيات المكرَه عليه[٤]، إذ لا يكاد يتفق

و عليه ففرع القواعد أجنبي عمّا يكون المصنف بصدده من الاشكال في مبطلية الاكراه على أحد العقدين أو الايقاعين. وجه الأجنبية عدم كون ما أنشأه المكرَه مصداقاً للجامع المكرَه عليه، لما فيه من زيادة التعيين.

١) يعني: الاشكال في كون الإكراه على الجامع بين العقدين أو الايقاعين مبطلاً للخصوصية. ووجه الاشكال إستناد إختيار أحد العقدين ـ بالخصوص ـ إلى طيب نفسه، ولا يكون تمام الباعث علىٰ الإنشاء هو الإكراه على الجامع، فمقتضىٰ القاعدة الحكم بالصحة، إذ لا إكراه على الخصوصية.

٢) يعني: فيكون العقد باطلاً، لصدق الإكراه ـ لغةً وعرفاً ـ على الخصوصية، وإن كان باعتبار الإكراه على الجامع بين الخصوصيتين.

٣) هذا إشكال نقضي، وحاصله: أن عدم صدق الإكراه على الخصوصية الفردية ـ فيما إذا كان الإكراه متعلقاً بالقدر المشترك ـ يوجب عدم تحقق الإكراه في شيءٍ من الموارد، لأنّ الإكراه دائماً يتعلّق بالجامع، والخصوصيات خارجة عن حيِّز الإكراه، كما إذا أُكره على بيع داره واختار بيعها في مكان خاص وزمان كذلك، وغير ذلك من الخصوصيات، فاللازم صحة هذا البيع، لأن المكرَه لم يُكرَه على الخصوصيات الفردية، هذا.

٤) فلو كان المكرَهُ عليه عقداً جزئياً كبيع الدار المعيّنه ولم تكن خصوصياته مكرَهاً عليها ـ كبيعها من زيد بمبلغ كذا في يوم كذا ـ فهل يمكن القول حينئذٍ بصحّة بيعها من عمروٍ بمبلغ دون القيمة السوقية مثلاً أو بأزيد منها، بدعوى كون المكرَه عليه أصلُ البيع مع الغض عن لوازم الوجود.

الإكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات[١].

نعم[٢] هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية، وإن كان مكرَهاً عليه من حيث القدر المشترك،بمعنى: أنّ وجوده الخارجي ناشٍ عن إكراهٍ وإختيارٍ[٣]، ولذا[٤] لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، ويستحقّه باعتبار الخصوصية.

وتظهر الثمرة[٥] فيما لو رُتّب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة،

---

١) إلّا بأن يلتفت المكرِه إلى جميع الخصوصيات حتى يأخذها في متعلّق أمره، بأن يقول: بع دارك بالمعاطاة من زيدٍ، بمبلغ ألف دينار، نسيةً في ساعة كذا من اليوم الفلاني، في مكان كذا، وغيرها من عوارض وجود البيع خارجاً.

٢) غرضه أن الإكراه على الجامع ـ كطلاق إحدى الزوجتين ـ يجتمع مع إختيار الخصوصية كطلاق هندٍ، فطلاقها بالخصوص ذو حيثيتين:

إحداهما: كونه مكرَها عليه بلحاظ الجامع، وبهذه الحيثية لا يستحق الزوج للمدح على طلاقه لو كان طلاقه حاسماً لمادة الفساد والنزاع بين الزوجين، ولا للذم لوكانت معاشرته معها بالمعروف، ولا داعي في مثله للفرقة بينهما. وعدم إستحقاق المدح والذم كاشف عن عدم إختياره في الطلاق، لكونه بتحميل الغير.

ثانيتهما: كون طلاق هذه الزوجة بخصوصها إختيارياً، ولذا يستحق المدح لوكانت بينهما منافرة، ويستحق الذم لو كانت المعاشرة بالمعروف.

٣) يعني: ينضمّ الإكراه على الكلي مع إختيار الخصوصيّة.

٤) أي: لأجل أنّ هذا الفرد من الطلاق ناشٍ عن إكراه على الجامع،وإختيارٍ للخصوصية لا يستحق... الخ. وجهُ عدم إستحقاق المدح أو الذم على أصل الفعل دورانُ الإستحقاق مدار الإختيار، وحيث لا فلا.

٥) يعني: الثمرة بين كون الإكراه على الجامع إكراهاً على الخصوصية وعدمه، فانّ الثمرة تظهر فيما إذا كان الأثر مترتّباً على الخصوصية، دون القدر المشترك. فعلى

فإنّه[١] لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك. مثلاً لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر لم يرتفع تحريم الخمر، لأنّه مختار فيه وإن كان مُكرَهاً في أصل الشرب[٢].

وكذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد، فإنّه لا يرتفع أثر الصحيح، لأنّه مختار فيه وإن كان مُكرهاً في جنس البيع، لكنه لا يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه[٣].

ومن هنا[٤] يعلم أنّه لو أكره على بيع مال أو إيفاء مالٍ مستحق لم يكن إكراهاً لأنّ القدر المشترك بين الحق وغيره إذا أكره عليه لم يقع باطلاً وإلّا لوقع

القول بصيرورة الخصوصية مكرهاً عليها ـ لكونها من أفراد الجامع المكرَه عليه ـ ترتفع الحرمة عنها. و على القول بعدم كون الخصوصية مكرهاً عليها فالحرمة باقية.

كما لو أكرهه على أحد البيعين إمّا بيع داره و إما بيع أرض مزروعة لا يصح بيعُها، لكونها أرضاً مفتوحةً عنوةً، فباع المكرَه دارَه، كان صحيحاً، لإمكان التخلص من إكراهه بانشاء بيع فاسد على الأرض.

١) أي: فإنّ أثر الخصوصية لايرتفع بالإكراه علىٰ الجامع، وإنما يترتب إذا تساوت الأفراد في الأثر.

٢) ولكنّ أثر الفرد وهو حرمة شرب الخمر ـ لا يرتفع بالإكراه على أصل الشرب.

٣) يعني: فالمكره عليه ليس له أثر حتى يرفعه الإكراه، وما له الأثر وهو الخصوصية ليس مكرهاً عليها.

٤) يعني: ومن عدم ترتب الأثر على الجنس حتى يرفع بالإكراه ـ يعلم، وغرضه التنبيه على بعض ثمرات المسألة.

فمنها: ما إذا كان زيد مديوناً لعمرو بدين مُطالَب، ولم يؤده مماطلة، فأكرهه عمرو على إيفاء حقّه من النقود الموجودة عند زيد، أو على بيع كتبه أو أثاث بيته

الإيفاء أيضاً باطلاً، فإذا إختار البيع صحّ، لأنّ الخصوصية[1] غير مكره عليها، والمكرَه عليه وهو القدر المشترك غير[2] مرتفع الأثر.

ولو أكرهه[3] على بيع مال أو أداء مالٍ غير مستحقٍّ كان إكراهاً، لأنّه لا يفعل البيع إلّا فراراً من بدله[4]

ليستوفي الدائن حقّه، فهذا إكراه على القدر المشترك بين فردين، أحدهما حقٌّ،وهو أداء الدين المطالَب، والآخر غير حق وهو بيع أمواله الأخرى مع كراهته بيعَها.

فلو باع المكرَهُ صحّ وجاز أداء دينه من الثمن، لعدم صدق الإكراه على الجامع عند كون أحد الفردين حقّاً، إذ لو صدق الإكراه لزم عدم تحقق وفاء الدين، لكونه أحد العدلين المكره عليهما، ولا ريب في أنّ وفاء الدين يحصل بما عنده من النقود. و كما لا يسري الاكراه على الجامع إلى هذا الفرد، فكذا لا يسري إلى العِدل الآخر وهو البيع.

١) وهي خصوصية البيع، فمع عدم كونها مكرهاً عليها لا وجه لبطلانها.

٢) خبر قوله: «و المكره عليه» يعني: أن القدرَ المشترك المكرَه عليه لا أثر له حتى يرتفع بالاكراه، ضرورة أنّ القدر المشترك بين الحق كأداء دينه وغير الحق ـ كبيع بعض أمواله ـ لا أثر له حتى يرفع بالإكراه.

٣) هذه ثمرة أُخرى، وهي من فروع صدق الإكراه على الجامع على كلٍّ من الفردين، كما لو أكرهه الجائر على أحد الأمرين: إمّا بيع مالٍ و إما دفع مال إلى المكرِه، وهو لا يستحقه. فلو باع لم يصح لعدم طيب نفسه به، لأنّ كلّاً من البيع وأداء المال ناشٍ من خوف الضرر المتوعد به، فإختيار أحدهما لدفع الضرر لايكشف عن طيب نفسه، لتساويهما في دفع الضرر.

٤) وهو أداءُ مالٍ غير مستحق، كما لو قال المكرِه: «بع دارك أو أعطني ألف دينار» مع فرض عدم إشتغال ذمة المكرَه بشيءٍ للمكرِه، فكُلٌّ من البيع ودفع المال تحميل من المكرِه.

أو وعيده المضرّين[١]، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر، فإنّ إرتكاب البيع للفرار عن الضرر الأُخروي[٢] ببدله أو التضرر الدنيوي بوعيده[٣] (*).

---

١) يعني: فلا يقع البيع عن طيب نفسه، بل عن الكره لدفع الضرر الذي هو عِدل بيع ماله، أعني به أداء مال غير مستحق، أو لدفع الضرر المتوعد عليه.

٢) و هو إستحقاق المؤاخذة المترتب على شرب الخمر الذي هو أحد الأمرين المكرَه عليه.

٣) أي: وعيد المكرِه. والحاصل: أنّ إرتكاب البيع إنّما هو لدفع أحد الضررين، وهما ضرر شرب الخمر، والضرر الذي أوعد به المكرِه.

هذا كلّه في فروع إكراه شخصٍ واحدٍ على أحد الفعلين، وسيأتي إلحاق إكراه أحد شخصين على فعلٍ واحد به، بحيث لو صدر من أحدهما كان محققاً لغرض المكرِه ودافعاً لشره.

(*) **الجهة الخامسة:** ما أشار إليه المصنف ﷺ بقوله: « أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أُكره على طلاق إحدى زوجتيه ... الخ» وحاصله: أن الاكراه تارة يقع على الخصوصية، كأن يقول: «طلق زوجتك هنداً و إلّا قتلتك» ولا إشكال حينئذٍ في تحقق الإكراه الرافع للاثر. و أُخرىٰ على أحد الأمرين تخييراً، كأن يقول: «طلّق إحدى زوجتيك وإلّا قتلتك». وهذا قد يكون في الأفراد العرضية، و قد يكون في الأفراد الطولية.

فهنا مقامان، الأول في الإكراه على أحد الأمرين عرضياً.

والثاني في الإكراه عليه طولياً.

أمّا الأول فقد حكي فيه عن بعض الأصحاب كالعلامة في القواعد القول بصحة الفعل الذي إختاره المكرَه من الفعلين اللذين أُكره على احدهما تخييراً، نظراً إلى أن الإكراه لم يتعلق بالخصوصية، فاختيارها إنما يكون بطيب نفسه، فيقع صحيحاً إن كان معاملة، وحراماً إن كان من المحرمات.

.....

لكن المصنف قد ناقش فيه بما لفظه: «انه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه ...» الى آخر ما في المتن. وحاصل الاشكال النقض بسائر موارد الاكراه، وقد أوضحناه في التعليقة التوضيحية.

وفيه: عدم ورود النقض، وذلك لأنّ الخصوصيات على قسمين:

أحدهما: ما لَه دخل في موضوع الأثر، كما في الإكراه على الجامع بين طلاق إحدى الزوجتين أو عتاق أحد العبدين، فإنّ المكرَه عليه حينئذٍ وإن كان كلّياً، إلا أن خصوصية كل فردٍ من طلاق إحدى الزوجتين أو عتاق أحد العبدين موضوع للأثر ومحط نظر المكرِه.

فالإكراه تعلّقَ بكلٍّ واحدة من الخصوصيتين بحيث يصدق على طلاق كل واحدةٍ منهما أنّه مكرَه عليه.

وثانيهما: ما لا يكون كذلك، كما في الإكراه على بيع الدار، فإن الخصوصيات الموجودة في بيع الدار ـ كإجراء عقده بالعربية أو الفارسية و في مكانٍ خاص وزمان كذلك، وبيعها من زيد أو عمرو إلى غير ذلك من الخصوصيات ـ ليست دخيلة في الأثر، ولم يتعلّق بها الإكراه،والأثر مترتب على طبيعيّ البيع، والمفروض تعلق الإكراه به.

فقياس بيع الدار على طلاق إحدى الزوجتين وعتق أحد العبدين وإن كان المكرَه عليه في جميعها كلياً ليس بصحيح، لما عرفت من إختلاف الخصوصيات في تحقق الإكراه في بعضها، كطلاق إحدىٰ الزوجتين وعتق أحد العبدين، دون بعضها الآخر كالإكراه على بيع الدار، فإن الخصوصيات فيه ليست دخيلة في الأثر، و إنّما الأثر مترتب على طبيعة البيع التي هي المكرَه عليها.

ولابأس ببيان الصور المتصوّرة في تعلق الإكراه بالجامع والقدر المشترك، فنقول: إنّ تلك الصور خمسة، لأنه تارة يتعلق الإكراه أو الاضطرار بالجامع بين فعلين محرمين، كالإكراه على شرب الخمر أو قتل النفس.

.....

و أُخرى يتعلّق بالجامع بين الحرام والمباح، كإكراهه على شرب الخمر أو الماء .

وثالثة: يتعلّق بالجامع بين المباح والمعاملة كالإكراه على سفر مباح أو بيع داره .

ورابعة: يتعلّق بإحدى المعاملتين بالمعنى الشامل للعقود والإيقاعات، بأن يتعلّق الإكراه ببيع داره أو بيع كتبه، أو يتعلق ببيع داره أو عتق عبده، أو يتعلق بإيقاعين كطلاق زوجته أو عتق عبده .

وخامسة: يتعلّق بالجامع بين الحرام والمعاملة، أي بين ما تعلق به الحكم التكليفي والوضعي .

أما الصورة الأولى وهي كون كلا الأمرين حراماً تكليفياً فحكمها أنّه إذا كانا متساويين في ملاك التحريم في نظر الشارع كان المكرَه مخيّراً في إختيار أيٍّ واحد منهما، لأنّ نسبة المكرَه عليه ـ وهو الجامع ـ إلى كل منهما على حد سواء .

وحيث إنّ الجامع لا يمكن إيجاده إلّا في ضمن إحدى الخصوصيتين فمقدمةً لإرتكاب الجامع المكرَه عليه يضطرّ إلى إرتكاب إحدى الخصوصيتين، فثبت التخيير في إحداهما،فإذا أتى بالجامع في ضمن إحداهما لم يرتكب محرّماً. نعم إذا أتى بالجامع في ضمن كلتا الخصوصيتين فقد إرتكب المحرّم، لعدم ثبوت الترخيص إلّا في إحداهما.

وإن كانا مختلفين في ملاك التحريم فلابد حينئذٍ من إختيار أقلهما مبغوضاً.مثالهُ الإكراه على شرب أحد الاناثين مع كون أحدهما نجساً والآخر نجساً ومغصوباً. فإنّ الإكراه حينئذٍ يتعلّق بشرب النجس، فلا يجوز للمكرَه شرب ماهو نجس ومغصوب لإمكان دفع الضرر المتوعد عليه بما هو أخف محذوراً منه .

وكذا لو أُكره شخص على شرب أحد المائعين، وكان أحدهما خمراً والآخر متنجساً، فإنه لا يجوز له أن يختار شرب الخمر، لعدم كونه بالخصوص مورداً للإكراه، بل لابدّ له من إختيار ما يكون ملاك المبغوضية أقل وأخف، فلا يتحقق هنا إكراه على الحرام

.....

الأهم مع التفصي بارتكاب الحرام المهمّ.

وأمّا الصورة الثانية ـ وهي الإكراه على الجامع بين الحرام والمباح ـ فملخص الكلام فيها أنّ هذا الإكراه لا يرفع حرمة الحرام وإن صدق الإكراه على الجامع بينه وبين المباح بحسب إكراه المكرِه. لكنه لا إكراه على الجامع حقيقةً مع التفصي عن الحرام بغير التورية، وعدم إضطرار المكرَه إلى ارتكاب الخصوصية المحرّمة مقدّمةً لارتكاب الجامع المكرَه عليه.

و عليه فلابدّ من إرتكاب المباح،لاندفاع الضرر المتوعد عليه بارتكاب المباح، فلا مسوِّغ لارتكاب الحرام أصلاً.

وأمّا الصورة الثالثة ـ وهي الإكراه على الجامع بين المباح التكليفي والمعاملة، كالإكراه على شرب الماء أو بيع الدار ـ فالكلام فيها كسابقتها، فلا يرفع الإكراه أثر المعاملة إذا إختارها، لصدورها عن طيب النفس لا الخوف، إذ المفروض إمكان دفع الضرر المتوعد به بارتكاب المباح، فاختياره للمعاملة ليس ناشئاً عن الخوف، بل عن طيب نفسه، فالمعاملة صحيحة.

ومنه يظهر حكم الإكراه على الجامع بين المعاملة الصحيحة والفاسدة، كما إذا قال: «بع دارك أو أوقع معاملة ربوية» فإنّ ما تعلّقَ به الإكراه وهو الجامع لا أثر له، ومالَه الأثر وهو المعاملة الصحيحة لا إكراه عليه حتى يرفع الإكراه أثره، فإن الإضطرار إلى إرتكاب إحدىٰ الخصوصيتين مقدمة لوجود الجامع كما يندفع باختيار الفرد الصحيح، كذلك يندفع باختيار الفاسد، فإذا إختار الفرد الصحيح كان بطيب نفسه، فيحكم بصحته.

ويظهر أيضاً حكم الإكراه على الجامع بين المعاملة الصحيحة ـ كبيع داره ـ و بين أداء دينه ونحوه من الحقوق، فإذا إختار البيع لا يحكم بفساده.

ويظهر أيضاً حكم ما لو أكره على بيع داره أو بيع دار جاره فضولاً، فباع دار نفسه،

.....

فإنّه لا يحكم بفساد بيعه، إذ يمكن أن يبيع فضولاً دار جاره، لأنه مباح بعد وضوح عدم كونه تصرفاً في مال الغير، فيكون من صغريات الإكراه على أحد الأمرين اللذين يكون أحدهما مباحاً والآخر حراماً، فهو من قبيل الإكراه على بيع داره أو شرب الماء، فإذا إختار البيع كان صحيحاً، لامكان التفصي عن الضرر المتوعد به بفعل المباح، فلم يصدر عنه البيع إلّا بطيب نفسه ورغبته فيه، ولم يصدر عنه لدفع الضرر.

وكذا لو أُكره الراهن عند حلول أجل الدين على بيع العين المرهونة، أو بيع غيرها مما لا يستحقّه المرتهن، وإختار الراهن الثاني كان البيع صحيحاً، فانه من قبيل الإكراه على بيع شيءٍ من أمواله أو أداء دينه الواجب كما لا يخفى.

وأما الصورة الرابعة وهي ما إذا أُكره على إحدى المعاملتين كطلاق زوجته أو بيع داره، فتفسد فيها المعاملة التي يختارها المكرَه، لأنّ الإكراه وإن لم يتعلق بكل من المعاملتين، وأنّما تعلّق بالجامع، إلّا أنّه مضطرٌ الى إرتكاب إحدى الخصوصيتين مقدّمةً لدفع الضرر المترتب على ترك الجامع، والإضطرار إلى إحدى المعاملتين يرفع الأثر عما يختاره المكرَه خارجاً.

وأما الصورة الخامسة ـ وهي الإكراه على الجامع بين الحكم التكليفي والوضعي، كالإكراه على بيع داره أو شرب الخمر مثلاً أو ترك واجب كالصلاة ونحوها ـ فالكلام فيها يقع في جهتين:

الأُولى: في الحكم التكليفي، والثانية في الحكم الوضعي.

أمّا الجهة الأُولى فحاصل البحث فيها: أنّه لا ينبغي الإرتياب في بقاء الحرمة وعدم إرتفاعها، لأنّ المعاملة ليست من المحرّمات حتى يكون من الإكراه على الجامع بين الحرامين، بل هي من المباحات. فالمقام من صغريات الإكراه على الجامع بين الحرام والمباح، والمفروض أنّ المكلف متمكن من التفصي عن إرتكاب الحرام باختيار المباح

.....

وهي المعاملة، فالحرمة باقية ولا ترتفع بالإكراه المزبور، لعدم كون الحرام بنفسه متعلقاً للإكراه، ولا مورداً للإضطرار بعد إمكان التفصي بفعل المباح كما تقدم .

وأما الجهة الثانية وهي الحكم الوضعي فملخص الكلام فيها: أنّ الظاهر بطلان البيع إذا إختاره، لصدوره عن كره لا عن طيب النفس، إذ هو ـ مع فرض بقاء الحرمة في الطرف الآخر كشرب الخمر ـ يكون خائفاً من المكرِه، فيبيع داره خوفاً لا طوعاً .

وببيان آخر: شرب الخمر ضرر في نفسه، فإذا ترك البيع ترتب على تركه أحد ضررين، إمّا شرب الخمر، و إمّا الضرر المتوعد به من طرف المكرِه، فيقع البيع خوفاً من الضرر الجامع بين الإكراه والاضطرار، فيشمله دليل رفع الاكراه . هذا تمام الكلام في المقام الأوّل المتعلق بالإكراه على الجامع بين الأفراد العرضية .

وأمّا المقام الثاني المتكفّل للاكراه على الجامع بين الأفراد الطولية كما إذا أُكره على فعل محرّم تكليفاً في اليوم أو في الغد مثلاً، أو أكره على بيع داره في اليوم أو بعده، فهل يكون الإكراه رافعاً للأثر عن أحدهما من غير فرق بين الفرد السابق واللاحق في الأحكام التكليفية والوضعية، أم لا يكون رافعاً للأثر إلّا عن الفرد اللاحق مطلقاً. أم يفصل بين التكليفيات والوضعيات، ففي التكليفيات لا يرتفع الأثر إلّا عن الفرد اللاحق، بخلاف الوضعيات فإنه يرتفع الأثر بالإكراه فيه ولو إختار الفرد السابق، لسراية الإكراه إليه، ولتساوي الفردين بالنسبة إلى الجامع المكرَه عليه، كما ذكره المحقق النائيني قدس سره .

قال مقرر بحثه الشريف: « والظاهر في هذه الصورة (أي في الإكراه على الأفراد الطولية) الفرق بين المحرّمات والمعاملات، فلو كان مكرهاً أو مضطراً إلى شرب الخمر موسّعاً، فلا يجوز له المبادرة إليه في أوّل الوقت، سواء احتمل التخلص منه لو أخّره أم لم يحتمل، إذ لابدّ في إرتكاب المحرّم من المسوّغ له حين الإرتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزماً، فاختياره فعلاً لا مجوّز له ... وأمّا لو كان مكرهاً في بيع داره موسّعاً،

.....

فلو كان مأيوساً من التخلص عنه فإقدامه على البيع في أوّل الوقت لا يخرجه عن الإكراه. وأمّا لو احتمل التخلص، فلو باع أوّل الوقت فهو مختار. والفرق واضح»[١].

فملخص ما أفاده: حرمة إرتكاب الحرام فيما إذا أُكره على شرب الخمر مثلاً في اليوم أو الغد، وأنّ الحرمة ترتفع في الغد، بخلاف الإكراه على بيع داره في اليوم أو الغد، فإنه إذا باعها في اليوم كان البيع عن إكراه، فيبطل.

وَذَكَرَ في باب التزاحم من علم الاصول تعيّن الفرد السابق في التكليفيات في صورة واحدة، وهي ما إذا كان الفرد اللاحق أهم في نظر الشارع، مع كون القدرة في كُلٍّ من الواجبين شرطاً عقلياً، فحينئذٍ يقدّم الأهم على الآخر، فإذا أُكره على شرب النجس في اليوم أو قتل مؤمن في الغد، فإنه يتعيّن عليه رفع الإكراه بالفرد السابق و إختياره.

والسّر في ذلك أنّ أهمية الفرد اللاحق تكون معجِّزَةً شرعاً عنه، فيجب حفظ القدرة على الفرد اللاحق بارتكاب الفرد السابق، دون العكس، فتكون نسبة الأهم إلى غيره كنسبة الواجب إلى المستحب أو المباح، فكما لا يمكن أن يكون المستحب أو المباح مزاحماً للواجب، كذلك لا يمكن أن يكون المهم مزاحماً للأهم، ولا فرق في ذلك بين عرضية المتزاحمين وطوليتهما هذا.

أمّا ما أفاده ﷺ من لزوم تقديم الأهم على المهم فهو قاعدة كلية ثابتة في باب التزاحم، ولا ينبغي الإرتياب فيها.

وأمّا ما أفاده من التفصيل بين المعاملات وغيرها فلا محصل له، وذلك لعدم إنطباق عنوان المكرَه عليه ولا المضطر إليه على الفرد المتقدم مع سعة الوقت ليرتفع حكمه بسبب الإكراه أو الاضطرار، من دون فرق في ذلك بين المحرّمات والوضعيات، فإنّ المكرَه عليه الذي يترتب عليه الضرر هو ترك المجموع، لا ترك خصوص الفرد الأوّل وعليه فلا ملزم له في فعله.

«١» منية الطالب، ج ١، ص ١٩٠

.....

نعم في صورة ترك الفرد الأوّل يلزم الاتيان بالفرد الأخير، لترتب الضرر على تركه.

وعلى هذا فلو أُكره على بيع داره يوم الجمعة أو يوم السبت، فبادر إلى بيعها يوم الجمعة، فإنّه يحكم بصحة هذا البيع، لصدوره عن الرضا وطيب النفس، ولا يحكم ببطلانه كما أفاده ﷺ نظراً إلى عدم خروجه عن الإكراه الموجب لبطلانه.

وكذا إذا أُكره على فعل المحرّم إمّا يوم الجمعة و إمّا يوم السبت، فإنه لا يجوز المبادرة إلى فعله يوم الجمعة، لعدم ترتب ضرر على تركه في نفسه، بل الضرر يترتب على تركه المنضم إلى ترك الفرد اللاحق، فلا يجوز للمكلّف إرتكابه.

فالمتحصل: أنّ المضطر إليه والمكره عليه في الأفراد الطولية هو الفرد المتأخر فقط، من دون فرق في ذلك بين المحرمات والمعاملات. فالفرد الأول من الحرام كشرب الخمر حرام فلو فعله كان عاصياً هذا.

و لا يخفى أن ما ذكرناه في الأفراد الطولية والعرضية جارٍ في التكاليف الوجوبية، فإذا أُكره على ترك أحد واجبين طوليين كالإفطار في اليوم الأوّل من شهر رمضان أو في اليوم الثاني منه،فإنه لا يجوز له المبادرة إلى الإفطار في اليوم الأوّل من الشهر، لعدم كونه بالخصوص مورداً للإكراه حتى يشمله حديث الرفع ويرتفع به وجوب صومه، لعدم ترتب الضرر على تركه بالخصوص، بل الضرر مترتب على تركه المنضمّ إلى ترك الصوم في اليوم الثاني، فإنّ خوف الضرر ناشٍ من ترك الواجب الثاني، فهو المكره عليه المشمول لحديث الرفع، فيرتفع وجوبه بالإكراه. هذا في الواجبات الاستقلالية كصوم كل يوم من شهر رمضان.

وأمّا إذا تعلق الإكراه بالواجبات الضمنية، فمقتضى القاعدة الأوليّة في الواجبات الارتباطية سقوط أوامرها بتعذر جزءٍ أو قيد من أجزائها وقيودها، من غير فرق

.....

في ذلك بين كون الجزء المتعذر متعيناً، وبين كونه مردداً بين أمرين أو أُمور، فإذا أُكره المكلّف على ترك جزءٍ في الركعة الأُولىٰ أو الثانية كان مقتضىٰ القاعدة سقوط وجوب أصل الصلاة، لعدم القدرة على الاتيان بجميع أجزائها المفروضة إرتباطيتها .

لكن في خصوص الصلاة قام الدليل من الاجماع أو الروايات أو غيرهما على «أن الصلاة لا تسقط بحال»[١]، وأنّ المقدار الميسور منها لا يسقط بالمعسور، فحينئذ يدور الأمر بين أن يكون الساقط هو الجزء الأوّل، وبين أن يكون هو الجزء الثاني كما إذا أُكره على ترك التشهد من الركعة الثانية أو الركعة الرابعة .

فإن إستفدنا من دليل الجزئية أنّ العبرة في جزئيته للواجب بالقدرة عليه في وعاء إعتباره، فيتعين حينئذٍ أن يكون الساقط هو الجزء المتأخر، إذ المفروض قدرته على الجزء الأوّل في ظرفه، فيجب صرفها فيه مع الإضطرار إلى ترك الجامع كالقيام، لما دل عليه صحيح جميل بن دراج،قال:«سألت أبا عبد الله عليه السلام: ما حدّ المرض الذي يصلي صاحبه قاعداً؟ فقال: إنّ الرجل ليوعك ويحرج، ولكنه إذا قوى فليقم»[٢]، ومن المعلوم صدق القدرة على القيام في الركعة الأولى إذا لم يقدر عليه إلّا في إحدى الركعات .

وإن لم نستفد شيئاً من الأدلة فينتهي الأمر الى الأصل العملي، ومقتضاه التخيير، لأن الشك في إعتبار خصوص الأوّل يدفع بالبراءة، فمقتضىٰ العلم باعتبار أحدهما هو الاتيان به مخيراً بين السابق واللاحق .

فحاصل الفرق بين الواجبات الاستقلالية والضمنية هو: أنّ الشك هناك في سقوط

«١» وسائل الشيعة ج ٢، ص ٦٠٥، الباب ١ من أبواب الاستحاضة، الحديث ٥ . رواه زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام والحديث طويل، ومنه «فان انقطع عنها الدم، و الّا فهي مستحاضة تصنع مثل النفساء سواء، ثمّ تصلّي ولا تدع الصلاة على حال، فان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: الصلاة عماد دينكم .

«٢» وسائل الشيعة ج ٤ ص ٦٩٩، الباب ٦ من أبواب القيام في الصلاة الحديث ٣، رواه الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة بن أيوب و إبن ابي عمير عن جميل، والرواية صحيحة .

.....

التكليف عن الفرد الأوّل بالاكراه على الجامع، فلابدّ أن يؤتى به، فيتعين الساقط في الفرد اللاحق.

وفي المقام في حدوث التكليف بخصوص الفرد الأوّل، توضحيه: أنّ التكليف في الواجبات المستقلة بالنسبة إلى الفرد الأول معلوم، وسقوطه عنه بالإكراه على الجامع مشكوك فيه، فمقتضى الاستصحاب بقاؤه.بخلاف الواجبات الضمنية، فإنّ الأمر الجديد بالصلاة بعد تعذّر جزء منها كأحد التشهّدين لا يعلم أنّه تعلق بالصلاة الواجدة للتشهد في الركعة الثانية، أو تعلق بالصلاة الواجدة للتشهد في الركعة الأخيرة، أو بالصلاة مع التشهد في الجملة. فالشك يكون في حدوث التكليف بخصوص الفرد الأوّل تعييناً، ومقتضى أصل البراءة عدم التعيينيّة. هذا ما يستفاد من التقريرات«١».

أقول: فيما أفاده من الفرق بين الواجبات الاستقلالية والضمنية ـ بأنّ الإكراه على الجامع في الأُولى لا يؤثر في الفرد الأوّل بل يؤثر في الفرد الثاني، فيرتفع الحكم عنه دون الأوّل، بخلاف الواجبات الضمنية، فإنّ حدوث التكليف فيها بالنسبة إلى الفرد الأوّل تعييناً مشكوك فيه، فيرفع بأصالة البراءة، فيتخير في تطبيق الإكراه على الجامع بين الفردين الطوليين على أي فرد منهما شاء ـ تأمّل وإشكال، لأنّ ما أُفيد في الفرق المزبور مبني على حدوث أمر جديد بالنسبة إلى الواجب الفاقد لجزء بالتعذر، وسقوط الأمر الأوّل المتعلق بالكلّ، إذ يشكّ حينئذٍ في أن الأمر الجديد تعلق بالصلاة الواجدة للقيام في الركعة الأُولى مثلاً أو للقيام في الركعة الثانية، فيرجع حينئذٍ في تعلّقه بالقيام الأوّل بالخصوص إلى البراءة.

وهذا المبنى غير سديد، لأنّ الدليل على عدم سقوط الصلاة سواء أكان قاعدة الميسور أم نصاً خاصاً لا يقتضي إلّا بقاء الأمر الصلاتي، وعدم سقوطه بالتعذر، لأنّ مقتضى حكومة قاعدة الميسور و «لا تعاد» وغيرهما من الأدلة الثانوية تضييق دائرة

«١» مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٣١٧ و ٣١٨

.....

الجزئية أو الشرطية المستلزم لسقوط أمر الجزء أو الشرط، مع بقاء الأمر بما عدا المعسور، فإنّ السقوط مترتب على الثبوت، فمعنى «الميسور لا يسقط بالمعسور» أنّ الأمر المتعلق بالكل لا يسقط إلّا ما تعلّق منه بالمعسور، فالأمر الساقط هو الأمر الضمني المتعلق بالمعسور، وأما الأمر بسائر الاجزاء فهو باق علىٰ حاله فحينئذ يقع الكلام في أنّ الساقط هو جزئية القيام في الركعة الأولى أو في الركعة الثانية، فيرجع الشك الى سقوط التكليف لا ثبوته، كالشك في الواجبات الاستقلالية. فلا يؤثر الإكراه على الجامع بين الجزئين الطوليين في إرتفاع جزئية الفرد الأوّل، بل هو باقٍ على جزئيته، كالإكراه على الجامع بين الفردين الطوليين في الواجبات الاستقلالية.

و بالجملة: فالفرق المزبور بين الفردين الطوليين في الواجبات الإستقلالية والضمنية في حيِّز المنع، بل وزان الضمنية وزان الاستقلالية في أنّ الإكراه على الجامع يؤثر في الفرد الأخير دون الأوّل.

بل يمكن أن يقال ـ بعد تسليم تعلق الأمر الجديد وسقوط الأمر الأوّل ـ إنّ الفرق بين الواجبات الاستقلالية والضمنية أيضاً في حيِّز المنع، إذ موضوع الأمر الجديد هو المكره على ترك أحد القيامين، و عنوان «أحدهما» قابل الإنطباق على كل واحد من القيامين، لكن لابد من تطبيق المكره عليه على القيام الثاني، لأن الخوف ناشٍ من فعل القيام الثاني، وأمّا إذا تركه و أتىٰ بالقيام الأوّل فلا خوف. فالواجب الارتباطي كالاستقلالي من دون فرق بينهما في لزوم تطبيق المكره عليه على الفرد اللاحق، فتدبر.

هذا إذا لم يقم دليل بالخصوص على تعيّن الأخذ بأحدهما المعيّن، وإلّا فيتعين الأخذ به، ويسقط الآخر، كما إذا دار الأمر بين الوقت وغيره كالسورة، فإنّه يتعيّن سقوط السورة وإتيان الصلاة بدونها في الوقت. وكما إذا دار الأمر بين الطهور وغيره، فإنّه لا إشكال في تقدم الطهور على غيره. و كما إذا دار الأمر بين الوقت و جامع الطهور، فإن الساقط حينئذٍ هو الوقت.

ثم إنّ إكراه أحد الشخصين على فعلٍ واحد (*) بمعنى إلزامه عليهما كفاية[١] و إيعادهما على تركه كإكراه[٢] شخص واحد على أحد الفعلين(**) في[٣] كون كل منهما مُكرَهاً.

إكراه أحد الشخصين على فعل واحد

١) أي: على نحو الوجوب الكفائي، بأنْ يكون كلٌّ منهما في صورة ترك المكرَه عليه مورداً للايعاد، كترك الواجب الكفائي الموجب لإستحقاق الجميع للمؤاخذة، بأن يأمر المكرِه أحدَ شخصين بشرب الخمر أو طلاق الزوجة أو بيع الدار، فيقول لزيد و عمرو: «ليشرب أحدكما هذه الخمر، و إلّا أضرّ بكما بما لا يتحمل عادةً» أو قال: «ليطلِّق أحدُكما زوجته، و إلّا» فإنّ إقدام كل منهما على الشرب أو الطلاق لمّا كان مستنداً إلى خوف الضرر» و ناشئاً من تحميل الغير كان مكرهاً عليه.

٢) خبر قوله: «إنّ إكراه» و ضمير «إلزامه» راجع إلى «فعل واحد».

٣) متعلق بـ «إكراه» و هذا وجه المماثلة، يعني: أنّ إكراه شخصين على فعل واحد كإكراه شخصٍ واحد ـ على أحد الفعلين ـ في كون كل من الشخصين مكرهاً.

(*) بأن يكون واحداً حقيقةً و إنْ كان متعدداً فاعلاً كبيع الوكيلين أو مالك و وكيله، فإنّ الملكية الحاصلة من إنشاءاتها واحدة و إن كان إنشاؤها من متعدد. و أما إن كان متعدداً كبيع دار زيدٍ أو بيع دار عمرو، فإنْ أُكرِه أحدهما ببيع داره و باع زيد داره مع علمه أو إحتماله عقلائياً ببيع عمروٍ دارَه لدفع ضرر المكره، فيكون بيع زيد داره عن الرضا و طيب النفس.

(**) لابدّ من تقييد الفعلين بالعرضيّين لأن الطوليّين كما تقدم سابقاً لا يتصف منهما بالإكراه إلّا الفرد اللاحق، إذ مع إختيارِ السابق و ترك اللاحق لا خوف فيه، بل خوف الضرر المتوعد به ليس إلّا في ترك كليهما.

.....

كما ينبغي تقييده بمساواة الشخصين في الخوف الناشيء من إيعاد المكرِه، فلو كان أحدهما أشدّ خوفاً من الآخر بحيث يعلم الآخر إقدامه لم يجز له الإرتكاب، و لو فعل لم يكن مكرَهاً على الفعل.

و كيف كان، فهذه هي **الجهة السادسة:** وتفصيل البحث فيها: أنّ إكراه أحد الشخصين أو الأشخاص يكون نظير الواجب الكفائي الذي يتعلّق الوجوب فيه بالجامع بين الشخصين أو الأشخاص، فمتعلق الإكراه في إكراه الشخصين أيضاً هو الجامع بينهما.

ثم اعلم أن إكراه أحد الشخصين قد يكون في مورد الأحكام التكليفية، وقد يكون في مورد الأحكام الوضعية.

و الأوّل كالإكراه على إرتكاب شرب الخمر أو ترك واجب كالصلاة أو الصوم.

و الثاني كإكراه أحدهما على بيع داره.

أمّا القسم الأوّل فحاصل الكلام فيه: أنّ الحكم التكليفي لا يرتفع عن فعل كُلٍّ منهما إلّا إذا علم أو احتمل إحتمالاً عقلائياً عدمَ إتيان الآخر به، إمّا لتمكّنه من دفع الضرر المتوجه إليه، و إمّا لتوطين نفسه على الضرر، فإنّه يجوز له حينئذ إرتكاب المكرَه عليه فعلاً أو تركاً.

وبالجملة: جواز إرتكاب المكره عليه منوط بخوف الضرر المتوعد به، فإذا لم يخف الضرر بأن علم أو إطمأن بأنّ الآخر يرتكب المكره عليه خوفاً من توجه الضرر إليه، أو لقلة مبالاته بالدين حرم عليه إرتكابه، و ذلك لأن الأحكام الشرعيّة من القضايا الحقيقية التي تنحلّ إلى أحكام عديدة، فلكل فرد من أفراد المكلّفين حكم مستقلّ غير مرتبط بحكم سائر المكلفين. فحينئذ يكون إرتفاع الحكم عن كل واحد منهم منوطاً بخوفه من الضرر ليشمله حديث الرفع، و يحكم بإباحة الفعل أو الترك له. ففي صورة عدم الخوف من الضرر يحرم إرتكابه لدليل حرمته من دون ما يقتضي إرتفاعها.

و أمّا القسم الثاني ـ و هو ما إذا تعلق الإكراه بالجامع بين الشخصين في الوضعيات مع تعدّد المكرَه عليه في نفسه أو و حدته ـ فبيانه:

أمّا الأوّل فكما إذا أكره الجائر أحد الشخصين على بيع داره، لكون بيع كل من

.....

الدارين في نفسه مغايراً لبيع الدار الأُخرى. و هذا القسم ملحق بالقسم الأوّل المتقدّم و هو إكراه أحد الشخصين على مورد الأحكام التكليفية كارتكاب شرب الخمر أو ترك واجب، فإنْ احتمل كل منهما ـ إحتمالاً عقلائياً رافعاً للخوف ـ صدورَ البيع من الآخر، و مع ذلك أقدم على بيع داره يحكم بصحة بيعه، لعدم صدوره عن الخوف، بل لصدوره عن طيب نفسه فليتأمّل.

و إن لم يحتمل ذلك أو إحتمل إحتمالاً لا يرفع الخوف و باع، لم يكن البيع صحيحاً، لأنّه وقع عن الكراهة للخوف، لا عن طيب النفس.

وأمّا الثاني ـ و هو وحدة العقد المكره عليه حقيقة، و كون تعدده بلحاظ المعنى المصدري الناشيء عن تعدد العاقد، و إلّا فبلحاظ المعنى الاسم المصدري واحد ـ فكما إذا أكره أحد الوكيلين على بيع دارٍ شخصيّة لموكله، فإنّ المكره عليه حينئذٍ موضوع شخصي و هو بيع دار الموكل، و التعدد إنما يكون في ناحية مَن يوجد العقد و يُنشِئه.

وكما إذا أكره أحد الوكيلين و الموكل على بيع دار شخصية.

وحكم هذا القسم هو فساد المعاملة مطلقاً من غير تفصيلٍ بين العلم بصدور البيع من الآخر و إحتمال ذلك احتمالاً عقلائيّاً و عدمهما، لأنّها حقيقةٌ واحدةٌ، ضرورة أنّ مورد الإمضاء الشرعي ـ و هو العقد الصادر عن الجامع بين الوكيلين ـ مكرهٌ عليه، و ليس خصوص كل منهما مكرهاً عليه، إذ العقد الصادر عن الوكيلين هو الصادر على مال الموكِّل، فهو المكرَه عليه، فالعقد من أي واحد منهما صدر فإنّما صدر عن كرهٍ، إذ المالك لا يرضى ببيع ماله.

فعلى هذا يقع البيع فاسداً، سواء علم العاقد بعدم إقدام الآخر عليه، أم إحتمله، أم عَلِمَ بخلافه، فمتعلق الإكراه أمر وحداني، و هو بيع مال الموكل، فشأن هذا شأن إكراه الشخص الواحد على إرتكاب فعل فارد.

ومن هنا يتضح الفرق بين ما نحن فيه و هو إكراه أحد الوكيلين أو هما مع الموكّل على بيع عين شخصيّة، و بين إكراه شخص واحد على أحد العقدين مردداً، كأن يقول الجائر لزيد: «بع دارك أو طلّق زوجتك».

و إعلم أنّ[1] الإكراه قد يتعلّق بالمالك و العاقد كما تقدم، و قد يتعلق

تعلّق الاكراه بانشاء المالك تارة، و العاقد أُخرىٰ

١) هذه جهة أُخرى من جهات البحث في عقد المكرَه، و بيانه أنّ الإكراه على العقد يتصوّر على أنحاء ثلاثة :

الأوّل: كون المكرَه هو المالك، فيقال له: «بع دارك، و إلّا» فيُنشِيء البيع خوفاً من الضرر، و هذا هو الغالب، حيث يكون المالك عاقداً أيضاً، و تقدّمت أقسامه و أحكامها في المباحث السابقة.

الثاني: كون المكرَه هو المالك و مَن بيده الأمر، لا العاقد، كما لو أكره الجائر زيداً على أن يوكّل عمراً في بيع داره، أو يوكّل ذلك الجائر فيه، مع كون الوكيل مختاراً في الإنشاء و حيث كان التوكيل باطلاً للإكراه توقّفتْ صحة بيع الوكيل على إمضاء زيد، لكونه فضولياً.

الثالث: عكس النحو الثاني، بأن يكون المكرَه هو العاقد لا المالك، كما لو أكره الجائرُ زيداً و قال له: «طلّق زوجتي وكالةً، و إلّا قتلتك» فهل يصح هذا الطلاق أم لا؟ قد عقد المصنف هذه الجهة لتحقيق المسألة، ورجّح الصحة، لوجود المقتضي وهو القصد والرضا، وفقد المانع، لفرض طيب نفس المالك أو الزوج بما طلبه من المكرَه، و سيأتي وجهه.

وجه الفرق أن العقد فيما نحن فيه من أي شخص صدر يكون مكرهاً عليه، فلو باع الوكيلان أو هما مع الموكّل بطل البيعان أو البيوع، و لا يصح شيء منها أو منهما، لوقوع الجميع عن إكراه، و لا وجه لصحته أصلاً. بخلاف المثال، فإنّه إذا طلّق زوجته دفعاً لضرر المكرِه ثم باع داره كان البيع صحيحاً. فإطلاق كلام المصنف حيث قال: «ثم إنّ إكراه أحد الشخصين على فعل واحد ... كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرهاً» مشكل جدّاً.

بالمالك دون العاقد، كما لو أُكره[١] على التوكيل في بيع ماله، فان[٢] العاقد قاصد مختار، و المالك مجبور، و هو داخل في عقد الفضولي بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة[٣] مع الإكراه.

وقد ينعكس[٤] كما لو قال: «بع مالي أو طلّق زوجتي، و إلّا قتلتك» والأقوىٰ هنا الصحة، لأنّ العقد هنا[٥] من حيث إنّه عقد لا يعتبر فيه سوىٰ القصد الموجود في المكرَه إذا كان عاقداً. و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض. فهذا أولىٰ[٦] من المالك المكرَه على العقد إذا رَضِيَ لاحقاً.

---

١) يعني: إكراه العاقد مالكَ المال على أن يوكّله في بيع ماله، فحينئذٍ يكون العاقد مُكرِهاً للمالك على التوكيل في بيع ماله.

٢) تعليل لصحة عقد الوكيل ـ بالوكالة الإكراهية ـ معلّقاً على إجازة الموكل المفروض كونه مُكرَها.

٣) إذ المُنشأ في الوكالة هو الإذن في التصرف، والمفروض انتفاء الإذن لمكان الإكراه والتحميل، فكأنّه لم يُنشأ شيء أصلاً. وهذا بخلاف البيع الإكراهي، إذ المُنشأ المقصود هو تمليك مال بمال، والمفقود هو الرضا.

٤) بأنْ يُكره المالكُ غيرَه على أن يكون وكيلاً عنه في عقدٍ أو إيقاع، كأن يقول المالك له: «بع مالي أو طلّق زوجتي، و إلّا قتلتك».

٥) يعني: في صورة إكراه المالك غيرَه على إجراء عقدٍ أو إيقاع عنه.

و حاصل ما أفاده في وجه الصحة: أن ما يعتبر في العقد العرفي من قصد مضمون العقد حاصلٌ من المكرَه، وما يعتبر في صحة العقد شرعاً من رضا المالك موجود أيضاً، فلا موجب لبطلان العقد هنا.

٦) وجه الأولوية واضح، لأنّ رضا المالك هنا موجود حال العقد، فلو فرض إعتبار مقارنة العقد لرضا المالك في الصحة فهي موجودة هنا. بخلاف الرضا اللاحق، فإنّه ليس مقارناً للعقد.

واحتمل في المسالك عدم الصحة[١]، نظراً إلى أنّ الإكراه يُسقِط حكم اللفظ، كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلّقها، ثم قال: «و الفرق بينهما أنّ عبارة المجنون مسلوبة[٢]، بخلاف المكره، فإنّ عبارته مسلوبة لعارض تخلُّفِ القصد، فإذا كان الآمر قاصداً لم يقدح إكراه المأمور» إنتهى. و هو حسن[٣].

وقال[٤] أيضاً: «لو أُكرِه الوكيل على الطلاق[٥] دون الموكّل ففي صحته

---

١) بعدَ أن رجّحَ الشهيدُ الثاني ﷺ الوقوع، فلاحظ قوله: «لو قال: طلّق زوجتي وإلّا قتلتك، أو غير ذلك ممّا يتحقق به الإكراه، فطلّق، ففي وقوع الطلاق وجهان، أصحّهما الوقوع، لأنه أبلغ في الإذن. ووجه المنع: أنّ الإكراه ...» إلى آخر ما نقله المصنف عنه.

وحاصل وجه عدم الصحة: أنّ الإكراه يُسقط عبارةَ المكرَه عن التأثير كسقوط عبارة المجنون، ثم فرّق بين المكرَه و المجنون بقوله: «و الفرق بينهما» و مقتضاه صحة طلاق العاقد المكرَه.

٢) يعني: أنّ عبارة المجنون كصوت البهيمة فاقدة لكل شيء حتى الارادة الاستعمالية، بخلاف عبارة المكرَه، فإنها مستعملة، لكنه غير قاصد لوقوع معناها، فإذا تحقق القصد من الامرِ المكرِه ترتب عليه الأثر، و لم يقدح إكراه المأمور المكرَه.

٣) لأنّ المراد بانتفاء القصد في عبارة المكرَه هو إنتفاء الرضا و طيب النفس بمضمون العقد، و هو موجود في المالك الآمِر، و إن كان مفقوداً في المكرَه. هذا ما أفاده الشهيد الثاني في الأمر الخامس مما ذكره في طلاق المكرَه.

٤) يعني: و قال الشهيد الثاني في الأمر السادس من أُمور طلاق المكرَه: «لو أكره ...» الخ.

٥) يعني: لو أكره زيدٌ مَن هو وكيل شرعي عن عمروٍ ـ في طلاق زوجته ـ على أن يطلّقها الوكيل في زمان لا يريد الوكيل إيقاعه فيه، من دون أن يُكرِه زيدٌ نفسَ الزوج عليه.

وجهان أيضاً[١]، من تحقق الاختيار في الموكّل المالك[٢]، و من سلب عبارة المباشر»[«١»] إنتهى.

وربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين[٣] بما دلّ على رفع حكم الإكراه.

وفيه ما سيجيء[٤] من: أنّه إنّما يرفع حكماً[٥] ثابتاً على المكرَه

---

١) يعني: كصورة إكراه نفس الزوج ـ أو المالك ـ غيرَه على الطلاق أو بيع ماله.

٢) عبارة المسالك هذه: «المالك للتصرف».

٣) و هما صورةُ كون المكرِه هو المالك، التي أشار إليها المصنِّف بقوله: «و قد ينعكس كما لو قال: بع مالي أو طلّق زوجتي، و إلّا قتلتك» و صورةُ كون المكرَه الوكيل الشرعي في طلاق زوجة شخص، من دون أن يُكرِه المكرِهُ نفس الزوج، بل أكره غيره.

ولعلّ المستدل على الفساد هو المحقق الشوشتري ﷺ فإنّه بعد نقل الفرعين عن المسالك و توجيههما ناقش فيهما، و قال: «و لقائل أن يقول: انّ صحة العقود توقيفية تتبع الدليل، فلما دلّ على صحة الفضولي و المكرَه بحقٍّ قلنا بها، و لم يدلّ فيما سوى ذلك فلا نقول به. و الاستناد إلى الاستحسانات لا يناسب مذهبنا، و في شمول العمومات إشكال ظاهر، فوجب القول بالمنع ... الخ»[«٢»].

وظاهر قوله: «فلمّا دلّ الدليل على صحة الفضولي و المكرَه بحق» كون وجه المنع في الفرعين المزبورين إلغاء إنشاء المكرَه عن التأثير مطلقاً بمقتضىٰ حديث رفع الاكراه.

٤) يعني: في (ص ٢٨٢) عند قوله: «و ثانياً: انه يدلّ على أن الحكم الثابت للفعل المكره عليه لولا الإكراه يرتفع عنه. .. الخ».

٥) لأنّ الرفع في حديثه تشريعي، فلابدّ أن يكون المرفوع حكماً شرعياً.

«١» مسالك الافهام ج ٩ ص ٢٣.

«٢» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ١٨

لولا الإكراه[١].

ومما يؤيِّد ما ذكرنا[٢] حكمُ المشهور بصحة بيع المكرَه بعد لحوق الرضا، ومن المعلوم أنّه إنّما يتعلق بحاصل العقد الذي هو أمرٌ مستمر، و هو النقل والانتقال. و أمّا التلفظ بالكلام الذي صدر مكرهاً فلامعنى[٣] للحوق الرضا به، لأنّ[٤] ما مضىٰ و إنقطع لا يتغيّر عمّا و قع عليه و لا ينقلب.

---

١) إذ المفروض أنّه عنوان ثانوي رافع للحكم بالعنوان، فلا محيص عن ثبوت الحكم لولا الإكراه حتى يكون الإكراه رافعاً له.

٢) يعني: من الصحة في الفرعين المذكورين. أمّا في أوّلهما ـ و هو كون المكرِه نفس المالك ـ فبتصريح المصنف بالصحة.

وأمّا في ثانيهما فلوجود علّة الصحة التي ذكرها في الفرع الأوّل بقوله: «لأنّ العقد هنا من حيث إنّه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره ... الخ».

وحاصل وجه التأييد: أنّ مقتضى حكمهم بصحة بيع المكرَه بلحوق الرضا هو كون المناط في الصحة الرضا بمضمون العقد ـ و هو النقل و الإنتقال في البيع ـ و إن كان صدور الصيغة عن كُرهٍ، لأنّ الإجازة لاتوجب إنقلاب الكُره في صدور الصيغة إلى الرضا به، و المفروض وجود الرضا بمضمون العقد في المقام، و هو كون المكرِه هو المالك، أو كون المكرَه الوكيل الشرعي للمالك. بل المقام أولىٰ من الرضا اللاحق لسبق الرضا في ما نحن فيه و كون الرضا مقارناً للعقد، بخلافه في الاجازة.

٣) لكونه من السالبة بانتفاء الموضوع، مع أنّ الرضا صفة مقولية لا ما نحن فيه، يعقل عُروضها على المعدوم، و هو اللفظ المفروض تصرُّمه حال الرِّضا.

٤) تعليل لقوله: «فلا معنى» و قد عرفت و جه إستحالة تعلق الرضا باللفظ الصادر عن إكراهٍ، فيتعيّن تعلُّق طيب النفس بما لَهُ بقاءٌ، و هو الأمر الموجود في موطن الإعتبار.

نعم[١] ربما يستشكل هنا[٢] في الحكم المذكور بأنّ[٣] القصد إلى المعنى ـ و لو على وجه الإكراه ـ شرطٌ في الإعتناء بعبارة العقد، و لا يعرف[٤] إلّا من قِبَل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكنَ إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الإختيارية دون المكرَه عليها.

---

١) هذا إستدراك على حكمه و فاقاً للمشهور بالصحة، و المستشكل هو المحقق الشوشتري، قال في المقابس ـ بعد عبارته المتقدّمة (في ص ٢٣٧) ما لفظه: «و أيضاً انّ إرادة مدلول اللفظ لابدّ منها في صحة العقد، و إن تجرّدَ من الرضا به، و لذلك بطل عقد الهازل و قاصدُ التورية و نحوهما، و إذا صدر العقدُ من مختار بالغ عاقل حكمنا بما هو الظاهر من حصول ذلك، بخلاف ما إذا صدر من مكرَهٍ، إذ لا ظهور لعبارته في قصد المعنى المطلوب، و لا عبرة بالدلالة المجرّدة عن الإرادة، فكيف يحكم بالصحة بمجرّد صدور العقد و الرضا ... ؟»[١].

و حاصل الإشكال: أنّ الإعتناء بعبارة العقد مشروط بالقصد إلى المعنى ولو على وجه الكره، و لا يعرف هذا القصد إلّا من قبل العاقد، فإذا كان العاقد مختاراً أمكن إحراز القصد بالأصل العقلائي، و هو كون الفاعل المختار قاصداً في أفعاله و أقواله، و أمّا إذا كان مكرهاً فلا سبيل إلىٰ إحراز قصده.

٢) يعني: في الفرعين المذكورين، أحدهما: إكراه العاقد بدون إكراه المالك، و ثانيهما: إكراه الوكيل بدون إكراه الموكِّل.

٣) متعلق بـ «يستشكل» و بيان له، و قد تقدم آنفاً نصُّ كلام المقابس و محصّلُه.

٤) أي: و لا يُعرف القصدُ إلى المعنى ـ و لو على وجه الإكراه ـ إلّا من قِبَل العاقد.

«١» مقابس الانوار، كتاب البيع ص ١٨. و اعترض صاحبُ الجواهر أيضاً على الحكم المذكور بوجهٍ آخر، فراجع جواهر الكلام، ج ٣٢ ص ١٦

أللهم إلّا أن يقال:[١] إنّ الكلام بعد إحراز القصد، و عدمِ[٢] تكلم العاقد لاغياً أو مورِّياً ولو كان مكرَها.

مع أنّه[٣] يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً[٤]،فتأمّل[٥].

---

١) غرضه الخدشة في إشكال المحقق الشوشتري، و الذبّ عن حكم المشهور بالصحة في الفرعين المزبورين، و محصل الخدشة وجهان :

الأوّل: منع ما أفاده من قوله: «دون المكره عليها» و بيانه: أنّ إحراز قصد العاقد معتبر قطعاً في صحة العقد، و المفروض إحرازه في المقام أيضاً، للعلم بأنّ العاقد المكرَه لم يتكلّم لاغياً و لا مورِّياً، فلابّد أن يقصد مضمون الإنشاء، فيتعيّن الحكم بالصحة.

٢) معطوف علىٰ «إحراز» أي: و عدم تكلم العاقد لاغياً ... الخ.

٣) هذا هو الوجه الثاني، و هو: أنّه لو شك في كون العاقد قاصداً جدّاً أمكن إحرازه بإجراء أصالة القصد في صورة الإكراه، كإجرائها في صورة الإختيار، بأنْ يدّعىٰ المناط في ظهور القصد هو كون الفعل إختيارياً، في مقابل الاضطرار الذي هو كحركة المرتعش، و من المعلوم أنّ الإكراه على الفعل لايكون من الإضطرار المزبور الرافع للقصد.

وعليه فإجراء أصالة القصد في عقد المكرَه ـ الملتفت المريد للتفهيم و التفهم ـ يقتضي إرادة المعنى من اللفظ إخباراً أو إنشاءً، و أمّا كونه عن طيب النفس فلا يقتضيه الأصل المزبور.

والحاصِل: أنّ أصالة القصد تُثبت القصد بالمقدار المحتاج إليه.

٤) يعني: كإجرائها في صورة الاختيار.

٥) لعلّه إشارة إلى: أنّ أصالة القصد التي هي من الأُصول العقلائية إنما تجري فيما إذا كان منشأ الشك في قصد المدلول إحتمال الغفلة، فمقتضىٰ أصالة عدم الغفلة

.....

حينئذٍ قصد المعنى. و أمّا إذا احتمل عدم القصد حتى مع عدم الغفلة فلا مسرح لأصالة القصد. و الأمر في المقام من هذا القبيل، فلا يجدي أصالة القصد (*).

(*) الجهة السابعة ما أشار إليه بقوله: «و إعلم أنّ الإكراه قد يتعلق بالمالك» و توضحيه: أنّ الإكراه قد يتعلّق بالمالك العاقد، و لعلّه الغالب، و قد يتعلّق بالمالك دون العاقد، و قد يتعلق بالعاقد دون المالك، فللمسألة ثلاث صور:

أمّا الأولى فقد تقدّم الكلام فيها، و أنّ حكمها بطلان العقد الإكراهي لحديث الرفع.

و أمّا الثانية كالإكراه على التوكيل بطلاق زوجته، و طلّق الوكيل من غير إكراه، فلا إشكال في عدم وقوع الطلاق عن الزوج، لعدم إستناده إليه بعد كون التوكيل كالعدم، لتحققه عن الإكراه و عدم رضا الموكل.

و عليه فصحته منوطة بإجازة الزوج بناءً على صحة الإيقاعات الفضولية بالإجازة، و إلّا فلا.

و الحاصل: أنّ طيب نفس الوكيل بالطلاق مع كون توكيله إكراهيّاً لا يكفي في صحة الطلاق.

و أما الثالثة ـ و هي إكراه العاقد ـ فقد ذكر فيها المصنف ﷺ: «أنّ الأقوى هنا الصحة، لأنّ العقد هنا من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره اذا كان عاقداً، و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد اذا رَضِيَ لاحقاً».

لكن التحقيق أنّ هنا صُوراً:

الصورة الأُولى: أن يكون الإكراه من المالك، و كان العاقد مكرهاً في إنشائه،

.....

و الظاهر عدم الاشكال في صحة العقد في هذه الصورة، لصدق التجارة عن تراض من المالكين عليه، و العاقد أجنبي عن مالكي العوضين، فلا أثر لرضاه، إذ المفروض كون العاقد غير المالك، فإكراهه لا يؤثر في فساد المعاملة.

وتوهم دلالة حديث الرفع على بطلان هذا العقد لمكان الإكراه، فاسد، إذ لا أثر لفعل المكره بالنسبة إلى نفسه حتى يرفعه حديث الرفع، فإضافة العقد إليه إنما هي بلحاظ المعنى المصدري، و إلّا فلا إضافة للعقد اليه أصلاً. فلابدّ من إضافته إلى المالك، والمفروض عدم قصورٍ في إضافته إليه، و إقتران العقد برضاه، فهذا العقد جامع لشرائط الصحة. هذا بالنسبة إلى العاقد.

و أمّا بالنسبة إلى المالك فجريان الحديث في حقه و رفع الأثر بالإضافة إليه خلاف الامتنان.

الصورة الثانية: أنْ يكون الإكراه من غير المالك لغير وكليه، كما إذا أكره زيدٌ عمراً على بيع مال بكر، أو طلاق زوجته، فإنّ العقد حينئذٍ فضولي يتوقف صحته على إجازة مالكه، و هو بكر في المثال، و وجهه ظاهر.

الصورة الثالثة: أنْ يكون الإكراه من غير المالك لمن يكون وكيلاً مفوّضاً من قبل المالك، كما إذا كان زيد مالكاً و عمرو وكيلاً له، و أكره بكرٌ عمراً على بيع مال زيد. وصحة المعاملة في هذه الصورة منوطة برضا المالك، فإنْ أحرز ذلك فلا إشكال في الصحة، إذ المدار في الصحة طيب نفس المالك. و إن لم يحرز ذلك، فالظاهر بطلانها، لأنّ المفروض صدور العقد عن الوكيل بغير الرضا، فلا كاشف عن رضا المالك بالعقد حتى يستند إليه.

نعم إذا علم من الخارج رضا المالك بالعقد حكم بصحة العقد و إن انشأه الوكيل عن كرهٍ و ذلك لأنّ رضا الوكيل قد اعتبر بما أنّه طريق إلى إستكشاف رضا المالك من

فرع[1] [فروع]:

لو أكرهه على بيع واحد غير معيّن من عبدين، فباعهما، أو باع نصف

الإكراه على بيع عبدٍ من عبدين مبهماً

١) كذا في بعض النسخ، و لكن في النسخة المصححة التي بأيدينا و غيرها «فروع» بصيغة الجمع، و لعلّ مراده الجمع المنطقي، أو الفروع الثلاثة، بجعل قوله: «أو باع نصف أحدهما» فرعاً آخر منضماً إلى قوله: «لو أكرهه على بيع واحد غير معيّن» وإلى قوله الذي ذكر فيه الفرع الثاني ـ و هو: «و لو أكرهه على بيع معيّن فضمّ إليه غيره و باعهما دفعةً ... الخ» و يمكن أن يشتبه الناسخ في كتابة لفظ الجمع، و الله العالم.

و الغرض من التعرض للفرعين المنقولين عن التذكرة هو بيان أنّ ما يقع في الخارج ـ بعد الإكراه ـ على أنحاء، فتارةً يكون نفس ما أُكره عليه، كما لو أكرهه على بيع داره فباعها، و أُخرى مغايراً له، و هو إما مباين له تماماً، كما إذا أكرهه على بيع داره فباع بستانه أو طلّق زوجته، و إمّا موافق له مع زيادة عليه، و إما مع نقيصة عما أكره عليه، و ستظهر أحكامها.

و لا يخفى أنّه تقدم بعض صور المسألتين فيما عنونه بقوله (في ص ٢١٤): «أما لو كانا عقدين أو إيقاعين، كما لو أُكره على طلاق إحدى زوجتيه ... الخ» فراجع، ولكنّه لم يستقصِ صور المسألة هناك.

و كيف كان فلو أكرهه الجائر على بيع واحد غير معين من عبدين، فإن باع كذلك، بأن قال: «بعت أحد عبديَّ هذين» من دون قصد بيع أحدهما بالخصوص

جهة توكيله، فلو علم برضا الموكل مع صدور العقد عن الوكيل كُرهاً حكم بصحته.

ومن هنا ظهر عدم صحة قياس ما نحن فيه بالمجنون، و ذلك لأنّ المجنون مسلوب العبارة، فلا أثر لعقده، بل عقده ليس بعقد حقيقة، بخلاف المكره فإنّه ليس بمسلوب العبارة.

أحدهما، ففي[1] التذكرة إشكال[2].

أقول: أمّا بيع العبدين، فإنْ كان تدريجاً فالظاهر وقوع الأوّل مُكرَهاً[3]

كان باطلاً، لمطابقة ما أُنشِيء لما أُكره عليه.

وإن خالفَ المكرَهُ ما أُكره عليه، بأن باع كليهما، أو باع نصف أحدهما، ففصّل المصنف ﷺ بين المسألتين، و سيأتي حكم بيع النصف، فالكلام فعلاً في بيعهما، و له صورتان:

إحداهما:بيعهما تدريجاً، بأن يبيع أحدهما المعيّن، ثم يبيع الآخر بعد ساعةٍ مثلاً.

و الأخرىٰ: بيعهما دفعة، بأن يقول: «بعتُ هذين العبدين بكذا».

فإن باعهما تدريجاً فالظاهر بطلان بيع السابق، لكونه مُكرَهاً عليه، و صحة بيع اللاّحق، لكونه مختاراً في بيعه، لتحقق غرض المكرِه ببيع السابق.

ويحتمل الرجوع إلى المكرَه في تعيين أنّ أيّ البيعين كان بداعي دفع الضرر المتوعّد به، فيبطل و يصحّ الآخر. فلا يتعيّن السابق للبطلان.

وإن باعهما دفعةً كان كل من صحة بيع كليهما و فساده محتملاً، أمّا إحتمال الصحة فلأنّ ما أُنشِيء ـ و هو بيع العبدين ـ مخالف لما أُكره عليه و هو بيع أحدهما مبهماً، فلم يتعلق الإكراه ببيعهما معاً.

و أمّا إحتمال الفساد، فلأنّ بيعهما معاً و إن لم يكن مُكرَهاً عليه، إلّا أنّ بيع أحدهما ناشٍ عن الإكراه، و لمّا لم يتعيّن ذاك المكرَه عليه من البيعين، فلابدّ من الحكم ببطلانهما معاً، إذ لا مرجّح لأحدهما حتّى يتعيّن كونه المكرَه عليه. كما لا مجال لصحتهما معاً، بعد وجود المكرَه عليه بين البيعين.

هذا كله لو باعهما معاً. و أمّا لو باع نصف أحدهما فسيأتي الكلام فيه.

١) جواب الشرط في قوله: «لو أكرهه» و الفاء في «فبأعهما» عاطفة علىٰ «أكرهه» لا جوابية.

٢) قال العلاّمة ﷺ: «لو أكرهه على بيع عبد فباع إثنين أو نصفه فإشكالٌ»[1].

٣) لأنّه دافع للضرر المتوعد به، فالبيع الثاني يقع عن الرضا، فيصح.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢، السطر ٣٧

دون الثاني، مع إحتمال الرجوع إليه في التعيين[١] سواء إدّعىٰ العكس[٢] أم لا.

ولو باعهما دفعةً احتمل صحةُ الجميع، لأنّه[٣] خلاف المكرَه عليه، و الظاهر[٤] أنّه لم يقع شيء منهما عن إكراهٍ.

وبطلانُ[٥] الجميع، لوقوع أحدهما مكرهاً عليه، و لا ترجيح.

و الأوّل[٦] أقوى.

و لو أُكره[٧] على بيع معيّن، فضمّ إليه غيره و باعهما دفعةً،

---

١) لأنّه أعرف بقصده، لاحتمال وقوع البيع الأوّل عن الرضا، و إيقاع الثاني لدفع ضرر المكرِه. و يحتمل العكس. و حيث إنّه لا يعرف أحدُهما إلّا مِن قِبَلِه لزم الرجوع إليه في التعيين، فيتّبع قوله.

٢) أي: وقوع الثاني مُكرَهاً عليه، و وقوع الأوّل عن الرّضا.

٣) أي: لأنّ بيع الجميع خلاف المكرَه عليه، حيث إنّ المكرَه عليه بيع واحد منهما.

٤) كذا في نسخ الكتاب و الظاهر أولوية تبديل الواو بالفاء، لأنّه كالمتفرع على قوله: «لأنّه خلاف المكره عليه» إذ بعد فرض عدم كون بيعهما معاً مكرهاً عليه فالظاهر أنّه لم يقع شيء منهما بداعي خوف الضرر المتوعد به من المكرِه حتى يبطل.

٥) بالرفع، معطوف على قوله: «صحة الجميع» و وجهه وقوع أحدهما مكرَهاً عليه، لكن لمّا لم يكن لتعيينه مرجّح، و كان ترجيح أحدهما على الآخر بلا مرجّح فلابدّ من القول ببطلان الجميع، هذا.

لكن فيه: أنه يمكن تعيينه بالقرعة، فلا يلزم الترجيح بلا مرجح، فتأمل.

٦) و هو صحّة بيعهما معاً دفعةً، لما مر آنفاً من عدم كون بيعهما معاً مكرَهاً عليه.

٧) هذا هو الفرع الثاني من الفرعين المذكورين هنا، و لعلّهما أُريدا من كلمة

فالأقوى[١] الصحة في غيرما أُكره عليه[٢].

و أمّا[٣] مسألة النصف، فإن باع النصف بقصد بيع النصف الآخر إمتثالاً

«الفروع». و مثاله الإكراه على بيع عبدٍ معيّن، فضمّ إليه المكرَه عبداً آخر و باعهما معاً دفعة، لا تدريجاً، فيصح بيع الضميمة، و يبطل بيع المكره عليه، لأنّ ما وقع ـ و هو بيع العبدين ـ مخالف لما أُكره عليه و هو بيع عبد معيّن.

و عنونَ الشهيدُ الثاني هذا الفرع في طلاق المكرَه فيما لو أكرهه على طلاق زوجة معيّنة كزينب، فطلّقها مع فاطمة، وفصّل ﷺ بين طلاقهما بإنشاء واحد فيصح، لأنّ ما وقع مغاير لما أُكره عليه، و بين طلاقهما مستقلاً،بأن يقول: زينب طالق و فاطمة طالق «طُلّقت فاطمة و لم تطلّق زينب، لأنه مكره عليها بخلاف الأخرى »[١].

لكن المصنف حكم ببطلان بيع المكرَه عليه و صحة ما عداه، وفاقاً لما في المقابس سواء أكان الإنشاء واحداً أم متعدداً[٢].

١) جواب قوله «ولو أكره» و لا يخفى أنّ وجه الصحة الذي أفاده بقوله: «لأنّه خلاف المكره عليه» جارٍ فيما إذا باعهما دفعةً مع كون المكره عليه بيع أحدهما المعيّن.

٢) بل مقتضىٰ الوجه المتقدم وهو قوله: «لأنّه خلاف المكره عليه» صحتها معاً، لأنّ بيعهما دفعةً ليس مما أُكره عليه، فلا وجه لبطلان المعيّن المكرَه عليه، بل كلاهما بمقتضى الوجه المزبور محكوم بالصحة.

٣) هذه تتمة للمسألة الأُولىٰ المتقدمة في كلام العلّامة، و الغرض منها بيان مخالفة ما أنشأه المكرَه لما أمر به المكرِه، بأن يأمره ببيع عبدٍ فيبيع عبدين، أو يبيع نصف عبدٍ. و تقدّم الكلام في بيع عبدين، و يقع في بيع النصف.

وحكم المصنف ﷺ بفساده، سواء أكان داعيه إمتثال أمر المكرِه، فباع نصف

«١» مسالك الافهام ج ٩ ص ٢١.

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ١٥، السطر ٢١

للمكرِه ـ بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين[1] ـ فلا إشكال في وقوعه مكرهاً عليه[2]. و إن كان[3] لرجاء أن يقنع المكرِهُ بالنصف كان أيضاً إكراهاً. لكن في سماع[4] دعوىٰ البائع ذلك[5]

العبد في هذا اليوم، و نصفه الآخر غداً، لصدق الإكراه على بيع العبد تدريجاً في دفعتين. أم كان داعيه رجاء قناعة المكرِه ببيع نصف العبد، و تنازله عمّا أمر به من بيع عبدٍ واحدٍ من عبيده، و الوجه في البطلان إستناد بيع النصف إلى تحميل الغير و توعيده. هذا بالنسبة إلى الحكم الواقعي و هو فساد البيع.

و أمّا بالنسبة إلى الحكم الظاهري لو ترافع المشتري للنصف إلى الحاكم الشرعي، فهل يحكم ببطلان بيع النصف للاكراه، أم بالصحة؟ و جهان، سيأتي بيانهما.

١) بأن يقال: إنّ إطلاق كلام المكرِه يشمل بيع العبد دفعةً وَ دفعتين.

٢) يعني: فيقع البيع باطلاً، لكونه مكرَهاً عليه، بناءً على الاطلاق المزبور.

٣) هذا عدل قوله: «فان باع النصف» و سوق البيان يقتضي أن يقال: «و إن باعه برجاء. .. الخ» وحاصله: أنّه إن باع النصف لا بقصد أن يبيع النصف الآخر إمتثالاً لأمر المكرِه، بل برجاء أن يكتفي الآمر المكرِه بما باعه من النصف كان البيع أيضاً عن إكراه، فلا فرق في صدق الإكراه على بيع النصف بين الصورتين، و هما قصد بيع النصف الآخر إمتثالاً لأمر المكرِه، و عدم قصد بيع النصف الآخر برجاء قناعة المكرِه ببيع النصف.

٤) خبر مقدم، و المبتدأ مؤخر و هو قوله: «نظر».

٥) منصوب محلاً على المفعولية لـ«دعوىٰ» و المشار إليه هو قصد بيع النصف لرجاء رضا المكره بذلك، مع عدم أمارة على هذه الدعوى.

مع عدم الأمارات نظرٌ[1] (*).

---

١) ناشٍ من كونه ممّا لايعلم إلّا من قبله، فلابدّ من سماع دعواه، و من كون الظاهر وقوع البيع بالإختيار فلا تسمع دعواه. و لعلّ الأظهر الأوّل، لأنّ الإكراه صالح للقرينية على صرف الظهور المذكور.

(*) الجهة الثامنة ما تعرض له المصنف ﷺ بقوله: فرع ولو أكرهه على بيع عبد من عبدين ... الخ.

لا يخفى أن ما يقع في الخارج إن كان عينَ ما أكره عليه كما إذا أكرهه على بيع داره فباعها، أو على شرب الخمر فشربها، فلا إشكال في إرتفاع أثره تكليفياً كان أم وضعيّاً، لأنّه وقع عن أمر المكرِه بداعي دفع ضرره كما تقدم سابقاً.

وإن كان مغايراً للمكرِه عليه، ففيه صور، إحداها: أن يكون مبايناً للمكرَه عليه.

ثانيتها: أن يكون أكثر منه.

ثالثتها: أن يكون أقل منه.

أمّا الصورة الأولى فلا ينبغي الاشكال في صحة العقد فيها، لعدم وقوعه عن أمر المكرِه حتى يصدق عليه أنّه مكره عليه كي يبطل، فإذا أُكره على بيع كتابه فباع داره كان البيع صحيحاً، لأنه غير المكره عليه، فلا يشمله حديث الرفع و غيره مما يدلّ على بطلان العقد الإكراهي.

نعم إذا باع داره لاحتمال أن يقنع المكرِه به، و يرفع اليد عن إكراهه كان باطلاً، لفقدان طيب النفس، و وقوعِ البيع عن إضطرار، هذا.

و أمّا الصورة الثانية ـ و هي كون ما وقع في الخارج أكثر من المكرَه عليه ـ فهي تتصور على وجهين: أحدهما أن يقع تدريجياً، و الآخر أن يقع دفعياً.

أمّا الوجه الأوّل كما إذا أكره على بيع أحد عبديه، فباع أحدهما، ثم باع الآخر،

.....

فلا شبهة في بطلان البيع الأوّل فيه، لأنّ المكره عليه ـ و هو عنوان أحدهما ـ ينطبق عليه قهراً، فيشمله حديث الرفع و غيره ممّا يدل على بطلان البيع المكره عليه.

وأمّا البيع الثاني فيحكم بصحته قطعاً، لسقوط الإكراه بالبيع الأوّل، فلا يبقى إكراه حتى يدعو إلى البيع الثاني و يبعث عليه، فلا وجه لفساده.

لكن المصنف ﷺ احتمل أنّه يرجع إلى البائع في تعيين المكره عليه، و يتبع قوله، فإذا قال: «أريد تطبيق المكره عليه على العقد الثاني» حكم بفساده، و صحة البيع الأول.

لكن فيه: أن إنطباق الإكراه على الأول دون الثاني واقعي قهري، لا أنّه باختياره، ضرورة إرتفاع الإكراه بالبيع الأوّل، فلا يبقى له موضوع حتى يُطبّقه البائع عليه، فالبيع الثاني يقع لا محالة عن غير كره. لا أنّه يحتمل وقوع الثاني حتى يرجع إلى البائع في التعيين.

و هذا نظير أمر الشارع بشيء بنحو صرف الوجود، فإنه لإنطباقه على أوّل الوجود يسقط الأمر، ولا يبقى أمر بالنسبة إلى سائر الوجودات.

إلّا أن يقال: إنّ الأمر هناك متعلق بالطبيعة المتحققة بصرف الوجود قهراً، و لذا يسقط بمجرد إنطباق الطبيعة على أوّلِ الوجود. و هذا بخلاف عنوان «أحدهما» في الإكراه، لأن أمر تطبيق أحدهما هنا بيد المكره، حيث إنّ دفع الضرر المتوعد به بأيّ فرد من الفردين إنما هو بيد المكره، ضرورة أنّ له دفعه بكل فرد من الفردين شاء، فإنّ الطيب والكراهة النفسانية ممّا لا يعلم إلّا من قبل البائع المكرَه، فاحتمال الرجوع إليه في التعيين كما في المتن قوي، والله العالم.

و أمّا الوجه الثاني ـ و هو بيعهما دفعة، كما إذا باع العبدين بإنشاءٍ واحد، فإن كان بيعهما كذلك لرغبته في بيعهما، فبإكراه الجائر على بيع أحدهما إغتنم الفرصة، فباعهما. أو كان بيعهما لغرض آخر زائد على الإكراه، كسهولة بيعهما معاً بالإضافة إلى بيع

.....

أحدهما منفرداً أو لصعوبة التفرقة بينهما، لكونهما والداً وولداً، أو لعدم وجود من يشتري أحدهما منفرداً، أو غير ذلك من الأغراض الداعية إلى بيعهما، مع كون المكره عليه بيع أحدهما ـ فحينئذٍ و إن كان بيع كل منهما مكروهاً له، قد دعا إليه و حمله عليه أمرُ المكرِه.

لكن لمّا كان الشرط في تحقق الإكراه الرافع لأثر المعاملة ترتب الضرر على ترك المكرَه عليه، و هذا المعنى لا ينطبق على كل منهما في عرض إنطباقه على الآخر، بل ينطبق على كُلِّ واحدٍ على البدل، فيكون أحدهما مكرهاً عليه دون الآخر. و لأجل أن إنطباقه على واحدٍ لا بعينه بلا مرجع تعيّن البناء على بطلانهما معاً.

فما أفاده المصنف ﷺ ـ من إحتمال صحة الجميع، لوجهين: أحدهما أنّ بيعهما خلاف المكره عليه، و الآخر أنّ الظاهر عدم وقوع شيءٍ منهما عن إكراه ـ لا يخلو من الغموض.

إذ في الأوّل خلاف المكره عليه منوط بأن يكون الإكراه على بيع أحدهما بشرطِ لا، و هو خلاف الفرض.

و في الثاني: تحقق الإكراه لبيع كل منهما على البدل، فوقوعهما كان ناشئاً عن أمر المكرِه بحيث لو لم يكن لما أقدم على بيعهما.

نعم لم يقع الإكراه بهما معاً، بل بأحدهما لا بشرط الحاصل في ضمنهما، و هو كافٍ في بطلانهما، هذا ما أفاده سيدنا الأستاذ ﷺ[1].

لكن يمكن أن يقال: بصحة بيعِ واحدٍ منهما، لعدم الإكراه بالنسبة إليه، و بطلان الآخر لأجل الإكراه على أحدهما لا بعينه، و يتعين الصحيحُ بالقرعة. فهو نظير ما إذا أُكره على بيع أحدهما المعيّن، فباع كليهما مرة واحدةً، فإنّ البيع بالنسبة إلى المعيّن المكره عليه باطلٌ، و بالاضافة إلى غيره صحيح.

و بالجملة: ففي بيعهما دفعةً إذا كان عن إكراهٍ وجوهٌ: الصحة في الجميع، للوجهين المتقدمين عن المصنف.

و البطلانُ كذلك، لأن المكره عليه لا تعيّن له في الواقع، و أنّ نسبته إلى كل واحد من

«١» نهج الفقاهة، ص ١٩٩

.....

الفردين على حد سواء.

والحكمُ بفساد أحدهما معيناً دون الآخر ترجيح بلامرجح، فيحكم بفساد الجميع.

و الصحةُ بالنسبة إلى الزائد على المقدار المكرَه عليه، و الفساد بالإضافة إلى ذلك المقدار، و يتعيّن الفاسد بالقرعة.

و دعوى: «اختصاص مورد القرعة بما إذا كان المطلوب متعيناً واقعاً و مجهولاً ظاهراً كالحيوان المحرّم بالوطي أو غيره، المشتبه بين قطيعة غنم مثلاً. و أمّا إذا لم يكن له تعين واقعي فلا مورد للقرعة فيه» غيرُ مسموعة، لإطلاق أدلة القرعة الشامل لكل مشكلٍ و مشتبهٍ، و لذا إتفق الفقهاء على الرجوع إلى القرعة فيما إذا طلّق شخصٌ إحدىٰ زوجاته من غير تعيين، مع أنّ من المعلوم عدم تعين المطلقة واقعاً، بل القرعة تعينها ظاهراً و واقعاً.

و مقامنا من هذا القبيل، إذ لا تعيّن له لا ثبوتاً ولا إثباتاً.

و كذا الحكم في الإكراه على مورد الأحكام التكليفية، كما إذا أكره جائر شخصاً على شرب الخمر أو البول، فشربهما، فإنّه لا يعاقب إلّا على شرب أحدهما، لإرتكابه المحرّم بالإرادة و الاختيار، هذا.

و أمّا الصورة الرابعة: ـ و هي ما يكون أقل من المكره عليه، و قد أشار إليه المصنف ﷺ بقوله: «و أمّا مسألة النصف فإن باع النصف إلى قوله لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر» كما إذا باع نصف أحد العبدين في المثال، أو كما إذا باع نصف داره فيما لو أُكره على بيع تمام داره ـ فتتصور على وجوه :

احدها: أن يكون عازماً على بيع النصف الآخر، لزعم أن المكره عليه هو الجامع بين البيع الدفعي و التدريجي. و لا ينبغي الإشكال في فساد البيع حينئذٍ، لكونه مستنداً إلى إكراه المكرِه، و معه لا مجال للصحّةِ و لا لقول المصنف: «لكن في سماع دعوى البائع ذلك أي: بيع النصف بأحد الوجهين، و هما بيع النصف مع العزم على بيع

.....

النصف الآخر إمتثالاً لأمر المكرِه، و بيع النصف برجاء قناعة الآمِر المكره ببيع النصف مع عدم الأمارات ـ نظر».

و منشأ النظر: أنّ ما نحن فيه من قبيل ما لا يعلم إلّا من قبل المدّعي، فتسمع دعواه. و أنّ الظاهر وقوع هذا العقد باختياره، فلا تسمع دعواه الإكراه، و ذلك لأنّ الإكراه على المجموع إكراه على بعضه خارجاً، و الإكراه بنفسه أمارة على عدم وقوع البيع عن الرضا و طيب النفس.

و نظير ذلك الإكراه في موارد الأحكام التكليفية، كما إذا أكره الجائر شخصاً على شرب مقدار خاص من الخمر، فشرب نصفه برجاء أن يقنع المكرِه بذلك، و يرفع اليد عن إكراهه.

ثانيها: أن يكون بيع النصف لاحتمال إقتناع المكره بذلك، و رفع اليد عن بيع المجموع. و لا ينبغي الإشكال أيضاً في بطلان البيع في هذه الصورة، لوضوح أن الإكراه على بيع المجموع شامل لبيع كل جزء من أجزاء الدار على نحو الاستغراق فالإكراه على بيع المجموع إكراه على بيع النصف، فيشمله حديث الرفع الموجب للبطلان. نظير ما لو أُكره على بيع دارين فباع إحداهما، فإنّه لا شبهة في بطلانه، لوقوعه عن إكراه.

ثالثها: أن يكون المكره عليه بشرط شيءٍ، و يأتي المكرَه بالأقل بشرط لا، كما إذا أُكره على بيع نصف عبده بشرط ضمّ النصف الآخر إليه، فباع نصفه بشرط عدم بيع النصف الآخر، فقد يتوهم صحة البيع حينئذٍ، لأنّ الواقع في الخارج مغاير للمكره عليه.

لكن فيه: أنه إن كان دليل رفع الإكراه حديث الرفع، فهو غير شامل للمقام، لعدم كون بيع النصف بشرط لامكرَهاً عليه، و إن كان قوله تعالى: ﴿إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾ فهو شامل له، لفقدان التراضي وطيب النفس، فيكون أكل المال بالباطل.

و هذا نظير ما إذا كان ما وقع في الخارج مبايناً للمكره عليه، كما إذا أُكره على بيع كتابه فباع رداءه لأهمية كتابه وشدة حاجته إلى الكتاب، فإنّ بيع الرداء فاسد، مع أنه لم يكن مكرهاً عليه، لكنه لفقدان طيب النفس لابدّ من بطلانه.

بقي الكلام[1] فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير قال في التحرير: «لو أُكره على الطلاق فطلّق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق» إنتهى«١».

ونحوه في المسالك، بزيادة إحتمال عدم الوقوع: «لأنّ الإكراه أسقط أثر اللفظ. و مجرّد النيّة[2] لا حكم لها»«٢»

تحليل كلام العلامة في التحرير

١) هذه جهة أُخرى من جهات البحث في إنشاء المكرَه. و قد سبق التعرض الإجمالي لكلام العلّامة (في ص ١٦٧) من أنّ المفقود في باب الإكراه هل هو القصد الجدّي لمدلول الانشاء أم هو الطيب و الرضا؟ و وعدَ المصنف ذكر توجيه عبارة التحرير بقوله: «و سيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به» و قد حان وقت الوفاء بالوَعد. فنقَل كلام العلامة و كلمات جمع ممّن تعرّض للمسألة كالشهيد الثاني و صاحب المدارك و الفاضل الهندي و صاحب الجواهر أعلى الله مقاماتهم. كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

و ظاهر كلام العلّامة صحة طلاق مَن أُكره عليه، لو نوى الطلاق و قَصَدَه حين إنشاء الصيغة. و الوجه في الصحة تمكُّنه من التلفّظ بالصيغة لا عن نيّةٍ، لكفاية هذا التكلم في دفع الضرر المتوعد به، فقصدُه للطلاق جدّاً كاشف عن إختياره له و إرادته إيّاه، فيخرج عن موضوع الإكراه.

٢) يعني: أنّ مجرّد النية لا يترتب عليها أثر، بل ترتب الأثر منوط بعدم الإكراه على اللفظ، فالإكراه عليه يُسقط النيّة المجرّدة عن الأثر.

و بعبارة أُخرى: أثر الطلاق ـ و هو البينونة ـ يتوقف على أمرين، أحدهما إرادة الطلاق، و ثانيهما التلفّظ بالصيغة عن إختيار.

و الأمر الأوّل و إن كان محققاً حسب الفرض، لأنّه قاصد للطلاق. لكن الأمر

«١» تحرير الاحكام ج ٢ ص ٥١.

«٢» مسالك الافهام ج ٩ ص ٢٢.

و حُكي عن[١] سبطه في نهاية المرام أنه نقله قولاً[٢]، و استدلّ عليه[٣] بعموم ما دلّ من النصّ و الاجماع على بطلان عقد المكره، و إلاكراه يتحقق هنا[٤] إذ المفروض أنّه لولاه لما فعله. ثم قال: «و المسألة محلّ إشكال» إنتهى»[١].

و عن بعض الأجلّة[٥]: «أنّه لو علم أنه لا يلزمه الّا اللفظ و له تجريده

الثاني مفقود، لفرض كونه مُكرَهاً على إنشاء الطلاق بالصيغة، و نتيجته عدم تحقق الطلاق أصلاً.

١) يعني: و حُكي البطلان عن سبطِ الشهيد الثاني و هو السيد الفقيه السيد محمد العاملي في كتابه نهاية المرام، حيث إنّه حكى كُلّاً من القول بالصحة و البطلان، قال ﷺ: «و لو طلّق المكرَه ناوياً، قيل: يقع، و هو إختيار العلّامة في التحرير، و جدّي في الروضة و المسالك، لحصول اللفظ و القصد، و لأنّ القصد لا إكراه عليه، فلولا حصول الرضا بالعقد لما قصد إليه. و قيل: يبطل، إذ المفروض أنّه لولا الإكراه لما فعله، و عقد المكرَه باطل بالنصّ و الإجماع، و المسألة محلّ إشكال».

٢) يعني: لا مجرّد الاحتمال، بل قال به بعض. و الضمير البارز في «نقله» راجع إلى عدم الوقوع.

٣) أي: على عدم الوقوع، فإنّ عموم ما دلّ من النص و الاجماع على بطلان عقد المكرَه يشمل الإكراه على الطلاق، فيكون فاسداً.

٤) يعني: لا ينبغي الارتياب في تحقق الإكراه في المقام، و هو الإكراه على الطلاق، لأنّه لولا الإكراه لم يتحقق الطلاق، فالموجب لإيقاعه هو الإكراه بحيث ينبعث عنه الطلاق.

٥) و هو كاشف اللثام، قال في شرح عبارة التحرير ما لفظه: «يعني: و إن ظنّ أنّه يلزمه الطلاق ـ لا مجرد لفظه ـ بالإجبار و إن كان لا يريده. أمّا لو علم أنّه لا يلزمه إلّا اللفظ، و له تجريده عن القصد، فلا شبهة في عدم الإكراه».

«١» نهاية المرام ج ٢ ص ١٢، والحاكي عنه صاحب المقابس، فراجع المقابس كتاب البيع ص ١٤

عن القصد فلا شبهة في عدم الإكراه. و إنّما يحتمل الإكراه مع عدم العلم بذلك سواء ظن لزوم القصد و إن لم يرده المكره أم لا» إنتهى»[١].

ثم إن بعض[١] المعاصرين ذكر الفرع عن المسالك، و بناه على أن المكرَه لا قصد له أصلاً، فردّه بثبوت القصد للمكرَه، و جَزَم بوقوع الطلاق المذكور مكرهاً عليه»[٢].

و فيه ما عرفت سابقاً[٢] من أنّه لم يقل أحد بخلوّ المكرَه عن قصد معنى

و غرضه ﷺ من هذا الشرح بيان مورد حكم العلّامة بكون وقوع الطلاق أقرب، يعني: أنّ صورة قصده للمعنى مع علمه بأنّه لا يلزمه إلّا اللفظ خارجة عن مورد كلام العلّامة، لعدم الشبهة فيها في عدم الإكراه و وقوع الطلاق، فلا يكون وجه للتعبير بالأقرب. كما أنّ صورة قصده للمعنى مع علمه بلزوم القصد، و أنّه ليس له تجريد اللفظ عن المعنى خارجة عنه أيضاً، لعدم الشبهة فيها في الإكراه و عدم وقوع الطلاق، فلا يصح التعبير بما ذكر.

و الدليل على خروج الصورة الثانية عن مورد كلامه على ما فهمه كاشف اللثام تعبيره بالظن بدل العلم، بَعْدَ إن الوصلية التي فسّرها المصنّف بالتسوية في قوله: «سواء ظنّ» وجه الدلالة أنّه لولا خروجها لوجب أن يقول: «و إن علم بدلاً» عن «وإن ظن» كما لا يخفى، فيعلم من ذلك أنّ المراد من قوله: «أم لا» خصوص صورة الشك.

١) وهو صاحب الجواهر، و ضمير «بناه» راجع إلى الطلاق، يعني: و بنىٰ عدم وقوع الطلاق على عدم القصد للمكرَه، ثم ردّه بثبوت القصد للمكرَه، لكنه قصد عن إكراه و لم يقصدْ عن إختيار وطيب نفس، و قد تقدم كلام الجواهر (في ص١٦٧) فراجع.

٢) يعني: في أوائل المسألة (في ص ١٦٥)، حيث قال: ... ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكرَه هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع و عدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام».

«١» كشف اللثام، ج ١، القسم الثاني، ص ١١٤، السطر ١٩، و الحاكي لكلامه صاحب المقابس.

«٢» جواهر الكلام، ج ٣٢، ص ١٥

اللفظ، و ليس هذا[١] مراداً من قولهم: «إنّ المكره غير قاصد إلى مدلول اللفظ» و لذا[٢] شرّك الشهيد الثاني بين المكرَه و الفضولي في ذلك[٣] كما عرفت سابقاً[٤]، فبناء هذا الحكم[٥] في هذا الفرع[٦] على ما ذكر[٧] ضعيف جداً.

و كذا ما تقدم عن بعض الأجلة[٨] من «أنّه إن علم بكفاية مجرّد اللفظ

و غرض المصنف ﷺ المناقشة في كلامي الفاضل الإصفهاني و صاحب الجواهر ﷺ، أمّا إشكالُ الجواهر على المسالك فيندفع بما تقدّم في (ص١٦٨) و أعاده هنا، ومحصّله: عدم إبتناء كلام الشهيد الثاني على ما يوهمه من أن المكرَه قاصد للفظ دون المعنى.

و أما كلام كشف اللثام فمفاده إعتبار العجز عن التورية في بطلان إنشاء المكرَه، و حيث إن اعتبار هذا العجز يندفع بإطلاق الأدلة فلا مجال للإلتزام بـه، و سيأتي توضيحه قريباً إن شاء الله تعالى.

١) أي: و ليس خلوُّ المكرَه عن القصد مراد من يقول: إنّ المكرَه غير قاصد إلى مدلول اللفظ.

٢) أي: و لأجل عدم كون خلوّ المكرَه عن قصد مدلول اللفظ مرادَ القائلين ـ بأنّ المكره غير قاصد لمدلول اللفظ ـ شرّك الشهيدُ الثاني بين المكرَه و الفضولي في عدم قصد مدلول اللفظ.

٣) أي: في عدم قصد مدلول اللفظ.

٤) أي: في أوائل المسألة، حيث قال المصنف: «و يكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من أنّ المكره و الفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله» فراجع (ص ١٦٦).

٥) أي: بطلان الطلاق.

٦) أي: فرع الطلاق الإكراهي.

٧) و هو الخلو عن قصد المدلول.

٨) و هو المولى الفقيه بهاء الدين محمد بن الحسن الاصفهاني الشهير بالفاضل

المجرّد عن النية[١] فنوىٰ إختياراً صحّ، لأنّ مرجع ذلك إلى وجوب التورية على العارف بها المتفطّن لها» إذ[٢] لا فرق بين التخلص بالتورية و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً، و قد[٣] عرفت أن ظاهر الأدلة و الأخبار الواردة في طلاق المكره و عتقه عدم[٤] إعتبار العجز عن التورية[٥].

الهندي ﷺ صاحب كشف اللثام.

١) أي: كفاية مجرّد اللفظ المعرّىٰ عن النية في التفصي عن الضرر، فمع العلم بكفاية مجرّد اللفظ ـ في التخلص عن الضرر ـ لو نوى الطلاق وقع صحيحاً، لأنّه قصد الطلاق حينئذٍ إختياراً، فلا وجه لبطلانه.

٢) تعليل لرجوعه إلى التورية، يعني: أنّ إعتبار العجز عن التجريد في تحقق الإكراه موضوعاً أو حكماً يدلّ بالملازمة على إعتبار العجز عن التورية، و وجوبها على العارف بها، مع أنّ ظاهر الأدلة الواردة في طلاق المكره عدم إعتبار العجز عن التورية.

٣) يعني: و الحال أنّ مقتضى الاطلاقات عدم إعتبار العجز عن التورية، و كذا مقتضاها عدم إعتبار العجز عن التجريد بالجهل و عدم وجوبه على العالم بكفاية اللفظ المجرّد. فحاصل الجواب عن بعض الأجلة هو نهوض الدليل على خلافه.

٤) خبر «أنّ» و جملة «أنّ ظاهر» في محلّ النصب مفعول به لقوله: «عرفت» أي: عرفت عدم إعتبار العجز من ظاهر الأدلة و الأخبار... الخ.

٥) تقدم تفصيله في (ص١٨٥) حيث قال:«الذي يظهر من النصوص و الفتاوىٰ عدم إعتبار العجز عن التورية...» فراجع. هذا ما يتعلق بكلام الفاضل الاصفهاني وغيره ممّا تعرّض له المصنف مقدمةً لبيان ما وعد ذكره من تحقيق الفرع المذكور في التحرير.

و توضيح الأقسام[1] المتصورة في الفرع المذكور: أن الإكراه الملحوق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به إمّا أن لا يكون له دخل في الفعل أصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه، لبنائه[2] على تحمل الضرر المتوعد به.

---

١) هذا هو الغرض من قوله قبل أسطر: «بقي الكلام في ما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير» و توضيحه: أن الفرع المزبور ـ أعني به قصد الطلاق في مَن أُكره على الطلاق ـ يتصور على صور ست تختلف أحكامها، فيصحّ الطلاق في الأُوليين، و يبطل في الأخيرتين،و يستشكل في الثالثة و الرابعة. و المهم في المسألة تحقيق هذه الجهة، و هي أنّ الداعي على الإنشاء هل هو الإكراه و ايعاد الغير أم لا؟ فنقول:

الصورة الأُولى: أن يُكرَه على طلاق زوجته، ولكنّه يتأمّل في جوانب المسألة، فيرجح تحمل الضرر المتوعد به، و مع ذلك يُطلّق زوجته لما فيه من المصلحة، فيكون إقدامه على الطلاق ناشئاً من طيب نفسه به، و لا يرى لذلك الإكراه تأثيراً في انشائه أصلا. و لا ريب في صحة الطلاق في هذه الصورة، و ليست هي مقصود العلّامة ﷺ وغيره ممّن رجّح وقوع الطلاق، إذ لا وجه للترجيح، لتعين الصحة.

الصورة الثانية: أن يكره على الطلاق، و يرضى به بعد التأمل كالصورة السابقة، إلّا أنّ الفارق بينهما كون تمام السبب ـ في الأُولى ـ هو طيب نفسه به، بخلافه في هذه الصورة، فإنّ الداعي إلى الطلاق مؤلّف من إكراه المكره و من طيب نفس المكرَه، بحيث لو لم ينضم أحدهما إلى الآخر لم يكن كل منهما مستقلاً في الداعوية. و لا ريب في صحة الطلاق في هذه الصورة أيضاً، لتحقق الشرط و هو إرادة الطلاق، و قصده عن الرضا، و ليست هذه أيضاً محطّ نظر العلّامة في ترجيحه صحة الطلاق، و سيأتي ذكر سائر الصور بتبع المتن إن شاء الله تعالى.

٢) أو لطيب نفسه الناشيء عن سوء خُلق الزوجة بحيث لو لم يكرهه الجائر

و لا يخفى بداهة وقوع الطلاق هنا[١]، و عدم جواز حمل الفرع المذكور عليه، فلامعنى لجعله في التحرير أقرب[٢]، و ذكرِ إحتمال عدم الوقوع في المسالك، و جعله[٣] قولاً في نهاية المرام، و إستشكاله[٤] فيه لعموم النص و الاجماع.

و كذا[٥] لا ينبغي التأمّل في وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الوقوع، بل هو بضميمة شيء إختياري[٦] للفاعل.

و إن[٧] كان الداعي هو الإكراه، فإمّا أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوعّد به، بل من جهة دفع الضرر اللّاحق للمكرِه ـ بالكسر ـ

لطلّقها لذلك.

١) أي: في صورة طيب النفس بالطلاق، لوقوعه عن الطيب لا عن الإكراه.

٢) يعني: بل لا ينبغي الإرتياب في صحة الطلاق، لا أنّها أقرب.

٣) هذا و قوله: «و ذكرِ» معطوفان على «جعله» في قوله: «فلا معنى لجعلِه».

٤) معطوف أيضاً على «جعله» في قوله: «فلا معنى لجعله» يعني: و لا معنى لاستشكاله في وقوع الطلاق، لعموم النص و الاجماع على بطلان طلاق المكره.

٥) هذه هي الصورة الثانية، يعني: وكذا لا ينبغي التأمّل في صحة الطلاق فيما إذا كان الإكراه جزء السبب لوقوع الطلاق، و كان الجزء الآخر طيب النفس، للتخلص من ثقل النفقة مثلاً. و لا يؤثر الإكراهُ في بطلان الطلاق مع وجود طيب النفس، و إن لم ينحصر الداعي في هذا الطيب، بل كان هو مع إنضمام الإكراه تمام المؤثر. نظير ما ذكروه في نية الضمائم في العبادة، كقصد التبريد بالوضوء، المنضمّ إلى التقرب.

٦) كطيبِ نفسه الناشيء من إرادة التخلص من ثقل النفقة أو من سوء خُلق حليلته.

٧) الظاهر أنّه معطوف على قوله: «إمّا أن لا يكون له دخل في الفعل أصلاً»

كمن قال له ولده: «طلّق زوجتك وإلّا قتلتك أو قتلت نفسي» فطلّق الوالدُ خوفاً من قتل الولد نفسه، أو قتل الغير له إذا تعرّض لقتل والده.

أو كان الداعي[1] على الفعل شفقة دينية على المكرِه ـ بالكسر ـ أو على المطلّقة أو على غيرهما ممّن يريد نكاح الزوجة لئلا يقع الناس في مُحرّمٍ.

و الحكم في الصورتين[2] لا يخلو عن إشكال.

يعني: أنّ الإكراه إمّا أن لا يكون له دخلٌ ... الخ، و إمّا أن يكون له دخل. و قد عبّر عن هذه الجملة المعطوفة بقوله: «و ان كان الداعي هو الاكراه». و هي تشتمل على صورتين، هما الثالثة والرابعة، و قد إستشكل المصنف ﷺ فيهما في صحة الطلاق.

فالصورة الثالثة: أن يكون الداعي إلى الفعل غير جهة التخلّص عن الضرر المتوجّه إلى المكرَه، بل يكون الداعي دفع الضرر الوارد على المكرِه، كما إذا هَدَّدَ شخص والده و قال له: «طلّق زوجتك و إلّا قتلتُ نفسي» فيُقدِم الوالدُ على طلاق زوجته كارهاً له، لكنه يتحرّز بهذا الطلاق عن أن يُصاب بفقد ولده، يعني: أنّ طلاق الزوجة أهون عليه من تلك الفاجعة.

و الصورة الرابعة: أن يكون الداعي إلى الفعل شفقةً دينية على المكرِه، لئلّا يقع في المعصية، كما إذا قال الجائر: «طلّق زوجتك لأتزوّجها، وإلّا زنيتُ بها» فطلّق زوجته عن الزّنا، لئلّا يقع المكرِه أو غيره في معصية الزنا.

١) الأولى أن يقال: «أو من جهة شفقة دينية» بدل قوله: «أو كان الداعي على الفعل» إذ غرضه أنّه ـ في صورة كون الداعي هو الإكراه ـ قد يكون الفعل من جهة دفع الضرر الوارد على المكرِه كقتل الولد، و قد يكون لشفقةٍ دينية على المكرِه، أو على المطلّقة، أو على غيرهما لدفع معصية الزنا مثلاً.

٢) و هما: صورة دفع الضرر عن المكرِه، و صورة الشفقة الدينية عليه.

و إن كان الفعل[1] لداعي التخلص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل إعتقاد أنّ الحذر[2] لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقةً[3]، لغفلته[4]

---

١) معطوف على قوله: «فإمّا أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوعد به» فالأولى تبديل قوله: «وإن كان الفعل لداعي التخلص من الضرر» بأن يقال: «و إمّا أن يكون الفعل من جهة التخلص عن الضرر المتوعد به» فصور داعوية الإكراه ثلاث:

إحداها: أن يكون الفعل لدفع الضرر الدنيوي الوارد على المكرِه.

ثانيهما: أن يكون الفعل لدفع الشفقة الدينية على المكرِه أو علىٰ غيره.

ثالثها: أن يكون الفعل للتخلص عن الضرر الوارد على المكرَه، و هذا يتصور على وجهين:

الأوّل: أن يكون قصد الطلاق مثلاً لأجل إعتقادِ المكرَه بعدم إمكان التخلص عن الضرر المتوعد به الا بإيقاع الطلاق حقيقة،لغفلته عن عدم توقف التخلص على ذلك. و هذه صورة خامسة.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

و الثاني: أن يوقع الطلاق حقيقةً، لجهله بأنّ الشارع رفع حكم الطلاق و صحّته إذا وقع عن إكراهٍ، فزعم أنّ الطلاق الإكراهي صحيح، و لذا أوقع الطلاق حقيقة. و هذه صورة سادسة.

٢) يعني: أن التخلص من الضرر المتوعد به لا يتحقق... الخ.

٣) يعني: أن المكرَه يتخيّل إنحصار تخلُّصه من الضرر المتوعد به في إيقاع الطلاق بالإرادة الجدية، لا بمجرّد التلفظ بالصيغة.

٤) يعني: أنّ منشأ تخيُّل المكرَه هو غفلته عن حقيقة الأمر، فيوطّن نفسَه على البينونة عن زوجته و الإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً. و لولا هذه الغفلة أمكن أن يُنشِيء اللفظ المجرّدَ عن النية، فكان يتخلّص من شر المكرِه بالصيغة العارية عن القصد، لأنّه طلاق صوري، و لم يقع حقيقةً.

عن أنّ التخلص غير متوقف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق و حصول البينونة، فيوطّن نفسه على رفع اليد عن الزوجة و الإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً. و هذا[1] كثيراً ما يتفق للعوام.

و قد[2] يكون هذا التوطين و الإعراض من جهة جهله بالحكم الشرعي، أو كونه رأىٰ[3] مذهب بعض العامة، فزعَمَ أنّ الطلاق يقع مع الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلّق قاصداً لوقوعه، لأنّ[4] القصد إلى اللفظ المكرَه عليه ـ بعد إعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البينونة ـ يستلزم القصد إلى وقوعها،

---

١) أي: إيقاع الطلاق الحقيقي، لزعم توقّف التخلّص عن الضرر على الإنشاء الجدّي.

٢) معطوف على قوله: «فقد يكون» و هذه هي الصورة السادسة، و كان الأولى أن يقول: «و قد يكون قصد الفعل».

٣) بصيغة الماضي لا المصدر، أي: أو كون المكرَه رأىٰ و عَلِم مذهبَ العامةِ من صحة طلاق المكرَه، فزعم أنّ مذهب الشيعة الامامية أيضاً هو الصحة، فطلّق قاصداً لوقوعه حقيقةً، فتبينُ زوجته منه حينئذٍ.

٤) تعليل لصحة الطلاق، و هو مؤلّف من مقدّمتين، الأُولى: كونه مُكرَهاً على التلفظ بصيغة الطلاق، الثانية: إعتقاده بسببية اللفظ لحصول البينونة، و إمتناع التفكيك بين اللفظ و أثره، فيقصد الطلاق جداً و يوطّن نفسه عليه.

و عليه فيمكن حملُ كلام العلّامة ـ من صحة الطلاق عن نيّةٍ لو أكره عليه ـ على الصورة الخامسة و السادسة، لتحقق القصد الجدي و طيب النفس فيهما. لكن الحكم بالصحة لا يخلو عن إشكال، و البطلان أقرب، لتحقق الإكراه على اللفظ، فيسقط عن التأثير. و القصد الجدّي غير كافٍ ما لم يتسبب إليه باللفظ عن إختيارٍ.

فيُرضي نفسه بذلك ويُوطّنها عليه، وهذا[1] أيضاً كثيراً ما يتّفق للعوام.

والحكم[2] في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال، إلّا أنّ تحقق الإكراه أقرب (*).

---

١) أي: الصورة السادسة كالخامسة ممّا يتّفق للعوام غير الملتفتين إلى خصوصيات المسائل.

٢) أي: الحكم بالصحة ـ على ما إستقربه العلّامة ـ لا يخلو عن إشكال، والأقرب هو البطلان،لوجود الإكراه.

(*) اعلم أنّه لابدّ قبل التعرض لشرح كلام العلامة ـ في فرع الاكراه على الطلاق ـ و بيان صحته أو بطلانه من ذكر الصور المتصورة في المسألة:

الأولى: أن يكرهه الجائر على الطلاق، لكنه متمكّن من دفع ضرر المكرِه، و مع ذلك يوقع الطلاق. لا ينبغي الاشكال في صحة الطلاق حينئذٍ، لعدم إستناده إلى خوف ضرر المكرِه بل يستند إلى الرضا، فلا وجه لبطلانه، و الظاهر خروجه عن مورد كلام العلامة قدس سره.

الثانية: أن يقع الطلاق عن إكراه الجائر، بحيث يصدر عن خوف الضرر المتوعد به، ترجيحاً لأقل الضررين من الطلاق ومن الضرر المتوعد به.

لا ينبغي الاشكال في الفساد في هذه الصورة مطلقاً، سواءٌ أكان المكرَه معتقداً بصحة العقد الواقع عن إكراهٍ لجهله بالمسألة، أم معتقداً بعدم إندفاع الضرر إلّا بقصد حقيقة العقد أو الإيقاع كالطلاق فقصده، فإنّ الإكراه في جميع هذه الصور مبطل، لشمول أدلته لكل ما يقع عن إكراه. و مقتضى ترك الاستفصال عدم الفرق في البطلان بين الإعتقاد بالصحة و عدمه، فلا وجه للتردد في الحكم بالصحة و الفساد كما صدر من المصنف قدس سره، و إن تعقبه بقوله: «إلّا أنّ تحقق الإكراه أقرب».

.....

و بالجملة: فالظاهر بطلان الطلاق فيما إذا صدر عن خوف الضرر المتوعد به من المكرِه مطلقاً و إن إعتقد المكرَه صحة الطلاق، فإنّ الإكراه يرفع أثر العقد و الايقاع بمقتضى إطلاق حديث رفع الإكراه.

فالتفصيل بين الاعتقاد بالصحة و عدمه ـ في الصحة في الأوّل، و الفساد في الثاني كما عن بعض العامة ـ لا وجه له، لصدق الإكراه و عدم طيب النفس في الجميع.

و يدل على ذلك ـ مضافاً إلى حديث الرفع ـ صحيحة البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام «في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه»[1].

الثالثة: أن يكون الإكراه بعض السبب المؤثر لاتمام السبب، كما إذا كان في الطلاق بعض الجهات الموجبة لمحبوبيته، و كان الإكراه متمماً لسببية تلك الجهات، بحيث لو لم يكن الإكراه لم تؤثر تلك الجهات. و كذا لو لم تكن تلك الجهات لم يكن الإكراه مؤثراً في وقوعه، ولا باعثاً إليه، و لا حاملاً عليه.

و بالجملة: يكون صدور الطلاق مستنداً إلى أمرين، أحدهما الرضا، و الآخر الإكراه، و بانتفاء أحدهما ينتفي الطلاق

و الظاهر بطلان الطلاق في هذه الصورة أيضاً، لظهور أدلة إعتبار الرضا في العقود و الإيقاعات في إعتبار الرضا مستقلاً، بحيث يكون صدور الإنشاءات عن الرضا بالاستقلال.

و إن شئت فقل: إنّ مقتضي الصحة هو الرضا، فإذا إنضمّ إليه الإكراه إنتفى المقتضي للصحة قطعاً أو إحتمالاً، و الشك في وجود مقتضي الصحة كاف في الحكم

«١» وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ١٣٦ الباب ١٢ من أبواب كتاب الايمان الحديث: ١٢

.....

بالفساد الذي يقتضيه أصالة الفساد، بعد عدم عموم دليل أو إطلاق يثبت دخل مطلق طيب النفس و لو ضمنياً، هذا.

الرابعة: أن يكون كل واحد من الرضا النفساني ـ الناشيء عن سوء خُلقة الزوجة أو خُلقها مثلاً ـ و الإكراهِ علةً تامّةً و سبباً مستقلاً في نفسه لوقوع الطلاق، بحيث لو لم يكن إكراه لوقع الطلاق أيضاً، و بالعكس.

و الظاهر صحة الطلاق في هذه الصورة، لوجود المقتضي للصحة هنا و هو الرضا الاستقلالي، حيث إنّ ظاهر الأدلة إعتبار الإستقلال في سببية الرضا لصحة العقد أو الايقاع، و هذا الاستقلال موجود في هذه الصورة. بخلاف الصورة السابقة، فإنّ الرضا كان فيها جزء السبب، فقياس هذه الصورة بسابقتها في غير محله، لتمامية المقتضي للصحة هنا دون تلك الصورة.

والمراد بكون كل منهما مستقلاً في الداعوية هو الشأنية و الصلاحية، لا الاستقلال في الداعوية الفعلية، فإنّها من المحالات، لإمتناع إجتماع علّتين مستقلّتين على معلول واحد كما قرّر في محله، فلا محالة يكون كل منهما جزءاً للعلة المؤثرة فعلاً، فهما علة واحدة مركبّة، لكن الأثر يكون للطيب فقط، و لا يترتب على الإكراه أثر، لأنّه ليس مقتضياً للفساد حتى يندرج المقام في تعارض المقتضيين، الإكراه المقتضى للفساد و الطيب المقتضي للصحة، بل يكون الفساد مع الإكراه لأجل عدم المقتضى للصحة، و هو الطيب، فالإكراه لا يقتضي الفساد، بل الفساد مع الإكراه مستند إلى عدم المقتضي و هو الطيب، فإجتماع الإكراه و الطيب يكون من قبيل تعارض المقتضي واللّامقتضي، لا من قبيل تعارض المقتضيين. و من المعلوم انه لا أثر إلّا للمقتضي، و هو في المقام طيب النفس، و ضمّ اللامقتضي الى المقتضي كضم الحجر في جنب الانسان.

فالمتحصل: انّه لابدّ من الحكم بصحة الطلاق في هذه الصورة، هذا.

و على فرض التسليم ـ و كون الإكراه مانعاً عن الصحة و مقتضياً للفساد ـ لا يجري

.....

فيه أيضاً حديث الرفع. لأنّ بطلان الطلاق مع الرضا و طيب النفس خلاف الامتنان.

و لعلّ مراد العلامة ﷺ هذه الصورة بقرينة قوله: «ناوياً» إذ ليس المراد قصد مدلول اللفظ بداهةً، حيث إنّ المكرَه ليس غافلاً و لا هازلاً، بل هو قاصد لاستعمال الألفاظ في معانيها، فالمراد بالنية قصد إيجاد المعنى المقصود باللفظ، غاية الأمر مع إقتران هذا القصد الناشيء عن الطيب بالإكراه.

و قد ظهر مما ذكرنا ضعف ما عن المحقق النائيني ﷺ من أنّه «حيث لا يمكن توارد علتين مستقلتين على معلول واحد، فيصير كل واحدة إذا إجتمعتا جزء السبب، و الفعل يستند إليهما معاً. و كل علتين مستقلّتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع فلا يؤثر كل منهما»[1].

وجه الظهور عدم كون الإكراه مقتضياً للفساد ليكون المقام من قبيل توارد العلتين المستقلتين على معلول واحد، بل الإكراه يُعدم مقتضي الصحة، فمع وجود ما يقتضي الصحة و هو الرضا يصح العقد أو الإيقاع، هذا.

تنبيه: لا يخفى أنّه لا فرق في بطلان الطلاق عن إكراه بين رجوع الضرر المتوعد به إلى نفس المكرَه أو إلى عرضه و شرفه أو إلى ماله، و بين رجوع الضرر إلى غيره ممّن يهمّ أمرُه المكرَه كزوجته و ولده و خادمه و غيرهم ممّن يتعلق به، كأن يقول: «طلق زوجتك، و إلّا قتلتك أو قتلت إبنك أو أخاك».

كما لا فرق بين كون الضرر دنيوياً كأن يقول: «طلّق زوجتك و إلّا أخذت مالك أو مال ولدك أو أخيك» و بين كونه دينياً كأن يقول: «طلّق زوجتك و إلّا منعتك أو ولدك أو أخاك عن الصلاة مثلاً» فإنّ مفهوم الإكراه ينطبق على الجميع.

«١» منية الطالب: ج ١ ص ١٩٦.

ثم[1] إنّ المشهور بين المتأخرين[2]

صحة عقد المكره المتعقب بالرضا

١) هذه جهة أُخرى من جهات البحث في إنشاء المكرَه، و هي: أنّ عقد المكرَه هل يصحّ تأهُّلاً بأن يتم تأثيره بالرضا اللّاحق، أم أنّه ينعقد فاسداً غير قابل للتأثير بلحوق الرضا؟ فيه قولان:

أحدهما: و هو المشهور الصحّة التأهليّة، نظير عقد الفضول.

وثانيهما: هو البطلان، لوجوه ثلاثة أشار إليها في المتن، و سيأتي بيانها.

٢) تقييد الشهرة بالمتأخرين ربما يظهر منه عدم شهرة الصحة بين مَن عداهم من المتقدمين، و لكن الظاهر شهرة الحكم بين غير المتأخرين أيضاً، ففي حاشية الفقيه

نعم لو كان الغير نفسَ المكرِه، فإنْ كان ممن يتعلق به بحيث يكون ضرره ضرراً على المكرَه، كأن يقول ولده له: «طلّق زوجتك وإلّا قتلت نفسي» أو يقول له: «أعطني كمية خاصة من الفلوس لأسافر إلى الخارج لتحصيل العلم و إلّا قتلت نفسي أو أترك الصلوة أو أخرج عن الدين» أو «هاجر إلى البلد الفلاني للتوطن هناك وإلّا قتلت نفسي» و أشباه ذلك، فالظاهر تحقق الإكراه في ذلك، لأنّ قتل الولد نفسَه ضررٌ على الوالد.

و إنْ كان ذلك الغير أجنبياً عن المكرَه، كما إذا قال: «طلق زوجتك لأتزوّجها و إلّا زنيت بها» فإنّ تطبيق أدلة الإكراه هنا يوجب فساد الطلاق المستلزم للوقوع في الضرر و هو الزنا، لأنّ فساد الطلاق للإكراه مستلزم لبطلان التزويج المترتب عليه، فيقع المكرِه في الزنا، و هو ضرر دينيّ مكروه للمكرَه، فيكون خلافه محبوباً له، و هو متوقف على الطلاق الصحيح، فيصير الطلاق الصحيح محبوباً غيريّاً، هذا.

مضافاً إلى الإشكال في صدق الإكراه، لكون الضرر المتوعد به وارداً على المكرِه لا المكرَه كما هو المفروض.

أنّه لو رضي المكرَه[١] بما فعله صحّ العقد، بل[٢] عن الرياض تبعاً للحدائق «أنّ عليه إتفاقهم»«١» لأنّه[٣] عقد حقيقي، فيؤثّر أثره مع إجتماع باقي شرائط البيع و هو طيبُ النفس[٤].

و دعوى إعتبار[٥] مقارنة طيب النفس للعقد،

المامقاني ﷺ: «بل المشهور ذلك مطلقاً، في كثير من العبارات. بل ظاهر كثير من العبارات الاتفاق عليها»«٢».

١) المراد به هو المالك المباشر للعقد، كما تقدم أنّه الغالب، لقلّة موارد تعدّد المالك و العاقد.

٢) غرضه الإضراب عن مجرّد شهرة الحكم إلى كون الصحة معقد الإجماع.

٣) هذا دليل المشهور و هو يتم بعد ما تقدّم من أنّ المكره قاصد لمدلول العقد، و إلّا فهو مصادرة.

٤) الحاصلُ بعد العقد، و هو كافٍ في الصحة بَعدَ عدم الدليل على إعتبار مقارنة طيب النفس للعقد، بل مع وجود الدليل على عدمه، فإنّ الاطلاقات تنفي الشكّ في إعتبار المقارنة، و تُثبت عدم إعتبارها.

٥) هذا أوّل الوجوه المستدل بها على عدم إجداء لحوق الرضا بعقد المكرَه، و محصّله: أنّ شرط صحة العقد ليس مطلق وجود الرّضا قارن العقد أو لحقه، بل هو خصوص الرضا المقارن للإنشاء، على ما يستفاد من مثل «التجارة عن تراض» فلوكان طيب النفس مفقوداً حال الإنشاء وَقَع العقد باطلاً، و لا سبيل لتصحيحه بالرضا اللاحق، لعدم صدق «التجارة الناشئة عن تراضٍ» عليه.

و هذا الوجه يمكن أن يستفاد من كلام المحقق الثاني قال ﷺ: «و اعلم أنّ هذه

«١» الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٧٣؛ رياض المسائل، ج ١، ص ٥١١ و الحاكي عنها صاحب الجواهر، فراجع جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٧

«٢» غاية الامال ص ٣٣٧.

خالية[1] عن الشاهد مدفوعة بالإطلاقات.

و أضعف منها[2] دعوى إعتبارها في مفهوم العقد، اللازم منه عدم كون عقد الفضولي عقداً حقيقةً.

المسألة ـ يعني صحة عقد المكره بلحوق الرضا ـ إن كانت إجماعية فلا بحث. وإلّا فللنظر فيها مجال، لانتفاء القصد أصلاً و رأساً مع عدم الرّضا، و لا يتحقق العقد المشروط بالقصد إذا لم يتحقق الرضا، لأنّ الظاهر من كون العقود بالقصود إعتبار القصد المقارن لها دون المتأخر»[1].

فإن أُريد من إعتبار القصد المقارن معناه الظاهر ـ أي إرادة المضمون جدّاً ـ كان هو الوجه الآتي. وإنْ أُريد منه ما وجّهه المصنف ﷺ سابقاً ـ من إنتفاء الرضا و أنّ المكرَه قاصد للمدلول ـ كان هو الوجه الأوّل من وجود القصد و فقد الرضا المقارن.

و على كلٍّ منهما فقد نقل السيد العاملي و صاحب الجواهر و غيرهما إشكال جامع المقاصد على صحة عقد المكرَه بلحوق الرّضا.

و كيف كان فقد أجاب المصنف عن الوجه الأوّل: بعدم الدليل على إشتراط صحة العقد بالرضا المقارن، بل مطلق الرضا و لو بعد العقد كافٍ في تأثيره، و لو شك في إعتبار مقارنة هذا الشرط للإنشاء فمقتضى إطلاق حِلّ البيع و وجوب الوفاء بالعقود نفي إعتبار المقارنة له.

١) خبر قوله: «و دعوى» و قوله: «مدفوعة» خبر بعد خبر.

٢) أي: من دعوى جماعة إعتبار مقارنة طيب النفس للعقد و هذا ثانى الوجوه المستدلّ بها علىٰ عدم فائدة لحوق الرضا بعقد المكره، و هو ظاهر جماعةٍ، منهم الشهيدان، و قد أشار إليه المصنف في صدر المسألة بقوله: «ثم إنّه يظهر من جماعةٍ منهم الشهيدان أنّ المكرَه قاصد إلى اللفظ غير قاصدٍ إلى مدلوله» فعدم طيب النفس

«١» مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٧٤، جواهر الكلام ج ٢٢ ص ٢٦٧، جامع المقاصد ج ٤ ص

و أضعفُ من الكل دعوىٰ[1]

يوجب إنتفاء القصد الجدّي للمدلول، فينتفي مفهوم العقد بإنتفاء القصد، و لا منشأ لانتفاء القصد إلّا الإكراه الرافع لطيب النفس.

و الفرق بين هذا الوجه و سابقه: أنّ المقصود في الوجه الأوّل التمسك بدليل إعتبار الرضا في العقود، و أنّ مقتضى الإشتراط شرعاً ـ بعد الفراغ من صدق العقد عرفاً على إنشاء المكرَه ـ هو خصوص المقارنة، لا مطلق وجود الرضا. بخلاف هذا الوجه الثاني، فإنّ الغرض منه سلب عنوان العقد عن عقد المكرَه حقيقةً، لتقوّم العقد بالقصد المنفي بالإكراه كما هو المفروض.

و جعَلَه المصنف أضعف من الوجه الأوّل، وجه الأضعفيّة: أنّ العقد العرفي غير منوط بالطيب، بل العقد العرفي يُنشَأ تارةً عن طيب النفس، و أُخرى عن الكراهة. والشاهد على صدق العقد على الإنشاء المجرّد عن رضا المالك إلتزامُهم بكون عقد الفضوليّ عقداً حقيقةً، و إنّما يتوقف تأثيره على إجازة المالك، و لو لم يكن عقداً عرفياً ـ بأن كان كإنشاء الهازل ـ إمتنع تأثيره بعد لحوق رضا المالك.

و عليه فمقارنة الرضا للإنشاء غير مقوّمة للعقد عرفاً، و لا شرطاً له شرعاً.

١) هذا ثالث الوجوه، و محصّله: إسقاط عقد المكرَه عن الصحّة التأهُّلية و جعله كالعدم، من جهة إعتبار مقارنة رضا العاقد للإنشاء شرعاً، و حيث إنّ العاقد المكرَه فاقدٌ له لم ينفعه لحوق الرضا. و لا فرق في البطلان بين كون المكرَه العاقد مالكاً لأمر الانشاء ـ كما هو الغالب ـ أم غير مالك له، و لكنّه أُكره على بيع مال الغير أو طلاق زوجة الغير، على ما سبق تفصيله في (ص ٢٣٤) و ردّه المصنف ﷺ بالنقض بصحة عقد المكرَه بحقٍ، ممّا يكشف عن عدم دخل رضا العاقد شرعاً حين الإنشاء، كما إذا أمَرَ الحاكمُ الشرعيّ الزوجَ ببيع شيءٍ من أمواله لينفق على زوجته، أو أمَرَ المحتكِر للطعام ببيعه، أو أمَرَ المديونَ المماطلَ في أداء الدين ببيع شيءٍ لإيفاء ثمنه في

إعتبار طيب نفس العاقد[١] في تأثير عقده[٢]، اللازم منه عدمُ صحة بيع المكرَه بحقٍّ، وكونُ[٣] اكراهه على العقدِ تعبّدياً لا لتأثير فيه.

ويؤيده[٤] فحوى صحة عقد الفضولي، حيث إنّ المالك طيِّب النفس

الدين أو أمَرَ السيدَ الكافر ببيع عبده الذي أسلم، فيصحّ البيع في هذه الموارد مع عدم طيب نفس العاقد.

فإمّا أن تكون الصحّة موافقةً للقاعدة أي عدم إعتبار رضا العاقد في مقام تأثير الإنشاء، و إمّا أن تكون تعبداً محضاً، بأن يحكم الشارع بالصحة مع فرض عدم تأثير العقد السابق الفاقد لطيب النفس، و من المعلوم بُعْدُ الإلتزام بالتعبد، فلابدّ من القول بعدم دخل رضا العاقد شرعاً، هذا.

و الوجه في كون هذا الوجه أضعف من سابقيه هو: أنّ مقارنة الرضا للعقد ـ لو قيل بها ـ فإنّما يراد بها رضا المالك، لكونه مخاطباً بوجوب الوفاء، و أمّا العاقد ـ الأجنبي عن المالك ـ فلا دخل لرضاه في تأثير العقد، و إنّما يلزمه قصدُ المدلول، والمفروض تحققه. و سيأتي تأييد المطلب ببيع الفضولي.

١) يعني: بما هو عاقد: مع الغض عن كونه مالكاً.

٢) يعني: في صحة العقد شرعاً، فالدعوىٰ الأُولىٰ راجعة إلى دخل طيب النفس في مفهوم العقد عرفاً، و هذه الدعوىٰ ترجع إلى دخله في صحة العقد شرعاً فقط، يعني: يعتبر رضا العاقد ـ لا المالك ـ في تأثير العقد.

٣) بالرفع معطوف على «عدم» يعني: أن اللازم من دخل إعتبار الطيب في تأثير العقد عدم صحة بيع المكره بحقٍّ، و أنّ إكراهه على العقد إنما هو لأجل التعبد لا لصحته، و هذا في غاية البعد.

٤) يعني: و يؤيِّد عدمَ إعتبار مقارنة الطيب للعقد: أنّ طيب نفس المالك المستكشف من إمضائه لإنشاء الفضولي يوجب صحة عقده، فطيب نفس المالك

بوقوع أثر العقد و غير منشيءٍ للنقل بكلامه[١]. و إمضاء إنشاء الغير ليس إلّا طيب النفس بمضمونه، و ليس إنشاءً مستأنفاً.

مع[٢] أنّه لو كان فهو موجود هنا، فلم[٣] يصدر من المالك هناك إلّا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن إنشاء العقد، و هذا[٤] موجود فيما نحن فيه مع زائدٍ،

المكرَه بما أنشأه يؤثّر في صحة عقده الواقع حين الإكراه بالأولوية، لأنّه إذا أثر رضاه في إنشاء الفضولي الأجنبي كان تأثيره في إنشاء نفسه بطريقٍ أولىٰ.

و بعبارة أُخرى: عقد الفضولي فاقد لأمرين، و عقد المكرَه فاقد لأمر واحد، فصحة عقد الفضولى تقتضي صحة عقد المكرَه بالأولوية القطعية.

فالأمران المفقودان في الفضولي أحدهما: إنشاءُ البيع من المالك بالمباشرة أو بالتسبيب بالاذن و الوكالة. و ثانيهما: طيبُ النفس حين العقد.

و المفقود في عقد المكرَه طيب النفس خاصة. فصحة عقد الفضولي بلحوق رضا المالك و إجازته تقتضي صحة عقد المكرَه بطيب نفسه بعد العقد بالأولوية.

١) يعني: أنّ إجازة المالك الأصيل ليست إنشاءً للنقل بقوله: «أجزتُ» حتى يتوهم مقارنته لطيب نفسه، و إنّما هو تنفيذ للعقد السابق الذي أنشأه الفضولى مع الطرف الآخر.

٢) يعني: مع أنّه لو كان إمضاء إنشاء الغير إنشاءً مستأنفاً فهو موجود هنا، إذ المفروض إمضاؤه للعقد المكرَه عليه.

٣) الفاء للتعليل، و حاصله: أنّ الموجود في العقد الفضولي ـ و هو طيب نفس المالك متأخراً عن العقد ـ موجود هنا أي في عقد المكره مع شيء زائد، و هو إنشاء نفس المالك للنقل المدلول عليه بلفظ العقد، لما تقدّم من أنّ عقد المكرَه عقد حقيقي.

٤) أي: طيبُ النفس بالإنتقال موجود في المكرَه و إن كان متأخراً عن العقد.

وهو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد، لما عرفت من أنّ عقده إنشاء حقيقي[١].

وتوهُّم أنّ عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا[٢] و هو طيب نفس العاقد بما يُنشئُه، مدفوع[٣] بالقطع بأنّ طيب النفس لا أثر له لا في صدق العقدية، إذ يكفي فيه مجرّد قصد الانشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، ولا في النقل و الانتقال، لعدم مدخلية غير المالك فيه.

نعم[٤] لو صحّ ما ذكر سابقاً[٥]

---

١) لكونه قاصداً للمضمون و إن كان عن إكراهٍ لا عن إختيار.

٢) أي: في عقد المكره، و حاصل التوهم: أن طيب نفس العاقد حين العقد موجود في عقد الفضولي و مفقود في عقد المكره حين إنشائه، و هذا هو الفارق بين عقد الفضولي و عقد المكرَه.

٣) خبر «توهم» و توضيح الدفع: أنّ الفرق المزبور و إن كان مسلّماً، لكنّه غير فارق بين المقامين، ضرورة أنّ هذا الطيب لا أثر له لا في توقف صدق مفهوم العقد العرفي عليه، لكفاية مجرّد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، و لا في أثره و هو النقل و الانتقال، إذ لا مدخلية لطيب غير المالك، فيه.

٤) غرضه توجيه بطلان عقد المكرَه رأساً، من جهة أن تحميل الغير ينفي القصد الجدّي إلى المدلول، فيكون إنشاؤه لفظاً مجرّداً عن مضمونه و معناه، و لمّا كان قوام العقد بالقصد صحّ سلب العقد عن إنشاء المكرَه حقيقةً، و لا يبقى موضوع لتأثيره بلحوق الرّضا، هذا.

و قد أبطله المصنف ﷺ سابقاً في تحقيق كلام الشهيدين من القطع بفساده، و أنّ المكره قاصد جدّاً للمدلول و إن كان عن كُرهٍ لا عن طيب نفس.

٥) يعني في (ص ١٥٧) حيث قال: «ثم إنه يظهر من جماعة منهم الشهيدان: أنّ المكرَه قاصد إلى اللفظ...».

من توهم أنّ المكرَه لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلاً، و أنّه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت كما صرّح به بعضٌ[١] صحّ[٢] أنّه لا يجدي تعقب الرضا، إذ لا عقد حينئذٍ[٣]. لكن عرفت[٤] سابقاً أنّه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى، فراجع.

فظهر مما ذكرنا ضعف وجه التأمل في المسألة كما عن الكفاية[٥] و مجمع الفائدة[٦] تبعاً للمحقق الثاني في جامع المقاصد.

---

١) و هو صاحب الجواهر ﷺ حيث قال: «وقصدُ نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت غير مجدٍ، كما أنّه لا يجدي في الصحة تعقب إرادة العقد بذلك..»«١».

٢) جواب الشرط في قوله: «لو صح».

٣) أي: حين عدم كون المكرَه قاصداً للمدلول ـ و إنما يقصد اللفظ خاصة ـ لا عقد حتى يتم تأثيره بالرضا اللاحق.

٤) يعني: في (ص ١٦٦) حيث قال: «و هذا الذي ذكرنا لا يكاد يخفى علىٰ مَن له أدنى تأمّل في معنى الإكراه لغةً و عرفاً... الخ».

٥) قال الفاضل السبزواري ﷺ فيها: «قالوا: و لو رضى كل منهم بما فعَلَ بعد زوال عذره لم يصح، عدا المكره، إستناداً إلى تعليلات إعتبارية من غير نص. فالمسألة محل إشكال»«٢».

٦) قال في الاشكال على حكم العلامة ﷺ بصحة عقد المكره المتعقب بالرضا ما لفظه: «و بالجملة: لا إجماع فيه و لا نصّ، و الأصل و الاستصحاب و عدم الأكل بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ، و ما مرّ يدلّ على عدم الانعقاد، و هو ظاهر. إلّا أنّ المشهور الصحّة، و ما نعرف لها دليلاً، و هم أعرف ﷺ، و لعلّ لهم نصّاً

«١» جواهر الكلام: ج ٢٢ ص ٢٦٧.

«٢» كفاية الأحكام، ص ٨٩، السطر ٣

و إن إنتصر لهم بعض من تأخّر[١] عنهم بقوله تعالى: «إلّا أن تكون تجارةً عن تراضٍ» الدالِ[٢] على إعتبار كون العقد عن التراضي[٣].

مضافاً إلى النبوي المشهور الدال على رفع حكم الإكراه مؤيّداً بالنقض بالهازل، مع أنّهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا.

ما نُقِل إلينا»[١]. و هذه العبارة ظاهرة في ترجيح البطلان، لا مجرّد التأمل في الصحة كما نسبه الماتن إليه.

١) لم أظفر بهذا المنتصر المستدل بالآية المباركة و بحديث رفع الاكراه و بالنقض بالهازل، نعم انتصر صاحبُ الجواهر ﷺ للبطلان بحديث رفع الإكراه و بالنقض بالهازل، كما ذكر هذا النقض في مفتاح الكرامة[٢]. و أما الاستدلال بآية التجارة عن تراضٍ فموجود في عبارة المحقق الأردبيلي المتقدمة.

و كيف كان فالدليل الأوّل هو ظهور الآية المباركة في إعتبار مقارنة الرضا للتجارة، و هي مفقودة في عقد المكرَه حسب الفرض.

و الدليل الثاني هو حديث رفع الإكراه، الظاهر في سقوط العقد الإكراهي عن التأثير، فلا يجديه الرضا اللاحق، لعدم إنقلاب الشيء عمّا وقَعَ عليه، و المفروض كون عقده بمنزلة العدم، و ليس مقتضياً للتأثير حتى يتم تأثيره بلحوق الرضا.

و المؤيِّد هو النقض بالهازل و شبهه، حيث إنّه لا يقصد المدلول، فلا يصحّ إنشاؤه بتعقبه بالإرادة الجدية، إذ لا عقد حقيقةً عند إنتفاء القصد. و لو صحّ عقدُ المكره بتعقبه بالرضا لزم صحة عقد الهازل أيضاً بتعقبه بالقصد الجدّي، مع أنّهم لم يلتزموا بصحته أصلاً، فلابدّ أن يقال بالبطلان في المكرَه أيضاً، لوحدة المناط.

٢) بالجر صفة لـ«قوله تعالى».

٣) و المفروض إنتفاء «التجارة عن تراضٍ» في عقد المكره، لوجود الإكراه

«١» مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٥٦

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٨ ؛ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٧٤

و الكلّ كما[1] ترىٰ، لأنّ[2] دلالة الآية على إعتبار وقوع العقد عن التراضي إمّا بمفهوم الحصر وإمّا بمفهوم الوصف.

و لا حصر كما لا يخفى، لأنّ الاستثناء منقطع[3] غير مفرّغ.

المانع عن تحقق الرضا و طيب النفس، و الرضا اللاحق لا يجعل العقد السابق من «التجارة عن تراض» لأنّ مقتضىٰ كلمة المجاوزة هو كون الرضا موجوداً حين العقد بحيث تكون التجارة ناشئةً عنه.

١) و هي الآية والنبوي و التأييد بالنقض بالهازل.

٢) حاصله: أنّ الاستدلال بالآية الشريفة على بطلان عقد المكرَه منوط بدلالتها على حصر السبب المشروع لتملك أموال الناس بالتجارة عن تراض، و دلالتها على الحصر لابدّ أن تكون بأحد وجهين: إمّا مفهوم الحصر، و إمّا مفهوم الوصف، وكلاهما غير ثابت.

أمّا الأوّل فلتوقفه على أن يكون الاستثناء متصلاً، بأن يكون المستثنى من أفراد المستثنى منه، إمّا بذكره في الكلام كقوله: «ما جاء القوم إلّا زيداً» فإنّه يدلّ على إنحصار عدم المجيء في غير زيد. و انحصاره في زيد و إمّا بكون الاستثناء مفرّغاً حُذف المستثنى منه من الكلام، و يقدّر ما يشمل المستثنى كقوله: «ما جاء إلّا زيد» فيقدّر مثلاً «القوم» الشامل لزيد، فيدل الاستثناء على حصر الجائي في زيد.

و أما الثاني ـ و هو مفهوم الوصف ـ فتقريبه: أنّ وصف التراضي المأخوذ في الآية المباركة ظاهر في إناطة جواز الأكل بالتجارة الموصوفة برضا المتعاقدين بها، وحيث إنّ المكرَه غير راضٍ حال العقد لم يحلّ أكل ماله المأخوذ بالتجارة عن كراهةٍ، سواء رضي بعد العقد أم لم يرض أصلاً. و سيأتي المناقشة في كلا المفهومين.

٣) هذا تقريب عدم دلالة الإستثناء على الحصر، و حاصله: أنّ الاستثناء منقطع لا متّصلٌ، لأنّه إستثناء من الباطل، و من المعلوم أنّه لا يصلح لأنْ يكون مستثنى منه للتجارة عن تراضٍ إذ معناه حينئذٍ «لا تتملّكوا أموال الناس بالباطل

ومفهوم[1] الوصف ـ على القول به مقيّدٌ بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في ﴿ربائبكم اللاتي في حجوركم﴾.

إلّا أن يكون ذلك الباطل تجارة عن تراضٍ» و هذا المعنى غير صحيح.

و ظاهر كلامه ﷺ دخل كُلٌّ من القيدين في منع الحصر، فلو كان الاستثناء متصلاً أفاد الحصر، كما أنّ المنقطع لو كان مفرّغاً أفاد الحصر، فهنا دعويان:

إحداهما: أن الإستثناء المنقطع غير المفرّغ لايفيد الحصر كما في المقام، لأنّ المستثنى ليس من جنس المستثنى منه حتى يكون خروجه عنه مفيداً للحصر.

و الأُخرى: أنّ الاستثناء المنقطع المفرّغ يفيد الحصر، لأنّ ترك المستثنى منه في الكلام إنّما يكون مع العلم به، و لشموله للمستثنى، فيصير المراد من قوله: «ما جاءني إلّا حمار» نفي المجيء عن كل ما هو صالح للمجيء، فإذا ثبت المجيء للمستثنى و هو الحمار أفاد حصر المجيء ـ من بين ما هو صالح للمجيء ـ في الحمار.

لكن فيه: أنّ هذا التقريب يجعل الاستثناء متصلاً، و يُدرج المستثنى تحت المستثنى منه.

١) منصوب بالعطف على «الاستثناء» و غرضه منع الحصر المستفاد من الوصف على القول بالمفهوم فيه.

و بيانه: أنّ الوصف المذكور في المنطوق يكون تارةً غالبياً، كما في تحريم الربائب الموصوفة بكونها في حجور أزواج أُمّهاتهن، إذ الغالب مصاحبة البنت لأُمّها المتزوجة و عدم المفارقة بينهما. و أُخرى لا يكون غالبياً، و إنّما يوصف به بعض أفراد الموصوف، كما إذا قال: «أكرم الشعراء العدول».

و قد تقرّر في الاصول أنّ إنعقاد الظهور المفهومي في الوصف مخصوص بالثاني، و أمّا الوصف الغالبي فلا مفهوم له، و لذا حكموا بحرمة الربيبة مطلقاً سواء أكانت في حجر زوج الأُمّ أم لم تكن.

و دعوى وقوعه[1] هنا مقامَ الاحتراز ممنوعة، و سيجيء زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على إعتبار سبق التراضي في بيع الفضولي[2].

و أمّا حديث الرفع، ففيه[3] أولاً: أنّ المرفوع فيه

و من المعلوم أنّ وصف التراضي في الآية المباركة ناظر إلى غالب التجارات المنشأة خارجاً، حيث تكون مقترنة برضا المتعاقدين، و لا مفهوم لها حتى تدل على بطلان عقد المكرَه الفاقد للرضا حال التجارة، كما لا مفهوم في آية حرمة الربائب بالنسبة إلى من لم تكن منهن في الحِجر. هذا توضيح مناقشة المصنف في الاستناد إلى الآية لإسقاط عقد المكرَه المتعقب بالرضا عن التأثير.

١) أي: وقوع الوصف مقام الاحتراز، و الوجه في منع كون الوصف إحترازياً ما أفاده في بيع الفضولي ـ و سيأتي توضيحه ثمة ـ من ورود الوصف مورد الغالب، و من إحتمال كون «عن تراض» خبراً بعد خبر، و من أن الخطاب للمالك، و رضاه اللاحق يوجب إتصاف تجارته بالتراض، فهو موضوع للمنطوق لا للمفهوم.

٢) حيث قال هناك: «إنّ دلالته على الحصر ممنوعة، لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ ... الخ» فراجع (ص ٤٧٤).

٣) يعني: أنّ التمسك بحديث الرفع لبطلان عقد المكره حتى بعد لحوق الرضا مخدوش أيضاً ـ كالاستدلال بالآية ـ بوجهين.

توضيح الوجه الأوّل: أنّ حديث رفع الإكراه يرفع المؤاخذة و الأحكام الإلزامية، كما إذا أُكره على إرتكاب محرّم، فإنّ الحديث يرفع حرمته كشرب الخمر، و أمّا الحكم بوقوف عقده على رضاه فلايرفعه الحديث، لأنّه راجع إلى أنّ له أن يرضى بالبيع الصادر عنه إكراهاً، و هذا حقٌّ له لا عليه حتى يرتفع بحديث الرفع الوارد في مقام الامتنان.

و بعبارة أُخرى: الدليل أجنبي عن المدّعى، إذ المقصود نفي الأثر ـ كالنقل

.....

والانتقال المترتب على بيع المختار ـ عن بيع المكره المتعقب برضاه، و الحديث غير وافٍ به، و ذلك لما تقرّر في الأُصول من أمرين:

أحدهما: كون المرفوع المقدّر هو المؤاخذة على الإكراه، و نحوه ممّا ورد في حديث الرفع.

و ثانيهما: ورود الحديث مورد الامتنان على الأُمّة و على آحاد المكلّفين.

فبناءً على هذين الأمرين يقتضي «رفع الإكراه أو ما أُكرهوا عليه» عدمَ مخاطبة المكرَه بترتيب الأثر على عقده، و عدم وجوب الوفاء به بتسليم المبيع مثلاً إلى المشتري. و أمّا ثبوت حقٍّ للمكرَه بعد العقد بأن يقال له: «يجوز لك إنفاذ ذلك العقد ليترتب عليه الأثر كما يجوز لك عدم الرضا به كي لا يجب عليك الوفاء به» فهو ليس حكماً إلزامياً على المكرَه حتى يرتفع بالحديث، بل هو حق له ينتفع به و من المعلوم إختصاص الحديث برفع ما فيه ثقل و مشقة، لا السلطنة على الردّ و الإمضاء.

فانْ قلت: عقدُ المكرَه و إن لم يكن موضوعاً لأثر إلزامي بالنسبة إلى نفسه، إلّا أنّه موضوع له بالنسبة إلى الطرف الآخر، مثلاً لو أُكره زيد على بيع داره، فباعها، فلو قلنا بقابلية عقد المكرَه للصحّة بلحوق الرضا لزم على المشتري الصبر إلى أن يختار المكرَه الردّ أو الامضاء، و الوجه في وجوب الصبر عليه مخاطبتهُ بوجوب الوفاء بعقده، لتمامية العقد بالنسبة إليه، فيُحرَم من التصرف في الثمن مدّة إلى أن يختار المكرَه أحدَ الأمرين من الفسخ و الإنفاذ، و من المعلوم أنّ وجوب الصبر على الطرف مؤاخذة عليه، فترتفع بالحديث، و معه لا يبقى موضوع لحق المكرَه من سلطنته على الاجازة و الردّ.

قلت: لا مجال للتمسُّك بالحديث لرفع وجوب الانتظار عن الطرف، فالعقد لازم من جهته، و عليه الصبر، و ذلك لأنّ الحديث رافع للمؤاخذة عن المكرَه، لا عن

هي المؤاخذة[١]، و الأحكام[٢] المتضمنة لمؤاخذة المكرَه[٣] و إلزامه[٤] بشيءٍ. و الحكم[٥] بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضىٰ بذلك[٦]. و هذا[٧] حقٌّ لَهُ لا عليه[٨].

نعم[٩] قد يُلزَم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضىٰ المكرَه أو يفسخ، و هذا[١٠] إلزام لغيره، و الحديث لا يرفع المؤاخذة و الإلزام عن غير المكرَه

المختار، فوجوب الوفاء بالعقد جارٍ في حقه و إن لم يجبر في حق المكرَه ببركة حديث الرفع، ولا مانع من التفكيك في حكم عقدٍ شخصي بين طرفيه، هذا محصّل ما أفاده المصنف في الوجه الأوّل، و إن بقي دفع توهم آخر سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

١) يعني: أنّ المقدّر هو المؤاخذة، كما تكرر ذلك في كلمات المصنف، و قد تقدم منه أيضاً في حديث رفع القلم عن الصبي، فراجع.

٢) معطوف على «المؤاخذة» يعني: أن المرفوع هو الأحكام الالزامية، فإنّها هي التي يترتب عليها إستحقاق المؤاخذة الدنيوية أو الأُخروية.

٣) كسببية العقد للنقل، فهي مرفوعة عن المكرَه.

٤) معطوف على «المؤاخذة» يعني: أنّ المرفوع في الحديث هو إلزامه بشيءٍ.

٥) يعني: و المحال أنّ الحكم بتوقف عقد المكرَه على رضاه المتعقب معناه إثباتُ سلطنةٍ له، و هي ضد المؤاخذة، و الحديث رافع لما على المكلف، لا لما لَهُ.

٦) أي: بعقده الذي أنشأه حال الكراهة.

٧) أي: وقوف عقده على رضاه حق لنفع المكرَه لا على ضرره.

٨) يعني: فلا يرفعه الحديث، لأنّه بمقتضى كونه إمتنانياً يرفع ما عليه لا ما له.

٩) هذا إستدراك على ما أفاده من عدم جريان الحديث لنفي سلطنة المكرَه على الفسخ و الردّ، و قد تقدم توضيحه آنفاً بقولنا: «فان قلت».

١٠) أي: و إلزامُ الطرف بالوفاء و الصبر إلزامٌ لغير المكرَه، و هذا الغير ليس

كما تقدّم[١]. و أمّا إلزامه[٢] بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه فهو[٣] من توابع الحق[٤] الثابت له بالإكراه، لا من أحكام الفعل[٥] المتحقق على وجه الإكراه.

ثم إنّ ما ذكرنا[٦] واضح على القول بكون الرضا ناقلاً. و كذلك على القول بالكشف بعد التأمّل.

موضوعاً للحديث حتى تنتفي صحة عقد المكرَه التأهليّة، و قد تقدم توضيح جواب هذا الاستدراك بقولنا: «قلت».

١) لم يتقدم التصريح به، و لكنه يستفاد من قوله قبل سطرين: «أنّ المرفوع فيه هي المؤاخذة، الأحكام المتضمنة لمؤاخذة المكرَه...».

٢) هذا دفع لما يتوهم من أنّه إذا كان المرفوع بالحديث المؤاخذة و الأحكام الإلزامية فاللازم إرتفاع إلزام المكرَه ـ بعد مدةٍ مديدة ـ بإختيار البيع أو فسخه، مع أنه ثابت غير مرفوع بالحديث.

٣) هذا دفع التوهم المزبور، و حاصله: أن هذا الإلزام إن كان من أحكام الفعل المكرَه عليه كان الأمر كما ذكره.لكنه ليس كذلك،لأنّه من أحكام وقوف العقد على الرضا الثابت له بسبب الإكراه، فيمتنع إرتفاعه بالإكراه كما ثبت في محله.

٤) و هو وقوف العقد على الرضا.

٥) يعني: لا من أحكام ذات العقد المتحقق على وجه الإكراه حتى يندرج تحت الحديث، فيرفع بالإكراه، كي يقع التعارض في هذا الحكم بين «رفع الإكراه» و«لاضرر» الموجب ـ هذا التعارض ـ للتساقط و الرجوع إلى الأصل.

٦) يعني: ما ذكرناه من إرتفاع إلزام المكرَه بشيء و مؤاخذته عنه ـ مع الحكم بوقوف عقده على رضاه ـ واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، إذ عليه لا ملكية قبل الرضا، فلا مؤاخذة و لا إلزام على المكرَه أصلاً.

وثانياً[1]: أنّه يدلّ على أنّ الحكم الثابت للفعل المكرَه عليه ـ لولا الاكراه ـ

و كذلك على القول بالكشف بعد التأمّل، بداهة أنّه ما لم يتحقق منه الرضا بالعقد لا كاشف عن تحقق الملكية من حين العقد، و مع عدم الكاشف لا إلزامَ و لا مؤاخذة أيضاً.

١) هذا ثاني وجهي المناقشة في التمسك بحديث الرفع على عدم قابلية عقد المكرَه للصحة بلحوق الرضا، و هذا الوجه أيضاً ناظر إلى أجنبية الحديث عن المقام، و بيانه ما تقرّر في بحث أصالة البراءة من الأصول من أنّ المرفوع بالإكراه و الخطأ و النسيان هو الحكم المجعول لذات الفعل مع الغضّ عن حالتين:

احداهما تقيده بالقصد و العمد و الالتفات.

و ثانيتهما تقيده بالنسيان و الإكراه و الخطأ.

إذ تارةً يثبت الأثر على الفعل المقيد بالعمد كالقصاص في قتل العمد، فلو كان القتل خطأً كان رفع القصاص بانتفاء موضوعه أعني به العمد، و لا ربط لهذا بحديث الرفع.

و أُخرى يثبت الأثر على الفعل الموصوف بكونه خطأً أو نسياناً، كما في وجوب سجدتي السهو لنسيان التشهد أو السجدة الواحدة في الصلاة، و هذا ظاهر في إقتضاء الفوات النسياني لجعل سجدتي السهو، و لا يعقل التمسك بإطلاق «رفع النسيان» لنفي وجوبها، ضرورة إستحالة كون مقتضي الشيء رافعاً له. و كذا الحال في الدّية الثابتة في الجناية الخطأيّة.

و ثالثةً يثبت الأثر لذات الفعل مع الغضّ عن طروء العناوين الرافعة، فيرتفع بطروئها.

إذا اتضح هذا فنقول: إنّ الإكراه لا يرفع الحكم الثابت بعنوان الإكراه، لعدم كون المقتضي للشيء رافعاً له، فمعنى حديث الرفع رفع الحكم الثابت للفعل المكرَه عليه مع الغضّ عن عروض الإكراه عليه، حتى يرتفع بسبب طروء الإكراه عليه

يرتفع[١] عنه إذا وقع مكرهاً عليه، كما هو[٢] معنى رفع الخطأ و النسيان أيضاً. و هذا المعنى[٣] موجود فيما نحن فيه، لأنّ أثر العقد الصادر من المالك ـ مع قطع النظر عن [إعتبار] عدم الإكراه ـ السببيةُ[٤] المستقلّة لنقل المال، و من المعلوم إنتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه.و هذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه حيث إنّه[٥] جزء العلة التامة للملكية لم يكن[٦] ثابتاً للفعل[٧] مع قطع النظر عن

كما هو معنى رفع سائر الفقرات من رفع الخطأ و النسيان. و أثر العقد الصادر من المكره مع الغض عن الإكراه هو السببية المستقلة لنقل المال، و من البديهي إنتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه، و الأثر الناقص للعقد ـ و هو كونه جزء العلة التامة للملكية ـ قد ثبت بالإكراه، فلا يمكن إرتفاعه به، لما عرفت من أنّ الرفع يرد علىٰ الحكمِ الثابت للفعل مع قطع النظر عن الإكراه، لا الحكم الثابت له بعنوان الاكراه.

١) خبر قوله: «أنَّ الحكم».

٢) أي: رفع الحكم الثابت لذات الفعل المكره عليه ـ لولا الاكراه ـ يجري في رفع الخطأ و النسيان أيضاً.

٣) أي: كون المرفوع بحديث الرفع الحكم الثابت للفعل مع الغض عن الإكراه، و هو موجود في المقام، لأنّ السببية المستقلة الثابتة للعقد بدون الإكراه مرفوعة بالحديث، و الأثر الناقص و هو تأثير العقد في الملكية بعد إنضمام رضا المالك المكرَه إليه ليس ثابتاً لذات العقد بدون الإكراه حتى يرتفع بالحديث، بل هو ثابت للعقد منضماً إلى الإكراه، فلا يعقل إرتفاعه بالإكراه.

٤) خبر قوله: «لأن أثر العقد».

٥) هذا الضمير و ضمير «عليه» راجعان إلى العقد.

٦) خبر قوله: «و هذا الأثر».

٧) أي: لذات العقد مع غض النظر عن طروء الإكراه عليه، فالسببية الناقصة

الإكراه ليرتفع به، إذ المفروض أنّ الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه، فكيف يعقل إرتفاعه بالاكراه؟

و بعبارة أخرى[١]: اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن إعتبار [عدم] الإكراه هو اللزوم[٢] المنفي بهذا الحديث، و المدّعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه[٣] على رضا المالك، و هذا غير مرتفع[٤] بالإكراه.

لكن يرد علىٰ هذا[٥] أنّ مقتضى حكومة الحديث على الاطلاقات هو تقييدها بالمسبوقية بطيب النفس، فلا يجوز الإستناد إليها بصحة بيع المكره

مترتبة على رفع السببية التامة بالإكراه، فلا معنى لرفع العليّة الناقصة للعقد.

١) هذه العبارة الأخرى تكرار ما أفاده بقوله: «و ثانياً» و لا تتضمن مطلباً آخر.

٢) خبر قوله: «اللزوم الثابت» يعني: أنّ الملكية اللازمة في عقد البيع منفية في بيع المكرَه.

٣) خبر قوله: «و المدّعى ثبوته» و الضمير راجع إلى اللزوم.

٤) لما تقدم آنفاً من أنّ الثابت بعنوان الإكراه لا يرتفع بالإكراه، لأنّ المقتضي للشيء ليس رافعاً له. هذا تمام ما أفاده في الوجه الثاني من المناقشة في الاستدلال بحديث الرفع.

٥) أي: عدم إرتفاع وقوف العقد على رضا المالك. و غرضه الإنتصار لمن يستدل بحديث الرفع على بطلان عقد المكرَه، و عدم الجدوى في لحوق الرضا.

و حاصل الإيراد: أن مقتضىٰ حكومة حديث الرفع على الإطلاقات الدالة على صحة العقود هو تقيدها بمسبوقية طيب النفس، و بَعدَ هذا التقييد لا يصح الاستدلال بتلك الاطلاقات على صحة بيع المكرَه بَعْدَ لحوق الرضا، إذ المفروض إعتبار مقارنة طيب النفس للعقد، و هي مفقودة في عقد المكره الملحوق بالرضا، فلا دليل حينئذٍ

و وقوفِه[١] على الرضا اللاحق، فلا يبق دليل على صحة بيع المكره، فيرجع[٢] إلى أصالة الفساد.

و بعبارة أُخرى: أدلة صحة البيع تدل على سببيّةٍ مستقلّة، فإذا قيّدت بغير المكرَه لم يبق لها دلالة على حكم المكره[٣]، بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعمّ من السببية المستقلة كان[٤] دليل الإكراه حاكماً عليه[٥] مقيّداً له، فلا ينفع.

أللهم إلّا أن يقال[٦]:

على صحته، فيحكم بفساده لأصالة الفساد التي هي المرجع في العقود.

١) معطوف على «صحة» يعني: فلا يجوز الاستناد الى الإطلاقات لصحة بيع المكره و لوقوفه على الرضا اللاحق، و ذلك لما عرفت من حكومة حديث الرفع على تلك الإطلاقات المقيَّد لها بالرضا المقارن.

٢) أي: فَيَرْجِعُ في بيع المكره ـ ولو بعد لحوق الرضا ـ إلى أصالة الفساد، لخروجه عن حيز الإطلاقات المقيّدة بالرضا المقارن، لحكومة حديث الرفع عليها.

٣) يعني: فلا يدل على حكم بيع المكره دليلٌ اجتهادي، لإختصاصها بالمختار، فلا محالة يرجع فيه إلى أصالة الفساد.

٤) جواب الشرط في قوله: «لو كان».

٥) لأنّه متكفل للحكم بالعنوان الثانوي، و تلك الأدلة تتكفل الحكم بالعنوان الأوّلي، و من المعلوم تقدم الأوّل على الثاني حكومةً أو توفيقاً عرفياً.

٦) غرضه إثبات صحة عقد المكره الملحوق بالرضا بالدليل الاجتهادي.

توضيحه: أنّ الإطلاقات الدالة على السببية المستقلة للعقد تقيّد بالأدلة الأربعة المتضمنة لحرمة أكل مال الغير بدون رضاه و طيب نفسه. و نتيجة هذا التقييد أنّ السبب الموجب لتملك أموال الناس هو البيع المرضي به، و مقتضىٰ إطلاقها عدم الفرق

إنّ الإطلاقات المفيدة للسببية المستقلّة[١] مقيَّدة بحكم الأدلة الأربعة[٢] ـ المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل ومع[٣] عدم طيب النفس ـ بالبيع[٤] المرضي به،سَبقَه الرضا أو لحقه. و مع ذلك[٥] فلا حكومة للحديث عليها، إذ البيع المرضي به سابقاً لا يعقل عروض الاكراه له.

في إعتبار الرضا بين كونه سابقاً ولاحقاً.

فإن كان الرضا سابقاً إنعقد البيع عن الرضا، فلا يعقل عروض الإكراه له.

و إن كان لاحقاً، فالإكراه و إن كان عارضاً له، إلّا أن المكره عليه ـ و هو ذات البيع ـ لا نقول بصحته، إذ المفروض بمقتضىٰ الأدلة الأربعة القاضية بدخل الرضا في تأثير البيع عدم تأثيره إلّا بعد الرضا. و إطلاقات سببية العقد للنقل و الانتقال ـ بعد تقييدها بالرضا ـ توجب صيرورة عقد المكره جزء السبب، و جزئه الآخر هو الرضا، فالاطلاقات بعد التقييد بالرضا تكون مرجعاً، لأنّ المتيقن من تقييدها هو صورة وجود الإكراه، و بعد ارتفاعه يرجع إليها.

١) كالأمر بالوفاء بالعقود و حِلّ البيع، الدالّين بمقتضى الاطلاق الأحوالي على كون العقد سبباً مستقلاً للتأثير، و هذه السببية التامة مقيدة بأدلة دخل الرضا في تأثير العقد.

٢) و هي: الكتاب و السنّة و الاجماع و العقل.

٣) هذا معطوف على «بالباطل» يعني: أكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس.

٤) متعلق بقوله: «مقيدة».

٥) يعني: و مع التقييد بالرضا لا حكومة للحديث، لأنّ وقوف عقد المكره على الرضا ـ و صيرورته جزء السبب الناقل ـ مترتب على الإكراه، فلا معنى لرفعه بالإكراه.

و أما المرضيُّ به بالرّضا اللّاحق فإنّما يعرضه الإكـراه مـن حـيث ذات الموصوف، و هو أصل البيع، و لا نقول بتأثيره[١]. بل مقتضىٰ الأدلّة الأربـعة مدخلية الرضا في تأثيره و وجوبِ[٢] الوفاء به.

فالاطلاقات بعد التقييد تُثبت التأثير التام لمجموع العـقد المكـرَه عـليه و الرضا به لاحقاً، و لازمه بحكم العقل كون العقد المكره عليه بـعض المـؤثّر التام[٣]. و هذا[٤] [أمر عقلي غير مجعول] لا يرتفع بالإكراه، لأن الإكراه مأخوذ فيه[٥] بالفرض، كما ترفع[٦] السببية المستقلة.

و هذا[٧] لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرضا ناقلاً أو كاشفاً، إذ على الأوّل

---

١) أي: تأثير أصل البيع المكره عليه.

٢) بالجر معطوف على «تأثيره».

٣) يعني: فلا تصل النوبة إلى أصالة الفساد، بل المرجع هو الدليل الاجتهادي أعني به الإطلاقات المقيّدة بالرضا.

٤) أي: كون العقد المكره عليه بعضَ المؤثر التام لايرتفع بالإكراه، لأنه مترتب على عنوان «الاكراه» فلا يرتفع به.

٥) الضمير راجع إلى «كون» يعني: لأنّ الإكراه مأخوذ في كون العقد المكرَه عليه بعضَ المؤثّر التام.

٦) يعني: أنّ الاطلاقات بعد التقييد تُثبت التأثـير التـام، كـما تـرفع الـسببية المستقلة.

٧) أي: كون الرضا بعض المؤثّر لايفرّق فيه بين نـاقلية الرضـا و كـاشفيته، إذ على الأوّل يكون نفس الرضا جـزء العـلة التـامة، و عـلى الثـاني يكـون تمـام المؤثّر الأمر المنتزع منه، و هو تعقب العـقد بـالرضا، فكأنـه قـيل: العـقد المـتعقب بالرضا مؤثر.

يكون تمام[١] المؤثر نفسَه، و على الثاني يكون الأمرَ المنتزع منه[٢] العارضَ[٣] للعقد، و هو تعقبه للرضا.

وكيف[٤] كان فذات العقد المكرَه عليه ـ مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له ـ لا يترتب عليه إلّا كونه جزءَ المؤثر التام. و هذا[٥] أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه[٦] و من الرضا، أو وصفِ[٧] تعقبه له،فتأمّل[٨] (*).

---

١) أي: الجزء الأخير للعلة التامة المؤثرة في النقل و الانتقال.

٢) أي: من الرضا العارض للعقد، و الأمر المنتزع منه هو تعقبه للرضا.

٣) بالنصب صفة «المنتزع» الذي هو صفة «الأمر» الذي هو خبر «يكون» يعني: يكون المؤثر الأمرَ المنتزع من الرضا، و هو كون العقد متعقباً به.

٤) يعني: سواء قلنا بأن الاجازة كاشفة أم ناقلة، فذات العقد ... الخ، و الوجه في كون ذات العقد جزء السبب المؤثر واضح، أمّا بناءً على النقل فلأنّ التأثير يكون من حين الإجازة لا من حين العقد. و أمّا على الكشف فلأنّ المؤثر ليس ذات العقد، بل هو بوصف تعقبه بالاجازة، فجزء المؤثر هو العقد الموصوف، و جزؤه الآخر وصف التعقب المنوط بتحقق الإجازة خارجاً بعد العقد.

٥) أي: كونه جزء المؤثر التام.

٦) أي: من العقد ومن الرضا.

٧) معطوف على الرضا، أي: من وصف تعقبه، و الأوّل راجع إلى دخل نفس الرضا في العقد، و الثاني راجع إلى دخل الوصف الانتزاعي، و هو عنوان التعقب فيه.

٨) لعلّه إشارةٌ إلى: أنّه و إن كان أمراً عقلياً غير مجعول بالأصالة، لكنه مجعول بتبع جعل الكل، و هو قابل للرفع.

(*) الجهة التاسعة: فيما تعرض له المصنف ﷺ بقوله: «ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما فعله صح العقد، بل عن الرياض أن عليه إتفاقهم ...الخ».

.....

و حاصل ما استدل به للمشهور على صحة العقد المتعقب بالرضا هو: أنّ عقد المكره عقد عُرفيٌّ جامع للشرائط سوى طيب النفس، فإذا حصل الطيب أثّر العقد أثره. مضافاً إلى الاجماع المدّعى في الرياض تبعاً للحدائق و غيره.

لكن في مجمع البرهان إستظهار البطلان، لوجوه:

أحدها: عدم حصول القصد، بل و عدم صدور العقد عن تراضٍ على ما هو ظاهر الآية، فرضا المالك حين العقد دخيلٌ في مفهوم العقد.

ثانيها: أنّه لا إعتبار بذلك الايجاب في نظر الشارع، فهو بمنزلة العدم. و لا إجماع و لا نصّ على الصحة.

ثالثها: أنّ الأصل و الاستصحاب و عدم الأكل بالباطل إلّا أنْ تكون تجارة عن تراض و ما مرّ يدل على عدم الانعقاد«١».

و في الكفاية بعد نسبة الصحة إلى الاصحاب قال: «إستناداً الى تعليلات إعتبارية من غير نص»«٢».

و في الجواهر «إن لم تكن المسألة إجماعية فللنظر فيها مجال كما اعترف به في جامع المقاصد، ضرورة عدم إندراجه في العقود بعد فرض فقدان قصد العقدية،و أنّ صدور اللفظ كصدوره من الهازل و المجنون و نحوهما»«٣».

و الأقوى ما ذهب إليه المشهور، لما في المتن من أنّ عقد المكره عقد حقيقة، وعدم تأثيره إنما هو لفقدان شرطه أعني به طيب النفس، فإذا حصل ذلك أثّر أثره ، و عدم التأثير لابّد أن يكون لأجل إعتبار مقارنة الطيب للعقد شرعاً ولكن لا دليل عليه إثباتاً.

«١» مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٥٦

«٢» كفاية الاحكام، ص ٨٩، السطر ٣

«٣» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٧

.....

و أما دخل مقارنة الطيب للعقد في مفهومه بحيث لا يصدق العقد بدونها، ففيه: أنّ العقد ليس إلّا كبقية المفاهيم العرفية كالأكل و الشرب و نحوهما، فالأكل يصدق على الأكل الخارجي بأيّ داع حصل و لو من الإكراه، إذ لا دخل للدواعي في المفاهيم، فمفهوم العقد يصدق حتى مع صدوره عن الاكراه، و لولا ذلك لم يصدق العقد على بيع الفضولي. مع كون كلٍّ من عقدي المكره و الفضولي عقداً بالحمل الشائع، لعدم دخل مقارنة الطيب في مفهوم العقد لا لغة ولا في العرف العام.

مضافاً إلى: أن عقد المكرَه بحقّ عقد حقيقة، و لازم دخل مقارنة الطيب معه في مفهوم العقد عدمُ كونه عقداً، و أن يكون غير العقد كالعقد في الحكم تعبداً، و هذا مما لا يساعد عليه دليل.

و أمّا دخل المقارنة شرطاً في صحة العقد لا في مفهومه بحيث يكون الايجاب في نظر الشارع كالعدم، ففيه: أنّه أوّل الكلام، إذ لا دليل على إعتبار المقارنة في صحة العقد، بل الاطلاقات تدفع إعتبارها فيها.

و بالجملة: لم يثبت إعتبار مقارنة الطيب للعقد في مفهوم العقد و لا في صحته، بل الثابت عدمه.

و أمّا دعوى صدق الأكل بالباطل ففيها: أنّه لو سلّم صدق الباطل بمجرّد الإكراه مع وجود العوض لم نسلم صدقه بعد إرتفاع الإكراه، إذ العمدة في إثبات قدح الإكراه الاجماع و حديث الرفع. و دلالتهما على قدحه مختصة بحال وجود الكراهة الناشئة عن الإكراه، فإذا زالت الكراهة و تبدّلت بالرضا فلا يصلحان لإثبات البطلان و نفي الأثر.

أمّا الاجماع فظاهر، لما عرفت من شهرة القول بالصحة، بل دعوى الاجماع عليها.

و أما حديث الرفع فلأنّ إجراءه بعد إرتفاع الكراهة خلاف الامتنان في حق المكرَه.

.....

فالمرجع حينئذٍ إمّا عموم أدلة النفوذ، أو استصحاب الحكم السابق على حصول الرضا الذي هو من قبيل إستصحاب حكم الخاص. و المحقق في محله الرجوع إلى عموم العام في مثل المقام، لأنّ مقتضى عموم أدلة النفوذ هو لزوم الوفاء بالعقد في كل زمان، فإذا خرج عنه بعض الأزمنة وشكّ في خروجه في زمان آخر يتمسك بعموم العام، لأنّ الشك حينئذٍ في التخصيص الزائد.

لا يقال: إنّ ظاهر الآية المباركة إعتبار مقارنة الرضا للعقد، بحيث يكون التجارة ناشئة عنه، ولا يكفي لحوق الرضا به، لأنّه إذا إنعقد فاسداً لم ينقلب بعد ذلك عمّا وقع عليه.

و من هنا يظهر فساد قياس عقد المكره بعقد الفضولي المتعقب بالرضا و الاجازة من المالك، إذ العقد الفضولي لا يضاف إلى المالك إلّا حين إجازته، فهو حين إنتسابه إلى المالك ينشأ من طيب نفسه و رضاه. و هذا بخلاف عقد المكره ، فإنّه حين صدوره من المالك حُكم عليه بالفساد، فلا ينقلب عما وقع عليه، فالرضا اللاحق لا يصححه.

فإنّه يقال: إنّ التجارة التي لابدّ أن تكون عن تراض هي بمعنى أسم المصدر، لأنّه الباقي و المستمر القابل للرضا، دون معناها المصدري فإنّها فانية، و هي بمعناها الأوّل موضوعةٌ لوجوب الوفاء، و الاجازة في عقد الفضولي و الرضا في عقد المكره إنّما يلحقان ذلك، لأنّ معنىٰ إسم المصدر قابل لهما دون معناها المصدري لفنائه.

و عليه فبعد لحوق الرضا في بيع المكرَه يصدق عليه التجارة عن تراض، حيث إنّ الآية تدل على إنحصار سبب أكل مال الغير في أمرين:

أحدهما: الأسباب الباطلة. و ثانيهما: التجارة عن تراض. و من الواضح أنّ الأكل في محل الكلام ليس من أكل المال بالباطل، فيصدق عيه التجارة عن تراض.

ثم إنّ المصنف ﷺ إلتزم بعدم إعتبار مقارنة الرضا للعقد بما حاصله: أنّ دلالة الآية على إعتبار المقارنة إما بمفهوم الحصر و إمّا بمفهوم الوصف، وكلاهما غير ثابت.

.....

و الأوّل: منفي في المقام، لأنّ دلالة الاستثناء على الحصر منوطة بكون الاستثناء متصلاً، كقوله: «ما جاء القوم إلّا زيداً، فإنّ الاستثناء هنا يدل على حصر المجيء في زيد، و من الواضح كون الاستثناء هنا منقطعاً، لعدم كون التجارة عن تراضٍ من الأسباب الباطلة للتجارة حتى كون خروجها عنها دالاً على الحصر، فلا يدلّ هذا الاستثناء على إنحصار السبب المحلّل لأكل مال الغير في التجارة عن تراض، حتى يقال: إنّ التجارة عن تراضٍ لا تصدق إلّا على العقد المقرون بالرضا.

و الثاني أيضاً منفي، لأنّه على القول بمفهوم الوصف يختص بالوصف الذي لا يرد مورد الغالب، و من الواضح أنّه في المقام كذلك، لكون الغالب في التجارات هو كونها عن تراض، فلا يدل على بطلان التجارة لا عن تراضٍ مقرونٍ بالعقد، هذا.

و فيه: أنّ الآية الشريفة تدل على الحصر مطلقاً و إن لم يكن الإستثناء متصلاً. توضيحه: أنّ باء السببية الداخلة على كلمة الباطل و مقابلتها مع التجارة عن تراضٍ قرينتان على كون الآية الشريفة في مقام فصل الأسباب الباطلة للمعاملة عن الصحيحة لها. كما أنّ المراد بالأكل في الآية ليس هو الإزدراد الذي هو معناه الحقيقي، بل هو كنابة عن تملّك مال غيره من غير إستحقاق.

و على هذا فإن كان الاستثناء متصلاً كما هو الظاهر الموافق للقواعد العربية، ـ كما قيل ـ كان معناه المنع عن تملك أموال الناس بشيء من الأسباب، الّا أن يكون ذلك السبب تجارةً عن تراضٍ، فتدلّ الآية على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض.

و إن كان الاستثناء منقطعاً فالآية المباركة حينئذٍ و إن لم تكن ظاهرةً في الحصر من حيث الصناعة العربية. إلّا أنّه تعالى لمّا كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات، و فصل صحيحها عن فاسدها، و كان الاهمال مخلاً بالمقصود، فلا محالة يستفاد الحصر من الآية المباركة بالقرينة المقامية.

.....

فعلى هذا تدل الآية الشريفة على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراضٍ، من غير فرق بين اتصال الاستثناء و إنقطاعه، و أمّا غير التجارة عن تراض من سائر أسباب المعاملات فهو باطل.

فقد ظهر مما ذكرناه عدم توقف الاستدلال بالآية الشريفة على إعتبار مقارنة الرضا للعقد على كون الاستثناء متصلاً، ولا على الالتزام بمفهوم الوصف.

فالصحيح أنّه لا دلالة للآية إلّا على عدم جواز الأكل بدون التراضي، فإذا وجد الرضا من المكرَه إنقلبت التجارة إلى التجارة عن تراضٍ، فلا يكون الأكل بسببها اكلاً بالباطل.

و الحاصل: أنّ الآية الشريفة تدل على حصر السبب المحلِّل لتملك الأموال بالتجارة عن تراضٍ، و إن لم نقل بكون الاستثناء متصلاً، و لم نقل بمفهوم الوصف أيضاً غاية الأمر أنّ المراد بالتجارة ليس معناها المصدريّ، بل معنى إسم المصدر، فمتى تحقق الرضا صدقت التجارة عن تراضٍ، فيصح عقد المكره، و لا مجال حينئذٍ لحديث الرفع الموجب لعدم صحته حتى بعد الطيب، لأنه خلاف الامتنان.

نعم قبل حصول رضا من المكرَه كانت الصحة خلاف الامتنان، و كان الموافق للامتنان عدم الصحة. لكن بعد حصول الرضا يكون الصحة موافقة للامتنان، فلا يجري فيها حديث الرفع، فإنّ موافقة الحكم و مخالفته للامتنان إذا كانتا باعتبار حصصه و أفراده فلامحالة يكون الثابت ماهو الموافق للامتنان، والمرفوع بحديث الرفع ماهو المخالف له.

و المقام من هذا القبيل، حيث إنّ صحة عقد المكره ما دام الإكراه موجوداً خلاف الامتنان، فترفع بالحديث، و بعد إرتفاع الاكراه تكون موافقةً للامتنان، فيحكم بترتب الأثر على عقد المكره بعد إرتفاع الكراهة و تبدلها بالرضا.

فتلخّص مما ذكرنا: أنّ ما هو المشهور من صحة بيع المكره بلحوق الرضا هو الأقوى.

بقي الكلام[١] في أنّ الرضا المتأخر ناقل أو كاشف[٢].

مقتضىٰ الأصل[٣] و عدمِ[٤] حدوث حلّ مال الغير إلّا عن طيب نفسه

الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟

١) هذه آخر جهات البحث في عقد المكرَه أعني بها كون الرضا اللّاحق كاشفاً عن ترتب الأثر من حين العقد، أو ناقلاً بأن يترتب الأثر من حين الرضا، لا من زمان إنشاء العقد.

و هذا البحث متفرع على الجهة المتقدّمة من تصحيح عقد المكرَه بتعقبه بالرضا كما هو المشهور، فلو قيل ببطلانه كما حكاه المصنف ﷺ عن جمعٍ لم يبق موضوع للبحث عن الكشف و النقل. و تفصيل الكلام موكول إلى عقد الفضولي، و إقتصر هنا على نقل الخلاف في أنّ القول بالكشف المستفاد من النصوص الخاصة هل يوافق القاعدة أم يخالفها؟ ذهب بعضهم إلى موافقته لها، و المصنف إلى مخالفته لها، لوجهين سيأتي بيانهما.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

٢) لا يخفى أن نزاع الكشف، و النقل مبني على كون الرضا بوجوده الخارجي دخيلاً في صحة العقد، إذ لو كان الشرط وصف التعقب كانَ المتعيّنُ الالتزام بالكشف.

٣) و هو أصالة الفساد المحكّمةُ في العقود، و المراد بها إستصحاب عدم ترتب الأثر.

٤) معطوف على «الأصل» يعني: أنّ مقتضى ما دلّ على «عدم حلّ مال الغير إلّا عن طيب نفسه» هو حرمة التصرف. فهذان الوجهان يدلّان على عدم حصول الأثر قبل الرضا، و لازم ذلك كون الرضا ناقلاً لا كاشفاً، لأنّ طيب النفس ـ الذي هو شرط الحليّة ـ لم يحصل إلّا بعد العقد، فلابدّ من حصول الحِلّ حين تحقق الطيب لا قبله.

فان قلت: إنّ ما دلّ على إناطة حلّ مال الغير برضاه دليل إجتهادي، و معه لا موضوع للتمسك بالاستصحاب، فالمتعيّن إستظهار ناقليّة الرضا من أحاديث الحِل خاصة.

هو الأولّ[١]، إلّا أنّ الأقوىٰ بحسب الأدلة النّقليّة هو الثاني[٢] كما سيجيء في مسألة الفضولي.

و ربّما يدّعىٰ أنّ[٣] مقتضى الأصل هنا[٤] و في الفضولي هو الكشف،

قلت: الأمر كما أُفيد، و مقتضىٰ مغايرة المعطوف للمعطوف عليه هو تعدد الدليل على النقل. لكن يحتمل أن يكون قوله: «و عدم حدوث» عطفاً تفسيرياً يفسّر الأصل حتى لا يكون مغايراً له، ليلزم الجمع بين الأصل العملي و الدليل الاجتهادي، مع تأخر الأصل عن الدليل رتبةً، و لئلّا يلزم إشكال التمسك بالدليل في الشبهة المصداقية، حيث إنّه لم يعلم كون الرضا اللاحق ـ بالنسبة إلى ما مضىٰ ـ مصداقاً للرضا المنوط به الحِلُّ.

١) و هو كون الرضا ناقلاً، لكن الأقوىٰ بحسب الأدلة النقلية هو الكشف تعبداً، للتعدّي عن موردها ـ و هو الفضولي ـ إلى المقام كما سيجيء في مسألة الفضولي إن شاء الله تعالى.

٢) سيأتي إستظهار الكشف من صحيحة أبي عبيدة الحذاء الواردة في نكاح الصغيرين اللذين زوّجهما غيرُ وليّهما، و غير هذه الصحيحة،فراجع قوله: «و أما الأخبار فظاهر بعضها كصحيحة محمد بن قيس الكشف ...».

٣) لعلّ المدّعي هو صاحب الجواهر ﷺ بعد ضمّ كلاميه، أحدهما: تصريحه في بيع الفضولي بكون الاجازة كاشفة، و المستفاد منه كون مقتضى القاعدة الأوّلية«١».

وثانيهما: ما تكرّر منه في بيع المكرَه من كونه كالفضولي، كقوله: «فحيثُ يكون كالفضولي يجب إنتظار غير المجبور، و ليس له الفسخ قبل فسخ المجبور...»«٢».

٤) أي: في عقد المكره. و الوجه في ذلك أنّ متعلق الرضا هو النقل الواقع

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٥

«٢» المصدر، ص ٢٦٩

لأنّ مقتضىٰ الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده[١] من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى ـ و هو النقل من حين العقد وترتب الآثار عليه ـ لا يكون[٢] إلّا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل[٣].

وفيه[٤]: أنّ مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه، بل نفس النقل، إلّا أنّ إنشاءه لمّا كان في زمان التكلم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثّراً في نظر الشارع في زمان[٥] التكلم حَدَث الأثر فيه. و إن كان مؤثّراً بعد حصول أمرٍ حَدَثَ الأثر بعده، فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشيء من إجتماع

في زمان العقد، و الرضا تنفيذٌ لذلك، و هذا يقتضي كاشفية الرضا لا ناقليته.

١) يعني: بما أفاده العقد من نقل الملك حين صدور العقد، فإمضاء الشارع لرضا المكرَه بعقده يتعلق بالنقل من حين العقد.

٢) خبر قوله: «فإمضاء».

٣) و هو زمان العقد، لأنّه زمان النقل المتحقق بإنشاء المكرَه.

٤) حاصله: عدم تسليم كون مقتضىٰ العقد النقل من حينه حتى يتعلق به الإمضاء، بل مقتضاه نفس النقل، غاية الأمر أنّ إنشاء النقل حيث إنّه زماني ـ لابد من وقوعه في زمان ـ وقَعَ في زمان. فإن كان ذلك الانشاء مؤثّراً في نظر الشارع في زمان إجراء العقد تحقق الأثر في ذلك الزمان.

و إن كان ذلك الانشاء مؤثّراً في نظره بعد حصول أمر فلامحالة لا يحدث الأثر في نظر الشارع إلّا بعد حصول ذلك الأمر و غيره مما يعتبر في ترتب الأثر على العقد. و من جملة ما يعتبر فيه طيب نفس المالك المتحقق بعد العقد، فحكم الشارع يكون بعد حصول الطيب، و قضية ذلك كون الطيب ناقلاً لا كاشفاً.

٥) متعلق بقوله «مؤثراً» و إسم «وإن كان» هو قوله: «ذلك الإنشاء».

ما يعتبر في الحكم، و لذلك[١] كان الحكمُ بتحقق الملك بعدَ القبول أو بعد القبض في الصرف و السلم و الهبة، أو[٢] بعد إنقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ غيرَ[٣] منافٍ لمقتضىٰ الإيجاب، و لم يكن تبعيضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة.

فإن قلت[٤]: حكم الشارع بثبوت الملك و إن كان بعد الرضا، إلّا أنّ حكمه بذلك[٥] لمّا كان من جهة إمضائه للرّضا بما وقع فكأنّه حَكَم بعد الرضا بثبوت

---

١) أي: و لكون تبعية حكم الشارع لإجتماع ما يعتبر في الحكم كان حكمه بتحقق الملك بعد القبول في جميع العقود ـ أو بعد القبض فيما يعتبر فيه القبض من بعض العقود كالصرف و السلم و الهبة، أو بعد إنقضاء زمان الخيار المترتب عليه حكم الشارع بالملكية بناءً على مذهب الشيخ ﷺ من توقف الملكية على إنقضاء زمان الخيار ـ غير منافٍ لمقتضىٰ الإيجاب.

٢) هذا و كذا قوله: «أو بعد القبض» معطوفان على «بعد القبول»«١».

٣) خبر «كان» وحاصله: أنّ الحكم بتوقف الملكية على القبول أو القبض أو إنقضاء زمان الخيار لاينافي مقتضىٰ الإيجاب. وجه عدم المنافاة: أنّ الإيجاب ليس هو الجزء الأخير لسبب النقل و الانتقال، بل هو بعض السبب، و حكم الشارع مترتب على تمام السبب، فتوقف حكم الشارع على تمامية السبب لا ينافي مقتضىٰ الايجاب.

٤) حاصل هذا الإشكال: أن توقف حكم الشارع بالنقل على الرضا لاينافي الكشف، و ذلك لأنّ حكم الشارع و إن كان حدوثه بعد الرضا، إلّا أنّ حكمه لمّا كان من جهة إمضائه للرضا ـ و من المعلوم أنّ متعلق الرضا هو النقل الواقع حين العقد ـ لم يكن حدوث الحكم الشرعي منافياً لتحقق النقل حين العقد، و هذا هو الكشف الإنقلابي.

٥) أي: أنّ حكم الشارع بثبوت الملك لمّا كان ... الخ.

«١» الخلاف، ج ٣، ص ٢٢، كتاب البيوع، المسألة: ٢٩

الملك قبله[١].

قلت[٢]: المراد هو الملك شرعاً، و لا معنى لتخلف زمانه[٣] عن زمان الحكم الشرعي بالملك. و سيأتي[٤] توضيح ذلك في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

و إن شئت توضيح ما ذكرنا[٥] فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنّه و إن كان حَلّاً للعقد السابق و جعلَه كأن لم يكن، إلّا أنّه لا يرتفع به الملكية السابقة على

---

١) أي: الرضا، و ضمير «فكأنّه» راجع إلى الشارع.

٢) هذا جواب الإشكال، و توضيحه: أنّ الجعل لا يتخلّف عن زمان المجعول فإنّ إعتبار الملكية يحدث في زمان، فلابدّ من حدوث الملكية المعتبرة في ذلك الزمان، لِئلّا يتخلف الجعل عن المجعول زماناً، و من المعلوم أنّ إعتبار الملكية شرعاً إنما هو في زمان الرضا، فلابدّ من حصول الملكية في ذلك الزمان أيضاً.

و هذا نظير فسخ العقد، فإنّه و إن كان حلّاً للعقد السابق و جعله كالعدم، لكنه لا يرفع الملكية من زمان وقوع العقد، بل يرفعه من حين تحقق الفسخ.

و الحاصل: أنّ الفسخ كما يرفع الملكية من حينه، كذلك الرضا يثبت الملكية من حينه، و زمان الفسخ هو زمان إرتفاع الملكية، هذا.

٣) أي: زمان الملك الشرعي لا يتخلّف عن زمان إعتبار الشارع للملكية بعقد المكرَه و الفضول.

٤) في بحث الإجازة و الرد، حيث قال في رد ثاني أدلة كاشفية الاجازة: «ان الاجازة و إن كانت رضاً بمضمون العقد ... الخ».

٥) أي: عدم تخلف زمان الملك الشرعي عن زمان حكمه بترتُّب الملك على العقد.

الفسخ، لأنّ العبرة بزمان حدوثه[1] لا بزمان متعلقه (*) .

---

١) أي: بزمان حدوث الفسخ، لا بزمان متعلقه و هو العقد المملّك.

(*) وجه التنظير أنّه كما لا يزيل الفسخ الملكية من زمان حصولها بالعقد، بل يزيلها من زمان الفسخ، كذلك الرضا، فإنه لا يحدث إلا الملكية حين حصوله، دون الأزمنة السابقة على الرضا، وعليه فلابدّ من الإلتزام بالنقل دون الكشف.

لكن فيه: أنّه إن أُريد بهذه المقايسة إثبات ناقلية الرضا من حيث إحداث الملكية من حينه كمعدمية الفسخ للملكية من حينه فهو من القياس المنهي عنه. و إن أُريد بها مجرّد التنظير و إمكان أن يكون ثبوتاً مثل الفسخ، ففيه: أنّه لا بأس به، لكنه لا يجدي في مقام الإثبات، لعدم الدليل عليه.

وأمّا ما أفاده بعض الأعلام في وجه الكشف من أن مقابل الرضا هو الردّ لا الفسخ الذي يقابله الإقرار و التثبيت، و الردّ حلّ للعقد من حين إنشائه،فالرضا يكون رضا بالعقد أيضاً من حينه فالرضا كاشف لا ناقل، هذا»[1] فلم يظهر له وجه فإن كلاً من الردّ و الرضا يتعلق بالعقد باعتبار ما فيه من إقتضاء التأثير و معرضيته له. و هذا ثبت للعقد من زمان حدوثه إلى زمان ردّه أو الرضا به، فالردّ من حين حصوله يردّ ذلك الاقتضاء، كما أنّ الرضا الذي يقابله ينفّذ العقد من زمان حصول الرضا، و ينقله من إقتضاء التأثير إلى الفعلية في ذلك الزمان. ونتيجة هذا هو النقل لا الكشف الذي رامه دامت بركاته، ضرورة أن قوة التأثير لا تصير فعليّة الّا بالرّضا، و لا تصير فعليةً قبله، كما أنّها لا تزول إلّا بالردّ لا قبله.

و كذا ما أفاده في وجه الكشف من: أنّه مقتضى الجمع بين ما دلّ على نفوذ العقد من قبيل أحلّ الله البيع وأوفوا بالعقود و بين ما دلّ على رافعية الإكراه لنفوذ المعاملة، ببيان: أنّه يعمل بمقتضى دليل الإكراه في الزمان المتخلّل بين العقد و الرضا، فيبنى على

«١» مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٣٤٠

ثم[1] على القول بالكشف هل للطرف غير المكرَه أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولي[2] إن شاء الله تعالى (*).

---

١) هذا متفرع على القول بالكشف، و هو عدم جواز فسخ العقد بالنسبة إلى من يعقد مع المكرَه، في الفترة المتخلّلة بين العقد و الرضا أو الرّد، فيجب عليه الصبر فيها، نظير الأصيل الذي يعقد مع الفضولي، و سيأتي تفصيله هناك إن شاء الله تعالى.

و أمّا بناءً على النقل فحيث إنّ العقد المملّك لم يتمّ بعدُ جاز للطرف الآخر فسخ عقده مع المكرَه.

٢) بقوله: «و امّا على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الاجازة المتأخرة شرطاً ... فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه...» فراجع.

عدم النفوذ فيه، و بمقتضى أدلة نفوذ المعاملة فيما بعد الرضا، فيبنى على نفوذه بعد الرضا«١».

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

وذلك لأنّه ليس ذلك مقتضىٰ الجمع، حيث إنّه في الزمان المتخلل يلزم العمل بكل من حديث الرفع و أدلة النفوذ. و ليس ذلك إلّا التناقض، لأنّ لازم الكشف هو البناء على الوفاء بأدلة النفوذ في الزمان المتخلل، و المفروض أنّه ظرف العمل أيضاً بحديث الرفع، فيلزم نفوذ البيع و عدمه في ذلك الزمان، و من المعلوم أن البناء على نفوذه في ذلك الزمان لأجل الكشف يوجب طرح حديث الرفع لا العمل به، فلا محيص عن الالتزام بناقلية الرضا التي هي مقتضىٰ الجمع بين أدلة النفوذ بالعمل بها بعد الرضا، وحديث الرفع بالعمل به قبل الرضا.

(*) **الجهة العاشرة:** في كون الرضا ناقلاً أو كاشفاً.

«١» مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٣٣٩

.....

إعلم: أنّ نزاع كاشفية الرضا وناقليّته متفرع على القول المشهور من صحة عقد المكره بلحوق الرضا، وإلّا فعلى القول ببطلانه من أصله و عدم قابليته للصحة بلحوق الرضا لا مجال لهذا النزاع. و حيث إنّ الاقوى قابليّته للصحة بما يلحقه من طيب النفس، فلهذا البحث مجال، فنقول وبه نستعين: إنّ تنقيح البحث في ناقلية الرضا المتأخر عن العقد وكاشفيته يتم ببيان أُمور:

الأول: في بيان ضابط الشروط المتأخرة التي تجري فيها نزاع النقل و الكشف، وتميزها عن الشروط التي لا تصلح لجريان هذا النزاع فيها، فنقول: إنّ كلّ ما يرجع إلى تنفيذ ما وقع و إمضائه فهو محل هذا النزاع، وكل ما يكون متمّماً لمضمون العقد ومعدوداً من أجزائه فلا يجري فيه هذا النزاع، بل يكون جزء العقد ومقوّماً لمضمونه، ويتعين فيه النقل.

و الأوّل كالإجازة في الفضولي، و الرضا في عقد المكره.

و الثاني كالقبول و القبض في الصرف و السلم و نحوهما.

وعلى هذا فلا ينبغي الإرتياب في كون رضا المكرَه كإجازة المالك لعقد الفضولي من صغريات الشرط الذي يجري فيه نزاع النقل و الكشف.

و أما ما عن المحقق الثاني ﷺ «من كون إجازة المرتهن ناقلة مع ذهابه إلى الكشف في إجازة الفضولي» فهو من النزاع في الصغرى، بمعنى: أن إجازة المرتهن ليست تنفيذاً لما صدر من الراهن، بل مرجع الإجازة إلى الطلقية أي: خلوّ المبيع عن حق غير البائع. و الطلقية من أركان البيع كالقبول، فإذا سقط حق المرتهن بالإسقاط أو بأداء الدين تم جميع أركان العقد، فتمامية العقد إنّما هي بالإسقاط، فلا معنى لكون إجازة المرتهن كاشفةً، بل لا محيص عن كونها ناقلةً.

و هذا الكلام من المحقق المتقدم و إن لم يكن صحيحاً، لكون الإسقاط كالإجازة

.....

ناظراً إلى تنفيذ العقد السابق و إمضائه، إلّا أنّ الكبرى صحيحة.

و على هذا فيجري النزاع في إجازة العمّة و الخالة العقد الواقع على بنت الأخ و الأخت. وإجازة الدّيان بيع الورثة، و إجازة المرتهن بيع الراهن و نحو ذلك.

الثاني: هل الأصل أن تكون الإجازة ناقلة أو كاشفة؟ لا ينبغي الارتياب في أنّ مقتضىٰ الأصل كون الرضا في عقد المكره ـ كالإجازة في عقد الفضولي و غيره ـ هو النقل، بعد البناء على كون الشرط في نفوذ العقد وجود الإجازة خارجاً كما هو ظاهر الأدلة، لا عنوان التعقب كما هو الشأن في شرطية الأجزاء اللاحقة في الصلاة للأجزاء السابقة، فيلتزم بالكشف.

و قد يقال: إنّ مقتضى الأصل هو الكشف، لأنّ إجازة العقد السابق عبارة عن الرضا بمضمون العقد، و هو نقل الملك حين تحققه.

لكن فيه: أنّ مضمون العقد ليس هو إيجاد المنشأ حين صدور الإنشاء. و فرق واضح بين تحقق الإنشاء في زمانٍ من باب أنّه لابدّ من وقوع كل زمانيٍّ في الزمان. و بين دلالة اللفظ على الإيجاد في زمان الانشاء،فلو كان مفاد «بعتُ: أو جدتُ البيع الآن» كما هو ظاهر النحويين في مفاد الأمر و النهي من كونهما موضوعين للطلب في الحال لكان الأصل هو الكشف.

و أمّا لو كان مفاده أصل إيجاد البيع، واستفيد وقوع المنشأ في الحال من جهات أُخرى كمقدمات الحكمة الجارية في الإجارة و النكاح و غيرهما التي هي كون المنشيء بصدد الإيجاد وعدم تقييد ماأنشأه بقيدٍ، وكذا الحال في البيع، فإنّ تلك المقدمات تقتضي وقوع المنشأ في حال الانشاء، لم يكن الرضا كاشفاً، بعد وضوح مدخلية الرضا في النقل بحيث يكون من قبيل تقييد الملكية بقيد متأخر، فلا تحصل الملكية بدون ذلك القيد.

و العاقدُ و إن لم يقيّد إنشاءه بقيدٍ، لكن تقييد الشارع بمنزلة تقييد نفس العاقد،

.....

فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه المتوقف على إجتماع جميع ما يعتبر في الحكم، و من المعلوم أن الإجازة مما يعتبر في ذلك، فما لم يتحقق الاجازة لا يحكم الشارع بالنقل.

و جواب بعض المحققين عن هذا «بأنّ ما أنشأه العاقد لا يتخلف بنظره عن زمان إنشائه، و التخلف إنّما يكون بنظر الشارع، و هو غير قادح في الكشف، إذ المجيز إنّما يجيز ما أوجده العاقد و عقده، و إن لم يدل لفظاً على الإيجاد في زمان التلفظ. لكن مقتضى وقوع الانشاء في ذلك الزمان و تحقق المنشأ بنظره ـ لتحقق كل إسم مصدر بإيجاد المصدر ـ هو حصول المنشأ في زمان الانشاء، فإذا أمضى المجيز ما أوجده العاقد نفذ من ذلك الزمان» غير مفيد، لأنّ الامور الاعتبارية لا تتحقّق إلّا باعتبار مَن بيده الاعتبار، و ليس العاقد ممّن بيده الاعتبار، بعد وضوح دخل الرضا في حصول الأمر الاعتباري. فنظر المنشيء لا أثر له، فتكون الاجازة كالقبول، و القبض في الصرف و السلم والهبة.

فالمتحصل: أنّ الأوفق بالقواعد هو النقل لا الكشف.

الثالث: بعد أن ثبت كون النقل مقتضى القواعد الأولية يقع الكلام في أنّ الكشف الحكمي الثابت في الفضولي تعبداً هل يثبت في المقام أيضاً أم لا؟ فيه وجهان بل قولان، من كون النص وارداً في النكاح، و من عدم خصوصية لإجازة المالك عقد الفضولي، بل كل ذي حق له أن ينفّذ العقد الواقع على متعلّق حقه. فعلى هذا يكون حكم الرضا اللاحق في عقد المكره حكم الاجازة في عقد الفضولي من حيث الأصل الأوّلي و الثانوي.

و من جملة الروايات الواردة في عقد الفضولي معتبرة أبي عبيدة الحذاء، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوّجهما وليّان لهما و هما غير مدركين؟ فقال:

.....

النكاح جائز، وأيّهما أدرك كان له الخيار ... قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية و رضي النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أترثه؟ قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله: ما دعاها إلى أخذ الميراث الّا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر» الحديث «١».

ثم إنّه ينبغي التنبيه على أمور:

الأوّل: أنّ الإكراه واقعي، و إعتقاد المكرَه به طريق إليه، فإذا إعتقد الاكراه، و باع داره بدون الطيب و الرضا، ثم تبيّن عدم الإكراه و أنه إشتبه في ذلك فالوجه البطلان، لوجود ملاك البطلان في الاكراه، و هو فقدان الرضا فيه.

الثاني: أنّه اذا زعم عدم الإكراه، فباع بطيب النفس بعض أمواله، ثم إنكشف الإكراه صحّ بيعه، لوجود الرضا.

الثالث: إذا أُكره على نفس البيع كبيع داره بدون قيد و شرطٍ، و باعها كذلك، و بعد زوال الإكراه أجازه مقيّداً كأن يقول: «رضيتُ ببيع الدار بشرط أن يكتب لي صحيفة سجادية» فقد حكم الفقيه المامقاني ﷺ بالبطلان «لأنّه ليس إجازة لما وقع، بل هو أمر مغاير له» «٢».

لكن فيه: أنّ معيار الصحة هو الرضا، و العقد السابق ما دام لم يلحقه الرضا لا يترتب عليه أثر، فإذا رضي بتمامه و بعضه صحّ لأجل الرضا، فهو كبيع ما يملك و ما لا يملك في أنّ العقد ينحل إلى عقدين أو عقود، في صحته بالنسبة إلىٰ بعض المبيع، و فساده بالاضافه الى بعضه الآخر.

«١» وسائل الشيعة ج ١٧، ص ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج الحديث ١. و لا يخفى أن هذه الرواية من أدلة إنتصاف المهر بالموت كالطلاق قبل الدخول.

«٢» غاية الآمال، ص ٣٤٠

.....

إلّا أن يقال: إنّ الشرط لم يقع في ضمن العقد حتى يجب الوفاء به، فالشرط باطل و العقد صحيح.

إلّا أن يدّعى: أنّ العقد قبل صدور الرضا لم يتم حتى يقع الشرط خارج العقد، بل المتمم له هو الرضا، فالشرط يقع في ضمن العقد، فيصح كل من الشرط و العقد.

الرابع: عكس الثالث و هو ما إذا أكره على بيع مال مقيّداً، كما إذا أُكره على بيع داره مشروطاً بأنْ يقبل ولاية الجائر، وبعد زوال الإكراه رضي بالبيع بدون قبول الولاية، ففي حاشية المامقاني ﷺ «عدم كون الرضا مفيداً للصحة، لمغايرة العقد الواقع لما تعلّق به الإجازة. و ليس هذا مثل العفو عن الشرط المقيّد به العقد و إسقاطه، لتحقق العقد و الشرط هناك، إلّا أنه أسقط حقه الثابت سابقاً. و هنا أنشأ إجازة عقد لم يقع، ضرورة أن الواقع غيره. إلّا أنْ يقصد إمضاء العقد المقيّد، ثم يُسقط حقّه، و هو خارج عن المفروض»[1].

و فيه: أنّ الشرط خارج عن ماهية العقد، و إلتزام مرتبط بالإلتزام العقدي، و لذا نقول بعدم مفسدية الشرط الفاسد، و عليه فلا مانع من التفكيك بين الالتزامين بالصحة في العقدي، و الفساد في الالتزام الشرطي. و عليه فدفع الشرط بعدم الالتزام به أولىٰ من رفعه بإسقاطه بعد الإلتزام به، لأهونيّة الدفع من الرفع، و ما ذكره المامقاني ﷺ مبني على وحدة المطلوب و كون الشرط قيداً.

«١» غاية الآمال، ص ٣٤٠

مسألة[1]:

و من شروط المتعاقدين إذنُ السيد لو كان العاقد عبداً، فلا يجوز[2] للمملوك أن يوقع عقداً إلّا بإذن[3] سيّده، سواءٌ كان

الشرط الرابع: إذن السيد لو كان العاقد عبداً

١) الغرض من عقد هذه المسألة بيان إعتبار شرط رابع في المتعاقدين، و هو إستقلالهما بمعنى كونهما مالكين للعقد و مسلّطين عليه شرعاً.

و بعبارة أُخرى: يعتبر فيهما أن يكون لهما ولاية البيع و نفوذ التصرف شرعاً من دون توقف عقدهما على مراجعة غيرهما، و من صغريات هذه الكبرى مسألة عقد المملوك، فلعلّ عنوان المسألة بهذا العنوان العام أولى.

٢) أي: فلا يمضي ولا ينفذ شيءٌ من إنشاءاته العقدية والإيقاعية إلّا بإذن سيده، فالمراد بعدم الجواز عدم الحكم الوضعي، حيث إنّ المصنف ﷺ جعل إذن السيد من شرائط المتعاقدين الراجعة إلى تنفيذ الإنشاء العقدي، و إن كان غير إنشاءاته من حيث الحكم التكليفي جوازاً و منعاً أيضاً محل البحث و الكلام.

٣) الظاهر أنّ المراد به أعمّ من الإذن و الإجازة كما يظهر من الرواية الآتية و الغرض منه عدم إستقلاله في التصرف، و عدم نفوذه إلّا برضا السيد.

و كيف كان فالمصنف ﷺ على ما يستفاد من مجموع كلماته يذهب إلى عدم جواز تصرفاته، أي عدم نفوذ تصرفاته إلّا بإذن السيّد أو إجازته، فلا يستقل المملوك

لنفسه[١] في ذمته، أو بما[٢] في يده، أم لغيره[٣]، لعموم أدلّة عدم إستقلاله في أُموره[٤]، قال الله تعالى: ﴿ ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ﴾«١».

و عن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام «قالا: المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلّا بإذن سيده، قلت: فإنْ كان السيد زوّجه بيد مَن الطلاق؟ قال: بيد السيِّد، ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء، أفَشيءٌ الطلاق»«٢».

في العقود و الإيقاعات و التوكُّل عن الغير، فالمنفي هو الاستقلال لا مطلقاً و لو مع الإذن.

١) بأن يشتري شيئاً لنفسه بمال خارجي أو في ذمته، أو باع شيئاً كذلك أي مالاً خارجياً أو في ذمته.

٢) معطوف على «في ذمته» يعني: أنّ كل معاملة يُوقعها لنفسه مطلقاً ـ من البيع و الشراء بالعين الخارجية أو في الذمة ـ موقوفة على إذن السيد و إجازته.

و قوله: «سواء كان لنفسه في ذمته ... الخ» إشارة إلى الخلاف الذي أشار إليه في التحرير بقوله: «لو باع العبد ما في يده باذن سيّده صحّ، و بغير إذنه يقف على الاجازة. و كذا لو إشترى في الذمه قال الشيخ رحمه الله: «الأقوى أنّه لا يصح شراؤه»«٣».

٣) معطوف على «لنفسه» يعني: معاملته لغيره ـ سواء أكانت بالعين أم في الذمة ـ لا تنفذ إلّا باجازة السيد.

٤) هذا أحد الأدلة التي أقامها على المدّعى، و هو عدم نفوذ تصرفاته و توقفه على إذن السيد، فالمراد بعدم القدرة عدم إستقلاله، و عدم القدرة صادق على عدم الاستقلال.

«١» سورة النحل الآية ٧٥

«٢» من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٥٤١، الباب ١٧٣ ح ٤٨٦٠، عنه في وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٤٣، الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١ وإسناد الفقيه إلى زرارة صحيح، فالرواية صحيحة.

«٣» تحرير الاحكام، ج ١، ص ١٦٤

و الظاهرُ[1] من القدرة ـ خصوصاً بقرينة الرواية[2] ـ هو الإستقلال،

---

١) توضيحه: أن الآية الشريفة نَفَتْ قدرة العبد على شيءٍ من الأشياء، و ظهورها البدوي في إسقاط كافة تصرفات العبد عن موضوعيّتها لِلآثار، و ذلك لأمرين:

أحدهما: ظهور نفي القدرة في كون المنفي مطلق القدرة، أي كون فعله كالعدم، فلا هو تمام الموضوع و لا جزؤه، لا كون المنفي خصوصَ الاستقلال الموجود في الحر.

ثانيهما: ظهور النكرة في سياق النفي ـ أعني به كلمة شيء ـ في الشمول، فلا يترتب على قول العبد و فعله أثر أصلاً.

لكن المانع عن الأخذ بهذا الظهور و الموجب لحمل عدم القدرة على نفي الاستقلال هو موضوعية بعض أفعاله للأحكام بالضررورة كإتلافه مال الغير و جنايته عليه، فيتعين أن يراد بالشيء الأمور الاعتبارية المتقوّمة بالقصد و الإنشاء كالملكية و الزوجية و البينونة و نحوها، فيقال: إنّ الحر مستقل في هذه التصرفات، بخلاف العبد، لتوقف نفوذها على إذن السيد.

هذا مع الغض عن تطبيق «الشيء» في معتبرة زرارة على النكاح و الطلاق، و أمّا بالنظر إلى التطبيق فلا يبقى شك في عدم إرادة نفي مطلق القدرة، ولا في عدم شمول «الشيء» لمطلق أفعال العبد و تصرفاته، و لذا عبّر المصنف ﷺ عنه بقوله: «خصوصاً».

٢) قرينيّتها إنّما هي بملاحظة تعليق جواز النكاح و الطلاق و نفوذهما على إذن السيد، و يعلم من ذلك عدم إستقلاله و كون إذن السيد جزءاً أخيراً لموضوع الصحة و النفوذ، لا أنّ إنشاءه كالعدم نظير صوت البهائم، و إلّا لم يُجدِ مُجرَّدُ إذن السيد في الصحة، بل كان اللازم تجديد العقد.

فيظهر أن المراد بالقدرة ـ في الآية الشريفة ـ هو الاستقلال، فالمنفي هو القدرة

إذ[١] المحتاج إلى غيره في فعل غير قادر عليه، فيعلم عدم إستقلاله فيما يصدق عليه أنّه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى، فهو[٢] شرعاً بمنزلة العدم لا يترتب عليه الأثر المقصود منه[٣] لا[٤] أنّه لا يترتب عليه حكم شرعي أصلاً كيف[٥]؟ و أفعالُ العبيد موضوعات لأحكامٍ كثيرة كالأحرار.

الثابتة في الأحرار، و من المعلوم أنّها فيهم هو الاستقلال.

١) تعليل لكون المراد بالقدرة المنفية في الآية الشريفة هو الاستقلال، لا القدرة المطلقة، و حاصل التعليل: أنّ عدم القدرة صادق على عدم الاستقلال كصدقه على عدم القدرة المطلقة. و القرينة على إرادة هذا الفرد ـ أي عدم الاستقلال ـ من الآية المباركة هي ما ذكرناه من تعليق الصحة في الرواية على إذن السيد، لا على تجديد إنشاء النكاح و الطلاق. و المراد عدم قدرة العبد بالاستقلال على المسبّبات التي هي معاني أسماء المصادر كالملكية في البيع، و الزوجية في النكاح، و غير ذلك من آثار العقود و الإيقاعات.

و أمّا القدرة على أسبابها ـ بمعانيها المصدرية كإجراء صيغ العقود و الإيقاعات فهي حاصلة في الأحرار و المماليك.

٢) شبه جواب الشرط لقوله: «فكلٌّ ما صدر».

٣) لأنّه مقتضى دخل إذن السيد، فإنّ ترتب كل أثر شرعي تكليفي أو وضعي منوط بتمامية موضوعه بما لَه من الأجزاء و الشرائط، فإنتفاء جزءٍ أو شرطٍ من الموضوع يوجب إنتفاء الأثر المقصود المترتب عليه، سواء أكان عقداً أم إيقاعاً، لعدم تمامية موضوعه.

٤) عاطفة، يعني: ليس المراد عدم ترتب أثرٍ شرعي مطلقاً، بل خصوص الأثر المقصود من ذلك الفعل كالملكية المقصودة من البيع.

٥) يعني: كيف يمكن الحكم بعدم ترتب الأثر أصلاً على فعل العبد؟ مع أنّ

و كيف كان[1] فإنشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون إذن المولىٰ، أمّا مع الإذن السابق فلا إشكال[2]. و أمّا مع الإجازة اللّاحقة فيحتمل

أفعاله كأفعال الحُرّ في موضوعيّتها لأحكامٍ شرعية كإتلافاته و جناياته و غير ذلك.

و بالجملة: فيستفاد من هذه الصحيحة أنّها عليها الصلاة و السلام إستدلّا بالآية الشريفة علىٰ عدم نفوذ طلاق العبد و نكاحه بدون إذن السيد على نحو الشكل الثالث، بأن يقال: الطلاق شيء، و العبد لايقدر على شيء، فالعبد غير قادر على الطلاق.

بل يمكن أن يكون على سبيل الشكل الأول، بأن يقال: «الطلاق شيء، و كل شيءٍ لا يقدر عليه العبد، فالطلاق لا يقدر عليه العبد إلّا إذا إنضمّ إليه إذن السيد» بخلاف طلاق الحُرّ، فإنّ طلاقه نافذ، لإستقلاله و عدم الحاجة إلى إنضمام إذن غيره، فيستفاد من هذه الصحيحة أُمور:

الأوّل: أنّ العبد غير مستقل في التصرف، بل نفوذه منوط بإذن سيده.

الثاني: أنّ الاذن السابق على العقد يؤثر في الأثر المقصود منه.

الثالث: أنّه ليس تصرفه الإنشائي كإنشاء المجنون و الصبي غير المميِّز في عدم نفوذ إنشائه و لو بإذن الولي أو إجازته كما عن المشهور، بل يترتب الأثر المقصود على إنشاء العبد المأذون.

١) يعني: سواء لم يترتب على فعل العبد أثر أصلاً ـ مقصوداً كان أم غير مقصود ـ أم لم يترتب عليه خصوص الآثار المقصودة، فعلى كُلٍّ من الاحتمالين لا يترتب على إنشاءاته آثارُها لو صدرت منه بلا إذن مولاه.

٢) يعني: فلا إشكال في نفوذ إنشاءاته الصادرة منه مع الإذن السابق من المولىٰ من غير فرقٍ في ذلك بين إنشاءاته العقودية و الإيقاعية.

عدم الوقوع[١]، لأنّ[٢] المنع فيه ليس من جهة العوضين اللّذين يتعلّق بهما حق المجيز، فله[٣] أن يرضىٰ بما وقع على ماله من التصرف في السابق و أن لا يرضىٰ بل المنع من جهةٍ راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر، و ما صدر علىٰ وجهٍ لا يتغيّر[٤] منه بعده.

و بتقرير آخر[٥]: انّ الإجازة إنّما تتعلّق بمضمون العقد و حاصِلِه أعني إنتقال المال بعوضٍ. و هذا[٦] فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولىٰ قطعاً،

---

١) أي: عدم وقوع الآثار المقصودة من تلك الإنشاءات كالملكية في إنشاء البيع، و الزوجية في إنشاء النكاح، و هكذا.

٢) علّة لعدم إجداء الإجازة في وقوع إنشاءات العبد المتعقب برضا السيد. و محصل التعليل: أنّ المانع عن الصحة ليس راجعاً إلى العوضين حتى يكون السيد مختاراً في الإجازة و عدمها، كي يقال: إنّ العوضين في المفروض ليسا ملكاً له، بل هما ملك لغيره، فلا موجب لإجازته. بل المانع هو نفس الإنشاء الصادر الذي صدر بدون إذن السيد بنحو الاستقلال، و هو لا يتغيّر عما وقع عليه، ولا يخرج عن الكيفية الصادرة.

٣) هذا متفرع على المنفي، و هو كون المنع من جهة العوضين حتى يكون رضا المالك المتأخر مصحّحاً للتصرف السابق.

٤) يعني: لا يتغيّر العقد من ذلك الوجه ـ و هو الاستقلال ـ بعد صدوره.

٥) توضيحه: أنّ الإجازة وظيفة مَن لَه تعلُّقٌ بمضمون العقد و نتيجته التي هي معنىٰ إسم المصدر كالملكيّة في البيع مثلاً، فالمجيز يجيز العقد و يرضىٰ بانتقال ماله إلى الغير بإزاء ماله. و أمّا إذا لم يكن له تعلق بمضمون العقد ـ كالمفروض من كونه أجنبياً عن العوضين ـ فلا مورد للإجازة، لأنّها إنما تتعلق بنتيجة العقد لا بمعناه المصدري.

٦) أي: الانتقال ـ الذي هو معنى إسم المصدر ـ أجنبي عن المولىٰ، فلا يناط برضاه.

إذ المفروض أنّه أجنبي عن العوضين[١]، و إنّما لَه[٢] حقٌّ في كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده، فإذا وقع[٣] على وجه يستقل به العبد فلحوق الإجازة لا يُخرجه[٤] عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً (*).

---

١) لعدم كونها ملكاً له، فلا معنى لإجازة مَن ليس له علاقة بالعوضين للعقد الواقع عليهما.

٢) يعني: و إنّما للمولىٰ حقٌّ في قيام إنشاء هذا المضمون بعبده.

٣) يعني: فإذا وقع العقد على وجهٍ و هو الاستقلال ـ كما هو المفروض ـ فلحوق الاجازة ... الخ.

٤) يعني: لا يُخرج لحوقُ الإجازة العقدَ الواقع على وجه الاستقلال عن الاستقلالية.

(*) لا ريب في أنّ العبد ليس كالحر مستقلاً في تصرفاته، كما أنّه ليس كالمجانين حال جنونهم في عدم ترتب أثرٍ على أفعاله من عباداته و معاملاته، بل هو برزخ بين الحر العاقل و المجنون.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ في تصرفات العبد ثلاثة أقوال:

أحدها: أنّه محجور عن كل تصرفٍ إلّا ما يتوقف عليه ضروريّات معاشه التي جرت السيرة على عدم الاستيئذان فيها من السيّد، و كذا واجباته البدنيّة ـ مثل الصلاة و الصوم و الطهارة. فليس له الإتيان بالمباحات غير الضرورية إلّا بالاستيذان، فليس له حركة اليد ولا المشي إلى مكان مباح حتى وضع أقدامه على دار السيد إلّا بإذن السيد.

ثانيها: نفوذ جميع تصرفاته إلّا ما يكون تصرفاً في سلطنة المولىٰ فتَنفذ جميع تصرفاته التي لا تنافي حقّ المولى، كأن يتوكّل عن غيره في إجراء عقد أو إيقاعٍ أو قبض مالٍ أو أداء دين أو نحوها.

.....

ثالثها: عدم جواز تصرفه في كل ما يعد عرفاً شيئاً معتداً به، سواء تعلّق بأموال سيّده من عقد أو إيقاع، أم تعلق بأموال نفسه بناءً على مالكيته شرعاً، أم تعلق بأموال سائر الناس من التصرف فيها بعقد أو إيقاع، فإنّ صحة جميع ذلك موقوفة على إذن السيد أو إجازته.

و بالجملة: كل تصرف ـ من دون تقيده بقيد و بقسم خاص ـ لغو، إلّا مع إذن السيد أو إجازته، فلا يجوز إجراء صيغة الوكالة لغيره إلّا بإذن السيد.

والمصنف إختار هذا الوجه الثالث، لذهابه إلى عدم جواز إيقاع المملوك عقداً إلّا بإذن سيده، من غير فرق بين كون العقد أو الإيقاع لنفسه أم لغيره. فمرجع هذا الكلام إلى نفي استقلال المملوك في التصرفات التي يتوقف عليها الحكم الوضعي.

هذه أقوال المسألة.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

و لا بأس قبل بيان الحق بتقديم أمر، و هو: أنّ الأصل الأوّلي في أفعال المملوك عدم وجوب الاستيذان من السيد في شيء من أفعاله وكونها كأفعال الحرّ في عدم توقف جوازها تكليفاً و وضعاً على إذن المولى، للعمومات و الإطلاقات الشاملة لكل من الأحرار و المماليك، إلّا فيما قيّد موضوعه بالحرية أو عدم الرقية، و هذا الأصل متّبع إلّا إذا قام دليل على خلافه، فنخرج به عن مقتضى الأصل بمقدار دلالة الدليل المخرِج عليه.

فنقول و به نستعين: إنّ ما دلّ على توقف نفوذ أفعال المملوك على إذن السيّد روايتان:

الأُولى: معتبرة زرارة عنهما عليهما السلام المذكورة في المتن.

و لا يراد من عدم جواز نكاح العبد و طلاقه فيها حرمتهما تكليفاً، إذ لو كان

.....

محرّمين شرعاً لم يكن وجهٌ لجوازهما بإذن السيد كإذن مالك السلعة بيعها ربوياً مثلاً، فإنّ الإذن لا يسوّغه، لأنّ البيع الربوي معصية له تعالى ولايصححه إذن مالك السلعة أو إجازته، حيث إنّ إذن السيد حق خلقي لا يترتب على تضييعه إلّا مخالفة حق الناس، ومعصية السيد. و لا ربط له بحكم إلهي كحرمة الغصب، فإنّ مادلّ على حرمة التصرف في مال الغير يدل على الحرمة التكليفيّة، و أنّ موضوع جواز التصرف في مال الغير هو إذن المالك، وطيب نفسه بالتصرف، و أنّ التصرف تجاوز على الغير و ظلم عليه، و هو قبيح عقلاً و حرام شرعاً.

و هذا بخلاف النكاح و الطلاق، فإنّهما في نفسهما جائزان تكليفاً، غاية الأمر أنّ شرط صحتهما في المملوك إذن السيد أو إجازته.

الرواية الثانية: ما رواها الصدوق أيضاً في الباب المشار إليه عن إبن بكير عن زرارة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن مملوك تزوّج بغير إذن سيده؟ فقال: ذلك إلى السيد إن شاء أجاز، و إن شاء فرق بينهما. فقلت: أصلحك الله إنّ الحكم بن عيينة و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، فلا يحلّ إجازة السيد له. فقال: إنّما عصى سيده و لم يعص الله، فإذا أجاز له فهو جائز»[1].

و المراد بالمعصية هو التعدي عن أحكام الله و حدوده و مخالفة قوانينه، و لا فرق في عصيانه تعالى شأنه بين فعل المحرّمات و ترك الواجبات، و بين الإتيان بالعقود و الايقاعات على النحو غير المقرّر فيها كإنشائها بدون شرائطها، أو مع وجود موانعها، فإنّ هذه المعصية لا ترتفع بإجازة المولى، لأنّه معصية الخالق، ولا ربط لها بمعصية السيد

«١» وسائل الشيعة ج ١٤، ص ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، ح ١ موثقة ـ بإبن بكير ـ بطريق الصدوق، و صحيحة بسند الكليني لعدم وجود إبن بكير في طريق الكافي.

.....

حتى ترتفع بإجازته. فالعقد في نفسه لعدم جامعيته للحدود ـ التي حددها الله تعالى فيه كمجهولية العوضين أو ربوية المعاملة و نحو ذلك ـ غير نافذ.

و يستفاد من هذه الموثقة أنّ كل تصرف إنشائي فيه عصيان السيد و تفويت حق سيادته غير نافذ. فالخارج عن العمومات و إطلاقات العقود و الإيقاعات هو الإنشاء غير المقرون برضا السيد. و لو شكّ في خروج الإنشاء المتعقب بالرضا، فمقتضى أصالة العموم عدم خروجه عن العمومات، و كون العقد المتعقب بالاجازة كالعقد المسبوق بالإذن نافذاً. فالمتيقّن خروجه عن عمومات العقود و الإيقاعات هو عقد العبد الخارج عن حيطة رضا السيد و غير المقرون بطيب نفسه.

هذا مضافاً إلى دلالة موثقة زرارة المتقدمة التي فيها «ذاك الى السيد إن شاء أجاز وإن شاء فرّق بينهما» على كون الإجازة كالإذن سبباً لنفوذ العقد.

ثمّ إنّ الحق كون المستفاد من الآية و الروايتين المذكورتين ـ بعد ملاحظة إرادة القدرة الشرعيّة من قوله تعالى «لا يقدر على شيء» لوضوح قدرة المملوك تكويناً على الأفعال الخارجية التي منها الإنشاءات العقدية و الإيقاعية ـ هو نفي القدرة المستقلة الثابتة للأحرار على النتائج المترتبة عليها كالملكية و الزوجية و غيرهما، فترتبها على تلك الإنشاءات منوط بإذن السيد أو إجازته.

ثمّ إن الظاهر إختصاص التوقف على الإذن أو الإجازة بما يتعلّق بنفس العبد كالنكاح و الطلاق، ولو بُني على التعدي عن مورد الروايتين يتعدّى إلى كل ما يتعلق بنفسه كبيعه و صلحه و جعالته، إذ المراد بالشيء في الآية المباركة ليس كل شيء بالضرورة، لقدرته على كل ما يقدر عليه الحر من الأكل و الشرب و سائر الأمور، بل المراد بقرينة الروايات هو الإنشاء الصادر من العبد لنفسه من نكاح و طلاق. و بإلغاء خصوصية المورد يتعدى إلى غيرهما من الانشائيات.

إلّا[1] أنّ الأقوى هو لحوق إجازة المولىٰ (*)،

---

١) غرضه أنّ الإجازة اللاحقة كالإذن السّابق توجب نفوذ إنشائه، و هذا عدول عما أفاده قبل أسطر بقوله: «فيُحتمَل عدم الوقوع، لأنّ المنع فيه ليس من جهة العوضين... الخ».

فإذا باع لنفسه توقف نفوذه على إذن السيد أو إجازته، فتوكله عن الغير ـ فضلاً عن إجراء عقد الوكالة للغير ـ لا مانع منه إلا إذا كان منافياً لحقّ سيّده، فحينئذٍ يتوقف على إذنه. و كذا إنشاءاته لغيره، فإنّها نافذة. و إعتبار عدم المنافاة لحق السيد إنما هو لأجل قوله عليه السلام في الموثقة: «إنّما عصى سيده» فإن لم يكن تصرفه منافياً لحق المولى و معصيةً له جاز ذلك مع إذن ذلك الغير له في الإنشاء العقدي أو الإيقاعي. و أما بدون إذن و ذلك الغير فلا يجوز أي لا ينفذ تصرفه الانشائي في مال السيد و غيره، لا لأجل المملوكية، بل لكونه تصرفاً في مال الغير بدون إذنه، فيندرج في الفضولي.

فالفرق بين هذا الاستظهار و بين قول الشيخ ـ وهو منعُ العبد عن كل تصرف يعدّ شيئاً معتداً به عرفاً كالإنشاءات، سواء تعلّق بنفسه أم بغيره سيّداً كان أم غيره حتى إجراء صيغة الوكالة لغيره، فإنّ نفوذ جميعها منوط بإذن سيده ـ هو أنّ إنشاءات نفس العبد لا تنفذ إلا بإذن السيد أو إجازته، و أمّا الانشاءات المتعلقة بغيره فتنفذ بدون إذن السيد إلّا مع المنافاة لحقه.

(*) قد يورد عليه بأنّ الإثبات متفرع على الثبوت، فإن كان مقام الثبوت ممتنعاً فلا يبقى مجال الإمكان لمقام الاثبات. بيانه: أن قول المصنف رحمه الله: «و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده» ظاهر في الامتناع، و مع إمتناع مقام الثبوت و عدم إمكان تغيره عمّا وقع عليه كيف يمكن التمسك بالوجوه المذكورة في المتن

لعموم[1] أدلة الوفاء بالعقود (*)

---

١) هذا وجه لحوق الاجازة بالإذن، و محصّله: أنّ عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ عموم أفرادي و أزماني، و مقتضاه لزوم الوفاء بكل فردٍ من أفراد العقود في كل زمان من الأزمنه، على كل شخصٍ من الأشخاص الذين أنشأوا العقود سواء أكان حُرّاً أم عبداً، و سواء صدر منه بالاستقلال أم برضا المالك.

لإثبات لحوق الإجازة بالاذن في التأثير؟ مع وضوح تبعية الإثبات إمكاناً و إمتناعاً لمقام الثبوت.

لكن يندفع هذا الاشكال بأنّ إتصاف العقد بالاستقلال مع تعلّق حقّ الغير به منوط بعدم رضا صاحب الحقّ به، فإذا لم يرضَ ذو الحق به إتّصف بالاستقلال، و إذا رضي به كشف رضاه عن عدم إستقلاله، فالعقد يكون مراعى، لا أنّه يقع بالاستقلال و متّصفاً به بمجرد صدوره حتى يستشكل عليه باستحالة تغيّره عمّا وقع عليه.

هذا كله مضافاً إلى: لغوية الاستقلال و عدم موضوعيته لحكم شرعي، و المدار على نفس الإنشاء و هو مورد الإجازة، لا الإنشاء المتصف بالاستقلال حتى يقال بالاستحالة و إمتناع إنقلابه عمّا وقع عليه. نظير إجازة المالك لبيع الفضولي إذا باع الفضولي لنفسه، فإنّ المجاز هو نفس العقد، و قصد كون البيع لنفس الفضولي لغو ليس ملحوظاً في الإجازة.

و إلى: أنّ المجاز حقيقةً هي نتيجة العقد أعني بها معنى إسم المصدر كالملكية لا الألفاظ الصادرة من العبد الملحوظ فيها إستقلال المتكلم بإيجادها.

(*) هذا مبني على كون الزمان مفرّداً، بأن يكون كل قطعة من قطعات الأزمنة فرداً للعام، إذ بناءً على كونه ظرفاً لاستمرار الحكم يكون المرجع إستصحاب عدم وجوب الوفاء.

و المخصِّصُ[1] إنّما دلّ على عدم ترتب الأثر على عقد العبد، من دون مدخلية

---

١) غرضه دفع إشكالٍ، و هو: أنّ العام بعد تخصيصه ـ بما دلّ على عدم نفوذ العقد الصادر من العبد على وجه الاستقلال ـ يُعنون بنقيض الخاص، فكأنّه قيل: «أوفوا بكل عقدٍ إلّا الصادر من العبد بدون إذن مولاه».

و دفعه بأنّ المخصص لا يدلّ على بطلان عقده الصادر على وجه الاستقلال، و من المعلوم أنّه كما يرفع الإذنُ إستقلالَ العبد، كذلك يرفعه الإجازة التي هي رضا بما أنشأه،و لا يدلّ على مدخلية خصوص الإذن السابق حتى لا يجدي الإجازة اللاحقة، فإنّ لحوق الرضا بالعقد بعد وقوعه كافٍ في رفع إستقلال العبد، فيعمه دليل «أوفوا بالعقود».

و بعبارة أُخرى: الخارج عن عموم «أوفوا» هو العقد الصادر من العبد كالصادر من الحُرّ من حيث الاستقلال، و يكفي في رفع الاستقلال رضا السيد وإجازته، و لا خصوصية للإذن.

إلّا أن يقال: بالفرق بين التخصيص من الأوّل و بينه في الأثناء بالرجوع إلى العام في الأوّل، لأنه مبدء تشريعه و إلىٰ إستصحاب حكم الخاص في الثاني كما قرر في الاصول، وقد ذكرنا شطراً من الكلام في شرحنا على الكفاية، فراجع«١».

ثم إنّه يستفاد من التمسك بمثل «أوفوا» منع إنحصار المقتضي لتصحيح عقد العبد في خصوص الإذن، كما أنّ الروايات التي استدلّ بها المصنف ﷺ لتصحيح عقد العبد بإجازة السيد كإذنه دليل على مصحّحيّة الإجازة كمصحّحية الإذن.

«١» منتهى الدراية، ج ٧، ص ٧٠٦ ـ ٧١١

المولىٰ أصلاً سابقاً و لاحقاً، لا مدخليةِ[١] إذنه السابق[٢]. ولو شكّ أيضاً وجب[٣] الأخذ بالعموم في مورد الشك.

و تؤيِّد إرادةَ الأعم من الإجازة الصحيحةُ[٤] السابقة

---

١) بالجرّ معطوف على «عدم» أي: و لا يدلّ المخصَّص علىٰ مدخلية إذنه السابق.

٢) حتى يقال: إنّ الإجازة لا تجدي و لا تُدرجه في عموم «أوفوا بالعقود».

٣) لأنّ المرجع في المخصِّص المنفصل المجمل المردّد بين الأقل و الأكثر هو المتيقن منه أعني الأقل، و هو في المقام عقد العبد الصادر منه بدون إذنٍ سابق، و لا إجازة لاحقة من السيد. فالخارج من عموم «أوفوا» هو العقد المجرّد عن الإذن والإجازة، وفي غيره يتمسك بالعموم (*).

٤) بالرّفع فاعل «و تؤيّد» و هي صحيحة زرارة المروية عن الإمامين أبي جعفر و أبي عبدالله عليهما السلام: «المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلّا بإذن سيده» بتقريب: أنّ الإذن أعم من السابق و الاجازة اللاحقة.

و لم يظهر تقريب أعميّته، لأنّ الإذن هو الترخيص في إيقاع شيء، و الإجازةُ هي الرّضا بما وقع، و لا جامع بينهما، إذ الاجازة في دليلٍ لا يوجب إرادة الأعم منها ومن الإذن الوارد في دليل آخر بعد كونهما مثبتين. و لعلّ هذا وجه التعبير بالتأييد دون الدلالة.

(*) و أورد عليه المحقق النائيني قدس سره بعدم إجمال المخصص، لأنّ الإذن ظاهر في الترخيص في إيجاد شيء، و الرّضا هي الرضا بوقوع شيءٍ، و كلٌّ منهما مغاير للآخر. و مع عدم إجمال المخصِّص لا وجه للأخذ بالقدر المتيقن حتىٰ يتمسك بالعموم و يحكم بصحة تصرف العبد مع الإجازة اللّاحقة، بل يحكم بالبطلان، إذ المصحِّح لعقد العبد هو الإذن، و ذلك مفقود في العقد المتعقب بالاجازة«١».

«١» منية الطالب، ج ١، ص ٢٠٨

فإنّ[١] جواز النكاح يكفيه لحوق الاجازة، فالمراد بالإذن[٢] هو الأعم، إلّا[٣]

---

١) هذا تقريب تأييد الصحيحة لإرادة الأعم من السابق و اللّاحق. و محصل وجه التأييد: أنّه ثبت بأخبارٍ خاصةٍ تصحيحُ الإجازة نكاحَ العبد الواقع بدون إذن السيد، فهذا يكشف عن كون المراد بالإذن في الصحيحة أعمّ من السابق و اللّاحق.

و من جملة تلك النصوص موثقة زرارة المتقدمة، قال: «سألته عن مملوكٍ تزوّج بغير إذن سيّده؟ فقال: ذاك إلى سيّده إن شاء أجازه، و إن شاء فرّق بينهما» الحديث، فإنّه صريح في أنّ الإجازة تجدي في صحة العقد كالإذن. و عليه فيكفي في صحة إنشاء العبد رضا السيد المبرَز، سواء أكان سابقاً على إنشاء العبد أم لاحقاً له.

٢) أي: الإذن الوارد في صحيحة زرارة المتقدمة.

٣) إستثناءٌ من كون المراد بالإذن في الصحيحة المذكورة هو الأعم من السابق و اللّاحق، و محصّله: أنّ الطلاق ليس كالنكاح في صحته بالإجازة إذا وقع بدون إذن السيد، إذ الطلاق خرج بدليلٍ خاص، و لولا التخصيص لَحكمنا بكفاية رضا السيد بَعدَ طلاق العبد.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

و الإشكال عليه بما في تقرير سيدنا الخوئي قدس سره «من توقف عدم إجمال المخصص على ظهور الإذن في الإذن السابق، و هو أول الكلام»[١] غير ظاهر، إذ لا ينبغي الارتياب في ظهوره في الترخيص في إيقاع شيءٍ، في قبال ظهور الاجازة في الرضا ببقاء ما وقع. و لا فرق في هذا الظهور بين موارد إستعمال كلمة الإذن، فمقتضىٰ القاعدة بطلان عقد العبد بدون الإذن ولو مع الإجازة اللّاحقة، لأنّ المصحح لعقده خصوص الاذن.

(*) جواز النكاح بالاجازة لنصوص خاصة لا يوجب إرادة الأعم من الإذن في الصحيحة، بل تكون الاجازة بتلك النصوص كالإذن في صحة النكاح.

«١» مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٣٤٦

أنّه خرج الطلاق بالدليل. و لا يلزم[١] تأخير البيان، لأنّ[٢] الكلام المذكور مسوق لبيان نفي إستقلال العبد في الطلاق، بحيث[٣] لا يحتاج إلىٰ رضا المولىٰ أصلاً، بل و مع كراهة المولىٰ كما يرشد إليه[٤] التعبير عن السؤال بقوله: «بيد من الطلاق؟».

---

١) هذا جواب عن إشكالٍ، و هو: أنّه إذا كان الإذنُ في الصحيحة المتقدمة «المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلّا بإذن سيده» أعمَّ من الإذن السابق و الإجازة اللّاحقة، و المفروض أنّ الإجازة لا تفيد في الطلاق كما إعترف به و صرّح بخروجه عن هذا الاطلاق بالدليل، فيلزم حينئذٍ تأخير البيان عن وقت الحاجة، حيث إنّ الإمام عليه السلام لم يذكر في الصحيحة خروج الطلاق عن الإذن اللاحق عند قوله عليه السلام: «المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه» و من المعلوم إمتناع تأخير البيان لا لمصلحةٍ. فلا وجه لإرادة الأعم من الإذن السابق.

و محصل الجواب عن الاشكال هو: أنّ الإذن و إن كان أعم من الإجازة اللاحقة بقرينة عقد النكاح، إلّا أنّ الكلام مسوق لبيان نفي إستقلال العبد في الطلاق، و أنّه باطل بدون إذن سيده، و ليس مسوقاً لبيان جميع الخصوصيات المعتبرة في طلاق العبد حتى يلزم ـ من عدم بيان عدم تأثير الإجازة اللّاحقة فيه ـ تأخيرُ البيان عن وقت الحاجة بترك عدم تأثير الإجازة في الطلاق الواقع عن العبد إستقلالاً.

٢) هذا جواب عن الاشكال المذكور، و قد مرّ آنفاً توضيحه بقولنا: «و محصل الجواب عن الاشكال ... الخ».

٣) قيد للمنفي يعني: إستقلال العبد و إستبداده، بحيث لا يحتاج نفوذ طلاقه إلى رضا المولىٰ، بل كان مستقلّاً حتى مع كراهة المولىٰ للطلاق.

٤) أي: يُرشِدُ إلى كون الكلام مسوقاً لبيان نفي إستقلال العبد في الطلاق قولُ الإمام عليه السلام في مقام السؤال عمّن بيده الطلاق: «بيد مَنْ الطلاق؟» فإنّ ظاهر هذا التعبير هو السؤال عمّن يكون مسلّطاً على الطلاق بالاستقلال.

و يؤيّد المختار[1] ـ بل يدلّ عليه ـ ما ورد[2] في صحة نكاح العبد الواقع

---

١) و هو ما قوّاه من كون الاجازة اللاحقة كالإذن السابق مؤثرةً فى صحة عقد العبد.

٢) هذا وجه آخر يدلّ على كون إجازة السيد موجبةً لصحة نكاح العبد الواقع بدون إذنه، و هذا يدل عليه بنحوين:

أحدهما: أنّ عقد العبد لنفسه تصحّحه الإجازة اللاحقة، فإنّ مقتضىٰ العموم المستفاد من ترك الإستفصال هو عقده لنفسه. لا عقد الغير له، حتى يخرج بذلك عن عنوان عقد المملوك،و يندرج في عقد الفضولي الذي لا ربط لصحته بالإجازة اللّاحقة بصحة عقد العبد بإجازة المولى، وصحةُ عقد نكاح المملوك بالإجازة تستلزم صحة جميع العقود الصادرة منه الملحوقة بالإجازة بالأولوية.

ثانيهما: أنّ تعليل الحكم بصحة العقد بالإجازة بـ«عدم عصيان الله تعالىٰ» يدلّ على أنّ المعيار في بطلان العقد هو مخالفته تعالىٰ شأنه، كالمعاملة على الخمر و الميتة و غيرهما مما حَرّمه الله تعالىٰ، دون مخالفة المولىٰ، فإنّها ترتفع بالإجازة الكاشفة عن العفو عمّا تجاوز به العبد على مولاه.

و بالجملة: إذا لم يكن العقد خارجاً عن موازين الشرع و حدوده ـ كنكاح المحارم و بيع الخمر و نظائرهما ـ كان مقتضي الصحة فيه موجوداً، و المانع هو مخالفة السيد و عصيانه، و ذلك يرتفع بالإجازة اللاحقة. هذا.

و أمّا النصوص التي يستفاد منها هذان الوجهان.فمنها: ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألته عن رجلٍ تزوّج عبده [إمرأةً] بغير إذنه، فدخل بها، ثم إطّلع على ذلك مولاه؟ فقال: ذلك إلى مولاه إن شاء فرّق بينهما، و إن شاء أجاز نكاحهما، فإنْ فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلّا أن يكون إعتدىٰ فأصدقها صداقاً كثيراً، فإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل. فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنّه في أصل النكاح كان عاصياً؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّما أتىٰ شيئاً حلالاً و ليس بعاصٍ لله،

بغير إذن المولىٰ إذا أجازه معلّلاً[1] «بأنّه لم يعصِ الله تعالىٰ، و إنّما عصىٰ سيّده،

و إنّما عصىٰ سيّده و لم يعص الله، إنّ ذلك ليس كإتيانه [كإتيان] ما حرّم الله تعالى عليه من نكاحٍ في عدّةٍ و أشباهه»[1].

و منها: غير ذلك من الروايات»[2] التي يستفاد منها صحة عقد العبد بإجازة السيد.

و الحاصل: أنّ الوجوه الدالة على لحوق الإجازة بالإذن في تصحيح عقد العبد بين ما يرجع إلى منع المقتضي، لإعتبار خصوص الإذن في صحة عقد العبد، و هو كون الخارج عن عمومات وجوب الوفاء بالعقود خصوص العقد الصادر من العبد بدون مراجعة مولاه بالإذن أو الإجازة، لأنّه المتيقن من المخصص المجمل المنفصل، فلا مقتضي لاعتبار خصوص الاذن السابق في صحة العبد. و بين ما يرجع إلى قيام الدليل على كفاية الإجازة المتأخرة، و هو النصوص الدالة على جواز عقد العبد بإجازة السيد، فإنّها تدلّ على كون الإجازة كالاذن مصحّحةً لعقده، لعدم كون نفوذ عقد العبد عصياناً له سبحانه و تعالىٰ حتى لا يُصحّحه إجازة المولىٰ، بل لكونه عصياناً للسيد و تضييعاً لحقّه، و ذلك يُجبر بإجازته التي هي عفوٌ عن ذنبه و تجاوزه. لكنّ طائفة من العامة زعموا أنّ معصية السيد معصية الرب جلّ و علا، فلا تُجبر بإجازة السيد.

١) باسم المفعول حال منصوب من فاعل «ورد» بأن يكون المعنىٰ: أنّ ما وردَ من النصوص قد عُلِّل «بأنّ العبد لم يعصِ الله تعالى».

و يجوز أن يكون باسم الفاعل، بأن يقال: علّل الامامُ عليه السلام الحكمَ بأنّ العبدَ لم يعص الله. لكنّ الأوّل أقرب.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، ح ٢، باب: أن العبد إذا تزوج بغير اذن سيده كان العقد موقوفاً على الاجازة منه، و الرواية ضعيفة بموسى بن بكر.

«٢» المصدر، ح ١، و ص ٥٢٢، الباب ٢٣، ح ١

فإذا أجاز جاز»[1] بتقريب[2]: أنّ الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه.

و حملُه[3] على ما إذا عقد الغير له

أو يقال: النّصُ علّل الحكم، بأن يكون النص معلّلاً.

١) يعني: فإذا أجاز السيّدُ عقدَ العبد جاز أي: نَفَذَ و رتّب عليه الأثر. و ما في المتن نقل بالمعنىٰ، و إلّا فمتن الرواية المتقدمة في (ص ٣١٤) هكذا: «فاذا أجاز فهو له جائز».

٢) يعني: تقريب دلالة ما ورد من النصوص على مختاره من لحوق الاجازة بالإذن في تصحيح عقد العبد من حيث المملوكية. و محصّل التقريب: أنّ الرواية بلحاظ ترك الاستفصال تشمل ما إذا كان العبدُ نفسُه عاقداً لنفسه، إذ حملُ الحديث على عقد الغير للعبد ـ حتى يخرج عن عقد المملوك و يندرج في عقد الفضولي الذي لا إرتباط لصحته بالإجازة بصحة عقد العبد بالاجازة ـ غيرُ سديد، لوجهين:

أحدُهما: ترك الاستفصال مع كون المتكلم في مقام البيان، كما مرّت الإشارة إليه آنفاً.

و التعبير بالتأييد أوّلاً ثمّ بالدلالة ثانياً لعلّه لأجل كون الفحوىٰ ظنية لا تصلح للإستدلال بها، أي إلحاق البيع بالنكاح. و أمّا الدلالة فلأنّ عموم العلة ـ و هو عصيان السيد لا الرّبّ ـ كافٍ في المقامين، هذا ما أفاده السيد ﷺ[1].

ثانيهما: ما سيأتي عند شرح كلام المصنف ﷺ إن شاء الله تعالىٰ.

٣) مبتدءٌ، و خبره «منافٍ» أي: و حملُ الحديث الوارد في صحة عقد نكاح العبد بدون إذن مولاه ـ على عقد الغير للعبد ـ منافٍ لترك الاستفصال.

لكن قد عرفت أن هذا الحمل يدرج المقام في عقد الفضولي، و هو أجنبي عن عقد العبد الذي يكون البحث فيه من حيث المملوكية.

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٣٠

منافٍ لترك الاستفصال[١].

مع[٢] أنّ تعليل الصحة (*) «بأنّه لم يعص الله تعالى» إلى آخره في قوة[٣] أن يقال: إنّه إذا عصىٰ الله بعقدٍ[٤] كعقدٍ على ما حرّم الله تعالىٰ ـ على ما مثّل به

---

١) إشارة إلى الجواب الأوّل عن حمل الحديث على عقد الغير للعبد، و قد مرّ توضيحه بقولنا: «أحدهما ترك الاستفصال مع كون المتكلم ... الخ».

٢) هذا ثاني الجوابين عن الحمل المزبور، و محصله: أنّ هذا التعليل يدلّ على أمرين:

أحدهما: أنّ مورد الحديث هو كون العاقد نفس العبد لا غيره له، ضرورة أنّه على هذا التقدير لم يصدر منه عقدٌ حتى يكون معصيةً لله تعالىٰ أو للسيّد. فترك الاستفصال و هذا الحديثُ يدلّان على كون العاقد هو العبد لنفسه.

ثانيهما: أنّ تعليل الصحة بعدم عصيان الله تعالى يدلّ علىٰ أنّ موجب البطلان هو معصية الله تعالى بمخالفة قوانينه و حدوده، بحيث لا يمكن التصحيح بوجهٍ كالعقد على المحرّمات، كذاتي البعل و العدة، و المطلقة تسعاً دون معصية السيد، فإنّها ترتفع برضاه عن عبده و إجازة ما أوقعه بدون الاستيذان منه، لأنّ حقّ السيد على العبد أن تكون أعماله بإذن سيّده، و لا يتجاوز عن رسوم العبودية، و إذا عفىٰ السيدُ عن مخالفة عبده و أجاز العقد صحّ و نفذ.

٣) خبر قوله: «أنّ تعليل».

٤) يتصدّاه بنفسه، و هذا المعنىٰ يستفاد من إضافة «معصيته» إلى السيد، إذبدون تصدّيه للعقد و فرض تصدّي الغير له لايكون العبد عاصياً للسيد.

(*) يمكن تقريب هذا التعليل بوجوه ثلاثة:

الأوّل: ما في المتن من أنّ العامة كانوا يتوهّمون مساواة معصية السيد لمعصية الله عزّوجلّ في عدم زوال حكمها بالإجازة. و الإمام عليه السلام أبطل هذا القياس بالفرق بين

الامام عليه السلام في روايات أُخرى[١] واردة في هذه المسألة ـ كان[٢] العقدُ باطلاً، لعدم[٣] تصوُّر رضا الله تعالى بما سبق من معصيته[٤]. أمّا إذا لم يعصِ الله و عصىٰ سيّدَه أمكن رضا سيده فيما بعد[٥] بما لم يرضَ به سابقاً، فإذا رضي به و أجاز صحّ.

---

١) جمعها صاحب الوسائل في باب «أنّ العبد إذا تزوّج بغير إذن سيده كان العقد موقوفاً»«١».

٢) جواب «إذا» في قوله: «اذا عصىٰ الله».

٣) تعليل لعدم الصحة، و حاصله: عدم تصوّر رضا الله عزوجل بما وقع من معصيته.

٤) حتى يعقل إجازته.

٥) يعني: بعد وقوع العقد، و قوله: «بما» متعلق بـ «رضا».

المعصيتين، حيث إنّ معصية الله لا تزول، لإستحالة تبدُّل كراهته بالرضا، ضرورة أنّ الشيء الواقع مكروهاً له عزّوجلّ واقع على ما هو عليه، فلا ينقلب مرضيّاً به. و هذا بخلاف كراهة السيد، فإنّها قابلة للتبدل بالرضا بسبب الإجازة.

و عليه فلا يعقل تحقق الإجازة منه تعالىٰ، لا أنّها لا تؤثّر و إجازة السيد تؤثّر حتى يقال بعدم الفرق بين المعصيتين و بين الاجازتين.

و نتيجة هذا التقريب نفوذ كل عقدٍ صدر من العبد و أجاز له المولى، و لم يكن معصيةً له تعالىٰ شأنه، و إن كان معصيةً للسيد.

و بالجملة: فمناط هذا التقريب قياس معصية السيد بمعصية الله عزوجل من دون لزوم معصيته جلّ و علا هنا، و أبطل القياس ببيان الفارق بين المعصيتين بأنّ معصية الله لا تزول بالإجازة، بخلاف معصية السيّد فإنّها تزول بالإجازة.

الثاني: ما في حاشية السيد قدس سره من: أنّ معصية السيد كمعصية الله تعالى لا تزول

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٢٤، الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

فيكون الحاصل[١] أنّ معيار الصحة في معاملة العبد ـ بَعدَ كون المعاملة في نفسها ممّا لم ينه عنه الشارع ـ هو[٢] رضا سيّده بوقوعه سابقاً أو لاحقاً

---

١) أي: حاصل الكلام في عقد العبد الواقع بدون إذن سيده: أنّ معيار الصحة في معاملات العبد هو كونها مع رضا السيد بوقوعها، سواء أكان هذا الرضا سابقاً أم لاحقاً.

٢) خبر قوله: «أنّ معيار».

بنفسها، لأنّه إنقلابٌ، بل مرجع الإجازة إلى العفو عن المعصية. و غرضُ الإمام عليه السلام من التعليل أنّ الإجازة منه تعالى شأنه مفروض العدم، لانتفاء موضوعها و هي معصية الله تعالىٰ، و من السيد مفروض الثبوت، لوجود موضوعها و هو عصيان السيد«١».

فحاصل هذا الوجه: أنّ الإجازة منوطة بالمعصية التي هي مفقودة بالنسبة إليه تعالى، لانتفاء موضوعها. و موجودة بالنسبة إلى السيد، فيحتاج إلى الإجازة. و عليه يكون توهم العامة من حيث عدم الفرق بين الإجازتين لرفع أثر المعصيتين.

فمناط هذا التقريب توهم العامة عدم الفرق بين الاجازتين في عدم إجداء الإجازة لرفع المعصية مطلقاً سواء أكانت معصية السيد أم العبد. و جوابه بالفرق بينهما من حيث الوجود و العدم، للفرق بين موضوعيهما بالعدم بالنسبة إليه سبحانه و تعالىٰ، و بالوجود بالنسبة إلى السيد.

الثالث: أنّ العامّة لمّا توهموا «أنّ إجازة السيد لا تُحلِّل ما وقع حراماً - فإنّ الحرمة المتوهمة للعامة هي حرمة مخالفة السيد الموجبة لحرمة ما وقع من العبد من النكاح ـ و لا تُنفِّذ ما وقع فاسداً، و ذلك لأنّه عصىٰ الله تعالىٰ، فإجازة السيد لا ترفع عصيان العبد له تعالىٰ» فأجاب الامام عليه السلام بأنّه لم يعصِ الله تعالىٰ، حتى لا يكون معنىً لإجازة السيد، بل عصى سيده، فإذا أجاز جاز. و هذا الوجه الثالث هو أقرب الوجوه الثلاثة، لقرائن:

إحداها: قول السائل: «بأنّ أصل النكاح فاسد و لا تحل إجازة السيد له» كما في

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٣٠

و أنّه[١] إذا عصىٰ سيّدَه بمعاملةٍ ثم رضي السيدُ بها صحّ، و أنّ[٢] ما قاله المخالف من[٣] «أنّ معصية السيد لا يزول حكمها برضاه بَعدَه، و أنه[٤] لا ينفع الرضا اللّاحق» كما نقله السائل[٥] عن طائفة من العامة

---

١) معطوف على «أنّ معيار» و ضميره راجع إلى «العبد» يعني: فيكونُ الحاصل أنّ العبد إذا عصىٰ سيده بمعاملةٍ ثم رضي السيدُ بتلك المعاملة صحّ.

٢) معطوف على «و أنه» و المراد بالمخالف هو الحَكَم بن عُيينة و إبراهيم النخعي و أصحابهما المشار إليهم في موثقة زرارة المتقدمة.

٣) بيان لـ «ما» الموصول، و ضمير «حكمها» راجع إلى «معصية» و ضمير «برضاه» إلى السيد، وضمير «بعده» الى «العقد» والمراد بحكم المعصية بطلان المعاملة.

٤) معطوف على «انّ» و ضميره للشأن.

٥) و هو زرارة رضوان الله عليه الناقل عن طائفةٍ من العامة، و هُم الحَكَم بن عُيينة و النخعي و أصحابهُما.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

موثقة زرارة.

ثانيتها: قوله أيضاً في خبر زرارة: «فانه في أصل النكاح كان عاصياً».

ثالثتها: قوله أيضاً في قويّ منصور بن حازم: «أعاصٍ لله تعالى»[١]

رابعتها: قوله أيضاً فيه: «قلت حرام هو؟» فإنّ هذه القرائن كلّها تشهد بأنّ مورد الكلام تأثير إجازة السيد في رفع الحرمة، و معصيته تبارك و تعالىٰ. فأجاب الإمام عليه السلام بأنّه لم يعصِ الله تعالى حتى لا تؤثّر إجازة السيد في صحة العقد و رفع العصيان، بل أتىٰ شيئاً حلالاً، و ليس ذلك كإتيان ما حرّم الله تعالى من نكاحٍ في عدةٍ و أشباهه، و أنّه «لا أزعم أنّه حرام» و نحو ذلك من التعبيرات.

فالتعليل يدلّ على قابلية كل عقد يصدر من العبد للإجازة إن لم يكن حراماً بذاته و فاسداً من أصله، و لم يكن مسبوقاً بإذن السيد، فإنّ إجازته حينئذٍ مصحّحة لعقد عبده.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٢٢، الباب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، ح ٢

غيرُ[١] صحيح، فافهم[٢] و اغتنم.

و من ذلك[٣] يعرف أن إستشهاد بعضٍ[٤] بهذه الروايات[٥] على صحة عقد العبد و إن لم يسبقه إذنٌ و لم يلحقه إجازةٌ، بل و مع سبق النهي أيضاً، «لأنّ[٦] غاية الأمر هو عصيان العبد و إثمه في إيقاع العقد و التصرف في لسانه

---

١) خبر «و أنّ ما قاله المخالف» و قد تقدم وجه عدم صحة ما قاله المخالف من تقريب التعليلات التي إشتملت عليه صحيحةُ زرارة و غيرها من الروايات المشار إليها.

٢) و تأمّل في الفرق بين معصية الله تعالى و معصية الخلق، فانّ الأُولىٰ لا تقبل الاجازة، فان نكاح المحارم معصية له تعالى، لخروجه عن الموازين و الحدود الشرعية، و لا يمكن تصحيحه بالإجازة. بخلاف الثانية، فان إنقلاب مكروه الخلق إلى المرضيّ به ممكن.

٣) أي: و من كون ملاك صحة عقد العبد إذا وقع بدون إذن مولاه هو رضا السيد و إجازتهُ، و إلّا بطل العقد.

٤) و هو صاحب الجواهر ﷺ، و محلُّ إستشهاده قوله عليه السلام: «لم يعص الله و إنّما عصىٰ سيّده» و تقريب الاستشهاد ما ذكره المصنف ﷺ بقوله: «و دعوىٰ».

٥) و هي روايات زرارة و غيرها، ولكنّ المصنف لم يذكر إلّا روايتي زرارة. قال في الجواهر: «إنّ القول بالصحة و إن لم يأذن المولىٰ ـ بل مع نهيه ـ لا يخلو عن قوة و إن أثم العبدُ بإيقاعها، لأنّها من المنافع المملوكة للسيد. إلّا أنّ الحرمة لا تنافي الصحة هنا، إذ لا ريب في إثمه بإيقاع نفس العقد الذي هو تصرفٌ في لسان العبد المملوك للسيد بالنسبة إلى ذلك»[١].

٦) هذا تعليل صاحب الجواهر لصحة عقد العبد ولو مع منع المولىٰ عن ذلك.

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧١، و أفاد نحوه في ج ٢٥، ص ٧٠، إلّا أنه تأمّل فيه، فراجع.

الذي هو ملك للمولىٰ، لكن النهي مطلقاً لا يوجب الفساد، خصوصاً[١] النهيُ الناشيء عن معصية السيد كما يؤمي إليه[٢] هذه الأخبار الدالة على أنّ معصية السيد لا تقدح بصحة العقد» في غير[٣] محله، بل (*) الروايات[٤] ناطقة

---

١) لأنّ النهي في المقام لم يتعلّق بالمعاملة من حيث هي حتىٰ يدلّ على الفساد، بل تعلّق بعنوان مخالفة السيد، فالنهي عن المعاملة تبعيّ و لا يوجب فسادها، نظير النهي عن البيع وقت النداء.

٢) يعني: يُؤمي إلى عدم كون النهي الناشيء عن معصية السيد موجباً للفساد، و ذلك لأنّ صحة العقد بإجازة السيد تشير إلى أنّ مخالفة السيد توجب الإثم، و لا تمنع عن الحكم الوضعي أعني به صحة المعاملة بالإجازة.

٣) خبر «أنّ» في قوله: «يعرف أنّ استشهاد» و محصّل الجواب عن إستشهاد صاحب الجواهر ﷺ بالروايات المشار إليها هو: أنّ صحة عقد العبد منوطة برضا المولىٰ، و بعدمه يبطل، فبطلانه حينئذٍ يستند إلى عدم رضاه، لا إلى النهي حتى يقال: إنّ البطلان لايستند إلى هذا النهي الناشيء عن عصيان السيد.

٤) يعني: بل الروايات تدلّ على خلاف ما أفاده، لدلالتها على أنّ الصحة من جهة تبدل الكراهة بالرضا، و كون المدار في الصحة على الرضا، فبدونه يبطل. فوجه البطلان هو عدم وجود الرضا، لا النهي المسبب عن عصيان السيد حتى يناقش في دلالته على الفساد.

(*) لعل الأولى تبديل «بل» بـ«اذ» لأنّ ما بعد «بل» تقريب لعدم صحة إستشهاد بعض بهذه الروايات و توضيح له، لا إضراب عنه، و إن أمكن توجيه الإضراب أيضاً، فتأمّل في أنّ أيّهما أنسبُ بالمقام.

كما عرفت[١] بأنّ الصحة من جهة إرتفاع كراهة المولىٰ و تبدُّله بالرضا بما فعله العبد. و ليست[٢] كراهة الله عزّوجلّ بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه[٣] السابق. فكأنّه قال[٤]: «لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للإجازة و الرضا، و إنّما عصىٰ سيّده، فإذا أجاز[٥] جاز» فقد علّق[٦] الجواز صريحاً على الإجازة.

و دعوى[٧] «أنّ تعليق الصحة على الاجازة من جهة مضمون العقد، و هو

---

١) في تقريب دلالة تلك الأخبار على كون إجازة السيد لعقد العبد غير المسبوق بالإذن مصححةً له، حيث إنّ الإجازة تدل على الرضا المعتبر في صحة عقد العبد، فلاحظ قوله (في ص ٣٢٧): «فيكون الحاصل أن معيار الصحة في معاملة العبد... هو رضا السيّد بوقوعه ... الخ».

٢) يعني: و ليست كراهةُ المولىٰ كراهةَ الله عزّوجل ـ كما رُبّما يتوهمها العامة ـ حتى يستحيل رضاه تعالىٰ بعد وقوع العقد.

٣) متعلق بـ «رضاه» و المشار إليه بـ «ذلك» هو العقد.

٤) أي: قال الامام عليه السلام في تلك الأخبار: لم يعصِ الله حتى يستحيل تعقبه للاجازة و الرضا، و إنّما عصىٰ سيّده. و معصية السيد قابلة للتبدل بالرضا و الإجازة.

٥) أي: فإذا أجاز السيدُ العقد ـ الصادر من عبده بدون إذنه ـ جاز أي نفذ و صح.

٦) أي: علّق الامام عليه السلام جواز العقد ـ أي صحته صريحاً ـ على الاجازة كما في روايات زرارة و غيرها.

٧) محصل هذه الدعوىٰ: أنّ قوله عليه السلام: «فإذا أجاز جاز» الدال على تعليق صحة عقد العبد الواقع بدون إذن سيده على إجازة السيد ناظرٌ إلى تعليق مضمون العقد المسمّىٰ بمعنىٰ إسم المصدر، كالزوجية التي هي نتيجة عقد النكاح، و ليس ناظراً إلى تعليق إنشاء كلِّ عقدٍ و إن لم يرتبط مضمونه بالسيد ـ كإنشاء العقد للغير من بيعٍ

التزويج المحتاج إلى إجازة السيد إجماعاً، لا نفسِ[١] إنشاء العقد حتى لو فرضناه[٢] للغير يكون محتاجاً الى اجازة مولى العاقد» مدفوعة[٣] بأن المنساق من الرواية إعطاءُ قاعدة كلية بأنّ رضا المولىٰ بفعل العبد بعد وقوعه يكفي[٤] في كلّ ما يتوقف على مراجعة السيد، و كان[٥] فعلُه من دون مراجعته أو مع النهي عنه معصيةً له، و المفروض أنّ نفس العقد من هذا القبيل[٦].

أو غيره مما لايرتبط مضمونه بالمولىٰ ـ حتى يقال: بتوقف صحة كل عقدٍ على إجازة المولىٰ بحيث يكون نفس الانشاء و التلفظ بألفاظ العقد معصيةً.

١) معطوف على «مضمون» يعني: أنّ تعليق الصحة على الإجازة من جهة المضمون، لا من جهة نفس إنشاء العقد، فلا يحتاج الإنشاء إلى الإجازة.

٢) يعني: لو فرضنا إنشاءَ العبد عقداً لغيره، كإنشائه بيع مال الغير.

٣) خبر «و دعوى» و دفع لها، و محصّله: أنّ الرواية المتقدمة التي رواها زرارة عن الصادقين عليهما السلام سيقت لبيان قاعدة كلية، و هي أنّ كلّ ما يكون وقوعُه من العبد بدون الإذن معصيةً لسيده يتوقف على إجازة السيد، و من المعلوم أنّ إنشاء العقد للغير من هذا القبيل، فلا يتوقف خصوص الإنشاء ـ الذي يكون مضمونه مرتبطاً بالسيد ـ على إجازة السيد، بل كلُّ إنشاءٍ يتوقف على إجازة المولىٰ.

٤) خبر قوله: «بأنّ رضا» و غرضه كفاية الرضا المتأخر عن الفعل في ترتب الأثر عليه، و عدم توقفه على خصوص الإذن السابق على كل فعلٍ يصدر من العبد و يكون معصيةً للسيد، ولو كان إنشاءً للغير و أجنبياً مضمونُه عن المولىٰ.

٥) معطوف على «يتوقف» و الأولىٰ إبداله بالمضارع.

٦) أي: كون نفس العقد الصادر من العبد بدون إذن السيد معصيةً، فلابدّ من كون نفس الانشاء أيضاً ـ مع الغض عن إرتباط مضمونه بالمولىٰ ـ مقروناً بإجازته.

ثم[١] إنّ ما ذكره «من عصيان العبد بتصرفه في لسانه، و أنّه[٢] لا يقتضي الفساد» يُشعر[٣] بزعم أنّ المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولىٰ.

و فيه أوّلاً[٤]: منعُ حرمة هذه التصرفات الجزئية، للسيرة المستمرة (*)

فالمحتاج إلى الإجازة كلٌّ من الإنشاء و مضمونه، فإنشاءُ العبد عقد البيع أو النكاح لغيره أيضاً يحتاج إلى إجازة المولىٰ، لكون نفس الإنشاء الذي هو تصرف في لسانه معصيةً للسيد و إن لم يكن مضمونه مرتبطاً به.

١) أراد الشيخ الأعظم أن يناقش صاحب الجواهر فيما أفاده من: أنّ العبد وإن أثم بإيقاع العقد، لكونه تصرفاً في لسانه الذي هو ملك لسيده، لكن هذا التصرف لا يوجب الفساد، لعدم إقتضاء النهي للفساد.

٢) معطوف على «عصيان» و ضميره راجع إلى «عصيان العبد».

٣) خبر «أنّ ما ذكره» و هذا مورد مناقشة المصنف مع صاحب الجواهر ﷺ ومحصله: أنّه زعم أنّ منشأ بطلان عقد العبد لغيره عند القائل به هو حرمة التلفظ بألفاظ العقد من دون رضا السيد، لكون نفس التلفظ تصرفاً في ملك المولى بدون إذنه، فيكون حراماً، و حرمته توجب بطلانه، فبطلانُ عقد العبد لغيره مستند إلى التصرف المنهي عنه.

٤) أي: و فيما زعمه صاحب الجواهر ـ من كون مستند بطلان إنشاء العبد للغير هو حرمة التلفظ بألفاظ العقد من دون رضا السيد ـ إشكال، لمنع حرمة هذه

(*) ولو نوقش في السيرة كفت أصالة البراءة في جوازها، لأنّها من الشبهات الحكمية التحريمية.

على مكالمة العبيد، و نحو ذلك من المشاغل الجزئية.

و ثانياً: بداهةُ[١] أنّ الحرمة في مثل هذه[٢] لا توجب الفساد. فلا يظنّ إستناد العلماء في الفساد إلىٰ الحرمة.

و ثالثاً[٣]: أنّ الاستشهاد بالرواية ـ لعدم كون معصية السيد بالتكلم

التصرفات الجزئية، للسيرة المستمرة عليها من دون ردع الشارع عنها، هذا أوّلاً.

١) بالرفع مبتدءٌ لـ «فيه» المقدّر، أي: و فيه ثانياً بداهةُ. و هذا هو الإشكال الثاني على صاحب الجواهر، و محصله: أنّ الحرمة مطلقاً لا توجب الفساد، بل فيما إذا تعلّق بأحد ركني المعاملة كالنهي عن بيع الخمر و آلات القمار و نحو ذلك، دون ما إذا تعلّق بأمر خارج عن المعاملة كالنهي عن مخالفة السيد، و عمّا يوجب ترك صلاة الجمعة، فإنّ مثل هذا النهي لا يوجب الفساد، لعدم تعلقه بالمعاملة من حيث هي، فإستناد العلماء في فساد المعاملة إلى هذا النهي في غاية البُعد.

٢) ممّا كان متعلّق النهي عنواناً مغايراً لعنوان المعاملة مقارناً له في الوجود كمخالفة السيد، فإنّ الحرمة التكليفية لا توجب الفساد الذي هو حكم وضعي.

٣) هذا هو الإشكال الثالث على صاحب الجواهر، و حاصله: أنّ الاستشهاد بالروايات المذكور بعضها كصحيحة زرارة ـ على عدم كون معصية السيد بالتكلم بألفاظ العقد و التصرف في لسانه قادحةً في صحة العقد ـ غيرُ صحيح، حيث إنّ مقتضىٰ هذا الاستشهاد كون التكلم مفسِداً للمعاملة إذا كان معصيةً لله، مع أنّه لم يقل به أحد.

و محصل إشكال المصنف عليه هو: أنّ مجرد الحرمة التكليفية لا توجب الحرمة الوضعية كحرمة التلفظ بصيغة البيع وقت صلاة الجمعة، أو وقت صلاة الإستيجار، أو في ضيق وقت الفريضة، فإنّ حرمة التلفظ بألفاظ العقد في هذه الأوقات و إن كانت مسلّمةً لكنّها لا توجب الفساد.

بألفاظ العقد و التصرف في لسانه قادحاً في صحة العقد ـ غيرُ صحيح، لأنّ مقتضاه[١] أنّ التكلم إن كان معصيةً لله تعالىٰ يكون مفسِداً. مع أنّه لا يقول به[٢] أحد، فإنّ حرمة العقد من حيث إنّه تحريك اللسان ـ كما في الصلاة و القراءة المضيّقة و نحوهما ـ لا يوجب[٣] فساد العقد إجماعاً.

فالتحقيق أنّ المستند في الفساد[٤] هو الآية المتقدمة[٥] و الروايات[٦] الواردة في عدم جواز أمر العبد و مُضيِّه (*) مستقلّاً،

---

١) أي: مقتضىٰ الاستشهاد هو أنّ التكلم إن كان معصيةً له تعالىٰ كان مفسداً للمعاملة، مع عدم قائل به، فإنّ ظاهر عدم قادحية عصيان السيد بصحة المعاملة هو قادحية عصيانه تعالىٰ الحاصل بتحريك لسانه بصحة المعاملة، مع أنّه لم يقل أحدٌ بفساد المعاملة بسبب حرمة التكلم.

٢) أي: بفساد المعاملة بسبب حرمة التكلم، فإنّ الحرمة التكليفية لا تستلزم الحرمة الوضعية.

٣) خبرُ قوله: «فإن حرمة».

٤) أي: فساد المعاملة الصادرة من المملوك من حيث كونه مملوكاً.

٥) و هي قوله تعالى: ﴿ ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء، و هو كلٌّ على مولاه ﴾«١».

٦) التي تقدم بعضُها كصحيحة زرارة و موثقته«٢».

(*) لكن قد تقدم سابقاً عدم دلالة الآية الشريفة مع الروايات المشار إليها إلّا على

«١» سورة النمل، الآية ٧٥

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث ١، و يستفاد الحكم من روايات أُخرىٰ أوردها صاحب وسائل الشيعة في باب ٦٤ و ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ص ٥٧٤ و ٥٧٦، فراجع.

و أنّه[1] ليس له من الأمر شيءٌ.

فرع (*)

لو أمَرَ العبدَ أن يشتري[2] نفسَه من مولاه، فباعه مولاه، صحّ و لزم بناءً

---

١) أي: و أنّ العبد ليس له إستقلالٌ في شيءٍ.

٢) يعني: أنْ يشتري العبدُ نفسه من مولاه الآمِر، فالأولىٰ إضافةُ كلمة «له» بعد «يشتري».

توقف خصوص الإنشاءات الراجعة إلى نفس العبد كالنكاح و الطلاق علىٰ إذن السيد أو إجازته.ولو بُنى على التعدي عنهما فيتعدىٰ إلى ما يشابههما، و هي الإنشائيات الراجعة إلى شخص العبد كالبيع و الصلح و غيرهما. لا إلى كل فعل ولو كان ذلك إنشاءً لغير العبد، كما إذا صار وكيلاً عن شخص في إجراء صيغة بيعٍ أو نكاحٍ له، إذ لا دليل على حرمته التكليفية، لجريان السيرة أو جريان أصالة البراءة فيه.

و على تقدير تسليم الحرمة فلا دليل على الحرمة الوضعيّة، و هي عدم ترتب الأثر على إنشائه حتى يحتاج إلى إجازة السيد، لعدم تعلق الحرمة بأحد ركني العبد، و هما العوضان كالمثمن و الثمن، فمقتضىٰ عموم «أوفوا بالعقود» لزوم الوفاء به.

(*) قد تعرض لهذا الفرع المحقّقُ و غيره، و الغرض من تعرضه له **إمّا** التنبيه على التوسعة في إذن المولىٰ، لأنّه المناسب للمقام، و أنّ الإذن يشمل الضمني كالصريح.

و إمّا التنبيه على ثبوت شرطٍ آخر للبيع، و هو مغايرة المشتري للمال الذي إشتراه، و ذكروا هذا الفرعَ لعدم إعتبار مغايرة المشتري للمشترىٰ.

و إمّا التنبيه على عدم إعتبار وجود شرائط المتعاقدين من أوّل العقد إلى آخره.

و إمّا التنبيه على عدم إعتبار تعدد الموجب و القابل، و عدم مانعٍ من إتحادهما. و هذا ممّا اختلف فيه القدماء، قال الشيخ ﷺ: «المرأة البالغة الرشيدة تزوّج نفسها و تزوّج

.....

غيرها بنفسها مثل بنتها أو أُختها، و يصح أن تكون وكيلة في إيجاب و قبول، و فيه خلاف»«١» خلافاً للقاضي في هذه المسألة بخصوصها، لزعمه أنّها من باب إتحاد الموجب و القابل، كما صرّح هو بهذا.

و قال المحقق: «ولو أمره آمرٌ أن يبتاع له نفسه من مولاه، قيل: لا يجوز، و الجواز أشبه»«٢».

و قال الشهيد الثاني في شرحه: «وجه المنع إعتبار التغاير بين المتعاقدين، و عبارة العبد كعبارة سيده. أو إشتراط إذن المولىٰ في تصرف العبد، و لم يسبق له منه إذن. و يندفع الأوّل بأنّ المغايرة الاعتبارية كافية، و من ثمّ إجتزءنا بكون الواحد الحقيقي موجباً قابلاً، فهنا أولىٰ. و الثاني بأنّ مخاطبة السيد له بالبيع في معنى التوكيل له في تولّي القبول»«٣».

و كيف كان فالحقّ صحة البيع. أمّا بناءً على ما إخترناه من عدم توقف صحة إنشاءات العبد لغيره على إذن المولىٰ و إجازته فواضح، لعدم إعتبار الإذن في إنشاءاته للغير، ولتعدد الموجب و القابل حقيقةً.

و أمّا بناءً على توقفها على ذلك فلأنّ مخاطبة المولىٰ للعبد بقوله: «بعتك» في معنىٰ توكيله في تولّي قبول الشراء لمن أمره بالاشتراء.

و أمّا إعتبار تعدد الموجب و القابل، ففيه أوّلاً: عدم الدليل على إعتباره، و كفاية التعدد الاعتباري.

و ثانياً ـ بعد تسليمه ـ أنّ التعدد في المقام موجود، لكون الموجب هو السيد

«١» المبسوط، ج ٤، ص ١٩٣

«٢» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٤

«٣» مسالك الافهام، ج ٣، ص ١٥٧

على كفاية رضا المولىٰ الحاصل من تعريضه[١] للبيع من إذنه[٢] الصريح، بل[٣] يمكن جعل نفس الايجاب موجباً للإذن الضمني (*)

---

١) متعلق بـ «الحاصل» و ضميره راجع إلى «المولىٰ» يعني: أنّ تعريض المولىٰ العبدَ للبيع كافٍ عن إذنه الصريح في البيع.

٢) متعلق بـ «كفاية» و حاصله: أنّ الرضا كافٍ، و لا يفتقر البيعُ إلى الإذن الصريح.

٣) إضرابٌ عن البناء على كفاية الرضا، و إلتزام بالحاجة إلى الإذن، و حاصله: أنّه يمكن إثبات الإذن في المقام، بأن يقال: إنّ نفس الايجاب يوجب الإذن الضمني أو يكشف عنه، و إلّا لم يوجب البيع.

لكن يتوجه عليه: أنّ الكلام كان في إعتبار الإذن الصريح، لا مطلق الاذن و إن كان ضمنياً. و المستكشف من الإيجاب إذن ضمني للعبد في قبول الوكالة عن الغير في المباشرة للإشتراء لذلك الغير.

و القابل هو العبد، و الاتحاد موقوف على وحدة عبارة السيد و العبد، و هو ممنوع جدّاً، لعدم الوحدة لا شرعاً و لا عقلاً و لا عرفاً.

(*) قد يتوهم أنّ الأولىٰ إبداله بالاجازة الضمنية، لأنّ الإيجاب دالٌّ علىٰ إجازة قبول الوكالة الثابتة بسبب أمر الآمِر العبدَ بالاشتراء، فالإيجاب دالّ علىٰ إجازة هذه الوكالة، لوقوعها بعد تحقق الوكالة، فينبغي عطفُ عنان البحث إلى توسعة الاجازة للإجازة الضمنية و عدمها، لا توسعة الاذن.

لكنّه كما ترىٰ، ضرورة أنّ الاجازة عبارة عن إمضاء العمل الصادر من العبد كبيع و نحوه. و في المقام لم يصدر منه عمل. و إنّما الصادر هو توكيل الغير له، و إذن المولىٰ يكون مسوِّغاً لقبول الوكالة، و المفروض أن العبد لم يقبل الوكالة قبل ذلك حتى تصدق الاجازة.

و لا يقدح[١] عدم قابلية المشتري للقبول في زمان الايجاب، لأنّ[٢] هذا الشرط ليس على حدٍّ غيره من الشروط المعتبرة في كلٍّ من المتعاقدين من أوّل الايجاب إلى آخر القبول (*)، بل هو[٣] نظير إذن مالك الثمن في الإشتراء، حيث يكفي تحقُّقه بعد الإيجاب و قبل القبول الذي بنىٰ المشتري على إنشائه[٤] فضولاً.

---

١) هذا إشارة إلى توهم و دفعه. أمّا التوهم فهو: أنّ المانع عن صحة البيع هنا إنتفاءُ بعض الشرائط، و هو قابلية المشتري للقبول في زمان الإيجاب، لعدم كونه حُرّاً مستقلّاً في تصرفاته التي منها القبول في زمان الايجاب.

٢) هذا دفع التوهّم، و حاصله: أنّ هذا الشرط ليس على حدٍّ سائر شرائط المتعاقدين المعتبرة من أوّل زمان الإيجاب إلى آخر القبول، فتكفي قابلية المشتري للقبول بعد تمامية الإيجاب.

٣) أي: شرط قابلية المشتري للقبول في زمان الايجاب، نظير قابلية مَن يريد أن يشتري مالَ الغير فضولاً، فإذا أذن له مالكُ الثمن في الإشتراء بعد إيجاب البائع وقبل قبول المشتري ـ الذي بنىٰ على إنشاء القبول فضولاً ـ كفىٰ في الخروج عن الفضولية، و صحّ البيع و لزم. و المقام نظير ذلك، فحدوث قابلية العبد للقبول بعد تحقق الايجاب من السيد كافٍ في صحة البيع.

٤) أي: إنشاء القبول فضولاً.

(*) لكنه خلاف ما أطلقه سابقاً من وجوب كون جميع الشروط من حين الإيجاب إلى تمام القبول، سواء لم يكن المشتري في حال الإيجاب قابلاً للقبول، أم كان أهلاً للقبول عرفاً ولكن الشارع أسقط رضاه عن الاعتبار، فراجع«١».

«١» هدى الطالب، ج ٢، ص ٦٠٢ ـ ٦٠٥

و عن القاضي: البطلانُ في المسألة[١] مستدلاً عليه[٢] باتّحاد عبارته مع عبارة السيد، فيتّحد الموجب و القابل.

و فيه[٣]: مع إقتضائه المنع ـ لو أذن له السيد سابقاً ـ

---

١) أي: في مسألة أمر الآمِر العبدَ في شراء نفسه له من مولاه، و الحاكي لكلامه هو العلامة في وكالة المختلف، حيث قال: «مسألة: قال الشيخ في المبسوط: إذا وكّل رجل عبداً في شراء نفسه من سيده، قيل: فيه وجهان، أحدهما يصحّ ... و الثاني: لا يصحّ، لانّ يد العبد كيد السيد، و إيجابه و قبوله باذنه بمنزلة إيجاب سيده و قبوله، فإذا كان أوجب له سيِّدهُ و قَبِلَه هو صار كأنّ السيد هو الموجب و القابل للبيع، و ذلك لا يصح، فكذلك هاهنا. قال ـ يعنى شيخ الطائفة ـ و الأوّل أقوىٰ. و قال إبن البرّاج: الأقوىٰ عندي أنه لا يصحّ، إلّا أن يأذن له سيده في ذلك، فإن لم يأذن له فيه لم يصح. و الحقّ ما قوّاه الشيخ، لأنّ بيع مولاه رضيَ منه بالتوكيل»[١].

و نسب صاحبُ الجواهر القولَ بالبطلان إلى القاضي، كما أن السيد العاملي نقلَ عبارة المختلف المتضمنة لكلام القاضي، فراجع[٢].

٢) أي: على البطلان. و حاصل وجهه هو إتحاد الموجب و القابل الناشيء من كون عبارته عبارة السيد.

٣) أي: و في إتحاد الموجب و القابل ـ الذي جعَلَه القاضي دليلاً على البطلان ـ إشكالات:

أحدها: ما أشار إليه بقوله: «مع اقتضائه» و حاصله: أنّ إشكال الاتحاد يجري أيضاً في صورة الإذن السابق في الوكالة عن الغير في الإشتراء له، مع عدم إشكالٍ في صحة إشتراء العبد و كالةً عن الغير.

«١» مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٥

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧١ ؛ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٣

منعُ[١] الاتحاد أوّلاً. و منعُ قدحه[٢] ثانياً.

هذا[٣] إذا أمره الآمِرُ بالاشتراء من مولاه. فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولىٰ فعن جماعة منهم المحقق و الشهيد الثانيان: أنّه لا يصح، لعدم الإذن من المولىٰ[٤] (*).

و ثانيها: ما تعرض له بقوله: «منع الاتحاد» لتعدد السيد و العبد حقيقة.فتعدّدَ الموجبُ و القابلُ.

و ثالثها: ما أفاده بقوله: «و منع قدحه» لعدم دليل على لزوم تعدد الموجب و القابل حقيقةً، فيكفي فيه التعدد الاعتباري.

١) مبتدءٌ مؤخر، و خبره قوله: «فيه».

٢) هذا الضمير و ضمير «إقتضائه» راجعان إلى إتحاد الموجب و القابل.

٣) المشار إليه هو القول بصحة شراء العبد نفسه من مولاه لو أمره آمر. و أمّا لو أمره ذلك الآمر بالاشتراء من وكيل المولىٰ فعن جماعة عدم الصحة، لعدم الإذن من المولىٰ.

٤) قال المحقق الثاني في شرح قول العلامة: «و ليس للمملوك أن يبيع أو يشتري إلّا بإذن مولاه، فانْ وكّله غيره في شراء نفسه من مولاه صحّ على رأي» ما لفظه: «لعلّ النكتة في قوله: ـ من مولاه ـ إستلزام بيع المولىٰ له نفسه إجازته لوكيل الغير إيّاه. بخلاف ما لو اشترىٰ من وكيل مولاهُ. و الأصح الجواز، لأنّ التغاير بين العوضين و المتعاقدين يتحقق مع التغاير الاعتباري»[١]. و نحوه كلام الشهيد الثاني.

(*) قد عرفت سابقاً عدم توقف الانشاءات غير المتعلقة بنفس العبد على إذن المولىٰ. و على تقدير التوقف يكفي الإذن الضمني الذي يدلّ عليه ـ إلتزاماً ـ إيجاب المولىٰ أو وكيله المفوّض معه، حيث إنّ إيجابه يدلّ على إجازته للعبد في قبول وكالته عن الآمر الذي أمره باشتراء نفسه.

«١» جامع المقاصد، ج ٤، ص ٦٨ ؛ مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥٧ و ١٥٨

و ربما قيل[١] بالجواز حينئذٍ[٢] أيضاً بناءً على ما سبق منه[٣] من أنّ المنع لأجل النهي، و هو لا يستلزم الفساد.

و فيه[٤] ما عرفت[٥]: من أنّ وجه المنع (*) هو أدلةُ عدمِ إستقلال العبد

و صريح كلامهما ترجيح الصحة، و إنّما ذكرا عدمَ الصحة وجهاً في المسألة.

و صاحبُ الجواهر ﷺ نقَلَ وَجه البطلان عنهما«١»، و لم ينقل قولهما: «و الأصحّ الجواز» و صار هذا منشأً لأن يقول المصنف: «فعن جماعةٍ أنه لا يصح» فراجع الكلمات متأمّلاً فيها.

١) القائل هو صاحب الجواهر ﷺ«٢».

٢) أي: حين الإشتراء من وكيل المولىٰ لا نفسه، كالإشتراء من نفس المولىٰ في الصحة.

٣) أي: من صاحب الجواهر، و قوله: «بناءً» قيد للجواز، يعني: أنّ الجواز مبنيّ على ما سبق منه من أنّ النهي عن معصية السيّد لا يقتضي الفساد ... الخ.

٤) أي: و فيما أفاده صاحب الجواهر ﷺ.

٥) عند إشكال المصنف عليه (في ص ٣٣٣) بقوله: «و فيه أوّلاً منع حرمة هذه ... الخ».

(*) قد تقدم سابقاً قصور أدلة عدم إستقلال العبد عن شمولها للإنشاءات المتعلقة بغيره.

و كيف كان فالحق أن يقال: إن كان الوكيل مفوّضاً فحكمه حكم السيد، و إلّا فالوجه البطلان، لخلوّ وكالة العبد عن الأمر بالشراء عن إذن السيد، و صحته منوطة بإجازة السيد، لكونه من صغريات عقد الفضولي.

«١ و ٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٢

في شيءٍ، لا منعِه عن التصرف في لسانه[1]، فراجع ما تقدّم[2]. و الله أعلم (*).

---

١) كما أفاده في الجواهر بقوله: «إذ لا ريب في إثمه بإيقاع نفس العقد الذي هو تصرفٌ في لسان العبد المملوك للسيد» إلى آخر ما تقدم في عبارته المنقولة في (ص ٣٢٩).

٢) من إشكال المصنف عليه بقوله: «و فيه أوّلاً ... و ثانياً ... الخ».

(*) ثمّ إنّ هنا فروعاً كثيرة لا بأس بالتعرض لبعضها:

منها: أنّه إذا حاز العبدُ مباحاً بإذن المولىٰ مع القصد، فلا إشكال في صيرورته ملكاً للمولى. و بدون القصد فالظاهر بقاؤه على الاباحة.

إلّا أن يقال: إن إذن المولىٰ يتضمّن قصد التملك أيضاً، و هو كافٍ في حصول شرط تملك المباحات أعني به قصد التملك.

و إن حازه بغير إذنه مع القصد، فعلى القول بملكيته يملكه محجوراً عن التصرف فيه. و على القول بالعدم ففي بقائه على الإباحة أو صيرورته ملكاً للمولىٰ قهراً وجهان، أقواهما الثاني، لأنّه من منافع عبده. و لا يعتبر في تملك المباحات سوىٰ الحيازة و القصد، و كلاهما موجود.

نعم إذا حاز المباحَ بدون القصد يشكل الحكم بملكيته للسيد أو العبد، بل هو باقٍ على الإباحة، نظيرُ حيازة حيوان لشيءٍ مباح، فإنّه باقٍ على إباحته،إذ لا قصد للحيوان، فلا يملكه مالك الحيوان. و هذا القصد هو الفارق بين حيازة العبد و حيازة الحيوان، فالصور أربع ثنتان منها مع الإذن، و ثنتان منها بلا إذن.

و منها: أنّه لا مانع من أن يوكّله مولاه في بيع نفسه أو إعتاقه، إذ ما يتصور مانعاً منه هو إتحاد الموجب و متعلق المعاملة، و ذلك ليس مانعاً بعد ما تقدم من جواز إتحاد موجب و القابل، و كفاية التغاير الاعتباري.

مسألة:

و من شروط المتعاقدين[1]: أن يكونا مالكين (*) أو مأذونين من المالك

من شروط المتعاقدين: ملك التصرف

١) إشترط الفقهاء ﷺ في المتعاقدين مالكيتهما للعوضين أو مأذونيتهما في البيع بالإذن الشرعي أو المالكي، و فرّعوا عليه إنتفاء الصحة الفعلية عن بيع مَن ليس له ولاية التصرف في العوضين، سواء قيل ببطلانه رأساً ام بصحتة التأهليّة.

و بيانه: أنّ العقد إمّا يصدر ممّن له ولاية أمر العقد سواءٌ أكان مالكاً، أم وليّاً عليه، أم ماذوناً منه، أم وكيلاً عنه، و هذا لا إشكال في صحته. و إمّا يصدر من غير مَن لَه ولاية العقد بدون إذنه و إجازته، و هذا لا إشكال في فساده. و إمّا يصدر من غير مَن له ولاية العقد مع تعقبه بالاجازة. و هذا هو مورد البحث و الكلام في الصحة أو اللزوم كعقد نفس المالك أو المأذون منه أو من الشارع إلاّ بالاجازة.

(*) في هذا التعبير مسامحتان:

الأولى: في إعتبار مالكية العوضين في الخروج عن الفضولية، لانتقاضه بموارد.

منها: بيع العين المرهونة على المشهور ـ بل المدّعى عليه الاجماع ـ من حجرهما عن التصرف فيها، مع كونها ملكاً للراهن، و هذا يكشف عن عدم كفاية مالكية العوضين في إنتفاء الفضولية.

أو الشارعِ[1]

---

١) هذا العنوان بقول بعض الأعلام ﷺ«١» من جوامع الكلم، لشموله لجميع أقسام من يصحّ منه البيع كالمالكين للعوضين و المأذونين منهم كوكلائهم، و المأذونين من الشارع، و هم الأولياء المنصوبون منه كالأب و الجدّ و الحاكم الشرعي و منصوبه،

و منها: بيع السفيه و المفلّس، لعدم نفوذ بيعهما مع كونهما مالكين.

و منها: بيع المريض ـ في مرض موته ـ مازاد على الثلث بناءً على نفوذ تصرفه في الثلث خاصة، لتوقف صحة بيعه على إجازة الورثة، مع عدم زوال مالكيته عن أمواله بعدُ.

و منها: غير ذلك ممّا لا ينفذ بيعُ المالك.

و منه يظهر أنّ توجيه المتن «بأنّ المراد إشتراط نفوذ التصرف بمالكية المتعاقدين» غير وجيه، لأنّ نفوذ التصرف منوط بمالكية المتعاقدين لأمر العقد لا للعوضين.

نعم تندفع هذه المسامحة بما سيأتي نقله من كلام الشهيد ﷺ في تعريف الفضولي من تصريحه بأن «الفضولي هو مَن لا يملك التصرف» و عليه فالعبارة الجامعة لملك العوضين و الاذن في البيع شرعاً أو مالكاً هو ملك أمر العقد.

الثانية: التعبير بـ «لا يصح» و تفسيره بعدم ترتب اللزوم عليه كعقد الأصيل، إذ الكلام في نفوذ عقد الفضول و عدمه، لا في لزومه و جوازه. لأنّ الفضول قد يُنشِيء عقداً خيارياً كما إذا باع حيواناً مملوكاً للغير، فبيعه عقد جائز غير نافذ، لوقوفه على إجازة الملك.

و عليه فالحكم ببطلان عقد الفضول إنّما يتّجه لو إختلّ بعض شروط العقد. و مع فرض وقوعه باطلاً إمتنع تصحيحه بالاجازة المتأخرة، لاستحالة إنقلاب الشيء عمّا وقع عليه. فلابدّ أن يكون نفس العقد صحيحاً حتّى يتوقّف تأثيره و نفوذه على الإجازة.

«١» هو الفاضل المامقاني في غاية الآمال، ص ٣٥٠

فعقدُ الفضولي[١] لايصحّ[٢]، أي: لايترتب عليه ما يترتب علىٰ عقد غيره[٣]

و المأذون من قبله، و كذا المنصوب من الأب أو الجد قيّماً على الصغير، و غير ذلك من الموارد التي تنتفي الفضولية فيها.

١) الفضولي لغةً الاشتغال بما لايعنيه. قال الفيومي: «و فضل فضلاً من باب قتل زاد، و هو الفضل أي الزيادة، و الجمع فضول، مثل فلس و فلوس. و قد استعمل الجمع إستعمال المفرد أيضاً: فيما لا خير فيه، و لهذا نسب إليه على لفظه، فقيل: فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه، لأنّه جعل علماً على نوع من الكلام، فنزّل منزلة المفرد، و سُمّي بالواحد»[١].

و عن أقرب الموارد: «الفضول جمع الفضل كما مرّ، و الفضول العمل الفضولي، و هو مفرد هنا، يقال: انّ ذلك فضول منه أي إشتغالٌ بما لا يعنيه».

و لا يخفى أنّه لولا عَلَمية الفضول لنوعٍ من الكلام لكان مقتضىٰ القاعدة الأدبية ـ من ردِّ الجمع الى المفرد في النسبة ـ أن يقال: «فضلي» لا «فضولي».

و إصطلاحاً ـ كما عن الشهيد ـ «هو الكامل غير المالك للتصرف فيه،سواء كان غاصبا أم لا». و المناسبة بين المعنى اللغوي و الاصطلاحي هو الاطلاق و التقييد.

و كيف كان فالفضولي صفة للعاقد، و الفضول صفة للعقد، فجعل الفضولي صفةً للعقد مجاز من قبيل الوصف بحال متعلّقه.

٢) يعني: أنّه يتفرّع على هذا الشرط عدم صحة عقد الفضولي، بمعنىٰ عدم ترتب الأثر الذى يترتب على عقد غير الفضولي و هو اللزوم.

٣) أي: غير الفضولي من لزوم ترتيب الأثر من النقل و الانتقال أو غيرهما، فإنّ هذا الأثر لايترتب على عقد الفضولي.

«١» المصباح المنير، ص ٤٧٥

من اللزوم[١] (*). و هذا[٢] مراد مَن جعل الملكَ و ما في حكمه[٣] شرطاً، ثم فرّع[٤] عليه «بأنّ بيع الفضولي موقوف على الاجازة» كما في القواعد. فاعتراض [٥]

---

١) بيان لـ «ما» الموصول.

٢) أي: ما ذكرناه ـ من كون الشرط مالكية المتعاقدين أو مأذونيّتهما من المالك أو الشارع ـ هو مراد مَن جعل الملكَ و ما في حكمه أعني الإذن من المالك أو الشارع شرطاً، توضيحه: أنّ مراد العلامة ﷺ من جعل الشرط الملكية أو الإذن من المالك أو الشارع هو توقف لزوم العقد فعلاً على إجازة وليِّ البيع و مالكه، في قبال العقد الصادر من وليِّ البيع، فإنّه بمجرد صدوره يكون لزومه فعلياً.

٣) و هو الإذن من المالك أو الشارع.

٤) يعني: العلّامة ﷺ فإنّه فرّع على هذا الشرط توقف بيع الفضولي على الاجازة حيث قال: «و يُشترط كون البائع مالكاً او وليّاً عنه كالاب و الجدّ له، والحاكم و أمينه، والوصي، أو وكيلاً، فبيع الفضولي موقوف على الاجازة على رأيٍ...»«١».

٥) محصل إعتراض المحقق الثاني ﷺ على ما في القواعد هو: أنّ هذا التفريع في

(*) لعلّ الأولىٰ ابداله بـ«الأثر» لأنّ ظاهر اللزوم ترتب الملكية في البيع بدون اللزوم، و توقف اللزوم علىٰ الإجازة. مع أنه ليس كذلك، لأنّ شرطية طيب نفس المتعاقدين ـ الذي تكشف عنه الإجازة ـ تقضي بعدم ترتب أثرٍ أصلا على عقد الفضولي إلاّ بالإجازة، حيث إنّ طيب النفس المستكشف جزءُ العقد أو شرطه، و لايترتب الحكمُ على الموضوع قبل تمامية جزئه و شرطه. فالحكمُ الوضعي من الملكية اللازمة كما في البيع و الجائزة كما في الهبة لايترتب علىٰ عقد الفضولي إلّا بالاجازة.

«١» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٩

جامع المقاصد عليه «بأن التفريع في غير محله» لعلّه[١] في غير محلّه (*).

و كيف كان[٢] فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهمّ المسائل[٣]، فنقول: إختلف الأصحاب و غيرُهم في بيع الفضولي، بل مطلق

غير محله، إذ المتبادر من الشرط المذكور بطلان عقد الفضولي، لكونه فاقداً لذلك الشرط، إذ المفروض أنّه ليس مالكاً و لا مأذوناً منه و لا من الشارع. لا توقفه على الاجازة كما أفاده العلامة ﷺ.

١) خبر «فاعتراض» أي: لعلّ إعتراض المحقق الثاني على العلامة ﷺ في غير محله، و ذلك لأنّ مراد العلامة من الشرط المذكور شرطيّته في الصحة الفعلية، بمعنى أنّ عقد الفضولي لايصير مؤثراً فعلاً. و هذا لا ينافي صحته الشأنية، و توقف فعليتها على الاجازة.

٢) أي: سواء كان إعتراض المحقق الثاني ـ و من تبعه كالسيد العاملي ﷺ«١» ـ على تفريع العلّامة في محلّه أم في غير محلّه، فالمهمُّ... الخ. و هذا شروع في الإشارة إلى أقوال الفقهاء في المسألة و تحرير محلّ النزاع، و أن بحث الفضولي مخصوص بالعقود، و لا يجري في الايقاعات، لاتفاقهم علىٰ بطلانها.

٣) أي: المسائل المهمة الفقهية التي وقع فيها البحث قديماً و حديثاً بين علماء الفريقين.

(*) نعم هو في غير محله، لكن لا لما ذكره المصنف، بل لفقدان شرطه و هو طيب النفس، وإلاجازة كاشفة عنه. فإن حصلت ترتّب الأثرعلى العقد، وإلا فلا، وغرض العلّامة ﷺ من التوقف على الاجازة هو عدم ترتّب الأثر على عقد الفضولي إلّا بعد تحقّق شرطه و هوالاجازة. و هذا كلام متين.

«١» جامع المقاصد، ج ٤، ص٦٨ ؛ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٤.

عقده[١] ـ بعد إتفاقهم على بطلان إيقاعه[٢] كما في غاية المراد[٣] ـ على أقوالٍ[٤].

---

١) أي: عقد الفضولي كالصلح و النكاح و الاجارة و الوكالة و المساقاة و المزارعة و غيرها، فلا يختص النزاع بالبيع.

٢) أي: إيقاع الفضولي. و الظاهر من عبارة الشهيد الآتية جميع الإيقاعات.

٣) قال في غاية المراد: «إختلف علماؤنا في كل عقد صدر عن الفضولي، و نعني به الكامل غيرالمالك للتصرف فيه، سواء كان غاصباً أم لا، بعد إتفاقهم على بطلان الايقاع، و على عدم لزوم العقود على أقوالٍ»[١].

و قال المحقق الأردبيلي ﷺ في شرح قول العلامة ﷺ في الارشاد: «و الرّاهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن» ما لفظه: «والظاهر عدم القول به ـ يعني بالفضولي ـ في العتق، لقولهم عليهم السلام: لاعتق إلّا في ملك. و يمكن الجواز و التأويل كما لابيع إلّا فيما يملك»[٢].

٤) متعلق بـ «إختلف». ثم إنّ أقوال المسألة على ما عن الشهيد ﷺ في نكاح غاية المراد خمسة:

الأوّل: بطلانه مطلقاً أي في البيع و الشراء والنكاح و غيرها، سواء أجاز المالك العقد أم لا. حكاه ﷺ عن الشيخ ﷺ في المبسوط والبيع من الخلاف.

الثاني: وقوفه على الإجازة مطلقاً، حكاه ره عن الحسن و المفيد و المرتضىٰ والشيخ في النهاية، و سلّار و القاضي و التقي و إبن حمزة و المحقق والعلّامة.

الثالث: أنّه يقف بالبيع و يبطل الشراء، حكاه ره عن الشيخ في كتاب النكاح من الخلاف. و المعنون في كثيرٍ من العبارات إنّما هو «ما لو باع الفضولي» من دون تعرضٍ لشرائه، فيحتمل أن يكون ذكرُ البيع من باب المثال، كما يحتمل أن يكون من باب الاختصاص بالحكم.

«١» غاية المراد، ص ١٧٧، و حكاه عنه في المقابس، ص ١٩ (كتاب البيع).

«٢» مجمع الفائدة و البرهان؛ ج ٩، ص ١٦٣

و المراد بالفضولي كما ذكره الشهيد هو الكاملُ[١] غيرُ المالك للتصرف[٢] ولو[٣] كان غاصباً، و في كلام بعض العامة «أنّه[٤] العاقد بلا إذنِ مَن يحتاج إلى إذنه» (*)

الرابع: بطلان البيع و صحّة النكاح قال ﷺ: «و هو قول الفاضل إبن إدريس ﷺ».

الخامس: بطلان النكاح في غير البكر الرشيدة مع حضور الولى، و عقد الأبوين على الصغير، و الجدّ مع عدم الأب، و عقد الأخ و العمّ و الأُمّ على صبيته، و العقد لعبدٍ منه أو من أجنبي بلا إذن السيد، قال ره: «و هو قول إبن حمزة».

١) أي: الكامل بالنسبة إلى الشرائط العامة كالبلوغ و العقل و الاختيار والحرية.

٢) غرضه أنّ الفضولي ليس خصوص مَن لايكون مالكاً للعين، بل يعم كلّ مَن ليس له حق التصرف في عين المال و إنْ كان مالكاً لها، كالراهن المالك للعين المرهونه، فإنّه ـ مع كونه مالكاً لها ـ ليس له حق التصرف فيها إلاّ بإذن المرتهن. و كذا السفيه و الصبي و المجانين و المفلّسين، فإنّهم مع كونهم مالكين ممنوعون من التصرف.

٣) كلمة «لو» غير مذكورة في كلام الشهيد، و المذكور فيه «سواء كان غاصباً أم لا» كما عرفتَ نصّ كلامه في (ص ٣٤٩).

٤) أي: الفضولي، يعنى: أنّ الفضولي يطلق في كلام بعض العامة على العاقد الذي يعقد بدون إذن مَن يعتبر إذنُه من المالك أو الشارع.

(*) الظاهر أنّ النسبة بينهما هي العموم المطلق، لأنّ كل كامل غير مالك للتصرف عاقد بلا إذن مَن يحتاج إلى إذنه. و لاعكس، كما إذا كان العاقد مجنوناً أو صغيراً بحيث يمكن تمشّي القصد منهما، فإنّ هذا العاقد فضولي، لصدق العاقد بلا إذن مَن يُعتبر إذنه عليه، ولا يصدق عليه الفضولي بمعناه الأوّل، لعدم كون العاقد كاملاً.

و تعريف الشهيد أولىٰ من تعريف بعض العامة، لأنّ عقد الفضولي ـ في مقابل عقد الأصيل ـ يقتضي أن يكون عقداً تاماً من جميع الجهات الدخيلة في عقديته

و قد يوصف به[١] نفس العقد، و لعلّه[٢] تسامح.

و كيف كان[٣] فيشمل العقدَ الصادرَ من الباكرة [البكر] (*) الرشيدة بدون إذن الوليّ، و من المالك[٤] إذا لم يملك التصرف،

---

١) أي: بالفضولي، يعني: أنّه قد يوصف نفس العقد بالفضولي، فيقال: «العقد الفضولي» كما يقال: «العاقد الفضولي» و قد وصف الشهيد العقدَ بالفضولي، لقوله في غاية المراد: «البيع الفضولي».

٢) يعني: و لعلّ توصيف نفس العقد بالفضولي مسامحة، وجه المسامحة: أنّ العقد ليس ملكاً لأحدٍ حتى يكون متصفاً بالفضولي، و إنّما المتصف به هو العاقد غير المالك للتصرف.

٣) يعني: سواء أكان الفضولي بالمعنى الذي ذكره الشهيدُ أو بعضُ العامة، فيشمل عقدُ الفضولي العقدَ الصادرَ من البِكر الرشيدة بناءً على ولاية الأب و الجدّ عليها، و عدم ولايتها على تزويج نفسها، لصدق مفهوم الفضولي بكلا تفسيريه على عقد البكر الرشيدة كما لايخفى.

٤) معطوف على «من البكر» يعني: و يشمل عقدُ الفضولي العقدَ الصادرَ من المالك الممنوع عن التصرف في ماله كالراهن و المفلّس و غيرهما من المحجورين من

إلاّ صدوره ممّن له ولاية العقد، فجميع شروط العقد في عقد الفضولي موجودة، فلا يشمل عقداً لايكون قابلاً للاجازة كالصغير بناءً على كونه مسلوب العبارة، بحيث لا يصح عقده حتى بإجازة وليّه.

(*) المذكور في نسخ المكاسب «الباكرة» غير النسخة المنسوبة إلى جامعة النجف الدينية. و الصحيح هو (البكر) فعن شرح القاموس «بأن التعبير عن هذا المعنى ـ أي العذراء ـ بلفظ الباكرة غلط».

لتعلق حق الغير بالمال[١] كما يؤمي إليه[٢] إستدلالُهم لفساد الفضولي بما دلّ على المنع من نكاح الباكرة [البكر] الرشيدة بغير إذن وليّها. و حينئذٍ[٣] فيشمل بيعَ الراهن و السفيه و نحوِهما[٤] و بيعَ[٥] العبد بدون إذن السيد.

التصرف في أموالهم.

١) كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة، فإنّ مالكها ـ و هو الراهن ـ ممنوع من التصرف فيها.

٢) أي: يؤمي الى هذا الشمول إستدلالُ الفقهاء ـ لفساد عقد الفضولي مطلقاً بيعاً كان أو غيره ـ بالأخبار الواردة في منع نكاح البكر الرشيدة بغير إذن وليّها الموجود، كما في خبر أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الجارية البكر التي لها أب لاتتزوّج إلاّ بإذن أبيها. وقال: إذا كانت مالكة لأمرها تزوّجت متىٰ شاءت»[١].

و على كلٍّ فالمستدل بهذه الروايات هو القائل بفساد عقد الفضول، و قد أشار إليه صاحب المقابس فى عدّ حججهم بقوله: «و منها: ما ورد في النكاح، و هي أيضاً كثيرة، تطلب مع الجواب عنها في محلّها»[٢].

٣) أي: و حين شمول عقد الفضولي لعقدي البكر الرشيدة بدون إذن وليّها والمالك الذي لا يملك التصرف ـ بسبب إستدلال الفقهاء بالأخبار الواردة في منع نكاح البكر الرشيدة بغير إذن وليّها ـ فيشمل عقدُ الفضولي بيعَ الراهن و السفيه.

٤) كالمفلّس و المحجور عليه لصغرٍ أو جنون.

٥) معطوف على «بيع الراهن» وغرضه أنّ تعريف الشهيد للفضولى ـ بما ذكر ـ يشمل بيعَ العبد مال نفسه بدون إذن سيده، أو بيع العبد مال غيره بإذن مالكه و بدون

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٢٠٥، الباب ٤ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٢. و نحوه ما ورد في الباب ٩، ص ٢١٤و٢١٥، و ما ورد في بعض أخبار الباب ١١ من ابواب المتعة، ٤٥٧ إلى ٤٦٠.

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣١

و كيف كان[١] فالظاهر شموله[٢] (*) لما إذا تحقّق رضا المالك للتصرف باطناً، و طيبُ[٣] نفسه بالعقد من دون حصول إذنٍ منه صريحاً أو فحوىً[٤]،

إذن سيده في إجراء صيغة البيع. و هذا أولىٰ من سابقه، لإندراجه في بيع المالك إذا لم يملك التصرف في ماله.

لكن قد عرفت سابقاً منع توقف صحة إجراء الصيغة على إذن السيد.

حكم العقد المقرون برضا المالك

١) يعني: سواء قلنا بشمول الفضولي لمثل بيع الراهن بلا إذن المرتهن، أم قلنا بعدمه.

٢) أي شمول عقد الفضولي لما إذا أُحرز طيب نفس المالك مع عدم إذنٍ منه، فاذا باع شخص مال غيره مع إحراز رضاه كان هذا البيع من أفراد عقد الفضولي، و مجرد رضا المالك به لا يُخرجه عن الفضولية.

٣) معطوف على «رضا» أي: تحققَ طيبُ نفس المالك بالعقد.

٤) أو بشاهد الحال، فإنّ جميع هذه الثلاثة إذن، غايته أنّ الأوّلين إذن بلسان القال، و الثالث إذن بلسان الحال. فغرض المصنف ﷺ من هذا الكلام إدراج مورد العلم برضا المالك في الفضوليّ، و أنّ خروجه عن الفضولية منوط بإظهار الرضا و لو بالفحوىٰ. و استدلّ عليه بما سيأتي.

(*) لا يخفى أنّه بناءً على شمول الفضولي لصورة رضا المالك باطناً يشكل التصرف الاعتباري كالبيع و نحوه في السهم المبارك لمن يأخذه و يصرفه في ضروريات معاشه، و يشتري به ما يحتاج إليه، لتوقف البيع و الشراء و غير ذلك من التصرفات المملّكة على الملكية، مع فرض عدم صيرورة السهم المبارك ملكاً لأحدٍ.

لأنّ[1] العاقد لايصير مالكاً للتصرف و مسلّطاً عليه بمجرد علمه[2] برضا المالك.

---

١) تعليل لعدم خروجه عن الفضولية، و محصّله: أنّ مجرد العلم برضا المالك لا يجعل العاقد مالكاً للتصرف حتىٰ يخرج عن عنوان الفضولي، و خروجه عن هذا العنوان منوط بكونه مالكاً للتصرف.

٢) أي: علم العاقد برضا المالك، و ضمير «عليه» راجع إلى التسلط.

دون التصرف الخارجي كالأكل و الشرب و اللبس، لكفاية طيب النفس في جوازها، وعدم إشتراطها بالإذن.

و يمكن دفع الإشكال أوّلاً: بأنْ يشتري آخذُ السهم متاعاً بثمن في ذمته، ليتملّك المتاع، ثم يدفع السهم إلى البائع لتفريغ ذمته عمّا إشتغلت به من الثمن تبرُّعاً من ناحيته عليه السلام إعتماداً على إذنه عليه السلام لقابض السهم المبارك في التصرف فيه، فإنّ التبرع بأداء دين الغير من المستحبات، و فراغ الذمة لا يتوقف على مالكية المديون للمال الذي يدفعه إلى الدائن، بل هو مال الامام عليه السلام، و به تبرء ذمة المديون، و يملك المشترى المتاعَ بنفس الشراء، و التبرع المستحب بماله عليه السلام داخل في التصرف المأذون فيه.

و الرضا بوفاء الدين بماله عليه السلام مستلزم لمالكية الدائن لذلك المال، و إلاّ لم يكن وفاءً، فنفس الوفاء يوجب ملكية المال الذي يوفىٰ به الدين للدائن.

و ثانياً: أنّ رضاه عليه السلام بالتصرف في ماله مع القطع بوقوع التصرفات المتوقفة على الملك فيه بالضرورة إذنٌ بشاهد الحال في جميع تلك التصرفات، فيخرج عقدها عن الفضولي،و يصير المتاع المشترىٰ بماله ملكاً له عليه السلام مع الإذن لمشتريه بالتصرف فيه.

أو إذن منه عليه السلام بتملك ماله عليه السلام ، كتملك المرتزقين من بيت المال، فإنّ مَن يرتزق منه كالقاضي يتملّك المال و يتصرف فيه تصرفاً متوقفاً على الملك. نظير من

.....

يأذن لغيره عموماً أو خصوصاً بتملك ماله بمعنىٰ رفع المانع عن تملك الغير له كتملك مالٍ أعرض عنه مالكه.

و الفرق بين هاتين الصورتين أنّه في هذه الصورة يصير السهمُ المبارك ملك الآخذ بالقبض مع قصد التملك، فيبيع و يشتري بمال نفسه. و في الصورة السابقة يكون مأذوناً في البيع و الشراء بمال الامام عليه السلام، لا بمالِ نفسه، لكن مع جواز التصرف فيه بإذنه عليه السلام.

و يحتمل أن يعامَل مع السهم المبارك معاملة المال المتعذر وصوله إلى مالكه، فيكون أخذه من باب التصدق الموجب لتملك الآخذ له. لكن يشكل حينئذٍ صرفه في غير ضروريات معاش الفقراء و المضطرّين، كبناء المدارس العلمية و المساجد والحسينيّات و غيرها.

إلّا أن يضعف هذا الاحتمال بأنّه مع تعيُّن المصرف من مالك السهم لاتصل النوبة إلى التصدق، هذا.

ثمّ إنّ لسيدنا المحقق الخوئي كلاماً في المقام مذكوراً في بعض أجوبة إستفتاءاته، و هو: أنه اذا وقعت المعاملة بعين السهم المبارك كان عوضها ملك الامام عليه السلام.

و هذا يتوقف علىٰ كفاية الرضا الباطني في صحة المعاملة، و الاستغناء عن الإجازة لخروجها عن الفضولية. مع أنّه دام بقاؤه لايُخرج هذه المعاملة المقرونة برضا المالك عن عقد الفضولي. فالالتزام بصحّتها و لزومها ينافي إلتزامه باندراج المعاملة المقرونة برضا المالك باطناً مع عدم إذنه في عقد الفضولي.

و يمكن دفع المنافاة بحصول الإذن منه عليه السلام بشاهد الحال الذي هو كالإذن بلسان المقال، حيث إنّ بقاء الأحكام و شرائع الاسلام موقوف علىٰ إقامة الحوزات العلمية و تشييد أركانها، إذ بدونها تندرس الأحكام، و تنمحي آثار الاسلام. و هذا الوضع

و يؤيِّده[1] إشتراطُهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو ماذوناً أو وليّاً، و فرّعوا[2] عليه بيعَ الفضولي

---

١) يعني: و يؤيِّد شمولَ عقد الفضولي للعقد الذي أُحرز رضا مالك التصرف باطناً به ـ بدون إذنه صريحاً أو فحوىً بهذا العقد ـ إشتراط الفقهاء في لزوم العقد ... الخ.

وجه التأييد: أنّ إطلاق تفريع بيع الفضولي على إشتراط كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو وليّاً يقتضي إندراجَ كلّ عقدٍ فاقد للشرط المذكور تحت بيع الفضولي حتى مع إقترانه برضا المالك باطناً.

و التعبير بالتأييد دون الدلالة ظاهر الوجه، إذ ليس تفريع الفقهاء حجة شرعية حتى يستدلّ به على المدعىٰ، نعم هو صالح للتأييد.

٢) أي: فرّعوا على الاشتراط المزبور بيعَ الفضولي. و التفريع يدلّ على شمول عقد الفضولي لصورة رضا مالك التصرف باطناً، لعدم كون العاقد ـ مع رضا المالك باطناً ـ مالكاً و لا مأذوناً و لا وليّاً، و كل عاقد لم يكن كذلك كان فضولياً.

يقتضي إذنه عليه الصلاة و السلام بالبيع و الشراء بالسهم المبارك، فتندرج المعاملة في معاملة المأذون من ناحية المالك، و تخرج عن عقد الفضولي.

و قد حُكي عن السيد المحقق المجدد الميرزا الكبير الشيرازي قدس سره أنه قال: «أنا قاطع برضا مولانا الحجة المنتظر عجّل الله فرجه بصرف سهمه المبارك في إقامة الحوزات العلمية الشيعية، و إدارة شؤونها».

فالمتحصل: أنّ جواز التصرف في السهم المبارك يمكن أن يكون بأحد الوجوه المتقدمة.

و يؤيّده[١] أيضاً إستدلالُهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي«١»، مع أنّ الظاهر علمه[٢] برضا النبي ﷺ بما يفعله.

وإن[٣] كان الذي يقوىٰ في النفس ـ لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب[٤] ـ عدمَ توقفه على الإجازة اللّاحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرونُ بالعقد، سواء علم به[٥] العاقد

---

١) معطوف على «و يؤيّده» يعني: و يؤيّد شمولَ عقد الفضولي لصورة رضا المالك باطناً و طيب نفسه بالعقد ـ من دون إذنه صريحا أو فحوىً ـ إستدلالُ الفقهاء على صحة عقد الفضولي بحديث عروة البارقي، مع علمه ظاهراً برضاه ﷺ بما يفعله. و هذا الاستدلال كاشف عن عدم خروج صورة رضا المالك باطناً عن عقد الفضولي.و سيأتي شرح حديث عروة البارقي إن شاء الله تعالى.

٢) أي: علم عروة. غرضه من قوله: «مع أن الظاهر» إدخال قضية عروة ـ المحرز لرضاه ﷺ باطناً ـ في بيع الفضولي حتى يصح الاستدلال بها على أنّ إحراز الرضا باطناً لا يُخرج المعاملة عن عقد الفضولي.

لكن لم يظهر منشأ هذا الظهور،مضافاً الى ضعف السند. و لعله لذا جعله مؤيداً لا دليلاً.

٣) هذا شروع في بيان مختاره في صورة رضا المالك باطناً مع عدم إذنه. والأقوىٰ عنده ﷺ صحة البيع و عدم توقفه على الاجازة، و خروجه عن عقد الفضولي موضوعاً.

٤) حيث إنّ كثيراً من فقهاء الامامية ذهبوا إلى أنّ هذه الصورة أيضاً تحتاج إلى الإجازة، فالعلم برضا المالك لا يُخرجه عن الفضولي.

٥) أي: برضا المالك، فيجب على المالك ترتيب آثار الصحة عليه.

«١» عوالي اللئالي، ج ٣، ص ٢٠٥، ح ٣٦، و رواه المحدّث النورى ـ عن ثاقب المناقب للشيخ الطوسي ـ في مستدرك الوسائل، ج ١٣، ص ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ١

أو إنكشف بعد العقد حصولُه[١] حينَه، أو لم ينكشف[٢] أصلاً،فيجب على المالك فيما بينه و بين الله تعالىٰ إمضاءُ ما رضي به، و يُرتب الآثار عليه، لعموم[٣] وجوب الوفاء بالعقود«١» (*) و قولِه تعالى شأنه: ﴿إلّا أن تكون تجارةً عن تراض﴾«٢»

---

١) أي: حصول الرضا، و ضمير «حينه» راجع إلى «العقد».

٢) أي: لم ينكشف بعد العقد حصولُ الرضا حين العقد.

و الظاهر الإستغناء عن كلمة «أصلاً» إذ ليس لعدم الانكشاف إلّا فرد واحد و هو عدم الانكشاف بعد العقد. إلّا أن يراد من كلمة «أصلاً» عدم العلم بالرضا حين العقد و عدم الإنكشاف بعده، فتأمّل.

٣) قد إستدلّ المصنف ﷺ على مختاره بوجوه:

الأوّل: عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ بتقريب: أنّ هذا العقد جامع للشرائط المعتبرة في العقود سوىٰ الإجازة الصريحة أو الفحوىٰ من المالك، لكن رضاه القلبي موجود، فيصير هذا العقد من العقود الصحيحة التي تشملها الآية الكريمة، و كذا الحال في آية التجارة، لصدق التجارة عليه، فتشمله آية التجارة.

(*) يتوجه عليه: أنّ وجوب الوفاء بكل فردٍ من أفراد العقود متوجه إلى مَن تحقّق له عقدٌ بحيث يضاف إليه و يقال: إنّه عقده. و مجرّد الرضا الباطني للمالك لايجعل عقد الفضولي عقده حتى يُكلّف بالوفاء به. و كذا الحال في آية التجارة، حيث إنّ مجرّد الرضا الباطني للمالك لايجعلها تجارةَ المالك، فلا ينسب إليه التجارة، و لايقال: إنّه إتّجر بماله. و بالجملة. فعقد الفضولي ليس عقداً للمالك و لا تجارةً له، فلا يشمله «أوفوا بالعقود» و لا آية التجارة عن تراضٍ. فهاتان الآيتان الشريفتان نظير آية وجوب الوفاء

«١» سورة المائدة، الآية: ١.

«٢» سورة النساء، الآية: ٢٩.

و لايحلّ[1] مال إمرىء مسلم إلّا عن طيب نفسه»[1] (*).

---

١) هذا إشارة الى الوجه الثاني، و هو: ما دلّ على حرمة مال إمرىء مسلم إلّا بطيبة نفسه. و المفروض أنّه راضٍ ببيع ماله، فيكون خارجاً عن الفضولية، فيجوز التصرف فيه بلاحاجة إلى الإجازة.

بالنذور في عدمِ كون جميع المكلّفين مخاطبين بهذه التكاليف، فلايصح الاستدلال بهما على المقام.

(*) و فيه: أنّ الظاهر إرادة الحلية التكليفية في التصرفات الخارجية كالأكل و الشرب. فإن كان كذلك فهو أجنبي عن مورد البحث و هو الحكم الوضعي أعني به نفوذ البيع و نحوه.

و إن أُريد بالحل أعمّ من التكليفي و الوضعي كما هو المحتمل ـ لكون الحل بمعنى الإرسال و الفتح في مقابل السّدّ ـ ففيه: أنّه لايدل إلّا على دخل طيب النفس في الحلية، و لا دلالة فيه على إنحصار سبب الحل في الرضا الباطني حتى ينافي إعتبار أمر آخر فيه كالإذن و الإجازة إذا نهض دليل عليه.

و الوجه في عدم إفادة الحصر ممّا دلّ على نفي الحل إلّا مع طيب النفس هو: أنّ نفي الماهية عند إنتفاء شيءٍ لا يدلّ على الحصر، و إناطة وجود تلك الماهية بوجود ذلك الشيء فقط، بل يدلّ على إعتباره في الماهية و أنّها تنتفي بانتفائه. و لا ينافي ذلك إعتبار شيء آخر فيها فمثل «لا صلاة إلّا بطهور» و «لا صلاة إلّا بفاتحة الكتاب» لا يدّل على الحصر و عدم تحقق الصلاة إلّا بالطهور أو الفاتحة، بل يدل على إعتبار الطهور و الفاتحة

«١» عوالي اللئالي، ج ٢، ص ١١٣، الحديث: ٣٠٩.

و ما[1] دلّ على أنّ علم المولىٰ بنكاح العبد و سكوته[2] إقرار منه.

---

١) بالجرّ محلّاً عطفاً على «لعموم»وهذااشارة إلى الوجه الثالث، و هو ما دلّ على علم المولىٰ بنكاح العبد، و أنّ سكوته إقرارٌ منه بذلك. تقريب الاستدلال به: أنّ ظاهره كفاية الرضا الباطني في خروج العقد عن الفضولية، لأنّ كفاية السكوت في نفوذ العقد و عدم الحاجة إلى إجازةٍ جديدة تدلّ على كفاية الرضا الباطني، و هذا ممّا يدل عليه جملة من الروايات:

منها: رواية معاوية بن وهب قال: «جاءَ رجلٌ إلى أبي عبدالله عليه السلام، فقال: إنّي كنتُ مملوكاً لقومٍ، و إنّي تزوّجت إمرأةً حُرّةً بغير إذن مواليّ، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأُجدِّدُ نكاحي إيّاها حين أُعتقت؟ فقال عليه السلام له: أكانوا علموا أنّك تزوّجت إمرأةً و أنت مملوك لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عنّي، ولم يغيّروا عليّ. قال فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحك الأوّل»«١» و قريب منه غيره.

٢) بالنصب عطفاً على «علم» و ضميرا «سكوته»، منه راجعان الى «المولى».

شطراً أو شرطاً فيها، و لا ينافي ذلك إعتبار شيء آخر فيها تنتفي الصلوة بإنتفائه أيضاً، فإستدلالُ أبي حنيفة على عدم دلالة الإستثناء على الحصر بمثل «لاصلاة إلّا بفاتحة الكتاب» غير سديد ، لأنّ الاستثناء في موارد نفي الماهية ليس حقيقياً حتّى يدلّ على الحصر كما في «جاء القوم الّا زيداً» بل هو إستثناء صوري لا يدلّ إلّا على إعتبار المستثنىٰ شطراً أو شرطاً في الماهية المنفية المستثنى منها.

و بالجملة: فما دلّ على دخل طيب النفس ـ بعد تسليم عموم الحلّ للتكليفي و الوضعي ـ لا يدلّ على إنحصار الحِلّ في الرضا الباطني. فلا ينافي إعتبار الإذن أو

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٢٥، الباب ٢٦من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث: و نحو الحديث ٢و٣ من الباب.

و رواية[1] عروة البارقي الآتية«١»، حيث أقبض المبيع و قبض الدينار، لعلمه برضا النبي ﷺ. و لو كان فضولياً موقوفاً على الاجازة لم يجز التصرف في المعوّض و العوض بالقبض و الإقباض. و تقريرُ النبي ﷺ له على ما فعل دليلٌ على جوازه،[2] هذا.

---

١) معطوف كما قبله على «لعموم وجوب الوفاء»

٢) محصّل إستدلال المصنّف ﷺ برواية عروة البارقي ـ الذي هو الوجه الرابع من أدلة خروج العقد المقرون برضا مالك التصرف عن عقد الفضولي ـ هو: أنّ العروة لمّا كان عالماً برضا النبي ﷺ بما يفعله باع إحدىٰ الشاتين اللتين إشتراهما بالدينار الّذي أعطاه الرسول الأعظم ﷺ و أقبضها للمشتري، و قبض منه ثمنها الذي كان ديناراً، إذ لو لم يكن الرضا القلبي ـ الذي علمه عروة من النبي ﷺ ـ كافياً في صحة العقد، بل كانت صحته متوقفة على الإجازة، لكونه فضولياً، لم يكن تصرفه بإقباض الشاة إلى المشتري و قبض ثمنها و هو الدينار منه جائزاً، و كان حراماً قبل الإجازة، لكونه تصرفاً في مال الغير. و تقريره ﷺ دليل على تصرف عروة في المعوّض و هو الشاة التي باعها بإقباضها، و تصرفه في العوض و هو الدينار بقبضه من المشتري.

الإجازة أيضاً فيه إذا قام عليه دليل. فالاستدلال به على ما إدّعاه الشيخ ﷺ غير وجيه.

و أمّا ما دلّ على نكاح العبد، و أن سكوت المولىٰ إقرار منه، فهو على خلاف المطلوب أدلّ، لدلالته على كون السكوت إقراراً أي إجازةً، فإنّ السكوت في مقام البيان

«١» في ص ٣٨٠

مع[1] أنّ كلمات الأصحاب

هذا لكن في خروج العقد بهذا، عن الفضولية تأمل، فراجع الجواهر«١».

١) غرضه ﷺ الخدشةُ في ما نسبه إلى الأصحاب آنفاً بقوله: «لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب» حيث إنّه جعل ظاهر الأصحاب شمولَ عنوان «الفضوليّ» لما إذا علم العاقدُ رضا المالك. فقوله هنا: «مع أن ظاهر الأصحاب» إستظهارٌ لخروج العلم بالرضا عن الفضولي موضوعاً، على ما يستفاد من بعض كلماتهم، و هو الذي يقوىٰ في نفسه الشريفة.

و عدم مانع للمتكلم من بيان تمام مراده بيانٌ لعدم دخل شيءٍ آخر في مراده، فيستفاد من قوله عليه السلام: «أكانوا علموا» أنّ علمهم مقدمة لبيان كون السكوت إجازة، فلو لم تكن المعاملة المقرونة برضا المالك محتاجةً إلىٰ الإجازة لم تكن حاجة إلىٰ قوله عليه السلام: «سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم» و كان قوله عليه السلام: «أثبت على نكاحك الأوّل» كافياً.

و أمّا الاستدلال بحديث عروة بن الجعد البارقي ـ بالواو كما هو المشهور، لكن عن بعض الأعلام ﷺ «انّ المذكور في الكتب الرجالية للخاصّة و العامّة عرفة الأزديّ الموصوف بأنّه دعا له النبي صلى الله عليه و آله بقوله: اللهم بارك في صفقة يمينه ... نعم في الاستيعاب من كتب العامة: «غرفة الازدى بالغين المعجمة».

لكن عن شيخ الطائفة في رجاله و كذا العلّامة ﷺ في الخلاصة: عرفة الأزدي من أصحاب أمير المؤمنين صلوات الله عليه، كان رسول الله صلى الله عليه و آله دعا له، فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه».

و في مضاربة التذكرة «عروة بن لبيد البارقي»«٢».

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٧ آخر الصفحة.

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٥٠، السطر ١٠

في بعض المقامات[١] يظهرُ منها خروجُ هذا الفرض[٢] عن الفضولي، و عدمُ[٣]

---

١) مثل ما نقله السيدُ العاملي ﷺ عن المستدلّين على صحة بيع الفضولي، بقوله: «إحتج الأوّلون بأنّ السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائط، و كلّها كانت حاصلة إلّا رضا المالك، فإذا حصل الشرطُ عمل السببُ التام عمله...»«١» فراجع.

٢) و هو العقد المقرون برضا المالك باطناً، مع عدم إذن منه بذلك، لا صريحاً و لا فحوىً.

٣) معطوف على «خروج» أي: يظهر عدمُ وقوفه على الاجازة.

و إحتمالُ تعدُّد الواقعة«٢» ـ كما في كلام بعض الأعاظم ـ فلا يكون تردُّد إسم صاحب القصة موهناً لايخلو من بُعد، مع وحدة المتن و خصوصيات الواقعة.

ففيه أوّلاً: ضعف سنده، لما قيل من أنّه بنفسه غير موثق عندنا. و لعدم ذكره مسنداً في أُصول الشيعة المشهورة. و لذا قال المحقق الأردبيلي ﷺ: «و معلوم عدم صحة الرواية و معارضتها بأقوىٰ منها»«٣».

ولكن دفعه في الجواهر «بأنّ خبر عروة البارقي قد أغنت شهرته عن النظر في سنده»«٤».

و في الرياض «دعوىٰ إنجبار قصور سنده بالشهرة»«٥».

أقول: الملاك في حجيّة الخبر هو الوثوق بالصدور المعبّر عنه بالوثوق الخبري، دون الوثوق المخبري كما أصرّ عليه بعضُ الأعلام دام بقاؤه. فمع حصول الوثوق

«١» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٩، أواخر الصفحة.

«٢» معجم رجال الحديث، ج ١١، ص ١٣٧

«٣» مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٥٨.

«٤» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٧.

«٥» رياض المسائل، ج ١، ص ٥١٢، السطر قبل الأخير.

وقوفه على الاجازة، مثلُ قولِهم في الاستدلال على الصحة[1]: «إنّ الشرائط كُلّها حاصلة إلاّ رضا المالك»[2] و قولِهم[3]: «إنّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت، لأنّه أعمّ من الرضا» و نحو ذلك[4]

---

١) أي: صحة عقد الفضولي، في قبال بطلانه رأساً.

٢) فهذا الإستثناء ـ مع الجمود على ظاهر «رضا المالك» و هو الرضا الباطني غير المبرز ـ دليلٌ على خروج العقد المقرون به ولو بدون مبرِز له من الإذن الصريح أو الفحوىٰ عن عقد الفضولي.

٣) بالجر معطوف على: «قولهم» توضيحه: أنّ أعميّة السكوت من الرضا تدلّ على أنّ الشرط في صحة العقد و تأثيره هو الرضا الباطني، و السكوت لا يكون مبرزاً له، فإذا أُحرز الرضا من الخارج كفىٰ في صحة العقد.

٤) يعني: و نحو هذين القولين من كلماتهم الدالة على خروج هذا الفرض من الفضولي.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

بصدور الخبر تشمله أدلة حجية الخبر، و لاينظر حينئذٍ إلى الراوي، كما هو كذلك في بعض النبويات. فمع عدم نقل الحديث في كتب الخاصة، و فرض إستناد المشهور إليه في مقام الفتوىٰ يصحّ الاعتماد عليه و الركون إليه.

نعم مجرّد شهرة حديثٍ في الكتب الاستدلالية أو أُصول الشيعة مع عدم إحراز الإستناد إليه في إستنباط الحكم لا يوجب حجيته، لأن الشهرة الجابرة لضعف السند هي الشهرة الإستنادية، لا الروائية. و كذا مع إجمال معناه.

فهذا الحديث و إن كان مشهوراً من حيث النقل في الكتب الروائية و الاستدلالية، لكن إجمال معناه يمنع حجيته كما سيظهر.

و ثانياً: انّ قضية عروة مشتبهة عندنا، لاحتمال كونه وكيلاً عنه ﷺ فيما يرجع

ثم لو سُلِّم كونه[١] فضولياً لكن ليس كلُّ فضوليٍّ يتوقف لزومُه على الاجازة، لأنّه لا دليل على توقفه مطلقاً على الاجازة اللاحقة، كما هو[٢] أحد الاحتمالات فيمن باعَ مِلكَ غيره ثم ملكه[٣].

---

١) يعني: أنّه مع الغض عما ذكرنا من خروج العقد المقرون برضا مالك التصرف باطناً عن عقد الفضولي، و تسليم كونه من الفضولي ـ موضوعاً ـ نمنع توقّف كلّ فضولي علىٰ الإجازة، إذ لا دليل على هذا التوقف في جميع الموارد. و عليه فالمنع حكمي لا موضوعي.

أقول: بعد تسليم كونه فضولياً يحتاج خروجهُ عنه حكماً إلى الدليل، و إطلاق دليل توقف عقد الفضولي على إجازة مالك التصرف يشمل المقام.

٢) أي: كما أنّ عدم توقّف الفضولي على الإجازة مطلقاً أحد الاحتمالات ... الخ.

٣) بسبب إختياريّ كالبيع و الصلح و نحوهما، أو قهريّ كالإرث، فإنّه بعد التملك لا يحتاج إلى الاجازة. و حاصله: أنّ من باع مال غيره ثم تملكه يكون فضولياً حال البيع، لكن يحتمل عدم توقف صحة بيعه على الإجازة،للفرق بين أفراد الفضولي.

إلى السُّوق من المعاملات. بل في حاشية السيد «روي أنّه كان مُعَداً لخدماته ﷺ»«١».

و لا ينفي هذا الاحتمال أمرُه بالاشتراء، لعدم ظهور هذا الأمر في عدم كونه وكيلاً، بل هو بيان لما يحتاج ﷺ إليه من شراء الشاة للأضحية أو غيرها.

كما لا ظهور في الدعاء لعروة ـ بالبركة في صفقة يمينه ـ في كون عقد عروة فضولياً حتى يكون هذا الدعاء إجازةً، لأنه أعمّ، و العامّ لا يدلّ علىٰ الخاص.

كما لا ظهور لهذه القضية في كون عروة عالماً برضاه ﷺ بما يفعله، حتىٰ

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٣٥.

مع[١] أنّه يمكن الاكتفاء في الاجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آناًمّا، إذ وقوعه برضاه لا ينفكّ عن ذلك[٢] مع الالتفات.

ثم[٣] إنّه لو أُشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له، لعدم تحقق المعصية

---

١) هذا ناظرٌ إلى التوسعة في الإجازة بجعل الرضا الحاصل بعد البيع آناًمّا إجازةً، فلا تختص الإجازة بما اذا كان الرضا مفقوداً ثم أنشأها المالك.

٢) أي: عن الاجازة آناًمّا مع الالتفات إلى البيع، فمحصّل ما أفاده إلى هنا: أنّ العقد المقرون برضا المالك باطناً إمّا خارج عن الفضولي موضوعاً، و إمّا خارج عنه حكماً.

٣) غرضه أنّ الإشكال في عقد غير المالك مع رضا المالك باطناً حين العقد

يصح الإستدلال بها على المطلوب، و هو عدم الحاجة إلى إجازة المالك للتصرف مع رضاه باطناً حين العقد. فتكون قضية عروة أجنبيّة عن عقد الفضولي و عن العقد المقرون برضا مالك التصرف من دون صدور إذن منه.

و لا ظهور في تبريكه صلى الله عليه وآله وسلم في تمامية المعاملة بسبب الرضا حتى يصح الاستدلال به على كفاية الرضا الباطني في صحة المعاملة. و ذلك لاحتمال كون التبريك متمماً للبيع، و إجازةً له بلسان التبريك، فيكون من الفضولي المجاز. و الظهور المزبور منوط بكون التبريك متمحضاً في الدعائية لا متمماً للمعاملة، و كلٌّ منهما محتمل. و مع الاحتمال يبطل الاستدلال.

لا يقال: إنّه يمكن أن يدّعىٰ علم عُروة برضاه صلى الله عليه وآله وسلم، حيث إنّه تصرف في العوض و المعوّض بالإقباض و القبض، إذ لو كان البيع فضولياً لم يجز له هذا التصرف إلّا بعد الإجازة.

.....

فإنّه يقال أوّلاً: إنّه لم يعلم حال عروة من حيث علمه بالحكم الشرعي، و أنّه لا يجوز له التصرف إلّا بعد الإجازة، حتّى يدّعىٰ علمهُ برضاه ﷺ، فلعلّه كان جاهلاً بالحكم.

و ثانياً: أنّ علمه ـ بعد تسليمه ـ لا يجدي إلّا في التصرف الخارجي دون الاعتباري، لعدم إستلزام الرضا بالتصرف الخارجي للتصرف الاعتباري، لإمكان الرضا بالقبض و الإقباض فقط، أو الرضا بإنشاء العقد دون القبض. فمجرّد الرضا بالتصرف الخارجي لايلازم الرضا بإنشاء المعاملة. هذا بالنسبة إلى بيع الشاة.

و أمّا بالنسبة الى شراء الشاتين بدينار فيحتمل أن يكون شراء كلتيهما فضولياً، لظهور الأمر بشراء شاةٍ في شراء شاة واحدة، فكان وكيلاً في شراء شاة واحدة لاشاتين.

و يحتمل أن يكون شراء إحداهما فضولياً دون الأُخرىٰ، لثبوت وكالته في شراء واحدةٍ.

و يحتمل صحة شرائهما معاً، بحمل الشاة الموكّل في شرائها على الجنس الشامل للواحد و المتعدد.

هذا إذا كان شراؤهما ببيعٍ واحد. و إذا كانا ببيعين كان الشراء الأوّل صحيحاً و الثاني فضولياً.

فصار المتحصل: أنّ قضية العروة لضعف سندها و إجمالها لاتصلح للاستدلال بها على خروج البيع الصادر من غير المالك للتصرف ـ مع رضا المالك باطناً و عدم إذنه و إجازته ـ عن بيع الفضولي حتى لايحتاج إلى إجازة المالك.

قال بعض الأعاظم: الحقّ أن يقال: إنّ الرضا الباطني ممّن له حق في العين بدون مبرز له من الاذن و الاجازة كافٍ في عقد المالك الممنوع من تصرفه في ماله، لتعلق حق الغير به كحق الرهانه، فإذا باع الراهن المالك العين المرهونة مع رضا المرتهن بذلك البيع صحّ البيع و لزم، و لايحتاج إلى الإجازة الموجبة لإضافة العقد إلى المالك، إذ المفروض

.....

صدور العقد من نفس المالك، و المانع تعلق حق الغير به، فإذا رضي بالبيع أسقط حقّه، بخلاف غير المالك، فإنّه لايضاف إلى المالك و لا يصير عقداً له حتىٰ يجب عليه الوفاء به. فإذا صار عقداً له عرفاً وجب الوفاء به. و لايمكن أن يكون كذلك إلّا بأن يضيفه هو إلى نفسه و لو مسامحةً بوسيلة الإجازة، لتوقف إضافة العقد إلى شخصٍ حقيقةً على صدوره منه مباشرةً أو تسبيباً عقدياً كالتوكيل، أو خارجياً كبيع الرّعية إذا أمرهم السلطان به. و ليست الإجازة إلّا إظهار الرّضا بالعقد، و الإكتفاءُ بالاجازة في صحة العقد دليل على عدم لزوم إنتسابه إلى المالك بنحو التسبيب.

و مجرّد علم الغير برضا المالك لايوجب إضافة العقد إليه عرفاً، فإنّ الرضا في مقابل عدم الميل، و مجرّدُ الميل النفساني إلى بيع ماله لايوجب صحة إضافة البيع إليه، بل لابدّ من إبرازه حتى يصدق الالتزام بنقل ماله.

ولو فرض شكّ في صيرورته عقداً له بمجرّد العلم برضاه لم يَجز التمسك بمثل «أوفوا» لإثبات وجوب الوفاء عليه، لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية هذا«١».

و لا يخفى أنّ كون إجازة المالك سبباً لإضافة العقد إليه لا توجب كفاية الرضا الباطني لمَن عليه حقٌّ في أحد العوضين إلاّ إذا دلّ دليل على كفايته، فإنّ الإجازة تارةً توجب إضافة العقد إلى المالك، و أُخرىٰ توجب إرتفاع المانع عن تأثير العقد، و لم ينهض دليل على إنحصار فائدة الإجازة في إضافة العقد إلى المالك.

و عليه فمجرّد رضا المرتهن لا يكفي في صحة بيع العين المرهونة، بل لابدّ من الإذن أو الإجازة. و كذا رضا الغرماء في بيع المفلّس، و كذا إذن الوارث في نفوذ وصية مورّثهم فيما زاد على الثلث، فإنّ التعبير بالإذن و الإجازة في أمثال هذه الموارد ظاهر في أنّ العبرة بهما، لابمجرّد الرضا الباطني و لو لم يبرز بمبرز.

«١» مصباح الفقاهة، ج ٤، ص ١٢

.....

و لو شك في كفاية مجرد الرضا النفساني و سقوط حقه به فمقتضى أصالة الفساد في العقود عدم كفايته، فإنّ الشك يكون في رافعيّة الموجود، حيث إنّه يشك في أنّ مجرد الرضا رافع للحق كحق الرهانة أولا، فيستصحب الحقّ.

و قد ظهر مما ذكرنا أمران:

أحدهما: أنّ الإجازة إمّا مقتضية للتأثير، كما في إجازة المالك الموجبة لإضافة العقد إليه، و إمّا شرط للتأثير، كما في إجازة كل ذي حقٍ متعلّق بأحد العوضين. فلا تنحصر فائدةالاجازة في إضافة العقد إلى المالك حتى يقال: إنّ العاقد إذا كان هو المالك لم تكن حاجة إلى إجازة من له حق في أحد العوضين، بل يكفي رضاه الباطني في تأثير العقد كما يظهر من تقريرات بعض الاعاظم دامت أيام إفاداته الشريفة، مع تصريحه في رسالته العملية بلزوم إجازة الوارث في تنفيذ الوصية بالنسبة إلى الزائد على الثلث، و عدم كفاية رضاه باطنا في نفوذ الوصية بالنسبة إلى الزائد.

و ما أفاده من التفصيل بين المالك و غيره ـ بكفاية الرضا الباطني في غير المالك، و عدم الحاجة إلى الإجازة، و عدم الكفاية في المالك، و توقف تأثير العقد على إجازته ـ من إفادات شيخه المحقق الاصفهاني على ما في شرحه للكتاب«١» و ردٌّ على المحقق النائيني قدس سره، حيث قال مقرر بحثه العلّامة الشيخ موسى الخونساري قدس سره: «و الحق عدم خروج العقد الصادر من غير من بيده زمام أمر المعقود عليه بمجرد الرضا الباطني من المالك و من له الحق مرتهناً كان أو مولىً. و ذلك لأنّه لو كان أمر العقد موقوفاً و غير ماضٍ إمّا لعدم كون العاقد مالكاً أو لعدم كونه مستقلّاً، فلا يخرج عن التوقيف إلّا باستناده إلى المالك أو ذي الحق و الاستناد و التنفيذ من الأمور الانشائية، و يكونان كسائر الإيقاعات لابدّ من إيجادها إمّا باللفظ أو بالفعل، فلا الكراهة الباطنية ردٌّ، و لا الرضا

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٣٠

.....

الباطني إجازة، بل كل منهما يحتاج إلى كاشف»[١].

ثم إنّه لا فرق في اعتبار إبراز الرضا و عدم كفاية الرضا النفساني في إذن غير المالك أو إجازته بين أن يكون معتبراً في صحة العقد أو في لزومه.

و بعبارة أُخرىٰ: إختلاف المشروط بالإذن أو الإجازة في كونه الصحة أو اللزوم لا يوجب تفاوتاً في إعتبار الإنشاء في الإذن و الإجازة، فلا يكفي الرضا النفساني فيمَن له حَقٌّ في العين التي جرىٰ عليها العقد، كعدم كفايته من نفس المالك.

فصار المتحصل من جميع ما ذكرنا: أنّه لا فرق في عدم كفاية الرضا الباطني بين المالك و غيره ممّن له حق في متعلّق العقد، خصوصاً بَعدَ ملاحظة كون الرضا الباطني والإذن و الإجازة من مقولتين، إذ الرضا إنفعال النفس، و الإذن و الإجازة فعل النفس، والمقولات متباينات.

و مع الشك في شرطية أحدهما المعيّن بعد العلم بشرطية أحدهما في الجملة ـ و عدم ما يوجب تعيّنه ـ لا محيص عن الرضا المبرز بالإذن و الإجازة، إذ بدون المبرز يشك في ترتب الأثر على العقد. و مقتضىٰ أصالة الفساد عدم ترتبه بعد وضوح قصور العمومات عن تعيين ما هو شرط، إذ هي مرجع لنفي الشك في أصل الشرطية دون كيفيتها، مع تباين الكيفيتين، لكونهما من مقولتين. إلّا إذا كان لدليل الشرط إطلاق يقتضي إطلاق الكيفية. كما إذا فرض لدليلِ إعتبار الرضا في العقد إطلاقٌ ينفي إحتمال إعتبار مقارنته للعقد، فلا إشكال حينئذٍ في عدم إعتبارها فيه تمسكاً بالإطلاق المزبور.

و كيف كان فمقتضىٰ إستدلال المصنف ﷺ لصحّة عقد الفضولي هنا و فيما يأتي بعموم أدلة البيع و العقود كون عقد الفضولي على طبق القاعدة، إذ خلوُّه عن إذن المالك لا يوجب سلب إسم العقد و البيع عنه. و إحتمال إشتراط سبق الاذن في تأثيره ـ لا في عقديته ـ منفي بالإطلاقات.

«١» منية الطالب، ج ١، ص ٢١٠

.....

فالنتيجة: أنّ المصنف حيث إنّه لا يعتبر في عقدية العقد استناده إلى من بيده زمام البيع، و إنّما اعتبر فيه الرضا فقط، فقد إستدلّ على كون عقد الفضولي مطابقاً للقاعدة بالعمومات، إذ المتيقن من تخصيصها فقدُ الإذن و الإجازة معاً. فعقد الفضولي غير الفاقد لهما داخل في العمومات، و يكون على طبق القاعدة.

و أمّا بناءً على إعتبار إستناد العقد إلى من بيده أمره فينبغي الاستدلال لصحته بالعمومات بوجهٍ آخر، و هو: أنّ الرضا و الاستناد معاً و إن كانا معتبرين في صيرورة العقد عقدَ المالك، إلّا أنّ المتيقّن إعتبارهما في ناحية المسبب، و هو حاصل المصدر كالنقل و الانتقال، لا في السبب و هو الإيجاب و القبول اللفظيّان، لأنّ من يُنشيء العقد سواء أكان هو المالك أم الوكيل أم الفضولي إنّما يُنشِيء المقابلة بين العوضين، فيقول: «بعت هذا بهذا» و لا يقول المالك: «بعت مالي بمال المشتري» و لا يقول الوكيل أيضاً: «بعتُ مال الموكل» بحيث يضاف المالان إلى المالكين أو الموكلين. فلا فرق في إنشاء مبادلة مال بمال بين إنشاء المالك و الوكيل و الفضولي.

و عليه فالمعتبر إستناد خصوص المسبب إلى المالك، و هو يحصل بإجازته. بل لا معنىٰ لاستناد نفس السبب و هو ألفاظ الإيجاب و القبول إلى المالك، لأنّها لا تتغير بالإجازة عمّا وقعت عليه، فلا يتعلّق شك باعتبار الاستناد إلى المالك في نفس السبب حتى يرجع في نفيه إلى الاطلاقات.

و الحاصل: أنّ جهة مطابقة الفضولي للقاعدة هي إعتبار الرضا و الاستناد في المسبب كالنقل و الانتقال، و هو يتوقف على إجازة المالك، و بحصولها يتحقق الاستناد إليه. هذا مختار المحقق النائيني ﷺ.

و أمّا مختار الشيخ الذي هو عدم إعتبار الاستناد إلى من بيده أمر البيع و اعتبار رضاه فقط، فدليله العمومات، إذ الخارج منها تخصيصاً هو العقد الفاقد للإذن و الإجازة معاً. فالعقد المقرون بالرضا داخل في العقود التي يجب الوفاء بها.

.....

و لا يبعد كون ما أفاده الميرزا النائيني ﷺ هو الحق، لأنّ المأمور بوجوب الوفاء بكل عقدٍ هو العاقد تسبيباً أو مباشرةً، أو من يضاف إليه العقد بالإذن أو الإجازة كما يظهر من النصوص و إن لم يساعده العرف.

ثم إن الإجازة تضيف نتيجة العقد ـ والحاصل من المصدر ـ إلى المالك، لا ألفاظ العقد، فإنّها متصرمة الوجود بخلاف نتيجته، فإنّها موجودة في وعاء الاعتبار، فتجاز.

و بالجملة: فنفس ألفاظ العقد لتصرمها و إنعدامها لا تصلح للإجازة و الإستناد إلى المالك، فإنّ ما وقع لا يتغير عما وقع عليه، و لا معنى لإتصاف المعدوم بأمر وجودي، فلابدّ من كون المجاز نتيجةَ العقد التي هي موجودة إعتباراً، و هي المضافة إلى المالك، لا نفس الألفاظ المتصرّمة كما مرّ.

و قد يقال في تقريب عدم كون الفضولي مطابقاً للقاعدة: إنّ حقيقة الإجازة تنفيذ ما صدر عن الغير، فنفس الإجازة يقتضي كون المجاز فعلَ غير المجيز، فكيف يصير عقد الفضولي عقد المجيز حتى يشمله عموم أوفوا؟

و الحاصل: أن الإجازة بنفسها تدفع إنتساب العقد إلى المجيز. و عليه فلا يمكن أن يصير عقد الفضول عقد المالك حتى يكون مطابقاً للقاعدة، هذا.

لكن فيه: أنّ موضوع «أوفوا» هو العقد المضاف بنحوٍ من الإضافة إلى المالك و إن لم يكن صادراً منه و لو تسبيباً، و لذا قال عزّ و جل: «أوفوا بالعقود» و لم يقل: «أو فوا بما عقدتم» حتى يكون الموضوع خصوص العقد الصادر من المالك بحيث يعدّ من أفعاله. فالعقد العرفي المقرون برضا المالك موضوع لِـ«أوفوا بالعقود» سواء أكان مجري العقد نفس المالك أم أجنبياً، فإنّه لا دليل على إعتبار كون مجري الصيغة نفس المالك، بل الدليل قام على إعتبار رضا المالك في مبادلة ماله بمالٍ آخر، إذ لا يعتبر إضافة العوضين إلى مالكيهما في نفس العقد، بأن يقول الموجب: «بعتُ مالي بمالك» بل يقول: بعتك هذا المال بذلك المال.

لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار (*) و عدمِ[1] منافاته لعدم إستقلال العبد في التصرف.

ثم إعلم[2] أنّ الفضولي قد يبيع للمالك، و قد يبيع لنفسه. و على الأوّل[3] فقد لا يسبقه منعٌ من المالك، و قد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث:

ـ من حيث الاحتياج إلى إجازة المالك و عدمه ـ مختص بغير عقد العبد مع العلم برضا السيد. أمّا عقده مع العلم برضا سيده فلا إشكال في صحته و لو لم يأذن له السيد، و ذلك لأنّ مناط عدم صحته ـ و هو عصيان السيد ـ مفقود فيه، ضرورة أنّه مع علمه برضا مولاه ليس عاصياً و لا متجرّياً له.

١) معطوف على «عدم تحقق المعصية» و ضمير «منافاته» راجع إلى «عدم الاذن» المستفاد من قوله: «و لو لم يأذن له» و محصّله: أنّ العلم برضا المولىٰ يُخرج العبد عن الإستقلالية في التصرف، و المنافي للاستقلالية هو إنشاء العقد من دون إذن السيد و لا العلم برضاه.

٢) هذا شروع فيما يقع في الخارج من أقسام الفضولي الثلاثة.

٣) و هو أن يبيع الفضولي للمالك لانفسه.

(*) أقول: لكن تعليل المتن بعدم المعصية مختص بصورة العلم برضا السيد حين العقد، فلا يشمل ظهور الرضا بعد العقد مع جهل العبد برضا المولىٰ حاله.

و لايخفىٰ أنّه ينبغي تعميم ما أفاده من عدم الحاجة إلى الإجازة لكلِّ عقدٍ كانت فضوليته لتعلق حق الغير به، سواء أكان مولى أم وليّاً أم صاحب حقٍّ كحق الرهانة، لأنّ عدم الاستيذان الذي هو مناط عدم صحة عقد العبد موجود فيهم أيضاً. و المراد بعصيان السيد هو العقد بدون إذنه، و العصيان بهذا المعنىٰ موجود في جميع العقود الفضولية.

الأُولىٰ:

أن يبيع للمالك مع عدم سبق منعٍ من المالك. و هذا[١] هو المتيقّن من عقد الفضولي. و المشهور الصحة[٢]، بل في التذكرة نسبها[٣] إلىٰ «علمائنا» تارةً صريحاً، و أُخرى ظاهراً بقوله: «عندنا» إلّا أنّه[٤] ذكر عقيب ذلك: «أنّ لنا فيه قولاً بالبطلان».

---

١) أي: البيع للمالك بدون سبق منعٍ من المالك.

٢) أي: صحة بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق منعٍ من المالك.

٣) أي: نسبة الصحة إلى علمائنا صريحاً تارة و ظاهراً أُخرىٰ. أمّا الصريح فقوله في فروع بيع الفضولي ـ في ما لو إشترىٰ بمالٍ في ذمة غيره، و أطلق اللفظ ـ ما لفظه ﷺ: «قال علماؤنا: يقف علىٰ الاجازة، فان أجاز صحّ ولزمه أداء الثمن»[١].

و أما الظاهر في الاجماع فقد تكرّر في التذكرة، كقوله: «بيع الفضولي جائز عندنا، لكن يكون موقوفاً على إجازة المالك» و نحوه في بيع ما يملك و ما لا يملك، و في الوكالة، فراجع[٢].

٤) أي: أنّ العلّامة ذَكَر ـ عقيبَ نسبة الصحة إلى الأصحاب ـ أنّ لنا قولاً بالبطلان ـ و الذي ظفرتُ عليه قول العلّامة قبل دعوىٰ الاجماع لا عقيبه، حيث إنه بعد حكمه بصحة الفضولي و توقفه على الإجازة نقل فيه البطلان عن بعض العامة فقال: «و قال أبوثور و إبن المنذر و الشافعي في الجديد و أحمد في الرواية الأُخرىٰ: يبطل البيع، و هو قول لنا...»[٣].

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣، السطر: ٣

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٨٦، السطر: ١، و ص ٤٦٣، السطر ١٩ و ج ٢، ص ١٢٧، السطر ١١

«٣» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢، السطر ٤١

و في غاية المراد«١» حكىٰ الصحة عن العمّاني و المفيد و المرتضىٰ و الشيخ في النهاية و سلّار و الحلبي و القاضي و إبن حمزة«٢»، و حكيت عن الإسكافي «٣»،و إستقرّ عليها رأيُ من تأخّر[1] عدا فخرِ الدين و بعضِ متأخري المتأخّرين كالأردبيلي«٤» و السيد الداماد و بعض متأخري المحدثين[2].

و كيف كان فقد حكي البطلان عن شيخ الطائفة في الخلاف و المبسوط مدعياً الاجماع عليه، و لكنه إختار الصحة في نهايته، و حكي البطلان عن إبن إدريس أيضاً.

١) كالمحقق و الفاضل الآبي و العلّامة في جملة كتبه، و الشهيد و غيرهم كما في مفتاح الكرامة«٥».

٣) و هو صاحب الحدائق«٦»، و السيد الجدّ السيد المحدث الجزائري قدس سره في

«١» غاية المراد، ص ١٧٨

«٢» لم أظفر بكلام العماني، و راجع المقنعة للشيخ المفيد، ص ٦٠٦ ـ الناصريات للسيد المرتضى (ضمن الجوامع الفقهية) ص ٢٤٧، المسألة ١٥٤ ـ النهاية للشيخ الطوسي، ص ٣٨٥ ـ الكافي لأبي الصلاح الحلبي، ص ٢٩٢ ـ الوسيلة لابن حمزة الطوسي، ص ٢٤٩ ـ المهذب للقاضي إبن البرّاج، ج ٢، ص ١٩٤، ١٩٥، ٢١٦

«٣» حكاها عنه العلامة في المختلف، ج ٥، ص ٥٣

«٤» إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤١٧ ـ مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٥٨.

«٥» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٥ و لاحظ: شرائع الاسلام، ج ٢ ، ج ١٤ و ٢٧٨ ـ المختصر النافع، ص ١١٨و١٧٣ ـ كشف الرموز، ج ١ ، ص ٤٤٦ ـ مختلف الشيعة ج ٥، ص ٥٤ ـ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٤٨ ـ إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٨ ـ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٨٦ ـ التنقيح الرائع، ج ٢، ص ٢٥ ـ الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩٢ ـ اللمعة الدمشقية (ضمن الروضة البهية) ج ٣، ص ٢٢٩ ـ جامع المقاصد، ج ٤، ص ٦٩ و ج ١٢، ص ١٥٠ ـ مسالك الافهام ج ٣ ، ص ١٥٨، ج ٧، ص ١٥٩،الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٢٩، و ج ٥، ص ١٤٠

«٦» الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٧٨

لعموم أدلّة البيع و العقود[1]

شرح التهذيب على ما قيل.

و كيف كان فهنا مقامان، أحدهما في دليل الصحة، و ثانيهما في دليل البطلان.

المقام الأوّل: ما استدل به على صحة عقد الفضولي

أ: عموم الكتاب

١) هذا شروع في الوجوه التي أقامها الأعلامُ ـ المذكورون في المتن و غيرُهم ـ على صحة البيع الفضولي، و إقتصر المصنف على ذِكر وجوه عشرة، و قد رتّبها ﷺ في طوائف ثلاث.

الأُولىٰ: ما يستدل به على المدّعىٰ، و هو أربعة أوجه، العمومات، و حديث عروة البارقي، و صحيحة محمدبن قيس الواردة في بيع جاريةٍ إستولدها المشتري، و ما يدل بالأولوية على صحة البيع الفضولي من صحة نكاحه.

الطائفة الثانية: ما إختلف تعبير المصنف فيه، من الدلالة أو الاستيناس أو التأييد، و هو موثقة جميل، و أخبار التجارة بمال اليتيم.

الطائفة الثالثة: ما جَعَله مؤيِّداً لصحة البيع الفضولي، و هو خبر موسىٰ بن أشيم و ما بعده. و سيأتي تفصيل الكلام في كُلٍّ منها إن شاء الله تعالىٰ.

و الكلام فعلاً في الدليل الأوّل من الطائفة الأُولىٰ، و هو إندارج بيع الفضولي في إطلاق «حلّ البيع» و عموم الوفاء بالعقود، لإجتماع الشرائط في المتعاقدين ـ من الكمال و القصد إلى المدلول ـ عدا رضا المالك، و هو حاصل بالإجازة اللاحقة للعقد.

لأنّ خلوّه[١] عن إذن المالك لايوجب سلبَ إسم العقد و البيع عنه[٢]. و إشتراطُ ترتُّب الأثر بالرضا و توقفه عليه أيضاً[٣] لا مجال[٤] لإنكاره، فلم[٥] يبقَ الكلام إلّا في إشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه فمقتضىٰ الإطلاقات عدمُه[٦].

و مرجع ذلك[١] كلّه إلى عمومِ حلّ البيع و وجوبِ الوفاء بالعقد، خَرَج

---

١) أي: لأنّ خلوّ عقد الفضولي عن إذن المالك لا يوجب سلب إسم العقد عنه، غاية الأمر أنّه عقد ناقص، لإنتفاء شرطه و هو إذن المالك. فالعقد لايناط صدقه ـ على عقد الفضولي ـ بشيءٍ غير الايجاب و القبول، و إذنُ المالك شرط تأثيره، لا مقوّم عقديّته.

٢) أي: عن عقد الفضولي، لأنّ العقد هو الايجاب و القبول، و كلا هما موجود فيه.

٣) يعني: و إشتراطُ ترتُّب الأثر كالنقل و الانتقال على عقد الفضولي برضا المالك ـ كعقديّته ـ لامجال لإنكاره، و هذا الاشتراط مسلّم،كتسلُّم صدق العقد عليه.

٤) خبر قوله: «و إشتراط». و ضمير «لإنكاره» راجع إلى إشتراط.

٥) يعني: فلا نقصَ في عقد الفضولي من حيث التأثير إلّا فرض إعتبار سبق إذن المالك، و حيث إنّه لا دليل على إعتباره فيه مع صدق العقد العرفي عليه بدونه، فمقتضىٰ الإطلاقات ك«أوفوا بالعقود و أحلّ الله البيع و تجارة عن تراضٍ» عدمُ إشتراط سبق إذن المالك في تأثير العقد في معنىٰ الإسم المصدري، و هو الملكيّة المترتبة علىٰ الانشاء.

٥) أي: عدم إشتراط سبق الإذن و ضمير «عليه» راجع إلى «إشتراط».

٦) أي: مرجع عدم إشتراط سبق إذن المالك في تأثير عقد الفضولي إلى

منه[١] العاري عن الإذن و الإجازة، و لم يعلم خروج ما فقد[٢] الإذن و لحقه الإجازة[٣].

و إلى ما ذكرنا[٤] يرجع إستدلالهم «بأنّه[٥] عقد صدر من أهله وقع في محله»«١».

الاطلاقات، حيث إنّها تصلح لنفي إعتبار كلّ ما شكّ في دخله في تأثير عقد الفضولي بعد صدق العقد العرفي عليه، و عدم قدح خلوّه عن الإذن المقارن لصدوره في صدق العقد عليه عرفاً.

١) أي: خَرج من عموم حِلّ البيع و غيره العقدُ العاري عن كلٍّ من الإذن و الإجازة، لأنّه حينئذٍ لايكون عقداً لأحدٍ حتى يخاطب بوجوب الوفاء، ضرورة أنّه ليس عقداً للفضولي، لأجنبيته عن المال الذي وقَعَ عليه العقد، و لا لمالك البيع، لعدم كونه عاقداً لا مباشرةً و لا تسبيباً، فليس لهذا العقد مخاطَبٌ حتى يجب عليه الوفاء به.

٢) الأولىٰ ان يقال: «فقده الإذن» أو «فُقد الإذن منه» للزوم إشتمال الصلة على الضمير العائد إلى الموصول.

٣) هذا متمّم للاستدلال بالعمومات، و حاصله: أنّه بعد صدق العقد عرفاً على عقد الفضولي غير المقارن لإذن المالك ـ و المتعقب بالإجازة الموجبة لإضافته إلى المالك و صيرورته عقداً له ـ لا وجه لخروجه عن العمومات.

٤) من أنّ خلوّ عقد الفضولي عن الإذن السابق عليه لايوجب سلبَ إسم العقد و البيع عنه.

٥) أي: عقد الفضولي صدرَ مَن أهله وَقَع في محله.

«١» كما في تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٨٦، السطر ٢ ؛ مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٤ ؛ المهذّب البارع، ج ٢، ص ٣٥٦ ؛ مسالك الافهام، ج ٧، ص ١٥٩ ؛ رياض المسائل، ج ١، ص ٥١٢، المناهل ص ٢٨٧

فما[١] ذكره في غاية المراد من «أنّه من باب المصادرات»«١» لم أتحقّق[٢] وجهَه، لأنّ[٣] كون العاقد أهلاً للعقد من حيث إنّه بالغٌ عاقل لا كلام[٤] فيه. وكذا كون المبيع قابلاً للبيع، فليس محلّ الكلام إلّا خلوّ العقد عن مقارنة إذن المالك، و هو مدفوع بالأصل[٥].

و لعلّ مراد الشهيد[٦]

---

١) متفرّعٌ على ماذكره من أنّ خلوّ عقد الفضولي عن إذن المالك ـ قبل العقد ـ لا يوجب سلب إسم العقد و البيع عنه. و محصل الكلام: أنّ الشهيد ﷺ في غاية المراد أورد على إستدلال الفقهاء على كون عقد الفضولي صادراً من أهله في محله، و أنّ خلوّه عن سبق الإذن لا يوجب سلب إسم العقد عنه «بأنّه مصادرة على المطلوب، لأنّ صدوره من أهله أوّل الكلام، و لابدّ من إثباته بدليل».

٢) خبر قوله: «فما ذكره» و لعل نظره في ذلك إلى الإشكال في صدق الإضافة إلى المالك بالإجازة، مع ذهابه إلى أنّ موضوع الحكم هو العقد المضاف إلى المالك، فيرجع إلى الأصل العملي، و هو أصالة الفساد.

٣) تعليل لقوله: «لم أتحقق وجهه» و حاصله: أنّه لا قصور في عقد الفضولي لا من حيث العاقد، لأنّه بالغ عاقل، و لا من حيث المبيع، لكونه قابلاً للبيع،فلا يبقىٰ في البين إلّا خلوّ العقد عن مقارنة إذن المالك. و إحتمالُ إعتبارها في صحة العقد مدفوع بأصالة الإطلاق في العقود النافي لإعتبار المقارنة المذكورة فيها.

٤) خبر قوله: «لأنّ كون».

٥) و هو أصالة الإطلاق في العقود، فثبت أنّ عقد الفضولي عقدٌ كسائر العقود.

٦) من «أنّ عقد الفضولي عقدٌ صدر من أهله وقع في محله من باب المصادرات» و وجه المصادرة عدم إحراز أهلية العاقد، لتقوُّمها بالملك أو الولاية، والمفروض إنتفاء كليهما، فليس الفضول أهلاً حتى يصدر منه العقد ويقعَ في محله.

«١» غاية المراد، ص ١٧٨

أنّ الكلام في[١] أهلية العاقد. و يكفي [و يكتفىٰ] في إثباتها[٢] العموم [بالعموم] المتقدم[٣].

و قد اشتهر الإستدلال عليه[٤] بقضية عروة البارقي، حيث دفع إليه النبيّ ﷺ ديناراً، و قال له: «اشترلنا به شاةً للأضحيّة، فاشترىٰ به شاتين، ثم باع إحداهما في الطريق بدينارٍ، فأتىٰ النبيّ ﷺ بالشاة و الدينار، فقال له

---

١) خبر قوله: «ان الكلام».

٢) أي: إثبات الأهلية. و هذا ردٌّ من الشيخ على الشهيد ﷺ، و حاصل الردّ: أنّه يكفي في إثبات أهلية العاقد عمومُ كلامه المتقدّم في تعريف الفضولي، حيث قال: «و المراد من الفضولي هو الكامل غير المالك للتصرف ... الخ» و الحاصل: أنّ أهلية العاقد من حيث كونه بالغاً عاقلاً حُرّاً مختاراً مسلّمة، فعدم أهليته لم يظهر وجهه.

• و بهذا البيان أورد الشهيد الثاني في نكاح المسالك على المصادرة التى إدعاها الشهيد ﷺ في غاية المراد، فراجع «١».

٣) في تعريف الفضولي في أوائل المسألة، و قدمرّ آنفا بقولنا: «والمراد من الفضولي هو الكامل».

ب : حديث عروة البارقي

٤) أي: على بيع العاقد الفضولي للمالك. و هذا شروع في الاستدلال على صحة عقد الفضولي بالروايات، بعد الفراغ من شمول آيات حلّ البيع و التجارة و عموم الوفاء بالعقود له.

«١» مسالك الأفهام، ج ٧،ص ١٥٩

رسول الله ﷺ: بارك الله لك في صفقة يمينك»[١] فإنّ بيعه وقع فضولاً[١] و إن وجّهنا شراءه على وجهٍ[٢] يخرج عن الفضولي، هذا.

ولكن[٣] لايخفى أنّ الإستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع[٤] الفضولي. توضيح ذلك[٥]: أنّ الظاهر علم عروة برضا

---

١) يعني: أنّ مورد الاستدلال هو بيع إحدىٰ الشاتين، حيث إنّه لم يكن مأذوناً في بيعها.

٢) بأن يقال: إنّ المراد بالشاة في قوله ﷺ: «إشترلنا به شاةً» هو الجنس، فيعم الثنتين أيضاً.

لكنه خلاف الظّاهر، لأنّ ظهور تنوين النكرة في الوحدة.

أو يقال: إنّ القرينة الحالية و هي كون الشاة للأضحية توجب الاذن في شراء الشاة مطلقاً و إن توقف على شراء شاةٍ أُخرىٰ معها، كما إذا كان مالكُ الشياة لا يبيع إلّا شاتين أو أزيد، و هذا أيضاً خلاف الظاهر، لندرة الفرض جدّاً.

و لعل الأولى أن يقال: إنّ الإذن في شراء شاة واحدة بدينارٍ إذن عرفاً مطلقاً في شراء شاتين به، أو فيما إذا كان الدينار مساوياً لقيمة شاتين، فيخرج الشراء حينئذٍ عن الفضولية، فليتأمّل.

٣) غرضه: أنّ صحة الاستدلال بقضية عروة على صحة عقد الفضولي مبنية على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي، خلافاً لما قوّاه سابقاً من خروجها عنه.

٤) متعلّق بـ «دخول».

٥) المشار إليه هو كون معاملة عروة مقرونةً برضا المالك. لكن لم يظهر منشأ هذا الظهور، لعدم كونه ممّن يوثق به، و عدم ثبوت وكالته في الحوائج.

«١» المستدرك ج ١٣ ص ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١. و كلمة «للأُضحية» ليست في المصدر. و رواها في عوالي اللئالي، ج ٣، ص ٢٠٥، الحديث ٣٦

النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما يفعل، و قد[١] أقبض المبيع و قبض الثمن[٢]. و لا ريب أنّ الإقباض و القبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير.

فلابدّ إمّا من إلتزام أنّ عروة فَعَل الحرام في القبض و الإقباض، و هو[٣] منافٍ لتقرير النبي صلى الله عليه وآله وسلم. و إمّا[٤] من القول بأنّ البيع الذي يعلم تعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة بناءً على كون الاجازة كاشفةً. و سيجيء ضعفه[٥]. فيدور[٦] الأمر بين ثالثٍ، و هو جعل هذا الفرد من البيع

---

١) غرضه إثبات رضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما فعله عروة، و محصله: أنّه إن كان من بيع الفضولي فلابدّ من الالتزام بإرتكاب عروة للحرام، لحرمة القبض و الإقباض على الفضولي قبل الإجازة، لكونه تصرفاً في مالِ الغير. و الإلتزامُ بحرمتهما عليه منافٍ لتقرير النبي صلى الله عليه وآله وسلم. و المراد بالإقباض إقباض الشاة التي باعها إلى المشتري، و بالقبض قبض ثمنها و هو الدينار من المشتري.

٢) و هو الدينار. و المراد بالمبيع هو الشاة.

٣) أي: الإلتزام بأنّ عروة إرتكب الحرام ـ في القبض و الاقباض ـ منافٍ لتقرير النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

٤) معطوف على «إمّا» يعني: و إمّا لابدّ من القول بأنّ البيع الذي يعلم تعقبه بالإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة، بناءً على كونها كاشفةً، و إن كان هذا القول ضعيفاً كما صرّح بذلك في كلامه: «و سيجيء ضعفه».

٥) وجه ضعفه: أنّ البناء على كاشفية الإجازة يوجب كون الشرط وصف التعقب، مع أنّ ظاهر الأدلّة هو شرطية نفس الاجازة.

٦) يعني: بعد ضعف الالتزامين المذكورين يدور الأمر بين ثالثٍ و رابعٍ. أمّا الثالث فهو خروج البيع المقرون برضا المالك عن الفضولي، و عدم كونه محكوماً بحكمه.

ـ وهو المقرون برضا المالك ـ خارجاً عن الفضولي كما قلناه[١]، و رابع[٢] و هو علمُ عروة برضا النبي ﷺ بإقباض ماله[٣] للمشتري حتى يستأذن. و علمُ[٤] المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة.

---

١) حيث قال: «و إن كان الذي يقوىٰ في النفس لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب عدم توقفه على الإجازة اللاحقة ... الخ فراجع (ص ٣٥٧)».

٢) بالجرّ معطوف على «ثالث» يعني: فيدور الأمر بين قولٍ ثالثٍ و قولٍ رابعٍ. أمّا الثالث فقد تقدم بيانه. و أمّا الرابع فهو علم عروة برضا النبي ﷺ بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن منه، و علم المشتري بكون البيع فضولياً، فيكون الثمن عند البائع أمانةً.

٣) و هي الشاة التي باعها أي بإقباض عروة مالَ النبي ﷺ للمشتري.

٤) بالرفع معطوف على «علم عروة» و حاصل القول الرابع هو: أنّ عروة كان عالماً برضاه ﷺ بإقباض الشاة للمشتري، و كان المشتري أيضاً عالماً بكون بيع الشاة فضولياً، و كان دفعه للثمن إلى عروة على وجه الأمانة. و هذا الوجه هو رابع الوجوه المحتملة في قضية عروة.

و الوجه الأوّل الالتزام بإرتكاب عروة للحرام من القبض و الإقباض ببيع الشاة و قبض الدينار.

و الثاني كون البيع الذي يُعلم تعقبه بالاجازة موجباً لجواز التصرف قبل الاجازة.

و الثالث خروج العقد المقرون برضا المالك عن بيع الفضولي.

و الرابع ما تقدم بقولنا: «و حاصل القول الرابع هو أن عروة كان عالماً ... الخ».

و إلّا[1] فالفضولي ليس مالكاً و لاوكيلاً، فلا يستحق قبض المال، فلو كان المشتري عالماً[2] فله أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال (*). بخلاف ما لو كان جاهلاً[3].

---

١) يعني: و إن لم يكن دفع المشتري ثمنَ الشاة إلى عروة بعنوان الأمانة عنده، لم يكن وجهٌ لقبض البائع الثمن، لعدم كونه مالكاً و لا وكيلاً حتى يحصل له مجوِّز في القبض.

٢) أي: عالماً بأنّ عروة قد باعه فضولاً، فللمشترى أن يستأمن عروة على الثمن حتى ينكشف الحال.

٣) إذ مع كون المشتري جاهلاً بأنّ البائع فضولي لا يكون دفع الثمن إلى المشتري على وجه الأمانة.

(*) قد اعترض بوجوه على الاستدلال بالحديث لصحة الفضولي:

أحدها: ما عن المحقق الأردبيلي قدس سره من إحتمال كون عروة وكيلاً مطلقاً، فيكون كلٌّ من الشراء و البيع خارجاً عن الفضولي، فلا يصحّ التمسك بقضية عروة لصحة عقد الفضولي «١».

و فيه: أنّ ظاهر الأمر بشرائه هو الوكالة في شراء شاةٍ واحدة لاشاتين، لظهور النكرة في الفرد الواحد، فشراءُ شاتين أجنبي عن الموكّل فيه و خارج عن حدود الوكالة، فالشراء بالنسبة إلى كلتا الشاتين فضولي، إن لم ينحل إلى شرائين، أحدهما فضولي كما في حاشية الفقيه المامقاني قدس سره «٢» و الآخر غير الفضولي.

و على تقدير وكالته في شرائهما يقع الكلام في بيع إحداهما، و إقباضها

«١» مجمع الفائدة و البرهان، ج ٩، ص ١٥٨

«٢» غاية الآمال، ص ٣٥٦

.....

و قبض ثمنها، فإنّ وكالته في بيعها ممّا لا يدلّ عليه قوله ﷺ: «إشترلنا شاةً» فالتمسك بهذه الجملة لصحة بيع الفضولي لا بأس به.

ثانيها: أنّ عروة من أصحاب النبي ﷺ، و قد دعا ﷺ له، و ذلك يدلّ على كونه رجلاً جليلاً لا ينبغي له مخالفة الشرع. و لاريب في حرمة إقباض المبيع و قبض الثمن في الفضولي بدون إذن المالك. و احتمال عدم علمه بالحكم أو تعمد مخالفته مع العلم بالحكم موهوم. و هذا يوجب العلم بوكالته في التصرف في أمواله ﷺ، أو في خصوص هذه المعاملة.

و فيه: أنّ جلالة شأن عروة غير ثابتة لنا، بل قيل: إنّه غير موثق عندنا، و إن حكي عن العلّامة ﷺ في الخلاصة: «أنّه لايبعد أن يعتمد على روايته» و على كل حال لم تثبت جلالته و لا علمه بالأحكام.

ثالثها: أنّ الأمر بشيءٍ يتوقف على مقدمة أو مقدمات يستلزم الأمر بها، فالمأمور بإيجاد ذي المقدمة مأمور بإيجاد مقدماته و مأذون فيه. و ما نحن فيه من هذا القبيل، حيث إنّ النبي ﷺ أمرَ عروةَ بشراء شاةٍ، و لمّا كان شراؤها موقوفاً على شراء شاتين، فكان مأذوناً في شرائهما مقدّمة لتحصيل شاةٍ أمر بشرائها. و عليه فيخرج شراء الشاة الأخرىٰ و بيعها عن عنوان الفضولي، و يكونان من قبيل ما تعلّق به الإذن و الوكالة.

و فيه: أنّ تطبيق هذا على ما نحن فيه غير معلوم، لعدم إحراز توقف تحصيل شاة ـ أُمر عروة بشرائها ـ على شراء شاتين، ثم بيع إحداهما حتى يكون الأمر بشراء شاةٍ أمراً بشراء شاتين و بيع إحداهما. و هذا مجرد إحتمال لم يقم عليه شاهد، بل بعيد جدّاً، لندرة وقوع الفرض، حيث إنّه يفرض فيما إذا كان أمر بيع الشياة بيد شخصٍ لايبيع شاةً واحدة، بل شاتين أو أكثر. و هذا في غاية البعد، فلا يحمل عليه قضية عروة.

ولكنّ الظاهر هو أوّل الوجهين[١] كما لا يخفى[٢]، خصوصاً بملاحظة أنّ الظاهر[٣] وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة. و قد تقدم[٤] أنّ المناط فيها

و بالجملة: ففي صورة جهل المشتري بفضولية البائع لا يكون دفع الثمن إلى البائع على وجه الأمانة. و في صورة علمه بفضولية البائع يكون أمانةً مالكيةً حتى ينكشف الحال. فإذا تلف بدون التعدّي لايكون ضامناً، لأنّه مقتضىٰ الأمانة. بخلاف التلف في صورة الجهل بكون البائع فضولياً، فإنّه ضامن للثمن المقبوض.

١) المراد بهما هو الاحتمال الثالث و الرابع المذكوران بقوله: «و هو جعل هذا الفرد من البيع و هو المقرون برضا المالك ... إلى قوله و رابع و هو علم عروة ... الخ» والمراد بأوّل الوجهين هو الاحتمال الثالث أعني به خروج العقد المقرون بالرضا عن الفضولي«١».

٢) وجه ظهور أوّل الوجهين هو: أنّ الوجه الأخير يتضمن علم المشتري بكون البيع فضولياً. و علمه أيضاً بأنّ الفضولي ليس له قبض الثمن، و كذا علمه بأنّه إن كان عالماً بأنّ البيع فضولي فله أن يستأمن البائع. و من البعيد إحاطة المشتري بجميع ذلك.

٣) لعلّ وجه هذا الظهور هو: أنّ صفقة اليمين تطلق على البيع و البيعة، لحصولها بضرب إحدىٰ اليدين على الأُخرىٰ، فظاهر التبريك حينئذٍ هو تبريك البيع الحاصل من الأخذ و الإعطاء، لا من اللفظ الذي لا مساس له بصفقة اليمين.

٤) أي: في ثامن تنبيهات المعاطاة، حيث إستقرب في آخر التنبيه ذلك و قال: «فالمعيار فى المعاطاة وصول المالين أو أحدهما مع الرضا بالتصرف» و هذا و إن كان مُجدياً في تحقق المعاطاة بمجرد المراضاة و وصول العوضين. لكنه ﷺ بنىٰ الاكتفاء بذلك على القول بالاباحة لا الملك، فقال في تتمة كلامه: «و هذا ليس ببعيد علىٰ القول بالاباحة» مع أنّ الغرض إثبات الاكتفاء بوصول العوضين في مملكية المعاطاة التي

«١» راجع هدى الطالب، ج ٢، ص ٣٠٢

مجرّدُ المراضاة و وصولُ[١] كل من العوضين إلى صاحب الآخر،و حصولُه[٢] عنده بإقباض المالك أو غيره و لو كان صبياً أو حيواناً[٣]، فاذا حصل التقابض بين الفضوليين أو فضولي و غيره مقروناً برضا المالكين، ثمّ وصل كلٌّ من العوضين إلى صاحب الآخر و عَلم برضا صاحبه كفى[٤] في صحة التصرف.

و ليس هذا[٥] من معاملة الفضولي، لأنّ[٦] الفضولي صارَ آلةً في الإيصال، و العبرةُ برضا المالك المقرون به[٧].

أنشأها عروة بإقباض المثمن و قبض الثمن.

١) هذا و «حصوله» بالرفع معطوفان علىٰ «مجرّد» و ضمير «فيها» راجع إلى المعاطاة.

٢) أي: حصول كلٍّ من العوضين عند صاحب الآخر.

٣) بأن حُملت عليه سلعة أو عُلّقت على عنقه إلى دار مالك العوض الآخر.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

٤) جواب الشرط في قوله «فإذا حصل».

٥) يعني: إذا كان المناط في المعاطاة مجرّد المراضاة و وصول كلٍّ من العوضين إلى صاحب العوض الآخر بإقباض كلٍّ من المالكين أو غيرهما ـ و لو كان صبيّاً أو حيواناً ـ فليس وصول العوضين أو أحدهما إلى صاحب العوض الآخر من باب الفضولي، لأنّ الموصِل لهما أو لأحدهما آلةُ الايصال، لاطرف المعاملة حتى يندرج في معاملة الفضولي.

٦) تعليل لعدم كون الفضولي طرف المعاملة حتى يندرج في معاملة الفضولي.

٧) أي: بالايصال، يعني: أنّ المِلاك في صحة التصرف هو رضا المالك المقرون بالإيصال.

و استدلّ له[١] أيضاً تبعاً للشهيد في الدروس بصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام، قال: «قضىٰ أمير المؤمنين عليه السلام في وليدةٍ[٢] باعها إبنُ سيِّدِها و أبوه غائب، فاستولدها الذي إشتراها، فولدت منه، فجاء سيِّدُها فخاصم سيّدَها الآخر، فقال:[٣] وليدتي باعها إبني بغير إذني. فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدتَه و إبنها، فناشدهُ[٤] الذي إشتراها، فقال[٥] له: خُذ إبنه الذي

ج : صحيحة محمّد بن قيس

١) أي: لعقد الفضولي في المسألة الأُولىٰ و هي بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق منع من المالك، و المستدلّ جماعة منهم أصحاب الرياض و المقابس و الجواهر فراجع «١».

٢) عن إبن الاثير في النهاية بعد تفسير الوليد بالطفل: «و الأُنثىٰ الوليدة، والجمع الولائد. و قد تطلق الوليدة على الجارية و الأمة و إن كانت كبيرة،و منه الحديث: تصدّقت على اُمّي بوليدة: يعني جارية» و المراد في الحديث أيضاً الأمة الكبيرة.

٣) يعني: فقال سيدها الأوّل، و هذا تفسير قوله: «فخاصم» و المراد بسيِّدها الآخر هو المشتري، و فاعل «أن يأخذ» هو السيّد الأوّل.

٤) يعني: فناشَدَ مشتري الوليدة الإمامَ عليه السلام، و معنىٰ كلمة «ناشد» أنّه سأله و أقسم عليه المشتري في أمره، كما عن النهاية. و حاصله: أنّ المشتري حلّف الإمامَ عليه السلام.

٥) يعني: فقال الامام عليه السلام للمشتري: «خُذ البائع ـ و هو إبن سيّد الوليدة ـ حتى ينفِّذ سيّدها لك بيعَ الوليدة.

«١» رياض المسائل، ج ١، ص ٥١٢ و ٥١٣ ؛ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢٣ ؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٨

باعك الوليدة حتى ينفّذ[١] البيع لك. فلمّا رآه[٢] أبوه قال له: ارسل إبني. قال: لا و الله لا أُرسل إبنك حتى ترسل إبني. فلمّا[٣] رأىٰ ذلك سيّدُ الوليدة الأوّل أجاز بيع إبنه» الحديث«١».

---

١) كذا في الكافي و التهذيب، و الإنفاذ هو إمضاء عقد الإبن. و في الاستبصار: «حتى ينقد لك ما باعك»«٢».

يعني: حتىٰ ينقد البائع ـ و هو إبن السيّد الأوّل ـ الثمنَ الذي أخذه من المشتري، أو حتى ينقد نفس المبيع و هو الوليدة. و على كل منهما فحبس البائع إنما يكون بداعي إلزام أبيه باجازة بيعه.

٢) أي: فلمّا رأىٰ أبو البائع أنّ المشتري أخذ إبنه الذي باع الوليدة ـ مكان الوليدة و إبنها ـ إضطرّ والدُ بائع الوليدة، و لذا قال للمشتري: ارسل أي أطلق إبني، قال المشتري: «لا و الله لا أُرسل إبنك حتى تُرسل إبني الذي ولدته الوليدة».

٣) هذا كلام الإمام أبي جعفر عليه السلام يعني: فلمّا رأىٰ ذلك ـ أي أخذ المشتري ولدَهُ بائع الوليدة ـ أجاز البيع حتى يطلق إبنه البائع من يد المشتري.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث: ١ و ما في المتن تمام الحديث، فقوله: «الحديث» زائد. و هذه الرواية نقلها المشائخ الثلاثة. و سند شيخ الطائفة إلى الحسن بن علي بن فضال لا يخلو من ضعف لأنّ فيه علي بن محمد بن الزبير، و لم تثبت وثاقة. فتوصيف هذا الطريق بالموثّق كما في المقابس و غيره مشكل. نعم لابأس بما في المتن و غيره من التعبير بالصحيحة، إعتماداً علىٰ طريق الكليني قدس سره، لأنه رواها عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن إبن أبي نجران عن عاصم بن الحميد عن محمد بن قيس (الكافي، ج ٥ ص ٢١١، الحديث ١٢) و رجال هذا السند من الأجلاّء الثقات حتى إبراهيم بن هاشم علىٰ الأقوىٰ و إن عبّر عنها صاحب المقابس بالحسن كالصحيح. و لايخفىٰ إختلاف الجوامع الروائية في ألفاظ الرواية، و المذكور في المتن قريب ممّا فيالكافي و إن كان يغايره بسقوط بعض الكلمات.

«٢» الاستبصار، ج ٣، ص ٢٠٥، الباب ١ من أبواب العقود على الاماء، ح ٩

قال في الدروس[١]: «و فيها[٢] دلالة على صحة الفضولي، و أنّ الإجازة

---

١) عبارة الدروس منقولة بالمعنىٰ، و نصّ كلام الشهيد ﷺ هذا: «و فيها دلالة علىٰ أنّ عقد الفضولي موقوف، و علىٰ أنّ الإجازة كاشفة»[١].

٢) أي: و في صحيحة محمد بن قيس دلالة واضحة على الفضولي موضوعاً و حكماً. أمّا الأوّل فلقوله: «وليدتي باعها إبني بغير إذني» مع عدم سبق منعٍ منه عن بيعها.

و أمّا الثاني فلقوله عليه السلام: «حتى ينفّذ البيع لك» فإنّه يدلّ على صحة البيع تأهُّلاً و نفوذه بالإجازة، فتدلّ هذه الصحيحة بوضوح على صحة بيع الفضولي بالاجازة، لعدم وقوع بيعٍ آخر بين السيد الأوّل و المشتري، فالعقد الناقل هو بيع الإبن الذي أجازه أبوه.

و لو لم يكن عقد الفضولي قابلاً للتأثير بالإجازة اللاحقة لما أرشد أمير المؤمنين عليه الصلاة و السلام المشتريَ بامساكِ الإبن حتى ينفّذ أبوه عقد الفضول، بل كان المناسب أن يأمره عليه الصلاة و السلام بإنشاء بيعٍ آخر بين السيّد الأوّل و المشتري، و إجراء حكم المغصوب علىٰ الجارية التي إستولدها المشتري.

و يدلّ علىٰ قابلية عقد الفضولي للإنفاذ كلامُ الإمام أبي جعفر الباقر صلوات الله و سلامه عليه، الحاكي لهذه القضية: «فلمّا رأىٰ سيّدُ الوليدة ذلك أجاز بيع إبنه» لظهور هذه الجملة في أمرين، أحدهما: كون بيع الولد فضولياً، لعدم إذن المالك و هو أبوه.

و ثانيهما: صحة عقد الفضول بالإجازة، بعد أن علّم أميرُ المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه المشتريَ طريق التخلص من المنازعة بما لايذهب ثمن الجارية هدراً.

«١» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٤٩ إلى ٢٣٣

كاشفة»[١].

و لايرد عليها[٢] شيءٌ ممّا يوهن الاستدلال بها فضلاً[٣] عن أن يُسقطها[٤].

---

١) وجه كونها كاشفةً كشفاً حقيقيّاً هو: أنّ الإجازة لو كانت ناقلةً كانت الأمةُ حال تكوُّن الولد فيها ملكاً لسيِّدها، و قد وطأها الثاني شبهةً، و اللازم حينئذٍ على المشتري أن يردّ قيمة الولد على السيِّد الأوّل، لأنّه نماء ملكه، و قد أتلفه المشتري، لانعقاد الولدِ حُرّاً تبعاً لأبيه. فقاعدة الإتلاف تقتضي ضمانه لقيمة الولد، كما تقدم تفصيله في مباحث المقبوض بالعقد الفاسد، فراجع«١». مع أنّ ظاهر ذيل الحديث وقوع الاجازة للبيع بغير أخذ عوضٍ عن الولد. و لازم ذلك وقوع الوطي في ملك الواطي، فلا يحتاج إلى عوضٍ، و لايكون ذلك إلّا على تقدير صحة العقد من زمان وقوعه. و هذا مبنيّ على كون الإجازة كاشفةً كشفاً حقيقياً.

٢) أي: على صحيحة محمد بن قيس المتقدمة.

٣) ظاهر هذه الكلمة أنّ الوهن في الاستدلال تضعيف للدلالة بقصور المقتضي، من دون أن يبلغ هذا الضعف حدّ السقوط بالكلّية، الذي هو شأن المانع و هو المسقِط للدلالة بالمعارضة، فالمصنف ﷺ يدّعي ـ خلافاً لصاحب المستند ـ تمامية الرواية سنداً و دلالةً على صحة بيع الفضولي تأهُّلاً، و لا مزاحم لحجيتها بحيث يسقطها عن الاعتبار. نعم قد ذُكر بعض ما يوهن الاستدلال بها، ولكنه قابل للدفع، حتىٰ الموهِن الذي إرتضاه المصنف ﷺ من مخالفة الصحيحة لما أجمعوا عليه من عدم قابلية عقد الفضول للتنفيذ بالإجازة عند سبق الردّ. والوجه في عدم موهنيّته ما سيأتي في المتن من قوله: «إلّا أنّ الإنصاف».

٤) أي: يُسقط الشيءُ الموهنُ صحةَ الاستدلال بالصحيحة. و اعلم أن الأُمور

«١» هدى الطالب، ج ٣، ص ٤٩ إلى ٥٥.

.....

الموهنة لهذه الصحيحة بعضُها يوهن الاستدلال بها على كون بيع الفضولي موقوفاً على الإجازة، و بعضها يوهن نفس الحديث، و هي أُمور»[١].

منها: قوله عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليدة و إبنها» فإنّ ظاهره أنّ حكم الله تعالىٰ في أمثال هذه القضية هو أخذ المبيع إبتداءً. و هذا إنّما يتمّ على القول ببطلان بيع الفضولي، لا على صحتها موقوفةً على الإجازة.

و الجواب عنه: أنّ الامام عليه السلام في مقام بيان الحكم مع الغضّ عن الاجازة.

و بعبارة أُخرىٰ: انّ بيع الفضولي لم يُخرج المبيع عن ملك البائع، و أنّه باقٍ على ملكه و إن كان له إخراجه عن ملكه بإجازة البيع و تنفيذه.

و منها: أنّ الإجازة في الصحيحة تكون بعد الرّد، إذ المفروض أخذ السيد الأوّل الوليدةَ و إبنها بأمر الامام عليه السلام، والإجازة وقعت بعد الرّد، و هي غير مفيدة إجماعاً، لكون الرّد مانعاً عن نفوذ الإجازة.

و جوابه: أنّ الرّد ـ و هو حلّ العقد و إسقاطه عن صلاحيته للاجازة ـ لم يتحقق هنا، لعدم كون مجرّد ترك الإجازة ردّاً. و الأُمور المذكورة من أخذ الوليدة و ابنها و مناشدةُ المشتري للامام عليه السلام في فكاك ولده و غير ذلك ليست من اللوازم المساوية للرد، بل أعم منه، حيث إنّها مما يقتضيه الملكية السابقة، فلا تدلّ على الرّد بمعنى حلّ العقد، فإنّ وجه الفعل مجمل، فلا يدلّ أخذ الوليدة و إبنها على ردّ البيع، لإمكان أن يكون لإستنقاذ ماله من قيمة الوليدة و إبنها، حيث إنّ البائع الفضولي قبض الثمن من المشتري و أتلفه، كما لعلّه الغالب في تصرف الأولاد في أموال الآباء. و مجرّد الكراهة لا يكون ردّاً، و لذا لو أجاز بعد الكراهة النفسانية كان نافذاً كما تقدم في بيع المكره.

«١» أورد الفاضل النراقي بجملة من هذه الوجوه على الاستدلال بالصحيحة، فراجع مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٧٦ و ٢٧٧. كما أنه تعرض لجملة منها و لأجوبتها المحقق الشوشتري في المقابس، كتاب البيع، ص ٢٣ و ٢٤

.....

و منها: حكمه عليه السلام بأخذ إبنها مع أنّه ولد الحُرّ، لأنّ الظاهر أنّ الوطي كان بالشبهة أو بالملك على تقدير الإجازة بناءً على كونها كاشفةً. فعلى أيّ حالٍ لا موجب لأخذ المولىٰ الولد الذي ولدته الأمة.

و جوابه: أنّه يمكن أن يكون أخذ الولد لأجل أخذ قيمته من المشتري، ولذا قال: الشيخ الطوسي رحمه الله: «الحكم أن يأخذ وليدته و قيمة إبنها. حذف المضاف و أُقيم المضاف إليه مقامه»[1] أو لكون المشتري عالماً بالحال، فيكون الولد حينئذٍ رقّاً.

و منها: حكمه عليه السلام للمشتري بأخذه البائع الفضولي، و هو إبن مولىٰ الوليدة، مع عدم جواز ذلك، إذ غاية الأمر كون الولد غاصباً، و ليس للمشتري إلزامُ مالك الوليدة بإجازة البيع حتى يحبس إبنه لتحصيلها، بل هو مختار في الإجازة و الرد.

و جوابه: أنّه يمكن أن يكون حبس إبن مولىٰ الوليدة لمطالبة الثمن الذي دفعه المشتري إليه عن الوليدة، فإنّه بحبسه يتمكن من أخذ الثمن منه، لقاعدة الغرور.

و منها: تعليم الإمام عليه السلام للمشتري كيفية الحيلة، مع عدم جواز تعليم القاضي الإحتيالَ لأحد المتخاصمين أو كليهما.

و جوابه: أنّه تعليمٌ للحكم، بأن يعلم المشتري أنّ له حقّ مطالبة الثمن الذي دفعه إلى البائع، لا أنّه إحتيال، إذ الظاهر أنّ الولد البائع الفضولي أخذَ قيمة الوليدة، و تلفت عنده في المدة الكثيرة التي كان سيّدُ الوليدة غائباً فيها. بل لا يبعد أنّ الحاجة إلى ثمنها ألجأته إلى بيعها.

و بالجملة: فلا ظهور معتدّاً به لشيءٍ من فقرات الرواية في ردّ سيّد الوليد بيعها حتى يكون إجازة بيع ولده لها فضولاً بعد الرد، فيقال: إنّ الإجازة بعد الردّ لاتجدي

«١» الاستبصار، ج ٣، ص ٨٥، ذيل الحديث الرابع.

و جميعُ ما ذُكِر فيها[1] من الموهِنات موهونة، إلّا ظهور الرواية في تأثير الاجازة المسبوقة بالرد، من جهة ظهور المخاصمة (*) في ذلك[2].

في صحة بيع الفضولي إجماعاً، بل قاعدةً أيضاً.

١) أي: ما ذُكِر في صحيحة محمد بن قيس من الموهنات التي عرفتها آنفاً.

٢) أي: في الردّ، إذ لو كان مولىٰ الوليدة راضياً ببيعها و مجيزاً له لم يكن في البين مخاصمة كما عرفت. و لايخفىٰ أن المصنف ﷺ إدّعىٰ ظهور الصحيحة في الرّد بوجوه أربعة:

الأول: أنّ مخاصمة كلٍّ من سيد الوليدة و مشتريها علىٰ الوليدة و إبنها ـ في دعوىٰ سيِّد الوليدة بيعَها بدون إذنه، و دعوىٰ مشتريها بأنّها بيعت بإذن سيِّدها ـ ظاهرة في ردِّ البيع، إذ مع إجازة البيع لاوجه للمخاصمة، فنفس المخاصمة ظاهرة في ردِّ سيِّد الوليدة بيعَ ولده لها.

(*) ظهور المخاصمة في رد البيع غير ظاهر، حيث إنّ غاية ما يدلّ عليه المخاصمة هو كراهة البيع و عدم إذنه فيه كما قال: «باعها إبني بغير إذني» و من المعلوم أنّ عدم الإجازة أعمّ من الردّ، إذ ليس الردّ و الإجازة من الضدين اللّذين لا ثالث لهما. و لو كان مجرّد الكراهة و عدم الإجازة ردّاً لم يكن لصحة عقد المكره بالرضا المتأخر وجه، لاستلزامه الرضا بالعقد المردود بالكراهة الحاصلة حين العقد.

و يمكن أن تكون المخاصمة و حبس الأمة و الولد لتحصيل ثمن الجارية، إذ الظاهر أنّ البائع أتلف ثمنها، فلا تكون المخاصمة و حبس الوليدة و إبنها من أمارات الرد، و ردُّ البيع على فرض عدم تحصيل الثمن تقديري لا فعليّ، و لا يُعتدّ بالتقديري.

و إطلاق[1] (*) حكم الامام عليه السلام بتعيين أخذ الجارية و إبنها من المالك، بناءً[2] على أنّه لو لم يرد البيع وَجَب تقييد الأخذ بصورة إختيار الرّد.

---

١) بالجرّ معطوف على «ظهور» و هذا ثاني الوجوه الأربعة، و محصله: أنّ إطلاق حكم الامام عليه السلام بتعيين أخذ الجارية ـ و عدم تقييده بصورة الردّ ـ يدلّ على ردّ البيع.

٢) قيد للإطلاق و تعليل له، يعني: أنّ سيّد الأمة إذا لم يرد تنفيذ البيع بالإجازة فلابدّ من تقييد جواز الأخذ بصورة الرد.

و بعبارة أُخرىٰ: لم يفصّل أميرُ المؤمنين صلوات الله عليه في جواز أخذ الوليدة و إبنها بين الصورتين و هما ردّ بيع الولد و إمضائه، بأن يجوز الأخذ في صورة الرد، ولايجوز في صورة الامضاء و الإجازة إذ لو أجازه لم يجز الأخذ، لصيرورة الوليدة ملكاً للمشتري. و لامعنىٰ لجواز إسترادها. فالحكم بجواز الأخذ مطلقاً و عدم التفصيل بين صورتي الرد و الاجازة كاشف عن علمه عليه السلام بتحقق الرّد و إنتفاء موضوع الاجازة، لانهدام العقد السابق بردِّ المالك.

(*) هذا أيضاً كسابقه لا يدلّ على الردّ، لأنّ جواز أخذ المبيع فضولاً من المشتري لا يدور مدار الردّ، بل يدور مدار عدم الإجازة. و من المعلوم أنّ عدم الإجازة أعمّ من الردّ.

و بعبارة أُخرىٰ: جواز أخذ المبيع تكليفاً من مقتضيات ملكيته لمالكه، لامن مقتضيات الرد، فتعيُّن أخذ الوليدة إنّما هو لبقائها على ملك سيدها الأوّل، لا لأجل ردِّ عقد الفضولي كما هو واضح جدّاً.

و من هنا يظهر ما في كلام المصنف قدس سره: «بناءً على أنّه لو لم يرد ... الخ» لما عرفت من عدم إناطة جواز أخذ المبيع بالردّ حتى يلزم التقييد بصورة إختيار الرّد، بل مع عدم كل

و مناشدةِ[1] (*) المشتري للإمام عليه السلام و إلحاحه إليه في علاج فكاك ولده[2].

---

١) بالجرّ معطوف على «ظهور الخاصمة» و هذا ثالث الوجوه الأربعة، و محصّله: أنّه ـ بعد الحكم بأخذ المولى جاريته و إبنها ـ ألحّ المشتري على الامام عليه السلام في علاج فكاك ولده المستولد من الجارية. و هذا دليل على ردّ البيع، إذ مع الاجازة ـ بناءً على القول بكشفها الحقيقي ـ يكون الولدُ ولد المشتري و ليس لسيّد الوليدة أخذه.

٢) أي: ولده الذي إستولده من الوليدة.

من الاجازة و الرد يجوز أخذه، لأنّه ماله و لم يخرج عن ملكه. و أخذ الجارية ليس تصرفاً ناقلاً حتى يكون منافياً للعقد و ردّاً فعلياً له.

(*) لا تدل المناشدة أيضاً على ردّ البيع، بل لمّا لم يجز سيّد الوليدة البيع، و أخَذَ إبنها الذي هو نماؤها إلى أن ينفك الولد بأداء قيمته، فطلب المشتري من الامام عليه السلام علاجاً ليجيز البيع حتى يستردّ ولده بلاعوض بناءً على كاشفية الإجازة كشفاً حقيقياً، أو مع العوض بناءً على ناقليتها. و على كل حال لاتكون المناشده ظاهرةً في ردّ البيع.

و منه يظهر أنّ قوله: «حتى ترسل إبني» ليس ظاهراً في ردّ البيع، بل هو ظاهر في عدم الإجازة، و لا مانع من تصرف المالك قبل الاجازة و لو على القول بالكشف. غاية الأمر أنّ لحوق الأجازة يكشف عن بطلانه، لا أنّه لايجوز له تكليفاً قبل الإجازة.

نعم التصرف المنافي للعقد كنقل المبيع ببيع أو صلح أو غيرهما مصداق فعليّ للردّ، فيوجب إنحلال العقد. و مجرد أخذ المبيع ليس مصداقاً للرد، بل لكونه ملكاً له.

و قولهِ:[1] (*) «حتى ترسل إبني» الظاهر في أنّه حبس الولد ولو على قيمته يوم الولادة.

و حملُ[2] (**) إمساكه الوليدةَ على حبسها لأجل ثمنها ـ كحبس ولدها

---

١) بالجرّ معطوف على «ظهور» و هـذا رابـع الوجـوه، و محـصّله: أنّ قـول المشتري لمولىٰ الجارية: «لا أُرسل إبنك حتى ترسل إبني» ظاهر في أنّ سيّد الجارية قد حبس ولد المشتري المتولّد من الوليدة ليأخذ منه قيمة الولد يوم الولادة، لأنّـه زمان الإتلاف و هو حرّيته. و هذا دليل على رد البيع، إذ مع الاجازة يكـون الولد للمشتري.

٢) مبتدأٌ، خبره قوله: «ينافيه» و هذا إشارة إلى توهم و دفعه، و هما يتعلقان بالوجه الرابع أعني به دلالة إمساك الوليدة على الرد.

أما التوهم فحاصله: أنّ حبس الوليدة لم يكن لأجل إستيفاء ثمنها من المشتري

(*) هذا أيضاً لا يدلّ على الردّ، لكفاية عدم الإجازة في جواز الحبس، و عدم توقّفه على الرد، إذ للمالك قبل الاجازة حتى على القول بالكشف أن يتصرف في ماله. فلعلّ حبس الولد كان لأجل تحصيل قيمة الولد بلا ردٍّ منه للبيع بناءً على إستحقاق البائع لقيمته حتى على تقدير الإجازة بناءً على كونها ناقلة. أو لعلّ حبس الولد كـان لأجـل الفحص عمّا تقتضية المصلحة من الإجازة أو الردّ، فإنْ تمكّن ـ لحبسه للـولد ـ مـن تحصيل قيمة الولد أخَذَ قيمةَ الولد، و ردّ البيعَ، و أخَذَ الجارية أيضاً. و إن لم يتمكن من ذلك أجاز بيع الجارية. فلمّا رأىٰ عدم تمكنه من ذلك و غلبت حيلة المشـتري عـلى حيلته أجاز البيع من دون سبق رد منه لبيع الجارية.

(**) لا حاجة إلى هذا الحمل بعد فرض بقاء المال على ملك المالك إلى أن يجيز، فله إسترداده المجتمع مع عدم الإجازة و عدم الرد.

على القيمة ـ ينافيه[1] (*) قولُه عليه السلام: «فلمّا رأىٰ ذلك سيدُ الوليدة أجاز بيع الوليدة».

كحبس ولدها على القيمة حتى لايكون شاهداً على الردّ، إذ يحتمل أن لايكون هذا الحبس لأجل الرد، بل لأخذ الثمن وقيمة الولد. و مع هذا الاحتمال لايشهد الحبسُ المزبور بردّ البيع، إذ شهادته به منوطة بتعيُّن إحتمال الرد و ابطال الاحتمال الاخر.

و أمّا الدفع فسيأتي.

١) هذا هو الدفع، و غرضه تعيُّن إحتمال كون الحبس لأجل الردّ، لا لأخذ الثمن و قيمة الولد، و محصله: أنّ قوله عليه السلام: «فلمّا رأىٰ ذلك سيد الوليدة أجاز بيع الولد» ينافي حمل حبس الجارية و ولدها على الحبس لأخذ ثمن الوليدة و قيمة الولد، لكون كلمة «أجاز» دليلاً على ردّ البيع، فتقع الإجازة حينئذٍ بعد الرد.

و بعبارة أُخرىٰ: انّ إمساك الوليدة و إبنها إمّا أن يكون بقصد ردّ بيع الولد و إمّا بقصد أخذ الثمن، و لكن الثاني باطل، فيتعيّن الأوّل. و الوجه في البطلان: منافاة قول الراوي: «فلما رأىٰ سيدُ الوليدة ذلك أجاز بيع الولد» لأن يكون حبسُ الولد بقصد أخذ الثمن، لظهور الإجازة اللاحقة في كون إمساك الوليدة ردّاً فعلياً لبيع الولد.

(*) قد ظهر من الحاشية السابقة عدم المنافاة، و أنّ إجازة سيد الوليدة لم تكن بعد ردّه للبيع، بل كانت في مورد عدم الإجازة، فإنّ الإمساك أعمّ من الردّ، كما عرفت ما في الحبس من الاحتمال.

فصارت النتيجة: أنّ شيئاً من الوجوه الأربعة المتقدمة لايشهد بردّ البيع حتىٰ تكون الإجازة بعد الرد.

و لعل إستظهار الرّد من ثالث الوجوه الأربعة إنّما هو لأجل إناطة جواز تصرف المالك في المال الذي بيع فضولاً بردّ البيع، و كون أخذه له لازماً مساوياً للرد حتىٰ تصحّ

والحاصل[1]: أنّ ظهور الرواية في ردِّ البيع أوّلاً ممّا لاينكره المنصِف.

إلّا أنّ الانصاف أنّ ظهور الرواية في أنّ أصل الإجازة مجدية في الفضولي[2] مع قطع النظر عن الاجازة الشخصية

---

١) أي: نتيجة ما ذكرناه في معنى الصحيحة ـ من دلالة الوجوه الأربعة على ظهور الصحيحة في ردِّ البيع ـ هي: أنّ الصحيحة ظاهرة في ردِّ البيع و وقوع الإجازة بعد الردّ. و هذا ممّا لاينكره المنصف في هذه القضية الشخصية، إلّا أنّ ظهورها في أصل المدّعىٰ و هي صحة الفضولي بالإجازة ـ مع الغض عن الاجازة الشخصية في مورد الصحيحة ـ غير قابل للإنكار.

٢) لقوله عليه السلام في الصحيحة المتقدمة: «حتى ينفّذ البيع لك» فإنّ دلالته على

دعوىٰ كون الأخذ ظاهراً في الرد.

لكن فيه منعٌ كبرىٰ و صغرىٰ. أمّا منع الكبرى فلما مرّ من عدم الاناطة المزبورة، بداهة أنّ جواز التصرف منوط ببقاء المبيع على ملكيته للمالك، و المفروض بقاؤه على الملكية ما لم يجز البيع. و أمّا منع الصغرىٰ فلما مرّ أيضاً من عدم دلالة الأخذ على الردّ، لكونه مما تقتضيه ملكية المبيع له و غيره.

و عليه فلابأس بالاستدلال بصحيحة محمد بن قيس على صحة عقد الفضولي، لاندفاع شبهة كون الإجازة بعد الردّ حتى تسقط عن الاعتبار، لمخالفته للاجماع على عدم تأثير الاجازة بعد الردّ في صحة العقد.

أو يستدلّ بالفحوىٰ، بأن يقال: إنّ تأثير الإجازة بعد الردّ في هذه القضية يستلزم تأثيرها قبله بالأولوية. لكن الإستدلال بالفحوىٰ منوط بدفع إشكال مخالفة الاجماع وإحراز العمل به حتى يصح التمسك بالفحوىٰ.

و بعبارة أُخرىٰ: التشبث بالفحوىٰ منوط بحجية المنطوق، و المفروض عدمها، لمخالفته للاجماع.

في مورد الرواية[١] غيرُ[٢] قابل للإنكار. فلابدّ[٣] من تأويل ذلك الظاهر، لقيام[٤] القرينة- و هي الاجماع - على إشتراط الاجازة بعدم سبق الرد.

و الحاصل: أنّ مناط الاستدلال[٥] لو كان[٦] نفسَ القضية الشخصية[٧] من جهة إشتمالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة - بناءً على قاعدة إشتراك جميع القضايا المتحدة نوعاً في الحكم الشرعي -

---

نفوذ البيع الواقع فضولاً بالإجازة واضحةٌ و ممّا لا يقبل الإنكار.

١) و هي الصحيحة المتقدمة، و الإجازة الشخصية هي إجازة سيّد الجارية بيعَها حتى يُرسِل المشتري إبنَه الذي حَبَسَه. و الوجه في الغضّ عن هذه الاجازة الشخصية هو ظهورها في سبق الردّ، فلا تصلح للاستدلال على صحة بيع الفضولي مع الاجازة. و أمّا مع الغضّ عن مورد الصحيحة فيصحّ الاستدلال بها، لقول الأمير عليه السلام: «حتى ينفّذلك البيع» و لقول الامام الباقر عليه السلام في حكاية القصة: «أجاز بيع إبنه».

٢) خبر قوله: «أنّ ظهور».

٣) هذا متفرّع على ظهور الصحيحة في ردّ البيع أوّلا، و وقوع الإجازة بعده. و المراد بقوله: «ذلك الظاهر» هو ظهور الصحيحة في ردّ البيع أوّلاً، و إجازته ثانياً، فلابدّ من علاج هذا الظاهر و تأويله.

٤) تعليل لقوله: «فلابد» و غرضه أنّه لامحيص عن التصرف في ذلك الظاهر المستلزم لوقوع الإجازة بعد الرد، فإنّ الاجماع على إشتراط تأثير الإجازة بعدم سبق الرد قرينة على تأويل ذلك الظاهر.

٥) أي: الاستدلال بصحيحة محمدبن قيس على صحة عقد الفضولي بالإجازة.

٦) اسم كان ضمير راجع الى «مناط» المتقدّم، و «نفس» خبره.

٧) و هي إجازة سيّد الوليدة بيعَها ليتمكّن من أخذ ولده - و هو البائع الفضولي - من المشتري.

كان[1] ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقةً بالردّ مانعاً[2] عن الاستدلال بها، موجباً للاقتصار (*) على موردها

---

١) جواب «لو كان» و محصله: أنّ الاستدلال بهذه الصحيحة على صحة عقد الفضولي إن كان بلحاظ نفس القضية الشخصية لاشتمالها على صحّة بيع الفضولي بالإجازة ـ حتى يبنىٰ على عموم هذا الحكم أي صحة عقد الفضولي لسائر الموارد من العقود الفضولية المشتركة مع المورد في الحكم الشرعي ـ كان ظهورها في سبق الردّ على الاجازة مانعاً عن الاستدلال بها على صحة عقد الفضولي، لمخالفة هذا الظاهر للاجماع المزبور، فيختص بموردها، و لا يتعدّىٰ إلى غيره من سائر الموارد.

٢) خبرُ «كان ظهورها» و ضميرا «ظهورها، بها» راجعان الى «القضية الشخصيّة» و قوله: «مسبوقة» خبر «كون».

(*) الأولىٰ أن يقال: «موجباً للخروج عن مورد البحث» لكون التوجيه المزبور موجباً لصيرورة البيع مأذوناً فيه و أجنبياً عن بيع الفضولي، إذ ظاهر عبارة المصنف كون التوجيه المزبور مع فرض وقوع البيع في الصحيحة فضولياً. و ليس الأمر كذلك بالضرورة، فإنّ البيع المأذون فيه مباين لبيع الفضولي، و خارج عنه موضوعاً، كخروج الجاهل عن موضوع «أكرم العلماء» فتقييد دليل صحة بيع الفضولي بهذه الصحيحة ممتنع.

ثم إنّ للسيد صاحب العروة ﷺ كلاماً و هو: أنّه لامانع من العمل بالصحيحة بأن يقال: انّ الاجماع على عدم نفوذ الاجازة بعد الردّ يختص بالردّ القولي، لأنّه المتيقن من الاجماع الذي هو دليل لبّي، دون الرد الفعلي الذي يستفاد من هذه الصحيحة، فإنّ الاجازة بعد الرد الفعلي مصحِّحة لعقد الفضولي بمقتضى هذه الصحيحة، هذا[1].

و فيه أولاً: أنّ معقد الاجماع مطلق، و لا إجمال فيه حتى يؤخذ بالمتيقن.

و ثانياً: أنّه لابدّ من تقييد إطلاق الرد الفعلي بأن لايكون منافياً للاجازة، كالتصرف الناقل، و ليس في الصحيحة إطلاق قابل للتقييد، لكونه قضية خارجية.

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٣٥

لوجهٍ[١] عَلِمَه الإمام عليه السلام، مثل كون مالك الوليدة كاذباً في دعوىٰ عدم الإذن للولد، فاحتال عليه السلام حيلةً يصل بها الحقُّ إلى صاحبه[٢] (*).

---

١) أي: لجهةٍ، و هذا تعليلٌ للإقتصار على مورد الصحيحة، و حاصله: أنّ علّة الاختصاص بموردها و عدم التعدي إلى غيره هي خصوصية في القضية التي تضمّنتها صحيحة محمد بن قيس، و لعلّ تلك الخصوصية التي عَلِمها الامام عليه السلام هي كذب مالك الوليدة في دعوىٰ عدم إذنه لولده في بيع الوليدة، كما إحتمله العلامة المجلسي قدس سره.«١»

و علمهُ عليه السلام بهذه الخصوصية أوجب أن يعلِّم المشتريَ حيلةً يحتال بها ليتمكن من الوصول إلى حقِّه، و هو أخذ ولده ـ المستولَد من الأمة ـ من سيدها حيث إنّ هذا الولد حُرٌّ، و ليس على المشتري دفع قيمته إلى مالك الوليدة، إذ المفروض كون بيعها مأذوناً فيه، و تولُّد ولدها في ملك المشتري لا في ملك سيدها الأوّل حتى يستحق قيمته.

٢) و هو المشتري، إذ المفروض صحة البيع و نفوذه حين وقوعه، فالولد أجنبي عن سيِّد الوليدة، ولا حقّ له في إبنها أصلاً حتى يستحق قيمتهُ و يُطالب بها المشتري. و على هذا التوجيه يخرج بيع الوليدة عن بيع الفضولي، فلا يصحّ الاستدلال بالصحيحة على صحة عقد الفضولي بالاجازة.

(*)و قد يحمل قوله عليه السلام: «حتى ينفذ لك البيع» على تجديد البيع، و هو يوجب خروج مورد الرواية عن محل البحث، و لازم هذا الحمل لزوم أداء قيمة الولد على المشتري، لوقوع الاستيلاد في ملك سيِّد الأمة، لا في ملك المشتري.

«١» ملاذ الأخيار، ج ١١، ص ٤٤.

و أمّا[1] لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلامِ الأمير عليه السلام في قوله: «خذ إبنه حتى ينفذلك البيع» و قولِ الباقر عليه السلام في مقام الحكاية: «فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع إبنه» في[2] أنّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه

---

١) معطوف على «لو كان نفس القضية» و الأولى إسقاط «إمّا» بأن يقال: «ولو كان» أي مناط الاستدلال.

و كيف كان فتوضيح هذا الاستدلال: أنّ ظاهر قوله عليه السلام: «حتى ينفّذلك البيع» قابلية البيع للتنفيذ بعدَ أن لم يكن نافذاً. و هذه الغاية لم تقيّد بسبقها بالرّد، بأن يقول عليه السلام: «حتى ينفّذ لك البيع المردود» حتى تكون الغاية منافيةً للإجماع على عدم نفوذ الإجازة المسبوقة بالردّ، و إن كانت الإجازة في نفس الواقعة الشخصية مسبوقة بالرّد، فيعلم من كلامه عليه السلام أنّ البيع إنفاذي، و أنّه من الأُمور التي تنقلب عمّا وقعت عليه، و لامانع من إعتبار ظهور الغاية غير المقيّدة بالرّد.

٢) متعلق بـ «ظهور سياق كلام».

و هذا منافٍ لظاهر الرواية من إجازة البيع فقط، من دون أخذ قيمة الولد. و لذا إستفاد الشهيد في الدروس من هذه الصحيحة كاشفية الاجازة[1]، إذ لا منشأ لها إلّا عدم الحكم بأخذ قيمة الولد بعد الاجازة، فلا يكون تجديد البيع كإجازته حتى يكون الاستيلادُ في ملك المشتري بناءً على الكشف.

هذا كله مضافاً إلى: بُعد هذا التوجيه عن حكاية مولانا الامام الباقر عليه السلام «أجاز بيع إبنه» فإنّ الاجازة شرط لتنفيذ ماوقع، و التجديد مقتضٍ له، و إضافة البيع إلى «إبنه» أيضاً آبٍ عن هذا البيع الجديد، لأنّه بيعه، لا بيع إبنه.

«١» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢٣٣.

و ينفّذه، لم يقدح[١] في ذلك[٢] ظهور الاجازة الشخصية في وقوعها بعد الردّ، فيأوّل ما يظهر منه الردّ بإرادة[٣] عدم الجزم بالإجازة و الردّ (*)

---

١) جواب «و أمّا لو كان» وجه عدم القدح: أنّ مادلّ على نفوذ العقد بإجازة المالك أظهر ممادلّ على وقوع الاجازة بعد الرّد، فيتصرف فيه بإرادة عدم الجزم بالإجازة و الرّد، و مع هذا التأويل يصح الاستدلال بهذه الصحيحة على صحة عقد الفضولي بالاجازة.

و يمكن أن يكون نظر المصنف قده إلى إجمال الفعل و عدم ظهوره في الرّد حتى تكون الإجازة بعد الردّ، فأخذُ الابن و وليدته فعلٌ مجمل ليس فيه دلالة على الرد. و قوله عليه السلام: «خذ إبنه الذي باعك الوليدة حتى ينفّذ لك البيع» و قول إمامنا الباقر عليه السلام في مقام الحكاية: «لمّا رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع» ظاهر بل صريح في إجداء الإجازة و تصحيحها بيع الفضولي، فيؤخذ بهذا الظاهر، و يأوّل ما يوهم الردّ بإرادة عدم الجزم بالإجازة و الرد.

٢) أي: في ظهور سياق كلام الأمير عليه الصلاة و السلام...الخ.

٣) متعلق بـ«فيأوّل».

(*) لكن هذا التأويل ينافي ما أفاده من شهادة الوجوه الأربعة المتقدمة على كون الإجازة بعد الرد.

و لايخفىٰ أنّ إستدلال المصنف قدس سره ليس بالحكم الشخصي و هو الاجازة بعد الردّ حتى يتعدّىٰ منه إلى ما يشابهه في الخصوصيات و هو الإجازة المسبوقة بالردّ، والمفروض قيام الاجماع على عدم نفوذها. بل الاستدلال يكون بذيل الصحيحة، و هو قوله عليه السلام: «فلما رأىٰ ذلك سيدُ الوليدة أجاز البيع» لدلالته على صحة بيع الفضولي بالإجازة و إن لم ينطبق على المورد«١».

«١» منية الطالب، ج ١، ص ٢١٤.

.....

و فيه: أنّ الصحيحة إن كانت مشتملةً على عمومٍ أو إطلاقٍ يستفاد منه كبرى كلية و لم يمكن تطبيقها على المورد أمكن القول بأنّ الاستدلال ليس بالحكم الشخصي الثابت للمورد، فيصح الاستدلال بالكبرىٰ الكلّية فيما ليس من قبيل المورد و إن لم يتضح إنطباقها على المورد. نظير ماورد في موثقة إبن بكير التي سأل فيها زرارة أبا عبد الله عليه السلام عن الصلاة في الثعالب و الفنك و السنجاب«١» و غيره من الوبر. فأخرج كتاباً زعم أنّه إملاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «انّ الصلاة في و بر كل شيءٍ حرام أكله فالصلاة في وبره و شعره و جلده و بوله و روثه و كل شيءٍ منه فاسد، لاتقبل تلك الصلاة حتى يصلي في غيره مما أحلّ الله أكله» الحديث «٢». فإنّ الصلاة في السنجاب مع عدم كونه ممّا يؤكل لحمه جائزة قطعاً، و لكنه يتمسّك بالكبرىٰ ـ و هي البطلان فيما لايؤكل لحمه ـ في غير السنجاب.

و أمّا المقام فليس فيه إطلاق أو عموم حتى يمكن إستفادة كبرى كلية منه ليصح التمسك بها في سائر العقود الفضولية و إن لم تنطبق على نفس المورد، هذا.

أقول: الدلالة على تلك الكبرىٰ ليست منوطة بدلالة اللفظ عليها صريحاً، بل يكفي مطلق الدلالة عليها، و من المعلوم أنّ قوله عليه السلام: «فلمّا رأىٰ ذلك سيدُ الوليدة أجاز بيع إبنه» يدلّ على إناطة صحة عقد الفضولي ـ من حيث إنه فضولي ـ بالاجازة، لا من حيث كون المبيع وليدة، أو غيرها من الحيثيات.

«١» السنجاب: حيوان على حد اليربوع، أكبر من الفارة، شعره في غاية النعومة، يتخذ من جلده الفراء يلبسه المتنعمون، و هو شديد الختل، إن أبصر الانسان صعد الشجرة العالية ... الخ مجمع البحرين، ج ٢، ص ٨٤.

«٢» وسائل الشيعة ج ٣، ص ٢٥٠، الباب ٢ من أبواب لباس المصلي، الحديث: ١

أو كونِ[١] حبس الوليدة على الثمن، أو نحو ذلك[٢].

و كأنّه قد إشتبه مناطُ الاستدلال على من لم يستدلّ بها في مسألة الفضولي[٣].

أو يكون[٤] الوجهُ في الاغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنّها لاتزيد على الإشعار، و لذا[٥] لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي،

---

١) بالجرّ معطوف على «بإرادة» يعني: يأوّل ما يظهر منه الردّ بكون حبس الوليدة ... الخ.

٢) كحبس الوليدة، للتحرّي لما هو صلاحه من الرد و الإجازة.

٣) و تخيّل أنّ مناط الاستدلال نفس القضية الشخصية من جهة إشتمالها على تصحيح بيع الفضولي، و غَفَل عن كون مناط الاستدلال هو ظهور كلامي الأمير و الامام الباقر عليهما السلام.

٤) الأولىٰ ـ لمماثلة المعطوف و المعطوف عليه ـ أن يقال: «أو كان الوجه».

٥) أي: و لضعف دلالة الصحيحة على صحة عقد الفضولي ـ و أنّه مجرّد إشعارٍ بها ـ لم يستدلّ الشهيد قدس سره بهذه الصحيحة في مسألة البيع الفضولي مع التزامه بصحته في كتاب الدروس، و إنّما إستدلّ بها في باب بيع الحيوان. و قد تقدم نصّ كلامه في (ص ٣٨٩).

و لا يخفىٰ ما في توجيه المصنف ـ لما صنعه الشهيد من عدم ذِكر الصحيحة في عداد أدلة صحة البيع الفضولي و توقفه على الإجازة ـ من غموض، لأنّ الشهيد إعترفَ بقوله: «و فيها دلالة على أنّ عقد الفضولي موقوف» بظهور مدلولها في صحة البيع الفضولي، و ليس في دلالتها ضعف أصلاً.

و لعلّ عدم تعرضه لها في بيع الفضولي لأجل بعض الموهنات المتقدمة، فتكون صحة الفضولي في مورد الصحيحة منصوصةً، و يقتصر على موردها، و لا يتعدىٰ منها إلى سائر البيوع الفضولية. لا الإشعار الذي أفاده الماتن، فلاحظ قول الشهيد بعد نقل

بل ذكَرها في موضع آخر. لكن الفقيه في غنىً عنه[1] بعد العمومات المتقدمة.

و ربما يستدلّ أيضاً[2] بفحوىٰ صحةِ عقد النكاح من الفضولي فى الحُرِّ و العبد الثابتةِ[3] بالنص و الاجماعات المحكية.

مضمون الصحيحة: «و هي قضية عليٍّ عليه السلام في واقعة، و لعلّ ذلك إستصلاح منه عليه السلام، و فيها دلالة على أنّ عقد الفضولي موقوف...» و لو كان الوجهُ في إهمال هذه الصحيحة ضعف دلالتها و إشعارها بالصحة لم يصحّ الاستدلال بها أصلاً حتى في موردها، مع صراحة كلام الشهيد رحمه الله بتمامية دلالتها في موردها.

١) أي: عن الاستدلال بهذه الصحيحة علىٰ صحة عقد الفضولي بالاجازة.

٢) أي: علىٰ صحة عقد الفضولي بعد العمومات المتقدمة، و هي الآيات كعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و غيره.

د: فحوىٰ ما دلّ علىٰ صحة النكاح الفضولي[1]

٣) بالجرّ صفة «صحة» أي: صحة عقد الفضولي الثابتة بالنص، و هذا رابع الوجوه التي استدلّ بها على صحة عقد الفضولي بإجازة المالك بدون سبق نهي منه.

و النصوص في صحة النكاح الفضولي و توقفه على الإجازة كثيرة، فمنها ما ورد بالنسبة إلى الأحرار ـ رجالاً و نساءً ـ و منها ما ورَدَ بالنسبة إلى المملوك.

أمّا ما ورد في الأحرار فكخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «أنه سأله عن رجلٍ زوّجته أُمُّه و هو غائب. قال: النكاح جايز، إن شاء المتزوِّجُ قَبِلَ،

«١» المستدل بالفحوىٰ جماعة كأصحاب الرياض و المناهل و المقابس و الجواهر، فلاحظ: رياض المسائل، ج ٢، ص ٨١ و ٨٢، و المناهل، ص ٢٨٧، و مقابس الانوار، ص ٢٦ (كتاب البيع) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٧

.....

و إن شاء ترك...» الحديث«١». و هو كالصريح في قابلية النكاح الفضولي للصحة الفعلية بإجازة الزوج.

و قد ورد نحوه بالنسبة الى المرأة التي زُوِّجت فضولاً.«٢»

و أمّا ما ورد في نكاح العبيد والإماء فكثير، منه صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن مملوكٍ تزوّج بغير إذن سيِّده، فقال: ذاك إلى سيِّده، إن شاء أجازه، و إن شاء فرّق بينهما. قلت: أصلحك الله، إنّ الحكم بن عتيبة و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، و لا تحلّ إجازة السيد له. فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّه لم يعصِ الله، إنّما عصىٰ سيّده، فإذا أجازه فهو له جائز».«٣»

و منه ما هو قريب منه بزيادة: «انّ ذلك ليس كإتيان ماحرّم الله عليه من نكاح في عدةٍ و أشباهه»«٤».

و الأخبار الدالة على توقف عقد النكاح على الاجازة كثيرة، بل في السرائر: «و الأخبار متواترة عن الأئمة الأطهار بوقوف عقود النكاح علىٰ الإجازة».«٤»

و أمّا الإجماعات المحكية على وقوف عقد النكاح الفضولي على الاجازة فمذكورة في كثير من كتب الفقه الاستدلالية«٥»، بل في الجواهر: «بل يمكن

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح و أولياءالعقد، الحديث: ٣

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٢٠٧، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث: ٢

«٣ و ٤» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٢٣ الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١ و ٢

«٥» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٥٦٥.

«٦» كما في الناصريات، ص ٢٤٧ (ضمن الجوامع الفقهية) المسألة: ١٥٤، السرائر، ج ٢، ص ٥٦٥، رياض المسائل، ج ٢، ص ٨١، و حكاه عن السيد و الحلّي في كشف اللثام ج ١، كتاب النكاح ص ١٧، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ١٨٨، منبّهاً على أن معقد إجماع السيد صحة نكاح الحرّ و العبد فضولاً، بخلاف إجماع الحلي فان معقده الحر خاصة.

فإنّ[١] تمليك بُضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تمليك ماله أولىٰ بذلك[٢].

مضافا (*) إلى ما عُلم من شدة الاهتمام في عقد النكاح، لأنّه «يكون منه الولد»

تحصيل الاجماع على خلافها ـ أي خلاف دعوىٰ الصحة ـ فضلاً عمّا سمعته من محكيّه».«١»

١) هذا تقريب الاستدلال، توضيحه: أنّ الاجازة إن كانت مؤثرة في تمليك بضع الغير كان تأثيرها في تمليك ماله أولىٰ، فالاستدلال يكون بالفحوىٰ أي الأولوية القطعية.

و المحقق الشوشتري قرّب الاستدلال بهذه النصوص بوجوه خمسة، إثنان منها بالفحوىٰ، و ثلاثة منها ناظرة إلى مساواة عقد البيع و النكاح في مناط الصحة، فراجع.«٢»

٢) أي: بالاجازة مع شدة إهتمام الشارع في عقد النكاح معلّلاً بأنه «يكون منه الولد». و طيب الولادة مما إهتمّ به الشارع و العقل، فلابدّ من مراعاة الاحتياط فيه، فإذا أجاز الشارعُ العقدَ الفضولي في النكاح فقد أجازه في غير النكاح بالأولوية، لأنّه يتسامح في الماليات بما لايتسامح به في الفروج.

(*) لعل الأولىٰ إبدال «مضافاً» بـ«لما» بأن يقال: «أولى بذلك لما علم من شدة» لأنّ المقام يقتضي بيان وجه الأولوية، و الغرض من قوله: «مضافاً» بيان ذلك.

و كيف كان فقد أورد على هذه الاولوية بوجهين، الأوّل: إنكار الأولوية.

و الثاني تسليم الأولوية مع إبتلائها بالمعارض.

أمّا الوجه الأوّل فتقريبه: أنّ إهتمام الشارع بأمر النكاح و شدّة الاحتياط فيه

«١» جواهر الكلام، ج ٢٩، ص ٢٠١

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢٦.

كما في بعض الأخبار[١].

و قد أشار إلى هذه الفحوىٰ[٢] في غاية المراد.«١»، و استدلّ بها[٣] في الرياض، بل قال: «إنّه لولاها أشكل الحكم[٤] من جهة الاجماعات المحكية على المنع[٥]». و هو[٦] حسن.

---

١) كقول أبي عبد الله عليه السلام فيما رواه العلاء بن سيّابة: «أن النكاح أحرىٰ و أحرىٰ أن يحتاط فيه، و هو فرج، و منه يكون الولد».«٢»

٢) و هي الأولوية المذكورة.

٣) أي: بالفحوىٰ، و هي الأولوية، و ضمير «لولاها» راجع إلى «الفحوى».

٤) و هو صحّة عقد الفضولي بالاجازة.

٥) أي: منع صحة عقد الفضولي، حيث إنه قال: «و لعمري انّها من أقوى الأدلة، و لولاها لأشكل المصير إلى هذا القول، لحكاية الاجماعين الآتيين».«٣»

٦) أي: إشكال صاحب الرياض حسن.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

لايقتضي الاحتياط في سببه، بل يقتضي التسهيل في أسبابه، لأنّ لا يقع الناس في السفاح، مثلاً إذا كان سببُ النكاح خصوص العقد العربي المعتبر فيه لفظٌ بمادةٍ و هيئةٍ خاصتين كان ذلك سبباً للوقوع في الحرام، لعدم تمكن أكثر الناس خصوصاً سُكّان القرىٰ و البوادي من إيجاد النكاح بهذا السبب. فأهمية النكاح تقتضي التسهيل في أسبابه، لا التضييق فيها، كما نرىٰ أنّ الشارع وسّع في أسباب النكاح بتشريع المتعة

«١» غاية المراد، ص ١٧٨.

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ١٩٣، الباب ١٥٧، من أبواب مقدمات النكاح و آدابه، الحديث: ٣، و نحوه الحديث: ١

«٣» رياض المسائل، ج ١، ص ٥١٢.

.....

و ملك اليمين و التحليل، و جواز الاقتصار في مقام الإذن على السكوت. فعدم إحتياط الشارع و التوسعة في سبب النكاح لايستلزم بالأولوية التوسعة في سبب البيع الذي ليس بتلك المرتبة من الأهمية.

فالأولوية ممنوعة، لتوقّفها على الاحتياط في سبب النكاح حتى يكون الحكم بصحة عقد الفضولي في غير عقد النكاح بالاجازة بالأولوية.

و بالجملة: الاهتمام في المسبّب لايقتضي التشديد في السبب، بل يقتضي سهولته. و أثر الاهتمام لزوم الاحتياط في الشبهات الحكمية و الموضوعية في حصول الزوجية، كاحتمال كون المرأة معتدة، أو أُخته من الرضاعة، أو أُخت زوجته، أو إحتمال جواز التزويج الدائم بالكتابية و عدمه، إلى غير ذلك من موارد الشبهة. فإنّ الاحتياط في هذه الموارد لا يقتضي الاحتياط في نفس العقد الذي هو سبب تحقق النكاح. فإهتمام الشارع أجنبي عن مرحلة السبب حتى يتمسك بفحوىٰ صحة الفضولي في النكاح على صحته في غير النكاح، بل يعتبر في بعض العقود ما لايعتبر في عقد النكاح كالتقابض في المجلس في بيع الصرف، و قبض الثمن في السلم. هذا محصّل ما أُورد على الفحوىٰ، والنتيجة إنكار الفحوىٰ التي هي مدار الاستدلال.

لكن يمكن أن يقال: إنّ كلّ ما يعتبر في المسبب يعتبر في السبب، إذ العقد المؤثر في تحقق المسبب هو الجامع للشرائط مطلقاً سواء أكانت راجعةً إلى المتعاقدين، أم العوضين، أم نفس العقد كالعربيّة و الماضوية و غيرهما.

و عليه فشرط كون المرأة أجنبيةً أو عدم كونها أُخت زوجته أو أُخته من الرضاعة أو غيرها من الشرائط الوجودية و العدمية شرط للعقد أيضاً، فالإهتمام بالمسبّب إهتمام بالسبب.

فما في حاشية بعض الأجلة ﷺ من قوله: «فالاهتمام المعلوم من الشارع أجنبي

إلّا أنّها[1] ربما تُوهَن

---

١) أي: أنّ الفحوىٰ المزبورة. فالمصنف ﷺ إلتزم بالفحوىٰ، لكنها موهونة بالنص الوارد في الرّد على العامة الّذين فرّقوا بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله

عن هذا الوادي الذي نحن فيه ليتمسك بفحوىٰ صحة الفضولي في النكاح على صحته في المقام».«١» غير ظاهر، فإنّ التقابض في المجلس في بيع الصرف شرط في صحة عقده و تأثيره.

و الحاصل: أنّ الحق وجودُ الأولوية، و عدم سبيلٍ إلى إنكارها.

نعم لابأس بالاشكال في حجّيتها، لكونها ظنّيةً، و الظن لايغني من الحق شيئاً.

إلّا أن يقال: إنّ مفهوم الموافقة من المداليل الإلتزامية التي تكون حجةً عند أبناء المحاورة كالمداليل المطابقية.

إلّا أن يناقش فيه بعدم كون الأولوية في المقام من المداليل الإلتزامية، حيث إنّ صحة بيع الفضولي ليست من المدلول الالتزامي لصحة نكاح الفضولي، لا عقلاً و لا عرفاً، خصوصاً بعد الالتفات إلى تعبُّدية الأحكام و عدم الإحاطة بملاكاتها،إذ المفروض أنّه لابدّ أن تكون الأولوية ناشئةً من أقوائية الملاك، و هي غير معلومة لنا. فلا وجه للأولوية هنا أصلاً.

و على تقدير تحققها لايكون الظن الحاصل منها بمعتبر قطعاً، لكونه كالظن القياسي في عدم الحجية.

فالحق عدم صحة الاستدلال بهذه الأولوية أصلاً، لعدم إنطباق ضابط الدلالة الالتزامية عليها، و إلّا كانت حجة كسائر الدلالات الإلتزامية.

هذا كله في الوجه الأوّل من الايراد على الأولوية، و سيأتي الوجه الثاني قريباً.

«١» حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج ١، ص ١١٩

بالنص[1] الوارد في الرد على العامّة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول

بالعزل و بين بيعه، بذهابهم إلى الصحة في الثاني، لأنّ المال له عوض، و البطلان في الأوّل، لأنّ البُضع ليس له عوض.

١) و هو خبر العلاء بن سيابة، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إمرأةٍ وكّلت رجلاً بأن يزوّجها من رجلٍ، فقبل الوكالة، فأشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوّجها، ثم إنّها أنكرت ذلك الوكيل، وَ زَعَمت أنّها عزلته عن الوكالة، فأقامت شاهدين على أنّها عزلته.

فقال: ما يقول من قِبَلِكم في ذلك؟ قال: قلت: يقولون يُنظر في ذلك، فإن كانت عزلته قبل أن يزوّج. فالوكالة باطلة، و التزويج باطل. و إن عزلته و قد زوّجها فالتزويج ثابت على ما زوّج الوكيل، و على ما أنفق معها من الوكالة إذا لم يتعدّ شيئاً مما أمرت به و إشترطت عليه في الوكالة.

قال: ثم قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها و لم تُعلمه بالعزل؟ قلت: نعم يزعمون أنّها لو وكّلت رجلاً و أشهدت في الملأ، و قالت في الخلأ: إشهدوا أنّي قد عزلتُه أبطلت وكالته بلا أن تُعلِم في العزل، و ينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة. و في غيره لايبطلون الوكالة إلّا أن يعلم الوكيل بالعزل، و يقولون: المالُ منه عوضٌ لصاحبه، و الفرجُ ليس منه عوضٌ إذا وقع منه ولد.

فقال عليه السلام: سبحان الله، ما أجور هذا الحكم و أفسده، إنّ النكاح أحرىٰ و أحرىٰ أن يُحتاط فيه، و هو فرجٌ، و منه يكون الولد، إنّ عليّاً عليه السلام أتته إمرأة تستعديه على أخيها، فقالت: يا أمير المؤمنين، إنّي وكّلتُ أخي هذا بأن يزوّجني رجلاً و أشهدتُ له، ثم عزلتُه من ساعته تلك، فذهب فزوّجني، ولي بيّنة أنّي قد عزلتُه قبل أن يزوّجني، فأقامت البيّنة، فقال الأخ: يا أمير المؤمنين إنّها وكّلتني و لم تُعلمني أنّها عزلتني عن الوكالة حتى زوّجتُها كما أمرتَني.

فقال لها: ما تقولين؟ قالت: قد أعلمتُه يا أمير المؤمنين. فقال لها: ألَكِ بيّنة

.....

بذلك؟ فقالت: هٰؤلاء شهودي يشهدون بأنّي قد عزلتُه.

فقال أمير المؤمنين عليه السلام: كيف تشهدون؟ قالوا: نشهد أنّها قالت: إشهدوا أنّي قد عزلتُ أخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً، وأنّي مالكةٌ لأمري قبل أن يزوّجني.

فقال: أشهدَتكم على ذلك بعلمٍ منه و محضرٍ؟ فقالوا: لا. فقال: تشهدون أنّها أعلمته بالعزل كما أعلمته بالوكالة؟ قالوا: لا. قال: أرىٰ الوكالة ثابتةً، و النكاحَ واقعاً، أين الزوج؟ فجاء، فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها.

فقالت: يا أميرالمؤمنين، أحلِفه أنّي لم أُعلمه العزل و لم يعلم بعزلي إياه قبل النكاح، قال عليه السلام: و تحلف؟ قال: نعم يا أمير المؤمنين، فحلف، فأثبتَ وكالته، و أجاز النكاح»[1].

و محصّل الخبر: أنّ الراوي سأل الامام أبا عبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام عن حكم توكيل إمراةٍ رجلاً ليُزوّجها من رجل، فقبل الوكيل، و أقامت المرأةُ بيّنةً على التوكيل، فزوّجها الوكيل. و لكن المرأة إدّعت عزله، و أقامت البيّنة على العزل، مع عدم إعلام الوكيل به.

و بعد عرض هذا السؤال إستفسر الامامُ عليه السلام عن رأي العامة في المسألة، فأخبره العلاء بن سيابة بأنّهم يفصّلون ـ في الوكيل المعزول الجاهل بعزله ـ بين البيع و النكاح، كما يفصّلون في النكاح بين وقوع التزويج قبل العزل فيصح، و وقوعه بعده فيبطل. بخلاف التوكيل في البيع، فيصح بيعُ الوكيل المعزول الجاهل بالحال، تشبثاً بوجه إستحسانيّ، و هو: أنّ البيع لو كان فاسداً في الواقع

«١» وسائل الشيعة ج ١٣ ص ٢٨٦ الباب ٢ من أبواب الوكالة، الحديث ٢. و توصيف الرواية بالصحة كما في المتن و حاشية السيد مما لم يظهر له وجه، في كل من طريقي الفقيه و التهذيب، لعدم توثيق العلاء و إن كان الطريق تاماً.

الّا أن يقال: إنّ رواية إبن أبي عمير عنه توثيق له، لما قيل من: أنّه لايروي إلّا عن ثقةٍ. و لكنه لا يخلو عن بحثٍ تعرّضنا له في شرح الكفاية، فراجع: منتهى الدراية، ج ٨، ص ١٤٩ إلى ١٦٨.

.....

لم يتضرّر المتبايعان، لوصول عوض كلٍّ من المالين إلى الآخر. بخلاف النكاح، لعدم كون المهر عوضاً عن البضع.

فلمّا سمع الامام عليه السلام رأيهم، قال متعجباً و مستنكراً: سبحان الله ما أجور الحكم ببطلان نكاح الوكيل و صحة بيعه، مع أنّ الاحتياط في الأعراض يقتضي صحة النكاح تحرزاً عن السفاح.

ثم إستشهد عليه السلام بقضاء أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين في واقعةٍ مماثلةٍ لمورد السؤال، و أنّه عليه السلام نفّذ تزويج الوكيل المعزول الجاهل بالعزل.

و لعلّ إستشهاده بقضاء الأمير عليه السلام لأجل الرّد علىٰ العامة، و إلزامهم بما يرونه حجةً عندهم، من حجية قول الصحابي و قضائه خصوصاً من رووا في شأنه عن النبي الكريم صلى الله عليه وآله وسلم: «أقضاكم عليٌّ» فكيف غضّ العامةُ أبصارهم ـ كما غُضّت بصائرهم ـ عن قضاء أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلّين بصحة نكاح الوكيل الذي يكون فضولياً بعد العزل؟ و حكموا ببطلان النكاح و صحة البيع الفضولي لوجهٍ إستحساني، مع عدم إحاطة البشر بمناطات الأحكام الشرعية.

و الغرض من ذكر هذا الخبر إبداء المانع ـ عن الاستدلال على صحة البيع الفضولي بالفحوىٰ المتقدمة عن صاحب الرياض و غيره من الأعلام ـ بتوهين الأولوية.

توضيح الوهن: أنّ الامام الصادق صلوات الله و سلامه عليه أنكرَ على العامة حكمهم ببطلان نكاح الوكيل المعزول، لأنّ مقتضىٰ الاحتياط في النكاح ـ لكونه منشأً لتكوُّن الولد منه ـ هو أولوية النكاح بالصحة من البيع، إذا قيل بصحته في الفضولي مع الإجازة. فالمستفاد من الرواية أنّ صحة المعاملة المالية تستلزم صحة النكاح بطريق أولىٰ، فتكون صحة البيع أصلاً، و صحة النكاح فرعاً. فصحة البيع تستلزم صحة النكاح دون العكس الذي كان الاستدلال مبنيّاً عليه، و هو التمسك بفحوىٰ صحة

مع جهله[١] بالعزل و بين بيعه[٢]، بالصحة[٣] في الثاني[٤] لأنّ المال له عوضٌ، و البطلانِ[٥] في الأوّل،[٦] لأنّ[٧] البُضع ليس له عوض (*)

النكاح الفضولي على صحة الفضولي فى غير النكاح.

هذا كله في تقريب منع الفحوىٰ. و سيأتي توضيح جهتين في المتن.

إحداهما: حكمه عليه الصلاة و السلام باقتضاء الاحتياط صحةَ عقد النكاح الذي أنشأه الوكيلُ المعزول، مع أنّها لو لم تكن زوجةً واقعاً حرمت معاشرتها مع الزوج.

ثانيتهما: وجه ربط هذا الخبر ـ المانع للفحوىٰ ـ بباب الفضولي، مع أنّ موردها عقدُ الوكيل المعزول، فانتظر.

١) يعني: جهل الوكيل المعزول بعزله. و محصل ما يستفاد من هذه الصحيحة: أنّ العامّة فرّقوا بين عقدي النكاح و البيع الصادرين من الوكيل المعزول الجاهل بعزله، بالحكم بصحة البيع و بطلان النكاح.

٢) يعني: بيع الوكيل المعزول مع جهله بالعزل.

٣) متعلق بـ «الفارقين».

٤) و هو البيع، لأنّ للمال عوضاً، فصحته لاتوجب ضرراً مع وجود العوض المالي، لأنّ كل واحد من المتبايعين يترك شيئاً و يأخذ شيئاً عوضاً عنه.

٥) بالجر معطوف على «بالصّحة».

٦) و هو النكاح، و هذا الحكم من فقهاء السنة.

٧) هذا تعليل المخالفين لبطلان النكاح، و محصله: أنّ البُضع لاعوض له، إذ ليس مالاً حتىٰ يبذل بازائه المال و يُقابَل به.

(*) فيه أوّلاً: أنّ عدم العوض ليس مناطاً للبطلان، بل مناطه هو كونه منشأ تكوُّن الولد منه.

ليس له عوضٌ، حيث[1] قال الامام عليه السلام في مقام ردّهم و إشتباههم في وجه الفرق: «سبحان الله ما أجور هذا الحكم[2] و أفسدَه،

---

١) هذا شروع في بيان و هن الأولوية المزبورة بالنص الوارد في ردّ العامة، الفارقين بين التزويج و البيع الصادرين من الوكيل المعزول مع جهله بالعزل، بحكمهم ببطلان التزويج و صحة البيع. و قد تقدم توضيحه بقولنا: «توضيح الوهن: أن الامام الصادق عليه السلام أنكر على العامة ... الخ».

٢) أي: التفريق بين البيع و النكاح في الحكم بصحة الأوّل و بطلان الثاني.

و ثانياً: انّ للبُضع عوضاً و هو المهر، غاية الأمر أنّه ليس ركناً في صحة النكاح حتّى يلزم ذكره في متن العقد كالعقود المعاوضية، إذ الركنان في النكاح الزوجان، و في العقد المعاوضي العوضان.

و أمّا الوجه الثاني من الإيراد على الأولوية، و هو ما أفاده المصنف من قوله: «إلّا أنّها ربّما توهن بالنص الوارد في الرد على العامة ... الخ». الظاهر في الرد على العامة الفارقين بين النكاح و البيع الصادرين من الوكيل المعزول الجاهل بعزله، في الحكم بصحة البيع، لوجود العوض فيه، و بطلان النكاح، لعدم عوض للبضع ـ ببيان: أنّ النكاح أحرىٰ بأن يحتاط فيه، لأنّ منه الولد، فاذا حكم بصحة البيع فلا بد من الحكم بصحة النكاح بطريقٍ أولىٰ، لكون الاحتياط فيه أحرىٰ و أجدر، فيكون النكاح أولىٰ من البيع بالصحة. و هذا عكس الأولوية المذكورة التي إستدلّ بها على إستلزام صحة النكاح لصحة البيع. فهذه الصحيحة تُوهن تلك الأولوية و تُثبت عكسَها، و هي كون البيع أصلاً، و النكاح فرعاً، و أنّ الأولوية تثبت صحة النكاح، لكونها فرع صحة البيع، فيبطل الاستدلال بفحوىٰ صحة النكاح على صحة البيع.

ففيه أوّلاً: أنّ المخالفين لم يستدلّوا على صحة البيع بالاحتياط حتى يردّهم الامام عليه السلام بأنّ الاحتياط بصحة النكاح أحرىٰ من الاحتياط بصحة البيع، بل إستدلّوا

فإنّ[١] النكاحَ أولىٰ و أجدرُ أن يحتاط فيه، لأنّه الفرج و منه يكون الولد» الخبر[٢].

و حاصله[٣]: أنّ مقتضىٰ الاحتياط كون النكاح الواقع[٤] أولىٰ بالصحة من[٥] حيث الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره.

---

١) هذا كلام الإمام عليه السلام الذي هو علّة لكون حكم علماء السنة ـ بفساد النكاح ـ في غاية الجور و الفساد، و حاصله: أنّ النكاح أولىٰ من أن يُحتاط فيه، لكونه مبدء تكوُّن الولد الذي يرجىٰ منه الفوز بتحصيل السعادة الأبدية، و طيبُ الولادة دخيل في الوصول إلى الدرجات العالية من الإيمان و المعارف الالهية. فالبُضع أهم من المال من حيث لزوم الاحتياط فيه.

٢) أي: إلى آخر الخبر المذكور تمامه آنفاً.

٣) أي: و حاصل ما يقصده الامام عليه السلام من الاحتياط في النكاح هو أولويته بالصحة.

٤) أي: الذي أنشأه الوكيل المعزول الجاهل بعزله من ناحية موكِّله.

٥) لأولوية صحة النكاح ـ الصادر من الوكيل المعزول ـ بالصحة من البيع الصادر منه. و حاصله: أنّ النكاح أولىٰ بالاحتياط من غيره كالبيع، لأنّ النكاح منشأ تكوُّن الأولاد، فلا بدّ من تحليل البُضع. فالقول بصحته ـ إذا صدر فضولاً ثم أُجيز ممّن له أمر الاجازة ـ أولىٰ ممّا يدّعيه العامة من صحة البيع و بطلان النكاح، مع أن البيع فاقد لملاك الصحة، و النكاح واجدٌ له.

عليها بوجهٍ إستحساني يقتضي صحة البيع و بطلان النكاح.

و ثانياً: أنّه ليس المراد بالاحتياط الذي يكون أحرىٰ في النكاح ما أفاده الشيخ قدس سره من الحكم بصحة النكاح حتى تكون صحته أولىٰ من صحة البيع، بل الاحتياط في الفتوىٰ يقتضي التوقف و عدم الفتوىٰ بشيءٍ من الصحة و الفساد، لإبتناء كلٍّ منها على

فدلّ[١] على أنّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولىٰ. خلافاً للعامة حيث عكسوا و حكموا بصحة البيع دون النكاح. فمقتضىٰ حكم الامام عليه السلام أنّ صحة المعاملة المالية الواقعة في كلّ مقامٍ[٢] تستلزم صحة النكاح الواقع[٣] بطريق أولىٰ.

---

١) أي: فدلّ كلامُ الامام الصادق عليه السلام، و هذه نتيجة الاحتياط، فإنّ الاحتياط في النكاح يدلّ على أنّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريقٍ أولىٰ، لما عرفت من كون النكاح منشأً لتكوُّن الولد.

٢) سواء صدرت من الوكيل المعزول الجاهل بعزله أم من الفضولي.

٣) أي: أنّ صحة النكاح الصادر من الوكيل المعزول ـ الجاهل بعزله من موكِّله ـ أولىٰ من القول بصحة البيع و بطلان النكاح، مع وجود ما فيه من الاحتياط، و عدمه في البيع، فلا موجب لصحته دون النكاح.

وجه إستحساني يكون الركون إليه تشريعاً محرّماً. كما أنّ الاحتياط في العمل يقتضي أحد أمور:

إمّا الطلاق، لأنّ المرأة على فرض صحة العقد و صيرورتها زوجة تبين من زوجها بالطلاق، و يصح حينئذٍ تزويجها منه أو من رجل آخر. و على فرض فساد العقد يكون الطلاق لغواً، لسوقوعه على الأجنبية.

و إمّا إجراء العقد عليها ثانياً.

و إمّا إجازة المرأة عقد الوكيل المعزول الجاهل بعزله مع عدم ردّ المرأة العقدَ قبل الإجازة.

و الحاصل: أنّ أمر النكاح في المقام يكون ـ بحسب العمل ـ دائراً بين المحذورين، لأنّه على فرض صحة العقد واقعاً تكون المرأة زوجته، و على فرض فساده تكون أجنبية عنه، فالاحتياط فيه لايمكن إلّا بأحد الوجوه المتقدمة. و كذا البيع، فإنّ

و حينئذٍ[١] فلا يجوز التعدّي من صحة النكاح في مسألة الفضولي إلى[٢] صحة البيع، لأنّ[٣] الحكم في الفرع لايستلزم الحكمَ في الأصل في باب الأولوية، و إلّا[٤] لم يتحقق الأولوية كما لايخفىٰ.

---

١) أي: و حين القول باستلزام صحة البيع صحةَ النكاح ـ خلافاً للعامة القائلين بصحة البيع و بطلان النكاح ـ لايجوزُ التعدّي من صحة النكاح الفضولي ـ كما هو مقتضىٰ ما دلّ على صحة نكاح العبد بدون إذن سيده ـ إلى البيع و غيره.

٢) متعلق بـ «التعدي».

٣) تعليل لعدم جواز التعدي من صحة النكاح الفضولي إلى البيع الفضولي، و محصله: أنّ الحكم بالصحة في الفرع ـ و هو النكاح الفضولي ـ لايستلزم الحكم بالصحة في الأصل و هو البيع في باب الأولوية.

٤) يعني: و لو إستلزم الحكمُ بصحة الفرع الحكمَ بصحة الأصل لَما تحقّق مفهومُ الأولوية، إذ مفهوم الأولوية هو إستلزام الحكم الثابت في الأصل لحكم الفرع، كاستلزام حرمة التأفيف لحرمة الضرب، لا إستلزام حكم الفرع لحكم الأصل، فإنّ حرمة الضرب لا تستلزم حرمة التأفيف.

صحته و فساده لايوافقان الاحتياط، لدوران أمر المال بين المحذورين.

فغرض الامام عليه السلام ـ كما في حاشية المدقق الاصفهاني قدس سره ـ إبطال استحسانهم، إلّا أنّ عدم تمكنه عليه السلام من بيان ذلك صريحاً لأجل التقية أوجب مراعاة جانب الاحتياط، و أجابهم بأنّ النكاح أحرىٰ بالاحتياط ممّا يتعلّق بالماليات. فاللازم الاستناد فيه إلى ركنٍ وثيق من آيةٍ أو روايةٍ، لا إلى القياس و الاستحسان. و ليس كالماليّات التي لاإهتمام بها كالنكاح. و لذا عقبه عليه السلام بقضاء أمير المومنين عليه الصلاة و السلام الذي يتّبع قضاؤه لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «أقضاكم علىّ عليه السلام»[١] هذا.

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٣٤

فالاستدلال[1] بصحة النكاح على صحة البيع مطابقٌ لحكم العامة من كون النكاح أولىٰ بالبطلان، من جهة أنّ البُضع غير قابل للتدارك بالعوض.

بقي الكلام في وجه جعل الامام عليه السلام الاحتياطَ في النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله، مستدلاً[2] بأنّه يكون منه الولد، مع أنّ الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين، و لا إحتياط في البين.

---

١) هذه نتيجة البحث ـ بَعدَ منع الفحوىٰ بخبر العلاء بن سيابة ـ و هي: أنّ الاستدلال بصحة النكاح الفضولي ـ الذي هو الفرع ـ على صحة البيع و هو الأصل يكون مطابقاً لحكم العامة. فالاستدلال المزبور في غير محله.

٢) هذا شروع في بيان ما أشرنا إليه في (ص ٤١٦) من معنىٰ الاحتياط الوارد في كلام الامام الصادق صلوات الله و سلامه عليه، حيث إن الأحوط هو الأوثق،

و يحتمل أن يراد بأجدريّة الاحتياط في النكاح أجدريّته من الحكم بصحة النكاح أو بطلانه في موارد الاشتباه، لا أجدرية النكاح بالصحة من غير النكاح كما إستظهره المصنف، حتى توهن بها الأولوية التي إستدلّ بها على تعدّي الفضولية من النكاح إلى غيره.

و الحاصل: أنّ الحكم في موارد إشتباه النكاح هو أولوية الاحتياط الذي هو فعل المكلّف من الحكم بصحة النكاح أو بطلانه. فالمفضّل عليه هو الحكم، لا البيع حتى يصير ذلك أصلاً و النكاح فرعاً، و يعارض الأولوية السابقة التي استدلّ بها على جريان الفضولية في غير النكاح.

و على هذا فتلك الأولوية لاتوهن برواية العلاء المتقدمة.

لكنه مع ذلك لا يتجه الاستدلال بها على جريان الفضولية في غير النكاح، لأنّها لاتفيد إلّا الظن، و هو لا يغني من الحقّ شيئاً. بل مع الالتفات إلى قضية أبان لا تفيد الأولويةُ شيئاً من مراتب الظن أيضاً.

و يمكن أن يكون الوجه في ذلك[1] أنّ[2] إبطال النكاح في مقام الاشكال

و الاحتياط هو إحراز الواقع عملاً كالجمع بين القصر و الاتمام في الموارد المشتبهة، وكترك شرب الانائين في موارد العلم الاجمالي بنجاسة أحدهما.

و قد يشكل تطبيق العمل بالاحتياط على حكمه صلوات الله و سلامه عليه بصحة النكاح. و ذلك لإمتناع الاحتياط هنا من جهة دورانه بين المحذورين، فإنّ هذه المرئة الموكّلة في النكاح إن كانت قد عزَلَت الوكيل كان تزويجها فضولياً، و المفروض عدم إجازتها، و يحرم على الزوج معاشرتها، لكونه أجنبياً عنها. و إن لم تكن عازلةً له كانت زوجةً للرجل. و لو حكمنا بفساد النكاح و كونها خليّةً ظاهراً جاز لها التزويج برجل آخر، و كان المباشرة معها زناً بذات بعل.

و مع دوران أمر هذه المرئة الموكّلة بين الزوجية و الأجنبية يمتنع إحراز الواقع بالاحتياط، فيكون التزويج نظير البيع، إذ لو صحّ بيع الوكيل كان الثمن ملكاً للبائع، وإن لم يصح كان للمشتري، و حرم على البائع التصرف فيه. مع أنّه عليه السلام جَعَل صحة النكاح أحرىٰ بالاحتياط. و يتجه السؤال حينئذٍ بأنه كيف يحتاط في مورد الدوران بين المحذورين؟

١) أي: في الاحتياط. هذا توجيه الاحتياط بنحوٍ لايكون من الاحتياط المصطلح الذي يُحرز به الواقعُ عملاً، إذ يراد به هنا الأخذُ بأخفِّ المحذورين. توضيحه: أنّ إبطال النكاح يوجب الفراق بين الرجل و المرأة، فلو كان النكاح صحيحاً واقعاً لزم الزنا بذات البعل إذا تزوّجت بغيره. و هذا بخلاف إبقاء النكاح، فإنّه على تقدير بطلانه واقعاً لايلزم منه إلا وطءُ المرأة غير ذات البعل، و هو أهون من الزنا بذات البعل. فالمراد بالاحتياط مراعاة أقلّ المحذورين بفعله، و ترك ما يكون أشدّ محذوراً.

٢) خبر قوله: «أن يكون» و قوله: «يستلزم» خبر «أن ابطال».

و الاشتباه[١] يستلزم التفريقَ بين الزوجين على تقدير الصحة واقعاً، فتتزوّج[٢] المرأةُ، و يحصل الزنا بذات البعل. بخلاف إبقائه[٣]، فإنّه على تقدير بطلان النكاح لايلزم منه إلّا و طءُ المرأة الخالية عن المانع. و هذا[٤] أهون من وطء ذات البعل.

فالمراد بالأحوط[٥] هو الأشدّ إحتياطاً (*).

و كيف كان[٦] فمقتضىٰ

---

١) كالمقام، لعدم وضوح هذا النكاح من حيث الصحة و البطلان.

٢) هذه نتيجة بطلان النكاح، فإن تزوّجت برجل آخر كان التزويج بذات البعل، و الزنا بها أشدّ من الزنا بالخليّة.

٣) أي: إبقاء النكاح. و ضمير «منه» راجع إلى «إبقائه».

٤) أي: وطءُ المرأة الخالية عن الزوج أهونُ من وطء ذاتِ البعل.

٥) المستفاد من كلمتي «أحرىٰ و أحرىٰ» الواقعتين في رواية علاء بن سيابة المتقدمة. فالمراد بالاحتياط هو الأشد إحتياطاً و إحترازاً، فإنّ في إبقاء النكاح رعاية الطرف الذي محذورُه أقلّ من محذور الطرف الآخر، و هو إبطال النكاح، على التفصيل المتقدم آنفاً.

٦) يعني: سواء أُريد بالاحتياط ما ذكرناه أم غيره.

(*) بل تقدم في التعليقة السابقة أنّ المراد بالاحتياط هو الاحتياط التام الحاصل بأحد الأمور المتقدمة من أنّه مع إرادة بقاء الزوجية لابدّ إمّا من تجديد العقد عليها، أو إجازة المرأة ذلك العقد. و مع إرادة عدم بقاء الزوجية لابدّ من تطليقها. و ليس المراد بالاحتياط الإضافي منه كما إلتزم به المصنف ﷺ، فإنّه خلاف ظاهره، و لا قرينة على إرادته بعد إمكان إرادة ظاهره.

هذه الصحيحة[١] أنّه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي لم يوجب[٢] ذلك التعدي[٣] إلى الحكم بصحة بيع الفضولي.

نعم[٤] لو وَرَد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح، لأنّ النكاح أولىٰ بعدم الإبطال، كما هو نص (*) الرواية[٥].

---

١) قد تقدم الاشكال في توصيف هذه الرواية بالصحيحة، فراجع (ص ٤١٤).

٢) لأنّ المفروض صيرورة المعاملة المالية أصلاً و النكاح فرعاً، و لذا جعل الحكم بصحته أحرىٰ و أولىٰ، فينعكس الأمر و يصير صحة النكاح ثابتةً بالفحوىٰ، دون العكس و هو صحة البيع بالفحوىٰ.

٣) كماكان هو المقصود من الوجه الرابع أعني به التمسك بفحوىٰ ما دلّ على صحة النكاح لإثبات صحة سائر العقود الفضولية، و وجه عدم التعدي هو عدم ثبوت حكم الفرع للأصل.

٤) يعني: ولكن العكس ـ و هو إستلزام صحّة البيع لصحة النكاح ـ ثابت لأولوية النكاح من البيع بالصحة، لدلالة النص المزبور من حيث كون النكاح أحرىٰ من البيع بالاحتياط.

٥) و هي رواية العلاء بن سيابة المتقدمة، و المراد بنصّ الرواية هو قوله عليه السلام: «إنّ النكاح أحرىٰ و أحرىٰ أن يحتاط فيه».

(*) قد عرفت عدم ظهور الرواية ـ فضلاً عن صراحتها ـ في صحه النكاح، فإنّ الاحتياط لايقتضي صحته و لابطلانه، لدورانه بين المحذورين و هما زوجية المرأة و اجنبيّتها، فلابدّ من التوقف في الفتوىٰ.

و لم يذكر الامام عليه السلام إقتضاء الاحتياط للصحة حتى يدّعىٰ اولوية النكاح بالصحة من البيع، و يقال: إنّ الفحوىٰ بالعكس، و أنّ هذه الفحوى تعارض تلك الفحوىٰ المستدل بها على التعدي من النكاح الفضولي إلى البيع الفضولي.

ثم[1] إنّ الرواية و إن لم يكن لها دخلٌ بمسألة الفضولي[2]، إلّا أنّ المستفاد منها قاعدة (*)

---

١) هذا بيان ما أشرنا إليه (في ص ٤١٦) من الجهة الثانية المتعلقة برواية العلاء ابن سيابة، إذ قديتوهم عدم مانعيتها للفحوىٰ المستفادة من نصوص صحة نكاح العبيد و الأحرار بالاجازة.

و الوجه في التوهم: تعدد الموضوع، لكون موضوع تلك النصوص إنشاء عقد النكاح فضولاً، فيصح بالاجازة، و يصح بيع الفضولي بالأولوية.

ولكن موضوع خبر العلاء أمر آخر، و هو بيع الوكيل المعزول، و من الممكن إختلاف حكم الفضولي عن الوكيل المعزول، فلا وجه لمنع الفحوىٰ بخبر العلاء.

و قد دفع المصنف هذا التوهم بأنّ تعدد الموضوع غير قادح في منع الفحوىٰ، لأنّ العبرة بكلامه عليه السلام في بيان ضابطة كليّة، و هي: أنّ إمضاء العقد الواقع على المال ـ كالبيع ـ يستلزم إمضاء النكاح، و لا عكس، مع أنّ مبنىٰ إستدلالهم على صحة بيع الفضولي هو أولوية البيع بالصحة، و قد عرفت منعها.

٢) حيث إنّ رواية العلاء المتقدمة وردت في الوكالة، و الرّجل يدّعي الوكالة عن المرأة، و هي تُنكرها و تدّعي عزله.

(*) إستفادة القاعدة الكلية منوطة بإلغاء خصوصية المورد، و هو عقد الوكيل المعزول الجاهل بعزله، فإنّه بعد وضوح بقاء الوكالة إلى وصول خبر العزل إلى الوكيل ـ و أنّ العزل بوجوده العلمي يوجب الانعزال لابوجوده الواقعي ـ يكون فعلُ الوكيل قبل وصول خبر العزل إليه كفعل نفس الموكِّل نافذاً و غير محتاج إلى الاجازة، فإبطال عمله حينئذٍ كإبطال عمل الموكِّل. و هل يمكن إلغاء خصوصية الوكالة و جعلها كالعدم في التأثير؟ حتى يستفاد هذه القاعدة الكلية.

كلّيّة[١] هي[٢]: أنّ إمضاء العقود المالية يستلزم إمضاء النكاح، من دون العكس[٣] الذي هو مبنىٰ الاستدلال[٤] في مسألة الفضولي، هذا.

---

١) بحيث تنطبق على صغر ياتها التي منها مورد البحث.

٢) الأحسن إقترانهابالواو الاستينافية حتى تكون الجملة مفسِّرةً لـ «قاعدة».

٣) و هو عدم إستلزام إمضاء نكاح الفضولي إمضاء غيره من العقود.

٤) حيث إنّ مبنىٰ الاستدلال هو فحوىٰ صحة نكاح الفضولي. و قوله: «الذي هو» صفة لكلمة «العكس» يعني: أنّ العكس المذكور هو مبنى الاستدلال بالأحاديث ـ الواردة في نكاح الفضولي الصادر من الحُرّ و العبد ـ على جريان الفضولي في غيره.

هذا تمام الكلام في الطائفة الاولىٰ، و هي الوجوه الاربعة التي عبّر عنها بالدلالة و سيأتي الكلام في الطائفة الثانية.

و الحاصل: أنّ الرواية مسوقة لبيان عدم إنعزال الوكيل إلّا بوصول عزله إليه. و عدم كون مجرّد العزل بدون العلم به موجباً لإنعزاله.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنّ رواية العلاء بن سيابة المتقدمة لاتعارض الأولوية التي استدلّ بها على التعدي من نكاح الفضولي إلى غيره من العقود الفضولية، بل تؤيِّد الفحوىٰ المذكورة، حيث إنّ مقتضىٰ أهمية النكاح هو التعدي عن سببه إلى غيره كالبيع، فإنّ التوسعة في أسباب الأهم تقتضي التوسعة في أسباب غيره كالبيع، إذ سببية عقد الفضولي لتحقق النكاح الأهم تقتضي سببية عقد الفضولي لحصول المهم كالبيع بالأولويّة.

نعم يشكل الاعتماد على تلك الأولوية لكونها ظنية، بل مع الالتفات إلى تعبدية الأحكام الشرعية و عدم إحاطتنا بملاكاتها لايحصل الظن بالأولوية أيضاً.

ثم إنّه ربما يُؤيّد صحة الفضولي ـ بل يستدل عليها[١] ـ بروايات كثيرةٍ وردت في مقاماتٍ خاصّة، مثل موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلٍ دفع إلى رجلٍ مالاً ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربةً، فاشترىٰ[٢] غير الذي أمره. قال: هو[٣] ضامن، و الربح بينهما على ما شرطه»[٤].«١»

الطائفة الثانية: النصوص الخاصة

أ : ما ورد في المضاربة

١) أي: على صحة الفضولي. و هذا خامس الوجوه التي استدلّ بها على صحة عقد الفضولي إذا باع للمالك.

٢) هذا الضمير المستتر و ضمير «ليشتري» راجعان إلى الرجل المدفوع إليه المال، و هو عامل المضاربة.

٣) أي: العامل ضامن للخسارة لأجل مخالفته لما أذن له المالكُ الدافعُ.

٤) هذه النصوص الخاصة قد إستدلّ بعضهم بها على صحة بيع الفضولي كصاحب المقابس قدس سره، و أيّدها بها بعضُهم كصاحب الجواهر قدس سره و إن لم يُصرِّح بخصوص ما ورد في باب المضاربة، حيث قال بعد الاستدلال بصحيحة محمد بن قيس ما لفظه: «مؤيِّداً ذلك كله بالنصوص الواردة في إقتراض مال الصبي مع عدم الإذن الشرعي ليتّجر به ... و غير ذلك في الأبواب المتفرقة كالرهن و غيره مما يظهر الاتفاق منهم عليه، و هو فضولي أو شبه فضولي».«٢»

و قال في كتاب المضاربة فيما إذا خالف العاملُ ما شرطه ربُّ المال عليه: «لم يمض إلّا مع إجازة المالك، لكونه تصرفاً قد وقع بدون إذن المالك، و هو غير باطل

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٨٢، الباب ١ من أبواب أحكام المضاربة، الحديث: ٩، و نحوه أكثر أحاديث الباب. و الظاهر صحة السند كما يظهر لمن يراجع كتب الرجال.

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٨ و ٢٧٩.

.....

عندنا، و إنّما هو فضولي، فإن أجاز نفذ».«١»

و قال المحقق الشوشتري ﷺ بعد نقل موثقة جميل: «و يعضدها أخبار أُخر قد عمل بها الأصحاب، بلاخلاف يعرف بينهم. و وجه الاستدلال بها: أنّ العامل لم يكن وكيلاً في تلك المعاملة، فلوبطل عقدُ الفضولي لَبطَل عقدُ العامل هنا أيضاً، فَوَجَبَ ردُّ كُلٍّ إلى صاحبه، و لم يجز تقسيم الرّبح بينهما، كما دلّت عليه ـ أي على تقسيم الربح بينهما ـ الرواية، فهي محمولة على تحقق الاجازة مع الرّبح كما هو الغالب، دون الخسران. و إنّما قُسِّم الربح بينهما بناءً علىٰ إطلاق عقد المضاربة، و تعلقه بكل عقدٍ صحيح وقع بذلك المال برضا المالك سابقاً أو لاحقاً. و في هذا كلامٌ يُبيّن في محلّه».«٢»

هذا ما ورد في بعض الكلمات. و أمّا المصنف ﷺ فقد عبّر تارة بالتأييد، و أُخرىٰ بالدلالة، و ثالثةً بالاستيناس،و إقتصر في التقريب على الأوّل و الثالث، حيث إحتمل في موثقة جميل و جهين، جَعَل أحدهما إستيناساً، و الآخر مؤيّداً.

و ينبغي أوّلاً ذكرُ مضمون الموثقة و غيرها من أخبار الباب، ثم النظر في أنّها تصلح للتأييد أو الاستيناس أو الدلالة، أم لاتصلح لشيءٍ منها، فنقول و به نستعين: إنّه سُئل الامام الصادق صلوات الله و سلامه عليه عن حكم ما إذا شرط ربُّ المال ـ في عقد المضاربة ـ على العامل أن يتاجر سلعةً معينةً أو في بلد خاص. ثم خالفه العاملُ، و جاء بعد مدّةٍ برأس المال و بالأرباح المكتسبة منه،فأجاب عليه الصلاة والسلام بحكمين، أحدهما: أنّ العامل ضامن لرأس المال حينما خالف الشرط.

و ثانيهما: أنّ الأرباح تُقسّم بين ربِّ المال و العامل على ما إتّفقا عليه في عقد المضاربة من النصف أو الثلث مثلاً. و هذا الحكم الثاني هو محطُّ النظر من التعرض لهذه الأخبار هنا، فاستظهر صاحبُ المقابس ﷺ منها أمرين:

الأوّل: صغروية تصرُّف العامل لعقد الفضولي.

«١» جواهر الكلام، ج ٢٦، ص ٣٥١

«٢» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ٢٦

و نحوُها غيرُها الواردة في هذا الباب[1].
فإنّها[2] إن أُبقيت على ظاهرها

و الثاني: كبروية صحة عقد الفضول المتعقب بالاجازة.

فتكون الموثقة دليلاً على المدّعىٰ، بتقريب: أنّ مخالفة العامل لما أذن له ربُّ المال ـ من شراء متاع معيّن ـ توجب كون الشراء فضولياً. و جعلُ الربح بينهما على النحو المقرّر في عقد المضاربة كاشف عن صحّة الشراء بالإجازة و رضا المالك، و إلّا كان الشراء باطلاً، و كان ربُّ المال مالكاً للثمن الذي دفعه العامل إلى البائع، إلّا إذا قلنا بصحة المعاملة بدون إجازة المالك لأجل هذا النّص كما سيذكره المصنف قدس سره.

و المتحصل: أنّ جعل هذه الموثقة دليلاً منوط بأمرين،

أحدهما: كون معاملة العامل متعقبةً باجازة المالك.

و الآخر: إلغاء خصوصية المورد. إذ بدون إلغائها يقتصر على موردها، و لايكون دليلاً على صحة الفضولي في سائر المقامات.

هذا كلّه في تقريب الاستدلال، الذي لم يُبيّنه المصنف قدس سره. و أما تقريب التأييد و الاستيناس فسيأتي قريباً إن شاء الله تعالىٰ.

١) أي: الباب الأوّل من أبواب المضاربة، فراجع.

٢) أي: فإنّ موثقة جميل بن درّاج إن أُبقيت... الخ، و غرض المصنف قدس سره من هنا بيان إحتمالين في مفاد هذه الموثقة و ما بمضمونها، مع وجود القائل بكلٍّ منهما فيكون أحد الاحتمالين موجباً للإستيناس لصحة بيع الفضولي، و يكون الاحتمال الآخر موجباً للتأييد.

أمّا الاحتمال الأوّل فتقريبه: أنّ حكمه عليه الصلاة و السلام بتقسيم الربح بين ربِّ المال و العامل بالنسبة المعيّنة في عقد المضاربة ـ مع عدم تنبيهه عليه السلام على أن معاملات العامل متوقفة على إجازة ربِّ المال ـ ظاهر في إختصاص المضاربة بحكمٍ تعبُّدي، و هو صحة ما يأتي به العاملُ المخالفُ لما اشتُرط به عليه فعلاً، بلاتوقفٍ على

من عدمِ توقف ملك الربح[١] على الاجازة ـ كما نسب إلى ظاهر الأصحاب، وعدّ[٢] هذا خارجاً[٣] عن بيع الفضوليّ

إجازة المالك. إذ لو لم تكن معاملاته نافذة لم يكن وجهٌ لتملك ربِّ المال للأرباح، بل كان اللازم ردُّ الأرباح إلى مَن باع مِن العامل شيئاً أو إشترىٰ منه.

و علىٰ هذا فإبقاء الموثقة على ظاهرها ـ من عدم إناطة تملك الربح بإجازة تصرفات العامل ـ يوجب تخصيص ما دلّ على توقف الملكية علىٰ إجازة المالك. فيُلتزم في باب المضاربة بعدم إعتبار إمضاء ربِّ المال لو خالف العاملُ الشرط.

فإن قلت: بناءً علىٰ الأخذ بظاهر الموثّقة تصير أجنبية عن عقد الفضولي بالمرّة، فلا معنىٰ لاستيناس صحة بيع الفضولي منها. و وجه أجنبيتها عنه واضح، ضرورة إعتبار إجازة المالك في جميع العقود الفضولية، حتى تنتهي الصحة التأهلية ـ بسبب الإجازة ـ إلى الفعلية. و المفروض في هذه الموثقة نفوذ تصرفات العامل بلاإجازة المالك. و مع تعدد الموضوع لا معنىٰ لاستفادة حكم بيع الفضولي من أخبار المضاربة.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

قلت: الموجب للإستيناس و عدم الإستيحاش من الحكم بصحة بيع الفضولي هو: أنّ الرواية تدلّ علىٰ عدم إعتبار سبق إذن المالك في صحة نقل ماله إلى غيره، إذ المفروض في الموثقة مخالفة العامل لربّ المال فضلاً عن الإستيذان منه. و مع دلالتها علىٰ صحة تصرفات العامل في مورد المخالفة أمكن دلالتها على ما نحن فيه و هو صحة بيع الفضولي ـ غير المسبوق بمنع المالك ـ بالاجازة المتأخرة، و هذا هو الاستيناس.

و أما الاحتمال الثاني فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

١) أي: ربح هذه المعاملة الصادرة من العامل على خلاف ما أذن له المالك.

٢) بالجرّ معطوف على «عدم» أي: من عدِّ هذا خارجاً ... الخ.

٣) أي: حكماً لاموضوعاً، إذ المفروض وقوع المعاملة بدون إذن المالك، فخروجها يكون عن حكم الفضولي، و هو توقف صحته على إجازة المالك لا عن موضوعه.

بالنصّ كما في المسالك[1] و غيره ـ كان[2] فيها

---

١) قال الشهيد الثاني ﷺ شارحاً لعبارة المحقق ﷺ: «و لو أمره بالسفر الى جهة، فسافر إلى غيرها، أو أمر بابتياع شيءٍ معيّن، فابتاع غيره ضمن. ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط». ما لفظه: «المراد أنّ المضاربة لاتبطل بهذه المخالفة و إن وجب الضمان و الإثم في التصرف غير المأذون. و الربح بينهما على حسب الشروط، للنصوص الصحيحة الدالة عليه. و إلّا لتوجّه الاشكال إلى صحة الإبتياع المخالف، لوقوعه بغير إذنٍ، فينبغي أن يكون فضولياً. و كأنّ السبب في ذلك أنّ الغرض الذاتي في هذه المعاملة هو الربح، و باقي التخصيصات عرضية لا تؤثر في فساد المعاوضة المخالفة لحصول المقصود بالذات. و بالجملة فالمستند النص و عمل الأصحاب به»«١» و نحوه كلامه في الروضة.

و قوله في آخرِ كلامه: «و بالجملة فالمستند النص و عمل الأصحاب به» دليل على صحة فتوىٰ المحقق ﷺ من عدم بطلان المضاربة بمخالفة العامل، و من كون الربح بينهما. و لولا هذا التعبد كانت تصرفات العامل فضولية متوقفة على إجازة ربّ المال، ولكن المفروض عدم إشعارٍ في النصوص و لا في الفتاوىٰ بتوقفها على إجازته.

و منه ظهر وجهُ تعبير المصنف ﷺ «كما نُسب إلى ظاهر الأصحاب» فالنسبة إلى الاصحاب موجودة في كثير من الكتب«٢».

و المراد بـ«ظاهر الأصحاب» لا صريحهم هو أن صحة تصرفات العامل وعدم توقفها على الاجازة إنما تستفاد من حكمهم بتقسيم الربح و عدم تنبيههم علىٰ إعتبار الإجازة.

٢) جواب الشرط في قوله: «إن أُبقيت».

«١» مسالك الافهام، ج ٤، ص ٣٥٢و ٣٥٣، الروضة البهيّة، ج ٤، ص ٢١٣و ٢١٤، و نحوه كلام المحقق الثاني في عدم إجراء حكم العقد الفضولي على تصرف العامل، فراجع جامع المقاصد، ج ٨، ص ١١٠

«٢» لاحظ جامع المقاصد ج ٨، ص ١١٠، ملاذ الأخيار للعلامة المجلسي ﷺ، ج ١١، ص ٣٣٧، رياض المسائل، ج ١، ص ٦٠٧، آخر الصفحة، المناهل، ص ٢٠٧، مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ٢٦، جواهر الكلام، ج ٢٦، ص ٣٥٤، آخر الصفحة.

إستيناس[١] لحكم المسألة من[٢] حيث عدم إعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره.

و إن[٣] حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو

---

١) الوجه في الاستيناس ما عرفت من صحة المعاملة الخارجة عمّا قرره المالك لعامل المضاربة بدون الاجازة، لاشتراك هذه المعاملة مع مطلق الفضولي في عدم إعتبار الإذن السابق، فيستأنس بالمعاملة الصحيحة بدون إجازة المالك لمطلق الفضولي.

٢) بيان لحكم مسألة الفضولي، و هو عدم إعتبار إذن المالك سابقاً في نقل ماله إلى غيره، و كفاية إجازته بعد وقوع العقد الناقل على ماله.

٣) معطوف على «إن أُبقيت» و محصّله: أنّه إن حملنا رواية جميل و غيرها على رضا المالك ـ بعد إنكشاف ظهور الربح في المعاملة المنهي عنها ـ إندرجتْ في الفضولي.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

و تقريب هذا الاحتمال الثاني الذي هو مبنىٰ التأييد: أنّ نصوص باب المضاربة و إن لم يرد فيها توقف مالكية الربح على الإجازة، إلّا أنه لامناص من حملها على صورة رضا ربِّ المال بما صنعه العامل، و ذلك لقرينتين:

إحداهما: ما تبّه عليه جمع كالمحقق و الشهيد الثانيين.«١» من أنّ الغرض الأصلي من عقد المضاربة هو الاسترباح و تنمية المال، و لو شرط المالك علىٰ العامل تجارةً خاصة أو بَلَداً معيّناً فإنّما هو لزعمه حصول غرضه ـ من الاسترباح ـ في ما شرطه علىٰ العامل، فلو تبيّن للمالك خطاؤه في مقام التطبيق و كون العامل أبصر منه بالتجارات الرابحة رضي بتصرفات العامل عند مجيئه برأس المال و ربحه إليه.

«١» جامع المقاصد، ج ٨، ص ٨٥، مسالك الافهام، ج ٤، ص ٣٥٣.

.....

و على هذا فتصرُّف العامل بالبيع و الشراء يكون من صغريات العقد الفضولي الذي تعقّبه رضا المالك، و ليس خارجاً عنه كما كان مبنىٰ الاستيناس.

ثانيتهما: إقتضاء الجمع العرفي بين الضرورة الفقهيه و بين إطلاق نصوص المضاربة حمل هذه النصوص على صورة إجازة المالك و رضاه بتصرف العامل. بتقريب: أنّ حرمة أكل مال الغير و التصرف فيه قد ثبتت شرعاً بمثل قوله تعالى: «و لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ» و قوله ﷺ: «لايحل مال امرء مسلم إلّا بطيب نفسه» و نحوهما. و مقتضاهما حرمة تصرف العامل في مال المضاربة، لمخالفته للشرط، إلّا بإحراز رضاه. و حيث إن نصوص المضاربة مطلقة، لدلالتها على تملك ربّ المال لحصّته من الرّبح ـ سواء أجاز تصرفات العامل أم لا ـ لزم تقييدها بصورة إجازته لها، لئلا يلزم مخالفة ما عُلِم من الفقه ضرورةً.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

و المتحصل من هاتين القرينتين صغروية روايات المضاربة لعقد الفضولي، وعدم كون تملك الربح تعبداً محضاً.

فإن قلت: بناءً علىٰ هذا التقييد ينبغي جعل نصوص المضاربة دليلاً علىٰ صحة عقد الفضولي مطلقاً كما صنعه صاحب المقابس ﷺ لوحدة المناط و هو لحوق الاجازة بالعقد، لامؤيّداً لها كما أفاده المصنف ﷺ.

قلت: هذه النصوص بعد حملها على صورة إجازة المالك إنّما تدلّ على مشروعية المضاربة الفضولية، و لا تدل على صحة الفضولي في سائر العقود، لاحتمال دخل خصوصية عنوان المضاربة في الحكم، و من المعلوم أنه لاوجه لإلغاء خصوصية المورد إلا بالقطع بعدم دخلها. و لاسبيل لإحرازه، فلذا يقتصر على مورد النص.

الغالبُ[١]، و بمقتضىٰ[٢] الجمع

نعم لامانع من تأييد صحة الفضولي مطلقاً بهذه الأخبار، و أما الدلالة فلا.

١) هذه إشارة إلى القرينة الأُولىٰ المتقدمة آنفاً، و هي أنّ الغالب رضا المالكين بالمعاملات الواقعة على أموالهم إن كانت رابحة و إن لم يأمروابها، بل و إن نهوا عنها، إذ غرضهم الأصلي من التجارة بأموالهم هو تكثيرها و تحصيل الربح منها. و النهي عن بعض المعاملات بها إنّما هو للإجتناب عن الضرر، أو عدم النفع.

٢) هذه إشارة إلى القرينة الثانية على حمل روايات المضاربة على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح. و محصل هذه القرينة الثانية ـ كما عرفت ـ هو: أنّ الجمع العرفي يقتضي تقييد إطلاق موثقة جميل و غيرها- الدّالّين بالاطلاق على ملك العامل للربح و لو لم يجز المالك ـ بما دلّ على إعتبار رضا المالك في نقل ماله. مثل ما رواه محمدبن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديثٍ، قال: «سأله رجل من أهل النيل عن أرض إشتراها بفم النيل، و أهل الأرض يقولون: هي أرضهم، و أهل الاستان يقولون: هي من أرضنا؟ فقال: لاتشترها إلّا برضا أهلها»[١]. و آية «إلّا أن تكون تجارة عن تراض» و نحوهما مما هو صريح في إناطة تملك مال الغير برضاه و طيب نفسه.

و حينئذٍ تنطبق الموثقة المتقدمة و نحوها من أخبار المضاربة على المقصود، و هي صحة عقد الفضولي مع لحوق الاجازة به، فإنّ الموثقة تدلّ على صحة عقد الفضولي مطلقاً حتى مع عدم إجازة المالك، بل مع رده أيضاً. و أدلةُ إعتبار الطيب و الرضا أخص منها، لدلالتها على إعتبار الرضا في نقل مال المالك الى غيره مطلقاً سواء كانت المعاملة من عامل المضاربة أم غيره.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٤٨، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣٠

بين هذه الأخبار[١] (*) و بين ما دلّ على إعتبار رضا المالك في نقل ماله[٢] و النهي[٣] عن أكل المال بالباطل إندرجت[٤] المعاملة[٥] في الفضولي. و صحّتُها[٦] في خصوص المورد و إن احتُمل[٧] كونها للنصّ الخاصّ، إلّا أنّها لاتخلو عن تأييدٍ للمطلب.

---

١) أي: أخبار المضاربة، كموثقة جميل المتقدمة في المتن.

٢) كآية التجارة عن تراض، و حديث «لا يحل لأحدٍ أن يتصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه» و روايةِ محمد بن مسلم المتقدمة آنفاً.

٣) بالجرّ معطوف على «إعتبار» و النهي مدلول آية «لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل».

٤) جواب «و إن حملناها» و قد تقدم وجه إندراج المعاملة ـ التي خالف العاملُ فيها أمرَ المالك، و إشترىٰ غير المتاع الذي أمره المالك بشرائه ـ في معاملة الفضولي.

٥) و هي المعاملة التي خالف العامل فيها أمر المالك.

٦) يعني: و صحة المعاملة التي خالف العامل فيها أمر المالك و إن احتمل أن تكون صحتها مستندةً إلى النص الخاص و هو الموثقة. لكنها تؤيِّد المطلب، و هو صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك بدون سبق منع من المالك.

٧) الجملة خبر قوله: «و صحتها».

(*) لا يخفىٰ أنّ مقتضىٰ أخصيّة الموثقة من الأدلّة الدالّة علىٰ إعتبار الرّضا في جميع المعاملات هو تخصيص تلك الأدلة بالموثقة، و عدم إعتبار رضا المالك في خصوص مورد الموثقة. و ليست النسبة بينهما عموماً من وجه كما تُوهِّم.

لكن التخصيص بعيد جدّاً يأباه ذوق المتشرعة، و إن قال المحقق الايراوني ﷺ: «ينبغي عدُّه خارجاً عن مسألة إعتبار رضا المالك و طيب نفسه في

.....

إنتقال ماله».«١»

و كيف كان فالظاهر أنّ الرواية المذكورة و نظائرها أجنبية عن مسألة الفضولي بحيث لايستدلّ و لا يؤيّد و لايستأنس بها لمسألة الفضولي.

توضيحه: أنّ الغرض الأصلي لربّ المال هو الاسترباح بماله بالمعاملات التي يتصدّاها عامل المضاربة، فهو راضٍ بكل معاملة رابحة، فإذا نهىٰ العامل عن معاملة خاصة و عن شراء متاعٍ معيّنٍ كان ذلك لأجل إعتقاده بأنّ تلك المعاملة غير رابحة أو خاسرة، و بعد إنكشاف كونها رابحةً يظهر أنّها كانت مرضيّاً بها من أوّل الأمر. فكل معاملة رابحة تصدر من العامل مقرونة برضا المالك حين صدورها.

و عليه فالمعاملة المنهيّ عنها إذا كانت رابحة ليست من معاملة الفضولي موضوعاً.

فلعلّ الأولىٰ جعل الغالب قرينةً على رضا المالك مقارناً لصدور كل معاملة رابحة من العامل، لا جعل الغالب رضا المالك بالمعاملة بعد وقوعها حتى تنطبق على الفضولي.

و ببيان أوضح: التقييد بمعاملة خاصة إن كان بنحو وحدة المطلوب، فمع إجازة المالك يكون الربح كله له، و ليس للعامل شيء حتى أُجرة المثل. أمّا عدم إستحقاقه لشيءٍ من الربح فلبطلان المضاربة بفقدان شرطها، إذ شرط المالك يضيق دائرة المضاربة و يقيّدها، فتبطل المضاربة بانتفاء شرطها.

و أمّا عدم إستحقاقه لأُجرة المثل فلسلب إحترام عمله بسبب مخالفته للشرط. و هذا مما ينافي الرواية الدالة على إشتراك الربح بينهما على النحو الذي شرط في عقد المضاربة، و على ضمان العامل للخسران، لأنّ إشتراك الربح بينهما يكشف عن صحة المضاربة، و صحتها تنافي الضمان، لأنّ العامل أمين، فالضمان

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١١٩.

.....

يكشف عن بطلان المضاربة.

و بالجملة: لايمكن الجمع بين الضمان و بين إشتراكهما في الربح.

و إن كان التقييد بمعاملة خاصة بنحو تعدد المطلوب ـ بأن كان الشراء على وجهٍ خاص مطلوباً أوّليّاً، و نفس الشراء مطلوباً ثانويّاً ـ فلازمه كون كل معاملة رابحة مرضياً بها و إن لم تكن تلك هي المعاملة التي عيّنها ربّ المال، إذ المفروض شمول عقد المضاربة لضمان لكل معاملة رابحة بحسب المطلوب الثانوي. نظير قضاء الفوائت، فإنّ أدلة وجوب قضائها تكشف عن كون مطلوبية أدائها بنحو تعدد المطلوب.

و إشكال منافاة صحة المضاربة لضمان العامل للخسران مع كونه أميناً، مندفع بأنّ الضمان نشأ من إشتراط المضاربة بالضمان على تقدير الخسران الوارد من شراء متاع خاص. و إشتراط الضمان لا ينافي مقتضى المضاربة و حقيقتها التي هي دفع إنسان مالاً إلى غيره ليتّجربه، على أن يكون الربح بينهما بالنصف أو الثلث أو غيرهما من الكسور. و إنّما ينافي إطلاقها.

و عليه فالضمان يكون بمقتضى الشرط غير المنافي لحقيقة عقد المضاربة. كما أنّ إشتراك الربح بين المالك و العامل يكون مقتضى صحة المضاربة.

فتلخّص مما ذكرناه أُمور.

الأوّل: أنّ صحيحة جميل المتقدمة و نظائرها أجنبية عن مسألة الفضولي، لاقتران جميع المعاملات الرابحة الصادرة من عامل المضاربة برضا المالك حين وقوعها، و خروجها عن العقود الفضولية موضوعاً، فلا يصح أن يستدل أو يؤيّد أو يستأنس بتلك الروايات لصحة عقد الفضولي.

الثاني: أنّ عقد المضاربة يكون من باب تعدد المطلوب الموجب لاقتران كلّ معاملة رابحة يتصدّي لها عامل المضاربة برضا المالك و إن كانت مخالفة لما قرّره المالك.

و من هذا القبيل[1] الأخبارُ الواردةُ في إتّجار غير الولي

ب: أخبار الاتجار بمال اليتيم

١) يعني: و من قبيل أخبار المضاربة ـ التي ليس فيها توقف ملكية الربح على إجازة المالك ـ الأخبارُ الواردة في الإتّجار بمال اليتيم لغير الولي.

ثم إن هذه الأخبار هي الوجه السادس من الوجوه المستدل بها على صحة عقد الفضولي، أو المؤيّد بها صحته.و لم أظفر بمن إستدلّ بهذه الأخبار على صحة عقد الفضولي مطلقاً، نعم جعلها صاحبُ الجواهر مؤيّدة لها كما تقدم كلامه في (ص ٤٢٧). و غرض المصنف ﷺ من التعرض لنصوص الإتجار بمال اليتيم إمّا الاستيناس بها لصحة البيع الفضولي، و إمّا التأييد بها، لتطرق إحتمالين فيها، على نحو ما تقدّم في أخبار المضاربة.

و في مسألة الاتجار بمال اليتيم صور عديدة أنهاها الشهيد الثاني ﷺ إلى أزيد من عشرين صورةً، فراجع المسالك، و المذكور في المتن هو أن يتاجر الأجنبي بمال

الثالث: أنّ مخالفة العامل للمالك توجب الضمان في صورة ورود الخسران.

الرابع: عدم المنافاة بين صحة المضاربة و بين صحة إشتراط الضمان على تقدير الوضيعة، لعدم كون هذا الشرط منافياً لمقتضىٰ العقد، بل لإطلاقه.

الخامس: إندفاع إشكال المنافاة بين ضمان العامل للخسران و بين ملكية الربح للعامل و ربِّ المال ـ على ما قرّر في عقد المضاربة ـ بما تقدم من تعدد المطلوب والشرط الضمني للضمان الناشيء من النهي عن معاملة خاصة.

السادس: أنّ موثقة جميل على تقدير كون موردها عقد الفضولي لاتنطبق على الصورة الأولىٰ، و هي بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق منعٍ من المالك، إذ المفروض هنا منع المالك عن البيع الخاص. و من المعلوم أنّ المصنف ﷺ بصدد إقامة الدليل أو المويّد علىٰ صحة الفضولي في الصورة الأولىٰ.

.....

اليتيم، و قد حكمت النصوص بأنّ الربح لليتيم، و أنّ التاجر ضامن للخسارة. و القدر المتيقن هو التجارة بعين مال اليتيم، لاشراء شيء في ذمة نفسه، ثم أداؤه بمال اليتيم.

و المقصود إستفادة صحة البيع الفضولي من حكمهم عليهم الصلاة و السلام بأنّ الربح لليتيم. و ظاهر إطلاقه عدم الفرق بين إجازة الولي لتصرفات الأجنبي، وعدمها.

و إختلف الفقهاء ﷺ في الإستظهار من هذه النصوص على قولين، فذهب جمعٌ تبعاً للشهيد ﷺ إلى تقييد الإطلاق و حمله على صورة إجازة الولي، ضرورة حرمة التصرف في مال اليتيم علىٰ غير وليّه، فلولا إجازته تبطل تلك التصرفات، و تكون الأرباح لأربابها، لاللأجنبي و لا لليتيم، فالحكم بأنّها لليتيم لابدّ أن يكون في فرض صحة التصرف بإمضاء الولي. و بناءً على هذا الحمل يندرج مورد هذه النصوص في كبرىٰ تصرف الفضولي في مال غيره، و صحته بإجازة وليّ العقد و يتأيّد صحة البيع الفضولي بها.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

و لعلّ الوجه في التأييد ـ دون الدلالة ـ لاحتمال دخل خصوصية التجارة بمال اليتيم ـ المتعقبة بالاجازة ـ في تملكه للرّبح، و لايتعدّىٰ عن مورده إلى غيره.

و ذهب جمعٌ إلى إبقاء إطلاق النصوص على حاله،و الحكم بأنّ الربح لليتيم تعبّداً و إن لم يجز الولي. فالأجنبي المتصرف في مال اليتيم لا ينطبق عليه الفضولي، لاختصاصه بمن تتعقّب عقده إجازةُ المالك، و المفروض أنّ مقتضىٰ أخبار الباب دخول الربح في ملك اليتيم مطلقاً حتىٰ لو لم يمضِ الولي.

و بناءً على هذا الاحتمال لاتكون النصوصُ دليلاً و لا مؤيّداً لصحة بيع الفضولي. إلّا أنه يمكن الاستيناس بها لها، لدلالتها علىٰ عدم إعتبار إذن الولي في تملك الربح، و هذا المقدار كافٍ في ما نحن فيه، و هو عدم إعتبار إذن المالك في مقام نقل ماله إلىٰ غيره، فلو نقله الفضول غير المأذون، ثم أجاز المالك كفىٰ في الصحة.

في مال اليتيم[١]، و أنّ الرّبح لليتيم. فإنّها[٢] إن حُملت على صورة إجازة الولي ـ كما هو صريح جماعةٍ[٣] تبعاً للشهيد ـ

---

١) كرواية سعيد السّمان «قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ليس في مال اليتيم زكاة، إلّا أن يتّجربه، فإن إتّجربه فالربح لليتيم، و إن وضع فعلىٰ الذي يـتّجربه».«١» فإنّ جعل الربح لليتيم يدلّ على تملكه للربح بدون إحتياجٍ إلى إذن الولي.

و رواية ربعي عن الصادق عليه السلام: «في رجلٍ عنده مـال اليـتيم، فـقال عليه السلام: إن كان محتاجاً ليس له مال فلا يمسّ ماله، و إن هو، إتّجر به فالربح لليتيم، و هـو ضامن».

و رواية أسباط بن سالم، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام، فقلت: أخي أمرني أن أسألك عن مال اليتيم في حجره يتّجربه،فقال عليه السلام: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلِفَ أو أصابه شيء غرمه له، و إلّا فلا يتعرض لمال اليتيم».«٢»

٢) أي: أخبار الاتجار بمال اليتيم لغير الولي، و غرضه قدس سره من هذه العبارة بيان كيفية الاستدلال بتلك الأخبار على صحة عقد الفضولي، أو تأييدها بها، و محصّله كما عرفت آنفاً:أنّ الاتجار بمال اليتيم لغير الولي ـ مع الإجازة ـ يكون من أفراد مسألة الفضولي.

٣) كالمحقق و الشهيد الثانيين و أصحاب المدارك و الحدائق و الجواهر، و هذا الحمل يستفاد من فتوىٰ بعضهم كما في كلام الشهيدين و المحقق الثاني، و من تصريح بعضهم في مقام الجمع بين الأدلة كما في الأخيرين.

قال في الدروس: «و لو إنتفت الولاية و إشترىٰ في الذمة فهو له أيضاً. و إن

«١» وسائل الشيعة ج ٦، ص ٥٧، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، الحديث: ٢، رواه الكـليني عن علي بن إبراهيم عن ابيه عن إسماعيل بن مرار عن يونس عن سعيد السمان.

«٢» وسائل الشيعة ج ١٢، ص ١٩١، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به الحديث ٣ و ٤

كان[١] من أفراد المسألة. و إن عُمل[٢] بإطلاقها كما عن جماعة ممن تقدّمهم خرجت[٣] عن مسألة الفضولي، لكن يستأنس بها للمسألة[٤] بالتقريب المتقدم.

إشترىٰ بالعين و أجاز الولي فالربح لليتيم، و إلّا فالبيع باطل».«١»

و قال في الجواهر: «أمّا إذا كان ـ أي المتصرف ـ غير وليٍّ، و قد إشترىٰ بعين مال الطفل بعنوان أنّه له، و كان فيه ربح، فالضوابط تقتضي أنّه فضولي لايدخل في ملك الطفل حتى يجيز الولي...».

١) جواب «إن حملت» أي: كان إتجار غير الولي من أفراد مسألة الفضولي.

٢) معطوف على «إن حملت» و ضمير «باطلاقها» راجع إلى أخبار الاتجار بمال اليتيم، و حاصله: أنّه إن عُمِل بإطلاق تلك الأخبار الشامل لإجازة الولي و عدمها ـ كما عن جماعةٍ منهم الشيخ و إبن زهرة و الحلي و المحقق و فخرالاسلام قدس سرهم«٢» ـ لم يتجه الاستدلال بها على مسألة الفضولي، لخروج الإتجار بمال اليتيم حينئذٍ موضوعاً عنها، إذ الكلام في مسألة الفضولي إنّما هو بعد الإجازة لامطلقاً و إن لم تلحقه إجازة، قال المحقق: «أمّا لو لم يكن ـ أي المُتاجِر ـ مليّاً أو لم يكن وليّاً، كان ضامناً و لليتيم الربح».

٣) جواب «و إن عُمِل» أي: خرجت أخبار الاتجار بمال اليتيم عن موضوع مسألة الفضولي، و قد مرّ آنفاً تقريب خروجها.

٤) يعني: لمسألة الفضولى بالتقريب المتقدم، و هو عدم إعتبار الاذن السابق من المالك في نقل ماله إلى الغير.

«١» لاحظ: الدروس الشرعية، ج ١، ص ٢٢٩، جامع المقاصد، ج ٣، ص ٥، مسالك الأفهام، ج ١، ص٣٥٧، مدارك الاحكام، ج ٥، ص ٣٠، الحدائق الناضرة، ج ١٢، ص ٢٦، جواهر الكلام، ج ١٥، ص ٢٣

«٢» المبسوط، ج ١، ص ٢٣٤، النهاية، ص ١٧٥؛ السرائر، ج ١، ص ٤٤١؛ شرائع الاسلام، ج ١، ص ١٤٠، تذكرة الفقهاء (الطبعة الحديثة) ج ٥، ص ١٤؛ قواعد الأحكام، ج ١، ص ٣٢٩؛ إيضاح الفوائد، ج ١، ص ١٦٧

و ربما احتمل دخولها[١] في المسألة[٢] من حيث إنّ الحكم بالمضيّ إجازةٌ إلٰهيّة لاحقة للمعاملة، فتأمّل[٣] (*).

---

١) أي: دخول المعاملة بمال اليتيم ـ لغير الولي ـ في مسألة الفضولي.

٢) أي: مسألة صحة عقد الفضولي إذا باع للمالك بدون سبق منعٍ منه، بعد البناء على أنّ الأخبار الواردة في المقام مطلقة لاتقييد فيها بصورة إجازة الولي و حاصله: أنّ حكم عقد الفضولي ـ و هو صحته بالاجازة ـ ثابت في التجارة بمال اليتيم، و ذلك لأنّ حكم الامام عليه السلام بضمان المتّجر بمال اليتيم و كون الربح لليتيم في تلك الروايات و إمضائه للمعاملة الواقعة بغير إذن الولي إجازةٌ الٰهيّة لاحقة للمعاملة، فلا تحتاج المعاملة بعد هذه الإجازة ـ من وليِّ الكل ـ إلى إذن الولي. و حينئذٍ يصح الاستدلال بالأخبار المذكورة لمورد البحث، و هو صحة عقد الفضولي الواقع للمالك مع الاجازة، لدلالة حكم الامام عليه السلام على حصول الاجازة.

٣) لعلّه إشارة إلى: أنّ مورد الكلام هو إجازة مالك أمر العقد التي تكون جزء السبب المملِّك، دون الشارع الذي تكون إجازته حكم العقد التام.

مضافاً إلى: أنّ حكمه أجنبي عن الاجازة اللاحقة للعقد، لأنّه ثابت حين العقد، وليس حادثاً بعده حتىٰ يكون من الاجازة المتأخرة.

(*) لا يخفىٰ أنّ مورد بعض الإخبار إتجار الولي بمال اليتيم، كخبر منصور الصيقل: «سألتُ أبا عبدالله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به؟ فقال عليه السلام: إذا كان عندك مالٌ و ضمنته فلك الربح، و أنت ضامن للمال، و إن كان لامال لك و عملت به فالربح للغلام و أنت ضامن للمال».«١» لأنّ التصرف في مال اليتيم حرام إلّا بإذن الولي، و المفروض

«١» وسائل الشيعة، ج ٦، ص ٥٨، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، الحديث ٧

.....

أنّ الرواية أناطت جواز التصرف و صحة المعاملة باليسار. فلو كان المتّجر بمال اليتيم غير الولي أناطت جواز التجارة بإذنه أيضاً. فهذه الرواية تفصّل بين الملي و غيره بإبطال إقتراض غير الملي، و تصحيح المعاملة للمليء.

و أخبار الاتجار بمال اليتيم ثمانية، و هي مذكورة في الوسائل فراجعها«١».

و المراد بقوله عليه السلام: «و ضمنته» هو نقل مال اليتيم إلى نفسه بناقل شرعي كالقرض، فإنّ الإتجار حينئذٍ يكون بمال نفسه لا بمال اليتيم، فالربح له لا لليتيم. و المراد بقوله عليه السلام: «و أنت ضامن للمال» ضمانه له بسبب إختياري أعني به القرض الذي هو التمليك بالضمان. و المراد بقوله عليه السلام: «و ان كان لا مال لك ...الخ» هو: أنّه إذا كان الإتجار بنفس مال اليتيم و عينه فالربح لليتيم، لأنّه نماء ماله، و يكون العامل به على تقدير التلف ضامناً، لعدم كونه مأذوناً في التصرف فيه.

و الظاهر أن هذه الرواية و ما بمضمونها في مقام بيانِ أنّ التجارة بمال اليتيم تارةً تكون له، و أُخرى تكون لغيره، و تمييز التجارة الواقعة لنفس المتجر عن التجارة الواقعة لليتيم. و ليست الروايات في مقام بيان سائر الجهات حتى يتمسك بإطلاقها لنفي إعتبار الاجازة، أو تحمل على حصول الاجازة من الولي.

فتكون تلك الروايات نظير قوله تعالى: «فكلوا مما أمسكن» في مقام بيان حلية أكل ما إصطاده الكلب المعلّم فقط، دون بيان سائر الجهات، حتى يتمسك بإطلاق الآية الشريفة لإثبات طهارة موضع العضّ.

و الحاصل: أنّ المستفاد من مجموع روايات التصرف في مال اليتيم ـ المذكورة في زكاة وسائل الشيعة و تجارتها في أبواب ما يكتسب به ـ أُمور:

الأوّل: التفصيل بين المليّ و غيره، بجواز أخذ مال اليتيم للأوّل، و عدمه للثاني.

«١» وسائل الشيعة، ج ٦، ص ٥٧ و ٥٨، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة.

.....

الثاني: الحكم الوضعي و هو صحة البيع، و كون الربح لليتيم في صورة عدم الاقتراض من ماله، و للمتجر في صورة الاقتراض.

الثالث: ضمان المتّجر في كلتا صورتي حرمة التصرف للمعسر، و جوازه للموسر غاية الأمر أنّ الضمان في الأوّل ضمان اليد، لأنّ يده على المال عادية، و في الثاني ضمان التعهد الاختياري الحاصل بالاقتراض، مع صحة البيع في كلتا الصورتين.

أمّا في صورة الاقتراض فلصيرورة مال اليتيم ملكاً للمقترض، فيصح البيع، و يكون الربح له، لوقوع البيع في ماله، لا في مال اليتيم.

و أما في صورة عدم الاقتراض و حرمة التصرف، فلأنّ الحرمة التكليفية في المعاملة ليست موجبة للفساد مطلقاً كما لايخفى. فمع كون البيع واقعاً مصلحةً لليتيم يقع صحيحاً و إن كان حراماً تكليفاً.

و الغرض من هذا التطويل أنّ الأخبار المشار إليها في مقام بيان الأحكام المذكورة، و لا إطلاق لها حتى يقال: إنّ إطلاقها يدلّ على صحة البيع مطلقاً و إن لم يجز الولي.

أو يقال: إنّ صحته المستكشفة من كون الربح لليتيم تدلّ على لحوق الاجازة للبيع، فإنّها تتكفل أحكاماً حيثية، و هي: أنّ أموال اليتيم من حيث الحكم التكليفي و الوضعي كذا و كذا. و أمّا إطلاق الأحكام المزبورة فليست تلك الأخبار في مقام بيانه حتى يقال: إنّ إطلاقها ينفي إعتبار الاجازة مثلاً، فإنّ نفيه ـ كنفي إعتبار البلوغ أو عدم إعتبار عربية الصيغة أو ماضويّتها، و هكذا ـ ليس من شأن تلك الأخبار.

أو يقال: إنّ صحته تدل على تحقق الاجازة، إذ الروايات المشار إليها في مقام تصحيح بيع مال اليتيم من حيث كونه مال اليتيم، و أنّ إضافة المال إلى اليتيم ليست مانعة عن صحة البيع. و ليست في مقام تصحيحه من سائر الحيثيات حتى يستفاد منها عدم إعتبار إجازة الولي في صحته. أو يستفاد منها حصول الاجازة في هذا البيع حتى يكون دليلاً على صحة عقد الفضولي بإجازة وليّ أمر البيع.

و ربّما يؤيّد المطلب[1] أيضاً برواية[2] إبن أشيم الواردةِ في العبد المأذون

الطائفة الثالثة: ما يؤيّد الصحة

أ: ما ورد في شراء العبد المأذون

١) و هو صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك مع عدم سبق منعٍ من المالك.

٢) هذا إشارة إلى سابع الوجوه التي استدلّ بها على صحة عقد الفضولي الواقع للمالك، أو أيّد بها صحته، و هو مارواه إبن أشيَم عن أبي جعفر عليه السلام «عن عبدٍ لقومٍ مأذون له في التجارة، دَفَع إليه رجلٌ ألفَ درهم، فقال: إشترِ بها نَسمةً و أعتقها عنّي، و حُجّ عنّي بالباقي. ثم مات صاحب الألف، فانطلق العبدُ فاشترىٰ أباه، فأعتقه عن الميت، و دفع إليه الباقي يحجّ عن الميت، فحجّ عنه، و بلغ ذلك موالي أبيه و مواليه و ورثة الميت جميعاً، فاختصموا جميعاً في الألف. فقال موالي العبد المعتق: إنّما إشتريتَ أباك بمالنا. و قال الورثة: إنّما إشتريت أباك بمالنا. و قال موالي العبد: إنّما إشتريت أباك بمالنا. فقال أبو جعفر عليه السلام: أمّا الحجة فقد مضت بما فيها، لاتردّ. و أمّا المعتَق فهو ردٌّ في الرقِّ لموالي أبيه. و أيُّ الفريقين بعدُ أقاموا البينةَ على أنّه إشترىٰ أباه من أموالهم كان لهم رقّاً».«١»

و مدلول الرواية: أنّه سُئل الامام الباقر صلوات الله و سلامه عليه عن عبدٍ أذِنَ له مولاه أن يتاجِر له و لغيره، فجاء رجلٌ إلى هذا العبد المأذون و دَفَع إليه ألف درهم و وكّله في اُمور ثلاثة:

أوّلها: أن يشتري نسَمَةً، ثانيها: أن يعتقها عن الرجل الموكِّل. ثالثها: أن يحج هذا العبد المأذون ـ بما بقي من ألف درهم ـ نيابةً عن الرّجل صاحب الدراهم. فقبل

«١» وسائل الشيعة ج ١٣، ص ٥٣، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان، ح ١؛ رواه الشيخ باسناده الى الحسين بن سعيد عن ابن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن أشيم ـ أو اُشيم ـ عن أبي جعفر عليه السلام. والرواية ضعيفة بموسى بن اشيم المرمي بالغلو، فلم يوثق لذلك، أو لكونه مجهولاً. إلّا أن يقال: إنّ في السند الحسن بن محبوب، و هو ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه. لكن فيه بحث.

.....

العبدُ المأذونُ هذه الوكالةَ و الحجّ النّيابي، ثم مات الموكِّل.

فانطلق العبدُ لينَفِّذ مورد الوكالة، و كان أبوه رقّاً، فجاءَ إلى موالي أبيه، وإشتراه منهم و أعتقه عن موكِّله. و لم يحجّ العبدُ مباشرةً بباقي المال، و إنّما دفعه إلى أبيه ليحجّ نيابةً عن صاحب الدراهم.

و بَعدَ وقوع هذه الأُمور ـ من الشراء و الاعتاق و الحج ـ إطّلع كُلٌّ من موالي الأب و مولىٰ العبد المأذون و ورثة صاحب الدراهم علىٰ القصّة، فتنازعوا جميعاً، فادّعىٰ مولىٰ العبد المأذون أنّ شراء الأب كان بأمواله التي دفعها إلى عبده ليتاجربها، و لم يأذن له في شراء أبيه و إعتاقه و إحجاجه. و إدّعىٰ موالي الأب أن ثمنه كان من أموالهم التي دفعوها إلى العبد المأذون للتجارة بها، و يبطل البيع حينئذٍ، لكون مالك الثمن و المثمن واحداً. و إدّعىٰ ورثةُ صاحب الدراهم أنّ شراء الأب كان بمالهم الذي إنتقل إليهم بالإرث من مورِّثهم، لكون المفروض موت الموكِّل قبل عمل العبد المأذون بالوكالة. هذه صورة المسألة.

و قد أجاب الامام أبو جعفر الباقر عليه السلام ـ على ما في الخبر ـ: بأنّ الحجّ النيابي ماضٍ و صحيح. و يعود الأبُ رقّاً لمواليه، إلّا أن يُقيم مولىٰ العبد المأذون أو ورثة صاحب الدراهم بيِّنةً علىٰ أنّ الأب اُشتريَ بماله الذي كان عند العبد المأذون.

هذا محصّل مضمون الرواية، و قد إستدلّ بها المحقق الشوشتري رحمه الله قائلاً: «بأنّه عليه السلام إكتفىٰ في الحكم بتملك العبد بثبوت كون الشراء وقع بماله. فلو لم تكن إجازة المالك للفضولي كافيةً في صحة العقد لم يكن كذلك، لعدم إستلزام العام للخاص، فتدبّر».[1] و سيأتي تقريب الدلالة أو التأييد.

«١» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ٢٦.

الذي دُفع إليه مالٌ ليشتريَ به نسمةً[١] و يعتقها و يُحجّه عن أبيه،[٢]، فاشترىٰ أباه، و أعتقه[٣]، ثم تنازع مولى المأذون و مولىٰ الأب و ورثةُ الدافع[٤]، و إدّعىٰ

---

١) و هو المملوك ذَكَراً كان أو أُنثىٰ.

٢) كذا في نسخ الكتاب، و لكن الموجود في متن الرواية: «و حجّ عنّي».

٣) ثم دفع العبدُ المأذون باقي المال إلى أبيه ليحجّ عن موكّله.

٤) أي: تنازع ورثة دافع المبلغ ـ و هو ألف درهم ـ و موالي العبد المأذون في التجارة، و مولىٰ الأب، و ينبغي لتقريب التأييد بهذه الرواية لصحة عقد الفضولي الاشارة إلى أُمورٍ مسلّمةٍ:

الأوّل: بطلان الوكالة بموت الموكِّل و إن لم يعلم الوكيل بموته.

الثاني: إنتقال كلّ مالٍ لشخصٍ بموته إلى وارثه.

الثالث: صحة نيابة المملوك في الحج.

و بعد وضوح هذه الامور يتضح إنطباق الرواية على الفضولي، حيث إنّ تلك الدراهم إنتقلت بموت دافعها الى ورثته، و بطلت وكالة العبد المأذون في الشراء بنفس موت موكله و هو دافع الدارهم، فشراء العبد إنّما تحقق بمال الورثة بدون إذنهم، لقول الراوي: «و بلغ ذلك موالي أبيه و مواليه و ورثة الميت» الظاهر في عدم إطلاع الورثه علىٰ أفعال العبد المأذون في التجارة من الشراء و غيره، فَوقَع الشراء بمال الورثة فضولياً، و مطالبتُهم للنّسمة المشتراة بمالهم إجازةٌ لهذا الشراء الفضولي، و إلّا لطالبوا نفس الدارهم.

و أمّا الشراء بالنسبة إلىٰ موالي العبد المأذون فلا يكون فضولياً، لكون إدّعائهم الشراءَ بمالهم دليلاً على أنّهم أذنوا للعبد ـ المأذون ـ في الشراء بمالهم، و أنّهم دفعوا إليه مالاً ليشتري لهم عبداً، فيخرج عن الفضولي.

و أمّا الشراء لموالي أب العبد المأذون فليس شراءً حقيقةً، لكون كلا العوضين ملكاً لهم، و هو خلاف حقيقة المعاوضة.

كلٌّ منهم أنّه[١] إشتراه بماله. فقال أبو جعفر عليه السلام: «يرد المملوك رقّاً لمولاه، و أيُّ الفريقين[٢] أقاموا البيّنة بعد ذلك[٣] على أنّه[٤] إشتراه بماله كان رقّاً له» الخبر[٥]. بناءً[٦] على أنّه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملُّك المبيع بعد مطالبتهم[٧] المتضمنة لإجازة البيع لم يكن مجرّدُ دعوىٰ الشراء بالمال و لا إقامة البيّنة

---

١) أي: أنّ العبد المأذون إشترىٰ أباه المعتَق. و ضمير «بماله» راجع إلى «كلٌّ منهم».

٢) و هما مولىٰ العبد المأذون، و ورثة الدافع. و لم يذكر عليه السلام إقامة البينة من قِبلَ موالي الأب. و الوجه فيه ما تقدّم آنفاً من بطلان البيع لو كان الشراء بمالهم، لكون العوضين مملوكين لهم، و لا معنىٰ للبيع حينئذٍ. فشراء الأب لو كان صحيحاً في الواقع فإمّا أن يكون ثمنه من مولىٰ العبد المأذون، و إمّا من ورثه الدافع.

٣) أي: بعد إعادة الأب رقّاً لمواليه ظاهراً، و ليست كلمة «ذلك» في الرواية.

٤) أي: أنّ العبد المأذون إشترىٰ المملوك، و ضميرا «بما له، له» راجعان إلى: أيِّ الفريقين.

٥) الظاهر الاستغناء عن هذه الكلمة، لأنّ المنقول تمام مضمون الحديث لابعضه حتى يحتاج إلى التنبيه على بقاء جملة أُخرىٰ منه.

٦) هذا توجيه كون الرواية تأييداً لصحة عقد الفضولي، أو دليلاً عليها، و قد مرّ بقولنا: «و مطالبة الورثة للنسمة المشتراة ... الخ».

و هذا التقريب موافق لما تقدم من المقابس في تقريب الاستدلال، فإن أمكن إلغاء خصوصية المورد تمّت الدلالة، و إلّا فهذا الخبر كغيره ممّا ورد في موارد خاصّة مؤيِّد للمطلب.

و لا يخفىٰ أن المستفاد من قول المصنف: «بناءً» وجود إحتمال آخر في الخبر يصير أجنبياً عن عقد الفضولي، مثل إذن مولىٰ العبد في مطلق التجارة بالمال، و رضى الورثة بتصرف العبد المأذون، و سيأتي بعض الكلام في التعليقة إن شاء الله تعالى.

٧) أي: مطالبة الورثة العبدَ المأذون في شراء النَسَمة بأخذ النَسَمة المشتراة

عليها كافيةً[1] في تملك المبيع (*).

بمالهم الذي إنتقل اليهم إرثاً من أبيهم، و هي الدارهم المذكورة.

١) لفرض بطلان شراء الأب بمالٍ لم يأذن مالكه في ذلك.

(*) لا يخفى أنّه قد أُورد على الاستدلال بهذا الخبر بوجوه:

الأوّل: أنّ صحة الحج من العبد بدون إذن مولاه خلاف القاعدة.

و الجواب عنه بعدم إشتراط الحرية في نائب الحج غير سديد، إذ الاشكال إنّما هو في عدم الإذن من موالي العبد، حيث إنّ أفعال الحج غير التلبية تصرف في ملك السيد، و هو بدون إذنه حرام، و النهي في العبادة مبطل لها. لا في مانعية الرقية حتى يجاب عنه بعدم قدح الرقية في صحة الحج.

فلعلّ الأولىٰ في دفع الاشكال ما في كلام بعض الأجلة من قوله: «و يمكن أن يقال: إنّ قوله عليه السلام: ـ الحجة قد مضت بما فيها لا ترد ـ لا يكون بصدد بيان حكم الحج صحةً و فساداً، بل بصدد التقابل بينه و بين العبد، بأنّ العبد باقٍ قابل للردّ، دون الحج الذي مضىٰ و تصرّم ... الخ».[1]

و هذا الجواب في نفسه لابأس به، إلّا أنّه بعيد عن بيان الحكم الشرعي، فإنّ المراد بردّ العبد إلىٰ مواليه ليس هو الرّد الخارجي التكويني، بل المراد به الرّد التشريعي، و هو الحكم برقيّته. فالمقصود بعدم ردّ الحج ـ بقرينة المقابلة ـ هو عدم الردّ شرعاً، أي الصحة، كما يقتضيها ظاهر قوله عليه السلام: «فقد مضت» فلا يُحكم بتكرير الحج.

فيحتمل أن تكون صحة الحج في مورد الرواية تعبّداً خاصّاً.

و قد يحتمل صحة الحج بالاجازة، بناءً على الكشف.

«١» كتاب البيع، ج ٢، ص ١٢٩.

.....

لكنه ضعيف، و لو بناءً على الكشف، لأنّ الاجازة لاتفيد إلّا الملكية من زمان وقوع العقد. و أمّا الإذن في الحج فلاتفيدها الإجازة، لأنها خارجة عن مورد الاجازة، و هو مضمون العقد. كما أنّ الاجازة لاتصحّح ما وقع على مورد العقد كالإجارة و الإعارة و غيرهما، فإذا أجاز شراء البستان الذي إشتراه الفضولي له و آجره بعد الشراء لا تكشف صحة بيعه بالاجازة عن صحة إجارته، لأنّ الاجازة تنفذ مضمون العقد، و هو إنتقال البستان إلى مالك الثمن. و أمّا إجارة البستان فليست مضمون الشراء، و لا من لوازمه.

هذا كله مضافاً إلى: أنّ الإذن المقارن شرط لصحة المناسك، و الإذن غير الاجازة المتأخرة. و ليست أفعال الحج كالبيع حتى يقال بكفاية الاجازة المتأخرة في صحتها.

الثاني: أنّ مقتضىٰ قواعد باب القضاء تقديم قول الورثة، لأنّهم منكرون، لموافقة قولهم للحجة، فإنّ قول الوكيل حجة، و كذا فعله، إذ الظاهر أنّ العبد إشترىٰ أباه بالدراهم التي دفعها الميت إليه، فتقديم قول موالي العبد و إرجاعه رقّاً لهم خلاف قواعد القضاء.

و فيه: أنّ ظاهر الرواية وقوع الشراء و العتق و الحج بعد موت الموكل، و هو مالك الدراهم، فانعزل العبد المأذون عن الوكالة بنفس موت الموكّل، و بعد إنعزاله لاحجية في قوله، لعدم كونه وكيلاً حينئذٍ، فلايكون إنكار الورثة موافقاً للحجة، فلاموضوع لهذا الايراد، لإبتنائه على حجية قول الوكيل و فعله، و المفروض بطلان وكالته بالموت، فلاعبرة بقوله و فعله بعد الموت.

الثالث: تقديم قول مدّعي الفساد على مدّعي الصحة فإن الحكم برجوع العبد رقّاً إلى مولاه الأوّل و إن كان مما يقتضيه الاستصحاب، لكنه مخالف لأصالة الصحة الحاكمة على الاستصحاب، المقتضية لخروج العبد عن ملكه، و لقاعدة الإقرار، و هي «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» فإنّ العبد المأذون المالك لأمر العقد يعترف بالشراء بمال الميت،

.....

فكيف يقدّم الاستصحاب عليها؟

و فيه: عدمُ المجال لجريان أصالة الصحة هنا، و لا لجريان قاعدة «من ملك».

أمّا الأوّل فلأنّ مورد أصالة الصحة هو الشك في صحة العقد، و الشك في صحة شيءٍ إنّما هو بعد وجوده مع قابليته للصحة و الفساد. و هذا مفقود في المقام، لامتناع المبادلة بين المالين لمالك واحد، فيمتنع الشراء لو كان بمال مالك العبد المعتَق، بل هو صورة المعاملة، لامعاملة حقيقية، فيدور الأمر حقيقةً بين وقوع العقد و عدمه، و مع الشك في وقوعه لامعنى لجريان أصل الصحة فيه.

و أمّا الثاني فلأنّه لادليل على إعتبار قاعدة «من ملك» إلّا تسالم الأصحاب عليها، فلا بد حينئذٍ من الأخذ بالمتيقن، و هو كونه مالكاً حين الإقرار، و عدم كفاية مالكيته قبل الاقرار، فإذا باع زيد بستانه مثلاً، ثم إعترف بأنّه كان مغصوباً من عمروٍ لم تسمع دعواه. وكذا لو ادّعى ذو اليد نجاسة ما كان تحت يده سابقاً و إنتقل إلى غيره.

ففي المقام لو كان إقرار العبد المأذون في الشراء قبل موت دافع الدراهم لكان مسموعاً، لكون إقراره حال سلطنته على الشراء. و أمّا بعد موته فلا عبرة بإقراره، لإرتفاع سلطنته و إنعزاله بالموت، فلايكون إقراره في الشراء بعد الموت نافذاً.

و عليه فلابأس بالتشبث بالاستصحاب الموجب لبقاء الملكية و فساد المعاملة.

و الحاصل: أنّ قاعدة «من ملك» لاتجري إلّا في حال سلطنته على ما وقع الاقرار به. و أمّا بعد إنقضاء سلطنته عنه فلاعبرة بالإقرار. و لذا لو أقرّ بالرجوع في العدّة بعد إنقضائها أو أقرّ الولي بعقد الصغيرة في حال صغرها بعد بلوغها و صيرورتها مالكةً لأمرها لاينفذ إقراره، و يكون وجود هذا الإقرار بعد إنقضاء زمان تلبس المُقرّ بالسلطنة على ذلك الفعل كالوكالة و الولاية كعدمه، و لا يترتّب عليه أثر أصلاً. فلا يحكم بزوجية المطلّقة بعد إنقضاء العدّة للمطلِّق، و بزوجية الصغيرة بعد بلوغها.

.....

و بالجملة: فالحكم برقيّة العبد المعتق لمولاه الأوّل لايكون مخالفاً لشيءٍ من قاعدتي الصحة، و «من ملك» هذا.

و قد يقال في وجه صحة الحج: انّ الظاهر من الرواية أنّ دفع الألف إلى العبد المأذون في التجارة كان بعنوان الوصية. و دعوىٰ الورثة الشراء بالألف لأجل كون ولاء العتق لهم، فالورثة لاينكرون الوصية حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضولياً. و عليه فتكون الرواية أجنبيةً عن مسألة الفضولي. فظهور الرواية في مسألة الفضولي فضلاً عن الصراحة ممنوع«١».

أقول: فيه أوّلاً: أنّ الحمل على الوصية بعيد جدّاً، إذ ليس منها في الرواية عين و لا أثر، مع عدم قرينة خارجية عليه أيضاً.

و ثانياً: أنّ هذا الحمل لا يجدي في صحة الحج، لأنّ الوصية بمقتضى قوله: «و حج عنّي بالباقي». قد تعلّقت بحجّ نفسه مباشرة لاغيره، فلاموجب لصحته عن غير العبد المأذون.

و ثالثاً: أنّ هذا الحمل ينافي دعوى الورثة أنّ المأذون قد إشترىٰ أباه بمالهم، حيث إنّ مقتضىٰ هذه الدعوى هو كون أبي المأذون رقّاً لاحرّاً. و من المعلوم أنّ الفرض المزبور و هو ثبوت و لاء العتق لهم لايترتب على دعوىٰ الورثة الشراء بمالهم، لأنّ مقتضاها رقّية أبي المأذون لهم، لاحريّته حتى يترتب عليها ثبوت ولاء العتق لهم.

و رابعاً: أنّ إعتراف الورثة بوصية أبيهم و عدم إنكارهم لها لايوجب ثبوت ولاء العتق لهم، إذ الولاء مشروط بكون المعتق متبرعاً في العتق، فلو كان العتق واجباً عليه كالكفارة و النذر لم يثبت له ولاء. و لمّا لم يكن حال العتق معلوماً، فثبوت الولاء مشكوك فيه، و مقتضى الأصل عدمه.

ثم إنّ مقتضىٰ قوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق» عدم ثبوت الولاء هنا لأحدٍ، لعدم

«١» مينة الطالب، ج ١، ص ٢١٩

و مما تؤيّد المطلبَ[1] أيضاً صحيحةُ الحلبي «عن الرجل يشتري ثوباً

ب : ما ورد في الاقالة بوضيعة

١) و هو صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك مع عدم سبق منعٍ منه، و هذا ثامن الوجوه لصحة عقد الفضولي، دلالةً أو تأييداً. و قد أيّد بها في الجواهر بقوله: «و فيمن باع ثم أقال بوضيعة، ثم باع بأكثر من الثمن: أن الربح للمالك الذي أشترىٰ أوّلاً»[1].

و محصّل مدلول الصحيحة الواردة في الاقالة هو: أنّه سُئل الامام أبو عبد الله الصادق صلوات الله و سلامه عليه عن رجلٍ إشترىٰ من آخر ثوباً، و لم يشترط لنفسه الخيار، فانعقد البيعُ لازماً. و لكن المشتري ندم و كره الثوب، فجاء إلى البائع

كون العبد المأذون المعتِق بالكسر منعماً و مولى له. و كذا الورثة، فإنّهم ليسوا أيضاً بمعتقين حتى يثبت لهم الولاء.

و خامساً: أنّ الحمل المزبور لإثبات الولاء لهم ينافي قوله عليه السلام: «أيّ الفريقين بعدُ أقاموا البيّنة على أنّه اشترىٰ أباه من أموالهم كان لهم رقاً» لظهوره في الرقية الفعلية.

وجه المنافاة: انّ الولاء مترتب على العتق، و من المعلوم أنّ البيّنة القائمة على كونه ملكاً لإحدى الفرق المتخاصمة أمارة على تلبسه فعلاً بالرقية، لا أنّه كان رِقّاً و إنقضت عنه.

فتلخص من جميع ما تقدم: أنّ الرواية ضعيفة سنداً و دلالةً، إذ مع فرض دلالتها على الوصية تكون أجنبية عن مسألة الفضولي. و على تقدير دلالتها على الوكالة الباطلة بالموت تكون من مسألة الفضولي، لكن الاستدلال بها حينئذٍ على مطلق عقد الفضولي منوط بإلغاء خصوصية المورد. و ذلك مشكل جدّاً، فتكون الرواية مؤيّدة لصحة عقد الفضولي لا دليلاً عليها.

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٩

و لم يشترط على صاحبه شيئاً[1]، فكرهه، ثم ردّه على صاحبه، فأبىٰ أن يقبله [يقيله] إلّا بوضيعةٍ[2]. قال:[3] لايُصلح له أن يأخذه بوضيعة،

يستقيله ليردّ المبيع إليه و يستردّ الثمن، فأبىٰ البائع أن يقيله إلّا بوضيعةٍ بأن لايردّ تمام الثمن إلى المشتري، مثلاً لو كان المشتري قد إشترىٰ الثوب بعشرة دراهم، و أبقىٰ البائع درهماً عنده، وردّ تسع دراهم إلى المشتري.

فأجاب الامام عليه السلام بأنّه لايصلح للبائع أن يشترط في الإقالة إبقاء شيءٍ من الثمن عند نفسه، بل مقتضىٰ الإقالة ردُّ تمام الثمن إلى المستقيل و هو المشتري.

فإن كان البائعُ عالماً بالحكم الشرعي، و أنّه لم يجز له إمساك بعض الثمن حرم عليه التصرف فيه، و في الثوب، لبطلان هذه الإقالة.

و إن كان جاهلاً بالحكم فلا إثم عليه، لكن الثوب باقٍ على ملك المشتري. فلو باعه من شخص آخر بأزيد من الدراهم التسعة التي دفعها إلى المستقيل لم يملك هذه الزيادة، لكونها ملكاً للمشتري الأوّل، لأنّها عوض الثوب الذي لم يخرج عن ملكه بالإقالة الفاسدة.

هـذا مفاد الصحيحة، و سيأتي تقريب تأييد صحة بيع الفضولي بها.

و لايخفىٰ أنّ المصنف قدس سره جعل هذه الصحيحة و ما بعدها مؤيّدات لا أدلة و لا مما يستأنس بها لصحته، مع ظهورها في صحة عقد الفضولي. و الوجه فيه ما تقدم من إحتمال التعبد و دخل خصوصية مواردها.

١) أي: شيئاً يوجب الخيار.

٢) أي: بنقيصةٍ من أصل الثمن الذي إشترىٰ به الثوب.

٣) أي: قال الإمام الصادق عليه السلام: لا يصلح للبائع أن يأخذ الثوب بنقيصةٍ، لأنّه إقالة، و هي حلّ العقد السابق. و ليست معاملةً جديدةً، فلا يمكن أن تكون بنقيصة أو زيادة، بل كلٌّ من العوضين يردّ إلى صاحبه، بلازيادةٍ و نقيصةٍ.

فإن جهل[١] فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يردّ[٢] على صاحبه الأوّل مازاد»«١».

فإنّ[٣] الحكم بردّ مازاد لاينطبق (*) بظاهره إلّا على صحة بيع الفضولي لنفسه.

---

١) يعني: فإنْ جهل بائع الثوب الحكم فأخَذَ الثوبَ بوضيعةٍ من المشتري، وباعه على غيره بأكثر من ذلك الثمن، فعليه ردّ الزائد الذي أخذه من المشتري الثاني إلى المشتري الأوّل.

٢) جواب الشرط في «فإن جهل» و الفاء في «فأخذه» عاطفة لا جوابية.

٣) هذا تقريب التأييد، توضيحه: أنّ حكم الامام عليه السلام بردّ ما زاد على الثمن إلى المشتري الأوّل لاينطبق إلّا على القول بصحة عقد الفضولي، و ذلك لأنّ البيع الثاني وقع فضولاً، إذ الثوب كان باقياً على ملك المشتري الأوّل، لعدم صحة الإقالة بسبب الوضيعة.

فالحكم بردّ الزائد ـ على الثمن الأوّل ـ إلى المشتري الذي هو المالك الفعلي للثوب دليل على صحة عقد الفضولي الذي باعه لنفسه، بزعم أنّ الثوب صار ملكاً له بَعدَ أن ردّه المشتري إليه بالإقالة. و إلّا حكم عليه السلام بصحة البيع الثاني لنفسه، و كون تمام الثمن في البيع الثاني له، لا ردّ مازاد على المشتري الأوّل.

(*) بل لاينطبق على الفضولي، إذ فضولية البيع الثاني مترتبة على كون الثوب ملكاً للمشتري الأوّل و ملكيّته له منوطة ببطلان الإقالة بالوضيعة، إذ مع صحّتها ترجع

«١» وسائل الشيعة ج، ١٢، ص ٣٩٢، الباب ١٧، الحديث ١، رواه المشايخ الثلاثة بالطرق الصحيحة. و في وسائل الشيعة عنوان الباب «باب عدم جواز الاقالة بوضيعة من الثمن فان فعل رد الزيادة» و التعبير عنها بالحسنة بقولٍ مطلق كما في بعض الكلمات غير ظاهر، إذ لامنشأ لحُسنها إلّا وقوع إبراهيم بن هاشم في سند الكافي، مع أنه قد تحقّقت وثاقته عند المتأخرين. مضافاً إلى أن الصدوق و الشيخ روياها باسناد تام لم يقع إبراهيم فيه، فكان المناسب أن يقال: «حسنة بطريق الكليني».

.....

ملكية الثوب إلى بائعه، فيكون بيعه الثاني بيع الأصيل، لابيع الفضولي، فلاوجه لردّ الزائد إلى المشتري.

و على تقدير فضولية البيع يكون الثمن كلُّه ملكاً للمشتري الأوّل، سواء أكان مساوياً للثمن الأوّل أم أقل أم أكثر منه، لاخصوص مازاد على الثمن الذي اشترى به الثوب. كما أنّ للبائع إسترداد ما دفعه إلى المشتري بالإقالة.

فإذا فرض أنّ الثمن في البيع الأوّل كان عشرة دراهم، و دفع البائع منها إلى المشتري بسبب الإقالة ثمانية دراهم، فعلى البائع دفع تمام الثمن في البيع الثاني إلى المشتري الأوّل، سواء أكان مساوياً لثمن البيع الأوّل و هو عشرة دراهم، أم أقل أم أكثر منها. كما أنّ له إسترداد ما دفعه إلى المشتري الأوّل و هو ثمانية دراهم، إذ مقتضى بقاء الثوب على ملك المشترى الأوّل و كون البيع الثاني فضولياً هو ملكية تمام الثمن له بشرط إجازته للبيع. مع أنّه ليس من الاجازة في صحيحة الحلبي المتقدمة عين و لا أثر.

فعدم الحاجة إلى إجازة المشتري الأوّل في البيع الثاني و كذا عدم تملكه لتمام الثمن، و تملكه لخصوص الزائد على الثمن الذي إشترىٰ به الثوب ـ دليل على عدم كون البيع الثاني فضولياً، و أنّ الإقالة بالوضيعة كانت صحيحةً، و أنّ البائع الأوّل صار مالكاً للوضعية بوجهٍ مشروع كالهبة و الصلح، لابنفس الاقالة حتى يرد عليه أنّها باطلة.

و بالجملة: فعلى كلا تقديري صحة الاقالة بالوضيعة و فسادها لايكون البيع الثاني فضوليا، إذ على تقدير الصحة ترجع ملكية الثوب إلى بائعه، فيكون بيعه الثاني بيع الأصيل لابيع الفضولي، و يكون تمام الثمن في هذا البيع ملكاً له، و ليس للمشتري الأوّل المستقيل شيءٌ من هذا الثمن، لا بمقدار الوضيعة ولا غيره.

و على تقدير فساد الإقالة يكون البيع الثاني فضولياً، لوقوعه في ملك المشتري

.....

الأوّل، و لازمه كون الثمن كله ملكاً له في صورة الاجازة، لاخصوص مازاد، والمفروض أنّ الرواية خالية عن الاجازة. فصحة البيع بدون الاجازة و الحكم بردّ ما زاد، بضرس قاطع دليل على عدم فضوليته. و لذا حمل المحقق الاصفهاني ﷺ ردّ ما زاد على الاستحباب، رعايةً للمستقيل لئلّا يتضرر بإقالته، دون ما إذا ساواه أو نقص«١».

ثم إنّه نسب إلى إبن الجنيد ﷺ أنّه إستدلّ بهذه الصحيحة على صحة الاقالة بوضيعةٍ، و حمل قوله عليه السلام: «لايصلح له أن يأخذه بوضيعة» على الكراهة، إذ مع بطلان الاقالة يجب ردُّ العين إلى المشتري، و ليس له بيعها بأقلّ من الثمن أو أكثر إلّا بإجازته، لا الحكم بصحة البيع بدون الاجازة من المشتري الأوّل.

لكن حمل الصحيحة على صحة الاقالة بوضيعة ـ كما عن إبن الجنيد ـ ينافيه الاجماع على بطلانها. قال في الجواهر: «و لو اصطلح المتبايعان بزيادة أو نقيصة صح عند إبن الجنيد، و الأصحاب على خلافه، لأنها فسخ لابيع»«٢».

و تكون الرواية على هذا المعنى معرضاً عنها، فتسقط عن الحجية، فلا مجال للاستدلال بها على صحة الاقالة بوضيعة، هذا.

ثم إنّ المحقق النائيني ﷺ إحتمل «أنّ البائع قد إشترى الثوب من المشتري، ثم باعه على غيره بأكثر من ثمنه، فيكون ردّ الزائد على المشتري إستحبابياً. و يشهد له قوله عليه السلام: صاحبه الأوّل، فإنّ التعبير بصاحبه الأوّل لايناسب مع كون الثوب ملكاً للمشتري فعلاً.»«٣»

و حاصله: أنّ صاحب الثوب فعلاً هو البائع كزيد مثلاً الذي صار مالكاً له

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٣٥

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٤، ص ٣٥٣

«٣» منية الطالب، ج ١، ص ٢٢٠

.....

بالإشتراء من المشتري الأوّل و هو عمرو، فللثوب مالكان أوّلهما: عمرو، و هو المشتري الذي إشتراه أوّلاً من هذا البائع. و ثانيهما: هذا البائع الذي إشترىٰ الثوب من المشتري الأوّل أعني به عمراً. فالصاحب الأوّل هو عمرو، و الثاني هو زيد، فيستحبُّ لزيدٍ ردّ الزائد على عمرو.

و قيل: الظاهر انّ منشأ هذا الاحتمال هو إرجاع الضمير في «صاحبه» إلى «الثوب» فيكون معنى الرواية حينئذٍ أنّ من إشترىٰ شيئاً بثمن، ثم باعه بأزيد منه ردّ الزائد على المالك الأوّل إستحباباً، هذا.

و لا يخفى أنّ محتملات الصحيحة كثيرة.

منها: بطلان الإقالة، و كون بيع الثوب فضولياً. و الصحيحة بهذا المعنى تصلح لتأييد صحة بيع الفضولي.

لكن فيه أوّلاً: أنّ ظاهرها صحة البيع بلا إجازة. و هذا ممّا لم يقل به أحد.

و ثانياً: أنّ لازم الفضولية كون تمام الثمن ملكاً للمشتري، لاخصوص الزائد.

و ثالثاً: أنّه لادخل للجهل في بطلان الإقالة بوضيعة، حيث إنّ نفس بطلان الإقالة يوجب إستحقاق الثمن، أو زيادته، لا الجهل ببطلان الإقالة. إلّا أن يراد بالجهل العذر عن حُرمة التصرف الاعتباري في مال الغير.

و منها: صحة الإقالة، بحمل «لايصلح» على الكراهة، و حمل ردّ الزائد على المشتري على الاستحباب.

و فيه أوّلاً: أنّ البيع حينئذٍ ليس فضولياً، لكون الثوب ملك البائع، فبيعه بيع الأصيل، لا بيع الفضولي، فلايصح التمسك بالصحيحة لصحة بيع الفضولي.

و ثانياً: انّ حمل «لايصلح» على الكراهة و البناء على صحة الاقالة بوضيعةٍ خلاف الاجماع و التسالم كمامرّ أيضاً، فيسقط هذا الحمل بإعراض الأصحاب مع عدم قرينةٍ على هذا الحمل.

و يمكن التأييد له[1] أيضاً بموثقة عبدالرحمان بن أبي عبدالله: «قال: سألت

ج : ما ورد في شراء السمسار

١) أي للقول بصحة عقد الفضولي الذي يقع للمالك. و هذا تاسعُ الوجوه على صحة عقد الفضولي مَع إجازة من له أمر العقد. و سيأتي توضيح وجه الاستدلال أو التأييد بها.

و مضمون الموثقة هو السؤال عن معاملة خاصة مع الدلّال الذي يتوسّط بين بائع السلعة و مشتريها، فيراجعه شخص و يدفع إليه النقود ليشتري متاعاً من آخر. ليسلّمه إلى دافع النقود، و يأخذ منه أُجرة عمله. و يشترط على الدلّال كونه مختاراً

و منها: كون ردّ الثوب معاملةً جديدةً توجب رجوع ملكية الثوب إلى بائعه.

و فيه أوّلاً: منافاته لقوله عليه السلام: «فان أخذه و باعه بأكثر من ثمنه عليه» إذ لو كان الردّ معاملةً جديدة لم يكن لهذا التفريع وجه، إذ الثمن كلّه حينئذٍ ملك البائع، و ليس منه شيءٌ للمشتري. و حمل ردّ الزائد إلى المشتري على الاستحباب محتاج إلى قرينة هي مفقودة.

و ثانياً: أنّه تخرج هذه المعاملة عن بيع الفضولي و تندرج في بيع الأصيل، فلا يصح جعل هذه الصحيحة دليلاً أو مؤيّدة لصحة بيع الفضولي.

و منها: كون بيع الثاني غير فضولي مع وقوعه عن المشتري، لبطلان الإقالة و بقاء الثوب على ملك المشتري. توضيحه: أنّه و إن قلنا إنّ البيع المقرون بالرضا الباطني للمالك لايخرج عن بيع الفضولي. لكن إذا برز ذلك بمبرزٍ فعلي أو قولي خرج عن الفضولي، لاقترانه بالرضا الباطني المبرز. و كلّ معاملة كانت كذلك لايصدق عليها الفضوليّة.

و في المقام لمّا أقدم المشتري على الإقاله بوضيعةٍ دلّ ذلك بالالتزام على الرضا بالمبادلة بأكثر من ذلك قطعاً. فالبيع وقع عن هذا الرضا المبرز الذي هو إذن، فلا يكون هذا البيع فضولياً. و هذا الاحتمال لابأس به في نفسه و ليس بعيداً عن ظاهر الصحيحه، إذ لايلزم من إرادته تصرف في «لايصلح» بحمله على الكراهة.

أباعبدالله عليه السلام عن السمسار[١] يشتري بالأجر[٢]، فيدفع إليه الوَرِق[٣]، فيشترط عليه أنّك تأتي بما تشتري، فما شئتُ أخذتُه، و ما شئتُ تركتُه. فيذهب فيشتري، ثم يأتي بالمتاع، فيقول[٤]: خُذ ما رضيت و دَع ما كرهت؟ قال: لا بأس»[١]

في قبول المتاع و ردّه. فيقبل الدلّال، و يذهب إلى مالك المتاع و يشتريه منه، و يأتي به إلى دافع الورق و يُخيِّره بين الأخذ و الترك.

و قد أجاب عليه السلام بعدم البأس به مادام دافع النقود مخيّراً غير مُلزَمٍ بقبول ما هيّأه له الدلّال.

١) بكسر السين و سكون الميم «المتوسط بين البائع و المشتري، و الجمع سماسرة. و منه: لا بأس بأجر السِمْسار. و: يا معشر السماسرة إفعلوا كذا. و السمسار أيضاً القائم بالأمر الحافظ له»[٢]. و يقال للسمسار: الدّلّال.

٢) و هو حقُّ السعي لإجراء المعاملة بين البائع و المشتري.

٣) بفتح الواو و الكسر الراء ـ كفَخِذ ـ و هي الدراهم المضروبة من الفضة، جمعه: أوراق و وراق. و فاعل ـ فيشترط ـ و ضمير «شئتُ و اخذت و تركت » هو الدافع.

٤) أي: فيقول السمسار للمشتري الذي دافع الورق ايّها المشتري خذ ... الخ.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٩٤، الباب ٢٠ من أبواب العقود، ح ٢، و لا يخفى أن الموجود في نسخ الكتاب «موثقة عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام عن السمسار...» و الصحيح ما أثبتناه في المتن كما أن في الوسائل «أيشتري» بدل «يشتري». رواه الشيخ بإسناده الصحيح عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن أبان. و للرواية طريقان آخران، و هما طريقا الكليني و الصدوق قدس سرهما و في طريق الكليني الحسن بن محمّد بن سماعة، و بناءً على صحة أبان لكونه من أصحاب الاجماع تصير الرواية صحيحة بطريق الصدوق والشيخ، و توصيفها بالموثقة مخصوص بطريق الكليني.

«٢» مجمع البحرين، ج ٣، ص ٣٣٧

بناءً[١] على أنّ الإشتراء من السمسار[٢] يحتمل أن يكون لنفسه[٣]

---

١) يعني: أنّ التأييد لصحة الفضولي بهذه الموثقة مبني على أن يكون حكم الامام عليه السلام عاماً لجميع محتملات الرواية بسبب ترك الاستفصال.

توضيح ذلك: أنّ محتملات الرواية ثلاثة:

الأوّل: أن يكون إشتراء السمسار لنفسه ليكون الوَرِق عليه قرضاً، فيبيع ما إشتراه من الأمتعة على صاحب الوَرِق، و يؤدّي بذلك دينه. و هذا المحتمل أجنبي عن الفضولي، و يكون قوله: «يشتري بالاجر» قيداً توضيحياً و مبيّناً لمعنىٰ السمسار.

الثاني: أن يكون الاشتراء لمالك الوَرِق بإذنه، مع جعل الخيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضي به، و يفسخه فيما كرهه. و هذا أيضاً أجنبي عن الفضولي.

الثالث: أن يكون الاشتراء فضولياً عن مالك الوَرِق أي بلا إذنٍ منه للسمسار بالشراء، فيختار ما يرغب فيه، و يردّ ما يرغب عنه. و هذا الاحتمال ينطبق عليه الفضولي.

و ليست الرواية ظاهرة في أحد هذه المعاني. إلّا أنّ ترك إستفصال الامام عليه السلام عن هذه المحتملات و إطلاق الحكم بعدم البأس يدلّ على عموم الحكم لجميع المحتملات التي منها هذا المعنىٰ الثالث.

٢) أي: الاشتراء الصادر من السمسار، فالعبارة صحيحة، و لا تحتاج إلى إسقاط كلمة «من» كما لا يخفى، و تكون «مِن» بمعنىٰ النشوية، كما يحتمل في آية ﴿و خلق منها زوجها﴾.

٣) هذا هو الاحتمال الأوّل الذي مرّ آنفاً بقولنا: «الأوّل أن يكون إشتراء السمسار..الخ».

ليكون[١] الوَرِق عليه قرضاً، فيبيع على صاحب الوَرِق ما رضيه مِن الأمتعة، و يوفيه[٢] دينه.

و لا ينافي[٣] هذا الاحتمالَ فرضُ السمسار في الرواية ممّن يشتري بالأجر، لأنّ[٤] وصفه بذلك باعتبار أصل حرفته و شغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية.

و يحتمل[٥] أن يكون لصاحب الوَرِق بإذنه[٦] مع جعل خيارٍ له على بائع

---

١) يعني: حتى يكون الوَرِق ـ الذي دفعه صاحبُه إلى السمسار ـ قرضاً عليه.

٢) يعني: يُوفي السمسار لصاحب الورق دينه بجعل المتاع مبيعاً و عوضاً عن دينه و هو الورق.

٣) إشارة إلى وهم، و هو: أنّ إشتراء السّمسار لنفسه ينافي فرض إشترائه بالأُجرة ـ كما هو صريح الرواية ـ و من المعلوم أنّ معنى الإشتراء بالأُجرة هو الإشتراء للناس ـ بالأُجرة ـ لا لنفسه. و هذا ينافي المعنى الأوّل، و هو كون الشراء لنفس السمسار.

٤) هذا دفع التوهم، و محصله: أنّ توصيف السمسار في الرواية بكونه ممّن يشتري بالأجر إنّما هو لأجل حرفته، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية. فيمكن أن يشتري السمسار لنفسه متاعاً، ثم يُعرضه على صاحب الوَرِق، فإن إرتضاه باعه السمسار منه بأزيد ممّا إشتراه هو من بائع المتاع، و تكون تلك الزيادة أُجرة عمله، لكنها ليست أُجرة بحسب الاصطلاح و إنّما هي جزءٌ من ثمن المتاع.

٥) هذا هو الاحتمال الثاني الذي تقدم بقولنا: «الثاني أن يكون الاشتراء لمالك الورق ... الخ».

٦) أي: بإذن صاحب الورق لا فضولاً عنه، فيأذن للسمسار بأن يشتري له المتاع مع جعل الخيار لصاحب الورق الذي هو المشتري حقيقةً، فضمير «له» راجع

الأمتعة، فيلتزم[١] بالبيع فيما رضي، و يفسخه[٢] فيما كره.

و يحتمل[٣] أن يكون[٤] فضوليّاً عن صاحب الوَرِق، فيتخيّر ما يريد، و يردّ ما يكره.

و ليس[٥] في مورد الرواية ظهورٌ في إذن صاحب الورق للسِّمسار على وجهٍ[٦] ينافي كونه فضولياً كما لا يخفى.

إليه، لا إلى السمسار.

١) يعني: فيلتزم صاحب الورق الذي وقع الشراء له مع الإذن ـ لا فضولاً ـ بالبيع فيما رضي به، و يفسخه فيما كرهه، لأنّ مقتضىٰ جعل الخيار له هو السلطنة على الفسخ و الإمضاء.

٢) يعني: فيفسخ صاحبُ الورق البيعَ فيما لا يريده من المتاع، و يختار ما يريده منه.

٣) هذا هو الاحتمال الثالث الذي تقدّم بقولنا: «الثالث ان يكون الاشتراء فضولياً ...».

٤) أي: يكون إشتراء السمسار فضولياً و ضمائر «فيتخيّر، يريد، يرد، يكره» راجعة إلى: صاحب الورق.

٥) غرضه من هذه العبارة نفي أجنبية هذه الرواية عن مسألة الفضولي، و إثبات إحتمال كون موردها من الفضولي حتى تكون مؤيِّدةً لصحة عقد الفضولي مع الإجازة. و محصله: أنّ الاحتمالات الثلاثة المتقدمة متطرقة في الرواية، و ليست ظاهرةً في أحد الاحتمالين الأوّلين حتى يصير الاحتمال الثالث ـ و هو الفضولية ـ موهوماً و أجنبياً عن مورد الرواية بحيث لا تصلح الرواية للتأييد، بل الاحتمالات الثلاثة متكافئة، فيمكن أن تكون الرواية مؤيِّدةً لصحة بيع الفضولي مع الاجازة.

٦) المراد بهذا الوجه المنافي هو ما أشرنا إليه من ظهور الرواية في أحد الاحتمالين الأوّلين.

فإذا[١] احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه[٢] و حَكَم الإمام عليه السلام بعدم البأس، من دون إستفصالٍ عن المحتملات، أفاد[٣] ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات[٤] (*).

---

١) هذه نتيجة نفي الوجه المنافي، و هو ظهور الرواية في غير الاحتمال الثالث، وإثبات تكافؤ الاحتمالات الثلاثة، فإنّ حكم الامام عليه السلام بعدم البأس ـ من دون التفصيل بين هذه الاحتمالات الثلاثة ـ يعمّ جميع هذه الاحتمالات التي منها مسألة الفضولي، فيكون عقد الفضولي صحيحاً بالاجازة.

٢) و هي الاحتمالات الثلاثة المتقدمة.

٣) جواب «اذا» والمراد بالحكم هو الجواز الذي تضمّنه قوله عليه السلام: «لا بأس».

٤) التي منها الاحتمال الثالث المنطبق على بيع الفضولي.

(*) لا يخفىٰ أنّ ترك الاستفصال إنّما يفيد العموم فيما إذا لم يكن الكلام ظاهراً في معنىً ولو بمعونة قرينةٍ، فلو كان له ظهور في أحد المحتملات معيّناً كان ذلك الظهور متّبعاً عند أبناء المحاورة، و خَرَج اللفظ حينئذٍ عن موارد إستفادة العموم من ترك الاستفصال.

و الحاصل: أنّ المانع من إستفادة العموم بترك الاستفصال هنا هو ظهور الكلام في معنىً معيّن، لا ما في تقريرات بعض أعاظم العصر دامت أيام إفاداته الشريفة من أنّه «إنّما يتمسك بترك الاستفصال فيما إذا كان المسؤل عنه مردّداً و منقسماً إلى أقسام عديدة، بأن كان حكماً كلياً، و لا يجري ذلك فيما إذا كان المسؤل عنه قضية شخصية»[١].

و ذلك لأنّ الوجه في أفادة ترك الاستفصال للعموم ـ و هو لزوم الإغراء بالجهل

«١» مصباح الفقاهة، ج ٤، ص ٧٦

و ربما يؤيّد المطلب[1] بالأخبار[2] الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه

د ـ التعليل الوارد في نصوص نكاح العبد

١) و هو صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك بدون سبق منعٍ منه، و هذا الوجه العاشر آخر المؤيّدات.

٢) و هذه الأخبار مذكورة في كتب الأحاديث، منها صحيح أو حسن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: سألته عن مملوك تزوّجَ بغير إذن سيّده؟ فقال: ذاك إلى سيّده إن شاء أجازه و إن شاء فرّق بينهما. قلت: أصلحك الله، إنّ الحكم بن عُيينة و إبراهيم النخعي و أصحابَهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، و لا تحلّ إجازة السيد له. فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّه لم يعص الله، و إنّما عصىٰ سيّده، فإذا أجازه فهو له

و فوات الغرض ـ جارٍ في جميع الموارد التي يلزم فيها هذا المحذور، سواء أكان الحكم فيها كلّياً أم جزئياً كمورد الرواية، فإنّ ترك الاستفصال عن محتملاتها مع إختلافها حكماً يفيد العموم، و إلّا لزم الإغراء بالجهل. و هذا المحذور يوجب إفادة ترك الاستفصال للعموم في كلّ موردٍ يلزم فيه هذا المحذور، من غير فرق في ذلك بين الحكم الكلي و الجزئي، و لا بين كون اللفظ مشتركاً معنوياً ـ كما نسب إلى الأصوليين إفادة ترك الاستفصال للعموم فيما إذا كان الواقع في السؤال من قبيل المشترك المعنوي ـ و بين كونه مشتركاً لفظياً كما عن شريف العلماء رحمه الله.

و الحق عدم الاختصاص بهذه الموارد، فإنّ قبح الإغراء بالجهل و تفويت الغرض الذي هو مناط إفادة العموم يجري في المحتملات كما أفاده المصنف رحمه الله في هذه الرواية، كجريانه في المشترك اللفظي و المعنوي. فليكن ما ذكرناه من إفادة ترك الاستفصال للعموم ضابطاً كلّياً في كل مورد يلزم الإغراء بالجهل من عدم إرادة العموم فيه.

.....

جائز»[١]. و قريب منها غيرها.

و لا بأس بذكر أمرين قبل توضيح المتن.

الأوّل: أنه تقدم ذكرُ هذا الخبر في (ص ٤٠٨) حيث إستدلّ به بفحوىٰ جريان الفضولي في النكاح على صحته في البيع، و تقدمت مناقشة المصنف ﷺ في الأولوية بما ورد في رواية العلاء بن سيابة. و المقصود فعلاً تأييد صحة بيع الفضولي بالتعليل الوارد في نصوص نكاح العبد بدون إذن مولاه إذا أجازه. و هذا التقريب سليم عن المناقشة المتقدمة في الفحوىٰ، لعدم كون مناط الاستشهاد بهذه النصوص أولوية البيع بالصحة من النكاح حتى تكون رواية العلاء مانعةً عنها، بل مناط الاستشهاد بها قوله عليه السلام: «انه لم يعص الله و إنّما عصىٰ سيّده». و سيأتي تقريب الدلالة.

الثاني: أن صاحب الجواهر ﷺ عدّ هذه النصوص ـ الدالة على صحة النكاح الفضولي ـ مؤيدة لصحة بيع الفضولي، فقال: «بل يؤيّده ما ورد في إجازة السيد عقد العبد ...»[٢].

و صاحبَ المقابس جعلها دليلاً عليها، و قد أشرنا في (ص ٤٠٩) إلى أنّه ﷺ قرّب دلالتها بوجوه خمسة، خامسها دلالة التعليل، و هو ما أثبته المصنف ﷺ في المتن، قال في المقابس: «الخامس فحوىٰ التعليل المذكور في الخبرين، حيث فرّق بينهما بين ما يكون سبب إختلال العقد أمراً محرّماً بالأصالة، و ما يكون لأجل حقّ المخلوق كالمالك، فالأوّل يبطل مطلقاً، و الثاني يتدارك بإجازة ذي الحق و إسقاطه لحقّه.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، ح ١ ؛ رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن إبن أبي عمير عن عمر بن أُذينة عن زرارة، و الرواية صحيحة او حسنة.

«٢» لاحظ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٩

معلّلاً[1] «بأنّه لم يعصِ الله و إنّما عصىٰ سيّده».

و حاصله: أنّ المانع من صحة العقد إذا كان لا يُرجىٰ زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً، و هو[2] عصيانُ الله تعالى. و أمّا المانعُ الذي يرجىٰ زوالُه

و قد ذُكر في مقام الاستدلال و التعجب من فتاوىٰ المخالفين، فيكون عامّاً لكل ما كان كذلك إلّا ما خرج بالدليل، فيندرج فيه البيع، و هو المطلوب، فلا وجه للعدول عن هذا القول أصلاً»[1].

١) هذا تقريب التأييد لصحة عقد الفضولي بالإجازة، و محصله: أنّ مقتضىٰ عموم العلّة المنصوصة هو ثبوت الحكم لجميع مواردها، و عدم إختصاصها بالمورد، كما في ثبوت مثل الحرمة لغير الخمر من المسكرات، بتعليل حرمة الخمر بكونه مسكراً.

و المقام كذلك، فإنّ تعليل عدم فساد النكاح بعدم عصيان الله تعالى يدلّ على أنّ الموجب للفساد هو عصيانه سبحانه و تعالىٰ، فإنّ هذا العصيان مانع عن الصحة، و لا يرجىٰ زواله، إذ لايتصور الرضا منه سبحانه و تعالىٰ في المعصية. و أمّا معصية غيره عزّوجل فهي مما يرجىٰ زوالها برضاه و رفع كراهته، لأنّه حقٌّ آدمي، فله الردّ و الإمضاء، فإذا رضي بالعقد و أجازه فقد ارتفع مانع الصحة و نفذ العقد.

ثم إنّ هذا الاستدلال ناظر إلى العلة المنصوصة التي هي من الظواهر المعتبرة عند أبناء المحاورة. كما أنّ الاستدلال السابق بتلك الروايات الراجعة إلى النكاح كان بالفحوىٰ، فلا يلزم إشكال تكرار الاستدلال بتلك الروايات.

٢) هذا الضمير و المستتر في «كان» راجعان إلى المانع.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢٧. والأولىٰ أن تكون العبارة في أوّلها: «حيث فرّق فيهما» أي: في المخبرين.

ـ كعصيان السيد ـ فبزواله يصحّ العقد. و رضا المالك من هذا القبيل[١]، فإنّه لا يرضىٰ أوّلاً و يرضىٰ ثانياً. بخلاف سخط الله عزّوجلّ بفعلٍ، فإنّه يستحيل رضاه[٢] (*).

هذا غاية ما يمكن أن يُحتجّ و يُستشهد به للقول بالصحة[٣]. و بعضها[٤] وإن كان ممّا يمكن الخدشة فيه، إلّا أنّ في بعضها الآخر[٥] غنىً و كفاية[٦].

---

١) خبر قوله: «و رضا المالك» يعني: و رضا المالك في عقد الفضولي يكون من قبيل المانع الذي يُرجىٰ زواله، فهو كعصيان السّيد في قابليته للزوال، حيث إنّ عدم رضاه أوّلاً يتبدّل بالرضا ثانياً.

٢) لكونه رضاً بما يستقلّ العقل بقبحه و هو عصيانه تعالىٰ شأنه.

٣) أي: بصحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك.

٤) كرواية عروة و غيرها مما تقدّم.

٥) و عمدة ذلك البعض هي العلّة المنصوصة في صحيح زرارة المتقدمة.

٦) في إثبات المطلوب، و هو صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك و أجازه.

(*) قد يستشكل في الاستدلال بعموم العلة المنصوصة: بأنّ مورد التعليل، هو نكاح العبد لنفسه، و من المعلوم أنّ العقد مضاف إلى صاحبه و مَن يعتبر إضافته إليه، فإجازة السيد هنا ليست لتحصيل هذه الاضافة.

و ببيان أوضح: يكون العاقد في مورد التعليل مشمولاً لعموم «أوفوا بالعقود» غاية الأمر أنّ نفوذ العقد منوط بإجازة غيره، فلا يتعدّىٰ عن مورد التعليل إلّا إلى الموارد التي تكون مثله، كبيع الراهن العين المرهونة من دون إذن المرتهن، فإنّ إضافة العقد إلى الراهن متحققة، و إجازة المرتهن دخيلة في نفوذ العقد، لا في إضافته إلى صاحب العقد. و كنكاح بنت أخ الزوجة أو بنت أختها، فإنّ العقد مضاف إلى العاقد و هو الزوج، و إجازة

.....

الزوجة شرط لنفوذه، لا لحصول إنتساب العقد إلى الزوج.

و أمّا إذا لم يكن العقد مضافاً إلى من يُعتبر إضافته إليه، فلا يتعدّىٰ عموم العلّة إليه.

و عليه فلا يتعدّى من عموم العلة إلى عقد الفضولي الذي لا يكون العقد مضافاً إليه كعقد العبد لغيره. و إنّما يتعدّىٰ من عموم العلّة إلى العقد المضاف إلى مالك أمره دون غيره. فالاستدلال بعموم العلة لصحة مطلق عقد الفضولي ضعيف، هذا«١».

أقول: المستفاد من التعليل أنّ الاعتبار بعدم كون العقد معصية له تعالى، و أن السبب المنحصر للبطلان هو كون النكاح عصياناً له تعالىٰ شأنه. لا عدم كونها معصية من العبد. و عموم هذا التعليل كما يقتضي عموم ما يصدر من العبد سواء كان نكاحاً أم غيره، كذلك يقتضي العموم من جهة الصدور، بأن يكون صادراً من العبد أو غيره.

و ببيان آخر: مقتضىٰ عموم العلّة عموم الحكم لكل عقدٍ بيعاً كان أو غيره، و لكلّ عاقدٍ سواء أكان مالكاً أم غيره، فيشمل جميع موارد الفضولي.

ولو بُني علىٰ عدم التعدّي عمّن له العقد إلى غيره كالفضولي فلابدّ من عدم التعدّي عن نكاح العبد إلى بيعه مثلاً أيضاً، إذ لا فرق في الموردية للرواية بين النكاح و غيره، إذ المدار على عدم كون المعاملة معصيةً له تعالىٰ، من غير فرق بين صدورها من العبد و غيره. و سواء كان الصادر بيعاً أم غيره. و خصوصيةُ المورد ليست مخصِّصة للعموم ما لم تقم قرينة على مخصصيته لعموم العلة المنصوصة. خصوصاً بملاحظة كون إضافة العقد إلى مَن له العقد ـ و هو العبد ـ في كلام الرواي دون الامام عليه السلام.

و بالجملة: مناط ترتب الأثر على العقد بالإجازة هو كونه حلالاً ذاتاً و مشروعاً في نفسه، و نافذاً فعلاً بسبب الاجازة. و من المعلوم أنّ جميع موارد الفضولي المبحوث عنها كذلك. و أمّا إعتبار صدور العقد من خصوص مَن له العقد فمما لا دليل عليه، إذ المناط كلّه بمقتضىٰ ظاهر التعليل هو عدم كون العقد معصية له سبحانه و تعالىٰ كنكاح

«١» مصباح الفقاهة، ج ٤، ص ٤٤ و ٤٥

.....

المحرمات.

و لا يقاس المقام بقاعدة التجاوز، بأن يقال: إنّها كما لا تجري إلّا في الأجزاء و فيما له عنوان كالقراءة و الركوع و السجود و نحوها، و لا تجري في مقدمات الأجزاء كالهُويّ و النهوض مع كلية القاعدة، لصدق التجاوز عن المشكوك فيه بالدخول في المقدمات، فإذا شك في السجود مثلاً في حال النهوض إلى القيام صدق عليه التجاوز عن المشكوك فيه مع عدم جريان القاعدة فيه. كذلك لا يجري عموم العلة المنصوصة في المقام إذا كان العقد صادراً ممّن له ولاية العقد كعقد الراهن على ماله المرهون، فإنّه مالك العقد، لكون المرهون ملكه.

توضيح وجه عدم صحة القياس هو: أنّ الامام عليه السلام قبل بيان قاعدة التجاوز بقوله في صحيحة إسماعيل بن جابر عن أبي جعفر عليه السلام: «كلّ شيء شكّ فيه ممّا قد جاوزه و دخل في غيره فليمض عليه» و في صحيح زرارة: «يا زرارة إذا خرجت من شيء ثم دخلت في غيره فشكُّك ليس بشيء» طبّق القاعدة على الأجزاء كالشك في القراءة و هو في الركوع، و الشك في السجود و هو في التشهد، و غير ذلك. و تطبيق القاعدة في كلام الامام عليه السلام قرينة على كون موارد القاعدة خصوصَ ما يشابه تطبيقاته عليه السلام. و من المعلوم أنّها خصوص الأجزاء دون مقدماتها.

و هذا بخلاف ما نحن فيه، فإنّ التطبيق على ـ مَن له العقد ـ و هو تزويج العبد لنفسه ـ يكون في كلام السائل دون الامام عليه السلام، و هو لا يصلح لتخصيص العموم.

فتحصل من جميع ما تقدّم ـ خصوصاً عمومات التجارة و الوفاء بالعقود و عموم تعليل الصحة بعدم عصيانه تعالىٰ ـ صحة عقد الفضولي إذا وقع للمالك، بل مورد بعضها وقوع العقد لغير المالك، هذا.

ثم إنّ هنا وجوهاً أُخر قد استدلّ بها على صحة عقد الفضولي.

و احتجّ للبطلان[١] بالأدلة الأربعة[٢].

أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿ و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراض ﴾«١» دلّ بمفهومِ الحصر[٣]

المقام الثاني: أدلة بطلان بيع الفضولي

١) أي: بطلان عقد الفضولي إذا وقع للمالك و إن أجازه.

٢) و هي الكتاب و السنة و الاجماع و العقل.

أ : أية التجارة عن تراض

٣) هذا أحد تقريبي الاستدلال بالآية الشريفة على بطلان عقد الفضولي،

منها: بيع المال المتعلق للخمس، ثم أجازه وليُّ الخمس، و هو الحاكم الشرعي له، فإنّ بيعه بالنسبة الى خُمسه فضولي، فإذا أجاز المجتهد نفذ البيع بالاضافة إلى الخمس.

و منها التصدق بمجهول المالك كاللقطة و غيرها بناءً على توقفه على إجازة المالك لو ظهر، إذ مع عدم الاجازة إسترجع العين. و يمكن أن يستظهر منه صحة الفضولي في الايقاعات.

و منها ما ورد من أنّ عقيلاً باع دار النبي صلى الله عليه و آله و سلم بمكة و أقرّه عليه، قال في المقابس: «الرابع: ما نقل من حكاية بيع عقيل دار النبي صلى الله عليه و آله و سلم و إقراره عليه بعد فتح مكة. و نقل في التذكرة أنّه لمّا قيل له: أين تنزل غداً؟ قال: و هل ترك لنا عقيل من رباع، قال: يعني أن عقيلاً باع رباع أبي طالب، لأنّه ورثه دون إخوته. فإن كانت في الحكاية دلالة فهي من المؤيّدات»«٢».

«١» سورة النساء، الآية ٢٩

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢٢ ؛ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٥، السطر ٢٤

أو سياق التحديد[1] على أنّ غير التجارة عن تراضٍ

و محصّله: أنّ مفهوم الحصر الحاصل من عقد سلبيّ و هو عدم صحة التجارة بدون التراضي، و عقد إيجابي ـ و هو صحة التجارة عن تراضٍ ـ يدلّ على إنحصار التجارة الموجبة لجواز التصرف في الأموال في التجارة عن تراضٍ، و أنّ إنتفاءها يوجب عدم جواز أكل أموال الناس، و أنّ أكلها حينئذٍ أكل لها بالباطل. فيستفاد من الآية المباركة أنّه لا يجوز التصرف في أموال الناس بوجهٍ من الوجوه إلّا بالتجارة المقرونة بالتراضي. و من المعلوم أنّ عقد الفضولي ليس من التجارة عن تراضٍ، فلا يوجب جواز أكل أموال الناس.

١) أي: تحديد التجارة بتقييدها بـ«عن تراض» و هذا ثاني تقريبي الاستدلال بالآية الشريفة على بطلان عقد الفضولي. و توضيحه: أنّ الآية المباركة في مقام تحديد السبب الموجب لحِلّ أكل أموال الناس، و هذا التحديد يستفاد من تقييد التجارة بالتراضي، فإنّ القيود الواردة في مقام التحديد ـ الذي لازمه الجامعيّة و المانعيّة ـ لها مفهوم، و إن لم يكن لها مفهوم في سائر الموارد، كتحديد مفهوم الماء و الفرسخ و الكُرّ، و غير ذلك من التحديدات الشرعية، فإنّ جميع القيود المذكورة فيها تدلّ على الحصر.

ثم إن تقريب الاستدلال بمفهوم الحصر و القيد مذكور في المقابس، حيث قرّب دلالتها بوجهين علىٰ البطلان، فقال في جملة كلامه: «فإنّها تدلّ أبلغ دلالة علىٰ بطلان غير التجارة الصادرة عن التراضي، و لذلك سُمّيٰ ما عداها باطلاً. و المعنىٰ: لا يتصرّف بعضكم في أموال بعضٍ بوجهٍ من الوجوه، فانه باطل، إلّا بوجه التجارة المذكورة. ولو لم يقصد ذلك لزم الاجمال و قلّة الارتباط بين المستثنىٰ و المستثنىٰ منه، فينبغي رفع ذلك بحسب الامكان. و التجارة هي العقد لا التوكيل فيه، أو الاجازة له. و التراضي عبارة عن تراضي المالكين، إذ لا عبرة برضا غيرهما. و معنىٰ كون التجارة عن تراضٍ أن تكون صادرة و ناشئةً عنه بالمباشرة أو الوكالة و ما في حكمها،

.....

أو كائنة بعده ... ففي الآية دلالة من وجهين على إشتراط تراضي المالكين مقارناً للعقد، و أنّه إذا لم يكن مقارناً كان التصرف في العوضين حراماً، و هو يشمل عقد الفضولي بأقسامه، فيبطل مطلقاً تعقبه الاجازة أم لا»[1].

ثم ناقش صاحبُ المقابس في كلا الوجهين كما صنعه المصنف أيضاً، إلّا الاشكال الثاني علىٰ مفهوم القيد، و هو ورود القيد مورد الغالب، إذ لم يتعرّض له المحقق الشوشتري ﷺ.

و كيف كان فقد أورد المصنف ﷺ على كلا التقريبين، أمّا علىٰ مفهوم الاستثناء فبوجهٍ واحد، و أمّا على مفهوم القيد فبوجوه أربعة.

أمّا على الأوّل ـ هو مفهوم الحصر ـ فبما حاصله: منع دلالة الاستثناء على الحصر، إذ دلالته عليه منوطة بكون الاستثناء متصلاً حتىٰ يدلّ نفي الحكم عن الطبيعة و إثباته لفردٍ واحدٍ منها على الحصر، و قصر الحكم على ذلك الفرد المستثنىٰ. فلو كان الاستثناء منقطعاً و لم يكن المستثنىٰ من جنس المستثنى منه حقيقةً أو عنايةً لم يفد الحصر، لكون النفي و الإثبات واردين على موضوعين أجنبيين. كما إذا قال: «جاء الكوفيون إلّا البصريين» فإنّه لا يدلّ على حصر عدم المجيء في البصريين. خصوصاً بناءً على ما قيل من أنّ «إلّا» في الاستثناء المنقطع بمعنىٰ «لكن» حيث إنه حينئذٍ بمنزلة قضيتين لقبيّتين، و هما «جاء الكوفيون» و «لم يجيء البصريون» و كما إذا قال: «أكرم العلماء إلّا زيداً الجاهل».

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢٨ و ٢٩

او التجارة لا عن تراضٍ[١] غير مبيحٍ لأكل مال الغير و إن لحقها الرضا[٢]، و من المعلوم أنّ الفضولي غير داخل في المستثنىٰ[٣].

و فيه[٤]: أنّ دلالته[٥] على الحصر ممنوعة، لانقطاع الاستثناء كما هو[٦] ظاهرُ اللفظ، و صريحُ[٧] المحكيِّ عن جماعةٍ من المفسِّرين[٨]، ضرورةَ[٩] عدم كون

---

١) هذا و ما قبله متعلقان بـ «دلّ» بنحو اللّف و النشر المرتّب.

٢) يعني: كما هو المفروض في عقد الفضولي.

٣) و هو قوله تعالى: ﴿ إلّا أن تكون تجارةً عن تراضٍ﴾ بل هو داخل في المستثنىٰ منه و هو الباطل، لأنّه تجارة لحقها الرضا،لا تجارةٌ ناشئةٌ عن الرضا.

٤) أي: و في الاستدلال بمفهوم الحصر إشكال. و هذا إشارة إلى الإشكال على التقريب الأوّل المتقدم بقولنا: «أمّا على الأوّل و هو مفهوم الحصر فبما حاصله ... الخ».

٥) أي: دلالة قوله تعالى على الحصر ممنوعة، لانقطاع الاستثناء، و عدم كون المستثنىٰ ـ و هو التجارة عن تراضٍ ـ من سنخ المستثنىٰ منه و هو الباطل.

٦) أي: كون الاستثناء منقطعاً ظاهر اللفظ بحسب الصناعة، نظير قوله تعالىٰ: ﴿لا يسمعون فيها لغواً و لا تأثيماً، إلّا قليلاً سلاماً سلاماً﴾«١».

٧) معطوف على «ظاهر».

٨) كشيخ الطائفة و أمين الاسلام و غيرهما«٢».

٩) تعليل لانقطاع الاستثناء، فإنّ من الواضح عدم كون المستثنىٰ ـ و هو التجارة عن تراضٍ ـ من أفراد المستثنى منه و هو الباطل، و كلُّ ما كان كذلك فهو إستثناء منقطع.

«١» سورة الواقعة، الآية ٢٦

«٢» راجع تفسير التبيان، ج ٣، ص ١٧٨ ؛ مجمع البيان، ج ٢، ص ٣٦ ؛ الكشاف للزمخشري، ج ١، ص ٥٠٢

التجارة عن تراضٍ فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه[1] (*).

---

١) هذا إشارة إلى حقيقة الاستثناء، و أنّها إخراج حكمي و تخصيص أُصولي، و أنّ المقام ليس من الاستثناء، لخروج «التجارة عن تراضٍ» موضوعاً عن الباطل، لا حكماً مع بقاء فرديّته للمستثنىٰ منه.

هذا تمام الكلام فيما يرجع الى ما أورده المصنف ﷺ على التقريب الأوّل و هو الاستدلال على بطلان عقد الفضولي بمفهوم الحصر المستفاد من الاستثناء.

(*) قد يورد عليه أوّلاً: أنّه لا معنىٰ لانقطاع الاستثناء أصلاً.

و ثانياً ـ بعد تسليمه ـ أنّه خلاف الأصل كما صرّح به في بعض الكلمات«١» فلا يصار إليه، و لا يحمل الكلام عليه إلّا بالدليل.

و عليه فالاستثناء هنا متصل، فكأنه قيل: «لا تتملّكوا أموالكم بشيءٍ من الأسباب، إلا أن تكون تلك الأسباب تجارةً عن تراضٍ، فإنّها توجب حلية التملك». فهذا الاستثناء يفيد الحصر، و يكون عقد الفضولي داخلاً في المستثنىٰ منه، لكونه تجارةً لا عن تراضٍ، إذ الرضا يلحقه، و لا يسبقه كما هو ظاهر «عن تراض» فهو باطل.

و **توهم** أنّ حمل الاستثناء على الاتصال خلاف الواقع، لعدم إنحصار سبب حلية الأكل في التجارة، فإنّ رضا المالك بإباحة التصرف في ماله كافٍ في الحلية من دون توقفها على التجارة. و بالجملة يلزم من الاستثناء تخصيص الأكثر المستهجن، **مندفع** بأنّ المراد التصرفات المعاوضية و المعاملية الواقعة بينهم، لا تحريم التصرف في مال الغير، فإنّ المراد بالباطل كما روي عن مولانا الباقر عليه السلام هو القمار و الربا و البخس و الظلم، فإنّ الظاهر أنّها من باب المثال. فالمراد كل معاملة ناقلة للأموال بعنوان المعاوضة، فكل معاملة معاوضية باطلة إلّا التجارة عن تراضٍ، فإباحة التصرف في الأموال مجاناً كالاضافات و التمليك المجاني كالهبات و الهدايا خارجة موضوعاً عن مورد الآية،

«١» راجع هامش قطر الندىٰ و بلّ الصدى، ج ١، ص ٢٤٥

.....

فيكون الحصر المستفاد من الاستثناء المتصل صحيحاً.

لكن لا يخفىٰ أنّ الإستثناء المتصل و إن كان مقتضىٰ القواعد العربية، لكونه إخراجاً حكمياً. لكنه لا سبيل للمصير إليه هنا بمقتضىٰ ظاهر العبارة، لأنّ معناه حينئذٍ «لا تأكلوا أموالكم بينكم بسبب باطل، إلّا أن يكون ذلك السبب الباطل تجارةً عن تراض» و هذا ضروري البطلان.

و لا يدور الأمر بين إتصال الاستثناء و إنقطاعه حتى يقال: إنّ أصالة الاتصال تقتضي إتصاله. إذ مورد الدوران هو فرض إمكان الاتصال بمقتضىٰ ظاهر الكلام. و قد عرفت إمتناع الاتصالِ. و دلالةُ الاقتضاء لا تلجئنا إلى التقدير حتى نلتزم باتصال الاستثناء. و ذلك لأنّ مورد دلالة الاقتضاء هو توقف صحة الكلام على التقدير، كقوله تعالى: ﴿و اسأل القرية﴾ و من المعلوم أنّه أجنبي عمّا نحن فيه، لعدم توقف صحة ظاهر الكلام على التقدير، حيث إنّ ظاهره المنطبق على إنقطاع الاستثناء معنىً صحيح، و لا يتوقف صحته على التقدير، إذ معناه: أنّ أكل أموال الناس حرام بالسبب الباطل، و حلال بالتجارة عن تراضٍ.

و لا موجب للالتزام باتّصال الاستثناء الذي هو خلاف ظاهر الكلام حتى نحتاج إلى أصل التقدير فضلاً عن تعدد المقدّر كما في تقرير بحث سيدنا الخوئي قدس سره من قوله: «لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب، فإنه باطل، إلّا أن يكون ذلك السبب التجارة عن تراضٍ».

و بالجملة: الاستثناء في الآية الشريفة ظاهر في الاستثناء المنقطع. و حمله على الاستثناء المتصل خلاف الظاهر، و بلا موجب. مع أنه يستلزم إرتكاب التقدير الذي هو خلاف الأصل، فلا محيص عن الذهاب إلى إنقطاع الاستثناء الذي هو ظاهر الآية المباركة، كما قرّبناه في الجزء الأوّل من هذا الشرح، فراجع (ج ١ ص ٣٩٠).

.....

ولو سلّمنا دلالتها على الحصر، لكونها مسوقةً لبيان الأسباب الناقلة للأموال و تمييز صحيحها عن باطلها من غير نظرٍ إلى إنقطاع الاستثناء و إتصاله، فتدلّ حينئذٍ على الحصر، و أنّ كل سبب لنقل الأموال باطل، إلّا التجارة عن تراضٍ، و عقد الفضولي ليس من التجارة عن تراضٍ، فهو باطل.لقلنا: انه مع ذلك لا يصح الاستدلال المزبور به، لأنّ التجارة «هي إنتقال شيءٍ مملوك من شخص الى آخر بعوض مقدر على جهة التراضي»[1] و من المعلوم أنّ مجرد الإنشاء بدون ما يعتبر في العقد المملّك من الشرائط لا يوجب الانتقال و تبادل اضافتي الملكية.

و عليه فالتجارة في الآية الكريمة لا تشمل عقد الفضولي، لأنّ مجرد الانشاء كما مرّ آنفاً ليس تجارةً، فلا يندرج في المستثنىٰ. كما لا يندرج أيضاً في المستثنى منه، لعدم كون مجرد إنشاء الفضولي تصرفاً عرفاً في مال الغير، لعدم صدق التجارة بمال الغير على مجرد عقده حتى يشمله «لا تأكلوا أموالكم» فعقد الفضولي خارج تخصصاً عن كلا عقدي المستثنىٰ و المستثنىٰ منه. و إندراجه في المستثنىٰ منوط بالتراضي، و بعد التراضي يتصف بالتجارة عن تراضٍ.

فصار المتحصل: أنّ الاستثناء على تقدير الاتصال، يدلّ على الحصر، إلّا أنّ الآية لا تشمل بشيءٍ من عقديها عقد الفضولي. فالاستدلال بها ـ سواء أكان بمفهوم الحصر أم بمفهوم التحديد ـ على بطلان عقد الفضولي غير سديد، هذا.

و قد يستدلّ على بطلان عقد الفضولي بعقد المستثنى منه، بتقريب: أنّ عقد الفضولي تصرف في مال الغير، و هو منهي عنه، و النهي يقتضي الفساد.

لكن فيه أوّلاً: أنّ عقد الفضولي ليس تصرفاً في مال الغير حتى يحرم و يفسد،

«١» مجمع البحرين، ج ٣، ص ٢٣٣

و أمّا سياقُ التحديد[1] الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو

---

١) أورد المصنف على التقريب الثاني ـ و هو الحصر المستفاد من التحديد ـ بما يرجع إلى وجوه أربعة.

الأوّل: أنّ هذا المفهوم مبني على مفهوم الوصف، و هو غير ثابت.

الثاني: أنّه بعد تسليم المفهوم له يختص ذلك بما إذا إنحصرت فائدة الوصف في المفهوم، و لم تكن له فائدة أُخرىٰ كوروده مورد الغالب كما فيما نحن فيه. فلا يكون «عن تراض» قيداً إحترازياً حتى يكون له مفهوم، و هو عدم كون عقد الفضولي تجارةً عن تراضٍ. بل يكون قيداً غالبياً.

فمرجع هذا الايراد إلى تسليم نعتية «عن تراض» للتجارة، مع حمله على الغلبة، كما في قوله تعالى: ﴿ و ربائبكم اللاتي في حجوركم ﴾ فإنّ قيد «في حجوركم» ورد مورد الغالب، لكون غالب الربائب في حجور أزواج أُمّهاتهن، و لذا ليس هو قيداً إحترازياً حتى تختص الحرمة بالربائب اللاتي في الحجور.

الثالث: أنّه يحتمل أن لا يكون «عن تراض» وصفاً للتجارة و قيداً لها حتى يكون له مفهوم. بل يكون خبراً ثانياً لـ «تكون» بناءً على نصب «تجارة» كما هو قراءة الكوفيين على ما في تفسير التبيان"[1]، نظير «زيد عالم شاعر» فيما إذا كان كل منهما

لوضوح عدم صدق التجارة عرفاً بمال الغير على مجرد عقد الفضولي، فإنّ التصرف إمّا خارجي كالأكل و الشرب و نحوهما، و إمّا إعتبارى كالملكية. و كلاهما منتفٍ كما لا يخفى.

و ثانياً: أنّه ليس كل نهي في المعاملة مقتضياً للفساد، و إنّما الفساد يختص بما إذا تعلق النهي بأحد ركني المعاملة.

«١» التبيان، ج ٣، ص ١٧٨

.....

مستقلاً في المعنىٰ. و «الرّمان حلوٌ حامض» فيما إذا لم يكن كذلك، بأن كان لكليهما معنىٰ واحد.

فالمعنىٰ حينئذٍ: أنّ سبب حِلِّ الأكل و التصرف هو التجارة و تراضي الطرفين، سواء تقدّم التراضي على التجارة أم تأخّر عنها، فيكون عقد الفضولي حينئذٍ صحيحاً، لتحقق كلٍّ من التجارة و التراضي فيه، و إن كان الرضا حاصلاً بعد التجارة. فلا يتم الاستدلال على بطلان الفضولي بمفهوم القيد و هو «عن تراض» إذ المفروض رفض قيديته للتجارة، و جعله خبراً ثانياً لـ «تكون» (*).

(*) لكنك خبير بأنّ كلمة المجاوزة تقضي بتقدم التراضي على السبب المملك، إذ ليست العبارة هكذا: «إلّا أن يكون السبب تجارةً و تراضياً» حتى لا يعتبر تقدم التراضي علىٰ التجارة. فجعل «عن تراضٍ» خبراً ثانياً لـ «تكون» لا يجدي في دفع الاستدلال على بطلان عقد الفضولي بمفهوم الوصف.

نعم إن رجع ضمير «تكون» إلى «الأكل» المستفاد من «لا تأكلوا» و كان تأنيث «تأكلوا» لمطابقته لخبره و هو «تجارة» إتجه عدم إعتبار تأخر العقد عن الرضا، لكون الموضوع حينئذٍ مركّباً. و لا يعتبر في المركّب إجتماع الأجزاء في الوجود، دون السبق و اللحوق.

ثم لا يخفى أنّ الاشكال الثاني و الثالث راجع إلى عدم المفهوم لـ «عن تراضٍ» إمّا بحمله على الغلبة. و إمّا بمنع وصفه للتجارة بجعله خبراً ثانياً لـ «تكون».

و في كليهما منع، إذ في الحمل على الغلبة الاعتراف باللغوية، لأنّ مجرّد غلبة الوصف ليست فائدة لذكر الوصف، و إلّا لكان «دخلتم بهنّ» في الآية الشريفة محمولاً على الغالب، و هو كماترى.

و في جعله خبراً ثانياً: أنّ كلمة المجاوزة تدل على إعتبار سبق التراضي على سبب الحل، و في الفضولي هذا السبق معدوم. إلّا أن يراد نفس الأكل.

مع تسليمه[١] مخصوصٌ[٢] بما إذا لم يكن للقيد فائدة أُخرى[٣] ككونه وارداً مورد

الرابع: أنّه لو أغمضنا عن إحتمال كون «عن تراضٍ» خبراً ثانياً لـ «تكون» لبُعده في نفسه وسلّمنا قيديته للتجارة حتى يكون له مفهوم، و بنينا على حجيته ـ لم يُجدِ ذلك أيضاً في المقام، حيث إنّ المخاطب بقوله تعالىٰ هو أرباب الأموال و مُلّاكها، فكأنّه سبحانه و تعالى قال: «يا أرباب الأموال لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» والتجارة في الفضولي بعد الاجازة تصير تجارةً للمالك عن تراضٍ، فحين صيرورتها تجارة المالك تكون عن الرضا.

ثم إنّ معنىٰ التراضي ـ على ما في مجمع البيان ـ عند الامامية و الشافعية وغيرهم هو التراضي بالتجارة بامضاء البيع بالتصرف أو التخاير بعد العقد، بأنْ يقول: «إخترتُ العقد».

و بالجملة: عقد الفضولي خارج عن المستثنىٰ منه تخصصاً، لعدم كون الفضولي مالكاً حتى يشمله خطاب «لا تأكلوا» و يندرج في الباطل، فعقد الفضولي لا يصير تجارةً للمالك ـ الذي هو المخاطب في الآية الكريمة ـ إلّا بعد الإجازة، فتجارته نشأت عن رضا المالك، فلا وجه حينئذٍ لبطلان عقد الفضولي.

١) هذا إشارة إلى الإيراد الأوّل، و هو عدم تسليم مفهوم الوصف، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «الأوّل: ان هذا المفهوم مبني على مفهوم الوصف ... الخ».

٢) هذا إشارة إلى الإيراد الثاني الذي تقدم بقولنا: «الثاني أنه بعد تسليم المفهوم له ... الخ».

٣) يعني: غير فائدة المفهوم، كورود القيد مورد الغالب. و غرضه قدس سره أنّ دلالة القيد على المفهوم إنّما هي لدلالة الاقتضاء حتى لا يلزم لغوية القيد، و ذلك مختص بما إذا لم يكن للقيد فائدة غير المفهوم، فلو كان له فائدة أُخرى لم يلزم اللغوية من عدم الالتزام بثبوت المفهوم له.

الغالب كما فيما نحن فيه[1] و في قوله تعالى: ﴿ و ربائبكم اللّاتى في حجوركم﴾ «١»[2]

---

١) لكون أكثر التجارات الواقعة بين الناس مقرونةً بتراضي المتعاملين، ووقوعُها عن إكراهٍ نادر جدّاً. هذا بالنسبة الى نوع المتعاملين.

و أمّا بالاضافة إلى خصوص المؤمنين العاملين بوظائفهم فعاملاتهم بأسرها تقع جامعةً للشرائط التي منها التراضي يقيناً.

٢) لكون غالب الربائب في حجور أزواج أُمّهاتهن، فليس قيد الحجور إحترازياً حتىٰ يكون مفهومُه حلّية الربائب ـ اللّاتي لسن في حجورهم ـ لهم، هذا (*).

(*) لكن فيه ما لا يخفىٰ، فإنّ غلبة القيد ليست فائدة لبيانه، و إلّا كان قيد «دخلتم بهن» في قوله تعالى: ﴿ و ربائبكم اللّاتي في حجوركم من نسائكم اللّاتي دخلتم بهن﴾ محمولاً على الغالب، إذ لاريب في كون الدخول وصفاً غالبياً في النساء ذوات الأزواج، لأنّه الغرض الأصلي من الزواج غالباً، فلابدّ ـ بناءً على ما ذُكر من حمله على الغلبة ـ من الالتزام بعدم دخله في الحكم و هو حرمة الربائب. مع أنّه من المسلّم توقف حرمة الربائب على الدخول بأُمّهاتهن.

فالغلبة لا ترفع ظهور القيد في الاحترازية، و لذا يقال: إنّ فائدة القيد في الربائب هي التنبيه على كون الربائب بمنزلة الأولاد، و ثبت وصف الأولاد و هو كونهم في الحجور لهن، نظير «أنشبت المنية أظفارها».

«١» سورة النساء، الآية ٢٣

مع إحتمال أن يكون «عن تراضٍ»[١] خبراً بعد خبر لِـ «تكون» على قراءة نصب التجارة[٢] لا قيداً لها[٣]، و إن كانت غلبة وصف النكرة[٤] تؤيّد التقييد،

---

١) هذا إشارة إلى الإشكال الثالث الذي تقدم بقولنا: «الثالث أنّه يحتمل أن لا يكون عن تراضٍ وصفاً للتجارة و قيداً لها ... الخ» و مع كون «تجارةً عن تراضٍ» خبراً بعد خبر لـ «تكون» تخرج عن قيديّتها للتجارة، فينهدم أساس التقريب الثاني و هو الاستدلال بمفهوم الوصف في مقام التحديد.

و هذا الاحتمال أفاده في المقابس لإسقاط ظهور الآية في اعتبار مقارنة التراضي للتجارة، قال ﷺ: «علىٰ أنه يمكن على تقديره ـ أي تقدير حجية مفهوم القيد ـ نصب تجارة، كما هو المنقول عن قراءة الكوفيّين أن يكون عن تراضٍ خبراً ثانياً لتكون، فيلزم حينئذٍ وقوع الأكل و التصرف بعد التراضي، سواء تقدم على التجارة أو تأخرّ عنها»[١].

لكن مجرد الاحتمال لا يمنع حجية الظاهر.

٢) يعني: بناءً على كون «تكون» ناقصة، إذ لو كانت تامةً لم تحتج إلى الخبر حتى تكون «عن تراضٍ» خبراً ثانياً لها.

و قد يقال: إنّ مقتضىٰ نصب «التجارة» كون الاجازة ناقلةً، مع أنّها عند المصنف كاشفةٌ.

٣) أي: للتجارة، بأن لايكون «عن تراضٍ» قيداً للتجارة حتى يكون له مفهوم.

٤) أي: غلبة توصيف النكرة بالجار و المجرور ـ في المحاورات ـ تؤيّد نعتيّة «عن تراضٍ» لـ «تجارة» فمقتضىٰ هذه الغلبة هو ظهور «عن تراضٍ» في القيدية لا الخبرية. و عليه فقوله: «و إن كانت غلبة وصف النكرة تؤيد التقييد» جملة معترضة و غرضه من بيانها تضعيف احتمال كون «عن تراضٍ» خبراً ثانياً.

«١» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ٢٩

فيكون[١] المعنى: «إلّا أن يكون سببُ الأكل تجارةً، و يكون عن تراضٍ» و من المعلوم أنّ السبب الموجب لحِلِّ الأكل في الفضولي إنّما نشأ عن التراضي[٢].

مع أنّ[٣] الخطاب لملّاك الأموال[٤]، و التجارةُ[٥] في الفضولي إنّما تصير تجارةً للمالك بعد الإجازة، فتجارتُه[٦] عن تراضٍ.

---

١) هذا متفرع على قوله: «مع احتمال أن يكون» لا على قوله: «و ان كانت غلبة وصف النكرة تؤيد التقييد» يعني: بناءً على كون «عن تراضٍ» خبراً ـ لا قيداً للتجارة ـ يكون سبب الأكل مركّباً من أمرين، أحدهما التجارة، و الآخر التراضي مطلقاً، من غير فرقٍ بين تقدّمه و تأخّره و تقارنه.

لكنه مشكل، لما مرّ من قولنا: «لكنك خبير بأنّ كلمة المجاوزة تقضي بتقدم التراضي على السبب المملِّك ... الخ».

٢) يعني: فيندرج عقد الفضولي في السبب المحلِّل للأكل، و هو عقد المستثنىٰ.

٣) هذا إشارة إلى الإشكال الرابع الذي تقدّم بقولنا: «انّه لو أغمضنا عن إحتمال كون ـ عن تراضٍ ـ خبراً ثانياً ... الخ». و هذا الاشكال مذكور أيضاً في المقابس بقوله: «ان الخطاب تعلّق بالمالكين، و التجارة الصادرة من الفضولي لا يطلق عليها أنّها تجارة المالك إلّا بعد إجازته، فكانت تجارته وقعت عن التراضي»[١].

٤) يعني: فلا يشمل «لا تأكلوا» الفضولي، لعدم كونه مالكاً، فلا يندرج عقده في المستثنىٰ منه.

٥) مبتدءٌ خبره «انما تصير» يعني: فتجارة الفضولي بعد الاجازة تصير تجارة المالك.

٦) مبتدءٌ خبره «عن تراض» يعني: فيكون تجارة الفضولي بعد الإجازة عن تراضٍ، فيخرج عقد الفضولي عن الباطل و يندرج في التجارة عن تراضٍ، فلا يتم الاستدلال بالآية على بطلانه.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢٩

و قد حُكي[١] عن المجمع «أنّ مذهب الامامية و الشافعية و غيرهم: أنّ معنىٰ التراضي بالتجارة إمضاءُ البيع بالتصرف[٢] أو التخايرِ بعد العقد»[٣].

و لعلّه[٤] يناسب ما ذكرنا

---

١) الحاكي صاحب المقابس، قال ﷺ: «أو يقال على القراءتين ـ أي كون عن تراضٍ قيداً أو خبراً ثانياً ـ إنّ المراد أن تكون تجارةً كاملةً عن تراضٍ أو ممضاةً عن تراضٍ، فيندرج عقد الفضولي، لأن كماله و إمضاءه بالاجازة. و هذا نظير ما حكىٰ في المجمع عن مذهب الامامية و الشافعية و عن غيرهم من أن معنىٰ التراضي بالتجارة إمضاء البيع بالتفرق أو بالتخاير بعد العقد»[١].

٢) و هو الفعل، فإنّه يقع بعد وقوع العقد، و لا يكون التراضي قبله.

٣) بأن يقول بعد العقد: «إخترتُ العقدَ» و غرضه من بيان كلام مجمع البيان تعيين المراد من التجارة بالتراضي، و أنّ التراضي المتأخر عن العقد تراضٍ بالتجارة، و ليس المرادُ بالتراضي المعتبر في التجارة خصوصَ التراضي المتقدم على التجارة حتى يترتب عليه بطلان عقد الفضولي كما هو ظاهر كلمة المجاوزة.

وبهذا الاحتمال تصير الآية دليلاً على صحة عقد الفضولي لا على بطلانه، و ذلك لأنّ قيد «عن تراضٍ» ناظر إلى إمضاء العقد بالتصرف في العوضين أو إختيار العقد، و ليس ناظراً إلى إعتبار مقارنة رضا المالك لنفس العقد حتى يتوهم دلالته على فساد عقد الفضولي الفاقد لرضا المالك حال الانشاء.

٤) أي: و لعلّ المحكي عن مجمع البيان يناسب إنكار قيدية «عن تراضٍ» لـ «تجارة» وجه المناسبة: أنّ كفاية الرضا بعد العقد في حصول التجارة تناسب كون «عن تراضٍ» خبراً بعد خبر، إذ لو كان قيداً لـ «تجارة» إقتضىٰ نشو التجارة عن

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢٩ ؛ مجمع البيان، ج ٢، ص ٣٧

من كون الظرف[1] خبراً بعد خبر (*).

تراضٍ، و عدم كفاية التراضي المتأخر فيها. بخلاف كونه خبراً ثانياً لـ «تكون» فإنّه يدلّ على كفاية الرضا المتأخر كما هو مقتضىٰ المحكي عن مجمع البيان.

١) و هو «عن تراضٍ».

(*) قد عرفت أنّ جعل الظرف خبراً بعد خبر لايرفع ظهور كلمة المجاوزة في نشو التجارة عن الرضا و تقدم الرضا عليها.

و تأييد عدم إعتبار تقدم الرضا عليها و كفاية الرضا المتأخر في صحة التجارة بالمحكي عن مجمع البيان، غريب، ضرورة أنّ ما في المجمع راجع إلى إسقاط الخيار بالفعل و هو التصرف كالأكل و الخياطة و غيرهما من التصرفات، أو بالقول مثل «إخترتُ البيع» أو «أسقطتُ الخيار» و نظائرهما كما يظهر ذلك في مسقطات خيار المجلس من تذكرة العلامة قدس سره.«١» و من المعلوم أنّ التراضي بلزوم العقد و بقائه غير التراضي بأصل العقد و حدوثه، و هذا التراضي هو مورد البحث، دون التراضي بلزوم العقد. فجعل هذا التراضي مؤيّداً للتراضي المبحوث عنه غير ظاهر الوجه.

و كيف كان فحقُّ المقام أن يقال: إنّ الآية الشريفة لا تدلّ على بطلان عقد الفضولي لو لم تدل على صحته، ولو قلنا بدلالتها على الحصر من ناحيتي الإستثناء و القيد الوارد في مقام التحديد. و ذلك لأنّ التجارة على ما في مجمع البحرين كما تقدم في التعليقة (في ص ٤٦٩) هو الانتقال الذي هو معنى إسم المصدر، و من المعلوم أنّ مجرد إنشاء العقد لا يوجب الانتقال، بل يتوقف على شرائطه التي منها رضا المالك. فالتجارة بمعنى الانتقال تقع عن الرضا.

فمعنى «إلّا أن تكون تجارة» إلّا أن تكون التجارة ـ أي إنتقال المال ـ إنتقالاً عن تراض. فمعنى المجاوزة حقيقةً محفوظ، إذ عقد الفضولي بنفسه ليس تجارةً حتى

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٥١٧

و أمّا السنة[1] فهي أخبار:

منها: النبوي المستفيض، و هو قوله ﷺ لحكيم بن حزام[2]: «لا تبع

ب : السُنّة، و هي أخبار

الأوّل: النهي عن بيع ما ليس عنده

١) هذا ثاني أدلة المبطِلين لعقد الفضولي. و المراد بالسنّة مطلق الروايات المعصومية لا خصوص النبويات. و قد إستدل بهذه الأخبار وغيرها صاحب الحدائق«١» على بطلان بيع الفضولي، و أوردها في المقابس و ناقش في كلٍّ منها، فراجع«٢».

٢) الحكيم كـ«أمير» و «حزام» ككتاب، هو و أبوه من الصحابة، و إبنه حزام كذلك، كما عن القاموس. و هذا المضمون مرويّ عن طرقنا أيضاً مثل ما رواه شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه في مناهي النبي ﷺ قال: «و نهىٰ عن بيع ما ليس عندك، و نهىٰ عن بيع و سلف»«٣».

قال في المقابس بعد نقل هذا المضمون: «قال الشيخ: و هذا نصٌّ أي في بطلان

يستشكل فيه بأنّ الرضا متأخر عنه، فلا يصدق على عقد الفضولي «تجارة عن تراض» بل التجارة على الفرض هي الانتقال الذي لايتحقق إلّا برضا المالك الحاصل بالاجازة.

فتلخص من جميع ما تقدم: أنّ الاستدلال بآية ﴿ و لا تأكلوا ﴾ على بطلان عقد الفضولي غير سديد.

«١» الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٨٦ الى ٣٨٩

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢٩ و ٣٠

«٣» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٧٥، الباب ٧ من أبواب احكام العقود، ح ٥، رواه الصدوق باسناده الصحيح عن شعيب بن واقد، و قريب منه الحديث ٢ من نفس الباب، و رواه صاحب الوسائل أيضاً في ص ٢٦٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١٢

ما ليس عندك»«١»[1] فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلُّطه على تسليمه، لعدم تملّكه، فيكون[2] مساوقاً للنبويّ الآخر

بيع الفضولي» ثم تعجّب صاحبُ المقابس منه، فراجع«٢».

١) هذا النبويّ مرويّ في كتب الفريقين من جوامع الحديث و الكتب الاستدلالية«٣» تقريب الاستدلال به ـ بعد البناء على الحجية من حيث الصدور ـ هو: أنّ المراد ليس هو الحضور المكاني قطعاً، لعدم إعتباره في صحة العقد، لكفاية مجرّد إضافة الملكية في صحة العقد الوارد عليه، فلو كان بينه و بين ملكه مسافة بعيدة جاز بيعه بلا إشكال. فالمراد به عدم تملّكه للمبيع، فرجعه إلى النهي عن بيع ما لا يملكه، و النهي يقتضي الفساد، فبيع الفضولي فاسد، سواء باعه لنفسه أم لمالكه.

فيكون مساق هذا النبوى مساق نبوي آخر، و هو «لا طلاق إلّا فيما يملك، و لا عتق إلّا فيما يملك، و لا بيع إلّا فيما يملك» بناءً على قراءة «يملك» بصيغة المعلوم كما هو الظاهر من سياق الكلام، لعدم تعقل الطلاق قبل النكاح، حيث إنّه إزالة عُلقة النكاح، و لا يعقل إزالتها قبل حصولها.

و أمّا بناءً على قراءة «يملك» بصيغة المجهول فالرواية أجنبية عن المقام، لدلالتها على عدم جواز بيع ما لايقبل التملك كالطير في الهواء و السمك في الماء و نحوهما، و هذا المعنىٰ أجنبي عن بيع مال الغير المملوك له.

٢) متفرع على قوله: «كناية عن عدم تسلطه ... الخ» حيث إنّ محصّل «لا تبع

«١» سنن الترمذي، ج ٣، ص ٥٣٤، الباب ١٩، ح ١٣٣٢ ؛ و في مفتاح الكرامة: أنّه من الأخبار العامية، فراجع ج ٤، ص ١٨٥

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٠

«٣» كما في الخلاف، ج ٣، ص ١٦٨، كتاب البيوع، المسألة: ٢٧٥ ؛ و تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢، السطر قبل الأخير، و في ص ٤٨٦، السطر ٥

«لا بيع إلّا فيما يملك»[١] بعد قوله ﷺ: «لا طلاق إلّا فيما يملك و لا عتق الّا فيما يملك»[١]، و لما[٢] ورد في توقيع العسكري عليه السلام إلى الصفّار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك»[٢].

ما ليس عندك» هو: لا تَبع ما ليس ملكاً لك. و المفروض عدم مالكية البائع الفضولي. و نتيجة هذا القياس ـ من الشكل الأوّل ـ بطلان بيع الفضولي.

١) بناءً على قراءة «يملك» بصيغة الفاعل، لما مرّ آنفاً.

٢) معطوف على قوله: «للنبوي» يعني: فيكون النبوي المستفيض مساوقاً لما ورد في توقيع العسكري عليه السلام: «أنّه كتب إلى أبي محمّدالحسن بن علي العسكري عليهما السلام في رجل له قطاع أرضين [أرض] فيحضر الخروج إلى مكة، و القرية على مراحل من منزله، و لم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، و عرّف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: إشهدوا أنّي قد بعتُ فلاناً ـ يعني المشتري ـ جميع القرية التي حدُّ منها كذا، و الثاني و الثالث و الرابع، و إنّما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك؟ و إنّما له بعض هذه القرية، و قد أقرّ له بكلّها. فوقّع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك، و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك».

و غير ذلك من الروايات الواردة بهذا المضمون عن الأئمة المعصومين عليهم السلام. فدعوىٰ تواتره المعنوي غير بعيدة، و هي كافية في حجية هذا المضمون و صحة الاستدلال به.

«١» مستدرك الوسائل، ج ١٥، ص ٢٩٣ الباب ١٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ح ٥ ؛ و الموجود في المستدرك: «فيما لا تملك» بدل قوله: «إلّا فيما تملك».

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، ح ١ ؛ رواه الصدوق و الشيخ قدس سرهما باسنادهما الصحيح عن الصفار، فالرواية صحيحة.

و ما[1] عن الحميري «انّ مولانا عجّل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله: إنّ الضيعة لا يجوز إبتياعها إلّا عن مالكها، أو بأسره، أو رضا منه»[1].

الثاني: التوقيع الناهي عن إبتياع الضيعة بغير رضا مالكها

١) يمكن أن يكون معطوفاً على قوله: «للنبوي الآخر» و الظاهر أنّه معطوف على «النبوي المستفيض» يعني: و منها: أي و من الأخبار ـ ما عن الحميري ـ و هو «أنه كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام: أنّ بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعةٍ خراب للسلطان، فيها حصّة، و أكرته ربما زرعوا و تنازعوا في حدودها، و تؤذيهم عمّال السلطان، و تتعرض في الكلّ من غلّات ضيعة، و ليس لها قيمة لخرابها، و إنّما هي بائرة منذ عشرين سنة، و هو يتحرّج من شرائها، لأنّه يقال: إنّ هذه الحصة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان. فإنْ جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صوناً [صواباً] و صلاحاً له و عمارةً لضيعته، و أنّه يزرع هذه الحصة من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامرة، و ينحسم عن طمع أولياء السلطان. و إن لم يجز ذلك عمل بما تأمره به إن شاء الله. فأجابه: الضيعةُ لا يجوز إبتياعها إلّا من مالكها أو بأمره أو رضيً منه».

و محصّل المسألة: أنّ لبعض أصحابنا ضيعة عامرة بجنب ضيعةٍ خرابٍ للسلطان، و لخرابها لا قيمة لها، و صاحب الضيعة العامرة يتحرج من شرائها، لما يقال من أنّ هذه الحصة من الضيعة كانت وقفاً قديماً، و أخَذها السلطان. فإنْ جاز شراؤها من السلطان كان صلاحاً، و إن لم يجز عمل بما تأمره به.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٥٠، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ٨، رواه محمد بن عبدالله بن جعفر الحميري.

و ما[1] في الصحيح عن محمّد بن مسلم الوارد «في أرضٍ بفم النيل[2] إشتراها رجل، و أهل الأرض يقولون: هي أرضنا، و أهل الاستان[3] يقولون: هي أرضنا. فقال: لا تشترها إلّا برضا أهلها»«1».

و ما[4] في الصحيح عن محمّد بن القاسم بن الفضيل «في رجل إشترىٰ من

و حاصل الجواب: عدم جواز الشراء من السلطان، لأنّه لا مالكٌ و لا مأذونٌ من ناحيته. فتدلّ المكاتبة على عدم جواز الشراء من غير المالك و المأذونِ من قِبَله، والفضولي لا مالك و لا وكيل عنه و لا وليّ عليه، فيبطل بيعه.

الثالث : النهي عن شراء الأرض إلّا برضا أهلها

١) معطوف على «النبويّ المستفيض» أو على «للنبوي الآخر».

٢) عن القاموس: «النيل بالكسر قرية بالكوفة، و بلدةٌ بين بغداد و واسط. وقيل: إنّ النيل نهر يتشعّب من الفرات ينتهي إلى دجلة بمسافة مراحل». و على هذا فالمراد بفم النيل صدر ذلك النهر و مبدؤه. و تقدّم في صحيحة أبي ولّاد كلام الأزهري حول هذه البلدة، فراجع«2».

٣) بالضم ـ كما عن القاموس و المجمع ـ أربع كُور ببغدادٍ، عالٍ و أعلى و أوسط و أسفل. و في المجمع «و الكُورَة المدينة و الناحية، و الجمع كُوَر، مثل غُرفة و غُرَف»«3».

الرابع : النهي عن شراء ما لا يملكه البائع

٤) معطوف على «النبويّ المستفيض».

«١» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٤٩، الباب ١ من ابواب عقد البيع و شروطه، ح ٣

«٢» هدى الطالب، ج ٣، ص ٤٨٢ و ٤٨٣

«٣» مجمع البحرين، ج ٣، ص ٤٧٨

إمرأةٍ من آل فلان[١] بعضَ قطائعهم[٢]، و كتب[٣] عليها كتاباً بأنّه قد قَبَضَتْ المالَ، و لم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: قل له يمنعها أشدّ المنع، فإنّها باعت ما لم تملكه»«١».

و الجواب عن النبويّ[٤] أوّلاً: أنّ الظاهر

---

١) أي: آل عبّاس كما عن الكافي، قال في محكي الوافي: «فلان كناية عن العباس. و في الكافي: من إمرأةٍ من العبّاسيين. و القطائع محالٌّ ببغداد كان أقطَعَها المنصور لأُناسٍ من أعيان دولته ليعمّروها و يسكنوها. و إنّما لم تملكها، لأنّها كانت مال الامام عليه السلام».

و إستفادة ملكية القطائع للامام عليه السلام لعلّها من التعليل بـ «ليعمروها و يسكنوها» حيث إنّ الأرض الخربة ماله عليه السلام.

٢) جمع قطيعة، و في المجمع «القطيعة محالٌّ ببغداد أقطعها المنصور ... الخ»«٢».

٣) يعني: و كتب ورقةً مشتملةً على أنّ المرأة البائعة قد قبضت الثمن، و الحال أنها لم تقبضه، كما لعلّه المرسوم فعلاً، حيث إنّه يكتب في الورقة: أنّ البائع قبض الثمن، مع أنّه لم يقبضه.

المناقشة في دلالة السنة على بطلان بيع الفضولي

٤) قد أجاب المصنف قدس سره عن الاستدلال بالنبوي الأوّل المروي عن حكيم بن حزام بوجهين:

الأوّل: الظاهر أنّ الظاهر المراد بـ «ما» الموصول في «لا تبع ما ليس عندك»

«١» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٤٩، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ٢، و الموجود في كثير من النسخ «الفضل» و لعلّ الصحيح كما في وسائل الشيعة هو «الفضيل» كما أثبتناه و المنقول عن التهذيب، محمّد بن القاسم عن فضيل، فراجع.

«٢» مجمع البحرين، ج ٤، ص ٣٨٠

.....

هو العين الشخصية، للاجماع و النصّ على جواز بيع الكلّي مع عدم وجود شيءٍ من أفراده حين إنشاء البيع عنده، سواء أكان البيع حالاً أم سلفاً.

كما أنّ الظاهر كون المراد بالبيع في «لا تبع» هو البيع لنفسه. وجه الظهور ـ كما في التذكرة«١» هو وروده في مقام الجواب عن سؤال الحكيم بن حزام عن أن يبيع الشيء، فيمضي و يشتريه، و يسلّمه. فالمراد بالبيع في السؤال حينئذٍ هو البيع لنفسه، لا عن المالك. و إشتراؤه من المالك إنّما يكون مقدمةً لتسليم المبيع إلى المشتري. و هذا لا ينطبق على المدّعىٰ و هو البيع للمالك، إذ مورد البحث فعلاً هو بيع الفضولي للمالك بدون سبق منعٍ منه، بل ينطبق على المسألة الآتية، و هي: أن يبيع الفضولي لنفسه، و يكون دليلاً عليها.

و بَعدَ البناء على ظهور المبيع في العين الشخصية، و ظهور البيع لنفس الفضولي لا المالك نقول: إنّه يدور أمر النهي بين أن يراد به مجرّد إنشاء البيع. فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا يقع البيع، بمعنىٰ عدم ترتب الأثر المقصود عليه، لا لنفسه، و لا للمالك بعد إجازته، لأنّ هذا النهي للإرشاد إلى الفساد. فهذا الإنشاء من حيث نفسه ـ سواء أُضيف إلى المخاطب البائع أم إلى المالك ـ فاسدٌ لا يترتب عليه الأثر و إنْ اجازه المالك.و النبوي بهذا البيان دليل على بطلان عقد الفضولي و عدم نفوذ إجازة المالك.

و بين أن يراد بالنهي الإرشادُ إلى الفساد من حيث وقوعه للبائع المريد لإشتراء المبيع من مالكه، و النهي بهذا التقريب لا يدلّ على عدم وقوع البيع للمالك بعد إجازته. و هذا هو ظاهر النبويّ، فلا يدلّ على بطلان عقد الفضولي مطلقاً كما هو مراد القائلين ببطلان الفضولي.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢، السطر الأخير. و قريب منه في ص ٤٨٦، السطر ٧

من الموصول[١] هي العين الشخصية، للإجماع و النص[٢] على جواز بيع الكلّي. و من[٣] البيع:البيعُ لنفسه

و الحاصل: أنّ النهي إن كان إرشاداً إلى فساد العقد من حيث نفسه كان دليلاً على بطلان عقد الفضولي مطلقاً. و إن كان إرشاداً إلى فساد العقد ـ من حيث إضافته إلى العاقد البائع الذي يريد إشتراءه من المالك ـ لم يدلّ على عدم وقوعه للمالك بإجازته. و هذا الشقّ الثاني هو مورد الرواية، لما عن التذكرة و سيجيء نقله إن شاء الله تعالى. و هذا البيع غير جائزٍ من دون خلافٍ ظاهر فيه، للنهي و للغرر.

١) و هو «ما» في النبوي: «لا تبع ما ليس عندك».

٢) أمّا الإجماع علىٰ صحة بيع الكلي فيكفيه تسالمهم على صحة بيع السلم، وكذا بيع الكلّي حالاً. و أمّا النص فكصحيح عبدالرحمان بن الحجاج، قال: «سألتُ أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده، فيشتري منه حالاً؟ قال: لا به بأس. قلت: إنّهم يُفسدونه عندنا. قال: و أيُّ شيءٍ يقولون في السّلم؟ قلت: لا يرون به بأساً، يقولون: هذا إلى أجلٍ، فإذا كان إلى غير أجلٍ فليس عند صاحبه فلا يصلح. فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود [أحق] ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام ـ و ليس هو عند صاحبه ـ حالاً و إلى أجل»[١] الحديث.

و لا يخفىٰ صراحة جوابه عليه السلام في جواز بيع الكلّي، سواء أكان حالاً بأن كان المتاع موجوداً، أم كان سلفاً كبيع الزرع قبل حصاده.

٣) معطوف على «مِنْ» يعني: أنّ الظاهر من البيع هو البيع لنفس الفضولي، لا عن المالك الذي هو محلّ الكلام في المسألة الأُولىٰ، و هي أن يبيع الفضولي للمالك بدون سبق منعٍ منه.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٧٤، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، ح ١

لا عن مالك العين[١].

و حينئذٍ[٢] فإمّا أن يُراد بالبيع مجرّدُ الانشاء[٣]، فيكون[٤] دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا يقع له و لا للمالك بعد إجازته[٥]. و إمّا[٦] أن يراد ما عن التذكرة

---

١) كما هو المفروض، إذ مورد البحث هو المسألة الأُولىٰ من المسائل الثلاث أعني بيع الفضولي عن المالك بدون سبق منعٍ منه.

٢) أي: و حين كون المراد من عدم جواز «بيع ما ليس عندك» هو البيع لنفسه لا للمالك، فإمّا ... الخ.

٣) أي: بدون إضافة هذا الإنشاء إلى المالك أو العاقد، فهذا الإنشاء في نفسه منهيّ عنه، و النهي عن الانشاء إرشاد إلى الفساد، لا إلى الحرمة، إذ لا مقتضي لحرمة التلفّظ بلفظ «بعتُ» مع عدم كونه تصرّفاً خارجيّاً و لا إعتباريّاً في مال الغير حتى يشمله دليل حرمة التصرف في مال الغير.

٤) هذه نتيجة كون النهي متعلّقاً بمجرد الانشاء من حيث نفسه بدون إضافته إلى شخص.

٥) إذ المفروض عدم صلاحية الإنشاء الفاسد لترتب البيع المملِّك عليه، فلا يقع لأحدٍ، من غير فرق فيه بين العاقد و المالك بعد إجازته. و قد تقدم توضيحه بقولنا: «انّه يدور أمر النهي بين أن يراد به مجرّد انشاء البيع ... الخ» فقوله: «فإمّا» إشارة إلى الشق الأوّل.

٦) معطوف على «فإمّا» و هذا إشارة الى الشق الثاني الذي مرّ آنفاً بقولنا: «و بين أن يراد بالنهي الإرشادُ إلى الفساد من حيث وقوعه للبائع المريد لاشتراء المبيع من مالكه» لا من حيث كونه إنشاءً حتى لا يقع عن أحدٍ حتىٰ عن المالك بعد إجازته كي يكون دليلاً على بطلان الفضوليّ.

من أن يبيع[١] عن نفسه، ثم يمضي ليشتريه من مالكه، قال[٢]: «لأنّه ﷺ ذكره جواباً لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي و يشتريه و يسلّمه، فإنّ هذا البيع[٣] غير جائز، و لا نعلم فيه[٤] خلافاً، للنهي[٥] المذكور وللغرر[٦] لأنّ صاحبها قد لا يبيعها» إنتهىٰ.

و هذا المعنىٰ[٧] يرجع إلى المراد من روايتي خالد و يحيىٰ الآتيتين في بيع

---

١) أي: يبيع الفضولي عن نفسه، ثم يشتريه من مالكه ليسلّمه إلى المشتري.

٢) أي: العلّامة ﷺ في التذكرة، قال: «لأنّه ﷺ ذكره جواباً له ـ أي لحكيم بن حزام ـ حين سأله أن يبيع الشيء، ثم يمضي و يشتريه و يسلّمه، و القدرة على التسليم موجودة إن أجازه»[١]. و قال بعد أسطر: «لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها، و يمضي ليشتريها و يسلّمها ... و لا نعلم فيه خلافاً، لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك، و لاشتماله على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها، و هو غير مالك لها و لا قادر على تسليمها».

و لم أظفر بنصّ العبارة المنقولة في المتن عن مفتاح الكرامة، و لعلّه نقلها بالمعنىٰ، او ظفر بها في موضع آخر من التذكرة أو جَمَعَ بين العبارتين المتقدمتين.

٣) و هو البيع لنفس الفضوليّ، ثم إشتراؤه من المالك.

٤) أي: في هذا البيع الواقع عن نفس الفضولي بحيث يكون الشراء مقدمةً للتسليم.

٥) و هو «لا تبع ما ليس عندك» هذا هو الدليل الأوّل على بطلان هذا البيع.

٦) هذا هو الدليل الثاني على بطلان البيع المذكور، و غرريته إنّما تكون لاحتمال أن لا يبيعها المالك، فيكون بيع الفضولي لنفسه غرريّاً، و البيع الغرري منهي عنه. ولوكان المشتري عالماً بحقيقة الحال لم يُقدِم على هذا الشراء.

٧) و هو ما أفاده العلامة في التذكرة، و ذكره المصنف في المتن.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢، السطر الأخير، و الحاكي عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٦، و نقل مضمونه المحقق الشوشتري في المقابس، كتاب البيع، ص ٣٠

الفضولي لنفسه[١]. و يكون بطلان البيع بمعنىٰ عدم وقوع البيع للبائع بمجرّد إنتقاله إليه بالشراء، فلا ينافي أهليّته[٢] لتعقب الاجازة من المالك.

و بعبارة أُخرىٰ: نهي المخاطب[٣] عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثّراً في حقه[٤]، فلا يدلّ[٥] على إلغائه بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له. و هذا المعنى[٦] أظهر (*) من الأوّل[٧]

---

١) يعني: مسألة «من باع شيئاً، ثم ملكه و أجاز» التي تأتي في شروط المجيز، وقد إستدلّ بها صاحبُ المقابس على إعتبار مالكية البائع للمبيع، و بطلان بيع ما لا يملكه. و إحتمل هذا المعنىٰ أيضاً عند مناقشته في بعض الأخبار المتقدمة، فقال في جملة كلامه: «و باحتمال أن يكون المراد بطلان بيع ما يملكه بعد العقد، بأن يبيع مال الغير عن نفسه، ثم يشتريه».

٢) يعني: فلاينافي بطلان البيع ـ بمعنىٰ عدم وقوعه للفضولي العاقد ـ أهليّته لتعقبه بإجازة المالك، و وقوع البيع له.

٣) و هو نهي النبي صلى الله عليه وآله حكيمَ بن حزام، المتقدم في النبوي المذكور.

٤) أي: في حقِّ العاقد الفضولي، لأنّه المخاطَب في النبوي بقوله صلى الله عليه وآله: «لا تبع».

٥) أي: النهي المذكور في النبويّ المتقدم، و ضمير «الغائه، تنفعه» راجعان إلى البيع.

٦) أي: المعنىٰ الثاني الذي ذكره العلّامة قدس سره، و هو عدم وقوع العقد مؤثّراً في حقِّه.

٧) و هو الذي أفاده الشيخ قدس سره بقوله: «فإمّا أن يراد بالبيع مجرّد

(*) بل هو المتعيّن، و لا وجه لإرادة المعنى الأوّل، إذ لازمه إعتبار وحدة العاقد والمالك بمعنى إعتبار صدور إنشاء التمليك من المالك دون غيره، ولو من الوكيل والولي، إذ مقتضىٰ التعليل بالذاتي ـ و هو كونه إنشاء تمليك مال الغير ـ عدم تأثير إنشاء

و نحن نقول به[1] كما سيجيء.

و ثانياً[2]: سلّمنا دلالةَ النبويّ على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب

الانشاء ...الخ». وجه الأظهريّة ظهور النهي المتوجّه إلى المخاطَب في عدم ترتب الأثر على فعله من حيث إنّه فعله، لا من حيث صيرورته فعلاً للغير و هو المالك أيضاً، فلا يدلّ إلّا على عدم وقوعه عنه.

١) أي: بما أفاده العلّامة من عدم صحة البيع بالنسبة إلى خصوص المخاطب الفضولي، لا مطلقاً ولو بالإضافة إلى المالك بإجازته.

٢) معطوف على قوله: «أوّلاً» و ضمير «لكنّها» راجع الى «دلالة» و محصّل

غير المالك في الملكية. نظير تعليل عدم حجية خبر الواحد في بعض الموضوعات بكونه خبر واحد. و لايصح حينئذٍ تعليل البطلان بأمر عرضي كالغرر و عدم القدرة على التسليم.

و عليه فلا يصار إلى الاحتمال الأوّل و هو عدم تأثير إنشاء الفضولي من حيث كونه إنشاء بيع مال الغير.

و منشأ هذا الاحتمال جعل مدخول النهي في النبوي طبيعة البيع و جنسه، و من المعلوم أنّ نفي الجنس يدلّ على نفي جميع أفراده.

و عليه فقوله: «لا تبع ما ليس عندك» ينفي كلا فردي البيع، و هما بيع الفضولي و المالك بعد الإجازة.

لكن هذا الوجه غير وجيه، لأنّ المقام ليس من موارد نفي الجنس، ضرورة أنّ مفاد «لا تبع» غير مفاد «لا بيع» فإنّ هذا التعبير لسان نفي الطبيعة، دون «لا تبع» فإنّه لا يدلّ إلّا على نفي خصوص الانشاء الصادر من الفضولي. و نفي آثار هذا الانشاء بالنسبة إلى شخص المخاطب و هو الفضولي دون غيره و هو المالك، فإذا أجاز المالك صحّ إنشاءُ الفضولي، و ترتّب عليه الأثر، للعمومات كأحلّ الله البيع و غيره، لصيرورة عقد الفضولي

تخصيصه (*) بما تقدّم من الأدلّة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد

هذا الجواب الثاني عن النبويّ المتقدم هو: أنّه لو سلّمنا دلالة النبوي على فساد الإنشاء من حيث إنّه إنشاءٌ بالنسبة إلى كلٍّ من الفضولي العاقد و المالك ـ حتىٰ يكون دليلاً على بطلان الفضولي مطلقاً و إن أجاز المالك، كما هو مقصود القائلين ببطلان عقد الفضولي مطلقاً ـ قلنا: إنّ دلالته على بطلانه كذلك إنّما هي بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم من الأدلة الدالة على صحة بيع ما ليس عند العاقد بإجازة المالك.

و المراد بتلك الأدلة هي الأدلة الخاصّة، كالتعليلِ في نكاح العبد غير المأذون من سيّده بعدم عصيان الله تعالىٰ، و عصيانُ غيره يرتفع بالرضا. و صحيحةِ محمّد بن قيس الواردة «في وليدة باعها إبنُ سيّدها و أبوها غائب» الحديث. و قد تقدّمت في أدلّة صحة الفضوليّ.

بسبب الاجازة عقدَ المالك، فتشمله عمومات الصحة.

(*) لا يقال: إنّ النسبة بين أدلة صحة الفضولي و أدلة بطلانه عموم من وجه بناءً على إختصاص الأخبار المانعة ببيع الفضولي لنفسه، لاختصاص المانعة ببيع الفضولي لنفسه، و أعميتها من أدلة الصحة، لشمولها للاجازة و عدمها. و أعمية أدلة الصحة لشمولها لبيع الفضولي لنفسه و للمالك. و أخصّيتها من الأدلة المانعة، لاختصاصها بصورة الاجازة.

فمورد إجتماعهما هو بيع الفضولي لنفسه مع إجازة المالك، فدليل الصحة يقتضي صحته، و دليل البطلان يقتضي بطلانه. و تقديم دليل الصحة ليس بأولىٰ من تقديم دليل البطلان. و الحكم ببطلان البيع لنفسه و إن أجاز المالك كما ذكروه في بيع غاصبي الأموال.

فإنه يقال أوّلاً: بمنع إختصاص الأخبار المانعة بالبيع لنفسه، بأن يدّعىٰ أنّ ظاهر مثل «لا تبع ما ليس عندك» هو النهي عن بيع مال الغير، و أنّ هذا البيع لايقع لنفس

لمالكه إذا أجاز[١].

و بما ذكرناه من الجوابين[٢] يظهر الجواب عن دلالة قوله[٣]: «لا بيع إلّا في ملك» فإنّ الظاهر منه[٤] كون المنفي هو البيع لنفسه، و أنّ النفي راجع إلى نفي

---

١) أي: أجاز المالك الذي باع الفضولي له، لا لنفسه.

٢) و هما المذكوران في عبارة المصنف بعنوان «و الجواب عن النبويّ أوّلاً ... و ثانياً: سلّمنا دلالة النبويّ على المنع، لكنها بالعموم ... الخ». و غرضه المناقشة في سائر الأخبار المستدل بها على فساد بيع الفضولي، فدلالة النبويّ الآخر «لا بيع إلّا فيما يملك» مخدوشة بالوجهين المتقدمين في نهيه ﷺ لحكيم بن حزام.

٣) و هو النبويُّ المتقدم «لا بيع إلّا فيما يملك».

٤) أي: من هذا النبويّ، فإنّ ظاهره نفي البيع لنفس العاقد، حيث إنّه لا يملك البيع، لعدم كونه مالكاً، يعني: أنّ فعله لايفيده، و لايترتب عليه الأثر الذي قَصَده من هذا الإنشاء. و أمّا نفي البيع عن غير العاقد الفضولي ـ و هو المالك ـ فليس مدلولاً لهذا النبوي، فلا بأس بصحته للمالك مع الاجازة. و هذا أوّل وجهي المناقشة في دلالة

الفضولي، و ذلك لايقتضي كون مورد الأخبار المانعة هو البيع لنفسه و بقصد كونه له، حتى تصير الأخبار من هذه الجهة أخصّ من أدلة الصحة، و تكون النسبة بينهما عموماً من وجه.

و على هذا ترجع النسبة بينهما إلى الأعم و الأخص المطلق، فتخصَّص الأدلة المانعة بأدلة الصحة، و تكون النتيجة بعد التخصيص صحة عقد الفضولي مع إجازة المالك، فلا يثبت مدّعى القائلين ببطلان عقد الفضولي و هو بطلانه.

و ثانياً: انّ مقتضى القاعدة في تعارض العامّين من وجه هو التساقط، و الرجوع إلى عمومات الصحة.

الصحة في حقه[١] لا في حقّ المالك.

مع[٢] أنّ العموم لو سُلِّم وَجَبَ تخصيصُه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

و أمّا الروايتان[٣] فدلالتهما على ما حملنا عليه

النبويّ الآخر على فساد بيع الفضولي.

١) بمعنى الإرشاد إلى عدم ترتب التمليك الحقيقي علىٰ التمليك الإنشائي الصادر من الفضولي للعاقد الفضولي، لا مطلقاً حتى للمالك مع الاجازة، و عدمُ وقوعه للعاقد الفضولي يستفاد من قوله: «الا فيما يملك» إذ معناه «لا بيع إلّا لمن يملك»، فالبيع يقع لمن يملك، و لا يقع لمن لا يملك كالفضولي، فإذا أجاز المالك وَقَع البيعُ له، لصدق وقوع البيع ممّن يملك عليه بعد الاجازة.

٢) هذا جواب ثانٍ عن النبوي الثاني، و محصّله: أنّه ـ على فرض تسليم عمومه لبيع الفضولي لنفسه و للمالك ـ لابدّ من تخصيصه بما دلّ من الروايات على وقوع البيع للمالك إذا أجاز. و المراد بتلك الروايات هو الروايات الخاصّة الدالة على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

٣) و هما روايتا يحيىٰ و خالد الآتيتان في بيع الفضولي لنفسه، لا التوقيعان كما قيل. و قد ناقش المصنف ﷺ في الاستدلال بهما بمنع الدلالة، و أنّهما في مقام النهي عن بيع ما ليس مملوكاً للبائع بأن يقع البيع لنفسه، ثم يمضي و يشتري المتاع من مالكه. و هذا النهي لاينافي ما تقدم في الخدشة في النبوي من الحكم بصحة بيع الفضولي للمالك باجازته.

بل ادّعىٰ المصنف ﷺ أنّ روايتي يحيىٰ و خالد أوضح دلالةً على النهي عن بيع الفضولي لنفسه ما ليس مملوكاً له، و لا حاجة إلى حملهما علىٰ هذا المعنىٰ كما حملنا النبويّين المتقدمين على النهي عن بيع ما ليس عنده.

السابقين[١] أوضح[٢]. و ليس فيهما[٣] ما يدلّ ـ ولو بالعموم ـ على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز[٤].

و أمّا الحصر[٥] في صحيحة إبن مسلم و التوقيعِ[٦]

و لعلّ وجه أوضحية الروايتين دلالةً من النبويين هو: أنّ المنفي في النبويّين ذات البيع و جنسه بمقتضىٰ كلمة «لا» و المنفي في الروايتين هو وصف البيع من جوازه و مضيّه، و معلوم أنّ نفي الوصف أقرب إلى ملاحظته ـ بالنسبة إلى شخص دون آخر ـ من نفي الذات، لكونه أظهر في الاطلاق.

١) و هما النبويّان المذكوران.

٢) تقدم وجه الأوضحيّة آنفاً.

٣) يعني: و لايدلّ شيءٌ من هاتين الروايتين السابقتين ـ ولو بلسان العموم ـ على مقصود القائلين ببطلان الفضولي من بطلانه و عدم وقوعه للمالك إذا أجاز، بل تدلّان على عدم وقوعه للفضولي، و لا دلالة فيهما بوجهٍ على عدم وقوعهما مطلقاً حتىٰ للمالك مع إجازته.

٤) أي: إذا أجاز المالك، و ضمير «له» راجع الى المالك.

٥) سوق البيان يقتضي أن يقال: «و عن الحصر» ليكون معطوفاً على «عن النبوي» في قوله: «و الجواب عن النبوي» فالمناسب للتعبير بـ «و أما الحصر» أن يكون مسبوقاً بـ «أمّا الجواب عن النبوي» حتى يعطف «و أما الحصر» عليه.

و كيف كان فالمراد بالحصر «لا تشترها إلّا برضا أهلها» الوارد في صحيحة إبن مسلم، و كذا قوله عليه السلام في مكاتبة الحميري: «انّ الضيعة لا يجوز إبتياعها إلّا عن مالكها، أو بأمره أو برضاً منه».

و قد أجاب عن هذا الحصر بوجهين، سيأتي بيانهما.

٦) معطوف على «صحيحة» يعني: و أمّا الجواب عن الحصر الوارد في توقيع الامام الحجة المنتظر عجّل الله تعالىٰ فرجه الشريف، و جعلناه فداه ... فإنّما هو ... الخ.

فإنّما[١] هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأساً[٢] على ما يقتضيه السؤال فيهما[٣]. و توضيحه[٤]: أنّ النهي في مثل المقام و إن كان يقتضي الفساد،

---

١) جواب «و أمّا» و ضمير «هو» راجع إلى «الحصر» و هذا إشارة الى الجواب الأوّل.

٢) يعني: أنّه في مقام إعتبار الرضا في الصحة، في مقابل إنتفائه مطلقاً من السابق و اللّاحق. توضيح جواب الحصر في صحيحة إبن مسلم و التوقيع هو: أنّ النهي عن الإشتراء منحصر في الاشتراء الفاقد لرضا المالك رأساً من المقارن و المتأخّر. و لازمه صحة عقد الفضولي، إذ المفروض كونه واجداً لرضا المالك بعد العقد بالاجازة، فيكون الحصر في الصحيحة و التوقيع دليلاً على صحة الفضولي، لا على بطلانه كما هو مرام القائل ببطلان الفضولي.

نعم يكون دليلاً على بطلانه بناءً على كون الإشتراء المنهي عنه خصوص الإشتراء غير المقارن للرضا، و أنّ هذا الإنشاء لايصلح للتأثير ولو بعد لحوق الاجازة من المالك. فينحصر الانشاء الموجب للتمليك الفعلي في الانشاء المقترن بالرضا حين صدوره. و هذا دليل على بطلان الفضولي.

و مع هذين الاحتمالين في الصحيحة و التوقيع لايصح الاستدلال بهما على بطلان الفضولي، بمعنىٰ عدم ترتب الأثر الفعلي عليه.

٣) أي: في صحيحة إبن مسلم و التوقيع، فإنّ السؤال ـ المتضمن لنزاع أهل الأرض و أهل الأستان في بيع الأرض الواقعة بفم النيل ـ يدلّ على عدم رضا المالكين رأساً بالبيع، بحيث لو استجيزوا لما أجازوا، إذ لو كانوا راضين لطالبوا الثمن و تنازعوا فيه.

٤) أي: توضيح أنّ المراد بالحصر هو عدم رضا أهل الضيعة و الأرض رأساً، لا خصوص الرضا المقارن، فلا يشمل عقد الفضولي المتعقّب بإجازة المالك. و إستفادة

إلّا أنّه بمعنىٰ عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه، و من المعلوم أنّ عقد

كفاية الرضا المتأخر إنّما هي من إطلاق الرضا في قوله عليه السلام في صحيحة محمّد بن مسلم: «لا تشترها إلّا برضا أهلها» و من قوله عجل الله تعالى فرجه الشريف: «لا يجوز إبتياعها إلّا من مالكها» فإنّ إطلاق الرضا و الابتياع يدلّ على الرضا و الابتياع من المالك بأيّ نحوٍ حصل، سواء كانا مقارنين مع العقد أم متأخرين عنه.

فعقد الفضولي الذي تلحقه الاجازة الكاشفة عن رضا المالك داخل في العقد الواقع عن رضا المالك و غير منهي عنه، إذ المفروض أنّ المراد بالمنهي عنه هو العقد الفاقد للرضا رأساً. و المراد ببطلان عقد الفضولي هو عدم ترتب الأثر كالملكية الفعلية عليه ما لم يرض المالك به، لا عدم صلاحيته لترتب الأثر عليه بإجازة المالك.

و بالجملة: فمجرّد النهي عن بيع الفضولي لايدلّ على فساده مطلقاً، بحيث لا يفيده الاجازة الكاشفة عن رضا المالك.

فمحصّل أوّل وجهي الجواب: أنّ النهي عن البيع إلّا برضا المالك إن كان دالاً على أنّ الإنشاء المملّك فعلاً منحصرٌ في الإنشاء المقارن لرضا المالك، فهو دليل على بطلان عقد الفضولي و إن أجاز المالك، إذ المفروض قصور الإنشاء في نفسه عن سببيّته للتمليك ولو بعد الاجازة. و إن كان دالاً على بطلان الإنشاء الخالي عن الرضا مطلقاً و إن تأخّر عن العقد لم يدلّ على بطلان الفضولي، إذا لحقه الرضا.

و حيث إنّ الرضا مطلق و لم يقيّد بمقارنته للعقد فإطلاقه نافٍ لإعتبار خصوص الرضا المقارن. فالنهي حينئذٍ لايدلّ إلّا على إعتبار الرضا في الجملة ولو بعد العقد، فقبل الرضا لايتحقق النقل و الانتقال. فإطلاقُ «الباطل» على عقد الفضولي ـ كما في كثير من عبارات الأصحاب ـ صحيح باعتبار عدم ترتب الأثر الفعلي عليه، لكونه فاقداً لرضا المالك، فصحة عقد الفضولي قبل الاجازة تأهُّليّة، و بعدها فعليّة.

الفضولي لا يترتب عليه بنفسه[١] الملكُ المقصود منه. و لذا[٢] يطلق عليه «الباطل» في عباراتهم كثيراً، و لذا[٣] عدّ في الشرائع و القواعد من شروط المتعاقدين ـ أعني شروط الصحة ـ كونَ العاقد مالكاً أو قائماً مقامه (*).

---

١) أي: بدون رضا المالك، و قوله «الملك» فاعل «يترتب».

٢) أي: و لأجل عدم ترتب الأثر الفعلي ـ على عقد الفضولي بنفسه ـ يطلق عليه الباطلُ.

٣) أي: و لأجل إطلاق «الباطل» على عقد الفضولي ـ في كثير من كلمات الأصحاب ـ عدّ في الشرائع ... الخ.

قال المحقق ﷺ: «و أن يكون البائعُ مالكاً أو ممّن له أن يبيع عن المالك كالأب و الجدّ ... فلو باع ملك غيره وقف علىٰ إجازة المالك أو وليّه، على الأظهر»[١] و كلمةُ الباطل و إن لم ترد في الشرائع، إلّا أن إشتراط صحة البيع و ترتب الأثر عليه بكون البائع مالكاً أو وليّاً كافٍ في الاستشهاد بكلامه علىٰ أنّ المراد بالباطل ما لا يترتب عليه الأثر فعلاً، سواء لم يترتب عليه أصلاً حتى بالاجازة كما هو رأي القائلين ببطلان بيع الفضولي رأساً كالشيخ في الخلاف و المبسوط، و إبن إدريس ﷺ[٢]. أم ترتب الأثر عليه بعد لحوق إجازة وليِّ العقد كما هو رأي القائل بصحته.

(*) لا يخفىٰ أنّ قوله عجل الله تعالى فرجه في مكاتبة الحميري «ان الضيعة لا يجوز إبتياعها إلّا عن مالكها أو بأمره أو رضا منه» ظاهر في صحة الفضولي، و ذلك لأنّ العطف يقتضي المغايرة فإنّ عطف «الرّضا» يدلّ على مغايرته للمعطوف عليه، فإنّ الرضا

«١» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٤، و نحوه كلام العلّامة في القواعد، ج ٢، ص ١٨ و ١٩

«٢» الخلاف، ج ٣، ص ١٦٨، كتاب البيوع، المسألة ٢٧٥ ؛ السرائر، ج ٢، ص ٢٧٤

و إن أبيت إلّا عن ظهور الروايتين[1] في لغويّة عقد الفضولي رأساً[2] وجب تخصيصهما (*)

---

١) و هما صحيح محمد بن مسلم و مكاتبة الحميري إلى وليّ الأمر و حجة العصر عجلّ الله تعالى فرجه. و هذا إشارة إلى ثاني وجهي الجواب عن الصحيحة و التوقيع الشريف. و محصل هذا الجواب هو: أنّه لو سلّمنا ظهور النهي فيهما في لغوية عقد الفضولي ـ بحيث لا يصلح الإنشاءُ ذاتاً للتأثير في ترتب الأثر المقصود عليه حتى بعد إجازة المالك ـ نقول بلزوم تخصيصهما بما تقدم من أدلة صحة الفضولي.

و عليه فلا يدلّ الحصر في صحيحة إبن مسلم و التوقيع على لغوية عقد الفضولي، بحيث يكون كعقد الغافل و النائم و نحوهما ممّن لا يتمشّىٰ منه القصد إلى المدلول، مع بداهة تبعية العقد للقصد بل تقوُّمه به.

٢) بأن يكون إنشاءُ الفضولي في نفسه غير قابل للتأثير في الملكية مثلاً و إن أجاز المالك.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

في الابتياع عن المالك مباشرة أو بأمره المنطبق على وكيله أو مأذونه مقارن للعقد كما هو واضح. بخلاف عقد غير المالك و مأذونه و هو الفضولي، فإنّ رضا المالك بعقده متأخر عنه، و ليس مقارناً له. و مع ذلك جعل في المكاتبة ممّا يوجب صحة عقد الفضولي كصحة عقد المالك أو مأذونه، فإنّ غير المالك و مأذونه ليس إلّا الفضولي. فالمكاتبة دليل على صحة عقد الفضولي، لا على بطلانه كما رامه القائل ببطلان عقد الفضولي.

(*) لا يخفى أنّه ـ بناءً على لغوية الانشاء و عدم قابليته للتصحيح كلغوية عقد الساهي و النائم ـ لا وجه لتخصيصه بأدلة الصحة، لعدم صدق العقد و العهد عليه حينئذٍ. فلابدّ أوّلاً من إثبات عدم لغوية إنشاء الفضولي، و عدم كونه كعقد الغافل و النائم حتى تصل النوبة إلى دعوىٰ التخصيص بأدلة الصحة كما لا يخفىٰ، و عدم لغويته ثابت بأدلة صحة الفضولي، فالتخصيص في محلّه.

بما تقدّم من أدلّة الصحة[١].

و أمّا[٢] رواية القاسم بن فضيل فلا دلالة فيها[٣] إلّا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنه باع ما لا يملك. و هذا[٤] حقٌّ لاينافي صحةَ الفضولي.

---

١) و هي الأدلة الخاصة المتقدمة في أدلة صحة عقد الفضولي، لكونها دالّةً على الصحة مع إجازة المالك، فهي أخصّ من أدلة بطلان الفضولي الدالة على بطلانه مطلقاً و إن أجاز المالك، فهي أعمّ من أدلة الصحة، فتخصص بأدلة الصحة.

٢) الكلام في عطفه هو الكلام في عطف قوله: «و أما الحصر» المتقدم في (ص ٥٠١).

٣) محصل هذا الجواب المذكور في المقابس«١» أيضاً هو: أنّ هذه الرواية تنفي الصحة الفعلية دون الصحة التأهلية التي هي مورد البحث. توضيحه: أنّ جواز إعطاء الثمن من آثار الصحة الفعلية و لوازمها. و الرواية تنفيه، و انتفاء اللازم يدل على إنتفاء الملزوم، فالمنفي هو الصحة الفعلية. و لاريب في أنّ القائلين بصحة الفضولي لا يُنكرون عدم الصحة الفعلية، بل يعترفون بذلك، و إنّما هم يدّعون الصحة التأهلية.

فالمنفي في الرواية ـ و هو الصحة الفعلية ـ لا ينافي الصحة التأهلية التي يدّعيها القائلون بصحة عقد الفضولي، فالرواية المذكورة لاتنفي الصحة التأهلية الاقتضائية التي هي مورد البحث، حتى تكون دليلاً على بطلان عقد الفضولي، بل تنفي غير ما يدّعيه القائلون بصحة عقد الفضولي. فالمثبت في كلام المثبتين ـ و هو الصحة التأهلية ـ غير المنفي، و هو الصحة الفعلية عند النافين.

٤) أي: و عدم جواز إعطاء الثمن لاينافي صحة عقد الفضولي إقتضاءً و تأهُّلاً، لما مرّ من أنّ جواز إعطاء الثمن من لوازم الصحة الفعلية، لا الاقتضائية التي هي مورد

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٠

و أمّا توقيعُ الصفّار[1] فالظاهرُ (*) منه نفي جواز البيع فيما لا يملك، بمعنىٰ وقوعه للبائع على جهة الوجوب و اللزوم[2].

البحث في الفضولي.

١) و هو توقيع الامام العسكري عليه السلام إلى الصفّار«١» و هذه المناقشة مذكورة في المقابس و الجواهر أيضاً، فراجع«٢».

٢) يعني: لايقع البيع للبائع الفضولي على وجه اللزوم كما يقع للمالك، فالمنفي هو البيع الواقع على وجه اللزوم المندرج في أفراد البيع في «أحلّ الله البيع» فذلك البيع اللازم لا يقع للبائع الفضولي.

(*) ظاهره كون عدم الجواز أعمّ من الفساد، إذ المفروض قابلية عقد الفضولي للصحة الفعلية بإجازة المالك، مع أنّ الفساد مساوق لعدم الجواز و النفوذ و الصحة، كما أنّ الجواز و النفوذ مساوقان للصحة.

فالأولىٰ أن يقال: إنّ عدم الجواز إذا نُسب الى نفس العقد من حيث هو ـ و بعبارةٍ أُخرىٰ من حيث هو إنشاء ـ فهو فاسد، و لا يصحّحه شيء. و الفساد بهذا المعنىٰ مقصود القائلين ببطلان عقد الفضولي، نظير البيع الربوي، و بيع ما لا يملك كبيع الخمر.

و إذا نُسب إلى مَن لا يملك كالفضولي، ثمّ تبدّلت هذه النسبة و أُضيف العقد إلى المالك بإجازته، خَرجَ العقد عن الموضوع المحكوم بعدم الجواز و عدم المضيّ. و عدم الجواز بهذا المعنىٰ مرادٌ في توقيع الصفّار: «و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك» فإنّ عدم الجواز فيه أُضيف إلى بائع ما لا يملك. كما أنّ وجوب الشراء أُضيف إلى مالك

«١» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٥٢، رواه الشيخ باسناده الصحيح عن محمّد بن الحسن الصفار، و قد روى عنه محمّد بن الحسن بن أحمد بن الوليد الذي روىٰ عنه محمّد بن علي بن الحسين، فالسند صحيح.

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٠؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٤

و يؤيّده[1] تصريحهُ عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك،

---

١) يعني: و يؤيّد ما ذكرناه ـ من أنّ الظاهر من توقيع الصفّار هو عدم وقوع البيع على وجه اللزوم للفضوليّ ـ قوله عليه السلام في التوقيع المذكور: «و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك» فإنّه يدلّ على أنّ المنفي هو البيع اللازم الوفاء، لأنّه بيع المالك، و الفضوليّ ليس بمالكٍ، فالبيع اللازم منفيّ عنه، لا البيع الذي يصير بيعاً للمالك بإجازته.

و بالجملة: فهذا التوقيع الشريف ينفي عن الفضوليّ البيعَ الذي يصحّ للمالك، و هو البيع الذي يترتب عليه النقل و الانتقال، و لزوم القبض والاقباض. و من المعلوم أنّ القائلين بصحة الفضولي لايدّعون الصحة بهذا المعنى المعبّر عنها بالصحة الفعلية، بل يدّعون الصحة التي لايترتب عليها النقل و الانتقال فعلاً، و لا وجوب القبض و الإقباض. و هذا المعنىٰ من الصحة غير منفي في التوقيع، و المنفي فيه هو الصحة الفعلية، و إنّما يترتب الصحة الفعلية على عقد الفضولي بعد إجازة المالك، لصيرورته حينئذٍ عقداً للمالك بقاءً و إن لم يكن عقده حدوثاً، إذ المفروض صدوره عن الفضولي.

المبيع. فالفساد في عقد الفضولي منسوب إلى العقد من حيث هو عقد لغير المالك، لا من حيث نفسه حتى لا يصحه شيء ولو أجازه المالك.

و يؤيّد إرادة عدم الجواز المنسوب إلى مَن لا يملك ـ لا إلى العقد نفسه ـ أنّ الأصحاب القائلين بصحة الفضولي مع إجازة المالك أطلقوا الباطل على عقد الفضولي، حيث إنّ مرادهم بالباطل هو عدم الاستقلال في التأثير، لا اللغوية كعقد الغافل و النائم.

فتلخّص: أنّ شيئاً من الروايات لا يصلح لإثبات بطلان الفضولي مطلقاً ولو بإجازة المالك، بمعنىٰ كون عقد الفضولي لغواً بحيث لا يصلحه شيء ولو كان إجازة المالك.

فلا دلالة[١] على عدم وقوعه لمالكه إذا أجاز.

و بالجملة: فالانصاف أنّه لا دلالة في تلك الأخبار[٢] بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، و لا تعرُّض فيها إلّا لنفي وقوعه للعاقد.

الثالث[٣]: الاجماعُ على البطلان، إدّعاه الشيخ في الخلاف[٤] معترفاً[٥] بأنّ الصّحّة مذهب قومٍ من أصحابنا، معتذراً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم[٦].

---

١) يعني: فلا دلالة في التوقيع على عدم وقوع البيع للمالك إذا أجاز، و هذه نتيجة ما أفاده بقوله: «فالظاهر منه نفي جواز البيع ... الخ».

٢) و هي النبويّانِ و توقيعُ الامام العسكري عليه السلام و روايةُ الحميري و صحيحتا محمّد بن مسلم و محمّد بن القاسم.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

ج : الإجماع

٣) هذا ثالث الأدلة الأربعة التي إستدلّ بها القائلون ببطلان عقد الفضولي.

٤) قال في الخلاف: «مسألةٌ: إذا باع إنسانٌ ملكَ غيره بغير إذنه كان البيع باطلاً، و به قال الشافعي. و قال أبو حنيفة: ينعقد البيع، و يقف على إجازة صاحبه، و به قال قوم من أصحابنا. دليلنا: إجماع الفرقة، و مَن خالف منهم لا يعتد بقوله، و لأنّه لا خلاف أنّه ممنوع من التصرف في ملك غيره، و البيع تصرف ... الخ»[١].

٥) حيث اعترف بقوله: «و به قال قوم من أصحابنا».

٦) بقوله: «و من خالف منهم لا يعتد بقوله».

«١» الخلاف، ج ٣، ص ١٦٨، كتاب البيوع، المسألة ٢٧٥

و إدّعاه[١] إبن زهرة أيضاً في الغنية.

و إدّعىٰ[٢] الحلّيّ في باب المضاربة عدمَ الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا إشترىٰ بعين المغصوب[٣].

---

١) أي: و إدّعىٰ الاجماعَ السيدُ إبن زهرة بقوله: «اشترطنا ثبوت الولاية إحترازاً من بيع مَن ليس بمالك للمبيع و لا في حكم المالك له ... فانه لا ينعقد و إن أجازه المالك، بدليل الاجماع الماضي ذكرُه ...»«١».

٢) قال في مسألة ما إذا غصب مالاً لرجل فاتّجربه فربح، أو كان في يده مال أمانة أو وديعة أو نحوهما، فتعدّىٰ فيها، و إتّجر و ربح: «فلمن يكون الربح؟ قيل: فيه قولان ... و القول الثاني: انّ الربح كله للغاصب، لاحقّ لربّ المال فيه. لأنّه إن كان قد إشترىٰ بعين المال فالشراء باطل بغير خلاف. و إن كان الشراء في الذمة ملك المشتري المبيع و كان الثمن في ذمته بغير خلاف ... و هذا القول هو الصحيح الذي تقتضيه الأدلة و أُصول المذهب»«٢».

و الشاهد في قوله: «فالشراء باطل بغير خلاف» لظهوره في الاجماع على فساد الشراء بعين مال الغير.

٣) الاستدلال على بطلان الفضولي في المسألة الأولىٰ ـ و هي بيع الفضولي عن المالك بدون سبق منعٍ منه ـ بعدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب منوط بتسليم أمرين:

أحدهما: عدم الفرق بين الشراء و البيع.

ثانيهما: عدم الفرق بين الغاصب و غيره.

«١» غنية النزوع (ضمن الجوامع الفقهية) ص ٥٢٣، السطر ١٣ الى ١٥

«٢» السرائر، ج ٢، ص ٤١٥

و الجواب[1] عدمُ الظّن بالاجماع، بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظمِ القدماء كالقديمين و المفيد و المرتضىٰ و الشيخ بنفسه في النهاية ـ التي هي آخر مصنفاته على ما قيل ـ و أتباعهم على[2] الصحة. و إطباقِ المتأخرين عليه[3] عدا فخرِ الدين و بعضِ متأخري المتأخرين[4]».

و كلاهما محلّ التأمل، إذ من الأقوال التفصيل بين الشراء و البيع، بالبطلان في الأوّل و الصحة في الثاني. و من جملتها التفصيل بين البيع لنفسه، و منه الغاصب، و البيع للمالك، ببطلان الأوّل و صحة الثاني.

١) محصّل الجواب: أنّ المفيد هو القطع بالاجماع، و ذلك ليس بحاصل مع ذهاب معظم القدماء و الشيخ بنفسه في النهاية إلى الصحة كما هو ظاهر. مع أنّ اللازم هو إتّفاق الكل على البطلان. و مع الغضّ عنه و تسليم الاتفاق المزبور يحتمل إرادة عدم الاستقلال من الباطل، كما ظهر ذلك من إطلاق الفقهاء «الباطل» على عدم الاستقلال بنفسه في التأثير.

و عليه فلا يدلّ الاجماع ـ على تقدير تحققه ـ على البطلان الذي أراده القائلون ببطلان الفضولي، اذ المحتمل أن يكون الاجماع ناظراً إلى منع الصغرىٰ، و هي التصرف، لتوقّف صدقه على الإجازة التي هي بيد المالك فقط، إذ لم يصدر من المالك شيء، و إنّما صدر عقدٌ من الفضولي.

٢) متعلق بـ «ذهاب» كذا في نسخ الكتاب، و الأولىٰ أن يقال: «إلى الصحة» ليناسب الذهاب.

٣) الأولىٰ تأنيث الضمير، لرجوعه إلى الصحة، و قوله «إطباق» معطوف على «ذهاب».

٤) كالمحقق الأردبيلي قدس سره.

«١» تقدمت مصادر أرباب الأقوال في ص ٣٧٤ و ٣٧٥. فراجع.

الرابع[1]: ما دلّ من العقل (*) و النقل (**) على عدم جواز التصرف في

د : حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير بلا إذنٍ منه

١) هذا رابع الأدلة التي أُقيمت على بطلان عقد الفضولي، و محصله: أنّ التصرف في مال الغير بدون إذنه ظلمٌ في حقّ المالك، لتجاوز هذا التصرف عن حدود العدل و الإنصاف، و ذلك قبيح عقلاً. و لا يرتفع هذا القبح بالرّضا اللاحق، لأنّ ما وقع لا يتغيّر عمّا وقع عليه، و القبيحُ لا يترتب عليه آثار الصحة إلّا مع تبدل الموضوع بصيرورة القبيح في مرحلة البقاء حسناً.

و بعبارة أُخرىٰ: هذا الدليل العقلي يُثبت كبرىٰ القياس، و هو قبح التصرف في مال الغير إلّا بإذنه، و صغرىٰ القياس هو صدق «التصرف» على مجرّد إنشاء الفضولي، كما صرّح به الشيخ في الخلاف.

و نتيجة القياس حكم العقل بقبح بيع الفضول عقلاً، و حرمته شرعاً.

(*) الأولىٰ أن يقال: ما دلّ من العقل على قبح التصرف في مال الغير إلّا بإذنه. و بقاعدة الملازمة يستكشف الفساد شرعاً، فلا حاجة إلى بيان رواية الاحتجاج.

(**) الأولىٰ إسقاط «النقل» و إن كان هو مساعداً للعقل، إلّا أن الكلام في دليليّة كل من الأدلة الأربعة باستقلاله، و مع الغضّ عن الآخر.

بل يمكن أن يقال: بعدم الوجه للاستدلال بالدليل العقلي هنا.

أمّا أوّلاً: فلأنّ العقل لا حكم له إلّا إدراك الحسن و القبح المترتبين على إدراك المصالح و المفاسد، و ليس له حكم وجوبي أو تحريمي حتى يستدلّ به على حكم تكليفي كالحرمة، أو وضعي كالبطلان في عقد الفضولي، فلا ينبغي التعبير بعدم الجواز كما في المتن، حيث قال: «على عدم جواز التصرف في مال الغير ... الخ» بل المناسب التعبير بقبح التصرف. إلّا أن يراد بعدم الجواز عدم النفوذ، لا الحكم التكليفي.

مال الغير إلّا بإذنه، فإنّ الرضا اللاحق لا ينفع[1] في رفع القبح الثابت حال

---

١) لأنّ الفعل لا يتغيّر وصفُه الذي كان ثابتاً له حين وقوعه، فإذا وقع بعنوان الظلم مثلاً لايرتفع عنه هذا الوصف، و لا يقال: إنّ حدوثه لم يكن بصفة الظلم.

و أمّا ثانياً:فلأنّه لا موضوع في عقد الفضولي لحكم العقل، ضرورة أنّ موضوعه التصرف، و هو إمّا خارجي أعني به المماسة مع الشيء كالأكل و اللبس و الافتراش ونحوها، و إمّا إعتباري كالملكية.

و كلاهما مفقود في عقد الفضولي. أمّا الأوّل فواضح. و أمّا الثاني فلتوقفه على حصول إضافة الملكية القهرية بعقد الفضولي. و من الواضح عدم تحققها بمجرد العقد، وعدم حصول إجازة المالك. فالتصرف الذي هو موضوع حكم العقل ـ بكلا قسميه من الخارجي و الاعتباري ـ مفقود في عقد الفضولي. و مع فرض عدم صدق التصرف عليه لا يحكم العقل بقبحه حتى يحكم بقاعدة الملازمة بحرمته المقتضية لفساده. فالاستدلال على بطلان عقد الفضولي بحكم العقل الذي جعل رابع أدلة بطلانه غير واضح.

ثمّ إنّه ـ بعد الغضّ عن جميع ذلك، و تسليم حكم العقل بالقبح، و إستكشاف حرمته بقاعدة الملازمة ـ لا نسلم دلالة هذه الحرمة على البطلان، بمعنى لغوية الإنشاء، وعدم صلاحيته للتأثير ولو بإجازة المالك. و ذلك لأن فساده ناشٍ من عدم إضافة العقد إلى المالك، و ليس ناشئاً من نفس العقد من حيث هو كبيع المصحف من الكافر، و البيع الربويّ، حيث لا يقبل الصحة أصلاً.

و بالجملة: فلا يدلّ العقل على فساد عقد الفضولي كفساد البيع الربويّ، ولو دلّ لكانت دلالته على حدّ دلالة السنّة على الفساد. و قد عرفت أنّ المراد بالفساد عدم الصحة الفعلية، لا عدم الصحة التأهلية، فإنّ عدم الصحة الفعلية مسلّم عند الكل حتى عند القائلين بصحة الفضولي، حيث إنّهم لا يدّعون الصحة الفعلية، بل مصبّ النزاع بين المثبتين و النافين هو الصحة التأهليّة.

التصرف، ففي التوقيع المروي في الاحتجاج[١] «لا يجوز لأحدٍ أن يتصرف في مال غيره إلّا بإذنه»[١]. و لا ريب أنّ بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً.

و الجواب[٢]: أنّ العقد تصرف على مال الغير متوقّعاً لإجازته غيرَ[٣] قاصد لترتب الآثار عليها ليس تصرفاً فيه[٤] (*).

---

١) غرضه من ذكر التوقيع هو إثبات مساعدة النقل الذي أشار إليه بقوله: «من العقل و النقل» لحكم العقل.

٢) محصّل الجواب منع الصغرىٰ و هي التصرف، فإنّ موضوع عدم جواز التصرف و الحكم الوضعي ـ أعني به الفساد ـ هو التصرف، و صدقه على عقد الفضولي للمالك بتوقُّع الإجازة من المالك ممنوع. و عليه فلا موضوع للفساد، و لا لعدم الجواز التكليفي حتى يقال باقتضائه للفساد.

و ببيان آخر: ليس عقد الفضولي عن المالك ـ بترقُّب الاجازة منه ـ تصرُّفاً في ماله، لا خارجيّاً و لا إعتباريّاً كما مرّ مفصّلاً. و حكم العقل بالقبح منوط بصدق الظلم على الغير، و هو موقوف على التصرّف الذي هو مفقود هنا[٢].

٣) هذا و قوله: «متوقّعاً» حالانِ من «العقد» أي: الانشاء حال كون المنشِيء متوقّعاً لإجازة المالك، و حال كونه غير قاصد لترتيب الأثر علىٰ إنشائه.

٤) ظاهره أنّ العقد بدون توقع الإجازة يكون تصرفاً في مال الغير، مع أنّه

(*) في حاشية الفقيه السيد الطباطبائي ﷺ نفي البعد عن صدق التصرّف على

«١» الاحتجاج، ج ٢، ص ٢٩٩، طبع مطبعة النعمان عام ١٣٨٦، لكن في المصدر «لا يحلّ»، رواه في وسائل الشيعة عن اكمال الدين، ج ٦، ص ٣٧٦ و ٣٧٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، ح ٦

«٢» هذا الجواب مذكور في جملة من الكتب كمفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٦، السطر ٤؛ مقابس الأنوار، ص ٢٨، السطر ١٣، و جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٢

نعم[1] لو فُرض كون العقد علّةً تامةً ـ ولو عرفاً[2](*) ـ لحصول الآثار

ليس كذلك، لأنّ صدق التصرف منوط بكون العقد سبباً تامّاً لحصول الملك قهراً للمشتري. و ليس الأمر كذلك، بل هو موقوف على إجازة المالك، إذ خروج المال عن ملك مالكه قهراً من أقبح أفراد الظلم. فعقدُ الفضوليّ مطلقاً ـ سواء أكان العاقد مترصّداً لإجازة المالك أم غير مترصّد له ـ ليس تصرّفاً في مال الغير حتى يكون قبيحاً عقلاً و فاسداً شرعاً.

١) إستدراك على قوله: «ليس تصرّفاً» يعني: يمكن فرض كون عقد الفضوليّ تصرّفاً فيما إذا كان العقدُ علّةً تامّةً لحصول الأثر المقصود كالملكيّة مثلاً.

٢) يعني: لا بالدقة العقليّة، فلو صدق عرفاً كون العقد علّةً تامّةً لترتّب الآثار عليه ـ كما اذا تصدّىٰ المالك بنفسه لبيع ماله ـ قلنا بجواز هذا الإنشاء، تبعاً لجواز التصرّف في مال نفسه.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

عقد الفضولي الصادر عن جدّ، لا عن هزل»[1].

لكن فيه: أنّ صدق التصرف عليه منوط بتبدل إضافة الملكية بهذا العقد، و ذلك بدون إجازة المالك ممتنع، فإنّ الملكيّة تدور بين الوجود و العدم، و معلوم أنّها معدومة قبل إجازة المالك، فكيف يصدق التصرف على مجرّد العقد؟

(*) لكن فيه: أنّ الصدق العرفي يعتدُّ به ما لم يخطّئه الشرعُ، و مع التخطئة لا يترتب عليه آثار التصرف. و بيع الغاصب المستقلّ مستلزم للتصرّف الخارجي، لا أنّ نفس عقده تصرف.

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٤٠

كما في بيع المالك أو الغاصب[١] المستقلّ، كان[٢] حكم العقد[٣] جوازاً و منعاً حكم معلوله المترتب عليه (*).

ثم لو فرض[٤] كونه تصرُّفاً ممّا إستقلّ العقلُ بجوازه (**) مثل

---

١) يعني: أن إنشاء الغاصب المستقل الذي يبيع لنفسه قبيح و باطل، لكونه علّة تامّة عرفاً لترتّب القبض و الإقباض عليه.

٢) جواب قوله: «لو فرض».

٣) فعقدُ المالك جائز، لجواز معلوله، و عقدُ الغاصب المستقل ممنوع، لحرمة التصرف في المبيع المغصوب، لكنّه لا يكون تابعاً لمعلوله جوازاً و منعاً بناءً على علية العقد له، لكنه ممنوع.

٤) غرضه مع التنزل و تسليم كون عقد الفضولي تصرفاً،لكنّه ليس من التصرفات الممنوعة، بل من التصرّفات التي يستقلّ العقل بجوازها. و هذا من قبيل

(*) هذا متجه بناءً على كون العقد سبباً تامّاً لترتب التصرفات الخارجية في العين قهراً و بدون الاختيار. لكنه ليس كذلك، فلا يسري حكم المعلول إلى العلّة و هي العقد، و العقدُ إنّما يكون تصرفاً في لسان العاقد، لا في أحد العوضين حتى يحرم.

(**) فيه: أنّ مثل الإستضاءة بسراج الغير ليس تصرفاً، و إنّما هو إنتفاع بمال الغير، و الموضوع هنا هو التصرف، و من المعلوم أنّ عقد الفضولي ليس تصرفاً في مال الغير، لا خارجياً و لا إعتبارياً.

أمّا الأوّل فواضح. و أمّا الثاني فلتوقفه على إجازة المالك، فإن الملكية معدومة قبل إجازة المالك، و لا توجد إلّا بإجازته، فإنّها بسيطة، إمّا موجودة، و إمّا معدومة، و لا واسطة بينهما. كما أنّ عقد الفضولي ليس إنتفاعاً بمال الغير أيضاً حتى يكون كالاستظلال بشجر الغير.

الإستضاءة و الإصطلاء بنور الغير و ناره.

مع[١] (*) أنّه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال، بناءً[٢] على أنّ ذلك لا يُخرجه عن الفضولي.

مع[٣] أنّ تحريمه لا يدلّ على الفساد.

مع[٤] أنّه

الإستظلال بجدار الغير أو شجره، أو الإستضاءة بسراجه. فليست هذه التصرفات من التصرف القبيح بنظر العقل حتى يحكم بفساد عقد الفضولي، لكونه تصرّفاً قبيحاً عقلاً.

١) هذا جواب آخر عن قبح التصرّف، بأن يقال: إنّ فرض قبحيّة عقد الفضوليّ أخصّ من المدّعىٰ، بمعنىٰ عدم جريانه في جميع الموارد، كما إذا علم بقرينة حاليّة أو مقاليّة أنّ المالك يأذن في هذا البيع الفضولي، و مع هذا العلم لايكون عقد الفضوليّ تصرّفاً قبيحاً عقلاً حتى يكون فاسداً.

٢) يعني: أنّ فرض العلم بالإذن مبنيٌّ على عدم كونه خارجاً عن عنوان الفضوليّ، إذ مع خروجه عنه موضوعاً يكون أجنبيّاً عن بحث الفضوليّ.

٣) هذا جواب آخر أيضاً عن الاستدلال على بطلان عقد الفضوليّ «بكونه تصرّفاً قبيحاً عقلاً» و حاصله: أنّ قبح العقد عقلاً و حرمتَه شرعاً لايدلّ على الفساد بمعنى لغويّة العقد كعقد الساهي.

٤) هذا جواب آخر أيضاً، و هو: أنّه ـ على فرض دلالة النهي على الفساد ـ

(*) فيه: أنّه ـ بعد فرض كون عقد الفضولي تصرّفاً في مال الغير بدون إذنه ـ لا ينفكّ عن القبح ولو مع العلم بإذن المالك فيما بعد، لصدق التصرّف في مال الغير بدون إذنه على العقد غير المأذون فيه.

لو دلّ[١] لدلّ على بطلان البيع بمعنىٰ عدم ترتب الأثر عليه، و عدم إستقلاله في ذلك. و لا ينكره[٢] القائل بالصحة، خصوصاً إذا كانت الاجازة ناقلةً.

و ممّا ذكرنا[٣] ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري[٤] بناءً على أنّ العقد

لا يراد بالفساد لغوية الانشاء بحيث لايترتب عليه الصحة الفعلية بإجازة المالك، بل المراد بالفساد هو عدم ترتب الأثر المقصود ـ و هو النقل و الانتقال ـ على عقد الفضولي بنفسه، بل ترتبه عليه منوط برضا المالك و إجازته، و القائلون بصحة عقد الفضولي لا يُنكرون الفساد بهذا المعنىٰ.

١) يعني: لو دلّ التحريم التكليفي على بطلان البيع لكان المراد ببطلانه عدم إستقلاله في التأثير.

٢) يعني: و لا يُنكر البطلانَ بهذا المعنى ـ و هو عدم ترتب الأثر على العقد بالاستقلال ـ مَن يقول بصحة عقد الفضولي، خصوصاً بناءً على ناقلية الاجازة، إذ لا أثر للعقد أصلاً قبل الإجازة.

٣) أي: من كون المراد بالبطلان ـ المترتب على النهي التكليفي هو ـ عدم ترتب الأثر على العقد باستقلاله، ظهر الجواب عن فرض قبح عقد الفضولي المستتبع للفساد فيما إذا قصد الفضولي ترتب الأثر على عقده بالاستقلال من دون مراجعة المالك، فإنّ قبح هذا العقد عقلاً يوجب النهي عنه، و هو مستلزم للفساد.

و حاصل الجواب: أنّ المراد بالفساد ما ذكر من عدم ترتب الأثر على العقد بنفسه، لا عدم ترتبه عليه مطلقاً ولو مع إجازة المالك.

٤) الصواب تبديله بـ «المالك». و قد تحصل من جميع ما أفاده المصنف ﷺ في الجواب عن الدليل العقلي المذكور و ردّه وجوهٌ خمسة:

الأوّل: أنّ العقد على مال الغير بتوقُّع الإجازة منه ليس تصرفاً قبيحاً و فاسداً، و هذا الجواب منع صغروي، و هو في غاية الجودة.

المقرون بهذا القصد[١] قبيحٌ محرّم، لا نفسَ[٢] القصد[٣] المقرون بهذا العقد.

و قد يستدل للمنع[٤]

الثاني: أنّ عقد الفضولي ـ بعد تسليم كونه تصرفاً ـ ليس من التصرفات القبيحة عقلاً، بل من التصرفات التي يستقل العقل بجوازها كالاستضاءة بسراج الغير.

لكن فيه ما عرفت من أنّ مثل الاستضاءة بنور الغير ليس تصرفاً، بل هو إنتفاع بمال الغير كما لا يخفى.

الثالث: أنّه أخص من المدّعىٰ الذي هو كون عقد الفضولي تصرفاً قبيحاً، إذ يمكن عدم قبحه في بعض الموارد، كما إذا علم بقرينة حاليّة أو مقاليّة إذنُ المالك و رضاه بالعقد.

لكن هذا الجواب لاينافي الاستدلال على الفساد بنحو الايجاب الجزئي.

الرابع: أنّه ـ بعد تسليم القبح الموجب للنهي ـ لا يدلّ النهي على الفساد.

الخامس: أنّه ـ بعد تسليم دلالة النهي على الفساد ـ ليس المراد بالفساد عدم ترتّب الأثر على عقد الفضوليّ مطلقاً حتى بعد الاجازة، بل المراد بالفساد عدم ترتّب الأثر عليه بعنوان كونه عقد الفضوليّ، لا مطلقاً، فإذا صار عقدَ المالك بالاجازة و خرج عن عنوان الفضوليّ ترتّبَ عليه الأثر.

١) أي: قصد العاقد ترتب الأثر على عقده بالاستقلال بدون إجازة المالك.

٢) معطوف على «أنّ العقد».

٣) حيث إنّ مورد الحسن و القبح اللذين يحكم بهما العقلاء هو الفعل الخارجي الذي تكون مصلحته حافظةً للنظام و مفسدتُه مخلّةً بالنظام. و أمّا القصد النفساني الذي لا أثر له خارجاً في النظام فلا يتصف بالحسن أو القبح أصلاً.

الاستدلال على بطلان البيع الفضولي بوجوه أخرىٰ

٤) أي: المنع عن صحة عقد الفضولي.

بوجوه أُخر ضعيفة[١] أقواها: أنّ القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع، و الفضوليّ غير قادر[٢]. و أنّ[٣] الفضولي غير قاصد حقيقةً[٤] إلى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرّح به في المسالك«١».

---

١) قد ذكرت تلك الوجوه في المقابس بعد بيان تمسكهم بالاجماع، قال: «الثاني: أنّ العقود الشرعية موقوفة على الدليل، و لا دليل على أنّ عقد الفضولي من العقود المقرّرة في الشرع، و أنّه يقف على الاجازة، فوَجَبَ الحكم بفسادها».

و فيه: أنّه قد ثبت مما تقدم من ادلة صحة الفضولي انّ عقد الفضولي صحيح تأهُّلاً، و تصير فعلية صحته باجازة المالك.

و إن شئت الوقوف على سائر الوجوه فراجع المقابس، فإنّ المذكور فيها أزيد من عشرة أوجه«٢».

٢) و لأجل إعتبار القدرة على التسليم في صحة البيع حكموا ببطلان بيع العبد الآبق، حيث إنّ شرط القدرة على التسليم مفقود فيه، فبيعُ الفضولي لابدّ أن يكون أولىٰ بالبطلان، لفقدان الملكية للعاقد، و عدم قدرته على تسليم المبيع فيه. و على هذا يقع البيع باطلاً. و هذا تاسع الوجوه المانعة المذكورة في المقابس.

٣) معطوف على «أنّ القدرة» و هذا وجه آخر لمنع صحة عقد الفضولي، و هو عاشر الوجوه المانعة المذكورة في المقابس. و يُنسب هذا الوجه إلى السيد بحر العلوم ﷺ قال في المقابس: «العاشر: أنّه يشترط في صحة العقد مقارنته لقصد المدلول، فإنّ العقود تتبع القصود، و هو منتفٍ في الفضولي، لأنّه لا يتعلق إلّا بالمقدور، و النقل غير مقدور له، فيمتنع قصده«٣» أي قصد مدلوله خارجاً.

٤) يعني: غير قاصدٍ إلى تحقق مدلول اللفظ في الخارج، كالعقد الصادر من

«١» تقدّم كلامه في بيع المكره فراجع ص ١٦٦

«٢» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ٢٧ و ٢٨

«٣» المصدر، ص ٢٨

و يُضعّف الأوّل[١] ـ مضافاً[٢] إلى أنّ الفضولي قد يكون قادراً على إرضاء المالك ـ بأنّ[٣] هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً، بل يكفي تحققه[٤]

المالك مع إستجماع شرائط الصحة، فإنّه يقصد وقوع ما ينشؤه من الملكية مثلاً في الخارج، فالفضولي فاقد لهذا القصد، دون القصد الاستعمالي، فإنّه حاصل في الفضولي قطعاً، و إلّا كان هازلاً.

و كذا بيع المكرَه، فإنّه قاصد لاستعمال الألفاظ في معانيها، لكنّه غير قاصد لوقوع مدلول العقد خارجاً، إذ لو لم يكن قاصداً لاستعمال الألفاظ في معانيها لم يكن عقداً، و لم ينفع الرضا اللاحق في صحته. و قد تقدم تفصيل هذا المطلب في أوّل بحث بيع المكرَه، فراجع (ص ١٥٧) و ما بعده.

١) و هو عدم قدرة الفضولي على التسليم و قد أجاب عنه المصنف ﷺ بوجهين:

أحدهما: أنّ هذا الدليل أخصّ من المدّعى، و هو بطلان عقد الفضولي مطلقاً، و فرضُ إمكان إرضاء المالك يوجب إختصاص البطلان بصورة عدم إمكان الإرضاء.

و ثانيهما: أنّ شرطية القدرة على التسليم مختصة بالعاقد المالك، لا مطلق العاقد، و إلّا كان عقد الوكيل في إجراء الصيغة فقط باطلاً، لعدم قدرته على التسليم، فلو كان المالك المجيز قادراً على التسليم كفىٰ في صحة البيع.

٢) هذا إشارة إلى الوجه الأوّل، و هو الأخصيّة.

٣) متعلق بـ «و يضعّف» و هو إشارة إلى الوجه الثاني الذي أوضحناه بقولنا: «و ثانيهما أنّ شرطيّة القدرة على التسليم ... الخ».

٤): أي: تحقق الشرط، و هو القدرة على التسليم.

في المالك (*). فحينئذٍ[1] يشترط في صحة العقد ـ مع الاجازة ـ قدرةُ المجيز على تسليمه، و قدرة المشتري على تسلمه، على ما سيجيء[2].

و يُضعّف الثاني[3] بأنّ المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي و المكرَه ـ لا أزيد منه ـ بدليل الاجماع على صحة نكاحِ الفضولي

---

١) أي: فحين الالتزام بكفاية قدرة المالك على التسليم يشترط في صحة العقد قدرةُ المجيز ـ الذي هو مَن له العقد ـ على تسليم المبيع إلى المشتري.

٢) في بيان شرطية القدرة على التسليم في صحة البيع، لقول المصنف هناك: «الثالث من شروط العوضين: القدرة على التسليم».

٣) و هو كون الفضولي غيرَ قاصدٍ حقيقةً إلى مدلول اللفظ، و محصل ما أفاده في الجواب عنه: أنّ القصد المعتبر في العقد هو إستعمال اللفظ في المعنى في مقابل الألفاظ التي تصدر من الغافل و الساهي، إذ قصد إستعمال الألفاظ منهما مفقود. و هذا القصد موجود في عقدي الفضولي و المكرَه، ولو لم يكن هذا القصد موجوداً لم يكن عقداً حتى يصح بالإجازة في عقد الفضولي و بالرّضا في عقد المكرَه، و قد تقدّم في عقد المكرَه إلتزامهم بصحته لو كان الإكراهُ بحقّ، فراجع (ص ١٧٨).

(*) بل يمكن أن يقال: إنّ المعتبر هو القدرة في الجملة، فلو لم يكن المالك قادراً على التسليم و كان المشتري قادراً على التسلم ـ كما إذا كان المبيع في يد الغاصب، و لم يقدر البائع على إسترداده، مع قدرة المشتري عليه ـ كفىٰ في تحقق الشرط و صحة البيع.

وبيعِ المكرَه بحقّ[١]، فإنّ دعوىٰ عدم إعتبار القصد في ذلك[٢] للاجماع كماترىٰ[٣].

---

١) كما إذا أكره الحاكم الشرعي مَن يمتنع عن أداء دينه ـ مع تمكُّنه منه ـ على بيع بعض أمواله.

٢) أي: في كلٍّ من الفضوليّ و المكرَه.

٣) حاصله: أنّ مرجع هذه الدعوىٰ إلى تخصيص قاعدة تبعيّة العقود للقصود في عقدي الفضوليّ و المكرَه بحقٍّ. و أنت خبير بأنّ هذا التخصيص لا مورد له، لتقوُّم العقد بالقصد، و معلومٌ أنّ التخصيص إخراج حكميّ لا موضوعيّ، و عدم الحاجة إلى القصد إخراجٌ موضوعيّ، إذ لا عقد حقيقةً بدون القصد.

هذا تمام الكلام في المسألة الأُولىٰ.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المسألة الثانية[1]

أن يسبقه منعٌ من المالك. و المشهور أيضاً[2] صحته[3].

و حُكي عن فخرالدين: أنّ بعض المجوِّزين للفضولي إعتبر عدم سبق نهي المالك. و يلوح إليه[4] ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي

المسألة الثانية : بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك

١) و هي عقد الفضولي للمالك مع سبق منع المالك، و هذه المسألة هي ثانية المسائل الثلاث التي ذكرها المصنف ﷺ سابقاً بقوله: «فهاهنا مسائل ثلاث».

٢) يعني: كالمسالة الأُولىٰ، فإنّ المشهور كما قالوا بصحة بيع الفضولي في المسألة الأُولىٰ، كذلك قالوا بصحته في هذه المسألة الثانية. خلافاً لما نسب إلى بعض من الفساد في هذه المسألة، و نَقَلَ المصنف عن بعضهم وجهين له، ثم ناقش فيهما، و سيأتي.

٣) أي: صحة عقد الفضولي مع سبق منعٍ من المالك. و عن ظاهر شرح القواعد إندارجه في الشهرات المدّعاة و معاقد الاجماع.

٤) أي: ما عن فخر المحققين من أنّ بعض المجوِّزين لعقد الفضولي إعتبر في صحته عدم سبق نهي المالك. و اختاره في باب المضاربة بقوله: «لأنّه عقد نهاه المالك عنه، و النهي المتقدم كالفسخ المتجدد في الابطال ... و النهي هنا يدلّ على الفساد ... الخ»[1].

«١» ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣١٤

«أيّما عبدٍ تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر»«١» بعد تضعيف السند على[١] «أنّه إن نكح بعد منع مولاه و كراهته فإنّه يقع باطلاً»«٢».

و الظاهر[٢] أنّه لا فرق بين

---

١) هذا و «بعد تضعيف» متعلقان بـ «حمل النبوي» و ضمير «أنّه» راجع إلى «عبد» حيث قال بعد نقل إستدلال جماعة من العامة بالنبوي المزبور: «و الحديث ممنوع، فإنّ أحمد بن حنبل قال: ذكرتُ هذا الحديث لأبي. فقال: هذا حديث منكر، ورووه أيضاً عن إبن عمر موقوفاً عليه. سلّمنا، لكنه محمول على أنه نكح بعد منع مولاه و كراهته له، فانه يقع باطلاً. و ملك الغير لا يستلزم الفساد من أصله، فجاز أن يكون موقوفاً كالفضولي».

و تعبير المصنف ﷺ بـ «يلوح اليه» مع إختصاص مورد كلام العلّامة بنكاح العبد، مبنيّ على عدم التنبيه على خلافه في البيع، فيتحد حكم النكاح و غيره.

و حاصل الحمل المذكور: أنّه إذا نكح العبدُ ـ بعد منع المولىٰ ـ فنكاحه باطل. و لعلّ الوجه في هذا الحمل هو جعل العبد عاهراً، و ذلك يناسب نهي السيّد عن النكاح.

لكن فيه: أنّ عاهريّته إنّما هي لأجل الاستمتاعات التي صدرت من العبد بدون إذن مولاه. و يكفي في حرمتها عدم الإذن، من دون إناطتها بنهي السيد، و بطلان عقد الفضولي. فالحملُ المزبور غير ظاهر.

٢) لأنّ المناط في صحة العقد هو إستقلال العاقد، و كونه وليّ أمر العقد، و ليس العبد مستقلّاً في أموره.

و هذا الاستظهار نبّه عليه صاحب المقابس«٣» أيضاً. و لا ريب في أن التعدي

«١» سنن الترمذي، ج ٣، ص ٤١٩ ـ ٤٢٠، الباب ٢١، ح ١١١١ ـ ١١١٢

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٨٨، السطر ١٨ والحاكي لكلاميها هو صاحب المقابس، كتاب البيع، ص ٢

«٣» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ٢٠

النكاح و غيره. و يظهر[1] من المحقق الثاني، حيث جعل فساد بيع الغاصب نظراً إلى القرينة الدالّة على عدم الرضا و هي الغصب.

من مورد الخبر ـ و هو نكاح العبد ـ الى بيع الفضولي منوط بإلغاء خصوصية العبد والنكاح حتى يكون نهيُ المالك مقتضياً لفساد بيع الفضولي. و العلّامةُ ﷺ صرّح في باب الوكالة بعدم جواز بيع الوكيل الذي نهاه الموكِّل عن معاملةٍ خاصة«١»، ولكنه لا يستلزم البطلان، لتصريحه بصيرورة الوكيل المخالف لما عيّنه عليه الموكِّل فضولياً، وأنّ عقده موقوف على الإجازة، و لا يبطل رأساً«٢». و لازمه إختصاص الحمل المزبور بنكاح العبد، و لا سبيل لاستظهار إتحاد حكمه مع الفضولي الممنوع عن العقد.

١) يعني: و يظهر ما حكي عن فخر المحققين ـ من توقف صحة عقد الفضولي علىٰ عدم نهي المالك ـ من المحقق الثاني أيضاً، فليس القائل منحصراً في العلّامة و فخر المحققين. قال في جامع المقاصد: «و الأصحّ أنّ الفضولي موقوف غير باطل ... وكذا الغاصب، أي: حكم الغاصب كالفضوليّ، و هو أصحّ الوجهين، و إن احتمل الفساد، نظراً إلى القرينة الدالّة على عدم الرضا، و هي الغصب»«٣». بناءً على إرادة عموم الحكم لما إذا باع الغاصب لنفسه أو للمغصوب منه حتى ينطبق على ما نحن فيه، و هو البيع للمالك مع نهيه عنه.

لكنّك خبير بما في النسبة، فإنّ صريح كلام المحقق الكركي: «و هو أصحّ الوجهين» إلحاق الغاصب مطلقاً بالفضولي، و عدم بطلانه، و إنّما إحتمل عدم الصحة، و لعلّ مورد البطلان بيع الغاصب لنفسه، لكونه الغالب، لا للمالك.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ١٢٥، السطر ٣٨

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ١٢٥ ـ ١٢٧ ؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٦٠، كقوله: «ولو خالفه في البيع وقف على الاجازه».

«٣» جامع المقاصد، ج ٤، ص ٦٩

و كيف[1] كان فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخيُّل أنّ المستند في عقد الفضوليّ هي رواية عروة المختصّة بغير المقام[2].

---

١) يعني: سواء تمّت نسبة البطلان إلى العلّامة و غيره أم لم تتمّ، فهذا القول ـ و هو بطلان عقد الفضولي بسبق منع المالك ـ لا وجه له ظاهراً ... الخ.

و غرضه الإشارة إلى ما اعتمد عليه القائل ببطلان بيع الفضولي المسبوق بنهي المالك، و هو ظاهر كلام الفاضل النراقي، فإنّه ﷺ ألحق بيع الغاصب بالفضولي، سواء باع لنفسه أو للمالك«١»، ثم قال في فرع آخر: «فيعلم أنّ مَن يقتصر في دليل الخروج ـ أي عن أصالة بطلان بيع ما لا يملك ـ بخبر البارقي و نحوه يجب أن لا يصحّ عنده بيع الغاصب ... و يلزمه أيضاً عدم إفادة الاجازة في صحة الفضولي إذا ردّه المالك أوّلاً ... و فيما علم البائع الفضولي عدم رضا المالك حين العقد و إن جوّز الرضا بعد ذلك»«٢».

و المقتصِر على الاستدلال ـ بالأخبار ـ بخصوص خبر عروة هو مثل العلّامة«٣».

و يكون حاصل إشكال صاحب المستند عليه هو: أنّ مورد خبر عروة ـ الدال على صحة عقد الفضولي ـ مختص بصورة عدم النهي، بل مع رضا النبي ﷺ بما صنعه عروة، لقوله ﷺ له: «بارك الله في صفقة يمينك» فلا دليل على صحة الفضولي مع نهي المالك، فلا محيص حينئذٍ عن القول بالفساد، لأصالة الفساد الجارية في العقود.

و لا يخفىٰ أنّ مقتضىٰ التخيُّل المزبور إختصاص صحّة الفضوليّ بصورة رضا المالك.

٢) المراد بالمقام هو سبق نهي المالك.

«١» مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٧٨

«٢» المصدر، ص ٢٧٩ و ٢٨٠

«٣» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٤ ؛ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢ و ٤٨٦ و ج ٢، ص ١٢٧ ؛ التنقيح الرائع، ج ٢، ص ٢٥

و أنّ[١] العقد إذا وقع منهيّاً عنه فالمنع[٢] الموجود بعد العقد ولو آناماً كافٍ في الرّد، فلا ينفع الاجازة اللاحقة.بناءً على[٣] أنّه لايعتبر في الردّ سوىٰ عدم الرضا الباطني بالعقد، على ما يقتضيه[٤] حكمُ بعضهم[٥] بأنّه إذا حلف الموكِّل على نفي

---

١) معطوف على «أنّ المستند» و حاصله: أنّ البطلان في صورة نهي المالك ـ و عدم إمكان تصحيحه بالاجازة اللّاحقة ـ مبني على كفاية عدم الرضا الباطني في ردِّ العقد، و عدم تصحيحه بإجازة المالك، و عدم حاجة الرد إلى الانشاء.

٢) جواب الشرط في «إذا وقع» وجملة الشرط والجواب خبر قوله:«ان العقد».

٣) هذا البناء يستفاد من عبارة الفاضل النراقي المتقدمة. مضافاً إلى دلالة حكم جماعةٍ ـ في فرع الوكالة ـ عليه كما سيأتي قريباً.

٤) أي: ما يقتضي عدم إعتبار شيءٍ في الردّ سوى كراهة العقد باطناً.

٥) كالمحقق و العلّامة و المحقق و الشهيد الثانيين، قال في القواعد: «فلو إدّعىٰ المشتري النيابَة، و أنكرَ الموكِّل قُضي على المشتري بالثمن ... إلّا أن يذكر في العقد الإبتياع له، فيبطل»[١].

و قال المحقق الكركي في شرحه: «لو ادّعى المشتري لشيءٍ أنّه وكيل لزيدٍ في ذلك الشراء، و أنكر زيدٌ ـ المدّعىٰ عليه ـ الوكالةَ، حَلَف، و اندفع الشراء عنه ظاهراً، سواء إشترىٰ بعينٍ من نقدٍ و غيره، أو في الذمة. لكن يستثنىٰ من ذلك ما إذا ذكر في العقد الإبتياع لزيدٍ، فانّه يبطل ظاهراً ... الخ» و حاصل هذا الفرع أنّ عقد البيع يبطل ـ و لا يقع للموكِّل و لا للوكيل ـ فيما إذا صرّح الوكيل بأنّه قَصدَ الشراء لموكِّله لا لنفسه، و أنكر الموكِّلُ و حَلَفَ على نفي الوكالة.

هذا ما ذكروه. و غرض المصنف ﷺ من نقله الاستشهاد لمثل مقالة الفاضل النراقي ﷺ من أنّ الرّد الموجود حال العقد كافٍ في بطلان بيع الغاصب، و لا حاجة

«١» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٢٠٥ ؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٦٧ ؛ جامع المقاصد، ج ٨، ص ٢٩٣ مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٣٠٠ ؛ مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٦٣٢

الإذن في إشتراء الوكيل إنفسخ العقد، لأنّ الحلف عليه أمارة عدم الرضا[١]، هذا.

ولكنّ الأقوىٰ عدم الفرق[٢]، لعدم إنحصار المستند حينئذٍ في رواية عروة[٣]، و كفاية[٤] العمومات. مضافاً[٥] إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمّد بن قيس«١».

إلى إنشاء ردٍّ جديد بعد العقد الذي أنشأه الفضول، كما أنّ إنكار الوكالة كافٍ في بطلان العقد الذي أنشأه الوكيل، و لا حاجة إلى إنشاء ردٍّ جديد، كما لا تنفعه إجازته بعد الإنكار لو أجاز الموكِّل عقدَ الوكيل.

١) يعني: فمجرّد عدم الرضا كافٍ في الردّ و إنحلال العقد، و لا يحتاج الرّدّ إلى الإنشاء.

هذا كلّه في توجيه القول بالبطلان، و سيأتي الخدشة فيه، و تقوية صحة بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك.

٢) بين هذه المسألةِ ـ و هي عقد الفضولي مع سبق منع المالك ـ و المسألةِ السابقة، و هي عدم منع المالك، فحكمهما واحد و هو الصحة مع إجازة المالك.

٣) حتى يقال: إنّ موردها رضاه صلى الله عليه وآله، أو عدم النهي، فلا تدلّ على الصحة مع نهي المالك، فيحكم بفساده لأصالة الفساد.

٤) معطوف على «عدم انحصار» يعني: و لكفاية العمومات في الصحة، و هي الأدلّة العامّة كأوفوا بالعقود و أحلّ الله البيع و نحوهما. و هذا أوّل الوجوه على صحة بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك.

٥) هذا وجه آخر لصحة عقد الفضوليّ مع سبق منع المالك، و محصّله: أنّ عدم الاذن يشمل النهي و عدمه. حيث إنّ الامام عليه السلام لم يستفصل من سيِّد الوليدة أنّه نهىٰ ولده عن بيع الوليدة قبل مسافرته أم لا، و تركُ الاستفصال يفيد عموم الحكم باجازة المالك في كلتا صورتي نهي المالك قبل البيع و عدمه.

«١» المتقدمة في ص ٣٨٨

و جريانِ[١] فحوىٰ أدلّة نكاح العبد بدون إذن مولاه، مع ظهور المنع فيها[٢] ولو بشاهد الحال بين الموالي و العبيد.

مع[٣] أنّ رواية إجازته صريحةٌ في عدم قدح معصية السيد حينئذٍ[٤].

لكن في إستفادة العموم بترك الاستفصال هنا إشكال كما مرّ في التعليقة (في ص ٣٩٥).

١) بالجرّ معطوف على «ترك الاستفصال» و محصّله: أنّ صحة نكاح العبد بدون إذن مولاه ـ بعد إجازة السيّد له ـ تدلُّ بالأولويّة على صحة عقد الفضولي في سائر الموارد، مع كون أمر النكاح ممّا أكّد فيه الاحتياط الشديد.

و الظاهر إبتناء هذا الوجه على تسليم أولويّة البيع بالصحة من النكاح، كما عليه بعضٌ علىٰ ما تقدّم (في ص ٤١٠) و إلّا فبناءً علىٰ مختار المصنف من الخدشة في الفحوىٰ لا يبقىٰ مجال للاستدلال بها على صحة البيع الفضولي المسبوق بنهي المالك.

٢) الظاهر رجوع الضمير إلى «أدلة» لكن الأولىٰ تذكيره، لرجوعه إلى «نكاح» لأنّ الحال تشهد بمنع المولى عبدَه عن التزويج بدون إذنه. و هذا أمر عاديّ خارجي، و أدلةُ النكاح واردة على هذا الأمر العادي المتعارف بين الموالي و العبيد، و ليس داخلاً في الأدلة حتى ينسب إليها.

٣) هذه هي العمدة في إستفادة صحة الفضولي مع نهي المالك، فإنّ التعليل بقوله عليه السلام: «بأنّه لم يعص الله، و إنّما عصىٰ سيّده» يدلّ على كبرى كلّية، و هي: أنّ عصيان المخلوق يُجبر برضاه، دون عصيان الخالق، فإنّه لا يُجبر بشيءٍ، فلا محيص عن لغويّته و عدم ترتيب أثر الصحة عليه، فإنّ هذه العلة بمنزلة العلة المنصوصة المنطبقة على جميع العقود التي تجري فيها معصية المخلوق كالبيع و غيره، فنهي المالك عن بيع ماله أو عدم رضاه به معصية ترتفع برضاه الحاصل بعد العقد.

٤) أي: حين إجازة السيد. و ضمير «إجازته» راجع إلى نكاح العبد.

مع جريان المؤيّدات المتقدّمة له، من بيع مال اليتيم، و المغصوب[١]، ومخالفة العامل لما اشترط عليه ربُّ المال، الصريح[٢] في منعه عمّا عداه[٣].

و أمّا[٤] ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو آناًما، فلم[٥] يدلّ دليل على

---

١) قد يناقش فيه بأنّه لم يتقدم من المصنف شيءٌ في المغصوب حتى يصحّ عطفه على مال اليتيم.

إلّا أن يكون مراده من المغصوب ما ورد في رواية مسمع أبي سيار عن أبي عبدالله عليه السلام في الودعي الذي جحد الوديعة وإتّجر بها مدّةً مديدة، ثم جاء بعد سنين إلى المودع برأس المال و بالربح، فقال له عليه السلام: «خُذ نصف الربح منه، و أعطه النصف و حلّله، إن هذا رجل تائب و الله يحب التوابين»"[١] بناءً على أنّ قبول الربح إجازة للمعاملات الواقعة على المال في تلك المدة المديدة، فيكون من إجازة المغصوب. و لاريب في كون الوديعة غصباً بيد الودعي المنكِر لها.

٢) صفة للموصول في «لما اشترط» و ضمير «منعه» راجع إلى العامل.

٣) قد تقدّم الكلام في هذه الأُمور و غيرها في أدلة صحة عقد الفضولي، و أنّها خارجة عن عقد الفضولي، فراجع (ص ٤٣٦ و ٤٤٣ و غيرهما).

٤) هذا إشارة إلى ضعف ما استدلّ به القائل ببطلان عقد الفضولي للمالك ـ مع سبق منعٍ منه ـ بقوله قبل أسطر: «و أنّ العقد إذا وقع منهيّاً عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آناماً كافٍ في الرد ... الخ» و محصل ما أفاده المصنف قدس سره في رده و عدم صلاحيته للمانعية عمّا يقتضي صحة عقد الفضولي ـ مع سبق منع المالك ـ هو عدم الدليل على كفاية منع المالك الباقي بعد العقد ولو آناًمّا في الرد حتى لاتنفعه إجازة المالك.

و بعبارة أُخرىٰ: مجرّد عدم الرضا الباطني المستكشف من منع المالك لا يكفي في الرّد.

٥) جواب «و أمّا ما ذكره» و ضمير «كونه» راجع إلى منع المالك.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٣٥، الباب ١٠ من أبواب الوديعة، الحديث ١، و تقريب الاستدلال بهذه الرواية مذكور في المقابس، ص ٢٤، فراجعه ان شئت الوقوف عليه.

كونه فسخاً لا ينفع[١] بعده الاجازة.

و ما ذكره في حلف الموكّل غيرُ مسلّم[٢]. ولو سُلّم[٣] فمن جهة ظهورِ الإقدام على الحلف على ما أنكره في[٤] ردِّ البيع و عدمِ تسليمه[٥] له.

و ممّا ذكرنا[٦] يظهر وجه صحة عقد المكره بعد الرضا، و أنّ كراهة المالك حال العقد و بَعْد العقد لا تقدح في صحته إذا لحقه الاجازة (*).

---

١) للإجماع المدّعىٰ على عدم تأثير الاجازة المسبوقة بالرد، لزوال العقد بالفسخ، فلا يبقىٰ شيء في وعاء الاعتبار حتى يتعلّق به الاجازة و الإمضاء.

٢) يعني: أنّ ظهور عدم الرضا في الرّد ممنوع، لإمكان أن يكون غرضه مجرّد نفي الوكالة عليه خاصّة و إن رضي به و أجازه.

٣) يعني: ولو سُلّم ظهور عدم الرضا في الرّد، لكنّه ليس لأجل مجرّد الكراهة الباطنية، بل الكراهة الباطنية التي أُظهرت بالإقدام على الحلف، و الكراهة الباطنية التي لا تجدي في الرد هي التي لم ينصب عليها مُظهر.

٤) متعلّق بـ «ظهور».

٥) المصدر مضاف إلى الفاعل، أي: عدم تسليم الموكّل لما أنكره من الوكالة في شراء شيء.

٦) يعني: من عدم كون مجرّد الكراهة الباطنية ردّاً يظهر وجهُ صحة عقد المكرَه بالرضا اللّاحق.

(*) قد عرفت أنّ المسألة عند القائلين بصحة الفضولي ذات قولين، أحدهما: الصحة مطلقاً، و إنْ منع المالك عن البيع. و ثانيهما: صحته بشرط عدم المنع.

و تحقيق الحق يتوقّف على التكلم في مقامين: الأوّل فيما يقتضي صحة العقد، و الثاني فيما يمكن أن يكون مانعاً عن الصحة.

أمّا المقام الأوّل فتفصيل الكلام فيه: أنّه تارةً يستند صحة عقد الفضولي الى العمومات، مثل «أوفوا بالعقود» و «أحلّ الله البيع» و نحوهما، إذ لا ريب في شمولها له بعد إجازة المالك الموجبة لإضافة العقد إلى المالك، و لا فرق في ذلك بين سبق منع المالك

.....

و عدمه، إلّا توهُّم مانعية الكراهة المقارنة للعقد وجداناً أو إستصحاباً المستكشفة من المنع. و سيأتي إن شاء الله تعالى في المقام الثاني بيان عدم مانعيته.

و أُخرىٰ تستند إلى الأدلة الخاصة كرواية عروة البارقي المتقدمة، و صحيح محمد بن قيس المتقدم. لكن خبر عروة ظاهر في رضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم فتختص صحة عقد الفضولي بصورة رضا المالك، فلابدّ من الاقتصار في الحكم بصحة الفضولي على صورة رضا المالك، مع عدم إقتصارهم عليها، فلا يكون دليلاً على صحته مطلقاً حتى يدلّ على الصحة ولو مع نهي المالك. ولو فرض عدم رضاه صلى الله عليه وآله وسلم لكنه لم ينهَ البارقي.

فعلى كلّ حال لا يكون خبر عروة دليلاً على مسألة صحة عقد الفضولي مع سبق منع المالك. و صحيح محمّد بن قيس لايدلّ أيضاً على الصحة في مسألتنا، لأنّ ظاهر قول أبي البائع: «إنّ وليدتي باعها إبني بغير إذني» هو عدم سبق النهي عن بيع الوليدة، و إلّا كان الأنسب في مقام الاحتجاج ذكر النهي عن البيع، لأنّه أدخل في الإنكار و الاحتجاج على عدم الصحة.

فدعوىٰ «دلالة ـ باعها بغير إذني ـ على الأعم من النهي و عدمه» غير مسموعة، فإنّ مفهوم عدم الاذن عدمي، و هو نفي الترخيص. و مفهوم المنع وجودي و هو الزجر عن الوجود، فلا يتحد المفهومان حتى يدلّ أحدهما على الآخر و إن اجتمعا مورداً.

كما أنّ دعوىٰ دلالته على العموم بسبب ترك الاستفصال «حيث إنّ أميرالمؤمنين عليه السلام بعد مخاصمة المالك الأوّل للمشتري لم يستفصل عن مالك الوليدة عند إرادة السفر أنّه نهىٰ إبنه عن بيع الوليدة أم لا. و عدم الاستفصال يعمّ الحكم كلا القسمين، و هما صورتا نهي المالك و عدمه» غير ظاهرة، لأنّ ظهور قوله: «باعها بغير إذني» كما مرّ آنفاً في عدم سبق النهي مانع عن التمسك بترك الاستفصال، لانصراف الجواب إلى ما هو ظاهر السؤال. و مع هذا الظهور لا مجال للتشبث بترك الاستفصال على العموم الذي هو كالأصل بالنسبة إلى الدليل.

.....

فترك الاستفصال يفيد العموم فيما يكون السؤال محتملاً لمعنيين مختلفين حكماً بحسب الاحتمال، كما إذا قال: «حكم المجتهد العادل نافذ» و كان الحكم محتملاً للفتوىٰ و الحكم في الوقائع الجزئية، و فرض عدم ظهور الحكم في خصوص باب القضاء، فإنّه يحكم بعموم الحكم لكلٍّ من الفتوىٰ و الحكم.

ثمّ إنّ ظهور قوله: «باعه بغير إذني» في عدم نهي المالك مستند إلى نفس اللفظ عرفاً، لا إلى أمر عاديّ حدسيّ، فلا يقال: إنّ ظهور قوله: «بغير إذني» حدسّي، و لا يوجب ذلك إنصراف الجواب إليه. و عليه فدعوىٰ التمسك بترك الاستفصال للعموم في غير محلها.

و بالجملة: فلا تدلّ صحيحة إبن قيس على صحة عقد الفضوليّ مع سبق نهي المالك، بل تدلّ على صحّته مع عدم إذن المالك في البيع.

نعم لا بأس بالاستدلال على صحة عقد الفضولي للمالك ـ مع سبق منعٍ منه ـ بالتعليل الوارد في نكاح العبد بدون إذن السيد، فإنّ المستفاد منه أنّ النكاح لمّا كان بذاته ممّا شرّعه الشارع و لم يكن غير مشروع في نفسه ـ كنكاح المحارم الذي هو معصية الله تعالى ـ بل كان معصيةً للسيد، لكونه وليّ أمر نكاح عبده، و من المعلوم أنّ عصيان السيّد ممّا يمكن رفعه بإجازته و رضائه بعد كراهته، **فلا مانع من صحتّه** باجازة السيد، سواء أكان مسبوقاً بنهي السيد أم لا، لأنّ نهيه لا يجعل النكاح غير مشروع ذاتاً، بل غايته إناطة نفوذه بإجازته، و لا يوجب نهيه شيئاً زائداً على حقّ سيادته الموجب لتوقّف نفوذ النكاح على إجازته.

نعم بناءً على كون النّهي و الرّضا الباطني ردّاً للعقد ـ بحيث يكون مانعاً عن لحوق الاجازة به و عن نفوذه بها ـ يسقط العقد عن قابليته للنفوذ بسبب الاجازة، و يصير لغواً.

لكن فيه كلام سيأتي في المقام الثاني إن شاء الله تعالى.

.....

فتلخّص من جميع ما ذكرنا وجود المقتضي لصحّة عقد الفضولي مع سبق نهي المالك، فإنّ في العمومات و عموم التعليل في نكاح العبد كفايةً في إثبات المقتضي للصحّة في كلّ عقدٍ مشروع بذاته، و منوطٍ نفوذُه برضا المخلوق و إجازته، فإنّ هذا التعليل كالعلّة المنصوصة، فمقتضاها هو صحة كلّ عقد مشروع بذاته بإجازة من لإذنه أو إجازتُه دخلٌ شرعاً في نفوذه، سواء أكان نكاحاً أم بيعاً أم صلحاً أم غيرها من العقود.

و هذا التقريب غير الأولوية التي تقدّمت في أدلة صحة عقد الفضولي حتى يرد عليها: أنّ الأولوية تقتضي كون البيع أصلاً و النكاح فرعاً، و الحكم في الفرع ـ كالضرب ـ لا يستلزم ثبوته في الأصل و هو التأفيف. فيمكن أن يحرم الضرب دون التأفيف. و في المقام يمكن أن يصحّ بالاجازة النكاح الفضولي الذي هو الفرع، دون بيع الفضولي الذي هو الأصل. و قد مرّ سابقاً الاشكال في هذه الأولوية.

لكن مع ذلك ليس المقام من هذا القبيل، بل من قبيل تعليل حرمة الخمر «بكونه مسكراً» في أنّ تعدية الحرمة إلى سائر المسكرات ليست للأولويّة، بل لأجل فرديّتها لعنوان كلّيٍ وقَعَ في حيّز الحرمة.

و الحاصل: أنّ تعليل النكاح بعصيان السيد من سنخ العلّة المنصوصة، و الحكم ثابت في جميع العقود من باب إنطباق الكلّيّ ـ الذي هو موضوع الحكم ـ عليها عرضاً، لا طولاً حتى تصل النوبة إلى الأولويّة. هذا تمام الكلام في المقام الأوّل.

و أمّا المقام الثاني ـ و هو البحث عن وجود المانع عن مقتضي صحّة عقد الفضوليّ مع سبق منع المالك و عدمه ـ فمحصّل الكلام فيه: أنّه يمكن أن يستند المنع عن صحة هذا البيع تارةً إلى أنّه إذا كان الرّد بعد العقد مانعاً عن صحته بالاجازة كان النهي عنه أولى بالمانعية، لأنّ الدفع أهون من الرفع.

و أخرى إلى: أنّ العقد مع النهي لا يضاف إلى المجيز بالاجازة، فكان النهي السابق

.....

على العقد يمنع عن خصوص الارتباط عرفاً بين المجيز و العقد كالرّد.

و ثالثةً إلى: أنّ النهي يكشف عن الكراهة الباطنية المتخللة بين العقد و الاجازة، و هذه الكراهة مانعة عن تحقق المعاقدة، كالكراهة المتخللة من المشتري بين الايجاب و القبول في كونها مانعة عن حصول المعاهدة و المعاقدة، هذا.

و في الجميع ما لا يخفى إذ في الأوّل أوّلاً: منع الأولوية، لأنّ مانعية الرد ثبتت بالاجماعِ، و المتيقنُ منه ـ لكونه لُبيّاً ـ هو إنشاء الكراهة بأمرٍ خارجي من قولٍ أو فعلٍ، و ليس دليلاً لفظياً حتى يؤخذ بإطلاقه الحاكم بتحقق الرّد بالكراهة الباطنية المدلول عليها بالنهي السابق على العقد، الباقية إلى ما بعد العقد.

و ثانياً: كون الرّد عرفاً كالفسخ في كون كلٍّ منهما حلّاً للعقد، غاية الأمر أنّ الرد في عقد الفضولي حلّ لصحته التأهلية، و الفسخ حلٌّ لصحته الفعلية، إذ في موارد الخيار يفسخ ذو الخيار العقدَ الصحيح الفعلي، فلا يصدق الرّد إلّا على حلّ العقد الموجود، فقبل وجوده لا معنى لردّه أي حلّه.

و بالجملة: فالكراهة الباقية إلى زمان تحقق العقد لا تكون ردّاً للعقد.

و في الثاني: أنّ النهي لا يقطع الارتباط بين العاقد و المجيز، لما يُرى كثيراً من نهي التجار للدلّالين عن معاملة خاصة، ولكنهم يجيزونها بعد وقوعها لمصلحةٍ، فلو لم يكن إرتباط بين المجيز و العقد لم يكن مورد للاجازة التي هي تنفيذ العقد الموجود.

و في الثالث: عدم منعه عن حصول المعاقدة عرفاً، لما يُرى كثيراً من نهي التجار الدلّالين عن معاملة خاصّة، و بعد وقوعها يمضونها، لكونها مصلحةً لهم.

و بالجملة: فالنهي لا يُسقط عقد الفضولي عن قابلية لحوق الاجازة به.

و يمكن تقريب المطلب بوجه آخر، و هو: أنّ المانع المتوَّهم إمّا أن يكون نفسَ النهي، و إمّا أن يكون المنكشفَ به، و هو الكراهة الباطنية. و على التقديرين إمّا أن تكون

.....

المانعية لأجل صدق الرّد عليهما، و إمّا أن يكون لأجل عدم صدق العقد على هذا العقد المسبوق بنهي المالك. و الأوّل و هو الرّد مانع، و الثاني و هو عدم صدق العقد دافع. و إمّا أن يكون لقطع الارتباط بين العقد و المجيز، فالأقسام ستة:

القسم الأوّل: أن يكون النهي مانعاً، لكونه ردّاً، و الحكم فيه عدم صدق الرّد عليه، لأنّ الرّد كالفسخ حلٌّ للعقد و هدم له، غايته أنّ الفسخ حلٌّ للعقد المؤثّر الفعلي، فإنّ الخيار ثابت له و رافع لأثره، و الرّد حلّ للعقد المؤثر التأهّلي، فلابدّ أن يكون هناك عقد حتى يرد عليه فسخ أو ردٌّ. ففي المقام لا وجود للعقد حتى يكون النهي ردّاً له.

و بقاء النهي وجداناً أو إستصحاباً إلى آنٍ بعدَ العقد و إن كان ممّا لا إشكال فيه، إلّا أنّه لا دليل على كونه ردّاً شرعاً.

القسم الثاني: أنّ يكون النهي مانعاً عن صدق المعاقدة و المعاهدة، فالنهي مانع عن تحقق الموضوع و هو العقد، وبدونه لا موضوع للاجازة، فالنهي في هذا القسم دافع، و في القسم الأوّل رافع. و الحكم في هذه الصورة كسابقتها، فإنّ العرف لا يساعد على دلالة النهي على كونه مانعاً عن صدق العقد، فإنّ كثيراً من التجّار ينهون الدلّالين عن معاملات، و بعد وقوعها يمضونها لمصالح راجعة إليهم.

وكذا الحكم في القسم الثالث ـ وهو كون النهي قاطعاً للارتباط بين العقد والمجيز ـ فإنّ العرف لا يساعده، بل العمل على خلافه.

القسم الرابع: أن يكون عدم الرضا الباطني مانعاً، لكونه ردّاً للعقد، و الحكم فيه عدم الردّ، إذ المتيقن من الدليل اللبّي للرّد ـ أعني به الاجماع ـ هو الكراهة المبرزة بمبرز خارجي من قولٍ أو فعلٍ، كما هو المسلّم في الفسخ، فإنّ الكراهة النفسانية بدون المظهِر الخارجي لا تكون فسخاً و لا ردّاً، و إلّا لم يكن وجهٌ لصحة عقد المكرَه برضاه بعد العقد. ولو شُكَّ في كونها ردّاً فلا مانع من إستصحاب العقد.

.....

القسم الخامس: أن تكون الكراهة الباطنية مانعةً عن تحقق العقد، و بدون تحققه لا موضوع للاجازة و الرد. و الحقُّ فيه أيضاً عدم كونها مانعةً عن صدق العقد كما في عقد المكرَه و المكرَهِ بالحق.

و كذا الحكم في القسم السادس، و هو إنقطاع الارتباط بسبب هذه الكراهة بين المجيز و العقد كما هو المشاهد من أعمال العرف في معاملاتهم.

فتحصل من جميع ما ذكرنا: أنّ عقد الفضولي مع نهي المالك صحيح كالصورة الأولىٰ، و نهي المالك و كراهته الباطنية لا يمنعان الصحة، و الله العالم.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المسألة الثالثة[1]

أن يبيع الفضولي لنفسه، و هذا غالباً يكون في بيع الغاصب، و قد يتّفق من غيره بزعم ملكية المبيع، كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة«1» في الإقالة بوضيعةٍ[2].

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه

١) و هي ثالثة المسائل الثلاث التي ذكرها المصنّف ﷺ بقوله: «فهاهنا مسائل ثلاث» و هذه المسألة هي: أن يبيع الفضولي لنفسه ـ لا للمالك ـ كما هو الغالب في بيع الغاصبين، و النادرُ في بيع غيرهم كمَن يعتقد بكون المبيع ملكَه. بل هو غير نادر أيضاً كالبيوع الفاسدة المبنيّة على الأمارات كاليد و السوق، و الأُصول كالاستصحاب و أصالة الصحة و غيرها، فإنّ البائعين في هذه الموارد يبيعون لأنفسهم باعتقاد ملكية المبيع لهم.

٢) تقدّم تأييد صحة بيع الفضولي بهذه الصحيحة، و موردها بيع الفضولي لنفسه باعتقاد كونه مالكاً، مع عدم صدق الاعتداء و الغصب على بيعه، و ذلك لأنّ بائع الثوب يزعم جوازَ إقالة المشتري بوضيعةٍ من الثمن فيقيله، ثم يبيع الثوب من

«١» تقدمت في ص ٤٥٣

و الأقوىٰ فيه[١] الصحة، وفاقاً للمشهور[٢]،

شخص آخر بأزيد ممّا أقال به المشتري الأوّل، ففي هذا البيع الثاني تجتمع أُمور:

أحدها: صدق «الفضولي» على البائع، لكون المبيع ـ و هو الثوب ـ باقياً على ملك المشتري الأوّل.

ثانيها: أنّ البائع الفضولي قَصَدَ وقوع البيع لنفسه حتى يتملّك الثمن الزائد على مورد الإقالة.

ثالثها: عدم صدق «الغاصب» علىٰ هذا البائع، لجهله ببطلان الإقالة، و زعمه تملكه للثوب مرّة أُخرىٰ بقبول الإستقالة بوضيعةٍ، مع أن المفروض فسادها واقعاً.

١) أي: في بيع العاقد الفضولي لنفسه.

٢) كما في المقابس، حيث قال: «و قد أطلق كثير من الأصحاب أنه يقف على الاجازة كغيره. منهم العلامة في بيع المختلف و غصب التحرير و بيع التذكرة و القواعد و غصبها، و الشهيد و السيوري و الصيمري و الكركي. و إختاره فخرالاسلام بناءً على صحة الفضولي، و هو قضية إطلاق الباقين و اللّازم من فتاواهم في مسألة ترتيب مسلسلة العقود على أحد العوضين»[«١»].

و هنا قولان آخران:

أحدهما: عدم الصحة مطلقاً.

و الثاني: التفصيل بين الغاصب و غيره كما عن إبن إدريس، فإنّ المحكي عنه نفي الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا كان بعين المغصوب.

بل هنا تفصيل آخر منسوب إلى العلّامة و ولده و الشهيد و قطب‌الدين، و هو التفصيل بين علم المشتري بالغصبية و جهله بها. فالأقوال في المسألة أربعة: الصحة

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣١

للعمومات المتقدمة[١] بالتقريب المتقدم. و فحوىٰ[٢] الصحة في النكاح، و أكثر ما تقدم من المؤيِّدات[٣]

مطلقاً، و البطلان كذلك، و هذا التفصيلان.

١) و هي العمومات الأوّلية كـ «أوفوا بالعقود» و آية «التجارة عن تراضٍ» و غيرهما.

٢) و هي الأولوية المستفادة من الروايات الواردة في نكاح الفضولي في الحرّ و العبد«١» إذ يستفاد منها قابلية البيع الفضولي للصحة الفعلية بالإجازة، و لا فرق فيها بين أن يقصد الفضولي وقوعَ العقد للمالك كما هو مفروض المسألة الأُولىٰ، و بين أن يقصد وقوعه لنفسه كما في هذه المسألة الثالثة.

٣) تقدمت هذه المؤيِّدات في المسألة الأُولىٰ بقوله: «ثم إنّه ربما يؤيّد صحة الفضولي ـ بل يستدل عليها ـ بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة ... الخ» فراجع (ص ٤٢٧) و ما بعدها.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

و التعبير «بالأكثر» هنا من جهة ظهور بعض تلك المؤيِّدات في أنّ قصد الفضولي إنشاء البيع لنفسه، لا للمالك، كما في صحيحة الحلبي الواردة في مسألة بيع الثوب. و كذا ما ورد في الودعي الذي جحد الوديعة و إتّجر بها، ثم جاء بعد مدّة بالربح و برأس المال و إستحلل من المودع، لظهوره في كونه قاصداً ـ في تلك المدة ـ لوقوع المعاملة لنفسه و تملُّكه للثمن.

و أمّا غير هذين الموردين فمقتضىٰ إطلاقها صحة بيع الفضولي بالاجازة، سواء قَصدَ وقوع البيع لنفسه أو للمالك، كما في الإتجار بمال اليتيم، و مخالفة العامل لما عيّنه ربُّ المال في عقد المضاربة و نحوهما.

«١» تقدمت روايات المسألة في ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨، فراجع.

مع ظهور صحيحة إبن قيس المتقدمة[١].

و لا وجه للفرق بينه[٢] و بين ما تقدم من بيع الفضولي للمالك إلّا وجوه تظهر من كلمات جماعةٍ، بعضُها مختصٌّ ببيع الغاصب، و بعضُها مشترك بين جميع صور المسألة[٣] (*).

---

١) المتضمنة لبيع الوليدة بدون إذن سيِّدها، لاحتمال إنطباقها على المقام، و هي بيع الفضولي لنفسه لا للمالك، فإنّ إقدام الولد على بيع الوليدة في غيبة أبيه ـ و بدون إذنه ـ يكون قرينةً على قصد تملكه للثمن و التصرف فيه.

كما يحتمل الإطلاق، يعني: سواء قصد الولدُ البيعَ لنفسه أم لأبيه.

و على كلٍّ من الاحتمالين يكون مناطُ الاستدلال بهذه الصحيحة ظهور كلامي الإمامين الأمير و الباقر عليهما السلام في أنّ للمالك إجازة العقد الواقع على ماله، سواء أكان قصد العاقد وقوعه للمالك كما كان في المسألة الأُولىٰ، أم لنفسه كما في المسألة الثالثة.

٢) أي: بين بيع الفضولي لنفسه ـ الذي هو مورد البحث ـ و بين ما تقدّم من بيع الفضولي للمالك. فكما تمّ المقتضي للصحة في المسألة الأُولىٰ، فكذا في المقام. نعم لابدّ من دفع ما يحتمل كونه مانعاً عن الصحة، و هو وجوه خمسة سيأتي بيانها.

٣) و هي الصور الثلاث التي ذكرها المصنّف قدس سره في تصوير عقد الفضولي، من بيع الفضولي للمالك مع سبق نهيٍ من المالك، و من بيعه للمالك بدون سبق نهيٍ منه، و من البيع لنفسه.

(*) ينبغي التكلم هنا في مقامين أيضاً: الأوّل في وجود المقتضي للصحة وعدمه، و الثاني في وجود المانع و عدمه.

أمّا المقام الأوّل فمحصله: أنّه لا قصور في شمول العمومات المتقدمة مثل «أوفوا بالعقود و أحلّ الله البيع» و نحوهما لعقد الفضولي لنفسه.

مضافاً إلى صحيحة محمّد بن قيس المتقدمة (في ص ٣٨٨) الدالة بترك

منها[1]: إطلاق ما تقدّم من النبويين «لا تبع ما ليس عندك» و «لا بيع إلّا في ملك»

و الوجوه المذكورة خمسة. و المختص منها ببيع الغاصب هو الثاني و الثالث و الرابع، و الوجه الأوّل إن قيل بإطلاق النهي فيه ـ سواء قصد الفضولي الانشاء للمالك أم لنفسه ـ فهو من الوجوه العامة لبطلان بيع الفضولي في المسائل الثلاث. و إن قيل بتقييد الاطلاق و إختصاص مورد النهي بالبيع لنفسه كان مختصاً بهذه المسألة الثالثة. و الوجه الخامس جارٍ في المسائل الثلاث، و هو ما سيأتي نقلُه عن العلّامة ﷺ في (ص ٥٧٦): «لو باع الفضولي أو إشترىٰ مع جهل الآخر، فإشكالٌ، ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تمليك العاقد»[1] بتقريب: أنّ المشتري الجاهل بفضولية العاقد ـ سواء باع للمالك أم لنفسه ـ قاصد لتمليك الثمن للفضولي، لا لمالك المثمن، فيحصل التخلف في القصد[2].

١) أي: و من تلك الوجه التي ذُكرت مانعةً عن صحة بيع الفضولي لنفسه. و حاصل هذا الوجه هو: أنّ إطلاق النبويين المذكورين يشمل بيعَ الفضولي لنفسه كما يشمل بيعه لغيره، فإنّ النهي عن بيع مال الغير ـ و كذا عدم صحة بيع مال الغير ـ مطلق يشمل كليهما.

الاستفصال على بيع الفضولي لنفسه، فإنّ قول السيد: «وليدتي باعها إبني بغير إذني» يشمل بيع الابن الوليدةَ لنفسه أو لوالده الذي هو مالك الوليدة.

و هذه الصحيحة تدل على صحة الفضولي في هذه المسألة الثالثة و المسألة الأُولىٰ و هي بيع الفضولي للمالك بدون سبق منعٍ منه، دون المسألة الثانية و هي بيع

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣

«٢» تقدم مصدرهما في ص ٤٨٦ و ٤٨٧، فراجع.

.....

و قول المصنف: «بناءً على اختصاص مورد الجميع ... الخ» يراد به وجه الفرق بين هذه الصورة ـ و هي بيع الفضولي لنفسه ـ و بيع الفضولي للمالك. و حاصل وجه الفرق هو: أنّ إطلاق النبويين و إن كان مقتضياً لبطلان البيع في كلتا الصورتين و عدم وقوعه، لا عن المالك و لا عن الفضولي. إلّا أنّ إخراج عدم وقوعه للمالك عن الاطلاق ـ و البناء على وقوعه له ـ بما دلّ على صحته له لا محذور فيه. بخلاف إخراج

الفضولي للمالك مع سبق منع منه، لما مرّ من عدم شمول الصحيحة لها.

و إلى: عموم التعليل الوارد في نكاح العبد و الحُرّ، و هو عدم عصيان الله تعالى، إذ المستفاد منه هو: أن المدار في الفساد على عصيانه سبحانه و تعالى، و كون العقد جارياً على خلاف القانون الالهي. و ليس مناط فساد العقد ضياع حقّ الخلق و عدم رعايته، فإذا أجاز صاحبُ الحق نفذ العقد و صحّ.

و أما المقام الثاني ـ و هو وجود المانع عن صحة عقد الفضولي لنفسه و عدمه ـ فقد ذكر المصنّف ﷺ فيه وجوهاً:

منها: النبويان المذكوران في المتن. و أوّل الاشكال عليهما هو ضعف السند، لأنّهما نبويّان عامّيان، و لم يظهر إستناد الأصحاب اليهما.

و منها: كون منع المالك حين إنشاء الفضولي للعقد و بقائه بعد العقد آناًمّا مانعاً عن صحته و ردّاً له.

و جوابه: أنّ هذا المنع لا يكون ردّاً للعقد، لعدم دليل شرعاً على كونه ردّاً، و لا مانعاً عن إنعقاده، لعدم مساعدة العرف عليه، إذ لو أجازه المالك صحّ العقد و ترتّب عليه الأثر، ولو لم ينعقد العقد لم يكن موردٌ للإجازة. ولو شك في ردّه بعد إنعقاده فلامانع من إستصحابه و صحته باجازة المالك.

بناءً[1] علىٰ إختصاص مورد الجميع

بيع الفضولي عن الاطلاق المزبور، و البناء على صحته، لاستلزامه إخراج المورد عن الإطلاق، و هو غير صحيح. و هذا هو الفارق بين هاتين الصورتين.

و بعبارة أُخرىٰ: انّ مفاد «النهي عن بيع ما ليس عندك» بطلان بيع غير المالك، سواء باع هذا الغير للمالك أم لنفسه، فالبيعُ الفضولي فاسد مطلقاً. إلّا أنّه لا سبيل للأخذ بهذا الاطلاق، لما تقدم في المسألة الأُولىٰ من وجود المقيِّد، و هو أدلة صحة البيع الفضولي و وقوعه للمالك المجيز، و حينئذٍ لابدّ من رفع اليد عن هذا النبوي بأحد وجهين: إمّا بالالتزام بالصحة مطلقاً، و إما بالتفصيل بالالتزام بالصحة فيما لو باع للمالك، و بالفساد فيما لو باع لنفسه.

و المتعيّن هو الوجه الثاني، و ذلك لأنّ مورد النهي في رواية حكيم بن حزام هو بيع مال الغير لنفسه على ما مرّ في المسألة الأُولى. فلو قلنا بصحة بيع الفضولي القاصد لوقوعه للمالك و بفساد فردٍ آخر من بيع الفضولي و هو المقصود وقوعه لنفسه لم يلزم محذور. و هذا بخلاف ما لو قلنا بصحة بيع الفضولي مطلقاً حتى بقصد وقوعه لنفسه، فإنّه يستلزم خروج المورد ـ و هو البيع لنفسه ـ عن إطلاق النهي عن بيع ما ليس عندك. و قد تقرّر في الأُصول إمتناع إخراج المورد عن الدليل.

و وجه الاستلزام واضح، ضرورة إقتضاء أدلة الصحة ترتب الأثر على مطلق البيع الفضولي بإجازة المالك سواء باع لنفسه أم للمالك، و المفروض كون مورد النبوي النهي عن بيع شيءٍ لنفسه لم يملكه بعدُ.

و بهذا يتجه الاستدلال بالنبوي على فساد بيع الفضولي لنفسه، عملاً بالنهي في مورده، و الإقتصار في الصحة على ما لو قصد وقوعه للمالك.

١) ظاهر كلمة «بناءً» توقف الاستدلال بالنبوي على إختصاص مدلوله ببيع الفضولي لنفسه، بحيث لو قيل بشمول إطلاق النهي للبيع للمالك لم يصح الاستدلال به

ببيع الفضولي لنفسه[1].

و الجواب عنه يعرف مما تقدم«١» من: أنّ مضمونهما[2] عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه غير المالك، بلا تعرُّضٍ فيهما لوقوعه و عدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

على المقام و هو بطلان بيع الفضولي لنفسه. مع أنّ هذا الظاهر غير مرادٍ قطعاً، لكفاية إطلاق النهي في الحكم بالفساد سواء باع لنفسه أم للمالك.

فالصحيح ـ كما أفاده السيد قدس سره«٢» ـ عدم إرادة هذا التوقف، بل المراد إختصاص النبوي ببيع الفضولي لنفسه، لكونه مورده. و إطلاقُه لما إذا باع للمالك أو لنفسه مقيّد بأدلة الصحة في ما لو باع للمالك.

و الحاصل: أن للنبوي تقديراً واحداً و هو الإختصاص بالبيع لنفسه، فليس له تقديران حتى يكون على تقدير إطلاقه أجنبياً عن المدّعى، و على تقدير إختصاصه دليلاً عليه.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

١) كما في خبر حكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» فإنّ مورد هذا النبوي ـ كما في التذكرة ـ هو: أنْ يبيع الفضولي عن نفسه، ثم يمضي ليشتريه من مالكه. و كذا النبوي الآخر: «لا بيع إلّا في ملك» لوقوعه في سياق تطليق منكوحة الغير عنه أو عتق مملوك الغير عنه، فيكون ظاهراً في البيع لنفسه.

٢) أي: مضمون النبويين. و حاصل الجواب: أنّ النبويين يدلّان على عدم وقوع بيع الفضولي لنفسه، و لا يدلّان على عدم وقوعه للمالك إذا أجاز. و هذا هو مورد البحث.

«١» تقدم في ص ٤٩٦

«٢» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٤١

و منها[1]: بناءُ المسألة[2] على ما سبق[3] من إعتبار عدم سبق منع المالك. و هذا[4] غالباً مفقود في المغصوب.

و بعبارة أُخرىٰ: يحتمل في هذين النبويين وجهان، أحدهما: فساد بيع غير المالك، سواء قصد وقوعه للمالك أم لنفسه. و الاستدلال بهما على المقام منوط بظهورهما في هذا الاحتمال.

ثانيهما: عدم وقوع البيع لغير المالك، و أمّا وقوعه للمالك لو أجاز أو عدم وقوعه له فلا تعرض في النبويين له، و لابدّ من التماس دليل آخر عليه. و هذا الاحتمال أقرب إلى مورد رواية حكيم بن حزام، على ما تقدم في المسألة الأُولىٰ، حيث قال: «و بعبارة أُخرىٰ: نهي المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدلّ على إلغائه بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له ... الخ» فراجع (ص ٤٩٦).

و عليه فالنبوي أجنبي عن بيع الفضولي بالمرّة، لعدم كونه مورداً له.

١) أي: و من الوجوه الدالة على عدم صحة بيع الفضولي لنفسه، و هذا ثاني وجوه البطلان، و قد ذَكَره في المقابس، و أحال جوابه على ما ذكره في المسألة الاولىٰ، فراجع «١».

٢) أي: بناء فساد بيع الفضولي لنفسه على إشتراط عدم سبق منع المالك.

٣) في المسألة الثانية (ص ٥٢٨) و حاصل ما ذكر هناك: أنّ سبق منع المالك الباقي ـ هذا المنع ـ بعد العقد ولو آناًمّا كافٍ في الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقة.

و الظاهر أنّ هذا الوجه مشترك بين الصورة الثانية ـ و هي نهي المالك ـ و الثالثة، لإطلاق النهي الشامل لكلتيهما.

٤) أي: عدم سبق منع المالك غالباً ـ بل دائماً ـ مفقود في الغاصب، لأنّ الغصب

«١» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ٣٢

و قد تقدّم[١] عن المحقق الكركي أنّ الغصب قرينة عدم الرضا.

و فيه أوّلاً: أنّ الكلام في الأعم من بيع الغاصب[٢].

و ثانياً: أنّ الغصب أمارة عدم الرضا بالبيع للغاصب، لا مطلقاً[٣]، فقد يرضىٰ المالكُ ببيع الغاصب لتوقع الاجازة و تملك الثمن، فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب و غيره من هذه الجهة[٤] سواء.

و ثالثاً: قد عرفت[٥] أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر.

ظلم على المغصوب منه. و مقتضىٰ العادة عدم رضا المالك بل منعه عن تصرف الغاصب مطلقاً من التصرف الخارجي و الاعتباري في ماله.

١) عند نقل الشيخ عنه في (ص ٥٢٦): «و يظهر من المحقق الثانى حيث إحتمل فساد بيع الغاصب، نظراً إلى القرينة الدالة على عدم الرضا، و هي الغصب» و تقدّم هناك أيضاً أن المحقق الكركي ذكره وجهاً للبطلان، و إلّا فقد إختار صحة بيع الغاصب كغيره من العاقد الفضولي. وكيف كان فقد ردّ المصنف هذا الوجه بوجوه ثلاثة ستأتي.

٢) محصل هذا الجواب: أنّ هذا الدليل أخص من المدّعىٰ، و هو بيع الفضولي لنفسه سواء أكان غاصباً أم لا. و هذا الدليل مختص بالغاصب و لا يشمل غيره.

٣) حاصل هذا الجواب: أنّ الغصب ليس أمارةً على عدم الرضا بالبيع مطلقاً حتى للمالك، بل أمارة على عدم الرضا بكون البيع للغاصب، لخصوصيةٍ فيه و هو الظلم. فليس الغصبُ أمارةً على عدم الرضا بأصل البيع حتى يقع منهيّاً عنه و باطلاً.

و عليه فيمكن إجازة المالك للبيع الذي أنشأه الغاصب، لكونه راضياً بالبيع و إن كان كارهاً لتصدّي الغاصب له.

٤) أي: من جهة رضا المالك ببيعه و عدم رضاه به.

٥) عند قوله في (ص ٥٢٣): «و أمّا ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو آناًمّا فلم يدل دليل على كونه فسخاً لا ينفع بعده الاجازة». و محصل هذا الجواب هو: أنّه لا دليل على كون المنع السابق على عقد الفضولي ـ الباقي آناًمّا بعد العقد بالعلم

و منها[1]: أنّ الفضولي إذا قصدَ بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقةَ

أو الاستصحاب ـ ردّاً للعقد و هدماً له بحيث لا تنفع إجازة المالك بعدُ. و عليه فلا مانع من لحوق الاجازة به.

١) أي: و من تلك الوجوه المانعة عن صحة عقد الفضولي لنفسه: ما نُسب إلى العلامة ﷺ و تابعيه من عدم إنطباق مفهوم المعاوضة الحقيقية على بيع الفضولي لنفسه، فالفضولي غير قاصد للمعاوضة. و إنتفاء قصدها المقوِّم للعقد يوجب عدم تحقق المعاقدة و ما هو مقوِّم عقدية العقد، فلا عقد حقيقةً حتى يتكلم في صحته بلحوق الاجازة و عدمها.

و أمّا عدم تحقق المعاوضة الحقيقية هنا فلأنّ الفضولي يُعطي المبيع الذي هو مال الغير، و يأخذ الثمن لنفسه، و هذا خلاف المعاوضة الحقيقية.

و بعبارة أُخرىٰ: قد تقدم في الشرط الثاني من شرائط المتعاقدين تقوُّم الأُمور الاعتبارية ـ التي منها البيع ـ بالقصد الجدّي لتحقق المدلول في وعاء الاعتبار. كما تقرّر هناك تقوم مفهوم المبادلة بين المالين بحلول كل منهما محلّ الآخر، فلو خرج المبيعُ من ملك زيدٍ و تملّكه عمروٌ إعتبر خروج الثمن من ملك عمرو و تملك زيدٍ له.

و المدّعىٰ في المقام إنتفاء حقيقة المعاوضة و عدم قصدها، و لا تصل النوبة إلى البحث عن صحة عقد الغاصب لنفسه، لتفرُّع هذا البحث على تحقق العقد بإنشاء الغاصب، كي يقال بصحته باجازة المالك، أو ببطلانه لفقد الرضا المقارن المعتبر في العقود.

و الوجه في إنتفاء القصد الجدّي في الغاصب هو: أنّ معنىٰ قصده لبيع مال الغير هو المبادلة بين المالين المضافين إلى مالكين ـ و هما مالك المثمن المغصوب و مالك الثمن ـ فلابدّ أن يقصد دخول الثمن في ملك المغصوب منه تحقيقاً لمعنىٰ المعاوضة. و من المعلوم أنّ هذا القصد ينافي قصد تملكه للثمن و عدم تملك المغصوب منه له، فيلزم أن

المعاوضة[١]، إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك مَن لم يخرج عن ملكه الآخر[٢]، فالمعاوضة الحقيقية غير متصوّرة، فحقيقته[٣] ترجع إلى إعطاء المبيع و أخذ الثمن لنفسه. و هذا[٤] ليس بيعاً.

و الجواب[٥] عن ذلك ـ مع إختصاصه ببيع الغاصب ـ أنّ[٦] قصد

يكون الغاصبُ قاصداً لأمرين متنافيين حين الانشاء. و هذا معنىٰ عدم تمشّي قصد المعاوضة منه، و كون إنشائه بيعاً صورياً لا حقيقياً.

و لا يخفىٰ أن هذا الوجه عمدة المحذور في صحة بيع الغاصب لنفسه، و هو ممّا يختص بهذه المسألة، و لا يجري في بيع الفضولي للمالك، لكونه هناك قاصداً لحقيقة المعاوضة.

١) قد عرفت عدم قصد المعاوضة الحقيقية في بيع الفضولي لنفسه.

٢) تقدم في (ص ١٢٩) التنظير له بإعطاء مال لطالب الطعام لشرائه لنفسه، وكذا بإذن الراهن للمرتهن بأن يبيعها لنفسه، فراجع.

٣) أي: فحقيقة بيع مال الغير لنفسه ترجع إلى إعطاء المبيع و أخذ الثمن لنفسه.

٤) أي: و إعطاء المبيع من مال الغير و أخذ الثمن لنفسه ليس بيعاً حقيقةً.

٥) قد أجاب المصنّف ﷺ عن عدم قصد الفضولي المعاوضة الحقيقية ـ الموجِب لبطلان عقده ـ بوجهين:

الأوّل: ما أشار إليه بقوله «مع اختصاصه» و حاصله: أخصية الدليل من المدّعىٰ ـ و هو بطلان عقد الفضولي لنفسه ـ لاختصاص دليله بما إذا كان الفضولي غاصباً حتى لا يتمشّىٰ منه قصد المعاوضة الحقيقية. و أمّا إذا كان معتقداً بأنّ المبيع ملكه، فلا إشكال في تمشّي قصد المعاوضة الحقيقية منه. فدليل الخصم لا يشمله، إذ المفروض إمكان قصد المعاوضة الحقيقية من غير الغاصب.

٦) هذا إشارة إلى الوجه الثاني، و حاصله: أنّه يمكن تمشّي قصد المعاوضة الحقيقية من الفضولي الغاصب بَعدَ إدّعاء نفسه مالكاً حقيقيّاً، كإدّعاء كون زيدٍ أسداً،

المعاوضة الحقيقية مبنيّ على جعل الغاصب نفسَه مالكاً حقيقيّاً، و إن كان هـذا الجعل لا حقيقةَ له[١]. لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر غير الحقيقي حقيقيّةٌ[٢]. نظير المجاز الإدّعائي في الأُصول.

نعم[٣] لو باع لنفسه من دون بناءٍ على ملكية المثمن[٤]

و بَعدَ هذا الإدّعاء يقصد المعاوضة الحقيقية، فتقع المبادلة بين مالكين أحدهما حقيقي، و هو المشتري من الغاصب، و الآخر إدعائي، و هو الغاصب الذي نزّل نفسه منزلة المالك الحقيقي المغصوب منه، فقصد المبادلة بين مالكي العوضين موجود.

و على هذا فلا تستلزم صحة بيع الغاصب كونَه قاصداً للمتنافيين، و هما قصد وقوع البيع للمغصوب منه و لنفسه. وجه عدم اللزوم: أنه يقصد إنشاء البيع للمالكِ الإدّعائي، و هو منحصر في نفسه، و لم يتعدّد المقصود حتى يقصد المتنافيين.

١) لوضوح كونه على خلاف الواقع و كذباً محضاً.

٢) كيف يتصور ترتب أمر واقعي حقيقي على أمرٍ لا واقع له و ليس إلّا إدّعاءً كاذباً؟ و هذا غير ترتب الأثر الخارجي ـ و هو التصرف مطلقاً من الخارجي والاعتباري ـ على ملكية الأموال للأشخاص. و ذلك لأنّ الملكية من الموجودات الاعتبارية المترتبة عليها آثار خارجية. بخلاف إدّعاء الملكية، فإنّ الإدّعاء الكاذب لا إعتبار له عند العقلاء أصلاً، و ليس له وجود إعتباري كالملكية حتى يترتب عليه أمر واقعي.

٣) إستدراك على صحة بيع الفضولي، و حاصله: أنّه لو لم يبنِ البائعُ الفضولي على ملكية المثمن أو لم يكن معتقداً لها حتى يتحقق قصد المعاوضة الحقيقية كانت المعاملة باطلة غير واقعة لا للفضولي و لا للمالك، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية الذي هو مقوِّم العقد.

٤) كما في البائع الفضولي العالم بعدم ملكية المبيع له كالسارق و غيره من الغاصبين.

و لا إعتقادٍ له[١] كانت المعاملة باطلةً غيرَ واقعةٍ له و لا للمالك، لعدم تحقق معنىٰ المعاوضة[٢]، و لذا[٣] ذكروا أنّه لو إشترىٰ بماله لغيره شيئاً بطلَ، و لم يقع له و لا لغيره. و المراد[٤] ما لو قصد تملُّكَ الغير للمبيع بازاء مال نفسه.

و قد تخيّل[٥] بعض المحققين أنّ البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، و هو

---

١) كما في المعتقدين لملكية المبيع لهم إعتماداً على أمارات الملكية كاليد أو الإستصحاب.

٢) التي مقتضاها دخول الثمن في ملك من خرج المبيع عن ملكه، و هذا تعليل للبطلان.

٣) يعني: و لعدم صدق معنىٰ المعاوضة مع عدم بناء الفضولي على كونه مالكاً ـ للمبيع حتى يتمشّىٰ منه قصد المعاوضة ـ لو إشترىٰ بمال نفسه لغيره متاعاً من دون أن يبني على تنزيل الغير منزلة نفسه لم يقع الشراء له و لا لغيره، حتى مع لحوق الاجازة.

أمّا عدم وقوع البيع لمالك الثمن فلعدم بنائه على تملك المثمن لاعتقاده دخوله في ملك الغير. و أمّا عدم وقوعه للغير فلعدم مالكيته للثمن حتى تتصوّر المعاوضة بالنسبة إليه.

٤) يعني: و المراد من الإشتراء بمال نفسه لغيره هو: أن يقصد مالكُ الثمن تملك الغير للمبيع بعوضِ مال نفسه، و هذا خلاف معنىٰ المعاوضة، إذ لم يدخل المبيع في ملك مَن خرج الثمن عن ملكه، بل دخل في ملك مَن لم يخرج بازاء المبيع شيءٌ من ملكه. ولو قصد تملك نفسه للمبيع ثم هبته لذلك الغير صحّ، لتحقق معنىٰ المعاوضة.

٥) الظاهر أن المتخيّل صاحبُ المقابس، فإنّه ﷺ نقلَ عن التذكرة بطلان ما لو اشترىٰ الفضولي لغيره شيئاً بمال نفسه، و صرّح في العقد باسم ذلك الغير، سواء أذن ذلك الغير أم لم يأذن. قال العلّامة: «و الأقرب البطلان فيما لو أذن، إذ ليس

ما لو باع مال غيره لنفسه، لأنه[1] عكسه. و قد عرفت[2] أنّ عكسَه هو ما إذا

للانسان أن يملك شيئاً و الثمن على غيره» ثم أورد عليه المحقق الشوشتري بقوله: «و يلزم من كلامه أنّه لو باع مال غيره لنفسه ثم أذن المالك ـ أي أجاز ـ على ما وقع عليه العقد كان أيضاً باطلاً، للعلّة المذكورة»[1] و ظاهر العبارة النقض على العلّامة بإلزامه بالبطلان ـ بمقتضىٰ تعليله ـ في مسألتنا و هي بيع الغاصب مال غيره لنفسه مع ذهاب المشهور إلى صحته.

فحصل هذا التخيل هو: أنّ مقتضىٰ القول بالبطلان في الشراء بمال نفسه لغيره هو القول بالبطلان في مسألتنا، و هي بيع مال الغير لنفسه، حيث إنّ مسألتنا هذه عكس مسألة الشراء بمال نفسه لغيره، فإنّ البناء على تنزيل الغير منزلة نفسه ثابت في كلتا المسألتين من الأصل و العكس. يعني: في مسألة ما لو إشترى بمال نفسه لغيره شيئاً.

١) أي: لأنّ الشراء بماله لغيره عكس ما نحن فيه من بيع مال غيره لنفسه. و مناط كليهما ـ و هو التنزيل المزبور ـ واحد، فالصحة في أحدهما يستلزم صحة الآخر، كما أن بطلان أحدهما يستلزم بطلان الآخر.

٢) بقوله: «نعم لو باع لنفسه من دون بناءٍ على ملكية المثمن و لا إعتقاد له كانت المعاملة باطلة» و غرض المصنف منع النقض الذي أورده صاحبُ المقابس على العلّامة ﷺ.

و بيانه: أن مسألة الشراء بمال نفسه لغيره ـ التي أفتىٰ العلامة فيها بالبطلان ـ يكون عكسُها ما إذا أعطىٰ مالَ الغير للمشتري بقصد تملك الثمن، من دون أن يبني على كونه مالك المبيع و لا إعتقاده بمالكيّته. و هذا باطل، و لا تنفعه إجازة مالك المبيع.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٨٦، السطر ١٣ ـ ١٦؛ مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٢، السطر ١٨

قصدَ تملكَ الثمن من دون بناءٍ و لا إعتقاد[1] لتملك المثمن، لأنّ[2] مفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز (*).

و الجهة المشتركة بين هذا الفرع و الفرع المنقول عن التذكرة هو عدم تنزيل كلٍّ منهما منزلة المالك الحقيقي، فلا المشتري ـ في كلام العلامة ـ يبني علىٰ كونه هو المشتري المتملك للمبيع، و لا البائع لمال غيره بقصد تملك الثمن بدون قصد تملكه للمبيع قَبْل العقد. و الحكم هو البطلان، و عدم إجداء الاجازة اللاحقة، لفقدان قصد المعاوضة الحقيقية.

و هذا بخلاف مسألتنا و هي بيع الغاصب مال غيره لنفسه، لكونه باتياً على تملكه للمبيع، فيقصد تملكه للثمن، و تتمشّىٰ منه قصد المعاوضة، فلو أجاز المغصوب منه وقع البيع له لا للغاصب.

و بهذا ظهر عدم ورود النقض على حكم العلّامة ﷺ ببطلان الشراء بمال نفسه لغيره معللاً بأنه «ليس للانسان أن يتملك شيئاً و الثمن على غيره».

١) الأوّل في الغاصب، و الثاني فيمَن يعتقد ملكية المثمن إستناداً إلى الأمارات.

٢) هذا تعليل لعدم كون بيع الغاصب عكساً لفرع الشراء بمال نفسه لغيره. و محصله: وجود الفارق بين المسألتين و هو: أنه لو صحّ الشراء للغير و أجاز وقع الشراء له، بخلاف بيع الغاصب لنفسه، إذ لو أجاز المغصوب منه وقع له لا للغاصب.

(*) لا يخفىٰ أنّ هذا الاشكال الثالث قد يُعدّ عمدة المحذور في تصحيح بيع الغاصب لنفسه، و لذا تصدّىٰ جمع لدفعه بوجوه، سيأتي التعرض لبعضها. و الاشكال هو عدم تمشّي قصد المعاوضة الحقيقية من الفضولي الذي يبيع لنفسه، ضرورة أنّه ليس مالكاً للمبيع حتى يقصد خروجه عن ملكه بازاء ما يتملّكه من الثمن، حيث إنّ المعاوضة الحقيقية ـ على ما عن العلّامة و من تبعه ـ هي: أن يدخل الثمن في ملك من خرج

.....

عنه المبيع، و هنا لم يدخل الثمن في ملك مالك المبيع، بل دخل في ملك الأجنبي، و هو البائع الفضولي الذي لم يخرج المثمن عن ملكه. فبيعه حينئذٍ نظير بيع الهازل و الساهي في عدم كونه بيعاً حقيقة.

فهذا الوجه مانع عن تحقق العقد، لا رافع له، فلا موضوع حينئذٍ للبحث عن صحته بإجازة المالك و عدمها.

و جوابه بالنسبة إلىٰ تمشّي قصد المعاوضة الحقيقية من البائع الغاصب ـ كما في المتن ـ بادعاء الغاصب مالكيته للمبيع، ثم قصده المعاوضة الحقيقية لا يخلو من النظر، لأنّ الفضولي مع علمه بعدم مالكيته للمبيع كيف يمكن أن يقصد المعاوضة الحقيقية بمجرّد إدّعاء المالكية كذباً، فإنّ إدّعاء كون زيدٍ أسداً لا يجعله أسداً حقيقةً، لكونه حقيقةً إدعائيةً.

و الحاصل: أنّ تمشّي قصد المعاوضة الحقيقية بمجرّد جعله مالكاً إدّعاءً مع العلم بكذب هذه الدعوىٰ و كونها من الدّعاوي الصورية الكاذبة غير متصور. فإشكال عدم قصد المعاوضة الحقيقية من البائع العالم بعدم مالكيته لا يندفع بإدّعاء مالكيته كذباً.

هذا مضافاً الى ما أورد عليه تارةً بما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدس سره و غيره من أنّه أخص من المدّعىٰ، لاختصاص تنزيل غير المالك نفسه منزلة المالك بالغاصب الملتفت حتى يتمشّىٰ منه إدّعاء المالكية، مع أنّ موضوع البحث في هذه المسألة الثالثة أعم من الغاصب كمن يبيع معتقداً مالكيته للمثمن إعتماداً على الأمارات الشرعية، فانه يرى نفسه مالكاً حقيقةً، و لا يتمشى منه الفرض و التنزيل، لاستغنائه عنه.

و كذا الحال في الغاصب الغافل عن غصبه لمرور زمانٍ أو عروض نسيان، فيبيع ما سرَقَه قبل سنين بزعم كونه مالكاً حقيقةً لا إدّعاءً، فلا موضوع للتنزيل»[1].

«١» المكاسب و البيع، ج ٢، ص ٤٦

.....

و أُخرىٰ: أن تصحيح بيع الغاصب بالمالكية الادعائية منوط بإحراز إلتفات الغاصب الى توقف قصد المعاوضة الحقيقية على الادعاء المزبور، فلو شكّ في التنزيل لم يكن سبيل إلى إثبات إنشاء البيع الجدّي. و لا مجال في مثله للتمسك بأصالة الصحة لاحراز العنوان الصادر منه كما هو واضح. بل مقتضىٰ كلام المصنف ﷺ التفصيل في بيع الغاصب لنفسه بين تحقق هذا الإدّعاء، و عدمه. مع أنّ المشهور حكموا بصحة عقد الغاصب باجازة المالك مطلقاً، حتى بدون المالكية الإدّعائية. هذا

و يمكن دفع محذور عدم تحقق قصد المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب، بأن يقال: انّ المعاوضة حقيقة هي التبديل بين المالين ـ اللّذين هما ركنان في العقود المعاوضية ـ في طرف الإضافة. و نفسُ قصد هذا التبديل مستلزم لدخول كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر المقصود تبعاً لقصد نفس التبديل. و قصد تعيين المالك ليس شرطاً في صحة المعاوضة و لا مقوّماً لها. فتعيين المالك لا حقيقةً و لا تنزيلاً غير معتبر في المعاوضة أصلاً.

و عليه فذِكرُ المالك في العقد و عدمه سيّان، فإنّ البيع ليس إلّا تبديل عين بمال، لا تمليك عين بعوض، إذ لا يصدق هذا التعريف على كثيرٍ من البيوع، كما إذا باع أربابُ مصالح البناء كالآجر و الجص و الحديد و نحوها على مَن يشتريها بأجور موقوفات المسجد مثلاً لإصلاح ذلك المسجد أو غيره و تعميره، فإنّ البائع لا يملّك المصالح للمشتري، إذ ليس الثمن ملكاً له حتى يتملك المصالح. و كذا الحال في المعاملات الواقعة على سائر الموقوفات و الجهات العامة.

و **بالجملة:** فقصد المعاوضة الحقيقية موجود في الفضولي العاقد لنفسه إمّا تبعاً كما في الغاصب، لاستلزام قصد تبديل العين بعوض معلوم المعاوضةَ الحقيقية، بل قصد التبديل المزبور عين قصد المعاوضة، و ما يتقوم به مفهوم البيع هو إنشاء هذا التبديل من

.....

دون حاجةٍ إلى تنزيل غير المالك منزلة المالك حتّىٰ يتمشّىٰ من الفضولي قصدُ المعاوضة الحقيقية بين المالكين، لعدم إعتبار تعيين المالك في صحة العقد.

و إمّا إستقلالاً كما في المالك، فإنّه يقصد من الأوّل المعاوضةَ بين مال نفسه و مال المشتري.

و إن شئت فقل: إنّ الفضولي الذي يقصد البيع لنفسه سواء أكان غاصباً أم غيره ـ بمجرّد إنشائه تبديل المال الشخصي الذي يكون للغير بمال المشتري ـ تتحقق قهراً نيّة المعاوضة بين المالين، و في الرتبة الثانية المتأخرة عن الانشاء يقصد البيع لنفسه ليأخذ الثمن غصباً كما أخَذَ المثمن كذلك.

و هذا القصد الثانوي لا يقدح في صحة المعاملة إذا أجاز المالك، لأنّ هذا القصد وقع لغواً، و لم يكن مقوّماً للعقد، و لا شرطاً له. سواء أكان قصد مالكيته إدّعاءً من قبيل الجهات التقييدية بأن يكون المالك موضوعاً لهذا العقد، و الفضولي طبّق المالك على نفسه إدّعاءً. أم من قبيل الجهات التعليلية، بأن يجعل نفسه مالكاً لأخذ الثمن.

و لعل هذا مراد المصنف ﷺ من دعوى الفضولي مالكيته للمبيع، فإنْ كان كذلك فلا بأس به.

فالمتحصل: أنّه في هذه الصورة الثالثة ـ و هي بيع الفضولي لنفسه ـ لا مانع من صحته بإجازة المالك. و الوجوه المتقدمة لا تصلح للمانعية بَعدَ فرض صدق العقد عليه، و قصد المعاوضة التي هي تبديل مال بمال قبل العقد موجود. و لا يتوقف على مالكية الفضولي. فما أفاده المصنف ﷺ من صيرورة المعاوضة حقيقيةً بعد إدّعاء الفضولي مالكيته للمبيع غير ظاهر، إذ لا يتوقف قصدها على الإدّعاء المزبور. بل قصد التبديل قبل هذا الإدّعاء موجود. فعقدية عقد الفضولي البائع لنفسه ثابتة، فتشمله أدلة الصحة كشمولها للصورتين السابقتين، و هما عقد الفضولي للمالك بدون سبق النهي و مع سبقه.

.....

و قد أُجيب عن محذور عدم تمشّي قصد المعاوضة الحقيقية من الغاصب بوجوه أُخرىٰ:

منها: ما أفاده المحقق النائيني ﷺ و لم يستبعد كونه مراد شيخنا الأعظم ﷺ و إن لم تكن عبارة الكتاب وافيةً به، و محصله: أن الملكية هي الاضافة الاعتبارية بين المالك و المملوك، و الغاصب لا يغصب المملوك بل يغصب هذه الاضافة و يجعل نفسه مالكاً، و بعد هذا التجعُّل يتمشىٰ منه البيعُ العرفي، لكفاية إعتبار الملكية عدواناً أو جهلاً في ترتب الأثر عليها و إن لم يمضه الشارع، فصدور المعاوضة الحقيقية مبني على هذا الجعل، و هو المصحِّح لقصد البيعية، فيُنشيء تبديل طرف إضافةٍ بطرف إضافة أُخرىٰ ... الخ«١».

و قد يشكل بأنّ الغصب من المفاهيم العرفية، و المعهود منه هو الاستيلاء على ما للغير عدواناً، فالملحوظ فيه هو الاعتداء على مال الغير و التصرف فيه، و لا يطلق عنوان «الغصب» على مجرّد إعتبار شخص مالكاً لأموال غيره ما لم يضع يده عليها. و لم يُعهد سرقة إضافة الملكية، فإنّها أمر إعتباري. و من المعلوم خروج هذا الوعاء عن حيطة تسلّط الغاصب عليه. بل ربّما ينافيه تصريح الميرزا ﷺ في أوّل البيع بأنّ البيع العرفي ليس تبديل الاضافة و إنما هو تبديل طرفيها، لأنّ الملكية سواء أكانت بمعنى السلطنة أم بمعنى الجدة الاعتبارية مما لا تقبل النقل إلى الغير «إذ ليس للمالك ملكية على الملكية»«٢» فالبيع العرفي هو تبديل طرفي إضافتين. و هو الذي يتعلّق به الامضاء الشرعي تارة، و الرّد أُخرىٰ.

«١» منية الطالب، ج ١، ص ٢٢٥ ـ ٢٢٦ ؛ المكاسب و البيع، ج ٢، ص ٤٦

«٢» منية الطالب، ج ١، ص ٣٥

.....

و بامتناع إنفكاك الملكية عن المالك عرفاً كيف يجعل الغصب سرقةً لهذه الاضافة مع كونه من الامور المتعارفة عندهم؟ و عليه فيشكل تصحيح معاملات الغاصب بالوجه المزبور.

و ليس الاشكال في البيع الممضى شرعاً حتى يقال: يتمشّى قصد المعاوضة عرفاً من الغاصب. و ذلك لما تقدم من أن الغصب كالبيع من الامور العقلائية، و المحذور كله في إمتناع قصد الغاصب حقيقة المعاوضة.

و منها: ما أفاده المحقق الايرواني ﷺ فانه ـ بعد منع توقف المبادلة على قصد دخول أحد العوضين في ملك مالك الآخر ـ صحّح بيعَ الغاصب بوجهين:

أحدهما: أن بيع الغاصب مال الغير لنفسه لا هو هبة متعارفة و لا بيع متعارف، بل هو عقد متضمن لهما معاً، حيث يتبدل المالكان فيه كما في الهبة، و المملوكان كما في البيع.

و لا تتوقف حقيقة المعاوضة على قصد دخول العوض في ملك مالك المعوّض. فإذا باع الغاصب إنحلّ إنشاؤه إلى بيع و هبة من جانب واحد. أما أنه بيع فلأنّه من تبديل مملوك بآخر. و أما أنه هبة فلأنها تبديل مالك بآخر، لفرض تمليك المشتري الثمن للبائع. و هذه معاملة صحيحة لخصوص دليل حِلِّ البيع و لعموم الأمر بالوفاء بالعقود و التجارة عن تراضٍ.

ثانيهما: أنه هبة معوّضة، قال ﷺ: «و إن تعاسرتَ من هذا قلنا: لا أقل من أن يكون ما يصنعه الغاصب هبةً معوّضة، فيَهب مال الغير بازاء أن يهبه الطرفُ المقابل مالَ نفسه ... و يكون القبول من الطرف الآخر إنشاءً للهبة الأُخرى. و الوجه في تملك الغاصب للثمن هو: أنه يستوهبه من الطرف المقابل بازاء رفع يده عن العين المغصوبة حتى يعصبها الطرف المقابل»[1] هذا.

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٢٣

و منها[1]: أنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإنْ تعلّقت إجازة المالك بهذا

---

١) أي: و من الوجوه التي تُمسّك بها لبطلان بيع الفضولي مالَ الغير لنفسه: أن الفضولي ... الخ. و هذا الوجه الرابع ناظر إلى إمتناع تأثير الاجازة فيما صدر من الفضولي و إن لم تتقوّم المعاوضة عقلاً بالدخول في ملك المالك، بل كان ذلك شرطاً لصحة البيع شرعاً. و الوجه السابق كان ناظراً إلى إمتناع قصد البيع الذي هو من المعاوضات الحقيقية.

أقول: لا ريب في أن العقود أمور قصدية لا تترب عليها آثارها ما لم تُقصد. كما لا ريب في اختلاف البيع و الهبة مفهوماً، فالبيع يعتبر فيه المبادلة بين مالين سواء أكان بمعنى التبديل أو التمليك أو غيرهما، و لا يصدق على إعطاء مالٍ خالٍ عن العوض، ولوكان هذا العوض إسقاط حقٍّ و نحوه. و الهبة هي التمليك المجّاني، و لذا تتوقف الهبة المعوضة على الشرط. و حينئذٍ كيف يكون الانشاء الواحد جامعاً للعنوانين المتقابلين؟

مضافاً إلى: أنّ الكلام في تصحيح بيع الغاصب بما أنه بيع، لا بما أنه منحل إلى بيع و هبة، إذ الانحلال المزبور منوط بقصدهما حتى تصل النوبة إلى إمضاء الشارع.

و إلىٰ: أن الوجهين أخصّ من المدّعىٰ، لاختصاصهما بالمشتري العالم بغصبية المبيع حتى يكون قبوله بيعاً و هبةً، أو هبة معوّضة. مع أنّ الكلام في الأعم منه و من الجاهل، كما أنه أعمّ من الغاصب و ممّن يزعم مالكيته للمال إعتماداً على الأمارات الشرعية.

و بهذا يظهر غموض التمسك بأدلة الامضاء، إذ لم يعهد تركُّب عقدٍ من بيعٍ و هبة حتى يشمله عموم الأمر بالوفاء، كما أنّ مثله ليس بيعاً بخصوصه حتى يصحّ بدليل حِلِّ البيع.

الذي قصده البائع كان منافياً لصحة العقد، لأنّ معناها[1] هو صيرورة الثمن لمالك المثمن بإجازته. و إن تعلّقت بغير المقصود كانت[2] بعقدٍ مستأنف، لا إمضاءً لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشِيء غير مُجاز، و المُجاز غيرَ منشأ.

و كيف كان فحصل هذا الوجه: أنّه إن تعلّقت إجازة المالك بما قصده البائع الفضولي من البيع لنفسه كانت الإجازة منافيةً للمعاوضة الحقيقية، و هي صيرورة الثمن لمالك المثمن، و المفروض دوران صحة البيع على هذه المعاوضة. فجعل الثمن للفضولي ـ بإجازة المالك ـ منافٍ للصحة، إذ لازم الإجازة صيرورة الثمن ملكاً للفضولي من دون أن يخرج المثمن عن ملكه. و هو خلاف المعاوضة الحقيقية، فيكون هذا البيع باطلاً.

و إن تعلّقت الإجازةُ بغير ما قصده الفضولي من البيع لنفسه بأن يكون أثرُ الإجازة مليكةَ الثمن للمجيز بإزاء المثمن الذي خرج عن ملكه ـ حتى يكون هذا البيع مصداقاً للمعاوضة الحقيقية ـ كان متعلّق الإجازة حينئذٍ عقداً جديداً غير العقد الذي أنشأه الفضولي.

و بالجملة: فالمُجاز غير عقد الفضولي، و عقد الفضولي غير المجاز. هذا تقريب الاشكال، و نَقَلَ المصنف ﷺ جواباً عن المحقق الميرزا القمي ﷺ و ناقش فيه، و اختار وجهاً آخر للجواب عنه، و سيأتي بيان الكلّ إن شاء الله تعالى.

١) أي: معنى الصحة ـ التي ينطبق عليها مفهومُ المعاوضة ـ هو صيرورة الثمن ملكاً لمالك المثمن، و إلّا لم يصح العقد المعاوضي و هذا منافٍ لما قصده الفضولي من تملك الثمن.

٢) أي: كانت الإجازة متعلقةً بعقد مستأنفٍ، لا بعقدٍ أنشأه الفضولي، و لم تكن إمضاءً و تنفيذاً لنقل الفضولي، فلا يصير عقد الفضولي باجازة المالك موضوعاً لأدلة الامضاء.

و قد أجاب عن هذا[1] المحققُ القمي ﷺ في بعض أجوبة مسائله: بأنّ

---

١) أي: عن هذا الاشكال الذي ذكره القائل ببطلان عقد الفضولي لنفسه. و محصل هذا الجواب: أنّ معنىٰ إجازة المالك في صورة بيع العاقد الفضولي لنفسه هو تبديل رضا الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك، و وقوعُ البيع عن المالك و صرفه عن الفضولي و إضافته الى نفسه. و ليس معنىٰ الاجازة تنفيذ نفس العقد كما في بيع الفضولي المقصود وقوعه للمالك مع إجازته التي تلحق بنفس عقد الفضولي و تنفّذه. ثمّ جعل المحقق المتقدم مقامَنا ـ و هو بيع الفضولي مال الغير لنفسه ـ نظير بيع الفضولي عن المالك، ثم تملّكه من مالكه، فأجاز بيعَ الفضولي.

و بعبارة أُخرىٰ: يختلف مفاد الاجازة في صور بيع الفضولي، ففي الفضولي المصطلح ـ و هو بيع مال الغير بقصد وقوعه لمالكه ـ يكون معنىٰ الاجازة الرضا بما أنشأه الفضول و تنفيذاً له، من دون أن توجب تغييراً في ذلك المُنشأ أصلاً. فالفضولي قصَد بإيجابه مع المشتري تمليك مال الغير بعوضٍ، ليدخل في ملك ذلك الغير، و المالكُ ينفّذ هذا البيع و يرضىٰ به.

و أمّا في مسألة بيع الغاصب لنفسه فليست الاجازة مجرّد الرضا بمضمون ذلك البيع الواقع على المال، بل توجب تغييراً في ذلك الانشاء، لأنّ الغاصب قاصد لدخول الثمن في ملك نفسه، و إجازة المغصوب منه صارفة لذلك البيع إلى وقوعه لنفسه و إضافته إليه.

و هذا نظير الإجازة في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» فإنّها صارفة للبيع المزبور عن مالكه السابق إلى العاقد المالك بالفعل.

و ربّما ينحلّ كلام المحقق القمي ﷺ إلى وجهين: أحدهما: كون إجازة المالك مصحِّحة أي مبدِّلة لعقد الغاصب الفضولي إلى عقدٍ جديد.

و الآخر: أنّها عقد مستأنف بين المالك و المشتري، لا أنّها تغيِّر عقدَ الغاصب لنفسه.

الإجازة في هذه الصورة[١] مصحِّحة للبيع، لا بمعنىٰ لحوق الاجازة لنفس العقد كما في الفضولي المعهود[٢]، بل بمعنىٰ تبديل رضا الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك، و وقوع البيع عنه[٣].

لكن يمكن أن يستفاد من تفسيره للعقد الجديد وحدةُ الوجهين لُبّاً. ولابدّ من نقل جملةٍ من كلامه للوقوف على حقيقة الأمر، و قد حمّل المشهورَ ـ القائلين بصحة بيع الغاصب و بأن الاجازة كاشفة ـ الالتزامَ بكون هذه الاجازة مبدِّلةً لمضمون عقد الغاصب، و ليست كاشفةً محضاً عن تأثير نفس عقد الغاصب في النقل و الانتقال من حين وقوعه.

١) و هي بيع العاقد الفضولي مال الغير لنفسه.

٢) و هو بيع الفضولي للمالك، فإنّ إجازة المالك فيه تتعلّق بنفس العقد و تنفِّذه.

٣) هذه العبارة هي التي ذكرها المحقق القمي في المقام الثامن الذي عقده للبحث عن إشتراط صحة بيع الفضولي بوجود مجيز حال العقد ـ أي مسألة مَن باع شيئاً ثم ملكه ـ لا في بيع الغاصب، حيث قال في دفع إشكال عدم كون إجازة المالك الفعلي إيثاقاً للعقد الذي أوقعه الفضولي، ما لفظه: «و يمكن دفعه و جعله من باب إيثاق العهد لو جعلنا الاجازة عقداً جديداً كما هو أحد المحتملات في الفضولي المعهود كما نقل عن صاحب كتاب كشف الرموز وفاقاً لشيخه المحقق. على أنّا نقول: إنّه لا مناص لهم أيضاً عن ذلك أي إلتزام العقد الجديد في بعض الصور. و توجيه صدقها عليه بملاحظة ما يشبه نوعاً من الاستخدام. فمعنىٰ: ـ أجزتُ البيع ـ رضيتُ بالانتقال إليه من باب البيع. فاللّام في ـ البيع ـ أو الضمير في ـ أجزتها ـ راجع إلى الأثر المترتب على مطلق البيع، لا البيع الخاص الواقع في الخارج حتى يقال: انه ليس رضاً به. و يكفي هذا في صدق معنىٰ الاجازة. توضيحه: أن الاجازة في صورة كون البائع غاصباً و قاصداً لبيع الملك لنفسه مصححة للبيع على الأصح، كما ذهب إليه الأكثر، و هو ليس في معنىٰ لحوق الاجازة بالعقد كما هو كذلك في الفضولي المعهود، بل بمعنىٰ

وقال[١] نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه. وقد صرّح[٢] في موضعٍ آخر[٣]

تبديل رضا الغاصب و بيعه لنفسه و قصده لوقوع البيع لنفسه برضا المالك، و وقوع البيع عنه. و الفرق واضح بين لحوق رضا المالك بمقتضىٰ العقد و وقوعه من قبله بالعقد، و بين تبديل الرضا و الايقاع بتحقق لحوق الرضا من المالك عن المالك ... والحاصل: أن الاجازة في بيع الغاصب إنّما هو في معنىٰ إلتزام ورود معاملة جديدة على مال المغصوب منه، لا امضاء للعقد السابق ... الخ»[١].

١) أي: قال المحقق القمي ﷺ، نظيرَ ما ذكره ـ في بيع الغاصب ـ في مسألة مَن باع شيئاً ثم ملكه. و قد عرفت أنّ العبارة المنقولة في المتن هي بعض كلام المحقق القمي في مسألة «مَن باع» لا في تصحيح بيع الغاصب.

و على كُلٍّ فإنّ المالك هنا صيّر عقدَ الفضولي عقداً لنفسه بالاجازة، كصيرورة عقد الفضولي عن المالك ـ بعد تملُّك العاقد الفضولي ذلك المبيع من مالكه ـ عقداً لنفس الفضولي و متعلّقاً لإجازته. وجه التنظير تبدُّل العقد بعقد آخر في النظير و مورد بحثنا.

٢) أي: صرّحَ المحقق المتقدم في موضع آخر من أجوبة مسائله، و حاصله: جعل المالك العقدَ الصادر من الفضولي ـ لنفسه على مال الغير ـ عقداً لنفسه على ذلك المال. فمعنىٰ الاجازة حينئذٍ تبديل عقد الغاصب الفضولي بعقد نفس المالك، و تبديل عقد الفضولي بعقد نفسه.

٣) ظاهر تعبير المصنف ﷺ وجود عبارة ثالثة للمحقق القمي ﷺ غير ما أفاده في بيع الغاصب و في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» حتى يكون إستشهاد المصنف بعبارات ثلاث. مع أنّ المنقول في المتن هو كلام المحقق القمي في تصحيح بيع الغاصب، فلاحظ قوله: «و التحقيق و إن كان إنتفاء الجنس بانتفاء الفصل ـ أي انتفاء

«١» جامع الشتات، ج ٢، ص ٣٢٠، الطبعة الحديثة، و ج ١، ص ١٦٤، س ١٨ ـ ٤٢ من الطبعة الحجرية.

بأنّ حاصل الاجازة يرجع إلى أنّ العقد الذي قُصِد كونه واقعاً على المال المعيّن لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم قد[١] بدّلتُه بكونه على هذا الملك بعينه لنفسي، فيكون[٢] عقداً جديداً كما هو[٣] أحد الأقوال في الإجازة.

جنس التمليك بانتفاء فصله و هو وقوعه للغاصب ـ و أنّه لا بقاء للجنس بعد إنتفاء الفصل، و أنّ عقد الغاصب حرام و فاسد بالنسبة إلى نفسه، لكنه عقد البيع عرفاً. و فائدة ملاحظة الجنس هنا الاشارة إلى الصيغة، يعني: أنّ العقد الذي وقع بضمّ الصيغة إلى قصد كونها واقعةً على المال المعيّن لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم: قد بدّلتُه بجريانها على ذلك المال بعينه لنفسي، فيكون عقداً جديداً كما هو أحد الأقوال في الاجازة كما سنشير إليه ... فالمعيار هو وقوع الايجاب و القبول على ملكٍ معيّن ... و لا يذهب عليك أنّ ما اخترناه من كون ذلك عقداً جديداً لاينافي القول بالكشف، إذ معناه: انّي جعلتُ هذا العقد في موضع ما أوقعه الفضولي، لا أنّي جعلته ناقلاً من الحين كما هو الظاهر من لفظ العقد الجديد. فإنّ المراد بالجديد بيان المغايرة، يعني: أنّ هذا عقد مغاير لما أوقعه الفضولي و إن إعتبرنا حصوله في موقعه، لا أنّه لا أثر له قبل الاجازة، و يبطل الأثر بمجرّد ذلك، فافهم»[١]. و لعلّ المصنف أراد بالموضع الآخر كلامه في الغنائم، فراجع[٢].

١) خبر قوله: «ان العقد» و ضميرا «بدّلتُه، بكونه» راجعان إلى العقد.

٢) أي: فتكون الاجازة عقداً مستأنفاً.

٣) أي: كون الاجازة عقداً جديداً أحد الأقوال في الاجازة، و القولان الآخران هما الكشف و النقل.

«١» جامع الشتات، ج ٢، ص ٢٧٦ (الطبعة الحديثة) ج ١، ص ١٥٥، السطر ١٣ الى ٢٧، الطبعة الحجرية.

«٢» غنائم الايام، ص ٥٤١، ٥٥٤، ٥٥٥

و فيه[١]: أنّ الإجازة على هذا[٢] تصير ـ كما إعترف ـ معاوضةً جديدةً من طرف المجيز و المشتري، لأنّ[٣] المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور، لأنّ[٤] [و لأنّ] قصد البائع البيعَ لنفسه إذا فُرض تأثيره في مغايرة

---

١) محصل إشكال المصنّف على المحقق القمي ﷺ: أنّه يلزم وجود معاوضة جديدة مع قيام الاجازة مقام شيئين أحدهما الايجاب، و الآخر القبول.

أمّا الأوّل فلأنّ إيجاب العاقد الفضولي قد تبدّل بإيجاب المالك بسبب إجازته. و أمّا الثاني فلأنّ قبوله كان قبولاً لإيجاب العاقد الفضولي مع علمه بكون العاقد فضولياً. و عدم رضاه بإنشاء قبولٍ آخر ليتملك المبيع بإيجاب جديد من المالك. فلابدّ حينئذٍ من الالتزام بقيام الإجازة مقام إيجاب المالك و قبول المشتري. و هذا خلاف الإجماع و العقل.

أمّا كونه خلاف الاجماع فلأنّه لم يقل أحدٌ من الفقهاء بقيام الاجازة مقام الايجاب و القبول. و أمّا كونه خلاف العقل فلأنّه لايعقل أن يتغير الشيء عمّا وقع عليه، فإنّه وقع للفضولي، فكيف يقع للمالك؟

فالنتيجة: أنّ جواب المحقق القمي لايدفع إشكال من إستشكل في صحة عقد الفضولي لنفسه بإجازة المالك، بل جوابه ﷺ بالالتزام بكون الاجازة عقداً جديداً تسليمٌ لأحد طرفي الاشكال، و هو تبدل عقد الفضولي بعقد جديد للمالك.

٢) أي: على تقدير رجوع الإجازة إلى تبديل رضا الفضولي برضا المالك.

٣) تعليل لصيرورة الاجازة معاوضة جديدة بين المالك المجيز و بين المشتري من الفضولي.

٤) الغرض منه إثبات عدم رضا المشتري ـ من الغاصب ـ بوقوع العقد للمغصوب منه، فتصير إجازة المالك عاريةً عن القبول، و يمتنع تحقق عقدٍ على المال.

و بيانه: أنّ إنشاء الغاصب يؤثّر في وقوع البيع لنفسه، و دخول الثمن في ملكه،

العقد الواقع[١] للعقد المجاز[٢]، فالمشتري[٣] إنّما رضي بذلك الايجاب[٤] المغاير لمؤدّىٰ الاجازة[٥]. فإذا[٦] التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقدٍ بعقدٍ و بعدم[٧] الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً[٨] فقد قامت[٩] الاجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشتري.

و قد تعلق قبول المشتري بهذا الإيجاب لا بما يجيزه المالك بعده. و من المعلوم أنّ هذا العقد مغاير لما أمضاه المالك المجيز، لأنّه أجاز بيعاً يقع لنفسه لا للغاصب. و حينئذٍ فلوكانت الإجازة مبدِّلةً لعقد الغاصب بعقد المالك ـ و المفروض عدم إنشاء قبول آخر من المشتري ـ لزم قيام إجازة المالك مقام شيئين: أحدهما إيجاب المالك، و الآخر قبول المشتري، و هو غير معقول، فكيف يتحقق معاوضة جديدة بالاجازة؟

١) و هو البيع المبني على دخول الثمن في ملك الغاصب.

٢) و هو البيع المضاف إلى المالك ليدخل الثمن في ملكه.

٣) جواب قوله: «إذا فرض» و جملة الشرط و الجواب خبر قوله: «لان قصد» و العبارة لا تخلو من تعقيد، و لا داعي له.

٤) أي: الايجاب من الغاصب.

٥) و هو دخول الثمن في ملك المغصوب منه.

٦) هذا متفرع على تحليل ما وقع من العقد و الإجازة، يعني: لو إلتزم المحقق القمي بكون الإجازة معاوضةً جديدةً قائمةً بالمجيز و المشتري لزم قيام الإجازة مقام طرفي العقد و هما الايجاب و القبول، و هذا القيام غير معقول.

٧) معطوف على «بكون» و هذا الالتزام ليس أمراً زائداً على كون الاجازة مبدِّلةً لعقد الغاصب بعقد المالك.

٨) في قبال قبوله الأوّل لإيجاب الغاصب.

٩) جواب الشرط في قوله: «فإذا التزم».

و هذا[1] خلاف الاجماع (*) و العقل[2].

و أمّا القول[3] بكون الإجازة عقداً مستأنفاً فلم يعهد من أحدٍ من العلماء و غيرهم، و إنّما حُكي[4] عن كاشف الرموز«1» عن شيخه: أنّ الاجازة من مالك

---

١) أي: قيام الاجازة مقام شيئين ـ و هما الايجاب و القبول ـ خلافُ الاجماع و العقل.

٢) حيث إنّ المالك مسلّط على ماله بأن يُبدِّل وقوعه لنفسه، فإنّ التبديل تصرف في ماله. و أمّا قبول المشتري و تمليك ماله ضمناً لخصوص الفضول فليس أمرُه بيد المالك الأصيل، فلا معنىٰ لتبديل قبول المشتري.

هذا كله في ردِّ ما أفاده المحقق القمي من الوجه الأوّل المبني على مبدِّلية الإجازة لمضمون عقد الغاصب.

٣) هذا ردٌّ على بيان آخر للمحقق القمي الذي أفاده «بأنّ حاصل الإجازة يرجع الى أنّ العقد الذي قصد كونه ... الخ» و حاصل الرد: أنّه لم يعهد من أحدٍ من العلماء و غيرهم عدُّ الإجازة عقداً مستأنفاً، فتسقط هذه الدعوىٰ بمخالفتها للاجماع.

٤) الحاكي عن الفاضل الآبي هو السيد العاملي، و المراد من نسبة كون الاجازة عقداً مستقلاً ـ إلى المحقق ـ ليس تصريحه به، و إنّما الغرض إلزامُه بلازم كلامه، فالفاضل الآبي ينقل عن المحقق عدمَ توقف البيع على لفظ مخصوص، و لازمه كون

(*) الظاهر أنّه منافٍ لما أفاده قبيل هذا من قوله: «كما هو أحد الأقوال في الاجازة» و إن كان من كلام المحقق ﷺ، إلّا أنّه يكفي في المنع عن تحقق الاجماع.

«١» ما ظفرنا عليه هو كشف الرموز في شرح النافع، لا كاشف الرموز، و مؤلّفه من تلامذة المحقق صاحب الشرائع، و إسمه الشيخ عزّالدين الحسن بن أبي طالب اليوسفي الآبي. و لعلّ المصنف جرىٰ في هذا التعبير مجرىٰ قولهم: كاشف اللثام كما عبّر به في بحث الاجازة، و الأمر سهل.

المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع، فهو [بيع] قائم مقام إيجاب البائع، و ينضم إليه[1] القبول المقدّم [المتقدم] من المشتري. و هذا[2] لا يجري فيما نحن فيه،

إجازة عقد الفضول بيعاً مستقلاً. و من المعلوم حجية الألفاظ في مداليلها الالتزامية كحجيتها في المطابقية. و قد إستفاد المحقق القمي و السيد العاملي ﷺ أيضاً هذا الاستلزام، و جعلاه قولاً ثالثاً في الاجازة في قبال الكشف و النقل.

قال الفاضل الآبي في تصحيح بيع الفضولي: «اللهم الّا أن يقول ـ أي القائل بالبطلان ـ ان عقد البيع لا يستلزم لفظاً مخصوصاً أعني: بعتُ، بل كل ما يدلّ على الانتقال فهو عقد، فلو [فمن] يلتزم هذا القول يكون إجازة المالك عنده بمثابة عقد ثانٍ ... و إذا تقرّر هذا فلا إشكال على شيخنا دام ظله، لأنّ النهي عنده في المعاملات لا يقتضي الفساد، و لا للبيع لفظ مخصوص ... و المختار عندنا إختيار شيخنا دام‌ظله»[1]

و قال السيد العاملي في موضعين: «فكأنّه قول ثالث ...»[2].

أقول: لولا أنّ الفاضل الآبي أدرىٰ بمراد شيخه المحقق ﷺ من جملة «ليس للبيع لفظ مخصوص» أمكن أن يكون غرض المحقق نفي اللفظ المخصوص الذي إعتبره جماعة في البيع و غيره من العقود اللازمة من الصراحة في المُنشأ، كما اقتصر بعضهم على صيغة «بعتُ، ملّكتُ». و أمّا كلمة «أجزتُ و أنفذتُ» و نحوهما مما يتعارف إنشاء الإجازة به فليس مرادفاً للبيع و التمليك و الشراء و النقل حتى يصح إنشاء البيع به.

١) هذا الضمير و ضمير «فهو» راجعان إلى إيجاب المالك، و بانضمام القبول المتقدم يتحقق العقد المستأنف. هذا ما يقتضيه كلام الفاضل الآبي.

٢) أي: ما نقله كاشف الرموز عن شيخه ـ من كون الاجازة بيعاً مستقلاً

«١» كشف الرموز، ج ١، ص ٤٤٥ و ٤٤٦

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٨ و ١٨٩

لأنّه[١] إذا قصد البائعُ البيعَ لنفسه فقد قصد المشتري تمليكَ الثمن للبائع و تملُّكَ المبيع منه، فإذا بُني على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع[٢] فلابدّ له[٣] من قبولٍ آخر، فالاكتفاء عنه[٤] بمجرّد إجازة البائع ـ الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه ـ إلتزامٌ[٥] بكفاية رضا البائع و إنشائه عن رضا المشتري و إنشائه. و هذا[٦] ما ذكرناه من أنّه خلاف الاجماع و العقل.

لا يجري فيما نحن فيه و هو بيع الغاصب لنفسه، لأنّ ظاهر كلام المحقق و تلميذه هو الفضولي المعهود الذي يبيع للمالك، لا مَن يبيع مال الغير بقصد تملك الثمن كما هو محلّ البحث.

١) تعليل لعدم جريان كلام كاشف الرموز فيما نحن فيه و هو بيع الفضولي لنفسه، و محصله: أنّ المشتري هنا يقصد دخول الثمن في ملك الغاصب، فلو كانت إجازةُ المالك موجبةً لوقوع البيع للمغصوب منه لم يكن قبولُ المشتري مطابقاً للإجازة، و لابدّ من إنشاء قبولٍ آخر، و المفروض عدمه.

٢) أي: لما وقع من البائع الفضولي لنفسه.

٣) أي: فلابدّ لوقوع البيع للمالك من إنشاء قبول آخر. و قوله: «فلابدّ» جواب الشرط في قوله: «فإذا بُني».

٤) أي: عن قبولٍ آخر، و هو قبول إيجاب المالك.

٥) خبر قوله: «فالاكتفاء» و قوله: «الراجعة» صفة للاجازة.

٦) أي: الاكتفاء برضا البائع و إنشائه ـ عن رضا المشتري و إنشائه ثانياً ـ مخالفٌ للاجماع و العقل كما مرّ آنفاً.

هذا ما أفاده المصنف في ردّ كلام المحقق القمي، و به يظهر أنّ محذور مخالفة المنشأ للمجاز باقٍ بحاله. و لذا تصدّىٰ الماتن للجواب عنه ببيان آخر، سيأتي تقريبه.

فالأولىٰ في الجواب[١] منعُ مغايرة ما وقع[٢] لما أُجيز[٣]. و توضيحه[٤]: أنّ البائع الفضولي إنّما قصد تمليك المثمن للمشتري بازاء الثمن. و أمّا كون الثمن مالاً

---

١) أي: الجواب عن إشكال إجازة المالك ـ لبيع الفضولي لنفسه ـ بمغايرة المُنشأ للمجاز.

٢) من بيع الفضولي لنفسه.

٣) و هو جعل المالك بيع الفضولي لنفسه بسبب الاجازة بيعاً لنفسه، و صرفه عن الفضولي.

٤) أي: و توضيح عدم مغايرة ما وقع من الفضولي لما أجازه المالك هو: وجود قصد المعاوضة بين المالين في عقد الفضولي من فيما أجازه المالك، حيث إنّ الفضولي بإيجابه يقصد تمليك المثمن للمشتري بازاء الثمن،من دون دلالة الإيجاب على كون الثمن ملكاً له أو لغيره، و حيث إنّ الفضولي يبني على مالكيته للمثمن عدواناً كما في الغاصب، أو إعتقاداً كما في الاعتماد على أمارات الملكية من اليد أو غيرها، فلازمه تملكُ الثمن. و هذا معنى المعاوضة، و معنىٰ قصد الفضولي بيعَه لنفسه.

فقصدُ المعاوضة في عقد الفضولي موجود، لبناء الفضولي على كونه مالكاً للمبيع. و مقتضىٰ المعاوضة هو كون الثمن ملكاً له بازاء المثمن. لكن هذا البناء صوريٌّ، و إجازةُ هذا البناء الصوري ـ المبني عليه المعاوضة ـ توجب المعاوضة الحقيقية، لكون المثمن ملكاً للمجيز واقعاً، فيكون الثمن له بازاء المثمن. فالمعاوضة في كلٍّ من عقد الفضولي و إجازة المالك ثابتة، غاية الأمر أنّها في العقد صوريّة، و في الاجازة واقعية.

و بعبارة أُخرىٰ: انّ الفضولي البائع لنفسه قاصد لأمرين، أحدهما: إنشاء البيع و هو تمليك مال المغصوب منه للمشتري بعوضٍ. و مقتضاه دخول الثمن في ملك المغصوب منه.

له أو لغيره فإيجاب البيع ساكت عنه، فيرجع[١] فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من[٢] دخول العوض في ملك مالك المعوّض تحقيقاً[٣] لمعنى المعاوضة و المبادلة.

و حيث[٤] إنّ البائع يملّك المثمن بانياً على تملكه[٥] له و تسلُّطه عليه

ثانيهما: دخول الثمن في ملك الفضولي، لبنائه على مالكيته للمبيع.

و لا منافاة بين الأمرين، لكونه مدّعياً ملكه للمثمن، فتتمشّىٰ منه قصد المعاوضة. فلو أجاز المالك تعلّقت بالأمر الأوّل، و هو أصل البيع و المبادلة بين المالين، لا بالأمر الثاني الذي لا واقعيّة له.

و بهذا يندفع المحذور، و يكون المنشأ ـ أعني به أصل التمليك بالعوض ـ هو المجاز، و المجاز هو المنشأ. هذا فيما كان الفضولي بائعاً. و أمّا لو كان مشترياً فلا يجدي هذا البيان لدفع المحذور، لكون المنشأ واحداً كما سيأتي تقريبه.

١) أي: فيرجع في كون الثمن له أو لغيره إلى ما يقتضيه ... الخ. و غرضه تطبيق مفهوم المعاوضة على عقد الفضولي، و حاصله: أنّ تمليك العاقد الفضولي المثمن للمشتري بازاء الثمن بانياً على أنّه المالك للمثمن ـ عدواناً أو إعتقاداً، والموجب للبيع ـ لا يقتضي كونَ الثمن لنفسه أو لغيره. بل مفهوم المعاوضة يقتضي دخول الثمن في ملك مالك المثمن. فالمعاوضة الصورية موجودة في عقد الفضولي.

٢) بيان للموصول في «ما يقتضيه» أي: مقتضىٰ المعاوضة هو المبادلة بين المالين.

٣) مفعول لأجله، و هو علّة لدخول العوض في ملك مالك المعوّض.

٤) غرضه أنّ بيع الفضولي لنفسه لا ينفكّ عن قصد المعاوضة، لأنّ بناءه على مالكيته للمثمن ملازم لبنائه على مالكية عوضه و هو الثمن.

٥) هذا الضمير و ضمير «تسلطه» راجعان إلى البائع، و ضميرا «له، عليه» إلى المثمن.

عدواناً أو إعتقاداً[١] لَزِم من ذلك بناؤه على تملُّك الثمن و التسلُّط عليه. و هذا[٢] معنىٰ قصد بيعه لنفسه.

و حيث[٣] إنّ المثمن ملك لمالكه واقعاً. فإذا أجاز المعاوضة إنتقل عوضه إليه.

فعُلِم من ذلك[٤] أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الايجاب حتّى يتردّد الأمرُ في هذا المقام بين المحذورين المذكورين[٥]، بل مفهوم الإيجاب هو تمليك المثمن بعوضٍ، من دون تعرضٍ فيه لِمَن يرجع إليه العوض

---

١) هذا و «عدواناً» بيان لـ «بانياً» حيث إنّ بناء تملك المثمن إمّا أن يكون عدوانياً كما في الغاصب، و إمّا إعتقادياً، كمَن يعتمد على حجة شرعية في تملكه للمال، مع كونه مال غيره في الواقع.

٢) أي: البناءُ على مالكية المثمن ملازمٌ للبناء على مالكيته للثمن، و هذا معنىٰ بيعه لنفسه.

٣) الغرض من قوله: «و حيث» إثبات معنىٰ المعاوضة في إجازة المالك لبيع الفضولي مال غيره لنفسه، و حاصله: أنّ المال لمّا كان ملكاً للمالك المجيز، فمجرد إجازته يُدخِل الثمنَ في ملكه، لخروج المثمن عن ملكه، فتحصل المعاوضة الحقيقية بين العوضين، بَعدَ أن كانت صورة المعاوضة حاصلةً بسبب بناء البائع الفضولي على ملكية المثمن له بينه و بين المشتري.

٤) أي: من إنتقال العوض إلى المالك بإجازته يظهر أنّ قصد البيع لنفس البائع لا يكون مأخوذاً في مفهوم الايجاب حتّى يتردّد الأمر بين المحذورين المذكورين، و هما ما ذكره المستشكل في صحة بيع الفضولي لنفسه بقوله في (ص ٥٦٠):«فإن تعلّقت الاجازة بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحة العقد ... الخ».

٥) و هما هذان الأمران المشار إليهما بقولنا: «فان تعلقت الاجازة ... الخ».

إلّا بإقتضاء المعاوضة لذلك[١].

ولكن يشكل[٢] فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير، فقال للبائع الأصيل: «تملكتُ منك أو مَلِكتُ هذا الثوب بهذه الدراهم» فإنّ مفهوم هذا الإنشاء[٣] هو تملُّك الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجهٍ ينتقل الثوب إليه، فلابدّ[٤] من إلتزام كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

---

١) أي: لدخول العوض في ملك مَن خَرَج عنه المعوّض، فإنّ مفهوم المعاوضة هو هذا.

٢) يعني: يشكل جريان الجواب الذي ذكرناه بقولنا: «فالأولىٰ في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أُجيز ... الخ» فيما إذا كان الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير، و محصله: أنّ ذلك الجواب وافٍ بدفع المحذور بالنسبة إلى البائع الفضولي لنفسه. و لا يفي بدفعه بالنسبة الى المشتري لنفسه بمال الغير. فإنّ ذلك الجواب ـ الذي كان مبنيّاً على عدم إعتبار قصد البائع لنفسه في مفهوم الايجاب ـ لا يجري هنا، لأنّ نفس مفهوم إنشاء المشتري الفضولي بقوله: «تملّكتُ» هو تملُّك الفضولي للثوب، فلا مورد للإجازة لصاحب الدراهم حتى ينتقل الثوب إليه، بل إجازة هذا الإنشاء و تنفيذه تقتضي مالكية المشتري الفضولي للثوب، و هذا خلاف مقتضىٰ المعاوضة.

و عليه فلابد من إلتماس وجهٍ آخر لدفع محذور «المنشأ غير مجاز، و المجاز غير منشأٍ» بالنسبة إلى المشتري الفضولي.

٣) أي: إنشاء المشتري الفضولي.

٤) يعني فلابدّ في حلّ الاشكال من الالتزام بالتصرف في الإجازة و صَرفها عن معناها ـ و هو التنفيذ ـ و جعلها ناقلةً لغير ما أنشأه الفضولي الغاصب من تملُّك المثمن لنفسه. و بهذا النقل المستأنف يصير الثوب المشترىٰ ملكاً لمالك الدراهم.

و بالجملة[١]: فنسبة المتكلم الفضولي ملكَ [تملُّكَ] المثمن إلى نفسه بقوله: «ملكتُ أو تملّكتُ» كإيقاع [٢] المتكلم الأصلي التمليكَ على المخاطب الفضولي[٣] بقوله: «ملّكتُك هذا بهذه الدراهم» مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك[٤].

---

١) هذه الجملة تقرير آخر للإشكال الذي تقدم بقوله: «ولكن يشكل» و لا ربط لها بحلّ الاشكال بالالتزام بالنقل المستأنف.

و كيف كان فحصل هذه الجملة: أنّ وزان نسبة الفضولي المشتري تملُّك المثمن إلى نفسه بقوله: «تملّكتُ أو مَلِكتُ الثوب مثلاً» وزانُ إيقاع مالك الثوب تمليكه على المخاطب الفضولي بقوله: «ملّكتُك هذا الثوب بهذه الدراهم» في كون مفهوم الانشاء مشتملاً على التمليك، فإنّ إنشاء إيجاب مالك الثوب بقوله للمشتري الفضولي: «ملّكتُك» و إنشاء قبول الفضولي بقوله: «تملكتُ» مشتملان على التمليك.

٢) خبر لقوله: «فنسبة المتكلم».

٣) و هو المشتري الفضولي.

٤) أي: بكون الدراهم له أو لغيره، فإنّه مع إشتمال الصيغة على كاف الخطاب بقوله: «ملّكتك» لا يبقىٰ مجال لإجازة المالك حتى ينتقل المال إليه، مثلاً إذا قال مالك كتاب المكاسب للمشتري الفضولي الذي سرق درهمين من بكر: «ملّكتُك هذا الكتاب بهذين الدرهمين» فهذا الإنشاء متكفل لمالكية المشتري الفضولي السارق للكتاب، فإذا أراد صاحب الدرهمين إجازة هذا الشراء كانت إجازة مضمون هذا الانشاء مفيدةً لملكية السارق للكتاب بدرهمين لبائع الكتاب، فلا ينتقل إلى مالك الدرهمين شيءٌ. و هو خلاف مقتضىٰ المعاوضة.

و هذا بخلاف القبول في «قبلتُ» في صورة بيع الفضولي مال الغير لنفسه، لأنّ تملُّك البائع الفضولي للثمن لم يؤخذ في إنشائه البيع لنفسه. فإجازة المالك الأصيل

و بهذا[١] إستشكل العلّامةُ ﷺ في التذكرة حيث قال: «لو باع الفضولي مع جهل الآخر فإشكالٌ، من أنّ الآخر إنّما قصد تمليك العاقد»«١».

و لا ينتقض[٢] بما لو جهل الآخر وكالةَ العاقد أو ولايته،

تنقل الثمن إلى ملكه.

ففرق بين إجازة بيع البائع الفضولي و بين شراء المشتري الفضولي بقوله: «تملّكتُ» أو بقول البائع الأصيل: ملّكتُك الكتاب مثلاً.

١) يعني: بإشكال الإجازة في هذا المورد إستشكل العلّامةُ ﷺ أيضاً في الفرع الذي ذكره، نظراً إلى أنّ الآخر مع جهله بفضولية العاقد يملِّكه، و مع التمليك يشكل الإجازة.

و لا يخفىٰ أنّ هذا الاشكال لا يختص ببيع الغاصب، بل يجري في مطلق الفضولي، لأنّ المشتري الجاهل يقصد بـ «كاف» الخطاب تمليكَ هذا البائع، لا غيره، سواء باع لنفسه أم للمالك. و يشهد لهذا التعميم تقييد أشدية الاشكال في صورة علم المشتري بكون البائع غاصباً، فلاحظ قوله: «أمّا مع العلم فالأقوىٰ ما تقدم ـ أي الوقوف على الاجازة ـ و في الغاصب مع علم المشتري أشكل» حيث إنّه رجّح الصحة في صورة علم المشتري بفضولية البائع، و خصّ شدةَ الاشكال بفرض علمه بكونه غاصباً.

٢) الناقض هو المحقق الشوشتري، فإنّه ﷺ عدّ كلام العلّامة ثالثَ وجوه الاشكال على بيع الغاصب لنفسه، ثم ناقش فيه بقوله: «و يلزم عليه أنه لو باع الوكيل أو إشترىٰ مع الآخر جرىٰ الاشكال. و أنّه لو علم الآخر بكونه فضولياً و هو قد قصد البيع لنفسه كان أيضاً موضع إشكال، لعدم مطابقة القصدين»«٢» و غرض المصنف دفع هذا النقض عن كلام العلّامة.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٣، السطر ٢١

لأنّه[١] حينئذٍ[٢] إنّما يقصد به[٣] المخاطَب بعنوانه الأعمّ من كونه أصليّاً أو نائباً، و لذا[٤] يجوز مخاطَبتُه و إسنادُ الملك إليه مع علمه[٥] بكونه نائباً.

أما النقض فهو: أنّه إذا كان جهلُ الآخر بالفضولية موجباً لإشكال الإجازة من المالك، حيث إنّ الآخر قصد تمليك العاقد، كان مقتضاه بطلان عقد الوكيل و نحوه مع جهل الآخر بوكالته، مع أن الفقهاء حكموا بصحة عقد الوكيل و الولي مع جهل العاقد الآخر بالوكالة و الولاية.

فالأصيلُ يملِّك الوكيلَ و الوليَّ مع عدم قابليتهما للتملك، لكون المال للموكِّل أو للمولّىٰ عليه. و حكمُهم بالصحة كاشف عن إلغاء قصد الأصيل في مخاطبة الوكيل و الولي، فليكن المقام كذلك، و أنّه لا عبرة بقصد الأصيل و لا بخطابه للفضولي، فلا وجه لإستشكال العلّامة ﷺ، بل لابدّ من الحكم بالصحة.

و أمّا الدفع فهو: أنّ العاقد الجاهل بوكالة العاقد الآخر أو ولايته إنّما يقصد بخطابه له بمثل: «بعتُك» مخاطَباً عامّاً يشمل الأصيل و الولي و الوكيل، لا مخاطباً شخصياً لا يعمّ غيره، بأن يقصد شخصَ المخاطب بما هو مخاطب.

و هذا بخلاف مَن يخاطب الفضولي، فإنّه قاصد لتمليك الثمن له بشخصه، لا بما يعمّ الغير و هو المالك. فظهر الفرق بين المقام و الوكالة.

١) تعليل لقوله: «لا ينتقض» فهذا دفع النقض المتقدم. أي: لأنّ العاقد ـ الجاهل بوكالة العاقد الآخر أو ولايته ـ إنّما يقصد ... الخ.

٢) أي: حين جهل أحد المتعاقدين بوكالة الآخر أو ولايته.

٣) أي: يقصد بتمليكه المخاطب، و ضميرا «بعنوانه، كونه» راجعان إلى المخاطب.

٤) يعني: و لأجل أنّ الجاهل بوكالة الآخر يقصد مخاطَباً عامّاً جاز له هذه المخاطبة، و إسناد الملك إليه.

٥) أي: علم العاقد، و ضميرا «مخاطبته، إليه» راجعان إلى النائب.

و ليس[١] إلّا بملاحظة المخاطَب باعتبار كونه نائباً، فإذا صحّ إعتباره نائباً صحّ إعتباره على الوجه الأعمّ من كون نائباً أو أصليّاً. أمّا الفضولي فهو أجنبي عن المالك، لا يمكن فيه ذلك الاعتبار[٢].

و قد تفطّن بعضُ المعاصرين[٣] لهذا الاشكال[٤] في بعض كلماته، فالتزمَ تارةً ببطلان شراء الغاصب لنفسه[٥].

---

١) يعني: و ليس جواز المخاطبة و إسناد الملك إليه ـ مع علمه بكونه نائباً لا مالكاً ـ إلّا بملاحظة أعمية المخاطَب من الأصيل و النائب. و هذا بخلاف الفضولي، فإنّه لأجنبيته عن المالك لا يمكن فيه إعتبار أعمية المخاطَب، فلا يجوز إسناد الملك إليه، و لا يصح مخاطَبته بمثل: ملّكتُك.

٢) أي: إعتبار التخاطب على الوجه الأعم من الأصلي و النائب.

٣) لعلّ المستشكل هو المحقق الشوشتري ﷺ، فإنّه نقَلَ وجوهاً خمسة لبطلان بيع الغاصب، و إرتضى ثانيها، و عمّم الإشكال لشراء الفضولي لنفسه، فقال: «إذا باع الفضولي أو إشترىٰ لنفسه، و كان المبيع أو الثمن مال الغير، ثم أجاز المالك فالانتقال امّا من المالك و إليه، أو من الفضولي و إليه، أو من المالك و إلى الفضولي، أو عكس ذلك ...» ثم أبطل الجميعَ، و إلتزم ببطلان بيع الغاصب و شرائه لنفسه، فراجع«١».

٤) و هو ما أفاده المصنف ﷺ بقوله في (ص ٥٧٤): «ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً».

٥) حيث قال ـ في ردِّ مَن تصدّىٰ لدفع الاشكال المتقدم آنفاً ـ ما لفظه: «و حيث كان الحكمُ على خلاف الأصل ناسبَ الاقتصار علىٰ محلّ اليقين، فلا يكتفى بإجازة الفضولي إذا أوقعه عن نفسه ... بل يجدِّد العقد»«٢».

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٢ و ٣٣

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٣

مع[١] أنّه لا يخفىٰ مخالفته للفتاوىٰ و أكثر النصوص[٢] المتقدمة في المسألة كما اعترف به أخيراً[٣].

---

١) هذا ردٌّ للالتزام ببطلان شراء الغاصب لنفسه، و كان الأنسب أن يقول: «لكن فيه: أنّه مخالف للفتاوىٰ» أو «لكنه مخالف للفتاوىٰ ... الخ». و تقدّم في (ص ٥٤٠) نقلُ عبارة المقابس المتضمنة لفتاوىٰ جماعة ممّن قال بصحة بيع الغاصب بإجازة المالك.

٢) الظاهر إرادة نصوص الاتجار بمال اليتيم المتقدمة في (ص ٤٣٨) و النص الوارد في الودعي الذي تقدم مضمونه في (ص ٥٣١) و غيرهما.

و لا يخفىٰ أن مخالفته للفتاوىٰ تقدح إذا كانت المسألة اجماعية، و المفروض عدم إجماعٍ في البين. فلا تقدح المخالفة المزبورة.

نعم هذا الجواب ـ أي: الالتزام ببطلان العقد ـ إلتزام بالاشكال، أعني به كون الاجازة موجبةً لإنتقال المبيع إلى مالك الثمن.

٣) لم أظفر في المقابس باعترافه بدلالة أكثر النصوص على صحة بيع الغاصب أو شرائه. نعم ورد هذا الاعتراف في كلامه «إن قلت» مما يقصد قائله تصحيح بيع الغاصب و وقوعه للمالك باجازته، حيث قال: «يمكن دفع المحذورات الثلاثة بأسرها. أما الأوّل و هو المخالفة للقصد فبما سبق من عدم إعتباره فيما إذا كانت المعاملة جهة واحدة تقع عليها، فإنّ تعيُّن الجهة مغنٍ عن القصد ... و يشهد للحكم هنا تتبع كلمات الأصحاب في تضاعيف الأحكام، و حكاية بيع عقيل دار النبي صلى الله عليه وآله وسلم، و رواية مسمع السابقة، فإنّ الظاهر وقوع معاملات الودعي عن نفسه، و رواية ابن أُشيم ... والروايات الواردة في النكاح. فإنّ ظاهرها عدم قصد وقوع النكاح عن المولىٰ، أو الولي، أو الزوجين، بل قصد الاستقلال بالأمر»[١] لكن صاحب المقابس تنظّر في هذا الكلام و قال: «قلت: باب المناقشة فيما ذُكِر واسع».

و لعلّ مراد المصنّف قدس سره من بعض المعاصرين الشيخ الأعسم صاحب

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٣

و أُخرىٰ[١] بأنّ الإجازة إنّما تتعلّق بنفس مبادلة العوضين و إن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذةً فيها[٢].

و فيه[٣]: أنّ حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الاشكال ـ أعني قول المشتري الغاصب: تملّكتُ أو مَلِكتُ هذا منك بهذه الدراهم ـ

كشف الظلام، خصوصاً مع تعارف التعبير عن المحقق الشوشتري بـ «بعض المحققين» أو «ببعض من عاصرناه».

١) غرضه من هذا الالتزام تصحيح الاجازة، بأن يقال: إنّ متعلّق الإجازة نفس مبادلة العوضين مع الغضّ عن خصوصية تملك المشتري الغاصب للمثمن، و إن كانت مأخوذة في المبادلة في مقام الانشاء بقوله: «تملّكتُ المثمن».

٢) أي: في المبادلة، لدلالة «تملّكتُ أو مَلِكتُ» على خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن. ثم إنّ السيد الطباطبائي ﷺ تعرّض لهذا الاشكال في حاشيته على المتن ، فراجع«١».

٣) يعني: و في إلتزام المتفطن المعاصر بكون الاجازة متعلّقةً بنفس مبادلة العوضين إشكالٌ، و هو: أنّ حقيقة العقد ـ و هي قوله: تملكتُ ـ ليست في الخارج مركّبة من شيئين، و هما إنشاء المبادلة و إنشاء ملكية المثمن للمشتري، حتى تصح المبادلة بإجازة مالك الثمن أعني الدراهم، و يصير المثمن ملكاً للمجيز، و هو صاحب الدراهم. بل حقيقة العقد بسيط، و هي إنشاء المشتري الفضولي تملكه للمبيع، و إجازة المالك الأصيل للدراهم لا تجدي في تملكه للمبيع، بل تملكه له محتاج إلى عقد جديد و ناقلٍ مستأنف.

و الحاصل: أنّ إجازة مضمون هذا العقد تُجدي في مالكية المشتري الفضولي للمبيع، و هو خلاف مقتضىٰ المعاوضة، إذ يلزم خروج الثمن عن ملك مالكه من دون عوضٍ، لأنّ المفروض إقتضاء الإجازة لصيرورة المبيع ملكاً للمشتري الغاصب

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٤٣

ليس[1] إلّا إنشاء تملُّكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملُّك المالك الأصلي[2] له، بل يتوقف على نقل مستأنفٍ.

فالأنسب في التفصي[3] أن يقال: إنّ نسبة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه في قوله:«تملّكتُ منك» قول غيره له:«ملّكتك» ليس من حيث هو، بل من حيث

الفضولي من دون عوضٍ يخرج من ملكه.

١) خبر «انّ» و الأولىٰ تأنيث «ليس».

٢) و هو صاحب الدراهم، و ضمير «له» راجع إلى «المبيع».

٣) أي: في التخلص عن الاشكال المتقدم ـ في شراء الغاصب لنفسه شيئاً ـ بقوله: «ولكن يشكل فيما اذا فرضنا الفضولي ...». توضيح ما أفاده في دفع الاشكال: أنّه لابدّ في تحقيق المعاوضة المعتبرة في البيع من الالتزام بالبناء على مالكية المشتري للثمن ولو إدّعاءً حتى لا نقع في إشكال عدم تحقق مفهوم البيع. و بعد البناء على مالكية الثمن يصير معنى «تملّكتُ» إلى: «أنّي صرتُ مالكاً لهذا المبيع بما أنّي مالك للثمن» فحيثية مالكية المشتري للثمن ملحوظة جهة تقييدية. و الحكمُ الثابت للحيثية التقييدية ثابت لنفس الحيثية أوّلاً و بالذات، من دون دخل شيءٍ في موضوعية تلك الحيثية، كما في قولك: «الخمر حرام لأنه مسكر» فإنّ مقتضاه كون المسكر موضوعاً للحكم بحيث يدور الحكم مداره، و عدم دخل شيءٍ من اللون أو غيره في الحرمة. فالملك يسند إلى المالك بما هو مالك، و ليس ذلك إلّا مالك الدراهم، فإجازته توجب إنتقال المبيع إليه، لأنّه مالك الدراهم حقيقةً، دون المشتري الفضولي الذي بنىٰ علىٰ ملكية الثمن له عدواناً أو إعتقاداً حتى يتملّك به المثمن.

و الحاصل: أنّ قصد المعاوضة يتمشّىٰ من المالكين الحقيقيين أو الإدّعائيّين. والحكم تابع للحيثية التقييدية الواقعية، لأنّها موضوع الحكم. فإجازةُ المالك الحقيقي للدراهم إجازة للعقد الواقع بين المالين لمالكيهما الواقعيين، فينتقل المبيع إلى من هو مالك واقعي للدراهم.

جعل نفسه مالكاً للثمن[١] إعتقاداً[٢] أو عدواناً، و لذا[٣] لو (*) عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن إلتزمنا بلغويته، ضرورة[٤] عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال[٥] بازاء مال غيره. فالمبادلة الحقيقية[٦] من العاقد

---

١) حتى يتملّك المبيع بهذا الجعل، و لذا لو عقد لنفسه بدون بنائه على مالكيته للثمن نلتزم بلغوية هذا العقد، لعدم تحقق المبادلة بين المالين بدون الاضافة إلى مالكيهما.

٢) الاعتقادُ بالملكية فيما قامت حجة عليها كاليد و الاستصحاب، و العدوانُ في الغاصب.

٣) أي: و لأنّ إضافة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه ليس بلحاظ شخصه ـ بل بلحاظ بنائه على كونه مالكاً ـ فلو عقد لنفسه بدون هذا البناء كان لغواً.

٤) تعليل للغوية العقد.

٥) أي: المثمن الذي يشتريه الفضولي بازاء الثمن المغصوب الذي لم يبنِ على تملكه.

٦) هذه عبارة أُخرىٰ لقوله: «ان نسبة الملك إلى الفضولي ... ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكاً ... الخ».

(*) فيه: أنّ نفس مفهوم المبادلة لا تتوقف على جعل نفسه مالكاً، و إنّما حيثية إضافة المبادلة إلى نفسه منوطة بقصد كونه مالكاً للثمن حتىٰ يتملّك المثمن، بل جعل نفسه مالكاً مفقود في أكثر الغاصبين للأموال المتعاملين بها، بل لو سُئل عنهم: «أنكم بنيتُم على مالكيتكم لها حين إجراء المعاملات عليها» لاعترفوا بأنّهم كيف يبنون على المليكة؟ مع علمهم بأنها أموال الناس، و سرقوها أو غصبوها بنحو آخر. فتحقق المبادلة لا يتوقف على جعلهم مالكين لتلك الأموال، بل نفس قصد التبديل بدون البناء على المالكية كافٍ في تحقق مفهوم البيع.

لنفسه لا يكون إلّا إذا كان مالكاً حقيقيّاً أو إدّعائياً، فلو لم يكن[١] أحدَهما و عقد لنفسه لم يتحقق المعاوضة و المبادلة حقيقة. فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه: «تملّكتُ منك كذا بكذا»[٢] فالمنسوب إليه التملك إنّما هو المتكلم لا من حيث هو[٣]، بل من حيث عدّ نفسه مالكاً إعتقاداً أو عدواناً.

و حيث إنّ الثابت للشيء[٤] من حيثية تقييدية ثابتٌ لنفس تلك الحيثيته، فالمسند[٥] إليه التملُّك حقيقةً هو المالك للثمن[٦]، إلّا[٧] أنّ الفضولي لمّا بنىٰ على أنّه

---

١) أي: فلو لو يكن العاقدُ مالكاً حقيقياً أو إدعائياً لم يتحقق المعاوضة ... الخ.

٢) كقوله: «تملّكتُ منك هذا الثوب بهذه الدراهم من حيث إنّي مالكها».

٣) أي: لا من حيث هو زيد، أو عالم، أو غير ذلك ممّا له من علائم التشخص، بل من حيث صدق عنوان «المالك» عليه، حقيقةً أو عدواناً.

٤) و هو تمليك الثوب الثابت لهذا المشتري من حيث تقيده بكونه مالكاً، لا من حيث سائر الجهات.

٥) هذه نتيجة قياسٍ، صغراه: أن تملك الثوب منسوب إلى المتكلم بما هو مالك، و كبراه: كلّما ثبت لشخص المالك بما أنه حيثية تقييدية فهو ثابت لعنوان المالك يدور الحكم مداره. و النتيجة: أن ملكية الثوب مقيدة واقعاً بكونها لمالك الدراهم حقيقةً. وليست مطلقةً حتى تضاف و تُنسب حقيقةً إلى غير المالك كالفضولي. كما إذا قيل: «صلِّ خلف زيدٍ العادل» فإنّ موضوع جواز الاقتداء هو وصف العادل، لا خصوصية زيد المعروض للعدالة و الموصوف بها.

٦) حتى يتحقق ما اعتبر في مفهوم البيع بنظر المصنف ﷺ من دخول العوض في ملك مَن خرج عنه المعوض و بالعكس.

٧) بعد أن أثبت إسناد الملك إلى مالك الدراهم واقعاً نبّه على أنّ إسناده إلى الغاصب غير قادح في وقوع الشراء للمعضوب منه، و ذلك لأنّ هذا الاسناد ظاهري

المالك المسلّط على الثمن أسندَ ملك المثمن الذي هو بدل الثمن إلى نفسه. فالإجازة[١] الحاصلة من المالك متعلّقة بإنشاء الفضولي، و هو التملك المسنَد إلى مالك الثمن، و هو حقيقةً نفس المجيز، فيلزم من ذلك[٢] إنتقالُ المثمن إليه[٣]، هذا (*).

ناشٍ من تنزيل الغاصب نفسه منزلة المغصوب منه.

١) هذه نتيجة تقييدية حيثية المالكية، إذ الإجازة حينئذٍ تتعلّق حقيقةً بإنشاء التملك المسنَد إلى مَن هو مالك الثمن واقعاً، و لازمه إنتقالُ المثمن إليه تحقيقاً لمفهوم المعاوضة، فالإجازة لا تغاير ما أنشأه الفضولي. و هذا من غير فرقٍ بين الايجاب الفضولي و الشراء الفضولي.

٢) أي فيلزم من كون مالك الثمن هو المجيز إنتقالُ المثمن إليه. هذا تمام ما حققّه المصنف في دفع إشكال شراء الفضولي لنفسه بمال الغير، كما دَفَع فيما سبق إشكال بيع الفضولي لنفسه.

و قد تحصّل أنّ المُنشأ هو المجاز، فاندفع المحذور الرابع في بيع الغاصب من قوله: «فيكون النقل من المنشِيء غير مجاز، و المجاز غيرُ مُنشأ». و هناك وجه آخر لدفع المحذور ـ سواء في بيع الفضولي لنفسه و شرائه له ـ أفاده الفقيه كاشف الغطاء، و وافقه بعض أجلة تلامذته، و سيأتي بيانه.

٣) بمقتضىٰ طبع المعاوضة، فإنّ المثمن ينتقل إلى مالك الثمن و بالعكس إن كان العوضان مملوكين.

(*) فيه أوّلاً: أنّ بناء الفضولي على المالكية أخص من المدّعىٰ، إذ ليس بناء جميع الفضوليين ـ كالغاصبين ـ على مالكيّتهم حتى يقال: إنّهم طبّقوا طبيعي المالك الذي هو جهة تقييدية على أنفسهم.

.....

و ثانياً: أنّ هذا البناء ـ مع فرض إعتبار دخول أحد العوضين في ملك مَن خرج العوض الآخر عن ملكه في حقيقة البيع ـ لا يفيد شيئاً، لأنّ مجرّد هذا البناء لا يوجب الدخول في الملك حقيقةً، إذ ليس هذا البناء مملّكاً، لا شرعاً و لا عرفاً.

فالحق إن يقال: انّ البيع ليس إلّا تبديل مال بعوض. و أمّا دخول كل من المالين في ملك مَن خرج المال الآخر عن ملكه فليس بمعتبر فيه، كما إذا كان العوضان أو أحدهما وقفاً. فالبيع يتحقق حقيقةً بقصد هذا التبديل و إن كانت عبارة القبول «تملّكتُ أو مَلِكتُ» فإنّ التملك من لوازم التبديل إن لم يكن العوضان أو أحدهما وقفاً، و قصد اللازم يستلزم قصد الملزوم و هو التبديل، فإذا أجاز مالكُ الثمن هذا التبديل صحّ الشراء، لأنّه وليّ أمر هذا الشراء، فإن أطلق الإجازة كان المثمن له، لأنّه مقتضىٰ إطلاق ولايته على الشراء بماله.

و إن قيّده، و قال: «أجزتُ هذا الشراء للمشتري الفضولي» كان المثمن للفضولي. و لا يقدح هذا في صدق البيع الذي هو تبديل عين بعوض. إذ قد عرفت عدم إعتبار دخول كلٍّ من العوضين في ملك مَن خرج العوض الآخر عن ملكه في حقيقة البيع. بل حقيقة البيع في كلتا صورتي إطلاق الإجازة و تقييدها ثابتة.

و ثالثاً: أنّ تقييدية جهة المالكية ـ بعد تسليمها ـ لا تقتضي وقوع العقد للمالك الأصلي بالاجازة، إذ الغاصب لا يقصد تملُّك مطلق المالك، بل يقصد تملك مالك خاص، و هو نفسه، بحيث لا يقبل الانطباق على المالك الحقيقي حتى يقع له العقد بالاجازة.

و نزيد هنا توضيحاً، فنقول و به نستعين: إنّ مجرّد الجهة التقييدية لا يوجب سراية حكم ثابت لفردٍ من أفراد تلك الجهة إلى سائر أفرادها مطلقاً و في جميع الموارد، بل السراية إليها منوطة بقابلية ذلك الحكم للسراية. فإذا قال: «أعطيت أُجرة زيداً البنّاء لبنائه داري» فإنّه لا يدلّ على إعطاء أُجور سائر مَن بنىٰ له من البنّائين. بخلاف ما إذا قال:

.....

«أكرم زيداً العالم، لكونه عالماً» سرىٰ الحكم ـ و هو وجوب الاكرام ـ إلى سائر أفراد العالم، لأنّه حكم كلي أُنشِئ على طبيعي العالم المستفاد من قوله: «لكونه عالماً».

و بالجملة: البناء على سراية الحكم المعلّق على فردٍ من أفراد الجهة التقييدية إلى سائر الأفراد التي لم يعلّق عليها ذلك الحكم غير سديد. و بدون إثبات ذلك لا يتم المطلوب، و ذلك لاختصاص الحكم بتلك الحصة، و عدم صلاحيته للسراية إلى سائر الحصص.

و من هذا القبيل ما نحن فيه، فإذا قال المشتري الفضولي الغاصب لدينارٍ من زيدٍ مثلاً: «تملّكتُ هذا الثوب بهذا الدينار» أو قال البائع: «ملّكتك هذا الثوب بهذا الدينار» فقد علّق المشتري الحكم الذي هو الإشتراء بالغاصب المدّعي للمالكية التي هي حيثية تقييدية لهذا الإشتراء، كما يقول به الشيخ. إلّا أنّ هذا الحكم لا يثبت لجميع أفراد المالك حتى يثبت للمالك الحقيقي المجيز، بل لخصوص الحصة التي هي في ضمن فردٍ خاص، و هو الغاصب المشتري لنفسه، لكون المُنشأ ـ و هو الاشتراء ـ واحداً خارجياً و جزئياً حقيقيّاً مختصّاً بالمشتري الغاصب و قائماً به. و لا يتعدّىٰ إلى غيره و إن كان مالكاً حقيقياً.

و كذا قول البائع: «ملكّتك» فإنّ التمليك و إن كان للمشتري الغاصب المدّعي لمالكية الثمن ـ و هو الدينار ـ في المثال. إلّا أنّ هذا الحكم الجزئي لا يقبل التعلق بغير المشتري الغاصب، لأنّه المخاطب في حال إنشاء البيع، و لا يشمل المالك الحقيقي، إذ المخاطب شخص خاص، و الحكم الثابت له لا يتعدّىٰ إلى غيره، فإنّه مثل المثال المذكور، و هو قوله: «أعطيت أُجرة زيد البنّاء» مع كون البنّاء هناك حيثيةً تقييديةً أيضاً.

فصارت النتيجة: أنّ ما تفصّىٰ به المصنّف ﷺ ـ من جعل المالكية حيثيةً تقييدية ـ عن الاشكال، و هو ما أفاده بقوله في (ص ٥٧٤): «ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً» لا يدفع الاشكال.

مع[1] أنّه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجبةً

---

١) ظاهره تصحيح شراء الفضولي لنفسه بالإجازة بحيث يصير العوض ملكاً للفضولي، كما صحّحته لمالك الثمن، بحيث يصير المثمن ملكاً له. فالغرض من هذه العبارة تصحيح البيع بالإجازة حتى لنفس الفضولي الذي هو أبعد من صحته للمالك الذي قد وجّهنا صحّته له، بجعل المالكية من الجهات التقييدية، فإنّ الإجازة تطابق مضمون العقد، و هو شراء الفضولي لنفسه، و صيرورة الثمن له، و لا تغايره حتى نحتاج إلى جعل المالك جهةً تقييديةً، بل الاجازة تجعل المشتري الفضولي مالكاً للمثمن. فالشراء صحيح مطلقاً سواء أكان لمالك الثمن بتقريب الجهة التقييدية

و الفقيه المامقاني ﷺ قال: «فالحق أنّ الحكم في هذا المقام غير مطابق للقواعد، فإنْ تمّ الإجماع أو دلالة النصوص فذاك، و إلّا كان اللازم هو الحكم بالبطلان».

لكن قد تقدّم آنفاً إمكان تصحيح شراء الفضولي الغاصب لنفسه، بأن يقال: إنّ حقيقة البيع في جميع الموارد بمعنىً واحد، و هو تبديل عين بعوض، سواء أكان في الأوقاف أم في الأموال المملوكة. و ليس دخول كل من العوضين في ملك الآخر معتبراً في حقيقة البيع. و من المعلوم أن قصد التبديل في بيع الغاصب و شرائه موجود، لكونه ملزوماً للتمليك و التملك، و المجيز يجيز التبديل الذي هو البيع الواقع فضولاً.

فالمتحصل ممّا ذكرنا: قابليةُ عقد الفضولي ـ إيجاباً و قبولاً ـ لإجازة المالك، و صيرورة نتيجة العقد من ملكية الثمن أو المثمن له إن لم يكن مانع عن التملك، و إلّا كانت نتيجة العقد الوقفية، كما إذا باع مصالح البناء كالحديد و الجصّ و السمنت على متولي المسجد لتعميره، فإنّ هذه المصالح لا تصير ملكاً للمتولي بَعدَ إجازته شراء الفضولي لتلك المصالح بأجور أوقاف المسجد، أو بالأموال التي تبرّع بها المتبرعون لتعميراته أو لتأسيسه. و مع ذلك يكون البيع بمعناه العرفي المتقدم ثابتاً فيها كثبوته في سائر الموارد على وزان واحد.

لصيرورة العوض ملكاً للفضولي، ذَكَرَه شيخُ مشايخنا في شرحه على القواعد[١]، و تَبِعَه غيرُ واحدٍ من أجلّاء تلامذته.

وَ ذَكَرَ بعضُهم[٢]

ـ التي دفع بها المصنفُ إشكال مغايرة ما وقع لما أُجيز ـ أم للمشترى الفضولي كما عن كاشف الغطاء ﷺ .

فالظاهر أنّ غرض المصنف ﷺ من قوله: «مع انه ربما ... الخ»، هو إثبات صحة العقد و إن لم يكن تصحيحه لمالك الثمن لأجل مغايرة الاجازة لما وقع، إذ يصح للفضولي بدون محذور مغايرة ما وقع للاجازة.

١) قال في محكيّها: «ولو أجازه المالك على نحو ما قصده الغاصب به احتمل رجوعه إلى هبةٍ و بيع معاً، كقوله: إشترِ بمالي لنفسك كذا. و أمّا مع قصد الغاصب تمليك نفسه ثم البيع فلا بحث في رجوعه إلىٰ ذلك. ولو باع المالكُ عن غيره صحّ البيعُ عن المجيز»[١].

و الظاهر كفاية رجوع الاجازة إلى الهبة عن رجوعها إلى البيع، لأنّ وقوع البيع في مال الفضولي الذي صار مالكاً بالهبة كافٍ في صحة البيع، من دون حاجة إلى رجوع الاجازة إلى البيع، إذ المفروض وقوع البيع في ملك الأصيل بعد حصول الهبة.

٢) لعلّ المراد به صاحبا المقابس و الجواهر[٢]، حيث إنّهما صحّحا بهذين الوجهين بيعَ غير المالك، فصاحب الجواهر ﷺ صحّح بهما جواز التصرفات المنوطة بالملك للمتعاطيين بناءً على ترتب الإباحة عليها، و تقدم نقل بعض كلامه في (ج ٢، ص ٩٧) فراجع.

و صاحب المقابس ﷺ و إن ذَكَر ما نَقَله المصنف في المتن، ولكنه ذَكَرهما

«١» شرح القواعد، مخطوط، الورقة ٦٠

«٢» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٣، السطر ١٦ ؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢١٨ و ٢٢٥ و ٢٣٢

ذلك[١] وجهين:

أحدهما[٢]: أنّ قضية بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه

بعنوان «ان قلت» ثم أجاب عن الاشكال بقوله: «قلت: باب المناقشة فيما ذُكر واسع. وحيث كان الحكم على خلاف الأصل ناسب الإقتصار على محل اليقين، فلا يكتفىٰ بإجازة بيع الفضولي إذا أوقعه عن نفسه ... الخ».

فلعلّ المصنف ﷺ وقف على عبارة أُخرىٰ لصاحب المقابس، أو كان مراده غيرَه من أجلّاء تلامذة الشيخ الكبير ممّن لم نطّلع عليه كصاحب كشف الظلام.

ثم إن تعبير المصنف بـ «ربما يلتزم» دون التعبير بـ «و يندفع الاشكال» لعلّه لأجل أنّ كلام شارح القواعد لا يدفع المحذور المتقدم من أن «المجاز غير المنشأ» و إنّما غرضه تصحيح وقوع العقد للغاصب و عدم محذور فيه، إذ المحذور كله في تصحيحه للمغصوب منه، فلو أمكن وقوعه للغاصب بفرض كون مآل الاجازة إلى هبة المال إليه قبل بيعه و شرائه حتى تقع المعاوضة في ملكه لم يبق موضوع لمحذور «أن المجاز غير المنشأ» لصيرورة المغصوب ملكاً للغاصب، فهو كسائر الملّاك يبيع و يشتري بمال نفسه.

١) أي: كون صحة إجازة عقد الفضولي موجبةً لصيرورة العوض ملكاً للفضولي.

٢) توضيحه: أنّ بيع مال الغير عن نفسه ـ كبيع زيدٍ ثوبَ عمروٍ عن نفسه لا عن عمرو، و كذا شراء متاع لنفسه بمال الغير ـ بَعد البناء على صحتهما يتضمّن تملكه قبل إنتقاله إلى الغير، حتى يكون الانتقال عن ملكه، فإنّ عتق عبد الغير عنه بقوله: «أعتق عبدك عنّي» تمليك ضمني يحصل بالبيع أو الشراء، فيدخل العبد في ملك مَن قال: «أعتق عبدك عنّي» ثم يعتق. و كذا الحال في المقام، فإنّ إجازة المالك تصحّح البيع و الشراء، و صحتهما تتضمن إنتقال المال إلى الفضولي حين البيع أو الشراء، ثم

جعلُ[١] ذلك المال له[٢] ضمناً، حتى أنّه على فرض صحة ذلك البيع و الشراء تملّكَهُ قبل إنتقاله[٣] إلى غيره ليكون إنتقالُه[٤] إليه عن ملكه. نظير ما إذا قال: «أعتق عبدك عنّي»[٥] أو قال: «بع مالي عنك أو إشتر لك بمالي كذا»[٦] فهو[٧] تمليك ضمني حاصل ببيعه أو الشراء.

و نقولُ في المقام أيضاً[٨]: إذا أجاز المالكُ صحّ البيع و الشراء،

منه إلى غيره.

١) خبر قوله: «ان قضية».

٢) أي: للمخاطب الفضولي، و هو المراد بقوله: «عن نفسه» فمالُ زيدٍ يصير أوّلاً مال عمروٍ العاقد الفضولي، ثم ينتقل منه إلى بكرٍ، فيصير المثمن ملكاً لعمروٍ، لخروج الثمن عن ملكه، فينتقل إليه بدلُه و هو المثمن.

٣) أي: قبل إنتقال المال إلى غير الفضولي.

٤) أي: ليكون إنتقال المال إلى الغير عن ملك الفضولي.

٥) هذا مثال تضمن الأمر تملك العبد آناً قبل العتق حتى يقع في ملك الآمر.

٦) هذان مثالان لمالكية المأمور ضمناً حتى يقع البيعُ و الشراء في ملكه.

٧) أي: فهذا الجعل تمليك ضمنيّ، و ضمير «ببيعه» راجع إلى «ذلك المال» و هو مال الغير. و حاصله: أنّ الجعل المذكور تمليك ضمني لمال الغير لنفسه، و تملكُ له يحصل ببيع ذلك المال و شرائه. و إجازةُ المالك في المقام تكون مثل قوله: «بع مالي عن نفسك» في الدلالة على تمليك المبيع للعاقد حتى يصير البيع عن نفسه، و يكون الثمن له تحقيقاً للمعاوضة، فتكون الإجازة اللّاحقة للعقد كالإذن السابق في حصول الملكية أوّلاً للفضولي، ثم إنتقال المال منه إلى غيره ثانياً.

٨) يعني: أنّ ما ذكروه من الملك الضمني في الأمثلة المتقدمة مسلّم، فلتكن الإجازة مقتضيةً لمالكية الغاصب ضمناً.

و صحّتُه[١] يتضمّن إنتقالَه إليه حين البيع أو الشراء. فكما أنّ الإجازة المذكورة تُصحّح البيع أو الشراء، كذلك تقضي بحصول الانتقال الّذي يتضمّنه البيع الصحيح[٢]، فتلك الإجازة اللّاحقة قائمةٌ مقام الإذن السّابق قاضيةٌ[٣] بتمليكه المبيعَ ليقعَ البيعُ في ملكه، و لا مانع منه[٤].

الثاني: أنّه[٥] لا دليل على إشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقد في إنتقال بدله إليه، بل يكفي أن يكون مأذوناً في بيعه لنفسه أو الشراء به،

---

١) يعني: و صحةُ البيع تتضمّن إنتقالَ مال المغصوب منه إلى الغاصب حين بيع المالِ للأصيل، أو الشراء منه.

٢) و هو البيع المجاز، فإنّه يتضمّن أوّلاً إنتقالَ المال من مالكه إلى الفضولي. ومنه إلى غيره ثانياً. فالإجازةُ تُمَلِّك المبيعَ للعاقد، فيقع البيع في ملكه.

فحاصل الوجه الأوّل من وجهي صحة عقد الفضولي لنفسه ـ بحيث يصير العوض ملكاً له ـ هو: تضمُّن الإجازة كالإذن السابق تمليكَ المالك العوضَ للفضولي، حتى يخرج المال عن ملكه و يدخل بدله في ملكه.

٣) خبر ثانٍ لقوله: «فتلك الاجازة».

٤) أي: و لا مانع من كون الاجازة اللاحقة قائمة مقام الاذن السابق و قاضيةً بتمليكه المبيع.

٥) هذا إشارة إلى ثاني وجهي صحة وقوع عقد الفضولي لنفسه لا للمالك و سوق البيان يقتضي أن يقول: «ثانيهما» بدل «الثاني».

و كيف كان فحصله: أنّه لا دليل على إعتبار كون أحد العوضين ملكاً للعاقد في إنتقال بدله إليه، بل يكفي في ذلك إذنُ المالك له في بيعه لنفسه أو الشراء به. فلو قال لعمروٍ: «بع هذا الثوب لنفسك» أو «إشترِ بهذا الدينار ثوباً لك» مَلِكَ الثمنَ في المثال الأوّل بانتقال المبيع عن مالكه الذي أذن للمخاطب في بيعه إلى المشتري، لا بانتقال

فلو قال: «بع هذا لنفسك» أو «إشترِ لك بهذا» مَلك الثمن في الصورة الأُولىٰ[١] بانتقال المبيع عن مالكه[٢] إلى المشتري، و كذا مَلِكَ المثمنَ في الصورة الثانية[٣] (*).

المبيع عن المخاطب المأذون في بيعه.

و بهذا ظهر الفرق بين هذا الوجه و سابقه، لإقتضاء الوجه الأوّل مالكية المتصرف للمال آناً قبل البيع حتى يقع التصرف في ملكه، بخلاف الثاني، لكفاية إذن المالك في صحة تصرف غيره في المال بإطلاق السلطنة.

١) و هي قوله: «بع هذا لنفسك».

٢) و هو الذي قال: «بع هذا لنفسك».

٣) و هي قوله: «إشترِ لك بهذا» فإنّه بعد مالكيته للثمن يصير مالكاً للمثمن، لأنّه مقتضىٰ المعاوضة.

(*) يمكن أن يوجّه كلام كاشف الغطاء ﷺ بوجهٍ آخر أسهل من الوجهين المذكورين مع الغضّ عن قوله: «احتمل رجوعه إلى هبة و بيع معاً» بأن يقال: إنّ إجازة مالك الثمن لشراء المشتري الفضولي لنفسه إعراض عن المال و إذنٌ للمشتري في تملكه له. فالإجازة حاكية عن الإعراض الذي حقيقته رفع المنع عن تملك الغير للمال المعرض عنه، و ليس الإعراض بنفسه رافعاً للملكية، بل هو رافع لمنع تملك الغير له.

و عليه فتملك المشتري الفضولي للثمن منوط بقصد التملك، و المفروض حصوله، لأنّه بنىٰ على ملكية ذلك المال له. و لا يحتاج إلى توكيلٍ و إيجاب و قبول، إذ الهبة المذكورة في كلام كاشف الغطاء تحتاج إلى توكيلٍ في إيجاب الهبة و قبولها، فإنّ كلاً من التوكيل و الهبة عقدٌ مركّب من إيجاب و قبول، و تكفُّل الإجازة لهما محتاج إلى دليل.

و يتفرّع عليه[1] أنّه لو إتّفق بعد ذلك فسخُ المعاوضة رجع الملك إلى مالكه دون العاقد.

أقول: و في كلا الوجهين نظرٌ.

أمّا الأوّل[2] فلأنّ صحة الإذن في بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعةٌ، كما تقدم[3] في بعض فروع المعاطاة. مع أنّ قياس الاجازة على الإذن

---

١) أي: على الوجه الثاني المذكور بقوله: «الثاني: أنّه لا دليل على إشتراط ...» و محصله: أنّه لو إتّفق فسخُ المعاوضة، فعلى هذا الوجه الثاني يرجع الملك إلى مالكه لا إلى العاقد، إذ المفروض أنّ المال لم ينتقل إلى العاقد، و لم يخرج من ملكه حتى يعود إلى ملكه، و إنّما خَرَج عن ملك مالكه. فَبَعد الفسخ يرجع إليه لا إلى العاقد.

و أمّا بناءً على الوجه الأوّل، فعلى القول بانتقال المال إلى العاقد حقيقةً و خروج المبيع عن ملكه بالبيع آناً فلابدّ أن يرجع المبيع بعد الفسخ إليه، لا إلى المالك. و على القول بالملك الضمني التقديري ـ أي حكم الملك ـ فيرجع إلى المالك دون العاقد، لعدم خروجه عن ملكه.

٢) و هو ما ذكره بقوله: «أحدهما: أنّ قضية بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه» و محصلّ وجه النظر فيه أمران:

أحدهما: أنّ الصحة في المقيس عليه ممنوعةٌ فضلاً عن المقيس، توضيحه: أنّه قد مرّ في المعاطاة: أنّ إباحة جميع التصرفات حتى ما يتوقف منها على الملك غير جائزة إلّا في مقامين ليس المعاطاة منهما.

٣) تقدّم منه في رابع تنبيهات المعاطاة : انّ إباحة جميع التصرفات حتى ما يتوقف منها على الملك غير جائزة إلّا في مقامين ليس المعاطاة منهما. قال ﷺ: «أحدهما: أن يقصد المبيح بقوله: أبحتُ لك أن تبيع مالي لنفسك أن ينشأ توكيلاً له في بيع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة. أو في نقله أوّلاً إلى نفسه ثم بيعه. أو تمليكاً له بنفس هذه الاباحة، فيكون إنشاء تمليك له. و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله» إلى أن

قياسٌ مع[1] الفارق، لأنّ الإذن في البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء[2] تقدير الملك آنامًا قبل البيع. بخلاف الاجازة، فإنّها لا تتعلّق إلّا

قال: «و من المعلوم بحكم الفرض أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس إلّا مجرّد الإباحة ...

الثاني: أن يدلّ دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرّد الإباحة، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنامًا فيقع البيعُ في ملكه»[1].

١) إشارة إلى ثاني الأمرين من النظر، و محصله: أنّ قياس الاجازة على الإذن قياس مع الفارق، لأنّ دلالة الاقتضاء يحتمل أن تكون مقتضيةً لتقدير الملك آنامًا قبل البيع حتىٰ يقع البيعُ للمخاطب، لوقوعه في ملكه حينئذٍ. و هذا بخلاف الإجازة، فإنّها لاتتعلّق إلّا بماوقع سابقاً، لأنّ الاجازة رضىً بما وَقَع و تنفيذ له، و المفروض أنّ ما وقع لم يكن إلّا مبادلة مال المالك، لا مال العاقد الفضولي. و الإذنُ رضاً بما يقع. و كم فرق بينهما.

فقياسُ الإجازة على الإذن في غير محله، لأنّه يصح أن يكون الإذن توكيلاً للمخاطب بتمليك المال لنفسه هبةً، ثم بيعه أو عتقه عن نفسه. بخلاف الاجازة، فإنّه لا يصح فيها ذلك، إذ لا معنى للتوكيل في أمر مستقدم. بخلاف الإذن، فإنّه توكيل بالاضافة إلى أمرٍ متأخر.

٢) و هي دلالة مقصودة للمتكلم، و يتوقف صدق الكلام أو صحته على تقدير، كتقدير الأهل في مثل السؤال من القرية، و تقدير «الكاملة» في مثل «لا صلاة لجار المسجد» و تقدير الحكم في مثل «لا ضرر و لا حرج» و هكذا.

و هذه الدلالة تقتضي مالكية الآمِر في «أعتق عبدك عني». فينحل الأمر إلى «مَلّكني عبدك بكذا ثم اعتقه عنّي». و الوجه في هذه الدلالة الجمع بين الأدلة. والمفروض عدم وجود المقتضي لمالكية الفضولي الغاصب حتى يقال بدخول عوض المغصوب في ملكه.

«١» هدى الطالب، ج ٢، ص ٩٥ ـ ١٠١

بما وقع سابقاً، و المفروض أنّه لم يقع إلّا مبادلة مال الغير[١] بمالٍ آخر.

نعم لمّا بنىٰ هو[٢] على ملكية ذلك المال عدواناً أو إعتقاداً قصد[٣] بالمعاوضة رجوعَ البدل إليه.

فالإجازة[٤] من المالك إن رجعت إلى نفس المبادلة أفادت دخولَ البدل في ملك المجيز. و إن رجعت إلى المبادلة منضمّةً إلى بناء العاقد على تملك المال

---

١) أي: المالك لا العاقد، فإذا كان ما وقع مبادلةَ مال المالك فكيف يصير بالاجازة مبادلة مال العاقد بمال آخر؟

فالنتيجة: أنّ البيع لايقع بسبب الاجازة عن العاقد، و لا يتغيّر عمّا وقع عليه.

٢) أي: الفضولي سواء أكان بائعاً مال الغير لنفسه أم مشترياً بمال الغير لنفسه، فإنّ بناءه عداوناً أو إعتقاداً على ملكية ذلك أوجب قصده المعاوضة، بأن رجع البدل إليه، لا إلى المالك.

لكن فيه: أنّ قصد رجوع البدل إليه ليس مبنيّاً على بنائه على الملكية، بل مع إعترافه بعدم ملكية ذلك المال له، يقصد رجوع البدل إليه أيضاً.

٣) جواب الشرط في «لمّا بنىٰ» و غرضه أنّ بناء الفضولي تملك العوض مصحّح لوقوع المعاوضة، إذ بدون هذا البناء يلغو الإنشاء. و أمّا دخول العوض في ملكه لو أجاز المالك فلا تقتضيه إجازة نفس العقد.

٤) غرضه أنّه ـ بعد إنقسام عقد الفضولي إلى قسمين، أحدهما: قصدُ نفس المبادلة بدون بنائه على مالكيته للمال، و الآخر: بناؤه عليها ـ يمكن أن ترجع الاجازة تارةً إلى نفس المبادلة مجرّدة عن إنضمام بناء العاقد الفضولي على تملكه للمال، و أُخرىٰ إلى المبادلة منضمّة إلى بناء العاقد الفضولي على تملكه للمال.

فإنْ رجعت إلى القسم الأوّل أفادت دخول العوض في ملك المجيز و هو المالك، لوقوع البيع على ماله، فله الاجازة بمقتضىٰ قاعدة سلطنة الناس على أموالهم.

فهي[١] و إن أفادت دخولَ البدل في ملك العاقد، إلّا أنّ مرجع هذا[٢] إلى إجازة ما بنىٰ عليه العاقد من التملك و إمضائه[٣] له، إذ[٤] بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقد، فيملك البدل.

إلّا[٥] أنّ من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير ذلك البناء في تحقق متعلقه[٦] شرعاً،

و إن رجعت إلى القسم الثاني، فهي بمقتضىٰ إمضائها لمضمون العقد تفيد دخول البدل في ملك العاقد، حيث إنّه المنشأ بالعقد بعد بنائه على تملك المال الموجب لدخول بدله في ملكه. فالإجازة حينئذٍ ترجع إلى إمضاء ما بنىٰ عليه العاقد الفضولي من التملك، و بَعدَ هذا الإمضاء يقع البيع في ملكه، فلا محالة يملك العاقد بدلَ ماله. ففهوم المعاوضة ـ من تملك كل من المتعاقدين لمال الآخر ـ ينطبق عليه.

لكن الاشكال في أنّه هل للإجازة تأثير ذلك البناء في تحقق ما بنىٰ عليه العاقد من التملك أم لا؟ الظاهر أنّه لا دليل على ذلك. بل الظاهر دلالة الدليل على خلافه، إذ التمليك المعاملي لا يتحقق إلّا بالإنشاء القولي أوالفعلي و مجرّد البناء القلبي على الملكية ليس أمراً إنشائياً.

١) يعني: فالاجازة و إن أفادت دخولَ البدل في ملك العاقد الفضولي، إلّا ... الخ.

٢) أي: دخول البدل في ملك العاقد الفضولي.

٣) معطوف على «اجازة» يعني: و إمضاء المالك الأصلي هذا التملك للفضولي بسبب إجازته له البيع أو الشراء الصادر منه.

٤) تعليل لكون دخول البدل في ملك العاقد راجعاً إلى إجازة بنائه على التملك.

٥) هذا إشكال على أنّ الإجازة ـ الموجبة لوقوع البيع في ملك العاقد ـ و إن كانت مُصلِحةً لقاعدة المعاوضة، لكنه لا دليل على كون الإجازة مؤثرةً في تأثير بناء الفضولي على التملك في تأثير ذلك البناء على تحقق متعلقه.

٦) أي: متعلق البناء، و هو دخول القدل في ملك العاقد الفضولي.

بل الدليل على عدمه[١]، لأنّ هذا[٢] مما لا يؤثّر فيه الإذن، لأنّ الإذن في التملك لا يؤثّر التملُّك فكيف إجازته؟[٣] (*).

---

١) أي: على عدم تأثير الاجازة في إقتضاء بناء الفضولي على التملك.

٢) أي: بناء العاقد على التملك لا يؤثّر فيه الإذن، بأن يجعله مالكاً، لإنّ الإذن في التملك ليس من الأسباب المملكة، بل الإذن يوجب جواز التملك بأحد الأسباب الناقلة.

و بالجملة: الإذن في البناء على الملكية إذن في التمليك بغير سبب شرعي، و كذا الاجازة، فهما ليسا مملّكين، فإنّ الملكية تتوقف على إنشاء قولي أو فعلي. و ليس البناء القلبي على كل أمرٍ إعتباري من الملكية و الزوجية و غيرهما أمراً إنشائياً. فمجرد بناء غير المالك كالعاقد الفضولي على الملكية ـ ولو مع الإذن أو إجازة المالك ـ لا يوجب الملكية.

نعم لو قيل بإطلاق قاعدة السلطنة و مشروعيتها أثّرت الاجازة في تملك العاقد، لكنه ممنوع«١».

(٣) أي: إجازة التملُّك، لأنّ الإجازة لا تتعلّق إلّا بما وقع سابقاً، و المفروض أنه لما يقع إلّا مبادلة مال المالك ـ دون العاقد ـ بمال الغير.

(*) يمكن تصحيح قياس الاجازة بالإذن إن أُريد بالإذن إيجاب تمليك المخاطب، و كون إنشاء المخاطب لإيجاب البيع قبولاً لهذا التمليك الضمني، و بحصول القبول له يكون بيعاً في ماله. فإذنُ زيدٍ مثلاً ـ المالك لكتاب المكاسب ـ لعمروٍ في أن يبيعه عن نفسه بمنزلة الإيجاب لتمليك عمروٍ، و إيجابُ عمروٍ لبيع الكتاب على بكرٍ قبولٌ لهذا التمليك الضمني، و بلحوق القبول من بكرٍ يصير بيع الكتاب في مال عمرو.

و الكاشف عن كون الاذن تمليكاً هو دلالة الاقتضاء. و لا بأس بأن يكون إيجاب عمروٍ للبيع عن نفسه قبولاً لتمليك زيد، و إيجاباً لبيع الكتاب عن نفسه.

«١» راجع التنبيه الرابع من تنبيهات المعاطاة، هدى الطالب، ج ٢، ص ١١٠

.....

و هذا التقريب الجاري في الاذن يجري في الاجازة أيضاً، بأن يقال: إنّ دلالة الاقتضاء تدلّ على كون الاجازة إيجاباً متأخراً من زيد في المثال، و إنشاء عمروٍ إيجاب البيع لنفسه قبولاً متقدّماً.

و إن أُريد بالإذن ما هو مؤثّر في نفوذ ما بنىٰ عليه البائع ـ و هو عمرو في المثال ـ من مالكيته للكتاب في مقام البيع لنفسه، فيجري هذا التقريب في الإجازة أيضاً، بأن يقال: إنّ الاجازة تصحّح بناء البائع ـ و هو عمرو ـ على مالكيته للمبيع و هو كتاب المكاسب، فيقع البيع له، و يترتب عليه آثار الصحة، هذا.

ولكن الحق مع المصنف قدس سره من عدم تأثير الإذن و الاجازة في تنفيذ البناء على الملكية، إذ لا وجه لهذا التنفيذ. ولو فُرض تصريح زيد المالك للكتاب في المثال لعمروٍ «بأنّي أذنتُ لك في التمليك» لم يُفِد شيئاً، لأنّه إذن في التمليك بغير سبب شرعي.

و كذا الحال في الاجازة، لأنّ التمليك المعاملي لا يحصل إلّا بإنشاء قولي أو فعلي.

فالحق أن يقال: إنّه في كلّ موردٍ قام الدليل على الصحة «كأعتق عبدك عنّي» بناءً على تمامية دليله من الإجماع ـ إن لم يقدح فيه مخالفة إبن إدريس[1] ـ و من رواية بُريد العجلي[2]، فلابدّ من التشبث بدلالة الاقتضاء تطبيقاً على القواعد.

و أمّا إن لم يقم دليل على الصحة فلا وجه للتكلف في إثبات صحته بدلالة الاقتضاء، بل لابدّ من الحكم بالفساد، للشك في شمول العمومات له، بل القطع بعدم شمولها له، لانصرافها عن مثل هذه المعاملات الواقعة على الأموال التي ليست ملكاً للمتعاملين، و أنشأها المتعاملون لأنفسهم.

نعم قد عرفت إمكان تصحيحها لملّاكها، لكون حقيقة البيع ـ و هي التبديل ـ موجودة فيها، و إلغاء حيثية وقوعها لغير أربابها، للغويتها.

«١» السرائر، ج ٣، ص ٢١

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٤٥، الباب ٤٠ كتاب العتق، الحديث ٢

و أمّا الثاني[١] فلما عرفت[٢] من منافاته، لحقيقة البيع التي هي المبادلة (*) و لذا[٣] صرّح العلامةُ ﷺ في غير موضع من كتبه تارةً «بأنّه لا يتصور» و أُخرى «بأنه لا يعقل أن يشتري الانسان لنفسه بمال غيره شيئاً»«١».

---

١) يعني: و أما النظر في الوجه الثاني الذي ذكره المصنّف ﷺ في (ص ٥٩١) بقوله: «الثاني أنه لا دليل على إشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقد ... الخ».

٢) في أوّل كتاب البيع، حيث قال: «و هو في الأصل كما عن المصباح المنير مبادلة مال بمال» فإنّ المبادلة بين المالين و عوضيّة كل منهما عن الآخر قد أُخذت في مفهوم البيع و حقيقته، فلابدّ من كون العوضين من المتعاقدين، لا أنّ أحد العوضين من أحدهما، و الآخر من أجنبي.

٣) يعني: و لكون ما ذكره البعض ـ من عدم إشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقد ـ منافياً لحقيقة المعاوضة صرّح العلّامةُ ﷺ الى آخر ما ذكره.

و لم أظفر في القواعد و التذكرة بتصريحه بعدم المعقولية في مسألة الشراء لنفسه بمال الغير، و إنّما عبّر العلامة بالبطلان. نعم ورد التعبير بعدم التصور في مسألة إذن الراهن للمرتهن بيعَ العين المرهونة، فقال ﷺ: «ولو قال: بعه لنفسك بطل الاذن، لأنّه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه ...»«٢» و نحوه ما في رهن التذكرة.

(*) قد أشرنا سابقاً إلى أنّ حقيقة البيع هي تبديل عينٍ بعوض، في مقابل الهبة التي حقيقتها تمليك مجّاني، من غير أن يكون فيها تبديل مال بمال. و لا يقتضي مفهوم المبادلة خروج كل من العوضين عن ملك خصوص المتعاقدين. نعم إطلاق المبادلة يقتضي ذلك.

«١» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٨٧؛ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٧٣، السطر ٧ و ج ٢، ص ٣٢، السطر ١٣

«٢» قواعد الاحكام، ج ٢، ص ١٢٧، و نحوه ما في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٢ السطر ١٣

بل إدّعىٰ بعضُهم[١] في مسألة قبض المبيع «عدمَ الخلاف في بطلان قول مالك الثمن إشتر لنفسك به طعاماً» و قد صرّح به[٢] الشيخ و المحقق «١» و غيرهما[٣]. نعم[٤] سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري

---

١) و هو صاحب الجواهر ﷺ لقوله: «بلا خلاف أجده فيه، لامتناع الشراء بمال الغير لغيره مادام على ملك الغير ولو بإذنه»«٢».

٢) أي: ببطلان قول مالك الثمن: «اشتر به لنفسك طعاماً».

٣) كالشهيد، و المحقق و الشهيد الثانيين و الصيمري، كما في مفتاح الكرامة«٣».

٤) إستدراك على قوله: «و أما الثاني فلما عرفت من منافاة ... الخ» و بيانه: أنّ المشتري من الغاصب ـ لو علم بالغصب ـ كان تسليم الثمن للبائع تسليطاً له عليه، فالثمن و إن لم يدخل في ملك الغاصب بهذه المعاوضة ـ لعدم كون المبيع ملكه ـ لكنه يجوز له التصرف في الثمن إستناداً إلى تسليط المشتري له عليه كما ذهب إليه قطب الدين الرازي و الشهيد ﷺ، فلو إشترىٰ الغاصب بهذا الثمن شيئاً ملكه.

و هذا التملك شاهد على عدم إعتبار مالكية العوضين في باب البيع، و أنّ مجرد إذن المالك لغيره مصحِّح لوقوع المعاملة لذلك الغير. و عليه فيشكل ما أفاده المصنف بقوله: «و أمّا الثاني فلما عرفت من منافاة ... الخ» لدلالة كلام قطب الدين و الشهيد ﷺ على كفاية التسليط المالكي في صحة المعاملة لنفسه بمال الغير.

هذا لو أبقينا فتوىٰ الأصحاب على ظاهرها من كفاية التسليط و إباحة التصرف. و أما لو حملناها على مالكية الغاصب للثمن فلا منافاة كما سيأتي.

«١» راجع المبسوط، ج ٢، ص ١٢١ ؛ شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٣٢

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ١٧٤

«٣» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢١١ ؛ جامع المقاصد، ج ٤، ص ٤٠٠ ؛ مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٢٥٢ ؛ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٥١٥ و ٥١٦

بالغصب أنّ ظاهر جماعة كقطب الدين و الشهيد و غيرهما[1] «أنّ الغاصب مسلّط على الثمن و إن لم يملكه، فإذا إشترىٰ به شيئاً ملكه»«1» و ظاهر هذا[2] إمكان أن لا يملك الثمن و يملك المثمن المشترىٰ[3].

إلّا أن يحمل ذلك[4] منهم على إلتزام تملك البائع الغاصب للمثمن[5] مطلقاً

---

١) لعلّ المراد بهذا الغير هو العلّامة على ما استظهره بعضٌ من عبارة المختلف، و قد تقدّم في رابع تنبيهات المعاطاة، فراجع«٢».

٢) أي: إشتراءُ الغاصب ـ أي غاصب المبيع ـ بالثمن الذي أخذه من المشتري العالم بكون البائع غاصباً للمبيع و مالكيته للمثمن ظاهر في عدم إعتبار كون أحد العوضين ملكاً للعاقد، فيصح حينئذٍ ما أفاده البعض في الوجه الثاني المذكور بقول المصنف: «الثاني: أنّه لا دليل على إشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقد».

٣) بصيغة المفعول صفة للمثمن، أي المثمن الذي إشتراه الغاصب بالثمن الذي تسلّمه من المشتري العالم بالغصب.

٤) أي: إشتراء الغاصب بالثمن المغصوب و مالكيته للمثمن .

٥) متعلق بـ«تملك» و المراد بقوله: «الغاصب» غاصب المثمن.

و غرضه توجيه ما أفاده بقوله: «نعم» بحيث لا يكون حكم قطب الدين والشهيد ﷺ منافياً لما تقدم من منع الوجه الثاني. و حاصله: أنّه يمكن توجيه مالكية الغاصب ـ لما إشتراه بالثمن الذي باع به العين المغصوبة ـ بأحد وجهين:

أحدهما: أن مالك العين المغصوبة ـ لو أجاز بيع الغاصب لنفسه ـ فقد ملّكه الثمن، فيجوز له التصرف فيه بما يتوقف على الملك، بأن يشتري به شيئاً أو يهبه للغير.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٢

«٢» هدى الطالب، ج ٢، ص ١٢٢

كما نسبه الفخر ﷺ إلى الأصحاب، أو آناًمّا[1] قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً[2] للشراء.

و كيف كان[3] فالأولىٰ في التفصي

و هذا ما احتمله فخر المحققين ﷺ بقوله: «فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له ـ أي بإجازته لبيع الغاصب ـ فإذا نقل الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن له، و ربحه له، و ليس للمالك أخذه، لأنّه ملك الغاصب»[1].

و على هذا فتملُّك الغاصب للثمن يستند إلى إجازه المغصوب منه، سواء إشترىٰ به شيئاً أم لا.

ثانيهما: أنّ التسليط المالكي غير كافٍ في صحة البيع و الشراء بمال الغير، ولكن يلتزم بالملكية الآنية قبل أن يشتري الغاصبُ بالثمن شيئاً، فيكون الشراءُ بالثمن المملوك له، لا لذلك المشتري المسلَّط للغاصب على ماله.

و بناءً على هذين الوجهين لا يكون حكمُ قطب الدين و الشهيد منافياً لما تقدم في منع الوجه الثاني من أنّ حقيقة المعاوضة تتوقف على دخول العوض في ملك مالك المعوّض. وجه عدم المنافاة صيرورة الغاصب مالكاً إمّا مطلقاً و إمّا آناً قبل الشراء، هذا.

١) هذا في مقابل قوله: «مطلقاً» فالمراد بالإطلاق يعني: كون الغاصب مالكاً للثمن سواء إشترى به شيئاً أم لا.

٢) قيد لقوله: «الا ان يحمل» و الدليل على هذا الحمل هو دلالة الاقتضاء. فتأمّل.

٣) يعني: سواء تمّ الوجهان المتقدّمان عن بعض تلامذة كاشف الغطاء ﷺ لحلّ الاشكال في شراء الفضولي الغاصب لنفسه شيئاً أم لم يتمّا، فالأولىٰ ... الخ.

«١» ايضاح الفوائد، ج ١، ص ٤١٨

عن الاشكال المذكور[١] في البيع لنفسه ما ذكرنا[٢].

ثم[٣] إنّ ممّا ذكرنا من أنّ نسبة ملك العوض حقيقة إنّما هو[٤] إلى مالك المعوّض، لكنه[٥] بحسب بناء الطرفين[٦] على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه[٧] يظهر[٨] إندفاعُ إشكال آخر في صحة البيع لنفسه مختصٍّ[٩] بصورة علم المشتري الأصيل، و هو[١٠]: أنّ المشتري الأصيل إذا كان عالماً بكون البائع

---

١) و هو قوله في (ص ٥٧٤) «ولكن يشكل فيما اذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه ... الخ».

٢) في (ص ٥٨١) من قوله: «فالأنسب في التفصي أن يقال: انّ نسبة الملك ... الخ» هذا تمام الكلام في الوجوه الأربعة لبطلان بيع الفضولي لنفسه، مع أجوبتها، و أنّ الصحيح وفاقاً للمشهور صحة بيع الغاصب لو أجاز المالك. و بقي هناك وجه خامس مختص بصورة علم المشتري بالغصب، و سيأتي.

٣) هذا تمهيد للتعرض لوجهٍ آخر من وجوه الاشكال على صحة بيع الغاصب، و دفعه، و يختلف عمّا تقدّم باختصاصه بعلم المشتري بكون البائع غاصباً، و لا يجري في صورة الجهل، كما لا يجري في غير الغاصب. و الظاهر أنّ المستشكل هو العلّامة ﷺ.

٤) الضمير راجع إلى «نسبة» فالأولىٰ تأنيثه.

٥) أي: ولكن ملك العوض يكون بحسب ... الخ.

٦) و هما البائع الغاصب و المشتري العالم بالغصبية.

٧) أي: إلى الغاصب، و «منسوب» خبر «لكنه».

٨) خبر «إنّ» في قوله: «ان ممّا ذكرنا».

٩) بالجر صفة لـ «إشكال» يعني: أنّ في صحة بيع الغاصب لنفسه إشكالاً يختصّ بصورة علم المشتري الأصيل بغاصبية البائع للمبيع مع دفع الثمن إلى الغاصب.

١٠) أي: و ذلك الإشكال الآخر هو: أنّه يلزم ـ في صورة علم المشتري بكون البائع لنفسه غاصباً للمبيع ـ أن يكون البيعُ هنا بلا ثمنٍ.

لنفسه غاصباً فقد حكم الأصحابُ ـ على ما حُكي عنهم[1] ـ بأنّ المالك لو ردّ فليس للمشتري الرجوع علىٰ البائع بالثمن.

توضيحه: أنّه مع علم المشتري بغصبية المبيع و عدم إستحقاق البائع للثمن ـ الذي هو بدل المبيع في كلتا صورتي الرّد و الاجازة ـ لا يتحقق المعاوضة حينئذٍ، و يكون البيع بلا ثمن، إذ لا يتصور قصد المشتري للمعاوضة مع العلم بعدم إستحقاق البائع للثمن، لكونه غاصباً للمبيع. فدفعُ الثمن إلى البائع تمليك مجاني و بلا عوض، أي: هبة. و من المعلوم أن إجازة المالك لا تجدي في تبديل التمليك المجّاني بالبيع.

و الحاصل: أنّ مناط هذا الاشكال المختص بعلم المشتري بغصبية المبيع هو عدم تمشّي قصد المعاوضة الحقيقية، و أنّ دفع الثمن إلى البائع تسليط مجّاني له على الثمن، و ليس عوضاً عن المبيع، هذا.

و قد دفعه المصنف ﷺ بأنّ بناء كلٍّ من البائع الغاصب و المشتري العالم بغصبية المبيع على مالكية البائع يوجب قصدَ المعاوضة، و صيرورةَ الثمن بدلاً عن المبيع، فلا يكون بذل الثمن تسليطاً مجّانياً حتى يصير البيع بلا ثمنٍ.

١) ظاهره حكاية إجماع الأصحاب على الحكم، و المدّعي له هو العلّامة و فخر المحققين و غيرهما. قال في المختلف: «إذا رجع ـ أي المالك ـ على المشتري، قال علماؤنا: لم يكن للمشتري الرجوع علىٰ الغاصب البائع، لأنّه عَلِم بالغصب، فيكون دافعاً للمال بغير عوضٍ، و أطلقوا القول في ذلك. و الوجه عندي التفصيل، و هو: أن الثمن إن كان موجوداً قائماً بعينه كان للمشتري الرجوع به. و إن كان تالفاً فالحقّ ما قاله علماؤنا»[1].

«١» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٥ و ٥٦ ؛ و نحوه في تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣ ؛ نهاية الأحكام، ج ٢، ص ٤٧٨ ؛ إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤١٨ ؛ جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧١ ؛ و كذلك لاحظ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٣

و هذا[١] كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، و إلّا[٢] لكان ردّها موجباً لرجوع كل عوضٍ إلى مالكه.

و حينئذٍ[٣] فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن، لسبق[٤] إختصاص الغاصب به، فيكون[٥] البيعُ بلا ثمنٍ.

و لعلّ هذا[٦] هو الوجه في إشكال العلّامة في التذكرة، حيث قال ـ بعد الإشكال في صحة بيع الفضولي مع جهل المشتري[٧] ـ: «انّ الحكم في الغاصب

---

١) أي: حكم الأصحاب بعدم رجوع المشتري على البائع لأخذ الثمن ـ في صورةً ردِّ المالك لهذا البيع ـ كاشفٌ عن عدم حصول المعاوضة الحقيقية، إذ مقتضاها دخول الثمن في ملك مَن خَرجَ عنه المثمن.

٢) أي: ولو كان هذا البيع معاوضةً حقيقيةً لكان للمشتري حقُّ الرجوع على البائع بالثمن عند ردِّ المالك للبيع، و أخذ الثمن من البائع الغاصب.

٣) أي: و حين عدم تحقق المعاوضة الحقيقية فإذا أجاز المالكُ لم يملك الثمن، لكون سبب إختصاص البائع الغاصب بالثمن ـ أعني به: دفعَ المشتري العالم بغصبيّة المبيع له إلى الغاصب و تسليطه عليه ـ أسبق من السبب الثاني، و هو إجازة مالك المبيع.

٤) تعليل لـ «لم يملك الثمن» و قد مرّ توضيحه آنفاً.

٥) هذا هو الاشكال الذي أشار إليه في (ص ٦٠٣) بقوله: «يظهر إندفاع إشكال آخر في صحة البيع».

٦) أي: وقوع البيع بلا ثمن ـ الذي هو لازمُ حكم الأصحاب بعدم جواز رجوع المشتري على البائع بالثمن في صورة ردِّ المالك ـ هو الوجه في إشكال العلامة... الخ.

٧) لعدم تحقق المعاوضة مع عدم كون المبيع ملكاً للبائع.

مع علم المشتري أشكل[١]» إنتهىٰ.

أقول: هذا الاشكال[٢] ـ بناءً[٣] على تسليم ما نُقِل عن الأصحاب من أنّه ليس للمشتري إسترداد الثمن مع ردّ المالك و بقائه[٤]. و بَعدَ[٥] تسليم أنّ الوجه

---

١) يعني: أشكل من صورة جهل المشتري بكون البائع غاصباً. وجه أشدّية الإشكال: أنّ المشتري ـ مع علمه بعدم ملكية المبيع للبائع ـ لا يكون قاصداً للبيع حقيقةً، بل هو قاصد للتمليك المجاني الخارج عن حقيقة البيع.

٢) أي: إشكال عدم قصد البيع حقيقةً، و غرضه من هذا الكلام هو: أنّ ورود هذا الاشكال منوط بأُمورٍ أربعة:

أحدها: تسليم ما عن الأصحاب من عدم جواز الرجوع في الثمن، إذ لو كان جائزاً مع ردّ المالك مطلقاً سواء أكان الثمن باقياً أم تالفاً ـ كما عن المحقق، و إستوجهه في محكي جامع المقاصد«١» ـ لم يكن مجالٌ لهذا الاشكال، لعدم لزوم البيع بلا ثمنٍ كما هو واضح.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

٣) هذا إشارة إلى الأمر الأوّل.

٤) يعني: و بقاء الثمن عند الغاصب.

٥) معطوف على «بناء على تسليم» و هذا هو الأمر الثاني الذي يتوقف عليه الاشكال، و محصله: كون التسليط مطلقاً ـ لا مراعىٰ بعدم الاجازة ـ سبباً في حكم

«١» ظاهر المحقق في الشرائع عدم الرجوع بما اغترمه خاصة، و أما الثمن فقال فيه: «و قيل: لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب» و ظاهره عدم إختياره له. و لذا قال في الجواهر: «و من هنا حكي عن المصنف في بعض تحقيقاته القول بالرجوع به ـ أي بالثمن ـ مطلقاً» يعني سواء تلف الثمن أم بقي بيد الغاصب فراجع، شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٤ ؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٥

و قال المحقق الكركي: «و في رسالة الشيخ أبي القاسم بن سعيد ما يقتضي الرجوع مطلقاً، و هو المتجه» جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٧

في حكمهم ذلك[١] هو مطلق التسليط[٢] على تقديري الرد والاجازة، لا التسليط[٣] المراعىٰ بعدم إجازة البيع ـ إنّما[٤] يتوجه على القول بالنقل،

الأصحاب بانقطاع سلطنة المشتري عن الثمن، و عدم جواز رجوعه على البائع الغاصب في كلتا صورتي الاجازة و الرد بناءً على ناقلية الاجازة لا كاشفيتها، إذ بناءً على الكاشفية تكون الاجازة كاشفةً عن إنتقال الثمن إلى مالك المبيع قبل تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن. كما تكشف عن سبق سبب إنتقال الثمن إلى مالك المبيع على سبب إختصاص الثمن بالبائع الغاصب، و لايلزم حينئذٍ أن يكون البيع بلاثمنٍ.

و إنّما يلزم هذا المحذور بناءً على ناقلية الاجازة سواء أجاز المالك أم ردّ، لأنّه على تقدير الاجازة يكون سببُ إنتقال الثمن إلى المالك متأخراً عن تسليط المشتري للبائع على الثمن، فيكون البيع بلا ثمنٍ. و على الردّ لا يكون للمشتري إنتزاع الثمن من البائع الغاصب، لصيرورته ملكاً له بتسليط المشتري إيّاه عليه.

و بالجملة: فإشكالُ لزوم كون البيع بلا ثمنٍ منوط بناقلية الاجازة دون كاشفيتها.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

١) أي: حكم الأصحاب بعدم رجوع المشتري ـ العالم بغصبية المبيع ـ بالثمن على البائع.

٢) و هو تسليط المشتري العالِمِ البائعَ الفضولي على الثمن، من غير فرقٍ في ذلك بين ردِّ المالك البيع و عدمه.

٣) معطوف على «مطلق» إذ مع كون التسليط مراعىٰ بعدم الاجازة، فإذا أجاز المالك كان الثمن له لا للبائع الغاصب. و لا وجه حينئذٍ لصيرورته ملكاً للغاصب أصلا كون الاجازة ناقلة لا كاشفة.

٤) خبرٌ لقوله: «هذا الاشكال» يعني: هذا الاشكال ... إنّما يتوجّه بعد الأمرين المتقدمين. و هذا إشارة الى الأمر الثالث مما يتوقف عليه الاشكال، و محصله: القول بأنّ الاجازة ناقلة، لا كاشفة.

حيث[١] إنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل[٢] إنتقاله إلى مالك المبيع بالاجازة[٣]، فلا يبقىٰ مورد للاجازة[٤].

و أمّا[٥] على القول بالكشف فلا يتوجه إشكال أصلاً، لأنّ الرّد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له[٦] على مال نفسه[٧]، و الإجازةُ كاشفةٌ عن كونه[٨] تسلياً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل

---

١) هذا تقريب توجه الإشكال على فرض ناقلية الإجازة، و قد مرّ توضيحه بقولنا: «و انما يلزم هذا المحذور بناءً على ناقلية الاجازة».

٢) خبر «إنّ» في قوله: «حيث إنّ تسليط» يعني: أن تسليط المشتري يكون قبل إنتقاله ... الخ.

٣) متعلق بـ «إنتقاله».

٤) إذ المفروض صيرورة الثمن قبل الاجازة ملكاً للبائع الغاصب بسبب تسليط المشتري له على الثمن، و تقدُّم التسليط يوجب صيرورةَ إجازة المالك من البيع بلا ثمنٍ، و مثل هذا البيع غير قابل للإجازة.

٥) هذا في مقابل قوله: «إنّما يتوجه على القول بالنقل» توضيحه: أنّه ـ على القول بكون الإجازة كاشفةً عن إنتقال الثمن قبل التسليط المذكور إلى مالك المبيع ـ لا يتوجه هذا الاشكال، و هو كون المبيع بلا ثمن أصلاً، إذ المفروض حصول ملكية الثمن بنفس العقد لمالك المثمن، و كون التسليط متأخراً عنه، فلا تكون الاجازةُ إجازةً لبيعٍ بلا ثمن. كما أنّ الرّد يكشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً للبائع الغاصب على مال نفسه، لا على مال غيره و هو المالك.

٦) أي: للبائع الفضولي.

٧) أي: نفس المشتري، إذ مع الرّد لايتحقق بيعٌ حتى يصير الثمن ملكاً لمالك المبيع، بل الثمن ملك المشتري، فهو قد سلّط البائع الغاصب على مال نفسه، فلم يتحقق بيعٌ حتى يكون بيعاً بلا ثمنٍ.

٨) أي: كون تسليم المشتري العالم تسليطاً للبائع الغاصب على ما يملكه غيرُ

بالإقباض، ولذا[1] لو لم يُقبضه الثمن حتى أجاز المالك أو ردّ لم يكن للغاصب

الغاصب ـ و هو مالك المبيع ـ بسبب العقد الذي هو سابق على التسليط الخارجي الحاصل بإقباض المشتري، فالثمنُ بنفس العقد صار ملكاً لمالك المبيع، فوقَعَ التسليط متأخراً عن العقد و في ملك مالك المبيع، فلا يكون البيع بلا ثمنٍ.

١) هذا إشارة إلى الأمر الرابع ممّا يتوقف عليه الاشكال المتقدم، و محصله: وقوع التسليط الخارجي الذي هو سبب ملكية الثمن للبائع الغاصب، إذ بدون وقوعه لا مورد لهذا الاشكال، لعدم إنتقال الثمن إلى البائع بعدُ.

و عليه فالمراد بقوله: «و لذا» هو: أنه لأجل كشف الإجازة عن كون تسليط المشتري تسليطاً للعاقد الفضولي على ما يملكه غير الغاصب ـ و هو مالك المبيع ـ فلو لم يدفع المشتري الثمنَ إلى البائع الغاصب حتىٰ أجاز المالك أو ردّ البيع، لم يكن للغاصب إنتزاع الثمن من يد المشتري إن كان في يده، لعدم تحقق التسليط الخارجي الموجب لملكية الثمن للغاصب. و كذا لو كان في يد المالك، لصيرورته ملكاً له بالإجازة، و عدم تحقق التسليط قبل البيع حتى يصير الثمن ملكاً للغاصب.

فالمتحصل: أنّ ورود إشكال البيع بلا ثمنٍ منوط بتسليم أمور:

الأوّل: عدم جواز إسترداد الثمن من الغاصب بعد ردِّ المالك للمعاملة.

الثاني: كون الوجه في عدم جواز الاسترداد سببيّة التسليط له.

الثالث: كون التسليط مطلقاً ـ لا مراعىٰ بعدم الإجازة ـ موجباً لتملك المسلّط للمسلّط عليه.

الرابع: كون الاجازة ناقلةً لا كاشفةً. فبإنتفاء أحد هذه الأُمور ينتفي الاشكال رأساً.

و حاصل وجه إندفاع هذا الاشكال على ما أفاده المصنف ـ بعد تسليم الأُمور المتقدمة التي بُني الاشكال عليها ـ هو: أنّ البيع يقع حقيقةً بين مالكي الثمن و المثمن،

إنتزاعُه[1] من يد المشتري أو المالك (*). و سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك تتمة لذلك[2]، فانتظر.

لكون المالكية جهة تقييدية، فالمسلّط الحقيقي على الثمن هو عنوان «المالك» المنطبق على البائع، لبنائه على أنّه مالك، لا من حيث كونه غاصباً حتى يتملّك الثمن، و يصير البيع بلا ثمنٍ. فالمالك إذا ردّ البيع فللمشتري الرجوع على البائع بالثمن، لعدم حصول الملك للغاصب، إذ لم يتحقق موجبُه، و هو تسليطه على الثمن بما هو غاصب، إذ المفروض تسليطه عليه بما أنّه مالك، و هو ليس بمالك. و هذا يرجع إلى عدم تسليم المقدمة الأُولىٰ، و هي عدم جواز إسترداد الثمن من الغاصب.

١) أي: إنتزاع الثمن.و الضمير المستتر في «يقبضه» راجع إلى المشتري، و البارز إلى البائع.

٢) أي: تتمة للبحث عن مالكية العاقد الفضولي إذا اشترىٰ لنفسه بمال الغير. و سيأتي في الأمر الثالث مما يتعلق بالعقد المجاز.

(*) لا يخفىٰ أنّ الإشكال **إن كان** بلحاظ علم المشتري بغصبية المبيع للبائع، إذ لا يمكنه حينئذٍ أنّ يملّكه الثمن ضمناً بازاء المبيع الذى ليس ملكاً للغاصب، فيصبح البيع بلا ثمن، **فيندفع** بما أفاده المصنف ﷺ من البناء على المالكية، حيث إنّ كلّاً من البائع و المشتري يبني على مالكية نفسه لما عنده من العوض، فيملّك و يتملّك.

لكن هذا الإشكال أجنبي عن جواز الرجوع على البائع بالثمن مطلقاً أو مع بقائه، إذ جواز الرجوع و عدمه من أحكام التسليط الخارجي و غير مرتبط بالبيع، فلا وجه لأخذه في الاشكال. و تفريع الاشكال عليه كما صنعه المصنف ﷺ .

كما لا وجه لإناطة هذه الاشكال بكون الاجازة ناقلة لاكاشفةً، لما عرفت من أنّ مناطه المجانية و عدم صدق التمليك المعاوضي حين إنشاء البيع. و هذا المناط موجود مطلقاً سواء أكانت الاجازة كاشفة أم ناقلة، فلا يتوقف الاشكال عليه.

و إن كان الاشكال بلحاظ أنّ التسليط الخارجي ـ المترتب عليه عدم جواز الرجوع

.....

على البائع بالثمن ـ كاشف عن إختصاص البائع الغاصب بالثمن، فلا يكون مورداً للإجازة، إذ لا يملكه المالك المجيز بعد إختصاصه بالبائع، فلا تتحقق المعاوضة التي هي إنتقال كل من العوضين الى مالك الآخر، **فالاشكال** بناءً على المقدمات المذكورة في المتن متجه. لكنه لايندفع بالبناء الذي ذكره المصنف ﷺ، لأنّه إنّما يُجدي في الأُمور الاعتبارية كالملكية، فيملِّك أو يتملّك بعنوان كونه مالكاً، فالتمليك و التملك راجعان إلى الحيثية التقييدية، لا إلى الذات المتحيثة بها.

و هذا بخلاف التسليط الخارجي المتعلق بالشخص لا بالعنوان حتى يكون تسليطه تسليطاً لمالكٍ بما هو مالك، إذ لو كان بعنوان كونه مالكاً لجاز الرجوع إليه كما هو مقتضى المعاوضة، مع أنّهم يقولون بعدم الجواز.

و الظاهر أنّ نظر المصنف ﷺ إلى أنّ مورد الاجازة هو العقد الذي صحّحه بالبناء، و هو لا يستلزم التسليط الخارجي المانع عن تأثير الاجازة، فالعقد قد يكون مع التسليط الخارجي، و قد لا يكون، و لكل من العقد و التسليط حكم، هذا.

و الحقُّ في حلّ هذا الاشكال ما أسلفناه في دفع الاشكال السابق من: أن تبديل مال بمال ـ الذي هو حقيقة البيع ـ صادق في جميع العقود الفضولية حتى في مورد علم المشتري بغصبية المبيع، إذ لا ريب في أنّه بقصد الثمنية يسلِّط البائع الغاصب على المال الذي يدفعه إليه برجاء إجازة مالك المبيع، فالتسليط المجاني الذي صار منشأً للاشكال ـ و هو كون البيع بلا ثمنٍ ـ مفقود هنا.

ولو سلّم وجوده هنا لم يقدح في تحقق المبادلة، لأنّ التسليط المجاني متأخر عن إنشاء المبادلة، لكونه في رتبة الوفاء فلو أجاز مالك المبيع هذا البيع صحّ، و كان الثمن المدفوع إلى البائع الفضولي ملكاً لمالك المبيع، و ليس ملكاً للبائع الغاصب، إذ مالك المبيع ملك الثمن بنفس العقد، و التسليط وقع بعده و في رتبة الوفاء، فالمشتري سلّطه على مال غيره و هو مالك المبيع، لا على مال نفسه حتى يقال: إنّه سلطه على مال نفسه مجّاناً، و وقع البيع بلا ثمن، فيبطل و لا يصحّ بالاجازة.

ثم اعلم[1] أنّ الكلام في صحة بيع الفضولي لنفسه غاصباً

---

١) غرضه التمهيد لدفع كلام صاحب الرياض ﷺ و غيره، و بيانه: أنّ ما تقدم من أوّل المسألة الثالثة إلى هنا ناظر إلىٰ وقوع البيع للمالك لو قصد الفضوليُّ وقوعَه لنفسه، و قد تحقق أنّ الأقرب صحته، لوجود المقتضي، و إندفاع ما قيل من الموانع. وهناك مسألة أُخرىٰ. و هي: أنّ البائع الفضولي لنفسه لو تملّك المبيع بعد العقد وأجازه فهل يصحّ أم لا؟ و هي موضوع البحث في المسألة المعروفة المعنونة بـ «مَن باعَ شيئاً ثم ملكه» فقد يقال بالصحة فيها كما هو مختار المصنف، و قد يقال بالبطلان كذلك كما ربما يظهر من صاحب المقابس، و قد يفصّل بين المسألتين، لإختلافهما مناطاً.

و بهذا يظهر غموض ما أفاده سيد الرياض ﷺ من قوله: «ولو باع الفضولي ـ أي ملك الغير ـ من دون إذنه مطلقاً لم يلزم أجماعاً، بل لم يصح إذا كان البيع لنفسه لا للمالك، فيمشي إلى المالك فيشتريها منه. كما صرّح به جماعة كالفاضلين، العلّامة في جملة كتبه كالمختلف و التذكرة مدّعياً فيها عدم الخلاف فيه بين الطائفة ... الخ»[1].

و حاصل كلامه ﷺ: أنّه جعل لبيع الفضولي صورتين:

إحداهما: أن يبيع للمالك، و حكم بالصحة فيها وفاقاً للمشهور.

و ثانيتهما: أن يبيع لنفسه، و جَعلَ ﷺ هذه الصورة مورداً لمسألة «مَن باع شيئاً ثم ملكه» و حكم فيها بالفساد، بمعنىٰ عدم وقوع البيع للعاقد الفضولي لو تملّك المبيع من مالكه الأصلي ثم أجاز بيع نفسه. و استدلّ على البطلان بالاجماع المدّعىٰ في المختلف و غيره. و لم يفصّل السيد ﷺ بين المسألتين، و هما مسألة «من باع

«١» رياض المسائل، ج ١، ص ٥١٢

كان أو غيره[١] إنّما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، و هو[٢] الذي لم يفرّق المشهور بينه و بين الفضولي البائع للمالك لا لنفسه. و أمّا الكلام في صحة بيع الفضولي و وقوعه لنفسه إذا صار مالكاً للمبيع

شيئاً ثم ملكه» و وقوعه للعاقد لو أجاز، و مسألة بيع الغاصب لنفسه و وقوعه للمالك لو أجاز.

فإذا باع الفضولي مال غيره لنفسه ثم إشتراه من مالكه فقد حكم العلّامة بعدم الصحة، لكونه مورداً لرواية حكيم بن حزام الناهية عن بيع ما ليس عندك.

ولو إشترىٰ الفضولي لنفسه ـ كالغاصب ـ و لم يتملّك ما باعه، و أجاز المالك، فظاهر كلام العلّامة الصحة و إن استشكل فيها في حال علم المشتري بالغصب. لكن الظاهر إلتزامه بالصحة، و لا أقلّ من عدم دعوى الاجماع على البطلان.

قال في خامس فروع بيع الفضولي: «الغاصب و إن كثرت تصرفاته فللمالك أن يجيزها، و يأخذ الحاصل في الحال، يتبع العقود و يعتمد مصلحته في فسخ أيها شاء، فينفسخ فرعه، و هو أضعف قولي الشافعي، و أصحّهما عنده بطلان الجميع»[١] فلوكان بيع الغاصب فاسداً عنده لم يكن وجهٌ لجواز إمضاء المالك بعضَ العقود الواقعة على ماله.

١) كما لو إعتقد بأنّه مالك، كما في صحيحة الحلبي الواردة في إقالة مشتري الثوب بوضيعةٍ و بيعه من شخص آخر أغلى مما أقال به المشتري الأوّل.

٢) أي: بيع الفضولي لنفسه غاصباً كان أو غيره إنّما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، من دون أن يفرض تملك الغاصب له ببيع أو إرث أو هبة. فلو صار الفضولي مالكاً وأجاز عقد نفسه كان خارجاً عن البحث، لكونه من صغريات مسألة «مَن باع

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣، و نحوه في ص ٤٨٦، السطر ٩

و أجاز[١] سواء باع لنفسه أو المالك، فلا دخل له بما نحن فيه[٢] لأنّ الكلام هنا[٣] في وقوع البيع للمالك، و هناك[٤] في وقوعه للعاقد إذا ملك.

و من هنا[٥] يعلم أنّ ما ذكره في الرياض من «أنّ بيع الفضولي لنفسه باطل، و نَسَب إلى التذكرة نفيَ الخلاف فيه» في غير محله[٦]. إلّا أن يُريد[٧] ماذكرناه، و هو[٨] خلاف ظاهر كلامه.

شيئاً ثم ملكه».

١) أي: أجاز البائع الفضولي الذي تملّك المبيع من مالكه بالهبة أو غيرها.

٢) و هو وقوع بيع الفضولي مال الغير لنفسه ـ أو وقوع الشراء لنفسه ـ للمالك.

٣) و هو كون بيع الفضولي مالَ الغير لنفسه ممّا يقع للمالك لو أجاز.

٤) و هو بيع الفضولي و وقوعه لنفسه إذا صار مالكاً.

٥) أي: من ذهاب المشهور إلى صحة بيع الفضولي لنفسه إذا أجاز المالك، فيصير ثمنُ المبيع ملكاً للمالك الأصيل، يُعلم أنّ ... الخ.

٦) خبر قوله: «أنّ ما ذكره» لأنّ ذهاب المشهور إلى صحة بيع الفضولي لنفسه ينافي نفي الخلاف في بطلانه.

٧) أي: يُريد صاحبُ الرياض ﷺ من بيع الفضولي لنفسه ما ذكرناه، و هو وقوعه للعاقد الفضولي إذا ملك المبيع، ثم أجاز البيع، فإنّه معقد إجماع التذكرة و غيرها على البطلان.

٨) أي: كون مراد صاحب الرياض من بيع الفضولي ما ذكرناه خلاف ظاهر كلامه في عدم وقوع البيع للمالك إذا أجاز، لأنّه ﷺ حكم بفساد بيع الفضولي لنفسه، و لم يفصّل بين المسألتين. فلا وجه لحمل كلامه على خصوص مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» حيث منعَ العلامةُ و غيره عن صحتها و عدم وقوعه للعاقد.

هذا تمام الكلام في المسألة الثالثة، و هي بيع الفضولي لنفسه.

بقي هنا أمران:

الأوّل[1]: أنّه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير

تتمة تتضمن أمرين:

الأوّل: عموم بحث بيع الفضولي للدين كالعين

١) الغرض من عقد هذا الأمر تعميم بيع الفضولي ـ على القول بصحته ـ للعين الخارجية التي كانت موردَ الأبحاث السابقة، و للدّين و هو الكلّي الذِّمّي. و قد عقد صاحبُ المقابس الموضع التاسع لتحقيق هذا الأمر، و بيان صور المسألة، فراجع«١». كما سبق في شرطية القصد التعرّضُ لبعض فروع المطلب.

و كيف كان فالمصنف ﷺ بَحثَ عمّا إذا كان أحدُ العوضين أو كلاهما كـلّيّاً في مسألتين، لأنّ الفضولي تارةً يضيف الثمن أو المثمن إلى ذمّة خاصة من دون أن يعقّبه بما ينافيه كإضافته إلى نفسه، و أُخرىٰ يجمع بين المتنافيين. و الكلام فعلاً في المسألة الأُولىٰ، بأن إشترىٰ شيئاً بمالٍ في ذمة غيره، أو باع كلّياً في ذمة الغير، و لهذه المسألة صور. لأنّه لا يخلو إمّا أن يكون الكلي في ذمة غير الفضولي، و إمّا أن يكون في ذمة نفس الفضولي، و إمّا أن يجعل الكلي متعلقاً بذمة المالك بنفس بيع الفضولي، فالصور ثلاث:

إحداها: أن يبيع الفضولي ـ كزيدٍ مثلاً ـ كُرّاً من طعام مملوكاً لعمروٍ في ذمة بكر، بأن إشتغلت عُهدة بكرٍ بهذا الطعام بسلفٍ أو بإتلاف حنطةٍ مملوكة لعمرو، أو

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٤٠

عيناً أو ديناً[1] في ذمة الغير (*).

بغيرهما، فباعَ زيدُ فضولاً هذا الطعام الذّمّي من بشرٍ مثلاً بكذا، فإن أجاز عمروٌ هذا العقد الفضولي صحّ، و دخل الثمنُ في ملكه، لعموم أدلة صحة البيع الفضولي. و إن ردّه بطل.

ثانيتها: أن يكون زيدٌ ـ و هو البائع الفضولي ـ مديوناً لعمروٍ كُرّاً من طعام، فباع هذه الحنطة الذميّة من بكرٍ بكذا، فإن أجاز عمروٌ ـ و هو مالك ما في ذمة زيد ـ صحّ و تملّك الثمن. و إن ردّه بطل.

ثالثتها: أن لا تكون الذمة مشغولةً للغير قبل البيع، كما إذا باع زيدٌ الفضولي من بكرٍ كُرّاً من طعام في ذمة عمروٍ، مع عدم إشتغال عهدة عمروٍ بهذا الطعام ـ قبل البيع ـ لا لبكر و لا لغيره، و إنّما يستقرّ في ذمته بنفس هذا البيع لو أجازه.

و على هذا فالمبيع الكلّي ـ و هو الكُرّ من الطعام ـ قد يستقرّ قبل البيع في ذمة غير الفضولي كما في الصورة الأُولىٰ، و قد يستقرّ ـ كذلك ـ في ذمة نفس الفضولي. كما في الصورة الثانية. و قد يستقر بنفس البيع في ذمة غير الفضولي كما في الصورة الثالثة. هذا إذا كان المبيع فضولاً كلّياً في الذمة، و تجري هذه الصور الثلاث في الشراء بالثمن الكلي كما سيأتي في المتن.

١) من هنا أشار إلى الصور الثلاث. فالمراد «بالغير» الأوّل هو مَن يبيع عنه الفضولي المعبّر عنه بالمالك و البائع الأصيل، و إن شئت فعبّر عنه بغير الفضولي.

و المراد بالغير الثاني غير البائع الأصيل، و هو إمّا نفس الفضولي الذي إشتغلت ذمته بكُرٍّ من طعامٍ لعمروٍ البائع الأصيل، و إمّا غير الفضولي المديون لعمروٍ بكُرٍّ من

(*) أو كلّياً في معيّنٍ، كأن يقول الفضولي: «بعتك صاعاً من هذه الصبرة ـ التي هي مال زيد ـ بدينار» مثلاً، فإنّ الظاهر ـ بناءً على القول بصحة عقد الفضولي ـ هو الصحة إذا أجاز مالك الصبرة». و لعلّه لوضوحه لم يتعرّض له المصنف و لا غيره. و كذا الحال في الجزء المشاع، كما إذا باع فضولاً ثلثَ دكّان غيره. فإن أجازه المالك صحّ البيع كسائر العقود الفضولية، و إن ردّه بطل.

و منه[١] جعل العوض ثمناً أو مثمناً في ذمة الغير.

ثمّ[٢] إنّ تشخيص ما في الذمة ـ الذي يعقد عليه[٣] الفضولي ـ إمّا بإضافة[٤] الذمة إلى الغير، بأن يقول: «بعتُ كُرّاً من طعام في ذمة فلان بكذا»

طعام لسلف أو دين.

١) أي: و من الفضولي جعل العوض ثمناً كان أو مثمناً في ذمة الغير بدون إذنه، كأن يشتري ثوباً بدرهم في ذمة زيد، أو يبيع ثوباً في ذمة زيد بدرهم. فقوله: «و منه» إشارة الى الصورة الثالثة. كما أنّ قوله: «أو ديناً في ذمة الغير» إشارة الى الصورة الأُولىٰ و الثانية. و المراد بالغير الثالث هو البائع أو المشتري الذي بيده الإجازة المصحّحة للبيع أو الشراء.

٢) غرضه ﷺ ـ بعدَ حكمه بجريان بحث الفضولي في الثمن و المثمن الكلّيّين الذميّين، و عدم إختصاصه بالأعيان الشخصية ـ بيان كيفية تعيين مَن يضاف الكلّي إليه حتى يجب عليه الوفاء بالعقد لو أجاز إنشاءَ الفضولي، و تقريبه: أن بيع العين الشخصية أو الشراء بالثمن الشخصي فضولاً لا يتوقف إلّا على إجازة المالك المعيّن خارجاً كزيدٍ مثلاً. و أمّا الكلّي الذّمّي فلمّا لم يكن موجوداً خارجاً توقّفَ تعيُّنه على إضافته إلى عُهدة معيّنة ليكون أمر الإجازة و الرّد بيده. فلابدّ من تعيينه بأحد نحوين، فإمّا أن يصرِّح الفضوليُ به في العقد بأن يقول: «بعتُك منّاً من الحنطة في ذمة زيد بدينار» و إمّا أن ينوي وقوع البيع له من دون التصريح باسمه في العقد، فيقول: «بعتُك منّاً من الحنطة الذميّة بدينار» و يقصد إشتغال ذمة زيد به.

فإن أجاز زيدٌ بيعَ الفضول صحّ و إشتغلت عُهدته بما أُضيف إليها من الثمن أو المثمن الكلّي، و إن ردّ بَطَل البيع إلّا في صورة واحدة يقع لنفس الفضول، و هو ما إذا باع بقصد وقوعه لزيدٍ، فأنكر المشتري عليه، و سيأتي بيانه.

٣) الضمير راجع إلى الموصول في «ما في الذمة» و المراد به الثمن أو المثمن الكلي الذمي.

٤) المراد بهذه الإضافة ـ في قبال القصد ـ هو التصريح باسم صاحب الذمة في العقد.

أو «بعتُ هذا بكذا في ذمة فلان[١] و حكمه[٢] أنّه لو أجاز فلانٌ يقع العقد له، و إن رد[٣] بطل رأساً.

وإمّا[٤] بقصده العقد له، فإنّه إذا قصده في العقد تعيّن كونُه صاحب الذمة، لما عرفت[٥] (*) من إستحالة دخول أحد العوضين في ملك غير[٦] مَن خرج عنه

---

١) هذا في الثمن الكلي، و ما قبله في المبيع الكلي، فإنّ تشخُّصها منوط بالإضافة إلى ذمة شخصٍ خاص.

٢) أي: و حكم تشخيص الكلي ـ بإضافة إلى شخص خاص ـ هو قابليته للصحة بالإجازة، و للبطلان بالرد.

٣) الضمير المستتر و ضمير «له» راجعان إلى «فلان».

٤) معطوف على قوله: «إمّا» و حاصله: أنّه قد يكون تشخيص الكلي بقصد الفضولي وقوع العقد للغير، كأن يقصد «بيع كُرٍّ من طعام على زيدٍ بدينار» فإنَّ قصد كون البيع على زيدٍ بدينار يُعيِّن كون زيدٍ صاحبَ الذمة. و وجه تعيُّنه هو: كونه مقتضىٰ المعاوضة، فإنّ مقتضىٰ قصد كون زيدٍ بائعاً هو خروج المبيع من كيسه و دخول الثمن في كيسه.

٥) تقدّم التنبيه عليه مكرّراً، كما في رابع تنبيهات المعاطاة، و كما في بيع الفضولي لنفسه، حيث قال في ردّ الوجه الثاني: «فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة...» فلاحظ (ص ٥٩٩).

١) يعني: غير مَن قُصِد له العقد.

(*) ما أفاده في حقيقة المعاوضة ـ من إعتبار دخول كلٍّ واحدٍ من العوضين في ملك مَن خرج عنه العوضُ الآخر ـ هو مبنىٰ الملازمة بين تعيُّن كلٍّ من المعقود له و ذي الذمّة بتعيين الآخر بالاضافة أو بالقصد، لفرض وحدتهما. و أمّا بناءً على عدم كون

الآخر، إلّا علىٰ إحتمالٍ ضعيفٍ تـقدّم[1] عـن بـعضٍ. فـكما أنّ تـعيين العـوض في الخارج[2] يُغني عن قصد مَن وقع له العقد، فكذا قصدُ مَن وقـع له العـقد يُغني (*) عن تعيين الثمن الكلي بإضافته إلى شخصٍ خاص.

---

١) تقدّم في (ص ٥٩١) بقوله: «الثاني: أنّه لا دليل على إشتراط كـون أحـد العوضين ملكاً للآخر ... الخ» و هذا هو الوجه الثاني من الوجهين اللّـذين ذكـرهما البعضُ في توجيه كلام كاشف الغطاء قدس سره.

٢) غرضه مقايسة قصد «مَن وقع له العقد» بتعيين العوض في الخـارج، بأن يقال: كما أنّ تعيين أحد العوضين في الخارج كقوله: «بعتُك هذا الكتاب» يُغني عـن تعيين البائع، لتعينه في الخارج بسبب قيام إضافة الملكية به، كذلك قصد مَن وقع له العقد يُغني عن تعيين العوض الكلي، كما إذا قصد أن يبيع عن زيد كُرّاً من حنطة، فإنّ قصد البيع عن زيدٍ يوجب تعيُّن المبيع، و يُغني عن تعيينه لفظاً، بأن يقول: «بعت لزيد كُرّاً من حنطة في ذمة زيد».

حقيقة المعاوضة كذلك ـ كما هو الأوجه ـ فالملازمة ممنوعة.

(*) إغناؤه عنه بدون إضافة الكلي إلى شخصٍ معينٍ في غاية الاشكال، لاستلزامه التمليك و التملك بلا عقدٍ، لتقوم العقد بالقصد، فصَرفُ الكلّي أو البيع أو الشـراء إلى شخصٍ بلا قصدٍ و لا إضافةٍ إليه يوجب الملكية بدون العقد. و هو كما ترىٰ، فلابدّ من القصد ولو إجمالاً.

و بالجملة: ففرق واضح بين العين الخارجية و الكلّي الذّمي، فإنّ إضافة العين الخارجية إلى مَن قُصد له العقد غير معتبرة في صحة العقد، لأنّ كُلّاً من ماليتها و ملكيتها ثابت من دون حاجةٍ إلى إضافة. بخلاف الكلي، فإنّ إضافته إلى شخص معيّنٍ أو هيئةٍ كذلك مقوّمة عرفاً لماليته و ملكيته. و بدونها ليس في إعتبار العقلاء مـالاً و لا مـلكاً.

و حينئذٍ[١] فإن أجاز مَن قُصِد مالكيته وقع العقد، و إن ردّ فمقتضىٰ القاعدة بطلان العقد واقعاً[٢]، لأنّ مقتضىٰ ردّ العقد بقاء كل عوضٍ على ملك صاحبه، إذ المال[٣] مردّد في باب الفضولي بين مالكه الأصلي و بين مَن وقع له

---

١) يعني: و حين القول بأنّ تعيين العوض في الخارج يُغني عن قصد مَن وقع له العقد ـ و كذلك قصد مَن وَقَع له العقدُ يغني عن تعيين الثمن الكلّي ـ يصّح العقد إن أجاز مَن قُصِد له العقد بائعاً كان أو مشترياً. و إن ردّ بطل العقد، لأنّه مالك أمر هذا العقد تصحيحاً و إبطالاً. ففي صورة الإبطال يبقىٰ كلُّ عوضٍ على ملك صاحبه، لعدم تحقق ما يوجب إنتقال المال عن صاحبه إلى غيره.

٢) إذ مع الرّد و حلُّ العقد من وليّه لا يبقىٰ ما يوجب صحة العقد ولو ظاهراً، فكل عوضٍ باقٍ على ملك صاحبه بمقتضىٰ إنحلال العقد.

ثم إن الحكم ببطلان العقد واقعاً بالنسبة إلى من قصد وقوع العقد له لاينافي صحته ظاهراً في حق الفضولي لو لم يصدِّقه المشتري الأصيل.

٣) أي: مال المالك الأصيل. و هذا تعليل لبقاء كل من العوضين على ملك صاحبه وعدم التعدي عنه إلى غيره، و حاصله: أنّ مال الأصيل مردّد بين بقائه على ملك مالكه الأصلي إن لم يؤثّر العقد في النقل و الانتقال، و بين إنتقاله إلى مَن وَقَع له العقد إن أثّر العقد كما في صورة الإجازة، فلا معنىٰ لخروج المال عن ملك مالكه

فلا يصلح لأن يقع عوضاً في العقد المعاوضي. و مجرّد قصد مَن وَقع له العقد لا يعيِّن الكلي حتى يصح جعله عوضاً في العقد المعاوضي، هذا.

مضافاً إلى: ما عرفت من إستلزامه خلوّ العقد عن القصد بالنسبة إلى جزئه و هو الكلي الذي وقع عليه عقدُ الفضولي، لانتفاء موضوع القصد و هو الكلي، فيمتنع تعلق القصد به.

العقد، فلا معنىٰ لخروجه عن ملك مالكه و تردُّده[1] بين الفضولي و مَن وقع له العقد، إذ[2] لو صحّ وقوعُه للفضولي لم يحتج إلى إجازةٍ، و وَقَع له. إلّا[3]

و تردُّده بين الفضولي و مَن وقع له العقد، إذ ليس الفضولي طرف المعاملة، فإنّ طرفيها هما المالكان للعوضين.

١) هذا الضمير و ضميرا «لخروجه، ملكه» راجعة إلى المال.

٢) تعليل لعدم تردد المال بين الفضولي و مَن له العقد، و حاصله: أنّه لو بُني على وقوع العقد للفضولي، فلا وجه لهذا التردد، بل يقع للفضولي من دون حاجةٍ إلى إجازته، لمباشرته للعقد.

٣) إستثناءٌ ممّا ذكره من عدم وقوع العقد للفضولي، و محصله: وقوع العقد للفضولي فيما إذا أنكر الطرفُ الآخر في المعاوضة، سواء أكان ذلك الطرف بائعاً أم مشترياً، فمع حلفه على نفي علمه بفضولية مدّعي الفضولية حُكِم له على الفضولي بوقوع العقد.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

و الوجه في توجّه الحلف إلى الأصيل مطابقة دعواه لظاهر الأمر من أن الفضولي عَقَدَ لنفسه، لا أنه قَصَدَ المعاملة للغير، لوضوح أنّ وقوعها للغير منوط بمؤونة زائدة ثبوتاً بالقصد، و إثباتاً بإقامة دالٍّ على إسناد المعاملة إليه. و لا يكفي القصدُ الذي يدّعيه الفضولي، بَعدَ خلوّ الانشاء عن إسناد البيع إلى الغير، و مقتضىٰ ظهور إطلاق الكلام إنعقاده لنفس العاقد لا لذلك الغير.

و لمّا كانت دعوى الأصيل «قصدتُ البيع أو الشراء لك» موافقةً لظاهر الإنشاء كفىٰ يمينه في وقوع العقد للفضول، لا لذلك الغير الذي قصده الفضول، فيقول المشتري الأصيل «والله لم أعلم بقصدك البيعَ للغير، فاشتريتُ الكلّي الذمي منك» و يُحكم علىٰ الفضولي بالوفاء بعقده. و لا يبقىٰ مجال لجريان أصالة الفساد المحكّمة في موارد الشك في صحة المعاملة و فسادها، بَعدَ إقتضاء الظهور الإطلاقي صحتها كما تقدّم.

أنّ الطرف الآخر لو لم يصدّقه[١] على هذا القصد[٢] و حَلَف على نفي[٣] العلم حُكم[٤] له على الفضولي بوقوع [لوقوع] العقد له ظاهراً[٥]، كما عن المحقق«١» و فخرالاسلام و المحقق و الكركي و السيوري و الشهيد الثاني (*) .

---

١) أي: لو لم يصدِّق الطرفُ الآخرُ الفضوليَّ.

٢) أي: قصد الفضولي كونَ البيع أو الشراء لغيره.

٣) إنّما يحلف الأصيل على نفي علمه بما قصده الفضول، لا على عدم قصد الفضول، لوضوح أن قصد الفضول واقعاً و عدمه لا يُعلم إلّا مِن قبلَه، فلا يبقىٰ للأصيل إلّا الحلف على عدم علمه بما قصده الفضول.

٤) أي: للطرف على الفضولي، و حاصله: وقوع العقد للطرف على الفضولي ظاهراً، فيجبر الفضولي على دفع الثمن و إن لم يجز له التصرف في المبيع، لدعواه الفضولية، إلّا بإذن البائع. كما لا يجوز للبائع أيضاً التصرف في الثمن إلّا بإذن المشتري، فيبقىٰ المال مردّداً بينهما. و مقتضىٰ الاحتياط إنشاء عقدٍ جديدٍ عليه بالثمن الأوّل.

٥) التقييد بقوله: «ظاهراً» إنّما هو لأجل أنّ قصد الفضولي وقوعَ العقد لغيره يكون بمنزلة التصريح بكون العقد له، في أنّه مع إجازة ذلك الغير يصح العقد، و مع الرّد ينحلّ العقد واقعاً. و هذا يدلّ على أجنبية الفضولي عن هذا العقد. فالحكم به

(*) قد يشكل الحكمُ بالصحة بالحلف على نفي علمه بما قصده الفضولي بل المعاملة باطلة، و بيانه: أنّه قد يتوافق البائع و المشتري على وحدة القصد، ولكن يكذِّب كلٌّ منهما الآخر فيما قصده بالخصوص، فالبائع يقول للمشتري: «بعتُك المال

«١» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٢٠٥ ؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٦٠ و ٣٦١ ؛ ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣٤٧ ؛ جامع المقاصد، ج ٨، ص ٢٠٥ ؛ مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٣٠٠، و كذا نسبه صاحبُ المقابس الى الفاضل السيوري، فراجع مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٤٠

و قد يظهر[1]

للطرف الآخر على الفضولي لابدّ أن يكون في مقام الظاهر لحلف الطرف الآخر على نفي العلم.

و قد حكي نظير هذا الفرع عن المحقق في كتاب الوكالة، و هو: «أنه إذا إشترىٰ إنسان سلعةً، و ادّعىٰ أنّه وكيل لإنسانٍ، فأنكر، كان القولُ قوله مع يمينه، و يُقضىٰ على المشتري بالثمن، سواء إشترىٰ بعينٍ أو في الذمة، إلّا أن يكون قد ذَكَر أنه يبتاع له في حالة العقد» و نحوه كلام العلّامة في وكالة القواعد، فراجع.

١) هذا هو القول الثاني في المسألة، و هو وقوع العقد للفضولي ظاهراً و باطناً، و ربّما يظهر من العلّامة في مضاربة القواعد، كقوله: «و إن إشترىٰ ـ يعني العامل ـ في الذمة لزم العامل إن أطلق الشراء و لم يجز المالك»[1] و كقوله: «و ليس له ـ أي للعامل ـ أن يشتري من ينعتق على المالك إلّا بإذنه، فإنْ فعل صحّ و عُتِق و بطلت المضاربة في ثمنه، فإنْ كان كلّ المال بطلت المضاربة. ولو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته، و الوجه الأُجرة. و إن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراءُ بالعين أو في الذمة و ذَكَرَ المالك، و إلّا وقع للعامل مع علمه» حيث ان قوله: «و إلّا وقع للعامل» ظاهر في وقوع العقد للعامل واقعاً، إذ لم يقل: «وقع للعامل ظاهراً» و من المعلوم أنّ العامل هنا فضولي، لأنّه إشترىٰ من ينعتق على المالك بدون إذنه»[2].

و قبلتَ لنفسك» و يقول المشتري له: «بعتَ المال بثمنٍ على عهدة زيدٍ، و اشتريتُ له فضولاً» فالبائع يدّعي أنّ المشتري إشترى لنفسه بثمنٍ منه، و المشتري يدّعي الشراء للغير بثمن في ذمة ذلك الغير، و هذا مورد التداعي و التحالف.

و قد لا يتوافقان على قصدٍ واحد بأن يقول البائع: «بعتُك المال» و يدّعي [redacted]

«١» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٣٨

«٢» المصدر، ص ٣٣٩

.....

و لا يخفىٰ أن تعبير الماتن بـ«و قد يظهر» يلوح منه عدم الجزم بظهور عبارة القواعد في وقوع البيع للعامل ـ الفضولي ـ واقعاً، لبقاء إحتمال وقوعه له ظاهراً، لا في

المشتري أنه إشتراه للغير لا لنفسه. و هذا مورد الإدّعاء و الانكار، لمطابقة قول البائع لظهور قبول المشتري للبيع، لأنه لم يُضفه إلى الغير، و مخالفة قول المشتري للظاهر.

و في هذه الصورة يحكم ببطلان البيع أيضاً، لأنّ النية أمر قلبي يمتنع إقامة البيِّنة عليها، فيردّ اليمين إلى البائع الذي يوافق كلامُه ظاهرَ العقد و أصل الصحة، فلوْ حلف على نفي علمه بما قصده المشتري من كون الشراء للغير صح البيع. لكن لا جدوىٰ في هذا الحلف، لعدم منافاته لدعوىٰ المشتري. فلابدّ من الحلف على نفي ما يدّعيه المشتري، و لمّا لم يكن له طريق إلى نفيه رجع الحلفُ إلى المدّعي، فيحلف على الفضولية، و يحكم ببطلان البيع، هذا«١».

لكن الظاهر صحة ما أفاده المصنّف من صحة البيع، بلا فرقٍ بين الصورتين، لموافقةقول البائع لظاهر العقد، بناءً على ان اعتبار تعيين الذّمة بالقصد أو باللفظ مختصّ بما اذا قصد جعل الثمن في ذمّة الغير. فاشتغال ذمة المشتري بالثمن لا يتوقف على التعيين، بل يكفي اطلاق العقد و تجردّه عن الاضافة الى الغير في انصرافه الى نفس المشتري.

و علىٰ هذا فدعوىٰ المشتري الشراءَ بثمنٍ كلّي في ذمة زيد منوطة بقرينة دالّة عليه. و حيث إنّ المفروض عدم إضافة الشراء إلى ذمة الغير كان قول البائع موافقاً للظاهر، و لا يُطالب باليمين إبتداءً. نعم لو ادّعىٰ المشتري علم البائع بمقصوده إتّجه الحلف على نفي علمه بما قصده المشتري. و على تقديري الحلف و عدمه يقدّم قول البائع الموافق للظاهر و لأصالة الصحة. و لم يظهر وجهٌ للتفصيل بجعل المسألة مورداً للتداعي تارةً و للإدعاء و الانكار أُخرىٰ. إذ المفروض مخالفة قول المشتري لظاهر العقد، هذا.

«١» المحاضرات، ج ٢، ص ٣٣٥

من إطلاق[١] بعض الكلمات كالقواعد و المبسوط[٢] وقوعُ[٣] العقد له

نفس الأمر. و عبارة القواعد لا تأبىٰ هذا الاحتمال، كما يظهر بمراجعة كلمات الشرّاح، كقول فخر المحققين ﷺ: «و إن كان ـ أي شراء من ينعتق على ربّ المال ـ في الذمة، وأطلق، أو لم يعلم المالك بأنّ العامل نواه، وقع في نفس الأمر عن العامل إن لم ينوِ المالك. و يقع عنه ظاهراً إن نواه»[١].

و قال المحقق الكركي ﷺ: «و إن لم يكن الشراء بالعين ـ أي كان بالثمن الذمي ـ و لا ذَكرَ المالك لفظاً و لا نواه ـ بحيث يعلم به البائع ـ وقع الشراء للعامل و أُلزم به ظاهراً»[٢] و كذا قوله: «في باب الوكالة لإمكان أن يريد بقوله: لا يقع له ـ إلزامه به ظاهراً، لأنه المبحوث عنه»[٣].

و لعلّه لأجل تطرّق هذه الشبهة في عبارة القواعد قال المحقق صاحب المقابس: «و الأوّل ـ أي ثبوت البيع واقعاً للفضولي و لغوية نيته وقصده ـ قضية إطلاق القواعد. و يمكن تنزيله على الثاني، و هو وقوعه له في الظاهر»[٤] فراجع.

١) المراد بالإطلاق ـ كما نبهنا عليه ـ عدم تقييد وقوع البيع للفضولي ـ كالعامل و الوكيل ـ بـ «ظاهراً» إذ من المعلوم إقتضاء هذا الاطلاق الوقوع له باطناً و ظاهراً.

٢) كقوله في الوكالة: «فإذا حَلَف ثبت البيعُ في حقّ الوكيل»[٥]. و كقوله في شراء العامل مَن ينعتق على ربّ المال: «و إن كان الشراء في الذمة وقع الملك للعامل، و صحّ الشراء ... الخ»[٦].

٣) فاعل «يظهر» و ضمير «له» راجع إلى الطرف الآخر، و هو الأصيل.

«١» ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣١٤ و نحوه في ص ٣٤٧

«٢» جامع المقاصد، ج ٨، ص ٩٩

«٣» المصدر، ص ٢٥٣

«٤» مقابس الانوار، ص ٤٠

«٥» المبسوط، ج ٢، ص ٣٧٩ و ٣٨٦

«٦» المبسوط، ج ٣، ص ١٧٥

واقعاً(*). و قد نُسب ذلك[١] إلى جماعةٍ في بعض فروع المضاربة.

و حيث عرفت[٢] أنّ قصد البيع للغير

---

١) المشار إليه هو وقوع العقد للعامل واقعاً و ظاهراً. ولكن لم أظفر في المسالك و الجواهر و جامع المقاصد و الحدائق على هذه النسبة. نعم ذكر السيد العاملي ﷺ ـ في مسألة شراء شيءٍ في الذمة و إلزام العامل به ـ ما لفظه: «لأنّ البيع ظاهراً يقع، وبه صرّح الشيخ و جماعة»[١].

و الظاهر أن مراده من كلمة «ظاهراً» هو صحة الشراء بما في الذمة، لا الظاهر في مقابل الواقع و نفس الأمر، لعدم فرض تنازع المالك والعامل حتى يحمل وقوعه للعامل على الحكم الظاهري. و بهذا فيكون الناسب إلى الجماعة هو صاحب مفتاح الكرامة، فراجع.

هذا ما أفاده في المسألة الأولىٰ، و قد تحصّل منه صحة البيع الفضولي لو كان أحد العوضين كلياً في الذمة، و أنّه لو إختلفا في القصد قُدِّم قولُ من يُوافق كلامُه ظاهر العقد، و بالحلف على عدم علمه بما قصده الطرف الآخر يُؤاخذ الفضولي بظاهر العقد.

٢) أي: في (ص ٦١٧) عند قوله: «ثم إنّ تشخيص ما في الذمة الذي يعقد عليه الفضولي» و هذا تمهيد لبيان المسألة الثانية، و هي الجمع بين المتنافيين في إنشاء الفضولي.

(*) و تظهر الثمرة بين وقوع العقد للفضولي واقعاً و بين وقوعه له ظاهراً في ترتب أحكام الملك واقعاً على ما اشتراه الفضولي بناءً على وقوعه له واقعاً، و عدم ترتبها عليه بناءً على وقوعه له ظاهراً، و لزوم الصلح في جواز التصرف في ملك الغير.

و تظهر الثمرة أيضاً في شراء العامل من ينعتق عليه كأحد العمودين.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٤٦٢، السطر ١٠

أو إضافته[١] إليه في اللفظ يوجب صَرف الكلّي إلى ذمة ذلك الغير، كما أنّ إضافة الكلّي إليه[٢] توجب صرف البيع أو الشراء إليه[٣] و إن لم يقصده[٤] أو لم يضفه إليه[٥]

---

١) معطوف على «قصد» و ضمير «إضافته» راجع إلى البيع، و ضمير «إليه» إلى الغير. و إضافةُ البيع إلى الغير في اللفظ كأن يقول: «بعتُ لزيدٍ منّاً من الحنطة».

٢) أي: إلى الغير، فإنّ إضافة الكلي إليه ـ كأن يقول البائع الفضولي: «بعتُك كُرّاً من طعامٍ في ذمة زيد» أو يقول المشتري الفضولي: «إشتريتُ كُرّاً من طعام بدينارٍ في ذمة زيد» ـ توجب صرف البيع أو الشراء إلى من أُضيف إليه الكلّي.

٣) أي: إلى ذلك الغير.

٤) يعني: و إن لم يقصد الفضولي البيعَ أو الشراء لذلك الغير.

٥) يعني: و إن لم يُضف الفضولي البيعَ أو الشراء إلى الغير. فالصور المستفادة من المتن أربع:

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

إحداها: قصد الفضولي البيعَ أو الشراءَ للغير من دون إبرازٍ باللفظ.

ثانيتها: إضافةُ البيع أو الشراء إلى الغير باللفظ. و يدلّ على هاتين الصورتين قوله: «ان قصد البيع للغير أو إضافته» إلى قوله: «ذلك الغير».

ثالثتها: إضافة الفضولي الكلي إلى الغير و إن لم يقصد البيع أو الشراء لذلك الغير، كقوله: «بعتُ كُرّاً من طعام في ذمة زيدٍ» أو «بعتُ هذا الكتاب بدينار في ذمة زيد» و تستفاد هذه الصورة من قوله: «كما أنّ إضافة الكلي إليه» إلى قوله: «و إن لم يقصده».

رابعتها: إضافة الفضولي الكلي إلى الغير و إن لم يقصد البيع أو الشراء للغير، كقوله: «بعتك كُرّاً من حنطة في ذمة زيد» و يشير إلى هذه الصورة قوله: «أو لم يضفه إليه».

ظهر[١] من ذلك[٢] التنافي بين إضافة البيع إلى غيره و إضافة الكلّي إلى نفسه[٣]، أو قصده[٤] من غير إضافةٍ. وكذا بين إضافة البيع إلى نفسه و إضافة الكلّي إلى غيره[٥]. فلو جَمَع بين المتنافيين، بأن قال: «إشتريت هذا لفلانٍ بدرهمٍ في ذمّتي» أو «إشتريتُ هذا لنفسي بدرهمٍ في ذمة فلان» ففي[٦] الأوّل يحتمل البطلان (*)

---

١) جواب «حيث» في قوله: «و حيث عرفت».

٢) أي: من وحدة المعقود له فضولاً و المضاف إليه الكلّي الذمي ـ سواء ثبت إتحادهما بالقصد أم بالإضافة لفظاً أم بالاختلاف ـ ظهر التنافي بين إضافة البيع إلى غيره و إضافة الكلّي إلى نفسه، كأن يقول: «بعتُ عن زيدٍ كُرّاً من حنطة في ذمتي» حيث إنّ إضافة البيع إلى غيره تقتضي أن يكون الكلي في ذمة ذلك الغير، لا في ذمة نفسه، فإضافة الكلّي حينئذٍ إلى نفسه أو قصد الكلي من غير إضافةٍ لفظاً تنافي إضافة البيع إلى غيره. فهل يحكم بنفوذ البيع بالنسبة الى نفسه و إلغاء تسمية زيدٍ، أم يحكم بالبطلان رأساً؟ وجهان سيأتي بيانهما.

٣) كقوله: «بعت لزيدٍ كُرّاً من حنطةٍ في ذمتي».

٤) معطوف على «إضافة» يعني: سواء أكان جعلُ الكلي في ذمته بالإضافة لفظاً كأن يقول: «في ذمتي» أم بالقصد، كأن يقول: «بعتُ لزيدٍ كُرّاً من طعام» قاصداً كون الكُرّ من الطعام في ذمة نفسه، مع إضافة البيع إلى غيره و هو زيد.

٥) كقوله: «بعتك كُرّاً من حنطة بذمة زيد».

٦) جواب الشرط في قوله: «فلو جمع» و المراد بالأوّل: المثال الأوّل، و هو قوله: «إشتريتُ هذا لفلان بدرهمٍ في ذمتي» و الإحتمالان مذكوران في المقابس أيضاً، فراجع «١».

(*) بل ينبغي القطع بالبطلان بناءً على ما اختاره المصنف قدس سره من معنى

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٤١

لأنّه[١] في حكم شراء شيءٍ للغير بعين ماله. و يحتمل إلغاء أحد القيدين[٢] و تصحيح المعاملة لنفسه[٣] أو لغيره[٤].

---

١) هذا التعليل مبني على ما قرّره من توقف معنىٰ المعاوضة على دخول أحد العوضين في ملك مَن خرج عنه الآخر، فلا محيص حينئذٍ عن القول بالبطلان.

٢) و هما قيد «لفلان» و قيد «في ذمتي».

٣) إذا ألقىٰ القيد الأوّل، و هو «لفلان».

٤) إذا ألقىٰ القيد الثاني، و هو «في ذمّتي».

المعاوضة، إذ يمتنع الجمع بين القيدين. و هذا محذور ثبوتي لا إثباتي حتى يقال: بأظهرية أحدهما من الآخر، أو بأرجحية ما هو مقدّم في اللّفظ من الآخر. و من المعلوم أن ذكر كل واحد من القيدين لم يكن هزلاً، بل كان جدّياً. فمقتضىٰ قاعدة المعاوضة بطلان العقد في كلتا الصورتين اللّتين هما مثالان للجمع بين المتنافيين، و عدم التأمل في بطلانهما.

كما أنّه بناءً على جواز الشراء للغير بمال نفسه و بالعكس ينبغي الجزم بالصحة في الصورة الأولىٰ، و هي «إشتريتُ هذا لفلان بدرهم في ذمتي» بلا إجارة. و في الصورة الثانية و هي: «إشتريتُ هذا لنفسي بدرهمٍ في ذمّة فلان» مع إجازة ذلك الغير.

و أمّا ما أفاده من إحتمال إلغاء أحد القيدين و تصحيح المعاملة لنفسه أو لغيره فلم يظهر له وجه وجيه، لأنّ الإلغاء إمّا إقتراحي، و إمّا للتأخر في الذكر. و كلاهما خلاف الميزان. و لا مجال للأخذ بالأظهرية، و لا بالتقدم الذكري بَعدَ كون الكلام واحداً، و عدم إستظهار معنىً منه إلّا بعد تماميته.

و **بالجملة:** فتصحيح العقد بإلغاء أحد القيدين ـ مع كون كليهما مقصوداً ـ كما هو مقتضىٰ تبعية العقود للقصود في غاية الاشكال، إذ المفروض كون العاقد قاصداً لا هازلاً.

و في الثاني[١] يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته، لكن[٢] بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير إعتقاداً[٣]. و يحتمل[٤] الصحة بإلغاء[٥] قيد «ذمة الغير» (*)

---

١) أي: في المثال الثاني، و هو قوله: «إشتريتُ هذا لنفسي بدرهمٍ في ذمة فلان» فإنّ فيه أيضاً إحتمالين، أحدهما: وقوعه للغير بعد إجازته، قياساً للكلي الذمي بالعين الخارجية في وقوع الشراء له إذا وقع على ما في ذمته، كوقوعه له إذا وقع على ماله الخارجي.

٢) يعني: أنّ وقوع المعاوضة للغير بعد الاجازة منوط بقصد المعاوضة، و هو موقوف على بناء مباشر العقد على تملُّكه لذمة الغير إعتقاداً حتى يتحقق مفهوم المعاوضة الحقيقية المتقوم بها مفهوم البيع.

٣) التقييد بالاعتقاد إنّما هو لأجل عدم إمكان الغصب في الكليّ حتى يتحقق البناء العدواني أيضاً. و مع عدم البناء على التملك إعتقاداً لابدّ من الحكم بالبطلان، لعدم تحقق معنىٰ المعاوضة.

٤) معطوف على «يحتمل» و هذا هو الاحتمال الثاني، و محصله: أنّه يحتمل الصحة لنفسه في المثال الثاني المذكور بقوله: «إشتريتُ لنفسي هذا بدرهم في ذمة فلان» بأن يُلغىٰ قيد «ذمة فلان» لأنّ تقييد الشراء أوّلاً بكونه لنفسه كما هو مدلول قوله «إشتريتُ لنفسي» يوجب إلغاءَ ما ينافيه من قوله: «في ذمة الغير» لأنّه كالإنكار بعد الإقرار، فلا يسمع.

٥) متعلق بـ «يحتمل» و الباء للسببية.

(*) الظاهر أنّ الوجه في الفرق بين الأوّل و الثاني ـ بإلغاء أحد القيدين من دون ترجيح لأحدهما على الآخر في المثال الأوّل، و بإلغاء قيد ذمة الغير بخصوصه في المثال

لأنّ[1] تقييد الشراء أوّلاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من[2] إضافة الذمة إلى الغير. و المسألة[3] تحتاج إلى التأمل (*) .

---

١) تعليل لإلغاء قيد «ذمة الغير» يعني: أنّ قيد ذمة الغير يُلغىٰ لأجل كونه منافياً لتقييد الشراء أوّلاً لنفسه.

٢) بيان للموصول في قوله: «ما ينافيه».

٣) و هي الجمع بين المتنافيين من قوله: «إشتريتُ هذا لفلان بدرهم في ذمتي».

الثاني ـ هو: «أنّ لفظ إشتريتُ» بدون التقييد منصرف إلى الشراء لنفسه، و تقييده بقوله: «لنفسي» متّصلاً به يوجب قوةَ ظهور دلالة «إشتريتُ» في وقوع الاشتراء للمتكلم، بحيث لا يصلح قوله: «في ذمّتي» في ذيل الكلام لمعارضته، فيحكم بمقتضىٰ هذا الظهور القوي و هو الصحة لنفسه.

و هذا بخلاف ذكر «لفلان» بعد قوله: «إشتريتُ» فإنّه لكونه منافياً أسقط ظهور إطلاق «إشتريتُ» و إنصرافه إلى الإشتراء لنفسه، و صار معارضاً بـ«في ذمتي» هذا.

لكن الحقّ ـ بناءً على كون المعاوضة بالمعنىٰ الذي ذكرناه ـ هو صحة المعاملة في كلا المثالين المذكورين بعد الاجازة. ففي المثال الأوّل يصح الشراء لفلان إذا أجاز، و على العاقد الفضولي دفع الثمن و هو الدرهم الذي جعله في ذمة نفسه. و في المثال الثاني يصح الشراء لنفس العاقد الفضولي إذا أجاز مَن جُعل الدرهم في ذمته.

كما أنّه بناءً على كون المعاوضة بالمعنى الذي إختاره المصنف ﷺ لا محيص عن البطلان في كلا المثالين، و عدم الفرق بينهما، لتغاير مَن له العقد و مَن عليه الكلّي الذمي، و عدم الوجه في إلغاء أحد القيدين كما عرفت آنفاً. و عليه يكون هذا المعنى الذي استظهره المصنف مساوقاً للمثال الأوّل و هو قوله: إشتريتُ هذا لفلانٍ بدرهمٍ في ذمّتي.

(*) الظاهر عدم خفاءٍ في حكم المتنافيين، و هو البطلان في كلا المثالين بناءً

ثم إنّه قال[1] في التذكرة: «لو إشترىٰ فضولياً، فإنْ كان بعين مال الغير، فالخلاف[2] في البطلان أو الوقف على الاجازة. إلّا[3] أنّ أبا حنيفة قال: يقع

و «إشتريتُ هذا لنفسي بدرهمٍ في ذمة فلان».

١) قد تعرّض المصنف ﷺ لكلام التذكرة هنا، لأنّه إستظهر منه أنّ العلّامة في مقام بيان موردٍ من موارد الجمع بين المتنافيين، و نشير إلى مورد إستظهاره إن شاء الله تعالى.

٢) و هو الخلاف المعهود في بيع مال الغير لنفسه من البطلان أو التوقف على إجازة الغير، فإنّه جارٍ هنا، فإذا إشترىٰ لنفسه متاعاً بعين مال الغير جرىٰ فيه ذلك الخلاف، و كان من الجمع بين المتنافيين.

٣) إستدراك على ما في المسألة من القولين ـ و هما البطلان و الوقف على الإجازة ـ فإنّ أباحنيفة خالفَ و ذهبَ إلى قولٍ ثالث، و هو الصحة و وقوعه للمشتري على كل حال، سواء أجاز المالك أم ردّ.

على مختار العلّامة و المصنف ﷺ في معنىٰ المعاوضة.

و ما احتمله في المتن ـ من تصحيح الشراء في المثال الأوّل للمباشر بإلغاء قيد «لفلان» أو للغير بإلغاء قيد «في ذمّتي» على نحو التخيير. و كذا في المثال الثاني من إحتمال الصحة للمباشر، لإلغاء قيد «في ذمة فلان» تعييناً، لتأكدُّ ظهور ضمير المتكلم في «إشتريتُ» في كون الشراء لنفس العاقد بقوله: «لنفسي» و أقوائية ظهوره من ظهور «في ذمة فلان» ـ ضعيف.

امّا الأوّل فلما فيه من: أنّ مقتضىٰ القاعدة في القيود و الأمور المتنافية سقوط الجميع عن الاعتبار، كوقوع عقدين على إمرأةٍ لرجلين في زمان واحد، و غيره من أمثاله. لا التخيير الذي يختص بباب تعارض الأخبار لدليل خاص، و هو الأخبار العلاجية.

للمشتري بكلّ حالٍ«١»[1]. و إن[2] كان في الذمة لغيره[3] و أطلق اللفظ، قال

---

١) يعني: سواء أجاز المالك أم ردّ.

٢) معطوف على «فإن كان» يعني: و إن كان الشراء الفضولي الذي هو للغير كزيدٍ بثمنٍ في ذمة نفس العاقد المباشر ـ بأن يتعلق «لغيره» بـ«إشترىٰ» المستفاد من السياق، يعني: إشترىٰ للغير، و جَعَل العوض في ذمة نفسه بدون ذكره لفظاً، كأن يقول: «إشتريتُ كُرّاً من الحنطة بدينار» و أُطلق اللفظ بأن لم يقل: «بدينار في ذمتي» ـ قال علماؤنا: يقف على الاجازة، فإن أجازه المعقود له ـ و هو زيد في المثال ـ لزمه أداء الثمن قضيةً للمعاوضة، و إقتضاء دخول المثمن في ملكه خروجَ الثمن عن ملكه. و إن ردّه صحّ عن العاقد المباشر، لما سيأتي من وجهه.

٣) هذا مورد إستظهار المصنف، فإنّ المراد بقول العلامة: «و إن كان في الذمة لغيره» على ما فهمه المصنف هو «و إن كان الاشتراء للغير بثمنٍ في ذمة نفسه» فيكون حينئذٍ من جزئيات تنافي القصدين، و هما قصد الشراء للغير، و كون الثمن في ذمة نفسه.

و عليه يكون هذا المعنىٰ الذي إستظهره المصنف مساوقاً للمثال الأوّل، و هو قوله: «إشتريتُ هذا لفلانٍ بدرهمٍ في ذمّتي».

و أمّا الثاني فلما فيه من عدم الوجه في تقديم قيد «النفسي» و إلغاء قيد «في ذمة فلان» و الحكم بصحة الشراء للمباشر، و ذلك لأنّ التقديم إن كان لأجل تقدم «النفسي» لفظاً على «في ذمة فلان» فهو يقتضي تقدم «لفلان» على «في ذمتي» و الحكم بصحة الشراء لذلك الغير تعييناً في المثال الأوّل أيضاً، لا تخييراً.

و إن كان التقديم لأجل الأظهرية ـ ببيان: أنّ ظهور ضمير المتكلم في «إشتريتُ لنفسي» قد أُكّد بـ«لنفسي» فصار ظهور الشراء لنفس العاقد أقوىٰ من ظهور الشراء للغير،

«١» راجع المغني، لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٢٧

.....

فيلغىٰ قيد «في ذمة فلان» لكونه منافياً لظهور «إشتريتُ لنفسي» بحيث يصير من قبيل الإنكار بعد الاقرار ـ ففيه: أنّ حديث تقديم الأظهر على الظاهر إنّما يكون فيما إذا كان الظاهر و الأظهر في كلامين. و أمّا إذا كانا في كلام واحد فلا يؤخذ بظاهر الكلام إلّا بعد تماميته، فربّما يصير الظاهر مقدّماً على الأظهر، كما في تقديم «يرمي» الذي يكون ظهوره بالإطلاق على «أسد» الذي يكون ظهوره بالوضع. و في المقام يكون الظاهر و الأظهر في كلام واحد.

بل ما نحن فيه أجنبي عن بحث الظاهر و الاظهر، لكون «في ذمة فلان» أيضاً في غاية الظهور. و عليه فالقيدان ـ و هما «لنفسي» و «في ذمة فلان» ـ متساويان في الظهور.

فتلخص ممّا ذكرنا اُمور:

الأوّل: أنّ المثالين المذكورين من صغريات الجمع بين المتنافيين بناءً على ما إختاره المصنف ﷺ من معنىٰ المعاوضة.

الثاني: أنّه لا وجه لإلغاء أحد القيدين تخييراً، و الحكم بصحة الشراء للعاقد المباشر أو للغير في المثال الأوّل. بل لابدّ من إلغاء كليهما و الحكم بالبطلان.

الثالث: أنّه لا وجه لترجيح أحد القيدين و الأخذ بأحدهما تعييناً، و الحكم بصحة الشراء للمباشر في المثال الثاني.

الرابع: أنّ الحق هو البطلان في كلا المثالين، لكون كلا القيدين فيهما مقصوداً جدّاً لا هزلاً، مع إمتناع الجمع بينهما، فلا محيص عن بطلان العقد.

هذا كله بناءً على كون المعاوضة بالمعنى الذي اختاره المصنف ﷺ.

و أمّا بناءً على كون المعاوضة في مقابل المجانية ـ على التفصيل الذي تقدم سابقاً ـ فالحق صحة العقد في كلا المثالين، فيصح للغير في المثال الأوّل بعد إجازته، و للمباشر بعد إجازة الغير في المثال الثاني.

الخامس: أنّه بناءً على المعنى الذي إخترناه في المعاوضة لا يتحقق التنافي الذي ذكره المصنف في شيء من الموارد، و يكون الحكم في الجميع الصحة.

علماؤنا: يقف على الاجازة. فإنْ أجازه[١] صحّ، و لزمه أداء الثمن. و إن ردّ نفذ عن المباشر[٢]. و به[٣] قال الشافعي في القديم[٤]، و أحمد. و إنّما يصح الشراء[٥] لأنّه تصرف في ذمته (*)

---

١) أي: المعقود له كزيدٍ في المثال. و وجه صحته: شمولُ العمومات له، إذ المفروض أنّ الفضولي عَقدَ الشراء لزيدٍ، و هو بمقتضىٰ المعاوضة يوجب كون ذمته مشغولة بالثمن، لا ذمة نفس الفضولي، لأنّه خلاف مقتضىٰ المعاوضة. و مقتضى قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» هو نفوذ إجازته لهذا الشراء، فيصير الشراء لمَن قصده الفضولي.

٢) و هو العاقد الفضولي، و لزمه أداء الثمن من ماله، إذ لامانع من وقوعه للفضولي إلّا مجرّد قصد كون الشراء لغيره، مِن دون تقييد الانشاء بما يدلّ عليه صريحاً، كقوله: «للغير» أو ظاهراً، كإضافة الثمن الكلي إلى ذمته. و ردُّ المعقود له رافعٌ للقصد المذكور و مُزيل لفضوليته، فيشمله عموم ما يدلّ على وجوب الوفاء بالعقود.

و إن شئت فقل: إنّ قصد الشراء لنفسه ليس شرطاً لوجوب الوفاء، بل قصد الغير مانع، و هو يرتفع بالرّد ولو حكماً و تنزيلاً، بشهادة الاجماع المدّعىٰ في المتن.

٣) أي: و بنفوذ الشراء عن المباشر إن ردّ الشراء قال ... الخ.

٤) هذا إسم لآرائه حين إقامته ببغداد، و الجديد إسم لآرائه الصادرة منه بعد إنتقاله إلى مصر و إقامته فيه.

٥) أي: يصحّ الشراء لنفس الفضولي عند ردِّ المعقود له، لأنّ الفضولي المباشر للعقد قصد تصرّفَ في ذمة نفسه بجعل الثمن الذي يدفعه إلى البائع في ذمته، لا في ذمة الغير.

(*) إستشهد المصنف ﷺ بهذه العبارة على أنّ مراد العلّامة بقوله: «و إن كان في الذمة لغيره» جعل الثمن في ذمة نفس العاقد الفضولي، لرجوع ضمير «ذمته» إلى المباشر. فكأنّه قال: «يصح الشراء للعاقد الفضولي، لأنّه إنّما تصرّف في ذمة نفسه، لا في

لا في[1] مال غيره[2].

---

١) كما في الفرض الذي ذكره بقوله: «فان كان بعين مال الغير».

٢) هذا الضمير و ضمائر «لأنّه، تصرّفَ، ذمته» راجعة إلى الفضولي.

عين مال غيره ـ و هو منويّ الفضولي ـ حتى يكون منهيّاً عنه، فيفسد من أجله الشراء» هذا.

أقول: يمكن أن يقال: إن ضمير «ذمته» راجع إلى «غيره» في قوله: «لغيره» و معناه: أنّه يصحّ الشراء للمباشر، لأنّ المباشر تصرّف في ذمة الغير التي هي ليست مالاً و لا ملكاً حتىٰ يصحّ جعله عوضاً، إلّا إذا أجاز ذلك الغير، و لم يتصرف في ماله الخارجي حتى يفسد الشراء، و لا يقبل الصحة بالإجازة.

و بالجملة: فلا يشهد قوله: «لأنّه تصرف في ذمته» بما أفاده المصنف ﷺ من جعل الثمن في ذمة المباشر.

و لا بأس ببيان ما يحتمل في قول العلّامة: «و إن كان في الذمة لغيره» فنقول: إنّه **يحتمل** أن يراد بقوله: «في الذمة» كون الثمن كلّياً في الذمة، من غير إلتفاتٍ إلى تعلقه بذمة نفس المباشر أو غيره، و عدم تعيين ذمة أحدهما. لكن مع قصد كون الشراء للغير، كأن يقول: «إشتريتُ هذا الكتاب لزيدٍ بدينار» من دون بيان كونه في ذمة نفسه أو غيره، و من دون إلتفاتٍ إلى ذلك.

و على هذا الاحتمال يكون قوله: «للغير» خبراً بعد خبر، كأنّه قيل: «كان الشراء في الذمة» أي: ليس الثمن عيناً خارجية، بل هو كلّي ذمّي، و كان الشراء لغيره. فإنّ كلّ واحد من خبرين أو أخبار متمّم للفائدة. كقوله: «زيد عالم عادل» فإنّ كلّ واحد من هذين الخبرين خبر مستقل لزيدٍ.

و يحتمل أن يراد الإشتراء بثمنٍ في ذمة الغير، فكأنّه قال: «و إن كان الإشتراء بثمنٍ في ذمة الغير» كما هو مقتضىٰ المقابلة و العطف على قوله: «فإن كان بعين مال الغير»

.....

فالفضولي يشتري متاعاً لزيدٍ بدينار في ذمة زيد. و هذا الاحتمال مبني على أن يكون «لغيره» ظرفاً مستقَراً نعتاً للذمة، فكأنّه قال: و إن كان الإشتراء في الذمة الكائنة لغير العاقد الفضولي.

و يحتمل أن يراد الإشتراء للغير بثمنٍ في ذمة نفس العاقد الفضولي كما إستظهره الشيخ ﷺ، و لذا جعله من صغريات الجمع بين المتنافيين، بتقريب: أنّ معنىٰ «و إن كان في الذمة لغيره» هو: و إن كان الإشتراء لغيره في ذمة نفس العاقد الفضولي، بقرينة التعليل بقول العلامة ﷺ: «لأنّه تصرّف في ذمته» أي: لأنّ الفضولي تصرّف في ذمة نفسه.

و بالجملة: فالاحتمالات المتصورة ثبوتاً في الثمن الكلّي الذمي أربعة.

أحدها: كون الذمة مطلقة.

ثانيها: كونها مضافةً إلى ذمة الفضولي.

ثالثها: كونها مضافةً إلى من إشترىٰ له الفضولي.

رابعها: كونها مهملة.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

هذه هي الوجوه المحتملة ثبوتاً في الثمن الكلّي الذمي المجعول عوضاً في الشراء الفضولي.

و أمّا الظاهر من هذه الاحتمالات ـ بحيث يصح الركون إليه في مقام الاثبات عند أبناء المحاورة ـ فهو الاحتمال الثاني، لأنّ السياق يقتضي ذكر قسمي الثمن الذي يقع الشراء عليه.

أحدهما: كون الثمن عيناً خارجية للغير، و هو منويّ الفضولي.

و ثانيهما: كون الثمن كلّيّاً في ذمة ذلك الغير. فإنّ المناسب أن يكون عِدلٌ «فان كان بعين مال الغير» هو «و إن كان بما في ذمته» أي: ذمة ذلك الغير، حتى يستوفىٰ حكم الشراء الفضولي بكلا قسمي الثمن المجعول على من إشترىٰ الفضولي له من الثمن الشخصي و الكلي.

و أمّا جعل الثمن الكليّ على غير منويّ الفضولي فهو خلاف ظاهر السياق،

.....

و لا موجب للحمل على خلاف الظاهر.

و لا ينافي هذا الظهور تعليل صحة الشراء للفضولي بقوله: «لأنّه تصرف في ذمته لا في مال غيره» و ذلك لأنّ معناه: أنّ الفضولي لم يتصرف في مال الغير حتى يكون الشراء فاسداً للنهي، و غيرَ قابلٍ لإجازة الفضولي، و إنّما تصرّف في ذمته أي ذمة ذلك الغير. و ذلك ليس تصرفاً في مال الغير، لأنّ الكلي الذمي لا يصير مالاً عند العقلاء إلّا بعد أن يضيفه صاحب الذمة إلى نفسه. و إضافة غيره الى ذمته كالعدم، و لا تجعله مالاً عرفاً. فإذا ردّ من قصد له الشراء فمقتضىٰ القاعدة البطلان، و عدم إمكان تصحيحه بإجازة العاقد الفضولي، لعدم المقتضي و هو إنشاء الشراء له، إذ لم يكن الفضولي مقصوداً في إنشاء الشراء لمن اشترىٰ له. فالالتزام بوقوعه له مع الاجازة أو بدونها مخالف لقاعدة تبعية العقود للقصود، و لحقيقة المعاوضة بمعناها الذي اختاره العلّامة و الشيخ قدس سرهما. فالقول بصحته مشكل.

إلّا أن يقال بما أسلفناه سابقاً من: أنّ المعتبر في متعلق القصد هو نفس التبديل بين المالين، لتقوم البيع به، دون غيره من الخصوصيات كالبائع و المشتري، و من المعلوم تحقق القصد بهذا النحو هنا.

و عليه فلا قصور في شمول عمومات الصحة له إذا أجاز الفضولي بَعدَ ردِّ مَن إشترىٰ له الفضولي، فإنّ المعاوضة بالمعنىٰ الذى بيّناه سابقاً متحققة في المقام.

و كيف كان ففي صورة إطلاق الذمة و الشراء لفظاً و قصداً ـ و كذا في صورة إهمالهما كذلك ـ ينصرف الشراء إلى الفضولي، و يكون عليه أداء الثمن، لشمول العمومات لهما بلا مانع. و في صورة إطلاق اللفظ و قصد الشراء للغير يتعيّن الشراء لمن قُصد.

و بالجملة: فمع قصد الغير يتعيّن الشراء له، فإن أجاز أُلزم بأداء الثمن سواء أُطلق اللفظ أم أُهمِل.

و إنّما[١] توقّف على الإجازة (*) لأنّه[٢] عقد الشراء له، فإنْ أجازه[٣] لزمه، و إن ردّه لزم لمن إشتراه. و لا فرق بين أن ينقد[٤] من مال الغير أوْ لا. و قال أبو حنيفة: يقع[٥] عن المباشر، و هو جديد للشافعي» إنتهىٰ[٦].

---

١) إشارة إلى توهم، و هو: أنّه بناءً على وقوع الشراء للفضولي المباشر للعقد ـ لكونه متصرِّفاً في ذمة نفسه، لا في ذمة غيره حتى لا يصح الشراء له كما في الفرض الذي نقله الشيخ بقوله: فان كان بعين مال الغير ـ فما وجه توقّف المعاملة على إجازة الغير الذي ردّ الشراء؟

٢) هذا دفع التوهم المزبور، و محصله: أنّ هذا التوقف إنّما هو لأجل أنّ الفضولي المباشر للعقد قد عقد الشراء إبتداءً للغير و إن أضاف الثمن إلى ذمة نفسه قصداً لا لفظاً.

٣) يعني: فإنْ أجاز الغير هذا الشراء لزمه، و صار الشراء له، و إن ردّه لَزِم للعاقد المباشر.

٤) بالقاف و الدال المهملة كما هو في التذكرة، و المراد به الإعطاء، يعني: لا فرق في لزوم المعاملة للمباشر بين إعطاء الثمن من مال الغير و من مال نفسه.

٥) أي: يقع الشراء عن المباشر للعقد مطلقاً من دون توقفه على ردِّ الغير للشراء.

٦) أي: إنتهىٰ كلامُ العلّامة ﷺ في التذكرة«١».

(*) الظاهر انّ الأولىٰ أن يقال: «و إنّما توقف نفوذه عن المباشر على عدم الاجازة أو الرد، لأنّه ... الخ». إذ المفروض أنّ نفوذ الشراء للعاقد الفضولي مترتب على ردِّ الغير للشراء، لا على إجازته، فتدبّر.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣

و ظاهره[1] الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعاً، كما يُشعر به[2] تعليله[3] بقوله: «لأنّه (*) تصرف في ذمته لا في مال الغير (**)».

---

١) أي: و ظاهر كلام العلّامة الإتّفاق على وقوع الشراء للعاقد الفضولي في صورة ردّ الغير له، و كونه عقداً للعاقد الفضولي واقعاً. أمّا ظهور كلامه في الاتفاق فلقوله: «قال علماؤنا» فإنّه من الألفاظ الظاهرة في الاجماع. و أمّا ظهوره في وقوع العقد للفضولي واقعاً فلمقابلته مع وقوع الشراء للمجيز، إذ لا ريب في وقوعه للمجيز واقعاً، فإنّ هذه المقابلة قرينة على وقوع الشراء للفضولي واقعاً أيضاً.

٢) أي: بوقوع الشراء للمشتري. و قوله: «للمشتري» متعلق بـ «وقوع الشراء».

٣) أي: تعليل العلّامة في التذكرة بأنّ المشتري تصرّفَ في ذمة نفسه لا في مال الغير.

(*) لا يخفىٰ أنّ هذا التعليل ـ بناءً على المعاوضة بالمعنىٰ الذي إختاره العلّامة والمصنف ﷺ، و بناءً على رجوع ضمير «ذمته» إلى الفضولي ـ يناسب بطلان العقد رأساً، لعدم إنشاء مفهوم المعاوضة على مذهبهما، فلم يتحقق عقدٌ حتىٰ تصل النوبة إلى تنفيذه بإجازة الفضولي، أو منويّه.

و إن شئت فقل: إنّ إجازة عقد الفضولي شرط لتنفيذ العقد، فالشرط متأخر عن وجود المقتضي، لأنّه شرط لتأثيره، و مع عدم المقتضي لا موضوع للاجازة.

(**) يستفاد من هذا الكلام أمران:

أحدهما: تعيُّن الذمة، لا إطلاقها و لا إهمالها كما في بعض الكلمات، غاية الأمر أنّها إمّا ذمّة الفضولي كما إستظهره بعضٌ كالمصنف، و إمّا ذمّة مَن إشترىٰ له الفضولي.

ثانيهما: أنّ العقد لأيّ شخص وَقَع يقع واقعاً لا ظاهراً، على ما هو مقتضىٰ التعليل: «بأنّه تصرف في ذمته لا في ذمة غيره» فإنّه يناسب وقوعه واقعاً لا ظاهراً، كما بيّناه في التوضيح.

لكن[١] أشرنا سابقاً[٢] إجمالاً إلى أنّ تطبيق هذا[٣] على القواعد مشكل، لأنّه[٤]

---

١) هذا إشكال المصنف على العلّامة ﷺ في وقوع الشراء للعاقد الفضولي إذا ردّه الغير.

٢) أشار إليه في (ص ٥٧٤) بقوله: «ولكن يشكل فيما اذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير ... فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجهٍ ينتقل الثوب إليه» فراجع.

٣) يعني: هذا الشراء، بناءً على ما استظهره المصنف ﷺ من عبارة التذكرة من جعل الفضولي الثمن في ذمة نفسه، لا ذمّة مَن إشترىٰ له، فإنّ إشكاله مبني على هذا الاستظهار، لقوله: «اذا جعل المال في ذمته ... الخ».

٤) أي: لأنّ المشتري العاقد، و توضيح الاشكال على صحة هذا الشراء للفضولي العاقد هو: أنّ العاقد إمّا أن يجعل المال في ذمة نفسه بالأصالة أي بقصد إخراج المال من ملك نفسه واقعاً و بدون قصد النيابة عن الغير، و إما أن يجعل المال في ذمة نفسه بانياً على كونه نائباً عن ذلك الغير بأن يأخذ بدله من غيره.

فعلى الأوّل إمّا أن يلتزم بالبطلان واقعاً، و إمّا بوقوعه للمباشر ظاهراً لا واقعاً. بيانه: أنه مع جعل المال في ذمة نفسه بالأصالة لو رجّحنا قصده و نيّته من وقوع العقد لذلك الغير مع خروج العوض من ملك هذا العاقد كان باطلاً واقعاً، لما تكرّر من تقوم المعاوضة بالمبادلة بين المالين في إضافة الملكية، فلا يعقل وقوع البيع لذلك الغير المنوي و خروج الثمن من العاقد. ولو رجّحنا وقوع العقد لنفس العاقد لترجيح وقوعه في ذمة نفسه على وقوعه لذلك الغير حكمنا بصحته للمباشر، و لا وجه لوقوعه لذلك الغير.

و على الثاني ـ و هو قصد جعل الثمن في ذمة نفسه نيابةً و وكالةً عن الغير المنوي ـ يشكل وقوع العقد لذلك الغير من وجهين سيأتي بيانهما.

إذا جعل المال في ذمته بالأصالة، فيكون[1] ما في ذمته كعين ماله، فيكون كما لو باع عينَ ماله لغيره.

و الأوفق بالقواعد في مثل هذا[2] إمّا البطلان لو عمل بالنية[3] بناءً[4] على أنّه لا يعقل في المعاوضة دخولُ عوض مال الغير في ملك غيره قهراً. و إمّا[5]

---

١) جواب الشرط في قوله: «إذا جعل» أي: كان ما في ذمته ـ في صورة الأصالة ـ كعين ماله الخارجي، فيكون وزان هذا الشراء ـ في عدم الصحة ـ وزان بيع عين ماله لغيره، فإنّ كليهما محكوم بالبطلان.

٢) أي: في مثل هذا الشراء الذي جعل الفضولي ثمنَ الشراء في ذمة نفسه، و محصل ما أفاده هو: أنّ الأوفق بالقواعد في هذا الشراء: إمّا البطلان مع رعاية العمل بنية الشراء للغير، بناءً على ما اختاره المصنف في معنىٰ المعاوضة من عدم تعقل دخول المبيع ـ الذي هو عوض الثمن الذي يدفعه الفضولي إلى البائع ـ في ملك مَن عقد له الشراء.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

و إمّا الصحة للفضولي مع إلغاء نية الشراء للغير، لانصراف المعاملة إلى مالك العين قهراً كما هو مقتضىٰ المعاوضة و إن نوىٰ خلافه.

٣) أي: نية الشراء للغير.

٤) تعليل للعمل بالنية، يعني: أنّ العمل بنية الشراء إنّما هو لأجل معنىٰ المعاوضة الذي مرّ مراراً، فإنّه يقتضي إنتقال المبيع إلى الفضولي المعطي للثمن، لا إنتقاله إلى مَن وقع الشراء له فضولاً.

٥) معطوف على قوله: «إمّا البطلان» و هذا هو الشق الثاني، و حاصله: أنّ صحة هذا الشراء و وقوعه لنفس العاقد الفضولي مبنيّة على إلغاء نيّة الشراء للغير، لأجل إنصراف المعاملة إلى مالك العين ـ وهي الثمن ـ قهراً، بحيث يكون هذا الانصراف ملغياً لتلك النية التي هي على خلاف مقتضىٰ الانصراف، و بعد إلغاء نية

صحته و وقوعه لنفسه[١] لو أُلغيت النية[٢]، بناءً[٣] على إنصراف المعاملة إلى مالك العين قهراً، و إن نوىٰ خلافه.

و إن جعل[٤] المال في ذمته لا من حيث الأصالة، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه[٥] مع [فمع] الاشكال في صحة هذا[٦] ـ لو لم يرجع[٧] إلى الشراء في ذمة الغير ـ

الشراء لهذا الإنصراف يصحّ الشراء للفضولي.

١) أي: لنفس الفضولي.

٢) أي: نية الشراء للغير. و قوله: «لو أُلغيت» قيد لـ «صحته».

٣) تعليل لإلغاء النية، و قد مرّ بيانه آنفاً بقولنا: «لأجل إنصراف المعاملة الى مالك العين».

٤) معطوف على «إذا جعل المال في ذمته» توضيحه: أنّه إذا جعل الفضولي الثمنَ في ذمته ـ لا من جهة الأصالة، بل من جهة النيابة عن الغير فضولاً ـ إتّجه عليه إشكالان، أحدهما: إبتناؤه على جريان الفضولي في الوكالة، و جريانه فيها مشكل، إذ الوكالة عبارة عن الاستنابة في التصرف، و الفضولي عبارة عن المباشرة في التصرف من عند نفسه. نعم لو جعل نفسه نائباً عن الغير و أجازه المنوب عنه قبل إيجاد العمل الذي يُريد النيابة فيه حصلت الوكالة قبل مباشرة العمل بسبب الاجازة، حيث إنّ الوكالة من العقود الجائزة التي تتحقق بكل لفظ يؤدّي الاستنابة، و بتحقق الوكالة لا معنىٰ للفضولية حينئذٍ.

٥) جواب الشرط في قوله «و إن جعل».

٦) أي: جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً.

٧) إذ مع رجوع جعل نفسه نائباً عن الغير إلى الشراء في ذمة الغير ـ بدون النيابة عنه ـ لا يرد عليه إشكالُ جريان الفضولي في الوكالة، و إن ورد عليه إشكال

أنّ[١] اللازم من هذا أنّ الغير إذا ردّ هذه المعاملةَ و هذه النيابةَ تقع فاسدةً من أصلها، لا أنّها تقع للمباشر.

نعم[٢] إذا عجز المباشر من إثبات ذلك[٣] على البائع لَزِمه ذلك[٤] في ظاهر الشريعة كما ذكرنا سابقاً[٥]، و نصّ عليه[٦] جماعة[٧] في باب التوكيل.

الشراء في ذمة الغير، و هو خروجه عن حقيقة المعاوضة. فليس مراده بقوله: «لو لم يرجع ... الخ» أنه مع رجوعه إليه يخلو عن الإشكال.

١) هذا هو الاشكال الثاني على تقدير النيابة عن الغير، و محصل الاشكال: أنّه بناءً على جعل المال في ذمة الفضولي نيابةً عن الغير ـ لا أصالةً عن نفسه ـ يلزم الالتزام بفساد هذه المعاملة إذا ردّها الغير أي المنوب عنه، لأنّ المفروض إنشاء الشراء له، فإذا ردّه بطل من أصله، لا أنّه يقع للمباشر.

٢) إستدراك على قوله: «لا أنّها تقع للمباشر» يعني: أنّ المعاملة تقع للمباشر في صورة واحدة، و هي: ما إذا عجز العاقدُ المباشِر عن إثبات جعل المال في ذمته نيابةً عن الغير ـ لا أصالةً عن نفسه ـ لزمه الشراء حينئذٍ، و حُكِم بكون الشراء له ظاهراً، لا عن ذلك الغير.

٣) أي: إثبات جعل المال في ذمته نيابةً عن الغير، لا أصالةً عن نفسه.

٤) أي: وقوع الشراء له ظاهراً لا واقعاً، لعدم طريق إلى إثباته واقعاً.

٥) حيث تقدم قوله في (ص ٦٢٢): «ان الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد و حلف على نفي العلم حُكم له على الفضولي، لوقوع العقد له ظاهراً».

٦) أي: على وقوع الشراء للمباشر ظاهراً.

٧) كالمحقق و فخر المحققين و المحقق الكركي و السيوري و الشهيد الثاني قدس سرهم. قال في الشرائع: «الرابعة: إذا اشترىٰ إنسانٌ سلعةً و إدّعى أنه وكيل لإنسان، فأنكر، كان القول قوله مع يمينه، و يقضىٰ على المشتري بالثمن سواءٌ إشترىٰ بعينٍ أم في ذمة.

و كيف كان[١] فوقوع[٢] المعاملة في الواقع مردّدةً بين المباشر و المنوي دون إلتزامه خرطُ القتاد.

و يمكن تنزيل العبارة[٣] على الوقوع للمباشر ظاهراً، لكنّه بعيد[٤].

إلّا أن يكون ذَكَر أنّه يبتاع له في حالة العقد»[١].

١) يعني: سواء جعل الثمن في ذمة الفضولي أصالة أم نيابةً تكون المعاملة باطلة رأساً، أو صحيحةً للفضولي، و لا تكون مردّدة بين الفضولي المباشر للعقد و مَن عقد له الشراء؛ فلا وجه لقول العلّامة بوقوع العقد مردّداً بين المباشر و المنوي.

٢) مبتدءٌ، و «مرددة» حال من المعاملة، و «خرط» مبتدءٌ ثانٍ، و «دون» خبره. و هذه الجملة خبر «وقوع» يعني: فوقوع المعاملة حال كونها مرددةً بين المباشر و المنوي خرطُ القتاد يكون أخفّ من الالتزام بوقوعها كذلك، فإنّ هذا الالتزام أصعب و أشد إشكالاً من خرط القتاد.

٣) أي: عبارة العلّامة في التذكرة، و هي «و إن ردّ نفذ عن المباشر».

٤) يعني: لكن حمل العبارة المذكورة على الوقوع للمباشر ظاهراً بعيدٌ. وجه بُعده هو: أنّ تعليل العلّامة ﷺ وقوع العقد للمباشر الفضولي بقوله: «لأنه تصرّف في ذمته» يقتضي وقوعه له واقعاً، إذ المناسب لوقوع العقد للمباشر ظاهراً تعليله بقوله: «لأنّ العقد وقع له بمقتضى اطلاقه» فإن المناسب للوقوع الظاهري هو الإطلاق الدال على ثبوت شيء ظاهراً.

هذا تمام الكلام في الأمر الأوّل من الأمرين المذكورين في التتمة.

«١» الشرائع، ج ٢، ص ٢٠٥، و قد تقدم تخريج أقوال الآخرين في ص ٦٢٢، فراجع.

الثاني[1]: الظاهر أنّه لا فرق فيما ذكرنا

الأمر الثاني: جريان بيع الفضولي في المعاطاة

١) هذا هو ثاني الأمرين اللّذين قال الشيخ ﷺ في (ص ٦١٥): «بقي هنا امران» و الغرض من عقده التنبيه على أمرٍ آخر ممّا يتعلّق ببيع الفضولي، و هو: أنّ محلّ النزاع في صحة بيع الفضولي هل يختص بالعقد اللفظي، فلا تجدي إجازة المالك لو باع الفضولي بالمعاطاة، أم يعمّ كلا القسمين؟

يظهر من صاحب المقابس الاختصاص، و بطلان بيعه معاطاةً، قال ﷺ: «تذنيب: فليُعلم أنّ ما سبق كلّه فيما إذا باع أو إشترىٰ الفضولي بالصيغة. فأمّا لو باع أو إشترىٰ بطريق المعاطاة فإنّه يلغو و يفسد من أصله، و لا يقف على الإجازة على الأقرب، للأصل ... الخ»[1]. و يظهر من إستدلاله الآتي في المتن عدم الفرق بين القول بالملك و الإباحة. و إن مال في آخر كلامه إلى جواز التصرف في مال المالك لو علم برضاه به.

و يظهر من السيد المجاهد ﷺ العموم، لقوله في ثالث تنبيهات المسأله: «لا فرق في بيع الفضولي بين أن يكون معاطاة أو لا، فلا يشترط في صحة بيع الفضولي عدم المعاطاة»[2] و لعلّ هذا مبني على مختاره من ترتب الملك على المعاطاة، لا الاباحة.

و يظهر من المصنف ﷺ التفصيل بين إفادة المعاطاة للملك فتجري الفضولية فيها، و للإباحة فلا تجري فيها. كما نبّه عليه في آخر التنبيه.

و محصّل ما أفاده ﷺ ـ بناءً علىٰ ما هو الحق من كون المعاطاة بيعاً كالعقد مفيدةً للملك ـ هو عدم الفرق فيما تقدّم من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي و المعاطاتي إذا وقعت على نحو الفضولي، فإنّ المعاطاة حينئذٍ تكون من مصاديق البيع العرفي، و يجري عليها ما يجري على البيع اللفظي من الأحكام، من دون فرقٍ بينهما إلّا في الإنشاء، حيث إنّ الإنشاء في المعاطاة يكون بالفعل، و في البيع بالصيغة يكون

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٤١ و ٤٢

«٢» المناهل، ص ٢٨٩

من أقسام بيع الفضولي[1] بيع البيع العقدي و المعاطاة (*) بناءً[2] على إفادتها

بالقول. و هذا ليس بفارقٍ بينهما في الأحكام بعد صدق البيع العرفي على كليهما بوزان واحد.

نعم بناءً على كون الفضولي على خلاف القاعدة، و إختصاص دليله بالبيع اللفظي ـ ظهوراً أو تيقناً ـ لا يجري الفضولي في المعاطاة، للزوم الإقتصار على مورده، إذ مع الشك في شمول دليله للبيع المعاطاتي لا يجوز التمسك به.

١) من البيع لنفسه أو للمالك مع النهي و عدمه.

٢) قيد لقوله: «لا فرق» يعني: أنّ جريان الفضولي في المعاطاة مبني على إفادتها الملك، لا إفادتها الإباحة، و لا إفادة التصرف أو التلف للملكية.

و الحاصل: أنّ الفضولي الجاري في البيع اللفظي يجري في المعاطاة إذا كانت بيعاً حتى تفيد بنفسها الملكية كالبيع بالصيغة، إذ لو كانت الملكية مترتبة على التصرف أو التلف لخرجت المعاطاة عن السببية للملكية و عن حريم البيع، مع أنّ جريان الفضولي في المعاطاة مبني على كونها بيعاً مفيداً للملكية.

(*) ينبغي التكلم في مقامين، الأوّل: في جريان الفضولي في المعاطاة و عدمه، بناءً على كونها بيعاً مفيداً للملك.

الثاني: في جريان الفضولي و عدمه في المعاطاة بناءً على إفادتها للاباحة.

أمّا المقام الأوّل فمجمل الكلام فيه: أنّه ينبغي التكلم في جهتين: إحداهما: كون المعاطاة بيعاً مفيداً للملكية حال حدوثها.

و ثانيتهما: إفادتها للملكية بقاءً أي: حين التصرف أو تلف العينين أو إحداهما.

أمّا الجهة الأُولى فهي: أنّه إذا كان كلٌ من الفضولي و المعاطاة على طبق القاعدة فلا ينبغي الاشكال في جريان الفضولي في المعاطاة، إذ المفروض كونها بيعاً كالبيع بالصيغة، فيشملها العمومات الدالة على صحة البيع بأقسامه، فيجري على البيع المعاطاتي من الأحكام ما يجري على البيع القولي.

للملك، إذ لا فارق بينها[١] و بين العقد، فإنّ[٢] التقابض بين الفضوليين أو فضولي و أصيل إذا وقع بنيّة التمليك و التملك، فأجازه المالك، فلا مانع من وقوع المُجاز من حينه[٣] أو من حين الإجازة. فعموم[٤] مثل قوله تعالى: ﴿ و أحلّ الله البيع ﴾ شامل له.

---

١) أي: بين المعاطاة.

٢) هذا تصوير المعاطاة الجارية بين الفضوليين و هما البائع و المشتري، أو بين فضولي ـ كالبائع لمال الغير فضولاً ـ و أصلي كالمشتري لنفسه، أو العكس، فإنّه إذا وقعت المعاطاة بنية التمليك و التملك كانت بيعاً مملّكاً كالبيع القولي، فإذا أجازها المالك فلا مانع من نفوذها.

٣) أي: من حين التقابض، و هذا الترديد إشارة الى الخلاف في كاشفية الإجازة و ناقليتها.

٤) هذا متفرع على كون المعاطاة الفضولية بيعاً مُجازاً، ضرورة أنّه بعد فرض مصداقيتها للبيع الجامع للشرائط ـ التي منها رضا المالك و إجازته ـ يشملها عموم ما دلّ على صحة البيع مثل «أحلّ الله البيع» و «أوفوا بالعقود».

و إذا كان الفضولي على خلاف القاعدة، و أنّه مختص بالنكاح و البيع اللفظي فلا يجري إلّا في موارد دلّ الدليل على جريانه فيها، و لا يتعدّىٰ إلى غيرها.

و كذا إذا كانت المعاطاة على خلاف القاعدة فضلاً عما إذا كان تلاهما على خلافها. فجريان الفضولية في المعاطاة منحصر فيما إذا كان كلاهما على طبق القاعدة.

و المناقشة في جريانه في المعاطاة في هذه الصورة «بأنّ الإقباض الموجب لحصول الملك حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا يترتب عليه الأثر و هو النقل والانتقال» في غير محلها، لما في المتن من الوجوه الدافعة لها، و قد أوضحناها في التوضيح.

و يؤيّده[1] روايةُ عروة البارقي «1»، حيث إنّ الظاهر[2] وقوع المعاملة بالمعاطاة.

و توهم الاشكال[3] فيه من حيث[4] «إنّ الإقباض الذي يحصل به التمليك

---

١) لم يجعل الرواية دليلاً و جعلها مؤيّدةً، لأنّ ظهور وقوع المعاملة بالمعاطاة ناشٍ عن الغلبة و السيرة الجارية بين الناس خصوصاً في المحقّرات، و ليس من الظهور اللفظي الذي هو حجّة عند أبناء المحاورة و متّبع شرعاً، لعدم الردع عنه.

٢) قد عرفت أنّ منشأ هذا الظهور هو الغلبة. و إنكار هذا الظهور خلاف الانصاف.

٣) هذا إشكال على عدم الفرق بين أقسام البيع الفضولي ـ في وقوعه بالصيغة أو بالمعاطاة ـ بأنّ عدم الفرق في غير محله. و محصل الاشكال: أنّ الإعطاء الذي يحصل به التمليك حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير بدون إذنه، فلا يترتب عليه الأثر و هو النقل و الانتقال، فلا يقع البيع الفضولي في المعاطاة.

٤) هذا بيان لوجه الاشكال و حيثيته.

و إن كان الوجه الأخير منها و هو قوله: «مع أنّه لو دلّ لدل على عدم ترتب الأثر المقصود ... الخ» غير ظاهرٍ.

إذ فيه: أنّ النهي الدال على فساد متعلقه لا يرفع إلّا الأثر الذي كان ثابتاً له لولا النهي. و من المعلوم أنّ الأثر المترتب على الإقباض لولا النهي عنه هو كونه جزء السبب المؤثّر في الملكية أو الإباحة المركّب منه و من رضا المالك، و لم يكن للإقباض قبل تعلق النهي به أثر آخر حتى يقال ببقائه و عدم منافاته للنهي.

و بالجملة: فقوله ﷺ: «و هو إستقلال الاقباض في السببية ... الخ» لم يظهر له معنى،

«١» تقدّم مصدرها في ص ٣٨١، فراجع.

محرّم، لكونه[1] تصرفاً في مال الغير، فلا يترتب عليه أثـرٌ» في غـير محـله[2]، إذ[3] قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو إشترىٰ الفضولي لغيره في الذمة.

---

١) تعليل لحرمته، إذ «لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرف في مال غيره إلّا بإذنه» و مع حرمته لا يصلح شرعاً لأن يتسبب به إلى النقل و الانتقال.

٢) خبر «و توهم» و دفع له، و قد دفعه بوجوه أربعة سيأتي بيانها.

٣) هذا أوّل الوجوه الدافعة للاشكال، و مرجع هذا الوجه إلى الأخصية من المدّعىٰ، و محصله: أنّه قد لا تحتاج المعاطاة إلى إقباض مال الغير حتى يقال بحرمته المانعة عن التأثير في الملكية، بناءً على كفاية العطاء من طرف واحد في تحقق المعاطاة. كما إذا إشترىٰ الفضولي متاعاً بثمنٍ ـ كدينار ـ في ذمته لزيدٍ مـثلاً، فـإنّه لا يحـتاج الفضولي في هذا الشراء إلى إقباض مال زيد حتى يقال: إنّه تصرف محرّم في مال الغير، فلا يؤثّر في الملكية. هذا ما قيل.

إذ لم يكن الاستقلال ثابتاً له قبل النهي حتى يقال بارتفاعه، و عدم منافاة النـهي لبـقاء جزئية الإقباض للسبب المؤثّر في الملكية أو الإباحة.

و الحاصل: أنّه لم يكن للإقباض أثر قبل النهي إلّا كونه جزء السبب للملكية أو الإباحة، و هو قد إرتفع، و لم يكن الثابت للإقباض قبل النهي الاستقلال في السببية حتى يقال: إنّ إرتفاعه بالنهي لا ينافي الجزئية.

مضافاً إلىٰ: أنّه لو كان الثابت للإقباض قبل النهي هو الاستقلال فأيُّ دليل أثبت الجزئية بعد إرتفاع الاستقلال. فالوجه الرابع من الوجوه الدافعة للاشكال المذكورة في المتن مما لم يظهر له وجه وجيه.

و أما الجهة الثانية ـ و هي ترتب الملكية على المعاطاة بقاءً لا حدوثاً ـ فحاصل الكلام فيها: أنّه إن كان حصول المـلك بـالتصرف أو التـلف لأجـل إشـتراط المـلكية

مع[1] أنّه قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك بناءً على ظاهر كلامهم من: أنّ العلم بالرضا لا يُخرج المعاملة عن معاملة الفضولي.

لكن الظاهر أنّ المراد بقوله: «في الذمة» ذمة من اشترىٰ له الفضولي في مقابل ماله الخارجي الذي يعطيه الفضولي إلىٰ بائع المتاع. ففي هذه الصورة لا إقباض لمال الغير حتى يكون حراماً غير قابل للتأثير في الملكية.

ثم إنّ هذا الوجه من الجواب و الوجه الآتي ذكَرَهما صاحبُ المقابس في «إن قلت» فلاحظ قوله: «و ربما يثق برضا المالك بذلك ـ أي بالقبضَ من الفضولي ـ فيكون إقباضه سائغاً. و قد يكون أحد الطرفين مالكاً فيجوز له إقباض ماله للفضولي و قابضاً للعوض الآخر بإذن المالك، أو حقّاً ثابتاً في ذمته قبل المعاطاة، فيستغني عن إقباض الفضولي ...»[1] ثم أجاب عن هذين الوجهين في «قلت» فراجع.

١) هذا ثاني الوجوه الدافعة للإشكال، و محصله: أنّه يمكن عدم حرمة الإقباض، كما إذا كان مقروناً بالرضا من المالك ـ بناءً على عدم خروج المعاملة

المعاطاتية شرعاً بأحد هذين الأمرين، بمعنىٰ كون المعاطاة مقتضيةً للملك بشرط التصرف أو التلف، كاشتراط تأثير بعض العقود بالقبض كالصرف و السلم و الهبة، فإنّها مقتضية للملكية بشرط القبض، جَرَت الفضولية في المعاطاة كجريانها في العقود المشروطة بالقبض كالصرف و نحوه، حيث إنّ الاجازة تتعلّق بما لَه إقتضاء التأثير في الملكية. و المعاطاة أيضاً تقتضي الملكية مع حصول شرطها و هو التصرف أو التلف.

و إن كان حصول الملكية بنفس التصرف أو التلف ـ من دون إقتضاء المعاطاة للملكية ـ لا تجري فيه الفضولية، إذ ليس هنا سبب و مقتضٍ يؤثّر في الملكية حتى تنفّذه

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٤١

مع[1] أنّ النهي لا يدلّ على الفساد.

المقرونة بالعلم برضا المالك عن معاملة الفضولي، فلا يكون الإقباض حينئذٍ حراماً حتى لا يؤثّر في النقل و الانتقال.

و مرجع هذا الوجه الثاني إلى الأخصية أيضاً، إذ المدّعىٰ هو حرمة الإقباض في جميع الموارد، و المفروض أنّه ليس كذلك، لعدم حرمته مع فرض رضا المالك في بعض الموارد. هذا.

و أمّا تخيل الإذن من المالك في التصرف أو تخيل أنّه ماله ـ كما في حاشية السيد ﷺ«١» ـ فليس من موارد عدم حرمة الإقباض حتى لا يكون فاسداً، بل من موارد عدم تنجز الحرمة، و هو لا يرفع الفساد المترتب على الحرمة الواقعية.

١) هذا ثالث الوجه الدافعة للإشكال، و حاصله: أنّه لو سلّمنا دلالة النهي عن الاقباض على الحرمة، لكن لا نسلّم دلالته على فساد البيع، إذ لم يتعلق النهي بالإقباض من حيث إنّه بيع، بل تعلّق به من حيث كونه تصرفاً في مال الغير.

الإجازة.

و بعبارة أُخرىٰ: ليس في البين إنشاء و تسبيب قولي أو فعلي يتوقف تأثيره على الاجازة حتى يكون مورداً للإجازة، إذ المفروض عدم إقتضاء المعاطاة للتأثير في الملكية، و كون الملكية مترتبة على نفس التصرف و التلف اللّذين هما فعلان خارجيان لم يُنشِىء المالك ملكية المال لهما، بل حُكم شرعاً بملكيته بنفس التصرف أو التلف.

و أمّا المقام الثاني ـ و هو كون المعاطاة مفيدةً للإباحة ـ فالظاهر عدم جريان الفضولية فيها مطلقاً سواء أكانت الاباحة شرعية أم مالكية، إذ لا يتصوّر شيءٌ منهما قبل

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٤٧

مع[1] أنّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتب الأثر المقصود، و هو إستقلال

---

١) أي: مع أنّ النهي، و هذا رابع الوجوه الدافعة للإشكال، و محصله: أنّه بعد تسليم تعلق النهي بالإقباض من حيث كونه بيعاً حتى يدل على الفساد ـ لا من حيث إنه تصرف في مال الغير ـ نقول: إنّه يراد من الفساد عدم ترتب الأثر المقصود من الإقباض و هو النقل و الانتقال الخارجي، بأن يكون الإقباض سبباً مستقلاً لحصول ذلك الأثر في الخارج. فالمراد بالفساد عدم إستقلال الإقباض في التأثير، و أنّه جزءُ السبب لتحقق الأثر في الخارج، و جزؤه الآخر هو الرضا و الاجازة.

الاجازة حتىٰ يصح النزاع في ناقلية الاجازة و كاشفيتها.

توضيحه: أنّ الاباحة الشرعية مترتبة على المعاطاة مع تراضي المالكين، فقبل التراضي لا يتمّ موضوع الإباحة الشرعية، فإذا تراضيا حدثت الإباحة، و لم يكن قبل التراضي إباحة، بل بنفس الاجازة حصلت الاباحة، لا أنّها كانت موجودة و الاجازة كشفت عنها.

و كذا الإباحة المالكية، فإنّها منوطة بالتراضي و التسليط الخارجي المالكي، وليست هذه الإباحة ناشئةً عن إنشاء الفضولي، بل موضوعها هو التسليط الخارجي المالكي عن الرضا.

إلّا أن يقال: إنّ التسليط قابل للنيابة و التصدي عن الغير، فإذا رضي المالك بإعطاء الفضولي و تسليطه كان ذلك إجازةً موجبةً لصحة معاطاة الفضولي.

إلّا أن يدفع ذلك بأنّ رضاه بالإعطاء ليس هو إمضاء لمعاطاة الفضولي و إجازةً لها حتى يكون ذلك إجازة لعقد الفضولي، بل هو رضا بتصرف قابض المال في ماله. ولو لم يكن أخذه للمال بعنوان المعاطاة بل بأيّ عنوانٍ وصل إليه ولو غصباً، و ليس لعقد الفضولي المعاطاتي دخل في إباحة التصرف.

الإقباض في السببية، فلا ينافي كونه[1] جزءَ السبب.

و ربّما يستدلّ على ذلك[2]

---

١) يعني: فلا ينافي نفيُ إستقلال الإقباض في السببية كونَ الإقباض جزء السبب المؤثر في النقل و الانتقال كما مرّ آنفاً.

٢) أي: على بطلان الفضولي في المعاطاة، و المستدل هو المحقق صاحب المقابس ﷺ.

و قد إستدل على مدّعاه بوجوه، منها الأصل، و منها: عدم إندراج المعاطاة المفيدة للإباحة في الأدلة المتكفلة لأحكام البيع، لعدم كونها بيعاً عند المشهور.

و منها: الوجهان المذكوران في المتن. قال ﷺ: «و يدلّ على ذلك أي ـ فساد

فالمتحصل: أنّ المعاطاة بناءً على إفادتها للاباحة لا تقبل الفضولية، لعدم تطرق الاجازة القابلة لنزاع الكشف و النقل فيها في المعاطاة المفيدة للإباحة.

نعم لا بأس بالاجازة الناقلة.

فتلخص ممّا ذكرناه و ما لم نذكره أُمور:

الأوّل: جريان الفضولية في المعاطاة إذا كانت بيعاً، سواء ترتبت الملكية عليها بنفسها أو بشرط التصرف أو التلف.

الثاني: عدم جريان الفضولية في المعاطاة إذا ترتبت الملكية على نفس التصرف أو التلف مع الغض عن المعاطاة.

الثالث: عدم جريان الفضولية في المعاطاة المترتبة عليها الإباحة شرعاً مع قصد المتعاطيين التمليك، لكون الاباحة خلاف قاعدة تبعية العقود للقصود، فيقتصر على معاطاة خصوص المالكين.

الرابع: جريان الفضولية في المعاطاة المقصود بها الإباحة مع كون الإجازة ناقلةً.

بأنّ[١] المعاطاة منوطة بالتراضي و قصد الاباحة أو التمليك، و هما من وظائف المالك، و لا يتصور صدورهما من غيره[٢]، و لذا[٣] ذكر الشهيد الثاني

المعاطاة الفضولية ـ أيضاً: أن المعاطاة منوطة بالتراضي و قصد الإباحة أو التمليك للمعيّن أو المقدّر في الذمة ـ بناءً على جوازه ـ و هما من وظائف المالك، و لا يتصور صدورهما من غيره. و مشروطة أيضاً بتحقق الإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارناً للأمرين ...»[١].

توضيح الوجه الأوّل: أنّ ما يعتبر في المعاطاة من التراضي و قصد الإباحة والتمليك متقوّم بالمالك، و لا عبرة بهما إذا صدرا عن غير المالك كالفضولي. و عليه فلا تجري الفضولية في المعاطاة.

و توضيح الوجه الثاني: إنّ المعاطاة مشروطة بالقبض و الإقباض من الطرفين أو من أحدهما، مع كونهما مقارنين للإباحة أو التمليك. و لا يؤثّر القبض و الإقباض إلّا إذا صدرا من المالك الأصيل أو باذنه، و من المعلوم أنّ الفضولي ليس بمالكٍ و لا مأذونٍ منه، فلا أثر للقبض و الإقباض الصادرين من الفضولي. هذا.

١) هذا إشارة الى الوجه الأوّل الذي تقدم تقريبه بقولنا: «ان ما يعتبر في المعاطاة من ...» الخ.

٢) أي: غير المالك. و ضميرا «هما، صدورهما» راجعان إلى التراضي و قصد الإباحة أو التمليك.

٣) أي: و لأجل كون التراضي و قصد الاباحة أو التمليك من وظائف المالك ـ و أنّه لا يتصور صدورهما من غير المالك و هو العاقد الفضولي ـ ذكَرَ الشهيد الثاني ... الخ.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٤١

«أنّ المكرَه و الفضولي قاصدان للّفظ دون المدلول» وَ ذَكَر[١] أنّ قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك. و مشروطةٌ[٢] (*) أيضاً[٣] بالقبض و الإقباض من

---

١) أي: و ذَكَر الشهيدُ الثاني ﷺ في عقد الفضولي: «و لا يتحقق منه قصدُ مدلوله ـ أعني نقل الملك ـ لأنّ ذلك من وظائف المالك»[١].

و لا يخفىٰ أنّ الاستشهاد بكلام الشهيد الثاني و إن كان مذكوراً في المقابس، لكنّه ليس في تقرير الوجهين المتقدمين، بل في جواب إشكالٍ أورده على نفسه، فراجع.

٢) بالرفع معطوف على قوله: «منوطة» و هذا إشارة الى الوجه الثاني من وجهي الاستدلال. وقد تقدم بقولنا «ان المعاطاة مشروطة بالقبض والاقباض ... الخ».

٣) يعني: كما أنّ المعاطاة مشروطة بالتراضي و قصد الاباحة أو التمليك، كذلك

(*) لا يخفىٰ أنّه جعل بعضَ كلام صاحب المقابس دليلين على بطلان الفضولي في المعاطاة كما قرّرناه في التوضيح.

ولكن الظاهر خلافه، و أنّه دليل واحد، إذ المستفاد من مجموع ما حكاه عنه المصنف: أنّ المعاطاة هي التراضي و قصد الإباحة و التمليك، و القبض المقرون بالرضا، و من المعلوم أنّه لا يتأتّىٰ إلّا من المالك، فإن قوله: «منوطة ... و مشروطة» مبيِّن للمعاطاة، فليست المعاطاة عند صاحب المقابس مجرّد التراضي.

فجوابه حينئذٍ منحصر في منع إعتبار مقارنة القبض و الإقباض للرضا، بل إعتبار الرضا في المعاطاة كاعتباره في البيع القولي، و من المعلوم عدم إعتبار مقارنة البيع القولي لرضا المالك. فجريان الفضولية في المعاطاة مما لا محذور فيه.

ثم لا يخفىٰ أن الوجهين المزبورين دليلان على بطلان الفضولي مطلقاً و في جميع الموارد. فلعلّ ذكرهما هنا غير مناسب، لأنّهما أجنبيان عن مورد البحث، إذ مفروض كلامنا هو جريان الفضولي و عدمه في المعاطاة بَعدَ الفراغ عن جريانه في غير المعاطاة.

«١» مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥٦

الطرفين أو من أحدهما مقارناً[1] للأمرين، و لا أثر لهما[2] إلّا إذا صدرا من المالك أو بإذنه.

و فيه[3]: أنّ (*) إعتبار الاقباض و القبض في المعاطاة عند من إعتبره

مشروطة بالقبض و الإقباض من الطرفين أو من أحدهما، مع كونهما مقارنين للتراضي و قصد الإباحة أو التمليك.

١) حال للقبض و الإقباض، أي: حال كونهما مقارنين للتراضي و قصد الإباحة أو التمليك. و الظاهر أنّ الأولىٰ أن يقال: «مقارنين» بصيغة المثنىٰ.

و الحاصل: أنّ مقارنة القبض و الاقباض للتراضي و للتمليك أو الإباحة معتبرة، و هذه المقارنة في المعاطاة الفضولية مفقودة، فلا تجري الفضولية في المعاطاة.

٢) أي: للقبض و الاقباض.

٣) محصله منع الصغرىٰ، و هي: كون حقيقة المعاطاة مجرّد تراضي المالكين وقصد التمليك أو الإباحة، و ذلك لأنّ القبض و الإقباض آلة للإنشاء كالصيغة التي

(*) لا يخفىٰ متانة هذا الاستدلال بناءً على كون حقيقة المعاطاة مجرّد التراضي من دون إعتبار الإقباض و القبض في تحققها، ضرورة أنّ التراضي من وظائف المالك. و قد اعترف به المصنف ﷺ أيضاً بقوله الآتي: «نعم لو قلنا ان المعاطاة لا يعتبر فيها قبض ولو اتفق معها ... الخ» إلّا أنّه ﷺ منع كون المناط مجرّد التراضي، و إلتزم بأنّ المناط في المعاطاة هو الإقباض و القبض اللّذان يُنشأ بهما التمليك أو الإباحة.

و عليه فالمعاطاة سبب فعليّ لإنشاء أحدهما كسببية الصيغة للإنشاء في البيع القولي. و وزان إعتبار الرضا في البيع القولي و المعاطاتي وزان واحد، لوحدة الدليل فيهما. فكما يصح البيع القولي بوقوع الصيغة من غير المالك مع حصول الرضا من المالك و إن لم يكن مقارناً له، فكذلك يصح البيع الفعلي من غير المالك مع

فيها[1] إنّما هو لحصول إنشاء التمليك أو الإباحة،

هي سبب قولي للتمليك. و ليس الإقباض و القبض كاشفين عن التراضي، بل هما سبب فعلي للتمليك أو الإباحة. و التراضي المعتبر في المعاطاة يكون على حدّ إعتباره في البيع القولي كما سيأتي.

١) أي: في المعاطاة، و ضمير «اعتبره» راجع الى الاقباض و القبض، فالأولىٰ تثنيته. و غرض المصنف من هذه الجملة أن إعتبار التعاطي من الطرفين أو الإعطاء من طرف واحد ليس معتبراً عند كلّ من يقول بإفادة المعاطاة للملك أو الإباحة، لكفاية وصول العوضين إلى الطرفين عند بعضٍ، كما تقدم تفصيله في ثاني تنبيهات المعاطاة، فراجع«١».

وقوع الرضا من المالك و إن لم يكن مقارناً للإقباض و القبض. فلا تكون المعاطاة مختصة بالمالك حتى لا تقع من غيره.

فتحصل ممّا تقدم أمور:

الأوّل: أنّ ما أفاده صاحب المقابس وجهٌ واحد لعدم جريان الفضولية في المعاطاة، لا وجهان كما زعمه غير واحد.

الثاني: أنّ المعاطاة سبب فعليّ للتمليك أو الإباحة. و الظاهر أنّ صاحب المقابس أيضاً ملتزم بذلك، غاية الأمر أنّه يعتبر مقارنة الرضا للإقباض و القبض.

الثالث: أنّه لا إشكال في عدم إعتبار المقارنة للرضا التي إعتبرها صاحب المقابس، لعدم الدليل على إعتبارها كذلك. ولو دلّ دليل على إعتبار المقارنة لكان دالاً على إعتبارها في البيع القولي أيضاً.

الرابع: جريان الفضولية في البيع المعاطاتي كجريانها في البيع القولي.

«١» هدى الطالب، ج ٢، ص ٥٤

فهو[١] عندهم من الأسباب الفعلية كما صرّح الشهيدﷺ في قواعده«١». والمعاطاة عندهم عقد فعلّي، و لذا[٢] ذكَر بعضُ الحنفية القائلين بلزومها «أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطي»«٢» و حينئذٍ[٣] فلا مانع من أن يقصد الفضولي بإقباضه المعنىٰ القائمَ بنفسه المقصود من قوله: «ملّكتك».

و إعتبارُ[٤] مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القولي ـ مع إتحاد أدلة إعتبار الرضا و طيب النفس في حلّ مال الغير ـ لا يخلو[٥] عن تحكّمٍ

---

١) أي: فالإقباض و القبض، و الأولىٰ هنا أيضاً تثنية الضمير.

٢) أي: و لأجل أنّ المعاطاة عند الفقهاء عقد فعليّ يحصل به إنشاء الاباحة أو التمليك، ذَكَر بعضُ ... إلخ.

٣) أي: و حين القول بعدم دخل القبض و الإقباض في مفهوم المعاطاة خارجاً حتى يقال بامتناع وقوعه من الفضولي ـ بل هما من أسباب إنشاء الإباحة أو التمليك ـ فلا مانع ... الخ.

٤) هذا إشارة إلى دفع الوجه الثاني من وجهي إستدلال صاحب المقابس ﷺ و هو قوله: «و مشروطة أيضاً بالقبض و الاقباض ... الخ».

و حاصل الدفع: أنّ إعتبار مقارنة رضا المالك للإنشاء الفعلي دون القولي ـ مع وحدة أدلة إعتبار الرضا و طيب النفس فيهما ـ تحكُّمٌ، و خالٍ عن الدليل، بل كلاهما بالنسبة إلى إعتبار مقارنة الرضا على نسقٍ واحد.

٥) خبر «و إعتبار مقارنة» و ملخص كلام صاحب المقابس هو: أنه إستدلّ أوّلاً على عدم جريان الفضولية في المعاطاة بأنّ حقيقة المعاطاة هي التراضي من

«١» القواعد و الفوائد، ج ١، ص ٥٠، القاعدة: ١٧ و ص ١٧٨، القاعدة: ٤٧، و تقدّم نصّ كلامه في الجزء الأوّل من هذا الشرح، ص ٣٤٤

«٢» راجع الفتاوىٰ الهندية، ج ٣، ص ٢

و ما ذكره [من] الشهيد الثاني[١] لا يُجدي فيما نحن فيه[٢]، لأنّا[٣] لا نعتبر في فعل الفضولي أزيد[٤] من القصد الموجود في قوله، لعدم[٥] الدليل. ولو ثبت[٦] لثبت منه إعتبار المقارنة في العقد القولي أيضاً.

المالكين، و قصد الإباحة أو التمليك من دون إعتبار قبض و إقباض فيها أصلاً. و من المعلوم أنّهما من وظائف المالك، و لا يعقل صدورهما من الفضولي.

و ثانياً: بعد تسليم مدخلية الإقباض و القبض في المعاطاة، و كونها مشروطةً بهما ـ بأنّا لا نسلّم إعتبارهما فيها على الاطلاق، بل نقول بدخلهما في المعاطاة بشرط المقارنة للتراضي و قصد التمليك أو الاباحة، فلا أثر للإقباض و القبض إلّا مع صدورهما من المالكين أو بإذنهما.

١) من قوله: «ان المكره و الفضولي قاصدان للفظ دون المدلول».

٢) و هو وقوع الفضولي في المعاطاة.

٣) محصل هذا التعليل لعدم إجداء ما ذكره الشهيد ﷺ فيما نحن فيه هو: أنّ ما ذكره أمر زائد على مجرّد القصد إلى مدلول اللفظ، و ذلك الأمر الزائد هو الرضا، فإنّه يعتبر الإقتران بالرضا في كلا المقامين، و نحن لانعتبر الاقتران به في البيع اللفظي، فكيف نعتبره في البيع الفعلي؟ فمراد الشهيد هو نفي الرضا المقارن، لا نفي قصد المدلول، ضرورة أنّ المكرَه قاصد للمدلول و فاقد للرضا، و ليس فاقداً لقصد المدلول لغفلةٍ أو ذهولٍ. فمراده نفي مقارنة الرضا، و هذا مما لا دليل عليه. فلو دلّ دليل على إعتبار مقارنة الرضا في البيع القولي لثبت في البيع المعاطاتي أيضاً، لوحدة الدليل.

٤) و المراد بالأزيد هو مقارنة الرضا، و ضمير: «قوله» راجع الى الفضولي.

٥) هذا تعليل لعدم إعتبار إقتران العقد بالرضا.

٦) يعني: ولو ثَبتَ دليلٌ على إعتبار الإقتران بالرّضا في العقد الفعلي لَثبت منه إعتباره في العقد القولي أيضاً من دون فرقٍ بينهما، لصدق البيع عليهما بوزان واحد.

إلّا أن يقال: إنّ مقتضىٰ الدليل[١] ذلك[٢] خَرجَ عنه[٣] بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول.

لكنك قد عرفت[٤] أنّ عقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة[٥].

نعم[٦] لو قلنا (*): إنّ المعاطاة لا يعتبر فيها قبضٌ ولو إتّفق معها،

---

١) و هو وجود شيءٍ زايد على قصد المدلول أعني به الإقتران بالرضا.

٢) أي: ثبوته في العقد القولي أيضاً، إلّا أنّه خرج عن مقتضىٰ ذلك الدليل.

٣) أي: خَرَج عن مقتضىٰ ذلك الدليل معاملةُ الفضولي إذا وقعت بالقول بدليل خاص.

٤) يعني: في أوّل بحث بيع الفضولي، حيث قال: «لعموم أدلة البيع و العقود، لأنّ خلوّه عن إذن المالك لا يوجب سلب إسم العقد و البيع عنه ... الخ» فراجع (ص ٣٧٦ و ٣٧٧)

٥) فإذا كان على طبق القاعدة، فكما يجري في العقد القولي فكذلك يجري في العقد المعاطاتي. فإذا دلّ دليل على إعتبار مقارنة رضا المالك في عقد الفضولي القولي ـ زائداً على القصد المعتبر فيه ـ كان دالّاً على إعتبارها في عقد الفضولي الفعلي أيضاً.

٦) بَعدَ أن أثبت كون عقد الفضولي على طبق القاعدة ـ و جريانه في البيع المعاطاتي على حدِّ جريانه في البيع القولي ـ إستدرك عليه و إعترف بعدم جريانه في

(*) هذا الاحتمال مبني على عدم توقف الملكية المعاملية على الإنشاء، و كفاية الرضا الباطني في تحققها، و ذلك أجنبي عن المعاطاة التي هي بيع إنشائي عرفي مفيد للملك كالبيع القولي. و هذا الاحتمال لا يظهر من عبارة صاحب المقابس.

بل مقتضى قوله: «و مشروطة» خلاف ذلك، و أنّ القبض و الاقباض دخيل ـ ولو شرطاً ـ في المعاطاة.

بل السبب المستقلّ هو تراضي المالكين بملكية كلٍّ منهما لمال صاحبه مطلقاً[١] أو مع وصولهما أو وصول أحدهما، لم يعقل[٢] وقوعها من الفضولي.

نعم (*) الواقع منه إيصال المال، و المفروض أنّه لا مدخل له[٣] في المعاملة. فإذا رضي المالك بمالكية من وصل إليه المال تحقّقت المعاطاة من حين

المعاطاة، بناءً على ما أفاده المحقق صاحب المقابس ﷺ من كون المعاطاة نفس التراضي و قصد الإباحة أو التمليك مع وصول المالين أو أحدهما، ضرورة أنّه لا يعقل حينئذٍ وقوع المعاطاة من الفضولي، حيث إنّه لا يتحقق منه إلّا الإعطاء الذي هو بنفسه لا يكون معاطاةً، إذ المفروض أنّ المعاطاة إمّا هي نفس تراضي المالكين مطلقاً، أو مع وصول المالين أو أحدهما.

١) يعني: سواء وَصَل كلٌّ من المالين ـ أو أحدهما ـ إلى الآخر، أم لا.

٢) جواب الشرط في قوله: «لو قلنا».

٣) أي: لا مدخل في تسبيبته للنقل، بل هو كاشف عما هو السبب أعني به الرضا النفساني.

و الظاهر أنّ وجه بطلان الفضولي في المعاطاة بنظره ﷺ هو إعتبار مقارنة رضا المالك للقبض و الاقباض. فلو فرض علم الفضولي برضا المالك حين القبض و الاقباض كانت المعاطاة الفضولية صحيحة.

(*) الظاهر أنّ الأولىٰ تبديل «نعم» بـ «إذ» أو «لأنّ» حيث إنّ سوق البيان يقتضي أن يبيّن وجه عدم معقولية وقوع المعاطاة من الفضولي بناءً على ما إستدركه بقوله: «نعم لو قلنا ان المعاطاة» من كون المعاطاة تراضي المالكين بملكية كل منهما. فحينئذٍ يصير وجهُ عدم المعقولية أنّ غاية ما يقع من الفضولي هي إيصال المال. و المفروض أنّه ليس معاطاةً حتى يكون معاطاة فضولية، إذ المفروض أنّ المعاطاة فعل نفساني و هو الرضا،

الرضا[١]، و لم يكن إجازة لمعاطاةٍ سابقة.

لكن[٢] الانصاف أنّ هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة، وإنّما قصدهم إلى العقد الفعلي. هذا[٣] كلُّه على القول بالملك.

و أمّا على القول بالاباحة فيمكن القول ببطلان الفضولي، لأنّ إفادة المعاملة المقصود بها الملك الإباحة[٤] خلاف القاعدة[٥].

---

١) إذ المفروض أنّ الرضا هي المعاطاة، و لم تتحقق المعاطاة سابقاً حتى يكون الرضا إجازةً لها.

٢) إستدراك على قوله: «نعم لو قلنا ان المعاطاة لا يعتبر فيها قبض» غرضه: أنّ ما قاله صاحب المقابس من أنّ المعاطاة «نفس تراضي المالكين من دون إعتبار قبض فيها» غير مقصود للعلماء في باب المعاطاة، بل مقصودهم هو العقد الفعلي بمعنىٰ كون الفعل ـ و هو الاقباض ـ سبباً لإنشاء النقل و الانتقال، كسببية الصيغة له، فالإعطاء عندهم سبب للنقل و الانتقال، لا آلة لإيصال المال إلى الطرف الآخر.

٣) أي: ما تقدم من جريان الفضولي في المعاطاة و عدمه كان مبنيّاً على إفادة المعاطاة للملك لا الإباحة. و أمّا على القول بالإباحة فسيأتي حكمه.

٤) مفعول لقوله: «إفادة».

٥) لأنّ قاعدة تبعية العقود للقصود تقتضي حصول الملكية دون الإباحة، فإنّها خلاف القاعدة، لأنّ ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد، فيقتصر علىٰ المتيقن من مورد الاجماع و هو معاطاة الأصليين.

و ليس فعلاً خارجياً جارحياً، فإذا رضي المالك بمالكية مَن وصل إليه المال حدثت المعاطاة من حين الرضا. و ليس هذا الرضا إجازة لمعاطاة سابقةً، لمّا مر آنفاً من أنّ فعل الفضولي ـ و هو إيصال المال ـ لم يكن معاطاةً حتى يكون هذا الرضا إجازةً و تنفيذاً لها.

فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين[1] (*).

هذا أحد وجهي بطلان الفضولي في المعاطاة على القول بالاباحة. و محصله قصور المقتضي في مقام الاثبات، في قبال الوجه الآتي الذي هو محذور ثبوتي.

١) دون تعاطي الفضوليين أو فضولي واحد.

(*) لكن إذا كان الفضولي على طبق القاعدة كفىٰ في جريانه في المعاملة المقصود بها الملك مع إفادتها الاباحة شرعاً، فإنّ المالك يجيز ما أنشأه الفضولي من الملكية الذي هو موضوع حكم الشارع بالإباحة. فالعمدة في جريان الفضولي في المعاطاة المقصود بها الملك التي يترتب عليها الإباحة شرعاً هي كون الفضولي على طبق القاعدة.

و الحاصل: أنّ وجه عدم جريان الفضولي عند المصنف ﷺ هو عدم الدليل على جريانه. لكنه إذا كان نفس الفضولي على طبق القاعدة كفىٰ في جريانه في المعاطاة المفيدة للإباحة.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

هذا في المعاطاة المقصود بها الملك مع ترتب الاباحة الشرعية عليها و قد عرفت جريان الفضولي فيها إن كان هو على طبق القاعدة، فإنّ عموم دليل الفضولي يشمل كلّ مورد تصح فيه الوكالة إلّا ما خرج ـ كالطلاق ـ بالاجماع المدّعىٰ على عدم جريان الفضولية فيه. فإنّ هذا العموم حاكم على السيرة التي يكون المتيقن من موردها خصوص تعاطي المالكين، فإنّ السيرة ليست نافية لجريان الفضولية في المعاطاة، بل غايتها عدم الدلالة على جريانها فيها، فلا تخصص عمومَ دليل جريان الفضولي بالمعاطاة.

و الحاصل: أنّ السيرة تشتمل على عقد إيجابي فقط، و هو صحة معاطاة مالكي العوضين بمباشرتهما، و لا تشتمل على عقد سلبي، و هو عدم صحة معاطاة الفضولي حتى تخصص أو تقيّد عموم أو إطلاق دليل صحة الفضولي.

و أمّا المعاطاة المقصود بها الإباحة فالظاهر عدم الاشكال في جريان الفضولية

مع[1] (*) أنّ حصول الاباحة قبل الاجازة غير ممكن (**).

---

١) هذا هو الوجه الآخر لبطلان الفضولي في المعاطاة على القول بالإباحة. ومرجع هذا الوجه إلى لغويّة إنشاء الفضولي، و ذلك لأنّه على القول بالكشف لا تحصل الإباحة الفعلية قبل الاجازة حتى تكون الاجازة كاشفةً عنها، و ذلك لإناطة الإباحة بطيب النفس في حديث الطيب، و بالإذن في التوقيع. و هما فعلان قائمان بالمالك، و لم يتحققا قبل الاجازة، فلا معنى لكشف الاجازة عن الاباحة الثابتة حين العقد.

و على القول بالنقل يكون الرضا المنكشف بالإجازة تمام المناط في حصول الإباحة، و لا دخل للإنشاء السابق الصادر من الفضولي أصلاً، فيكون إنشاء الفضولي لغواً. و أمّا الآثار الأُخر غير الاباحة التكليفية كجواز البيع فسيأتي تفصيلها إن شاء الله تعالى.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

فيها، حيث إنّ الاباحة فيها مالكية، و ليست مخالفة لقاعدة تبعية العقود للقصود، فلا مانع من نفوذ إجازة المالك لما أنشأه الفضولي بإعطائه مال الغير من الإباحة، فإنّ المالك مسلّط بشؤون السلطنة على ماله، و من تلك الشؤون تنفيذ هذا الفعل الذي صدر من الفضول في ماله.

(*) الظاهر عدم الفرق بين الملكية و الإباحة في هذه الجهة. فكما لا يمكن الحكم بالإباحة قبل الاجازة فكذا الملكية.

مضافاً إلى: أنّ هذا الاشكال إنّما يرد على الكشف فقط، و لا يرد على النقل كما لا يخفى.

(**) مطلقاً، لا الاباحة الشرعية و لا المالكية. أمّا الإباحة الشرعية فلكون موضوعها المعاطاة الواقعة برضا المالكين المستكشف بالاجازة التي لم تتحقق بعدُ

و الآثار الأُخر ـ مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف[1] ـ إذا وقعت في غير زمان الاباحة الفعلية[2] لم تؤثّر[3] أثراً[4].

---

١) يعني: إذا باع ـ من أخذَ المال بالمعاطاة الفضولية بناءً على الاباحة ـ لم يُوجب دخولَ المال المباح في ملكه، كما كان هذا التصرف الناقل موجباً لتملُّك المتعاطي الأصيل كما تقدم في ملزمات المعاطاة. هذا بناءً على جواز التصرف المتوقف على الملك بناءً على الإباحة.

و أمّا بناءً على عدم جوازه ـ كما تقدم عن الشهيد في حواشي القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة فيما يتوقف على الملك ـ لم يكن أصل هذا البيع جائزاً حتى يترتب عليه التملُّك.

و على كلٍّ حالٍ لا يكون تصرفُ الآخِذ ـ بالمعاطاة الفضولية ـ موضوعاً لأثرٍ قبل إجازة المالك. فموضوعية تصرفه للأثر مختص بالمعاطاة بين الأصيلين حتى يقال بجواز مطلق التصرف فيما أخذه، أو بخصوص ما لا يتوقف على الملك.

٢) المراد بها هي الإباحة الواقعة في زمان صدور الإجازة من المالك.

٣) خبر قوله: «و الآثار».

٤) لإناطة تأثيرها بالإباحة من المالك، و المفروض عدم حصول الإجازة بعدُ حتى تُحرز الإباحة.

و أمّا الإباحة المالكية فلعدم قصد المتعاطيين لها، إذ المفروض أنّهما قصدا التمليك لا الإباحة حتى تكون مالكية.

و الحاصل: أنّ المنفي قبل الاجازة هو مطلق الاباحة من الشرعية و المالكية، و بعد الاجازة تتحقق الإباحة الشرعية لا المالكية.

فالتفصيل بينهما بأنّ الاباحة المالكية منوطة بالاجازة دون الشرعية، بل هي

.....

غير متوقفة على الاجازة ـ كما في بعض الكلمات كتعليقتي المحققين الخراساني والايرواني قدس سرهما «١» ـ غير ظاهر، لما مرّت الإشارة إليه من إنتفاء قصد الاباحة المالكية عن المتعاطيين، فلا إباحة مالكية حينئذٍ، و لا إباحة شرعية أيضاً، لانتفاء موضوعها قبل الإجازة، فإنّ موضوعها هي المعاطاة المتحققه خارجاً المقصود بها الملك. و ما لم تتحقق الاجازة لا تستند و لا تضاف المعاطاة الفضولية إلى مالكي العوضين حتى يتحقق موضوع الاباحة الشرعية.

إلّا أن يقال: بعدم لزوم لغوية إنشاء الفضولي مطلقاً، سواء أكانت الاجازة كاشفة أم ناقلة، لأن وزان الاباحة المترتبة على المعاطاة الفضولية وزان الملكية المترتبة على البيع القولي المعاطاتي، فإنّ كُلّاً من الاباحة و الملكية مترتبة على ما أنشأه الفضولي مع رضا المالك و طيب نفسه.

و الاشكالُ الوارد على كاشفية الاجازة من الشرط المتأخر لا يختص بالمعاطاة المفيدة للاباحة، بل يعمّ المعاطاة المفيدة للملكية أيضاً، فإنّ إجازة مالكي العوضين للمعاطاة الفضولية تنفيذ لما أنشأه الفضولي الذي هو موضوع حكم الشارع بالإباحة.

فهذه الإجازة كإجازة البيع القولي المعاطاتي، فكما أنّها تنفيذ لإنشاء البيع الفضولي، فكذلك الإجازة هنا تنفيذ لإنشاء معاطاة الفضولي، فإنّ قول المالكين: «أجرتُ و أنفذتُ و رضيتُ» و نظائرها ليس إحداثاً لمعاطاة، لعدم صدور إعطاء منهما، المفروض كونه إنشاءً للمعاطاة، بل مفادها هو الرضا بما تحقّق سابقاً من إنشاء الفضولي المعاطاة. و من المعلوم أنّ التعاطي مع رضا المالكين موضوعٌ لحكم الشارع بالحكم الوضعي

«١» حاشية المكاسب، للمحقق الخراساني، ص٥٨ ؛ حاشية المكاسب، للمحق الايرواني، ج ١، ص ١٢٥

.....

كالملكية أو التكليفي كالإباحة كسائر الموضوعات المتعلقة للأحكام التكليفية كالصلاة والصوم و نظائرهما. أو الوضعية كالملكية و الزوجية و نحوهما المترتبة على العقود و الإيقاعات. فالعقود كالعبادات موضوعات لأحكام الشارع. و بمجرّد تحققها بجميع ما يعتبر فيها شطراً و شرطاً تترتب عليها أحكامُها. فإذا تحقق إنشاء عقدٍ أو إيقاع كذلك يترتب عليه حكمه من أيِّ شخصٍ صدر.

و عليه فمعاطاة الفضولي مع إجازة المالك موضوع يترتب عليه حكمه من الملكية أو الإباحة. و تقييدها بمباشرة المالك قيد زائد ينفىٰ بإطلاق دليل المعاطاة إن كان له إطلاق، و إلّا فبعموم أو إطلاق ما دلّ على صحة الفضولي.

و الحاصل: أنّ إيجاد كل موضوع لم يشترط فيه المباشرة يوجب ترتب حكمه عليه، فالإنشاءات العقدية و الإيقاعية إلّا ما خرج يترتب عليها أحكامها. و يستفاد من تعليل نكاح العبد بدون إذن سيده «بأنه لم يعص الله و إنّما عصىٰ سيده» أنّ كلّ عقدٍ لم يكن على خلاف الموازين الشرعيّة و ضوابطها و كان مخالفاً لحقِّ آدمي ولكن أمضاه صحّ ذلك العقد و ترتّب عليه أثره. و المعاطاة الفضولية من جملة تلك الإنشاءات، فإذا أجازها المالكان صحّت و ترتب عليها أثرها.

فتلخص ممّا ذكرناه أُمور:

الأوّل: أنّ كل موضوع وُجد في الخارج يترتب عليه الحكم إن لم يعتبر فيه مباشرة شخص خاص.

الثاني: أنّ كل أمر إنشائي من بيع و غيره من العقود قابل للصدور من غير مالك الأمر، و صحيح بإجازته.

الثالث: أنّ الاجازة تنفيذ لما أنشأه الفضولي، و ليست عقداً جديداً.

فالنتيجة: صحة جريان الفضولي في جمع أنحاء المعاطاة.

فإذا أجاز حدَثَ الاباحة (*) من حين الاجازة.

اللّهم[١] إلا أن يقال: بكفاية وقوعها[٢] مع الاباحة الواقعية إذا كشف عنها الاجازة، فافهم[٣].

---

١) إستدراك على قوله: «و الآثار الأُخر ... الى قوله: لم تؤثر أثراً» و محصّل الاستدراك: أنّه بناءً على وقوع تلك الآثار مع الإباحة الواقعية المستكشفة في زمن الاجازة تؤثّر تلك الآثار ـ كالبيع و الصلح و الهبة ـ أثرها.

٢) أي: وقوع الآثار.

٣) لعله إشارة إلى ضعف التفصيل بين الإباحة المالكية و الشرعية، من إمكان الاباحة الشرعية دون المالكية الناشئة من رضا المالك المفروض عدم تحققه. و قد عرفت ضعف هذا التفصيل في التعليقة السابقة.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(*) أي: الاباحة الشرعية بناءً على ما مرّ آنفاً في التعليقة السابقة، و من المعلوم أنّ الاباحة الناشئة من الاجازة غير الاباحة الثابتة حين العقد المستكشفة بالاجازة القابلة للبحث عن كونها كاشفةً أو ناقلة، لأنّ الاجازة موجبة لحدوث الإباحة، لا كاشفة عن وجودها سابقاً.

نعم بناءً على النقل لا مانع من جريان الفضولية في المعاطاة المفيدة للإباحة، حيث إنّه بالاجازة تحدث الإباحة كترتّبها على معاطاة نفس المالكين.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

« الفهرست »

شرائط المتعاقدين

الشرط الأوّل: البلوغ ..... **٧ ـ ٩٦**

الوجوه المستدل بها على إعتبار البلوغ **٨**

أ : الاجماع ..... ٨ ـ ١٣

الاستشهاد بكلام العلّامة ٩

ب : حديث «رفع القلم عن ثلاثة» ١٤

ج : ما دلّ على عدم جواز أمر الصبي ١٦

مناقشة المصنّف في دلالة حديث جواز أمر الصبي ١٨

المناقشة في دلالة حديث رفع القلم، بوجوه ثلاثة ..... ١٩ ـ ٢٤

تحقيق الوجوه الثلاثة ..... ٢٤ ـ ٣٠

اختلاف الفقهاء في معاملة الصبي المميّز ..... ٣١ ـ ٣٤

الاعتماد على الاجماع المنقول المعتضد بالشهرة ٣٤

د : حديث «عمد الصبي خطأ» ..... ٣٧ ـ ٤٨

إستظهار سلب عبارة الصبي من تنزيل عمد الصبي منزلة الخطأ و رفع القلم عنه ... ٤١

رفع القلم إمّا علة للتنزيل و إمّا معلول له ٤٢

ظهور الثمرة بين العلية و المعلولية في الاتلاف ٤٥

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المرفوع عن الصبي خصوص المؤاخذة الموضوعة على البالغ ٤٨
تحقيق مفاد «عمد الصبي خطأ» ..... ٥٠ ـ ٦٠
اعتبار قبض الصبي ٥٩
نفوذ وصية الصبي ٦٠
فروعٌ تعرض لها العلّامة في التذكرة و النهاية ..... ٦١ ـ ٦٥
الأقوال الاخرى في معاملة الصبي ..... ٦٦ ـ ٨٨
١ ـ التفصيل بين الخطير و الحقير، و المناقشة فيه ..... ٦٦ ـ ٦٨
مفاد رواية السكوني الناهية عن كسب الغلام ٦٩
٢ ـ التفصيل بين استقلال الصبي و آليّته، و النظر فيه ..... ٧٢ ـ ٧٦
٣ ـ ترتب الاباحة على معاملة الصبي كما افاده كاشف الغطاء ٧٦
إنتصار صاحب المقابس لما أفاده كاشف الغطاء قدس سره ..... ٧٨ ـ ٨٢
اشكال المصنف على صاحب المقابس ٨٣
اشكال آخر للمصنّف على كلام كاشف الغطاء ٨٦
منع اختصاص الآلية بالصبي، و معاملته بالمحقرات ٨٧
تحقيق قولين في المسألة في قبال قول المشهور ..... ٨٩ ـ ٩٦
الشرط الثاني: القصد الى مدلول الانشاء ..... ٩٧ ـ ١٤٩
الوجه في كون اعتبار القصد من شرائط المتعاقدين لا العقد ٩٨
معنى اعتبار القصد ٩٩
الاشارة الى ما نُسب الى الشهيدين قدس سرهما من إنتفاء القصد في المكره و الفضولي ١٠١
كلام المحقق صاحب المقابس في تعيين المالكين في القصد ..... ١٠٣ ـ ١١٩
التفصيل بين كون العوضين جزئيّين أو كليّين ذميّين و بين كونهما كليّين غير مضافين ... ١٠٥
الدليل على اعتبار التعيين ١٠٩
ما يتفرّع على اعتبار التعيين ١١١
مناقشة المصنف في كلام صاحب المقابس بعدم إعتبار تعيين المالكين ..... ١٢٠ ـ ١٣٠
اعتبار تعيين الموجب لخصوص المشتري، و تعيين القابل للبائع ١٣١

تفصيل صاحب المقابس بين البيع و غيره في إعتبار تعيين الموجب للقابل بوجهين ١٣٥
إيراد المصنف على كلا الوجهين ..... ١٣٨ ـ ١٣٦
إبداء وجه آخر للتفصيل في المسألة بين البيع و غيره ١٣٨
تحقيق المسألة ..... ١٤٩ ـ ١٤١
الشرط الثالث: الاختيار، و فيه مباحث ..... ٣٠٥ ـ ١٥٠
١ ـ ما يراد بالاختيار في المعاملات ١٥٠
٢ ـ الدليل على بطلان عقد المكره ..... ١٥٧ ـ ١٥٢
٣ ـ المراد من كلام الشهيدين: المكره قاصد إلى اللفظ دون مدلوله ..... ١٦٦ ـ ١٥٧
اشكال السيد على المصنّف بالمناقصة بين كلاميه، و دفعها بتوجيه المحقق الاصفهاني ... ١٦٠
استشهاد المصنف بالنصوص و كلمات الفقهاء على أن المكره قاصد للمدلول ..... ١٦٦ ـ ١٦١
كلام العلامة في التحرير يوهم إنتفاء قصد المدلول في المكره ١٦٧
مناقشة المصنف في إشكال صاحب الجواهر على الشهيد الثاني، و النظر فيها ..... ١٦٩ ـ ١٦٨
تحقيق ما يراد بشرطية الاختيار ١٦٩
توجيه كلام الشهيدين ١٧١
النظر في ما استدل به على بطلان عقد المكره ..... ١٧٨ ـ ١٧٤
٤ ـ المراد بالاكراه التحميل على الغير، و ما يعتبر فيه ..... ١٨٣ ـ ١٧٩
٥ ـ هل يتوقف الاكراه على العجز عن التخلص بتورية أو بغيرها، أم لا؟ ..... ٢٠٥ ـ ١٨٣
الاستدلال على عدم دخل العجز عن التفصّي بالتورية في حقيقة الاكراه ١٨٥
العدول الى توقف صدق الاكراه على العجز عن التخلص من الضرر المتوعد به ١٩٢
الفرق في كون المتفصّى به توريةً و غيرها ١٩٤
صدق الاكراه مع إمكان التورية ١٩٥
هل يعتبر في الاكراه وجود مكرِه واقعاً أم لا؟ ١٩٨
اعتبار أُمور خمسة في صدق الاكراه ١٩٩
الخوف من الضرر السماوي دخيل في الاكراه أم لا؟ ٢٠٠
هل يعتبر في الاكراه عدم استحقاق الضرر المتوعد به أم لا؟ ٢٠٢

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

اعتبار العجز عن التفصي بالتورية و عدمه ٢٠٣
٦ ـ الفرق بين الاكراه على إرتكاب الحرام و الإكراه على المعاملة ٢٠٦
مناط الاكراه على الحرام توقف دفع الضرر على الارتكاب ٢٠٧
مناط الاكراه على المعاملة عدم طيب النفس بها ٢٠٨
٧ ـ الاكراه على إنشاء أحد العقدين أو الايقاعين ٢١٤
الاكراه على بيع مالٍ أو دفع مال غير مستحق الى المكره ٢١٩
تحقيق صور الاكراه على أحد الأمرين ..... ٢٣٠ ـ ٢٢٠
٨ ـ إكراه أحد الشخصين على فعل واحد ..... ٢٣٣ ـ ٢٣١
٩ ـ تعلق الاكراه بانشاء المالك تارةً، و بانشاء العاقد أُخرى ..... ٢٤٣ ـ ٢٣٤
اكراه الوكيل على الطلاق ٢٣٦
إشكال المحقق الشوشتري على صحة طلاق الوكيل المكره، و النظر فيه ٢٣٩
تحقيق الفرق بين اكراه المالك و العاقد ٢٤١
١٠ ـ فرع: الاكراه على بيع واحد غير معين من عبدين مبهماً ..... ٢٤٦ ـ ٢٤٣
الاكراه على بيع عبدٍ، فباع نصفه ٢٤٦
تحقيق ما أفاده العلامة في الاكراه على بيع غير المعيّن ..... ٢٥٢ ـ ٢٤٩
١١ ـ تحليل الفرع المذكور في التحرير من الاكراه على الطلاق، فطلّق ناوياً .... ٢٦٦ ـ ٢٥٣
تحليل الفرع المزبور ببيان صور ستٍّ ٢٥٨
صحة الطلاق لو كان عن طيب النفس به، إمّا جزء السبب أو تمامه ٢٥٨
الاشكال في الصحة لو كان الداعي دفع الضرر الوارد على المكره، أو شفقة دينية عليه ... ٢٥٩
الاشكال في الصحة لو كان الداعي توطين النفس على الطلاق ٢٦١
تحقيق كلام العلامة ..... ٢٦٦ ـ ٢٦٣
١٢ ـ صحة عقد المكره المتعقب بالرضا ..... ٢٩٣ ـ ٢٦٧
مختار المشهور صحة العقد بلحوق الرضا ٢٦٧
الاستدلال على البطلان بوجوه ثلاثة و الخدشة فيها ..... ٢٧٤ ـ ٢٦٨
الانتصار للبطلان باعتبار مقارنة الرضا للتجارة، و بحديث الرفع ٢٧٥

الفهرست ٦٧٥

منع دلالة الآية على البطلان، بعدم المفهوم ٢٧٦

منع دلالة حديث الرفع بوجهين ٢٧٨

إلزام الطرف الآخر بعدم الفسخ لا ينافي عدم إلزام المكره بالوفاء بالعقد ٢٨٠

ثاني وجهي منع الاستدلال بحديث الرفع على بطلان عقد المكره ٢٨٢

إقتضاء إطلاق الأدلة صحة عقد المكره ٢٨٥

عقد المكرَه جزء السبب المؤثِّر ٢٨٨

تحقيق صحة عقد المكره المتعقب بالرضا ..... ٢٨٩ ـ ٢٩٣

١٣ ـ هل الرضا المتأخر كاشف أم ناقل؟ ..... ٢٩٤ ـ ٣٠٥

إقتضاء الأدلة النقلية للقول بالكشف على خلاف القاعدة ٢٩٥

دعوى بعض الفقهاء موافقةَ القول بالكشف للقاعدة الأولية، و النظر فيه ٢٩٥

تنظير الرضا بالعقد بالفسخ ٢٩٨

لا يجوز للطرف الآخر فسخ العقد قبل رضا المكره بالعقد أو ردّه له ٣٠٠

تأسيس الأصل في المسألة ٣٠١

التنبيه على بعض ما يرتبط ببحث الاكراه ٣٠٤

الشرط الرابع: إذن السيّد لو كان العاقد عبداً ..... ٣٠٦ ـ ٣٤٣

الدليل على اعتبار إذن السيد في صحة انشاء العبد ٣٠٧

عدم الجدوىٰ في الاجازة اللاحقة ٣١١

الأقوال في معاملات العبد ..... ٣١٢ ـ ٣١٥

ترجيح صحة معاملاته بالاجازة اللاحقة كالاذن السابق ٣١٦

دلالة صحيحة زرارة على شمول الاذن للاجازة ٣١٩

مفاد التعليل بعدم عصيان العبد له تعالي ٣٢٥

استشهاد صاحب الجواهر بالنصوص على صحة عقد العبد بلا إذنٍ و لا إجازة، و النظر فيه ٣٢٩

فرعٌ: لو أمَرَ شخصٌ العبدَ بشراء نفسه من مولاه صحّ ٣٣٦

ذهاب إبن البرّاج الى بطلان هذا الشراء، و النظر فيه ٣٤٠

الاشارة إلى بعض الفروع ٣٤٣

بيع الفضولي **٣٤٤**
تفريع إناطة عقد الفضولي بالاجازة على إعتبار ملك التصرف ٣٤٦
الاشارة إلى الأقوال في المسألة ٣٤٩
المراد بالفضولي هو الكامل غير المالك للتصرف ٣٥٠
هل العقد المقرون برضا المالك فضولي أم لا؟ ٣٥٣
حكم التصرف في سهم الامام عليه السلام ٣٥٣
ترجيح المصنف خروج العقد المقرون برضا المالك عن الفضولي ٣٥٧
النظر في مختار المصنف ..... ٣٥٩ ـ ٣٧٣
صور بيع الفضولي ٣٧٣
المسألة الأولىٰ: بيع الفضولي للمالك غير المسبوق بالنهي ..... **٣٧٤ ـ ٥٢٣**
المشهور صحة بيع الفضولي و توقفه على الاجازة ٣٧٤
المقام الأوّل: الوجوه المستدل بها على صحة بيع الفضولي ..... ٣٧٦ ـ ٤٧١
أ : عموم حل البيع و الوفاء بالعقود ٣٧٦
مناقشة الشهيد في كون عقد الفضولي صادراً من أهله بأنه مصادرة ٣٧٩
النصوص، الطائفة الأولىٰ: ما يدل على صحة البيع الفضولي ..... ٣٨٠ ـ ٤٢٦
ب : حديث عروة البارقي ٣٨٠
توقف الاستدلال به على كون البيع المقرون بالرضا فضولياً ٣٨١
المناقشة في الاستدلال بحديث عروة بوجوه، و النظر فيها ٣٨٤
ج : صحيحة محمّد بن قيس ٣٨٨
إستظهار الشهيد دلالتها على صحة بيع الفضولي و على أن الاجازة كاشفة ٣٩٠
بيان جملةٍ ممّا يوهن الاستدلال بالصحيحة ممّا ذكره الفاضل النراقي و غيره ٣٩٢
سقوط الصحيحة بظهورها ـ بوجوه ـ في ما يخالف المتسالم عليه من عدم تأثير الاجازة المسبوقة بالرد ٣٩٤
توجيه المصنف للاستدلال بالصحيحة ٣٩٩
ظهور كلام الأمير و الباقر عليهما السلام في إجداء إجازة المالك ٤٠٣

النظر في توجيه المصنف ٤٠٥
د : فحوىٰ النصوص الدالة على صحة عقد النكاح الفضولي ٤٠٧
توهين الاستدلال بمنع أولوية البيع بالصحة ٤١٢
النظر في كلام المصنف من منع الفحوىٰ ٤١٧
تقريب اقتضاء الاحتياط صحة النكاح الذي أنشأه الوكيل المعزول ٤٢١
أولوية النكاح الفضولي بالصحة إن دلّ دليل على صحة البيع الفضولي ٤٢٤
وحدة المناط في الفضولي و الوكيل المعزول ٤٢٥
الطائفة الثانية: ما يتردد بين الاستيناس و التأييد ٤٢٧
هـ: ما ورد في مخالفة عامل المضاربة لما أمره ربّ المال ..... ٤٢٧ ـ ٤٣٧
تقريب التأييد أو الاستيناس ..... ٤٢٩ ـ ٤٣٥
تحقيق مفاد هذه النصوص ٤٣٦
و : أخبار الإتجار بمال اليتيم ٤٣٨
دورانها بين التأييد و الاستيناس ٤٤٢
تحقيق مفاد هذه الاخبار ٤٤٢
الطائفة الثالثة: ما يؤيّد صحة البيع الفضولي ٤٤٥
ز : رواية ابن أشيم الواردة في العقد المأذون ٤٤٥
تحقيق مفاد هذه الرواية، و أنها مخالفة للقواعد أم لا؟ ..... ٤٤٩ ـ ٤٥٣
ح : صحيحة الحلبي في الاقالة بوضيعةٍ ٤٥٣
تحقيق مفاد الصحيحة ٤٥٥
ط : موثقة عبدالرحمان بن أبي عبدالله في شراء السمسار ..... ٤٥٩ ـ ٤٦٤
محتملات الموثقة ٤٦١
بناء استفادة صحة الفضولي من الموثقة على الاحتمال الثالث ٤٦٤
ى : التعليل الوارد في نصوص نكاح العبد ..... ٤٦٥ ـ ٤٦٨
المقام الثاني: أدلة بطلان البيع الفضولي ..... ٤٧١ ـ ٥٢٣
أ : الكتاب، آية التجارة عن تراض ..... ٤٧١ ـ ٤٨٥

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الاستدلال بمفهوم الحصر و التحديد ٤٧١
تحقيق اتصال الاستثناء و إنقطاعه ٤٧٥
المناقشة في الحصر المستفاد من التحديد بوجوه أربعة ..... ٤٨٤ ـ ٤٧٨
ب : السنة، و هي أخبار ..... ٥٠٨ ـ ٤٨٦
الأوّل: النبوي الناهي عن بيع ما ليس عنده ٤٨٦
الثاني: التوقيع الناهي عن ابتياع الضيعة بغير رضا مالكها ٤٨٩
الثالث: النهي عن شراء الأرض إلّا برضا أهلها ٤٩٠
الرابع: النهي عن شراء ما لا يملكه البائع ٤٩٠
المناقشة في دلالة الأخبار على بطلان البيع الفضولي ..... ٥٠٩ ـ ٤٩١
منع دلالة النبوي بوجهين ..... ٤٩٩ ـ ٤٩١
منع دلالة «لا بيع إلّا في ملك» ٤٩٩
منع دلالة الحصر في صحيح ابن مسلم و التوقيع الشريف ٥٠١
منع دلالة رواية القاسم بن فضيل ٥٠٦
منع دلالة توقيع الصفار ٥٠٧
ج : الاجماع على بطلان البيع الفضولي ..... ٥١١ ـ ٥٠٩
د : حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير بلا إذنٍ منه، و النظر فيه ٥١٢
الاستدلال بوجهين آخرين على البطلان، و منعه ٥١٩
المسألة الثانية: بيع الفضولي مع سبق نهي المالك ..... ٥٣٨ ـ ٥٢٤
ذهاب المشهور إلى الصحة، للأدلة المتقدمة في المسألة الاولى ٥٢٥
ما استدل به على البطلان، و تزييفه ٥٢٦
تحقيق المسألة ..... ٥٣٨ ـ ٥٣٢
المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه ..... ٦١٤ ـ ٥٣٩
ترجيح القول بالصحة وفاقاً للمشهور ٥٤٠
الوجوه المانعة عن القول بالصحة ..... ٦١١ ـ ٥٤٢
الأوّل: اطلاق النهي عن بيع ما ليس عندك، و الجواب عنه ..... ٥٤٦ ـ ٥٤٣

الفهرست ٦٧٩

الثاني: سبق منع المالك، و الجواب عنه بوجوه ثلاثة ..... ٥٤٨ ـ ٥٤٧
الثالث: عدم قصد حقيقة المعاوضة، فلا موضوع للاجازة ..... ٥٥٩ ـ ٥٤٩
المناقشة فيه بجعل الغاصب نفسه مالكاً إدعاءً ٥٥٠
الالتزام بالبطلان لو لم يبن الفضولي على مالكية نفسه ٥٥١
نقض صاحب المقابس على العلامة و النظر فيه ٥٥٢
تحقيق الجواب عن الوجه الثالث ٥٥٤
ما أفاده المحقق النائيني في منع الوجه الثالث ٥٥٨
ما أفاده المحقق الايرواني في تصحيح بيع الغاصب، و تمشي القصد منه ٥٥٩
الرابع: أن المجاز غير المنشأ، و المنشأ غير المجاز ..... ٦٠١ ـ ٥٦٠
كلام المحقق القمي في دفع الايراد، بالالتزام بانّ الاجازة عقد مستأنف ..... ٥٦٥ ـ ٥٦٢
المناقشة في كون الاجازة مبدِّلة لعقد الغاصب بعقد المالك ٥٦٦
منع كون الاجازة عقداً جديداً ٥٦٨
مختار المصنف في منع مغايرة المجاز للمنشأ ٥٧١
حلّ إشكال المغايرة في البائع دون المشتري الفضولي ٥٧٤
إستشكال العلامة في صحة البيع الفضولي ٥٧٦
نقض صاحب المقابس عليه، و دفعه ٥٧٦
إلتزام صاحب المقابس ببطلان شراء الغاصب لنفسه ٥٧٨
مختار المصنف في دفع محذور شراء الغاصب لنفسه شيئاً ٥٨١
المناقشة في ما سلكه المصنف لدفع محذور الشراء ٥٨٤
ما أفاده الفقيه كاشف الغطاء في تصحيح بيع الفضولي لنفسه ٥٨٧
تقريب الصحة بوجهين ..... ٥٩٣ ـ ٥٨٩
مناقشة المصنف في كلا الوجهين ..... ٦٠٠ ـ ٥٩٣
ما أفاده جماعة من أن المشتري يسلّط الغاصب البائع على الثمن، و توجيهه ٦٠١
الخامس: ما أفاده العلامة من الاشكال المختص بعلم المشتري بكون البائع غاصباً ٦٠٣
مناقشة المصنف في كلام العلامة ٦٠٦

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المراد من صحة بيع الغاصب لنفسه وقوعه للمالك أن أجاز، لا للغاصب ٦١٢
كلام صاحب الرياض، و النظر فيه ٦١٤
بقي أمران
الأوّل: جريان بحث البيع الفضولي في الأعيان الكلية و عدم اختصاصه بالشخصية ..... ٦١٥ ـ ٦٤٥
تشخيص ما في الذمة باللفظ أو بالقصد ٦١٧
لو ردّ مَن قُصِد وقوع البيع له بطل العقد واقعاً ٦٢٠
وقوع البيع للفضولي ظاهراً لو لم يصدِّقه الطرف الآخر على قصده ٦٢٢
ظهور كلام العلامة و غيره في وقوع العقد للفضولي واقعاً ٦٢٣
لو جمع الفضولي بين المتنافيين، و هما اضافة البيع الى الغير، و الكلي الى نفسه أو بالعكس ..... ٦٢٨ ـ ٦٣١
كلام العلامة في شراء الفضولي بعين مال الغير أو في ذمة الغير ..... ٦٣٢ ـ ٦٣٩
محتملات عبارةالتذكرة، وما استظهره المصنف من العبارة، والاشكال على العلّامة ٦٤٠
مختار المصنف في الجمع بين المتنافيين ٦٤٢
الثاني: جريان بحث الفضولي في البيع القولي و المعاطاتي ..... ٦٤٦ ـ ٦٦٩
شمول أدلة صحة البيع الفضولي لكل من القولي و الفعلي بناءً على الملك ٦٤٨
استدلال صاحب المقابس على فساد البيع الفضولي الفعلي بكون الاقباض منهياً عنه و الخدشة فيه بوجوه ..... ٦٤٩ ـ ٦٥٤
الاستدلال بوجهين آخرين على بطلان بيع الفضولي المعاطاتي، والمناقشة فيهما ... ٦٥٤ ـ ٦٦١
منعُ جريان البيع الفضولي في المعاطاة بناءً على كفاية التراضي بدون الاقباض ٦٦١
بطلان الفضولي المعاطاتي بناءً على الاباحة ..... ٦٦٣ ـ ٦٦٩
تحقيق المسألة ٦٦٥
الفهرست ٦٧١