

محصل المطالب
في تعليقات
المكاسب
الجزء: ٢

الشيخ صادق الطهوري

الكتاب: محصل المطالب في تعليقات المكاسب
المؤلف: الشيخ صادق الطهوري
الجزء: ٢
الوفاة: معاصر
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الأولى
سنة الطبع: ١٤٢٠ - ١٣٧٨ ش
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
١	الكلام في شروط المتعاقدين
٣	مسألة: من شروط المتعاقدين البلوغ
٥٥	مسألة: ومن شروط المتعاقدين، قصدهما مدلول العقد
٩٢	الأولى في الفرق بين النكاح والبيع
٩٩	مسألة: ومن شروط المتعاقدين الاختيار
٩٩	المراد من الاختيار
١٠٤	ما يدل على اشتراط الاختيار
١٤٦	فروع
١٤٦	الاكراه على بيع عبد من عبيد
١٥٣	الاكراه على معين فضم غيره إليه
١٥٧	الاكراه على الطلاق
١٥٨	اقسام الاكراه على الطلاق واحكامها
١٦٤	عقد المكره لو تعقبه الرضا
١٩٨	الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟
٢٠٧	مسألة: ومن شروط المتعاقدين: إذن السيد لو كان العاقد عبدا "
٢١٧	هل ينفذ انشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد؟
٢٣٣	فروع: في امر العبد بشراء نفسه من مولاه
٢٣٩	مسألة: ومن شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكين أو مأذونين
٢٥٦	صور بيع الفضولي في مسائل ثلاث
٢٥٧	الأولى: بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع
٣٥٤	الثانية: بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع
٣٦٣	الثالثة: بيع الفضولي لنفسه
٤١٥	لو لم يصدق الطرف الآخر الفضولي في قصده
٤١٩	لو جمع بين نفسه وذمة الغير
٤٢٨	جريان الفضولي في المعاطاة، بناء على الملك
٤٣٧	الاشكال على جريان الفضولي في المعاطاة بناء على الإباحة
٤٤١	القول في الإجازة والرد هل الإجازة كاشفة أم ناقلة؟
٤٩٠	مقتضى القواعد والعمومات
٤٩٥	الثمره بين الكشف باحتمالاته والنقل
٤٩٦	الثمرات المذكورة بين الكشف والنقل
٥١٧	الثمره الأولى من حيث النماء
٥١٨	الثمره الثانية من حيث فسخ الأصيل
٥٢٣	الثمره الثالثة من حيث تصرف الأصيل

- ٥٤٨ ثمرات ذكرها كاشف الغطاء
- ٥٦٤ التنبيه على أمور الأول: عدم كون الخلاف في مفهوم الإجازة، بل في حكمها الشرعي
- ٥٧٠ الثاني: هل يشترط التلفظ في الإجازة؟
- ٥٨٩ الثالث: في عدم سبق الرد في الإجازة
- ٥٩٩ الرابع: في أن الإجازة لا تورث
- ٦٠١ الخامس: في أن إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن أو المثل
- ٦١٦ السادس: في أن الإجازة ليست فورية
- ٦٢١ السابع: هل يعتبر مطابقة الإجازة للقد؟

محصل المطالب
في
تعليقات المكاسب
الجزء الثاني
موسوعة فقهية تشتمل على متن المكاسب
وتعليقات هامة رشيقة للعلماء الأعظم
(الآخوند الخراساني. الطباطبائي اليزدي
الإيرواني. النائيني. الإصفهاني)
صادق الطهوري

(تعريف الكتاب ١)

فهرست نویسی پیش از انتشار:
طه‌وری (نوروزی)، صادق، ۱۳۴۴ - گرد آورنده
محصل المطالب في تعليقات المكاسب: موسوعة فقهية تشتمل على
متن المطالب وتعليقات هامة... الآخوند الخراساني / صادق
الطه‌وري (نوروزی). قم: كلیدر، ۱۴۲۰ ق = ۱۳۷۸.

ج.
شابك: ۳ - ۹۲۵۰۶ - ۹۶۴ (جلد دوم)
ISBN: ۹۶۴ - ۹۲۵۰۶ - ۳ (VOL ۲)

عربي
کتابنامه

۱. أنصاري، مرتضى بن محمد أمين، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ ق. - المكاسب -
نقد وتفسير ۲. معاملات (فقه) ألف. أنصاري، مرتضى بن محمد أمين، ۱۲۱۴ - ۱۲۱۸
ق.
المكاسب. شرح ب. آخوند خراساني، محمد كاظم بن حسين، ۱۲۵۵ - ۱۳۲۹ ق.

شارع

ج. عنوان. د. عنوان: المكاسب = مكاسب. شرح

۷۰۶۲ م ألف / ۱ / ۱۹۰ bp

ط ش / ۸۸۵۲ ألف / ۳۲ / ۲۹۷

تعاوني توليد كتاب حنيف

انتشارات كلیدر

محصل المطالب في تعليقات المكاسب / ج ۲

المؤلف: صادق الطه‌وري (نوروزي)

المطبعة: بهمن

الطبعة: الأولى / ۱۴۲۰ ق / ۱۳۷۸ ش

حق الطبع محفوظ للناشر

العنوان: قم، شارع الشهداء (صفائية) الرقم ۶۹۴

الهاتف: ۷۴۱۹۹۹

(تعريف الكتاب ۲)

مقدمة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه وأفضل بريته المبعوث رحمة
للعالمين و

الناسخ بشريعته السمحاء شرايع الأولين، وعلى عترته الذين فيهم كرائم القرآن وهم كنوز
الرحمن

وعيبات علم الملك العلام، أساس الدين وعماد اليقين، فسعد من اهتدى بهداهم وشقي من
تنكب

عن سبلهم.

أما بعد، فنشكر الله تبارك وتعالى على أن وفقنا لتقديم هذا الجزء، وهو الجزء الثاني من
موسوعتنا،

إجابة " لأهل العلم والفضل، مع كثرة الموانع وصعوبة هذا التحقيق الابداعي وعدم مثيل
ونموذج

لكي نستمد منه، وما يسر لنا الاجتياز من العوائق والموانع مع كثرتها، والتفوق عليها، إلا
فضله

ورحمته جل جلاله وعظم شأنه، وما بكم من نعمة فمن الله.

ويجب التأكيد (كما أشرنا في مقدمة الجزء الأول) على أن الهدف الأساسي الاتيان بآراء
المحشين

ونظرياتهم قدس الله أسرارهم بصورة تعاليق على متن المكاسب (الذي له دور جاد في
الاجتهاد

والفقاهاة) في المواضع التي تناسبها وإن كان في الكتاب المأخذ تحت عنوان آخر، وإن
كان

أيضا " يوجب كثيرا " ما البيونة والتفكيك حتى بين عبائرهم أو أدلتهم المتتابعة المأية بها
في طي كلام

واحد، ولكن هذا كله مع رعاية جانب التحفظ والاحتياط، بحيث لا يخل بالمقصود ولا
يضر بالمرام.

(مقدمة الكتاب ٣)

وهذا، هو بحمد الله من الفوائد المهمة التي امتازت بها موسوعتنا الاقتراحية الابداعية،
يعني: الاتيان

بآرائهم ولو مع التفكيك بين عبارة وعبارة، كلها في موضع مناسب، وترتيبها وتنظيمها
بصورة

رائعة ممتعة، بحيث يتم ويستكمل الإفادة ويسهل ويسير الاستفادة.
وأیضا جئنا بمطالبهم التي لم يتعرض بأصلها الشيخ الأعظم الأنصاري قدس سره في المتن
المكاسب

ولكن فيها فائدة علمية وربط وثيق بالمطلب المذكور في المتن (المكاسب) في كل
مبحث، تحت

عنوان استطراد أو تكملة وهكذا.

وعلى أي، كان جهدنا وجدنا أن لا نغمض من أفكارهم وآرائهم قدس الله أسرارهم قدر ما
نستطيع، ونرتب وننظم مطالبهم قدر ما يمكن والعصمة لله تبارك وتعالى.

وجدير بالذكر، إن من أول مبحث بيع الفضولي عنواننا بالطبعة السابقة الحجرية لكتاب منية
الطالب

(التي طبعت في المطبعة الحيدرية في طهران) لأنها (من هذا المبحث) لم تطبع بصورة
جديدة.

ونرجو من الأساتذة العظام أن يمنوا علينا بارشاداتهم المفيدة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قم المقدسة شعبان المعظم - سنة ١٤٢٠ هـ . ق

المحتاج إلى رحمة ربه: صادق الطهوري (نوروزي)

(مقدمة الكتاب ٤)

الكلام في شروط المتعاقدين
* البلوغ *

(١)

مسألة (١)
المشهور - كما عن الدروس والكفاية - : بطلان عقد الصبي . (٢)

(٣)

بل عن الغنية: الاجماع عليه وإن أجاز الولي. (٣)

وهذا، هو المستفاد من أغلب التفاسير، كما في المجمع والصابي والكشاف والرازي وحاشيته، ففي تفسير الفخر:

(شرط في دفع أموالهم إليهم شرطين، أحدهما: بلوغ النكاح. والثاني: إيناس الرشد... إلى آخره.) (ص ٣٥٣)

(٣) الآخوند: لا شبهة في عدم نفوذ المعاملة التي استقل بها، ولو فيما إذا وكله المالك فيها، أو أوكل الولي إليه أمرها لاجماع المنقول في لسان جمع من الأصحاب وغير واحد من الأخبار. وأما إذا وكل في مجرد إجراء الصيغة، أو أوكل إليه أمره بعد المساومة والمقاطعة ممن بيده إنفاذ المعاملة، ففيه: الإشكال للعمومات، وعدم نهوض المنقول من إجماع الأصحاب، وأخبار الباب، لتخصيصها.

أما الاجماع، فإن المتيقن من معقده غير هذه الصورة. (ص ٤٦)

الطبائبي: يمكن أن يقال: إن مراده عدم صحة التصرف منه وإن كان بإذن الولي لا مسلووية عبارته، بحيث يبطل العقد وإن كان المتصرف هو الولي أو غيره وكان الصبي هو المجري للصيغة، بل يمكن أن يقال: إن مراد كثر العرفان (فيما سيأتي) أيضا " ذلك، بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد المشهور أو جملة منهم، فلا يمكن دعوى الشهرة أو الاجماع على سلب عبارته خصوصا " في غير ماله بأن يوكله الغير في إجراء الصيغة بعد المقابلة والمراضاة والمساومة فتدبر. (ص ١١٣)

الإيرواني: اعلم أن هنا مقامات ثلاثة: الأول: عدم نفوذ تصرفات الصبي في أمواله ببيع وشراء وغير ذلك استقلالاً، وهذا مما لا إشكال فيه، فإنه محجور عليه كالمفلس.

الثاني: عدم نفوذ تصرفاته حتى بإذن الولي ولعله المشهور المحكى عليه الاجماع.

الثالث بطلان إنشائه وكون قصده كلا قصد فيكون كبيع الهازل والنائم فلا يصح عقده وإن لم يشتمل على تصرف في أمواله، كما إذا توكل من البالغين في إجراء الصيغة أو وكله الولي في إجراء الصيغة على أمواله بعد أن كانت المعاملة عليها من نفس الولي، وهذا هو محل البحث فعلا "، والمصنف قد خلط بين هذا الذي هو محل البحث فعلا " وبين المقام الثاني، كما لا يخفى على من راجع كلماته في خلال البحث.

وفي كثر العرفان: نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا، وظاهره إرادة التعميم لصورة إذن الولي. وعن التذكرة أن الصغير محجور عليه بالنص والاجماع - سواء كان مميزاً أولاً - في

جميع التصرفات إلا ما استثني، كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدييره ووصيته وإيصال الهدية وإذنه في الدخول، (٤) على خلاف في ذلك، انتهى.

الولي فليس له التصرف رأساً " لا مستقلاً " ولا منضمماً " إلى الولي، بحيث كان النفوذ متوقفاً " على فعلهما معا "

أو كان لإذنه دخل في صحة تصرف الولي أو كان لأذن الولي دخل في صحة تصرفه. (ص ٣٩٦)

(٤) الطباطبائي: لا ينبغي الإشكال في بطلان تصرفاته بدون إذن الولي أو إجازته ما عدا الوصية.

نعم، لو قلنا: بصحة المستثنيات المذكورة فيصح توكيله فيها أيضاً "، كما يصح إقراره بها لأن من ملك شيئاً "

ملك الإقرار به إنما الإشكال في صحة تصرفاته مع إذن الولي أو إجازته سواء كان الإذن في أصل التصرف

بأن يوكل إليه الأمر على حسب ما يراه أو في مجرد الصيغة.

والتحقيق: صحة الثاني بمعنى عدم كونه مسلوب العبارة بل يصح أن يتوكل عن الغير في مجرد إجراء

الصيغة بلا إذن من الولي أيضاً " وصحة الأول، بمعنى نفوذ التصرفات منه بإذن الولي أو إجازته لكن في

المقدار الذي هو مورد السيرة بل مطلقاً " .

وذلك لأن غاية ما يستدل به على سلب عبارته وبطلان تصرفاته (من): الاجماع وحديث رفع القلم

والأخبار الدالة على عدم جواز أمره ورواية عمل الصبي خطأ. (لا يشمل هذا القسم كما سيأتي).

ودعوى: عدم صدق البيع والعقد والتجارة على ما يقع منه، كما ترى! خصوصاً " إذا كان ما يصدر منه مجرد

إجراء الصيغة ومع عدم الدليل على البطلان المرجع العمومات وهي تقتضي الصحة، كما لا يخفى. (ص ١١٣)

النائني (منية الطالب): إن الأغراض بالنسبة إلى الآثار المترتبة على الأفعال مختلفة، فقد يتعلق الغرض

بحصول الأثر في الخارج من دون دخل لفاعل خاص، أي: المقصود حصول النتيجة.

وقد يكون الغرض حصوله من شخص خاص بحيث كان فعله موضوعاً " للحكم والقسم الأخير هو المقصود

في باب الوكالة، لأنه البيع مثلاً " مترتب على فعل الوكيل من حيث إنه هو الفاعل، ونظيره في الأحكام التكليفية الفعل العبادي، فإن المقصود منه حصوله من شخص المكلف.

(A)

واستثناء إيصال الهدية وإذنه في دخول الدار، يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق

أفعاله، لأن الإيصال والإذن ليسا من التصرفات القولية والفعلية، وإنما الأول آلة في إيصال الملك، كما لو حملها على حيوان أو أرسلها، والثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحة الدخول، وهو رضا المالك. (٥)

وأما القسم الأول الذي نظيره في التكاليف هو الفعل التوصلي فهو خارج عن باب الوكالة، فعلى هذا عد

إيصال الهدية والإذن في دخول الدار من مستثنيات معاملات الصبي لا وجه له، لأن هذه الأمور ليست من

باب الوكالة، بل الغرض وصول الهدية إلى المهدى إليه، ولو كان بتوسط حيوان، وهكذا في مسألة الدخول

في الدار الغرض استكشاف رضا صاحب الدار.

بل لو قلنا: في باب المعاطاة إن الغرض منها وصول كل واحد من العوضين إلى مالك الآخر، - كما قيل به

في مسألة كوز السقاء وصندوق الحمامي - فلا بأس بأن يكون الصبي مقام الكوز. (ص ٣٥٨)

النائني (المكاسب والبيع): وليعلم أن محل الكلام في باب الصبي إنما هو بعد الفراغ عن مهجوريته فيما

ثبت مهجوريته، إذ حينئذ يقع البحث في كيفية هجره وأما فيما لا هجر له كالوصية ونحوها - لو قيل -

فهو خارج عن محل البحث، كما لا يخفى.

كما أن مورد البحث إنما هو معاملات، لا مطلق ما يصدر عنه، مثل إذنه في دخول الدار أو إيصاله الهدية من

قبل الولي الذي قامت السيرة على جوازه خارج عن محل الكلام. (ص ٣٩٨)

(٥) الأخوند: واستثناء العلامة عنه، إيصال الهدية وإذنه في دخول الدار، لا يكشف عن شموله لجميع أفعال

الصبي التي منها محل البحث، فإن استثنائهما إنما يكشف عن دخول مثلهما، لا عن دخول عمل لم يستقل به

بل يكون آلة في مجرد إيقاع الصيغة كاللسان من الإنسان. (ص ٤٦)

الطباطبائي: لا شهادة في الاستثناء المذكور على ما ذكره، فإن الإيصال أو الإذن يرجع إلى الوكالة واعتبار

قوله فيما بيده من المال - المعلوم أنه للغير - لا يكون إلا إذا كان جازي التصرف.

والحاصل: إن إيصال الهدية تصرف من التصرفات وليس الكلام في كونه مجرد الآلة وإلا لم يكن إشكال في

عدم اعتباره معه فقوله: (على خلاف في ذلك) دليل على أن نظره إلى غير مجرد الآلية تدبر. (ص ١١٤)

(۹)

واحتج على الحكم في الغنية بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: (رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي

حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ.)، وقد سبقه في ذلك الشيخ

في المبسوط في مسألة الاقرار، وقال: إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم، ونحوه الحلبي في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشرا"، وتبعهم في الاستدلال به

جماعة، كالعلامة وغيره.

واستدلوا أيضا " بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام: (إن الجارية إذا زوجت

ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء، والغلام

لا يجوز أمره في البيع والشراء ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة..... (الحديث)

وفي رواية ابن سنان: (متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: ما أشده؟ قال: احتلامه.) وفي معناها روايات أخرى. (٦)

(٦) الآخوند: ظهور (رواية ابن سنان) فيما إذا استقل في العمل مما لا يكاد يخفى كما أفاده رحمه الله، فلا

يعم ما إذا كان وكيلا " في مجرد إيقاع الصيغة وبمنزلة اللسان من الانسان فافهم. (ص ٤٦)

الإيرواني: ظاهر رواية حمزة بن حمران عدم جواز دفع مال الصغير إليه، فلولا أن تصرفاته فاسدة حتى

يأذن الولي لم يكن لذلك وجه.

فالانصاف: أن الرواية تمنع نفوذ تصرفات الصبي مطلقا " استقلالا " ويأذن الولي، إلا أن يقال: إن الرواية إنما تدل

على عدم جواز دفع ماله إليه على أن يتصرف بما شاء وكيف شاء، نظير ما يتصرف بعد البلوغ لا أن

تكون تصرفاته صادرة عن إذن الولي ورضاه حتى لو لم يأذن في تصرف خاص لم يتصرف. كيف كان، فالرواية أجنبية عن المقام لما عرفت من: أن البحث في مقام آخر غير هذين

المقامين وهو فساد

إنشائه وكون قصده كقصد الهازل، حتى لو لم يتصرف بوجه في ماله بل توكل من البالغين في إجراء

الصيغة أو إنشاء فضوله للمعاملة، فكان إنشائه غير قابل للإجازة من المالك، فإن هذا غير منظور إليه في

الأخبار قطعا " ومقتضى العمومات صحته لتحقق عنوان المعاملة بإنشائه قطعا "، لأن المفروض تحقق القصد

منه إلى الإنشاء فيترتب عليه أحكام تلك المعاملة. (ص ١٠٦)

(١١)

لكن الانصاف: أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف، لأن الجواز مرادف للمضي، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولي غير ماض، بل موقوف. (٧)

النائبي (المكاسب والبيع): لكن الانصاف: أن (هذه الروايات) إنما تدل على عدم استقلال الصبي قبل البلوغ... وأما إنه مهجور عليه رأساً " ويكون مسلوب العبارة بقول مطلق - كما هو المدعى - فلا، وهذه الأخبار تكون أخص من المدعى. (ص ٤٠٤)

(٧) الإصفهاني: التحقيق: إن الجواز والمضي والنفوذ مفاهيم متقاربة مقتضى ثبوتها في الخارج ترتب الأثر فعلاً " على العقد الموصوف بفعالية الجواز والمضي والنفوذ، ولا يكون ذلك إلا بفعالية العلة التامة من وجود المقتضى والشرط وعدم المانع، وعليه فعدم الجواز وعدم المضي فعلاً " بعدم فعالية ترتب الأثر، وعدم ترتب الأثر فعلاً " إما بعدم المقتضى، أو بفقد الشرط، أو بوجود المانع، فليس عدم الجواز مساوقاً " لعدم الأهلية والاقضاء لأثر، ولا مساوقاً " لعدم الأثر من حيث فقد الشرط أو وجود المانع حتى يكون مساوقاً " لكونه موقوفاً "، بل أعم من كل ذلك من دون اختصاص للمفاهيم المزبورة إثباتاً " ونفياً " بجهة من تلك الجهات، بل هي جهات التأثير وعدمه لا دخلية في المفهوم وعليه فعدم جواز الأمر في الغلام قابل للاطلاق من حيث إذن الولي.

نعم، التحقيق: إن ظاهر قوله عليه السلام: (لا يجوز أمره في البيع والشراء) ما إذا استقل بالبيع والشراء بتدبير شأن المعاملة ولو بتفويض وليه أمر المعاملة إليه كتفويض الموكل أمر المعاملة إلى وكيل.

وأما إذا لم يكن للغلام إلا إجراء الصيغة فقط، فليس له بيع وشراء ولا عقد ولذا لا ريب في أن مباشر العقد غير مأمور بالوفاء، بل من له العقد، ومباشر الايجاب والقبول فقط ليس له الخيار بل من له البيع وبيده تدبير شأن المعاملة وهكذا.

ومقتضى ما ذكرنا حتى مع الاطلاق للإذن، عدم صحة ما يستقل به الغلام من أنحاء العقود ولو بتفويض الولي أو مالك المال نظراً " إلى أنه لم يفوض الشارع أمر المعاملة إليه فليس للولي تفويض

أمرها إليه، كما أنه ليس للمالك تفويض أمر ماله إليه، مع أنه لم يفوض إليه أمر مال نفسه.

(١٢)

ويشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: (إلا أن يكون سفيهاً)، فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته، وأنه إذا ساوم وليه متاعاً " وعين له قيمته وأمر الصبي بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً"، وكذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه. (٨)

وبالجملة: هو شرعاً " غير قابل لتدبير أمر المعاملة وإنفاذه، لا أن عبارته تقصر عن عبارة غيره.

(ص ١١٣) * (ج ٢ ص ١٠)

(٨) الطباطبائي: قلت: إن الظاهر من الأخبار المذكورة محجوريته في التصرف في مال نفسه فلا دلالة فيها

على عدم صحة تصرفه في مال غيره بوكالة ونحوها فلا حاجة فيها إلى إذن الولي فلو وكله الغير في إجراء

صيغة النكاح صح ولو كان بدون إذن الولي فلا وجه لتقييد المصنف له في قوله: (أو قبوله لغيره مع إذن

وليه) فتدبر. (ص ١١٣)

الإصفهاني: (نظره إلى) أن بيع السفيه ليس باطلاً " حسب الاقتضاء والأهلية بل بحسب الفعلية فقط لصحته

بإذن وليه فيكون المستثنى منه هي الصحة الفعلية بالبلوغ فيكون المنفى قبل البلوغ الصحة بهذا المعنى.

وفيه: أن الاستثناء يشهد بأن المثبت والمنفى من الأول إلى الآخر ليس الجواز وعدمه من حيث الاقتضاء

والأهلية وأما الجواز بالمعنى الأعم المناسب للاقتضاء والأهلية ولمرتبة الفعلية، كما هو الظاهر من المفهوم،

فلا ينافي الاستثناء، فإن مفاد الاستثناء الأول هو الجواز الفعلي بالبلوغ ومفاد الاستثناء الثاني نفيه بالسفه

وأن يكن الثابت في الأول إلا من حيث الاقتضاء والمنفى في الثاني من حيث الفعلية، بمعنى أن جهة الجواز

في البلوغ ثبوت مقتضى الجواز الذي لم يكن ثابتاً " قبل البلوغ وجهة عدمه في السفه فقد شرط الفعلية بفقد

الرشد.

ويؤيد ما ذكرناه سابقاً " من: أن الجواز وعدمه بمعنى واحد من دون اختصاصهما بحيثية الاقتضاء والأهلية،

ولا بحيثية مخصصة لهما بالجهات المختصة بالفعلية من الشرط والمانع ما ورد في العبد من: (أنه لا

يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده)، فإنه ليس المنفى الصحة التأهيلية لوضوح أن العبد ليس بمسلوب

العبارة لصحة عقده بإذن سيده على الفرض، وليس المنفي الصحة الفعلية المساوقة
للاستقلال في التصرف

(١٣)

حيث إنه لا يعقل ربط الاستثناء به، وإلا لكان معنى العبارة: أنه لا يستقل بالتصرف إلا بإذن سيده مع أن إذنه عين عدم استقلاله ووقوف عقده على إذن سيده، فالجواز المنفي والمثبت نفسه نفوذ عقده فعلا " من دون نظر إلى تلك الخصوصيات، فلا ينفذ عقده نفوذا " فعليا " خارجيا " إلا بإذن سيده، فيعلم منه: أنه

غير مستقل بالتصرف وإن عبارته غير مسلوقة الأثر. (ص ١١٣) * (ج ٢ ص ١١) النائيني (منية الطالب): بالجملة: ظهور الحديث في كون عبارته كالعدم بقرينة جعله رديفا " للمجنون

والنائم مما لا ينبغي المناقشة فيه. (ص ٣٦١) النائيني (المكاسب والبيع): المتحصل من مجموع ما ذكرناه (وما سنقوله): هو صحة التمسك به لاثبات مهجورية الصبي نحو هجر المجنون، بحيث يكون مسلوب العبارة حتى مع إذن الولي على ما هو مذهب

المشهور. (ص ٤٠١) (٩) النائيني (منية الطالب): الحق: دلالتها (رفع القلم) على كونه مسلوب العبارة، فإن الظاهر من قوله (رفع القلم عنه) ما هو المتعارف بين الناس والدائر على ألسنتهم من أن فلانا " رفع القلم عنه ولا حرج

عليه، وأعماله كأعمال المجانين، فهذه الكلمة كناية عن أن عمله كالعدم ورفع عنه ما جرى عليه القلم فلا

ينفذ فعله، ولا يمضى عنه، فإن ما صدر عنه لا ينسب إليه. نعم، يختص رفع القلم بالفعل الذي لم يكن موضوعا " لحكم بذاته، لأن الظاهر من هذا الحديث الشريف أن

الأفعال التي تترتب عليها الآثار لو صدرت من البالغ العاقل المستيقظ فهي إذا صدرت من الصبي ومثله فلا أثر لها.

وأما الأفعال التي تترتب عليها الآثار من دون فرق بين الالتفات وغيره ومن غير فرق بين الاختيار

وغيره، فهذه خارجة عنه تخصصا ". فعلى هذا، لا يشمل الحديث مثل الاتلاف والجناية، بل مطلق الحدث والجناية الموجبة للدية ونحو

ذلك. (ص ٣٥٩)

ففيه: أولاً: إن الظاهر منه قلم المؤاخذة، (١٠) لا قلم جعل الأحكام، ولذا بنينا -
كالمشهور - على
شرعية عبادات الصبي. (١١)

(١٠) النائيني (منية الطالب): مرجعها إلى اختصاص الرفع بالأحكام التكليفية، دون الوضعية
(ففيه: نحن)
أوضحنا في الأصول في حديث الرفع من: أن الرفع التشريعي يصح تعلقه بالأمور الخارجية
من دون توقف
على تقدير المؤاخذة أو غيرها، والرفع التشريعي يقتضي رفع جميع الآثار ففي المقام يمكن
تعلق الرفع بنفس
القلم، أي رفع قلم جعل الأحكام عنه، سواء أكانت موجبة للمؤاخذة على مخالفتها
كالأحكام التكليفية، أم
لم تكن كالوضعية. (ص ٣٦٠)
(١١) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى عدم ورود هذا اليراد، لمنع ظهور هذه الجملة
في كون المرفوع
هو المؤاخذة، وقياس هذا الخبر الشريف بحديث الرفع المشهور (كما سيقوله المصنف)
فاسد، حيث لما لم
يكن المرفوع مذكوراً " في الحديث المشهور ولا بد له من التقدير بأن يقال: المقدر هو
المؤاخذة بخلاف هذا
الخبر، حيث إن كلمة القلم تكون هي النائب عن الفاعل فلا موجب معه لتقدير أصلاً "،
حتى يبحث في تعيينه
وأنه هل هو المؤاخذة أو غيرها؟ ويصير المعنى حينئذ، إما المعنى المتفاهم
العرفي من هذه الجملة أعني: كون
الصبي مرخى العنان. وإما بمعنى رفع قلم التشريع وجعل الأحكام. (ص ٤٠٠)
الإصفيهاني: مورد هذا الخبر الشريف وإن كان سقوط الرجم عن المجنونة التي قد زنت،
وفي خبر آخر
سقوط القصاص والدية في ماله ويوافقهما خبر آخر يتضمن كتابة الحسنات قبل البلوغ
وكتابة السيئات
بعده، فالذي لا يكتب عليه ما يترتب على السيئات من العقوبات ويناسبه رفع القلم، حيث
إن الرفع يتعلق
بأمر ثقيل على الشخص وهي المؤاخذة الأخروية أو الدنيوية، وإلا فالتكليف مع قطع النظر
عما يترتب على
مخالفته ليس فيه ثقل على الشخص، إلا أن الظاهر مع ذلك رفع قلم التكليف والوضع الثقيل
على الصبي
مثلاً " وهو التكليف اللزومي الذي يؤخذ به المكلف والوضع الذي يتضمن مؤاخذة في
نفسه أو طرفه أو
ماله وثبوت القصاص وثبوت مال على ذمته عين المؤاخذة وهو أيضاً " عن الوضع، لا أنه

كالمؤاخذة على
مخالفة التكليف مبائن مع التكليف، فتعميم المؤاخذة للمؤاخذة الدنيوية بمراتبها تعميم لرفع
الوضع حقيقة.
(ص ١١٣) * (ج ٢ ص ١٣)

(١٥)

وثانياً " : أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين، (١٢)

مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير، لا أحكاماً " مترتبة عليه حتى مع الواسطة. (ص ١٠٦) (١٢) النائيني (منية الطالب): (ففيه: أن) اشتراك غير البالغ مع البالغ في الأحكام الوضعية التي هي محل البحث كعقد الصبي أول الكلام بل المشهور عدمه. نعم، يشتركان في مثل الاتلاف ونحوه. (ص ٣٦٠) الإصفهاني: ثبوت الحكم الوضعي في حق غير البالغ أحياناً "، في قبال عدم ثبوت التكليف اللزومي بقول مطلق، صحيح ولعله مراد المشهور. وأما جريان الأحكام الوضعية مطلقاً " في حق غير البالغ على حد جريانها في حق البالغ فلا، كيف!

والمشهور على فساد عقود وإيقاعاته، إلا وصيته وتدييره. ومن الواضح: عدم كفاية تلك الموجبة الجزئية لما هو قدس سره بصدده من إثبات صحة بيعه وغيره ولو في صورة إذن الولي أو صحته اقتضاء وتأهلاً " من حيث تأثير عقده وعدم كونه مسلوب الأثر. نعم، يختلف حال ما ثبت في حقه من الوضع فتارة " يكون تخصيصاً " لعموم رفع القلم عنه مطلقاً " كالوصية والتدبير وشبههما، وأخرى لا يكون تخصيصاً " كضمانه بإتلافه وجنابته ونجاسته وطهارته وأشباهها، فإن الظاهر من رفع القلم عنه وعن المجنون والنائم رفع ما يكون منوطاً " بالشعور والاختيار والعقل وكماله. وأما ما يثبت في حق البالغ الكبير ولو صدر عنه، لا عن شعور واختيار وإعمال رأي ونظر - كإتلافه

المضمن بأي وجه اتفق أو السبب الموجب لجنابته ونجاسته وطهارته - فمثلها غير منوط بالعقل وكماله ولا بشعور واختيار، فلا يعمه حديث (رفع القلم) حتى يكون ثبوتها في حق الصغير تخصيصاً " له

. (ص ١١٤) * (ج ٢ ص ١٣)

النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى عدم ورود (هذا الإشكال) لخروج الأحكام الوضعية عن مورد الرفع بالتخصص وذلك، لأن المرفوع عن الصبي كمشاركاته في الرفع - أعني: المجنون والنائم - هو الحكم

الشرعي المترتب على أفعالهم القصدية التي اعتبر فيها القصد، لأجل عدم تمشي القصد من النائم، وكونه بلا أثر في المجنون، فالآثار الشرعية المترتبة على أفعالهم بما هي هي، بلا اعتبار قصد فيها - كعوض الجنائيات

ونحوه، وكالجنابة حيث إنها يترتب على سببها مطلقاً، ولو وجد السبب بلا قصد
واختيار، لا يكون
مرفوعاً"
بدلالة حديث (رفع القلم عنهم)، فالخبر الشريف يدل على رفع ما يترتب على أفعالهم
القصدية من

(١٧)

فلا مانع من أن يكون عقده سببا " لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، (١٣) كما يكون جنابته سببا " لوجوب غسله بعد البلوغ وحرمة تمكينه من مس المصحف. (١٤)

الآثار الشرعية، ولما كانت دلالاته على رفعه أيضا " بالعموم يكون كساير العمومات القابلة للتخصيص، فلو فرض قيام دليل على ثبوت الأثر على بعض أفعالهم، لكان خارجا " عن تحت عمومه بالتخصيص، ولا مانع عنه من هذه الجهة ولا يبلغ تخصيصه بمرتبة من الكثرة الموهنة كما لا يخفى، إذ الخارج عنه، ليس إلا موارد مثل وصية الصبي وحيازته المباحات - لو قيل بهما - ومثل صحة إسلامه وشرعية عباداته - على ما هو الحق - ومن ذلك يظهر: أن القول بشرعية عاداته، لا ينافي مع عموم رفع قلم التشريع عنه، إذ يكون الدليل

المثبت لمشروعية عباداته مخصصا " لعمومه. (ص ٤٠٠) (١٣) الإصفهاني: لا ريب في أنه لا معنى لأن يؤمر بالوفاء إلا من كان له عقد، فلا يخاطب الولي بالوفاء بعقد الصبي إلا بلحاظ أنه عقده لمكان إذنه وإجازته، وحيث لا وجوب على الصبي - ولو تعليقا " -، لأنه شق مقابل لما تقدم فما معنى ثبوت الوضع في حق الصبي وتأثيره في الملكية من حيث إنه عقد الولي، لا ربط له بثبوت الوضع في حق الصبي.

نعم، باعتبار كشفه عن صلاحية عقد الصبي للتأثير بحيث يكون بإضافته إلى الولي مؤثرا " فعليا " - وإلا لم تكن إضافته إلى الولي مفيدة -، يمكن إثبات الوضع في حق الصبي من حيث عدم كون عبارته مسلوبة الأثر إلا أن إرادة ثبوت الوضع بهذا المعنى، لا يلائم الجواب الثالث المبني على عدم الوضع في حق الصبي، بل فعله موضوع لعمل الغير، فإن المنفى هناك إن كان الوضع بهذا المعنى فلم يكن عقده ذا أثر ولو اقتضاء وتأهلا "، حتى يتحقق بينه وبين الآخر عقد يصلح أن يكون موضوعا " لعمل الغير، بل كان العقد معه كالعقد

مع الحمار لا يكون موضوعا " لعمله أصلا ". (ص ١١٤) * (ج ٢ ص ١٤) (١٤) الطباطبائي: إذا قلنا باختصاص الأحكام بالبالغين فلا بد أن يكون عقد الصبي مؤثرا " في التملك، إذ السببية حكم وضعي، والمفروض عدمه في الصبي، وكونه مؤثرا " بالنسبة إلى البالغين دون

الصبي مما لا
يمكن في المقام، إذ المفروض أنه لو بلغ يصير مكلفاً " بالعمل به، ومع ذلك كيف يمكن
أن يقال: بعدم

(١٨)

وثالثا " : لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا " للأحكام المجعولة في حق البالغين، فيكون الفاعل - كسائر غير البالغين خارجا " عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ. (١٥)

مؤثرته في حقه كيف! ولا يمكن أن يحصل التملك بالنسبة إلى شخص دون شخص، فكونه خارجا " عن الحكم إلى وقت البلوغ يقتضي خروجه مطلقا " وإلا لزم ما ذكرنا. (ص ١١٤) الإصفهاني: قد اكتفى قدس سره، كما في أصوله بانتزاع الوضع من الحكم المعلق على البلوغ وقال بعدم اختصاصه بالحكم الفعلي المنجز وقد مر منا - في أول المقبوض بالعقد الفاسد - : إن الغرض من انتزاع الوضع من التكليف، إن كان حقيقة انتزاع مفهوم يقابل التكليف، - كما هو واضح - فمن البين: إن فعلية الأمر الانتزاعي بفعلية منشأ انتزاعه، فلا يعقل ضمان فعلي مع منشأ تقديري، وإن كان الغرض أنه لا معنى للوضع إلا نفس الحكم التكليفي التعليقي، فهذه دعوى العينية لا دعوى الانتزاع والاثنية في المفهوم، مع أن مرجعه إلى أنه لا ضمان فعلا "، بل بعد البلوغ ويكون الاتلاف جزء السبب ويتم في تأثيره الضمان بالبلوغ بخلاف ما إذا قلنا: باستقلال الوضع في أمثال هذه الأمور بالجعل، فإن اعتبار الضمان وشبهه فعلي وإن لم يكن هناك تكليف. (ص ١١٤) * (ج ٢ ص ١٤) النائيني (منية الطالب): (ففيه): مضافا " إلى عدم إمكان تفكيك الآثار بين البالغ وغيره فيما كان ذات الفعل موضوعا " لأثر، بل فيما كان الأثر مترتبا " على الفعل القصدي أيضا "، فإنه لو أفاد عقد الصبي الملكية، فلا يمكن أن لا يكون مؤثرا " فعلا " ويصير ذا أثر بعد البلوغ أن كون فعله موضوعا " للأحكام المجعولة في حق البالغين فرع أن يكون فعله مؤثرا "، وهذا أول الكلام، لأنه يحتمل أن يكون وجوده كعدمه، كما في عقد المجنون ومثله، فكيف يمكن أن يكون هذا الذي صدر من مثل المجنون موضوعا " لحكم البالغ العاقل! (ص ٣٦٠) (١٥) الآخوند: - مضافا " إلى إمكان دعوى ظهورها في رفع خصوص المؤاخذة عنه كحديث الرفع - إن رفع القلم عنه مطلقا "، وضعا " وتكليفا " لا يقتضي رفع القلم عن غيره بسبب فعله إذا كان بإذنه، ففعله إنما لا يكتب بما هو مضاف إليه، لا بما هو مضاف إلى الغير وقد صدر بإذنه. (ص ٤٦)

وبالجملة: فالتمسك بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي وما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين. (١٦)

الطبائبي: (بناء على ما قلناه في التعليقة السابقة) نقول: كون فعله موضوعاً " لأحكام البالغين

أمر صحيح في نفسه لكن المقام ليس كذلك فتدبر. (ص ١١٤)
النائبي (المكاسب والبيع): هو أضعف من الأولين، فإن المراد بالبالغ الذي يكون فعل الصبي

موضوعاً " للأحكام المجعولة في حقه إما البالغ الأجنبي عن الصبي أو البالغ الذي من أوليائه فعلى الأول فلا

معنى لكون فعله موضوعاً " في حق الأجنبي عنه، كما لا يخفى. وعلى الثاني فهو إقرار بترتيب الأثر على فعله،

إلا أنه لما كان قصوره عن توجه التكليف إليه يصير التكليف متوجهاً " إلى وليه. (ص ٤٠١)

الإيرواني: لعل الفرق بين هذا وسابقه إن في سابقه أثبت التأثير لانشائه في حصول آثار المعاملة وفي هذا

نفي التأثير ولكن بمعنى الاستقلال بالتأثير، وأما التأثير الضمني على أن يكون إنشاء الصبي جزء المؤثر،

والجزء الآخر بلوغه أو بلوغ أرباب الأموال نظير عقد الوصية الذي هو جزء المؤثر والجزء الآخر موت

الموصى، ونظير عقد الصرف والسلم الذي هو جزء المؤثر والجزء الآخر القبض، فلا مانع منه.

ولكن يدفعه: إنه بعد الاعتراف باختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين لا يسعه الالتزام بأن إنشاء الصبي

جزء المؤثر، فإنه يناقض ذلك، إذ لا فرق بين الالتزام بجزء المؤثر أو تمام المؤثر في أنه التزام بعموم الحكم

الوضعي لا فعال الصبي.

ولكن الحق: إن تأثير عقد الصبي في حصول عناوين المعاملات تأثير تكويني في أمر تكويني اعتباري ولا

دخل له بالأحكام الوضعية.

نعم، تلك العناوين المتولدة من إنشائه موضوع لأحكام في الشريعة وحديث (رفع القلم) لا يرفع،

إلا الأحكام بلا واسطة. (ص ١٠٦)

(١٦) الإصفهاني: لا يخفى أن رفع التكليف اللزومي عن الصبي لا ينافي شرعية عباداته الموقوفة على

مجرد الطلب الغير اللزومي إذا لم نقل بكفاية الحسن الذاتي والمصلحة الباعثة على التكليف في القربة، فأدلة

(۲۰)

فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الاجماع المحكى، المعتضد بالشهرة العظيمة، (١٧) وإلا فالمسألة محل إشكال، ولذا تردد المحقق في الشرائع في إجارة المميز بإذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية، واستشكل فيها في القواعد والتحرير. وقال في القواعد: وفي صحة بيع المميز بإذن الولي نظر، بل عن الفخر في شرحه: أن الأقوى الصحة، مستدلاً " بأن العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر عنه - ولكن لم أجده فيه - وقواه المحقق الأردبيلي على ما حكى عنه. ويظهر من التذكرة عدم ثبوت الاجماع عنده، حيث قال: وهل يصح بيع المميز وشراؤه؟ الوجه عندي: أنه لا يصح. واختار في التحرير: صحة بيع الصبي في مقام اختبار رشده. وذكر المحقق الثاني: أنه لا يبعد بناء المسألة على أن أفعال الصبي وأقواله شرعية أم لا، ثم حكم بأنها غير شرعية، وأن الأصح بطلان العقد. وعن المختلف: أنه حكى - في باب المزارعة - عن القاضي كلاماً " يدل على صحة بيع الصبي. وبالجملة: فالمسألة لا تخلو عن إشكال، وإن أطب بعض المعاصرين في توضيحه حتى ألحقه بالبديهيّات في ظاهر كلامه.

التكاليف الغير اللزومية لا مانع من شمولها له، كما أن الدليل على شرعية صلواته اليومية وصيام شهر رمضان وأشباههما دليل على أن ما هو واجب في حق البالغ مستحب في حق الصبي. (ص ١١٣) * (ج ٢ ص ١٣)

(١٧) الطباطبائي: قد عرفت ما فيه مضافاً " إلى ما ذكره قدس سره بعد هذا. (ص ١١٤) الإيرواني: قد عرفت: أن معقد الاجماع والشهرة هو تصرفات الصبي وغاية عمومهما: أن تعم التصرفات الصبي بإذن، أو بغير إذن وهو أجنبي عن إنشائه ونفوذ قصده ولو لم يستلزم التصرف المالي الذي هو محل البحث. (ص ١٠٦)

الإصفهاني: قد عرفت: أن القدر المتيقن من معقد الاجماع ومورد النصوص، ما إذا استقل الصبي بالمعاملة ولو بتفويض الولي أمرها إليه، ومع عدم شمول معقد الاجماع والنصوص لصورة إجراء الصيغة لا حاجة إلى

فالانصاف: أن الحجة في المسألة هي الشهرة المحققة والاجماع المحكى عن التذكرة:
بناء على

أن استثناء الاحرام - الذي لا يجوز إلا بإذن الولي - شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل
سلب العبارة، لا نفي الاستقلال في التصرف، وكذا إجماع الغنية، بناء على أن استدلاله
بعد

الاجماع بحديث (رفع القلم) دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولي. وليس المراد نفي
صحة

البيع المتعقب بالإجازة، حتى يقال: إن الإجازة عند السيد غير مجدبة في تصحيح مطلق
العقد

الصادر من غير المستقل ولو كان غير مسلوب، العبارة كالبائع الفضولي.
ويؤيد الاجماعين ما تقدم عن كثر العرفان.

نعم، لقائل أن يقول: إن ما عرفت من المحقق والعلامة وولده والقاضي وغيرهم خصوصا "
المحقق الثاني - الذي بنى المسألة على شرعية أفعال الصبي - يدل على عدم تحقق
الاجماع.

(١٨) وكيف كان فالعمل على المشهور. ويمكن أن يستأنس له أيضا " بما ورد في
الأخبار المستفيضة من أن (عمد الصبي وخطأه واحد)، كما في صحيحة ابن مسلم
وغيرها، (١٩)

(١٨) الطباطبائي: لأن الاجماع محصله غير حاصل ومنقوله غير حجة، وهذا مقتضى
الانصاف ومع ذلك

لا يبقى وجه لقوله (في العبارة الآتية): (وكيف كان فالعمل على المشهور)، إذ مع عدم
الدليل لا وجه لذلك.

ودعوى: أن ذلك موافق للاحتياط، كما ترى، إذ قد يكون الاحتياط على الخلاف، وقد لا
يكون موافقا "

لأحد القولين فتدبر. (ص ١١٤)

(١٩) الآخوند: فلأن ظاهره: أن الفعل الذي يقع على نحوين: عن عمد وعن خطأ،
ويختلف

بحسبهما حكمه - كما في باب الجنائيات - إذا صدر عن الصبي عمدا "، يكون كما إذا
صدر خطأ، فلا يعم ما لا

يكون إلا متقوما " بالعمد والقصد، كالايقاع والعقد ولا يكون له حكم إلا بعنوانه وإن كان
لا يكاد يكون

بالقصد. (ص ٤٦)

الطباطبائي: إن الظاهر اختصاصه بباب الجنائيات على ما فهمه الفقهاء، مع أن في بعض
الروايات زيادة

قوله عليه السلام (تحمله العاقلة) وهو قرينة على التخصيص وموجب لتقييد ما ليس فيه تلك
الزيادة

والأصحاب وإن ذكروها في باب الجنائيات، إلا أنه لا إشعار في نفس الصحيحة - بل وغيرها - بالاختصاص بالجنائيات، (٢٠) ولذا تمسك بها الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر على أن إخلال الصبي المحرم بمحظورات الاحرام - التي يختص الكفارة فيها بحال

التعمد - لا يوجب كفارة على الصبي ولا على الولي، لأن عمده خطأ. وحينئذ فكل حكم شرعي تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتب الحكم الشرعي عليها القصد - بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد - فما يصدر منها عن الصبي قصدا " بمنزلة الصادر

عن غيره بلا قصد، فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخطيء وإيقاعاتهم.

(٢٠) الطباطبائي: من جملة تلك الأخبار، صحيحة ابن مسلم - المشار إليها - عن الصادق عليه

السلام: (عمد الصبي وخطأوه واحد) وهي كما ذكره المصنف عامة، إلا أن منها: خبر إسحاق بن عمار، عن أمير المؤمنين عليه السلام: (عمد الصبيان خطأ تحمله العاقلة).

ومنها: المروي عن قرب الإسناد، كما يشير إليه المصنف: (عمد الصبي الذي لم يبلغ خطأ تحمله العاقلة)

ويظهر منهما: الاختصاص بل يمكن أن يجعل قرينة على الأولى أيضا "، خصوصا " بملاحظة أنها ليست عامة "

بل هي مطلقة والقدر المتيقن منها ذلك، مع أن إرادة التعميم منها مستلزمة لتخصيص الأكثر، إذ لازمها

بطلان جميع أفعاله المشروطة بالقصد من الاسلام والعبادات من الطهارات والصوم والصلاة وغيرها

وأحياء الموات وحيازة المباحات والسبق إلى المباحات واللقطة ونحوها، بل لو قلنا: بصحة صلاته يلزم من العموم المذكور، عدم بطلانها بالمبطلات العمدية وهكذا.

وبالجملة: فالانصاف: عدم ظهورها في التعميم فتدبر. ويمكن أن يستأنس لعدم إرادة التعميم منها - مضافا " إلى ما ذكر - بما ورد في الأعمى

من هذا المضمون، ولا إشكال في عدم إرادة العموم منه ففي خبر أبي عبيدة، عن الباقر عليه السلام، عن أعمى فقا

عين رجل صحيحة متعمدا "، فقال عليه السلام: (يا أبا عبيدة إن عمدا الأعمى مثل الخطأ هذا فيه الدية

من ماله، الخبر). وفي رواية الحلبي، عن الصادق عليه السلام: (والأعمى جنايته خطأ تلزم عاقلته، الخبر).

فتدبر. (ص ١١٤)

بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون والصبي استظهار
المطلب من
حديث (رفع القلم) وهو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البخري، عن جعفر، عن أبيه،
عن
علي عليه السلام، أنه كان يقول المجنون والمعتوه الذي لا يفيق، والصبي الذي لم يبلغ
(عمدهما خطأ)
تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم)، فإن ذكر (رفع القلم) في الذيل ليس وجه ارتباط إلا
بأن تكون علة لأصل الحكم، وهو ثبوت له الدية على العاقلة أو بأن تكون معلولة
لقوله (عمدهما خطأ)، يعني أنه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع وفي الواقع
رفع
القلم عنهما. (٢١)

(٢١) النائيني (منية الطالب): لا وجه (لقوله)، لأنه بعد ما عرفت من: اتحاد معنى الفقرتين،
لا وجه
لاستظهار الاتحاد من هذه الرواية بالخصوص، بل في جميع الروايات الواردة هذه الكلمة
يراد منها مع قطع
النظر عن معناه الكنائي رفع فعله القصدي، فإن معنى رفع قلم الأحكام هو: أن عمدهما
خطأ، فإن اشتراكه
مع المجنون في رفع القلم عنه وكون عمده خطأ يقتضي أن يكون المرفوع هو الفعل
القصدي. (ص ٣٦٢)
النائيني (المكاسب والبيع): أما ما ذكره من احتمال كون قوله عليه السلام: (وقد رفع القلم
عنهما)
معلولا " للجملة المتقدمة، ففيه: أن قوله عليه السلام: (وقد رفع القلم عنهما) عام يعم مورد
الجنايات
وغيرها، كما هو مبنى الابتلاء واستظهاره هو قدس سره أيضا " ولا يعقل أن يكون العام
معلولا " للخاص،
وكيف يمكن أن يصير تحمل العاقلة عنهما في مورد الجنايات علة لرفع القلم عنهما في
جميع الموارد.
(ص ٤٠٢)
الإيرواني: الظاهر: أنه ليس علة ولا معلولا " وإنما هو بيان وتفسير لقوله: (عمدهما خطأ)،
فمؤدي العبارتين
أمر واحد وكتاهما تؤديان عدم دخول أفعالهما تحت الحكم، فتارة عبر عنه بعبارة رفع
الحكم برفع
موضوعه وأخرى بعبارة رفع الحكم بلا واسطة، والعبارة الثانية أوسع من الأولى، فإن
الأولى باعتبار
تفريع تحمله العاقلة تكون مسلوقة العموم بخلاف الثانية فمن العبارة الثانية يمكن
استكشاف عموم ما

ليس فيه هذا التفریع كصحيحة محمد بن مسلم السابقة، لا أن من التفریع يستكشف
خصوص تلك، مع أن
ما أفاده من العلية والمعلولية كلتاهما باطلتان.

(٣١)

ولا يخفى أن ارتباطها بالكلام على وجه العلية والمعلولية (٢٢) للحكم المذكور في الرواية - أعني عدم مؤاخذاة الصبي والمجنون - بمقتضى جناية العمد وهو القصاص، ولا بمقتضى شبه العمد - وهو الدية في مالهما.

هذا، كله في علية رفع القلم لثبوت الدية على العاقلة وأما معلوليته لكون عمدها خطأ نظراً " إلى أنه حيث أن عمد الصبي والمجنون في نظر الشارع بمنزلة الخطأ، فلذا رفع عنهما قلم المؤاخذاة في نفسيهما وفي مالهما بل جعل الدية على العاقلة فلا تخلو عن محذور، لأن كون عمدهما بمنزلة الخطأ ليس إلا الحكم على عمدها بحكم الخطأ وعدم الحكم عليه بالقصاص، وليس معنى رفع القلم إلا عدم الحكم بالقصاص، فلا علية ولا معلولية، حيث لا تغاير ولا اثنيانية، حتى يكون أحدهما علة والآخر معلولاً "، بل الظاهر في وجه ارتباط قوله عليه السلام: (وقد رفع القلم عنهما) بما قبله، هو أن تنزيل العمد منزلة الخطأ يقتضي بالمطابقة إثبات حكم الخطأ وهي الدية على العاقلة ويقتضي بالالتزام نفي حكم العمد وشبهه وهو جعل القصاص والدية في مالهما، فحيث قال عليه السلام: (عمدهما خطأ)، فلذا أراد عليه السلام بيان ما يقتضيه بالمطابقة، فقال عليه السلام: (تحمله العاقلة) وأراد بيان ما يقتضيه بالالتزام فقال عليه السلام: (وقد رفع عنهما القلم) على

الترتيب بين الداليتين. (ص ١١٥) * (ج ٢ ص ١٩) (٢٢) النائيني (منية الطالب): لا وجه لاحتمال العلية والمعلولية كليهما في رفع القلم، فإن الظاهر منه كونه علة لأنه أعم مورداً " من قوله: (تحمله العاقلة) والعلة بمنزلة الكبرى الكلية، والحكم المعلل بمنزلة الصغرى وجعله معلولاً " لقوله: (عمدهما خطأ) لا يستقيم، لأنهما إما متحدان معنى بناء على أن يكون المراد من رفع القلم رفع الأفعال القصدية، وإما يناسب العلية لو كان المراد الأعم منها ومن غيرها. (ص ٣٦٢)

الطباطبائي: الانصاف: أنه لا يستفاد من ذلك مزيد من رفع قلم المؤاخذاة بمعنى العقوبة الأخروية والدينية، كالأحدود والقصاص ولا يستفاد مزيد من ذلك وهذا المقدار لا يحتاج إلى التقريب المذكور، إذ هو الظاهر منه مع قطع النظر عن جعله علة أو معلولاً " للحكم المذكور في الرواية، فالخبر

لا يشمل الجنایات
الموجبة للمال، ولا الاتلافات الموجبة للغرامة المالية، ولا غيرها، فذكر قوله (وقد رفع
القلم عنهما) في
الخبر، تقرب لعدم لحوق حكم العمد من القصاص، لا لثبوت الدية على العاقلة وحينئذ فلا
وجه لقوله قدس
سره (ولا بمقتضى شبه العمد وهو الدية في مالهما).

(٣٥)

لا يستقيم إلا بأن يراد من (رفع القلم) ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعا " من حيث العقوبة الأخروية والدينيوية المتعلقة بالنفس - كالتقصاص - أو المال - كغرامة الدية - وعدم ترتب ذلك

أفعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمد لترتب عليه غرامة أخروية أو دنيوية.

وعلى هذا، فإذا التزم على نفسه مالا " بإقرار أو معاوضة " ولو بإذن الولي، فلا أثر له في إلزامه بالمال ومؤاخذته به ولو بعد البلوغ. فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته ولو كانت بإذن الولي، فليس ذلك إلا لسلب قصده وعدم العبرة بإنشائه، إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله وحجره عن الالتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذة شاملا " لصورة إذن الولي، وقد فرضنا الحكم مطلقا "، فيدل بالالتزام على كون قصده في إنشاءاته وإخباراته مسلوب الأثر. (٢٣)

وبالجملة: فالرواية المذكورة لا تشمل غير العقوبات الأخروية أو الدينية كالحدود والقصاص، فمثل الاتلافات والجنايات الموجبة للدية والأقارير والمعاوضات ونحوها، غير مشمولة لها أصلا " وأما التعزيزات فهي وإن كانت مشمولة من حيث هو، لأنها عقوبات دنيوية، إلا أنه لا بد من إخراجها من باب التخصيص أو التخصيص حسبما أشار إليه المصنف قدس سره من: (أن المراد القلم الموضوع على البالغين فلا تشمل التعزير).

لكن الأولى: الأول، لأن مقتضى ما ذكره عدم ثبوت التعزير في مقام يكون حكم البالغين أي ذلك، مع أن الرواية مطلقة، ولا دلالة فيها على كون المراد ما ذكره من خصوص القلم الموضوع على البالغين، فتدبر. (ص ١١٤)

(٢٣) الإصفهاني: بل لسلب الأثر عن فعله الذي لو كان كبيرا " لكان مما يؤخذ به، ومن الواضح: أن

المؤاخذ بالعقد وبالوفاء به من له العقد، لا مباشر إجراء الصيغة كبيرا " كان أو صغيرا " وكذا بكل التزام

وبكل فعل له أثر، وقد مر: أن مجرد إذن الولي لا يوجب الاستقلال في العمل، بل ربما يكون وربما لا

يكون، فإذا فوض إليه أمر المعاملة وتدبير شأنها كسائر الوكلاء المفوضين فلا أثر لفعله وإذا لم يفوض

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة - بناء على كونها علة للحكم - : عدم مؤاخذتهما بالاتلاف

الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكي عن بعض. (٢٤) إلا أن يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع

القلم ولا يخلو من بعد. (٢٥)

(٢٤) الإيرواني: لا يخفي ما فيه، فإنه مع القرينة المتصلة بالكلام على قصر المرفوع بقلم العمد وأن

المرفوع أحكام أخذ في موضوعها العمد كيف يبقى لهذه الفقرة عموم! بل يتعين أن يكون المرفوع بهذه

الفقرة أحكام أخذ في موضوعها العمد، دون أحكام أخذ في موضوعها الخطأ، أو أحكام هي أعم من العمد

والخطأ كالضمانات، فإن إطلاق أدلة تلك الأحكام يكون محفوظاً " على حاله بلا دليل حاكم عليه،

بل أقول: هذا القصر الوارد على هذه الفقرة بالقرينة المتصلة في هذه الرواية يوجب سقوط سائر الروايات

المشتملة على رفع الحكم عن الصبي والمجنون عن العموم والشمول لأحكام مختصة بعنوان الخطأ، أو عامة

لكل من العمد والخطأ. (ص ١٠٧)

(٢٥) الطباطبائي: قلت: على (هذا التقدير)، وإن لم يرد الإشكال من جهة لزوم إخراج الاتلافات، حيث

إنها حينئذ غير داخلية من الأصل إلا أنه يرد الإشكال من جهة مثل حيازة المباحات وإحياء الموات و

الاتقاط والسبق إلى المباحات، حيث إنها يعتبر فيها القصد ومع ذلك هي صحيحة في حق الصبي، فلا بد

من إخراجها وهو أيضا " بعيد.

فالأظهر: ما ذكرنا من الاختصاص بالعقوبات الأخروية والدينية، ومعه لا يرد الإشكال إلا في

التعزيرات ولا بأس به، إما لما ذكره المصنف من التخصيص، وإما لما ذكرنا من التخصيص ولكن على ذلك

لا يتم الابتلاء حسبما عرفت. (ص ١١٥)

الإصفهاني: بأحد تقريرين إما بدعوى أن مقتضى مناسبة الحكم والموضوع أنه كل أثر ينوط ترتبه على

الفعل بالعقل وكماله واستشعار الفاعل، فهو مرفوع عن المجنون والصبي والنائم، لفقد العقل في الأول

وفقد كماله نوعاً " في الثاني وفقد الشعور في الثالث فمثل الضمان المترتب على مجرد الاتلاف الغير المنوط

بشيء خارج عن عموم الآثار المرفوعة، أو بدعوى أن حديث (رفع القلم)، كحديث رفع
التسعة عن

(٣٨)

لما عرفت من احتمال كونه معلولا " لسلب اعتبار قصد الصبي والمجنون، فيختص رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الاتلاف، فافهم واغتنم. ثم، إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي، كالتعزير. والحاصل: إن مقتضى ما تقدم من الاجماع المحكي في البيع وغيره من العقود، والأخبار المتقدمة - بعد انضمام بعضها إلى بعض - عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها، (٢٦)

الأمة وارد مورد الامتنان، فإذا كان رفع القلم امتنانا " على الصبي وخلاف الامتنان على الكبير، فلا يعمه، إذ لا ترجيح للصغير على الكبير، وبنظيره نقول بثبوت الضمان في الاتلاف خطأ " ونسيانا " وعدم رفعه بحديث رفع الخطأ والنسيان. (ص ١١٧) * (ج ٢ ص ٢٣) (٢٦) الطباطبائي: مقتضى ذلك عدم حصول التملك إذا وهبه غيره شيئا " بقبضه ولو كان الواهب هو الولي، كما في عبارة التذكرة (كما سيأتي) وكذا بإعطائه الصدقات المندوبة والندور والكفارات والزكوات والأحماس ونحوها، لا بد أن يعطى بيد الولي، مع أن السيرة على خلاف ذلك في الصدقات ومقتضى بعض الاطلاقات في الكفارة كفاية الاعطاء بيده. ففي صحيحة يونس بن عبد الرحمن، عن أبي الحسن، عن رجل عليه كفارة إطعام عشرة مساكين أيعطى الصغار والكبار سواء، أو يفضل الكبار على الصغار والرجال على النساء؟ قال عليه السلام: (كلهم سواء)، فإنها ظاهرة في جواز الاعطاء والتسليم للصغار. وفي حسن أبي بصير قلت: لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يموت ويترك العيال يعطون من الزكاة قال عليه السلام: (نعم).

وفي خبر عبد الرحمن قلت: لأبي الحسن عليه السلام، رجل مسلم مملوك ومولاه رجل مسلم وله مال لم يزره وللمملوك ولد حر صغير أيجزي مولاه أن يعطي ابن عبده من الزكاة قال: (لا بأس).

كإنشاء العقود أصالة ووكالة، والقبض والاقباض، (٢٧) وكل التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار.

وفي خبر أبي خديجة عن الصادق عليه السلام ورثة المؤمن الرجل المسلم إذا مات يعطون من الزكاة والفقرة، كما كان يعطى أبوهم حتى يبلغوا، فإذا بلغوا وعرفوا ما كان أبوهم يعرف أعطوهم وإذا نصبوا لم يعطوا وفي خبر قرب الإسناد، عن يونس بن يعقوب، عن الصادق عليه السلام عيال المسلمين أعطيتهم من الزكاة، فاشترى لهم منها ثيابا " وطعاما " وأري أن ذلك خير لهم قال عليه السلام: (لا بأس). ولا يخفي: أن ظاهرها جواز الدفع إليه، بل هو ظاهر بعض الفتاوي في الشرايع: (وتعطى الزكاة أطفال المؤمنين دون أطفال غيرهم). وعن الكافي: (أن مقتضى كلام التذكرة جواز الدفع إلى غير ولي الطفل، إذا لم يكن له ولي ولا بأس به إذا كان مأمونا"، بل لا يبعد جواز تسليمها إلى الطفل بحيث يصرفه في وجه يسوغ للولي صرفها فيه). وعن الكركي وصاحب الكفاية والبههاني في شرحه على المفاتيح موافقته على جواز الدفع لغير الولي. لكن في الجواهر: (ثم، لا يخفي أن المراد من إعطاء الأطفال في النص والفتوى الايصال إليهم على الوجه الشرعي بأن يسلم بيد وليهم، لأن الشارع سلب أفعالهم وأقوالهم، فلا يترتب ملك لهم على قبضهم). قلت الأقوى: جواز الدفع إليهم عملا " بالأخبار المذكورة. ودعوى: كون مساقها بيان حكم آخر وهو أصل الجواز، كما ترى! بل يمكن أن يقال: إن العمدة في حجرهم عن التصرفات، الأخبار الدالة على عدم جواز أمرهم، إلا بعد البلوغ والمنساق منها تصرفهم في أموالهم الموجودة، فلا تشمل عدم جواز تملكهم بهبة أو صدقة أو زكاة أو كفارة أو خمس أو نحو ذلك، فتدبر. (ص ١١٥) (٢٧) الإصفهاني: ترتب الأثر شرعا على القبض، تارة من باب كونه متمما " لإنشاء الملكية وجزء السبب المملك، كما في بيع الصرف وفي الهبة، وأخرى من باب كونه معيناً " للكلية الذمي، كما في بيع الكلبي ونحوه، وثالثة من باب كونه موجبا " للخروج عن ضمان المقبوض، كما في البيع حيث

إن التلف قبل القبض
يوجب انفساخ البيع وتلف المبيع من البايع، لكنه مع إطلاق دليل قاعدة (كل مبيع تلف قبل
قبضه
فهو من مال بايعه) للتلف قبل قبضه تنزيلا " وإلا فهو بعد قبضه تحقيقا " إذا كان بإذن
الولي أو المالك
وسيجيء إن شاء الله تعالى منه قدس سره ما ينافي بعض ما ذكرنا. (ص ١١٧) * (ج ٢ ص
٢٤)

(٤٠)

قال في التذكرة: وكما لا يصح تصرفاته اللفظية، كذا لا يصح قبضه، ولا يفيد حصول الملك في الهبة وإن اتهب له الولي، ولا لغيره وإن إذن الموهوب له بالقبض، ولو قال مستحق الدين للمديون: سلم حقي إلى هذا الصبي، فسلم مقدار حقه إليه، لم يبرأ عن الدين وبقي المقبوض على ملكه، (٢٨) ولا ضمان على الصبي، لأن المالك ضيعه حيث دفعه إليه، وبقي الدين لأنه في الذمة ولا يتعين إلا بقبض صحيح، كما لو قال: إرم حقي في البحر، فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلم مالي إلى الصبي أو ألقه في البحر، لأنه امتثل أمره في حقه المعين، ولو كانت الوديعة للصبي فسلمها إليه ضمن وإن كان بإذن الولي، إذ ليس له تضييعها بإذن الولي. (٢٩)

النائني (منية الطالب): كل فعل اعتبر فيه القصد، كحصول الملك في الهبة وتعين الكلي بالقبض، فقبول الصبي فيه وقبضه كالعدم، سواء كان بإذن الولي أم لا، وسواء لنفسه أو للولي أو لغيره، وكل ما لا يعتبر فيه القصد كقبض مال معين من الولي بإذن الولي، فقبضه فيه كقبض الولي، كما أن من عليه الخمس أو الزكاة تبرء ذمته منهما لو دفعهما إلى الصبي أو صرفهما في مصارف الصبي، لأن قبضه هنا لا يعتبر في القصد. (ص ٣٦٤)

(٢٨) الطباطبائي: بناء على عموم عدم نفوذ تصرفاته المثل ذلك يمكن أن يقال: إن قول مستحق الدين ذلك راجع إلى وكيل المديون في تعيين ما في ذمته في المدفوع، وحينئذ فحاله حال الوديعة في صيرورة الملك متعينا " في الشخص الخاص فتدبر. (ص ١١٥)

الإيرواني: فيه منع، فإن ذلك مثل ما إذا قال: (ضع حقي في موضع كذا) في كونه قبضا " منه واستيلاء على المال ولا أقل من أن يكون هذا القول توكيلا " منه في قبض حقه وتعيينه فيما بيده، ثم دفعه إلى الصبي أو القائه في البحر وأيما أمر أمر به. (ص ١٠٧)

(٢٩) الإيرواني: لعل الولي علم بأن ذلك ليس تضييعا " للمال، بل حفظ له فإذن ولو فرض علمنا بأن ذلك تضييع، لم يجز لنا ارتكابه، حتى إذا كان المال مال الآذن نفسه، فلا فرق بين أن يكون المال المأذون

وقال أيضا " : لو عرض الصبي دينارا " على الناقد لينقده أو متاعا " إلى مقوم ليقومه فأخذه،
لم
يجز له رده إلى الصبي، بل إلى وليه إن كان. فلو أمره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من
ضمانه إن كان المال للولي، وإن كان للصبي فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر،
فإنه يلزمه ضمانه. وإذا تباع الصبيان وتقابضا وأتلف كل واحد منهما ما قبضه، فإن جري
بإذن الوليين (٣٠) فالضمان عليهما، وإلا فلا ضمن عليهما، بل على الصبيين. ويأتي في
باب

الحجر تمام الكلام.

ولو فتح الصبي الباب وأذن في الدخول على أهل الدار، أو أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن
المهدي، فالأقرب الاعتماد، لتسامح السلف فيه، إنتهي كلامه رفع مقامه.
ثم، إنه ظهر مما ذكرنا: أنه لا فرق في معاملة الصبي بين أن يكون في الأشياء اليسيرة
أو الخطيرة، لما عرفت من عموم النص والفتوى (٣١) حتى أن العلامة في التذكرة لما ذكر
حكاية (أن أبا الدرداء اشترى عصفورا " من صبي فأرسله)، ردها بعدم الثبوت وعدم
الحجية، وتوجيهه بما يخرج عن محل الكلام. وبه يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني
من: أن الأظهر جواز بيعه وشراؤه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة، دفعا "
للحرج، إنتهي. فإن الحرج ممنوع، سواء أراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في
المحقرات

والتزام مباشرة البالغين لشرائها، أم أراد أنه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس
على نصب الصبيان للبيع والشراء في الأشياء الحقيرة.

فيه مال الآذن، أو مال من له الولاية عليه في صورتها العلم بأنه تضييع والجهل به، بل إذا
علم أن الولي

أيضا " عالم بأنه تضييع، ومع ذلك أمر به خرج بذلك عن الولاية. (ص ١٠٧)
(٣٠) الإيرواني: ينبغي أن يراد من الإذن بعثهما على المعاملة والتقابض، دون مجرد
رضاهما بذلك بلا بعث

وتسبيب. (ص ١٠٧)

(٣١) الإصفهاني: إلا أن يقال بمناسبة الحكم والموضوع: أنه لا يجوز أمر الصبي فيما
كان له شأن يتفاوت

ثم، لو أراد استقلاله في البيع والشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور عليه في الأشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفاً " للاجماع. أما ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (ونهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده، معللاً " بأنه إن لم يجد سرق)، (٣٢)

(٣٢) الإصفهاني: تقريب الاستدلال بالرواية من وجوه، أحدها: من حيث التعليل بأنه إن لم يجد سرق، إذ لو كانت معاملة فاسدة من أصلها وكان ما اكتسبه باقياً " على ملك مالكه، لكان التصرف فيه غير جائز وإن علم عدم كونه سرقة، فهو كالاستناد في عدم المقتضى إلى وجود المانع مع عدم مقتضيه على الفرض. ثانيها: من حيث تقييد الموضوع بمن لا يحسن صناعة بيده، فيعلم منه: أن معاملة الغلام غير فاسدة من أصلها، وإلا فأى فرق في عدم جواز التصرف بين ما اكتسبه من يحسن صناعة بيده وما اكتسبه من لا يحسن صناعة بيده. ثالثها: من حيث الحكم، إذ لو كان التصرف في ما اكتسبه حراماً "، لكان دليلاً " على عدم نفوذ معاملته إن كان مكسوبه باكتساب معاملي وسرقة، إن لم يكن اكتساباً " معاملياً " بخلاف ما إذا كان التصرف مكروهاً " - كما عليه المشهور في فهم المراد من النهي - مضافاً " إلى اتحاد سياقه مع صدره المتكفل لكسب الإمام معللاً " بأنها (إن لم تجد زنت)، مع أنه لا ريب في نفوذ معاملتها، فليس مكسوبها حراماً " على أي تقدير. وبالجملة: الكراهة حيث إنها في مورد جواز التصرف، فيعلم منها: أن مكسوب الغلام إذا كان باكتساب معاملي جائز التصرف، فيكشف عن دخوله في ملكه والنهي التنزيهي بلحاظ احتمال السرقة في حقه احتمالاً " راجحاً "، حيث إنه لا يحسن صناعة بيده ليكون احتمال كونه مما اكتسب بصنعة يده احتمالاً " راجحاً ".

فمحمول على عوض كسبه من التقاط، أو أجرة عن إجارة أوقعها
الولي أو الصبي بغير إذن الولي، أو عن عمل أمر به من دون إجارة فأعطاه المستأجر أو
الأمر أجرة المثل، فإن هذه كلها
مما يملكه الصبي. (٣٣)
لكن يستحب للولي وغيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها، لاحتمال كونها
من
الوجوه المحرمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممن لا يبالي بالمحرمات.
وكيف كان، فالقول المذكور في غاية الضعف.

والجواب عن التقريب الأول: أما أولا " فبأن المراد بالكسب وإن كان مكسوبه لا المعنى
المصدري، لعدم
مناسبة مع التعليل إلا أن المكسوب ليس خصوص المكسوب المعاملي وإلا فمع فرض
الموضوع لا يعقل
احتمال السرقة فيه، بل المكسوب العرفي أي ما استفاده بمعاملة أو بالتقاط أو بحيازة أو
باستعطاء من
الغير أو بسرقة، فليس الاكتساب المعاملي مفروضا " حتى إذا لم يحرم مع العلم بعدم
السرقة يكون دليلا "
على نفوذ معاملته ليكون من قبيل الاستناد إلى المانع مع عدم المقتضى في الحكم بعدم
مقتضاه.
وأما ثانيا " فإنه لو فرض تحقق الاكتساب المعاملي، كما إذا نهى عن التصرف في ما
اكتسبه بالمعاملة من
لا يبالي بالربا، فإن النهي بلحاظ هذه الحيثية لا بلحاظ إنفاذ معاملته مع عدم هذا الاحتمال،
بل كسبه
نافذ جائز بقواعده فربما يجوز وربما لا يجوز.
والجواب عن التقريب الثاني: إن التقييد لتحقيق موضوع الكراهة، فإن احتمال السرقة
احتمالا " راجحا " إنما
يكون في حق من لا يحسن صناعة بيده دون من يحسنها.
والجواب عن التقريب الثالث: إن النهي حيثي جهتي لرعاية هذا الاحتمال الراجح مع
حفظ سائر الجهات
بحيث إذا إذن الولي في التصرف فيما بيد الغلام لا ترفع الكراهة مع هذا الاحتمال، وإلا
فمع عدم إذن
الولي لا يجوز التصرف فيما بيد الصبي وإن علم أنه ملكه بالإرث لا بالمعاملة، فلا بد من
حمل النهي على
كونه من حيثية خاصة، لا مطلقا " وبلحاظ اتمام الجهات فتدبره، فإنه حقيق به. (ص
١١٨) * (ج ٢ ص ٢٥)
(٣٣) الإيرواني: هذا نقض لما تقدم من: عدم تعيين الحق بقبض الصبي. (ص ١٠٧)

نعم، ربما صحح سيد مشايخنا في الرياض هذه المعاملات إذا كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف، من جهة استقرار السيرة واستمرارها على ذلك. (٣٤) وفيه إشكال، من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة من عدم المبالاة في الدين، كما في سيرهم الفاسدة،

الطباطبائي: لا يخفي أن مقتضى ما ذكره من عدم كفاية قبضه وإقباضه عدم تملكه لشيء من ذلك، إذ غاية الأمر: أنه يستحق الأجرة لكن لا يتعين ذلك فيما أقبضه من عليه، بل هو باق على ملكه، فلا يجوز للولي التصرف.

(٣٤) النائيني (منية الطالب): قد تقدم في المعاطاة ما يدل على صحة ذلك (أي الاكتفاء في المعاملة بوصول كل من المالكين إلى المالك الآخر مع رضا الطرفين.)، فإنه إما من مصاديقها بناء على عدم اعتبار التعاطي فيها، وإما أنه ملحق بها، بناء " على ما تقدم من أن المعاطاة إنما تدل على التسليط المالكى، فلو أنشأ التسليط عن المالك بعوض معين فكل من أقدم على إعطاء العوض فهو مسلط على المعوض، فإنه لا يعتبر في حقيقة التسليط تعيين المباح له - كما في نثار العرس - ولا الموالاة بين الأيجاب والقبول، فهذا لو كان داخلا " بعنوان العقود، فيدل على صحتها عموم (أوفوا بالعقود) ولو لم يكن داخلا " فيكفي في صحتها السيرة الجارية بين المتدينين.

نعم، لا بد من الاكتفاء بما هو المتيقن من جريان سيرة المتدينين عليه، وهو المعاملة التي لا تحتاج إلى المساومة، بل كانت قيمة العين معينة في الخارج بحيث كان الصبي آلة صرفه وواسطة في الايصال. (ص ٣٦٥)

الانصاف: أن الرواية ظاهرة في جواز تصرفه في مثل ذلك، إلا أن تحمل على خصوص حيازة المباحات أو على ما جوزناه من تملك الصدقات والكفارات.

هذا، وأما دعوى: أن الرواية نهت عن التصرف في كسبه، فكيف تكون دليلا " على الجواز!

فمدفوعة بأن النهي تنزيهي، كما يدل عليه النهي عن كسب الجارية أيضا " معللا " بأنها (إن لم تجد

زنت)، مع أن مقتضى التعليل المذكور أيضا " الكراهة. مضافا " : إلى أن التعليل بهذه العلة كاشف عن النفوذ وإلا كان الأولى التعليل بعدم نفوذ

تصرفاته لا بهذا
الوجه المختص بما إذا جهل حاله من حيث السرقة، وإلا فلو علم عدم السرقة لا يجزي
الوجه المذكور و
ليس منها " عنه فتدبر. (ص ١١٥)

(٤٦)

ويؤيد ذلك: ما يري من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين وغيرهم، (٣٥) ولا بينهم وبين المجانين، ولا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي أصلا "، ومعاملتهم لأوليائهم على سبيل الإلية، مع أن هذا مما لا ينبغي الشك في فسادها، خصوصا الأخير.

الإصفهاني: (يعني): ليس في مورده معاملة نافذة من الصبي، بل إما لا معاملة أصلا "، كالالتقاط المرتب عليه الملكية من دون اعتبار قصد التملك بفعله ليقال: بعدم اعتباره شرعا "، وإما هناك معاملة صحيحة من الولي، كالإجارة التي أوقعها الولي. وإما على نحو يجمع مع فساد المعاملة كاستحقاق أجره المثل في ما إذا أجر الصبي نفسه من دون إذن الولي أو عمل عملا " بدون إذنه، وعلي أي حال لا يكشف جواز التصرف في هذه الموارد عن نفوذ معاملة الصبي بما هو صبي. قلت: أما الالتقاط فمبني على حصول الملك بدون قصد التملك، كما لا يبعد وأما الإجارة التي أوقعها الولي، فإن كانت بإزاء أجره شخصية فلا بأس، إذ لا أثر لقبض الصبي وأما إن كانت بإزاء أجره كلية، فمجرد إجازة الولي وإن كان يوجب استحقاق الكلي لكنه لا يتعين بقبض الصبي - كما تقدم - ومنه: يعلم حال أجره المثل، فإنها دائما " كلية واستحقاق الصبي وملكه لها لا يجدي لتوقف تعيينه على قبض الصبي الذي لا أثر له شرعا "، إذ المفروض - كما تقدم - سقوط أقوال الصبي وأفعاله التي لها آثار شرعية عن الابتلاء فالصحيح في الجواب ما ذكرنا. (ص ١١٨) * (ج ٢ ص ٢٦) (٣٥) الطباطبائي: الانصاف: خلاف ذلك، فإنهم يفرقون بين المميز وغيره، بل القدر المعلوم من السيرة إيكال الأمر إلى المميزين بمقدار قابليتهم واقدام الناس على المعاملة معهم، مع العلم بكونهم مأذونين عن الولي أو رضاه بذلك، كما في الأيتام الذين وليهم الحاكم الشرعي المعلوم رضاه لشراء ما بيدهم مما جمعه من المباحات، أو الماء الذي أخذوه من النهر المباح ونحو ذلك وليس ذلك من جهة كونهم آلة - كما اختاره سيد الرياض -، بل من باب التصرف المأذون فيه. والانصاف: أن دليل عدم نفوذ أمرهم لا يدل على مزيد من عدم النفوذ مع عدم الإذن، إذ الاجماع أمر

لبي والقدر المسلم منه عدم صورة عدم الإذن وحديث (رفع القلم) قد عرفت: عدم دلالة
وكذا

(٤٧)

مع أن الإحالة على ما جرت العادة به كإحالة على المجهول، فإن الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كل صبي ما هو فطن فيه، بحيث لا يغلب في المساومة عليه فيكلون إلى من

بلغ ست سنين شراء باقة بقل، أو بيع بيضة دجاج بفلس، وإلى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللحم والخبز ونحوهما، وإلى من بلغ أربعة عشر سنة شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكلون إليه أمور التجارة في الأسواق والبلدان، ولا يفرقون بينه وبين من أكمل خمس عشرة سنة، ولا يكلون إليه شراء مثل القرى والبساتين

وبيعها إلا بعد أن يحصل له التجارب، ولا أظن

أن القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل. (٣٦)

وكيف كان، فالظاهر: أن هذا القول أيضا "مخالف لما يظهر منهم. (٣٧)

وقد عرفت حكم العلامة في التذكرة بعدم جواز رد المال إلى الصبي إذا دفعه إلى الناقد لينقده، أو المتاع الذي دفعه إلى المقوم ليقومه، مع كونه غالبا " في هذه المقامات بمنزلة الآلة

للولي، وكذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل إليه بإذن الولي، مع أنه بمنزلة الآلة في ذلك غالبا."

أخبار عمد الصبي خطأ فينحصر الدليل في أخبار عدم جواز أمرهم، والمستفاد منها: ما عرفت فالحكم

بجواز التصرفات في مورد السيرة وهو صورة الإذن مع التميز سواء في المحقرات والمجملات قريب جدا."

وأما جعل ذلك من باب المعاطة حسبما بينه كاشف الغطاء وتلميذه فيرد عليه ما أورده المصنف.

(ص ١١٥)

(٣٦) الطباطبائي: قد عرفت: أن الالتزام به قريب جدا"، وإن لم يلتزم به القائل مع أن الظاهر التزامه به

. (ص ١١٥)

(٣٧) الطباطبائي: لا بأس به، إذا لم يكن اجماعا"، والظاهر عدم تحققه وحينئذ فنقول: بجواز رد المال إليه

في فروع التذكرة إذا كان بإذن من الولي، لا من باب أنه آلة، بل من جهة أنه تصرف ما دون فيه

ودليل الحجر لا يشمل حسبما عرفت. (ص ١١٥)

وقال كاشف الغطاء رحمه الله - بعد المنع عن صحة عقد الصبي أصالة ووكالة - ما لفظه: نعم،

ثبت الإباحة في معاملة المميزين إذا جلسوا مقام أوليائهم، أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتى يظن أن ذلك من إذن الأولياء خصوصا " في المحقرات. (٣٨)
ثم قال: ولو قيل بتملك الآخذ منهم لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجبا "، قابلا " لم يكن بعيدا "، إنتهني.

أقول: أما التصرف والمعاملة بإذن الأولياء - سواء كان على وجه البيع أو المعاطاة - فهو الذي قد عرفت أنه خلاف المشهور والمعروف حتى لو قلنا: بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة، لأنها تصرف لا محالة وإن لم يكن بيعا "، بل ولا معارضة.
وإن أراد بذلك أن إذن الولي ورضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للإباحة، لا نفس المعاملة - كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعارة الصبي - فتوضيحه: ما ذكره بعض المحققين من تلامذته، وهو: إنه لما كان بناء المعاطاة على حصول

المراضاة كيف اتفق وكانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة - كما هو المشهور - وجرت عادة

الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة والرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الإمارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوضات، وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي

تعيين القيمة، أو الاختلاف الذي يتسامح به في العادة، فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع والشراء مع الشروط المذكورة، كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار وفي إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه، وقد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف.

(٣٨) الطباطبائي: يعني بفعل الولي من حيث كون الصبي آله، لا من جهة صرف الصبي، وإلا فلا فرق

بين تمليكه وإباحته، ومن ذلك يظهر: أنه لا وجه للترديد في كلامه (في الذيل)

وبالجملة: فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والاعطاء،
مع
البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف لا على قول الصبي ومعاملته من حيث
إنه كذلك، وكثيرا " ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد، من غير وجود ذي أصلا "،
مع
شهادة الحال بذلك، كما في دخول الحمام ووضع الأجرة وعضو الماء التالف في
الصندوق،
وكما في أخذ الخضر الموضوع للبيع، وشرب ماء السقائين، ووضع القيمة المتعارفة في
الموضع المعد لها، وغير ذلك من الأمور التي جرت العادة بها، كما يعتمد على مثل ذلك
في
غير المعاوضات من أنواع التصرفات.
فالتحقيق: إن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب ولا منافيا " له ولا يعتمد على ذلك
أيضا " في مقام الدعوى، ولا فيما إذا طالب المالك بحقه وأظهر عدم الرضا، إنتهي.

بقوله قدس سره: (وإن أراد أن إذن الخ)، إذ هو المتعين حسبما عرفت. (ص ١١٥)
النائني (منية الطالب): (فبنظر كاشف الغطاء) يكون المعاملة في الحقيقة واقعة مع الولي
والطرف الآخر
، فيكون الأخذ من الطفل - مثلا - " موجبا " وكالة من قبل الولي، وقابلا " من قبل
نفسه، فيكون فعل الصبي
من قبيل فتحه الدار والإذن في دخول الأغيار من كونه كاشفا " عن رضا الولي.
وفيه أولا " : إن دخول عمل طرف الصبي في عنوان الوكالة مشكل، لأن الولي لم يعينه لها،
ومجرد رضا المالك
لا يدخله في هذا العنوان.
وثانيا " : إن ما هو الواقع في الخارج ليس إلا المعاملة مع الصبي، للعلم بعدم إنشاء التوكيل
من الولي وعدم
قصد الطرف الوكالة عنه.
وثالثا " : مقتضى ذلك اختصاص الصحة بما إذا كان المال من غير الصبي وأما إذا كان منه
ولم يعلم له ولي
اجباري، فلا يجوز، مع أن بناء الناس ليس على التفحص.

وحاصله: أن مناط الإباحة ومدارها في المعاطاة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين، أو بشخص منزل منزلة شخصين، بل على تحقق الرضا من كل منهما بتصريف صاحبه في ماله، حتى لو فرضنا أنه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق - كإطارة الريح ونحوها - فتراضيا على التصريف بأخبار صبي أو غيره من الأمارات - كالكتابة ونحوها - كان هذه معاطاة أيضا "، ولذا يكون وصول الهدية إلى المهدي إليه على يد الطفل - الكاشف إيصاله عن رضى المهدي بالتصريف بل التملك - كافيا " في إباحة الهدية، بل في تملكها. وفيه: إن ذلك حسن، إلا أنه موقوف أولا " على ثبوت حكم المعاطاة من دون إنشاء إباحة وتمليك، والاكتفاء فيها بمجرد الرضا.

ودعوى: حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي، مدفوعة: بأنه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم، ومثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة، مع العلم بخروجه عن موضوعها. وبه يفرق بين ما نحن فيه ومسألة إيصال الهدية بيد الطفل، فإنه يمكن فيه دعوى كون دفعها إليه للإيصال إباحة أو تمليكا " - كما ذكر أن إذن الولي للصبي في الإعارة إذن في انتفاع المستعير -

وأما دخول الحمام وشرب الماء ووضع الأجرة والقيمة، فلو حكم بصحتها - بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الإنشاء - انحصرت صحة وساطة الصبي فيما يكتفى فيه بمجرد وصول العوضين، دون ما لا يكتفى فيه. والحاصل: أن دفع الصبي وقبضه بحكم العدم، فكل ما يكتفى فيه بوصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر بأي وجه اتفق فلا يضر مباشرة الصبي لمقدمات الوصول. ثم، إن ما ذكر مختص بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبي ولها " كان أم غيره.

وأما ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً " من: صيرورة الشخص موجبا " قابلا "، ففيه: أولاً " :
إن

تولى وظيفة الغائب - وهو من أذن للصغير - إن كان بإذن منه، فالمفروض انتفاؤه (٣٩) و
إن كان بمجرد العلم برضاه فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل
ممنوع.

وثانياً " : إن المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عن إذن للصبي.
ثم، إنه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآلية بالصبي ولا بالأشياء الحقيرة، بل هو جار في
المجنون والسكران بل البهائم، وفي الأمور الخطيرة، إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين
الكبار

وكان الصغير آلة، فلا فرق في الآلية بينه وبين غيره.
نعم، من تمسك في ذلك بالسيرة من غير أن يتجشم لادخال ذلك تحت القاعدة، فله
تخصيص

ذلك الصبي، لأنه المتيقن من موردها، كما أن ذلك مختص بالمحقرات.

(٣٩) الإصفهاني: المفروض انتفاء الإذن لشخص المشتري، لا انتفاء الإذن في ضمن
العموم بتقريب: إن إقامة

الأولياء للصبيان مقام المعاملة المتقوم شرعاً " بتسبيب من البالغين، إذن فعلى عموماً " لكل
من يشتري في

كل تصرف ومنه الإيجاب عن قبل الولي ولا يخرج الإذن عن كونه إذناً " إذا أثر شرعاً "
بكونه بنحو

العموم في المأذون وفي المأذون فيه، وبسبب هذا الإذن العمومي الفعلي يخرج عن مسألة
الفضولي

فتدبر. (ص ١١٨) * (ج ٢ ص ٢٧)

الكلام في شروط المتعاقدين
* القصد *

(٥٣)

ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به. (١)

(١) الإصفهاني: هذا القصد ليس من القصد الاستعمال في شيء ولذا قال قدس سره (في الذيل): (لا بمعنى عدم استعمال اللفظ في شيء، بل بمعنى عدم تعلق إرادته وإن أوجد مدلوله بالإنشاء... الخ)، فإنه من البين: إن الاستعمال الإنشائي، بل مطلقاً " لا يتحقق بلا قصد قهراً " وإن قلنا: بأن الدلالة الوضعية غير تابعة للإرادة، بل هذا القصد المبحوث عنه هو القصد المتقوم به التسبب باللفظ المستعمل في معناه، أو بالتعاطي إلى إيجاد الملكية حقيقة فهو مقوم للبيع بالحمل الشائع، كما أن الأول مقوم للبيع الإنشائي. والسرف في التعرض لهذا القصد، دون القصد الاستعمالي: إن اعتبار الصيغة يغني عن اعتبار القصد الاستعمالي حيث لا صيغة إنشائية بلا قصد. ومنه يظهر: وجه جعله من شرائط المتعاقدين دون شرائط الصيغة كاللفظ والماضوية والعربية وأشباهها، حيث إنه ليس من شؤون الصيغة كالقصد الاستعمالي المقوم لها، بل مما يعتبر في البيع بالحمل الشائع كالبلوغ وطيب النفس. نعم، بين هذا القصد والبلوغ ونحوه فرق من حيث إنه عقلاً " مقوم للبيع الحقيقي دون البلوغ، فليس هو من الشرائط الشرعية، وإنما يصح البحث عنه في قبال من لا يعتقد أن البيع الحقيقي من الأفعال التسيبية المتقومة بالقصد، بل يترتب على ذات السبب قهراً " ولا أظن من يتوهم ذلك. (ص ١١٨) * (ج ٢ ص ٢٩) النائيني (المكاسب والبيع): اعلم: أن كلمة القصد يستعمل على معان، أحدها: قصد اللفظ حين استعمالها في المعنى، بمعنى كون التلفظ بها مقصوداً " في مقابل النائم والساهي إذا صدر عنهما التلفظ. وثانيها: قصد المعنى من اللفظ حين الاستعمال في مقابل الهازل الذي لا يقصد في تلفظه إيقاع المعنى، يتوقف تحقق العقد على القصد بهذين المعنيين معاً "، فلا يصدق العقد على الصادر من النائم والساهي والهازل، لعدم قصد اللفظ من الأولين وعدم قصد المعنى من الأخير. وليعلم: أن القصد لا يطلق على قصد اللفظ وقصد المعنى بجامع واحد ضرورة أن اللفظ في

الاستعمال

أمر مغفول عنه ولا يشعر به ولا يلتفت إليه وإنما الالتفات إلى المعنى وجعل اللفظ فانيا " فيه وهذا بخلاف المعنى حيث إنه أمر ملتفت إليه فيكون قصد اللفظ في مقابل صدورها عن المتكلم في حال النوم والسهو و

(٥٥)

واشترط القصد بهذا المعنى في صحة العقد، بل في تحقق مفهومه مما لا خلاف فيه ولا إشكال، فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ، كما في الغالط أو إلى المعنى لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلق إرادته (٢) وإن أوجد مدلوله بالإنشاء، كما في الأمر الصوري فهو شبيه الكذب في الاخبار، كما في الهازل. (٣)

عناوين قصدية فلو لا هذه القصد لم يتحقق عنوان البيع وكذا عنوان الهبة والصلح ومعه لا ترتب آثارها المرتبة عليها في الأدلة الشرعية. (ص ١٠٧)

(٢) الآخوند: لا يخفى أن كل واحد من القصد إلى اللفظ، وإلى المعنى الاستعمالي، وإلى هذا المعنى من مقومات العقد، لا يكاد يتحقق بدون واحد منها، ومعه لا وجه لجعله بأحد هذه المعاني من شروط المتعاقدين.

(ص ٤٧)

النائني (المكاسب والبيع): إذا عرفت (ما ذكرناه في تعليقة السابقة)، فاعلم: أن عبارة الكتاب في المقام لا تخلو عن مساهلة وهو من جهة جعله قدس سره قصد اللفظ والمعنى على وزان واحد، حيث فرع على اعتبار القصد بأن لا يكون كالغالط والهازل، مع أنك قد عرفت: التفاوت بينهما، من أن القصد في مقابل

الغالط معتبر في قصد اللفظ في مقابل الهازل في قصد المعنى. (ص ٤٠٤)

(٣) الطباطبائي: التحقيق: إن الهازل قاصد للمعنى ومريد له، إلا أن غرضه من ذلك ليس وجود المدلول في الخارج، بل غرضه الهزل، كما في الاخبار الهزلي فإنه إخبار حقيقة إلا أنه ليس بجحد، بل غرضه منه شيء آخر، كما في الأمر الصوري بمعنى الارشادي، فإنه أمر لكن الغرض منه الانتقال إلى أن في هذا مصلحة لا

وقوع الفعل في الخارج وأما الأمر الامتحاني، فإنه حقيقي لا صوري. فالأولى أن يقال: يشترط مضافاً " إلى القصد أن يكون جدا " لا هزلاً "، إلا أن يقال: إن للإرادة مراتب

فمرتبة منها موجودة ومرتبة منها مفقودة. ثم، كيف يقول المصنف: (إن الإرادة غير موجودة)، مع اعترافه بأنه أوجد مدلوله بالإنشاء فتدبر.

ثم، مما ذكرنا ظهر: أن قياسه بالكذب في الاخبار في غير محله، إذ الاخبار أيضا " جد وهزل والاخبار كذبا " إخبار جدي لا هزلي فتدبر. (ص ١١٦)

أو قصد معنى يغاير مدلول العقد بأن قصد الاخبار أو الاستفهام أو إنشاء معنى غير البيع مجازاً " أو غلطاً "، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه ولا المقصود إذا اشترط فيه عبارة خاصة. (٤)

النائبي (منية الطالب): قد ظهر مما ذكرناه (في التعليقة السابقة) إن قياس الأمر الصوري على الكذب في الاخبار لا وجه له، لأن الكذب مرتبة ثالثة في الاخبار، والأمر الصوري يشبه الهزل في الاخبار، لأنه لم يقصد به البعث نحو المطلوب، وهكذا في العقود لو لم يقصد إيجاد المادة بالهيئة، بل قصد الهزل ونحوه، فحكمه حكم الهازل في الحكاية. وشبه الكذب في الاخبار منحصر في الإنشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم الاعتبار وعدم المطابقة في الاخبار كعدم وقوع المنشأ في الإنشاء كلاهما خارجان عن مدلول اللفظ وإمكان القصد إليه. (ص ٣٦٧)

النائبي (المكاسب والبيع): إذا عرفت (ما ذكرناه في تعليقة السابقة)، فاعلم: أن عبارة الكتاب في المقام لا تخلو عن مساهلة، وذلك من جهة: تنظير انتفاء قصد المعنى في الإنشاء كالهازل بالكذب في باب الاخبار

وهذا أيضاً " ليس بصحيح، حيث إن في الهزل لم يقصد إيجاد المعنى والمدلول بايراد الهيئة على المادة الموجب لانتفاء العقد بعدم قصده.

وهذا بخلاف الكذب، فإنه عبارة عن عدم مطابقة المدلول مع المحكى عنه في مقام الحكاية وهو خارج عن القصد والاختيار وليس مناط الكذب بأن يقصد عدم المطابقة ولا بأن لا يكون في مقام الحكاية لما عرفت

من: أن الخبرية والانشائية من المدليل السياقية، فإذا قصد اللفظ واستعمل المعنى بقصد الحكاية عن

الواقع يتحقق الكذب إذا لم يكن مطابقاً " مع الواقع بلا دخل في كذبيته على قصد الالفاظ أصلاً ".

وبعبارة أوضح: الهزل يقع في الدرجة الثانية أعني في مقام عدم قصد إيجاد المعنى بالاستعمال والموجب

لانتفاء الإنشاء والكذب يقع في الدرجة الثالثة أعني في مقام عدم مطابقة الحكاية مع المحكى عنه بعد

تحقق الخبر صدق الخبر عليه كما لا يخفى.

فالأولى: تشبيه الهزل في باب الإنشاء بالهزل في باب الاخبار وهو ما إذا لم يكن المقصود فيه الحكاية عن

الواقع أصلا " في مقابل الإنشاء الذي انتفى فيه قصد إيجاد المعنى بآلة اللفظ والاستعمال.
(ص ٤٠٤)

(٤) الطبائبي: لكن هذا ليس من فروع المقام، كما هو واضح، فإن القصد متحقق
والمفقود هو الشرط

الآخر الذي هو الصيغة الخاصة. (ص ١١٦)

(٦٠)

ثم، إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره كما صرح به في المسالك، حيث قال: إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. (٥)

النائبي (المكاسب والبيع): إذا عرفت (ما ذكرناه في تعليقة السابقة)، فاعلم: أن عبارة الكتاب في المقام لا تخلو عن مساهلة وذلك من جهة تفریع عدم وقوع العقد بما قصد معنى مغاير مع مدلول اللفظ بأن قصد

إنشاء معنى آخر كقصد إنشاء البيع في إيراد الهيئة على مادة الهبة أو بالعكس. وفيه: إن هذا لا يكون من متفرعات اعتبار القصد في العقد، ضرورة تحقق القصد المعتبر في العقود

بالمرتبتين الأوليين، فلا مانع في مثله في تحقق العقد وصدق العقد على ما وقع، وإنما الموجب لانتفاء الصحة هو كون العقد بغير اللفظ الصريح، مع اعتبار الصراحة فيه، واشتراط أن لا يكون بالألفاظ

الكناية، ولا بالألفاظ المجازية حسبما تقدم تحرير القول فيه. (ص ٤٠٤) (٥) النائبي (منية الطالب): قد ظهر مما ذكرناه (في التعليقة السابقة) ما أفاده في المسالك من عدم تحقق القصد

في عقد الفضولي والمكره، خلط قصد بقصد، فإن القصد يستعمل في موارد، أحدها: قصد اللفظ.

وثانيها: قصد المعنى، فإنهما معتبران في أصل صدق العقد، فإن عقد النائم وعقد الهازل ليسا بعقد، فإنهما لم يقصدا إيجاد المادة بالهيئة.

وثالثها: قصد وقوع العقد خارجا " عن طيب في مقابل وقوعه عن كره، فإن العاقد مع قصده اللفظ والمعنى

تارة داعيه على وقوع مضمون العقد إكراه المكره وأخرى غيره من الدواعي النفسانية. ورابعها: قصد وقوع المضمون عن العاقد في مقابل وقوعه عن غيره كبعض أقسام عقد الفضولي.

لا يخفى أن اعتبار القصدین الأخيرين إنما هو لأمر تعبدی لا لتحقيق مفهوم العقدية، فإن عقد المكره

والفضولي من حيث جهة العقدية لا يقصر عن غيره،

فما أفاده في المسالك من: أنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله لا وجه له، لأنهما قاصدان للمدلول أيضا "

وإنما الفرق أن قصد وقوع مضمون العقد في المكره ليس عن داع اختياري وقصد نفساني، بل عن وعيد

المكره - بالكسر - مع عدم إمكان التورية، أو مطلقا " - على ما سيحجى -

(٦١)

وفيه: أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد. (٦)
مضافاً: " إلى ما سيحجى في أدلة الفضولي، وأما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط
الاختيار.

واعلم: أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصروه كلاماً " في هذا المقام، في أنه هل يعتبر
تعيين

المالين اللذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة إليهما، أم لا؟ وذكر أن في المسألة أوجهها " وأقولاً "، وإن المسألة في غاية الإشكال، وأنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب قدس
الله

أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه.

وفي الفضولي هذا المعنى أيضاً " موجود، وإنما المفقود قصد وقوع المضمون عن نفسه.
وعلى هذا فقياس

المكره على الفضولي أيضاً " لا وجه له، لأنهما ليسا في وزان واحد. (ص ٣٦٨)
النائني (المكاسب والبيع): لا يخفى أنه مع انتفاء القصد في عقد المكره والفضولي يكون
الحكم بالصحة

على خلاف القاعدة الموجب معه الاقتصار على المورد المتيقن منه وهو مناف لمبنى
صاحب المسالك قدس

سره والحال في ذلك هو ما تقدم من: أن القصد يطلق على معان أربع، وما هو المعتبر في
تحقق العقد هو

القصد بالمعينين الأولين، وما هو المنتفى في عقد المكره والفضولي هو القصد بالمعنى
الرابع، أعني: الرضا

بمضمون العقد مع التفاوت بينهما، حيث إن العقد الفضولي فاقد للرضا واستناد العقد إلى
المالك وبالإجازة

يتحقق كليهما معا " وفي العقد المكره يكون المنتفى هو الرضا وحده لفرض صدوره عنه
وبالإجازة يتحقق

الرضا، فالعقد الصادر عن المكره والفضولي واجد لما هو مناط العقد وإنما الفاقد في
عقدتهما ما هو القصد

بالمعنى الغير المعتبر في مقومات العقد وفقدان القصد بذاك المعنى غير مضر في تحقق
العقد. (ص ٤٠٩)

(٦) النائني (منية الطالب): إن الدليل عليه عموم (أوفوا بالعقود). (ص ٣٧٣)
الإيرواني: لا موقع لما أورده المصنف، فإنه لم يدع أحد اعتبار أزيد من ذلك وإنما القائل
المتقدم أنكر تحقق

نفس ذلك القصد المعتبر في تحقق مفهوم المعاملة فينبغي البحث معه في ذلك وإن ذلك
القصد متحقق، أولاً

بعد الفراغ عن عدم اعتبار أزيد من ذلك لا المناقشة في اعتبار أزيد من ذلك. (ص ١٠٨)

ثم قال: وتحقيق المسألة: أنه إن توقف تعيين المالك على التعيين حال العقد، لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعا"، اعتبر تعيينه في النية، أو مع اللفظ به أيضا " كبيع الوكيل والولي

العائد عن اثنين في بيع واحد، والوكيل عنهما والولي عليهما في البيوع المتعددة، فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء، من نفسه أو غيره، وأن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما. فإذا عين جهة خاصة تعينت، وإن أطلق، فإن كان هناك جهة يصرف إليها الاطلاق كان كالتعيين -، كما لو دار الأمر بين نفسه وغيره إذا لم يقصد الابهام

والتعيين بعد العقد - وإلا وقع لاغيا"، وهذا جار في سائر العقود من النكاح وغيره. والدليل على اشتراط التعيين ولزوم متابعته في هذا القسم: إنه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الأمر، (٧) وأن لا يحصل الجزم بشئ من العقود التي لم يتعين فيها العوضان، ولا بشئ من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك، وفساد ذلك ظاهر. (٨)

(٧) النائيني (منية الطالب): ففيه: إن هذا لا يتم في جميع الصور، لأنه لو كان كل من العوضين كلياً،

فقبل التعيين لا يتحقق نقل حتى يبقى الملك بلا مالك. (ص ٣٧٣)
الإيرواني: (هذا الوجه ضعيف لا يعتمد عليه في المنع، لأن) لزوم بقاء الملك بلا مالك معين ليس محذورا،

وإنما المحذور لزوم بقاء الملك بلا مالك أصلاً، وهذا غير لازم فالمالك ما دام لم يعين في شخص فهو

الكلي، كما في مالك الخمس والزكاة والكفارات والندور والأوقاف للعناوين الكلية أو هو الفرد

المنتشر، كما في النذر لأحد رجلين أو رجال. (ص ١٠٨)

(٨) الإيرواني: (هذا الوجه ضعيف لا يعتمد عليه)، لأن الجزم حاصل بالبيع والشراء لذلك الذي باع له أو

اشترى له وهو الكلي أو الفرد المبهم، ولا دليل على اعتبار أزيد من هذا، ولعله أراد من العبارة أنه ربما

يعين البائع العنوانين البائع والمشتري في رجل واحد أو لا يعين أصلاً، فتتحل المعاملة بذلك قهراً " فلا

يكون في حال المعاملة جزم بأن المعاملة منعقدة وينتهي أمرها إلى تعيين المتبايعين، ثم تعيينها في اثنين أو

غير منعقدة لعدم انتهاء أمرها إلى التعيين كذلك.

ولا دليل على تأثير التعيين المتعقب، ولا على صحة العقد المبهم، لانصراف الأدلة إلى الشائع المعهود من الشريعة والعادة، فوجب الحكم بعدمه. (٩)

وفيه: أنه يجبر على التعيين وعلى تعيينهما في اثنين أو يقوم الحاكم الشرع بتعيينه أو يعين بالقرعة. ومنه يظهر الجواب عن قوله: (وبعدم الجزم بشئ من الأحكام)، فإن الأحكام التكليفية بالوفاء ونحوه تتوجه إلى من يعين بعد ذلك بأحد طرق التعيين وإن لم يتوجه فعلا "، أو يتوجه فعلا " أيضا " على وجه الواجبات الكفائية، أو يتوجه إلى المتصدي للبيع فيما إذا كان وليا "، كما إذا باع الحاكم أموال الفقراء واشترى بأموالهم شيئا " لهم. (ص ١٠٨)

(٩) النائبي (منية الطالب): ففيه إن التعارف بنفسه لا يوجب الانصراف. (ص ٣٧٣)
الطباطبائي: يمكن دعوى كفاية ذلك، كما ذكره جماعة في الطلاق حيث قالوا يصح طلاق واحدة من زوجاته، ثم يعين بعد ذلك أو يستخرج بالقرعة، فراجع. وكذا في باب العتق حكى عن المشهور أنه لو قال: (أحد عبيدي حر) صح، ورجع إلى تعيينه فيمكن في المقام أيضا " أن يصح ويعين بعد ذلك أو يستخرج بالقرعة ودعوى: عدم شمول العمومات، كما ترى!
وحيث فلا يلزم بقاء الملك بلا مالك، إذ نقول: إن التعيين كاشف عن كونه مالكا " من الأول أو نقول بعدم حصول الملكية إلا بعده على الوجهين من كون كاشفا " أو ناقلا ".
هذا، ولو قصد من الأول وقوع البيع لمن يعينه بعد ذلك فأمره أسهل، فإنه من الأول متعين، إلا أنه لا

يعلمه فهو في علم الله معلوم ومقصود له أيضا " على وجه الاجمال فتدبر. (ص ١١٦)
الإيرواني: (هذا الوجه ضعيف لا يعتمد عليه، لأنه) لو سلمنا عدم الدليل على تأثير التعيين المتعقب من البائع ولم نقل بأن وكالته في البيع أو الشراء من أشخاص متعددين، كما نؤثر في أن يكون أمر التعيين إليه في ابتداء البيع كذلك يؤثر في أن يكون أمر التعيين إليه بعد البيع فذلك لا يوجب بطلان البيع بل البيع يصح ويعين بالقرعة. مع أنه ربما لا يحتاج إلى التعيين - كما إذا باع الحاكم حقوق السادات والفقراء أو اشترى بأموالهم شيئا " -، فإن العوض في هذه المعاوضة يكون حكمه حكم الأصل ويكون ملكا " للعنوان

وتعيينه للأشخاص يكون بعين السبب الذي يعين الأصل لهم وهو القبض.
وأما دعوى انصراف الأدلة عن هذه المعاملات فهي ممنوعة، فإن البيع والشراء للعناوين
الكلية ليس

(٦٤)

وعلى هذا، فلو شرى الفضولي لغيره في الذمة، فإن عين ذلك الغير تعين ووقف على إجازته،

سواء تلفظ بذلك أم نواه، وإن أبهم مع قصد الغير بطل، ولا يوقف إلى أن يوجد له مجيز. (١٠) - إلى أن قال - : وإن لم يتوقف تعين المالك على التعيين حال العقد بأن يكون

العوضان معينين ولا يقع العقد فيهما على وجه لا يصح إلا لمالكهما، ففي وجوب التعيين أو

الاطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف، فيبطل، وعدمه

فيصح، أو جه، أقواها الأخير، وأوسطها الوسط، (١١)

وأشبههما للأصول الأول. (١٢)

بتلك الندرة، مع أن ندرة الوجود لا يوجب الانصراف عنه. (ص ١٠٨)

(١٠) الطباطبائي: لا يخفى أن مقتضى ما ذكره من الوجوه بطلان عقد الفضولي مطلقاً " وإن عين الغير،

بل وإن كان العوضان شخصيين لعدم ترتب الأثر قبل الإجازة، فيلزم الملك بلا مالك وعدم الجزم بترتب

الأثر، إلا أن يقال بأن مقتضى القاعدة وإن كان ذلك، إلا أنه ثبت صحته على خلاف القاعدة بالدليل.

نعم، الإشكال وارد على من يجعله مطابقاً " للقاعدة حسبما هو مختار المصنف قدس سره والظاهر أن ذلك

البعض أيضاً " قائل بذلك فتدبر. (ص ١١٦)

(١١) الإيرواني: اعلم: معنى الأوسطية للوسط بعد تقوية الأخير، ولكنك عرفت: قوة الوسط وإن البيع

يقع للمالك ما لم ينو الخلاف، فإذا نوى وقع لمن نوى عملاً " بعمومات أدلة نفوذ المعاملات التي لا يبقى

معها مجال الرجوع إلى ما أشار إليه من الأصول، أعني: استصحاب عدم النقل والانتقال إلا بما يحصل معه

اليقين بالنقل والانتقال وهو عقد عين فيه المالك. (ص ١٠٩)

(١٢) الطباطبائي: وذلك لأن الأصل عدم النقل والانتقال والعمومات منصرفة إلى الشائع المتعارف

ومن ذلك يظهر وجه أوسطية الوسط، وذلك لمنع الانصراف والعمومات مقدمة على الأصل.

وأما وجه اقوائية الأخير فهو: إن العمومات وإن كانت تامة، إلا أن مع التصريح بالخلاف يلزم التدافع

بين مقتضى المبادلة والتصريح بالخلاف، فإن مقتضاها انتقال كل واحد إلى ملك مالك الآخر ومقتضى

التصريح بالخلاف، فإن مقتضاها انتقال كل واحد إلى ملك مالك عدم ذلك، فيلزم التناقص والتدافع، فلا يؤثر العقد ولا يشمل العموم لعدم تحقق المعاهدة، لأن ما قصد لا يمكن أن يقع وما يمكن لم يقصد.

(٦٥)

وفي حكم التعيين ما إذا عين المال بكونه في ذمة زيد مثلاً " . وعلى الأوسط لو باع مال نفسه

عن الغير، وقع عنه ولغى قصد كونه عن الغير. (١٣) ولو باع مال زيد عن عمرو، فإن كان وكيلاً " عن زيد صح عنه، وإلا وقف على إجازته ولو اشترى لنفسه بمال في ذمة زيد فإن لم يكن وكيلاً " عن زيد وقع عنه، وتعلق المال بذمته، لا عن زيد، (١٤) ليقف على إجازته.

ومن ذلك، يظهر: أن القول بقوة الوجه الأخير لا يخلو عن وجه لا للأصل، بل لما ذكرنا من التدافع

والتناقض، إذ لا يلزم في ذلك وجود اللفظ، بل مجرد القصد كاف فيه ولذا اشتهر: إن العقود تابعة للقصد.

فإن قلت: لازم هذا بطلان بيع الغاصب وعدم صحته للمالك ولو مع الإجازة، لأن المفروض، أنه قصد

انتقال الثمن إليه مع أنه غير مالك للمبيع فمقتضى المبادلة انتقاله إلى المالك، ومقتضى قصده خلافه فيلزم

التدافع الذي ذكرت. قلت أولاً: " نلتزم ذلك ونقول بعدم الصحة ولو مع الإجازة وإن عقد الفضولي إنما

يصح بالإجازة إذا كان للمالك وبقصده.

وثانياً " : سيأتي في بيع الغاصب أنه يصح بالإجازة لكونه منزلاً " نفسه منزلة المالك، حيث إنه يعد نفسه

مالكا " ، فيبيع لنفسه بعد هذه الدعوى وهذا التنزيل وإلا، فلا يقصد بيع مال الغير لنفسه، فكأنه قال

بعث: عن المالك وأنا المالك. وبعبارة أخرى: بعث عن نفسي من حيث إني مالك فيكون قاصداً " لحقيقة

المبادلة بلا تدافع، بخلاف المقام، فإن المفروض عدم هذا التنزيل، بل المفروض إن قصده بيع مال الغير

لنفسه أو مال النفس للغير، فيكون من التناقض والتدافع ولا يتحقق حقيقة المبادلة.

ومن ذلك ظهر: أن بطلان البيع في هذه الصورة أولى من صورة قصد البيع مع الإبهام والتعيين بعد ذلك.

وظهر أيضاً " : إن الأقوى التفصيل بين البيع بلا تعيين المالك وبلا قصد الخلاف مع كون المالك متعينا " في

الواقع، فإنه يصح لمالكة وبين البيع مع قصد الخلاف وإن لم يصرح به لفظاً " ، فإنه باطل للتناقض الموجب

لعدم تحقق المعاهدة على الوجه الممكن فتدبر. (ص ١١٦)

(١٣) الطباطبائي: لا وجه لكونه لغواً " بعد فرض كونه على وجه الجد، بل التحقيق ما عرفت من:

استلزامه التدافع والتناقض فتدبر. (ص ١١٦)

(١٤) الطباطبائي: لا وجه لوقوعه عن نفسه مع فرض كون الثمن في ذمة زيد، بل مقتضى
الوجه الوسط

(٦٦)

وإن كان وكيلا " فالمقتضى لكل من العقدين منفردا " موجود، والجمع بينهما يقتضي إلغاء أحدهما، ولما لم يتعين احتمال البطلان، للتدافع، وصحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا

الشراء وترجيح جانب الأصالة. وعن الموكل لتعين العوض في ذمة الموكل، فقصد كون الشراء لنفسه لغو، كما في المعين. (١٥) ولو اشترى عن زيد بشئ في ذمته فضولا " ولم يجز، فأجاز عمرو، لم يصح عن أحدهما. (١٦)

وقوعه عن زيد مع الإجازة وبطلانه مع عدمها، لأنه كما لو كان الثمن شخصيا " وكان من مال زيد.

ومن ذلك يظهر: أنه لا وجه لما ذكره من الوجوه في صورة كونه وكيلا " عن زيد بل المتعين صحته عن زيد

الموكل، لأنه مالك الثمن فتدبر. (ص ١١٦) الإيرواني: يقع الشراء له على الوجه الأوسط، الذي عليه بناء هذه الفروع ويلغى قصد كون الشراء

لنفسه سواء كان وكيلا " عن زيد، أو لم يكن. نعم، إذا لم يكن وكيلا " عن زيد احتيج إلى إجازته، وعلى

الوجهين الطرفين تبطل المعاملة ولا تقع المعاملة لنفسه، إلا على المذهب المختار الذي أسلفنا بيانه بشرط

أن يكون وكيلا " عن زيد بشراء شئ لنفسه بمال في ذمة زيد أو إجازة زيد للمعاملة الكذائية. (ص ١٠٩)

(١٥) النائيني (منية الطالب): ففيه: أنه لا فرق بين صورة الوكالة وغيرها في أن التصريح بالخلاف

لا يضر بالعقد ولا يقاس على مثل (بعتك بلا ثمن)، مع أن احتمال البطلان يجري في غير صورة الوكالة

أيضا "، فإن مجرد قابلية وقوع العقد عن الموكل لو كان منشأ للتدافع بين قوله (اشتريت لنفسي) وقوله: (

في ذمة زيد)، فقابلية وقوعه عن زيد فضولا " أيضا " يوجب التدافع، لأن كلما صح عن قبل الموكل في

صورة الوكالة صح عن المالك في صورة الفضولي، فالتفصيل بينهما لا وجه له. نعم، يعتبر في قابلية وقوع العقد عن قبل الموكل أو المالك أن يكون العقد جامعا " لشرائط

الصحة من جميع الجهات، إلا أنه في صورة الوكالة لا يحتاج استناده إلى الموكل إلى الإجازة منه بعد وقوع العقد، وهذا

بخلاف عقد الفضولي، فإن استناده إلى المالك يتوقف على الإجازة. (ص ٣٧٤)

(١٦) الإيرواني: هذا الفرع أجنبي عن المقام لتعين من يشتري له ومن هو في ذمته المال، فإن كان فيه

بحث ففي جهة أخرى أجنبية عن المقام. (ص ١٠٩)

(٦٧)

وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب، ولا فرق على الأوسط - في الأحكام المذكورة - بين النية المخالفة والتسمية، ويفرق بينهما على الأخير، ويبتل الجميع على الأول، إنتهى كلامه رحمه الله.
أقول: مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر، وإلا لم يكن كل منهما عوضا " وبدلا " . (١٧)

(١٧) الآخوند: فيه: أن انتزاع مفهوم المعاوضة والمبادلة عن البيع ليس بلازم لا محالة، إلا إذا قيل بأنه قد أخذ في حقيقته دخول كل من الثمن والمثمن في ملك مالك الآخر، وهو محل تأمل. وكونه تمليكا " بالعوض لا يكون، إلا في قبال أنه ليس مجانا ".
وعلى هذا، فالقصد إلى العوض وتعيينه، لا يغني عن تعيين المالك المنتقل إليه الثمن أو المثمن، بل لا بد منه مطلقا ". وإن قيل إنه قد أخذ في حقيقة البيع دخول كل منهما في ملك الآخر، غاية الأمر: عليه لا يكاد أن يقصد أصل البيع بدونه، وعلى الأول لم يقصد بشخصه، لعدم قصد التعيين الذي به تشخصه، ولا بد من قصده نفوذ العقد على المبهم ولا يجدي التعيين بعده. فافهم. (ص ٤٧)
الطباطبائي: قلت: يمكن أن يقال: إن تحقق المعاوضة لا يحتاج إلى أزيد من اعتبار العوضين والكلبي في حد نفسه يصلح لكونه عوضا " لأنه مال في حد نفسه فالمن من الحنطة مثلا " مال صالح لأن يجعل عوضا " لمال وإن لم يعتبر كونه مملوكا " لشخص ألا ترى! أنه يصح بيع الكلبي في ذمته مع أنه قبل البيع لا يصدق أنه مالك له إذا لم يكن عنده ذلك الكلبي، بل يصح وإن لم يكن موجودا " في الدنيا في ذلك الزمان، فالمملوكية غير معتبرة في تحقق العوض وحينئذ فصدق المعاوضة لا يتوقف على إضافة الكلبي إلى ذمة. نعم، لو كان العوضان مملوكين فعلا " فمقتضى المعاوضة ما ذكره المصنف قدس سره من انتقال كل إلى مالك الآخر، لا أن يكون ذلك معتبرا " في حقيقتها بحيث لو لم ينتقل لم يتحقق المعاوضة، وذلك لأن حقيقتها ليست أزيد من اعتبار كون شيء بدل شيء.
هذا، ولو سلمنا أن العوض لا يكون عوضا " إلا مع اعتبار المملوكية والإضافة إلى ذمة، لكن لا نسلم أنه لا يكفي الذمة المرردة بين شخصين أو أشخاص،

وعلى هذا، فالقصد إلى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك،
إلا أن ملكية العوض وترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك، فإن من
الأعواض ما يكون متشخصا " بنفسه في الخارج كالأعيان. ومنها ما لا يتشخص إلا
بإضافته
إلى مالك، كما في الذمم، لأن ملكية الكلي لا يكون إلا مضافا " إلى ذمة، وإجراء أحكام
الملك
على ما في ذمة الواحد المردد بين شخصين فصاعدا " غير معهود. (١٨)

أنحاء التصرف، أو تملكها أنا " ما قبل البيع ثم بيعها.
وأما عدم بطلان المعاوضة بعد تحقق أركانها بذكر ما ينافيها بعدها فلائنه لا موجب لابطال
الأمر اللاحق
الأمر الصحيح المتقدم.
نعم، لو لم يتحقق ركن المعاوضة وهو تبديل المالين فذكر ما ينافيها يوجب بطلانها،
كقوله: (بعتك بلا ثمن
) و (آجرتك بلا أجر) على التفصيل الذي تقدم في قاعدة ما يضمن. (ص ٣٧٠)
(١٨) الإيرواني: أما الوجه الذي اعتمد عليه المصنف فهو مردود بمنع توقف تمول الكلي
على إضافته
إلى ذمة معينة فإن الكلي في ذمة موكله أو من يلي أمره مع تعددهم مال يبذل بإزائه المال
وكذلك
الكلي في ذمة أحد موكله إذا كان هو المطالب بالتعيين أو كانت القرعة تعيينه.
وبالجملة: كان ينتهي أمره إلى التعيين مقابل ما لا ينتهي فلعله اشتبه على المصنف ما لا
يؤول أمره إلى
التعيين بما يؤول فلعلنا نلتزم فيما لا يؤول بعدم التمول
على إشكال لنا أيضا " في ذلك فإنه لو توقف تمول
الكلي على الإضافة فضلا " عن الإضافة إلى ذمة شخص خاص لزم بطلان البيع الكلي، لأن
البائع للكلي
يبيع الكلي، لا أنه يبيع الكلي الذي هو في ذمته، إذ ليس حال البيع شيء في ذمته
وإنما تشتغل ذمته بسبب البيع فكان يبيعه بيعا " لغير المال فكان باطلا " مع أنه صحيح قطعا
".
فاتضح: أن الصواب صحة البيع للكلي وللغير المبهوم وعدم اعتبار القصد في البيع لشخص
معين
بيعا " وشراء ". نعم يعتبر تعدد البائع والمشتري ومما يوضح ما ذكرنا: أنه لو كان
للشخص أكرار من
الحنطة في ذمة متعددين فقال: (بعتك منا " مما لي في ذمة هؤلاء)، لم يكن يبيعه هذا بيعا "
لما لا يتمول
بسبب عدم تعيين من في ذمته المبيع.

(۷۰)

فتعيين الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين صاحب الذمة. فصح على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقاً " غير معتبر سواء في العوض المعين أو في الكلي، (١٩)

نعم، في المبيع المعين الخارجي أو الكلي بعد إضافته إلى ذمة شخص معين إشكال آخر وهو: أنه لو قصد

البيع لغير المالك ولغير صاحب الذمة فهل يصح البيع للمالك ويلغو القصد أو يبطل البيع أو يصح البيع والقصد جميعاً " بمعنى أنه يقع البيع لمن قصد له؟ وجوه، اختار المصنف أولها وصاحب المقاييس الثاني والصواب: هو الثالث.

ويتضح حال هذه الوجوه بذكر مقدمة وهي: أن حقيقة المعاوضة والمبادلة هل تتقوم بدخول العوض في

ملك من خرج عن ملكه المعوض حتى لو كان قاصداً " غيره لما كان قاصداً " للمعاوضة الحقيقية، أو أنها

غير متقومة بذلك، فجاز قصد دخول أحدهما في ملك غير من خرج عن ملكه الآخر مع كونه قاصداً "

للمعاوضة الحقيقية والمختار: هو الثاني ولذا صححنا البيع والقصد جميعاً "، وقلنا: إن البيع يقع لمن قصد له

البيع وسنوضح ذلك. (ص ١٠٨)

(١٩) الإصفهاني: لكننا قد ذكرنا في محله: أن المردد بما هو لا ثبوت له ذاتاً " ووجوداً " ولا ماهية وهوية،

فلا يعقل أن يكون مقوماً " لصفة من الصفات الحقيقية أو الاعتبارية، فالملكية لا يتعلق بالمبهم، لا من حيث

عدم الدليل على صحة العقد على المبهم، بل من حيث إن الملكية المطلقة الغير المتعلقة بشئ لا يعقل أن

توجد فلا بد من تعلقها بشئ، وما لا ثبوت له لا شيء له، فلا يعقل أن يكون طرفاً " للملكة الزوجية

أو غيرهما.

وأما التردد والتخيير، فالأول يناسب الاخباريات بلحاظ جهل الشخص بالواقع المتعين فهو أجنبي عن

مرحلة الإيجاد والإنشاء الذي لا تعين له، إلا بنفس هذا الإيجاد والثاني يناسب الانشاءات الطلبية، دون

غيرها، فالتخيير بين فعل الشئ وتركه إلى بدل يناسب الواجب التخيري مثلاً " ولا يكون له مساس

بإنشاء الملكية وإيجادها، وأما بيع أحد الصيعان وعتق أحد العبدین وطلاق إحدى الزوجتين، فإن قصد

ماله تعين واقعي في علمه تعالى ولو بعنوان ما يقع عليه سهم القرعة، أو ما يختاره فيما بعد،

فلا إشكال في المعقولة ويبقى الكلام في صحة مثل هذا العقد أو الايقاع شرعا " وإن لم يقصد ماله تعيين واقعي ولو بهذا

(٧١)

وأن اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشق الأول من تفصيله إنما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا "، فإن من اشترى لغيره في الذمة إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا "، لأن ما في الذمة ما لم يضاف إلى شخص معين لم يترتب عليه أحكام المال: من جعله ثمنا " أو

مثمنا "، وكذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين، فإنه إذا جعل العوضين في الذمة بأن قال: (بعت عبدا " بألف)، ثم قال: (قبلت) فلا يصير العبد قابلا " للبيع ولا الألف قابلا " للاشتراء

به حتى يسند كلا " منهما إلى معين، أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين، فيقول: (بعت عبدا " من مال فلان بألف من مال فلان)، فيمتاز البائع عن المشتري. (٢٠)

يقصد النيابة وقعت عن نفسه، ولو لم يشتغل ذمة نفسه بها وقعت لغوا "، فالانصراف إلى النفس لا مؤنة له نعم، لو قصد الإبهام وقع في نفس الأمر باطلا " وإن كان ملزما " في الظاهر بالالتزام المعاملي،

كما سيجئ في العنوان الآتي نظير ذلك.

ثم، إن اعتبار تعيين البائع أو المشتري في الكلين ليس كاعتبار طرفي العقد في غير باب المعاوضات:

كالنكاح والوصية والهبة والوقف ونحو ذلك، فإن الزوجين والموصي له أو الوصي أو المتهب أو الموقوف

عليه ركن في هذه الأبواب وبدون التعيين لا ينعقد العقد، ولا يرتبط بإنشاء الموجب بإنشاء القابل، لأنه

ليس قصد الواهب مثلا " الهبة لكل من يقبلها.

وأما المعاوضات، فاعتبار التعيين فيها إنما هو لاعتبار العوض فيها حيث إن تحقق المالية في الكلين إنما هو

بتعيين المالك، وإلا فما هو الركن فيها هو العقد والعوضين، فلو تم شرائطهما لم يعتبر شيء آخر أصلا " . (ص ٣٧١)

(٢٠) النائيني (منية الطالب): فإن جعل العوض من عين غير المخاطب الذي ملكه المعوض فقال: (ملكك)

فرسي هذا بحمار عمرو) فقال المخاطب: (قبلت) لم يقع البيع لخصوص المخاطب، لعدم مفهوم

المعاوضة معه، وفي وقوعه اشتراء فضوليا " لعمرو كلام يأتي، فإن مع تصريحه بعدم انعقاد البيع لا وجه

له، لوقوعه اشتراء فضوليا " لعمرو، فإن العقد الفضولي لا بد أن يكون المقصود منه المعاوضة الحقيقية حتى

وأما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معينين. (٢١)

في بيع الغاصب لنفسه.
وأما مع عدم قصد البيع أصلاً " فلا يصح رأساً " وما وجهنا به هذه العبارة سابقاً " وهو:
عدم قصد
المعاوضة مع المخاطب، لا عدم قصد أصل المعاوضة لا يستقيم، لأنه لولا قوله: (فالبيع
غير منعقد)، لكان
لهذا التوجيه وجه وأما معه ومقابلة قوله: (وإذا لم يقصد المعاوضة) مع قوله سابقاً "
(فالمقصود إذا كان
المعاوضة الحقيقية فلا وجه له) فتأمل لعلك تتصور وجهها " له. (ص ٣٧٤)
(٢١) الإصفاة: تحقيق المقام أن البيع إن كان بمعنى التملك ولا مجاناً "، كما قوينا
سابقاً " فلا بد من تعيين
المالكين، إذ المفروض أن التملك بإزاء شئ في ذمة زيد أربعين مال عمرو تملك بيبي
وكذا تملك مال
زيد عن نفسه أو مال نفسه عن زيد تملك بيبي، فلا بد زيادة على تعيين العوضين من تعيين
المالكين، إذ
لا يقتضي التملك البيبي ما يقتضيه حقيقة المعاوضة حتى يكون تعيين العوضين تعيين
المالكين اجمالاً " وإن
كان البيع بمعنى التملك بعوض على وجه يقوم كل من العوضين مقام الآخر فيما من إضافة
الملكية إلى
صاحبه، فتعيين العوضين يغني عن تعيين المالكين لما عرفت من: أنه تعيين اجمالي لهما
والمقدار الذي
يقتضيه حقيقة المعاوضة من التعيين عقلاً " هو هذا وهو المفقود في الشئ الأول، لكن
الكلام في مراد المحقق
صاحب المقاييس قدس سره حيث احتمل التعيين للأصل، فإنه كان هذا المقدار من التعيين
على القول بكون
البيع معاوضة حقيقية فيرد عليه رحمه الله ما أورده المصنف قدس سره وإن كان مراده
التعيين التفصيلي
فلا يجدي تحقيق كون البيع معاوضة حقيقية واقتضائها للتعيين الاجمالي ولا وجه لحمل
كلامه على اعتبار
التعيين الاجمالي وجعل منشأ الوجوه الثلاثة في كلامه الاختلاف في حقيقة البيع من حيث
كونه معاوضة
حقيقية حتى لا يحتاج إلى التعيين أو هو التملك لا مجاناً " حتى يحتمل اعتباره أو اعتبار
عدم قصد الخلاف
وذلك، لأن مفروض كلامه أن العوضين بحيث لا يصح العقد عليهما إلا لمالكهما وهذا لا
يكون إلا إذا كان
البيع مبادلة حقيقية وإلا فيصح لغير مالكهما.

فالأوجه أن يقال: إن غرضه رحمه الله احتمال اعتبار التعيين في مرحلة السبب، سواء كان بنحو الاجمال،
أولا، كما يرشد إليه قوله: (أو الاطلاق المنصرف إليه) وعليه فلا يرد عليه ما أفاده قدس سره من أن:)

(٧٨)

فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت أن من لوازمها العقلية دخول العوض

في ملك مالك المعوض تحقيقا لمفهوم العوضية والبديلية، فلا حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما

وإليهما العوضان، وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد، فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوض، فقال: (ملكتهك فرسي هذا بحمار عمرو)، فقال

المخاطب: (قبلت)، لم يقع البيع لخصوص لمخاطب، لعدم مفهوم المعاوضة معه، وفي وقوعه اشتراء فضوليا " لعمرو كلام يأتي.

قصد المعاوضة الحقيقية يغني عن تعيين المالكين)، إذ قصد المعاوضة الحقيقية المقتضي لتعيين المالكين

اجمالا " في مرحلة الواقع لا يوجب التعيين في مرحلة السبب وفي مورد العقد، فلا بد من دفع اعتباره في

مورد العقد بما يدفع به سائر ما يشك في اعتباره في مرحلة العقد فتدبر جيدا " . (ص ١١٩) * (ج ٢ ص ٣٢)

(٢٢) الطباطبائي: مع عدم قصد المعاوضة الحقيقية، - كما هو المفروض - لا وجه لكونه شراء فضوليا "

لعمرو ولو كان مراده مع قصد المعاوضة الحقيقية، فيجري فيه ما يجري في مثال (من باع مال نفسه لغيره)

من كون قصد الغير لغوا "، إذ حينئذ ينبغي أن يقال: إن قصد تمليك المخاطب لغو، بل يكون تمليكا " لعمرو

وحيث إن العوض من ماله، فهو كما لو باع مال غيره عن نفسه حيث إنه يقول بعد ذلك أنه يقع للغير مع

إجازته. وبالجملة: مع قصد المعاوضة الحقيقية ينبغي الحكم بالبطلان ومعه ينبغي اجراء حكم الفضولي.

(ص ١١٧)

الإصنهاني: قصد المعاوضة الحقيقية مع المخاطب بأحد وجهين، إما بجعل المخاطب أعم من الأصيل و

الفضول، فيكون اشتراء فضوليا " لعمرو، وإما بتنزيل المخاطب منزلة عمرو في الملكية للثمن، وبعد هذا

التنزيل يتوجه منه قصد المعاوضة وانتقال الثمن.

ونفوذ العقد على أي حال يتوقف على إجازة عمرو وأما مع قطع النظر عن الأمرين، فقصد المعاوضة

الحقيقية منه مع المخاطب بما هو غير معقول، لأن إرادة المحال جدا " مستحيلة، فلا معاوضة مع المخاطب

لاستحالتها ولا مع عمرو لأن المفروض عدم تمليكه بل تمليك المخاطب.

(۷۹)

وأما ما ذكره من مثال (من باع مال نفسه عن غيره)، فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره، والظاهر وقوعه عن البائع ولغوية قصده عن الغير، لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة، وهو معنى لغويته، ولذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته -، كما سيجئ - ولا يقع عن نفسه أبداً". (٢٣)

وبالجملة: قصد المعاوضة الحقيقية بهذا التمليك الخاص قصد أمر محال وقصد المعاوضة مع المخاطب و
قصد المعاوضة مع عمرو قصدان متنافيان لتنافي المقصودين، فيستحيل تحقق المتنافيين، لا أنهما يتحققان،
ولعدم إمكان تأثيرهما معا"، وعدم الترجيح لأحدهما يلغو القصدان، كما هو ظاهر اللغووية.
نعم، يمكن أن يقصد المعاوضة أولاً " مع المخاطب، ثم قبل تمامية الإيجاب يبدو له
المعاوضة مع عمرو، كما
يدل عليه جعل الثمن من ماله فيكون القصد الثاني هادماً " للأول بعد وجوده، فيسقط عن
التأثير بعد
وجوده، وهو معنى اللغووية فيتمحض في الفضولية لعمرو، فالقابل اللغووية بمعناها هو القصد
الأول لا الثاني.

(ص ١١٩) * (ج ٢ ص ٣٣)

(٢٣) الطباطبائي: قد عرفت أنه لا معنى للمعنوية قصد الغير، وإنه راجع إلى التناقض ويبطل
من هذه الجهة،
لأن مقتضى قصد المعاوضة حقيقة قصد تملك الثمن وادخاله في ملك نفسه، ومقتضى
قصد الغير عدم
قصد تملكه بل تملك الغير، فلا يتحقق معنى المعاوضة وبعبارة أخرى: تحققه موقوف على
عدم هذا القصد

وإذا كان المفروض وجوده، فلا يتحقق معنى المعاوضة وهذا واضح جداً".
ومن هنا يظهر: إن الأولى تعليل البطلان بهذا، لا بما ذكره في قوله: (إلا أن يقال)، إذ فيه:
أن كون عدم
المعقولة قرينة على عدم إرادة المعاوضة الحقيقية إنما يتم فيما إذا شك في فعل الغير، وأما
إذا فرضنا

صدور المعاملة الكذائية عن نفسه، فلا معنى لجعله قرينة، إذ هو مطلع على إرادته.
وأما الحمل على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع، كما في بيع الغاصب فهو أيضاً "
غير صحيح،

لأن من المعلوم عدم هذا التنزيل في المقام وعلى فرضه يكون وجهها " للصححة لا للبطلان،
كما لا يخفى، بل
ما ذكره من لغوية قصد الغير إنما يتم على هذا الفرض، فإنه على هذا لا يرجع إلى التناقض،
إذ على هذا
كأنه قال: (بعتك هذا المال بكذا لملك هذا المال وهو الفلان)، فقصد المعاوضة الحقيقية
إلا أنه ادعى أن

(۸۰)

نعم، لو ملكه فأجاز، قيل بوقوعه له لكن لا من حيث إيقاعه أولاً " لنفسه، فإن القائل به لا يفرق حينئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً " ووجوده كعدمه.

إلا أن يقال: إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية، لم لا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقية، أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع - كما سيأتي أن المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لا يتصور إلا على هذا الوجه - وحينئذ فيحكم ببطلان المعاملة، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي. (٢٤)

المالك غيره وبطلان هذه الدعوى لا يضر بتحقيق المبادلة بين المالكين للمالكين، فلا وجه لتفريع البطلان على أحد الوجهين من جعله قرينة على عدم قصد المعاوضة الحقيقية أو على التنزيل المذكور بقوله: (فحينئذ فيحكم ببطلان الخ)، إلا أن يقال: إنه تفريع على الشق الأول من التردد، لكنه بعيد، كما لا يخفى. (ص ١١٧) (٢٤) الإصنفهاني: قد عرفت أن القصد إلى المعاوضة الحقيقية بهذا التمليك الخاص قصد أمر محال فلا يتحقق من رأس، لا أنه يلغو القصد إلى الخصوصية وليس كالمثال المتقدم قابلاً " للفضولية حتى يكون القصد الثاني هادماً " للقصد الأول، لأن الثاني لا يعقل تحققه بعنوان القصد إلى المعاوضة الحقيقية حتى يهدم القصد الأول، فإذا فرض قصد المعاوضة الحقيقية بقوله (بعث)، ثم بدا له أن يملك عن قبل زيد كان قصده الثاني محالاً "، بل يصح القصد الأول، إذا لم يرفع اليد عنه وعليه ينبغي حمل كلامه قدس سره، وإلا فمع وحدة القصد وكون المقصود خاصاً " لا يعقل أصل ووجه القصد إليه رأساً "، ولا عقد بلا قصد. فإن قلت: إذا بنى على كون الغير مالكا " ونزله منزله نفسه في المالكية توجه منه القصد إلى المعاوضة الحقيقية من قبل الغير، كما بنى على ذلك في عكس المثال المزبور فيما إذا باع الغاصب مال غيره لنفسه، فإنه قد صرح بصحة قصده إلى المعاوضة الحقيقية بسبب البناء والتنزيل المزبورين في ذلك المبحث قلت: فرق بين ما نحن فيه والمثال الآتي في ذلك المبحث، فإن التنزيل هناك ليتوجه القصد إلى

المعاوضة ممن هو

(٨١)

ومن هنا ذكر العلامة وغيره في عكس المثال المذكور: أنه لو قال المالك للمرتهن: (بعه لنفسك) بطل، وكذا لو دفع مالا " إلى من يطلبه الطعام وقال: (اشتر به لنفسك طعاما)". هذا، ولكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة ولغووية القصد المذكور، لأنه راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركني المعاوضة. (٢٥)

وأما حكمهم ببطلان البيع في مثال الرهن واشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا أن المخاطب إذا قال: (بعته لنفسي)، أو (اشتريته لنفسي)، لم يقع لمالكه إذا أجازه.

هو له، لا المعاوضة حتى يقال: لا يتحقق القصد إلى المعاوضة، فتصح المعاوضة وتقع لنفسه،

وقد بنى المصنف صحة بيع الغاصب البايع لنفسه ووقوعه للمالك بإجازته على هذا المبنى، أعني: مبنى

الادعاء والتنزيل. (ص ١٠٩)

(٢٥) الطباطبائي: نمنع ذلك. نعم، لو فرض ذلك، يكون صحيحا "، إذ المفاد حينئذ: بعتهك مالي بكذا لنفسي

على أن أعطيه لزيد مثلا ". ولا بأس به، لكن الفرض مقطوع بعدم أو مفروضه. (ص ١١٧)

الإصهاني: لا يخفى عليك أن ملكية الثمن من مقومات المعاوضة البيعية، لا خارجة عن حقيقتها ومن

فوائدها، حتى يقال: (بأن قصد حقيقة المعاوضة مع المخاطب لا ينافي قصد رجوع فائدتها إلى غيره)، بل لو

قلنا: بأن حقيقة المعاوضة جعل كل من العوضين مقام الآخر في الملكية، ولازم وجود الملكية خارجا " تعلقها

بذات المالك، لا أن الطرف مقوم لحقيقة الملكية أو لحقيقة المعاوضة بين المالكين في الملكية أو المعاوضة بين

الإضافتين، لما كان مجديا " أيضا "، لأنه من اللوازم الغير المفارقة، ولا يعقل توجه القصد الجدي إلى اللزوم

مع القصد الجدي إلى عدم لازمه، لأن الانفكاك محال وقصد المحال محال، فلا يعقل القصد، لا أنه يلغو

القصد إلى عدم اللازم.

نعم، إن كان من باب البدا في القصد بحيث تحقق منه القصد إلى

جد المعاوضة أولا "، ثم بدا له القصد إلى ما ينافيها، فإن القصد الثاني مع بقاء الأول محال، ومع رفع اليد عنه يلغو القصد

الأول ويستحيل القصد الثاني، لأنه قصد إلى غير المعاوضة الحقيقية، إلا فيما أمكن قصده ابتداء، - كما عرفت سابقا " - فإنه يلغو

الأول ويؤثر الثاني. (ص ١٢٠) * (ج ٢ ص ٣٦)

وبالجملة: فحكمهم بصحة بيع الفضولي وشرائه لنفسه، ووقوعه للمالك، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك. (٢٦)
ثم، إن ما ذكرنا كله حكم وجوب تعيين كل من البائع والمشتري من يبيع له ويشترى له (٢٧)

(٢٦) الطباطبائي: نمنع حكمهم بالصحة في هذا الفرض، إلا في بيع الغاصب وهو من باب التنزيل المذكور
ولو فرض عدمه، نمنع الصحة فيه أيضا " فتدبر. (ص ١١٧)
(٢٧) الطباطبائي: يعني حكم تعيين البائع - من يكون البيع له - وهو مالك المبيع الناقل له، والمشتري - من يكون الشراء له - وهو مالك الثمن الناقل له، من غير نظر إلى تعيين كل منهما للطرف الآخر،
والكلام الآن في أنه هل يعتبر أن يكون البائع عالما " بأن القابل يشتري لنفسه أو لغيره؟ وعلى الثاني إن ذلك الغير من هو؟
وكذا يعتبر أن يكون المشتري عالما " بأن البائع يبيع مال نفسه أو الغير وأن ذلك الغير من هو؟
ولا يخفى أن الكلام في هذا المقام في موضعين، أحدهما: ما ذكر من وجوب تعيين كل منهما الطرف الآخر
والعلم به.
والثاني: أنه إذا علم بأن الطرف الآخر وكيل أو ولي فهل يجوز في مقام إجراء الصيغة أن يقول: (بعتك) أو (وهبتك) أو، لا؟، بل لا بد أن يقول: (بعتك موكلك) مثلا "، كما هو المتداول في إجراء صيغة النكاح
حيث إنه لا يقال للوكيل: (أنكحتك)، بل يقال: (أنكحت موكلك).
والتحقيق في الموضوع الأول، أن يقال: بعدم وجوب العلم بمن له المعاملة في الطرف الآخر إلا إذا كان ركنا "
في المعاملة بحيث يختلف الرغبات نوعا " باختلافه، كما في النكاح، فإن الزوجين فيه بمنزلة العوضين
يختلف الأغراض باختلافهما، وكذا في الوقف بالنسبة إلى الموقوف عليه، فإن الغرض فيه متعلق بالموقوف
عليه وأما الواقف فلا، وكذا في الهبة، فإن الواهب يختلف غرضه في هبة ماله بالنسبة إلى الأشخاص وكذا
في الوكالة وأمثالها، فالزوجان والموقوف عليهم والموهوب له والوكيل أركان في المعاملات المذكورة غالبا "
بخلاف البيع، فإن الركن فيه هو العوضان والمتعاقدان ولا يتعلق الغرض غالبا " بأن المالك من هو؟، إذ

المقصود المبادلة بين المالين.
نعم، قد يتعلق الغرض فيه نادرا " بكون المالك للثمن أو المثلثن شخصا " دون شخص ولا
اعتبار به،

(٨٤)

وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب والقابل لخصوص البائع، (٢٨)

ولذا حكم قدس سره بكون الإشكال المشار إليه في كلام التذكرة ضعيفا " مخالفا " للاجماع والسيرة.

فظهر من جميع ذلك: عدم قابلية هذا الوجه لاثبات الاحتمال الأول. نعم، إنما ينفذ في مقام التنازع بأن يقول

البائع: (اشتريت لنفسك) ويقول الآخر: (بل اشتريت لوكيلي) مثلا "، فإن مقتضاه تقديم قول البائع، فإنه

موافق لظاهره الكلام. (ص ١١٨)

(٢٨) الإصفهاني: الكلام هنا، كما يدل عليه الاستدلال بظاهر الكلام في أن التعيين المستفاد من ظاهر

الكلام الموجه إلى شخص المخاطب هل هو متبع، فليس للمخاطب أن يقبله عن غيره، أولا ظهور له في

التعيين ذاتا " أو لقرينة نوعية صارفة عن ظهوره الذاتي؟

والحق: ظهوره الذاتي، لكنه في البيوع وأشباهها قرينة نوعية على أن الغرض متعلق بمحض المبادلة

بين العوضين ووصول كل منهما إلى عوض ماله. وعليه، فالغرض النوعي المعلوم كاشف عن طور القصد

العقدي، فلا يبقى ظهوره الذاتي على حاله، بخلاف باب النكاح والوصايا والأوقاف، فإن الأشخاص هناك

بمنزلة العوضين في البيع مما يتفاوت القصد العقدي، فلا يبقى ظهوره الذاتي على حاله، بخلاف باب

النكاح والوصايا والأوقاف، فإن الأشخاص هناك بمنزلة العوضين في البيع مما يتفاوت بتفاوتته الرغبات،

فلا صارف للظهور الذاتي، بل لو كان الظهور الذاتي في الأعم، لكان ما ذكرنا من تفاوت الرغبات فيها

صارفا " عن ظهوره الذاتي. (ص ١٢٠) * (ج ٢ ص ٣٧)

النائني (المكاسب والبيع): كان الكلام فيما تقدم في اعتبار تعيين المالين عند العقد، وقد تحصل منه

عدم اعتبار تعيينهما لا فيما كان العوضان جزئيا " ولا فيما كانا كلاهما أو أحدهما كلياً " من حيث هو تعيين

للمالك، وإن كان يحتاج إلى التعيين في بيع الكلي من جهة لزوم مالية الكلي في صحة البيع، وهي متوقفة

على تعيين الذمة، والكلام هاهنا في اعتبار تعيين كون كل من الموجب والقابل أصيلا " أو وكيلا " أو

فضوليا " وبعبارة أوضح: في اعتبار علم كل من الموجب والقابل بكون طرفه أصيلا " أو وكيلا " أو فضوليا "

في تحقق العقد. (ص ٤١٥)

(٨٦)

فيحتمل اعتباره، إلا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين -

كما في غالب البيوع والإجازات - فحينئذ يراد من ضمير المخاطب في قوله: (ملكته كذا - أو منفعة كذا - بكذا) هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكا " حقيقيا " أو جعليا " - كالمشتري الغاصب - أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية. (٢٩) ويحتمل عدم اعتباره إلا فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين، كما في النكاح، والوقف الخاص، والهبة، والوكالة، والوصية. والأقوى هو الأول، عملا " بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية، وتبعية العقود للقصد. وعلى فرض القول بالثاني فلو صرح بإرادة خصوص المخاطب اتبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره.

النائني (منية الطالب): والحق عدم الفرق بين هذا المبحث والمبحث السابق (أي اعتبار قصد المالكين وعدمه)، ففيما إذا كان العوضان شخصيين، فكما لا يعتبر تعيين البائع من يبيع له، ولا تعيين المشتري من يشتري له، فكذا لا يعتبر أن يعلم البائع: بأن المشتري يشتريه لنفسه أو لغيره؟، وأن الثمن ملك له أم لا؟ وهكذا في طرف المشتري، لأن التبدل يقع بين المالكين، فكل منه ومالك للثمن ينتقل إليه الثمن وبالعكس. نعم، في غير باب المعاوضات كعقد النكاح والهبة والوقف والوصية، ونحو ذلك، كالضمان والحوالة، يعتبر العلم بالطرف، فإن خصوصيات الأشخاص لها ركنية ودخل تام في نظر العرف. وبالجملة: من يتعلق العقد به تارة، هو ركن في العقد، وأخرى ليس كذلك، فلو كان ركنًا "، فلا بد من تعيينه، فلو لم تعلم الزوجة بأن القابل هو الزوج، أو وكيل عنه، لم يصح العقد وهذا بخلاف البيع. (ص ٣٧٧) (٢٩) الآخوند: لا يخفى أن العقد لما كان أمرا " ربطيا " بين الاثنين، لم يكف التحقق، إلا إذا تواطئا وتوافقا بحسب القصد، فلو قصد أحدهما تمليك الآخر نفسه وقصد الآخر تمليك غيره وكالة أو فضولا "، لم يتواطئا على واحد، فلا عقد بينهما، بل من كل واحد منهما ايقاع. نعم، ربما يقال: بأنه يكفي قصد أحدهما ما يقصده الآخر اجمالا " في البيع، وإن لم يعرفه تفصيلا "، إذا لم يتم دليل على تعيينه، كما في النكاح بالنسبة إلى تعيين الزوج والزوجة، كما أن دليل نفي الفور دل على

قال في التذكرة: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر، فإشكال، ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد. وهذا الإشكال وإن كان ضعيفا " مخالفا " للاجماع والسيره، إلا أنه مبني على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام. وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح: إن الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، ويختلف الأغراض باختلافهما، فلا بد من التعيين وتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد، (٣٠)

من الوكيل منكما)، مع عدم معرفته ولا معرفة الموكل، فقبل الوكيل جاز. وأيضا " لا إشكال في عدم وجوب أن يكون المتخاطبان في الإيجاب والقبول هما المالكان، بل جاز أن يكونا هما الوكيلان أو الوليان أو الفضوليان، وإن أوهم ظاهر عبارة الكتاب وقوع البحث في ذلك، ولكنه باطل بالضرورة، بل الإشكال والبحث في مقام وراء المقامات الثلاثة وذلك المقام، هو مقام التعبير وهو: أنه هل يجوز مخاطبة الموجب الوكيل في القبول بمثل (بعتك) و (أنكحتك) وهكذا، أو لا يجوز؟ أو يفصل بين البيع وأخواته من الإجارة ونحوها وبين النكاح وأخواته من الوقف والوصية والهبة والتوكيل مما للشخص الخاص مدخلية في طرفية المعاملة؟ هذا، بعد التسالم على جواز مخاطبة الوكيل في الكل بمثل (بعتك) أو زوجت موكلك). ومنشأ الإشكال هو تعارف التعبير في البيع بمثل (بعتك) مخاطبا " به الوكيل وعدم تعارفه في النكاح، بل عده غلطا " عرفا " مع أن كاف الخطاب هو ذاك الكاف، فإن جاز مخاطبة الوكيل به، جاز في المقامين وإن لم يجز، لم يجز فيهما. (ص ١٠٩) (٣٠) الإيرواني: وأما الفرق بأن الزوجين في النكاح بمنزلة العوضين، فوجب تعيينهما بخلاف المتبايعين، فهو بمعزل عن المقصود، فإننا نفرض معرفة الزوجين ومع ذلك نبحت عن أنه هل يجوز مخاطبة الوكيل بمثل (أنكحتك)، كما يجوز في البيع. هذا، مع منع وجوب معرفة الزوج وإنما ذكروا وجوب تعيين الزوجة. والتحقيق في الفرق، أن يقال: إن للبيع والشراء إطلاقين، أحدهما: إطلاقه على التمليك والتملك الحقيقي

القائم بالمالكين والآخر إطلاقه على التملك والانشائي وهو بالمعنى الأول كالنكاح
لا يطلق

(٩٠)

ولأن معنى قوله: (بعتك كذا بكذا) رضاه بكونه مشتريا " للمال المبيع، والمشتري يطلق على المالك ووكيله، (٣١) ومعنى قولها: (زوجتك نفسي) رضاها بكونه زوجا "، والزوج لا يطلق على الوكيل، إنتهى.

ويرد على الوجه الأول من وجهي الفرق: أن كون الزوجين كالعوضين إنما يصح وجها " لوجوب التعيين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع، مع أن الظاهر إن ما ذكرنا من الوقف وإخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولي، فلا بد

من وجه مطرد في الكل. (٣٢)

وعلى الوجه الثاني: إن معنى (بعتك) في لغة العرب - كما نص عليه فخر المحققين وغيره

هو ملكتك بعوض، ومعناه جعل المخاطب مالكا "، ومن المعلوم أن المالك لا يصدق على الولي والوكيل والفضولي. (٣٣)

ولا يخاطب به إلا المالك الحقيقي وبالمعنى الثاني يطلق على المنشأ للصيغة ويخاطب به القابل للبيع.

وأما النكاح فليس له سوى إطلاق واحد ولا يطلق على إنشاء النكاح إنه نكاح. فمن هنا أتى الفرق في

المقام وجاز مخاطبة الوكيل بقوله: (بعتك) ولم يجز مخاطبته بقوله: (أنكحتك)، فلو أريد من البيع أيضا "

إطلاقه الأول لم يجز به مخاطبة الوكيل، فالبيع بحقيقته حاصل بين الوكلاء فكان الخطاب وكاف الخطاب

جاريا " على حقيقته بلا توسع، بل لولاه، أمكن المناقشة في جواز التوسع في الكاف بإرادة المخاطب بالأعم

من وجوده الشخصي الحقيقي والتوسعي التنزيلي وبما أنه وكيل. (ص ١٠٩)

(٣١) الطباطبائي: قد عرفت أن إثبات هذا هو العمدة بحسب ما عرفت. (ص ١١٨)

(٣٢) الإيرواني: عدم وجوبه في البيع لا يحتاج إلى دليل، فإنه مقتضى إطلاق أدلة صحة المعاملات، وإنما

المحتاج إلى الدليل وجوبه في النكاح وقد اعترف بأن الوجه المذكور يصلح له. (ص ١٠٩)

(٣٣) الإيرواني: هذا ممنوع، بل معنى البيع: جعل الطرف المقابل ملقيا " للمبيع ومتملكا " له بالأعم من أن

يكون متملكا " له لنفسه أو لغيره. (ص ١١٠)

فالأولى في الفرق: ما ذكرنا من أن الغالب في البيع والإجارة هو قصد المخاطب لا من حيث

هو، بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالة أو عن الغير، (٣٤)
ولا ينافي ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل فتأمل. (٣٥)

(٣٤) الطباطبائي: (ولكن) قد عرفت: أن عمدة الإشكال إنه هل يجوز إيقاع المعاملة مع عدم تعيين من

له المعاملة بقصد كل من الطرفين للطرف الآخر بالعنوان الأعم أم لا؟ وإن الفارق بين مثل البيع ومثل النكاح أي شيء؟

ومن ذلك ظهر: أن المصنف خلط بين الموضوعين ولم ينقح حكم المسألة والتحقيق: ما ذكرنا فتدبر.

(ص ١١٨)

(٣٥) الطباطبائي: (يمكن أن يقال:) أنه إذا كان الغالب في مثل البيع ما ذكر من قصد المخاطب بالعنوان

الأعم، فظهور إرادة المشتري الخصوصية يكون ملغى، ومع ذلك فلا وجه لمراعاته في مقا التنازع وعدم

سماع دعوى المشتري من جهته، فالمنافاة بين هذا الوجه وعدم سماع قول المشتري حاصلة ولا وجه لمنعها

فتدبر. (ص ١١٨)

النائبي (المكاسب والبيع): وذلك لأن في سماع كل دعوى يعتبر أن يكون لها واقع، وأن يكون لواقعه

أثر يترتب عليه عند ثبوته، والشرط الأول منتف في هذه الدعوى، إذ المفروض تحقق الالتزام العقدي منه

في العقد والعلم بكونه وكيلا " عن الغير لا ينفذ في إرجاع الالتزام إليه بعد أنه لم يلتزم عنه وما أسند

الالتزام إليه، فضلا " عن دعواه، فالموجب حينئذ يأخذ القابل فيما ألزمه من دفع المبيع إليه وأخذ الثمن منه

وأخذ أرش العيب عنه لو ظهر عيب في الثمن، وليس له مطالبة الموكل بوجه أصلا "، لأنه ليس طرف

التزامه.

نعم، القابل إذا كان قابلا " عن موكله يجب عليه ترتيب أثر البيع على موكله، فيدفع هو نفسه كلما يلزمه

بالعقد، ثم يرجع إلى موكله فيما دفع، فيدفع المبيع إليه.

وهذا الذي ذكرناه يتم في الوكيل المفوض كالوكيل في القراض ولا يجري في الوكيل في إجراء الصيغة،

لو ادعى كونه وكيلا "، كما لا يخفى. (ص ٤١٨)

بخلاف النكاح وما أشبهه، فإن الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث إنه ركن للعقد، بل ربما يستشكل في صحة أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل، كما لو قال: (زوجتك) مريداً " له باعتبار كونه وكيلاً " عن الزوج، وكذا قوله: (وقفت عليك) و (أوصيت لك) و (وكلتك).

ولعل الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها، فلا يقال للوكيل: الزوج، ولا الموقوف عليه، ولا الموصى له، ولا الوكيل، بخلاف البائع والمستأجر، فتأمل، حتى لا يتوهم رجوعه إلى ما ذكرنا سابقاً " واعترضنا عليه. (٣٦)

الإيرواني: لعل وجه عدم المنافاة هو: أن الحمل على إرادة نفسه لا يحتاج إلى ظهور كلامه في كونه هو المراد، بل يكفي عدم الظهور في إرادة غيره، فيحمل على أنه هو المراد ولا يسمع دعواه بعد ذلك أن غيره كان مراداً " .

والوجه فيه: أن إرادة الغير يحتاج إلى التنبيه والبيان، فيكفي عدم البيان في تعيين إرادة النفس.

لكن يرد: إن نفس عدم البيان حينئذ يكون قرينة موجبة لظهور الكلام في إرادة نفسه ولا نحتاج في الظهور إلى مزيد مما كان بقرينة الحكمة، فلا يكون حينئذ فرق بين النكاح والبيع في الظهور في إرادة

المخاطب ولعله إلى ذلك أشار بالأمر بالتأمل. (ص ١١٠) (٣٦) الطباطبائي: وجه عدم الرجوع هو، أن القائل المذكور أولاً ادعى أن عنوان المشتري صادق على

الوكيل حقيقة والمصنف قدس سره أنكر عليه ذلك وإنما يدعي أنه يصدق عليه مجازاً " متعارفاً " ، وأن هذا

المقدار يكفي في جواز الاستعمال المذكور بخلاف باب النكاح، فإن هذا التعارف فيه غير متحقق فلا يجوز

الاجزاء على هذا الوجه وهو حسن، إلا أن مقتضى القاعدة صحته في النكاح أيضاً " ، مع نصب القرينة على

إرادة المخاطب من حيث قيامه مقام الموكل، فلا وجه لما ذكره في قوله: (بل ربما يستشكل. الخ)

نعم، مع عدم نصب القرينة إنما يجوز في البيع، ولا يجوز في النكاح، للتعارف في الأول وعدمه في الثاني

فتدبر. (ص ١١٨)

الكلام في شروط المتعاقدين
* الاختيار *

(٩٧)

مسألة

ومن شرائط المتعاقدين: الاختيار، (١)
والمراد به القصد، (٢)

(١) الطباطبائي: إنما يشترط ذلك إذا كان الاكراه بغير حق وأما فيما لو كان بحق فلا يشترط، بل يصح بيعه مع عدم الرضا منه، كما في بيع المحتكر إذا أمره الحاكم الشرعي، وكما في بيع الطعام أو غيره على من هو مشرف على الهلاك عند اجبار الحاكم، أو عدول المؤمنين أو فساقهم أو نفس ذلك المشتري.

وهل هو من باب سقوط شرطية الرضا أو نجعل الجابر نائباً " عنه في ذلك؟
الظاهر: الأول، وإلا لزم تبعض العقد حيث إن الصيغة صادرة من البائع والقصد من الجابر.
(ص ١١٨)

(٢) الطباطبائي: تحقيق حال المسألة يحتاج إلى بيان أمور،
الأول: إن هنا عناوين عديدة، أحدها: الاضطرار في الشيء بمعنى المجبورية فيه نظير حركة المرتعش وهذا ليس محلاً " للكلام في المقام.

ثانيها: الاضطرار إلى الشيء بمعنى قضاء الضرورة إلى اختياره من غير أن يكون بحمل الغير له عليه، كما إذا اضطر إلى بيع داره لحفظ النفس، أو للانفاق على العيال، أو أداء الدين الواجب أو نحو ذلك، ومنه: ما إذا أكرهه الغير على دفع مال ولم يمكنه إلا ببيع داره أو عقاره، فإن حمل الغير إنما يكون بالنسبة إلى دفع

المال، لا بالنسبة إلى بيع الدار، فيكون البيع من باب قضاء الضرورة.
ثالثها: الاضطرار إلى الشيء من جهة حمل الغير له عليه والمراد بالغير، الشخص الانساني وإن كان صغيراً " أو مجنوناً " ولا يصدق الحمل، إلا إذا طلب منه نفس ذلك الفعل مع الايعاد على تركه وليس هذا باسم

الاكراه بمعنى الاجبار. وإن شئت، فسمه بالاجبار والقسم الآتي بالاكراه،
ومن ذلك يظهر: أنه لو طلب الغير منه الفعل لا بالحمل عليه، بمعنى الاقتران بالايعاد لا يكون داخلاً " تحت

عنوان الاكراه وإن علم بترتب الضرر على تركه كأن يكون ترك موافقته إرادة ذلك الشخص موجباً "

لضرر دنيوي من جهة كونه من أهل الباطن مثلاً "، أو من جهة أنه لو اطلع على ذلك صديقه أو أمير

البلد مثلاً " أوصل إليه ضرراً "، فإن الفعل حينئذ مضطر إليه بالمعنى السابق لا مكره عليه،
فإن المفروض:

إن الطالب لا يلزمه ويوعده وإنما يكون مجرد ترك ما طلبه مستلزماً " للوقوع في الضرر
فيكون
اختيار الفعل حينئذ لدفع المفسدة اللازمة للترك.

(٩٩)

إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس، (٣)

والاختيار المعتبر في صحة العقد إنما هو مفقود في الأول دون الثاني، إذ البائع يوجد البيع في الأول ويتحرك نحو إيجادها، لا بداعي وقوعه في الخارج، بل إنما يوجد لأجل الفرار عن شر الظالم بخلاف الثاني، إذ فيه يكون الداعي في الاستعمال هو وجود نفس البيع وإن كان القرض من وجوده هو الوصلة إلى الثمن واعطائه إلى الظالم.

ثم، إن الدليل على ما ذكرناه من كون المراد من الاختيار في مقابل الاكراه، هو كون إيجاد البيع باستعمال الصيغة بداعي تحقق نتيجه في الخارج، هو صحة بيع المكره بعد تعقبه بالرضا، وذلك لأن انتفاء القصد بذاك المعنى لا يوجب انتفاء العقد، فالعقد يتحقق من المكره بواسطة كونه قاصدا " للفظ في مقابل النائم وللمعنى في مقابل الهازل، فتحقق منه ما هو ملاك العقد وركنه وليس لعدم تأثيره مانع، إلا انتفاء القصد

بالمعنى الثالث ويتحقق بالتعقيب بالرضا وهذا المعنى ظاهر جدا " (ص ٤١٨) (٣) الطباطبائي: لا يخفى أن هذا ناظر إلى ما ذكرنا من أن بيع المكره واجد لجميع الشرائط إلا الرضا، لا بمعنى أنه لا يكون واجدا " لها، بل بمعنى أن محل الكلام هو ذلك، بل يمكن دعوى: أن غيره لا يكون بيعا " حقيقة حسبما عرفت.

ولكن هذا من المصنف قدس سره مناقض لما يذكره بعد ذلك (تحت الرقم ١١) في توجيه كلام الشهيدين من أن المكره لا يريد وقوع المضمون في الخارج، كما لا يخفى، فإن مقتضاه أن لا يكون قاصدا " إلى وقوع مضمون العقد، مضافا " إلى كونه فاقدا " للرضا. (ص ١٢١)

الإصهاني: والتحقيق: إن ملاك تحقق العقد عند المصنف قدس سره - كما تقدم منه في أول الكتاب - هو قصد إيجاد المدلول وبنظر الناقل، لا قصد إيجادها في الخارج شرعا " أو عرفا "، بل ذلك مناط صحته شرعا "

أو عرفا "، لا مناط عقديته المتقومة بقصد العاقد، فلا يضر انتفاء قصد المدلول في الخارج مطلقا " بتحقيق في العقد عنده قدس سره وعدم القصد إلى وقوع المدلول خارجا " وعدم طيب النفس به شيء واحد.

لكننا بينا هناك فساد هذا المبني وذكرنا: أن العقد يتقوم بالتسبب القصدي إلى اعتبار

الشارع أو العرف،
غاية الأمر: أن هذا المعنى القصدي تارة يكون مكرها " عليه وأخرى لا يكون مكرها "
عليه

(١٠٣)

في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس، لا الاختيار في مقابل الجبر. (٤)
ويدل عليه قبل الاجماع قوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض). (٥)

وأما دعوى: أن البيع المكروه عليه لا قصد فيه فينافي اطباق الأصحاب على الوثوق بعبارته وعلى صحته
بعد لحوق الرضا وأما احتمال الصحة تعبداً، كما عن الجواهر فبعيد جداً، إذ لو صح
لصح بيعاً مع أن
البيع من الأمور التسيبية المتقومة بالقصد، فلا يعقل الصحة بيعاً تعبداً فتدبر. (ص ١٢١)
(٤) النائيني (منية الطالب): وبعبارة واضحة: هنا أمور ثلاثة، اثنان منها خارج عن عنوان
الأكراه،
والأكراه متوسط بينهما،
الأول: ما إذا صدر الفعل عن غير إرادة، كمن وجر في حلقه مفطراً، أو كتف وألقى في
السفينة.
والثاني: ما إذا صدر الفعل عن إرادة ونشأت هذه الإرادة عن داع نفساني، إلا أن الداعي
على هذا
الداعي غير الرضا والاختيار، كمن كان جائعاً، فباع ثوبه ليشتري بثمنه خبزاً، بحيث لو
لم يكن مضطراً
لما باعه، والمكروه واسطة بين هذين الشخصين، فإنه مختار في الفعل، إلا أن هذا الاختيار
نشأ عن غير اختيار.
وأما الجائع ونحوه كمن أكره على إعطاء مائة دينار، فباع داره ل إعطاء الدنانير، فإرادة
الفعل أيضاً
نشأت عن الاختيار، إلا أن هذا الاختيار نشأ عن أمر غير اختياري.
وكيف كان، فموضوع البحث في عقد المكروه وجود جميع الشرائط، سوى الرضا
بالمعاملة. (ص ٣٨٠)
(٥) الطباطبائي: قد عرفت عدم صحة الاستدلال بالآية والحديث وغيرهما مما دل على
اعتبار الرضا في
المعاملة، فإن المراد بالرضا فيهما ما يكون ولو في الرتبة الثانية، وهو في المكروه موجود،
فإنه يختار الفعل
بعد ملاحظة أنه رافع للمفسدة اللازمة من الترك فهو راض بالفعل بعد هذه الملاحظة. (ص ١٢١)
النائيني (المكاسب والبيع): دلالتها على اعتبار الرضا في حلية الأكل ونفوذ التجارة
واضحة، فتدل على
اعتبار القصد بالدرجة الثالثة سواء فسر الرضا بطيب الخواطر أو فسر بالاختيار، إذ على كل
تقدير تدل
على عدم صحة ما هو فاقد للطيب أو الاختيار. (ص ٤٢١)
الإيرواني: لا يقال: إن الآية واردة في موضوع مال الغير وأنه يحرم أكل ما هو مال الغير

حال الأكل، مع
عدم التجارة عن تراض، وهذا في المقام أول الكلام، فلعل المال انتقل بعقد المكره إلى
الأكل،

(١٠٤)

وقوله عليه السلام: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.) (٦)

فإنه يقال: الظاهر أن الأكل في الآية كناية عن التملك والتصاحب بقريظة استثناء التجارة عن تراض، فهي في مقام بيان الأسباب المملكة والناقلة وإن أيا " منها ناقل وأيا " غير ناقل، فالآية تكون دليلاً " على عدم حصول النقل بشئ من الأسباب الباطلة العرفية ومن جملتها عقد المكره. ويمكن المناقشة في الاستدلال بالآية: بأن الأكل بسبب عقد المكره أكل بالتجارة عن تراض فهو مندرج في عقد المستثنى دون المستثنى منه، وذلك لأن عقد المكره غير فاقد للرضا، وإنما هو فاقد لطيب النفس وهو غير الرضا وأخص منه، وهو الذي يعبر عنه بالرضا عن صميم القلب، فإنه قد يكون رضا من دون طيب نفس - كما في موارد الكره - سواء أكره على العمل أو أكره على أمر توقف على العمل، فيعمل العمل لأجل تحصيل ما أكره عليه، أو لم يكره على شئ، وإنما أتى بالعمل دفعا " للأفسد بالفاسد ومن موارد عدم طيب النفس المأخوذ حياء، فإن الرضا في مورده موجود، ولا طيب نفس، والظاهر: أن الرضا ملازم للقصد والاختيار، فكل مورد كان القصد موجوداً " كان الرضا موجوداً ". وأما طيب النفس، فالظاهر: أنه عبارة عن رضا مجامع للابتهاج مقابل رضا كان مجامعا " لكره من النفس و انقباض. ويردها: أن اندراج المقام في عقد المستثنى لا ينافي اندراجه في عقد المستثنى منه أيضا "، فيكون عقد المكره من الأسباب الباطلة العرفية وأيضا " تجارة عن تراض. نعم، لازم ذلك حصول التعارض بين فقرتي الآية وحصول الاجمال والمرجع عموم (أوفوا) و (أحل)، ومقتضاهما أيضا " صحة عقد المكره. (ص ١١٠)

(٦) النائيني (المكاسب والبيع): هذا أيضا "، ظاهر الدلالة كالأية الشريفة من حيث اعتبار طيب النفس في حل المال. (ص ٤٢١)

الإيرواني: الرواية أجنبية عن بيان سببية الأسباب الناقلة، وما هو سبب منها في نظر الشارع عما ليس بسبب، وإنما هي في مقام بيان مجرد الحكم التكليفي، أعني حرمة التصرف في ما هو مفروغ كونه مال الغير، إلا بطيب نفس صاحبه. وهذا في المقام، أول البحث، فلعل المال بعقد المكره منتقل

إلى ملك المتصرف،
فتصرفه واقع في ملك نفسه، لا في ملك الغير، والرجوع إلى استصحاب بقاء المال على
ملك مالكه الأول

(١٠٥)

وقوله صلى الله عليه والسلام في الخبر المتفق عليه بين المسلمين: (رفع - أو وضع - عن أمتي تسعة أشياء - أو ستة -... ومنها: ما أكرهوا عليه.) (٧)

بلا محل، بعد وجود العمومات القاضية بصحة عقد المكره. (ص ١١٠) (٧) النائيني (المكاسب والبيع): في دلالة على المطلوب غموض، بل منع وتقريب دلالة على ما أفاده

المصنف قدس سره يتوقف على بيان أمور:
الأول: إن الرفع في هذا الحديث الشريف تكويني، لا تشريعي لأن الظاهر منه هو التكويني.
الثاني: إن المرفوع بالرفع التكويني ليس نفس هذه الفقرات المذكورة في الحديث لتحققها أي تلك الفقرات
وجدانا "، فلا بد من أن يجعل المرفوع مقدرًا"، فيدور بين رفع أظهر الآثار أو جميعها، إذا كان في البين
ظهور في رفع أحدهما، وإلا فيحكم بالاجمال.
لكن المستظهر: هو رفع أظهر الآثار وهو عبارة عن المؤاخذة، فيكون المرفوع، هو المؤاخذة على تلك

الفقرات، أي على مخالفة الأحكام الناشئة عن تحقق إحدى تلك الفقرات.
ودلالة الحديث على رفع ما قد رفعه، ليس باضمار المقدر بأن يقدر كلمة أظهر الآثار، أو جميعها، بل إنما
هو على نحو دلالة الاقتضاء، والمراد بدلالة الاقتضاء، هو دلالة الكلام على معنى التزامي يتوقف صحة

الكلام على إرادته صونا " للكلام عن الكذب نظير (واسأل القرية)،
وقد وقع النزاع في باب العام والخاص، فيما أمكن اخراج الكلام عن الكذب بإرادة معنى عام وإرادة

معنى خاص، أنه هل يتعين إرادة المعنى العام، فيعبرون عنه بعموم المقتضى - بالفتح - باعتبار،

أو - بالكسر - باعتبار آخر، أو يتعين إرادة المعنى الخاص، أولا تعين في البين فيصير الكلام مجملا "؟

وتقدير خصوص أظهر الآثار في المقام لعله مبنى على تعين إرادة خصوص المقتضى بالفتح، أو بالكسر، لا عمومه.

الثالث: إن المؤاخذة المرفوعة ليست مختصة بخصوص الأخرى منها، بل تعم تلك والمؤاخذة الدنيوية،

فالالتزام البيعي عند صدور البيع عن المكره مؤاخذة، فتكون مرفوعة عنه، والظاهر من المؤاخذة وإن كان

هو الأخرى منها، لكن التعميم مستفاد من قيام القرينة وهو استشهاد الإمام عليه السلام في رفع بعض

أحكام الوضعية بحديث الرفع، وهو قرينة على إرادة المعنى العموم من المؤاخذة، ففي
صحيحة البنظي عن

(١٠٦)

وظاهره وإن كان رفع المؤاخذة، إلا أن استشهاد الإمام عليه السلام به في رفع بعض الأحكام الوضعية يشهد لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الالتزام عليه بشيء.

ففي صحيحة البنظي، عن أبي الحسن عليه السلام (في الرجل يستكره على اليمين)، فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقه ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: (وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه، وما لم يطيقوا، وما أخطأوا.) والحلف بالطلاق والعتاق وإن لم يكن صحيحا " عندنا من دون الاكراه أيضا "، إلا أن مجرد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه، يدل على أن المراد بالنبوي ليس رفع خصوص المؤاخذة والعقاب الأخرى. (٨)

وجه الاندفاع: إن البطلان في عقد المضطر مخالف للامتنان، دون المكره وقد عرفت اختصاص المرفوع في حديث الرفع بما في رفعه منة. مع أنه لو سلم عموم الرفع لما لا يكون في رفعه المنة، لا يمكن أن يشمل بيع المضطر إليه أيضا "، وذلك لأن البيع بنفسه ليس متعلق الاضطرار، بل الاضطرار إلى ما يحل به من الثمن مثلا "، وإنما البيع يقع عن المضطر إلى ثمن المبيع، لأجل أن يدفع به الاضطرار فتدبر. وبالجملة: فالظاهر تمامية الاستدلال بالحديث الشريف على اعتبار الاختيار في البيع، إلا أنه كنه نظيره مثل آية التجارة ونحوها، لا يدل على مزيد من اعتبار الرضا، ولو على نحو التعقب به كالإجازة في باب الفضولي، وأما بطلان بيع المكره - بحيث لا يكون قابلا " للإجازة أيضا " -، فلا. (ص ٤١٨)

(٨) الطباطبائي: بل قد تبين في محله: أن ظاهره رفع مطلق الآثار، أعم من المؤاخذة الدنيوية والأخرى وغيرهما، وذلك لأن المرفوع نفس المذكورات تنزيلا " وجعلا " من دون أن يقدر شيء، ولازمه التعميم، كما لا يخفى. (ص ١٢١)

النائني (منية الطالب): فبناء على ما بينا مفاده في الأصول من: أن الرفع، رفع تشريعي ولا يحتاج إلى التقدير، فدلالته على المقصود واضحة، ولا يتوقف التمسك به على ضم استشهاد الإمام عليه السلام به

على رفع أثر الحلف بالطلاق إذا كان الحالف مكرهاً ، لما بينا من دلالاته بنفسه مع قطع
النظر عن الخارج
وعلى أي حال، المناقشة في الاستشهاد بحمل نفس الاستشهاد على التقية غير صحيحة،

(١٠٩)

هذا كله، مضافاً " إلى الأخبار الواردة في طلاق المكره بضميمة عدم الفرق. (٩)
ثم إنه يظهر من جماعة - منهم الشهيدان - أن المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى
مدلوله،

بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة. (١٠) وليس مرادهم أنه لا قصد له إلا إلى مجرد
التكلم كيف! والهازل - الذي هو دونه في القصد - قاصد للمعنى قصداً " صورياً "،
والخالي عن
القصد إلى غير التكلم هو من يتكلم تقليداً " أو تلقيناً "، كالطفل الجاهل بالمعاني.

وعليه، فلا اعتبار بشئ مما ذكر من القيود. والضابط: في صحة المعاملة كون القصد إلى
إنشائها منبعثاً "

من إرادة وقوع مضمونها في الخارج، فإن كان هذا القصد صحت المعاملة، وإلا فسدت،
كان هناك شخص

حامل على الفعل بوعيده، أو لم يكن، ظن ترتب الضرر على مخالفته، أو لم يظن، أمكن
التخلص منه، أم لم

يمكن. والدليل على اعتبار هذا القصد المقيد، هو الدليل على اعتبار أصل القصد، أعني:
عدم تحقق عنوان

المعاملة بدونه، فلا يترتب ما جعله الشارع من الآثار على عنوان المعاملة، وهذا هو معنى
فسادها، فافهم

وتبصر، بما وقع من الخلط والخبط من الأعلام في المقام. (ص ١١٠)

(٩) الطباطبائي: كحسن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام عن طلاق المكره وعتقه فقال
عليه السلام: (ليس

طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق)، كخبر آخر، عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا يجوز الطلاق
في استكراه) إلى أن

قال: (إنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه ولا اضرار الحديث.)، وكالمرسل
عنه عليه السلام

(لو أن رجلاً " مسلماً " مر بقوم ليسوا بسُلطان، فقهره حتى يتخوف على نفسه أن يعتق
أو يطلق، ففعل لم

يكن عليه شيء.)، وفي آخر: (لا يقع لا الطلاق باكراه ولا أخبار ولا مع سكر ولا على
غضب)، ومن

قبيل الأخبار المذكورة، ما دل مضافاً " إلى بعض المذكورات على بطلان عتق المكره
بضميمة عدم

الفصل، كصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، سئلته عن عتق المكره، فقال: عليه
السلام (ليس عتقه بعتق)،

بل ورد في البيع أيضاً " ما يمكن الاستدلال به وهو الخبر (من اشترى طعام قوم
وهم له كارهون قص لهم

من لحمه يوم القيمة). (ص ١٢١)

(١٠) الطباطبائي: المتأمل في عبارة المسالك في باب بيع المكره يكاد يقطع، بأن مراده

من عدم قصد
المدلول، عدم الرضا به، فمراده من القصد، القصد مع الرضا، لا ظاهر ما ينسب إليه، ولا
ما وجهه به

(١١٢)

فالمراد بعدم قصد المكروه: عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج، وأن الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج، لا أن كلامه الانشائي مجرد عن المدلول، كيف! وهو معلول للكلام الانشائي إذا كان مستعملا " غير مهملا. (١١)

ما ورد في من طلق مداراة بأهله، إلى غير ذلك، وفي أن مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق إكراها"، لا ينبغي أن تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم، الذي لا يسمى خبرا " ولا إنشاء " وغير ذلك، مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكروه هو: القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع وعدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام. ويكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني: من أن المكروه والفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله، نعم ذكر في التحرير والمسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك، قال في التحرير: لو أكره على الطلاق فطلق ناويا"، فالأقرب وقوع الطلاق، إذ لا إكراه على القصد، إنتهى. (١٢)

المصنف قدس سره من: عدم قصد وقوعه في الخارج، فهو موافق لما ذكرنا، فراجع وتأمل. (ص ١٢١)

(١١) الطبائبي: هذا موعدا من كونه متناقضا " لما ذكره من أول العنوان من: أنه قاصد لوقوع المضمون، إلا أنه لا بطيب النفس، فلا تغفل. والحق ما قلنا من: أن مراده عدم الرضا فتدبر. (ص ١٢١)

(١٢) الطبائبي: إن جعله مثل الفضولي مع أن في الفضولي القصد إلى المدلول متحقق قطعا " كاشف عن أن المراد ليس ظاهره، بل ما ذكرنا، قلت: هذا أيضا " مؤيد لما ذكرنا من: أن مراده من القصد المفقود هو الرضا، لا ما ذكره المصنف قدس سره من قصد وقوع المضمون في الخارج فتدبر. (ص ١٢٢)

الإيرواني: قد عرفت: أن بالاكراه لا يرتفع قصد اللفظ، ولا قصد المعنى استعمالا " ولا القصد إلى تحقق المعنى خارجا"، وإنما المرتفع بالاكراه، هو كون الداعي إلى اللفظ والإنشاء، هو قصد تحقق المعنى ولأجل غاية تحقق المعنى المنشأ في الخارج، فإن إنشائه حينئذ وبعد الاكراه ليس بذلك الداعي، وإن كان قاصدا " للمعنى مقارنا " للإنشاء، وإنما إنشائه بداعي إكراه المكروه، بحيث لو كان الداعي إليه، قصد حصول المعنى بسببه، خرج فعله عن الاكراه، وإن قارن ذلك توعيد المكروه، فإن مجرد المقارنة لا يجعله

داخلا " تحت الاكراه

(۱۱۳)

وهذا الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الاكراه لغة وعرفا وأدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع الاكراه - التي لا يستقيم مع ما توهمه، من خلو المكره

عن قصد مفهوم اللفظ - وجعله مقابلا " للقصد، وحكمهم بعدم وجوب التورية في التفصي

عن الاكراه وصحة بيعه بعد الرضا، واستدلّهم له بالأخبار الواردة في طلاق المكره وأنه لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق، حيث إن المنفى صحة الطلاق، لا تحقق مفهومه لغة وعرفا "، وفي

وبعض المعاصرين بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم، فرد عليهم

فساد المبني، وعدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور، لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك،

وسياتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

ثم إن حقيقة الاكراه لغة وعرفا: حمل الغير على ما يكرهه، (١٣)

(١٣) الطباطبائي: ويعتبر في صدقه أن يكون الحامل انسانا "، فلا يصدق إذا كان الحامل له ضرورة أو

خوفا " من حيوان مثلا "، وإن كان الفعل صادرا " عن كره. وهذا هو الفارق بينه وبين الاضطرار. (ص ١٢٢)

الإيرواني: قد عرفت: أن الاكراه بل ولا مادة الكره غير معتبر في الحكم ببطلان المعاملة، وإنما المعتبر في

صحتها طيب النفس وقد تقدم معنى طيب النفس وأنه لا يعتبر شئ من القيود الخمسة التي اعتبرها

المصنف في خلال كلماته في الحكم ببطلان المعاملة، بل نحكم بالبطلان وإن لم يوجد شئ منها.

والضابط: أن لا يكون الإنشاء من الشخص لأجل التوصل إلى حصول أثر المعاملة وإن كان مريدا " لذلك

الأثر غير كاره له، لكن كانت إرادته مقارنة لإنشائه، لا داعية إلى إنشائه، فإن مجرد هذا، غير كاف إلا في

ما يكفي فيه الرضا الباطني ولا يحتاج إلى الإنشاء، أما فيما يحتاج إلى الإنشاء، فلا يكفي أن يجتمع الإنشاء

مع هذا الرضا، وإنما معنى حاجته إلى الإنشاء أن يكون إنشائه منبعا " من إرادة وقوع مضمون المعاملة

بحيث كان داعية إلى الإنشاء ذلك، لا شئ آخر، ومن حملته، إكراه المكره، فالاكراه جزئي من الجزئيات

الرافعة للانبعث المذكور، لا أنه بعنوانه دخيل، فالمقام على العكس مما قيل في أنه إذا قصد المصلي بقوله: ()

إياك نعبد) المخاطبة، بطلت صلاته، لأنه خرج كلامه عن حكاية القرآن ودخل في كلام
الآدمي.

(١١٥)

ويعتبر في وقوع الفعل عن ذلك الحمل: اقترانه بوعيد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل، مضر بحال الفاعل أو متعلقه نفسا " أو عرضا " أو مالا ". (١٤)

فظهر من ذلك: أن مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يدخله في المكروه عليه، كيف! والأفعال الصادرة من العقلاء كلها أو جلها ناشئة عن دفع الضرر، وليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إبعاد شخص يوجب صدق المكروه عليه، فإن من أكره على دفع مال وتوقف على بيع بعض أمواله، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال - ولذا يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمة عليه لحلف أو شبهه -، إلا أنه ليس مكروها " عليه،

أما إذا قصد معنى (إياك نعبد) مقارنا " لذكر لفظه من غير أن يقصده من لفظه، لم يضره ذلك، بل كان راجحا ". (ص ١١١)

(١٤) الطباطبائي: فعلى هذا لا يصدق على ما أشرنا إليه سابقا " من طلب الغير منه فعلا " إذا خاف من تركه الضرر السماوي، أو ضررا " من جانب شخص آخر إذا اطلع على ذلك مع عدم توعيده، بل وكذا إذا فعل الفعل لا بأمر الغير، لكن خاف منه الضرر، إلا إذا كان الأمر معلوما " من قرائن الأحوال، وحينئذ فالإقدام على الفعل قبل اطلاع الجابر بتخيل أنه إذا اطلع على الترك أوصل إليه الضرر، لا يعد من الإكراه هذا، ولا يلزم أن يكون التوعيد صريحا "، بل مجرد الأمر، مع ظن الضرر على تركه كاف إذا كان من جانب الأمر.

ثم، المدار على خوف ترتب الضرر وإن لم يكن مترتبا " في الواقع، والظاهر عدم الفرق بين من كان خوفا " بحيث يخاف من كل أحد وغيره، وإن كان المورد مما لا يحصل الخوف لغير هذا الشخص، لأنه يصدق في حقه الإكراه.

والظاهر: عدم الفرق بين من كان خوفا " بحيث يخاف من كل أنه يلزم أن يكون الحمل من الغير متحققا " فلو توهم الأمر من الغير، فحملة الخوف منه عليه مع عدم أمره واقعا " لا يعد إكراها " وتكون المعاملة صحيحة، إذا كان مع القصد إلى وقوع المضمون.

فالمعيار في وقوع الفعل مكرها " عليه: (١٥) سقوط الفاعل - من أجل الاكراه المقترن بإيعاد

الضرر - عن الاستقلال في التصرف، بحيث لا يطيب نفسه بما يصدر منه ولا يتعمد إليه عن

رضا وإن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره، دفعا " للضرر أو ترجيحا " لأقل الضررين، إلا أن هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به، فإن النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشق تحمله

والحاصل: أن الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنه مستقل في فعله ومخلى وطبعه فيه بحيث يطيب نفسه بفعله وإن كان من باب علاج الضرر، وقد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه، وهذا مما لا يطيب النفس به، وذلك معلوم بالوجدان.

نعم، في الاقدام على المحرمات لا يكون عاصيا "، لأن المدار فيها على تعمد العصيان من غير عذر وهو

معذور عقلا ". (ص ١٢٢)

(١٥) الطباطبائي: قد عرفت: عدم الفرق من حيث صدق الاستقلال في التصرف ومن حيث كون

المعاملة بغير طيب النفس في الرتبة الأولى وكونها عن كره، فالفرق عدم صدق الاكراه عليه وإن كان

كارها "، فإن مجرد الكراهة لا يوجب صدق الاكراه، إلا إذا كان الحامل عليه شخصا " انسانيا " بلا واسطة

ففي المثال الحامل لم يحمله، الأعلى دفع المال.

نعم، لا يبعد صدق إلا إكراه فيما لو كانت الوسطة خفية بحيث يصدق كون هذا هو المكره عليه، وإن

كان الأمر متعلقا " بغيره، ألا ترى! أنه يصدق ذلك على من حمل الغير على بيع داره فأعطاه دارا " آخرا "

له، ليرفع اليد عنه أو أعطاه مالا " آخر لذلك، فإنه يصدق أنه مكره عليه في ذلك، والايكال إلى العرف

في ذلك هو الأولي. وكيف كان، فالغرض: أن المناط صدق هذا العنوان، لا صدق الاستقلال وعدمه أو

طيب النفس وعدمه، وإلا فقد عرفت: عدم الفرق من هذه الجهة بينه وبين الاضطرار فتدبر. بقي شيء، لا بأس بالتنبية عليه وهو: أنه لا بد في صدق الاكراه من كون الضرر في صدق

الاكراه المتوقع

به مما لم يكن مستحقا " عليه، فلو قال: إفعل كذا، وإلا قتلتك قصاصا "، وكان مستحقا " له عليه، أو وإلا

طالبتك بالدين الذي لي عليك. ونحو ذلك، لا يصدق عليه الاكراه. ثم إنه هل

يعتبر في موضوع الاكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب ضررا " آخر - كما حكي عن جماعة - أم لا؟ (١٦)

هذا، ولا فرق بين أن يكون ضررا " دنيويا " وأخرويا "، فلو قال: إفعل كذا، وإلا حملتك على الشرب الخمر، أو منعتك من الصلاة الواجبة. ونحو ذلك، كان اكراها " ولو قال: وإلا منعتك من صلاة الجماعة. ونحو ذلك، من المندوبات ففي صدق الاكراه تأمل، ولا يبعد في بعض المقامات وبالنسبة إلى بعض الأفعال فتدبر. (ص ١٢٢)

(١٦) الطباطبائي: التحقيق: اعتبار عدم إمكان التفصي، ولا فرق بين التورية ونحوها، لكن لا بإمكان

العقلي، بل يكفي عدم الامكان العرفي وهو مختلف بالنسبة إلى الأفعال والمقامات - كما لا يخفى -، فامكان

التفصي بما يشق عليه، أو يكون معدودا " من الحيل البعيدة، لا يضر بصدقه.

ودعوى: أن الأخبار مطلقة ولا إشارة فيها إلى التورية وغيرها،

مدفوعة: بأن ذلك الغالب عدم التفات الشخص المكره حين الاكراه إلى ذلك خصوصا " بالنسبة إلى

الكذب والحلف، ونحو ذلك، مع أن المذكور في الأخبار حكم الاكراه على العتق والطلاق، مع قطع النظر

عن هذا الحكم، ومعلوم، أن المكره يتخيل أن الواقع منه سبب في الواقع بمجرد صدوره منه، فيقصده وليس

ملتفتا " إلى أنه لم يكن قاصدا " أو راضيا " لا يكون صحيحا "،

ولذا يمكن أن يقال: إن العالم بكون الطلاق الاكراهي، ليس بصحيح لا يكون مكرها " عليه، لأنه حينئذ لا

يقصد وقوعه في الخارج، ولو قصده يكون صحيحا "، فتأمل.

هذا في غير مثل الكذب، وأما فيه فيمكن أن يقال: إن الوجه في إطلاق اخباره، إن التورية لا يخرج الكلام

عن الكذب، لأن مداره على اظهار خلاف الواقع، سواء كان قاصدا "، أم لا، فالقاء الكلام الظاهر في خلاف

الواقع لاراءته كذب، كيف! وإلا لزم لغوية تحريم الكذب، لامكان التورية في جميع المقامات، فيحصل

مقصوده من الكذب ولا يكون حراما "، فتدبر. (ص ١٢٢)

الإصفيهاني: الميزان في تحقق موضوع المسألة صدور الفعل مكرها " عليه، أي متصفا " بهذا، لا الوصف في

الخارج فيقال: بأنه يكفي في اتصافه بهذا الوصف صدق القضية السلبية فقط، وهو: أنه لولا الاكراه لما فعل،

ولا يتوقف على صدق القضية الايجابية وهو: أنه حيث أكره عليه، ففعل، بل فعله للاكراه،
ولعدم الداعي

(١١٨)

الذي يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية، لأن حمل عموم رفع الاكراه وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه ومعاهد الاجتماعات والشهرات المدعاة في حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة، بعيد جدا"، بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد، كما لا يخفى على من راجعها، مع أن القدرة على

التورية لا يخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفا". (١٧) هذا، وربما يستظهر من بعض الأخبار

عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية أيضا " في صدق الاكراه، مثل رواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يمين في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه،

قلت: أصلحك الله! وما الفرق بين الجبر والاكراه؟ قال: الجبر من السلطان، ويكون الاكراه من

الزوجة والأم والأب، وليس ذلك بشيء). (١٨)

الفعل التسبيبي القصدي، فيقصده وإلا فمع الالتفات وعدم الاندهاش بسبب الاكراه، لا يتحقق الاكراه على القصد، حتى يبحث عن حكمه أو عن وجوب التفصي عنه مع امكانه، كما أنه إذا التفت إلى أن البيع المكره عليه فاسد لا يعقل القصد الجدي إلى إيجاد الملكية شرعا"، لأنه قصد أمر محال، ومن هذه الجهة لا يعقل كونه مكرها " عليه، لأنه فرع امكان وجوده، فلا محالة لا يتوجه القصد إلا من الغافل عن فساده أو عمن احتمال تبدل كراهته بالرضا، فيما بعد فيكون كبيع الفضول المتوقع لإجازة المالك، فتدبر جيدا".

(ص ١٢١) * (ج ٢ ص ٤١)

(١٧) الآخوند: لا يبعد دعوى صدق وقوع الفعل كرها"، فيما إذا وقع بسبب الاكراه بحيث لولاه وقع

وإن كان التفصي ممكنا"، ولكن لا يتفصي لعدم داعي عقلائي إليه كالتورية، أو لوجود داعي كذلك إلى

عدمه، وإن أبيت إلا عن عدم صدق وقوع الفعل كرها"، إلا مع عدم امكان التفصي ولو بالتورية أمكن

أن يقال: عدم الصحة مع امكانه، لمكان عموم (ولا تأكلوا أموالكم - الخ)، و (لا يحل مال امرئ - الخ) إبناء

على ثبوت الوساطة بين الاكراه وطيب النفس فتدبر. (ص ٤٨)

الطباطبائي: لا يخفى أن حاصله يرجع إلى الدعوى المذكورة التي حكم بكونها، كما ترى! (ص ١٢٢)

(١٨) الطباطبائي: لا يخفى أن الظاهر من الرواية المذكورة تحقق الاكراه بدون التوعيد بالضرر أيضا"، لأن

(۱۲۰)

ويؤيده أنه لو خرج عن الاكراه عرفا " بالقدرة على التفصي بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها، لأن المناط حينئذ انحصار التخلص عن الضرر المتوقع في فعل المكره عليه، فلا فرق

بين أن يتخلص بكلام آخر أو فعل آخر، أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. ودعوى: أن جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعدي، لا من جهة صدق حقيقة الاكراه، كما ترى!

لكن الانصاف: أن وقوع الفعل عن الاكراه لا يتحقق إلا مع العجز عن التفصي بغير التورية، لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتب الضرر المتوقع به على الترك، ومع القدرة على التفصي لا يكون الضرر مترتباً " على ترك المكره عليه، بل على تركه وترك التفصي معا "، فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المكره عليه والتفصي، فهو مختار في

كل منهما، ولا يصدر كل منهما إلا باختياره، فلا إكراه. (١٩)

الاكراه، فالنزاع في اعتبار إمكان التفصي مطلقاً "، وعدم إمكانه كذلك، أو التفصيل لغو، وذلك لصدق

الاكراه بمجرد عدم رضا المكره بالنتيجة، ومن هنا صح تمسك المصنف برواية ابن سنان الدالة على عدم

اعتبار إمكان التفصي مطلقاً ". ولا يرد عليه، ما أورد: بأن الظاهر من الرواية تحقق الاكراه بدون التوعيد

بالضرر، لا أن التفصي بغير التورية أيضاً " غير لازم فلا دخل لها بمسألة إمكان التفصي وعدمه، وذلك لما

عرفت من: أن محل البحث إنما هو بعد اعتبار ترتب الضرر والرواية حيث دلت على أن إكراه الزوجة أو

الوالدين ليس بشيء، مع أن التفصي بغير التورية بالنسبة إلى مخالفتهم أيضاً " ممكن، فتدل على عدم

اعتبار العجز عن التفصي مطلقاً ".

نعم، قد يورد عليه بأن الرواية مختصة بمسألة الاكراه في مورد اليمين، لا مطلقاً ". وكيف كان، فثمرة هذا

النزاع إنما هو بعد الفراغ عن اعتبار ترتب الضرر على مخالفة الفعل المكره عليه. (ص ٣٨٨)

(١٩) النائيني (منية الطالب): فيه: ما لا يخفى من الغرابة، فإنه لو سلم أن مع القدرة على التفصي ولو

بالتورية ليس مكرها " عليه، فكيف يشمله إطلاق معاهد الاجتماعات والأخبار! فإن الاطلاق يؤخذ به في

أفراد الموضوع أو أحواله مع خروجه موضوعاً " لا يعقل شمول نفس هذا الاطلاق له.

وليس التفصي من الضرر أحد فردي المكره عليه، حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الاكراه عنهما، كما لو أكرهه على أحد الأمرين، حيث يقع كل منهما حينئذ مكرهاً، لأن الفعل المتفصي به مسقط عن المكره عليه، لا بدل له، ولذا لا يجرى عليه أحكام المكره عليه

إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً. وما ذكرناه وإن كان جارياً في التورية، إلا أن الشارع

رخص في ترك التورية بعد عدم إمكان التفصي بوجه آخر، لما ذكرنا من ظهور النصوص والفتاوى، وبعد حملها على صورة العجز عن التورية.

(٢٠) مع أن العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوزة للحلف

كاذباً عند الخوف والاكراه، خصوصاً في قضية عمار وأبويه، حيث أكرهوا على الكفر،

فأبى أبواه فقتلا، وأظهر لهم عمار ما أرادوا، فجاء باكياً إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

فنزلت الآية: (من كفر بالله من بعد إيمانه، إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) فقال له رسول الله صلى الله عليه والسلام: (إن عادوا عليك فعد) ولم ينبهه على التورية، فإن التنبيه في

المقام وإن

لم يكن واجباً، إلا أنه لا شك في رجحانه، خصوصاً من النبي صلى الله عليه وآله وسلم باعتبار شفقتة على عمار، وعلمه بكراهة تكلم عمار بألفاظ الكفر من دون تورية، كما

لا يخفى. (٢١)

نعم، لو نهض دليل آخر على إلحاقه به حكماً، أو قام إجماع على عدم اعتبار العجز عن التورية في رفع إلا

كراه أثر الفعل المكره عليه لصح دعوى الإلحاق الحكمي، ولكن أنى لنا باثباته مع أن الإجماع إذا كان

مستنده صدق الاكراه فلا يفيد. (ص ٣٩١)

(٢٠) الطباطبائي: قد عرفت: أنه يمكن أن يكون وجه عدم الإشارة، عدم خروجه عن الكذب بالتورية،

فلا تكون مفيدة، وهذا بخلاف التورية في العتق والطلاق والبيع ونحوها. (ص ١٢٢)

(٢١) الطباطبائي: و (مما قلناه في التعليقة السابقة) يظهر الجواب عما في قضية عمار، فإن ما أرادوا منه كان

هو التبيري عن رسول الله، وهو مثل السب في كونه حراماً وإن لم يكن ذلك بقلبه، فالتورية غير نافعة

هذا، ولكن الأولى: أن يفرق بين إمكان التفصي بالتورية وإمكانه بغيرها، بتحقيق الموضوع في الأول دون الثاني، لأن الأصحاب - وفاقاً " للشيخ في المبسوط - ذكروا من شروط تحقق

الاكراه: أن يعلم أو يظن المكروه - بالفتح - إنه لو امتنع مما أكره عليه وقع فيما توعده عليه،

ومعلوم أن المراد ليس امتناعه عنه في الواقع ولو مع اعتقاد المكروه - بالكسر - عدم الامتناع،

بل المعيار في وقوع الضرر: اعتقاد المكروه لامتناع المكروه، وهذا المعنى يصدق مع إمكان التورية، ولا يصدق مع التمكن

من التفصي بغيرها، لأن المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكروه عليه وعدم وقوع الضرر عليه.

والحاصل: أن التلازم بين امتناعه ووقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الاكراه موجود مع التمكن بالتورية، لامع التمكن بغيرها، فافهم. (٢٢)

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الاكراه المسوغ للمحرمات، ومناطه

توقف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه،

(٢٢) الطباطبائي: فيه منع واضح، إذ مع إمكان الامتناع واقعا " مع اعتقاد المكروه عدم الامتناع لا يصدق

الاكراه بالنسبة إلى الواقع، بل بالنسبة إلى الواقع، بل بالنسبة إلى الأعم من الفعل الواقع ومن صورة

الفعل، فلا يكون الفعل مكرها " عليه،

وإلا فيمكن فرض مثله بالنسبة إلى التفصي بغير التورية أيضا "، كما إذا أمكنه إراءة أنه شرب الخمر، مع

عدم شربه بأن يقربه من فمه ولا يشرب، أو أمكنه اهراقه بحيث لا يراه ويعتقد أنه شربه، فيلزم جواز

الشرب حقيقة حينئذ لأنه مكره عليه حيث إنه يترتب الضرر على الامتناع بحسب اعتقاد المكروه، ولا يمكن

الالتزام به وهذا واضح جدا " ولعله لذا قال في آخر الكلام: (فافهم). (ص ١٢٢)

الإصفهاني: لا يخفى عليك، أن الضرر إذا كان مترتبا " على الامتناع الاعتقادي فالمكروه عليه أيضا "

هو الاتيان الاعتقادي، إذ ما كان الضرر مترتبا " على تركه فهو مكره على فعله فحينئذ لا وجه لرفع حكم

الواقع مع عدم كونه مكرها " عليه.

وأما الاكراه الرافع لأثر المعاملات، فالظاهر: أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة، وقد يتحقق مع إمكان التفصي، مثلا " من كان قاعدا " في مكان خاص خال عن الغير متفرغا " لعبادة أو مطالعة، فجاءه من أكرهه على بيع شئ مما عنده وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره وهو كاره للخروج عن ذلك المكان لكن لو خرج كان له في الخارج خدم

يكفونه شر المكره، فالظاهر: صدق الاكراه حينئذ، بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشئ،

بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، وتوقف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه وطرده، فإن هذا لا يتحقق في حقه الاكراه، ويكذب لو ادعاه، بخلاف الأول إذا اعتذر

بكرهه الخروج عن ذلك المنزل. (٢٣) ولو فرض في ذلك المثل إكراهه على محرم لم يعذر فيه

بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل، وقد تقدم الفرق بين الجبر والاكراه في رواية ابن سنان. فالاكراه المعتبر في تسويغ المحظورات، هو: الاكراه بمعنى الجبر المذكور في الرواية،

والرافع لأثر المعاملات هو: الاكراه الذي ذكر فيها أنه قد يكون من الأب والولد والمرأة، والمعيار

فيه: عدم طيب النفس فيها، لا الضرورة والالقاء وإن كان هو المتبادر من لفظ الاكراه، (٢٤) ولذا يحمل الاكراه في حديث الرفع عليه، فيكون الفرق بينه وبين الاضطرار - المعطوف عليه في ذلك الحديث - اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير

كالجوع والعطش والمرض،

(٢٣) الطباطبائي: فيه منع إلا إذا كان الخروج عن ذلك المكان لاعلام الخدم حرجا " عليه، ومجرد عدم

طيب النفس لا يكفي في صدق الاكراه وكيف يمكن فرضه مع حضور الخدم أيضا "، فإنه قد لا تطيب

نفسه ومع ذلك يوقع المعاملة. والحاصل: أنك عرفت أن المناط صدق الاكراه، وإلا فطيب النفس في الرتبة

الثانية لا ينفك عن فعل الفاعل المختار، والصدق مع الفرض المذكور ممنوع، ومجرد كراهة الخروج من ذلك

المكان لا يكفي في ذلك، وإلا فيمكن أن مع حضور الخدم أيضا " قد يكره أمرهم بدفع شر المكره. (ص ١٢٣)

(٢٤) الطباطبائي: فيه منع - كما عرفت -، إذ قد يصدق الاكراه مع عدم الوصول إلى حد الاضطرار بأن

لكن الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أن العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس، حيث استدلووا على ذلك بقوله تعالى: (تجارة عن تراض). (٢٥)

والتكليفيات، فما المخصص له بالثانية؟ وما المخصص له بالاضطرار الحاصل لا من فعل الغير؟
والعطف وإن كان يقتضي المغايرة، لكن خصوص هذا النحو من المغايرة - وهي اختصاص الاضطرار بالحاصل، لا من فعل الغير - وعموم الاكراه للاضطرار الحاصل من فعل الغير، بلا دليل يقتضيه.

ثم تخصيص هذا النحو من الاضطرار بخصوص التكليفيات بلا موجب.
ويمكن دعوى: أن الاكراه بمراتبه يختص بالوضعيات، والاضطرار بجميع أنحاء يختص بالتكليفيات بملاحظة
أن ما كان جوازه وضعاً " وتكليفاً " منوطاً " بالطيب والرضا كالمعاملات، فيناسب رفع أثره بعروض
الاكراه، وهو حمل الغير على ما يكرهه طبعاً "، وما كان منوطاً " بالاختيار المقابل للاضطرار فمرتبة منه وهو
الاضطرار الحقيقي مرفوع عقلاً "، ومرتبة منه وهو وجود داع يوجب اضطراره إلى إرادة الفعل مرفوع
شرعاً "، وليس هو إلا التكليفيات، فإن الكراهة والرضا أجنيان عن وقوعها على صفة الحرمة أو الوجوب،
فالمعاملة المكروه عليها، باكراه مساوق للاضطرار مرفوعة الأثر من حيث الاكراه، لا من حيث الاضطرار، كما
أن الاكراه المساوق له في التكليفيات يوجب ارتفاع التكليف من حيث الاضطرار، لا من حيث الاكراه،
فمناسبة الحكم والموضوع هو الشاهد على اختصاص كل منهما بمورد مع بقائهما على عمومهما من حيث
مراتب الاكراه ومن حيث أنحاء الاضطرار، فهما متبائنان من حيث المورد، وإن كانا عامين من وجه من

حيث نفس عنوانهما. (ص ١٢٣) * (ج ٢ ص ٤٨)

(٢٥) الطباطبائي: قد عرفت: أن استدلالهم في غير محله. (ص ١٢٣)

الإيرواني: هذا هو الذي ذكرناه سابقاً " من: أن المصنف رحمه الله سيلتجئ إلى الاعتراف بأن ما هو المعتبر في
المعاملة هو طيب النفس، وأن صحة المعاملة تدور مداره وجوداً " وعندما " دون عنوان الاكراه، فإنه رحمه
الله بعد ما جعل الدخيل، هو الاكراه فاعتبر فيه من القيود ما اعتبر، رأى أنه لا يسع له التفصيل بين الاكراه لرافع لأثر المعاملة والاكراه

الرافع للحكم التكليفي، لاتحاد الدليل أعني: (رفع ما استكرهوا) ووحدة ما جعل رافعا " لهما في لسانه فالتجأ في التفصيل إلى التشبث بدليل اعتبار طيب النفس. وحينئذ يتجه عليه، إنه عليه أن يلغي القيود الخمسة المتقدمة بأجمعها، فإنه بعد أن لم يكن المدار على عنوان

(١٣١)

و (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه)، وعموم اعتبار الإرادة في صحة الطلاق، وخصوص ما ورد في فساد طلاق من طلق للمدارة مع عياله. (٢٦) فقد تلخص مما ذكرنا: أن الاكراه الراجع لأثر الحكم التكليفي أخص من الراجع لأثر الحكم الوضعي.

ولو لوحظ ما هو المناط في رفع كل منهما، من دون ملاحظة عنوان الاكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجه، لأن المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر، وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة وطيب النفس. (٢٧)

الاكراه يبطل اعتبار القيود التي نشأ اعتبارها من مدخلية عنوان الاكراه وقد تقدم شرح طيب النفس

الذي لا يتوقف على اعتبار شيء من تلك القيود. (ص ١١١) (٢٦) الطباطبائي: لا يخفى أن مورد خبر طلاق المدارة صورة تحقق الاكراه فراجع، فهو داخل في عداد

سائر أخبار الاكراه الواردة في الطلاق، وليس هيهنا خبر يدل على بطلان الطلاق المداراتي، مع فرض

عدم الاكراه حتى يكون دليلاً " على أن وجه البطلان عدم طيب النفس فتدبر. (ص ١٢٣) (٢٧) الطباطبائي: بل التحقيق: إن المناط في المقامين صدق الاكراه، ولكنه يختلف بالنسبة إليهما، كما أنه

لا يعد اختلاف الصدق بحسب افراد التكليفيات والوضعيات أيضا " والمناط في الاختلاف عظم شأن المعاملة وعدمه، وكذا عظم شأن الواجب أو الحرام وعدمه، فقد يصدق الاكراه بايعاد ضرر على ترك الكذب ولا يصدق بايعاده على ترك

الزنا، وقد يوجب امكان التفصي بوجه بعيد منافيا " في الصدق الاكراه على الزنا مثلا " ولا يعد منافيا " بالنسبة إلى الاكراه على صغيرة وهكذا فتدبر. (ص ١٢٣) الإصفهاني: وأما ما عن المصنف قدس سره في آخر كلامه رحمه الله من: (أن النسبة بينهما من حيث

المناط هو العموم من وجه)، فغير وجيه، إذ المعاملة المكروه عليها بالاكراه المساوق للاضطرار، وإن اجتمع

فيها عنوان الكراهة الطبيعية، وعنوان دفع الضرر، لكنهما معا " ليسا مناطا " للرفع، بل أحدهما فقط، وليس

إلا الكراهة الطبيعية، وعنوان دفع الضرر وجوده كالعدم، بداهة كفاية الكراهة الطبيعية للرفع، فالصحيح

عنوانا " وملاكا " ما ذكرنا. (ص ١٢٣) * (ج ٢ ص ٤٨)

ومن هنا لم يتأمل أحد في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرمين لا بعينه، فكل منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم، لأن المعيار في دفع الحرمة دفع الضرر المتوقع على فعل أحدهما، (٢٨)

أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد استشكل غير واحد في أن ما يختاره من الخصوصيتين بطيب نفسه ويرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الاكراه، مكره عليه باعتبار جنسه، أم لا؟ (٢٩)

(٢٨) الطباطبائي: عدم الفرق بين أحد المحرمين وإحدى المعاملتين، في كون كل من الفردين مكرها " عليه، إذا كان الاكراه على أحدهما من الواضحات، والاستشكال في الثاني، أو الفتوى بصحته من جهة أن الخصوصية إنما هي بطيب النفس، في غير محله، بل معلوم الفساد فلا بد من توجيه فتوى القواعد بما يخرجها عن معلومية الفساد وحينئذ، فاستشهاد المصنف بهذا الفرق على ما ذكره مما لا كرامة فيه، كما لا يخفى.

(ص ١٢٣)

الإصنهاني: الجواب أن شخص هذا الحرام لا يترتب على تركه ضرر، فليس بشخصه مكرها " عليه، ولا بعينه مضطرا " إليه والجامع في الحرام والمعاملة، مكره عليه بلا فرق. (ص ١٢٣) * (ج ٢ ص ٤٩)

(٢٩) النائيني (منية الطالب): والأقوى هو الفرق بين الصور، وتوضيح ذلك يتم بذكر الصور المتصورة في المقام.

فمنها: الاكراه على الأفراد الطولية، والظاهر في هذه الصورة: الفرق بين المحرمات والمعاملات، فلو كان مكرها " أو مضطرا " إلى شرب الخمر موسعا "، فلا يجوز له المبادرة إليه في أول الوقت، سواء احتمل التخلص منه لو أخره، أم لم يحتمل، إذ لا بد في ارتكاب المحرم من المسوغ له حين الارتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزما " فاختياره فعلا " لا مجوز له.

نعم، لو كانت المبادرة من جهة خوف عدم الامكان بعد ذلك والوقوع في الضرر فلا إشكال في جوازها.

وأما لو كان مكرها " في بيع داره موسعا "، فلو كان مأبوسا " من التخلص عنه، فاقدامه على البيع في أول الوقت لا يخرجها عن الاكراه.

بل أفنى في القواعد بوقوع الطلاق وعدم الاكراه وإن حمله بعضهم على ما إذا قنع المكره بطلاق إحديهما مبهما.

لكن المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال، من جهة مدخلية طيب النفس في اختيار الخصوصية وإن كان الأقوى - وفاقا " لكل من تعرض للمسألة - تحقق الاكراه لغة " وعرفا "، مع أنه لو لم يكن هذا مكرها " عليه لم يتحقق الاكراه أصلا "، إذ الموجود في الخارج دائما " إحدى خصوصيات المكره عليه، إذ لا يكاد يتفق الاكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات. (٣٠)

نعم، هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية، وإن كان مكرها " عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى أن وجوده الخارجي ناش عن إكراه واختيار، ولذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، ويستحقه باعتبار الخصوصية. (٣١)

(٣٠) الطباطبائي: ويلحق بذلك ما إذا كان أحدهما أهم من الآخر، كالاكراه على الكذب أو الزنا مثلا "،

فإن الواجب حينئذ اختيار الكذب، لكن هذا لا من جهة عدم صدق الاكراه، بل من جهة وجوب

اختيار أقلهما مفسدة، كما في صورة الاضطرار إلى أحد المحرمين، من دون وجود مكره، فالترجيح في المقام

عقلي بخلاف الصورة السابقة، فإن ما له عنوان أن يكون أحد العنوانين فيه مختارا " فيه فتدبر. (ص ١٢٣)

الإيرواني: هذا غير معقول، فإن الوجود الواحد الخارجي لا يعقل أن يكون ناشيا " عن إكراه واختيار جميعا "،

إذ العلة التامة المحركة نحو الفعل، إن كان هو الاكراه، كان الفعل صادرا " عن إكراه، وإلا كان الفعل

صادرا " عن اختيار، فيكفي في الاختيارية، اختيارية جزء واحد من أجزاء العلة، كما يعتبر في الاكراه إكراه

جميع أجزاء العلة. (ص ١١١)

(٣١) الإيرواني: يمكن أن يقال: إن إكراه كل مختص بصورة عدم إتيان الآخر، فإذا احتمل كل إتيان

صاحبه، بل ظهر أماراته، ومع ذلك سبق إلى الإتيان لم يكن فيه عن إكراه. (١١١)

وتظهر الثمرة فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة، فإنه لا يرتفع بالاكراه على القدر المشترك، مثلا " لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر، لأنه مختار فيه، وإن كان مكرها " في أصل الشرب، وكذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد، فإنه لا يرتفع أثر الصحيح، لأنه مختار فيه وإن كان مكرها " في جنس البيع، لكنه لا يترتب على الجنس أثر يرتفع بالاكراه. (٣٢)

(٣٢) الآخوند: وأنت خبير، بأن اختلافهما في الترتب وعدمه لا يوجب تفاوتهما في الوقوع كرها "، ضرورة أن الغرض: أنه لولا الاكراه لما اختار واحدا " منهما، واختار أحدهما - لا محالة - عن داعي آخر مطلقا "، اختص بالأثر أم لا، كما لا يخفى. بالجملة: يكون الاكراه على أحد الأمرين، كافيا " وقوع ما اختاره مكرها " عليه مطلقا "، كان لكل

واحد منهما بخصوصه أثر، أو كان لخصوص أحدهما. نعم، يمكن أن يقال: إن دليل ذي الأثر في الفرض أظهر، ففيما أكره مثلا " على مباح أو محرم أو عقد فاسد أو صحيح، يقدم دليله على دليل رفع الاكراه، كما يقدم لذلك دليل رفعه على دليله في غير مقام. (ص ٤٩)

الإصفيهاني: تحقيق المقام بتوضيح الكلام في تمام الأقسام: فنقول: الاكراه تارة: على نفس الجامع وأخرى على فردين على البدل، وثالثة: على أحدهما المردد،

والأول على قسمين، أحدهما: ما إذا أكره على الجامع الصحيح، وهو بحسب وجوده في الخارج لا ينفك

عن الخصوصيات اللازمة له، والأثر حيث إنه للجامع، لا للخصوصيات اللازمة، والاكراه أيضا " على الجامع، فكل حصة من الجامع تقع في الخارج، تقع مكرها " عليها، والخصوصية وإن لم تكن مكرها " عليها، لكنه لا

أثر لها، حتى يرتفع بالاكراه، ليقال لا إكراه عليها. ثانيهما: ما إذا أكره على الجامع بين الصحيح والفساد، فما هو المكره عليه، هو الجامع الذي لا مدخل

لوصف الصحة فيه، فلا أثر له، فلا يرتفع شيء بالاكراه عليه، وماله الأثر وهو الصحيح لا إكراه عليه، وإن

كان هو أو مقابله مما لا بد منه، إلا أن اللابدية لا يحقق الاكراه، بل يحقق الاضطرار.

ومن هنا يعلم أنه لو أكره على بيع مال أو إيفاء مال مستحق لم يكن إكراهها "، (٣٣) لأن القدر المشترك بين الحق وغيره إذا أكره عليه لم يقع باطلا "، وإلا لوقع الإيفاء أيضا " باطلا "،

فإذا اختار البيع صح، لأن الخصوصية غير مكره عليها، والمكره عليه، - وهو القدر المشترك - غير مرتفع الأثر.

ولو أكرهه على بيع مال أو أداء مال غير مستحق، كان إكراهها "، لأنه لا يفعل البيع إلا فرارا "

من بدله أو وعيده المضرين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر، فإن ارتكاب البيع

للفرار عن الضرر الأخرى ببدله أو التضير الديوي بوعيده.

ثم إن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد - بمعنى إلزامه عليهما كفاية وإيعادهما على تركه - كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين، في كون كل منهما مكرها " . (٣٤)

(٣٣) الطباطبائي: ولعل من هذا القبيل، ما في خبر محمد بن الحسن الأشعري قال: كتب بعض موالينا إلى أبي

جعفر عليه السلام: إن امرأة عارفة أحدث زوجها، فهرب من البلاء، فتبع الزوج بعض أهل المرأة، فقال: إما

طلقت، وإما رددتك، فطلقها، ومضى الرجل على وجهه. فما ترى للمرأة؟

فكتب بخطه: تزوجي يرحمك الله، بحمله على ما إذا كان يجب عليه الرجوع، أو كان الغرض الرد لأخذ

النفقة، أو نحو ذلك فتدبر. (ص ١٢٣)

(٣٤) الطباطبائي: لا إشكال في ذلك، إلا إذا فرض علم أحدهما، بأن الآخر يفعل له وأن فعله هذا أيضا " من

جهة عدم اطلاعه على حال هذا، فإنه حينئذ لا يكون مكرها "، إذ له حينئذ أن لا يفعل هذا.

وأما لو فرض، أنه يعلم أن الآخر يبادر إلى الفعل، على فرض عدم مبادرته بأن يكون خوفه أزيد من

خوف هذا، فمن جهة ضعف قلبه يبادر إلى العقد مع عدم مبادرة هذا،

فالظاهر: أن كلا " منهما مكره، فلو بادر هذا أيضا "، يكون من الإكراه، وإن كان له أن يقتضي بترك المبادرة

من جهة قوة قلبه فتأمل. (ص ١٢٣)

واعلم أن الاكراه: قد يتعلق بالمالك والعاقد، كما تقدم، وقد يتعلق بالمالك دون العاقد، كما

لو أكره على التوكيل في بيع ماله، فإن العاقد قاصد مختار، والمالك مجبور، وهو داخل في العقد

الفضولي بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الاكراه، (٣٥)

(٣٥) الطباطبائي: فعلى هذا لو أكرهه على التوكيل في طلاق زوجته، فوكل غيره بطل، ولا يصح

بالإجازة أيضا"، لعدم جريان الفضولية في الطلاق.

ودعوى: أنه يكون الإجازة متعلقة بالتوكيل - الذي هو قابل للفضولية -، لا بالطلاق. نعم، لو أجاز

الطلاق من دون أن يخبر الوكالة، كان كما ذكر.

مدفوعة: بعدم الفرق وذلك، لأن المنطوق عدم صحة موقوفية الطلاق على شرط متأخر، فلا فرق بين أن

يكون ذلك من جهة توقفه على إجازته، أو على إجازة عقد يكون صحة الطلاق موقوفة عليه فتدبر.

(ص ١٢٥)

النائبي (منية الطالب): والأقوى: أنه في الجهة التي هي موضوع البحث - وهي رفع الاكراه - أثر كل

ما صدر عن كرهه، لا فرق بين الصور، وإنما الاختلاف في نتيجة الرفع، فقد ينتج الصحة، إذا لحقها الرضا،

وقد لا يفيد الرضا المتأخر.

وتوضيح ذلك: أنه لو أكره الزوج على التوكيل في طلاق زوجته، فالتوكيل الصادر عنه بمنزلة العدم، فيقع

طلاق الوكيل إذن من الموكل، فيكون فضوليا"، ولا إشكال في أنه لو لم يلحقه الإجازة أصلا " وقع باطلا".

وأما لو لحقه الإجازة، فإذا أجاز الطلاق الواقع من الموقع، فلا تؤثر الإجازة في الصحة بناء على ما سيحيى في

الفضولي من أن: الايقاعات كلية، لا تصح بالإجازة اللاحقة إجماعا". (ص ٤٠٠)

وقد ينعكس، كما لو قال: (بع مالي - أو طلق زوجتي - وإلا قتلتك)، والأقوى هنا الصحة، لأن العقد هنا من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره إذا كان عاقداً،

والرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضی لاحقاً".

واحتتمل في المسالك عدم الصحة، نظراً " إلى أن الاكراه يسقط حكم اللفظ، (٣٦) كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها.

ثم قال: والفرق بينهما أن عبارة المجنون مسلوقة، بخلاف المكره، فإن عبارته مسلوقة لعارض

تخلف القصد، فإذا كان الأمر قاصداً " لم يقدر إكراه المأمور، إنتهى. وهو حسن. وقال أيضاً: " لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل، ففي صحته وجهان أيضاً: " من تحقق

الاختيار في الموكل المالك، ومن سلب عبارة المباشر، إنتهى. وربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين بما دل على رفع حكم الاكراه. وفيه: ما سيجئ من أنه إنما يرفع حينئذ حكماً ثابتاً " على المكره لولا الاكراه، ولا أثر للعقد

هنا بالنسبة إلى المتكلم به لولا الاكراه. (٣٧)

(٣٦) الآخوند: لكن الظاهر هو الصحة فإن الاكراه، إنما يوجب رفع الأثر فيما كان رفعه منة على المكره،

ولا يكون في رفع صحة العقد الصادر عن الوكيل منه عليه، كما لا يخفى. (ص ٤٩) (٣٧) الطباطبائي: إن أراد أن المرفوع هو الحكم الذي عليه، لا الحكم الذي له، لأنه المناسب للامتنان.

ففيه: أن لازمه صحة الهبة، فيما لو أكره على قبولها، فإن ذلك نافع له، لا ضرر عليه، إذا كانت بلا عوض

وهكذا في كل ما كان من هذا القبيل. ودعوى: أن تملكه للمال قهراً " عليه، مخالف لغرضه، فيكون بهذا الاعتبار مما عليه - لا محالة -

مدفوعة: بأن مثل هذا في المقام أيضاً " موجود، فإن صدور إطلاق وزوجة الغير، أو تملك ماله عنه قد

يكون منافياً " لغرضه، فلا بد أن يرتفع أثره بمقتضى رفع الاكراه وهذا هو التحقيق، فإنه لا يلزم أن يكون

ومما يؤيد ما ذكرنا: حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، ومن المعلوم أنه إنما

يتعلق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمر وهو النقل والانتقال، وأما التلفظ بالكلام الذي صدر مكرها " فلا معنى للحقوق الرضا به، لأن ما مضى وانقطع لا يتغير عما وقع عليه ولا ينقلب. (٣٨)

(٣٨) الطباطبائي: قلت ويؤيد ذلك، أنه لو فرض كون الاكراه على التلفظ بالصيغة، وإن كان بلا قصد

للبيع فأوقعها بقصد البيع يكون صحيحا " ولا يضره الاكراه في اجراء الصيغة، فهذا كاشف عن أن صدورها

عن كره لا يضر بعد كون المناط المضمون مرضيا " به.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إن الإجازة وإن لم توجب انقلاب ما وقع عما عليه، من الأول إلا أنها موجبة

لأنقلابه، من هذا الحين بجعله كأنه صدر عن رضا، فيمكن منع كفاية مجرد الرضا بالمضمون.

وأما ما ذكرنا من التأييد، فيمكن أن يقال: بالفرق بين المفروض والمقام، إذ فيه ليس عنوان البيع مكرها "

عليه، بخلاف المقام فتدبر، وسيأتي تنمة الكلام. (ص ١٢٥)

الإصنهاني: لا يخفى عليك أن الموجود في كل معاملة صحيحة اللفظ الذي ينشأ به وقصد التسبب به

إلى الملكية الحاصلة، ومن الواضح أن اللفظ موجود غير قار، فلا بقاء له حتى يلحقه الرضا، والإنشاء حصل

والمفروض في عقد المكره عدم حصولها، حتى يقال: بأن حاصل العقد أمر مستمر يلحقه الرضا وهو هنا ولا

بقاء له، ولا ارتفاع، وقصد التسبب كذلك والملكية لها بقاء وارتفاع، إلا أنها تحصل بسبب الرضا بطريق

أولى، لحصوله من الأول مع أن الرضا يتقوم بالموجود في أفق الرضا، لا الموجود في الخارج، فلا مانع من تعلق

الرضا بأمر متقدم متصرم أو بأمر متأخر غير موجود.

نعم، حقيقة العقد - كما مر بيانه مرارا " - هو: الجعل والقرار المعاملي وماله البقاء، فلذا يحل مع أن المعدوم

لا يحل وهو متحقق من الأول، إلى أن يجيزه المالك، كما في الفضولي، أو أن يرضى به المالك كما في المكره، إلا

أنه أجنبي عن مرام المصنف قدس سره، فإن غرضه تعلق الرضا بأمر، هو أجنبي عن الوكيل لا لمكره كالنقل

والانتقال، دون مثل اللفظ القائم به ومن الواضح: أن القرار المعاملي قائم به بالمباشرة، وبالموكل بالتسبب،

فلا تأييد، بل حاله حال اللفظ. (ص ١٢٤) * (ج ٢ ص ٥٢)

(١٤٣)

نعم، ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور: بأن القصد إلى المعنى - ولو على وجه
الاكراه -
شرط في الاعتناء بعبارة العقد، ولا يعرف إلا من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً " أمكن
إحرازه
بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختيارية، دون المكره عليها.
اللهم إلا أن يقال: إن الكلام بعد إحراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغياً " أو مورياً " ولو
كان
مكرهاً "، مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً "، فتأمل. (٣٩)

(٣٩) الإيرواني: يمكن أن يقال: الاكراه إن كان للمعنى ووقع مضمون العقد في الخارج،
لم يجر أصالة
القصد، لعدم إحراز بنائه من العقلاء، فإن كان منهم بناء، فذلك فيما إذا كان الاكراه على
التلفظ بألفاظ
العقد، مع عدم كراهة للمعنى، فإن الظاهر: أنهم يحملون العبارة حينئذ، على القصد وإن
صدرت باكراه
المكره، فإنهم لا يفرقون بعد عدم كراهة المعنى بين صدور اللفظ كرهاً " أو اختياراً " فإن
كان فرق، فذلك فيما
إذا كانت الكراهة للمعنى. (ص ١١٢)
النائيني (منية الطالب): وبالجمله: لا بد أن يقال في مفروض الكلام: إن الاكراه لا يرفع أثر
الإنشاء. وأما
لو قلنا: بأنه يرفع أثره، فالقول بصحة الطلاق، لتحقق رضا الزوج غير مستقيم.
أما أولاً: فلأن مجرد الرضا لا يصحح الاستناد، كما أن الكراهة الباطنية ليست رداً "، إلا
أن يقال: إن الرضا في
المقام ليس مجرد الرضا الباطني، بل مظهره نفس الاكراه الحاصل من الزوج على طلاق
زوجته، وهو
يصحح الاستناد.
وأما ثانياً: فلأن رضا الزوج إنما يفيد فيما، إذا تم شرائط الايقاع من حيث الصيغة وغيرها.
وإذا فرض أن الاكراه يرفع أثر اللفظ، فالرضا وحده لا أثر له.
فالصواب أن يقال: بأنه بعد ما فرض، أن الزوج هو الحامل للوكيل على الطلاق، فهو قاصد
لنتيجة فعل
المطلق، أي قاصد لاسم المصدر، والوكيل أيضاً " قاصد لمعنى المصدر، فلا مانع من
صحته، واحتمال كون
ألفاظ الوكيل كالعدم، لا وجه له، إلا إذا احتل في حقه عدم القصد، وهذا الاحتمال
مندفع بأصالة تحقق
في كلام كل متكلم عاقل ملتفت، إلا أن يمنع بناء العقلاء على إجراء أصالة القصد هنا،
كما أشار إليه
المصنف بقوله: (فتأمل).

فروع (٤٠)

ولو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبيدين فباعهما أو باع نصف أحدهما، ففي التذكرة إشكال.

أقول: أما بيع العبيدين، فإن كان تدريجا "، فالظاهر وقوع الأول مكرها " دون الثاني، (٤١)

(٤٠) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى أن المناسب في التعبير بعد ذكر الفروع، هو عد الفروع على نحو

يمتاز كل عن الآخر بما ذكر في المتن من الاختلاط والاندماج. (ص ٤٤٨)

(٤١) الإيرواني: أعلم: أن البحث في المقام في أمارية وقوع العقد عقيب الاكراه في كونه صادرا " عن إكراه،

وإلا فلا ملازمة عقلية ولا عادية تقتضي ذلك، فإنه ربما يكون عقيب الاكراه ولا يكون عن إكراه

والظهور الذي ادعاه في المتن مسلم فيما إذا لم يعلم أنه حين البيع الأول كان عازما " على البيع الثاني وإلا لم

يقع بيع شئ منهما عن إكراه للوجه الذي نذكره في بيعهما دفعة. (ص ١١٢)

النائيني (منية الطالب): والحق: عدم كون كل منهما إكراهيا "، لأن ما صدر عنه خارجا " غير ما أكره عليه،

وما أكره عليه لم يصدر، ومجرد اشتمال المجموع على أحدهما لا يوجب صدق الاكراه على أحدهما

فضلا " عن كليهما، واحتمال كون المجموع باطلا " من باب وقوع أحدهما مكرها " عليه، وبطلان الترجيح بلا

مرجح لا وجه له، كاحتمال بطلان أحدهما وتعيينه بالقرعة، لأن الاحتمالين إنما يجريان فيما إذا

صدر أحدهما عن كره، ولم يعلم أن المكره عليه أي منهما.

وفي المقام ليس كل واحد واقعا " عن كره، لأن ما أكره عليه لم يقع، وما وقع لم يكره عليه، فيقع المجموع

صحيحا "، ولا يقاس المقام على بيع ما يملك وما لا يملك بأن يقال: ما قصد - وهو بيع المجموع - لا يقع

شرعا "، وما وقع شرعا " - وهو بيع ما يملك - لم يقصده، وذلك للفرق بين المقامين، فإن في بيع ما يملك

وما لا يملك وإن تعلق القصد بالمجموع، إلا أن من تعلق القصد به ينشأ قصد تبعي بالاجزاء، لازم وقوع

المجموع بإزاء المجموع وقوع البعض مقابل البعض، وفي المقام لم يتعلق إرادة الأمر بالمجموع حتى يكون

إرادة الأمور بالبعض تبعا " لإرادة الأمر بالكل.

نعم، لو فرض أن إرادة الأمر بالبعض تتعلق في الواقع بالكل، كما لو أكرهه على بيع أحد

انفراد أحد العبدین بالبيع فیصح الأول، لأنه لحقه الرضا والثاني أيضا "، لأنه موجب للانضمام المرضي به
طبعاً". ثانيهما: أن يكون من أول الأمر بانياً " على بيعهما تدريجاً " والمفروض أن بيعها
معاً " مرضي به طبعاً "
سواء كان تدريجاً " أو دفعة فكلاهما صحيح من الأول.
وأما الثالثة: فلا إشكال في عدم تحقق الاكراه أصلاً "، حيث لا كراهة رأساً "، بل الزام من
الغير بما هو راض
به، لا أنه إكراه مقارن للرضا.
وأما الرابعة: فهي محل الكلام ومورد النقض والابرام، فإن المفروض كراهة البيع منفرداً "
ومنضمماً "، فهو
يكره أصل البيع ويكره الانفراد أيضاً "، فبيع أحد العبدین مكروه له من وجهين، فإذا باعهما
تدريجياً "
فالأول: باطل. والثاني: صحيح، إذ لا حامل على الأول إلا الاكراه، دون الثاني، فإن
الحامل له عليه تخفيف
الكراهة ببيع الثاني، فيكون من بيع المضطر.
وأما إذا باعهما دفعة، فنسبة الاكراه والاضطرار إلى كل منهما على السواء، لأن المفروض
أن بيع كل
واحد في نفسه مكروه له طبعاً " ومما ألزم به المكروه على البدل، كما أن بيع كل واحد
بلحاظ الاكراه على
بيع الآخر، مما لا بد له منه، لما مر من كراهة مع المنفرد زيادة على بيع أصله، فيختار بيع
الآخر لتخفيف
المكروه عن نفسه،
وحيث إن نسبة المانع والمقتضى للصحة أي كليهما على حد سواء، فلا يمكن الحكم
بصحة أحدهما معينا "،
لأنه تخصيص بلا مخصص، ولا الحكم بصحة أحدهما المردد وبلا عنوان، لأنه غير
معقول، لاستحالة ملك
المردد، ولا الحكم بصحة الجميع، لفرض وجود الاكراه المانع عن صحة أحدهما على
البدل، ولا مجال للتعيين
بالقرعة، لأنهما فيما كان له تعين واقعي مجهول، ولا تعين لواقع المكروه عليه، والمضطر
إليه،
ولا نعني بالفساد، إلا عدم امکان الحكم بصحة البيع بوجه، فلا مجال للقلب بعدم امکان
الحكم بفساد الجميع
أو بفساد أحدهما المردد، لأن الخروج من الملك يحتاج إلى سبب صحيح دون بقائه على
حاله.

مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادعى العكس، أم لا. (٤٢)
ولو باعهما دفعة، احتمل صحة الجميع، لأنه خلاف المكره عليه، (٤٣) والظاهر أنه لم يقع
شيء
منهما عن إكراه،

(٤٢) الطباطبائي: لا وجه لهذا الاحتمال، إذ من المعلوم أنه يرتفع عنه لسان المكره ويندفع
عنه ضرره
بالبيع الأول، لحصول مقصده به فلا وجه لكون الثاني مكرها " عليه أصلا " وحينئذ، فلو
فرض كون قصده
امتثال أمر المكره بالبيع الثاني وأنه أوقع الأول عن الرضا يكون الأول أيضا " صحيحا "،
لأن الزام المكره
وإن كان متحققا " حينه لكن لم يوقعه على وجه الإكراه، فيكون كلا البيعين صحيحا ".
أما الأول: فلفرض الرضا. وأما الثاني: فلعدم بقاء الإكراه حينه. بل لو علمنا أنه أوقع الثاني
على وجه
الكره وجعله مصداق ما طلبه المكره، لم نحكم ببطلانه بناء على ما حققنا من كون بطلان
البيع الإكراهي
من جهة خصوص حديث الرفع ونحوه.
نعم، بناء على مختار المصنف قدس سره من كون المناط عدم الطيب يلزم الحكم ببطلانه،
وإن لم يقصد
عنوان الإكراه لفق الشرط الذي هو الرضا. لكنت عرفت سابقا: إن الطيب الثانوي التبعية
كاف في الصحة لولا دليل الإكراه وهو حاصل في بيع
المكره فتدبر. (ص ١٢٥)
الإيرواني: فيه: منع، فإنه لا يحتمل وقوع الثاني عن كره كي يحتمل الرجوع إليه في
التعيين، إذ لا يبقى
بعد تحقق العقد الأول موضوع الإكراه، إذ العقد الأول سواء كان عن إكراه، أو عن طيب
نفس مفوت
لموضوع الإكراه ورافع للإكراه، فكأنه لم يكن في البين إكراه. (ص ١١٢)
(٤٣) الإيرواني: هذا هو المتعين بحيث لا يحتمل غيره، فإن أحد البيعين خارج عن
الإكراه، فلا محالة هو عن
طيب النفس. ولازمه: أن يكون الآخر أيضا " عن طيب النفس،
قائم بمقصد المكره، ومع ذلك فضمه للبيع الآخر بلا مقتضى يقتضيه، فيعلم: أن ذلك أيضا
" عن طيب النفس.
وأما ما علل به المصنف صحتهما بأنه خلاف المكره عليه فذلك باطل. فإن الإكراه متعلق
بالبيع الواحد اللا
بشرط فضمه، مع ألف بيع لا يخرج عن موضوع الإكراه.

وبطلان الجميع، لوقوع أحدهما مكرها " عليه ولا ترجيح، (٤٤)

نعم، إن علم أن الاكراه بالواحد بشرط لا، كان بيعه للثنتين خارجا " عن موضوع الاكراه.
(ص ١١٢)

الإصفهاني: إن كان هذا هو الوجه بنفسه، فهو جاز في صورة الاكراه على المعين فضم إليه غيره وباعهما

دفعه، فإن بيع المجموع خلاف المكره عليه، وإن كان من أجل أن ضم الغير ناش عن رضاه بالمجموع، ففي

المعين أيضا " كذلك،

وإن كان من أجل أن الرضا ببيع أحدهما على البدل يمنع عن تحقق الاكراه على البدل، لوحدة المعروض

فيهما، فهو فارق بين الاكراه على البدل والاكراه على المعين، إلا أنه لا موجب لحصر الاكراه على البدل

في فرض لا يعقل نفس الاكراه، بل له صورتان معقولتان، - كما قدمنا - كما أن عدم استواء نسبة المقتضى

والمانع في المعين، دون الاكراه على البدل وإن كان فارقا "، لكن مقتضاه الفساد في الجميع هنا، دون الصحة.

(ص ١٢٥) * (ج ٢ ص ٥٦)

(٤٤) الإيرواني: هذا لا يصير وجها " لبطلان الجميع كيف! ويجوز قلبه فيقال: أحدهما عن طيب نفس

ولا ترجيح، فيحكم بصحة الجميع. (ص ١١٢)

الطبائبي: ويحتمل الحكم بصحة أحدهما والتعيين بالقرعة، لكن المتعين الحكم بصحة الجميع، وذلك لأن

بيعهما معا " دفعه، مع كون الاكراه على أحدهما يكشف عن كون البائع راضيا " ببيع أحدهما ومعه لا يؤثر

الاكراه شيئا "، لأن المفروض إن ما ألزمه المكره وهو بيع أحدهما غير معين، نفس ما هو راض به فلا

يكون اكراها " على ما لا يرضاه.

والحاصل: أن الاكراه إنما يتحقق فيما لم يكن الملزم به مرضيا " به وفي المقام ليس كذلك، فوجود الالتزام

من المكره كعدمه، إلا أن يقال: غاية ما يمكن بكون اجتماع سببين مستقلين على مسبب واحد لأن المفروض

أن الزام المكره حاصل وضرره على فرض الترك واقع وهو سبب مستقل في اختيار الفعل، كما أن رضاه

حاصل فإذا وقع العقد يكون مسندا " إليهما فكما أنه مستند إلى الرضا كذلك مستند إلى الاكراه أيضا ".

وفيه، أولا " : إنا نمنع صدق الاكراه، إذ يعتبر في تحقق موضوعه عدم طيب النفس

والمفروض وجوده فليس
المقام من قبيل اجتماع داعيين وتحقق عنوانين، كما في الغسل بداعي القرية والتبريد فإن
في المقام تحقق

(١٥٠)

أحد العنوانين موقوف على عدم الآخر وذلك لأن تحقق الاكراه فرع عدم تحقق الرضا بخلاف داعي القربة وداعي التبريد فإنهما غير متنافيين فيمكن أن يقال: إن الفعل صدر لله وصدر للتبريد لوجود الجهتين.

وثانياً: "على فرض صدق العنوانين، نقول: مقتضى القاعدة الصحة، لأن غاية ما هناك أن المعاملة الاكراهية لا تقتضي ترتب الأثر، فلا تنافي لزوم ترتبه من جهة صدق كونه عن رضا أيضاً " وذلك لأنهما من قبيل المقتضى واللامقتضى، ولا منافاة بينهما، وأن المنافاة بين المقتضى للترتب والمقتضى لعدمه، وليس عنوان الاكراه من قبيل المقتضى لعدم فيما نحن فيه نظير اجتماع داعي القربة مع داعي التبريد، لا من قبيل داعي القربة وداعي الريا، حيث إن ضميمة التبريد غير مضرّة، فمع صدق كون العلم بداعي أمر الله يحكم بالصحة، وأن صدق كونه بداعي التبريد أيضاً "، وأما ضميمة الريا فهي منافية للصحة، ولا يكفي مجرد صدق داعي الأمر، لأنه يعتبر فيه مضافاً " إلى ذلك الخلوص عن الشرك، فكما أن داعي القربة مقتضى للصحة فداعي الريا مقتضى لعدم، فهما متنافيان من حيث الأثر بخلاف الضمائم الآخر، فإنها إنما تضر من جهة عدم صدق داعي الأمر، وإلا فهي ليست مانعة في حد نفسها، فمع فرض الصدق يحكم بالصحة، وأن صدق العنوان الآخر أيضاً "، ولهذا نقول: إن اختيار الفرد بداعي الريا مبطل، بخلاف اختياره بداعي التبريد أو نحوه.

والحاصل: أنه يعتبر في صدق صحة العمل القربة والخلوص عن الريا، لا الخلوص عن الأغراض الأخر أيضاً "، وصدق الريا يبطل العمل وإن كان داعي القربة مستقلاً " أيضاً "، وذلك من جهة الأخبار الدالة على أن من عمل لله ولغيره تركه لغيره.

وبالجملة: فحال الاكراه حال سائر الضمائم في مسألة القربة. هذا، والتحقيق: ما ذكرناه أولاً " من عدم صدق الاكراه، مع فرض وجود طيب النفس، وإن كان الاكراه بمعنى أمر الغير والزامه به وتوعيده والضرر أيضاً " موجود، لما عرفت من: أن تحقق موضوعه مشروط بعدم طيب النفس فتدبر. (ص ١٢٥)

(٤٥) الإيرواني: والحق مع الاغماض عما ذكرناه سابقا " من صحة الجميع بالقطع، هو وقوع أحدهما صحيحا " والآخر باطلا "، فيعلم إجمالا " : أن أحدهما باق في ملك المالك والآخر خارج عن ملكه، فيرجع إلى المصالحة، أو يستخرج مالك كل من المالين بالقرعة. (ص ١١٢)

(١٥١)

ولو أكره على بيع معين، فضم إليه غيره وباعهما دفعة، فالأقوى الصحة في غير ما أكره

عليه. (٤٦)

ولا بد لها من باعث، وليس باعثها إرادة المكره، فلا محالة يكون لها باعث الآخر، وإرادة المكره عليه لما

كانت في ضمن إرادة الكل تكون منبعثة عن نفس باعث إرادة المجموع، وليس هاهنا إرادتين مستقلتين

إحديهما متعلقة بما أكره عليه، والأخرى إلى ما يقارنه في البيع حتى يقال: يكون كل واحدة منهما عن باعث

غير باعث الأخرى، بل المجموع متعلق إرادة واحدة وتلك الإرادة متعلقة بالمجموع منحلة إلى إرادة هذا

وذاك، والمفروض أنها ما انبعثت عن إرادة المكره وليس لما ينحل إليها باعث آخر، وراء باعث المجموع

فلا تكون تلك القطعة من الإرادة المتعلقة إلى ما أكره عليه، أيضا " منبعثة عن إرادة المكره حتى يتحقق

الاكراه بالنسبة إليه.

وأما باب ما يملك وما لا يملك، فما يصح بيعه فيه مراد بإرادة ضمنية وهي المصححة لبيعه، كما لا يخفى.

فالمتحصل مما ذكرناه: هو صحة بيع ما أكره عليه، إذا زيد عليه، في مقام البيع ولم يكتب على بيع نفس

المكره عليه.

نعم، يستثنى من ذلك ما إذا كان الزائد يعد كالجزم من المزيد عليه، كما إذا أكره على بيع أحد فردي

الباب، فباعهما معا " وذلك من جهة امتناع التفكيك بين المصراعين في البيع، فيكون بيع المصراعين مقدمة

لبيع أحدهما الذي وقع الاكراه عليه. (ص ٤٤٩)

(٤٦) الإصفهاني: إن كان بيعهما منضمًا " مرضيا " به دون بيعهما مفردًا "، فكلاهما صحيح، وإن كان بيعهما

منضمًا " ومنفردًا " مكروها " له، وإن كان الانضمام أخف كراهة، ولذا اختار الانضمام فبيع أحدهما المعين

مكره عليه ومع الضميمة مضطر إليه.

نعم، كون الاكراه على أحدهما اكراها " على الآخر بالالتزام جار هنا أيضا "، كما أن استناد بيعهما معا " إلى

الاضطرار أيضا " جار هنا. (ص ١٢٦) * (ج ٢ ص ٥٦)

النائبي (المكاسب والبيع): لا إشكال في هذه المسألة في إمكان تفكيك إرادة كل منهما عن الآخر، وليس

كالمسألة الأولى، حيث لم يكن تفكيك الإرادة فيها ممكنا "، إذ لا يعقل فيها أن يكون

أحدهما الغير المعين
الذي ى هو المكروه عليه، مرادا " بإرادة والزائد عليه، مرادا " بإرادة أخرى، وهذا بخلاف
هذه الصورة، إذ يمكن

(١٥٣)

وأما مسألة النصف، فإن باع النصف بقصد بيع النصف الآخر امتثالا " للمكره - بناء على شمول الاكراه لبيع المجموع دفعيتين - فلا إشكال في وقوعه مكرها " عليه، (٤٧)

أن يكون هذا الشيء المعين مرادا " بإرادة، وذاك مرادا " بإرادة واحدة، فعلى الأول فيكون بيع ما أكره عليه، فاسدا " لكون إرادته غيرية ناشئة عن إرادة المكره مع وعيده، وبيع ما انضم إليه، صحيحا " لكون إرادته نفسية ناشئة عن إرادة المكره، مع وعيده وبيع ما انضم إليه صحيحا "، لكون إرادته نفسية ناشئة عن باعث يخصها، وعلى الثاني فيصير كالمسألة الأولى في الحكم بصحة الجميع، هذا بحسب الثبوت. وأما في مقام الاثبات، فإن كانت قرينة في البين دالا " له على تعيين كل واحد من النحويين فهو، وإلا فمع الشك في كون كل من المكره عليه وغيره مرادا " بإرادة مستقلة، أو كون المجموع مرادا " بإرادة واحدة، يكون الظاهر تبعية كل واحد في الإرادة، بمعنى أن الظاهر تعلق إرادة واحدة بالمجموع، لكون المجموع مبيعا " فقط واحدة، وأما القرينة على تعيين كل واحد من النحويين، فكانضمام بيع من من الحنطة على بيع العبد مثلا "، إذا كان بيع العبد مكرها " عليه، وأحرز حاجة المكره إلى العبد، وأنه لولا الاكراه لما يبيعه، والقرينة على تعيين النحو الآخر، كما إذا أكره على بيع من من الحنطة مثلا " وانضم إليه بيع العبد، حيث إن انضمامه مع عدم الحاجة إليه، يكشف عن إرادة بيعهما معا " بإرادة مستقلة، كما لا يخفى. (ص ٤٥١) النائيني (منية الطالب): ولا يبعد أن يقال: إن مجرد ضم غيره، لا يخرج عن كونه مكرها " عليه، فإن كل واحد ناش عن إرادة غير ما نشأ منه الآخر، إلا أن يكون هناك أمانة على تحقق الداعي له، في بيع المجموع، فيتبع الأمانة. وتوضيح ذلك: أنه قد يكون بناء المالك إبقاء من أكره عليه من عبديه مثلا " لخدمة نفسه وبيع الآخر الذي لم يكره عليه، فإذا باعهما دفعة وقع البيع بالنسبة إلى ما أكره عليه، إكراهيا ". وأما إذا كان بناؤه على عدم بيع واحد منهما، أو بيع كليهما، فإذا أكره على واحد معين، فباعهما دفعة، وقع المجموع صحيحا "، لأنه وقع الفعل على خلاف ما أكره عليه. وكيف كان، فلا إشكال في

هذه الصورة أنه لو باعهما تدريجا " لحق كلا " منهما حكمه. (ص ٤٠٥)
(٤٧) النائيني (منية الطالب): فإذا لم يشمله فلا إشكال في أن النصف يقع صحيحا "، لأن
ما وقع غير ما

(١٥٤)

وإن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف، كان أيضا " إكراها "، (٤٨)

أكره عليه. (ص ٤٠٥)

النائبي (المكاسب والبيع): لأن إرادة المكره لبيع البعض، ليست غيرية تابعة لإرادة المكره، لأنه أراد بيع الكل دفعة، وبيع بعضه بيع لم يكن مرادا " له، فإرادة بيع البعض في المكره، لا بد من أن تكون ناشئة عن باع غير إرادة المكره، وهذا ظاهر.

وأما في الثانية، فلأن إرادة المكره، بيع البعض، وإن كانت ناشئة عن إرادة المكره، لكنها ليست غيرية

تبعية، بل هي نفسية أصلية، وإنما إرادة المكره علة معدة لوجودها عن باع آخر والفعل الاكراهي،

هو ما كانت إرادته عكس إرادة المكره وظلها، لا أنها نشأت عن منشئها، وكانت نشوها عن منشئها متوقفة

على علل معدة، وكانت إرادة المكره من عللها المعدة.

وبالجملة: فبيع البعض لأجل احتمال رضا المكره ورفع اليد عن اكراهه، يكون كالتفصي عن الاكراه ببيع

المكره عليه، على غير ما أراده المكره، وتكون إرادته هذه ناشئة عن غير إرادة المكره، وإن كان لها دخل في

تحققها، إذ لولا الاكراه لما تعلق إرادة المكره بالتفصي من اكراهه، ويكون اكراهه من قبيل مقدمات الواجب

المشروط. (ص ٤٥٣)

(٤٨) الإصفهاني: وربما يكون راضيا " ببيع النصف، دون الكل، فبيع النصف لرجاء أن تقنع المكره بما

يرضى به، لا لرجاء القناعة بالأخف كراهة، فحينئذ إذا لم يقنع وباع الباقي وقع النصف الآخر عن إكراه،

دون الأول، لأنه لا ينقلب عما وقع عليه وإن تبدل رضاه بالنصف بالكراهة. (ص ١٢٦) *

(ج ٢ ص ٥٧)

النائبي (المكاسب والبيع): والحكم في هذه الصورة، هو الفساد لأجل تحقق الاكراه.

فتحصل: أن مؤثرية الاكراه في رفع أثر القصد عند نقصان ما وقع في الخارج عن الذي تعلق به الاكراه

متوقف على تحقق أمرين، أحدهما: كون الاكراه على البيع، ولو تدريجا ".
وثانيهما: عدم كون قصد البيع في بيع البعض رفع الاكراه عن نفسه ببيع البعض. (ص

٤٥٢)

النائبي (منية الطالب): لو باعه رجاء، وقع صحيحا "، لأن إكراهه صار داعيا " لبيع النصف، فهو يرفع

اليد عن نصف ماله، لدفع ضرر المكره على المجموع، ولا وجه لما أفاده المصنف من

كونه إكراهيا"، فإن البيع

(١٥٥)

لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر. (٤٩)

كذلك، غير ما تعلق الاكراه به، فإن رجاء قناعته بالنصف يوجب تحقق الطيب والرضا ببيع النصف، وتقدم

أن مجرد وقوع فعل بعد الاكراه، ليس مصححا " لصدق عنوان الاكراه عليه.

وأما لو باعه لكونه مكرها " عليه، فيندرج في موضوع الاكراه. (ص ٤٠٥)
الإيرواني: إنما يكون إكراهها " إذا كان الاكراه متوجها " إلى كل جزء جزء على سبيل الاستغراق.

وأما إذا كان متوجها " إلى المجموع من حيث المجموع، فلا ريب أن بيع النصف يكون حينئذ خارجا " عن

موضوع الاكراه، وبيعه رجاء أن يرضى المكره بذلك، كبيع عين أخرى من أمواله رجاء أن يرضى المالك

بذلك، ليس عن إكراه، وإن كان الداعي إلى اختياره، هو الاكراه، فهو نظير ما إذا أكره على دفع مائة، فباع

داره لأجل تحصيل ما أكره عليه. (ص ١١٢)

(٤٩) الطباطبائي: ومن ذلك يعلم: حال مسألة التنازع في الاكراه وعدمه كلية، فإن تحقق مقتضى

الأصل، الحكم بالصحة، وعدم الاكراه في كل مقام شك فيه، إلا إذا كانت الأمارات موجودة، فحينئذ يقدم

قول مدعي الفساد، فتدبر. (ص ١٢٥)

الإيرواني: إذا كان الاكراه شاملا " لبيع كل جزء من أجزاء العبد، على سبيل الاستغراق، نظير ما لو أكره

على بيع عبيدين، فباع أحدهما لم يكن وجه للتأمل في الحكم بوقوعه عن إكراه، ولا يعقل الفرق بينه،

وبين ما لو أكره على بيع واحد، فباع ذلك الواحد، أو أكره على بيع الجميع، فباع الجميع.

نعم، إذا علم أنه بان على عدم بيع البعض الآخر أصلا "، أوجب ذلك ضعفا " في أمارية بيعه عقيب الاكراه

في وقوعه عن كره، لأن عدم بيع البعض الآخر كاشف عن عدم انفعاله عن أكره المكره وتوعيده المترتب

على ترك بيع الجميع، وإلا لباع الجميع إلا أن يعتذر بأن ذلك مني لرجاء إقناعه بذلك والتأمل في سماع

اعتذاره بذلك في غير محله فإن حمل عقده على الجد في مثل هذا المقام يحتاج إلى دليل لحمل عقده على

الاكراه، إذ لم يثبت بناء من العقلاء على الحمل على الجد في مثل هذا المقام. (ص ١١٢)

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير، قال في التحرير (لو أكره على الطلاق فطلق ناويا"، فالأقرب وقوع الطلاق، إنتهى.) ونحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع، لأن الاكراه أسقط أثر اللفظ، ومجرد النية لا

حكم لها.

وحكي عن سبطه في نهاية المرام: أنه نقله قولاً"، واستدل عليه بعموم ما دل من النص والاجماع على بطلان عقد المكره - والاكراه يتحقق هنا، إذ المفروض أنه لولاه لما فعله - ثم

قال: والمسألة محل إشكال إنتهى.)

وعن بعض الأجلة: (أنه لو علم أنه لا يلزمه إلا اللفظ وله تجريده عن القصد، فلا شبهة في عدم الاكراه وإنما يحتمل الاكراه مع عدم العلم بذلك، سواء ظن لزوم القصد وإن لم يرد المكره، أم لا، إنتهى.)

ثم إن بعض المعاصرين ذكر الفرع عن المسالك، وبناه على أن المكره لا قصد له أصلاً"، فرده بثبوت القصد للمكره، وجزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها" عليه.

وفيه: ما عرفت سابقاً": من أنه لم يقل أحد بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ، وليس هذا مراداً" من قولهم: إن المكره غير قاصد إلى مدلول اللفظ، ولذا شرك الشهيد الثاني بين المكره

والفضولي في ذلك كما عرفت سابقاً"، فبناء هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر ضعيف

جدا". وكذا ما تقدم عن بعض الأجلة: من أنه إن علم بكفاية مجرد اللفظ المجرد عن النية فنوى اختياراً صح، لأن مرجع ذلك إلى وجوب التورية على العارف بها المتفطن لها، إذ لا فرق بين التخلص بالتورية بين تجريد

اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً"، وقد

عرفت: أن ظاهر الأدلة والأخبار الواردة في طلاق المكره وعتقه: عدم اعتبار العجز عن التورية.

وتوضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور: أن الاكراه الملحوق بوقوع الطلاق قصدا إليه
راضيا "، به إما أن لا يكون له دخل في الفعل أصلا "، بأن يوقع الطلاق قصدا " إليه عن
طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الاكراه، لبنائه على تحمل الضرر المتوقع
به، (٥٠)
ولا يخفى بدهاءة وقوع الطلاق هنا وعدم جواز حمل الفرع المذكور عليه. (٥١)

(٥٠) الإيرواني: أو لاقتران إكراه المكره بطيب نفسه بحيث لولا طيب نفسه لا وجب
الاكراه إقدامه على
الطلاق فرارا " من الضرر المتوقع به، أو لأن الاكراه أوجب طيب نفسه تحصيلًا " لقصد
المكره وحبا " له
بحيث لولا توعيده لكان يأتي أيضا " بالفعل، وقد تقدم بأن هذا يحتمل أن يكون مراد
العلامة من العبارة
المتقدمة. (ص ١١٣)
(٥١) الطباطبائي: يمكن حمله على هذا الوجه لكن بأدنى تغيير وهو أن يقال: إن مراده ما
إذا رضي المكره
بعد حصول الاكراه وأوقع الطلاق عن طيب نفسه مع وجود سبب الاكراه أيضا " بأن
يكون فاعلا " للفعل
على فرض عدم الرضا أيضا " من جهة وجود سبب الاكراه بأن لم يكن بانيا " على تحمل
الضرر والمتوعد
به فيكون صدور الفعل منه لوجود داعيين داعي الاكراه وداعي الرضا، مع كون كل منهما
مستقلا لولا
الآخر وحينئذ فوجه أقربية الصحة ما ذكرناه آنفا " من عدم تحقق عنوان الاكراه مع وجود
طيب النفس،
فيكون صدور الفعل مستندا " إلى الرضا لا إلى الاكراه وإن وجد سببه أيضا ".
ووجه الاحتمال الآخر: صدق كون الفعل عن إكراه أيضا "، بل لفرض أسبقية سببه، حيث
إنه من أول الأمر لم يكن راضيا "، بل رضي بعد ذلك، خصوصا " مع كون المفروض أن
سبب وجود الرضا حصول
الاكراه، بمعنى أنه الباعث على حصول الطيب وحدثه، والفعل حينئذ وإن كان صادرا "
عن الرضا إلا أنه
يسند إلى أسبق السببين عرفا ".
لكن التحقيق هو الوجه الأول، لما عرفت: من عدم تحقق عنوان الاكراه مع فرض وجود
الطيب فليس من
قبيل اجتماع السببين وداعيين وحينئذ فنمنع إسناد العرف إلى الاكراه من جهة كونه أسبق
السببين لأن المفروض عدم تحققه مع وجود الآخر بل يسند إلى سبب القريب وهو داعي
الرضا.

فلا معنى لجعله في التحرير أقرب. (٥٢) وذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك، وجعله قولاً " في نهاية المرام واستشكاله فيه، لعموم النص والاجماع. وكذا لا ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الاكراه مستقلاً " في داعي الوقوع، بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل. (٥٣)

وبالجملة: فيحتمل قريباً " حمل كلام العلامة على ذلك ويمكن حمله على الوجه الثاني الذي (سيدكره) المصنف قدس سره بقوله: (وكذا لا ينبغي التأمل في وقوع الخ). (ص ١٢٥) (٥٢) الإصْفَهَانِي: لا يخفى عليك أنه إذا كان البايع ملتفتاً " إلى أنه لا إكراه على القصد ومع ذلك قصد الطلاق، فما هو طلاق بالحمل الشائع صادر عن الرضا، غاية الأمر: أنه بلفظ مكره عليه فيكون كقصد الطلاق بغير ماله السببية شرعاً ". ويندفع: بأن مجرد الالتزام باللفظ لا يجعل صدوره متصفاً " بكونه مكرهاً " عليه ليسقط أثره، إذ لا يعقل الرضا بالطلاق حقيقة، مع عدم الرضا بسببه إلا إذا كان له أسباب متعددة يرضى ببعضها ويكره بعضها فما ذكرنا من الإشكال هو منشأ التردد، كما أن ما أجبنا به منشأ الأقربية فتأمل (ص ١٢٦) * (ج ٢ ص ٥٧) (٥٣) الطباطبائي: حاصله: أن يكون كل من الاكراه وداعي الرضا جزءاً من سبب صدور الفعل، بحيث لولا الرضا لم يكن الاكراه كافياً " في الصدور ولو لم يكن الاكراه لم يكن الرضا وميل النفس كافياً " فيه، وكون المجموع من حيث المجموع علة وباعثاً " على صدور الفعل. وحينئذ فوجه الصحة: صدق كون الفعل عن الرضا وإن كان تحققه بعد وجود أمر آخر من إلزام الغير ووجه الفساد مدخلية الاكراه أيضاً " في الصدور، والأقوى: الأول على هذا الوجه أيضاً ". والانصاف: أنه لا محمل للفرع المزبور إلا أحد هذين الوجهين (المذكور هنا والآخر تحت الرقم ٥٣) ويتم معهما أقربية الصحة حسبما عرفت. نعم، يبقى هنا شيء وهو أن لازم ما ذكرنا من صحة المعاملة في الوجهين الحكم بالحرمة إذا فرض كون الاكراه على المحرم كذلك بأن يكون طيب النفس بالفعل مع وجود سبب الاكراه ولا يمكن الالتزام به، فإن الظاهر: أنه لو أكرهه على شرب الخمر فشربه بطيب نفسه لا يكون إثماً " .

(۱۵۹)

وإن كان الداعي هو الاكراه، فإما أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره - بالكسر - (٥٤)

ويمكن أن يقال: إن الفرق بين المحرمات والمعاملات إن في الأولى يكفي وجود سبب الاكراه في رفع الحرمة، من جهة أن ملاكته تحقق العذر ووجود السبب كاف فيه، ولذا لا يمكن الحكم بوجوب الاجتناب مع وجود

الاكراه أو الاضطرار، ومجرد طيب نفسه وميله إلى الفعل لا يكون حراماً".
والحاصل: أن الاضطرار بمعنى وجود سببه كاف في العذر بخلاف الثانية فإن مجرد وجوب السبب لا يكفي

فيه بل المناط صدورها عن ميل النفس وعدمه فتدبر. (ص ١٢٥)
الإيرواني: بل غير خال عن التأمل، فإن تركب السبب عن جزء اختياري وآخر عن إكراه حتى صار

الإنشاء مسبباً " عن مجموع الأمرين، بحيث لولا كل واحد لما استقل الآخر بالتأثير. يوجب أن يصدق أن

العقد صدر عن إكراه، بحيث لولاه لما صدر وكذا يصدق أن الفعل عن طيب النفس بحيث لولا طيب نفسه

لما أوجب الاكراه صدوره، فيشمله دليل رفع ما استكروهوا، كما يشمله دليل جواز الأكل بالتجارة عن

تراض.

إلا أن يقال: إن منصرف دليل رفع ما استكروهوا، هو ما كان الاكراه علة تامة لصدوره، بحيث لو كان

جزء من مقدماته، هو الاكراه خرج عن الاكراه ودخل في التجارة عن تراض. (ص ١١٣)
(٥٤) الطباطبائي: لا يخفى أن ذكر هذا القسم غير مناسب في المقام، إذ لا يمكن أن يجعل محملاً " للفرع

المذكور في كلام العلامة، بل المناسب ذكره في مقام بيان مناط صدق الاكراه وإن اللازم أن يكون الضرر

الحاصل من الترك هو ما توعد به المكره أو يكفي مطلق الضرر، والضرر الوارد على بعض المؤمنين وإن

لم يكونوا متعلقين بالمكره كاف أو لا؟ وهل يكفي مجرد الخوف من الوقوع في المعصية أو، لا؟ فتدبر.

(ص ١٢٥)

كمن قال له ولده: (طلق زوجتك وإلا قتلتك أو قتلت نفسي) فطلق الوالد خوفاً " من قتل الولد نفسه، أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده أو كان الداعي على الفعل شفقة دينية على المكره - بالكسر - أو على المطلقة، أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة لثلا يقع الناس في محرم. والحكم في الصورتين لا يخلو عن إشكال. (٥٥)

(٥٥) الآخوند: لا يخفى أن التوعد بالضرر على الغير، إنما يكون إكراها إذا كان الضرر عليه، يعد

ضرراً " على المكره - بالفتح -، كما إذا كان الغير مثل من مثله به رحمه الله أو كان دفع الضرر عنه فعلاً

واجباً عليه، فلا لا يكون إكراها"، كما لا يخفى. (ص ٥٠)

الطباطبائي: يظهر منه قدس سره إن محمل كلام العلامة إحدى هاتين وقد عرفت من بياناتنا السابقة إن

موضوع أصل البحث في المقام هو هاتان الصورتان فلا ينبغي التأمل في لحوق حكم الإكراه لهما، إذ مع

عدم توطين النفس على الفعل لا يصدق أنه صدر منه الفعل مكرهاً"، لأنه يرجع إلى عدم قصد عنوان

البيع والطلاق ومعه يكون البطلان، لأن من جهته لا من جهة أدلة الإكراه، ولذا قلنا إن في الإكراه الرضا

التبعي الثانوي الحاصل، وإنما المقصود هو الرضا في الرتبة الأولى، ومناطق صحة المعاملة هو الأول وإن

بطلان المعاملة الإكراهية من جهة التعبد لا من جهة فقد الشرط.

وحاصل مفاد الأدلة حينئذ: إن الرضا التبعي، إذ جهة الإكراه لا يكفي في صحة المعاملة، بل لا بد إما من

الرضا الأولى أو الثانوي الناشي من غير الإكراه فتدبر. (ص ١٢٦)

الإصفيهاني: الضرر الغير الراجع إليه إن كان مضرة دينية لا يريد المطلق وقوع المكره فيها كالوقوع في

الزنا فلا محالة لا يعقل الفعل بداع دفع هذا الضرر إلا بايقاعه صحيحاً " حتى لا يترتب المضرة الدينية فلا

معنى للإشكال في حكمه.

وأما إن لم تكن مضرة دينية يترتب تركها على وقوعه صحيحاً"، فربما يقال إذا كان ضرر الغير ضرراً "

عليه بالواسطة كقتل ولده أو عبده أو زوجته فلا شبهة في أنه من مصاديق الإكراه وإلا فلا.

والجواب: أن دفع ضرر الغير إن كان لا يهمله فلا محالة لا يوجب تعنون الفعل المأتي به بعنوان دفع الضرر

فكيف يفعله مع الإكراه عليه! فالمناطق مجرد كون الفعل الذي لا يلائمه دافعاً " لضرر متوجه إليه أو إلى

وإن كان الفعل لداعي التخلص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره إن الحذر لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة، لغفلته عن أن التخلص غير متوقف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق وحصول البيونة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة والاعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً "، وهذا كثيراً ما يتفق للعوام.

وقد يكون هذا التوطين والاعراض من جهة جهله بالحكم الشرعي أو كونه رأي مذهب بعض العامة فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلق قاصداً " لوقوعه، لأن القصد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سبباً " مستقلاً " في وقوع البيونة يستلزم

القصد إلى وقوعها، فيرضى نفسه بذلك ويوطنها عليه، وهذا أيضاً " كثيراً " ما يتفق للعوام والحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال إلا أن تحقق الإكراه أقرب. (٥٦)

الإكراه، كما ليس من الإكراه إذا وعد بقتل أجنبي، فاختار الطلاق حفظاً " للنفس. وأما الصورة الثانية، فهي داخلة في إكراه أو جب حدوث طيب النفس والقصد إلى النتيجة وأوقع

إنشاء الطلاق مقدمة لها، وقد تقدم إن ذلك محتمل كلام العلامة من العبارة المتقدمة منه، وإن الأقرب

صحة الطلاق حينئذ، ويحتمل دخول الصورتين جميعاً " في الإكراه بناء على عدم إناطة عنوان الإكراه

بالتوعيد على الضرر فضلاً " عن ضرر نفسه، أو من يتعلق به وإنما مناطة التوعيد بأمر يكرهه كراهة تزيد

على كراهة الفعل على وجه يختار الفعل في سبيل التخلص عنه دفعا " للافساد بالفاسد. (ص ١١٣)

(٥٦) النائيني (منية الطالب): الإكراه إذا كان داعياً " على الداعي لا يوجب البطلان، سواء أكان الضرر

المتوعد به ضرراً " على نفس المكره - بالفتح - أم على المكره بالكسر، كما لو قال له ولده: طلق زوجتك

وإلا قتلت نفسي، أو قتلتك، فطلق الوالد خوفاً " من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل

والده، أم وقوع المكره - بالكسر - في المعصية، كما لو قال: طلق زوجتك لأتزوجها وإلا زنت بها، فالطلاق

في جميع هذه صحيح، لأن الإكراه صار داعياً " على الطلاق عن طيب، كما قد يكون الداعي له أمور أخرى

ولا وجه لا شكال المصنف فيه، فضلاً " عن قوله: (إلا أن تحقق الإكراه أقرب)، بل لا يخفى أن عدم تحققه

أقوى وأقرب. (ص ٤٠٨)

ثم المشهور بين المتأخرين: أنه لو رضي المكره بما فعله صح العقد، بل عن الرياض تبعا " للحدائق أن عليه اتفاقهم، لأنه عقد حقيقي، فيؤثر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع - وهو طيب النفس - (٥٧)

الإيرواني: بل عدم تحققه أقرب، فإن ذلك من توهم الاكراه وزعمه لا من حقيقته وواقعه، بل يمكن أن يقال: إن زعمه واشتباهه أوجب طيب نفسه بالمعاملة، بمعنى انبعاث إنشائه للمعاملة من إرادة وقوع مضمونها في الخارج فكان إنشائه إنشاء مقديا " لغرض التوصل إلى وقوع المعاملة في الخارج.

وقد عرفت: أن معنى طيب النفس المعتبر في المعاملات هو هذا، مقابل صدور الإنشاء باكراه المكره لا

لغرض التوصل إلى وقوع المعاملة في الخارج. (ص ١١٣) (٥٧) الإيرواني: ليس للمشهور إلا العمومات الدالة على صحة المعاملات من العقود والايقاعات بدعوى:

إن المتيقن من الخارج عن هذه العمومات، هو العقود الاكراهية التي لم يلحقها الرضا فيبقى ما لحقه الرضا

مشكوكا " يتمسك لصحته بالعمومات. (ص ١١٣)

النائيني (المكاسب والبيع): ربما يقال بعدم قابلية العقد المكره للصحة بسبب التعقب بالرضا، أما لكون

الصحة بالتعقب بالأمر المتأخر مطلقا " على خلاف الأصل سواء كان في العقد المكره، أو في الفضولي،

بناء على أن يكون الفضولي على خلاف القاعدة أو لخصوصية في عقد المكره ولو قلنا بكون الفضولي

على طبق القاعدة.

أما الوجه الأول: فسيأتي الكلام فيه في الفضولي.

وأما الوجه الثاني: فلأن الفضولي - لو قلنا فيه: بالصحة - فلا يلزم من القول بها فيه القول بها في عقد

المكره لوجود الفارق بينهما، وهو أن العقد الصادر من الفضول لا يكون مقترنا " بما يوجب فساده بل هو

فاقد لما يوجب صحته، أعني: الاستناد إلى المالك، لأنه عقد تام جامع لجميع ما يعتبر في صحته من الأجزاء

والشرائط إلا أنه ليس صادرا " عن المالك وبالإجازة يتحقق هذا الأمر المفقود أيضا "، فيؤثر أثره، وهذا

بخلاف العقد للمكره، حيث إنه مقترن بما يوجب فساده، وهو الاكراه، والرضا المتأخر لا يوجب انقلابه عما

وقع عليه من الاتصاف بصفة الاكراه لأن انقلاب الشيء عما وقع عليه محال ولا يعقل أن

ودعوى: اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد، خالية عن الشاهد، (٥٨)

الاسم المصدري وعدم انبعاث إرادته عن إرادة المكره.
أقول: هذا هو حق الواجب وإلا فمع فرض كون باب العقود باب الآلة وذوي الآلة، لا باب
المسببات
وأسبابها يكون إكراه إيجاد ذي الآلة بعين الإكراه على إيجاده بآلته، كما أن امضائه عين
امضاء إيجاده

بآلته. كيف! وبهذا أجاب دام بقائه عن الإشكال الوارد في باب التمسك بمطلقات أبواب
المعاملات، حيث إنها واردة في مرحلة المسببات، لا الأسباب وهو دام ظلله قال: بأن مبنى
الإشكال على كون العقود أسبابا "
والمنشآت بها مسبباتها وهو ممنوع، بل بابها باب الآلة وذويها وامضاء ذي الآلة امضاء
لآلته وعلى هذا

فيقال في المقام أنه كما امضاء ذي الآلة امضاء لآلته كذلك إكراهه أيضا " إكراه لآلته.
وحق الجواب: هو الجواب الأخير أعني المنع عن تأثير الإكراه المتعلق بالآلة وهو كالعدم،
كما بيناه. (ص ٤٥٩)

(٥٨) النائيني (المكاسب والبيع): ومعلوم أن هذه الدعوى خالية عن الشاهد ولكن مع قطع
النظر عن

آية التجارة، وأما بالنظر إليها فسيأتي الكلام فيها. (ص ٤٦٠)
النائيني (منية الطالب): ووجه الفساد ما تقدم في أول العنوان من أن عقد المكره من جهة
العقدية لا

يقصر عن سائر العقود، لأنه قاصد للفظ والمعنى، وإنما لم يصدر قصده اسم المصدر عن
داع اختياري، فإذا
لحقه الرضا يتم أركان العقد.

هذا مضافا " إلى أن: لازم هذه الدعوى عدم كون عقد الفضولي أيضا " عقدا " حقيقة،
فإنهما مشتركان في

عدم مقارنة طيب نفس المالك للعقد. (ص ٤٠٩)
الطباطبائي: وذلك لأن دليل اعتبار الرضا في العقود هو الاجماع وقوله: (لا يحل) وقوله
تعالى:)

تجارة عن تراض) وأدلة الإكراه.
والأول: لبي مجمل والقدر المتيقن منه مطلق الرضا أعم من المقارن واللاحق، بل وكذا
حكم العقل باعتباره

وإذ هو أيضا " لا يعتبر أزيد من ذلك.
والثاني: أيضا " لا إشارة فيه إلى المقارنة مع أن مقتضاه توقف الحلية على مجيء الرضا
ونحن لا نحكم بها
إلا بعده.

وأما الآية، فسيأتي عدم دلالتها على الحصر فغايتها جواز الأكل مع التجارة عن تراض.

وأما عدم الجواز في غير هذه الصورة فلا دلالة لها.
وأما الاخبار الاكراه فسيأتي ما فيها أيضا ". قلت: سيتضح حال الآية والاخبار إن شاء الله.
(ص ١٢٦)
الإصفهاني: لا يذهب عليك إن متعلق الرضا هو النقل والانتقال وحصول الملك ولا يكون الرضا به
شرطا " لحصوله، إذ لشرط ماله دخل في فعلية التأثير لا لوجود الأثر فهو مأخوذ في طرف السبب لا في طرف المسبب ومن البين إن العقد الحقيقي الذي له شد وحل هو الجعل والقرار المعاملي على ملكية شئ بعوض، لا العقد الذي هو بمنزلة الآلة للقرار المعاملي فاعتبار مقارنة الرضا للعقد اللفظي بما هو بلا وجه، بل يعتبر مقارنة للسبب المؤثر في الملكية وهو العقد الحقيقي وهو على الفرض موجود لا ينعدم إلا بحله فإذا تبدلت الكراهة بالرضا فقد اقترن العقد الباقي بالرضا بقاء وإن لم يقارنه حدوثا "، فأصل المقارنة محفوظ، إنما المفقود مقارنته له حدوثا " ولا دليل عليه والذي لا يقاربه حدوثا " وبقاء هو العقد اللفظي الذي لا بقاء له ولا موجب لاعتبار أصل الرضا فيه.
ثم اعلم: أن فساد العقد المكروه عليه إن كان لفقد الشرط وهو الرضا فالأمر، كما مر وأما إذا كان الوجود المانع ففيه: إشكال لأن المانع ليست الكراهة الطبيعية ليقال: تبدلت بالرضا، بل المانع هو الاكراه وصدور العقد مكرها " عليه ومثل هذا المانع غير قابل للبقاء بعد صدور العقد حتى يقبل الارتفاع والتبدل فإذا كان غير قابل للزوال لعدم خروج العقد الصادر على وجه عما هو عليه، فكيف ينقلب الفساد إلى الصحة!
فلا بد من دعوى: أن الاكراه إنما يرفع الأثر بحديث الرفع الوارد مورد الامتنان ولا منة في رفعه بعد زوال الكراهة التي هي مبدء موضوع الاكراه وبناء على هذا المبني لا يرد شئ من المحاذير المذكورة في المتن، لأن الشرط عندنا أعم من الطيب العقلي والطبعي وهو موجود مقارن للعقد سواء اعتبرناه في نفس العقد، أو في تأثيره من المالك أو من العاقد. (ص ١٢٦) * (ج ٢ ص ٥٨)
(٥٩) الطباطبائي: يمكن دعوى انصرافها إلى صورة مقارنة الرضا، بل هي قرينة جدا " فمع فرض عدم

دلالة أدلة الرضا على اعتبار المقارنة أيضا "، بل هي قرينة جدا " يتم المطلب من جهة عدم
الدليل على
الصحة فتدبر. (ص ١٢٦)

(١٦٧)

وأضعف منها: دعوى اعتبارها في مفهوم العقد اللازم منه عدم كون عقد الفضولي عقداً " حقيقة. (٦٠)

(٦٠) الطباطبائي: وحينئذ فلا بد من دعوى كون صحة الفضولي على خلاف القاعدة من جهة الأخبار الخاصة. (ص ١٢٦)
النائني (المكاسب والبيع): (هذه الدعوى) ناظرة إلى دعوى اعتبار مقارنة الرضا في مفهوم العقد، بحيث لا يكون العقد الخالي عن الرضا عقداً " مشمولاً " لعموم (أوفوا)، ولازم ذلك سلب العقد عن عقد الفضولي حقيقة ووجه أضعفيتها عن الدعوى الأولى ظاهر، ضرورة وضوح عدم تقوم العقد بمقارنته مع الرضا. (ص ٤٦٠)

الإيرواني: هذا غير لازم فإن المعتبر مقارنته طيب نفس العاقد، بمعنى صدور عقده لغرض التوصل إلى وقوع مؤداه في الخارج لا لدواعي آخر وهذا حاصل في عقد الفضولي وغير حاصل في عقد المكره، وهذا

قريب جداً " وبه يبطل ما أيد به المدعي من فحوى صحة عقد الفضولي. (ص ١١٤)
النائني (منية الطالب): وفيه أولاً: إن هذا الاشكال يتوجه في بعض صور الاكراه، وهو ما إذا كان المكره

هو المالك العاقد، وما إذا كان المالك أكره العاقد، وأما إذا كان المالك مكرهاً " على التوكيل والعاقد مختاراً " فلا يتوجه.

وثانياً " قد تقدم أنه لا دليل على اعتبار اختيار العاقد من حيث إنشائه، لأن العقد من حيث إنه عقد لا

يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المالك المكره. وبالجملة: عقد المكره ليس فاقداً " لما كان الفضولي واجداً " له، بدعوى أنه مشتمل على المفسد، وهو عدم

رضا العاقد بإنشائه وبمنشئه، فإن عدم رضائه بهما لا يضر بصدق العقدية بعد قصده اللفظ ومدلوله، ولا

دليل على اعتبار الرضا بالإنشاء، فإن اللفظ الصادر عن غير النائب والغالط إذا قصد به المعنى بأن لا

يكون هازلاً " يؤثر في النقل والانتقال مراعى بالرضا بهما، فحكم عقده حكم عقد الفضولي لو لم يكن أولى

منه، لكونه واجداً " لما كان الفضولي فاقداً " له، وهو الاستناد إلى المالك، فمع الالتزام بصحة عقد الفضولي

وأضعف من الكل دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده اللازم منه عدم صحة بيع المكره بحق وكون إكراهه على العقد تعديدا لا لتأثير فيه. (٦١)

على القاعدة لا محيص إلا عن الالتزام بصحة عقد المكره، فإن اشتمال عقد الفضولي على الرضا بالمنشأ لا أثر له بعد عدم مدخلية رضا غير المالك.

نعم، لو قلنا بأن عقد الفضولي يصح على خلاف القاعدة، فلا دليل على إلحاق عقد المكره به فضلا " عن كونه أولى منه، لاحتمال خصوصية في الفضولي دونه، ولو كانت المباشرة فيه موجودة. (ص ٤٠٩)

(٦١) الطباطبائي: كون ذلك تعديدا " مما لا بد منه على كل حال سواء قلنا بعدم صدق العقد عليه أو قلنا به، وذلك لأن الرضا أيضا " شرط، فالتعبدية من جهته لازمة وبعبارة أخرى: صحة عقد المكره بحق على خلاف القاعدة، إما من جهة أنه ليس بعقد، وإما من جهة أنه فاقد للشرط ولا فرق بين الأمرين.

نعم، التحقيق: إن الصدق متحقق والغرض أن الالتزام باللازم المذكور مما لا مانع منه فليس هذا مؤيدا "

إذ فساد اللازم ممنوع وإن كان أصل المطلب حقا "

ثم مما يلزم على هذا الوجه بطلان عقد الوكيل المكره إذا كان المالك راضيا " والالتزام به أيضا " مما لا مانع منه فتدبر. (ص ١٢٦)

النائني (المكاسب والبيع): (هذه) نظرة إلى دعوى اعتبار مقارنة الرضا مع العقد في الإنشاء، بحيث لولاها لا يتحقق الإنشاء.

وبعبارة أخرى: يكون تمشي الإنشاء عن المنشئ منوطا " بالرضا المقارن، وهذه الدعوى كما ترى أسقط من الأوليين ولازمها عدم صحة بيع المكره بحق لعدم تمشي الإنشاء منه مع الإكراه على هذا الفرض

فيكون إكراهه على البيع حينئذ تعديدا " لا لتأثير في عقده وهو كما ترى، لأن إكراهه في مورد صحة إكراهه لا يكون الأعلى القاعدة، حيث إن مقتضاها لولا وجود الملمزم للبيع هو توقف صحة بيعه على صدوره

منه برضاه ووجود الملمزم يسقط اعتبار رضاه.، وأما حيث صدوره عنه فلا مسقط له، ولازم ذلك إجباره

على البيع ومع امتناعه عنه يتصداه الحاكم هذا تمام الكلام في الجهة الأولى. (ص ٤٦٠) النائني (منية الطالب): وفيه: إنها خالية عن الشاهد يدفعها الاطلاقات، لأن غاية ما يتوهم لاعتبار

مقارنة طيب النفس للعقد أمران أحدهما: عدم شمول المطلقات مثل (أحل الله البيع) و
(الصلح جائز)

(١٦٩)

ويؤيده فحوى صحة عقد الفضولي، حيث إن المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد وغير منشىء للنقل بكلامه، وإمضاء إنشاء الغير ليس إلا طيب النفس بمضمونه، وليس إنشاء مستأنفاً، مع أنه لو كان فهو موجود هنا، فلم يصدر من المالك هنالك إلا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن إنشاء العقد، وهذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، وهو إنشاء للنقل المدلول عليه بلفظ العقد، لما عرفت من أن عقده إنشاء حقيقي. (٦٢)

المباشرة بيد نفسه كأن يصب الماء على كفه ثم يغسل بها العضو الذي يجب غسله حفظاً للمباشرة

الصورية، لا أن يغسله الغير ابتداءً بمباشرة. (ص ١١٤)

(٦٢) الطباطبائي: إذا قلنا: إن صحة الفضولي على خلاف القاعدة من جهة الأخبار الخاصة، فلا وجه

للأخذ بالفحوى المذكورة، إذ هي ليست ظنية فضلاً عن كونها قطعية، مع أن الظن إذا سلمنا حصوله إنما

يثمر إذا كان من اللفظ وليس في المقام كذلك.

نعم، إذا قلنا: بكون صحة الفضولي على طبق القاعدة فكون عقد المكره كذلك أولى، لكن مع الاغماض

عما يأتي من دلالة أدلة الاكراه على البطلان، وذلك لأن ظاهر الأدلة وجوب الوفاء بالنسبة إلى كل من

عقد على ماله وهو متحقق في الاكراه فإن المالك هو العاقد، فيشملة قوله: (أوفوا بالعقود)، أي بعقودكم

الصادرة منكم بخلاف الفضولي، فمقتضى القاعدة مع قطع النظر عن دليل الرضا أو القول بأنه لا يظهر منه

اعتبار المقارنة بل يكفي مطلقه، لزوم بيع المكره بخلاف الفضولي، إذ ليس عقداً للمالك قبل الرضا ولا

بعده، لأن مجرد الرضا المتأخر لا يجعل العقد عقداً للمالك.

فإن قلت: لا فرق بينه وبين عقد الوكيل والولي. قلت: بالإذن السابق يمكن إسناد الفعل إليه عرفاً، لأن

المأذون أو الولي آلة له بخلاف الإذن اللاحق.

هذا كله بناء على ما هو التحقيق من: (أن معنى قوله تعالى أوفوا بالعقود أوفوا بعقودكم) وأما إذا كان

معناه: أوفوا بكل عقد صادر من كل أحد، فهو أيضاً "منصرف عن عقد الفضولي بخلاف المكره، حيث إنه

صدر منه عقد مع القصد، غاية الأمر فقد طيب النفس فإذا لحقه تم فتدبر. (ص ١٢٦)

الإصهاني: بل لا يفعل أن يكون إنشاء، لأنه وإن كان قصدياً " لكنه ليس تمام حقيقته القصد، فلا بد من

وتوهم: أن عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا - وهو طيب نفس العاقد بما ينشئه - مدفوع: بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له، لا في صدق العقدية، إذ يكفي فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، ولا في النقل (٦٣) والانتقال، لعدم مدخلية يد المالك فيه.

أن يكون أمر منشأ به من قول أو فعل حتى يكون وجوده بالذات وجوداً " للمعنى الانشائي بالعرض،

والبيع من الأمور التسببية، فلا بد هناك من سبب يتسبب به وإلا فلو حصلت الملكية بمجرد قصد حصولها للزم الخلف.

نعم، لو لزم اللفظ الانشائي ففي مقام إجازة العقد في الفضولي، كما هو مسلك جماعة لأمكن توهم إنشاء مضمون العقد بلفظ أجزت مجازاً " بخلاف ما نحن فيه، حيث أنه لا يعتبر في نفوذ عقد المكروه إلا إلى الرضا به، فتدبر. (ص ١٢٦) * (ج ٢ ص ٥٩)

النائبي (المكاسب والبيع): لكن الأقوى: منعه، وذلك لأن مبنى التمسك بالفحوى هو على فرض تسليم كون الصحة في كلا البابين على خلاف القاعدة، ولازم ذلك حينئذ هو صرف النظر عن الجهتين المتقدمتين

ومع صرف النظر عنهما يمكن منع الأولوية بدعوى اقتران عقد المكروه بما يكون مانعاً " وهو الإكراه، دون الفضولي. وبعبارة أخرى: ما ذكرناه في الجهة الأولى من منع مانعية اقتران عقد المكروه بالإكراه عن قابليته

لأن يتعقبه الإجازة كان بناء على كون الصحة بالإجازة على طبق القاعدة، وأما بناء على كونها على

خلاف القاعدة فلهذه الدعوى مجال، مضافاً " إلى أنه على تقدير تسليم الأولوية ليست أولوية قطعية حتى

تصير مدركا " للحكم، بل تكون بالقياس أشبه منه إلى التمسك بالفحوى. (ص ٤٦١)

الإيرواني: نعم طيب النفس بمعنى الرضا بانتقال المال لا يعتبر إلا في حق المالك، لكن المراد من طيب النفس

هنا كون العقد صادراً " عن الرضا بوقوع مضمونه ومقدمة لوقوع مضمونه وبداعي وقوع مضمونه مقابل

انبعاثه عن إكراه المكروه بلا قصد مقدمي للعقد وبدون قصد التوصل به إلى وقوع مضمونه في الخارج.

(ص ١١٤)

(٦٣) الآخوند: قد عرفت في بعض الحواشي السابقة: عدم كفاية ذلك، بل لا بد في صدق العقد وتحققه من

نعم، لو صح ما ذكر سابقا " : من توهم أن المكروه لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلا " ،
وأنه
قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت - كما صرح به بعض - صح أنه لا يجدي
تعقب
الرضا، إذ لا عقد حينئذ لكن عرفت سابقا " أنه خلاف المقطوع من النصوص والفتاوى،
فراجع. (٦٤)

قصد التوصل به إلى تحقق مضمونه.
وبالحملة: لا بد فيه من أن يكون قصد الإنشاء بداعي التوصل، كما إذا لم يكن هناك إكراه
ولم يكن بينهما
تفاوت، إلا أن اختياره هيهنا، لأجل الفرار عما وعده به، خلاف ساير الموارد. (ص ٥٠)
(٦٤) الطباطبائي: بل قد عرفت: أن كلام الشهيد أيضا " كالصریح في خلافه، فإن مراده
من النية الرضا
وكذا العلامة فلا تغفل. (ص ١٢٦)
الإيرواني: وما يمكن أن يقال للقول بالفساد في مقابل العمومات: (التي كانت مستند
المشهور) عدة
أمور، يرجع بعضها إلى دعوى التخصص وبعضها إلى دعوى التخصيص (سيأتي الأدلة
التخصصية).
أما الراجعة إلى دعوى التخصص وعدم صدق عنوان المعاملة على العقد الكرهى، فأمر
أربع: منها عدم
قصد المكروه اللفظ. ومنها: عدم قصده للمعنى استعمالا ".
ومنها: عدم قصده لوقوع مضمون العقد في الخارج.
ومنها: عدم كون إنشاء المكروه بداعي وقوع المعنى في الخارج على أن يكون إرادة اللفظ
إرادة
مقدمة منبعثة من إرادة المعنى. والأمور الثلاثة الأول ممنوعة، فإن المكروه قاصد للفظ
وقاصد
للمعنى وقاصد لوقوع المعنى في الخارج ولو فرضنا في مورد عدم تحقق القصد لبعض هذه
الأمور، فذلك ليس من جهة
اقتضاء الاكراه ذلك، بل صدفة اتفاقية يسلم في هذا الوقت عدم تحقق عنوان
المعاملة وعدم تحقق عنوان المعاملة وعدم شمول العمومات ماله وعدم صحته بالإجازة.
وأما الأمر الرابع، أعني: عدم كون إنشاء المكروه بداعي إرادة وقوع مضمون المعاملة في
الخارج فذلك
مسلم لكن لا يوجب ذلك عدم تحقق عنوان العقد لوضوح صدق عناوين البيع والهبة
والصلح والنكاح
والطلاق إلى غير ذلك على ما أنشأه المكروه، فليس ارتفاع داعي وقوع مضمون المعاملة
كارتفاع إرادة

فظهر مما ذكرنا ضعف وجه التأمل في المسألة، كما عن الكفاية ومجمع الفائدة تبعا " للمحقق الثاني في جامع المقاصد (٦٥) وإن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض) الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي. (٦٦)

اللفظ أو إرادة المعنى في اقتضائه رفع عنوان المعاملة لما نرى بالوجدان من صدق عنوان المعاملة على معاملة المكره كصدق عناوين سائر الأفعال على فعل المكره فيقال: (باع عن إكراه)، كما يقال: (أكل عن إكراه)، إلا أن يقال: إن البيع عنوان قصدي ولا يطلق إلا عن إنشاء قصد به التطرق إلى الحد والواقع لا الإنشاء الخالي عن ذلك القصد وإن اجتمع مع إنشائه الكذائي قصد تحقق المعنى وقصد مضمون المعاملة قصدا " مصاحبا " للفظه، لا بنفس اللفظ فإن قصده حينئذ قصد ساذج لا أثر له، وإنشائه إنشاء لا بداع وقوع المعاملة أيضا " لا أثر له، فلا يتحقق بإنشائه الكذائي الصادر باكراه المكره عنوان البيع الحقيقي. نعم، هو بيع إنشائي وعنوان (أحل الله البيع) وكذا سائر أدلة المعاملات هو المعاملات الحقيقية دون الانشائية. (ص ١١٣)

(٦٥) الطباطبائي: بل في المستند: الفتوى بعدم الصحة وهو الحق لما يأتي من تمامية أدلة الاكراه في الدلالة على البطلان والحكومة على الاطلاقات. (ص ١٢٦)

(٦٦) الإيرواني: الظاهر: أن اسم كان بناء على قراءة التجارة بالنصب هو الضمير المستتر العائد إلى الأموال يعني: إلا أن تكون الأموال تجارة عن تراض، فأطلق التجارة على الأموال المتجر بها، كما يطلق السحور على ما يتسحر به.

ثم إن كانت التجارة بعد تقييدها بالتراض محمولة على الأموال، تم الاستدلال لولا المناقشة من سبيل انقطاع الاستثناء (كما سيأتي في الجواب) ودلت على أن الأموال ينبغي أن تكون مكتسبة بسبب التجارة عن تراض، دون ما إذا كانت محمولة قبل التقييد، فكأنه قيل: إلا أن تكون الأموال تجارة وأيضا " كانت عن تراض يعني مأخوذة برضا ملاكها لصدق العنوانين على الأموال المنتقلة بعقد المكره بعد الإجازة، فإنها

تجارة، أي: متلقاة بالتجارة وعن الرضا أي متلقاة عن رضا مالكيها.
وقد يتوهم: إن اسم كان المقدر هي التجارة أو هو سبب الأكل، أي: إلا أن تكون
التجارة، تجارة عن
تراض أو إلا أن يكون سبب الأكل تجارة عن تراض وكلا التوهمين باطلان. (ص ١١٤)

(١٧٤)

مضافا " : إلى النبوي المشهور الدال على رفع حكم الاكراه مؤيدا " بالنقض بالهازل مع أنهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا. (٦٧)

نفي مجيء القوم نفي مجيئي الحمار أيضا " لمكان تبعيته للقوم فيدل حينئذ على حصر المجيء في اتباع القوم بخصوص الحمار دون سائر توابعهم وفي الآية كذلك، إذ استثناء التجارة عن التراض بعد نهى الأكل بالباطل تدل على أن فيما عدا الأكل بالباطل تكون الحلية منحصرًا " بخصوص التجارة عن تراض، كما أن في المثال كان المجيء فيما عدا القوم منحصرًا " بالحمار. فالجواب عن الاستدلال بالآية على المنع من صحة عقد المكره عند التعقب بالإجازة: بالمنع عن دلالتها على الحصر غير صحيح، بل الحق في الجواب أن يقال: إن الآية المباركة تدل على الحصر ومع دلالتها عليه لا تدل على المنع من صحة العقد إذا تعقب بالإجازة. وتوضيحه: أن يقال: إن الآية تدل على اعتبار مقارنة الرضا بالتجارة في صحة التجارة وعلى حصر الحل أيضا " بالتجارة المقترنة بالرضا لكن الكلام في معنى التجارة، إذ هي ليست عبارة عن العقد، بل هي بمعنى الاكتساب الذي هو الأثر المترتب على العقد، ويكون العقد آلة لاجاده. وبعبارة أخرى: أنها عبارة عن النقل والانتقال، بمعنى الاسم المصدرى ومن الواضح البديهي توقف النقل والانتقال بهذا المعنى على الرضا عقلا ونقلا " لكن اعتبار مقارنة الرضا مع النقل بالمعنى الاسم المصدرى لا يوجب توقف النقل بالمعنى المصدرى على مقارنته وما هو المفيد إثبات توقف العقد بالمعنى المصدرى على مقارنة الرضا والآية المباركة أجنبي عن إفادته، فالآية لا تدل على ما رامه المستدل بوجه من الوجوه هذا تمام الكلام في الجهة الثانية. والمتحصل منها: هو منع دلالة آية التجارة على عدم صحة عقد المكره عند التعقب بالإجازة، كما أن الجهة الأولى كانت متكفلة لإثبات عدم مانعية تعلق الاكراه بالعقد عن قبوله للتأثير بالإجازة، فتحصل من الجهتين قابلية عقد المكره كالفضولي للإجازة وأنها متساويان في كون صحتهما بالإجازة موافقا " مع القاعدة. (ص ٤٦١)

(٦٧) الإيرواني: النقض بالهازل تام على مذهب من يقول: إن المكره غير قاصد لتحقيق
مضمون العقد في
الخارج ومنهم المصنف رحمه الله، فإن المكره والهازل متشاركان في عدم القصد الجدي
للمعنى وإن قصده
استعمالاً " فلا يحصل عنوان المعاملة بإنشائهما درك، فإن الاستثناء المفرغ دائماً " من
قسم المتصل. (ص ١١٤)

(١٧٨)

والكل، كما ترى لأن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إما بمفهوم الحصر وإما بمفهوم الوصف، ولا حصر كما لا يخفى لأن الاستثناء منقطع غير مفرغ. (٦٨) ومفهوم الوصف - على القول به - مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب، كما في (ربائبكم) اللاتي في حجوركم) ودعوى: وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة. وسيجى زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضي في بيع الفضولي.

الطباطبائي: إن المصنف قدس سره لم يتعرض للجواب عن النقض بالهازل ولعله لوضوحه من حيث إن عقد الهازل لا يعد عقداً " حقيقة وإن كان قاصداً " للإشياء، لأنه عقد صوري وإلا فالغرض ليس إيقاع المعاهدة والمعاقدة، نظير الأخبار الهزلي مع أنه على فرض الصدق لا ينصرف إليه الأدلة، كما هو واضح وهذا بخلاف بيع المكره فتدبر. (ص ١٢٧) (٦٨) الإيرواني: القيد الثاني مستدرك، فإن الاستثناء المفرغ دائماً " من قسم المتصل، وذلك لأنه حفظاً " لظهور إلا في الإخراج بقدر المستثنى منه ما يشمل المستثنى، فيكون الاستثناء متصلاً " لا محالة. (ص ١١٤) الطباطبائي: ظاهر العبارة أن المستثنى المنقطع قد يكون مفرغاً " ويكون حينئذ مفيداً " للحصر، مع أنه إذا كان مفرغاً " يكون متصلاً " لا منقطعاً "، مثلاً " إذا قال: (ما جاءني إلا حمار) يقدر المستثنى منه ما يشمل الحمار أيضاً "، إذ لا داعي إلى تقدير لفظ القوم حينئذ إلا أن يكون هناك قرينة على ذلك، لكن على هذا لا فرق بينه وبين غير المفرغ في عدم إفادة الحصر، إذ المناط فيه الانقطاع لا التفرغ وعدمه، كما هو واضح. هذا ويمكن أن يقال: إن القيد توضيحي لا احترازي، يعني: أن المستثنى منقطع وغير مفرغ، يعني: أنه هذا القسم من المنقطع وإن كان المناط مطلق الانقطاع، ويمكن على بعد بحسب العبارة وإن كان قريباً " بحسب المطلب أن يكون المراد إن الاستثناء منقطع غير متصل مفرغ، يعني: ليس بمتصل مفرغ فلا يفيد الحصر. نعم، لو جعل متصلاً " مفرغاً " أفاده. ثم أقول: إن ما ذكره من عدم إفادة المستثنى المنقطع للحصر مبنى على أن يكون إلا فيه بمعنى لكن ليكون بمنزلة جملتين مستقلتين ويمكن منع ذلك بدعوى أن (إلا) فيه للاستثناء والإخراج وأن المراد من القوم في

في القوم، فلا يفيد نفي المجيء عن القوم، وإثباته للحمار اختصاصه به، لا مكان اشتراك سائر الحيوانات معه، وهذا التوهم فاسد، فإن المستثنى في المنقطع ليس كل ما لا يرتبط بالمستثنى منه حتى يكون مما لا يتناهى، بل لا بد في صحة المستثنى المنقطع من عناية وتنزيل، فينحصر فيما يناسب مع المستثنى منه ولو كان أدنى مناسبة، فإذا انتفى المجيء من القوم وما يناسبهم وانحصر الجائي في الحمار يفيد اختصاص الحكم به ونفيه عما عداه، ففي الحقيقة كل منقطع راجع إلى المتصل. هذا، مضافاً " إلى أنه: لا يمكن في خصوص المقام عدم إفادة الجملة للحصر، لأن أكل المال بالباطل لا يمكن أن يكون حالاً " في مورد من الموارد، فيكون الاستثناء في المقام من قبيل التخصيص لا التخصيص، لأنه لم يستثن موضوع من الموضوعات من حكم الأكل بالباطل، بل التجارة عن تراض مغايرة للأكل بالباطل، ويكون مفاد الآية الشريفة: كل كسب واكتساب متداول بينكم من النهب والسرقة والقمار أكل للمال بالباطل، إلا التجارة عن تراض، فإنها ليس كذلك، فيكون قوله عز من قائل: (الباطل) بمنزلة التعليل لقوله: (لا تأكلوا)، فيرجع مقام المعلل والتعليل إلى قوله: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم) بوجه من الوجوه، لأن كل وجه باطل إلا التجارة عن تراض، وهذا راجع إلى المتصل. ففيها: ما لا يخفى، فإنه غير ناظر إلى اعتبار الطيب حال العقد أصلاً "، بل على أن مال الناس لا يحل إلا بالطيب ونحن نلتزم به حين تحقق النتيجة وصيرورة المبيع مالاً " للمشتري. (ص ٤١١) (٦٩) الطباطبائي: لا يخفى أن العمدة في المقام هو الجواب عن هذا وإلا فالوجوه المتقدمة كلها مخدوشة، كما عرفت إلا آية التجارة وهي أيضاً " بناء على إفادتها الحصر، كما هو الظاهر غير نافعة وكذا كل ما دل على اعتبار مقارنة الرضا وذلك لما عرفت من: أن المراد بالرضا المعتبر في المعاملات المعنى الموجود في بيع المكره أيضاً "، لأن المراد هو الطيب العقلاني ولو كان مع الكراهة الطبيعية لا الرضا الطبيعي الواقع في الرتبة الأولى، ولذا قلنا: إن بطلان بيع المكره من جهة خصوص أخبار الاكراه وإلا فبمقتضى القاعدة لا فرق بينه

وبين بيع المضطر حسبما عرفت مفصلاً "، وحينئذ فاللازم دفع الإشكال من جهة دلالة حديث الرفع وغيره على أن المعاملة الاكراهية لا يترتب عليها الأثر ولو مع الإجازة. والانصاف: عدم تمامية ما ذكره المصنف من الجوابين، كما سيتضح. (ص ١٢٧)

(١٨٣)

ففيه: أولاً " أن المرفوع فيه هي المؤاخذة والأحكام المتضمنة لمؤاخذة المكره وإلزامه بشيء،
والحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أن له أن يرضى بذلك، وهذا حق له لا عليه.
(٧٠)

الإيرواني: بتقريب: إن هذا الحديث يرفع كل أثر عما استكروهوا عليه تكليفاً " كان أو وضعياً " ومن ذلك
تأثير العقود والايقاعات الثابت بالأدلة الأولية والعمومات أو المتوهم ثبوته، فإنه يرتفع
بالاكراه سواء
كان العقد تمام العلة المؤثر أو جزئه فإثبات التأثير له ولو على سبيل جزء العلة، كما يقوله
القائل بصحة

عقد المكره إذا تعقبه الإجازة خلاف مقتضى هذا الحديث. (ص ١١٤)
(٧٠) الطباطبائي: أولاً " لا نسلم اختصاص المرفوع بما عليه لما عرفت من: أنه يكفي
عدم تعلق غرضه
بإيجاد المعاملة أو غيرها ويكون ما أوقعه مما هو مكروه له بحكم العدم وإذا كانت بحكم
العدم فلا فرق.

وثانياً: لو سلمنا ذلك فإنما يتم في الحق الذي كان ثابتاً " لولا الاكراه حتى يصح أن يقال:
ببقائه بعد ارتفاع
غيره من الآثار التي عليه لا له.
والحق فيما نحن ليس كذلك، إذ لم يكن ثابتاً لولا الاكراه، إذ ليس من آثار العقد مع قطع
النظر عن الاكراه

الموقوف على الإجازة ليقال: إن الحديث لا يدل على رفعه، فتدبر. (ص ١٢٧)
الإيرواني: العمدة في الجواب عن هذا الحديث هو: أنه مختص برفع الأحكام التكليفية
الالزامية، كما تقدم

مستوفى مع الجواب عما استشهد به من عموم المرفوع فيه للأحكام الوضعية، أعني:
صحيحة البنزطي
الدالة على بطلان طلاق من استكراه بالحلف فحلف بالطلاق والعتاق ولولا هذا الجواب لم
يجد شيء مما
ذكره المصنف. رحمه الله.

وحاصل ما ذكره هو: أن حديث الرفع يرفع ما أثبتته الأدلة من الأحكام تحكيماً " للحديث
على أدلة
الأحكام الواقعية، وما أثبتته الأدلة في موضوع العقد هو العلية التامة فهذا يرفعه دليل الاكراه
دون الجزئية

للعلة والمدعى في المقام كون عقد المكره جزء العلة المؤثرة والجزء الآخر الإجازة.
(لكن نقول): إن ذلك لا ينفعه ولا يضر الخصم، فإن الحديث إذا رفع ما أثبتته العمومات
من العلية التامة لم
يبق ما يثبت كون عقد المكره جزء العلة ولا يستفاد من الحديث سوى رفع ما اقتضته

العمومات بلا اثبات
شئ آخر من الجزئية للعلية، فحينئذ يرجع إلى الأصل ومقتضاه عدم تأثير عقد المكره وإن
لحقته الإجازة
(فلذا) عدل (في الذيل) عن تحكيم الحديث على الأدلة،

(١٨٤)

نعم، قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ وهذا إلزام لغيره.
(٧١)

وأما ثانياً " : فلأن العمومات بعد التقييد إذا قضت بالعلية الناقصة للعقد فهذه العلية الناقصة يرفعها حديث
الرفع فيثبت مرام الخصم بطريق أوضح.
وأما دعوى أن العلية الناقصة حكم ثابت لعقد المكره والحديث لا يرفع حكماً " ثابتاً " بعنوان الاكراه فهي في غاية الوهن والفساد فإن العمومات بعد التقييد يثبت التأثير للعقد المرضي به وهذا قدر مشترك بين المرضي به مقارناً أو لاحقاً وحديث الرفع يرفع التأثير عن المرضي به لاحقاً فيبقى تحت الأدلة العقد المرضي به بالرضا المقارن.
نعم، لو كان مفاد الأدلة خصوص العقد المرضي به لاحقاً " كان مصداقه منحصرًا " بخصوص عقد المكره وكان هذا حكماً " ثابتاً " بعنوان الاكراه لا يتعرض حديث رفع ما استكرهوا لكن الأمر ليس كذلك.
وخلاصة الكلام: إنا نقول: إن الحكم الثابت للعقد والايقاع بحكم منضمًا " أو منفرداً " لا يخلو إما هو العلية التامة أو العلية الناقصة وأي منهما كان فالمدعي لفساد عقد المكره مستظهر الأدلة أما على الأول فلأن حديث الرفع يرفع هذه العلية التامة ولا دليل على العلية الناقصة فيرجع إلى الأصل والأصل ينفي العلية الناقصة أيضا " . وأما على الثاني، فالحديث يرفع بنفسه هذه العلية الناقصة فيصبح العقد بلا تأثير بحكم الحديث من غير حاجة إلى الأصل. (ص ١١٤)
(٧١) الطباطبائي: يمكن منع اختصاص المرفوع ما لآثار المتعلقة بالمكره، بل المرفوع مطلق الآثار ألا ترى أنه لو فرض تعلق تكليف بالغير على فرض إيجاد شخص لفعل، ففعله عن إكراه لا يترتب عليه ذلك التكليف وإن كان متعلقاً بغيره.
والحاصل: إن المرفوع مطلق آثار الفعل من غير فرق بين ما يتعلق بالفاعل وبغيره فتدبر.
(ص ١٢٧)
الإيرواني: التفصيل بين الأحكام الثلاثة، أعني: الحكم بوقوف عقده على رضاه والحكم بإلزام الغيران لا يفسخ، بمعنى أن يرفع اليد عن المعاملة والحكم بإلزامه هو باختيار واحد من الفسخ والامضاء بأن الأول حكم له لا عليه ودليل الرفع يرفع حكماً " عليه لا حكماً " له.

والحديث لا يرفع المؤاخذه والالزام عن غير المكره، كما تقدم، وأما الزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه، فهو من توابع الحق الثابت له بالاكراه، (٧٢) لا من أحكام الفعل المتحقق على وجه الاكراه.

والثاني: حكم على غيره ودليل الرفع برفع حكما عليه لا على غيره.
والثالث: حكم أتى من قبل الاكراه ومتوجه إلى موضوع الاكراه ودليل الرفع لا يرفع إلا حكما " سابقا " على الاكراه،

تفصيل عجيب، فإن ما أجاب به عن الأخيرات على الجميع، إذ الجميع أحكام أتت من قبل الاكراه وفي موضوع الاكراه فبمناط واحد الكل لا يرتفع بدليل الاكراه إلا أن يكون مقصوده ذكر أجوبة خاصة في

المادتين مضافا " إلى الجواب المشترك.
هذا، مضافا " إلى: أن الأحكام الثلاثة ليست أحكاما " مجعولة بالاستقلال وإنما هي من لوازم كون عقد

المكره جزء المؤثر فإذا رفع دليل رفع ما استكرهوا جزئية المؤثر لما إذا كانت جزئيته مستتبعة لحكم إلزامي عليه لم يبق شيء من هذه الأحكام.

ودعوى: إن جزئيته للمؤثرات من قبل الاكراه، ودليل الاكراه إنما يرفع حكما " كان سابقا " على الاكراه وهو الاستقلال في التأثير.

يدفعها: ما سيحى في ذيل الجواب الثالث من سبق الجزئية على الاكراه وكون العقد بضميمة الرضا

هو المؤثر التام تقييدا " للاطلاقات القاضية بالعلية التامة بالأدلة الأربعة المعتبرة لرضى المالك في انتقال ماله.

(ص ١١٤)

(٧٢) الطباطبائي: هذا حسن متين بناء على اختصاص المرفوع بغير ماله من الحق. (ص

١٢٧)

الإصفهاني: الأولى: أن يقال فهو من توابع ماله لا ما عليه فلا يرتفع إلا برفعه، لا أنه من توابع ما جاء من

قبل الاكراه فلا يرتفع به، كما لا يرتفع متبوعه به، فإنه يناسب الجواب الآتي لا هذا الجواب، كما يمكن أن

يجاب عنه بأن الالزام حيث إنه متعلق باختياره لما يوافق طبعه فليس مثله منافيا " للمنة حتى يرفعه حديث

الرفع فليس كل الزام مرفوعا "، كما يمكن أن يجاب أيضا " بأن عدم رفعه منة عليه منافع للامتنان على

غيره بتعطيل حقه فتدبر. (ص ١٢٧) * (ج ٢ ص ٦٢)

ثم إن ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلا " وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل. (٧٣)

وثانياً " أنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المكره عليه لولا الاكراه يرتفع عنه إذا وقع مكرها عليه - كما هو معنى رفع الخطأ والنسيان أيضا " - وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه،

لأن أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه، السببية المستقلة لنقل المال، (٧٤)

(٧٣) الآخوند: لكن مع القول بدخله بطور الشرط المتأخر في التأثير، وأما على القول بعدم الدخل فيه

أصلاً "، بل إنما يكون له الكشف عما هو المؤثر، فمشكل، فإن الرضا حينئذ يكشف عن نفوذ عقده

الصادر عنه كرها "، فافهم. (ص ٥٠)

الطبائبي: وذلك لأنه وإن كان يمكن أن يقال: إن التأثير إذا كان من حين العقد يلزم كون العقد المكره

عليه مؤثراً " بالنسبة إلى النقل والانتقال الذي هو أثر على المكره إلا أنه لما كان بعد تحقق الرضا بشرطه

فلا يكون إلا للمجموع.

غاية الأمر: أن أثر الرضا تقدم عليه لكونه من الشرط المتأخر. نعم، لو كان من باب الكشف الحقيقي

بحيث لم يكن للرضا دخل في النقل أصلاً " بل كان كاشفاً " محضاً " كان الإشكال وارداً ولكنه ليس كذلك

قطعا " . (ص ١٢٥)

الإيرواني: إن كان المراد مما ذكره هو ما ذكره من التفصيل بين الأحكام الثلاثة أو ما ذكره في خصوص

الحكم الأخير فلا وجه ارتباط بينهما وبين الكشف والنقل ليكون واضحاً " على

القول بالنقل خفياً " على القول بالكشف وإن كان المراد أصل المدعى، أعني: صحة عقد المكره بالإجازة تمسكاً " بالاطلاقات، فمع أنه

ليس هاهنا وفي أثناء الأجوبة محل ذكر هذا الكلام، المطلوب على العكس مما ذكره، فإن الاطلاقات على ما

سيجئ تساعد الكشف دون النقل. (ص ١١٥)

(٧٤) الطبائبي: حاصله: أن ما كان من الأثر ثابتاً " للعقد لولا الاكراه مرفوع بحكم الحديث وهو النقل

والانتقال وغيره لم يكن متحققاً " لولاه ليرتفع به بل إنما يأتي من قبل تبدل العقد إلى عقد آخر يكون هذا

(۱۹۰)

ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الاكراه، وهذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الاكراه حيث إنه جزء العلة التامة للملكية، لم يكن ثابتا " للفاعل مع قطع النظر عن الاكراه ليرتفع به،

إذ المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الاكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالاكراه! وبعبارة أخرى: اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه هو اللزوم المنفي بهذا الحديث، والمدعى ثبوته للعقد بوصف الاكراه هو وقوفه على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالاكراه.

لكن يرد على هذا: أن مقتضى حكومة الحديث على الاطلاقات هو تقيدها بالمسبوقية بطيب

النفس، فلا يجوز الاستناد إليها الصحة بيع المكروه ووقوفه على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكروه، فيرجع إلى أصالة الفساد. (٧٥)

لكن مجرد هذا لا ينفع في الصحة إن مع فرض البطلان أيضا " يصح أن يقال: إن العقد جزء المجموع منه ومن الرضا.

والحاصل: إن الذي لا يمكن ارتفاعه كون هذا العقد جزء من مجموع هو هذا والرضا لكن هذا المجموع

مؤثر، أو لا؟ فلم يثبت بهذا وما ذكر من: أن حديث الرفع لا يرفع الآثار الثابتة بقيد الاكراه إنما هو فيما

لو جعل الشارع الاكراه والفعل المقيد به موضوعا " لحكم كأن يقول: إن أتى بفعل كذا مكرها " فكذا وليس

المقام كذلك وإنما هو مجرد اعتبار عقلي من عند أنفسنا وإلا فليس في لسان الشارع من هذا عين ولا أثر.

(ص ١٢٧)

(٧٥) الطباطبائي: هذا الايراد مما لا مدفع له، كما سيظهر. (ص ١٢٨)

النائني (المكاسب والبيع): لكن الكلام في تماميتهما أما تقدير المؤاخذة فلما عرفت في أول مباحث عقد

المكروه وتبين في الأصول أيضا " مفصلا " من: أنه لا حاجة في الحديث الشريف إلى تمحل ارتكاب التقدير

حتى ينتهي إلى البحث عن المقدر، وأنه هل هو المؤاخذة أو الأثر المناسب مع كل فقرة من الفقرات التسع

أو جميع الآثار؟ بل المرفوع هو الحكم الشرعي الثابت لولا طريان المذكورات من الاكراه ونحوه

وهو القابل لا الوضع والرفع التشريعي والالتزام بالتقدير وأن المقدر هو المؤاخذة شعر بلا ضرورة.

وبعبارة أخرى: أدلة صحة البيع تدل على سببية مستقلة، فإذا قيدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره، بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة كان دليل الاكراه حاكماً " عليه مقيداً " له فلا ينفع.

اللهم إلا أن يقال: إن الاطلاقات المفيدة للسببية المستقلة مقيدة بحكم الأدلة الأربعة - المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل ومع عدم طيب النفس - بالبيع المرضي به، سبقه الرضا أو لحقه، ومع ذلك فلا حكومة للحديث عليها، إذ البيع المرضي به سابقاً " لا يعقل عروض الاكراه له.

وأما المرضي به بالرضا اللاحق، فإنما يعرضه الاكراه من حيث ذات الموصوف، وهو أصل البيع، ولا نقول بتأثيره، بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخلية الرضا في تأثيره ووجوب الوفاء به.

وأما تعميم المؤاخذة على فرض تسليم تقديرها إلى المؤاخذة الدنيوية، فلأن تقديرها نشأ من ناحية كونها أظهر الآثار ولا شبهة أن الأظهرية يتم بالنسبة إلى المؤاخذة الأخروية وهي العقوبة.

وأما بالنسبة إلى الدنيوية فلا موجب للتعميم أصلاً " .

وبعبارة أخرى: المؤاخذة إنما تقدر بما لها من المعنى الذي هو الأظهر في رفع هذه الفقرات وهو منحصر بالعقاب وليس في البين لفظ المؤاخذة حتى يقال إنها بما لها من المعنى العام تكون مرفوعة فلا بد من تقدير المؤاخذة بمعنى توافق مع ملاك تقديرها وهو الأظهرية، وهو يوجب اختصاصها بالأخروية، كما لا يخفى

فهذا الوجه الأول لا يرجع إلى شيء بعد فساد المبنى. (ص ٤٦٥)

الإيرواني: هذا الايراد إنما كان يرد إذا كان عنوان الأدلة الأولية هو العلية التامة للعقد، وأما إذا كان العلية التامة منتزعة من إطلاقها وحكمها على العقد بوجوب الوفاء بلا تقييده ب قيد فلا جرم

بعد تقييد هذا الاطلاق بدليل (رفع ما استكرهوا) تذهب تلك الاستفادة وذلك الانتزاع، ثم يقوم مقامه

استفادة جزء العلية على أن يكون الجزء الآخر للعلة، طيب النفس ورضا المالك بالأعم من المقارن واللاحق،

فالاطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكره عليه والرضا به لاحقاً، ولازمه بحكم العقل كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام، وهذا أمر عقلي غير مجعول لا يرتفع بالاكراه، لأن الاكراه مأخوذ فيه بالفرض، (٧٦)

وذلك لأن المتيقن من تقييد الأدلة هو تقييدها باخراج عقد إكراهي لم يقارنه ولم يلحقه رضا فيبقى

ما قارنه وما لحقه الرضا تحت الاطلاقات. (ص ١١٥)

(٧٦) الطباطبائي: هذا ممنوع، إذ المفروض: أن مفاد حديث الاكراه اعتبار سبق الرضا فهو مقيد آخر

للاطلاقات، مع أن لازم ما ذكره المصنف عدم امكان التمسك به في شئ من المعاملات في شئ من المقامات.

والحاصل: أن مفاده اعتبار كون الفعل صادراً " لا عن إكراه ولازمه اعتبار سبق الرضا فيكون لا معه

مرفوع الأثر الذي كان يترتب عليه لولاه وهو التأثير بشرط ضم الجزء الآخر الذي هو الرضا وهذا الأثر

أثر شرعي قابل للرفع ولا يلزم أن يكون الأثر المرفوع الأثر التام. (ص ١٢٨)

الإيرواني: قد تقدم أن مقتضى الجمع بين الاطلاقات والأدلة الأربعة التي أشار إليها هو ثبوت التأثير

للعقد مع جنس طيب نفس المالك المشترك بين المقارن واللاحق فكان العقد جزء المؤثر والجزء الآخر طيب

نفس المالك بالأعم من المقارن واللاحق ثم بحكومة دليل رفع ما استكرهوا ترفع جزء المؤثرية من عقد

المكره فيصبح عقد المكره خلوا من الأثر رأساً ولا يبقى تحت الأدلة إلا العقد المقارن لطيب نفس

المالك.

نعم، لو كانت نتيجة الجمع بين الاطلاقات والأدلة الأربعة المعتبرة لطيب نفس المالك في انتقال ماله

هو صحة خصوص عقد لحقه الرضا كان ذلك حكماً ثابتاً " لعنوان الاكراه فلم يكن يرفعه دليل الاكراه.

لكن ذلك باطل وإنما نتيجة الجمع اعتبار جامع الرضا فيخرج فرد منه بدليل الاكراه وهو الرضا

المتأخر ويبقى فرد منه وهو الرضا المقارن تحت الأدلة. (ص ١١٥)

إلا أن يقال: إن أدلة الاكراه، كما ترفع السببية المستقلة (٧٧) التي أفادتها الاطلاقات قبل التقييد، ترفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه، لأن التأثير الناقص أيضا " استفيد من الاطلاقات

بعد تقييدها بالرضا الأعم من اللاحق، وهذا لا يفرق فيه أيضا " بين جعل الرضا ناقلا " أو كاشفا "، إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه، وعلى الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد وهو تعقبه للرضا.

(٧٧) الآخوند: إنما ترفع مطلق الأثر فيما كان ذاك الأثر، بمقتضى الاطلاقات نفسها وحدها، لا فيما إذا

كان ثبوته بملاحظة أدلة الاكراه، كما هو الفرض فافهم. (ص ٥٠)
النائيني (منية الطالب): لا يخفى أن هذه العبارة ليست في النسخ المصححة، ولا ينبغي أن تكون، فإن

قوله (في الذيل): (وهذا لا يفرق فيه أيضا " بين جعل الرضا ناقلا " أو كاشفا "، وقوله: (وكيف كان فذات

العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام، وهذا

أمر عقلي... إلى آخره) لا يرتبطان بهذا الكلام، بل يرجعان إلى قوله: (وهذا لا يرتفع بالاكراه)،

لأن الاكراه مأخوذ فيه بالفرض وعلى فرض وجودها في النسخ وكونها من كلام الشيخ قدس

سره،، كما هو ظاهر المحقق الخراساني، حيث أورد على هذه العبارة بقوله: (إنما ترفع مطلق الأثر فيما كان ذاك

الأثر بمقتضى الاطلاقات نفسها، لا فيما إذا كان ثبوته بملاحظة أدلة الاكراه، كما هو الفرض).

فنقول: منشأ توهم ارتفاع الأثر الناقص بأدلة الاكراه أمران،
الأول: قياس هذا الأثر الناقص على الأثر الثابت لا جزاء المركب المصحح لاجراء الأصل

بالنسبة إلى كل جزء، فكما يجري استصحاب الاطلاق أو الطهارة أو كليهما - مع أن الأثر الشرعي

مترتب على المجموع - فكذلك يصح رفع الأثر الناقص للعقد بحديث الرفع.

ولكنك خبير: بالفرق بينهما، لأن الأثر الثابت للجزء وإن كان جزء الأثر إلا أنه كان له لنفس دليل

الجزء، لا للأصل الجاري فيه، أي: كان هذا الأثر لجزء المركب شرعا "، ولذا صار محلا " للأصل.

وأما الأثر الثابت للمقام فإنما هو بنفس دليل الرفع، أي صار دليل الرفع موجبا " لتقييد العقد بالرضا، وعدم

وكيف كان، فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام، وهذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه ومن الرضا أو وصف تعقبه له، فتأمل. (٧٨)

(٧٨) الآخوند: فكيف يمكن دفعه بأدلة الاكراه من غير فرق بين أن يكون دخل الرضا بنحو الشرط المتقدم أو المتأخر، وأما لو لم نقل بدخله أصلا"، بل به الكشف عما له تمام الدخل سابقا"، فقد عرفت: أنه مشكل.

ولعله أشار إليه بأمره بالتأمل، كما يمكن أن يكون إشارة إلى ما ذكره من جعل الشرط على الكشف وصف التعقب بالرضا، خلاف ظاهر القائلين بالكشف، بل الشرط نفس الرضا، كما إذا كان متقدما"

على ما سيحى تحقيقه منا بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى، فانتظر. (ص ٥١)
الطباطبائي: (بناء على ما ذكرناه تحت الرقم ٧٦) فقلوه: (إلا أن يقال الخ) في محله وما ذكره في الجواب في ذيل قوله: (وكيف كان فذات العقد الخ) من أن كونه جزء للمؤثر التام أمر عقلي قهري فيه ما عرفت

من أن غاية ذلك امكان جعله جزء للمؤثر التام ومجرد هذا لا يكفي بعد عدم الدليل بل الدليل على العدم من جهة إن المفروض أن مقتضى الحديث رفع أثر الجزئية عنه وهو التأثير على فرض لحوق الرضا.

والحاصل: أن العقد الواقع جزء من المجموع الذي هو المؤثر في النقل فهو مؤثر في النقل بشرط لحوق الجزء الآخر وهذا الأثر ثابت له لولا الاكراه.

وأما معه فهو مرفوع بحكم الحديث فإذا ألحقه الرضا لا يترتب عليه ذلك وحينئذ فيكون محصل الجزئية

العقلية هو كونه جزءا للمجموع هو باطل لغو وذلك، كما إذا أتى بجزء من الصلاة رياء مثلا"، فإن أثر

الجزئية يرتفع عنه بعد وجود ما دل على بطلان الفعل الربائي فلو لحقه الأجزاء الآخر لا يترتب عليه أثر.

نعم، إذ أتى ببقية الأجزاء يصير هذا جزء من المجموع وهو الصلاة لكن مع الانصاف باللغوية والباطلية

وهذه الجزئية غير قابلة للرفع، إذ هي وجدانية ولعله إلى ذلك أشار بقوله: (فتأمل) (ص ١٢٨)

النائني (المكاسب والبيع): يمكن دعوى الفرق بين إذا تعلق حكم بمجموع مركب من أجزاء، كما في باب الأوامر المتعلقة بالمركبات، أو ما دل على مؤثرية الايجاب والقبول في النقل والانتقال وبين ما إذا

(١٩٧)

بقي الكلام في: أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟
مقتضى الأصل وعدم حدوث حل مال الغير إلا عن طيب نفسه هو الأول، إلا أن الأقوى
بحسب الأدلة الثقلية هو الثاني، كما سيجئ في مسألة الفضولي. (٧٩)

تعلق حكم بشئ واستفيد من دليل آخر تقيده بشئ آخر.
ففي الأول يكون جزئية كل واحد من أجزاء المركب للمؤثر التام أمرا " عقليا " قهريا "
يحصل لكل واحد
منها من الحكم الشرعي المتعلق بالمركب، وهذا بخلاف الأخير، إذ الدال على المؤثر التام
هو مجموع الدليلين
فتكون استفادة جزئية العقد للمؤثر التام من الاطلاقات ودليل نفي الاكراه معا " وبعد كون
دليل نفي
الاكراه دخيلا " في إثبات جزئية العقد للمؤثر التام لا يعقل أن يكون رافعا "، إذ لا معنى
لرفع ما يثبت من
نفسه. (ص ٤٧٢)
الإيرواني: هذا وجه آخر لعدم تعرض دليل رفع الاكراه لرفع جزئية المؤثر عن العقد غير
الوجه السابق
وقد عرفت: بطلان الوجه السابق، وهذا أوضح منه في البطلان، فإن كون العقد جزء المؤثر
مجعول بمجعولية
كون الكل تمام المؤثر فيكون رفعه برفع ذاك ولهذا تجري البراءة عن جزئية شئ شك في
جزئته لواجب
فإن ذلك في قوة رفع التكليف عن المركب. (ص ١١٥)
(٧٩) النائيني (منية الطالب): (بحسب مقتضى الأصل) نقول: الأقوى: هو الأول، لأن لازم
دخلها بوجودها
الخارجي - كما هو ظاهر الأدلة - عدم تحقق النقل إلا بعد تحققها.
نعم، لو ساعد العرف والاعتبار على دخل وصف التعقب - كما في شرطية الأجزاء
اللاحقة في الصلاة
للأجزاء السابقة - فنلتزم بالكشف.
وأما في خصوص الإجازة، فمضافا " إلى أن: ظاهر الأدلة الدالة على اعتبار الرضا والطيب،
كونها
بوجودها الخارجي شرطا "، العرف والاعتبار أيضا " يساعدان على ذلك.
(أما بحسب الأدلة نقول): فالأقوى أيضا " هو الأول، لأن من نفس الأخبار الواردة في
الفضولي يظهر: أنه لا
خصوصية لإجازة المالك عقد الفضولي، بل كل ذي حق له أن ينفذ العقد الواقع على متعلق
حقه، فعلى هذا
حكم الرضا المتأخر في المقام حكم الإجازة في العقد الفضولي من حيث الأصل الأولى
والثانوي.
(ص ٤١٩ و ٤٢٠)

وربما يدعى: أن مقتضى الأصل هنا وفي الفضولي هو الكشف، لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى

وهو النقل من حين العقد - وترتب الآثار عليه لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل. (٨٠)

النائبي (المكاسب والبيع): أقواهما: الأول، وذلك لدلالة ما يدل على كاشفية الإجازة في باب الفضولي

على كاشفية الرضا أيضا "، وذلك لا لا جل مقايضة عقد المكره بالفضولي حتى يقال بأنه قياس، بل لأن الأحكام الثابتة في باب المعاملات على أقسام فمنها: ما تكون ثابتة لها بما هي عقد أو إيقاع، بلا دخل لعنوان المعاوضة في ثبوتها.

ومنها: ما تكون ثابتة لخصوص البيع مثلا " والمستفاد مما دل على كاشفية الإجازة في باب الفضولي هو إن

الإجازة بما هي إجازة، لا أنها بما هي إجازة للعقد الفضولي كاشفة، وكذا ما دل على نفوذ بيع المال

الزكوي إذا أدى المالك زكاته بعد البيع من غير عين الزكوي فإنه أيضا " يدل على أن الأمر المتأخر

كاشف عن صحة الأمر المتقدم لا بما هو بيع، وهذا هو المراد بقول المصنف قدس سره: (إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني).

(ص ٤٧٤)

(٨٠) النائبي (منية الطالب): وفيه: أن مفاد العقد ليس إيجاد المنشأ حين صدور الإنشاء، وفرق بين وقوع

الإنشاء في زمان من باب أن كل زماني يقع في الزمن لا محالة، ودلالة اللفظ على الإيجاد في زمان

الإنشاء، فلو كان مفاد (بعث): أوجدت البيع الإذن، كما هو ظاهر بعض النحويين في مفاد الأمر والنهي من

كونهما موضوعين للطلب في الحال، لكان الأصل هو الكشف.

وأما لو كان مفاده: أصل إيجاد البيع واستفيد وقوع المنشأ في الحال من أدلة أخرى - كمقدمات

الحكمة الجارية في الإجازة ونحوها، وهي كون المنشئ بصدد الإيجاد وعدم تقييد منشئه بقيد، ونظير

مقدمات الحكمة الجارية في البيع ونحوه - فلا يكون الرضا كاشفا "، لأن العلم بمدخلية الرضا في النقل من

قبيل تقييد الملكية بقيد متأخر، فما لم يحصل القيد لا يحصل الملك. والمنشئ وإن لم يقيد إنشائه بقيد ولكن

هذا مع أنه لا دليل يدل على إمضاء الشارع لإجازة المكروه حتى يتم القول بالكشف بعد
تينك المقدمتين وإنما قلنا بذلك تمسكا " باطلاقات المعاملات بعد كون المتيقن من
التخصيص

هو عقد لم يقارنه الرضا ولا لحقه، فإن كان المراد من دليل إمضاء الشارع لإجازة
المذكورة هو

هذه الاطلاقات فيرجع إلى التمسك بالاطلاقات الذي ذكره ولا يكون وجهها " على
حدة، ومعلوم أن الاطلاقات مقتضاها الكشف بلا توقف على تينك المقدمتين.
وفيه: أن مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه بل نفس النقل إلا أن إنشائه لما كان في
زمان التكلم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثرا " في نظر الشارع في زمان التكلم حدث الأثر
فيه،

وإن كان مؤثرا " بعد حصول أمر حدث الأثر بعده. (٨١)

تقييد الشارع بمنزلة تقييد نفس العاقد، فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه
الناشئ من اجتماع

جميع ما يعتبر في الحكم، ومما يعتبر فيه الإجازة. (ص ٤١٢)
الإيرواني: هذا الذي أفاده ليس بيانا " لأصل عملي بل تقرير لما يقتضيه الدليل الاجتهادي
أعني: ما دل

على إمضاء الشارع لرضي المكروه بعد البناء على مقدمتين.

الأولى: كون مفاد العقد النقل من الحين.

الثانية: كون الإجازة رضا بالعقد بتمام مؤداه ولا سبيل إلى المناقشة في المقدمة الأولى،
وإن ناقش فيها

المصنف وسنبين ضعفها. إنما السبيل إلى المناقشة في المقدمة الثانية، فإننا نمنع أن معنى
الإجازة هو الرضا

بالعقد من الأصل، بل هي رضا به من الحين ونحوها القبول بالنسبة إلى الإيجاب ويقابلهما
الفسخ الذي

هو حل له من الحين فالعاقد وإن نقل المال من حين العقد لكن المجيز يجيزه من الإذن
وليس أثر إمضاء

هذه الإجازة إلا وقوع النقل من الحين ومن حيث ما أجزى والفساد مما قبل ذلك. (ص
١١٥)

(٨١) الآخوند: وذلك لأن مفاد العقد بإطلاقه، ليس إلا إرسال النقل وإطلاقه، لا تحديده
وتعيين زمان

حدوثه عند وجود علته، وهذا غير إبهام النقل كي يصح العقد عليه، فافهم. (ص ٥١)
الطباطبائي: وذلك لما اشتهر من أن الإنشاءات مجردة عن الزمان.

فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر في الحكم، ولذلك كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصرف والسلم والهبة، أو بعد

انقضاء زمان الخيار - على مذهب الشيخ - غير مناف لمقتضى الإيجاب، ولم يكن تبعضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة. فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك وإن كان بعد الرضا، إلا أن

حكمه بذلك لما كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله. قلت: المراد هو الملك شرعاً، ولا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعي بالملك، وسيأتي توضيح ذلك في بيع الفضولي إن شاء الله. (٨٢)

لكن فيه: منع واضح، ولذا ذهب جماعة إلى أن: الأمر للفور بل الكل على أن: النهي للفور، بل القائلون

بالتراخي في الأمر أيضاً "قائلون: بأنه يدل على وجوب الاتيان من حين الصدور مع جواز تأخيره،

فيأخذون الزمان فيه. وفي البيع ونحوه أيضاً "الظاهر: إرادة زمان الحال إلا أن يقيد بخلافه. (ص ١٢٨)

الإيرواني: لو لم يكن مفاد العقد ولو لأجل إطلاقه وعدم تقييده هو النقل من الحين لما وقع النقل من

الحين، فإن العقود تتبع القصد فإن قصد النقل من الحين وقع النقل من الحين وإن قصد النقل من زمان

متأخر كالوصية وكالوقف على البطون وكالإجازة إذا وقعت من زمان متأخر وقع من زمان متأخر وإن

قصد النقل مهملاً "لم يقع وبطلت المعاملة، فباب العقود والايقاعات لا يقاس بباب العلل والمعلولات

التكوينية غير الدائرة مدار القصد، فإنه لا يقع في باب المعاملات إلا مقدار ما قصد بلا زيادة ونقيصة ولا

أثر للقصد المهمل. والظاهر: أن الذي أوقع المصنف في ذلك هو عدم التصريح في العقود بوقوع مضمونه

من حينه، فحسب أن ذلك غير مقصود للعاقدة. مع أن منشأ عدم التصريح هو الاعتماد على اقتضاء الاطلاق له ولذا لا يصرح بالنقل أيضاً "، حيث ما يراد اعتماداً "على اقتضاء الاطلاق له فكانت

إرادة النسبة محتاجة إلى التنبيه دون النقد، وهكذا في المقام إرادة وقوع مضمون العقد من زمان متأخر

يحتاج إلى التنبيه لا إرادة وقوعه من الحين. (ص ١١٥)

(٨٢) النائيني (منية الطالب): (كلام المصنف) لم يقع في محله، لأن القبول والقبض هما

بأنفسهما من أركان
العقد وتمامته ولا يجري نزاع الكشف والنقل فيهما، وهذا بخلاف الإجازة فإنها مما به
يرفع توقيفية

(٢٠١)

وإن شئت توضيح ما ذكرنا، فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنه وإن كان حلاً " للعقد السابق وجعله كأن لم يكن، إلا أنه لا يرتفع به الملكية السابقة على الفسخ، لأن العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه. (٨٣)

العقد عن تأثير ما اقتضاه وكيف كان، فالأقوى: هو النقل بمقتضى الأصل الأولي. (ص ٤٢٠)

الطبائبي: أما القبض فالفرق بينه وبين الإجازة واضح. وأما القبول فيمكن الالتزام فيه بالنقل من حين الإيجاب، إلا أن يكون إجماع على خلافه ونحن لا نقول: إنه لا يمكن القول بالنقل لدليل أيضا ". هذا، مع أنه يمكن دعوى أن القبول أيضا " ليس من قبيل الإجازة، إذ هو رضي بمضمون الإيجاب بخلاف الإجازة فإنه انفاذ للعقد السابق ومعنى الانفاذ امضاؤه على ما عليه فليست الإجازة مجرد الرضا بمضمون العقد، كما في القبول فما ذكره في قوله: (فإن قلت: حكم الشارع الخ) صحيح. وما أجاب به عنه من أن: (المراد هو الملك شرعا " الخ) فيه: أن الملك الشرعي تابع لمقتضى العقد الواقع وإذا كان مقتضاه الملكية من حينه والمفروض امضاؤه على هذا الوجه والشارع أيضا " حكم بصحة هذا الامضاء فلازمه: هو الكشف وحصول النقل من حينه لا من حين الحكم بالصحة. نعم، الكشف الحقيقي بمعنى عدم مدخلية الرضا وكونه كاشفا " محضا " باطل ولا نقول به. (ص ١٢٨)

الإيرواني: زمان الحكم بالملكية واعتبار الملكية قد يتحد مع زمان الملكية المعتبرة، كما إذا اعتبر فعلا " ملكية فعلية وقد يتعدد، كما إذا اعتبر فعلا " ملكية سابقة أو لاحقة فيكون الاعتبار فعليا " وظرف الملكية المعتبرة سابقا " ولاحقا " فيرتب فعلا " آثار الملكية السابقة أو اللاحقة ولا يرتب آثار الملكية الحالية. (ص ١١٥)

(٨٣) الطبائبي: ولا يخفى أن الفسخ ليس مثل الإجازة، بل هو مماثل للرضا بالمضمون فمماثل الإجازة إنما هو رد العقد من أصله. فتحصل: إن الإجازة كالرد، والفسخ كالقبول والرضا بالمضمون، فكون الفسخ مؤثرا " من حينه لا يكون دليلا " على كون الإجازة كذلك، فتدبر. (ص ١٢٨)

(۲۰۲)

ثم على القول بالكشف، هل للطرف الغير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره، أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله. (٨٤)

النائبي (المكاسب والبيع): لا يخفى أن الإجازة تارة تكون في مقابل الفسخ وتارة تقع في مقابل الرد
وكون الفسخ هو الحل من حينه يقتضي أن تكون الإجازة التي في مقابله امضاء من حين الإجازة، لا أن الإجازة التي في مقابل الرد امضاء من حينها، وذلك لأن الخيار لما كان هو السلطنة على اقرار العقد السابق أو حله وكان جعله من الشارع أو من المتعاملين لأن تكون لهما النظرة الثانية في صلاح
المعاملة وفسادها، فالقرار والتثبيت والفسخ والحل كلاهما يقعان على العقد الصحيح المفروغ صحته مع قطع النظر عن هذه الإجازة والفسخ فيكون كلاهما من حين وقوعهما لا من حين العقد وهذا بخلاف الإجازة والرد في المقام، إذ بالإجازة يراد تصحيح العقد، لا أنها تثبت للعقد الصحيح ومن المعلوم أن الرد الذي في مقابلهما يوجب رفع أثر العقد من حين العقد، لا من حين الرد فمقتضى مقابله مع الإجازة أن تكون الإجازة أيضا " كذلك. (ص ٤٧٥)
النائبي (منية الطالب): أنه لا وجه لاستفادة حكم الرضا في المقام من حكم فسخ ذي الخيار، فكون الفسخ حلا " للعقد من حين الفسخ، لا حين العقد لا يلازم كون الرضا والإجازة كذلك أيضا "، فإن الفسخ مقابل لإجازة ذي الخيار، وكل زمان أعمل الخيار فيه بإزالة العقد وإقراره فيؤثر في ذلك الزمان. وأما الإجازة أو الرضا في المقام فمقابل لرد عقد الفضولي. وردا لمالك، كما يؤثر من حين العقد فيمكن أن يقاس على الرضا من المكره والإجازة من المالك. (ص ٤٢٠)
(٨٤) الطباطبائي: التحقيق: أن له ذلك، هنا وفي الفضولي، لأن المفروض عدم تمامية العقد فلا مانع من رفع اليد عنه بالنسبة إليه أيضا " وسيأتي تمام الكلام في الفضولي إن شاء الله. (ص ١٢٨)
النائبي (منية الطالب): ظاهر المتن أن هذا النزاع يجري بناء على الكشف، وأما بناء على النقل فلا إشكال في تأثير فسخه، ولكن الأقوى: جريان النزاع على المسلكين، وسيجئ في باب الفضولي توضيح ذلك. (ص ٤٢١)

(۲۰۳)

الكلام في شروط المتعاقدين
* إذن السيد لو كان العاقد عبداً " *

(٢٠٥)

مسألة

ومن شروط المتعاقدين: إذن السيد لو كان العاقد عبداً، فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً

إلا بإذن سيده، سواء كان لنفسه في ذمته أو بما في يده، أم لغيره، لعموم أدلة عدم استقلاله في أموره. (١)

(١) الطباطبائي: (ستعرف) الإشكال في عدم نفوذ تصرفاته بما لا ينافي حق المولى كان يتوكل عن غيره في

مجرد إجراء الصيغة أو يضمن عن شخص بشرط أن يوفيه بعد عتقه ونحو ذلك. ففي الجواهر بعد الحكم بكون تصرفاته بغير إذن المولى بمثل إجارة نفسه وبيعه لما في يده ونحو ذلك داخلة

تحت الفضولي حتى لو قلنا: بحرمة مباشرته العقد من دون إذن سيده من حيث كونه تصرفاً " في لسانه المملوك له.

قال: ومنه ينقدح صحة عقد العبد للغير حتى مع نهي السيد له فضلاً " عن الوقوع بغير إذن، إذ أقصاه الإثم

في التلفظ بذلك وهو لا يقتضي الفساد بالنسبة إلى ترتب الأثر لكن لا يخلو من تأمل وعلى تقديره لا يثمر

في صحته الإجازة، كما هو واضح ثم تأمل في منعه من التصرف في ذمته التي يتبع بها بعد العتق، مثل

الضمان التبرعي ونحوه.

ثم نقل عن التذكرة جواز الضمان دون إذن السيد وقال: لكن يقوى في النظر المنع لظاهر الفتاوى وغيره

ثم قال: نعم قد يقال بصحته عقد الصلح الذي يقوم مقام العارية له بناء على صحتها له من دون إذنه

، كما هو الظاهر، بل قد يقال بجواز الإباحة المضمونة بالتلف له للأصل السالم بلا معارض وليس ذلك قدرة

للعبد، بل قدرة للحر على ماله انتهى.

وعن التذكرة في باب الوكالة: جواز توكيله بغير إذن السيد في الأشياء القليلة إذا لم يمنع شيئاً " من حقوقه

وفي الجواهر في ذلك الباب قد يقال: بترتب الأثر على عقده وإن بطلت وكالته بل لعله كذلك حتى مع

نهي السيد فإن أقصى ذلك ترتب الإثم لا الفساد.

والغرض من هذا كله: إن العموم المذكور في المتن ليس من المسلمات، بل لا دليل على مزيد مما ذكرنا،

إذ العمدة هو الآية والرواية ولا يخفى انصرافهما إلى التصرفات المنافية لحق المولى فتدبر.

(ص ١٢٩)

(۲۰۷)

قال الله تعالى: (ضرب الله مثلا " عبدا " مملوكا " لا يقدر على شيء.) (٢)

النائبي (منية الطالب): إن محل البحث في المقام أعم من القول بعدم مالكية العبد والقول بمالكيته لما في يده لإرث ونحوه، كما أن محل البحث أيضا " بعد الفراغ عن عدم كونه مسلوب العبارة بحيث لا يترتب على فعله وعبارته أثر فليس كالمجنون والصبي بحيث لا يؤثر إذن المولى في قوله وفعله. وتنقيح هذه الجهات يتوقف على بيان ما يستفاد من الآية الشريفة: (ضرب الله مثلا " عبدا " مملوكا " لا

يقدر على شيء.) (وستعرفه ذيلًا "). (ص ٤٢٢)

(٢) الآخوند: الاستدلال بها على عدم استقلال العبد في أموره، يتوقف على كون (لا يقدر) صفة

موضحة، كما كان قوله تعالى: (مملوكا ") كذلك، لا مقيدة كما أنه الظاهر المؤيد بأن قضية المملوكية، عدم

استقلاله في أمره، ويساعد عليه استشهاد الإمام عليه السلام على عدم نفوذ طلاقه، لكن لا يبعد أن يكون

الشيء قد كنى به عن خصوص عناوين المسببات من نكاح وطلاق وبيع وشراء ونحو ذلك، ويكون المراد

من عدم قدرته عليه عدم القدرة على استقلال بايقاعها بنفسه بلا إذن ورضاء من سيده، فلا يعم

إيقاعها بإذنه له، ولا ايقاعها لغيره بدون إذن السيد وإذنه، فلا دلالة لهذه الآية على عدم نفوذ ما

أوقعه لغيره بإذنه من نكاح أو طلاق أو غيرهما من المسببات، فضلا " عن الأسباب، كما إذا أذن الغير في

مجرد إيقاع الصيغة له.

وإن أبيت إلا عن عدم ظهور الآية في خصوص ذلك، فلا أقل من كونه المتيقن من إطلاقها. وإن أبيت عن ذلك أيضا "، فلا أقل من كون سائر العمومات والاطلاقات الدالة على النفوذ

أظهر منها

في عدم نفوذ إيقاع المسببات لغيره بإذنه، فضلا " عن مجرد إيقاع الصيغة. (ص ٥١)

الطباطبائي: لا بأس بالإشارة الاجمالية أولا " إلى حكم تصرفات العبد من دون إذن للولي من حيث

التكليف، وإن كان خارجا " عن محل الكلام وإن مثل تصرفه في لسانه بايقاع العقد أو غيره هل هو حرام

، أم لا؟ وقد أشار إليه المصنف فيما سيأتي.

فنقول: لا شك في أن مقتضى الأصل الأولى عدم وجوب استيذان المولى في شيء من أفعاله، بل ثبوت جميع الأحكام الثابتة في حق الأحرار في حقه وذلك للاطلاقات والعمومات، إلا فيما قيد في موضوعة

بالحرية.

(٢٠٨)

وعن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالاً: (المملوك لا يجوز

نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده.

قلت: فإن كان السيد زوجه بيد من الطلاق؟ قال بيد السيد (ضرب الله مثلاً "عبداً" مملوكاً

لا يقدر على شيء) أفشى الطلاق؟

والظاهر من القدرة - خصوصاً "بقريئة الرواية" - هو الاستقلال، إذ المحتاج إلى غيره في فعل

غير قادر عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلة المولى فهو شرعاً بمنزلة العدم، لا يترتب عليه الأثر المقصود منه، لا أنه لا يترتب عليه حكم شرعي أصلاً، كيف؟! وأفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار. (٣)

لم يستأذن من سيده فإذا أجاز السيد جاز.

وهذا الحديث صريح في كفاية رضا السيد سابقاً "ولاحقاً" كصراحة الحديث السابق في كفاية إذنه السابق

ومعه لا يبقى ريب في أن ما هو مسلوب في شأن العبد هو الاستقلال بالتصرف وعدم رعاية رضا المولى

وهي القدرة الثابتة في شأن الأحرار لا جنس القدرة بالأعم من الانفراد والانضمام إلى رضا المولى كي

لا يجدي رضا المولى، كما هو الحال بالنسبة إلى إنشآت الصغير على قول المشهور وإن لم نرتضه وهذه

الرواية الثانية زادتنا وضوحاً "في المطلب وإلا ولولاها كنا نقول: بما قلناه للعمومات بعد اختصاص الرواية

الأولى النافية لقدرة العبد بنفي استقلال العبد بالقدرة لا نفي أصل القدرة استظهاراً "منها نفي ما هو

ثابت في حق الأحرار وهو الاستقلال، فكان المتيقن الخارج من العمومات هو عقد العبد الذي لم يلحقه

رضا المولى ولم يسبقه فيبقى تحت العمومات. (ص ١١٦)

(٣) الإيرواني: الظاهر من القدرة خصوصاً بقريئة الرواية هو الاستقلال لا استفاد من الرواية في هذا

الخصوص شيء يزيد على الآية وليس ظاهر القدرة ولا ظاهر الآية هو الاستقلال لمنع كون من يقدر

على شيء بإعانة الغير غير قادر على ذلك الشيء، بل هو قادر على سبيل جزء العلة وإلا لم يكن البايع

قادراً "على البيع لاحتياجه إلى قبول المشتري، فالوجه ما عرفت من أن الآية بصدد نفي ما هو ثابت من

وكيف كان، فإنشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون إذن المولى، أما مع الإذن السابق فلا إشكال، وأما مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع، لأن المنع فيه ليس من جهة العوضين اللذين يتعلق بهما حق المجيز، فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف في السابق وأن لا يرضى، بل المنع من جهة راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر، وما صدر على وجه لا يتغير منه بعده. (٤)

القدرة في حق الأحرار وهذه قدرة مستقلة من حيث إذن المولى وإجازته سواء كانت مستقلة في ذاتها أيضا " كقدرة الشخص على بيع مال نفسه أو الشراء لنفسه بذلك المعنى من الاستقلال الذي لا ينافيه التوقف على قبول المشتري، أو غير مستقلة كقدرة الشخص على بيع مال الغير أو الشراء للغير وكالة، أو فضولة فالآية تسلب كل ما كان من القدرة في شأن الأحرار دون جميع مراتب القدرة ومن ذلك قدرة العبد على المعاملة لنفسه أو للغير بضميمة إذن المولى وإجازته فإذا لم تنف هذه القدرة رجعنا فيها إلى عمومات نفوذ المعاملات والعمومات تثبتها وكذلك نفس هذه الرواية تثبت قدرته مع الإذن السابق كما إن رواية زرارة المتقدمة تثبتها مع الإجازة أو بدعوى اللاحقة أيضا " فالمسألة بحمد لله تعالى خالية عن الإشكال. (ص ١١٦)

(٤) الطباطبائي: يعني أن جهة المعنى المشتركة بين ما إذا كان العقد واقعا " على مال المولى أو مال غيره أو على ما في ذمته هي ما ليس برافع إلى العوضين وإلا فإذا كان على مال المولى أو على رقبته، فهي راجعة إلى العوضين أيضا " لكن من هذه الحيثية يدخل تحت الفضولي المصطلح. هذا ولكن الانصاف: عدم الفرق بين المقام وبين المكره والفضولي، خصوصا " إذا عممنا الفضولي إلى مثل عقد الرهن على ماله بدون إذن المرتهن فلا وقع للإشكال أصلا "، وذلك لأنه كما أن في المكره والفضولي يكون التصرف بلا إذن من المالك أو رضا منه، فيكون المفقود ما يكون شرطا " في نفوذ التصرف فكذا في المقام يعتبر أن يكون تصرف العبد لا على وجه الاستقلال، فالمفقود هو هذا الشرط وهو معتبر في التصرف، لأن معنى عدم قدرته على التصرف ولا على الإنشاء بما هو إنشاء وإلا فيمكن أن يقال في المكره أيضا " يعتبر

أن يكون الإنشاء مقرونا " بالرضا وفي الفضولي يعتبر أن يكون الإنشاء مقرر بإذن المالك
وبالإجازة لا يتغير

(٢١٧)

وبتقرير آخر: إن الإجازة إنما تتعلق بمضمون العقد وحاصله - أعني: انتقال المال بعوض
- وهذا فيما نحن فيه ليس منوطاً " برضا المولى قطعاً "، إذ المفروض أنه أجنبي عن
العوضين،
وإنما له حق في كون إنشاء هذا المضمون قائماً " بعبده، فإذا وقع على وجه مستقل به
العبد
فلحوق الإجازة لا يخرجها عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً ".

عما وقع عليه.
والحاصل: أنه يمكن أن يقال: لا نسلم أنه يعتبر أن يكون الإجازة راجعة إلى مضمون العقد
وعلى فرضه
لا نسلم أن في المقام ليس كذلك، فإن كون المضمون منوطاً " برضا الغير لا يستلزم كونه
متعلقاً " بذلك
الغير، بل يجوز أن يكون المضمون الذي لواحد منوطاً " برضا شخص آخر فإذا وقع لا
برضاه يكون موقوفاً "
على الإجازة منه فبيع العبد لمال الغير بإذنه يكون منوطاً " برضا موليه بوقوع هذا البيع،
فكون السيد
أجنبياً " عن العوضين لا يستلزم رجوع المنع إلى الإنشاء بما هو إنشاء، بل هو راجع إلى
المضمون من حيث
وقوعه في الخارج على وجه استقلال العبد وبالإجازة يخرج عن كونه على وجه
الاستقلال.
وأما الإنشاء فلا تغيير عما وقع عليه في شيء من المقامات. وبالجملة: فالمنع استقلال العبد
في التصرف لا
في الإنشاء بما هو إنشاء حتى يقال: لا يمكن تغييره وهذا واضح جداً " (ص ١٢٩)
النائني (المكاسب والبيع): لا يخفى ما فيه: لما بيناه من أن السبب لا يكون منها " عنه
أولاً "، وعلى
تقدير تسليم النهي عنه، فلا يدل على شرطية صدوره عن الحر ثانياً " لكي يقال: إنه وقع
فاقد الشرط
والإذن المتأخر لا يوجب انقلابه عما وقع عليه، فهذا الوجه في غاية السقوط. (ص ٤٨٤)
النائني (منية الطالب): ما أفاده قدس سره في وجه عدم الصحة بالإجازة اللاحقة من: أن
المنع راجع إلى
نفس الإنشاء الصادر، وما صدر على وجه لا يتغير منه بعده غير وارد أصلاً "، لأنه لو كان
المراد من الإنشاء
في كلامه هو تلفظ العبد وقصده المعنى لكان إشكاله وارداً "، ولكن حيث إنه ليس المراد
من الإنشاء في
كلامه ذلك، لأنه يصرح في رد صاحب الجواهر بأن هذه التصرفات لا دليل على حرمتها.

إلا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى، لعموم أدلة الوفاء بالعقود، (٥) والمخصص إنما دل على عدم ترتب الأثر على عقد العبد من دون مدخلية المولى أصلاً - سابقاً " ولاحقاً "

لا مدخلية إذنه السابق، ولو شك أيضاً " وجب الأخذ بالعموم في مورد الشك. (٦)

ثم لا دليل على فساد العقد بها، بل هو إيجاد العبد من حيث المسبب، أي المصدر، فإذا كان هو المراد من الإنشاء فقوله: وما صدر على وجه لا يتغير منه بعده غير صحيح، لأنه لم يقع الإنشاء في عالم الاعتبار، ولم يتحقق ما أوجده، بل هو مراعى وموقوف على الإجازة، فكما أن الإجازة تصحح المضمون إذا كان راجعاً " إلى المولى فكذلك تصحح هذا الإيجاد الصادر من العبد لكون إنشاء هذا المضمون قائماً " بعبده. (ص ٤٢٨)

(٥) الآخوند: بناء على شمول إطلاق (الشيء) للأسباب، كما هو مفروض كلامه رحمه الله يمكن منع لحوق الإجازة، فإنه يستلزم استقلاله في إيجاد السبب الاستعدادي، إلا أن يمنع عن الشمول لمثل هذا الأمر،

ولو قيل بالشمول للأسباب، فتدبر جيداً " (ص ٥٢)

(٦) الطباطبائي: لا يخفى إن الإشكال السابق إن كان إشكالا " لا يندفع بهذا الجواب، لأن المفروض، إن

لسان المخصص إن العقد الواقع على وجه استقلال العبد غير صحيح، حيث دل على عدم قدرته على

شيء فلا يكون قادراً " على الإنشاء إذا كان واقعا " على وجه الاستقلال.

والمفروض، أن الإجازة لا تغيره عما وقع عليه فيكف! يكفي مع بقاءه بعد على وصف الاستقلال فيظهر

من هذا أن المناط عدم وقوع التصرف، بما هو تصرف بيعي أو صلحي أو نحو ذلك، على وجه الاستقلال

وبالإجازة يصدق أنه وقع لا على وجهه، لأن المفروض، أن المؤثر مجموع العقد والإجازة، كما في الفضولي

فمعنى قوله تعالى: (لا يقدر على شيء) أن الشيء لا يقع بقدرته فقط وإذا حصلت الإجازة وقلنا بالصحة

فقد وقع بالمجموع من قدرته وقدرته المولى. (ص ١٣٠)

النائيني (المكاسب والبيع): (كلام المصنف مخدوش) لأن دعوى شمول إطلاق الإذن للإذن المتأخر ممنوع

جداً ". كيف! والإذن بمفهومه العرفي عبارة عما يكون سابقاً " أو مقارناً " والأمر المتأخر إنما يسمى بالإجازة

فالإذن مأخوذ في مفهومه العرفي أن لا يكون متأخر فجعل كلمة الإذن في قوله عليه

السلام: (لا يجوز
نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيده)، أعم من الإذن للاحق مناف مع ما يفهم من لفظ الإذن
عرفا " الذي

(٢١٩)

ويؤيد إرادة الأعم من الإجازة: الصحيحة السابقة، فإن جواز النكاح يكفيه لحق الإجازة ، فالمراد بالإذن هو الأعم، إلا أنه خرج الطلاق بالدليل، ولا يلزم تأخير البيان، لأن الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضا المولى أصلا ،

بل ومع كراهة المولى كما يرشد إليه التعبير عن السؤال بقوله: (بيد من الطلاق؟) (٧)

وبعبارة أخرى: سيحى في باب الفضولي أنه كما يكون إجازة المالك بمقتضى القاعدة مصححة لعقد

الفضولي، فكذلك إجازة المرتهن عقد الرهان، وإجازة العمة أو الخالة العقد الواقع علي بنت الأخ أو الأخت،

وإجازة الغرماء للمفلس، وإجازة الديان للورثة، ونحو ذلك من الأمور المتوقفة على إذن الغير والمناطق في

الجميع أن كلما كان العقد واقفا " وغير ماض إلا بإذن الآخر فإجازته بمنزلة إذنه، فعلى هذا يصح تعلق

إجازة المولى بالعقد الواقع من العبد وكالة عن الغير، فإن مضمون العقد وإن لم يرجع إلى المولى إلا أن

إيجاد العبد العلقه بين الشئيين من الأشياء التي لا يقدر عليها العبد، وهذا يكون واقفا " وغير ماض،

فالإجازة ترفع وقوفه وتجعله ماضيا .

إذا عرفت ذلك ظهر: أن ما لا يقبل الإجازة - وهو السبب - لا يتوقف على الإجازة، لعدم الدليل على حرمة

أولا "، وعدم الدليل على فساده ثانيا "، وما يقبل الإجازة كالمسبب فالمفروض تحققها من غير فرق بين

تعلقها باسم المصدر أو بالمصدر، فإن الفرق بينهما اعتباري، فلو فرض أن إيجاد العبد من حيث كونه إيجادا "

موقوف على إذن المولى، وبالإذن يصح بالإجازة اللاحقة أيضا " . (ص ٤٢٥)

(٧) الإصفهاني: إلا أن ظاهر الإذن هو الترخيص المختص بالسابق دون الأعم، فإن الرضا اللاحق لا

يعقل أن يكون ترخيصا " في العمل السابق، بل رضى بوقوعه مع أن الكلام لو كان مطلقا " لكان دليلا "

على كفاية الرضا مطلقا " وكان عدم كفاية في الاطلاق تخصيصا " وتقييدا " له فلا معنى حينئذ لقوله قدس

سره: (لأن الكلام مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الاطلاق، بحيث لا يحتاج إلى الرضا أصلا "،) فإن

مرجعه إلى أنه بصدد دخل الرضا في الجملة وإلا لكان دليلا " على دخله بأي نحو فرض ولازمه، كفاية أي

نحو من وجوده وإن كان الكلام مهملًا " لبيان مجرد دخل الرضا لم يكن دليلا " على

كفاية الأعم من السابق
واللاحق ما نحن بصدده.
لا يقال: له الاطلاق في طرف النفي بمعنى أنه لا ينفذ بلا رضا بقول مطلق.

(٢٢٢)

ويؤيد المختار - بل يدل عليه - ما ورد في صحة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازته، معللا " ب: (أنه لم يعص الله تعالى وإنما عصى سيده، فإذا أجاز جاز). بتقريب أن الرواية يشتمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه وحمله على ما إذا عقد الغير له مناف لترك الاستفصال. (٨)

المراد من لفظ الإذن في رواية زرارة! مع أنه على فرض تسليم تمامية القرينة يجيء السؤال المذكور من معارضة تلك القرينة مع ما دل على عدم كفاية الإجازة المتأخرة في الطلاق وكون الرواية مسوقة لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق لا لبيان اشتراط طلاقه بالإذن مع أنه مشترك بين الطلاق والنكاح أجنبي عن جواب الإشكال، لأن الإذن المشترك في الطلاق والنكاح سواء كان دليل اشتراطه دالا " على اشتراطه بالالتزام أو دالا " عليه بالمطابقة يمكن أن يكون بالمعنى الأعم ويمكن أن يراد معناه الأخص فكما أن الرواية الدالة على كفاية الإجازة المتأخرة في النكاح تجعل قرينة على إرادة معناه الأعم كذلك دليل الدالة على عدم كفاية الإجازة المتأخرة في الطلاق تجعل قرينة على إرادة معناه الأخص كان الاشتراط مدلول الدليل بالمطابقة وكان الدليل مسوقا " لبيانه أو كان مدلوله بالالتزام. (ص ٤٨٦)

(٨) النائيني (المكاسب والبيع): إن مقتضى ما دل على كفاية إجازة السيد في صحة نكاح العبد قابلية السبب للحقوق الإجازة إذا كان المسبب متعلق الإجازة وتعلقت الإجازة إلى السبب تبعا " لتعلقها إلى المسبب، حيث إن إجازة المسبب بسبب لا ينفك عن إجازة سببه وليس فيه دلالة على كفاية إجازة السبب في نفسه إذا تعلقت الإجازة به مستقلا " فيما ليس للسيد إجازة المسبب، وما نحن فيه من هذا القبيل، حيث إن الإشكال في كفاية الإجازة المتأخرة بما لم يكن من تصرفات العبد في ملك المولى مثل بيع ما في يده، بل كان من قبيل ما لنفسه يتبع به بعد عتقه، كضمانه أو لا يتبع به بعد عتقه، كذره وكان راجعا " إلى غير كتوكله عن غيره، وأما بالنسبة إلى ما في يده من الأموال فلا إشكال في كفاية الإجازة المتأخرة لكونه فضوليا " كما قدمناه. (ص ٤٨٧)

النائيني (منية الطالب): ففيه: إن ترك الاستفصال وإن كان مفيدا " للتعميم في باب النكاح

ونحوه إلا أنه
للتعدي إلى غير مورده لا يفيد، لأنه لو فرض بأنه عليه السلام صرح بأن نكاح العبد يصح
بالإجازة ولو

(٢٢٤)

مع أن تعليل الصحة بأنه لم يعص الله تعالى... الخ في قوة أن يقال: إنه إذا عصى الله بعقد كالعقد على ما حرم الله تعالى (٩) - على ما مثل به الإمام عليه السلام في روايات أخر واردة في هذه المسألة - كان العقد باطلا "

باشره بنفسه لما أمكن التعدي إلى مورد وكالة العبد لغيره، أو إجراءات الصيغة وإيجاده العلقه فضولا "، لأن صحة نكاحه لنفسه وإن استلزم تصحيح جهة إصداره أيضا "، حيث إن الإجازة ترجع إلى ما يتعلق مضمونه بالمولى، فصحة جهة إصداره إنما لو حظ معنى حرفيا "، وإذا دل الدليل على صحة النتيجة.

إلا أن يقال: إن الأخبار الدالة على صحة نكاح العبد إذا أجازها المولى الواردة في رد حكم ابن عيينة

بالإجازة، فيدل على صحة جهة الاصدار، لأنها من مقدمات حصول النتيجة.

إلا أن هذا الدليل لا يمكن أن يدل على صحة جهة الاصدار إذا لوحظت معنى اسميا "، وعقد العبد لغيره

فضولا " أو وكالة " جهة توفقه على إجازة المولى هو جهة إصداره، وإلا فمضمونه غير راجع إلى المولى، ولم

يدل دليل على أن الإجازة أيضا " كالإذن في جهة الاصدار، كما لا يخفى.

وإبراهيم النخعي ظاهرة في إعطاء قاعدة كلية، وهي أن كلما رجع جهة الصحة إلى إذن السيد فإجازته

كإذنه.

وكيف كان، فمما ذكرنا من: أن المراد من الشئ في الآية المباركة هو الشئ المعتد به، وإن إيجاد العبد

العلقة المالكية ونحوها شئ لا يقدر عليه العبد إلا بإذن سيده، يظهر أن الوكالة من الغير أو إيقاع العبد

العقد للغير فضولا " أيضا " محتاج إلى إذن السيد. (ص ٤٣١)

(٩) الإصفهاني: الأظهر في معنى الخبر: إن العامة كانوا يتوهمون أن إجازة السيد لا تحلل ما وقع حراما " ولا

تنفذ ما وقع فاسدا " بلا نظر إلى عدم تأثير إجازته تعالى لمعصيته ليقاس بها معصية السيد وإجازته ليجاب

تارة " : بأن إجازته تعالى مستحيلة وإجازة السيد ممكنة فلا يقاس الممكن بالمحال.

وأخرى: بأن إجازته تعالى مفروض العدم، وإجازة السيد مفروض الثبوت، فلا يقاس الموجود بالمعدوم، بل

نظرهم إلى عصيان العبد له تعالى وأن إجازة السيد لا ترفعه فأجاب عليه السلام بأنه لم يعص الله تعالى

، حتى لا يكون معنى لإجازة السيد، بل عصى سيده فإذا أجاز، جاز. والشاهد على كون

لعدم تصور رضا الله تعالى بما سبق من معصيته. (١٠)

ما ذكرنا: قول السائل تارة " بأن أصل النكاح فاسد ولا يحلله إجازة السيد وأخرى: فإنه كان في أصل

النكاح عاصيا " وثالثة: بأنه هل هو عاص الله تعالى ورابعة: " بأنه له فعل حراما ".
فإن هذا كله شاهد على أن مورد الكلام تأثير إجازة السيد في رفع الحرمة والمعصية فأجاب الإمام عليه السلام بأنه لم يعص الله تعالى وأنه أتى شيئا " حلالا " وأنه ليس كإتيان ما حرم

الله تعالى من نكاح في عدة و أشباهه، وأنه لا أزعم أنه فعل حراما " إلى غير ذلك من التعبيرات، فيدل التعليل على أن كل ما صدر من

العبد ولم يكن حراما " بذاته وفسادا " من أصله قابل لإجازة السيد إذا صدر بدون إذنه.

(ص ١٢٩) * (ج ٢ ص ٧٠)

الإيرواني: قد تقدم: ما هو معنى المعصية وعدمها فراجع. (ص ١١٦)

(١٠) الطباطبائي: الأولى أن يقال: إن رضا الله مفروض العدم بخلاف رضا السيد وإلا فالإجازة من الله

أيضا " معقولة وإن كانت المعصية الواقعة لا ترتفع بذلك، فإن معصية السيد أيضا "، بما هي معصيته لا

ترتفع بها وإنما يرتفع أثرها، وهو معقول بالنسبة إلى الله. فحاصل المراد من الخبر: إنه لم يعص الله في أصل

النكاح حتى يحتاج الصحة إلى إجازة الله، المفروض عدمها، بل إنما عصى سيده فيه فهو محتاج إلى إجازته

ويظهر منه حينئذ: أن النهي المتعلق بأصل المعاملة موجب للفساد بخلاف النهي المتعلق بعنوان آخر متحد

معها في المقام، فإن مخالفة السيد محرمة، فالمعاملة محرمة من حيث إنها مخالفة للسيد، لا من حيث إنها معاملة.

نعم، المعاملة منهية عنها بنهي السيد فنهيه متعلق بنفس المعاملة إلا أن نهى الله الآتي من جهة نهيه متعلق

بها من حيث إنها مخالفة للسيد ومقتضى التعليل المذكور: إن هذا النهي من الله لا يقتضي الفساد، وأما نهى

السيد فمقتضاه: كون الأمر بيده.

فإن قلت: المستفاد منه أن معصية الله موجبة للفساد، إلا إذا كانت تابعة لمعصية السيد، فالنهي المتعلق

بالمعاملة إذا لم يكن تابعا " يقتضي الفساد وإن كان بعنوان آخر متحد معها كمخالفة النذر أو نحو ذلك

كانتهي المتعلق بالبيع من حيث إنه تقويت للجمعة.

وبالجملة: ليس المدار على ما ذكرت من الفرق بين ما كان متعلقا " بنفس المعاملة أو

بعنوان آخر بل المدار

(٢٢٦)

أما إذا لم يعص الله وعصى سيده أمكن رضا سيده فيما بعد بما لم يرض به سابقا " ، فإذا رضي به وأجاز صح.

فيكون: الحاصل إن معيار الصحة في معاملة العبد - بعد كون المعاملة في نفسها مما لم ينع عنه

الشارع - هو رضا سيده، بوقوعه سابقا " أو لاحقا " وإنه إذا عصى سيده بمعاملة ثم رضي السيد بها صح وأن ما قاله المخالف: من أن معصية السيد لا يزول حكمها برضاه بعده، وإنه

لا ينفع الرضا اللاحق - كما نقله السائل عن طائفة من العامة - غير صحيح، فافهم واغتنم. (١١)

ومن ذلك يعرف: أن استشهاد بعض بهذه الروايات على صحة عقد العبد وإن لم يسبقه إذن ولم يلحقه إجازة، بل ومع سبق النهي أيضا " - لأن غاية الأمر هو عصيان العبد وإثمه في إيقاع العبد والتصرف في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكن النهي مطلقا " لا يوجب الفساد خصوصا النهي الناشئ عن معصية السيد كما يؤول إليه هذه الأخبار الدالة على أن معصية السيد لا يقدح بصحة العقد - في غير محله بل الروايات ناطقة - كما عرفت - بأن

الصحة من جهة ارتفاع كراهة المولى وتبدله له بالرضا بما فعله العبد، وليس كراهة الله عز وجل بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق، فكأنه قال: (لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للإجازة والرضا وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز) فقد علق الجواز صريحا " على الإجازة.

على نهى الله تعالى أولا " أو تبعا " لنهي الغير.
قلت: الظاهر أن مناط عدم الفساد في النهي التبعية هو عدم تعلقه بذات المعاملة من حيث هي، لا لأنه تابع
لنهي السيد وهذا المنطوق موجود في مطلق ما كان متعلقا " بعنوان آخر ويكشف عن ذلك قوله عليه السلام:

(إن ذلك ليس كاتيانه ما حرمه الله عليه من نكاح في عدة وأشباهه.) (ص ١٣٠)
(١١) الطباطبائي: يرد على المصنف قدس سره إن اللازم بمقتضى ما بينه عدم صحة عقد العبد ولو مع

الإجازة، وذلك لأن عصيان السيد عصيان الله أيضا " والمفروض: أن عصيان الله عز وجل لا يقبل الإجازة

ودعوى أن تعليق الصحة على إجازة من جهة مضمون العقد وهو التزويج المحتاج إلى إجازة السيد إجماعاً"، لا نفس إنشاء العقد حتى لو فرضناه للغير يكون محتاجاً " إلى إجازة مولى العاقد،

مدفوعة: بأن المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلية: بأن رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي في كل ما يتوقف على مراجعة السيد وكان فعله من دون مراجعة أو مع النهي عنه معصية له، والمفروض إن نفس العقد من هذا القبيل. (١٢)
ثم إن ما ذكره من عصيان العبد بتصرفه في لسانه وإنه لا يقتضي الفساد، يشعر بزعم أن المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى. وفيه: أولاً: "منع حرمة هذه التصرفات الجزئية، للسيرة المستمرة على مكالمة العبيد ونحو ذلك من المشاغل الجزئية.
وثانياً: "بدهاة أن الحرمة في مثل هذه لا توجب الفساد، فلا يظن استناد العلماء في الفساد إلى الحرمة.

وثالثاً: "أن الاستشهاد بالرواية لعدم كون معصية السيد بالتكلم بألفاظ العقد والتصرف في لسانه قادحاً في صحة العقد، غير صحيح، لأن مقتضاه إن التكلم إن كان معصية لله تعالى يكون مفسداً"، مع أنه لا يقول به أحد، فإن حرمة العقد من حيث إنه تحريك اللسان - كما في الصلاة والقراءة المضيقه ونحوهما - لا يوجب فساد العقد إجماعاً".

(١٢) الطباطبائي: قلت: الأولى في الجواب، أن يمنع كون المحرم نفس الإنشاء بما هو، بل المحرم هو التصرف البيعي وكون المضمون للغير لا ينافي توقفه على إجازة المولى، كما في بيع الراهن الموقوف على إذن المرتهن وإلا فمع فرض كون المحرم نفس الإنشاء بما هو يمكن أن يقال: إنه لا يقبل إن يتعلق به الإجازة فتدبر. (ص ١٣٢)

فالتحقيق: أن المستند في الفساد هو الآية المتقدمة، والروايات الواردة في عدم جواز أمر العبد ومضيه مستقلا "، وإنه ليس له من الأمر شيء. (١٣)

(١٣) الطباطبائي: مضافا " إلى هذه الروايات المتعلقة لنفوذ النكاح على إجازة المولى من حيث تعليه ولا وجه لترك المصنف قدس سره لها هنا، مع أنها الأنسب بحسب المقام. واحتمال: أن الوجه فيه عدم معلومية كون مجرد الصيغة عصيانا " للمولى والتمسك بها فرع صدق العصيان.

فيه: إن المفروض: إن المصنف قدس سره جعلها دليلا " على المقام حيث قال: (إن المنساق منها إعطاء قاعدة الخ)، مع أنه لو صح ذلك فلا يمكن الاستدلال بالآية والروايات الواردة في عدم جواز أمر العبد مستقلا "، لأنها أيضا " منصرفة إلى صورة العصيان، فالتحقيق أن يقال: إن إجراء الصيغة معصية، لا من حيث هي، بل من حيث إنها تعد تصرفا " بيعيا " أو غيره حسبما ذكرنا، لا من حيث إنها تصرف لساني. (ص ١٣٢)

فرع

لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صح ولزم، بناء على كفاية رضا المولى الحاصل من تعريضه للبيع من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الايجاب موجبا " للإذن الضمني. (١٤) ولا يقدر عدم قابلية المشتري للقبول في زمان الايجاب، (١٥)

(١٤) الآخوند: بل كاشفا " عن سبق الرضا، فيكون المشتري قابلا " في زمان الايجاب أيضا " فلا تغفل.

(ص ٥٢)

الإصفاة: حيث إن المولى يبيعه من موكله وايجاب البيع من موكله إذن في القبول عنه وكالة، وعليه

يتوجه الايراد الآتي من تحقق الإذن بالايجاب فلا قابلية للعبد للقبول حال الايجاب، بل بعده وهو مبني

على لزوم القابلية من حيث الشروع فيما يتحقق به الايجاب، وإلا فالإذن مقارن للايجاب الحقيقي، لاستحالة

تخلف المعلول عن علته التامة ولو بان.

ويندفع: بأن ما يتقوم به المعاهدة والمعاقدة كالحياة والعقل والشعور بحيث يكون العقد مع عدم تلك

الأمر كالعقد مع الحمار أو الجدار، كان وجوده معتبرا " حال تحقق المعاهدة في كل من الطرفين وما يعتبر

في تأثير العقد وإنما يترقب حصوله حين التأثير ومنه إذن المولى فحين تحقق القبول المتمم للسبب يكفي

حصوله لكنه خلاف ما سبق منه في البحث عن شرائط العقد. (ص ١٣٠) * (ج ١ ص ٧٢)

(١٥) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى ما فيه من الوهن، لأنه لا دليل على اعتبار قابلية القابل

للقبول حين الايجاب بل يكفي في صحة العقد كونه واجدا " لشرائط القبول حين القبول فيصح العقد إذا

كان الموجب هو المولى نفسه أو صدر الايجاب عن وكيله المطلق، وأما إذا صدر عن الوكيل المختص بالبيع

فيكون قبول العبد واقعا " في حال عدم تنفيذ وكالته عن الغير فيصير العقد المركب منه ومن الايجاب

حينئذ فضوليا " فلا يلغو الايجاب أيضا "، بل يتوقف على الإجازة، أما إجازة موكل العبد في قبول

الصادر عنه أو إجازة مولى العبد في وكالة العبد عن الغير وأيا " ما كان يصح العقد بإحدى الإجازات من

غير إشكال. (ص. ٤٩٠)

الإيرواني: قابلية المشتري تتقوم برضا المولى باطنا "، لا بإذنه ظاهرا " والرضا الباطني
حاصل من ابتداء

(٢٣٣)

لأن هذا الشرط ليس على حد غيره من الشروط المعتبرة في كل من المتعاقدين من أول الايجاب إلى آخر القبول، بل هو نظير إذن مالك الثمن في الاثراء، حيث يكفي تحققه بعد

الايجاب وقبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فضولا " (١٦). وعن القاضي: البطلان في المسألة، مستدلا " عليه باتحاد عبارته مع عبارة السيد فيتحد الموجب والقابل. (١٧)

الايجاب وإنما الكاشف عنه وهو الايجاب، متأخر. (ص ١١٦) (١٦) الطباطبائي: قدم منه قدس سره سابقا " إطلاق القول بوجود كون جميع الشروط من حيث الايجاب

إلى إتمام القبول وإن استشكلنا فيه أيضا " فتذكر. (ص ١٣٢) (١٧) النائيني (منية الطالب): لا وجه للإشكال في صحة اشتراء العبد نفسه من مولاه بوكالته من المشتري

لأن الإشكال بأن الموجب والقابل متحد - وهو المولى فإن لسان العبد لسان المولى - واضح الاندفاع، لأن الاتحاد تنزيلا " غير الاتحاد خارجا "، ويكفي التغير الخارجي في اعتبار التغير بين الموجب والقابل، كما أنه

يكفي الاتحاد خارجا " مع التغير اعتبارا " (ص ٤٣٢) النائيني (منية الطالب): كما أن الإشكال بتوقف وكالته على إذن المولى - وهو حين إيجاب المولى غير مأذون

منه، وإنما يصير وكيلا " بعد الايجاب فيجب إعادة الايجاب ثانيا "، - غير وارد، لعدم الدليل على اعتبار الإذن حين الايجاب، فإن الشروط المعتبرة في العقد على أنحاء: منها: ما يعتبر في مجموع العقد.

ومنها: ما يعتبر حين صدور الإنشاء ممن بيده صدوره، فيكفي للصحة وكالة العبد حين إنشائه القبول للمشتري الأمر له،، كما أنه لو لم يكن القابل مأذونا " حين الايجاب وصار مأذونا " بعده قبل القبول لكفي لصحته.

هذا، مضافا " إلى: أن اعتبار الإذن حين الايجاب يوجب مدخلية إجازة المولى بعد القبول، لا بطلان العقد وبعبارة أخرى: إنشاء العبد يحتاج إلى إذن مولاه أو إجازته، وإلى إذن المشتري أو إجازته، فلو لم يتحقق

الإذن من أحدهما أو كليهما كفت الإجازة اللاحقة، وليست عبارة العبد كعبارة الصبي والمجنون.

هذا لو وكله المشتري في الاثراء من نفس المولى. (ص ٤٣٢)

وفيه: - مع اقتضائه المنع لو إذن له السيد سابقا " - منع الاتحاد أولا "، ومنع قدحه
ثانيا " (١٨)

هذا إذا أمره الأمر بالاشتراء من مولاه، فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن
جماعة - منهم المحقق والشهيد الثانيان - : أنه لا يصح، لعدم الإذن من المولى. (١٩)

(١٨) الطباطبائي: إن كان غرضه قدس سره بيان الواقع فهو كذلك. وإن كان غرضه الايراد
عليه بذلك،

فالظاهر أنه ملتزم به، كما يظهر من دليله.

ثم، كما لا يضر اتحاد الموجب والقابل لا يضر اتحاد الموجب ومتعلق المعاملة فيجوز أن
يوكله مولاه في بيع

نفسه أو في إعتاق نفسه، كما صرح به المختلف وصاحب الجواهر. (ص ١٣٢)
النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى أن هذا الإشكال أضعف من الإشكال الأول، أما أولا
:" فلكفاية التعدد

الاعتباري في كل عقد.

وأما ثانيا " : فالأنه على فرض اعتبار التعدد وعدم الاكتفاء بالتعدد الاعتباري، التعدد
الخارجي في المقام

موجود، إذ الايجاب يصدر عن شخص آخر وإنما الاتحاد اعتباري وملاك الصحة وهو
التعدد الواقعي

موجود في المقام، فلا وقع لهذا الإشكال أصلا " . (ص ٤٩١)

(١٩) الطباطبائي: إذا كان الوكيل مطلقا " فإذنه الضمني الحاصل من ايجابه بمنزلة إذن
المولى وإن لم يكن

وكيلا " مطلقا " حتى في هذا الإذن فالحق: أنه يحتاج إلى إجازة المولى. (ص ١٣٢)
الإصفهاني: إلا إذا كان توكيل المولى مطلقا " حتى من حيث التوكيل في إذن العبد فيكون

إيجاب الوكيل

متضمنا " لإذن العبد من قبل مولاه أو إذا كان التوكيل مطلقا "، حتى من حيث بيع العبد
من نفسه فيكون

دالا " بالالتزام على الإذن في اشتراء العبد نفسه عن قبل الغير إلا أن يكون مطلقا " بشرائطه
ومنها استيذان

العبد من مولاه. (ص ١٣٠) * (ج ٢ ص ٧٢)

النائيني (منية الطالب): وأما لو وكله في الاشتراء من وكيل المولى فلو كان وكيله وكيلا "
في خصوص

بيع العبد لا في بيعه وإذنه للعبد في وكالته عن الغير فلا شبهة في احتياج الاشتراء إلى
الإجازة من المولى

وربما قيل بالجواز حينئذ أيضا "، بناء على ما سبق منه من أن المنع لأجل النهي وهو لا يستلزم الفساد.

وفيه: ما عرفت من أن وجه المنع أدلة عدم استقلال العبد في شيء، لا منعه عن التصرف في لسانه، فراجع ما تقدم، والله أعلم. (٢٠)

في وكالته، وأما لو كان وكيلا "، حتى في التوكيل أيضا ". فإيجاب الوكيل بمنزلة إيجاب المولى، فيعود النزاع المتقدم.

فظهر: أن الحق هو التفصيل بين الموردين، ولعلوجه نظر المحقق والشهيد الثانيين إلى الصورة الأولى. (ص ٤٣٣)

الإيرواني: هذا، أولى بالصحة من سابقه، لعدم تأتي الشبهة السابقة هنا، وذلك إن وكيل المولى إن كان

وكيلا " في البيع حتى من نفس العبد كان توكيله إذنا " ضمنا " للعبد في الشراء فكان العبد مأذونا " من أول

الإيجاب وإن لم تكن وكالته بهذه السعة ولو لاهمال عبارة الموكل وكون القدر المتيقن غيره كان الشراء

فضوليا " وخرج عن مورد الفرض وكالته في البيع للآخرين لا أثر لها في هذا. (ص ١١٦)

(٢٠) الآخوند: لكنه يوجب المنع والفساد ههنا، لو لم يكن للوكيل وكالة مطلقة بحيث يعم بيعه منه، وإلا كان صحيحا "، لما عرفت في بيع المولى، كما لا يخفى. (ص ٥٢)

الكلام في شروط المتعاقدين
* بيع الفضولي *

(٢٣٧)

مسألة

ومن شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين (١) أو مأذونين من المالك أو الشارع. فعقد الفضولي لا يصح، أي لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم. وهذا مراد من جعل الملك وما في حكمه شرطا "، (٢) ثم فرع عليه أن بيع الفضولي موقوف على الإجازة، كما في القواعد، فاعترض جامع المقاصد: عليه بأن التفريع في غير محله، لعله في غير محله. وكيف كان، فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهم المسائل، فنقول: اختلف الأصحاب وغيرهم في بيع الفضولي، بل مطلق عقده. بعد اتفاقهم على بطلان إيقاعه، كما في غاية المراد على أقوال. (٣)

(١) الإيرواني: لا يقال: مجرد كونهما مالكين لا يجدي مع عدم مالكية التصرف لحجر أو تعلق حق الغير بالمال كحق الرهانة ونحوه، ولو أريد من كونهما مالكين مالكيتهما للتصرف شرعا " أغنى عن ذكر قسميه هذا، مع فساده في حد نفسه، فإن الكلام في بيان شرائط نفوذ التصرفات فكان اشتراطه بأن يكون العاقد مالكا " للتصرفات ومسلطا " على التصرفات شرعا " الذي هو عبارة أخرى عن نفوذ التصرفات اشتراطا " للشئ بنفسه.

فإننا نقول: المراد من المالك، المالك للعين دون التصرفات. قولك: إن عقد المالك ربما يكون فضوليا " لحجر أو تعلق حق بالعين. ونقول: نعم، لكن ذلك لعدم حصول سائر شرائط البيع من كمال المتعاقدين فيما إذا كان الحجر لسفه أو عدم اجتماع شرائط العوضين، ومنها: أن يكون العوضان طلقين والكلام في المقام ليس إلا في بيان هذا الشرط وسائر الشرائط الراجعة إلى العوضين أو المتعاقدين كل ذلك مذكور في محله. (ص ١١٦)

(٢) الطباطبائي: كما أنه المراد من جعل الاختيار شرطا "، وكذا جعل إذن السيد شرطا " مع حكمه بالصحة

مع الإجازة. (ص ١٣٣)

(٣) الطباطبائي: إن قلنا بكون الفضولي في البيع بمقتضى القاعدة لشمول العمومات حسبما اختاره المصنف

قدس سره، فالحاقه ساير العقود به في محله، بل مقتضاها حينئذ القول بالصحة في الايقاعات أيضا "، إلا

والمراد بالفضولي - كما ذكره الشهيد - هو الكامل الغير المالك للتصرف ولو كان غاصبا".

وفي كلام بعض العامة: إنه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه. وقد يوصف به نفس العقد، ولعله تسامح. (٤)

وكيف كان، فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون إذن الولي، ومن المالك إذا لم يملك التصرف، لتعلق حق الغير بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دل على

المنع من نكاح الباكرة بغير إذنه وليها، وحينئذ فيشمل بيع الراهن والسفيه ونحوهما، وبيع العبد بدون إذن السيد.

أو ناقلة، بل تكون الإجازة علة تامة لتحقيق المضمون الذي تعلق به من حين الإجازة، وذلك كما في

إجازة الرجوع إلى الطلاق إذا أنشأه غير الزوج فضوليا"، حيث إن إجازته بنفسها رجوع ويتحقق بها

الرجوع من حينها، أو يكون قابلا " لأن يقع فيه البحث عن الكشف والنقل، فالأول أيضا " مما وقع الاتفاق

فيه على بطلانه بالفضولي، بمعنى عدم ترتيب الأثر على الفضولي أصلا"، وإنما الأثر مترتب على نفس فعل

المجيز.

والثاني: وقع فيه البحث عن صحة الفضولي فيه. وإن كان المتسالم بين المشهور هو البطلان لكن لم يظهر

اتفاق الكل فيه، فدعوى الاتفاق على بطلان الفضولي في الايقاع على نحو العموم ممنوعة. (ص ٢)

النائني (منية الطالب): لا يخفى أنه لم يتحقق الاجماع على بطلانه في جميع الايقاعات. نعم، الظاهر تحققه

في العتق والطلاق ومع ذلك يمكن أن يكون مدرك المجمعين هو قوله: عليه السلام (لا عتق إلا في ملك)

وقوله عليه السلام: (الطلاق بيد من أخذ بالساق) وكيف كان بناء على ما سيحجى من أن الفضولي في

البيع على مقتضى القاعدة، فيلحق به سائر العقود وجميع الايقاعات إلا ما خرج، كما في الرجوع إلى

الزوجية بالفعل فإنه لا يقبل الفضولي.

وبالجملة: يجري الفضولي في جميع الايقاعات بمقتضى القاعدة الأولية. نعم، لا يجري في جملة منها المانع آخر

سنشير إليه في العنوان الآتي. (ص ٢١١)

(٤) الإيرواني: بل لعل الأول تسامح فإن العقد بنفسه فضول وصادر من غير أهله لا أن العاقد بوجوده

(۲۴۲)

وكيف كان، فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطنا"، وطيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحا " أو فحوى " (٥)، لأن العاقد لا يصير مالكا " للتصرف ومسلطا " عليه بمجرد علمه برضا المالك.

فضول وزيادة، وإن أطلق عليه فبضرب من المبالغة والتوسع، كما في زيد عدل وأما الياء فهي كياء أحمرى وآدمي ليست للنسبة. نعم، على تقدير كون المراد من الفضولي هو العاقد، أمكن حفظ الياء في معنى النسبة على أن يكون الفضول هو العقد وقد نسب إليه العاقد فكان العاقد فضوليا " منسوبا " إلى الفضول الذي هو فعله، وإن

كانت نسبة الفاعل إلى الفعل لا تخلو من بشاعة. (ص ١١٦)
(٥) الطباطبائي: ويظهر من اقتضاره قدس سره على القسمين، إن الإذن بشاهد الحال داخل في محل الإشكال ويمكن أن يدعى: إنه أيضا " مثل القسمين في الإخراج عن الفضولية، فيختص مورد الإشكال بما إذا علم الرضا الباطني من دون قرينة وأمارة أو لم يعلم أيضا " إلا أن المالك أخبر به بعد ذلك. والفرق بينه وبين شاهد الحال: إن العقد ينسب إلى المالك مع الثاني، لوجود المظهر للرضا بخلاف الأول، لوضوح الفرق في نسبة الفعل إلى شخص راض به بين ما كان هناك أمارة على رضاه به، وبين ما لم يكن، فإن في الأول يصدق أنه صدر عن إذنه بخلاف الثاني. وهذا، نظير ما اعتبرنا في صيغ العقود كونها دالة على المراد ولو بقرينة حالية ولا يكفي علم المتعاقدين به

من دون نصب قرينة توجب كون الصيغة دالة. ثم، إن الظاهر أن الرضا الباطني كاف في رفع الحرمة في التصرف المحرم بدون الإذن كالأكل ونحوه، لأن الظاهر: إن المناط فيه هو العلم بالرضا، وإنما الإشكال في كفايته في نفوذ التصرف، بحيث يلزم به المالك ويجب عليه الوفاء.

والأقوى: التفصيل بين ما يكون العقد صادرا " من غير المالك وبين بيع العبد والباكرة والراهن ونحوهم ممن يكون العقد له، إلا أنه موقوف على إذن الغير، وذلك لعدم الدليل على الأول، إذ العمومات قاصرة

الشمول، لأن المراد من قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) ليس وجوب الوفاء على كل أحد بالنسبة إلى كل عقد

صادر من كل أحد، بل هو نظير قوله تعالى: (وليوفوا نذورهم) ونحوه خطاب بالنسبة إلى
من صدر منه

(٢٤٣)

ويؤيده: - أيضا " - : استدلالهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي، مع أن الظاهر علمه برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما يفعله، وإن كان الذي يقوى في النفس - لولا خروجه
عن ظاهر الأصحاب - عدم توقفه على الإجازة اللاحقة. (٦)

والرضا، وعقد المكره فاقد لجهة واحدة وهي الرضا، وما هو فاقد لجهتين لو صح بالتعقب بالإجازة تكون
صحة الفاقد لجهة واحدة بها أولى. وهذا الاستدلال مناف مع اختيار عدم اعتبار الاستناد،
إذ على القول
بعدم اعتباره يصير حال العقد الفضولي كعقد المكره من غير أولوية في البين أصلا ". (ص ٣)

(٦) النائبي (منية الطالب): لا إشكال في أن العقد بالإذن من المالك، أو ممن أحق في العين كذي
الخيار والمرتهن والغرماء وأمثالهم، يخرج من الفضولي،
إنما الكلام في خروجه منه بمجرد الرضا الباطني من دون أمانة عليه، اختار المصنف في
المقام خروجه منه
وعدم التوقف على الإجازة اللاحقة، سواء علم به العاقد، أو انكشف له بعد حصول العقد
بأنه كان حين

البيع راضيا " أم لم ينكشف له أصلا ".
ويؤيده: اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكا " أو مأذونا " أو وليا " وفرعوا عليه بيع
الفضولي، لأن
المناط في الصحة الواقعية هو الرضا واقعا ".
والحق: عدم خروج العقد الصادر من غير من بيده زمام أمر المعقود عليه، بمجرد الرضا
الباطني من المالك

ومن له الحق، مرتها " كان أو مولى، وذلك لأنه لو كان أمر العقد موقوفا " وغير ماض،
إما لعدم كون

العاقد مالكا "، أو لعدم كونه مستقلا "، فلا يخرج عن التوقيف إلا باستناده إلى المالك أو
ذي الحق، والاستناد

والتنفيذ من الأمور الانشائية ويكونان كسائر الايقاعات لا بد من إيجادهما، إما باللفظ أو
بالفعل،

فلا الكراهة الباطنية رد، ولا الرضا الباطني إجازة، بل كل منهما يحتاج إلى كاشف.
وأما ما اختاره المصنف، فمضافا " إلى أنه ينافيه استدلاله لصحة عقد المكره مع لحوق
الرضا بفحوى

الفضولي، لأن الأولوية فرع فقد الفضولي أمرين، الاستناد والرضا.
وأما لو قلنا: بعدم اعتبار الاستناد وكفاية الرضا الباطني من المالك ولو كان المباشر غير
المالك فلا أولوية،

لأن ملاك الفضولي والمكره في الاحتياج إلى شرط واحد على حد سواء.

يرد عليه: إن ما استدل به لا دلالة فيه. (ص ٢٠٩)

(٢٤٥)

بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد، أو انكشف بعد العقد حصوله
حينه، أو لم ينكشف أصلاً، " فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضي به
وترتيب الآثار عليه، لعموم وجوب الوفاء بالعقود. (٧)

(٧) الآخوند: لا يخفى أن كفاية الرضا السابق وعدم التوقف على الإجازة، إنما يكون لو كانت قضية
الإطلاقات والعمومات نفوذ العقد على ملك أحد ولو لم يكن منه ولم يصبر عقده إذا كان برضاه، مع أن
الظاهر من الآية: إنما هو وجوب الوفاء على كل أحد بعقده، لا بعقد غيره، ولو على ملكه ما لم يصبر عقده،
ومجرد رضاه بمضمونه لا يوجب كونه عقده وعهده، ما لم يكن بإذنه، أو تلحقه إجازته، وكذلك المنساق من
إطلاق مثل (أحل الله البيع الآية) إنما هو نفوذ بيعه الصادر منه، أو المضاف إليه ولو بإجازته، مع ما عرفت
سابقاً: " من منع اطلاقه لوروده في مقام تحريم الربا، كما لا يخفى.
نعم، لو كان العقد صادراً " عن المالك فيما يتعلق به حق الغير كالعين المرهونة، لا يبعد كفاية رضا الغير وعدم
التوقف على إجازته، فإن رعاية حقه لا يقتضي إلا مراعاة رضائه في نفوذ عقد المالك على ملكه المرهون.

(ص ٥٢)

النائني (المكاسب والبيع): أما آية وجوب الوفاء، فلأن مقتضى تقابل الجمع بالجمع، أعني: (أوفوا)
و (العقود) هو التوزيع، أعني وجوب وفاء كل أحد بعقد نفسه، ولا إشكال: إن عقد الأجنبي لا يصير عقد
الراضي به ما لم يتحقق الاستناد إليه، فبالاستناد يضاف عقد الفضولي إليه، ثم يشمل عموم وجوب الوفاء
وكذا الكلام في آية التجارة، فإن التجارة عبارة عن التكسب واعتبر فيها الرضا ولا بد من استناد التجارة
الصادرة عن الفضولي إلى المالك حتى تصير تجارته، فتحل بواسطة الرضا وأما الرضا بتكسب الغير فهو

خارج عن مورد الآية، كما لا يخفى. (ص ٤)

النائني (منية الطالب): أما قوله عز من قائل: (أوفوا بالعقود) فلأن مقابلة الجمع بالجمع يقتضي التوزيع، أي:
كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده، وعقد الفضولي لا يكون عقداً " للمالك بمجرد رضائه به، لأن كونه

عقدا " له يتوقف على مباشرته أو نيابة الغير عنه بالإذن أو الإجازة بعد صدور العقد من الفضولي، وفي حكم هذه الآية قوله: (أحل الله البيع)، لأن البيع هنا بمعناه المصدرى فيصير معناه أحل الله إيجاد هذا المعنى وإيجاد المالك ينفذ إذا صار إيجادا " له.

(٢٤٦)

وقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض) (٨) (ولا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه). (٩)،

ففيه: أن الرضا هنا ليس مؤثرا " بل العقد هو المؤثر والرضا شرط التأثير، وإن أريد أن الحالة النفسانية

ساقطة عن الاعتبار حتى في كونها شرطا " فهو خلاف الضرورة بداهة شرطية الرضا. نعم، من يتوهم أن الإجازة عقد مستأنف، يصح له توهم أن الرضا اللاحق لا أثر له، حيث إنه ليس بأمر

إنشائي بتسبب به إلى حصول الملكية، إلا أن المبنى فاسد ومع ذلك لا موجب للالتزام بالعقد المستأنف في

العقد المقارن لرضا المالك فتدبر. (ص ١٣٠) * (ج ٢ ص ٧٦)

(٨) النائيني (منية لطالب): هو أظهر في اعتبار الاستناد إلى المالك لأن التجارة بمعنى التكسب منه بالمباشرة

أو الإذن أو الإجازة والرضا الباطني ليس منها، لأنه لا يصير به التجارة من الغير تجارة منه. (ص ٢١٠)

الإيرواني: معنى تجارة عن تراض تجارة ناشئة متجاوزة عن مبدء التراض والتجارة

هنا ليست تجارة ناشئة عن التراض وإنما هي مقترنة به.

هذا، مضافا " إلى ما تقدم من أن ظاهر الآية كظاهر سابقتها أكل كل بتجارة نفسه وهذه التجارة ليست

تجارة نفس المالك، بل هي تجارة الأجنب وقد اقترنت برضا المالك وذلك لا يصح إضافتها إلى المالك،

بل لا يعقل إضافتها إلى المالك إضافة صدورية بعد إن لم تصدر منه مباشرة ولا تسببها " .

فالأولى: تبديل الاستدلال بالآية بالاستدلال بما ورد عن مولانا الحجة في جواب مسائل الحميري: (إن

الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضا منه). (ص ١١٧)

(٩) الطباطبائي: لا يخفى أنه لا يمكن الاستدلال بهذا الخبر مستقلا "، إذ لا يستفاد منه إلا شرطية الرضا

والطيب وأما إن مجرد حصوله كاف فلا، فهو نظير قوله عليه السلام: (لا صلاة إلا بطهور) أو (لا بفاتحة

الكتاب) وعلى فرض الدلالة نقول: قد قيد في مثل المقام من البيع ونحوها بوجوب صدور عقد منه وإلا

فلا يكفي مجرد الطيب إلا في الإباحات وليس الكلام فيها. (ص ١٣٤)

النائيني (المكاسب والبيع): أنه إنما يدل على اعتبار طيب النفس والرضا في العقد ولا ينفي اعتبار ما

عداه، إذ ليس في مقام حصر ما يعتبر في العقد بالرضا ويكون حاله كحال لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب، حيث إنه

وما دل على أن علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه. (١٠)

(١٠) الطباطبائي: لكن قد عرفت أن السكوت عن مثل النكاح له خصوصية، فإنه كاشف ظاهري.

(ص ١٣٤)

النائني (المكاسب والبيع): هو على خلاف مراده قدس سره أدل، حيث إنه يدل على أن السكوت منه

حينئذ اقرار، ولا إشكال أن الاقرار - أمر وجودي - تثبيت للأمر الصادر عن العبد فهو إجازة من غير كلام،

وإنما الكلام في الاكتفاء بمحض الرضا الباطني بلا ابراز له في مرحلة الخارج باقرار ونحوه.

وبالجملة: فالسكوت بما هو سكوت ليس موجبا " لنفوذ النكاح ولم يجعل كذلك في الخبر منشأ لنفوذه، بل

هو بما هو اقرار يقتضي النفوذ، وهذا خارج عن محل البحث، ولذا يستدل على ثبوت الفورية في جملة من

الخيارات بكون السكوت اقرارا "، أي: سكوت من له الخيار عن الفسخ مع عمله بأن له الخيار يجعل

تثبيتا " للعقد ودالا على اجرائه على وفقه وهو يقتضي سقوط خياره، فدلالة السكوت على سقوط

الخيار إنما هي لأجل كونه إقرارا " وتثبيتا "، كما سيأتي توضيحه.

والحاصل: أن هذا الدليل لا يدل على صحة الاكتفاء بالرضا ولو لم يكن مع الاستناد لم يجعل دليلا " على

اعتبار الاستناد لمكان التعبير بكون السكوت اقرارا "، كما لا يخفى.

وأما رواية عروة البارقي فسيأتي الكلام فيها مفصلا "، فالمتحصل مما ذكرناه: اعتبار الرضا والاستناد معا " في

نفوذ عقد الفضولي وعدم صحة الاكتفاء بالرضا. (ص ٤)

الإيرواني: لعلنا نلتزم في أمثال ذلك بالخروج عن الفضولية، لأن السكوت في مثل ذلك يعد تقريرا " دالا

على الرضا كسكوت البكر، وقد اکتفوا به عن الإذن والإجازة في باب النكاح، وليس البحث في الحاجة

إلى خصوص لفظ يكون دالا " على الرضا، وإنما البحث في الحاجة إلى مطلق الكاشف عنه أو كفاية

الرضا الباطني وإن لم يكشف عنه المالك بقوله وبفعله ولا بتقريره وإن انكشف من الخارج.

هذا، مع أن نكاح العبد خارج عن مورد الإشكال، كما سيحى في كلام المصنف. (ص ١١٧)

النائني (منية الطالب): وأما الخبران، فأولا " : هما لا يدلان الأعلى اعتبار الرضا لا على

كفايته مطلقا " ، كما في
قوله: (لا يحل) وثانيا " : يمكن حملهما على الرضا بمعنى الاختيار.
وبالجملة: العناوين المتعلقة بها الوضع سواء كانت عقدا " أم إيقاعا " ، لا بد لها من
كاشف قولي أو فعلي

(٢٥١)

ورواية عروة البارقي الآتية، حيث أقبض المبيع وقبض الدينار لعلمه برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولو كان فضوليا " موقوفا " على الإجازة لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض والاقباض، وتقرير النبي صلى الله عليه وآله وسلم له على ما فعل دليل على جوازه. (١١)

ولذا لا نلتزم بتأثير الشروط البنائية.

نعم، في العقود الإذنية يكفي الرضا الباطني ولكنها في الحقيقة ليست عقدا " وعلى هذا لا فرق بين تعلق الحق المالكي بعقد الفضولي أو حقا " آخر ماليا " كان، كما في الرهن والتفليس ونحو ذلك، أو ولاية سواء كانت جهة الولاية راجعة إلى المال كعقد العبد لنفسه أو لغيره، أم لم تكن إلا صرف السلطنة على العقد كحق العمدة والخالة. (ص ٢١١)

(١١) الطباطبائي: سيأتي إن قضية عروة محتملة لوجوه فلا يمكن الركون إليها في اثبات المقام ولا في

اثبات صحة الفضولي بالإجازة. (ص ١٣٤)

الإيرواني: قضية عروة مشتبهة الحال عندنا فلعل عروة كان وكيلا " للنبي صلى الله عليه وآله وسلم في

أمر المعاملات خادما " له فيما يرجع إلى السوق، ومع ذلك فالتمسك بروايته في المقام وفي بيع الفضولي

خال عن السداد، فإنه يكون من المأذون بالإذن الصريح في أمر المعاملات ويكون أجنبيا " عن باب الفضولي

وأیضا " أجنبيا " عن المعاملة المقرونة بصرف الرضا الباطني من المالك، مع أن دعوى القطع بالرضا إن

تيسرت فتلك في شراء عروة لا في بيعه فإنه لا سبيل إلى هذه الدعوى فيه.

وأما إقباض عروة للمبيع وقبضه للثمن منضمما " إلى تقرير النبي صلى الله عليه وآله وسلم له فذلك لا

يكشف عن رضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم إلا بالاقباض في فسحة الاستجازة منه لا رضاه بأصل البيع.

(ص ١١٧)

النائني (منية الطالب): وأما قضية عروة فلا دلالة فيها أصلا " لاحتمال كونها وكيلا " مفوضا " .

و (أيضا "): الاستدلال بصحيفة محمد بن مسلم والحميري الآتيتين، فإن في الأولى منهما (لا تشتريها إلا برضا أهلها) وفي الثانية منهما: (الضيعة لا يجوز ابتياعها، إلا عن مالکها أو بأمره،

هذا، مع أن كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولي

وعدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحة: (إن الشرائط كلها
حاصلة إلا رضا المالك)، (١٢)
وقولهم: (إن الإجازة لا يكفي فيها السكوت، لأنه أعم من الرضا)، ونحو ذلك. (١٣)

أو رضا منه) وتقريب الاستدلال واضح، ولكن الأقوى: عدم دلالة كل ذلك على مختاره.
(ص ٢١٠)

(١٢) الطباطبائي: وهذا التعبير عنهم لا يدل على المطلب لكونه في مقام الاجمال وكذا
الذي بعده.

(ص ١٣٤)

النائني (المكاسب والبيع): ما ذكره من منع تسالم الأصحاب وما نقله من العبائر لا تدل
على حصرها

يعتبر في خصوص الرضا بلا اعتبار الاستناد، وذلك لأن الرضا يطلق بمعنيين، الأول: في
طيب النفس.

والثاني: الاختيار. واطلاقه بالمعنى الثاني، شائع كثير في استعمالات أهل العرف واللغة
ومنه قول العامة في

وجه تسمية الرضا عليه السلام بالرضا: (لأنه اختاره المأمون لولاية العهد) فيمكن أن يكون
مرادهم من

الرضا في هذه الكلمات هو الاختيار ولا أقل من الاجمال فلا تكون منافيا " مع ما يظهر
منهم في غير مورد

من الاتفاق على اعتبار الاستناد.

النائني (منية الطالب): أما كلمات الأصحاب فالرضا المذكور فيها هو بمعنى الاختيار لا
طيب النفس، فإنه

يطلق على الاختيار أيضا " ومن ذلك قول السيد في الدرّة، كما ارتضاه المرتضى وقوله
عليه السلام:

(فذلك رضا منه) الوارد في أن أحداث ذي الخيار يوجب سقوط خياره وقوله عليه السلام:
(ورضيكم خلفاء)

وقول العامة: (إنما سمي الرضا عليه السلام بالرضا، لأن المأمون اختاره ولي العهد)،
فقولهم: (إن الشرائط كلها حاصلة إلا رضا المالك)، أي: إلا اختياره فلا شبهة أن الاختيار

معنى إنشائي

لا بد من حصوله بكاشف فعلي أو قولي. (ص ٢١٠)

(١٣) النائني (المكاسب والبيع): وأما قولهم: (إن الإجازة لا يكفي فيها السكوت، لأنه
أعم من الرضا).

ثم، لو سلم كونه فضولياً "، لكن ليس كل فضولي يتوقف لزومه على الإجازة، لأنه لا دليل على توقفه مطلقاً " على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات في من باع ملك غيره ثم ملكه. (١٤)

مع أنه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور أنا " ما، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات. (١٥)

فدلالتة على ما اعتبرناه أظهر، لأن ظاهره اعتبار الاختيار وإلا قد يكون السكوت في محل خاص كاشفاً عن

الرضا والطيب، كما في سكوت الباكرة.

فالأولى: استدلال المصنف بسكوت الباكرة، كما استدل بما دل على أن علم المولى بنكاح العبد وسكوته

إقرار منه (ص ٤)

النائني (منية الطالب): وأما سكوت الباكرة فهي قبل العقد وكفاية الرضا الباطني للتوكيل غير كفايته

بعد العقد مع أن السكوت في مقام الاستيدان وفي مقام الفسخ والإجازة من الكواشف العرفية عن الإذن

أو الإجازة ولذا في ما كان الخيار فورياً " لو سكت ذو الخيار مع علمه بالخيار يستكشف منه الإجازة

ويؤيد ذلك قوله عليه السلام: (إن سكوتهم إقرار منهم) أي إثبات للنكاح واختيار له فتأمل. (ص ٢١١)

(١٤) الإيرواني: ليس الكلام في التسمية بهذا الاسم والتعبير بعبارة الفضولي، بل في توقف العقد المقرون

برضا المالك على الإجازة فلا يزيد هذا الجواب على سابقه بشيء، بل هو عينه ومداره على التمسك

بالاطلاقات بعد عدم دليل مخرج للمقام. (ص ١١٧)

(١٥) الإيرواني: إن اكتفينا في الإجازة بالرضا، اكتفينا في الإذن أيضاً " بذلك وإلا فلا، فإن الاكتفاء بالرضا

في الإجازة ليس أوضح من الاكتفاء به في الإذن حتى يرجع أحدهما إلى الآخر. وذلك أن الشرط أمر واحد نفى اعتبار مقارنته واكتفي بوجوده لاحقاً "، كما إكتفي به

مقارناً " فإن كان

ذاك هو الرضا هو ذلك في المقارن واللاحق أيضاً " وإن كان هو الدال على الرضا الكاشف عنه كان هو ذا

في المقامين. (ص ١١٧)

ثم، إنه لو أشكل في عقود غير المالك، فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد - نكاحا " أو بيعا " - مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له، لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، وعدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف. (١٦)

(١٦) الطباطبائي: قد عرفت أن التحقيق: الفرق بين عقد غير المالك وعقد العبد والراهن والباكرة ونحوهم فلا اختصاص بالعبد فتدبر. (ص ١٣٤)

النائني (المكاسب والبيع): أعلم: أنه يحتمل أن يكون المراد من العصيان - المذكور في الخبر الوارد في صحة نكاح العبد إذا إجازة المولى معللا " بأنه لم يعص الله سبحانه وإنما عصى سيده، فإذا أجاز جاز - هو العصيان التكليفي أي الحرمة التكليفية -، ويحتمل أن يكون بمعنى الوضع، أعني: التجاوز عن حق المولى، أي فعل ما يتوقف صحته على إذن المولى وكان زمامه بيده، فعلى الأول ترتفع الحرمة التكليفية بمجرد رضا المولى باطنا " من غير حاجة إلى الإجازة، وعلى الثاني: فيتوقف صحة ما فعله على إذنه أو إجازته.

إذا عرفت ذلك، فاعلم: أن مبنى ما أفاده قدس سره من عدم تحقق المعصية - التي هي مناط المنع في الأخبار بعد الرضا الباطني ولو لم يأذن المولى -، يتم على الاحتمال الأول، ولا يخفى ما فيه، ضرورة فساد هذا الاحتمال، لأن العصيان لو كان بهذا المعنى لزم صحة نكاحه ولو مع عدم الرضا أيضا " لكون النهي حينئذ راجعا " إلى ناحية السبب، أعني: مقام التلفظ بصيغة العقد واستعمالها حسبما تقدم.

وقد مر أيضا " : إن حرمة السبب لا يوجب فساد المعاملة، فالالتزام بالحرمة التكليفية مقتضى للالتزام بعدم الفساد، كما لا يخفى. (ص ٦)

النائني (منية الطالب): تفصيل المصنف بين عقد العبد وغيره لا وجه له، فإن معصيته ليست راجعة إلى التكليف حتى تخرج عنها بمجرد رضا المالك باطنا " وإلا لم يكن وجه للتفصيل بين معصية الله ومعصية السيد، لأن معصية السيد معصية الله، بل المعصية هنا، بمعنى: المخالفة الوضعية، حيث إنه تصرف في سلطان المولى والخروج عن المخالفة الوضعية يتوقف على كاشف قولي أو فعلي.

وبالحملة: هذه المراتب الثلاث - وهي بيع مال الغير، وبيع الراهن ونحوه، ونكاح العبد

ونحوه، - كلها
متوقفة على إذن ذي الحق أو إجازته والتفصيل بينها لا وجه له، وذلك لأنه ثبت من الأدلة
الخارجية عدم

(٢٥٥)

ثم، إعلم: أن الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه، وعلى الأول فقد لا يسبقه منع من المالك، (١٧) وقد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث،

استقلال العبد والراهن والباكرة، وكل من كان من قبيل هذه الطوائف الثلاث في عقودهم لا يخرجون عن الاستقلال بمجرد رضا ذي الحق، فإن به لا يسند العقد إليه وعد سكوته في بعض المقامات إجازة، فهو من باب إن من لا يميل إلى شيء لا يقدر على إمساك نفسه طبعاً، " فلو سكت في محل الامضاء والرد فسكوته كاشف عرفي عنها، ولذا عبر في الأخبار عن الامضاء بالسكوت - الذي هو نظير الأمر الوجودي - لا بمثل عدم الردع ونحوه. والظاهر: أن المسألة لا تحتاج إلى مزيد من ذلك، فإن بمراجعة نظايرها يظهر صدق ما ادعيناه فراجع باب الفسخ والرد والرجوع. (ص ٢١١) الإيرواني: بل في عقد مطلق من كان فضوليته لتعلق حق الغير كان ذلك مولى أو ولياً " أو صاحب حق في العين كالمرتهن بالنسبة إلى العين المرهونة، فإن سبيل التمسك بالآيات في ذلك واضح، - كما أشرنا إليه - ولولا ما ذكره المصنف من التعليل المختص بعقد العبد لتعين حمل كلامه على المثال، مع أن المعصية في رواية نكاح العبد يراد بها عدم الاستيذان من المولى، مع احتمال رضاه الباطني فغاية ما نسلم خروجه عن المعصية ما إذا علم برضاه حال العقد لا ما إذا ظهر ذلك بعد العقد مع الجهل به حاله. (ص ١١٧) (١٧) الإيرواني: على الثاني: أيضا " قد لا يسبقه المنع وقد يسبقه وإنما لم يتعرض له، لأن شبهة سبق المنع يتعرض لها في طبي التعرض لصورة سبق المنع من صورتي البيع للمالك فلا تبقى إلا شبهة البيع لنفسه وهي شبهة بيع الغاصب وحل هذه لا يحتاج إلى عقد مسألتي. (ص ١١٧) النائيني (منية الطالب): محل الاتفاق من القائلين بصحة الفضولي في مقابل البطلان هذه الصورة. وأما إذا باع للمالك مع سبق المنع منه وما إذا باع لنفسه كالغاصب فهو محل الخلاف حتى بين القائلين بصحته. (ص ٢١١)

الأولى

أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، وهذا هو المتيقن من عقد الفضولي. والمشهور: الصحة بل في التذكرة نسبه إلى علمائنا، تارة " صريحا "، وأخرى ظاهرا " بقوله:

(عندنا)، إلا أنه ذكر عقيب ذلك: أن لنا فيه قولاً " بالبطلان. (١٨) وفي غاية المراد: حكي الصحة عن العماني والمفيد والمرتضى والشيخ - في النهاية - وسالار

والحلي والقاضي وابن حمزة. وحكي عن الإسكافي، واستقر عليه رأي من تأخر عدا فخر الدين وبعض متأخري المتأخرين،

كالأردبيلي والسيد الداماد وبعض متأخري المحدثين، لعموم أدلة البيع والعقود، لأن خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه، واشتراط ترتب الأثر بالرضا وتوقفه عليه أيضا " لا مجال لانكاره، فلم يبق الكلام إلا في اشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه

فمقتضى الاطلاقات عدمه، ومرجع ذلك كله إلى عموم (حل البيع) و (وجوب الوفاء بالعقد)،

خرج منه العاري عن الإذن والإجازة معا "، ولم يعلم خروج ما فقد الإذن ولحقه الإجازة. (١٩)

(١٨) الطباطبائي: وحكي البطلان عن الشيخ في الخلاف والمبسوط، بل عنه الاجماع عليه فيهما، وحكي

أيضا عن الحلبي وابن سعيد واختاره في المستند وعن ظاهر القواعد والكفاية التردد. (ص ١٣٤)

(١٩) الإيرواني: التمسك بالاطلاقات باطل على كل حال، سواء أريد منها وجوب وفاء كل شخص بكل

عقد، أو أريد منها وجوب وفاء كل شخص بعقد نفسه. أما على الأول فللقطع بخروج زمان ما قبل الإجازة من عقد الفضولي، فإنه لم يقل أحد بوجوب الوفاء

على المالك بأن يجيز العقد الصادر من الفضولي حتى القائلين في الإجازة بالكشف والتمسك بالعموم بعد

الإجازة مبني على ثبوت عموم أزماني في العمومات وليس له وجود، وقد اعترف به المصنف في خيار

الغبن. نعم، على مبني من لا يعتبر في التمسك بالعمومات بعد قطعة الخروج ثبوت عموم أزماني إما

مطلقا "، أو فيما إذا كان الخارج من المبدء فلا بأس بأن يتمسك بالعمومات في المقام أو يقال: لا بأس

وإلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم: بأنه عقد صدر عن أهله في محله. (٢٠) فما ذكره في غاية
المراد: من أنه من باب المصادرات، لم أتحقق وجهه، لأن كون العاقد أهلا " للعقد من
حيث إنه
بالغ عاقل لا كلام فيه، وكذا كون المبيع قابلا " للبيع، فليس محل الكلام إلا خلو العقد
عن
مقارنة إذن المالك، وهو مدفوع بالأصل.

فيه بالصحة كالنكاح وكذا البيع بناء على المشهور محتاجا " إلى دليل خاص. لكن الحق:
إن الأصل في
معاملات الفضولي هو الفساد سواء قلنا: إن موضوع وجوب الوفاء في الآية عموم العقود
على أن يجب
على كل شخص أن يفي بكل عقد، أو قلنا: بأن كل شخص يجب أن يفي بعقد نفسه.
أما على الثاني: فواضح، فإن عقد الفضولي ليس عقدا " مضافا " إلى الأصل حتى يجب
عليه الوفاء به
فيحتاج صحته بعد الإجازة إلى دلالة دليل.
وأما على الأول: فلأن ما قبل الإجازة خارج بالقطع عن حكم وجوب الوفاء وحينئذ
فيحتاج التمسك
بالآية بعد الإجازة إلى ثبوت عموم أزماني في خطاب (أوفوا) ولم يثبت. وربما يعكس
الأمر ويتمسك
بالعموم على صحة الفضولي حتى على تقدير ظهور الآية في عقود أنفسكم بدعوى: أنه
بالإجازة
يصير عقد الفضولي عقدا " للمالك.

ويرده: إن الإضافة هنا ليست لمطلق الاختصاص ليشمل الاختصاص الحاصل بالإجازة، بل
المراد
الاختصاص الصدوري وعقد الفضولي لا يحصل له هذا الاختصاص بالمالك وإن تعقبته
الإجازة، فإنه
لا يكون عقدا " صادرا " منه لا بالمباشرة ولا بالتسيب. (ص ١١٦)
(٢٠) الطباطبائي: الانصاف: أن نظر المستدل ليس إلى التمسك بالعمومات بل غرضه
ترتيب قياس،
صغراه وجداني وكبراه مفروغ عنه وهو أن كل عقد صدر عن أهله في محله فهو واجب
الوفاء، وحينئذ
فالحق ما ذكره الشهيد من: أنه من باب المصادرات، وذلك لأنه إن كان المراد الأهلية
بالنسبة إلى هذا المبيع
الذي للغير.
وبعبارة أخرى: الأهلية الفعلية فلا نسلم الصغرى وإن أريد الأهلية من حيث هو والحلية من
حيث هي

فالكبرى ممنوعة، ولو كان المراد التمسك بالعموم كان يكفي أن يقول: يصدق عليه إنه
عقد فيشملة
العمومات. (ص ١٣٥)

(٢٦٧)

ولعل مراد الشهيد: أن الكلام في أهلية العاقد، ويكفي في إثباتها العموم المتقدم. (٢١)
وقد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروة البارقي، حيث دفع إليه النبي صلى الله عليه وآله
وسلم
دينارا "، وقال له: (اشتر لنا به شاة للأضحية) فاشترى به شاتين، ثم باع أحدهما في الطريق
بدينار، فأتى النبي صلى الله عليه وآله
وسلم بالشاة والدينار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: (بارك الله لك في
صفقة يمينك)، فإن بيعه وقع فضولا ". (٢٢)

(٢١) الإصفهاني: لا يخفى عليك إن اشتراط تأثير العقد بالرضا لا ربط له بأهلية العاقد بما
هو عاقد، ولا
يكون المبيع قابلا " لوقوع العقد عليه، بل أهلية العاقد - بما هو عاقد - منوطة بكونه
عاقلا " عقلا "، وبكونه
بالغا " شرعا "، وقبول المحل منوط بكونه مما يتمول ومما يملك، فلا قصور في العاقد
ولا في العقد ولا فيما وقع
عليه العقد، والمفروض حصول الإجازة الكاشفة عن الرضا والمحقة للانتساب فلا
مصادرة، وكون المبيع
للغير لا يسقط العاقد - بما هو عاقد - عن أهلية العاقدية، ولا المحل عن قبول وقوع العقد
عليه، فما أفاده
المصنف رحمه الله في توجه المصادرة، وأجاب عنها بأبوابها بالعموم خال عن الوجه. (ج)
٢ ص ٨١) * (ص ١٣٢)
(٢٢) الإيرواني: قضية عروة لاشتباهها واحتمال مأذونية عروة من النبي صلى الله عليه وآله
وسلم في أمر
المعاملات وما يرجع إلى السوق، لا تصلح للاستدلال بها فلا وجه لاتعاب النفس فيها.
(ص ١١٨)
النائيني (المكاسب والبيع): أورد على الاستدلال بالرواية بأمر،
الأول: إن تقريب الاستدلال بها يتم مع ظهورها في توكيل عروة في خصوص شراء الشاة
بحيث ينصدم به
احتمال كونه وكيلا " مفوضا "، وأما مع احتمال الوكالة المفوضة فلا يتم الاستدلال،
وذلك لقيام احتمال
كونه وكيلا " في بيع الشاة واقباض المثلث وقبض الثمن ومع قيام الاحتمال يبطل
الاستدلال لو لم يدفع
بدافع.
هذا، مضافا " إلى امكان دعوى ظهور الرواية في الوكالة المفوضة إلا أنه لا يحتاج إلى
دعواه مع انهدام
أساس الاستدلال بصرف الاحتمال، ولا دافع لهذا الإشكال إلا دعوى ظهور الرواية في
توكيل عروة في
خصوص الشراء وهي ليست بكل البعيد. (ص ١٣)

النائبي (منية الطالب): قد ظهر مما ذكرنا في تقريب الاستدلال بالعمومات إن عقد الفضولي صحيح بمقتضى

(٢٦٨)

وإن وجهنا شرائه على وجه يخرج عن الفضولي. (٢٣)

الأدلة العامة والقواعد الكلية فالاستدلال لصحته بالأدلة الخاصة إنما هو لمزيد إتقان فلو نوقش فيها بما ذكر في كلمات الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم، فلا يضر بالقول بالصحة فمن الأدلة الخاصة قضية عروة. والظاهر: أن محل الاستدلال بها إنما هو في بيعه لا في شرائه، لأنه مسبوق بالإذن الفحوى حيث إن إذنه صلى الله عليه وآله وسلم له بشراء شاة بدينار يقتضي إذنه ورضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق أولى. ثم إن دخول بيعه في الفضولي يتوقف على عدم كون عروة وكيلا " مفوضا "، فإنه لو كان كذلك، أو

احتمل كونه كذلك بطل الاستدلال بالقضية، فالعمدة هذا الإشكال. (ص ٢١٣) (٢٣) الطباطبائي: بدعوى: أن المراد جنس الشاة الصادق على الواحد والمتعدد، أو لأنه وإن كان المراد شاة

واحدة إلا أن البائع ما كان يرضى إلا أن يبيع شاتين فتدبر. (ص ١٣٥) الإصفهاني: بتقريب: إن الأمر باشتراء شاة بدينار يفيد الإذن بالفحوى في اشتراء شاتين بدينار وكما أن الإذن في اشتراء شاة بكل الدينار يفيد الإذن بالفحوى في اشتراء شاة ببعض الدينار فهو من الإذن السابق

المستفاد بالفحوى التي هي من أنحاء الدلالات اللفظية. وأما التوجيه بإرادة طبيعة الشاة الصادقة على الواحدة والمتعددة فبعيد وأبعد منه التوجيه بعدم رضا البائع لا، حتى يكون شراء الشاتين خارجا " عن تحت الوكالة فيكون مورد الفضولي هو بيعه أحد الشاتين اللتين اشتراهما، إذ لم يتعلق به الوكالة. (ص ١٣)

هذا، ولكن لا يخفى أن الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي. (٢٤)

(٢٤) الآخوند: قد عرفت: دخولها فيه فيما عقد على ملك الغير، لكنه يتوقف على عدم كون عروة وكيلا " في معاملته صلى الله عليه وآله وسلم، ولا يكون أمره بالاشترى ظاهرا " في عدم كونه وكيلا "، ولا بتركه ظاهرا " في الإجازة، كما لا يخفى. (ص ٥٣)

الإصفهاني: قد عرفت: حق القول في المسألة ومورد الرواية مع قطع النظر عن كون الطرف هو النبي صلى الله عليه وآله وسلم من موارد الرضا الفعلي دون التقديري، إذ لم يتحقق بعد الالتفات إلى بيع إحدى الشاتين بدينار وصيرورة الأخرى كالمجان مطلب يجعله موافقا " للغرض بل التبريك كاشف عن موافقة في حد ذاته للغرض وإن لم يلتفت إلى الموضوع الموافق للغرض. والظاهر: أن التبريك لمجرد الدعاء على ما وقع، لا لتتميم المعاملة باظهار الرضا باظهار لازم تمامية المعاملة وهو كونه مباركا ".

ثم، إنه ربما يرمى هذا الخبر بضعف السند وإن الراوي عامي ويجاب بانجبار ضعفه باستناد المشهور إليه وتوضيح الحال: أن المذكور في الكتب الفقهية الاستدلالية من زمن شيخ الطائفة قدس سره إلى زماننا هذا إن الراوي عروة البارقي وفي بعض العبارات عروة بن جعد البارقي، مع أن المذكور في الكتب الرجالية للخاصة والعامية عرفة الأزدي الموصوف بأنه دعا له النبي صلى الله عليه وآله بقوله: (اللهم بارك في صفقة يمينه)، أو (بارك الله لك في صفقة يمينك).

نعم، في الاستيعاب من كتب العامة غرفة الأزدي بالغيث المعجمة وقد ذكر الشيخ قدس سره في رجاله إن عرفة الأزدي من أصحاب أمير المؤمنين عليه السلام وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دعا له فقال: (اللهم الخ) وكذا العلامة في الخلاصة وغيره في غيره.

وحكي عن البرقي: أنه ذكره في أصحاب الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وقال: (في الأصفياء من أصحاب أمير المؤمنين عليه السلام عرفة الأزدي وكان رسول الله دعا له الخ) وفي رجال العامة أيضا " بهذا

الاسم مع الدعاء المذكور له، بل حكى السيد القاضي التستري رحمه الله عن الإصابة من
رجال العامة بأنه
قدح في سند الدعاء بأن رواه من أهل الكوفة وأكثرهم من الشيعة.

(٢٧٠)

توضيح ذلك: إن الظاهر علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما يفعل، وقد أقبض المبيع

وقبض الثمن، ولا ريب أن الاقباض والقبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفاً " في مال الغير، (٢٥) فلا بد: إما من التزام أن عروة فعل الحرام في القبض والاقباض، وهو مناف لتقرير

النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

وإما من القول بأن البيع الذي يعلم بتعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة، بناء على كون الإجازة كاشفة، وسيجيء ضعفه.

فيدور الأمر بين ثالث، وهو جعل هذا الفرد من البيع - وهو المقرون برضا المالك - خارجاً "

عن الفضولي، كما قلناه.

ورابع، هو علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن،

وعلم المشتري بكون البيع فضولياً " حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة،

أقول: عروة الأزدي أو غرفة الأزدي وإن كان معروفاً " في كتب الرجال للخاصة والعامّة وقد وصف كما

عرفت: بأنه الذي دعا له النبي بما مر، إلا أنه مع ذلك غير عروة البارقي صاحب القضية، كما في كتاب

الإصابة في معرفة الصحابة، فإنه ذكر عروة البارقي إلى أن قال: وحديثه مشهور وهو الذي دفع إليه النبي

صلى الله عليه وآله وسلم ديناراً " ليشتري به شاة. نعم حيث إنه بنفسه غير موثق عندنا فلذا لم يذكر في

الكتب الرجالية الخاصة والله أعلم. (ج ٢ ص ٨٢) * (ص ١٣٢)

(٢٥) النائيني (المكاسب والبيع): وفيه: ما لا يخفى، أما أولاً " : فلفساد المبنى وقد تقدم بما لا مزيد عليه.

وأما ثانياً " : فلما فيما ذكره من التأييد بالقبض والاقباض، وذلك لأنه - بناء على المختار من اعتبار

الاستناد في صحة العقد - نقول: الذي يحتاج إلى الاستناد إنما هو العقد وأما القبض والاقباض فيكفي في

جوازهما العلم بالرضا، فصدور القبض والاقباض من عروة إنما هو لأجل علمه برضا النبي صلى الله عليه

وآله وسلم، وهو كاف في جواز وقوعهما منه وخروج فعله عن كونه محرماً " ، لكن لا يخرج بذلك فعله

البيعي عن كونه فضولياً " لأجل فقد الاستناد ولو كان الرضا متحققاً " .

وبالجملة: فدلالة هذا الفقرة من الرواية على صحة الفضولي غير قابل للانكار وأنه لا ينافيه وقوع القبض

(۲۷۱)

وإلا فالفضولي ليس مالكا " ولا وكيلا " ، فلا يستحق قبض المال، فلو كان المشتري عالما " فله أن

يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال، بخلاف ما لو كان جاهلا " . (٢٦)
ولكن الظاهر هو أول الوجهين، كما لا يخفى. (٢٧)

فمدفوعة: بأن تقريره صلى الله عليه وآله وسلم وتبريكه كما يكشف عن عدم كون عروة
فاعلا " للحرام،

كذلك عن عدم كونه متجريا " فاعلا " للقبیح بسبب عدم احراز بالتصرف في ماله صلى
الله عليه وآله وسلم

وأما قبض الثمن من المشتري فيكفي في جوازه رضا المشتري فعلا " لاعتقاد أصالة عروة
وتمامية المعاملة

وإن تخلف عن الواقع، لأن تخلف الدواعي لا يضر بالرضا الفعلي، ولو فرض تقييد رضاه
بعنوان القبض

المتفرع على البيع، فالمسلم منه بملاحظة الأغراض النوعية لنوع الباعين والمشتريين تقيده
بسلامة الثمن

والمثمن، وهذا القيد كان محققا " في الواقع فلا موجب لانتفاء الرضا أصلا " فتدبر. (ج ٢
ص ٨٤) * (ص ١٣٢)

(٢٦) الإيرواني: لو كان جاهلا " أيضا " يتأتى الدفع على وجه الاستيمان بأن يدفعه بعنوان
الرضا المطلق

والرضا على جميع التقادير على أنه إن كان مالكا " فبما هو مالك وإن لم يكن مالكا " فبعنوان الاستيمان.

نعم إذا اعتقد أنه مالك لا يتأتى قصد الاستيمان. (ص ١١٨)

(٢٧) الطباطبائي: قلت: كون الظاهر ذلك ممنوع وكذا خروجه معه عن الفضولية كما
عرفت، فالأولى بناء

على مذاقه أن يقال: مع هذا الاحتمال لا يمكن الاستدلال، وعلى ما ذكرنا: أنه يمكن هناك
إذن بالفحوى أو

بشاهد الحال، بل يمكن كون عروة وكيلا " مطلقا " كما قيل إنه روى أنه كان معد
الخدمات النبي صلى الله

عليه وآله وسلم هذا مع أن الرواية عامي ضعيف. (ص ١٣٥)

الإيرواني: ومن (ما ذكرناه في الرقم السابق) ظهر ما في قوله: (لكن الظاهر هو أول
الوجهين)، فإن استظهاره

هذا متفرع على قصر قصد الاستيمان بصورة العلم بالفضولية مع استظهار جهل المشتري
بها في قضية

عروة وقد عرفت: بطلان القصر المذكور ونحوه في البطلان استظهار جهل المشتري
بالفضولية في قضية عروة

فإنه لا منشأ له. (ص ١١٨)

خصوصاً " بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاء، ثم، وصل كل من العوضين إلى صاحب الآخر وعلم برضا صاحبه، كفى في صحة التصرف.

وليس هذا من معاملة الفضولي، لأن الفضولي صار آلة في الايصال، والعبرة برضا المالك المقرون به. وقد تقدم أن المناط فيها مجرد المراضاة ووصول كل من العوضين إلى صاحب

الآخر وحصوله عنده بإقباض المالك أو غيره ولو كان صبياً أو حيواناً، فإذا حصل التقابض بين فضولين أو فضولي وغيره مقروناً برضا المالكين. (٢٨)

(٢٨) الطباطبائي: لم أفهم وجه هذا الدعوى ولم أدر من أين هذا الظهور، مع أنك عرفت سابقاً: " أنه لا بد

في المعاطاء من وقوع الإنشاء بالفعل ولا يكفي مجرد وصول العوضين مع المراضاة من دون إنشاء فعلي.

هذا، مع أن هذا مناف لقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (بارك الله لك في صفقة يمينك)، فإن ظاهره كون

البيع صادراً " من عروة لا أن يكون آلة في الايصال.

ثم، لو كان الظاهر كونه على وجه المعاطاء يكون دليلاً " على كون المتداول في ذلك الزمان ذلك فيكون

من الأدلة على عدم اعتبار الصيغة في البيع. (ص ١٣٥)

النائني (منية الطالب): لا وجه لتأييد الخروج عن الفضولية بما ذكره قدس سره من: أن الظاهر وقوع معاملة

عروة على جهة المعاطاء، والمناط فيها هو الرضا ومجرد وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر، وذلك

لأنه لا وجه للظهور مع أن الإنشاء القولي في كمال السهولة.

ثم، إنه كيف يكفي للمالك مجرد وصول العوضين إلى مالك الآخر مع الرضا!

نعم، بناء على الإباحة يمكن القول بكفايته، ولكن الظاهر من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (بارك الله في

صفقة يمينك) إن المعاملة صدرت من عروة قولاً " أو فعلاً "، لا إنه كان آلة للايصال. (ص ٢١٣)

النائني (المكاسب والبيع): لا يخفى ما فيه أما أولاً " : فلمنع ظهور الرواية في كون بيع الصادر عن عروة

معاطياً " خصوصاً " مع ملاحظة كونه من أهل اللسان وكون التكلم بالصيغة مثل بعتك وقبلة قليل المؤنة

لديه من غير حاجة إلى حضور عند من يجري الصيغة له، كما لا يخفى.

وأما ثانياً " : فلما تقدم في باب المعاطاء من احتياج المعاطاء إلى إنشاء فعلي ولا يكفيه صرف وصول كل

واستدل له أيضا " - تبعا " للشهيد في الدروس - بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب،

فاستولدها الذي إشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها

ابني بغير إذني.

فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها. فناشده الذي إشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك. فلما رآه أبوه قال له: أرسل ابني. قال: لا والله! لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه... الحديث). قال في الدروس: وفيها دلالة على صحة الفضولي وإن الإجازة كاشفة. ولا يرد عليها: شئ مما يوهن الاستدلال بها، فضلا " عن أن يسقطه. وجميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونة. (٢٩)

والحاصل: أن الرضا بالبيع والرضا الذي بنفسه هو البيع فرق، والبيع في الأول قائم بالغير والمالك

قد رضي به وفي الثاني، قائم بنفس المالك. (ص ١١٨)

(٢٩) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أن الاستدلال بهذه الصحيحة، تارة " : لحكم الإمام عليه السلام بصحة

البيع في هذه القضية الشخصية، وأخرى: لحكمه عليه السلام بأن بيع الفضولي لو تعقبه الإجازة يصح.

فلو كان على الوجه الثاني، فالمناقشة في نفس هذه القضية لا توجب المنع عن الاستدلال بها، لأن الكبرى

تستفاد منها على أي تقدير، نعم، لا بد من توجيه نفس القضية لئلا يلزم خروج المورد.

ولو كان على الوجه الأول، فلا يصح الاستدلال بها لما يرد عليه من الإشكالات.

ولكنها ضعيفة إلا واحد منها هو ظهور الرواية في كون الإجازة بعد الرد فمنها حكمه عليه السلام بأخذ الوليدة

قبل سماع دعوى المشتري فلعله يدعي وكالة ابن السيد.

ومنها: عدم استفصاله عليه السلام من السيد في الإجازة وعدمها وحكمه بأخذه الوليدة قبله.

ومنها: حكمه عليه السلام بأخذ ابنها معها، مع أنه تولد حر العدم علم أبيه بالحال فكان الوطي شبهة وإلا

لم يكن وجه لقوله عليه السلام: (خذ ابنه الذي باعك لينفذ البيع)، فإنه لو كان الواطي عالما " بأن الوليدة

كانت لغير البائع لم يكن له وطئها وكان الولد رقا " .

إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد، من جهة ظهور المخاصمة في ذلك، وإطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعين أخذ الجارية وأنها من المالك - بناء على أنه لو لم يرد البيع وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرد - ومناشدة المشتري للإمام عليه السلام والحاحه عليه في علاج فكاك ولده، وقوله: (حتى ترسل ابني) الظاهر في أنه حبس الولد ولو على قيمته يوم الولادة. (٣٠)

منه حتى لا يكون بعده قابلا " للإجازة. والحاصل: أن دلالة هذا الخبر على قابلية البيع الفضولي للإجازة غير قابل للانكار، كما لا يخفى. (ص ١٥)

(٣٠) الطباطبائي: هذا وما عطف عليه من قوله: (واطلاق حكم الخ) وقوله: (ومناشدة المشتري للإمام عليه السلام والحاجة الخ) وقوله: (حتى ترسل الخ) شواهد على ظهورها في كون الإجازة بعد الرد. وأما قوله: (وحمل امساكه الوليدة الخ) فهو مبتدأ خبره قوله: (ينافيه الخ) وهو جواب عما يمكن أن يقال في دفع الظهور المذكور من: أنه يمكن أن يكون أخذ الجارية لأجل مطالبة ثمنها بعد إجازة البيع، لا لأجل الرد فلا يكون ما ذكر دليلا " على كونها بعد الرد ليكون مخالفا للاجماع. وحاصله: أن هذا مناف لقوله: (فلما رأى ذلك الخ)، فإن ظاهره أنه أجاز البيع بعد أخذ ولده لا من الأول. (ص ١٣٥)

الإصفهاني: ليس المراد بالرد المانع من تأثير الإجازة مجرد اظهار الكراهة وعدم الرضا بالبيع وإلا لزم عدم انعقاد العقد مع الكراهة وعدم تأثير الرضا بعد تبدل الكراهة به، بل المراد رفع العقد وحله وهو وإن كان يقع بالقول وبالفعل، لكنه ليس هنا فعل يدل على رفع العقد وحله إذا المخاصمة غايتها الدلالة على عدم الرضا بالبيع وأنه مما لم يأذن به ولم ينكر إلا هذا المعنى حيث قال: (باعها ابني بغير إذني) وأخذ الجارية وولدها يجتمع مع الكراهة ومع حل العقد، وليس تصرفا " ناقلا " ينافي بقاء العقد على حاله إلا بحله وابطاله، فما دام لم يتحقق منه الإجازة المال ونمائه باق على ملكه، كما أن العقد ما لم ينحل باق على حاله، وحيث إن المال باق على ملكه قبل الإجازة لا موجب لتقييد جواز الأخذ باختيار الرد، بل مع عدمه وعدم الإجازة يجوز له أخذه.

وحمل إمساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها - كحبس ولدها على القيمة - ينافيه قوله عليه

السلام: (فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع الولد) (٣١) والحاصل: إن ظهور الرواية في رد البيع أولا مما لا ينكره المنصف، إلا أن الانصاف: أن ظهور الرواية في أن أصل الإجازة مجدبة في الفضولي - مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد الرواية - غير قابل للانكار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر، لقيام القرينة - وهي الاجماع - على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد. (٣٢)

وأما مناقشة المشتري فلا تدل على أنه رد البيع بل حيث إنه ما أجاز البيع واسترد ماله ونمائه إلى أن ينفك بأداء قيمته فطلب منه علاجاً " ليحيز البيع.

ومنه تبين: أن قوله عليه السلام: (حتى ترسل ابني) لا ظهور له في رد البيع بل له ظهور في عدم إجازة البيع وللمالك قبل الإجازة ولو على الكشف التصرف في ماله، غاية الأمر: أنه إذا أجاز ينكشف بطلانه، لا أنه

لا يجوز له تكليفاً قبل الإجازة. نعم، الكلام في الأصيل فإنه على النقل لا يجوز وعلى الكشف محل

الكلام، كما سيأتي إن شاء الله (ج ٢ ص ٨٦) * (ص ١٣٣) (٣١) الإصفهاني: لا حاجة إلى هذا الحمل المقتضي لإجازة البيع دفعا " لاحتمال الرد ليجاب بأنه مناف

لقوله: (فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع) فيعلم منه: أنه ما كان مجيزاً " وإن حبسه لم يكن مبنياً "

على الإجازة، بل قد عرفت: إن المال قبل الإجازة باق على ملكه فله استرداده وهو يجمع عدم الإجازة وعدم. (ص ٨٦)

(٣٢) الإيرواني: لا يخفى إنا إما أن نقول: بأن الرواية ظاهرة في الإجازة بعد الرد، أو لا نقول بهذا

الظهور فعلى الثاني، سبيل الاستدلال بها واضح ولا يبقى موضوع للمناقشة. وعلى الأول: فإما أن نقول بأن ظهورها قابل للتصرف والحمل على الإجازة قبل الرد أو غير قابل.

فعلى الأول: أيضا " لا إشكال في التمسك بها، فإنه يتصرف فيها بقرينة الاجماع ويحمل على عدم تحقق

الرد. ثم يستدل بها على حكم المقام. وعلى الثاني: وهو الذي عليه بناء كلام المصنف، فالانصاف: أن الرواية لا تنفع للمقام، إذ لم تشتمل على

والحاصل: أن مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتغالها على
تصحيح
بيع الفضولي بالإجازة - بناء على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعاً " في الحكم
الشرعي - كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقاً بالرد مانعاً "
عن
الاستدلال بها، موجبا " للاقتصار على موردها، لوجه علمه الإمام عليه السلام مثل كون
مالك
الوليدة كاذبا في دعوى عدم الإذن للولد فاحتال عليه السلام حيلة يصل بها الحق إلى
صاحبه
أما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله (خذ ابنه حتى
ينفذ لك
البيع) وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية (فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه)
في
أن للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه، وينفذه لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة
الشخصية
في وقوعها بعد الرد، فيؤول ما يظهر منه الرد بإرادة عدم الجزم بالإجازة والرد، أو كون
حبس
الوليدة على الثمن، أو نحو ذلك. (٣٣)

وقوله عليه السلام: (فلما رأى سيده الوليدة أجاز بيع الولد) لا يدل على أنه كان رادا "
للبيع وإنما يدل
على أنه لم يكن مجيزاً " له ولو لأجل انتظار الثمن أو قيمة الولد فلما رأى يده لا تصل إليه
صفح وأغمض
عما كان ينتظره وعفى المشتري عن الثمن بإجازة قبض ابنه له.
ومما ذكرنا ظهر: أنه لو قلنا بظهور الرواية في الإجازة بعد الرد لشيء مما ذكره المصنف
ومما لم يذكره
فهي مما لم يتسرع إليه التصرف والتأويل بالحمل على ما ذكرناه بعد الاجماع على عدم
تأثير الإجازة بعد
الرد فيتصرف فيها بذلك التصرف ثم يستدل بها بالحكم المقام.
وقد عرفت: أنه لولا ذلك لم يكن سبيل إلى التمسك بالرواية بعد الاعتراف بظهورها في
الإجازة بعد
الرد وعدم اشتغالها على لفظ عام يشمل غيرها. (ص ١١٨)
(٣٣) الطباطبائي: يمكن دفعه بأن المسلم من كون الرد مانعاً " عن الإجازة ما إذا كان
صريحا " لا في مثل
المقام الذي ليس إلا اظهار الكراهة.
هذا، مع أن هذا الاجماع لا يكون كاشفا " قطعيا " فالانصاف: أن الرواية لا مانع من
العمل بها وتكون

دليلاً " على صحة الإجازة حتى بعد الرد، لكن هذا إنما يتم إذا كان ظهور الفقرتين في
صحة الإجازة في

(٢٨٥)

وكأنه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم يستدل بها في مسألة الفضولي، أو يكون الوجه في الاغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنها لا تزيد على الاشعار، ولذا لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي، بل ذكرها في موضع آخر. (٣٤)

فضولي كي ينفذ بالإجازة حقيقة لكنه يمكن الاستدلال بها إذا لوسيلة التي علمه الأمير عليه السلام

للمشتري لو لم يكن وسيله صحيحة بحسب الظاهر لخرجت عن كونها وسيلة للمشتري فنفس جعلها بحسب

الصورة وسيلة يستكشف منها إنها في نفسها وسيلة شرعية وإن البيع ينفذ بالإجازة. وأما حملها على تجديد البيع فهو وإن كان يوجب خروج موردها عن محل الكلام إلا أنه مناف لقوله عليه

السلام: (أجاز بيع ابنه) لا أنه أجاز البيع ليقبل الحمل على تجديد البيع وفي بعض النسخ (حتى ينفذ ذلك

البيع) فهو إشارة إلى بيع الابن مع أنه لو كان المراد تجديد البيع لزم على المشتري أداء قيمة الولد وليس

كإجازة البيع حتى يكون على الكشف موجبا " لوقوع الوطي في ملكه واقعا ". والظاهر من الرواية: إجازة البيع فقط لامع أخذ قيمة الولد ولذا استفاد الشهيد رحمه الله في الدروس من

الصحيحة كاشفية الإجازة، إذ لا منشأ لها إلا عدم الحكم بأخذ قيمة الولد بعد الإجازة ولا يذهب عليك إن

اختلاف نسخ الرواية من حيث كونها (حتى ينفذ لك البيع) بالفاء والذال المعجمة، كما في الكافي

والتهذيب أو (حتى ينقد لك ما باعك)، أو (ينقد لك ما باعك) بالقاف والذال المهملة أو بالقاف والذال

المعجمة، كما في الاستبصار والفقيه على ما حكى لا يوجب سقوط الرواية عن الاستدلال إذ المفروض، كما

هو الظاهر تعلق التنقيد والانقاذ المبيع، أي: حتى يخلص لك المبيع وهي الوليدة والتنقيد أو الانقاذ وإن كان

يمكن أن يكون بتجديد البيع وليس كالانقاذ ظاهرا " في الإجازة إلا أن قوله عليه السلام: (أجاز بيع ابنه)

صريح في إنفاذ البيع فيكون قرينة على أن المراد تخليص المبيع بالإجازة لا بتجديد البيع. وأما حمل التنقيد على تنقيد الثمن، كما هو المتعارف من نسبة إلى الثمن فخلافا للظاهر، إذ لم يقل حتى

ينقد ما باعك به حتى يخرج عن محل الكلام، مع أن في قوله عليه السلام: (أجاز بيع ابنه) - الظاهر من نقل

القضية إنه بتقرير الأمير عليه السلام وإن الإمام عليه السلام إنما حكاه ليكون مدار العمل عليه - غنى وكفاية

والله تعالى أعلم. (ج ٢ ص ٨٧) * (ص ١٣٣)
(٣٤) الإيرواني: قد تقدم عن الدروس أن فيها دلالة على صحة الفضولي ومع ذلك كيف
يمكن أن يكون

(٢٨٧)

لكن الفقيه في غنى " منه بعد العمومات المتقدمة.
وربما يستدل أيضا " : بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحر والعبد، (٣٥)
الثابتة بالنص
والاجتماعات المحكية، فإن تمليك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تمليك ماله أولى بذلك،
مضافا " إلى ما علم من شدة الاهتمام في عقد النكاح، لأنه يكون منه الولد، كما في بعض
الأخبار.

الوجه في عدم ذكره لها في مسألة الفضولي عدم دلالتها وكونها من مجرد إلا شعار! (ص
١١٨)

(٣٥) النائيني (منية الطالب): لا يصح الاستدلال بالأخبار الواردة في نكاح الحر لغيره
كنكاح الأب لابنه
ونكاح الولي العرفي من الأخ والعم والأم للأخ وابن الأخ والابن إلا من باب الأولوية، لأن
في هذه الأخبار ليس عموم ولا تعليل موجب للتعدي. (بخلاف العبد كما سنشير إليه قريبا
")

وتقريب الأولوية: إن تمليك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تمليك ماله أولى، لأن النكاح
أحرى بشدة

الاهتمام به فإذا صح في الأهم ففي غيره يصح بطريق أولى. (ص ٢١٥)
الطباطبائي: لكن فيه أولا " : إن صحة النكاح لا يستلزم صحة البيع، لأنه غير موقوف على
المهر لأن

بطلان المهر لا يستلزم بطلان النكاح فدلالة الأخبار على صحة النكاح بالإجازة في هذه
الصورة إنما هي من

حيث النكاح فقط فلا دلالة لها على صحة البيع.
وثانيا " : يمكن منع شمول الأخبار لمثل هذه الصورة فهي منصرفة عنها.
هذا وأما الفحوى فهي ظنية، إذ المصالح المقتضية لجعل الأحكام خفية فلعل الحكمة
تقضي توسعة أمر النكاح
من هذه الجهة دون غيره.

هذا، مع أن الحكم في النكاح أيضا " ليس من المسلمات وإن ادعى عليه الاجتماعات، لأن
المحكي عن الشيخ

في المبسوط والخلاف انكاره فيه من الأصل، وعن فخر المحققين أيضا " ذلك فيه وفي
سائر العقود وعن ابن

حمزة اختصاصه بتسعة مواضع لوجود النص فيها دون غيرها.

وأما الأخبار فهي أيضا " واردة في موارد مخصوصة كنكاح الأب لابنه، كما في الموثقة
إذا زوج الرجل ابنه

فذاك إلى ابنه ونكاح الولي العرفي من الأخ والعم ونحوها، كما في صحيحة الحذاء ونكاح
الأم لابنه، كما في

وقد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد واستدل بها في الرياض، بل قال إنه لولاها
أشكل

الحكم من جهة الاجماع المحكية على المنع. وهو حسن، إلا أنها ربما توهن بالنص
الوارد في

الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه، بالصحة في
الثاني، لأن المال له عوض، والبطلان في الأول، لأن البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام
عليه السلام - في مقام ردهم واشتباهم في وجه الفرق - (سبحان الله! ما أجور هذا
الحكم

وأفسده، فإن النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه، لأنه الفرج، ومنه يكون الولد... الخبر).
وحاصله: أن مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع، من حيث
الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره، فدل على أن صحة البيع يستلزم صحة النكاح
بطريق أولى، خلافاً " للعامة حيث عكسوا وحكموا بصحة البيع دون النكاح، فمقتضى
حكم

الإمام عليه السلام: أن صحة المعاملة المالية الواقعة في كل مقام تستلزم صحة النكاح الواقع
بطريق أولى، وحينئذ فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحة
البيع،

لأن الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل في باب الأولوية، وإلا لم يتحقق
الأولوية،

كما لا يخفى. (٣٦)

(٣٦) الإصفهاني: وأما الوهن الذي ادعاه المصنف قدس سره في الفحوى فمخدوش: بأن
العامة لم يستندوا

في صحة البيع مع الجهل بعزل الوكيل إلى الاحتياط ليجيب الإمام عليه السلام: بأن النكاح
أولى بالاحتياط

فهو أولى بالصحة جدلاً " عليهم، حيث إن الصحة والفساد لا يوافقان الاحتياط، بل
الاحتياط بالطلاق

وتجديد العقد أو بالإجازة مع عدم الرد ليكون العقد إما عن وكالة أو عن إجازة، بل
استندوا إلى استحسان

يقتضي الصحة في البيع، والبطلان في النكاح فمقتضى القاعدة بيان بطلان
استحسانهم وحيث إنه عليه

السلام لم يتمكن من ابطاله تقية منهم فلذا راعى جانب الاحتياط.

وأجاب بما محصله: أن النكاح حيث إنه أحرى بالاحتياط من غيره مما يتعلق بالماليات،
فاللزم فيه الاستناد

إلى ركن وثيق من آية أو رواية لا إلى القياس والاستحسان وليس كالماليات التي لا اهتمام
بها كالنكاح و

فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح أولى بالبطلان من جهة أن البضع غير قابل للتدارك بالعرض. (٣٧)

بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله ، مستدلا " بأنه يكون منه الولد، مع أن الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين ، ولا احتياط في البين. ويمكن أن يكون الوجه في ذلك: أن إبطال النكاح في مقام الإشكال

والاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعا " فيتزوج المرأة ويحصل الزنا بذات البعل بخلاف إبقائه، فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخالية عن المانع، وهذا أهون من وطء ذات البعل.

فالمراد بالأحوط هو الأشد احتياطا ". (٣٨)

وكيف كان، فمقتضى هذه الصحيحة: أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي، لم يوجب ذلك التعدي إلى الحكم بصحة بيع الفضولي. نعم، لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن

الحكم بصحة النكاح، لأن النكاح أولى بعدم الإبطال، كما هو نص الرواية. ثم إن الرواية وإن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي، إلا أن المستفاد منها قاعدة كلية، هي: إن

إمضاء العقود المالية يستلزم إمضاء النكاح، من دون العكس الذي هو مبني الاستدلال في مسألة الفضولي.

(٣٧) الإصفهاني: لا يخفى عليك أن كلام العامة إذا كان مبنيًا " على الاحتياط فله لا زمان،

أحدهما: إن البيع على فرض صحة لو كان باطلا " لكان النكاح الذي لا مقتضى لصحته أولى بالبطلان.

ثانيهما: إن النكاح على فرض بطلانه لو كان صحيحا " فالبيع أولى منه بالصحة، لأنه لا مقتضى فيه

للبطلان، والمناسب في مقام دعوى الموافقة مع العامة هو اللزم الثاني دون الأول فالعبارة لا تخلو عن

مسامحة. (ج ٢ ص ٩٢) * (ص ١٣٥)

(٣٨) الآخوند: كما يمكن أن يكون الوجه هو: أن احتياط الشارع وحرمة عدم إبطال النكاح والتوسعة في

أمره، لئلا يقع الناس كثيرا " في الزنا، وكذلك شرع عقد التمتع، ولم يقتصر على الدائم، فيكون المراد هو

هذا، ثم إنه ربما يؤيد صحة الفضولي، بل يستدل عليها: بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة، مثل موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل دفع إلى رجل مالا " ليشتري به

ضربا " من المتاع مضاربة، فاشترى غير الذي أمره، قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه) ونحوها غيرها الواردة في هذا الباب. (٣٩)

احتياط الشارع بهذا المعنى، لا احتياط المكلف، كي يشكل بأن الأمر فيه دائر بين المحذورين بلا احتياط في البين، كما لا يخفى. (ص ٥٣) الإيرواني: بل يكون المراد من الاحتياط في النكاح هو الأخذ بما هو أقل محذورا " وأخف مفسدة لا الاحتياط الحقيقي. (ص ١١٩)

(٣٩) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أن هذه الروايات التي استدل المصنف رحمه الله بها، أو جعلها مؤيدة لا تدل على المطلوب ولا مؤيدة له.

أما أخبار باب المضاربة، فهي على قسمين قسم تعلق النهي فيه بسفر العامل دون أصل المعاملة كخبر

أبي بصير، عن الصادق عليه السلام في الرجل يعطي مالا " مضاربة وينهاه أن يخرج به إلى أرض أخرى

فعصاه قال عليه السلام: (هو ضامن له والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه) ونحوه غيره مما يدل على أنه لو هلك المال فهو له ضامن، وإن خسر فيه فالوضيعة عليه، وإن ربح فالربح بينهما وقسم تعلق النهي

فيه بنفس المعاملة كخبر أبي الصلاح عن أبي عبد الله في الرجل يعمل بالمال مضاربة قال: عليه السلام (له

الربح وليس له من الوضيعة شيء، إلا أن يخالف عن شيء مما أمر به صاحب المال) وفي معناه روايات أخر كصحيح الحلبي وغيره مما هو مذكور في المتن.

أما القسم الأول، فمرجع النهي فيه إلى النهي عن المعاملة التي فيها خسران وأما المعاملة التي فيها ربح

فغير منهي عنها، وذلك لأن النهي عن السفر ليس لكراهة نفس السفر ولا لكراهة المعاملة التي فيها نفع،

بل إنما هو لأن السفر مظنة لهلاك المال أو نقص وصفه أو قيمته فأصل المضاربة باقية، فتدخل المعاملة التي

فيها ربح في عمومها وإنما تخرج المعاملة التي فيها وضيعة.

وأما القسم الثاني، فاشتراكهما في الربح ليس للإجازة اللاحقة بل لصحة المضاربة بنحو الترتب وذلك

، لأنه معلوم أن غرض المالك ليس إلا الاسترباح فينهي عن معاملة خاصة لما يراها بلا منفعة، فكأنه قال:

(۲۹۸)

فإنها إن أبقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة - كما نسب إلى ظاهر

الأصحاب، وعد هذا خارجا " عن بيع الفضولي بالنص، كما في المسالك وغيره (٤٠) - كان فيها استيناس لحكم المسألة، من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقا " في نقل مال المالك إلى غيره. (٤١) الإذن

في التجارة فيكون المراد من الاشتراط فيها الضمان لا تخصيص مورد الإذن في التجارة والتقييد فيه.

وعلى هذا فلا دخل لها بمسألة الفضولي أصلا ". (ص ١٣٦)
(٤٠) الإيرواني: ينبغي عده خارجا " عن مسألة اعتبار رضا المالك وطيب نفسه في انتقال ماله. (ص ١١٩)

الآخوند: يمكن خروجه عنه موضوعا " بدعوى: أن المالك وإن عين ضربا " من المتاع، إلا أنه بنحو العقد في المطلوب، فيكون ما اشتراه العامل في صورة ظهور الربح على وفق غرضه أيضا "، ويقتضيه عقد مضاربتة

وليس قضية التعيين إلا ضمان العامل فيما إذا تخلف، لا الخروج عما هو مقتضى المضاربة رأسا "، فافهم. (ص ٥٣)

(٤١) الإيرواني: اعلم: أن المصنف حصر احتمال الروايات في اثنين استأنس بها على أحدهما وأيد بها المدعى على الآخر.

وحاصله: أن الروايات الواردة في باب المضاربة المتفقة على صحة المعاملة التي أوقعها العامل من غير إذن

رب المال، إما أن تكون في موضوع حصول الإجازة منه، وإما أن تكون لا في هذا الموضوع وقد حكمت بالصحة تعبدا "،

فعلى الأول: تؤيد بها صحة الفضولي مع الإجازة كلية وإن احتمل قصر الحكم بالمورد تعبدا ".

وعلى الثاني: يحصل الاستيناس بها لصحته، فإنها وإن نفت اعتبار رضا المالك في موردها رأسا "، إلا أنها

بنفيها ذلك يقرب نفي اعتبار اقتران رضاه في سائر الموارد. وأنت خبير: بأنه إن عمل بهذه الأخبار على هذا الاحتمال ولم تؤول أو تطرح بما دل من العقل والنقل على

اعتبار رضا المالك في انتقال ماله كانت مقصورة على موردها ومقتضاها حكم تعبدي محض أجنبي عن

مسألة الفضولي، فإن نفي اعتبار رضا المالك في مورد بالمرة كيف يستأنس به على نفي

اعتبار اقتران
رضاه في مورد آخر!

(٣٠٢)

وإن حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح - كما هو الغالب، ومقتضى

الجمع بين هذه الأخبار، وبين ما دل على اعتبار رضا المالك في نقل ماله والنهي عن أكل المال بالباطل - اندرجت المعاملة في الفضولي. (٤٢) وصحتها في خصوص المورد وإن احتمل

كونها للنص الخاص، إلا أنها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

ومن هذا القبيل: الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم، وإن الربح لليتيم، فإنها إن حملت على صورة إجازة الولي - كما هو صريح جماعة تبعاً " للشهيد - كان من أفراد

المسألة، وإن عمل بإطلاقها - كما عن جماعة ممن تقدمهم - خرجت عن مسألة الفضولي،

لكن يستأنس بها لها بالتقريب المتقدم. (٤٣)

عنوانا " لمعاملة العامل حتى يكون إجازتها إمضاء لها بعنوان المضاربة المنطبق عليها ليؤثر أثر المعاملة على

طبق عقد المضاربة، بل عقد البيع مثلاً " عقد في قبال سائر العقود لا معنونا " بعنوان آخر من سائر العقود.

ودعوى: أن استحقاق الربح لقاعدة احترام عمل المسلم مدفوعة أولاً: " بأن العامل بتعديه عما قرر له

المالك هتك حرمة عمله بنفسه.

وثانياً: " بأن مقتضى القاعدة ليس استحقاق الربح المجعول بل أجره المثل. (ص ١٣٥) *

(ج ٢ ص ٩٢)

(٤٢) الطباطبائي: مما ذكرنا (تحت الرقم ٣٩) ظهر ما في ما ذكره المصنف قدس سره من: إن حملها على

الفضولي مقتضى الجمع بينهما وبين ما دل على اعتبار الرضا والنهي عن أكل المال بالباطل، مع أن الجمع

المذكور إنما يتم إذا لم يكن ما دل على اعتبار الرضا ظاهراً " في اعتبار المقارنة وأن يخرج المعاملة بالإجازة

عن الأكل بالباطل وإلا فليس الحمل المذكور جمعا "، ومع عدم الظهور في المقارنة والخروج عن الباطل

بذلك، فلا حاجة إلى الأخبار المذكورة، بل يكفي العمومات إلا أن يكون المقصود توجيه للأخبار المذكورة

، لا الاستدلال بها على المدعى فتدبر. (ص ١٣٦)

(٤٣) الإيرواني: يأتي ما قدمناه من الكلام في الأخبار السابقة هنا بعينه. (ص ١١٩) الإصفهاني: بل ظاهر بعضها اتجار الولي بمال اليتيم كقوله عليه السلام: (إذا عندك مال

وضمنته فالربح لك

(۳۰۴)

وربما احتتمل دخولها في المسألة من حيث إن الحكم بالمضي إجازة إلهية لاحقة للمعاملة،
فتأمل. (٤٤)

وفيه: لا حاجة إلى الإجازة فلا معنى لكون المراد منه صورة الإجازة ولذا عمل باطلاقها من
لا يقول بصحة
الفضولي في سائر المقامات كالشيخ في المبسوط وابن زهرة والحلبي والحلي وفخر
الاسلام وحينئذ فإما أن
نقول إن تصرف غير الولي أيضا " مأذون فيه في مال اليتيم بالإذن الوضعي إذا كان فيه
مصلحة
في الواقع وإن كان منها " عنه بالنهي التكليفي ويكون ضامنا " له إذا لم يعلم المصلحة
الواقعية وإما أن
نقول إن الصحة في المقام تعبدية من جهة الأخبار المذكورة وعلى أي حال لا دخل لها
بمسألة الفضولي، بل
ولا استيناس أيضا ".
نعم، لو قلنا: إن الصحة من باب إجازة الولي وإنه لو لم يحز لنا صحت كانت من الفضولي
لكنه مجرد
احتمال مخالف للظاهر لا يصلح للتأييد فضلا " عن الاستدلال، هذا مع أن التصرف
المذكور لما كان
موافقا " للمصلحة الواقعية فاللازم وجوب الإجازة على الولي حينئذ ومعه لا معنى للتوقف
عليها فتأمل.
(ص ١٣٧)
(٤٤) الطباطبائي: يمكن أن يقال: الكلام في الصحة بالإجازة من المالك لا بالإجازة من
الله تعالى، ولا
ملازمة بينهما هذا مع أن الإجازة الإلهية لا معنى لها إلا الحكم بالصحة تعبدا " وليست من
الإجازة المتأخرة.
(ص ١٣٧)
الإيرواني: ظاهر الأخبار بيان الحكم الشرعي دون الإذن والتصرف المالكى نحو إجازة
الملاك والأولياء
للمعاملة، ولئن سلمنا كان موردها مشتملا " على الرضا المقارن من الله تعالى دون الإجازة
اللاحقة فيكون
أجنيبا " عن الفضولي. (ص ١١٩)

وربما يؤيد المطلب - أيضا " - : برواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي دفع إليه مال

ليشتري به نسمة ويعتقها، ويحجه عن أبيه، فاشترى أباه وأعتقه، ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع، وادعى كل منهم أنه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام: (يرد

المملوك رقا " لمولاه، وأي الفريقين أقاموا البينة بعد ذلك على أنه اشتراه بماله كان رقا " له

.... الخبر)، بناء على أنه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع. (٤٥) بعد مطالبته

المتضمنة

لإجازة البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامة البينة عليها كافية في تملك المبيع.

(٤٥) الطباطبائي: هذه الرواية، كما ترى! مضافا " : إلى ضعف سندها بجهالة الراوي أو غلوه مخالفة

للقواعد ولم يعمل بها المشهور ومع ذلك فلا شهادة لها على ما نحن فيه، إذ الظاهر أن كلا من الفرق كان

يدعي كونه مأذونا " بل المفروض أنه مأذون من مولاه، والدافع أب الورثة فالمراد إن من أقام البينة على

مدعاه فالقول قوله، والتعبير المذكور كناية عن ذلك وليس المراد كفاية مجرد ثبوت كون الشراء بعين

ماله وإن كان المقصود بالشراء غيره ليكون من الفضولي. (ص ١٣٧)

الإصفهاني: بل ظاهر الرواية الفراغ عن كون البيع بالإذن وإنما المدعي لكل واحد شرائه بمال نفسه

ومقتضاه فساد البيع بالنسبة إلى مولى الأب لعدم إمكان تملك مال شخص بمال نفسه فلذا حكم عليه السلام

بعوده ماله إلى مولاه مع أن في الرواية سندا " ودلالة ما فيها. (ج ٢ ص ٩٤) * (ص ١٣٥)

الإيرواني: والظاهر: انحصار التأييد بها للمدعى في حكمه عليه السلام بكون العبد لورثة الميت إذا أقاموا

هم البينة باشترائه بالألف الذي دفع إليه مورثهم ليشتري عبدا " فلم يشتر حتى إذا مات المورث وانتقل

الألف إلى الورثة فاشترى حينئذ مع عدم كونه مأذونا " منهم في الشراء وأما مولى العبد. فالظاهر: إنه كان قد أذن في التجارة وكان بيد العبد مال يتجر به، كما أن المعاملة أساسا

" باطلة على

تقدير كون الشراء بمال موالي الأب.

ولكن الظاهر من مساق الرواية: إن الورثة أيضا " كانوا راضين بالمعاملة من حين وقوعها،

لا أنهم قد
أجازوا معاملته فعلا " بمطالبة المبيع فتخرج الرواية عن صلاحية التأييد. (ص ١١٩)

(٣٠٩)

ومما يؤيد المطلب أيضا " : صحيحة الحلبي عن الرجل يشتري ثوبا " ولم يشترط على صاحبه

شيئا " فكرهه ثم رده على صاحبه، فأبى أن يقبله إلا بوضيعة، قال: (لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه، رد على صاحبه الأول ما زاد)، فإن الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي لنفسه. (٤٦)

الثاني: دلالة حكمه عليه السلام برد المملوك رقا " لورثة الدافع لو كانوا هم يقيمون البينة بالتقريب المتقدم،

بناء على أن يكون الدافع وكيل العبد المأذون في البيع، فإنه تبطل وكالته بموته ويكون شراء

العبد المأذون بعد موته فضوليا في المال المدفوع إليه المنتقل إلى ورثة الدافع بعد موته.

ولا يخفى أن كل واحد من التقريين خلاف ظاهر الخبر،

أما الأول فلصراحة الخبر في كون العبد مأذونا " في التجارة فيكون بيعه عن مولاه بإذن منه ويخرج عن

باب الفضولي،

وأما الثاني: فلظهور الخبر في كون دفع الدافع إلى العبد المأذون من باب الوصاية لا الوكالة وذلك بقريئة

إلا أمر بالحج عنه بالباقي عن الألف بعد اشتراء النسمة الظاهر في كونه إيصاء بالحج، فحينئذ يصح بيعه

بعد موت الدافع بلا دخل له بالفضولي.

نعم، على هذا لا بد من الحكم بحرية الأب المشتري لا عوده رقا " إلى ورثة الدافع ليحتاج في الحكم بعوده

إلى الرق إلى التوجيه.

وكيف كان فهذه الرواية ضعيفة السند مخالفة للقواعد، ومع ذلك غير دالة على صحة الفضولي بعد

الإجازة.

(٤٦) الإيرواني: ظاهر التعبير بلفظ (لا يصلح) في الصحيحة وظاهر تعليق رد ما زاد على بيع ما أخذه

بأكثر مما أخذ دليل الكراهة وإن رد ما زاد على وجه الاستحباب فتدل على صحة الإقالة بوضيعة وإلا باع

، أو لم يبيع وعلى تقدير البيع بأي ثمن باع لم يكن له مخلص من المشتري الأول، بل وجب عليه رد عين ماله

فالصحيحة دليل لابن الجنيد القائل بصحة الإقالة بوضيعة.

ويمكن التأيد له - أيضا " - بموثقة عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن السمسار يشتري

بالأجر فيدفع إليه الورق، فيشترط عليه إنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع، فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت. قال: لا بأس... الخبر.) (٤٧)

وحاصل المراد: أنه إذا باع الثوب المردود إليه بأكثر من ثمنه أي الذي تقوم عليه بعد الرجوع إليه بوضيعة فليرد الزيادة للمشتري الأول، لأنه خسر هذا المقدار في هذا الثوب بشرائه وورده ووصل إلى البيع ما يقابله. (ص ١٣٧)

الإصفهاني: لا يخفى عليك أن البيع لو كان صحيحا " بالإجازة، فلا فرق بين البيع بما زاد أو بما نقص أو بما ساوى، فالإقتصار على الأول كاشف عن أن الوضيعة وإن كانت مشروعة لا بعنوان الإقالة، فإنها لا

يقتضي إلا رد كل من العوضين بتمامه إلى صاحبه، بل بعنوان آخر كالصلح والشرط بإزاء نفس الإقالة

فالبيع صحيح في نفسه، إلا أن رد ما زاد بعنوان الاستحباب رعاية للمستقبل لئلا يتضرر بإقالته دون ما إذا

ساواه أو نقص، فإن المقييل حينئذ كالمستقيل في الأول وأسوأ حالا " منه في الثاني. (ج ٢ ص ٩٥) * (ص ١٣٥)

النائيني (المكاسب والبيع): وجه دلالة هذا الخبر على صحة الفضولي هو: أن إقالة بيع الثوب إذا رده

على بايعه بالوضيعة تكون باطلة، فيبقى الثوب عند البائع على ملك المشتري وإذا باعه البائع والحال

هذا يكون فضوليا " ووجوب رد الزائد عن ثمنه إلى المشتري إنما هو لمكان وقوع البيع في ملكه، فيدل على

صحة الفضولي مع إجازة المالك.

ولا يخفى ما فيه، لأن تسلم المشتري الثوب إلى البائع تفويض لكل ما يرجع إليه إلى البائع من بيعه

وشرائه، غاية الأمر بتخيل أنه ماله لمكان الجهل ببطلان الإقالة فيدخل المقام فيما لو إذن الغير في التصرف

في مال باعتقاد أنه مال المأذون، ثم تبين أنه من مال الإذن وسيأتي حكمه.

وكيف كان فهو خارج عن باب الفضولي. (ص ٣١)

(٤٧) النائيني (منية الطالب): وأما موثقة عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام عن السمسار يشتري بالأجر

فيدفع إليه الورق، فيشترط عليه إنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته

بناء على أن الاشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه، ليكون الورق عليه قرضا " فبييع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة، ويوفيه دينه. ولا ينافي في هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممن يشتري بالأجر، لأن توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته وشغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية. ويحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة فيلتزم بالبيع فيما رضي ويفسخه فيما كره. ويحتمل أن يكون فضوليا " عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد ويرد ما يكره. (٤٨)

المتاع فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال: (لا بأس)، فالظاهر منها هو الاحتمال الثاني المذكور في المتن وهو أن يشتري لصاحب الورق بإذنه مع جعل الخيار له على بائع الأمتعة. نعم، التعبير بالفسخ كان أنسب من الترك، ولكن مجرد هذا لا يجعل الرواية ظاهرة في الفضولي. (ص ٢٢٠)

النائبي (المكاسب والبيع): تقريب دلالة هذا الخبر هو أن يقال: إن فيه ثلاث احتمالات الأول: أن يكون الدلال وكيل صاحب الورق في شراء المتاع مع جعل الخيار لصاحب الورق على صاحب الأمتعة.

الثاني: أن يكون اشتراه لنفسه فبييع على صاحب الورق ما رضيه.

الثالث: أن يكون فضوليا " عن صاحب الورق فيجيز ما يختاره، وحيث إنه لا ظهور في الخبر في أحد الاحتمالات يصير مجملا " من هذه الجهة والإمام عليه السلام لما أجاب بعدم البأس مع ترك الاستفصال عن هذه المحتملات، يكون جوابه هذا كاشف عن صحته مطلقا " حتى على الاحتمال الأخير المنطبق على الفضولي، فيصير دالا " على صحة الفضولي بالإجازة.

ولا يخفى ما فيه لظهور الخبر في كون اشتراء السمسار لنفسه، كما هو المعمول من الدالين في هذه الأعصار أيضا "، حيث إنهم يشترون أولا " ثم يبيعونه ممن ساومهم، كما يظهر في الخبر على ما في الفقيه حيث إن فيه بعد قوله: (فما شئت أخذته وما شئت تركته) ورد هكذا (فيذهب فيشتري، ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت الخ)، حيث إنه في الدلالة على كون شراء السمسار لنفسه أظهر، كما لا يخفى.

(ص ٣٢)

(٤٨) الطباطبائي: فيه أولا " : إن ظاهر الخبر أحد الاحتمالين الأولين.

وليس في مورد الرواية ظهور في إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافي كونه فضوليا "، كما لا يخفى. (٤٩) فإذا احتل مورد السؤال لهذه الوجوه وحكم الإمام عليه السلام بعدم البأس - من دون استفصال عن المحتملات - أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

وثانياً: " إنه كيف يمكن أن يكون الشراء فضولياً " مع فرض إذنه فيه! (ص ١٣٨) الإصفهاني: الحكم بالفضولية بملاحظة أن غاية ما صدر من صاحب الورق اخباره برضاه إذا شاء وبرده إذا شاء فلا يكون اعطائه الورق وقوله: (تشتري) إذناً " في الاشتراء، إلا أن الظاهر أحد الشقين المتقدمين (ج ٢ ص ٩٥) * (ص ١٣٥) الإيرواني: قد عرفت: إن احتمال الفضولية باطل لا يحتمل من السؤال ولو سلمنا، فمن المقطوع به إن الاشتباه في مراد صاحب الورق لم يكن من السائل وإنما كان اشتباهه حكماً " محضاً " مع تبين موضوع السؤال وتعيين ما وقع وجرى بينه وبين صاحب الورق وقد حكم الإمام عليه السلام أيضاً " بعدم البأس في ذلك الموضوع. نعم، نحن لا نعلم ذلك الذي جرى ماذا ونحتمل أن يكون شيء من الأمور المذكورة وهذا لا يوجب الحكم بالعموم، فإن عدم الاستفصال الذي هو دليل العموم هو عدم الاستفصال في موضوع عدم تبين موضوع السؤال لا في موضوع تبينه وكان الاشتباه في حق غير المتخاطبين، كما في المقام. (ص ١١٩) (٤٩) الإيرواني: انقسام الإذن في الشراء على قسمين، قسم يخرج الشراء عن الفضولية، وآخر لا يخرج، إنما يكون إذا اختلف متعلق الإذن، وما حصل من الخارج في الشراء إما بأن إذن صاحب الورق في أن يشتري الدلال لنفسه، فذهب واشترى لصاحب الورق، أو إذن في مجرد إنشاء المعاملة بلا رضا منه بحقيقتها وكان رضاه بحقيقتها تابعا " لرؤيته للسلعة واختياره أو الرضا بالإنشاء، لا يخرج المعاملة عن الفضولية وإلا خرج كل فضولي عن كونه فضولياً " لرضا المالك بالإنشاء وكل من الأمرين باطل. أما الأول: فإن الإذن بالشراء لنفسه بورق الغير ليس عند المصنف إذناً " في البيع، فإن حقيقة البيع متقوم

بدخول العوض في ملك صاحب المعوض، مع أن صريح الصحيحة الإذن في البيع وأيضا "
ظاهرها هو: أن
الدلال أتى بما أمر به لا بشئ أجنبي.

(٣١٧)

وربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه، معللا بأنه لم

يعص الله وإنما عصى سيده. (٥٠)

وحاصله: أن المانع من صحة العقد إذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً، وهو عصيان الله تعالى، وأما المانع الذي يرجى زواله - كعصيان السيد - فبزواله يصح العقد، ورضا المالك من هذا القبيل، فإنه لا يرجى أولاً " ويرضى ثانياً "، بخلاف سخط

الله عز وجل بفعل، فإنه يستحيل رضاه.

وأما الثاني: فلأن الإذن في إنشاء المعاملة إن كان لا لغرض كان لغواً " وإن كان لغرض تحقق المعاملة من

ذلك ما أخذ كان ذلك إذناً " في حقيقة المعاملة وخرجت المعاملة عن الفضولية، فالوجه في الموثقة

هو الاحتمال الثاني، أو احتمال آخر لم يذكره المصنف وهو أن يكون قوله: (وما شئت تركته) اشتراطاً " من

صاحب الورق على السمسار أن يتقبل المبيع لنفسه ويشتريه لنفسه بذلك الورق الذي دفعه بإزائه.

(ص ١١٩)

(٥٠) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى أن تأييد هذه الأخبار على صحة الفضولي متوقف على

استقاط خصوصية رضا السيد في البين وجعل المناط في صحة نكاح العبد هو رضا السيد - بما هو - له

الدخل في صحة نكاحه، لا بما هو سيده وعلى هذا، فيصير دليلاً " على صحة الفضولي لا مؤيداً " له، كما

قدمنا تقريره فيما استدل به بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحر والعبد. (ص ٣٣)

الطباطبائي: قد عرفت: الفرق بين عقد غير المالك وعقد المالك الموقوف على رضا الغير، والتعليل إنما يتم

في الثاني.

هذا، مع أن مجرد العقد على مال الغير لا يكون عصياناً " إلا أن يكون المراد منه العصيان الوضعي حسبما

اخترناه فتدبر. (ص ١٣٨)

الإصفهاني: إن عموم التعليل كما يقتضي عموم ما يصدر من العبد نكاحاً " كان أو بيعاً " أو غيرهما كذلك

نقول: هنا إن عمومه يقتضي عموم المعاملة من حيث صدورهما من العبد أو من غيره، لأن الاعتبار بعدم

كون المعاملة معصية له تعالى، لا عدم كونها معصية من العبد، فإن النكاح في العدة

المذكور مثالا " في متن

(٣١٨)

هذا غاية ما يمكن أن يحتج ويستشهد به للقول بالصحة، وبعضها وإن كان مما يمكن
الخدشة
فيه، إلا أن في بعضها الآخر غنى " وكفاية. (٥٣)

إن قلت: لعل الاستيذان من المالك واقتران رضاه بالعقد من شرائط تأثير المعاملة فكان
الفضولي بتركه له
عاصيا ". قلت: كما يستفاد من الرواية أن سبب البطلان منحصر في معصية الخالق، كذلك
يستفاد منها إن
عدم رضا المخلوق ليس من معصية الخالق تلك المعصية الابتدائية المؤثرة في بطلان
المعاملة وإلا لم يتم
التعليل في مورده أيضا " وجاء إشكال إن الاستيذان من السيد أيضا " لعله دخيل في تأثير
عقد النكاح
فيكون بتركه عاصيا " لله.
إلا أن يقال: إن هذه الاستفادة، أعني: عدم مدخلية رضا السيد في تأثير عقد النكاح
مختصة بمورد الرواية
بدلالة الاقتضاء ومن جهة توقف صحة التعليل في مورده وعليه هذه الدلالة غير موجودة في
سائر الموارد
فإذا جاء احتمال دخل مقارنة رضا المالك في تأثير العقد، كما يقوله المبطل للفضولي بطل
الاستدلال
بعموم التعليل لصحته لتوقف صحة الاستدلال به على عدم كونه معصية للخالق والمفروض
أن هذا
مشكوك والحديث لا يعين موضوع المعصية عن غيره. (ص ١٢٠)
(٥٣) النائيني: (منية الطالب): (أولا "): إن هاهنا أخبار آخر لم يذكرها المصنف، مع أنها
أظهر في الدلالة على
صحة الفضولي مما ذكره وحيث أثبتنا صحتها بمقتضى القواعد العامة فلا يهمنا ذكرها
وبيان دلالتها.
(ثانيا "): إنه يمكن الاستدلال بالروايات الواردة في نكاح الأمة المشتراة من الغنائم، فإن
قوله عليه السلام:
(فقد وهبت نصيبي منه لكل من ملك شيئا " من ذلك من شيعتي، لتحل لهم منافعهم من
مأكل ومشرب
ولتطيب مواليدهم إلى آخره)، يدل إما على إجازة النكاح، أو على إجازة الشراء، فإن هذه
الهبه من علي عليه السلام بعد قوله: (فيستولي على خمسي من السبي والغنائم ويبيعونه فلا
يحل لمشتريه، لأن نصيبي فيه)
يدل على أن الإجازة اللاحقة تؤثر وفي بعض هذه الروايات ما يدل على استرضاء بعضهم
من تحليل
الفروج من الصادق عليه السلام فقال عليه السلام: (هذا لشيعتنا حلال).
ولا يخفى أن هذه الروايات من القضايا الحقيقية ولا يمكن أن تكون ناظرة إلى الإجازة

المتعلقة بالعقد الواقع
في الخارج وإباحة الإمام عليه السلام المناكح والمساكن موجبة لخروج التصرف عن
التصرف في ملك الغير.
نعم، يدل على صحة الفضولي رواية عليا الأسدي، قال: (دخلت على أبي جعفر عليه
السلام، فقلت له: إني

(٣٢١)

واحتج للبطلان بالأدلة الأربعة:

أما الكتاب، فقولته تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض). دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أن غير التجارة عن تراض أو التجارة لا عن تراض غير مبيح لأكل مال الغير وإن لحقها الرضا، ومن المعلوم أن الفضولي غير داخل في المستثنى. وفيه: أن دلالة على الحصر ممنوعة، لانقطاع الاستثناء، - كما هو ظاهر اللفظ

وصريح المحكي عن جماعة من المفسرين - ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فردا " من الباطل خارجا " عن حكمه. (٥٤)

وليت البحرين فأصبت بها مالا " كثيرا " واشترت متاعا " واشترت دقيقا " واشترت أمهات أولاد وولدي، وأنفقت وهذا خمس ذلك المال وهؤلاء أمهات أولادي ونسائي قد آتيتك به. فقال: أما إنه كله لنا وقد قبلت

ما جئت به وقد حللتك من أمهات أولادك ونسائك انتهى. فإنها ظاهرة في إنشاء الإباحة فعلا ". (ص ٢١٧ و ٢٢٠)

الطباطبائي: ويمكن أن يستدل عليه برواية مسمع بن يسار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام إني كنت

استودعت رجلا " مالا " فجحدنيه وحلف بي عليه، ثم إنه جاءني في بعده بستين بالمال الذي كنت استودعته

إياه فقال: هذا مالك فخذ وهذا أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك اجعلني في حل

فأخذت المال عنه وأبيت أن آخذ الربح وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأتيت حتى أستطلع رأيك

فما ترى؟ قال عليه السلام: (فخذ نصف الربح واعطه النصف إن هذا رجل تائب والله يحب التوابين)، فإن

ظاهر ذيله إن تمام الربح له وإنه عليه السلام أمره باعطائه النصف منه من جهة إنه تائب وهو لا ينطبق

الأعلى صحة الفضولي. ويمكن أن يستدل عليه أيضا " بما عن الكليني عن أبي حمزة الشمالي، قال: سئلت أبا جعفر عليه السلام عن الزكاة تجب على في موضع لا يمكنني أن

أؤديها قال: (اعزلها فإن اتجرت بها فأنت

لها ضامن ولها الربح وإن نويت في حال ما عزلتها من غير أن تشتغلها في تجارة فليس عليك، فإن لم تعزلها

فاتجرت بها في جملة مالك فلها بقسطها من الربح ولا وضيفة عليها). (ص ١٣٨)

(٥٤) الإيرواني: دلالة الآية مبنية على أمور ثلاثة،

وأما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو - مع تسليمه - مخصوص بما إذا لم يكن

للقيد فائدة أخرى، ككونه واردا " مورد الغالب، كما فيما نحن فيه وفي قوله تعالى: (وربائبكم

اللاتي في حجوركم) (٥٥)

مع احتمال أن يكون (عن تراض) خبرا " بعد خبر لتكون على قراءة نصب (التجارة) - لا قيدا " لها - (٥٦) وإن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد - فيكون المعنى: إلا أن يكون سبب

الأكل (تجارة) وتكون (عن تراض)

ومن المعلوم: أن السبب الموجب لحل الأكل في الفضولي إنما نشأ عن التراضي، (٥٧)

واحد من المتعاملين مورد الخطاب وعدم ارتباط خطاب كل الآخر ولا ملازمة بين ارتباطية العقد

الصادر عنهما بحيث يكون لكل واحد منهما دخل في حصوله وتحققه وبين ارتباطية خطاب المتعلق بكل

واحد منهما، فإذا صدر العقد من الأصيل والفضولي يكون الأصيل متعلقا " للخطاب بنفس صدوره، إذ ما

هو اللازم من قبله تحقق بحيث لا حالة انتظارية من قبله، وإنما وقوف العقد من ناحية عدم تحقق الإجازة

من طرف الآخر فيكون هذا العقد لازم الوفاء من طرف الأصيل ويصير كذلك بسبب الإجازة من طرف

الآخر. (ص ٣٤)

(٥٥) الإيرواني: إذا سلم سياق التحديد لم يكن محيىص من الالتزام بالمفهوم ولم يكن محل لحمل القيد على

الغالب، فإن القيود الغالبية التوضيحية لا يؤتى بها في مقام التحديد. (ص ١٢٠)

(٥٦) الطباطبائي: الاحتمال إنما يكون مخلا " بالاستدلال إذا كان موجبا " للاجمال ومن المعلوم أنه في المقام

مخالف للظاهر حسبما اعترف به المصنف قدس سره.

ويؤيده: أنه على قراءة الرفع يتعين التعيين التقييد، إذ دعوى احتمال كونه خبرا " وكون تجارة اسما " بعيد في

الغاية، إذ عليه كان المناسب تعريف التجارة. (ص ١٣٨)

(٥٧) الطباطبائي: هذا حاصل المعنى وإلا فلا يمكن أن يرجع الضمير في يكون إلى لفظ السبب المقدر وبـل

التقدير على قراءة النصب إلا أن تكون التجارة تجارة عن تراض أو تكون الأموال أموال تجارة عن تراض

والأظهر: الثاني فالضمير راجع إلى الأموال ويكون قوله: (تجارة) قائما " مقام المضاف المقدر وهو

مع أن الخطاب لملاك الأموال، والتجارة في الفضولي إنما تصير تجارة المالك بعد الإجازة، فتجارته عن تراض. (٥٨)

ففيه: أن قراءة الرفع تدل على بطلان الفضولي ولزوم انبعاث التجارة عن تراض وقراءة النصب تدل على صحة وكفاية التراضي ولو لاحقا " فلا يمكن الاستدلال إلا بعد الجمع أو الترجيح ومورد الترجيح والتخيير هما الخبران المتعارضان لا مطلق الطرفين المتعارضين فلا بد من الجمع الدلالي أو التوقف وحيث إن نصب التجارة يجمع التقييد فيحمل عليه ليوافق قرائه الرفع فالآية تدل على البطلان على أي تقدير للوجه

المزبور لا لجواز الاستدلال بكل قراءة. (ج ٢ ص ٩٨) * (ص ١٣٦) الإيرواني: إنما قد أشرنا إلى أن السبب لم ينشأ عن الرضا وإنما هو نفسه فإن العقد بضميمة الرضا قد أثر في حل الأكل فسبب الحل مركب من العقد ورضا المالك لا العقد الناشئ من رضاه فلا يختلف الحال في جواز الاستدلال بين أن يجعل عن تراض قيذا " للخبر الأول أو خبرا " بعد خبر بعد جعل اسم كان هو سبب الأكل.

نعم، إذا قدر الاسم نفس الأموال حصل الفرق بذلك وابتنى الاستدلال بالآية على كونه قيذا " للخبر الأول لا خبرا " بعد خبر. (ص ١٢٠)

(٥٨) الطباطبائي: لا فرق في ذلك بين أن يكون الاستدلال من باب مفهوم الحصر، أو مفهوم القيد وكذا على الإيراد السابق. (ص ١٣٩)

الإصفهاني: وفيه: أن المراد من التجارة المنتسبة إلى المالك بالإجازة، إما التجارة الانشائية القائمة

بالفضول، أو التجارة الحقيقية التي لا يتحقق إلا عند تمامية العلة، فإن أريد الأولى فمن الواضح: إن الصادر من

المالك ليس إلا الإجازة المحققة للانتساب فالتحقق عن الرضا انتساب التجارة الانشائية المحققة سابقا " دون التجارة الانشائية.

ودعوى: أن التجارة المنتسبة صدرت عن التراضي. مدفوعة: بأنها من باب الوصف بحال المتعلق. وإن أريد الثانية فالتمليك بالحمل الشائع وإن كان حين

الإجازة لا قبلها، إلا أن الإجازة ليست حقيقتها التسبب إلى الملكية لتكون مصداق إيجاد

الملكية، بل بها
ينتسب عقد الفضول إلى المالك فتوجد الملكية بتسبب الفضول إليها، فالإجازة متمم
السبب المحقق للملكية

(٣٢٩)

وقد حكي عن المجمع: أن مذهب الإمامية والشافعية وغيرهم أن معنى التراضي بالتجارة إمضاء البيع بالتفرق أو التخاير بعد العقد. ولعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً " بعد خبر. (٥٩) وأما السنة، فهي أخبار: منها: النبوي المستفيض، وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم لحكيم بن حزام: (لا تبع ما ليس عندك) (٦٠) فإن عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه، لعدم تملكه.

(٥٩) الطباطبائي: لا يخفى أن التصرف والتخاير، أي: اختيار البيع مسقطان للخيار، فعلى ما ذكره يكون المراد من التراضي اسقاط الخيار وهذا لا ينافي في القيدية أيضاً "، إذ حاصل مفاد الآية حينئذ أنه لا يحل الأكل إلا بالتجارة المقيدة بالتراضي، أي: بالالتزام بالبيع باسقاط الخيار فيكون الرضا المعتبر في صحة التجارة مسكوتاً " عنه من حيث إنه محقق لصدق الموضوع ومثله لا يصرح به، إذ هو معلوم من الخارج، ألا ترى! أن قوله تعالى: (أحل الله البيع) لا يراد منه إلا البيع الصادر عن الرضا وهكذا في سائر الموارد ولعل هذا دعى الجماعة إلى حمله على ما ذكره، إذ هو المحتاج إلى التصريح به بخلاف ما هو معتبر في أصل الصدق لكن لا يخفى أن لازم ما ذكره عدم جواز الأكل إلا بعد اسقاط الخيار ولا نقول به فتدبر. (ص ١٣٩)

(٦٠) الطباطبائي: الظاهر: أنه عامي ومن طريق الخاصة ما عن الصدوق باسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه في مناهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: (نهى عن بيع ما ليس عندك ونهى عن بيع وسلف).

وخبر سليمان بن صالح عن أبي عبد الله قال عليه السلام: (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وسلف، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن). (ص ١٣٩) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أن هذه الرواية مروية عن طرفنا وعن طرق العامة، فإن في مسند أحمد بن

حنبل ذكر قضايا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن عبادة الصامت الذي هو من أجلاء الصحابة ومن أفضيته صلى الله عليه وآله وسلم قوله لحكيم بن حزام - الذي كان دلالاً - : (لا تبع ما ليس عندك) (ص ٢٢١)

فيكون مساوقا للنبي الآخر: (لا بيع إلا فيما يملك) بعد قوله صلى الله عليه وآله وسلم:
(لاطلاق)

إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك) ولما ورد في توقيع العسكري صلوات الله عليه إلى
الصفار:

(لا يجوز بيع ما ليس يملك). (٦١)

وما عن الحميري إن مولانا عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله: (إن الضيعة لا
يجوز

ابتياعها إلا عن مالكةا أو بأمره أو رضا " منه). (٦٢)

(٦١) الطباطبائي: بناء على أن يقرء (يملك) بصيغة المعلوم، كما هو الظاهر بقريئة
الأختين. (ص ١٣٩)

النائني (منية الطالب): ويقرب من (الرواية السابقة) قوله: (لا بيع إلا فيما يملك)، بناء على
أن يكون

مفاده لا بيع فيما لا يملكه الباع.

وأما بناء على أن يكون يملك مبنيا " للمفعول فلا ربط له بما نحن فيه، وهكذا التوقيع
المبارك: (لا يجوز بيع

ما ليس يملك). (ص ٢٢١)

النائني (المكاسب والبيع): يمكن أن تكون كلمة يملك بصيغة المجهول فيكون التوقيع
دليلا " على بطلان

بيع ما لا يملك شرعا " كالخنزير أو عرفا " كالحشرات والديدان، ويمكن أن يكون بصيغة
المعلوم،

وعلى الثاني: فإن كان النهي عن البيع بمعنى الاسم المصدر فيخرج عن مورد الفضولي
قطعا " وإن كان

بالمعنى المصدر بمعنى أن يكون نهيا عن إنشاء بيع ما لا يملكه فيصير دليلا " على النهي
عن الفضولي،

لكنه أيضا " لا يدل على الفساد لمكان رجوعه إلى مرحلة السبب وقد تقدم: أنه لا يدل
على الفساد. (ص ٣٦)

(٦٢) الطباطبائي: والظاهر أن المراد من الجواب أنه لا يجوز ابتياعها من السلطان، لأنه
غير مالك ولا

مأذون من قبله. (ص ١٣٩)

النائني (المكاسب والبيع): لا يخفى أن هذا الخبر في دلالة على

صحة الفضولي أظهر منه في الدلالة على فساده، وذلك لمكان قوله أرواحنا فداه: (لا يجوز
ابتياعها إلا عن مالكةا أو بأمره أو رضا منه)، إذ

المراد من الابتياح عن المالك هو إيقاع العقد من المالك بالمباشرة والمرد بأمره هو إيقاعه
من وكيله ويكون

المراد من رضائه به هو إيقاعه عن الفضولي وإجازته.

النائني (منية الطالب): وأما رواية الحميري فدلالته على صحة الفضولي أظهر من دلالته

وما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في أرض بقم النيل إشتراها رجل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضنا، وأهل الأسياف يقولون: هي من أرضنا. فقال: (لا تشتريها إلا برضا أهلها). (٦٣)

فإن مقابلة الرضا بالأمر في قوله أرواحنا له الفداء: (إن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكتها أو بأمره أو رضا منه) ظاهرة في كفاية الإجازة اللاحقة، فإن الرضا المقابل للشراء عن المالك، أو بأمره هو الرضا اللاحق الذي هو عبارة عن الإجازة لا الرضا المقارن، فإنه متحقق حين الأمر. فحاصل التوقيع: إن الضياع لا يجوز ابتياعها إلا بمباشرة المالك أو بوكالة منه أو بإجازته بعد ذلك.

(ص ٢٢١)

(٦٣) النائيني (المكاسب والبيع): النهي عن الاشتراء في هذا الخبر ظاهر في النهي عنه بمعنى الاسم المصدري فيكون حاله كحال ما في توقيع العسكري عليه السلام فلا دلالة فيه أيضا " على بطلان الفضولي.

(ص ٣٦)

النائيني (منية الطالب): أما صحيح محمد بن مسلم فلا يدل إلا على أن في مورد نزاع أهل النيل التي هي بلدة بالفرات وأهل الاستان التي هي بلدة ببغداد لا بد من إحراز مالك الأرض وإن المعاملة لا تصح إلا إذا اشترت الأرض من أهلها وليس في مقام إجازة المالك لا تنفع، أو أن الصيغة لا بد أن تكون مقرونة برضا المالك. (ص ٢٢١)

الطباطبائي: قال في القاموس: (النيل بالكسر قرية بالكوفة وبلدة بين بغداد وواسط. وقيل: إن النيل نهر تتشعب من الفرات ينتهي إلى دجلة بمسافة مراحل.) وعلى هذا فالمراد بقم النيل صدر ذلك النهر

والأستان بالضم على ما في القاموس والمجمع أربع كور ببغداد عال وأعلى وأوسط وأسفل ذكره في

القاموس في (س ت ن) وفي مجمع في (اس ت)، والظاهر أن المراد من الأهل في قوله: (لا تشتريها إلا

برضا أهلها) من كانت الأرض بيده لا أهل الاستان وذلك لدلالة يده على لملكية، ويحتمل كون المراد

الأهل الواقعي فلا بد للمشتري من الاحتياط، ويحتمل كون المراد مجموع الطرفين لكونهما خارجين أو

داخليين أو بناء على الاحتياط الاستحبابي إذا كان الأول زائدا " والآخر خارجا " فتدبر.

(ص ۱۳۹)

(۳۳۳)

وما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل في رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب عليها كتابا "إنها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيهما المال أم يمنعها؟

قال: قل له: يمنعها أشد المنع، فإنها باعت ما لم تملكه). (٦٤) والجواب عن النبوي أولا " أن

الظاهر من الموصول هي العين الشخصية، للاجماع والنص على جواز بيع الكلبي، ومن البيع البيع لنفسه، لا عن مالك العين، وحينئذ فيما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء، فيكون دليلا " على

عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا يقع له ولا للمالك بعد إجازته. وإما أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضي ليشتريه من مالكه، قال: لأنه صلى الله عليه وآله وسلم

ذكره جوابا " لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي ويشتره ويسلمه، فإن هذا البيع غير جائز، ولا نعلم فيه خلافا "، للنهي المذكور وللغرض، لأن صاحبها قد لا يبيعه، إنتهى.

وهذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتي خالد ويحيى الآيتين في بيع الفضولي لنفسه، ويكون

بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافي أهليته لتعقب الإجازة من المالك. وبعبارة أخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثرا " في

حقه، فلا يدل على إلغاءه بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له (٦٥)

(٦٤) النائيني (منية الطالب): أما صحيح محمد بن قاسم فهو على صحة الفضولي أدل، فإن الإمام عليه السلام قال: (قل يمنعها أشد المنع)، أي: لا يقبضها الثمن ولم يقل بأن البيع لا يصح. (ص ٢٢١)

الطباطبائي: الظاهر: أن المراد منهم بني عباس، كما المصرح به في نسخة الكافي والمراد بالقطائع، أما ما أقطعه السلطان من الأراضي الموات ليعمرها أو ما أقطعه من الأراضي الخراجية، فعلى الأول: يكون

الوجه في عدم الملك كونها للإمام عليه السلام ويكون من الفضولي. وعلى الثاني: يكون الوجه عدم قابليتها

للبيع فلا دخل له بالفضولي ويظهر من هذا وجه آخر لعدم صحة الاستدلال لمكان هذا الاحتمال

فتدبر (ص ١٣٩)

(٦٥) الطباطبائي: (النص) كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج سئلت: أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل

وهذا المعنى أظهر من الأول ونحن نقول به، كما سيجيء. (٦٦)
وثانياً: "سلمنا دلالة النبوي على المنع، لكنها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة
الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه إذا أجاز. (٦٧)

مع الإجازة سواء أريد من البيع ما هو عليك انشائي أو ما هو تمليك حقيقي فإن المراد إن
كان هو التمليك
الانشائي فهو قابل للصحة والفساد والنهي عنه للإرشاد إلى فساد ما هو تمليك انشائي
مضاف إلى من
ليس عنده المبيع فلا معنى لدلالته على فساد ما إذا كان مضافاً " إلى من عنده المبيع، فإنه من
بيع من كان
عنده لا من ليس عنده وإن كان هو التمليك الحقيقي فليس له نفوذ وفساد بل أمره دائر بين
الوجود
والعدم فإن الصحة والفساد من أوصاف الأسباب فالنهي إرشاد إلى عدم وقوعه ممن ليس
عنده المال لا
ممن عنده والملكية الحقيقية المتحدة ذاتاً " مع التمليك الحقيقي إنما توجد إذا أضيف
سببها إلى المالك فتوجد
الملكية الحقيقية من المالك فهو بيع حقيقي ممن عنده المال. (ج ٢ ص ١٠٢) * (ص
١٣٧)
(٦٦) الإصفهاني: لا لكون مورده بيع العين قبل شرائها من مالكها، بل لأن النهي المتوجه
إلى المخاطب
البايع ظاهر في عدم ترتب الأثر على فعله من حيث إنه فعله، لا من حيث صيرورته فعلاً "
للغير أيضاً "
فلا يدل إلا على عدم وقوعه عنه. (ج ٢ ص ١٠٢) * (ص ١٣٧)
الإيرواني: لا وجه للحمل على خصوص ذلك، بل يراد منه مطلق البيع لنفسه بعد أن كان
مؤدى النفي
عدم وقوع البيع لنفسه الذي لا ينافي وقوعه للمالك، وأما العلامة فإنما خصه بذلك، لأنه لم
يخصص
المنفى بما خصه به المصنف قدس سره فلذلك التجأ إلى تخصيص النبوي بما حسبه أنه
مورده فراراً " من
القول بفساد الفضولي. (ص ١٢١)
الطباطبائي: قلت: ربما يجاب عنه أيضاً " بأن ظاهرة النهي عن البيع بقصد ترتيب الأثر
فغايته الدلالة
على بطلان الفضولي في صورة إرادة البيع لنفسه، كما في بيع الغاصب ولا يدل على بطلانه
فيما إذا باع
للمالك بتوقع الإجازة. (ص ١٤٠)
(٦٧) الإيرواني: يعني أن هذه تدل على البطلان أجاز المالك، أو لم يجز. وتلك تدل على
الصحة إذا أجاز

فيخص هذه بتلك.

(٣٣٧)

وبما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله: (لا يبيع إلا في ملك)، فإن الظاهر منه

كون المنفى هو البيع لنفسه، وأن النفي راجع إلى نفي الصحة في حقه لا في حق المالك، مع

أن العموم - لو سلم - وجب تخصيصه بما دل على وقوع البيع للمالك إذا أجاز. (٦٨)

(٦٨) الطباطبائي: الصواب هو الجواب الأول بما مر في النبوي صلى الله عليه وآله من أن غاية ما يدل

عليه نفي الصحة فيما لو قصد نفسه، كما في الغاصب لا مطلق الفضولي وقد يجاب عنه أيضا " بأن المراد

نفي اللزوم وهو بعيد وقد يجاب أيضا " بأن المراد عدم جواز بيع ما ليس بمملوك كالحرق مثلا وهو أيضا

بعيد والأظهر بقريئة الفقرتين إرادة نفي صحة البيع قبل إن يملك إذا أراد ترتيب الأثر كالطلاق قبل

النكاح والعتق قبل إن يتملك العبد. (ص ١٤٠)

الإصفهاني: إن كان المراد من البيع ما هو تمليك انشائي يتسبب به إلى إيجاد الملكية حقيقة فالنهي راجع

إلى نفي الصحة وإن كان المراد ما هو تمليك حقيقي فالنفي راجع إلى نفي الحقيقة وعلى أي تقدير إذا نسب

البيع إلى المالك بإجازته كان السبب مضافا " إلى من يملك فيفد ممن يملك ويوجد منه التمليك الحقيقي ولا

منافاة بين عدم نفوذه أو عدم وقوعه ممن لا يملك ونفوذه ووقوعه ممن يملك.

وربما يجاب: بحمله على ما إذا باع ليذهب فيشتره - نظرا " إلى ظهور (لا طلاق إلا فيما يملك) و (لا عتق

إلا فيما يملك) في ذلك -، فلا دلالة له على بطلان الفضولي.

ويندفع: بأن الطلاق قبل النكاح بنفسه غير معقول لا يتوجه القصد إليه، فإنه بمعنى إزالة العلقة، فالمراد إزالة

العلقة الحاصلة للغير فضولا " أو عتق ما هو رق للغير، أو بيع ما هو ملك للغير. (ص ١٣٧) * (ج ٢ ص ١٠٢)

النائيني (منية الطالب): لا يخفى أنه لو سلم دلالتها فلا يمكن تخصيصها بالأدلة الدالة على صحة الفضولي،

لأن تعارضهما ليس بالعموم والخصوص المطلق، بتقريب: أن مفاد الأدلة المانعة هو أن بيع مال الغير

لا يجوز، سواء قصد لنفسه أم للمالك، وسواء أجاز أم لم يجز ومفاد الأدلة المجوزة صحة البيع للمالك إذا

أجاز، لأنه لم يكن البيع لنفسه أو للمالك بلا إجازة له محلا " لتوهم الصحة حتى يرد المنع بنحو العموم، بل

التعارض بينهما بالتباين، فإنه لو سلم إطلاق هذه الروايات وشمولها لما إذا قصد الفضولي
البيع للمالك أو
لنفسه مع المنع وعدمه فلا إشكال في شمول الروايات الدالة على الصحة لجميع الأقسام.

(٣٣٩)

وأما الروايتان، فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقتين أوضح، وليس فيهما ما يدل - ولو بالعموم - على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز. (٦٩)
وأما الحصر في صحيحة ابن مسلم والتوقيع، فإنما هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض والضيعة رأساً " على ما يقتضيه السؤال فيهما. (٧٠)
وتوضيحه: إن النهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد، إلا أنه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه. ومن المعلوم: إن عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه، ولذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً "، ولذا عد في الشرايع والقواعد من شروط المتعاقدين - أعني: شروط الصحة - كونه العاقد مالكا " أو قائماً " مقامه.

إليها المصنف قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يجيئني يطلب المتاع، فأقوله على الربح ثم أشتريه فأبيعه منه فقال: (أليس إن شاء فعل وإن شاء ترك) قلت: بلى، قال: (لا بأس). فقلت: إن من عندنا يفسده قال عليه السلام: (ولم؟) قلت: يقول باع ما ليس عنده قال عليه السلام: (فما يقول في السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده)، فقلت: بلى قال: (فإنما صح من قبل إنهم يسمونه سلماً " إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه) والجمع بينها وبين غيرها هو حمل هذه على بيع الكلبي في الذمة وعلى تقدير تسليم إطلاقها لبيع العين الشخصية تكون مفسرة لأخبار المنع وإن السبب في المنع هو عدم القدرة في ظرف الأداء فلو كان قادراً " في ظرف الأداء قدرة عرفته نظير القدرة في السلم لم يكن مانع من الصحة وعليه بمجرد إن اشترى ما باعه قبلاً " يقع بيعه مؤثراً " في حق نفسه بلا حاجة إلى الإجازة. (ص ١٢٠)
(٦٩) الطباطبائي: الظاهر أن المراد بهما روايتا خالد ويحيى وهما وإن لم يذكرهما في طبي الاستدلال إلا أنه لما كان يمكن الاستدلال بهما أجاب عنهما بذلك وأما دعوى أن المراد بهما التوقيعان فهي كما ترى!
(ص ١٤٠)
(٧٠) الطباطبائي: فحاصل مفاده إن البيع بلا مدخلة المالك باطل مع أنه قد يقال: إن قوله: (أو رضا منه) ناظر إلى إجازة الفضولي حيث جعله في مقابل بيع المالك وأمره (ص ١٤٠)

وإن أبيت إلا عن ظهور الروائتين في لغوية عند الفضولي رأساً "، وجب تخصيصها بما تقدم

من أدلة الصحة. (٧١) وأما رواية القاسم بن فضل، فلا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنه باع ما لا يملك، وهذا حق لا ينافي صحة الفضولي. (٧٢) وأما توقيع الصفار، فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب واللزوم، ويؤيده: تصريحه عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك، فلا

دلالة على عدم وقوعه لمالكة إذا أجاز. وبالجملة: فالانصاف أنه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرض فيها إلا لنفي وقوعه للعاقدة.

الثالث: الاجماع على البطلان، ادعاه الشيخ في الخلاف معترفاً " بأن الصحة مذهب قوم من أصحابنا، معتذراً " عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم، وادعاه ابن زهرة أيضاً في الغنية، وادعى

الحلي في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب. والجواب: عدم الظن بالاجماع، بل الظن بعدمه، (٧٣) بعد ذهاب معظم القدماء - كالتقديمين

والمفيد والمرتضي والشيخ بنفسه في النهاية التي هي آخر مصنفاته على ما قيل وأتباعهم - على الصحة، واطباق المتأخرين عليه، عدا فخر الدين وبعض متأخري المتأخرين.

(٧١) الإيرواني: الصواب أن يقال: عن ظهور الصحيحة (لا عن ظهور الروائتين)، لأنه فرع عن جواب

الروائتين وأخذ في الجواب عن الصحيحة. هذا قيد على جهة الوجوب واللزوم لا موقع له، كما أن ما

استشهد به عليه لا شهادة له عليه، فإن غرضه الإشارة إلى الجواب المتقدم، كما يشهد به قوله: (تفريعاً ")

فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكة إذا أجاز وقيد اللزوم لا مدخلية له في ذلك الجواب. (ص ١٢١)

(٧٢) الإصفهاني: وإن شئت قلت: إن مفادها عدم الصحة الفعلية المقتضية لا قباض عوض لا عدم الصحة

الناهية الاقتضائية، كما هو مورد (ج ٢ ص ١٠٤) * (ص ١٣٧) (٧٣) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أن دعوى الاجماع مع مخالفة نفس المدعى أو مخالفة من في عصره

الرابع: ما دل من العقل والنقل (٧٤) على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، فإن الرضا اللاحق لا ينفذ في رفع القبح الثابت حال التصرف، ففي التوقيع المروى في الاحتجاج: (لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه)، ولا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفا".

أو من كان قبله لا تستقيم إلا أن يكون المراد منه الاجماع على القاعدة الكلية مع حدس المدعي أولا من المورد من صغرياتها ومخالفة نفسه ثانيا " أو غيره في هذا الحدس أو سائر المحامل التي ذكرها المصنف في فرائده فمثل هذه الاجماع لا اعتبار بها. (ص ٢٢٢)

الطباطبائي: الانصاف: أن التمسك بالاجماع في مثل المسألة على أحد الطرفين أوهن شيء (ص ١٤٠)

الإصفهاني: ظاهر جوابه قدس سره كما عن غيره إن عدم الجواز أعم من الفساد مع أن الجواز والنفوذ والصحة بمعين وعدم الجواز وعدم النفوذ وعدم الصحة بمعنى يساوق الفساد بل الصحيح إن عدم الجواز بما ينسب إلى العقد من حيث نفسه فيكون فاسدا " لا يصلحه شيء وربما ينسب إلى العقد من حيث إنه ممن لا يملك فإذا أضيف إلى من يملك بالإجازة لم يكن مشموولا للموضوع المحكوم بعدم الجواز وعدم المضي فتدبر جيدا (ص ١٠٤)

الإيرواني: سيما مع قوة احتمال أن يكون مراد المجمعين وكذا الناقل للاجماع البطلان بمعنى عدم الاستقلال في التأثير وقد تقدم في كلام المصنف نسبة إطلاق الباطل على هذا المعنى إلى الأصحاب في عباراتهم. (ص ١٢١)

(٧٤) الإيرواني: كان ينبغي درج دليل النقل في عداد السنة وأما العقل فليس شأنه الحكم على المفاهيم العرفية ليرجع إلى العرف في تعيين موضوع حكمه، بل يحكم على الموضوع الذي يدرك مناط حكمه فيه بلا توسيط لفظ ومن المعلوم أن العقل لا يحكم بقبح مجرد العقد على مال الغير، سواء كان ذلك لتوقع الإجازة أو على وجه الاستقلال، وسواء عد ذلك تصرفا " عرفا " أولا. (ص ١٢١)

الطباطبائي: لا يخفى أن الفضولي إنما يقصد النقل والانتقال جدا " مطلقا " لا هزلا " ولا معلقا " على الإجازة وإلا لم يكن صحيحا " مع الإجازة أيضا " وحينئذ، فلا يبعد صدق التصرف عليه عرفا "، كما يصدق

(۳۴۴)

والجواب: أن العقد على مال الغير متوقعا " لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفا " فيه. (٧٥) نعم، لو فرض كون العقد علة " تامة " ولو عرفا " لحصول الآثار - في

بيع المالك أو الغاصب المستقل - كان حكم العقد جوازا " ومنعا " حكم معلولة المترتب عليه. (٧٦)

ثم لو فرض كونه تصرفا "، فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستضائة والاصطلاء بنور الغير وناره، (٧٧)

(٧٥) الطباطبائي: هذا إنما يتم إذا قلنا إن الدال على الفساد ليس إلا النهي الارشادي، وأما التحريمي فلا

دلالة له على الفساد أصلا " والمفروض أنه في المقام تحريمي. وأما إذا قلنا إن النهي التحريمي أيضا " يدل على الفساد إذا كان متعلقا " بنفس المعاملة،

كما في بيع الخمر فيمكن أن يقال: إنه في المقام كذلك، وذلك لأن النهي متعلق به بما هو بيع، إذ المفروض أنه تعلق بالتصرف

الأعم من الحسي والانشائي فهو فرد من ذلك العنوان لا عنوان آخر وإنما لا يدل على الفساد فيما كان

متعلقا " بعنوان آخر فالمقام نظير أن يفرض النهي المتعلق ببيع الخمر متعلقا " بعنوان كل تقليب فيه الذي منه

البيع، فإنه بما هو بيع تغليب للخمر ومن المعلوم أنه يدل على الفساد حينئذ فتدبر. (ص ١٤٠)

(٧٦) الإصفهاني: ظاهره قدس سره صدق التصرف مع عدم ترقب الإجازة ومع قصد ترتيب الآثار وقد

مر أنه خلاف التحقيق. (ج ٢ ص ١٠٥) * (ص ١٣٨)

(٧٧) الإصفهاني: قد مر: أن اعتبار البائع خفيف المؤنة لا يعقل أن يكون تسببا " فلا بد في معقولية من

التسبب بقصد حصول الإجازة وليس فيه تعليق في مقام العقد، بل نظير الايجاب الذي لا يؤثر إلا

بلحوق القبول فلا يضر قصد التمليك بشرط حصول القبول أو إجازة المالك. (ج ٢ ص ١٠٥) * (ص ١٣٨)

الإيرواني: بل ولو فرض كون العقد علة تامة لحصول الآثار عرفا " لم يكن مجرد العقد تصرفا " في العين

وقبيحا " وإنما العقد تصرف في لسان العاقد والتصرف في العين هو ما يتعقبه من ترتيب الآثار.

نعم، لو كان العقد بالنسبة إلى التصرفات من قبيل الأسباب التي لا يبقى معها الاختيار كان مجرد الصد

تصرفا " ويحكم العقل بقبحه لكن ليس كذلك. (ص ١٢١)

(۳۴۶)

مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال، بناءً على " أن ذلك لا

يخرجه عن الفضولي (٧٨)، مع أن تحريمه لا يدل على الفساد، (٧٩)

النائبي (منية الطالب): لكن لا يخفى أن هذين لا يعدان تصرفاً "، بل انتفاعاً " وإلا لو كان تصرفاً "

كالاستغلال تحت خيمة الغير فاستقلال العقل بجوازه ممنوع. (ص ٢٢٢)

النائبي (المكاسب والبيع): لا يخفى ما فيه، لأن التصرف في مال الغير لا يكون على نحوين، بل ليس

له إلا نحو واحد وهو النحو المحرم، وأما مثل الاستغلال والاستنار فهو انتفاع بمال الغير بلا تصرف فيه،

ففرق بين الاستغلال بجداره أو سقف خيمته، حيث إنهما مع اشتراكهما في كونهما انتفاعاً " بمال الغير،

يمتاز أن يكون الثاني تصرفاً " دون الأول فلو سلم كون فعل الفضولي تصرفاً " فلا محيص عن الالتزام بحرمة

فهذا الجواب ليس بشيء.

(٧٨) النائبي (منية الطالب): وفيه: أن دعوى المستدل بحكم العقل على بطلان الفضولي لا تشمل هذا

المورد، فيمكن التزامه بالصحة في هذا المورد والبطلان في سائر الموارد، إلا أن يقال: إن القائل بالصحة

يكفيه الإيجاب الجزئي في مقابل السلب الكلي وأورد عليه رابعاً " : بأن التصرف على فرض حرمة

لا يوجب الفساد. (ص ٢٢٢)

النائبي (المكاسب والبيع): لا يخفى ما في هذا الوجه أيضاً " ضرورة أنه ينحصر موردته إلى النادر الملحق

بالمعدوم، ولا يمكن أن يجعل وجهاً " لخصه الفضولي مطلقاً " وفي جميع الموارد، بل هو التزام ببطلانه في

الموارد الغالبة التي لم يعلم إذن المالك بل علم عدمه.

الإيرواني: نعم لا يخرجه بلا إشكال فإن الرضا بالعقد بما هو لفظ بل وبما أنه إنشاء أنشأ به المعنى غير

الرضا بتحقيق المنشأ في الخارج والمعتبر في الإجازة هو هذا الرضا. نعم، لا يكفي الرضا بوقوع مضمون العقد

في الجملة في إجازة عقد الفضولي، بل لا بد من تعلق الرضا بوقوع مضمون عقد الفضولي بما هو مضمون

عقده وبما هو صادر من الفضولي، أو على سبيل العموم ومن أي شخص كان صادراً " أما لو رضي بوقوع

المضمون من غير الفضولي لم يكن ذلك إجازة لعقد الفضولي. (ص ١٢١)

(٧٩) الآخوند: إنما لا يدل قوله: (لا يجوز لأحد التصرف على الفساد الخ) إذا كان الجواز المنفي، هو

(٣٤٧)

مع أنه لو دل لدل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك، ولا ينكره القائل بالصحة، خصوصا " إذا كانت الإجازة ناقلة. (٨٠)

مناطاً " في العقدية حتى في عقد المالك أيضا "، فإن تحقق المنشأ في عالم الاعتبار الذي هو من الأحكام الشرعية الامضائية لا يعتبر قصده من المالك أيضا "، بل لا يمكن أن تتعلق إرادته به، وإنما هو من دواعي الإنشاء فلا يمكن إنشاء هذا المعنى من المالك فضلا " عن الفضولي الذي ليس زمام أمره بيده، لأن ما يمكن إنشائه لا من منشآت المنشئ.

وكيف كان، فلا يعتبر في صدق العقد سوي قصد اللفظ والمعنى وهو حاصل من الفضولي كحصوله من الوكيل في إجراء الصيغة ولا فرق بينه وبين الفضولي إلا أن الاستناد إلى المالك حاصل بين عقد الوكيل، وأما الفضولي فيحصل بعد عقده وأما في سائر الآثار كعدم القدرة على التسليم وعدم التمكن من قصد

النتيجة بنحو الداعي فيهما مشترك. (ص ٢٢٢)

النائبي (المكاسب والبيع): لا يخفى ما في هذا الوجه أيضا "، ضرورة أنه مع تسليم كون فعل الفضولي

مصدقا " للتصرف المحرم يكون النهي عنه راجعا " إلى ناحية المسبب لا السبب، إذ التصرف المحرم منه هو

البيع مثلا " الصادر عنه نحو صدوره عن المالك والغاصب، ولا إشكال في أنه إذا تعلق به النهي يكون

متعلقا " بالنقل والانتقال لا بإيجاد السبب في ظرف تمامية القدرة على إيجاد المسبب.

اللهم، إلا إذا انضم إلى هذا الوجه ما أجاب به خامسا " . (ص ٤٠)

الإيرواني: بل دل على بطل البيع رأسا "، لأن البيع لولا النهي لم يكن مستقلا " بالتأثير حتى يدل النهي

على عدم استقلاله، بل كان جزء المؤثر والجزء الآخر رضا المالك فيخرجه النهي عن هذه الجزئية أيضا " .

(ص ١٢٢)

(٨٠) الآخوند: أو كانت كاشفة مع دخلها بنحو الشرط المتأخر، على ما سيأتي تحقيقه. أما لو قيل بالكشف

وعدم الدخل أصلا "، فلا ريب في صدق التصرف على بيع الفضول، كما لا يخفى. (ص ٥٤)

الإصفهاني: الإجازة إن كانت كاشفة بالكشف المحض، فالتصرف في نفسه صحيح فينافيه الحكم بفساده في

نفسه، وأما إذا كانت كاشفة بنحو كشف العلة عن معلولها أو ناقلة متممة للسبب، فصحته بالإجازة

(۳۴۹)

ومما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصدا " لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري، بناء على أن العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرم لا نفس القصد المقرون بهذا العقد. (٨١)

لا ينافي فساده في نفسه وحيث كان الأمر على النقل أوضح فلذا قال قدس سره: (خصوصا " الخ).

ومنه يظهر: ما في كلام شيخنا الأستاذ في تعليقه فراجعها وتدبر. (ج ٢ ص ١٠٧) * (ص ١٣٨)

النائبي (المكاسب والبيع): هذا المعنى بناء على القول بناقلية الإجازة أظهر، كما لا يخفى. ومما ذكرناه يظهر: أنه لا تفاوت بين فعل الوكيل وبين فعل الفضولي أصلا " إلا أن فعل الوكيل مسبوق

بالإذن ويكون من حين وقوعه مستندا " إلى المالك وفعل الفضولي يلحقه الاستناد إليه. (ص ٤١)

(٨١) النائبي (المكاسب والبيع): بعد ما بيناه من انتفاء التفاوت بين الوكيل وبين الفضولي إلا بما تقدم

يظهر ضعف هذا الوجه، لأن الفضولي كما لم يكن متمكنا " على التسليم لم يكن الوكيل أيضا " متمكنا " منه

ومن المعلوم بدهية عدم اعتبار القدرة على التسليم من الوكيل المباشر لاجراء الصيغة، وإنما التمكن منه

شرط في البايع والمشتري والمفروض تمكنهما منه.

وبعبارة أخرى: انتفاء القدرة على التسليم إنما يوجب فساد العقد عن الوكيل والفضولي من حيث استناده

إليهما، ولا منافاة بين بطلانه بهذه الحثية بمعنى عدم ترتيب الأثر عليه وبين صحته من حيث استناده إلى

المالك الحاصل في فعل الوكيل من الأول وفي فعل الفضولي بعد الإجازة ولا فرق فيما ذكرناه بين أن نقول

بصححة الفضولي على طبق القاعدة أو قلنا: بأنهما على خلاف القاعدة وأنها ثبتت بالدليل. (ص ٤١)

الإصفهاني: حيث إن قبحه وحرمة لا يقتضي الفساد، وأما الكلام في قبح قصد ترتيب الآثار وحرمة أو

قبح العقد المقرون بهذا القصد وحرمة.

فتوضيح القول فيه: أن قصد ترتيب الآثار وإن كان قصد القبيح عقلا " والحرام شرعا " إلا أن قصده غير

محرم شرعا " بنفسه ولا من حيث الملازمة بين حكمي العقل والشرع، أما الأول: فواضح، إذ لا دليل عليه.

وأما الثاني: بناء على تسليم الملازمة، ففيه: أن القبح الذي تلازم الحرمة شرعا " هو كون

الشيء بحيث يذم
عليه عقلا " فيعاقب عليه شرعا " وهو آية حرمة، مع أن التحسين والتقيح العقلانيين ليسا
إلا في ما كان ذا

(٣٥٠)

وقد يستدل للمنع بوجه آخر ضعيفة، أقواها: أن القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع، والفضولي غير قادر (٨٢)، وأن الفضولي غير قاصد حقيقة إلى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرح في المسالك. (٨٣)

مصلحة يحتفظ بها النظام، أو مفسدة يختل بها النظام، وليس إلا الأفعال الخارجية لا القصد النفسانية التي لا أثر لها خارجا"، بل ليس هناك إلا قصد ما يذم عليه أو ما يمدح عليه والحسن والقبح بمعنى آخر أجنبي عما نحن فيه.

وأما العقد المقرون بهذا القصد فهو إنما يوصف بالقبح بلحاظ تعونه بعنوان قبيح وليس هو إلا التوصل به

إلى الحرام وهو القبض والاقباض، والتوصل إلى الحرام وإن كان حراما لكنه مقدمي لا يعاقب عليه، بل

يعاقب على المتوصل إليه فكذا لا يكون قبيحا " إلا هكذا وليس كشرب الماء المقطوع بخمريته، فإن فعل ما

أحرز أنه بنفسه مبعوض المولى هو في نفسه هتك لحرمة المولى وظلم عليه، وأما مقدمة القبيح والحرام

والتوصل بها إلى القبيح والحرام فهو قبيح وحرام بالتبع بالذات، وعلى أي حال فهو قبيح وحرام لا

بعنوان ذات المعاملة ليتوهم اقتضائه للفساد بل بعنوان عرضي. (ج ٢ ص ١٠٧) * (ص ١٣٨)

(٨٢) الطباطبائي: إذا قلنا بحرمة القصد المقرون في هذه الصورة فلا بد أن نقول به في بيع الغاصب أيضا"،

إذ لا فرق بينهما في ذلك، بل اللازم عدم حرمة شيء من المعاملات المحرمة، إذ في جميعها يكون المحرم

القصد المقرون أو ترتيب الأثر الخارجي فتدبر. (ص ١٤٠)

(٨٣) النائيني (المكاسب والبيع): بعد ما بيناه من انتفاء التفاوت بين الوكيل وبين الفضولي إلا بما تقدم

يظهر ضعف هذا الوجه، لأن المالك والوكيل والفضولي جميعا " يكونون قاصدين لمدلول اللفظ بالدلالة

التصورية، أعني: المدليل الافرادية والدلالة التصديقية، أعني: مدليل الجملة التركيبية.

ولا تفاوت بينهم في قصد هذين المدلولين، ويمتاز المالك عنهما بكونه قاصدا " للعتاء والأخذ.

ولكن قصده هذا لا يكون من مقومات الإنشاء، بل هو الداعي إلى الإنشاء، وفرق بين إرادة الفعل وبين

إرادة داعيه، وما هو المنفى في فعل الوكيل والفضولي هو إرادة داعي الفعل، وما هو المعبر

في صحة العقد
هو إرادة مدلوله الافراي والتركيبي، فالاستدلال المذكور نشأ من الخلط بين إرادة
الفعل وبين إرادة داعيه وكم لهذا الخلط من نظير. (ص ٤٢)

(٣٥١)

ويضعف الأول - مضافاً " إلى إن الفضولي قد يكون قادراً " على ارضاء المالك - بأن هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً "، بل يكفي تحققه في المالك، فحينئذ يشترط في صحة العقد

مع الإجازة قدرة المعجز على تسليمه وقدرة المشتري على تسلمه على ما سيحىء. (٨٤)

الإيرواني: يعني: غير قاصد تحقق مدلول اللفظ في الخارج وإلا فالقصد إلى الاستعمال حاصل جزماً

وكان منشأ توهم عدم القصد إلى تحقق المضمون هو أن البيع إذا لم يكن مؤثراً " في نظر العرف والشرع

في تحقق مضمونه لم يعقل حصول القصد به إلى تحقق مضمونه.

وفيه: أولاً " : إنا نفرض الكلام في فضولي اعتقد الملك، أو فضولي كان عقده مؤثراً " عرفاً كالغاصب

المستولي على العين بلا قوة المالك على مزاحمته. وثانياً " : إن ذلك إنما يتم إذا كان بيع الفضولي منعزلاً

عن الأثر بالمرة وهو أول الكلام.

أما إذا كان مؤثراً " بضميمة إجازة المالك حصل القصد إلى هذا الذي هو مؤثر فيه، ولولا ذلك لم يحصل

القصد من الموجب لعدم استقلال إيجابه في التأثير لولا قبول القابل، وكذا لم يحصل القصد من مجموع

المتعاقدين في بيع الصرف والسلم لتوقف تأثير عقدهما على لحوق القبض. (ص ١٢٢)

(٨٤) الإصفهاني: لا يخفى عليك إن قدرة العاقد بما هو عاقد ليست شرطاً "، ولذا لا شبهة في عدم

اعتبارها من الوكيل في مجرد إجراء الصيغة، وكذا قدرة المالك بما هو مالك ليست شرطاً "،

ولذا لو صح بيع مال الغير لنفسه بإذن الغير لم يعتبر قدرة المالك، لأنه أجنبي عن المعاملة حتى يعتبر أن لا

تكون معاملته غررية خطيرة أو غير ذلك من المحاذير، بل يعتبر قدرة من له العقد والمعاملة حتى لا

يكون فيها غرر وخطر عليه وحينئذ، فإن اعتبرنا قدرة من له العقد حال صدور العقد بحيث يصدر العقد حقيقة

عمن له القدرة فالفضول وإن لم يعتبر قدرته لكنه لم يصدر العقد حال العبرة بغرريته وخطريته ممن له

القدرة بخلاف بيع المأذون من المالك فإن قدرته قدرة من له العقد حال صدوره.

وإن قلنا: بأن القدرة معتبرة فيمن له العقد حال تحققه منه ولو بإجازته له، فإنه حال تحقق المعاملة حقيقة لا

إنشاء فقط فالقدرة حال الإجازة كافية، والمعاملة المتحققة منه بإجازته ليست غررية ولا خطيرة.

ومنه يعلم: أن قدرة الفضول على ارضاء المالك غير مجدية لأنها لا تحقق القدرة على التسليم من له العقد
حال صدور العقد إذا كانت معتبرة منه حال صدوره وإلا فتحققها حال تحققه منه كاف،

(٣٥٢)

ويضعف الثاني: بأن المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي والمكره، لا أزيد منه، بدليل الاجماع على صحة نكاح الفضولي وبيع المكره بحق، فإن دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للاجماع، كما ترى! (٨٥)

ولو لم يقدر الفضول على ارضائه. ثم لا فرق فيما نحن فيه بين أن تكون القدرة شرطا " أو العجز مانعا " بتوهم أن الشرط لا بد من احرازه في الحكم بالصحة والمانع يكفي فيه أصالة عدم المانع، وذلك لأن الشرط والمانع إنما يختلفان من حيث جريان الأصل إذا كان المانع وجوديا " ليكون عدمه مطابق الأصل، لا ما إذا كان بنفسه عدميا "، إذ لا معنى لعدم عدمه ومطابقته عدم الشيء للأصل معناه أصالة المانع، لا أصالة عدمه مع أن الفضول حيث إنه يحرم عليه الاقباض فهو غير قادر شرعا " أو هو عاجز شرعا " عن التسليم، مضافا " إلى ما سيجئ إن شاء الله تعالى في محله من: أن المانع ما يلزم من وجوده العدم فلا يكون إلا وجوديا " مع أنه لو فرض صدق المانع عليه من هذه الجهة أو فرض كون أثره وهو اليأس وجوديا "، كما عن بعض الأجلة فلا يصدق عليه المانع اصطلاحا " من وجه آخر، فإن المانع ما يكون مزاحما " للمقتضي في تأثيره والعقد يقتضي الملكية والعجز مانع عن تأثيره لا بهذا المعنى، إذ لا أثر له بحيث يضاد أثر العقد، بل عدم الملكية بعدم علتها التامة، كما أن بقائها ببقائها وبقاء المال على ملك مالكه الأول غير مستند إلى سببه وإلى عجزه عن التسليم، بل ببقاء سببه التام فليس العجز إلا عدم القدرة والمشروط منتف بانتفاء شرطه وهي القدرة. ومنه يظهر: أن استفادة المانعة من النهي عن الغرر وأشباهه غير خالية عن المحذور، لأن استفادة المانعة الواقعية غير صحيحة لاستحالتها من الوجهين المزبورين واستفادة المانعة الجعلية غير وجيهة، لأن النهي التحريمي ليس مفاده إلا التحريم لكونه ذا مفسدة وليس كالأمر بالمركب، أو الأمر بالمقيد ليكون جعله جعل الجزئية وجعل الشرطية تبعا ". والنهي الارشادي لا بد من أن يكون ارشادا "، أما إلى عدم النفوذ لعدم شرطه، أو إليه لوجود مانعه. والأول صحيح. والثاني غير صحيح، لاستحالة المانعة الواقعية

والجعلية معا " فكيف يكون ارشادا " إليها وبقية الكلام في محلها! (ج ٢ ص ١٠٨) * (ص ١٣٨) (٨٥) الإيرواني: القصد ليس ذو مقادير مختلفة، فلعل إيراد من العبارة ما ذكرناه في الحاشية السابقة من:

إن القصد على سبيل جزء العلة حاصل وهو كاف. (ص ١٢٢)

(٣٥٣)

أن يسبقه منع المالك، والمشهور أيضا " صحته. (٨٦)

(٨٦) الإيرواني: (أولا "): المراد من السبق الاقتران، كما أن الظاهر من مطاوي كلمات المصنف: أن المراد من المنع الكراهة الباطنية وإن لم ينشأ نهيا " على طبقها، وعليه فلو قلنا: بالبطلان في هذا بالصحة في المقرون بالرضا لم يبق للفضولي المبحوث عنه مورد إلا قليل بل لو لم نقل بوجود الواسطة بين الرضا والكراهة لم يبق له مورد أصلا ".
 (ثانيا "): إن المالك قد يمنع فعلا " عن العقد على ماله من غير تعرض لاستمرار المنع إلى زمان وقوع العقد فيحتاج في الحكم بدوام المنع إلى الاستصحاب، وقد يمنع منعا " عاما " شاملا " لزمان العقد كأن يقول: لا أرضي أن توقع العقد على مالي وكل عقد أوقعته على مالي فهو باطل مردود وهذا لا يعقل الفرق بينه وبين الرد المتأخر، وذلك أن السابق على العقد هو الإنشاء وأما المنشأ فهي كراهة متأخرة، إلا أن يقال: إن بطلان الإجازة بعد الرد حكم تعبدى على خلاف القاعدة ثبت الاجماع والمتيقن من معقد الاجماع هو الإجازة بعد رد إنشاء بعد العقد. وأما لو كان الحكم على القاعدة ومن جهة أن العقد ينحل وينفصم بذلك ويخرج عن قابلية كونه عقدا " للمالك بإجازته فلا فرق، بل لا فرق بين الكراهة الباطنية وبين صورة الإنشاء على طبقها إذا استمرت الكراهة إلى ما بعد العقد وقلنا: إن الرد يحصل بالكراهة الباطنية بلا حاجة إلى الإنشاء هذا إذا لم ندخل الإجازة في أركان العقد حتى تكون المعاهدة في بيع الفضولي متقومة بأركان ثلاث، الايجاب، والقبول، وإجازة المالك. وإلا كانت الكراهة المتخللة بين الإجازة والعقد، كالكراهة المتخللة من المشتري بين الايجاب والقبول في منعها عن تحقق معنى المعاهدة والمعاهدة. (ص ١٢٢)
 النائيني (منية الطالب): الكلام في هذه المسألة يقع تارة بناء على صحة الفضولي من حيث القاعدة وأخرى بناء على صحته للأدلة الخاصة.
 أما على الأول، فالأقوى عدم الفرق بين هذه المسألة والمسألة السابقة لأن منع المالك قبل

وحكي عن فخر الدين: أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهي المالك. ويلوح إليه ما عن التذكرة - في باب النكاح - من حمل النبوي (أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه

فهو عاهر) - بعد تضعيف السند - على أنه نكح بعد منع مولاه وكرهته فإنه يقع باطلا ". (٨٧)

والظاهر: أنه لا يفرق بين النكاح وغيره، ويظهر من المحقق الثاني، حيث احتمال فساد بيع الغاصب، نظرا " إلى القرينة الدالة على عدم الرضا وهي الغصب.

إلا في سلب استناد العقد إليه وهو كان حاصلًا " ولو لم يكن منع، كما في الصورة السابقة ولا يمكن أن

يكون ردا " للعقد الذي لم يوجد بعد.

نعم، قد يتوهم إن بقاء الكراهة المستمرة من زمان المنع إلى بعد العقد ولو آنا " ما كاف في رد العقد ولكنه

فاسد لأن الكراهة الباطنية كالرضا الباطني لا يؤثران في الرد والإجازة، ولا في الفسخ والامضاء وفسخ

عقد الوكيل لو كان خياريا " بحلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل لو سلم فإنما هو لأمارية الحلف

على الفسخ لا لمجرد كراهة الموكل باطنا "، بل لا يبعد أن يكون نفس إنكار الوكالة فسحا "، كما أن إنكار

الطلاق رجوع.

وبالجملة: مجرد الكراهة الباطنية لا يؤثر في رفع أثر العقد فلا يضر المنع السابق.

ويؤيد ذلك: صحة عقد المكره إذا لحقه الإجازة ودعوى كونها للاجماع لا يصغي إليها للمنع عنه صغرى

وكبرى فإنه على فرض تحققه مستند المجمعين معلوم.

وأما على الثاني: فشمول الأدلة الخاصة لهذه الصورة مشكل. (ص ٢٢٣)

(٨٧) الإيرواني: لكن النبوي موافق للقاعدة بلا حاجة إلى الحمل والتأويل وذلك أن ظاهرة تزويج العبد

وترتيبه آثار الزوجية بغير مراجعة المولى واستجازته ومن المعلوم أن من هذا شأنه عاهر فالنبوي يقرر

مذهب النقل في الإجازة. (ص ١٢٢)

الطباطبائي: قد يقال: بمنع التلويح لأن مورد الخبر ما إذا كان ذلك من العبد بعد الدخول وترتيب الآثار

فلا دخل له بما نحن فيه من مجرد المنع فإن كون الأول باطلا " لا ينافي كون الثاني قابلا " للإجازة وهو كما ترى!

فإن ظاهر حملة للخبر على ما ذكر يقتضي كون مجرد المنع مضرا " عنده والاقتران بالدخول وترتيب الآثار

(۳۵۵)

وكيف كان، فهذا القول لا وجه له ظاهرا "، عدا تخيل: إن المستند في عقد الفضولي هي رواية
عروة المختصة بغير المقام، وإن العقد إذا وقع منها " عنه فالمنع الموجود بعد العقد - ولو
آنا " ما - كاف في الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقة. (٨٨)

لا دخل له في القابلية وعدمها. نعم رد على العلامة أنه لا داعي إلى الحمل المذكور، بل
الأولى حمله على
صورة عدم الإجازة إلى الآخر مع أن مجرد الإجازة اللاحقة لا تكفي في الخروج عن كون
الوطي زنا إلا
على القول بالكشف. وعليه أيضا " يمكن أن يقال: لما كان وطيه حراما " في الظاهر أطلق
عليه الزنا من
باب التنزيل. والحاصل: أن استظهار المصنف قدس سره الفتوى من عبارة التذكرة في
محله، لكن الحمل

المذكور فيها مما لا حاجة إليه في توجيه الخبر فتدبر. (ص ١٤١)
(٨٨) الإيرواني: لو كان الوجه هو هذا التخيل لزم قصر الحكم بصحة الفضولي بصورة
رضا المالك، لأن
رواية عروة موردها ذلك مع أنهم لم يقصروا، فالأقرب: أن الوجه في ذلك ما ذكرناه من
عدم تعقل الفرق
بين إنشاء الرد قبل العقد وبعده بعد أن كان موطن المنشأ في المورد الكراهة الحاصلة
بعد العقد، فلو
قال للفضولي: ما استثناه فيما بعد من العقد مردود غير مقبول لي، فهو كما لو قال: ما
أنشأته سابقا " غير

مقبول لي هذا في صورة إنشاء الرد.
وفي صورة الكراهة الباطنية أيضا " لا فرق بين كراهة حدثت بعد العقد وبين كراهة
استقرت مما قبل العقد

أو من زمان العقد إلى ما بعد العقد، بل وإلى زمان العقد ثم ارتفعت بعد العقد. (ص ١٢٢)
الإصفهاني: صحة البيع في الفضولي، أما بملاحظة الأخبار الخاصة، أو بملاحظة القاعدة.
فإن كانت بملاحظة الأدلة الخاصة فمثل خبر عروة المأذون في الاشتراء مع عدم الإذن
فقط في البيع لا

النهي عنه، كما يدل عليه قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (بارك الله لك في صفقة يمينك)
لا يعم ما نحن فيه

وكذا مثل خبر السمسار المشتمل على الإذن في الاشتراء بحيث يكون له إجازته ورده فهو
أيضا " ظاهر في

عدم المنع بل وكذا رواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون.
وأما مثل موثقة جميل الواردة في المضاربة، فهي ظاهرة في المنع بخلاف سائر أخبار الباب
فإنها غير ظاهرة

في منع المالك ولا في عدم منعه أما صحيحة ابن قيس فالذي أخبر به أبو البايع: (إنه
وليدتي باعها
بغير أذني لا مع منعي إياه).

(٣٥٦)

بناءً على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد. (٨٩) على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد، لأن الحلف عليه أمانة عدم الرضا. (٩٠)

ومع هذا الظهور لا حاجة إلى ترك استفصال الإمام عليه السلام عن كونه منهيًا " ابني عنه أولاً " .

وأما أخبار نكاح العبد فلا دلالة فيها إلا على عدم الإذن ولا دلالة لقوله عليه السلام: (وإنما عصي سيده)

على نهيه إياه نظراً " إلى أن العصيان بمعنى مخالفة الأمر والنهي، بل حيث إن العبد ناصيته بيد مولاه فلا بد

من أن لا يصدر وأن لا يرد إلا عن إذن مولاه فإذا فعل بدون إذنه كان خارجاً " عن زي الرقية، فلذا عد

عاصياً " وليس حال الموالي والعبيد شاهدة على منع المالك، بل على عدم رضاه بفعله إلا بالمراجعة إليه

وكون العبد ممنوعاً " عند العقلاء غير كونه ممنوعاً " من

قبل المالك بمنع مالكي وكذا أخبار الاتجار بمال

اليتيم لغير الولي، فإن غايتها عدم إذن الولي لا منع الولي وأما المنع الشرعي فهو أجنبي عما نحن فيه.

وأما صحيحة الحلبي، فغايتها المنع شرعاً " عن أخذ المال بوضيعة وعدم رضا المشتري عن الرد بوضيعة لا

المنع عن بيعه من غيره وإن كانت الصحة بملاحظة القاعدة فلا يتوقف إلا على المعاملة وإجازة المالك ولا

يضر النهي إلا بتوهم كونه رداً " وحيث إن الرد بإبطال العقد وحله فالمنهي غير ضائر إذ ليست حقيقته إلا

التسبب إلى اعدام الشيء بعدم إيجاده لا إلى اعدام العقد الموجود ودلالته على الكراهة النفسانية غير

ضائرة لما مر سابقاً إن الكراهة ليست رداً " فلا يجدي استصحاب بقاء النهي إلى ما بعد العقد في ثبوت

الرد. (ج ٢ ص ١١١) * (ص ١٣٩)

(٨٩) الإيرواني: بل مطلقاً " حسبما عرفت فيما إذا أنشأ قبل العقد رداً " بعد وقوعه فإن الإنشاء حاصل في

هذه الصورة.

نعم، ظرف الإنشاء سابق على العقد وأما المنشأ فهو أمر لاحق إلا أن يعتبر تأخر الإنشاء أيضاً " وهو إنما

يصحح إذا كان بطلان الإجازة بعد الرد على خلاف القاعدة ثابتاً " بحكم الاجماع فيقال: إن المتيقن من

معهده صورة تأخر إنشاء الرد عن العقد. (ص ١٢٢)

(٩٠) النائني (المكاسب والبيع): وأما الاستدلال بانفساخ عقد الوكيل بحلف الموكل على نفي الإذن في اشتراطه على كفاية الكراهة الباطنية في الرد لكون الحلف أمانة على عدم الرضا، فلا يخفى ما فيه لكون

(٣٥٧)

هذا، ولكن الأقوى عدم الفرق، لعدم انحصار المستند حينئذ في رواية عروة، وكفاية العمومات، (٩١) مضافاً " إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس، (٩٢)

الحكم بالانفساخ ناشئاً " عن الحلف وهو يذهب بما فيه، فهو أجنبي عن المدعي، مضافاً " إلى أن الكراهة
أبرزت بالحلف والكلام في المقام في نفس الكراهة الغير المبرزة بالإنشاء، كما لا يخفى
هذا تمام الكلام على
القول بكون الصحة في الفضولي على القاعدة.

(٩١) الطباطبائي: هذا على مذاق المصنف قدس سره من تمامية دلالة العمومات صحيح.
لكنك عرفت منع دلالتها، فحينئذ يمكن أن يقال: إن القدر المتيقن من الأدلة الخاصة صورة
عدم النهي

السابق فتدبر. (ص ١٤١)

(٩٢) النائيني (المكاسب والبيع): ولكن يردده ظهور سياق الخبر في كون بيع الوليدة في
حال جهل مولاهما
بالبيع لفرض غيبة الولي وفرض نهيه عن بيعها قبل الخروج إلى السفر بعيد أباه السياق ومع
هذا الظهور

ينهدم أساس الاطلاق المستكشف من ناحية ترك الاستفصال. (ص ٤٣)

النائيني (منية الطالب): أما صحيحة محمد بن قيس فعدم الاستفصال فيها إنما هو لظهور
القضية في كون

ابن مالك الوليدة باع الأمة بلا إذن من أبيه، كما هو صريح قول والده حيث قال: (وليدتي
باعها ابني بغير

إذني) واحتمال كونه مسبقاً " بالنهي بعيد وإلا كان الأنسب في مقام المخاصمة أن يقول:
(باعها مع

النهي) بل مقتضى الطبع إن من يقصد السفر لا ينهي أولاده وأوليائه عن بيع أمواله فعدم
استفصال

الإمام عليه السلام لا يدل على العموم. (ص ٢٢٣)

الطباطبائي: الانصاف: عدم ظهور العموم من هذا الترك خصوصاً "، مع أنه قضية في واقعة
بل قد يدعى

ظهور السؤال في عدم النهي، ومعه لا يمكن التمسك بترك الاستفصال لكنه، كما ترى! إذ
الظهور اللفظي

ممنوع والمقام مضافاً " إلى امكان منعه لا يفيد فتأمل. (ص ١٤١)

الإيرواني: بعد أن كان مورد الصحيحة هو الإجازة بعد الرد لم يكن فيها للاستفصال عن
المنع السابق

مجال، فإن الرد اللاحق لو لم يكن مؤثراً " في انحلال العقد فبالأولى أن لا يكون المنع
السابق مؤثراً " لكن

الصحيحة غير معمول بها في موردها فكيف يؤخذ بفحواها! (ص ١٢٢)

(۳۵۸)

وجريان فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه. (٩٣) مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالي والعبيد (٩٤)، مع أن رواية إجازته صريحة في عدم قبح معصية السيد. (٩٥)

(٩٣) النائيني (منية الطالب): أما أدله النكاح فقد عرفت: إن المعصية المذكورة فيها ليست بمعنى مخالفة

النهي، بل التعدي على المولى والتصرف في سلطانه بلا إذن منه واستيذان عنه. (ص ٢٢٣) (٩٤) الإيرواني: عمومية شهادة الحال ممنوعة مع وجود شهادة الحال على المنع خرج عن محل البحث إذ

شهادة الحال بوجودها الاستمراري إلى ما بعد العقد تكون ردا فلا تجدي بعده الإجازة. (ص ١٢٢)

الطباطبائي: إذا قلنا بكون النهي السابق مانعا " إنما نقول به في النهي الصريح المنشأ سابقا " لا مجرد

الكرهية الباطنية ومثله غير متحقق غالبا " وكان الأولى التمسك باطلاق أدلة صحة نكاح العبد مع لحوق

الإجازة فتأمل. (ص ١٤١)

(٩٥) الطباطبائي: المراد من المعصية الغير القادحة بصريح الرواية مجرد ترك الاستيذان لا ما كان مع

النهي الصريح، فالأولى: دعوى اطلاقها.

والانصاف: تمامية هذا الاطلاق إلا أن الفحوى ممنوعة فإن نكاح العبد له خصوصية من حيث إن المعاملة

والمعاهدة ليست إلا للعبد غايته مدخلية رضا المولى فيها من جهة حق العبودية فلا دخل له بالفضولي

المصطلح حسبما أشرنا إليه سابقا "، ولذا قلنا: إن التمسك بالعمومات لصحة الفضولي صحيح في مثل هذا

المورد وتصرف الراهن بدون إذن المرتهن بخلاف الفضولي المصطلح فإنه ليس بصحيح، لأن الفضولي فيه

طرف للمعاهدة ولا دخل لها به وظاهر قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) أوفوا بعقودكم كما عرفت، وهكذا سائر

العمومات فلا تشمله فتدبر. (ص ١٤١)

النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى ما فيه أيضا "، وذلك لما تقدم من أن العصيان في المقام ليس عصيان

تكليفي، بل هو عبارة عن التعدي عن سلطان المولى والتصرف فيما لا يجوز التصرف فيه، ونكاح العبد بلا

مراجعة إلى سيده من هذا القبيل ولو لم ينع عنه فلا يكون لفظ العصيان دليلا " على سبق النهي عن السيد

نعم، لا بأس بدعوى ترك الاستفصال إن لم يدعى ظهور سياق تلك الأدلة أيضا " صورة

جهل المولى بالحال.
(ص ٤٤)

(٣٥٩)

مع جريان المؤيدات المتقدمة له: من بيع مال اليتيم (٩٦) والمغصوب، ومخالفة العامل لما اشترط عليه رب المال، الصريح في منعه عما عداه. (٩٧)

الإيرواني: قد عرفت ما هو المراد من معصية السيد في الرواية وإنه ليس هو المعصية الحقيقية بمخالفة نهيه بل عدم الاستيذان منه في النكاح على ما هو قانون العبودية، كما هو صريح مورد الرواية فلا تدل حينئذ

على أن نهيه السابق لا يضر. (ص ١٢٢)

(٩٦) الطباطبائي: فيه: منع ظاهر فإن في بيع مال اليتيم المنع السابق غير موجود غالبا " إن أريد منع الولي

وإن أريد المنع من الله تعالى فليس الكلام فيه.

ومن ذلك يظهر: حال المغصوب، فإن غاية الأمر وجود المنع الإلهي مع أنه لم ينقل سابقا " دليلا " يدل على

صحة بيع الغاصب حتى يدعى ظهوره في الدلالة على عدم مصرية النهي السابق فتدبر. (ص ١٤١)

(٩٧) الطباطبائي: هذا إنما يتم إذا كانت تلك المسألة من باب الفضولي. وقد عرفت: الإشكال فيه سابقا "

فتذكر. (ص ١٤١)

النائني (منية الطالب): وأما نهى رب المال عن المعاملة الخاصة أو السفر إلى جهة خاصة ونحو ذلك فقد

عرفت عدم دلالة على كون معاملة العامل فضوليا "، لأن نهيه عنه طريقي ناش عن خوف الخسران فلا

يشمل صورة ظهور الربح وعلى هذا فحمل أخبار باب المضاربة على التعبد، كما في المسالك لا وجه له

مع أن أعمال التعبد في المعاملات بعيد وعلى أي حال أخبار باب المضاربة ليس دليلا " على صحة

الفضولي لو سبقه منع المالك.

هذا، مضافا " إلى عدم التعرض فيها لإجازة رب المال بعد معاملة العامل وقد ذكرنا: إن الأخبار الواردة

في التجارة في مال اليتيم أيضا " لا تعرض فيها لإجازة الولي ودخولها في باب الفضولي فضلا " عن أن

تكون مؤيدة للصورة الثانية، لكن الذي يسهل الخطب إن الفضولي صحيح على القاعدة ونهى المالك قبل

العقد لا أثر له. (ص ٢٢٣)

النائني (المكاسب والبيع): قد تقدم المنع عن دلالة تلك الأخبار على صحة الفضولي بدعوى امكان

حملها على ما إذا كان الشرط على العامل لأجل توهم عدم الربح في معاملة اشترط عليه
تركها،

(٣٦٠)

وأما ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو آنا " ما، فلم يدل دليل على كونه فسخا " لا ينفع بعده الإجازة. (٩٨)

وما ذكره في حلف الموكل غير مسلم، ولو سلم فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف على ما أنكره في رد البيع وعدم تسليمه له. (٩٩)

ومما ذكرنا يظهر وجه صحة عقد المكره بعد الرضا، وإن كراهة المالك حال العقد وبعد العقد لا يقدر في صحته إذا لحقه الإجازة.

ولما علم العامل بالربح فيها أقدم عليها لمكان علمه بخروجها من حيز الشرط فيصير مأذونا " فيها عند ظهور الربح فيها أي يكشف ظهور الربح فيها عن كونها مأذونا " فيها فيخرج عن مورد الفضولي.

هذا، مضافا " : إلى ما تقدم نقله عن المسالك من كون الحكم بالصحة فيها تعديدا " خرج بالنص وإن كان ما ذكره بعيدا " في الغاية، حيث يمكن دعوى القطع بأنه لا يكون لأجل التعبد، بل لموافقته مع قواعد باب المعاملات.

وبالجملة: الذي يقتضيه الانصاف عدم ما يدل بالخصوص على صحة الفضولي مع سبق نهي المالك فلو انتهى الأمر إلى إثبات صحته على خلاف القاعدة لأشكل الحكم بصحته غاية الإشكال إلا أن الأمر سهل بعد ما قويناه من كون الصحة على طبق القاعدة وإن ما تكلمناه كله فرض في فرض. (ص ١٠٥)

(٩٨) الآخوند: هذا مع أنه لو كان المنع الباقي مؤثرا "، كان مجرد عدم الرضا بالعقد مانعا " من تأثير الإجازة أيضا "، وإن لم يسبق منه منع، وكان المنع السابق غير مؤثر مع ارتفاعه حال العقد.

ويمكن الاستدلال على عدم تأثير الإجازة ههنا بما استدل به على عدم تأثيرها مع سبق العقد، من أنه معنى لا يضاف العقد بها إلى المجيز عرفا " كالرد، لكن الظاهر أنه ليس كذلك، فإن المنع والرد يتفاوتان في ذلك عرفا "، فلاحظ. (ص ٥٤)

(٩٩) الإيرواني: الاقدام على الحلف ليس ظاهرا في إنشاء الرد وإنما ظاهرة الكراهة إلا أن يكتفى بالكراهة الباطنية التي أظهرها المالك ولولا بانشائها والتي لا تجدي الكراهة الباطنية التي لم

ينصب المالك
عليها دليلا ". هذا، مع أن تعليلهم بأن الحلف أمانة عدم الرضا كالصریح في أن المناط
نفس عدم الرضا

(٣٦١)

المسألة الثالثة

أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالبا " يكون في بيع الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكية

المبيع. (١٠٠) كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة. والأقوى فيه: الصحة وفاقا " للمشهور، للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدم. (١٠١)

(١٠٠) الإيرواني: كثيرا " ما يتفق من غيره، كما في البيوع الفاسدة المبنية على الأمارات والأصول الظاهرية

كاليد والبينة وأصالة الصحة واستصحاب الملك أو المبنية على الخطأ في الاجتهاد أو التقليد أو الخطأ في

الاعتقاد بالنسبة إلى الموضوع الخارجي. (ص ١٢٢)

(١٠١) الطباطبائي: قد عرفت: ما في العمومات. (ص ١٤١)

النائني (المكاسب والبيع): هذه المسألة هي المهمة في باب الفضولي، ولا يخفى أن بيع الفضولي عن نفسه

تارة يكون من الغاصب، وأخرى لأجل جهله بكون المبيع له، وإنه لنفسه فيبيع عن نفسه. ثم، إنه لا بد من تصوير جامع للصحة بحيث يشمل صورة ما كان البائع غاصبا " أو جاهلا "

والكلام في حكمه تارة يقع بالنظر إلى ما تقتضيه القواعد، وأخرى بالنظر إلى ما تقتضيه الأدلة الخاصة.

أما على الأول: فربما يمنع عن الصحة لأجل عدم تحقق البيع عن نفسه إذا لم يكن مالكا " للمبيع، وذلك

لما تقدم مرارا " من: أن حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة مع بقاء الإضافة على حالها، ولذا قلنا

بلزوم دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثلن فلا يصح اخراج المبيع عن ملك مالك مثلا " بإزاء دخول

الثمن في ملك شخص آخر على ما مر توضيحه وتحقيقه.

وعلى هذا، فليس بين المال والبائع الفضولي إضافة حتى يقصد انتقال الثمن عن المشتري إليه بإزاء ما

يخرج عنه المشتري، بل العوض ينتقل إليه بإزاء ما ينتقل عن مالك المعوض إلى المشتري، فلا تتحقق

المعاوضة. (ص ٤٥)

النائني (منية الطالب): لا يخفى أن الاستدلال لهذه الصورة بالعمومات يتوقف على أمرين، الأول: عدم مانعية قصد الغاصب أو الجاهل البيع لنفسه، أما بأن يعلم عدم مانعيته أو يشك

حتى يتمسك

بالعموم لرفع الشك، وإلا فلو علم بمانعيته فلا معنى للتمسك بالعموم لدفع الشك

وبالحملة: لو لم يكن القصد لنفسه لغوا " فلا يفيد إجازة المالك، لأن إجازة العقد الواقع لغيره لا تؤثر في الاستناد إلى المجيز. (ص ٢٢٤)

(١٠٢) الطباطبائي: أما الفحوى، فغير جارية هنا على فرض تماميتها في حد نفسها، لأن الفضولي في النكاح لا يعقد لنفسه، بل عن الغير والمؤيدات المتقدمة أيضا " غير جارية. (ص ١٤١)

الإصهاني: إن كان المراد من الفضولي لنفسه عدم قصد إيقاع المعاملة عن قبل من يعتبر إجازته فجميع أخبار النكاح الواردة في العبد وفي الصغيرين وفي الكبيرين شاهدة لما نحن فيه لعدم إيقاع النكاح فيها عن قبل المولى أو عن قبل الولي أو عن قبل الزوجين، كما يظهر من الشيخ المحقق صاحب المقاييس قدس سره.

وإن كان معنى الفضولي لنفسه إيقاع مضمون المعاملة لنفسه فالعقد على الصغيرين أو على الكبيرين عقد للغير وينحصر مورده في عقد المملوك لنفسه مع اعتبار إجازة المالك، لكنه في تأثير عقده لنفسه لا لوقوعه للمالك بإجازته، كما هو مورد البحث.

وهذا ظاهر المصنف قدس سره حيث خص مورد البحث بالغاصب، وبمن يعتقد ملكية نفسه.

وهذا، هو المراد من عقد الفضولي لنفسه، لا أن كل عقد لم يقصد به النيابة عن من كان أمر العقد بيده من البيع الفضولي لنفسه ليختص العقد للغير بمورد العقد بنحو النيابة عن الغير. (ج ٢ ص ١١٣) * (ص ١٣٩)

النائني (منية الطالب): على هذا، فلا معنى للتمسك بفحوى الصحة في النكاح لصحة بيع الفضولي لنفسه، لأن النكاح الذي يتعلق به الإجازة، إما نكاح العبد لنفسه، وإما نكاح الفضولي لغيره، وكل منهما لا يرتبطان بالمقام إلا بعد لغوية قصد العقد لنفسه في المقام.

أما نكاح العبد، فلأن إجازة المولى تتعلق بما هو المنشأ من العبد وهو العقد لنفس العبد فصحته لا تلازم صحة البيع الذي تتعلق الإجازة به للمالك.

وأما نكاح الفضولي لغيره فهو داخل في إحدى المسألتين السابقتين.

الثاني: إمكان تحقق قصد المعاوضة الحقيقية وهو دخول أحد العوضين في ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر والعمدة رفع هذا الإشكال العويص، فإنه لو ارتفع هذا فقصد الغاصب أو الجاهل

البيع لنفسه لغو
قطعا"، كما أن سائر وجوه المنع مثل التمسك بقوله: (لا تبع ما ليس عندك) ومثل إن بيع
الغاصب

(٣٦٤)

وأكثر ما تقدم من المؤيدات، مع ظهور صحيحة ابن قيس المتقدمة. (١٠٣) ولا وجه للفرق بينه وبين ما تقدم من بيع الفضولي للمالك إلا وجوه يظهر من كلمات جماعة،

بعضها مختص ببيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة: منها: إطلاق ما تقدم من النبويين: (لا تبع ما ليس عندك) و (لا يبيع إلا في ملك) وغيرهما (١٠٤)

، بناء على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه. (١٠٥) -

مقارن دائما " لمنع المالك، لأن الغصب أمانة عدم الرضا ومثل إن المنشأ غير مجاز والمجاز غير منشأ، فإن

المنشأ هو العقد لنفسه والمجاز وقوع التبديل لغير العاقد فيها ما لا يخفى. (ص ٢٢٤) (١٠٣) الطباطبائي: أما صحيحة ابن قيس فلا يبعد دعوى ظهورها من جهة ترك الاستفصال.

والانصاف: أنها العمدة في دليل الفضولي. (ص ١٤١) الإصفهاني: لأن الظاهر من بيع الوليدة واستيلادها دفع الثمن إلى البائع وهو ابن مولاها ولا يكون

التصرف في الثمن إلا من حيث بيع الوليدة لنفسه، خصوصا " مع قول سيد الوليدة: (هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني)، فيعلم منه أن البناء كان على أنها وليدة البائع، فلذا قال الأب: (هذه وليدتي لا وليدته حتى

بيعها بغير إذني). (ص ١٤٠) * (ج ٢ ص ١١٤) الإيرواني: لعل المقصود ظهورها بالعموم الشامل للمقام من جهة ترك الاستفصال وإلا فليس في

الصحيحة ما يوجب ظهورها في خصوص المقام. نعم، الظن الخارجي الحاصل من غلبة تصرف الأولاد في أموال الآباء على وجه الاستقلال يقتضي ذلك.

(ص ١٢٢)

(١٠٤) النائيني (منية الطالب): أما قوله: (لا تبع ما ليس عندك) فقد عرفت أنه لا يدل على عدم وقوعه

للمالك إذا أجاز لو لم نقل بأنه وارد في بيع العين الشخصية قبل اشتراؤه من مالكه. (ص ٢٢٤)

(١٠٥) الطباطبائي: يعني بعد ما عرفت: من اختصاص موردها بالبيع لنفسه، وإلا فالاستدلال بها ليس

مبنيا " على الاختصاص، إذ مع الإطلاق أيضا " يمكن الاستدلال بها للمقام بدعوى: أن صورة البيع للمالك

والجواب عنها: يعرف مما تقدم، من أن مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرض فيها لوقوعه وعدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز. (١٠٦)
ومنها: بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، وهذا غالبا " مفقود في المغصوب، وقد تقدم عن المحقق الكركي أن الغصب قرينة عدم الرضا. (١٠٧)
وفيه: أولا " أن الكلام في الأعم من بيع الغاصب.
وثانيا " أن الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقا "، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة وتملك الثمن، فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب وغيره من هذه الجهة سواء.
وثالثا " قد عرفت أن سبق منع المالك غير مؤثر.

خارجة عنها بالدليل، هذا إن قلنا فيه بالصحة وإلا فالأمر أوضح. (ص ١٤١)
الإصفهاني: كما في خبر حكيم بن حزام المحكي فيه، أن مورده ما إذا باع شيئا " فيذهب ليشتره من صاحبه فإنه من يبعه لنفسه لا لصاحبه وأما قوله: (لا يبيع إلا في ملك) فبملاحظة سياقه وهو (لاطلاق)
إلا في ملك) أو (فيما يملك) و (لا عتق إلا في ملك أو فيما يملك) وروده في بيع مملوك الغير له أو تطليق
منكوحة الغير عنه أو عتق مملوك الغير عنه لا يبيع ما يملكه الغير لنفسه حتى يملكه فيما بعد لما مر سابقا "
إن قصد طلاق من ليس بزوجة له في نفسه قصد أمر محال لعدم الزوجية رأسا " حتى يزيلها عنه أو عن غيره
فتدبر. (ص ١٤٠) * (ج ٢ ص ١١٤)
(١٠٦) الإيرواني: بل لا يدل على عدم وقوعه لبائعه غير المالك أيضا " إذا أجاز المالك وسيجئ نسبة
القول بوقوعه له بإجازة المالك عن بعض الأساطين وغير واحد من أجلاء تلامذته وإنما الذي يدل عليه
هو عدم تأثيره على وجه الاستقلال بلا مراجعة المالك، كما هو الشأن في غالب هذه البيوع. (ص ١٢٢)
(١٠٧) النائيني (منية الطالب): أما كون بيع الغاصب مسبوqa " بالمنع ففيه: أولا " إن محل البحث هو الأعم
من الغاصب وغيره كالجاهل بأنه ملك الغير فيبيعه لنفسه، كما في مورد الإقالة بوضيعة.

ومنها: أن الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه، لم يقصد حقيقة المعاوضة، إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر، فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة ، فحقيقته يرجع إلى إعطاء المبيع وأخذ الثمن لنفسه، وهذا ليس بيعا " (١٠٨)

ويصح العقد بالإجازة والمنشأ هو المجاز، لأن الإجازة تعلق بالتبديل بين ملكي المالكين لا بالقصد المقارن أو الخطأ في التطبيق. ثم إنه بعد سرقة الإضافة لا يحتاج حين صدور البيع إلى تنزيل نفسه منزلة المالك حتى يقال: لو سلمنا هذا التجعل والبناء من الغاصب غالبا " فلا نسلمه دائما " ولو كان المالك ذلك لزم في الحكم بصحته بالإجازة إحراز هذا البناء إلى آخر كلام هذا القائل، وذلك لأن التنزيل المصحح لبيع الغاصب الذي جعله المصنف

قدس سره ملاكا " لو كان هو التنزيل حال العقد لكان لهذا الايراد وقع. وبعبارة أخرى: لو كان مالكية الغاصب من قبيل الداعي وكان غرض المصنف تخلف الداعي لا يضر بحقيقة العقد لكان هذا الايراد واردا " لعدم إحراز هذا الداعي دائما "، مع أنه يجب أن يختلف الحكم باختلاف نحوي الإنشاء، لأنه قد يكون داعيه صدور المعاملة منه بما أنه هو المالك وقد يكون داعيه صدورها بما أن المالك هو المالك وأما لو كان هو التنزيل حال السرقة بمعنى جعل نفسه عدوانا " هو المالك، كما هو حال من كان شغله السرقة والنهب والغارة، فإنه يبنى على أن إضافة الملكية والجدة الاعتبارية منسوبة إليه

باعه أو لم يبعه، فإذا باع ما هو ملكه بعد سرقة الإضافة فلا يرد هذا الايراد أصلا " . وبالجملة: فصدور المعاوضة الحقيقية مبني على هذا الجعل وهو المصحح لقصد البيعة فينشئ تبديل طرف إضافة بطرف إضافة أخرى وتعلق الإجازة بعين ما أنشأه لأنه لم ينشئ إلا أصل التبديل، كما ينشئ ذلك نفس المالك، لا أنه ينشئ التبديل عن قبل نفسه.

فعلى هذا، لا يرد أيضا " الإشكال بأن المنشأ غير المجاز والمجاز غير منشأ. (ص ٢٢٤) (١٠٨) الآخوند: قد مر في باب المعاظة إن حقيقة البيع، ليس إلا التملك بالعوض، ولا يعتبر دخول أحد العوضين في ملك من خرج عن ملكه الآخر، فيكون مع قصده إلى بيع مال الغير لنفسه قاصدا " إلى ما هو

البيع وما هو المعاوضة بهذا المعنى. (ص ٥٤)
الإصفهاني: توضيح الكلام في المقام إن القصد المتقوم به العقد - الذي يتصف بالصحة
تارة وبالفساد

(٣٦٨)

والجواب من ذلك - مع اختصاصه ببيع الغاصب - : إن قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا " حقيقيا " . (١٠٩)

والدليل على صحة هذه المعاملة هو الدليل على صحة البيع، أعني: عموم (أوفوا) و (تجارة عن تراض) وخصوص (أحل الله البيع). وإن تعاسرت من هذا قلنا: فلا أقل من أن يكون ما يصنعه الغاصب أو كل بايع مال غيره لنفسه أو مشترى بماله لغيره هبة معوضة فيهب مال الغير بإزاء أن يهبه الطرف المقابل مال نفسه، أو يهب ماله للغير بإزاء أن يهب الجانب الآخر ماله لغيره ويكون القبول من الطرف الآخر إنشاء للهبة الأخرى. فإن كان هذا من المالك صح بعموم أدلة صحة المعاملات وخصوص أدلة صحة الهبة، وإذا كان من الفضولي صح بإجازة المالك بدليل صحة معاملة الفضولي، ولكن لازم هذا أن يملك الغاصب الثمن بل لازم الأول أيضا " ذلك، كما سيحى بيانه مع ما يمكن أن تحل به الشبهة في الوجه الثاني. ويمكن أن يقال: إن الغاصب يأخذ المال ويتملكه ويستوهبه من الطرف المقابل بإزاء أن يرفع يده من العين المغصوبة حتى يغصبها الطرف المقابل فهي هبة من الطرف المقابل لأجل أن يرفع الغاصب يده أو بإزاء أن يرفع يده. (ص ١٢٢)

(١٠٩) الآخوند: أما بناء على ما أفاده من: اعتبار ذلك (أي: دخول أحد العوضين في ملك من خرج عن ملكه الآخر) في قوامه، فالتفصي عن هذا الإشكال بما ذكره مع أنه غير سديد - إذ لا يكون بيع الغاصب مرتبا " على هذا البناء - غير مفيد، إذ الدخول لو كان معتبرا " كان هو الدخول حقيقة ولو عرفا "، ومجرد البناء على الملكية لا يوجب ذلك، وإنما يوجب قصده إلى دخول عوضه في ملكه، ويدعوه إلى قصد تملكه بنفسه وشخصه، لا بما هو المالك، فلا يكون بذلك قاصدا " إلى المعاوضة. نعم، لو كان مجرد ذلك البناء مملكا " ولو بنظر العرف، كان موجبا " للقصد إلى المعاوضة، وليس كذلك كما هو واضح.

وبالجملة: لو كان هناك من الغاصب بناء، لا يكاد يكون داعيا " إلى قصد تملك العوض بشخصه وبذاته، لا تملك المالك، مع دعوى انطباقه عليه، والبناء على أنه المالك، كما هو ظاهر.

ثم، إنه على ما ذكرنا من عدم الاعتبار، ربما يشكل أيضا " تحقق العقد منه، حيث لا يتأتى منه القصد إلى

(٣٧٢)

وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له، لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقية،

نظير المجاز الادعائي في الأصول. (١١٠)

نعم، لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث ولا اعتقاد له، كانت المعاملة باطلة غير واقعة له ولا للمالك، لعدم تحقق معنى المعاوضة، ولذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً

بطل، ولم يقع له ولا لغيره، والمراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه. وقد تخيل بعض المحققين: إن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، وهو ما لو باع مال غيره لنفسه، لأنه عكسه، وقد عرفت: إن عكسه هو ما إذا قصد تملك المثلث من دون بناء ولا اعتقاد لتملك المثلث، لأن المفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز. (١١١)

ولا أدري كيف ذكر المصنف ذلك مع وضوح فسادها! وهل يكون إثبات الأظفار على وجه الحقيقة للسبع

الادعائي؟! فإذا كانت المعاملة ادعائية لم تجدها الإجازة في صيرورتها حقيقية وفي ترتب الأثر عليها.

وإن كان الثاني، فالمعاملة وإن كانت حينئذ حقيقية لكن الوجدان يكذب أن يكون للغاصب قصدان وإنما

له قصد واحد للمعاملة في حق نفسه كالمالك الحقيقي فالادعاء إن كان فهي من قبيل الوساطة في الثبوت

دون العروض. والذي يشهد لما ذكرناه هو أن حال تملك الغاصب للمثلث ليس إلا كحال بيعه فإن كان يبيعه

للمالك الواقعي كان تملكه للمثلث بعنوان المالك الواقعي كتملك الوكيل بعنوان أنه وكيل الذي هو

تملك للموكل وإن كان تملكه لنفسه كان يبيعه لنفسه.

ثم، لو سلمنا قصده المعاملة لمالكه الواقعي لم يجد ذلك إذا كان إنشائه واقعا " لنفسه، كما إذا أنشأ القبول

بلفظ (تملكت) أو (ملكيت)، فإن مجرد القصد لا أثر له ما لم ينشئ على طبقه. (ص ١٢٣)

(١١٠) الإيرواني: كيف تكون المعاوضة المبنية على أمر غير حقيقي حقيقة وهل يزيد الفرع على أصله

ولعمري إن هذه الدعوى من المصنف في غير محلها!

نعم، إذا اشترى للمالك الواقعي ثم ادعى: إنه هو هو، ليتملك المثلث، كانت معاوضته حقيقية لكن هذه

المعاملة لا تكون مبنية على الدعوى. (ص ١٢٣)

(١١١) الإيرواني: ولنعم ما تخيل، فإن المصحح للمعاملة إن كان هو الدعوى أمكن ذلك في المقامين،

ومنها: أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلقته إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافيا " لصحة العقد (١١٢) لأن معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلث بإجازته، وإن تعلقته

بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشأ.

وقد أجاب المحقق القمي رحمه الله عن هذا - في بعض أجوبة مسائله - بأن الإجازة في هذه

الصورة مصححة للبيع، لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد، - كما في الفضولي المعهود - بل

بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضى المالك ووقوع البيع عنه، وقال نظير ذلك فيما

لو باع شيئا " ثم ملكه. (١١٣)

وقد صرح في موضع آخر: بأن حاصل الإجازة يرجع إلى أن العقد الذي قصد إلى كونه واقعا " على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري العالم قد بدلت به كونه على هذا الملك

بعينه لنفسه، فيكون عقدا " جديدا "، كما هو أحد الأقوال في الإجازة.

فكما يمكن أن يدع أنه المالك لمال الغير ثم يبيعه لنفسه، كذلك يمكن أن يدعي أن الغير مالك لماله ثم

يشترى به شيئا " له، فاطلاقهم القول بالبطان هنا يستلزم القول بالبطان في المقام، وضم الدعوى في

المقام دونه هناك لا وجه له، بل ينبغي فرض المسألتين من واد واحد، فتضم الدعوى في العكس حينما

تضم في الطرد وتلغى حينما تلغى. (ص ١٢٣)

(١١٢) الإيرواني: يظهر من العبارة التسالم على عدم الصحة، بمعنى وقوعه للغاصب وإنما البحث في الصحة

بمعنى وقوعه للمالك بإجازته، لكن سيحى عن بعض الأساطين وغير واحد من أجلاء تلامذته القول

بالصحة ووقع العقد للغاصب بإجازة المالك. (ص ١٢٣)

(١١٣) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أنه بعد ما عرفت من: أن المنشأ هو المجاز، لأن المنشأ هو التبديل

بين المالكين وهو الركن في باب العقود المعاوضية من دون دخل كون مالك المالكين هو العاقدين أو غيرهما

فلا إشكال حتى يدفع بما أجاب به المحقق القمي رحمه الله مع أنه لا يسمن ولا يغني، فإنه لو كان مفاد الإجازة

وفيه: أن الإجازة على هذا تصير - كما اعترف - معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشتري،

لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانياً " بالتبديل المذكور، لأن قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري إنما رضي بذلك الإيجاب المغاير

لمؤدى الإجازة، فإذا التزم يكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، وبعدم الحاجة إلى قبول

المشتري ثانياً "، فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه وقبول المشتري، وهذا خلاف الاجماع والعقل. (١١٤)

وأما القول بكون الإجازة عقداً " مستأنفاً " فلم يعهد من أحد من العلماء وغيرهم. وإنما حكى كاشف الرموز عن شيخه: أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل فهو بغير لفظ

البيع قائم مقام إيجاب البائع، وينضم إليه القبول المتقدم من المشتري. وهذا لا يجري فيما نحن فيه، لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تمليك الثمن للبائع وتملك المبيع منه، فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً " لما وقع، فلا بد

له من قبول آخر، فالإكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه، التزام بكفاية رضا البائع وإنشائه عن رضا المشتري وإنشائه، وهذا ما ذكرنا أنه خلاف الاجماع والعقل. (١١٥)

الواقعي ونحن إن سلمنا كون القصد للمالك الواقعي ولم نناقش في ذلك بما ناقشنا أولاً "، لا نسلم كون

الإنشاء له في مثل ما إذا كان الإنشاء بمثل تملكته وملكت. (ص ١٢٤) (١١٤) الطباطبائي: أما كونه خلافاً " للاجماع فواضح. وأما كونه خلافاً " للعقل، فلأنه لا يعقل تغيير ما وقع

عما وقع خصوصاً " مع عدم كون أمر المشتري بيده. (ص ١٤٢) (١١٥) الطباطبائي: إشارة إلى الجواب عما ذكره المحقق المذكور من أن هذا أحد الأقوال في الإجازة

وغرض المصنف قدس سره، إن ذلك القول لا ربط له بما ذكره المحقق المذكور، إذ معنى ذلك القول إن

فالأولى في الجواب: منع مغايرة ما وقع لما أجزى، وتوضيحه: أن البائع الفضولي إنما قصد تمليك المثلث للمشتري بإزاء الثمن، وأما كون الثمن مالا " له أو لغيره، فإيجاب البيع ساكت

عنه، (١١٦) فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقا "، لمعنى المعاوضة والمبادلة، وحيث أن البائع يملك المثلث بانيا " على تملكه له وتسلمه عليه عدوانا " أو اعتقادا "، لزم من ذلك بنائه على تملك المثلث والتسلط عليه، وهذا معنى قصد بيعه لنفسه، وحيث إن المثلث ملك لمالكه واقعا " فإذا أجاز المعاوضة

انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يتردد الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الإيجاب هو تمليك المثلث بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه العوض، إلا باقتضاء المعاوضة لذلك.

الإجازة بمنزلة القبول فتتضمن إلى الإيجاب المتقدم بخلاف ما ذكره المحقق، فإن الإجازة عليه بمنزلة الإيجاب والقبول معا " هذا.

ولكن الظاهر: أن مراد المحقق من ذلك التقريب، يعني: كما أن القائل المذكور يقول في مطلق الفضولي إن العقد يتحقق بالإيجاب والإجازة ويكون الإجازة قائمة مقام القبول وإن وقع القبول من غير المجير فكذلك.

لنا أن نقول: في المقام إنها بمنزلة مجموع الإيجاب والقبول وليس مراده إنها في الحقيقة عقد مستقل جديد

وتبديل رضا البائع والمشتري كليهما أيضا " لا مانع منه بعد عدم كونهما مأخوذين على وجه القيدية على وجه الموردية وكون ملاك البيع المبادلة من دون نظر إلى خصوص الطرفين فتأمل. ويعتبر الواقع عما وقع وإن كان مخالفا " للعقل إلا أنه لا مانع منه في الأمور الاعتبارية وبمجرد الاعتبار، وإلا فمن المعلوم أنه ليس

غرضه التبديل الحقيقي. (ص ١٤٢)

الإصفهاني: إن الإجازة إذا كانت عقدا " مستأنفا " حقيقة لزم اتحاد الإيجاب والقبول. وأما إذا كان بمنزلة

العقد من حيث التصرف في الإيجاب والقبول باسقاط الخصوصيتين الغير القابلتين للإجازة فلا محذور فيها

كما عرفت. نعم الانصاف: أن ظاهر كلمات المحقق رحمه الله أب عن هذا التوجيه. (ص ١٢١)

(١١٦) الآخوند: لا يخفى أن البائع لنفسه لا محالة، يكون قاصدا " لتملك المثلث وصيرورته ملكا " له

ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشتريا " لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل:
تملكت
منك - أو ملكت - هذا الثوب بهذه الدراهم، فإن مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولي
للثوب،
فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، (١١٧) فلا بد من التزام كون
الإجازة نقلا " مستأنفا " غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

ابتداء بإزاء ما ملكه كذلك، أو بعد البناء منه على ملكيته عدوانا " أو اعتقادا "، على ما
عرفت في الحاشية
السابقة، إذ لا معنى لعدم قصد تملك الثمن أصلا " ولا لقصد تملك المالك بنحو العنوان
كما لا يخفى، وإن
الملكية اعتبار خاص بين الشئ وأعيان الأشخاص لا عنوان المالك.
مع أنه قد عرفت في الحاشية السابقة: إن بناء على الملكية لا يكون إلا داعيا " له إلى قصد
تملكه بنفسه، بلا
قصد تملك المالك أولا " وقصد تملكه ثانيا " للبناء على أنه المالك عدوانا " أو اعتقادا "،
ومجرد كون هذا مملكا "
أيضا " لا يوجب أن يكون بلا داعي يدعو إليه، ولا يكاد يكون له بحسب المتعارف داعي،
ولو اتفق حصوله
أحيانا "، لاختص التصحيح بما أفاده به ولا يعم ما هو المتعارف من بيع الغاصب لنفسه.
فتفطن. (ص ٥٥)
(١١٧) النائيني (منية الطالب): أنه لا فرق بين أن يكون الغاصب بائعا " أو مشتريا "،
كانت الصيغة بعت
واشترت، أو كانت ملكت وتملكت، كان الايجاب مقدما " على القبول أو مؤخرا "، فلا
وجه لإشكاله قدس
سره فيما لو كان الفضولي مشتريا " لنفسه بمال الغير، لأن كون إنشاء البائع متوجها "
بالصراحة أو الظهور
إلى المشتري لا يقدر في الصحة بعد بناء المشتري على ملكيته للثمن ثم قبوله بتبديل البائع
بين المثلين
والثمن، أو إنشائه التبديل بين الثمن والمبيع، كما لو قدم القبول، فإن في جميع الصور لا
إشكال فيه لا من
باب إن كاف الخطاب وضع للأعم من المالك الحقيقي والجعلي، كما قد يتوهم في
الخطاب المتوجه إلى
الشخص المردد بين كونه وكيلا " أو أصيلا "، بل لأن الغاصب بعد سرقة الإضافة يكون
هو المالك وهو
المخاطب بهذا الخطاب، كما أن الموكل هو المخاطب في معاملة الوكيل بالبدن النيابي،
فإذا أنشأ الملكية بين
الشيئين وتعلق الإجازة بهذا الإنشاء صح من مالك الشيئين.

وبالجملة: لو قصد العاقد إدخال الثمن في ملك من لم يخرج عن ملكه المثلث، وبالعكس
فهذه المعاملة
باطلة، ولذا قلنا بالبطلان لو قيل: (اشتر بمالي لنفسك طعاما ") إذا لم يقصد من هذا القول
تمليك الثمن

(٣٨٣)

وبالجملة: فنسبة المتكلم الفضولي بتملك المثلثن إلى نفسه بقوله: ملكت أو تملك، كإيقاع المتكلم الأصلي التملك على المخاطب الفضولي بقوله: ملكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك. وبهذا استشكل العلامة رحمه الله في التذكرة، حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر فأشكال، من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد. ولا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته، لأنه حينئذ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصليا " أو نائبا "، ولذا يجوز مخاطبته وإسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائبا "، وليس إلا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائبا "، فإذا صح اعتباره نائبا " صح اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائبا " أو أصليا ". أما الفضولي فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار. (١١٨)

بلا اشتراء لمالك الثمن، أن يقبل بقوله (تملكت)، مع أنهما ليسا طرفا " للملكية ولم يقل أحد باختصاص هذه الصيغة بالمالك العاقد لنفسه بالمباشرة. ومنه يظهر: الجواب عن صيغة ملكت بالتخفيف في مقام مطاوعة الايجاب للمالك، فيكون معناه في الحقيقة قبول الملك لنفسه أو لغيره، فهو طرف القبول لا طرف الملك وإلا لكان البيع مركبا " من ايجابين حقيقيين إذا قصد بقوله: (ملك)، إيقاع الملك لنفسها. (ص ١٤٢) * (ج ٢ ص ١٢٢) (١١٨) الطباطبائي: الانصاف: عدم اندفاع هذا النقض بما ذكره المصنف قدس سره، أما أولا " فلأن الطرف الآخر قد يكون معتقدا " لكون البائع أصيلا " ولا يكون مترددا " بين كونه وكيلا " أو وليا " أو أصيلا " فيقصد تملكه لنفسه لا بعنوان أعم. وأما ثانيا " : فلما كان فرض التعميم في الفضولي أيضا " إذا فرض كونه مترددا " بين كونه أصيلا " أو فضوليا ". ودعوى: عدم امكان هذا الاعتبار فيه لكونه أجنبيا "، كما ترى! فالتحقيق ما عرفت من: أنه وإن أراد تملك العاقد لنفسه، إلا أن هذه الخصوصية ملغاة في نظر العرف لعدم كونها مأخوذة على وجه التقويم وكون حقيقة البيع مجرد المبادلة من غير نظر إلى المالكين من الطرفين، ولذا لا يضر مع العلم بإرادته بخصوصه وعدم الالتفات إلى كونه وكيلا " أو وليا " مع كونه في الواقع كذلك، بل لا يوجب هذا التخلف الخيار

وقد تفتن بعض المعاصرين لهذا الإشكال في بعض كلماته، فالترزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه، مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى وأكثر النصوص المتقدمة في المسألة كما اعترف به أخيراً "، (١١٩) وأخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها. وفيه: أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الإشكال - أعني: قول المشتري الغاصب: تملكيت أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم - ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي له، بل يتوقف على نقل مستأنف. (١٢٠)

فالأنسب في التفصي أن يقال: إن نسبة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه في قوله: (تملكت منك)، أو قول غيره له: (ملكتك) ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكا للمثمن اعتقاداً " أو عدواناً "، ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للمثمن التزمنا بلغويته، ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بإزاء مال غيره، فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلا إذا كان مالكا " حقيقيا " أو ادعائيا " . (١٢١)

أيضا " إلا إذا كان من الأغراض النوعية المأخوذة على وجه تعدد المطلوب بحيث يرجع إلى الشرط الضمني فتدبر. (ص ١٤٣)

(١١٩) الطباطبائي: لم يتقدم نص في شراء الغاصب لنفسه إلا أن يريد نصوص الاتجار بمال اليتيم.

وفيه: ما لا يخفى. (ص ١٤٣)

(١٢٠) الطباطبائي: قد عرفت: ما فيه من أن قصد الخصوصية لا يضر بعد كونها خارجة عن حقيقة المعاملة التي هي المبادلة والظاهر أن نظر أن نظرا البعض إلى ذلك، كما أشرنا. (ص ١٤٣)

(١٢١) الطباطبائي: فيه: أولا " : ما عرفت من منع كون بيع الغاصب أو شرائه مبنيا " على ادعاء الملكية في جميع المقامات، وأنه لولاه خرج عن كونه مبادلة حقيقية، لما عرفت من: أن بيع ماله لغيره أو مال غيره لنفسه أيضا " بيع حقيقة، لأن حقيقة المبادلة محفوظة وقصد كون الثمن أو المثمن لغير مالك الآخر لا يضر

فلو لم يكن أحدهما وعقد لنفسه لم يتحقق المعاوضة والمبادلة حقيقة، فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه: (تملكت منك كذا بكذا) فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من

حيث هو، بل من حيث عد نفسه مالكا " اعتقادا " أو عدوانا "، وحيث إن الثابت للشئ من

حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية، فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن، إلا أن الفضولي لما بنى على أنه المالك المسلط على الثمن أسند ملك المثلث الذي هو بدل الثمن إلى نفسه، فالإجازة الحاصلة من المالك

متعلقة بإنشاء الفضولي وهو التملك المسند إلى مالك الثمن، وهو حقيقة نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال المثلث إليه. (١٢٢)

بصدق والمبادلة بين المالكين سواء قلنا: بصحة ذلك أو بطلانه. وثانيا " بعد الادعاء المذكور أيضا " نقول: إن من المعلوم إرادة الغاصب تملك خصوص نفسه، لا من كان

مالكا " وإن كان غيره. وإن شئت، فقل: إن الجهة تعليلية لا تقييدية وعلى فرض كونها تقييدية وكون

الحكم واردا " عليها نمنع اقتضاءها ما ذكره، إذ لا بد في ورود الحكم على الجهة مطلقا " من قابلية المحل

للاطلاق وإلا فلا يستلزم الاطلاق.

ألا ترى! أنك إذا قلت: أكرمت زيدا " لصدافته لا يقتضي إطلاق مطلق الصديق، بل وكذا لو قلت لزيد:

ادخل داري من حيث إنك صديقي لا يكون إذن الدخول مطلق الصديق، ففي المقام أيضا " وإن كان

الغاصب في قوله: (تملكت كذا بكذا دينا " على أنه المالك وكان تملكه للمثلث من هذه الجهة، لا أنه لا

يقصده إلا تملك نفسه لا المالك الواقعي، فلا مفر في دفع الإشكال إلا ما ذكرنا من أن هذه الخصوصية

مأخوذة لا على وجه التقييد في أنظار العرف، فيمكن الغاؤها في مقام الإجازة ولا يلزم منه مخالفة المجاز

للمنشأ لأن المجاز نفس المبادلة لا بهذه الخصوصية فتدبر. (ص ١٤٣)

(١٢٢) الآخوند: وقد انقدح (مما ذكرناه تحت الرقم ١١٦) فساد ما أفاده بقوله: (فالمنسوب إليه التمسك إنما

هو المتكلم إلى آخر كلامه). (ص ٥٥)

الإصفيهاني: التحقيق: إن مقام العقد واسناده إلى الفضولي لنفسه بعنوان أنه المالك وإن كان يتصحح

بالبناء والتنزيل، إلا أن الذي يؤثر فيه الإجازة هو العقد للمالك بالحمل الشائع حقيقة، فايقاع العقد للمالك

(۳۸۸)

هذا مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكا

للفضولي ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد وتبعه غير واحد من أجلاء تلامذته (١٢٣)

وإن معاملة الغاصب معاملة حقيقية وإن قصد دخول العوض في ملك غير مالك المعوض، ولا يحتاج

تصحيحها إلى ما تشبث به المصنف أولا " وما ادعاه أخيرا "، مع أن شيئا " منهما لا يجديه.

نعم، تقوى علينا شبهة عدم وقوع البيع للمالك بإجازته، بل الإجازة على هذا إن أثرت، أثرت في وقوع

البيع للغاصب، لأنه قصد المعاملة لنفسه فضلا " عما إذا خص الإنشاء أيضا " بنفسه، وحينئذ فإما أن نلتزم

بذلك، كما التزم به بعض الأساطين ومن تبعه، أو نقول: إنه لا يلزم في الإجازة إجازة شخص ما أنشأ بل

يكفي إجازة الجنس المنشأ بإنشاء الشخص، فالغاصب وإن إنشاء المعاملة لنفسه لكن المالك يلغي قيد كونه

لنفسه ويجيز جنس المعاملة.

ويمكن إرجاع كلام المحقق القمي قدس سره، إلى هذا ولا يشكل علينا بأن صحة المعاملة بهذا النحو على

خلاف القاعدة، فإننا بينا سابقا " إن صحة الفضولي بالإجازة كلية على خلاف القاعدة فبذلك الدليل الذي

يخرج به عن القاعدة ويحكم بصحة الفضولي في غير مقام يحكم بصحته في المقام. (ص ١٢٤)

الطبائبي: كان الأولى أن يعبر عن المطلب بتعبير آخر، بأن يقول: هذا كله على تقدير الإجازة على أن

يكون للمالك وهل يصح على أن يكون للغاصب أو لا؟ ربما يلتزم الخ.

هذا ويمكن أن يقال: في أن مقتضى الإجازة بقول مطلق أن يكون للغاصب أو لا وأن القائل ملتزم بكونه له

وحينئذ فيتحصل في المسألة وجوه الأول: ويمكن البطلان وعدم الصحة بالإجازة لا للمالك ولا للغاصب.

الثاني: الصحة مع كونه للمالك. الثالث: الصحة مع كونه للغاصب.

الرابع: تبعية القصد، فإن قصد للمالك فلها وإن قصد للغاصب فله. فتدبر (ص ١٤٤)

(١٢٣) الطبائبي: قال فيها: ولو إجازة المالك على نحو ما قصده الغاصب به احتمال رجوعه إلى هبة

وبيع معا " كقوله: (اشتر بما لي لنفسك كذا) وأما مع قصد الغاصب تمليك نفسه ثم البيع فلا بحث في

رجوعه إلى ذلك ولو باع المالك عن غيره صح البيع عن المجيز انتهى.
وظاهره: إن احتمال كونه للغاصب إنما هو مع قصده ذلك في مقام الإجازة، لا أن يكون مقتضى الإجازة

(٣٩٠)

وذكر بعضهم في ذلك وجهين:
أحدهما: أن قضية بيع مال الغير عن نفسه والشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له
ضمنا "، حتى أنه على فرض صحة ذلك البيع والشراء تملكه قبل أن ينتقله إلى غيره،
ليكون

انتقاله إليه عن ملكه، نظير ما إذا قال: (أعتق عبدك عني) أو قال: (بع مالي عنك) أو
(اشتر لك بمالي كذا) فهو تمليك ضمني حاصل ببيعه أو الشراء.
ونقول في المقام أيضا " : إذا أجاز المالك صح البيع أو الشراء، وصحته تتضمن انتقاله إليه
حين البيع أو الشراء، فكما أن الإجازة المذكورة تصحح البيع أو الشراء، كذلك تقضي
بحصول الانتقال الذي يتضمنه البيع الصحيح، فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن
السابق، قاضية بتمليكه المبيع، ليقع البيع في ملكه، ولا مانع منه.
الثاني: إنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا " للعاقد في انتقال بدله إليه، بل
يكفي أن يكون مأذونا " في بيعه لنفسه أو الشراء به، (١٢٤) فلو قال: (بع هذا لنفسك) أو
(اشتر لك بهذا) ملك الثمن في الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكة إلى المشتري، وكذا
ملك المثلث في الصورة الثانية. ويتفرع عليه: أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع
الملك إلى مالكة دون العاقد. (١٢٥)

(١٢٤) النائيني (المكاسب والبيع): لا دليل على اعتباره وقد تقدم بيانه في أول البيع، وقلنا
بحكايته عن
سيد أساتيد أستاذنا وجهها " في درسه لا اختيارا " ومر تزييفه أيضا " بأن هذا خارج عن
حقيقة البيع الذي
هو تبديل طرفي الإضافة، بل إنه هبة بإزاء هبة أخرى فراجع ما حررناه في الأول البيع وفي
المعاطاة. (ص ٥٠)
(١٢٥) الطباطبائي: وأما على الوجه الأول فيمكن أن يقال: برجوعه إلى العاقد من حيث
إنه قد ملك
المبيع أولا " ثم باعه بالتقدم الطبيعي أو الخارجي لكن هذا بناء على الملك آنا " ما حقيقة
وأما إذا قلنا بالملك
الضمني التقديري، بمعنى كونه في حكم الملك فلا يرجع بالفسخ إلا إلى مالكة فتدبر.
(ص ١٤٤)

أقول: وفي كلا الوجهين نظر: أما الأول، فلأن صحة الإذن في بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة، كما تقدم في بعض فروع المعاطاة، مع أن قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق، لأن الإذن في البيع يحتمل فيه أن يوجب - من باب الاقتضاء - تقدير الملك آنا " ما، قبل البيع بخلاف الإجازة، فإنها لا تتعلق إلا بما وقع سابقا "، والمفروض أنه لم يقع إلا مبادلة مال الغير بمال آخر. (١٢٦)

(١٢٦) النائيني (المكاسب والبيع): ومن هنا يظهر: الفرق بين مسألة (أعتق عبدك عني) مما يكون أمر واستدعاء لايقاع المالك عتق عبده من الأمر، وبين هذه المسألة، أعني: مسألة (اشتر بمالي طعاما " لنفسك)، حيث إن الأوفق بالقواعد في المسألة الأولى كان هو الحكم بالصحة، وذلك لأن المفروض صحة تبرع المالك بعتق عبده عن الأمر فإذا استدعى منه ما يكون هو بنفسه سلطانا " عليه وكان له أن يفعل بلا استدعاء الأمر، غاية الأمر: مع عدم الرجوع بقيمته عند التبرع يكون استدعائه منشأ لضمائه ما يتلفه المالك باستدعائه، سواء كان مع استيفاء من الإذن، كما إذا وقع العتق عنه في كفارة أولا، بل كان محض الأمر بالاتلاف. لكن إذا كان في الاتلاف غرضا " عقلائيا "، مثل ما إذا أمره بالغاء ماله في البحر وعليه ضمانه إذا صار المال موجبا " لاضطراب السفينة، لا ما إذا لم يكن في الاتلاف غرض عقلائي مثل ما إذا أمره باحراق ماله وعليه ضمانه فإنه لو ارتكب المالك حينئذ لم يكن ضمانه على الأمر. والسرفيه: هو كون اقدمه هذا حراما " شرعا " فإذا أقدم على الحرام الشرعي الممنوع عنه لم يكن ضمانه على الأمر لمكان كونه منهيًا " عنه. وبالجملة: وقوع العتق عن الأمر بالطريق الاعوجاجي في قضية (أعتق عبدك عني) موافقا " مع القواعد موقوف علي أمرين كلاهما حاصلان، وهما صحة تصرف المالك بما يأمره الأمر مع قطع النظر عن الأمر والاستدعاء، وصحة استدعائه بالضمان المعاملي بأن يفعل ماله السلطنة عليه وكلاهما حاصلان، كما ترى! وهذا بخلاف الإذن في شراء المأذون لنفسه، حيث إنه لولا ذلك الإذن ليس للمأذون أن

يشترى بمال الغير
متاعاً " لنفسه وهذا الإذن من مقومات صحة شرائه بخلاف أمر الأمر بالعتق حيث إنه لم
يكن مقوماً "

(٣٩٤)

نعم، لما بنى هو على ملكية ذلك المال عدواناً " أو اعتقاداً قصد بالمعاوضة رجوع البديل إليه،

فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادلة أفادت دخول البديل في ملك المجيز، وإن رجعت إلى المبادلة منضمة إلى بناء العاقد على تملك المال، فهي وإن أفادت دخول البديل في

ملك العاقد، إلا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وإمضائه له، إذ بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقد فيملك البديل، إلا أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير ذلك البناء في تحقق متعلقه شرعاً "، بل الدليل على عدمه، لأن هذا مما لا يؤثر

فيه الإذن، لأن الإذن في التملك لا يؤثر التملك فكيف إجازته!

وأما الثاني فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة. (١٢٨)

ولذا صرح العلامة رحمه الله - في غير موضع من كتبه - تارة بأنه لا يتصور، وأخرى بأنه لا

يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً "، بل ادعى بعضهم في مسألة قبض المبيع: عدم الخلاف في بطلان مالك الثمن: (اشتر لنفسك به طعاماً ") وقد صرح به الشيخ والمحقق

وغيرهما. نعم، سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب، إن ظاهر

جماعة - كقطب الدين والشهيد وغيرهما - : أن الغاصب مسلط على الثمن وإن لم يملكه،

فإذا اشترى به شيئاً " ملكه، وظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن ويملك المثلث المشتري، إلا أن

يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للمثلث مطلقاً "، كما نسبه الفخر رحمه الله

إلى الأصحاب، أو آناً " ما قبل أن يشتري به شيئاً "، تصحيحاً " للشراء.

وكيف كان، فالأولى في التفصي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا.

هذا الإذن، لا اقتضاء الإذن في البيع الإذن التملك.

قلت: أولاً " : قد عرفت عدم الدليل. وثانياً " : على فرض وجوده لا فرق بين الإذن السابق واللاحق حسبما

عرفت، مع أن ظاهره هو الثاني، أعني: اقتضاء الإذن في البيع الإذن في التملك فتدبر. (ص ١٤٤)

(١٢٨) الآخوند: قد عرفت: منع منافاته لحقيقته، فتلخص مما ذكرنا في هذه الحواشي: إن الإجازة

ثم إن مما ذكرنا - من أن نسبة ملك العوض حقيقة إنما هو إلى مالك المعوض لكنه بحسب
بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه - يظهر اندفاع إشكال آخر في
صحة
البيع لنفسه، مختص بصورة علم المشتري، وهو: أن المشتري الأصيل إذا كان عالما "
بكون
البائع لنفسه غاصبا " فقد حكم الأصحاب - على ما حكى عنهم - بأن المالك لو رد
فليس
للمشتري الرجوع على البائع بالثمن، وهذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، وإلا
لكان ردها موجبا " لرجوع كل عوض إلى مالكه، وحينئذ فإذا أجاز المالك لم يملك
الثمن،
لسبق اختصاص الغاصب به، فيكون البيع بلا ثمن. (١٢٩)

(١٢٩) الآخوند: لا يخفى أن الإشكال الناشئ من قبل عدم جواز الرجوع إلى الغاصب
بحاله، ضرورة إن
عدم جواز الرجوع لو كان كاشفا " عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية - كما هو مبني
الإشكال -، كان كاشفا "
عنه ولو مع قصد الغاصب تملك المالك الحقيقي أولا "، ونسبة المالك إليه حقيقة، ونسبته
إليه ثانيا " للبناء
على أنه المالك. نعم، لو قيل: بجواز الرجوع مع هذا القصد، لا يكون هناك إشكال من
رأس، كما لم يكن
أصلا " لو قيل به مطلقا "، كما لا يخفى.
وبالجملة: لا يكاد ينفع بذلك الإشكال الآتي من قبل القول بعدم جواز الرجوع، ومع القول
بجوازه، لا
إشكال حتى يقال بما ذكره أولا "، فتفتن. (ص ٥٧)
النائني (منية الطالب): لا يخفى أن معاملة الأصيل مع علمه بأن الطرف غاصب مستلزم
لإشكالين،
أحدهما: نظير الإشكال المتقدم في قصد الغاصب وهو أن الأصيل كيف يقصد المعاوضة
الحقيقية مع علمه
بأن الطرف غاصب؟! أما هذا الإشكال فقد ظهر جوابه. (سيأتي الإشكال الثاني في التعليقة
الآتية) (ص ٢٢٨)
الإصفهاني: توضيحه: إن الإشكال إن كان من ناحية علم المشتري بكون البائع غاصبا "
فكيف يملكه
الثمن ضمنا " بإزاء ما لا يملكه الغاصب! فهو مندفع بالبناء يبني على مالكية نفسه فيتملك
فكذا المشتري
العالم يبني على مالكية البائع للمثمن فيملكه الثمن ضمنا إلا أن هذا الإشكال أجنبي عن
عدم جواز

الرجوعا لمأخوذ في الإشكال بل هو وارد سواء تعقبه تسليط خارجي أم لا وسواء قلنا بعدم
جواز الرجوع
أم لا وإن كان بلحاظ أن التسليط الخارجي المحكوم عليه بعدم جواز الرجوع بعده
يكشف عن اختصاص

(٤٠١)

ولعل هذا هو الوجه في إشكال العلامة في التذكرة، حيث قال - بعد الإشكال في صحة بيع الفضولي

مع جهل المشتري - : إن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل إنتهى.
أقول: هذا الإشكال - بناء على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع رد المالك وبقائه، وبعد تسليم إن الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديري

الرد والإجازة، لا التسليط المراعى بعدم إجازة البيع - إنما يتوجه على القول بالنقل، حيث إن تسليط

المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة فلا يبقى مورد للإجازة. (١٣٠)

وأما على القول بالكشف، فلا يتوجه إشكال أصلا "، لأن الرد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطا " له على مال نفسه، والإجازة كاشفة عن كونه تسليطا " له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالاقباض، ولذا لو لم يقبضه الثمن حتى أجاز المالك أو رد، لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك، وسيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك تنمة لذلك، فانتظر.

بما يضمنه ولا يمكن أن يقال: بالرجوع إلى المشتري، لأن الإجازة وقعت على الثمن الشخصي التالف عند

الغاصب لا إلى الكلي في ذمة المشتري وحينئذ يكون البيع بلا ثمن فيعود الإشكال. أقول: هكذا قرر ولكن المسألة بعد لا يخلو عن الإشكال.

ويمكن أن يقال: إن اعطاء المشتري الثمن إلى الغاصب تسليط إياه عليه لا مطلقا " بل في صورة رد المالك.

وأما مع الإجازة فالمرتکز من المشتري إنما هو دفع الثمن إلى الغاصب عوضا " عما يأخذه منه من مال

المغصوب فيكون تسليطا " منه إياه على الثمن لأن يدفع إلى المجيز ولو تم هذا الارتكاز يصح التفصيل بين

صورتى الرد والإجازة بالقول باختصاص مجانية التسليط في الأولى دون الأخير وعليه فيبقى الثمن على

ملك المشتري عند تلفه لدى الغاصب إذا تعقب العقد بالإجازة فينتقل إلى المجيز حين الإجازة فتأمل (ص ٥٤)

(١٣٠) الآخوند: إنما يتوجه على هذا القول، لو قيل بجواز التصرفات المنافية من الأصيل ونفوذها، وإلا فلا،

حيث لم يكن له قبل الرد تسليطه على الثمن ويأتي تحقيق القول فيه إن شاء الله تعالى. (ص ٥٧)

الطباطبائي: قلت: قد عرفت ما فيه (أي: ابتناء إشكال العلامة على موارد ثلاثة وعدم وروده فيغيرها)،

(٤٠٦)

ثم اعلم: أن الكلام في صحة بيع الفضولي لنفسه - غاصبا " كان أو غيره - إنما هو في وقوعه

للمالك إذا أجاز، وهو الذي لم يفرق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك، لا لنفسه. وأما الكلام في صحة بيع الفضولي ووقوعه لنفسه إذا صار مالكا " للمبيع وأجاز - سواء باع

لنفسه أو المالك - فلا دخل له بما نحن فيه، لأن الكلام هنا في وقوع البيع للمالك، وهناك في وقوعه للعائد إذا ملك.

من هنا يعلم: أن ما ذكره في الرياض من أن بيع الفضولي لنفسه باطل ونسب إلى التذكرة نفي الخلاف فيه في غير محله، إلا أن يريد ما ذكرناه، وهو خلاف ظاهر كلامه. (١٣١)

(١٣١) النائيني (منية الطالب): إن ما ذكره في الرياض من بطلان بيع الفضولي استنادا " إلى ما في التذكرة

من نسبة القول بعدم الخلاف في البطلان إلى مذهبنا ليس في محله، لأن ما ذكره في التذكرة هو ما إذا باع

لنفسه على أن يشتريه من المالك ويسلمه إلى الأصيل، لا ما إذا جاز المالك على أن يصير البيع له والفساد

في الأول كما هو ظاهر قوله عليه السلام: (لا تبع ما ليس عندك) لا يلازم الفساد في الثاني. (ص ٢٢٨)

الإيرواني: وذلك لأن نفي خلاف التذكرة إنما هو في البطلان في حق الفضولي إذا اشترى وأجاز وقد

تقدمت حكاية كلامه عند ذكر أخبار بطلان الفضولي والبحث هنا في صحته في حق المالك إذا أجاز، وقد

أفتى صاحب الرياض بالبطلان مستشهدا " بنفي خلاف التذكرة، مع أن موضوع نفي خلافه غير موضوع

فتوى صاحب الرياض، إلا أن تكون فتوى صاحب الرياض بالبطلان أيضا " في حق نفس الفضولي على أن

يكون قوله: (لنفسه) متعلقا " (بباطل) لا (بالباع) فيتم الاستشهاد لكنه خلاف ظاهر عبارته. (ص ١٢٥)

الطباطبائي: وذلك لأن بطلان البيع لنفسه الذي ذكره في التذكرة ونفى عنه الخلاف إنما هو من حيث

كونه لنفسه وبلا إجازة، ولا ينافي كونه صحيحا " للمالك إذا أجازته فلا وجه لما ذكره من بطلانه مطلقا " حتى

مع إجازة المالك ونسبته إلى نفي الخلاف في التذكرة إلا أن يكون مراده أيضا " ذلك، أعني: البطلان من حيث

كونه لنفسه لا البطلان حتى مع الإجازة لكنه خلاف ظاهر كلامه، فإن ظاهره البطلان مطلقا " .

قلت: لكن الذي حكم في الرياض بطلانه مطلقا " ونسبه إلى التذكرة صورة خاصة وهي
ما إذا باع عينا "
شخصية من مال الغير لنفسه بقصد أن يشتريها ويعطيها للمشتري ولا يبعد دعوى بطلانها
مطلقا " بل عدم

(٤٠٩)

بقي هنا أمران:

الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا " أو دينا " في ذمة

الغير. ومنه جعل العوض ثمنا " أو مئثنا " في ذمة الغير. (١٣٢)

(١٣٢) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أن لبيع ما في الذمة صورتين:

الأولى: أن يتعلق العقد الصادر من الفضولي على الثمن والمئثن الذي يكون في الذمة فعلا " كأن يشتري

عينا " من زيد بدين كان لعمره في ذمة بكر، أو في ذمة نفسه، أو يبيع الحنطة التي في ذمة زيد لعمره

بدرهم موجودة من بكر.

الثانية: أن يجعل الثمن والمئثن دينا " في ذمة غيره، كما إذا اشترى عينا " وجعل ثمنها في ذمة زيد أو باع

منا " من الحنطة سلما " في عهدة زيد بدرهم لبكر، وحكم الصورتين حكم ما لو باع العين الخارجية بدرهم

خارجية في أنه لو أجاز مالك الكلي أو من جعل الكلي في ذمته، بيع الفضولي يقع للمجيز لعدم الفرق بين

العين الشخصية والكلية. (ص ٢٢٩)

الطباطبائي: اعلم (أولا "): إن كون ما يرد عليه البيع الصادر من الفضولي كليا " في الذمة له صورتان،

إحديهما: أن يكون كذلك قبل البيع كأن يكون للمالك على غيره ولو كان ذلك الغير هو الفضولي منا "

من الحنطة أو عشرة دراهم فيجعله الفضولي مئثنا " أو ثمنا " في البيع.

الثانية: أن يكون كذلك بهذا البيع لا قبله، كما إذا باع منا " من الحنطة في ذمة المالك أو يشتري شيئا " له

بعشر دراهم في ذمته.

وإلى الثانية نظر المصنف قدس سره بقوله: (ومنه جعل العوض ثمنا " الخ)، والظاهر أن مراده من أول

العنوان هو الصورة الأولى، وعلى هذا فمراده من لفظ (الغير) المضاف إليه لفظ (الذمة) غير المالك ممن

له عليه كلي ومن لفظ الغير الأول والأخير غير الفضولي العاقد وهو المالك.

(وثانيا "): لا يخفى أنه لو قال: (أو في الذمة) بدل قوله: (في ذمة الغير)، كان أولى لسلامته عن لزوم

التفكيك في لفظ الغير وكونه أعم من الصورتين، فيحسن التعبير حينئذ بقوله: (ومنه جعل العوض الخ)

لكونه إشارة إلى الفرد الخفي بعد كون العبارة الأولى شاملة له بخلافه على العبارة الموجودة، فإنه مغاير لما

أريد من العبارة الموجودة، فإنه مغاير لما أريد من العبارة الأولى، إذ هي متكفلة لبيان الصورة الأولى

(٤١٢)

ثم إن تشخيص ما في الذمة - الذي يعقد عليه الفضولي - إما بإضافة الذمة إلى الغير، بأن يقول: (بعت كرا " من طعام في ذمة فلان بكذا) أو (بعت هذا بكذا في ذمة فلان) وحكمه:

أنه لو أجاز فلان يقع العقد له، وإن رد بطل رأسا ". وإما بقصده العقد له، فإنه إذا قصده في العقد تعين كونه صاحب الذمة، لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير من

خرج عنه الآخر إلا على احتمال ضعيف تقدم عن بعض. فكما أن تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي بإضافته إلى ذمة شخص خاص. (١٣٣)

وهذه الثانية، فيكون معنى قوله، (ومنه ومن قبله أو مما يلحق به مثلا ")، والأمر سهل بعد وضوح الحال.

(ص ١٤٥)

الإيرواني: لا إشكال في أنه إذا باع ما لنفسه في ذمة الغير فقد باع مال نفسه فهو كما لو باع عين مال

نفسه خارج عن الفضولي، وأما إذا باع مال الغير في ذمة نفسه ففي كونه فضوليا " إشكال أقربه العدم، إذ

لا ميز لمال الغير في ذمة نفسه ليكون فضوليا " بل هو كما لو باع كليا " في ذمة نفسه وتقييده بكونه للغير

لا يجعله فضوليا "، إذ لا يصير بهذا التقييد للغير وإنما يتعين للغير بتطبيقه على عين خارجية ثم قبض ذي

الحق له.

ومن هنا يظهر الحال فيما لو باع ما في ذمة شخص الآخر وإنه فضولي لا محالة إذا لم يكن بإذن منهما

وإنه يخرج عن الفضولية بإذن ذي الحق، كما يصح بإجازته وهل يخرج عن الفضولية بإذن مشغول الذمة

وكذلك يكفي إجازته فيه الإشكال المتقدم، فإن إذنه وإجازته بمنزلة تصديه هو للبيع، وقد عرفت أنه لا

يبعد أن لا يكون فضوليا " فكان إذنه منخرجا " عن الفضولية وإجازته مصححا " للعقد، وعلى هذا يكفي في

فرض المسألة إجازة كل من صاحب الحق ومشغول الذمة، وأيهما أجاز ملك الثمن وإن سبق الرد من

صاحبه. (ص ١٢٥)

(١٣٣) الآخوند: إنما يغني عنه، إذا كان قاصدا بذلك للمعين اجمالا " وإلا فمجرد قصده، لا يوجب تعيينه،

ومجرد استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر لو سلم، لا يوجب ذلك بلا قصد،

(٤١٣)

وحينئذ فإن أجاز من قصد مالكيته وقع العقد، وإن رد فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا

لأن مقتضى رد العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردد في باب الفضولي بين

مالكه الأصلي ومن وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكه وتردده بين الفضولي ومن وقع له العقد، إذ لو صح وقوعه للفضولي لم يحتج إلى إجازة ووقع له، إلا أن الطرف

الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد وحلف على نفي العلم حكم له على الفضولي، لوقوع العقد له ظاهرا"، كما عن المحقق وفخر الاسلام والمحقق الكركي والسيوري والشهيد الثاني.

وقد يظهر من إطلاق بعض الكلمات - كالقواعد والمبسوط - (١٣٤) وقوع العقد له واقعا"، وقد

نسب ذلك إلى جماعة في بعض فروع المضاربة. (١٣٥)

فلا يلزم منه كون التملك بلا عقد، حيث إنه بلا قصد، لأن ما هو تسببي هي الملكية وهي على الفرض

قصدية وقصد طرفها لازم عقلي للتسبب إليها، فإذا فرض من العاقل نوعه القصد إليها من دون التفات

إلى لازمها ترتب عليه لازمها العقلي مع الامكان وإلا فيلغو ذلك التسبب فتدبر جيدا".

(ج ٢ ص ١٢٧) * (ص ١٤٣)

(١٣٤) الطباطبائي: وكالتذكرة في عبارتها الآتية بل سيأتي إن ظاهرها دعوى الاتفاق عليه. (ص ١٤٦)

(١٣٥) الطباطبائي: الأقرب: البطلان إن كان الشراء بعين المال أو في الذمة وذكر المالك وإلا وقع للعامل

مع علمه، وفي جاهل النسب أو الحكم إشكال.

وفي الشرايع: (إذا اشترى من ينعق على رب المال فإن كان بإذنه صح) إلى أن قال: (وإن كان بغير إذنه

وكان الشراء بعين المال بطل وإن كان في الذمة وقع الشراء للعامل إلا أن يذكر رب المال) انتهى.

وظاهرهما - كما ترى - وقوع الشراء له واقعا " وظاهرا " مع عدم الذكر الذي ظاهره الذكر اللفظي.

ويحتمل أن يكون المراد به الأعم من اللفظي والقصدي، كما حمل عليه في الجواهر عبارة الشرايع حيث

قال: (وقع الشراء للعامل ظاهرا " وباطنا " إلا أن يذكر رب المال لفظا " فيكون فضوليا " أو نية، فكذلك

وإن ألزم به ظاهرا"، إلا أنه في الواقع موقوف على إجازة المالك فمع فرض عدمها كان له بيعه وإن كان

أناه مقاصدة، كما هو واضح. (ص ١٤٦)

(٤١٥)

وحيث عرفت أن لازم قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلي إلى ذمة ذلك الغير. (١٣٦) كما أن إضافة الكلي إليه يوجب صرف البيع أو الشراء إليه وإن لم يقصده أو لم يصفه إليه، ظهر من ذلك التنافي بين إضافة البيع إلى غيره. وإضافة الكلي إلى نفسه أو قصده من غير إضافة، وكذا بين إضافة البيع إلى نفسه وإضافة الكلي إلى غيره (١٣٧)

لفظاً " مع الفارق. (ص ٢٣٠)

(١٣٦) الطباطبائي: لا يخفى عدم تمامية العبارة والظاهر: أن لفظه لازم زيادة من قلم الناسخ أو سقط منه

لفظة أن على قوله: (يوجب) وكانت العبارة أن يوجب والأمر سهل. (ص ١٤٦)

(١٣٧) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى فيما أفاده أما في القسم الأول، أعني: ما إذا أضاف الشراء إلى غيره والكلي إلى نفسه، فلما في احتماله للبطلان، إذ لا وجه للبطلان أصلاً، وقياسه بما إذا اشترى لغيره بعين مال نفسه فاسد، وذلك لا يمكن أن يكون باب جعل الكلي في ذمته من باب الضمان، فيصح ضمانه للثمن عن الغير، وانشائه في ضمن قعد البيع، كما إذا قال: (اشترت للغير وأنا ضامن ثمنه أو أنا كفيله)، ونحو ذلك.

لا يقال: لا يصح ضمان الثمن في ضمن ذاك العقد الذي يوجب قرار الثمن في ذمة المشتري، لأنه من قبيل ضمان ما لا يجب، بل لا بد في ضمانه من تمامية العقد وتحقق المعاملة. فلا محالة يجب تأخره عن البيع مع أن اسناد الكلي إلى نفسه يكون في ضمن البيع.

لأننا نقول: يكفي في كونه ضماناً لما استقر في عهدة المشتري من الثمن بالبيع تأخره بالرتبة، ولذا يصح (بعتك وأنا كفيل) من غير إشكال.

لا يقال: كون اسناد الكلي إلى نفسه من باب الضمان يصح لو قصد به الضمان، بخلاف ما لو كان قصد العاقد إيقاع البيع لغيره بجعل الثمن في ذمة نفسه.

لأننا نقول: بعد كون اللفظ قالبا " لإنشاء الضمان، وكان صدوره منه بإرادته، يكون قصد جعل الثمن في ذمته لغوا "، لأنه قصد ما لم يوجد في الخارج، حيث إنه قصد شيئاً " وأوجد شيئاً " آخر، غير ما قصد نظير ما

فلو جمع بين المتنافيين بأن قال: (اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي) أو (اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان) ففي الأول يحتمل البطلان، لأنه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، ويحتمل إلغاء أحد القيدتين وتصحيح المعاملة لنفسه أو للغير، وفي الثاني يحتمل كونه من قبيل شرائه

لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقاداً " (١٣٨)

تقدم في باب المعاوضة فيما إذا قصد الإباحة وأوجد ما هو مصداق البيع - حسبما مر شرحه -

وفي المقام أيضا "، نقول: قصد البيع لغيره بجعل الثمن في ذمته ولكنه أوجد ما هو مصداق الضمان.

وأما في القسم الثاني - أعني: ما إذا أضاف البيع إلى نفسه والكلبي إلى غيره - فلما فيما ذكره من تنافي

القيدتين، إذ لا منافاة بينهما أصلاً "، بل يكون حاله حال بيع الغاصب عين المال المغصوب بعينه فيكون

فضولياً " متوقفاً " على إجازة من أضيف الكلبي إليه، كما أنه في العين المغصوبة كان أيضا " فضولياً "

متوقفاً " على إجازة المالك - حسبما مر - ولا يحتاج في كلا المقامين إلى الاعتقاد بتملك العين في العين

المغصوب أو اعتقاد تملك ما في ذمة الغير في تصحيح المعاملة، بل تصح بلا حاجة إلى ذلك الاعتقاد بسرقة

السلطنة والملكية حسبما حققناه. (ص ٦٣)

(١٣٨) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى أن المنافي الذي أوتي به في ضمن العقد، إما يكون

منافياً " لأركانه، كما إذا قال: (بعتك بلا ثمن) أو (آجرتك بلا أجر)، حيث إن الثمن والأجرة ركنان في

عقدي البيع والإجارة.

وإما يكون منافياً " لما يقتضيه اطلاقه بعد تمامية أركانه، كما إذا استند البيع إلى نفسه والثمن إلى غيره، حيث إنه قد تقدم مفصلاً " إن البائع والمشتري ليسا من أركان البيع،

وإنما

الركن فيه هو الثمن

والمثمن، ولذا قلنا بعدم الحاجة إلى تعيين البائع والمشتري إلا فيما احتج تعيين الثمن والمثمن إلى تعيينهما.

وعلى كلا التقديرين فإما أن يكون ذكر المنافي في أثناء العقد أو بعد تمامه، ففي الأول، أعني: ما كان

منافياً " لركنه يكون مبطلا للعقد مطلقاً "، سواء ذكر في أثناءه أو بعده وفي الثاني يفصل بين ما يذكر في

الأثناء فيحكم فيه بالبطلان، وبين ما يذكر بعد تمام العقد فيحكم بالغاء ذاك المنافي،
وصحة العقد نظير ما
إذا أجاز المالك في بيع الغاصب لنفسه كون البيع للغاصب، حيث إنه يؤثر إجازته في صحة
البيع ويقع

(٤١٩)

ويحتمل الصحة بإلغاء قيد (ذمة الغير)، لأن تقييد الشراء أولاً " بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمة إلى الغير، والمسألة تحتاج إلى تأمل. (١٣٩)

أما ما في المتن من الفرق بين المثالين، حيث ذكر في مثل (اشترت هذا الفلان بدرهم في ذمتي) احتمال البطلان واحتمال الصحة بالغاء أحد القيدين وذكر في مثل (اشترت هذا لنفسه بدرهم في ذمة فلان)

احتمال الصحة لنفسه واحتمال الحصاة للغير من دون احتمال البطلان فهو مبني على ما أفاده قدس سره سابقاً " من عدم امكان تنزيل الغير منزلة نفسه وقد مر تحقيقه مرارا ". (ج ٢ ص ١٢٧) *

(ص ١٤٣) النائيني (منية الطالب): إنما الإشكال في أنه هل يصح المعاملة مطلقاً " بالغاء أحد القيدين وتبطل مطلقاً " أو يفصل بين الشراء للغير بمال نفسه، فيقال: بالبطلان مع احتمال الصحة بالغاء أحد القيدين وبين الشراء

لنفس بمال الغير، فيقال: بالصحة بالغاء أحد القيدين من دون احتمال البطلان، لأنه من قبيل بيع العين الشخصية التي هي من الغير للنفس، غاية الفرق بينهما أنه أتى هنا بالمنافي فيحتمل إلغاء كون المبيع لنفسه

ووقوعه لفلان بإجازته ويحتمل إلغاء قوله: (في ذمة فلان ووقوعه لنفسه). ثم إن دوران الأمر بين إلغاء أحد القيدين إنما هو فيما لو أقر من له العقد بأن الفضولي قصده ثم أجاز، أو أجاز ما إذا قصد الفضولي البيع لنفسه.

وأما لو رد المعاملة رأساً " فهل يقع العقد للفضولي ظاهراً " أو يقع له واقعا "؟ وجهان. وهذا النزاع يجري في الوكيل المفوض كالعامل في باب المضاربة. وحاصل النزاع: إن كل مقام ادعى العاقد وقوع العقد لغيره، كما لو ادعى الوكيل قصد الموكل أو إضافة

اللفظ إليه أو ادعى الفضولي قصد غيره وأنكر الموكل ومن وقع العقد له، فقيل: بأنه يقع العقد للوكيل

والفضولي ظاهراً ". وقيل: بأنه يقع لهما واقعا ". (ص ٢٣٠)

(١٣٩) النائيني (المكاسب والبيع): مما ذكرناه ظهر: الغاء احتمال الصحة بالغاء ذمة الغير، والحكم بوقوع الشراء لنفسه بواسطة تقييد الشراء بإضافته إلى نفسه، وذلك لما بيناه من أن اسناد الشراء إلى نفسه

مع إضافة الكلي إلى الغير ليس إلا كبيع أجاز ويلغى قصد نفسه، كذلك في بيع الكلي المضاف إلى الغير

من غير تفاوت أصلاً "، وهذا ما يقتضيه التحقيق في المقام. (ص ٦٥)

الطباطبائي: إن قلنا بجواز الشراء للغير بمال نفسه أو العكس فلا إشكال في الصحة في
الصورة الأولى

(٤٢١)

ثم إنه قال في التذكرة: (لو اشترى فضوليا " فإن كان بعين مال الغير، فالخلاف في البطلان والوقف على الإجازة، إلا أن أبا حنيفة قال: يقع للمشتري بكل حال. وإن كان في الذمة لغيره

وأطلق اللفظ، قال علمائنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صح ولزمه أداء الثمن وإن رد نفذ عن المباشر وبه قال الشافعي في القديم وأحمد. وإنما يصح الشراء، لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، وإنما وقف على الإجازة، لأنه عقد

الشراء له، فإن إجازة لزمه، وإن رده لزم من اشتراه، ولا فرق بين أن ينقد من مال الغير أولا.

وقال أبو حنيفة: يقع عن المباشر وهو جديد للشافعي، إنتهى. (١٤٠) وظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعا"، كما يشعر به تعليقه بقوله: (لأنه تصرف في ذمته لا في مال الغير)

بلا حاجة إلى الإجازة، وكذا في الثانية مع إجازة ذلك الغير. وإن قلنا: بمقالة المصنف من عدم الصحة فمقتضى القاعدة البطلان فيهما جزما"، وذلك لأن المفروض أنه

قاصد للقيدين عن جد وهما متنافيان فلا وجه لالغاء أحدهما والأخذ بالآخر ثم من المعلوم عدم الفرق بين

الصورتين من حيث كونهما من الجمع بين المتنافيين فلو بنينا على ترجيح أحد القيدين والغاء الآخر لا

وجه للفرق بينهما، كما هو ظاهر المصنف قدس سره، حيث إنه في الصورة الأولى احتمال الغاء أحد القيدين

لا على التعيين وفي الثانية بني على الغاء ذمة الغير. فإن كان نظره إلى الأظهرية فيهما سواء في ذلك وإن

كان نظره إلى ترجيح ما يكون مقدما " في اللفظ مقتضى ذلك أن يحكم في الأولى أيضا " بالغاء قيد ذمة

نفسه والحكم فيها بالصحة لذلك الغير بشرط إجازته لتأخره في اللفظ.

والانصاف: أن البطلان في الصورتين مقطوع به ولا وجه لهذه الاحتمالات، لأن العاقد ليس بهازل في شيء

من القيدين، بل لعله ممن يحتمل صحة الشراء على هذا الوجه ومع فرض علمه بعدم الصحة لا يتحقق منه

قصد الشراء حقيقة ومن العجب ما ذكره المصنف قدس سره من أن المسألة تحتاج إلى التأمل. (ص ١٤٦)

(١٤٠) الإيرواني: الظاهر: أن المراد من العبارة الاشتراء بثمن في ذمة الغير مقابل أن يشتري بعين ماله

مراده بقوله في عبارته الآتية: (لأنه تصرف في ذمته)، تصرفه في ذمة ذلك الغير، لا في عين ماله حتى

لكن أشرنا سابقا " إجمالا " إلى أن تطبيق هذا على القواعد مشكل، لأنه إن جعل المال في ذمته

بالأصالة، فيكون ما في ذمته كعين ماله، فيكون كما لو باع عين ماله لغيره. (١٤١)
والأوفق بالقواعد في مثل هذا: إما البطلان لو عمل بالنية، بناء على أنه لا يعقل في المعاوضة

دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهرا "، وأما صحته ووقوعه لنفسه لو ألغى النية، بناء على انصراف المعاملة إلى مالك العين قهرا " وإن نوى خلافه. (١٤٢)

والمنوي، لأنه إما أن يقع منه الإجازة في علم الله وفي الواقع أو لا، فعلى الأول فهي له، وعلى الثاني فهي للمباشر وأما في القصد فلا ترديد، إذ المفروض أنه قصد كون الشراء للغير وأما الذمة فقد أطلقها بمعنى أنه قصدتها من غير التفات إلى النفس أو الغير والعمومات غير آبية عن شمول مثل هذه المعاملة، هذا غاية ما

يمكن أن يقال: في توجيه كلام العلامة فتدبر. (ص ١٤٦)
النائني (منية الطالب): قال في التذكرة في مقامنا هذا: (وإن كان في الذمة لغيره وأطلق اللفظ، قال

علمائنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صح ولزمه الثمن وإن رد نفذ عن المباشر) انتهى.
ومقصوده أنه لو اشترى وقصد كون الثمن في ذمة الغير من دون إضافته في اللفظ إلى الغير مع كون

غرضه وقوعه للغير كان من أمثال المتقدم أو مقصوده أنه اشترى وقصد كون الثمن في ذمة الغير من

دون إضافة الذمة إلى الغير في اللفظ، وعلى أي حال، فمراده أنه لو رد الغير يقع عن المباشر واقعا " فيما لم يضيفه إلى الغير في اللفظ.

(١٤١) الطباطبائي: قد عرفت: أن مراد العلامة من قوله: (في الذمة)، ليس ذمة نفسه حتى يجيء هذا

الترديد بل الذمة من غير التفات إلى نفسه وغيره، وحينئذ فطريق الايراد عليه أن يقال: إنه وإن أطلق

الذمة إلا أن تعيينه كون الشراء لذلك الغير - ولو بحسب قصده - يقتضي التعلق بدمته وإن لم يلتفت إليه،

والحكم العرفي بالزامه بالثمن حتى مع اطلاعهم على قصد كون البيع لغيره ممنوع فتدبر. (ص ١٤٦)

(١٤٢) الطباطبائي: لا وجه لالغاءها بعد فرض كونها عن جد والانصراف القهري، كما ترى. (ص ١٤٦)

لو رد الموكل أو من ادعى وقوع العقد له هل يقع العقد للعاقد واقعا "؟

وإن جعل المال في ذمته، لا من حيث الأصالة، بل من حيث جعل نفسه نائباً " عن الغير فضولاً"، ففيه: - مع الإشكال في صحة هذا لو لم يرجع إلى الشراء في ذمة الغير - : أن اللازم من هذا أن الغير إذا رد هذه المعاملة وهذه النيابة تقع فاسدة من أصلها، لا أنها تقع للمباشر. (١٤٣)

ظاهر كلمات جملة من الأساطين ذلك ويمكن تطبيقه على القواعد. إما ظهور كلماتهم في ذلك ففي

الشرايع في باب المضاربة فيما لو اشترى الوكيل من ينعقد على الموكل تصريح بذلك وإما تطبيقه على القواعد، فلأنه لا إشكال فيه إلا ما استشكل عليه المصنف قدس سره على سبيل الترديد

ولنا اختيار كلا شقي الترديد أما قوله: (إن جعل المال في ذمته بالأصالة مع اشتراؤه للغير) فيجب الحكم

إما بالبطلان لو عمل بالنية، وإما بوقوعه لنفس المباشر لو ألغى النية وعلى أي حال لا معنى لوقوعه للغير لو أجاز.

ففيه: أنه لا مانع من ذلك ويكون نظير بيع التولية، غاية الأمر: أنه يتوقف على إحراز أن قصده للغير من قبيل جعل التولية وإجازة الغير من

قبيل القبول. (ص ٢٣١)

(١٤٣) الطباطبائي: لم أعرف وجه الإشكال في صحة هذه النيابة الفضولية إذا جازها بإجازة البيع بل

الفضولي في جميع المقامات يتصور على وجهين، أحدهما: أن يبيع مال الغير مع عدم البناء على النيابة عنه.

والثاني: أن يبيع عنه بعنوان النيابة فإذا أجاز المالك البيع على هذا الوجه مكانه أجاز النيابة أيضاً " فإذا

ترتب عليها أثر يترتب ذلك الأثر.

ودعوى: أن النيابة غير مقابلة للفضولية، كما ترى! ثم على فرض صحة هذه النيابة لا وجه لاحتمال عدم

جوعه إلى الشراء في ذمة الغير إذ مع هذه النية يرجع إلى الشراء في ذمته في اللب قطعاً". (ص ١٤٧)

النائني (منية الطالب): أما قوله: (وإن جعل المال في ذمته من حيث النيابة فيجب أن يقع العقد فاسداً " في

صورة رد المنوب عنه لا وقوعه عن المباشر).

ففيه: إن جعل المال في ذمته نظير الضمان عن الغير، بناء على مذهب الجمهور من عدم انتقال الضمان من

ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فيكون كل منهما ضامناً " بنحو الطولية ففي المقام يكون المباشر هو

المتعهد للمال وهو الملزم به أولاً."

(٤٢٥)

وكيف كان، فوقوع المعاملة في الواقع مرددة بين المباشر والمنوى، دون التزامه خرط القتاد!

ويمكن تنزيل العبارة على الوقوع للمباشر ظاهرا"، لكنه بعيد. (١٤٤)
نعم، إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة، كما ذكرنا سابقا " ونص عليه جماعة في باب التوكيل.

عن أحدهما وإن لم يكن سماه قضي به على الوكيل في الظاهر وأخذ البيع مقاصة وكذا لو أنكر الموكل

الوكالة). (ص ١٤٦)

(١٤٤) الطباطبائي: بل غير ممكن بملاحظة تعليقه، حيث قال: (لأنه عقد الشراء له فإن أجازته الخ)، فإن مقتضاه مفروغية كون قصده ذلك وهذا مناف للحمل على الالتزام في الظاهر، إذ هو فرغ الجهل بكونه قاصدا " لنفسه أو لغيره.

وبالجملة: مورد كلامه صورة العلم بكون قصده وقوع الشراء للغير، فالحكم بالزامه بالثمن مع عدم إجازته

لا يكون إلا واقعا " فتدبر. (ص ١٤٧)

(٤٢٧)

الثاني: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة.
(١٤٥)

بناء على إفادتها للملك، (١٤٦)

(١٤٥) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أن الكلام في جريان الفضولي في المعاطاة يتوقف على أن يكون

التعاطي محققا " لبيع وآلة للتملك والتملك، لا أن يكون السبب المستقل لهما هو تراضي المالكين، وإلا

يكون الفضولي دائما " واسطة في الايصال فيكون كالصبي والحيوان.

ولكننا قد بينا في المعاطاة إن التراضي ليس معاملة فإذا كان تحقق المعاملة بالفعل فهل تجري الفضولي في

المعاطاة مطلقا " أو لا تجري مطلقا " أو فرق بين القول بالإباحة فلا تجري والقول بالملك فتجري أو فرق

بين كون الفضولي على خلاف القاعدة فلا تجري مطلقا " وكونه على طبقها فتجري كذلك؟ وجوه،

والأقوى: عدم جريان الفضولي فيها لا للوجوه المذكورة في المتن وغيره.

الطباطبائي: مجمل المطلب، أنه إما أن نقول إن المعاطاة مفيدة للملك وهي على طبق القاعدة أو نقول إنها

على خلاف القاعدة.

وعلى التقديرين، إما أن نقول: إن الفضولي على القاعدة، أو نقول: إنه ثبت على خلافها من جهة الأدلة

الخاصة، فعلى القول بكونهما على القاعدة لا ينبغي التأمل في جريانه فيها، إذ البيع المعاطاتي مشمول

للأدلة مثل البيع بالصيغة ولا فرق بين الإنشاء بالقول والفعل في عدم وجوب الاقتران بالرضا أو وجوبه.

وهذا واضح وأما ما احتمله المصنف قدس سره (فيما سيأتي) من كونها عبارة عن مجرد الرضا فهو كما ترى.

وعلى بقية التقادير، الحق: عدم جريانه فيها، لأن ما ثبت على خلاف القاعدة يجب الاقتصار فيه على

مورد الدليل، ومن المعلوم أن الأدلة الخاصة للفضولي مشكوكة الشمول للمعاطاة،

كما أن دليل المعاطاة، بناء على كونه هو السيرة لا يشمل الفضولي فيجب الاقتصار على القدر المتيقن. (ص ١٤٣)

(١٤٦) الآخوند: بل مطلقا "، بناء على ما أسلفناه من أنها يصير شرعا " بالتصرف، وإن كانت قبله مؤثرة

للإباحة المالكية أو الشرعية، وليس حال التصرف فيه، إلا كحال القبض في الصرف والسلم.

لكن هذا، أي: عدم التفرقة بين البيع العقدي والمعاطاة، إنما يتم على تقدير كون صحة

المعاطاة على
القاعدة.

وأما لو نوقش فيه - كما تقدم - وقيل بها لأجل السيرة، فلا بد في الفضولي من الاقتصار
على العقدي، لأن

(٤٢٨)

إذ لا فارق بينها وبين العقد، فإن التقابض بين الفضوليين أو فضولي وأصيل إذا وقع بنية التمليك والتملك فأجازته المالك، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة، فعموم مثل قوله تعالى: (أحل الله البيع) شامل له. ويؤيده رواية عروة البارقي، حيث إن الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة. (١٤٧)

المتيقن من موردها، غير الفضولي من المعاطاة. (ص ٥٨)
الإصنفهاني: أما بناء على إفادتها للملك من أول الأمر فواضح.
وأما بناء على حدوث الملك عند التصرف والتلف، فتارة يكون من باب اشتراط إفادتها للملك بالتصرف
أو التلف فيكون كبيع الصرف والسلف، فكما لا مانع من الفضولية في بيع الصرف والسلف - لكونهما
مقتضيين للتأثير بشرط القبض فتتعلق الإجازة بما له قابلية التأثير في الملك -، فكذا المعاطاة المقتضية للتأثير
في الملك بشرط التصرف أو التلف.
وأخرى يكون من باب حصول الملك بنفس التصرف في التلف من دون اقتضاء للمعاطاة للتأثير في الملك،
فلا معنى للحقوق الإجازة، إذ ليس هناك سبب للملك قابل للتأثير فهي حق ينفذ بالإجازة.
وأوضح منه ما سيأتي إن شاء الله تعالى في كلامه رحمه الله من أن المعاطاة لا دخل لها في حصول الملك، بل كان
الملك حاصلًا " بمجرد التراضي حصل هناك مناط منهما أم لا، فإنه لا سبب معاملي أصلا " - لا التعاطي
ولا غيره -، إذ المفروض عدم إنشاء وتسبب قولي أو فعلي، فلا تأثير ولا تأثر حتى يتوقف على الإجازة،
إلا أن حصول الملك بمجرد الرضا أجنبي عن حصول التمليك البيعي، فإنه معنى تسببي، وحصول الملك
بمجرد الرضا حصوله بلا سبب يتسبب به إلى شيء.
ومنه يعلم: أنه لا يقاس إجازة التراضي بإجازة الإجازة، فإن الإجازة بنفسها انشائي والمجاز عقد انشائي،
فتكون إجازة المالك لا إجازة غيره المتعلقة بعقد صادر عن آخر إجازة للعقد بواسطة، بخلاف إجازة الرضا
المتحقق من الفضول، فإنه لا أمر تسببي لا بواسطة ولا بلا واسطة. (ج ٢ ص ١٢٨) *
(ص ١٤٤)
(١٤٧) الطباطبائي: ليت شعري من أين هذا الظهور، إلا أن يقال: السيرة الموجودة الآن على عدم إجراء
الصيغة كانت موجودة في السابق، لكنه مجرد دعوى. ولو تمسك بترك الاستفصال في
صحيحة

وتوهم الإشكال فيه: من حيث أن الإقباض الذي يحصل به التمليك محرم، لكونه تصرفاً " في مال الغير (١٤٨) فلا يترتب عليه أثر، في غير محله، إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة (١٤٩). مع أنه قد يقع الإقباض مقروناً " برضا المالك، بناء على ظاهر كلامهم من أن العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولي. (١٥٠)

محمد بن قيس بعد فرض صدق البيع على البيع المعاطاتي، كان أولى فتدبر. (ص ١٤٧) الإيرواني: لا منشأ لهذا الظهور سوى أن الغالب في المعاملات ذلك، سيما في المحقرات، وأما قوله عليه السلام مخاطباً " لعروة: (بارك الله في صفقة يمينك)، فذلك لا يكشف عن وقوع إنشاء المعاملة بصفقة اليد، كما هو المتداول في بعض المعاملات، فإن الظاهر أن هذه العبارة من الكنايات التي يكتفى بها عن البيع بلا مراعاة أن يكون الإنشاء بصفقة اليد. (ص ١٢٥) (١٤٨) النائيني (منية الطالب): أما كون الفعل محرماً "، ففيه: أنه قد لا يتوقف المعاطاة على الإقباض، كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة، بناء على كفاية العطاء من طرف واحد وقد لا يكون الإقباض محرماً " كما لو علم برضا المالك، بناء على ما هو الأقوى من عدم خروج المعاملة المقرونة بالرضا الباطني من المالك عن الفضولية مع أن الحرمة الموجبة للفساد من قبل الفضولي لا ينافي الصحة للمالك وإن كانت راجعة إلى المسبب لا السبب، كما هو كذلك في المقام وتقدم توضيحه في أدلة المبطلين للفضولي. (ص ٢٣٣) الإيرواني: اعلم أن المصنف، أجاب عن الإشكال بأجوبة أربعة، واحد منها صحيح، وهو الجواب الأول (يعني هذا الجواب) وواحد باطل، وهو الجواب الأخير، واثنان منها يحتاجان إلى تغيير وتبديل. (وسياتي البقية في الدليل). (ص ١٢٥) (١٤٩) الإيرواني: (أما هذا الجواب، فهو أول الجوابين المحتاج إلى التغيير)، فإن الصواب مكان قوله: (إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة)، أن يقال: إذ قد لا تكون المعاطاة باقباض مال الغير بناء على أن المعاطاة لا تتوقف على التقابض من الجانبين سواء كان المال عينا "

أو دينا ". وأما بناء على التوقف فالمعاطاة باطلة لا تحصل في الدين. (ص ١٢٥)
(١٥٠) الطباطبائي: وأيضا " قد يقبض بتخيل أنه مأذون في التصرف أو بتخيل أنه ماله أو
نحو ذلك. (ص ١٤٧)

(٤٣٠)

مع أن النهي لا يدل على الفساد. (١٥١) مع أنه لو دل لدل على عدم ترتب الأثر المقصود وهو استقلال الاقباض في السببية، فلا ينافي كونه جزء سبب. (١٥٢)

النائبي (المكاسب والبيع): نعم، بناء على كفاية مجرد الرضا في الصحة يخرج به عن الفضولي، فلا يتصور

التصرف المأذون المرضي به مع كونه فضولياً " لكنه خلاف التحقيق كما قدمناه. الإيرواني: (هذا ثاني جوابين المحتاج إلى التغيير لأن) الصواب مكان (هذا الجواب، يعني) الجواب الثالث، أن

يقال: إن مدار جواز التصرف في مال الغير بالقبض والاقباض وعدمه على رضا المالك هذا التصرف

وعدمه، ومدار فضولية المعاملة وعدمها هو الرضا بحصول النقل والانتقال وعدمه وأحدهما غير الآخر،

فكون المعاملة فضولية معناه إن المالك لا يرضى بانتقال ماله من ملكه، وهذا لا ينافي رضاه بالتصرف

بالقبض والاقباض ولو مع قصد المتصرف بتصرفه للمعاملة، إذ يعلم أن بتصرفه ذلك لا تحصل المعاملة

فالرضا بالتصرف كالرضا بإنشاء الفضولي غير المنافي، لعدم الرضا بحصول نقل المال من ملكه.

ومن هذا البيان يظهر: عدم ابتناء الجواب على ما بناه عليه المصنف من عدم خروج المعاملة عن الفضولية

بمقارنة رضا المالك. (ص ١٢٥)

(١٥١) الطباطبائي: وذلك لعدم تعلقه بالاقباض من حيث إنه يبيع بل به من حيث إنه يبيع بل به من حيث إنه تصرف في ملك

الغير (ص ١٤٧)

(١٥٢) الطباطبائي: فيه: تأمل، فإنه لو فرض تعلق النهي به بعنوان أنه يبيع كان دالا " على عدم ترتب

الأثر المترتب لولا النهي، وذلك الأثر ليس إلا الملكية مع لحوق الرضا وبعبارة الأثر المقصود منه ليس إلا

كونه جزء السبب فيرتفع هذا الأثر بالنهي فتأمل. (ص ١٤٧)

الإيرواني: أما بطلان الجواب الأخير وهو قوله: (مع أنه لو دل، لدل على عدم ترتب الأثر المقصود وهو

استقلال الاقباض في السببية، فلا ينافي كونه جزء سبب) فهو من وجوه،

أما أولا " : فبأن النهي المولوي لو اقتضى الفساد اقتضى سقوط متعلق النهي عن التأثير رأسا .

نعم، ذلك صحيح في النهج الارشادي، حيث إن ظاهره الارشاد إلى عدم التأثير فيما هو المقصود.

وأما ثانياً " : فبأن النهي يقتضي فساد متعلقه بعدم التأثير فيما كان مؤثراً " فيه لولا النهي
ومعلوم أن

(٤٣١)

وربما يستدل على ذلك بأن المعاطاة منوطة بالتراضي وقصد الإباحة أو التملك، وهما من وظائف المالك، ولا يتصور صدورهما من غيره. - ولذا ذكر الشهيد الثاني: أن المكره والفضولي قاصدان للفظ دون المدلول، وذكر: أن قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك - ومشروطة أيضا " بالقبض والاقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارنا " للأمرين، ولا أثر له إلا إذا صدر من المالك أو بإذنه. (١٥٣)

التصرف في مال الغير بالتقبض كان مؤثرا " لولا النهي في وقوع المعاملة على سبيل جزء العلة والجزء الآخر رضا المالك.

وأما ثالثا " : فبأن الأثر المقصود من الاقباض ليس هو التأثير على سبيل العلية التامة، كما زعمه بل التأثير على سبيل جزء المؤثر والجزء الآخر رضا المالك فيقتضي النهي سقوطه عن هذا التأثير. (ص ١٢٥)

(١٥٣) الطباطبائي: ظاهره أنهما وجهان مع أن مفادهما واحد، إلا أن يريد من الأول إنها عبارة عن مجرد الرضا وقصد التملك - حسبما يحتمله المصنف قدس سره بعد ذلك - لكنه بعيد. ولعل المراد من الأمرين واحد. وحاصله: أن المعاطاة منوطة بالرضا والقبض المقرون به، ولا يتأتى ذلك إلا من المالك، لكنه لا يحتاج إلى هذا التطويل.

وكيف كان، فهذا الاستدلال مما لا وجه له أصلا " ، إذ لا فرق بين الإنشاء الفعلي والقولي في الإنابة بالرضا وقصد التملك - حسبما ذكره المصنف قدس سره - والغرض أنه لا حاجة في جوابه إلى إطالة الكلام. (ص ١٤٧)

الإيرواني: كان الأنسب ترك التعرض لهذين الدليلين، لأنهما أجنيبان عما هو المبحوث عنه فعلا " ، إذ الكلام في جريان الفضولي في المعاطاة بعد الفراغ عن جريانه في غيرها، وهذا الدليلان يمتنعان عن الفضولي ويبتلانه بقول مطلق مع أن الثاني منهما من المصادرات إن أريد اعتبار مقارنة قصد المالك وإن أريد اعتبار مقارنة مطلق القصد ثم دعوى أنه لا يحصل إلا من المالك، رجع إلى الدليل الأول. (ص ١٢٥)

النائيني (المكاسب والبيع): هذا هو الإشكال الثاني، وحاصله: أن المعاطاة مطلقا " ، سواء قلنا بإفادتها الملك

أو الإباحة لا يتمشى من غير المالك، وذلك لإناطتها على التراضي وقصد الإباحة أو التملك، ولا يتصور

(٤٣٢)

وفيه: أن اعتبار الإقباض والقبض في المعاطاة عند من اعتبره فيها إنما هو لحصول إنشاء التمليك أو الإباحة، فهو عندهم من الأسباب الفعلية، - كما صرح الشهيد في قواعده - و المعاطاة عندهم عقد فعلي، ولذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها: أن البيع ينعقد بالايجاب

والقبول وبالتعاطي، وحينئذ فلا مانع من أن يقصد الفضولي بإقباضه: المعنى القائم بنفسه، المقصود من قوله: (ملكك).

واعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القولي - مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا وطيب النفس في حل مال الغير - لا يخلو عن تحكم. وما ذكره من الشهيد من الثاني لا يجدي فيما نحن فيه، لأننا لا نعتبر في فعل الفضولي أزيد من

القصد الموجود في قوله: (لعدم الدليل) ولو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة في العقد القولي أيضا"، إلا أن يقال: إن مقتضى الدليل ذلك، خرج عنه بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول، لكنك قد عرفت: أن العقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة. (١٥٤)

حاصل المصدر من المصدر في الإنشاء القولي فإذا أجاز المالك وأسنده إلى نفسه وقع له. وأما الفعل، فاسم المصدر منه لا ينفك عن مصدره، بمعنى: أنه ليس للاعطاء اسم مصدر غير العطاء وهذا لا ينفك عنه وبإجازة المالك لا ينقلب الفعل عما وقع عليه ونفس الإجازة أيضا " ليست مصداقا " للتمليك

حتى تكون كإجازة الإباحة ولو كانت كذلك لكانت هي المملكة لا إعطاء الفضولي. وبالجملة: يصح أن يقال: إن التبديل بالفعل والإباحة من وظائف المالك ولا أثر لفعل الغير وإباحته، فإن فعله الخارجي غير قابل للاستناد إلى غير فاعله بالإجازة وليس حكم الإجازة حكم التوكيل، كما لا يخفى. (ص ٢٣٢)

(١٥٤) الطباطبائي: مع أن ظاهره ابداء الفرق إلا من هذه الجهة، كما لا يخفى. (ص ١٤٧)

النائني (منية الطالب): أما كون الفضولي على خلاف القاعدة ففيه: ما عرفت. (ص ٢٣٢) النائني (المكاسب والبيع): لكن في الحكم باجراء الفضولي في المعاطاة إشكال بل منع.

نعم، لو قلنا: أن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض ولو اتفق معها، بل السبب المستقل هو تراضي المالكين بملكية كل منهما لمال صاحبه مطلقا " أو مع وصولهما أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولي. (١٥٥)

اشترائه الشاة من كونه قوليا " أو فعليا " على أقرب الاحتمالين، أو انصرافه إلى الفعلي على أبعد الاحتمالين
لزم التخصيص بباب البيع لعدم تمشي ذلك في سائر أدلته - التي العمدة منها واردة في مورد النكاح لعدم تصوير المعاطاة فيه - فاللازم حينئذ هو التفصيل في جريان الفضولي في المعاطاة بين البيع وبين غيره وبالجملة: فالحكم باجرائه في المعاطاة في غاية الإشكال.
وبعبارة أوضح نقول: الدليل على صحة المعاطاة، بناء على القول بالإباحة هو السيرة، ولا بد في اثبات كل خصوصية معتبرة فيها من اثبات قيام السيرة عليها بالخصوص، وعلى القول بالملك يكون الدليل هو الأدلة العامة الدالة على صحة البيع من الآيات ونحوها، لكون المفروض على القول بإفادتها للملك كونها مصداقا " للبيع، لكن فرق بين صدق البيع على إنشاء البيع باللفظ وبين صدقه على الفعل الخارجي الاعطائي، بأن الأول معنون بعنوان البيع بالعنوان الأولي، حيث إن إيراد الهيئة على مادة البيع بقصد إيجادها في وعاء المناسب لوجوده وهو عالم الاعتبار بيع بخلاف الثاني، فإنه عطية ونقل تكويني خارجي فهو معنون بعنوان العطاء بالعنوان الأولي، وحيث إنه عطاء مع التسليط على جميع تصرفاته يصير ذلك المعنون بالعنوان العطائي معنونا " بعنوان البيع والتملك ثانيا "، فيصير عنوان البيع الصادق عليه عنوانا " ثانويا " والبيع العنواني المفهومي ما صار متعلقا " للإنشاء حتى يتصور فيه المعنى المصدرى والاسم المصدرى والمعنون بذاك العنوان بالعنوان الثواني أعني فعل الخارجي العطائي ليس من عالم المفهوم والمعنى حتى يتصور فيه المعنى المصدرى والاسم المصدرى، بل هو فعل خارجي متعلق للإنشاء. والايجاد حاصل بإيجاد موجد غير قابل بحسب وجوده العيني لأن ينتقل عن موجدته إلى آخر بإجازته بل هو فعل فاعله كيفما كان تعلق به إجازة الآخر أم لا فلا موضوع في المعاطاة للإجازة لكلي يتعلق به الإجازة ويصير بها مستندا إلى المجيز، كما لا يخفى. (ص ٧٣)

(١٥٥) الإيرواني: بل ولو قلنا إن المعاطاة تنعقد برضى المتعاطيين لم يستلزم ذلك اعتبار رضا المالك بل الحال من هذه الجهة، كما لو قلنا باعتبار التقابض في أنه تنعقد برضا الفضولي وتلزم بإجازة المالك،

(٤٣٦)

نعم، الواقع منه إيصال المال، والمفروض أنه لا مدخل له في المعاملة، فإذا رضي المالك بمالكية

من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا ولم يكن إجازة المعاطاة سابقة، لكن الانصاف: أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة وإنما قصدتهم إلى العقد

الفعلي. هذا كله على القول بالملك.

وأما على القول بالإباحة، فيمكن القول ببطلان الفضولي. (١٥٦)

هذا إذا كان رضا المالك بعنوان الرضا بوقوع مضمون العقد. وأما إذا كان عنوانه الرضا برضى الفضولي، بحيث كان رضا الفضولي واسطة في العروض بالنسبة إلى

مضمون العقد فالأمر أوضح، فإن رضاه هذا ليس إنشاء للمعاملة ليؤثر في حصول النقل استقلالاً، فإن

صح بعنوان كونه إجازة لعقد الفضولي فهو وإلا بطل رأساً". (ص ١٢٥)

الطبائبي: هذا الاحتمال لا وجه له أصلاً، خصوصاً "بناء على كونها بيعاً مفيداً" للملك، كما هو

المفروض لا من جهة أنه غير مقصود للعلماء، - كما ذكره المصنف قدس سره - بل من جهة أن مجرد الرضا

الباطني من دون إنشاء لا يعقل أن يكون بيعاً، ولو أمكن هذه الدعوى في المعاطاة أمكن في البيع اللفظي

أيضاً "أن يقال: إن حقيقته هو الرضا واللفظ ليس سبباً" وإنما هو كاشف صرف فتأمل. (ص ١٤٧)

(١٥٦) الطبائبي: أقول: وكذا على القول بالملك إن جعلناه على خلاف القاعدة حسبما أشرنا إليه

أنفاً". (ص ١٤٧)

الآخوند: (هذا) لو كانت الإباحة مالكية، وأما إذا كانت شرعية، فيمكن الحكم بها قبل الإجازة على

الكشف فيما إذا علم لحوقها، فإن الإباحة على هذا أثرها أيضاً "كالملكية بعد التصرف، فإذا كانت المعاطاة

واجدة للشروط واقعا"، من لحوق الإجازة، كانت ثبوتها لها قبل التصرف، كما كانت مؤثرة للملكية بعده،

فافهم. (ص ٥٨)

الإصفهاني: لا يخفى عليك إن الإباحة إذا كانت شرعية تعبدية فترتبها على المعاطاة خلاف القاعدة إلا إذا

قصدتها المتعاطيان.

وأما إذا كانت مالكية فليست على خلاف القاعدة، إذ لا يراد منها الإباحة الانشائية، حتى لا يعقل ترتبها

لأن إفادة المعاملة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين مع أن حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن. (١٥٧) والآثار الآخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية لم تؤثر أثرا " فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة اللهم إلا أن يقال بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية إذا كشف عنها الإجازة، فافهم. (١٥٨)

على المعاطاة المقصود بها الملك. كيف! وهي مترتبة على بقاء الملك على حاله فكيف يجمع قطع إضافة الملك عن نفسه بل المراد بها الرضا الضمني بتصرفات الأخذ في ضمن رضاه بمالكه وسلطته على المال، كما فصلنا القول فيه في أوائل المعاطاة. (ج ٢ ص ١٢٩) * (ص ١٤٤) (١٥٧) الطباطبائي: لم أعرف الفرق بين الملكية والإباحة في ذلك فلو لم يمكن حصول الإباحة قبل الإجازة، فكذا الملكية مع أن هذا إنما يرد على الكشف لا على النقل. (ص ١٤٧) النائيني (منية الطالب): أما كون المعاطاة على خلاف القاعدة، ففيه: أنه لو فرض إن الفعل بعنوانه الثانوي مصداق للبيع فلا فرق بين الفعل الصادر من المالك والفعل الصادر من الفضولي. (ص ٢٣٢) الإيرواني: الذي لا يمكن هي الإباحة الملكية دون الإباحة الشرعية الثابتة في مورد قصد المتعاطيين للملك، فإن هذه الإباحة نسبتها إلى ما قبل إجازة المالك وما بعدها على حد سواء، إذ الفرض أن المالك بإجازتها لم يقصدها وإنما قصد الملك فأثرت في الإباحة. نعم، ليس للجانب الآخر التصرف الفعلي فيما اشتراه من البائع الفضولي ما لم يعلم بتعقب الإجازة من المالك أما إذا علم وقلنا في الإجازة بالكشف فلا مانع منه. (ص ١٢٥) (١٥٨) الطباطبائي: هذا أيضا " كسابقه من عدم الفرق بين الإباحة والملكية. والتحقيق: إن الإباحة الواقعية كافية كالملكية الواقعية والغرض أنه لا وجه للإطالة بذكر هذه الوجوه. والجواب بمثل قوله: (اللهم إلا أن يقال) ومجمل المطلب ما أشرنا إليه من أنه لو كان كل من المعاطاة والفضولي على القاعدة لا إشكال في جريانه فيها وإلا فلا وجه له لوجوب الاقتصار على القدر المتيقن وجميع ما ذكر غير ما ذكرنا تطويل بلا طائل، كما عرفت. (ص ١٤٧)

القول في الإجازة والرد
أما الكلام في الإجازة: فيقع تارة في حكمها وشروطها وأخرى في المجيز، وثالثة في
المجاز.
أما حكمها، فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي - بعد اتفاهم على توقفها على الإجازة.
- في كونها كاشفة بمعنى أنه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى
كان
الإجازة وقعت مقارنة للعقد أو ناقلة بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كأن العقد وقع
حال الإجازة (١) على قولين، فالأكثر على الأول، (٢)

(١) الطباطبائي: إن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة إنما هو إذا كانت بعد تمامية
أجزاء العقد
وشرائط صحته، وأما إذا كانت قبل ذلك فلا تكون كاشفة ولا ناقلة كما إذا أوجب
الفضولي البيع فأجاز
المالك قبل قبول الآخر، أو كان البيع موقوفاً " على القبض كالصرف والسلم إذا أجاز قبله
وقبل تفرق
المجلس، بناء على كون القبض شرطاً " في الصحة وكما في إجازة الرهن قبل القبض.
(ص ١٦١)
(٢) الطباطبائي: أقول: حكى عن الأردبيلي نسبة القول الأول إلى الأكثر كما في الكتاب،
وعن الرياض
نسبته إلى الأشهر.
وربما ينسب إلى المشهور بل قيل: لم نقف على القول بالنقل صريحاً " من القائلين بصحة
الفضولي، ولعله لأن
من نقل عنه القول بالنقل وهو فخر المحققين إنما قال به بعد التنزل، وإلا فمذهبه البطلان
وكذلك الأردبيلي.
وعن العلامة في القواعد التردد، حيث قال: (وفي وقت الانتقال إشكال).
وربما قيل: إن ظاهر كثير منهم التوقف بين القولين وإن كان يرجع في الثمر إلى القول
الثاني. (ص ١٤٨)

واستدل عليه - كما عن جامع المقاصد والروضة - بأن العقد سبب تام في الملك، لعموم قوله

تعالى: (أوفوا بالعقود)، وتماهه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاما " فوجب ترتب الملك عليه، وإلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد، خاصة بل به مع شيء آخر. (٣)

(٣) الآخوند: أما كشف الإجازة عن سبق العلة التامة كما يظهر من المحقق الثاني، وكذا كشفها عن سبق

الأثر مع دخلها في التأثير وكذا النقل والكشف الحكمي - كما أفاده رحمه الله -، فعلى خلاف ما يقتضيه

القواعد، لاقتضائها دخل الرضا والطيب في التأثير دخل الشرط المقارن كما أن قضية الصحة بعد لحوق

الإجازة، هو تحقق مضمون العقد كما قصد - على ما عرفت -، فلا بد في المصير إلى واحد منها من دليل

خاص وليس، فإن ما أفاده لا يوجب ظهور صحيحة أبي عبيدة (الآتية) في الكشف، فإن ما في الكشف من

المخالفة للقاعدة، ليس بأهون مما في العزل على تقدير عدم الحمل على الكشف، فتأمل. (ص ٥٨)

الطباطبائي: ظاهره الكشف الحقيقي الصرف بل الوجه الأخير منه (وهو ثالث الوجوه في تصوير الكشف

الحقيقي الصرف، يعني: أن لا يكون هناك شرط للعقد أصلا " لا الرضا ولا الإجازة ولا شيء آخر

وقريبا " سيأتي هذا الوجه)، لقوله: (وإلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل مع شيء آخر)، فإنه لو كان

الشرط الرضا التقديري، أو أمر آخر مجهول (كما سيأتي) لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، إلا أن يكون

المراد من ذلك: إنه لا بد من أن لا يكون هناك حالة منتظرة فلا ينافي كونه مشروطا " بأمر حاصل حاله، ولذا

قال: (فإذا أجاز تبين كونه تاما "، فإن معنى ذلك: أنه يعتبر هناك أمر يتبين وجوده بالإجازة. (ص ١٤٩)

الإصفهاني: يظهر من استدلال جامع المقاصد (إن مذهبه في الكشف)، الكشف المحض الصرف، حيث أفاد

إن موضوع الوفاء هو العقد، لامع شيء زائد وكما يظهر من صاحب الجواهر، حيث ذكران العلل الشرعي

معرفة.

أما الكشف (بهذا المعنى)، ففيه أولا " : إنه بعد ما فرض أن العقد سبب تام لا دخل للإجازة ولا لغيرها في

تأثيره، وصدوره معلوم، وانفكك المعلول عن علته التامة محال، فلا شك في ترتب أثر العقد عليه وجدت الإجازة أم لا؟ فكما لا معنى لشرطية الإجازة، لكونها خلفا"، كذلك لا معنى لكاشفية الإجازة، لأن ترتب الأثر معلوم حسب الفرض بلا حاجة إلى كاشف. وثانياً: "بأن عدم دخل الرضا والإجازة في تأثير العقد أصلاً" خلاف ظواهر الأدلة بل خلاف الاجماع، ومع

(٤٤٢)

وبأن الإجازة متعلقة بالعقد، فهي رضا بمضمونه، وليس إلا نقل العوضين من حينه. (٤)

الاحتمال الأول وظاهر الآية هو الاحتمال الثاني وعليه يخرج عقد الفضولي عن الآية رأساً " كما أنه على الاحتمال الثالث يدخل من حين الإجازة، لأنه في هذا الحال يكون عقداً " رضي به المالك ولازمه النقل. ولو سلمنا ظهور الآية في الاحتمال الأول، فلا ريب إن عمومها مخصص بما لم يرض به المالك فإذا كان رضا المالك دخيلاً " اعتبر تحققه فعلاً " في ترتب الأثر والاكْتفاء في الحكم بالتأثير بالعنوان الانتزاعي، أعني: عنوان تعقب العقد بالإجازة وإن لم تكن الإجازة حاصلة فعلاً " يؤدي إلى الحكم بجواز التصرف في المبيع وجواز نكاح المرأة بمجرد العقد من الفضولي عليها إذا علم بتحقق الرضا فيما بعد مع عدم تحققه فعلاً " وهذا مما ينبغي القطع بفساده. مضافاً: " إلى ظهور الأدلة في دخل الرضا الفعلي

دون التقديري. (ص ١٢٦)

(٤) الطباطبائي: أقول: هذا ظاهر الانطباق على الشرط المتأخر ويحتمل غيره أيضاً ". (ص ١٤٩)

النائني (منية الطالب): وفيه: أولاً " : إن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه بل أصل النقل، كما أن

الإيجاب ليس الإيجاد من حينه بل أصل الإيجاد ولذا يتحقق النقل بعد القبول مع أنه رضا بالإيجاب.

وثانياً " : سلمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه ولكن لا بمعنى أن وقوعه في الحين جزء لمدلوله حتى

يقال: ليس معنى (بعت)، أوجدت البيع في الحال بل بمعنى وقوع الإنشاء في الحال يقتضي تحقق منشأه حالاً " .

ولا يمكن أن يتأخر المنشأ عن الإنشاء ولو كان المنشأ منفعة الدار في السنة الآتية، فإن المتأخر هو المملوك

لا الملكية، ولكنه مع ذلك لا يقتضي تحقق السبب التام حال العقد، فإن الإجازة وإن كانت إنفاذاً " لما تقدم، لا

إنه من المعلوم أن مع اعتبارها شرعاً " في تأثير ما تقدم فقبل تحققها لا يمكن تحقق ما تقدم عليها بصفة

التأثير، فإن تحقق المنشأ حال الإنشاء، حيث إنه من موجداته أو فعله التوليدي لا يتخلف عن إنشائه

كعدم تخلف الانكسار عن الكسر وكل اسم مصدر عن المصدر، إلا أنه من حيث تحققه في عالم الاعتبار

بحيث يرتب عليه الآثار شرعاً " أو عرفاً " يمكن تخلفه عن إنشائه إذا كان لتحقيقه شرط

آخر ك القبض أو

الإجازة.

نعم يمكن أن يقال بالفرق بين القبض والإجازة، وهو أن القبض جزء المؤثر ولكن الإجازة صورة للمادة

المتحققة وإنفاذ من المالك لما سبق كإنفاذ الحاكم حكم مجتهد آخر، فما يمكن ترتيبه من السابق إنفاذ المالك

يجب ترتيبه، فعلى هذا تكون واسطة بين الكشف الحقيقي والنقل، وهذه عبارة عن الكشف الحكمي فيكون

(٤٤٥)

وعن فخر الدين في الايضاح: الاحتجاج لهم بأنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود، لأن العقد حالها عدم، إنتهى. (٥)

الكشف الحكمي وسيجيئ تفضيل ذلك مع ما هو الحق في الجواب (ص ١٢٦)
(٥) النائبي (منية الطالب): حاصل برهانه: أنه لو قلنا بالنقل فلازمه أن لا يتحقق المنشأ بإنشاء المنشئ بل

يتحقق حال الإجازة، وفي هذا الحال الإنشاء معدوم فلازمه أن يؤثر المعدوم في الموجود. وعلى هذا التقريب لا يرد عليه النقص بالأمور المتصرمة والأجزاء المتدرجة في الوجود، فإنه لا ينكر إمكان

ترتب المعلول على علة ذي أجزاء متصرمة والمترتب على الأمور التدريجي بل ينكر تخلف اسم المصدر عن المصدر.

فالحق: في الجواب عنه هو ما تقدم إن المنشأ بنظر المنشئ لا يتخلف عن إنشائه وإنما المتخلف هو المنشأ في عالم الاعتبار العقلائي أو الشرعي وهو إذا كان متوقفا على رضا المالك لا يتحقق بمجرد إنشاء الفضولي.

(ص ٢٣٥)

الإيرواني: هذا الإشكال جار في كل عقد يتوقف تأثيره على حصول أمر كموت الموصى في عقد

الوصية كالتبض في الصرف والسلم بل سيال في عامة العقود بالنسبة إلى ما عدا الجزء الأخير من أجزاء

عقده. فينبغي أن يلتزم بالكشف في كل ذلك.

والحق: إن شأن ما عدا الجزء الأخير من أجزاء العلة سواء المقام وغيره، إعداد المحل لتأثير الجزء الأخير

وإعداد المحل هو أثر مقارن له والتأثير الفعلي المتأخر عنه ليس أثرا " له بل هو أثر للجزء الأخير من العلة

فلا إشكال. (ص ١٢٦)

الطباطبائي: لم يتعرض المصنف قدس سره للجواب عن هذا الوجه ولعله لوضوح فساده فإن فيه أولا "

إن العلل الشرعية معارف فلا مانع من كونها معدومة حال وجود الأثر.

وثانيا " : إن الإشكال مشترك الورد، إذ على القول بالكشف أيضا " يلزم تأثير المعدوم وهو الإجازة في

الموجود الذي هو العقد أو أثره وهو الملكية، إلا أن يقول بالكشف الحقيقي الصرف من غير تأثير للإجازة

أصلا "

لكنك عرفت: بطلانه، والأولى أن يقال في مقام النقص: إن من المعلوم أن المؤثر إنما هو مجموع العقد

ويرد على الوجه الأول: إنه إن أريد بكون العقد سببا " تاما " كونه علة تامة للنقل إذ صدر عن رضا المالك، فهو مسلم، (٦) إلا أن بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب، ولا يتبين كونه تاما "، إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا، غاية الأمر: أن لازم صحة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضا المقارن، فيكون لها مدخل في تمامية السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها.

ومنه يظهر: فساد تقرير الدليل بأن العقد الواقع جامع لجميع الشروط، وكلها حاصلة إلا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله. فإنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة

الشروط، فكيف يكون كاشفا " عن وجود المشروط قبله؟! ودعوى: أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية، بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد

يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب - كغسل الجمعة يوم الخميس وإعطاء الفطرة قبل وقته - (٧)

فضلا " عن تقدم المشروط على الشرط - كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة، وكغسل العشائين لصوم اليوم الماضي على القول به - مدفوعة: بأنه لا فرق فيما فرض شرطا " أو سببا " بين الشرعي وغيره، وتكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلي، فهي كدعوى أن التناقض الشرعي بين الشئيين لا يمنع عن اجتماعهما، لأن النقيض الشرعي غير العقلي. (٨)

(٦) الإيرواني: ولكن إن أريد ما ذكرناه في الحاشية السابقة، سلم عما ذكره من الإشكال وانحصر التفصي

عنه بما ذكرناه ثم إنه لم يتعرض المصنف للشق الآخر من التردد. (ص ١٢٦)
(٧) الطباطبائي. لكن التحقيق إن وقته تمام شهر رمضان إلى الزوال من زوال يوم العيد وعليه فلا يكون

مما نحن فيه. (ص ١٤٩)

(٨) الطباطبائي: (هذا الدعوى من الجواهر)، ومراده: إن الشرطية إذا كانت شرعية يمكن جعلها على وجه

فجميع ما ورد مما يوهم ذلك إنه لا بد فيه من التزام أن المتأخر ليس سببا " أو شرطا " ،
بل
السبب والشرط: الأمر المنتزع من ذلك. (٩) لكن ذلك لا يمكن في ما نحن فيه، بأن
يقال: إن
الشرط تعقب إلا جاز ولحوقها بالعقد، وهذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة، لمخالفة
الأدلة،

لمن انتقلت إليه العين لا لمن انتقلت عنه، مع أنها كانت هي والأصل لمن انتقلت عنه إلى
زمان صدور
الإجازة فالإذن وبعد الإجازة انقلب الاعتبار وحكم بأنها لمن انتقلت إليه من زمان العقد،
فاعتبر ملكية
العين قبل الإجازة بمنافعها لمالكها الأول ثم اعتبر بعد الإجازة ملكيتها لمالكها الثاني ولا
تهافت، فإن زمان
الاعتبار متعدد وإن كان زمان المعتبر واحدا ". (ص ١٢٦)
(٩) الطباطبائي: فقد عرفت أن هذا كر على ما فر منه، فإن وصف التعقب وإن كان
حاصلا " الآن إلا أنه

مشروط بشرط متأخر فلا تغفل. (ص ١٥٠)
النائبي (منية الطالب): فيه: ما لا يخفى، فإن الشرط المتأخر غير معقول كما أوضحنا ذلك
في الأصول.

وملخصه: أنه لا يعقل تحقق المعلول بدون أجزاء علته، فإن حكم العلل التشريعية حكم
العلل التكوينية،
سواء قلنا: بجعل السببية كما عن المحق الداماد من قوله: (بأن السببية لا يمكن انتزاعها
عن الحكم

التكليفي)، فإن الحكم التكليفي والوضعي مختلفان محمولا " وموضوعا " وعلى تعبيره
قدس سره حاشيتي العقد
مختلفان، أم قلنا بجعل الأحكام عند تحقق أسبابها.

أما على الأول، فلأنها من أفراد العلة التكوينية فكما لا يمكن تحقق الضوء بلا علته،
فكذلك لا يمكن تحقق

الملك بلا إجازة المالك، لأن الشارع أنشأ السببية للايجاب والقبول.
والرضا بدون تحقق جميع أجزاء السبب لا يعقل تحقق المسبب وما يقال: من أن الأسباب
الشرعية معرفات

لا علة لا يستقيم في المقام، لأنها علة كالعلة التكوينية بل هي بناء على قابلية تعلق
الجعل بالسببية.

نعم هذا التعبير يصح في علة التشريع.
وأما على الثاني، فلأن ملاك الامتناع في التشريعات نظير ملاكه في التكوينية لا عينه،
وذلك لأنه لو

أنشأ الحكم على نحو القضية الحقيقية على الموضوعات المقدر وجودها بحيث انحل هذا

الحكم إلى أحكام
متعددة بحسب تعدد موضوعه كحكمه بوجوب الحج على المستطيع فكيف يعقل تحقق
الحكم وفعليته قبل

(٤٥٦)

اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه. وهذا، مع أنه لا يستحق إطلاق الشرط عليه، غير صادق على الرضا، لأن الاستفادة من العقل

والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، وأنه لا يحل لغيره بدون طيب النفس، وأنه لا ينفذ لحوقه في حل تصرف الغير وانقطاع سلطنة المالك. (١٠)

المتأخر أو المتقدم شرطا " مما ظهر في الأصول حاله، فإنه من الخلط بين علل الجعل والتشريع وشرائط المجعول، فما هو لحاظه شرط للتكليف هو علة الجعل، أي: الموجب لإرادة الفاعل الذي هو عبارة أخرى عن العلة الغائية التي هي مقدمة تصور أو مؤخرة خارجا " ومحل البحث إنما هو في شرائط المجعول وفيما له دخل في تحقق التكليف أو الوضع كشرطية البلوغ ونحوه للوجوب وشرطية الإجازة ونحوها للملك وهذه الشرائط وشرائط بوجودها الخارجي.

نعم لو قيل: بأن الأحكام الشرعية اخبار عن الانشئات فيما سيأتي رجع جميع شرائط المجعول إلى علل الجعل وقد ذكرنا في مسألة الترتيب ومقدمة الواجب والحكم الوضعي ما يوضح ذلك. (ص ٢٣٤)

الإصفهاني: لما أفاد قدس سره إن شرطية لحوق الرضا مخالفة لظواهر الأدلة التي أفادت إناطة العقد بالرضا لا بلحوقه، أراد أن يبين بوجه لا يخالف ظواهر الأدلة، فقال: إن الشرط نفس الرضا لكن معنى شرطيته

توقف تأثير العقد على لحوقه فهو ليس مخالفا " لظاهر الدليل بل مخالف لظاهر الشرطية، حيث إنها

اصطلاحا " ما يتوقف تأثير السبب على نفسه لا على لحوقه، فتوصيف الرضا بالشرطية حينئذ من باب

الوصف بحال متعلقه ولا يخفى عليك أن الأدلة غير متكفلة إلا لاعتبار الرضا، لأنها متكفلة الشرطية بهذا

العنوان حتى يقال: إنه أيضا " خلاف ظاهر الأدلة.

نعم يرد عليه أيضا ما أفاده المصنف قدس سره: أنه لا يجدي لحوق الطيب والرضا في الحلية وانقطاع

سلطنة المالك فكيف يكون معنى شرطية توقف تأثير العقد على لحوقه! (ص ١٣٦)

(١٠) الطباطبائي: لا يخفى ما في العبارة من الاجمال مع ورود الإشكال عليها على أي حال، وذلك لأنه

لو كان المراد إن الممتنع إنما هو إذا قلنا: إن الشرط هو الوجود الخارجي للإجازة، فإنه لا يمكن مع ذلك أن

يقال: بتأثيرها مع تأخرها.
وأما لو قلنا: إن الشرط هو وجودها في المستقبل وإن تأثير العقد في زمان صدوره موقوف
على وجود

(٤٥٨)

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام - بل التزم به غير واحد من المعاصرين - من أن معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة: شرطية الوصف المنتزع منها، وهو كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة التامة: العقد الملحوق بالإجازة، وهذه صفة مقارنة للعقد وإن كان نفس الإجازة متأخرة عنه. (١١)

ويمكن أن يقال: بقريئة ما ذكره ما سيأتي من الايراد الثاني على الوجه الثاني يعني: قوله قدس سره: (و)

ثانياً: " فلأننا لو سلمنا عدم الخ)، أن مراده إن الإجازة امضاء العقد وجعله مؤثراً " أو ليست شرطاً " ولا

جزء سبب، لأنها بمنزلة عقد مستقل وعلى هذا فلا يستحق اطلاق الشرط عليها. وحاصل غرضه: أنه لو أريد من كونها شرطاً " ذلك ورد عليه أولاً " : أنها لا يستحق اطلاق الشرط عليها.

وثانياً: " أنه خلاف ظاهر الأدلة.

وفيه: أنها لا يخرج حينئذ أيضاً " عن كونها شرطاً " للعقد مع أنه إذا أمكن تأخر مثل هذا الذي له دخل في

سببية السبب أمكن تأخر الشرط الاصطلاحي أيضاً " فتدبر. (ص ١٥٠)

(١١) النائيني (منية الطالب): كما عن الفصول وأخيه المحقق من: أن وصف التعقب بالإجازة شرط في تأثير

العقد وهو حاصل بين العقد فإنه ينتزع عنوان التعقب والمسبوقية عن نفس العقد فالعقد الموصوف بهذا

الوصف هو المؤثر التام لا الإجازة بوجودها الخارجي.

وفيه: أن أخذ عنوان التعقب أو ضده إنما يصح في مثل أجزاء الصلاة ونحوها من الأمور التدريجية

الارتباطية لمساعدة العرف والاعتبار عليهما بل لا يمكن أن يكون الركوع مثلاً " بوجوده الخارجي شرطاً "

لصحة القراءة إلا أن في مثل الإجازة لا يساعد العرف والاعتبار على دخل العنوان الانتزاعي بل ظاهر

الأدلة شرطية نفس الرضا بوجوده الخارجي. (ص ٢٣٤)

الطبائبي: الكشف الحقيقي بارجاع الشرط إلى التعقب والحكم بكون العقد مشروطاً بأمر اعتباري

مقارن وهو تعقب الرضا وهذا الوجه ظاهر جماعة من العلماء منهم عن الفضول على ما أشار إليه في بحث

مقدمة الواجب ومنهم أخوه شيخ المحققين على ما حكى عنه مع أنه ظاهر كلامه في ذلك المبحث واحتمله

صاحب الجواهر حيث قال بعد ما حكم بجواز تأخر الشرط في الشرعيات وأنها ليست كالعقليات بل

يمكن كونه مثلها بناء على أن الشرط أن يحصل الرضا إلا حصوله فعلاً " .

(٤٦٠)

وقد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا، من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيحيز العقد، حل له التصرف فيه بمجرد العقد، وفيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلة. (١٢)

تحققه حين العقد فليكن مؤثرا في تحقق نفس الملكية بلا حاجة إلى الالتزام بشرطية التعقب وإن لم يكن تأثيره في حصول الملكية المتقدمة أمرا " معقولا "، فلا يعقل دخله في وصف التعقب أيضا "

قلت: الفرق بين الملكية وبين صفة التعقب ظاهر، إذ الملكية أمر اعتباري لها وجود واقعي في الوعاء المناسب

لوجودها، بخلاف التعقب، فإنه انتزاعي محض ينتزع عن وجود شيء في زمان متقدم على زمان وجود

شيء آخر، فالموجودان في الزمان إذا كانا بحيث يحيط بهما زمان واحد ينتزع عن وحدة زمانهما وصف

التقارن، وإذا أحيط بكل واحد زمان غير الزمان المحيط بالآخر ينتزع عن السابق منهما بالزمان وصف

التقدم والتعقب وعن اللاحق منهما وصف التأخر، فالتعقب أمر انتزاعي محض لا وجود له أصلا "، كساير

الأمر الانتزاعية، سواء كان منشأ انتزاعها نفس الذات كالشيئية مثلا " أو الذات مع انضمام أمر إليها.

أقول: هكذا أفيد لكنه لا يخلو عن التأمل، فإن التعقب ولو كان أمرا " انتزاعيا " ليس له ما يإزاء أصلا " لا

في العين ولا في عالم الاعتبار إلا أنه ينتزع من الذات المتقدمة لا بما هي هي، بل بما هي مضافة إلى الأمر

التأخر وهذه الإضافة والربط الخاص من مقولة الإضافة وهي من الأمور المتأصلة - كما صرح به هو دام

بقائه مرارا " - من كون الأعراض التسعة كلها من المحمولات بالضميمة لا الخارج المحمول، ومن المعلوم إناطة

تحققها بالأمر المتأخر لتقومها بالطرفين فما لم يتحقق الأمر المتأخر لا تتحقق الإضافة فلا تتحقق الصفة

المنتزعة منها.

وبعبارة أخرى: الأمر المتأخر دخيل في جزء منشأ انتزاع صفة التعقب وهو الربط الخاص الذي عند انضمامه

إلى الأمر المتقدم يصير متصفا " بالتقدم وعند انضمام طرفه الآخر بالأمر المتأخر يتصف بالتأخر وكان ما

ذكرناه ظاهر جدا " فتأمل.

ولكن الانصاف - كما صرح به أساطين الحكمة - : كون الإضافة من الأمور الاعتبارية وهي وإن كانت

موجودة لكن موجوديتها بعين وجود منشأ انتزاعها، ويكفي في صحة انتزاعها تحقق منشئها، كما لا يخفى.

(ص ٧٨)

(١٢) الطباطبائي: يظهر منه: أن هذا الفرع إنما يتفرع على الكشف بمعنى التعقب فقط وليس كذلك،

(٤٦٣)

ويرد على الوجه الثاني:
أولا " : أن الإجازة وإن كانت رضا " بمضمون العقد، إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل
من
حينه حتى يتعلق الإجازة والرضا بذلك النقل المقيد بكونه في ذلك الحال، بل هو نفس
النقل
مجردا " عن ملاحظة وقوعه في زمان، وإنما الزمان من ضروريات إنشائه فإن قول
العاقِد: (بعث) ليس (نقلت من هذا الحين) وإن كان النقل المنشأ به واقعا " في ذلك
الحين،
فالزمان ظرف للنقل لا قيد له، فكما أن إنشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد في زمان
يوجب وقوعه من المنشئ في ذلك الزمان، فكذلك إجازة
ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه
من المجيز في زمان الإجازة وكما أن الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه
فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة. (١٣)

إذ على الشرط المتأخر أيضا " كذلك، لأن المفروض حصول الملكية قبل مجيء الإجازة إذا
كانت مما سيحيى في
علم الله، فإنه مقتضى كون الشرط الموجود المستقبلي فتدبر. (ص ١٥٠)
الإيرواني: يجب أن يلتزم بذلك بعد الالتزام بالأصل
فليس الالتزام به محذورا " آخرا " بعد الالتزام بالأصل.
نعم، بطلان هذا اللازم يكشف عن بطلان الأصل وعن فساد القول بالكشف وسيحيى أن
لازم القول
بالكشف هو جواز ترتيب الآثار إذا علم بتعقب الإجازة، سواء جعلنا الشرط نفس الإجازة
بوجودها
الخارجي مع تجويز تأخره، أو جعلناه عنوان تعقب العقد بالإجازة خلافا " للمصنف، حيث
فرق بين القولين
عند ذكر الثمرة.
ولكن الظاهر: أن القائلين بالكشف سوى البعض الذي عزي إليهم المصنف القول بالجواز
لا يلتزمون بجواز
التصرف قبل الإجازة وهو كاشف عن أنهم لا يعنون بالكشف إلا المعنى الذي سنذكره
الذي هو برزخ بين
الكشف والنقل. (ص ١٢٦)
(١٣) الإيرواني: محصل ما أفاده في هذا الجواب انكار المقدمة الأولى من مقدمات الدليل
الثاني على
الكشف التي أشرنا إليها ثلاث، وحاصل البحث: هو أن وقوع المضمون في الحين هل هو
مقصود للمنشئ
للعقد أو الايقاع قيّدا " فيما أنشأه، سواء صرح به أو اقتضاه الاطلاق، أو ليس بمقصود
وإنما المنشئ أنشأ

ولأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الايجاب، مع أنه ليس إلا رضا
بمضمون الايجاب، فلو كان مضمون الايجاب النقل من حينه وكان القبول رضا بذلك،
كان
معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الايجاب، لأن الموجب ينقل من
حينه،
والقابل يتقبل ذلك ويرضى به. (١٤)
ودعوى: أن العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه، مدفوعة: بأن سببته للملك ليست إلا
بمعنى
إمضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض مقتضاه مركبا " من نقل في زمان ورضا بذلك النقل،
كان
مقتضى العقد الملك بعد الايجاب.
ولأجل ما ذكرنا أيضا " لا يكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمانه، لا من زمان العقد، فإن
الفسخ نظير الإجازة والرد لا يتعلق إلا بمضمون العقد وهو النقل من حينه، فلو كان زمان
وقوع النقل مأخوذا " في العقد على وجه القيدية لكان رده وحله موجبا " للحكم بعدم
الآثار
من حين العقد. (١٥)

ولذا يكون عقد الوصية واقعا " في الحال والنقل يكون بعد موت الموصى، كذلك الوقف
بالنسبة إلى البطون
اللاحقة. (ص ١٢٧)
(١٤) الإيرواني: يردده: إن قياسه على المقام قياس مع الفارق، لأن القبول انفعال من صنع
الموجب
ومطوعة لفعله من الإذن ومن حين تحققه لا إمضاء لما أنشأه من الأصل كالإجازة ليلزمه
تحقق الأثر
وحصول الانتقال من الأصل.
والشاهد على ما ذكرناه: أنه لو صرح الموجب في إيجابه بالنقل من حين الايجاب لم يزل
القبول قبولا " من
زمان تحقق القبول وإلغاء له مما قبل ذلك. (ص ١٢٧)
(١٥) الإصفهاني: ربما يقال: بأن الفسخ حل العقد بلحاظ استمراره لا بلحاظ أصله فهو
مقابل الالتزام
بالعقد والإجازة مقابلة مع الرد ومقتضاهما من حيث ترتب الأثر من الأول وعدمه واحد
ولعل الموهم

والسر في جميع ذلك ما ذكرنا: من عدم كون زمان النقل إلا ظرفاً "، فجميع ما يتعلق بالعقد

من الامضاء والرد والفسخ، إنما يتعلق بنفس المضمون، دون المقيد بذلك الزمان. (١٦)

لعدم تعلق الفسخ بأصل العقد كون الفسخ مضافاً " إلى العقد وحلاً " له، فيجب فرض الموضوع حتى يعقل تعلق الحل به فلا معنى لانحلاله مع فرض الموضوع إلا بلحاظ استمراره المجامع مع أصله.

والتحقيق: أن الحل والعقد بمعنى الربط والشد متقابلان ولا يعقل أن يكون أحد المتقابلين موضوعاً للآخر، بل

موردهما القرار المعاملي المعبر عنه بالالتزام من الطرفين والالتزامان مورد الشد والارتباط والفسخ

والانحلال وعليه فانحلال مورد العقد والربط يقتضي قيامه مقام الربط والشد فإذا كان المعقود عليه هما

الالتزامان المرتبطان من زمان خاص فمقتضى الفسخ انحلال الالتزامين المخصوصين بمبدء خاص وإلا لم

يكن الفسخ حلاً لتمام المعقود عليه بل لبعضه.

وربما يقال: إن العقد بسيط والبسيط لا يتبعض، فإما أن لا ينحل، وإما أن ينحل، بخلاف ما إذا لم يؤخذ

الزمان قيدياً " في مدلول العقد بل كان المعقود عليه، نفس الالتزامين والقرارين المعامليين، فإن الارتباط

يحدث بينهما بسببه عند تمامية السبب الرابط والانحلال أيضاً " يحدث بسببه فمقتضاه حصول انحلال

الالتزامين عند وجود سببه التام من دون لزوم التبعض، حيث لم يؤخذ الزمان فيه بوجه فالفسخ، وإن كان

مقتضاه حل الارتباط بلحاظ استمراره لا بلحاظ أصله إلا أنه بلحاظ استمراره الناشئ عن بقاء المعلول

ببقاء علته لا الاستمرار الناشئ عن أخذ الزمان وكون العقد موضوعاً " للحل فتدبر ولا تغفل.

(ص ١٦٧) * (ج ٢ ص ١٣٩)

(١٦) الطباطبائي: قلت: أولاً: " يمكن دعوى: أن الزمان داخل في المنشأ، بمعنى أنه ينشئ الملكية من هذا

الحين، ولا أقل من جهة الانصراف إليه كيف! وإلا فلا وجه للحكم بالنقل من ذلك الحين، لأن كون زمان

الإنشاء ذلك لا يقتضي ذلك، إذ يمكن إنشاء الملكية فيما بعد.

ألا ترى! أنه يمكن أن يقال: (بعثك يوم الجمعة كذا بكذا) غايته أنه باطل من جهة الاجماع وإذا أمكن ذلك

فلا وجه لحمل المطلق على الزمان الأول إذا قطع النظر عن الانصراف أيضا ". يشهد لما
ذكرنا ملاحظة باب
الإجازة، فإن الزمان مأخوذ فيه قيذا " والظاهر: أنه لا فرق بينه وبين باب البيع إلا من حيث
وجوب تعيين
المدة وإلا فيجوز اطلاق الإنشاء بالنسبة إلى مدة مبدء المدة اعتمادا " على الانصراف.

(٤٦٧)

والحاصل: أنه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك: (رضيت بكون مالي لزيد بإزاء ماله) أو (رضيت بانتقال مالي إلى زيد) وغير ذلك من الألفاظ التي لا تعرض فيها لإنشاء الفضولي فضلا " عن زمانه. (١٧)

ومما ذكرنا ظهر: الفرق بينها وبين القبول، فإنه ليس امضاء للايجاب وإلا كان البيع من باب الايقاع فيندفع النقض به، مع أن لنا أن نقول إن مقتضى القاعدة كون القبول كاشفا " أيضا " إلا أنه خرج بالاجماع.

وأما التنظير بالفسخ فليس في محله، وذلك لأنه حل للعقد بحسب الاستمرار وليس متعلقا " بأصل العقد

فليس مقابلا " للإجازة بل هو مقابل للالتزام بالعقد والامضاء بمعنى اسقاط الخيار. نعم، الرد مقابل للإجازة ولا نسلم عدم تأثيره في أصل العقد فحاله حال الإجازة في الكشف عن عدم الأثر من الأول بل هو أظهر.

وثالثا " نقول مقتضى الجواب المذكور التفصيل بين ما لو أخذ الزمان في العقد وبين ما لم يؤخذ لا الحكم

بعدم الكشف مطلقا "، ولازم ذلك وجوب القول بالكشف في مثل الإجازة دائما " لكونها تمليكا " للمنفعة من حينها فتأمل.

فالتحقيق في الجواب عن الاستدلال المذكور: هو ما ذكره المصنف قدس سره في قوله:

(وأما ثانيا " : فلأنا لو سلمنا الخ) فتدبر. (ص ١٥١)

(١٧) الطباطبائي: يعني: أن كفاية قوله رضيت الخ، ونحوه كاشفة عن كون الإجازة مجرد الرضا بالمضمون

وأنه لا دخل للزمان فيه كيف! وإلا لم يكن مثله كافيا " بل كان اللازم الاتيان بما يدل على الامضاء

والانفاذ لنفس العقد.

قلت: قد عرفت: أن وجه الكفاية كونه دالا " على ذلك بالتزام وإلا فلا نسلم الكفاية. (ص ١٥١)

الإيرواني: هذا كلام جديد ليس حاصلًا " لما تقدم فئن صح أبطل القول بالكشف وإن قلنا بأن إنشاء

الفضولي إنشاء للنقل من حين العقد، فليس بناء هذا الكلام على إنكار ذلك، كما كان بناء الكلام السابق

على إنكاره، وإنما بناء هذا الكلام على إنكار المقدمة الثانية من المقدمات الثلاث للدليل أعني: كون

الإجازة إجازة لما أنشأه الفضولي.

وحاصله: أن الإجازة رضى بالنقل مطابق النقل الذي أنشأه الفضولي بلا تعرض لإنشاء

كيف! وقد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها، ونحو ذلك، ومن المعلوم: إن الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد، من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي. (١٨)

حيث تعلقها بالعقد التزاما " يقتضي الكشف.
هذا إذا أريد تعلقها بأثر العقد اتفاقا ". وأما إذا أريد عدم صحة تعلقها بالعقد ولزوم تعلقها بالأثر - كما
تقدم التصريح به في عقد المكره - بتوهم: أن العقد الصادر منه غير قابل للبقاء لعدم قراره بل اللازم
تعلق الرضا بما هو قابل للبقاء وهو أثر العقد، فما أخذ الزمان فيه لا يقبل الإجازة وما يقبل الإجازة لا موجب
لأخذ الزمان فيه، فيرد عليه ما قدمناه هناك.
أولا " : إنه من فرض وجود العقد المعنوي المتحقق بالعقد اللفظي زيادة على الملكية والنقل، فإنه القابل
لتعلق الوفاء باعتبار كونه عهدا " وقرارا " معامليا " وإلا فلا معنى لتعلق الوفاء بالملكية وكذا العقد هو
القابل للحل دون الملكية، فإنه قابل للرد دون الحل ولو كان العقد مجرد الكلام الانشائي الغير القار لما كان
هناك وفاء ولا حل، فإن المعدوم لا وفاء ولا حل له وعليه فالعقد اللفظي آلة للعقد المعنوي فالتسبب
بمدلوله المتقيد بالزمان ليس إلا لتقييد العقد المعنوي بالزمان.
وثانيا " : إن الرضا لا يجب تعلقه بالأمر الموجود بل يمكن تعلقه بالعمل المتقدم أو العمل المتأخر غاية الأمر
بنحو فناء العنوان المقوم له في معنونه المتقدم أو المتأخر.
وثالثا: إن الرضا إن لم يكن دخيلا " في ترتب نتيجة العقد على العقد صح تعلقها به.
وأما إذا كان دخيلا " في ترتبها على العقد فلا محالة لا يصح تعلقه بها، لأن تعلقه بها محال.
ويندفع الأخير: بأن الموقوف على الرضا وجود الملكية خارجا " وما يتوقف عليه الرضا طبعا " وجود
الملكية عنوانا " كما في كل إرادة ومراد. (ص ١٤٧) * (ج ٢ ص ١٤٠)
(١٨) الإيرواني: لكن المدعى هو أن نتيجة العقد وما قصد إنشائه بالعقد هو النقل المطلق من حيث الزمان
أعني: إن المنشأ بالعقد هو حصول النقل من حين الإنشاء لا النقل من بعد حين ولا النقل المهمل. (ص ١٢٨)
الطباطبائي: إنك عرفت أن التحقيق: إن الإجازة قائمة مقام نفس الإنشاء، لا مقام شرط العقد الذي هو
الرضا فلا وجه لترديد المصنف قدس سره بينهما فتدبر. (ص ١٥١)

وبتقرير آخر: أن الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه وإذنه المقرون بإنشاء الفضولي أو مقام

نفس إنشائه، فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلا بعد الإجازة، فهي إما شرط أو جزء سبب للملك. (١٩) وبعبارة أخرى: المؤثر هو العقد المرضي به، والمقيد من حيث أنه مقيد لا يوجد

إلا بعد القيد، ولا يكفي في التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد. (٢٠)

(١٩) الإيرواني: هذه العبارة وكذا قوله بعد سطر: (وبعبارة أخرى) كلتاها أجنبيتان عن الجواب الأول

الذي كان الكلام فيه بل أجنبيتان عن الوجه الثاني من الاستدلال، وإنما هما إعادة كلام تقدم في جواب

الوجه الأول من الاستدلال للكشف أعني: التمسك بالعمومات.

وحاصلهما: هو أن العمومات مقيدة برضا المالك فليس وجوب الوفاء موضوعه مطلق العقد بل عقد رضي

به المالك فما لم تتحقق الإجازة لا يحصل عنوان الموضوع حتى يتوجه إليه الحكم فينتزع منه الملكية.

وأنت خبير بأن المستدل في المقام معترف بتأخر توجه حكم (أوفوا) عن إجازة المالك ومع ذلك يقول:

بسبق الملك من أجل إن الوفاء بعقد الفضولي الذي رضي به المالك لا يكون إلا بذلك، حيث إن مفاد عقد

الفضولي النقل من الحين وإجازة المالك أيضا " يتوجه إلى ذلك، فينبغي إن صح أن يقع ذلك دون النقل من

زمان الإجازة. فإن كان كلام في هذا الدليل فينبغي أن يكون في إحدى هذه المقدمات أعني: كون إنشاء

الفضولي هو النقل من حين العقد الذي عليه بناء هذا الجواب، أو كون الإجازة متعلقة بما أنشأه الفضولي و

هو الذي تعرض له المصنف في تلو قوله (والحاصل) قاصدا " به حاصل الجواب الأول، مع أنه أجنبي عنه

أو كون الخطاب المتوجه إلى العقد الكذائي نتيجه الكشف وقد تعرض له المصنف في الجواب الثاني (ص ١٢٨)

(٢٠) الإيرواني: والحق في الجواب عن هذا الوجه: إن الدليل المذكور بمقدماته الثلاثة مسلم ونحن لا ننكر

شيئا " منها لكن ليست نتيجهتها هو الكشف بالمعنى المنسوب إلى القائلين بالكشف وإنما نتيجهتها هو الكشف

بالمعنى الذي ذكرناه سابقا " الذي صح التعبير عنه بالنقل، كما صح التعبير عنه بالكشف، وهو لا هذا ولا

ذاك وإنما هو برزخ بين هذا وذاك.

توضيحه: إن الدليل إذا دل على صحة ما أنشأه الفضولي بعد إجازة المالك ووقوع مضمونه في الخارج، وقد فرضنا أن مضمونه هو النقل من حين العقد وأجاز المالك أيضا هذا المضمون اقتضى هذا الدليل انتقال المال إلى المشتري من الفضولي حين أجاز المالك وإجازة المالك في الحال فيكون ملك المشتري في الحال.

(٤٧٢)

وثانياً: " إنا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً " اصطلاحياً " ليؤخذ فيه تقدمه على
المشروط،

ولا جزء سبب، وإنما هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السابق وجاعلة له سبباً " تاماً
"

حتى كأنه وقع مؤثراً "، (٢١)

نعم، المملوك متقدم سابق على الإجازة، بمعنى أن قطعة سابقة من البيع على الإجازة لاحقة
للعقد يعتبر

مملوكاً " فعلياً " للمشتري وتحت سلطانه الحالي بعد كونه إلى زمان الإجازة تحت
سلطان مالكه الأصلي

فبالإجازة يزول سلطان المالك الأصلي ويأتي سلطان المشتري، لكن المسلط عليه هو
المبيع من زمان العقد

فالملكية لاحقة للإجازة، فبهذا الاعتبار صح التعبير بالنقل والمملوك سابق، وبهذا الاعتبار
صح التعبير

بالكشف ويرتب فعلاً " تمام آثار مملوكية المبيع من زمان سابق ويحكم بملكية المنافع
للمشتري بعد أن

كانت محكومة بأنها للمالك.

وأما قبل الإجازة فلم يجز للمشتري التصرف في المبيع ولا في المنافع وإن كان يعلم أن
المالك سيجيز، وهذا

المعنى من الكشف لا مانع منه عقلاً " فلا بأس بالتزامه إذا ساعده الدليل، وقد عرفت: أن
هذا الدليل على

الكشف يساعد هذا الكشف الذي هو نقل في الملكية وكشف في المملوك.

وظني: أن القائلين بالكشف لا يعنون من الكشف إلا هذا المعنى، ولذا لا يلتزمون بالملكية
والزوجية وجواز

ترتيب آثارهما بعد عقد الفضولي إذا علم تعقب الإجازة من الأصيل سوى البعض الذي نقل
المصنف عنه

الالتزام بجواز ترتيب الآثار وكأنه غفل عن مراد القوم ولم يفهم من الكشف إلا ما فهمه
المصنف قدس سره

وغيره فلذا التزم بلوازمه، وقد قلنا: إن بطلان هذا اللازم يكشف عن بطلان الكشف
بالمعنى الذي توهموه

وهو باطل أيضاً " عقلاً " ولا يساعده دليل شرعاً " .

وهذا الذي ذكرناه ليس كشافاً " حكماً "، فإن معنى الكشف الحكمي هو ترتيب آثار
الملك فيما أمكن مع

عدم الملك حقيقة وما قلناه ملك حقيقة والمملوك سابق وجوداً " بعكس الملك الحقيقي
للمملوك المتأخر كملك

البطون في الوقف الترتيبي وملك المستأجر للعين في مدة مستقلة بل وملك كل مالك
لعيته ومنافع عينه

في الأزمنة الآتية، فإنه مالك فعلا " لها، فلذا صح إيجارها ونقلها فعلا " . (ص ١٢٧)
(٢١) الإيرواني: هذا تسليم لما ذكره بعد قوله: (وبتقرير آخر) الذي عرفت: أنه أجنبي عن
الجواب الأول.
مع أن المناسب في هذا الجواب أن يذكر التنزل عن الجواب الأول وإنا لو سلمنا أن مفاد
عقد الفضولي

(٤٧٣)

فيتفرع عليه أن مجرد رضا المالك بنتيجة العقد - أعني: محض الملكية من غير التفات إلى وقوع

عقد سابق - ليس بإجازة، لأن معنى (إجازة العقد): جعله جائزا " نافذا " ماضيا "، (٢٢) لكن نقول: لم يدل دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه، لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه إلى العاقدين - كوجوب الوفاء بالعهد والنذر - ومن المعلوم: أن

المالك لا يصير عاقدا " أو بمنزلته إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها، ومن المعلوم: إن

الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي، فما لم يجب الوفاء فلا ملك. (٢٣)

وما قصد إنشائه بعقده هو النقل من حين العقد مع وضوح إن الإجازة من المالك أيضا متعلقه بهذا.

لكن لا نسلم: إن الدليل الدال على صحة هذا العقد المجاز من المالك يقتضي الكشف. وذلك أن الملكية تنتزع من خطاب (أوفوا) وخطاب (أوفوا) إنما يتوجه بعد الإجازة، فكيف يعقل أن

تكون الملكية المنتزعة منه سابقة عليه؟! وهذا الجواب متجه على من يقول بالكشف بمعنى تقدم اعتبار

الملكية على توجه الخطاب.

أما الكشف بالمعنى الذي بيناه وهو أن يكون اعتبار الملكية وانتزاعها بعد الإجازة وبعد توجه خطاب

(أوفوا) وكان المعبر هو ملكية المبيع في قطعة سابقة على الإجازة فلا، وقد عرفت: أن الدليل الثاني دليل

على هذا الكشف الذي هو نقل في المعنى لا الكشف بمعنى كون وعاء الملكية سابقا على الإجازة بل وعاء

المملوك سابق ووعاء الملكية لاحق عكس ملكية المستأجر للعين فعلا " لمنافع مدة الإجازة المستقبلية، فإن

الملكية هناك حالية والمملوك استقبالي. (ص ١٢٨)

(٢٢) الإيرواني: لا يتفرع عليه ولا يرتبط به وإنما ذلك يدور مدار ما هو المعبر في الإجازة وأنه هل هو

الرضا بمضمون العقد بما هو مضمون العقد وهو الرضا بذات المضمون وبما هو مضمون عقد الفضولي بالحمل

الشائع من غير فرق بين كون الرضا شرطا " أو جزء سبب وبين كونه محدثا " للتأثير في العقد السابق إن

كان له معنى غير الدخالة بأحد النحويين. (ص ١٢٨)

(٢٣) الطباطبائي: ولعمري إن هذا هو التحقيق. (ص ١٥٢)

الإصفهاني: يمكن الخدشة فيما أفاده قدس سره بأن وجوب الوفاء وحلية التصرف وإن كانا متوقفين على

ومما ذكرنا يعلم: عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود، بدعوى: أن الوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد، وقس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم (أحل الله البيع)، فإن الملك ملزوم لحلية التصرف، وقبل الإجازة لا يحل التصرف، خصوصا " إذا علم عدم رضا المالك باطنا " أو تردده في الفسخ والامضاء. (٢٤)

الانتساب والرضا إلا أن كشفهما عن الملكية إن كان بنحو كشف العلة عن معلولها، بناء على انتزاع الحكم الوضعي أي الملكية عن الحكم التكليفي فما أفيد صحيح، حيث إنه لا يجمع حصول الملك بالعقد بنحو الانقلاب كما هو مقتضى الإجازة بمعنى انفاذ العقد وجعله سببا " تاما "، فلا محالة يكشف عن عدم كون اعتبار الإجازة بهذا المعنى، إلا أن المبنى فاسد، لما مر مرارا " من عدم معقولية انتزاع الحكم الوضعي عن الحكم التكليفي وإن كان بنحو كشف أحد المتلازمين عن الآخر، فحصول أحدهما حال الإجازة والرضا لا يستلزم حصول الآخر حالا " بل يجمع حصوله قبلا " فلا يكشف عن أن الإجازة لم تعتبر على وجه يوجب حصول الملك بنحو الانقلاب بالعقد.

نعم، كما لا يكون دليلا " على عدم كون الإجازة كذلك لا يكون دليلا " على كونها بهذا المعنى ولا دليل عليه. (ص ١٤٨) * (ج ٢ ص ١٤٣)

(٢٤) الإصفهاني: طبع الايراد كان يقتضي تقديم الايراد الثالث على الثاني لتقدم مقام الثبوت على مقام الاثبات فكان ينبغي أن يقول: إن الإجازة على هذا الوجه غير معقولة وعلى فرض المعقولة لا دليل على صحتها بهذا النهج. (ص ١٤٢)

الإيرواني: الظاهر أن مراده إن الملكية منتزعة من توجه خطاب (أحل) فلا تكون سابقة على توجهه، إذ

لو أراد ظاهر العبارة، أعني: كون الملكية لازمها حل التصرف في المبيع، وقبل الإجازة لا يحل للمشتري

التصرف فيكشف ذلك عن عدم الحلية فلربما التزم القائل بالكشف بحل التصرف كما تقدم في عبارة

المصنف التزام بعض القائلين بالكشف به، أو ربما منع الملازمة المذكورة لثبوت الحجر من التصرف في كثير

من الأملاك لقصور أو تعلق حق غير، ولئن تم وأغضض عن جميع ذلك كان هذا دليلا " مستقلا " على بطلان

القول بالكشف أجنيا " عما قيل حول خطاب (أوفوا) و (أحل). (ص ١٢٨)

(٤٧٥)

وثالثا " : سلمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي والعرفي - أعني: جعل العقد السابق جائزا " ماضيا " - بتقريب أن يقال: إن معنى الوفاء بالعقد:

العمل بمقتضاه ومؤداه العرفي، فإذا صار العقد بالإجازة فكأنه وقع مؤثرا " ماضيا "، كان مقتضى العقد المجاز عرفا " ترتب الآثار من حينه، فيجب شرعا " العمل به على هذا الوجه. (٢٥)

(٢٥) الطباطبائي: الظاهر أن الفاء زيادة والعبارة هكذا (فإذا صار العقد بالإجازة كأنه وقع مؤثرا الخ) وقوله (كأنه) خبر لصار وقوله: (كان مقتضى الخ) جواب (إذا)، وقوله: (فيجب العمل الخ) تفريع على الجواب.

لا يخفى أنه لا وجه لعدم الاغماض، إذ هو خلاف الفرض، إذ قد فرض أولا " كون الإجازة بمعنى جعل العقد ماضيا " وكون مقتضى العقد عرفا " ترتب الأثر من حينه وكون الدليل دالا " على العمل بها على هذا الوجه فبعد ذلك كله لا معنى لقوله (في الذيل): (بعد الاغماض عن أن الخ)، إذ هو مستلزم للعدول عن الفرض ولعله لهذا أمر بالتأمل.

ويحتمل: أن يكون وجهه دعوى الفرق بين الإجازة والقبول، فإنه جزء لسبب الناقل فلا وجه لجعله كاشفا "

بخلاف الإجازة، فإنها امضاء للعقد العام في السببية فتدبر. (ص ١٥٢) الإصفيهاني: لا يخفى عليك إن الإجازة بمفهومها المساوق للانفاذ والامضاء لم تؤخذ في آية ولا رواية من مطلقات الأدلة النافعة لتطبيق صحة عقد الفضولي على القاعدة، بل غاية مفادها إما لزوم انتساب العقد

إلى المالك أو لزوم صدوره عن الرضا وكلاهما أجنبي عن عنوان الانفاذ والامضاء. نعم، في بعض روايات البيع والنكاح أخذت الإجازة بعنوانها كصحيحة محمد بن قيس المتقدمة في بيع

الوليدة وكروايات نكاح العبد بدون إذن المولى، وفي مثلها يمكن أن يقال: إن الوفاء بالعقد المجاز بما هو مجاز

العمل بمقتضاه العرفي ومقتضاه عرفا " ترتيب الأثر على العقد من حين صدوره لا بنحو الشرط المتأخر

ليقال لم يكن مجازا " إلا عند الإجازة، بل بنحو الانقلاب على الوجه الذي أوضحناه وعليه فلا مجال للنقض

بالقبول، لأن هذا المعنى من مقتضيات عنوان الإجازة المساوقة للامضاء فلا يجري في القبول والرضا ولعله

أمر (في الذيل) قدس سره بالتأمل إشارة إليه.
نعم ما أفاده من أن كون الإجازة مساوقة للانفاذ والامضاء لا يستدعي ترتيب أثر العقد من
حين صدوره

(٤٧٦)

لكن نقول - بعد الاغماض عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزا " نافذا "

لا يوجب كون مقتضى العقد ومؤداه العرفي ترتب الأثر من حين العقد. كما أن كون مفهوم

القبول رضا بمفهوم الايجاب وإمضاء " له لا يوجب ذلك، حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد

ترتيب الآثار من حين الايجاب، فتأمل - (٢٦)

إن هذا المعنى على حقيقته غير معقول، لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحقوق صفة التأثير له، لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه، فإذا دل الدليل الشرعي على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بد من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا " من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حكما بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري وإن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك ووقع النماء في ملكه. (٢٧)

صحيح لما مر من البرهان على أن الانفاذ والنفوذ والامضاء والمضي كالايجاد والوجود متحدان بالذات

ومختلفان بالاعتبار والانفاذ في كل زمان يقتضي نفوذه وتأثيره في ذلك الزمان والعمل بالنافذ حال الانفاذ

ليس إلا ترتيب الأثر عليه في تلك الحال لا بنحو الشرط المتأخر ولا بنحو الانقلاب. (ص ١٤٨) * (ج ٢ ص ١٤٣)

(٢٦) الإيرواني: يمكن أن يقال: أن الكلام في المقام مبني على التنزل عن الأجوبة السابقة فلا وجه للرجوع

إليها، أو يمكن أن يقال: بثبوت الفرق بين الإجازة والقبول كما بيناه سابقا. (ص ١٢٨)

(٢٧) الطباطبائي: لقائل أن يقول كون العقد موجودا " على صفة عدم التأثير أول الكلام وغرض المستدل

أثبت كونه موجودا " على صفة التأثير من أول الأمر فتدبر.

ولو علل عدم المعقولية بأن الكشف على الوجه المزبور موقوف على الشرط المتأخر وهو غير معقول

على ما اعترف به سابقا " كان أولى وإن كان فيه ما عرفت من منع عدم المعقولية. (ص ١٥٢)

الإصفهاني: قول المصنف مبني على الانقلاب بمعنى بقاءه على صفة عدم التأثير إلى حال الإجازة وبسبب

الإجازة التي مفادها انفاذ العقد من حين صدوره فعلا " ينقلب عما هو عليه فلا محذور فيه إلا محذور الانقلاب

والحاصل: أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا " من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، وهذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات، وسيأتي الثمرة بينه وبين الكشف الحقيقي. (٢٨) ولم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء قدس سره فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته وإلا فظاهر كلام القائلين بالكشف: إن

الانتقال في زمان العقد، ولذا عنون العلامة رحمه الله في القواعد مسألة الكشف والنقل بقوله:

(وفي زمان الانتقال إشكال)، فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعا " في زمان الانتقال. وقد تحصل مما ذكرنا: أن كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة، قال بكل منها قائل: أحدها - وهو المشهور - : الكشف الحقيقي والتزام كون الإجازة فيها شرطا " متأخرا "، ولذا اعترضهم جمال المحققين في حاشيته على الروضة: (بأن الشرط لا يتأخر). (٢٩)

غير الملك وعدم معاملة الملك مع الملك.
فالانصاف: أن القول بالكشف الحكمي لا ينقص في المحذور من القول بالكشف الحقيقي لم يؤد فالفرار من

الكشف الحقيقي إلى الكشف الحكمي يشبه الفرار من المطر إلى الميزاب. (ص ١٢٨) (٢٨) النائيني (منية الطالب): فحكم الشارع في المقام نظير حكمه في باب الاستصحاب ببقاء المتيقن في ظرف الشك عملا ".
نعم بينهما فرق وهو أن الحكم في باب الاستصحاب ظاهري لأخذ الشك في موضوعه وفي المقام واقعي.

(ص ٣٤٢)

(٢٩) الطباطبائي: الكشف الحقيقي بمعنى كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا " فيكون الشرط وجودها في المستقبل وهذا ظاهر المشهور واختاره في الجواهر صريحا " وإن احتمل في آخر كلامه ما نقلناه عنه. (ص ١٤٨)

النائيني (منية الطالب): وهو: أن تكون شرطا " بوجودها الخارجي الزماني، مع تحقق المشروط قبله، فهذا خلف ومناقضة. (ص ٢٣٧)

الإصفيهاني: سيأتي منه قدس سره التصريح بأن الكشف المشهور هو الكشف عن كون العقد بنفسه سببا "

والثاني: الكشف الحقيقي والتزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة، فرارا
عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط. (٣٠) والتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو
علم
تحققها فيما بعد.

تاما "، لا أنه بضميمة الإجازة يكون سببا تاما معنى شرطية الإجازة المتأخرة كون الإجازة
موجبة لانقلاب
العقد الذي لم يكن سببا تاما وصورته من حين صدوره سببا تاما "، كما عرفت تفصيله
سابقا وحينئذ كان
عليه قدس سره أن يدفع اعتراض جمال المحققين رحمه الله من حيث إن الشرط لا يتأخر
بأنه ليس من أجزاء
العلة حتى لا يتأخر عن معلولها. (ص ١٤٨) * (ج ٢ ص ١٤٨)
(٣٠) النائيني (منية الطالب): منها: أن تكون كاشفة عن ثبوت وصف التعقب.
أما كاشفيتها عن وصف التعقب، فهذا لا إشكال فيه.
وتوهم: إن التعقب ليس مقارنا " للعقد، - لأنه منتزع عن أمر متأخر وما لم يتحقق منشأ
انتزاعه كيف
يتحقق المنتزع! - فاسد، فإن عنوان التعقب والسبق وما يراد منهما في المعنى كاللحوق
والقبلية والبعدية
من الأمور التي تنتزع من نسبة الزماني إلى الزمان، فإذا اجتمع شيان في زمان واحد ينتزع
عن اجتماعهما
التقارن وإذا وقعا في زمانين فتنتزع القبلية من السابق والبعدية من اللاحق، وهكذا يصح
هذه العناوين
في نفس أجزاء الزمان، فيقال لليوم إنه بعد أمس وقبل الغد مع كون أمس والغد
معدومين.
وبالجملة: عنوان التعقب صحيح ومقارن مع العقد، إلا أنك قد عرفت: أن الدليل لا يساعد
على كون هذا
العنوان الانتزاعي شرطا ". (ص ٢٣٧)
الطباطبائي. قد عرفت أنه كر على ما فر منه فلا تغفل.
ثم إنك عرفت: أن بعضهم قال بالكشف الحقيقي بمعنى مجرد العلامة مدعيا " إنها كاشفة
عن وجود الرضا
الباطني التقديري وعرفت ما فيه وعرفت أيضا " له معنى آخر، ربما يظهر من جامع
المقاصد في العبارة
المتقدمة.
وحكي الكشف بمعنى العلامة الصرفة عن مفتاح الكرامة أيضا ".
وكيف كان فعلى جميع وجوهه يلزم جواز التصرف مع العلم بلحوق الإجازة ولا اختصاص
له بالقول

بالتعقيب كما عرفت. (ص ۱۵۲)

(۴۸۰)

الثالث: الكشف الحكمي، وهو إجراء أحكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقق الملك
في
الواقع إلا بعد الإجازة. (٣١)

(٣١) الطباطبائي: الكشف الحكمي، وهو على أحد الوجهين،
الأول: بمعنى كون الإجازة شرطاً " ومؤثرة من حين وجودها إلا أن تأثيرها إنما هو في
السابق بمعنى أنها تقلب
العقد مؤثراً " من الأول ولعله مراد من قال: إنها ناقلة إلا أنه يجري عليها جميع أحكام
الكشف، بل مراد
صاحب الجواهر من الوجه الثاني الذي ذكره بقوله: (الثاني: أن يكون الرضا المتأخر مؤثراً
في نقل المال في
السابق كما سمعناه من بعض مشايخنا).
وأورد عليه بلزوم اجتماع مالكين على مال واحد وإن كان يمكن الذب عنه بأن مقتضى
القلب عدم
الاجتماع وإن كان المحذور عليه أشد لمعلومية استحالته وإن أريد ترتيب آثار القلب فلا
إشكال فتدبر.
(الثاني): الحكمي لكن بمعنى ترتيب آثار الكشف بقدر الامكان لا بمعنى القلب ولا
بمعنى ترتيب جميع الآثار.
ثم لا يخفى أن الكشف الحكمي بوجهيه عين القول بالنقل، والفرق إن القائلين بالنقل
يقولون بترتيب الأثر
من حين الإجازة بخلافه على الكشف الحكمي، فإن الأثر يرتب من حين العقد، إما بمعنى
الحكم بحصول
الملكية من حينه فيرتب جميع الآثار أو بمعنى ترتيب ما أمكن ترتيبه من الآثار لا أصل
الملكية.
لكن أنه لا ينبغي التأمل في بطلان (هذا الوجه وهو) الكشف الحكمي بمعنى القلب فهو
أيضاً " غير معقول، إذ ما
وقع لا يمكن تغييره عما وقع بالبديهة مع أنه مستلزم لاجتماع مالكين على مال واحد فبقي
من الوجوه
الكشف بمعنى الشرط المتأخر والكشف الحكمي بمعنى الحكم بترتيب أثر الكشف بقدر
الامكان مع الالتزام
بالنقل من حين الإجازة والنقل الحقيقي وسيتضح ما هو الحق منها فانتظر. (ص ١٤٨ و
١٤٩ و ١٥٢)
النائبي (المكاسب والبيع): والأجود بحسب النظر هو تميم الكشف الحكمي على القواعد
بالتقريب
الأول المنقول عن الشيخ محمد باقر قدس سره.
وتوضيحه: يتوقف على بيان أمور،
الأول: إن ما يوجد من موارد الشرط المتأخر بحسب ما استقصيناه هو انطباقه على ما

أسسه من ضابط
الكشف الحكمي أعني: كون الأمر المتأخر كالصورة بالنسبة إلى الأمر المتقدم والأمر
المتقدم كالمادة
الهيولائية، كما يظهر ذلك من المراجعة إلى موارد الشرط المتأخر، مثل الإجازة بالنسبة إلى
العقد،

(٤٨١)

* تتميم *

(آتينا بعبارات الطباطبائي كالمتمن وبعبارات النائيني كالتعليقة عليها)
الطباطبائي: (أن القول بالكشف يتصور على وجهين آخرين أيضا " لم يذكر هما المصنف)
الأول: الكشف الحقيقي، بمعنى كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا " فيكون الشرط
وجودها في
المستقبل (كما مر تحت الرقم ٢٩) مع ادعاء أن الشرط هو الوجود الدهري للإجازة، وأنه
وإن
كان بحسب الزمان متأخرا " إلا أنه بحسب وعائه الدهري مقارن ويمكن ارجاعه إلى
السابق.
(ص ١٤٨)

النائيني (منية الطالب): (وهذا الوجه يعني) أن تكون شرطا " بوجودها الدهري المجتمع مع
مشروطها في
وعاء الدهر، فإن الطوليات الزمانية عرضيات في عالم الدهر.
ولكن فيه: أن شرط الزماني لا بد من أن يكون زمانيا " فتتميم الكشف الحقيقي على جميع
ما قيل، أو يقال
فيه، بالقواعد مشكل. (ص ٢٣٧)

(٤٨٦)

الثاني: الكشف الحقيقي الصرف بمعنى عدم مدخلية للإجازة في التأثير أصلا " بل كونه كاشفا " صرفا " وهو أيضا " يتصور على وجوه، أحدها: أن يكون العقد مشروطا " بالرضا المقارن الأعم من الفعلي والتقديري، بمعنى كون المالك راضيا " على فرض التفاته إليه وإلى ما فيه من المصلحة وإن لم يكن بالفعل راضيا " بل كان كارها " من جهة غفلته أو جهله بالمصلحة فالإجازة الآتية في المستقبل كاشفة عن حصول الشرط حين العقد ولا مدخلية لها في التأثير أصلا " وهذا الوجه مختار بعض الأفاضل من المعاصرين. لكن أنه لا ينبغي التأمل في بطلان (هذا الوجه من الوجوه المتصورة في) تصوير الكشف الحقيقي الصرف، لما عرفت سابقا " من أنه لا معنى لكفاية الرضا التقديري، مع أنه قد ينقلب المفسدة مصلحة فلا معنى للكشف عن الرضا حين العقد وأيضا " لازمه جواز التصرف مع العلم بالمصلحة للمالك وإن لم يعلم بها ولم يجر إلى الأبد ولا يمكن الالتزام به. (ص ١٤٨ و ١٤٩)

النائبي (منية الطالب): وجه المحقق الرشتي الكشف بأن الإجازة كاشفة عن الرضا التقديري، بمعنى أنها تكشف عن رضا المالك لو التفت إلى العقد والرضا المعتبر في العقد هو الأعم من الحقيقي الفعلي والتقديري. وفيه: (أولا "): لا مناسبة بينهما لا ذاتا " ولا جعلاً "، لأن كاشفية شيء عن شيء، إما لمناسبة تكوينية بينهما ككاشفية الدخان عن النار، وإما لمناسبة جعلية ككاشفية النصب عن الفرسخ والألفاظ عن المعاني على وجه، فكاشفية الإجازة عن تحقق السبب التام لا بد أن تكون بأحد الوجهين. (كلاهما غير موجود في المقام.) (وثانيا "): منع الصغرى والكبرى، أما الصغرى فلأنه قد لا يكون المالك راضيا " حين العقد لو التفت إليه لكونه ذا مفسدة عنده في ذلك الزمان مع كونه راضيا " حين الإجازة لانقلابها إلى المصلحة، مع أن لازمه جواز التصرف قبل الإجازة إن علم برضاه لو التفت إليه. وأما الكبرى، فلأنه لم يقدّم دليل على كفاية الرضا التقديري. (ص ٢٣٧)

ثانيها: أن يكون مشروطاً " بأمر واقعي لا نعرفه ويكون ذلك الأمر ملازماً " للإجازة الاستقبالية فتكون كاشفة عن حصول ذلك الشرط من غير أن يكون لها دخل في التأثير، وذلك الأمر المكشوف عنه مقارن للعقد، وهذا الوجه غاية ما يمكن أن يقال في مقام توجيه الشروط المتأخرة في الموارد الواردة في الشريعة، فيقال في جميعها إن الشرط أمر واقعي وهذا المتأخر كاشف عنه.

لكن أنه لا ينبغي التأمل في بطلان (هذا الوجه من الوجوه المتصورة في) تصوير الكشف الحقيقي الصرف، لأن دعوى أن الشرط أمر آخر مجهول لنا مقارن للعقد رجم بالغيب، مع أنه

خلاف ظاهر الأدلة، فإنها ظاهرة بل صريحة في شرطية نفس الرضا. (ص ١٤٨ و ١٤٩)

النائبي (منية الطالب): أما كاشفيتها عن شرط واقعي لا نعرفه فتوقف على مناسبة جعلية بعد وضوح عدم مناسبة ذاتية بينهما والجعل غير معلوم. (ص ٣٤٢)

(٤٨٨)

ثالثها: أن لا يكون هناك شرط للعقد أصلاً " لا الرضا ولا الإجازة ولا شئ آخر.
نعم الشارع رتب الأثر على هذا القسم من العقد لا على القسم الآخر، فالعقد الذي يتعقبه
الرضا في علم الله صحيح من أول الأمر لا لحصول الرضا بل لجعل الشارع والذي لم
يتعقبه

لم يجعل مؤثراً "، ولعل هذا مراد صاحب الجواهر من الوجه الأول من الوجوه الثلاثة التي
ذكرها للقول بالكشف، حيث قال: (وحاصل الكلام: إن الوجه في الكشف أحد أمور،
الأول: إنه من قبيل الأوضاع الشرعية على معنى أن الشارع، قد جعل نقل المال في الزمان
السابق عند حصول الرضا في المستقبل).

لكن لا ينبغي التأمل في بطلان (هذا الوجه من الوجوه المتصورة في) تصوير الكشف
الحقيقي
الصرف وأنه لما مر في الوجه الثاني، بل في الجواهر أنه مستلزم لمخالفة كثيرة من
القواعد،

ولعل مراده منها، قاعدة عدم حل التصرف في مال الغير بدون طيب نفسه وقاعدة شرطية
الرضا في العقود وقاعدة تسلط الناس على أموالهم فتدبر. (ص ١٤٨ و ١٤٩)

النائني (منية الطالب): أما كاشفيتها عن الصحيح في علم الله فتحتاج إلى جعل وليس.
(ص ٢٣٧)

وقد تبين من تضاعيف كلماتنا: أن الأنسب بالقواعد والعمومات هو النقل، ثم بعده الكشف
الحكمي، (٣٢)

(٣٢) الطباطبائي: الانصاف: أن القول بالكشف الحكمي في غاية الإشكال والتزامه أصعب
من التزام
الشرط المتأخر.

والتحقيق: ما عرفت من أن مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن الأخبار النقل ومع ملاحظتها
الكشف

الحقيقي بمعنى الشرط المتأخر. (ص ١٥٣)
النائني (منية الطالب): لكن أقوى الوجوه هو الوساطة بين الكشف الحقيقي والنقل التي
يعبر عنها

بالكشف الحكمي، ولكن لا من باب التعبد الصرف بأن يكون مقتضى القاعدة هو النقل
وإنما ثبت الكشف

بالتعبد، بل لأنه هو مقتضى القاعدة، وذلك للفرق بين الأمور المتأخرة التي لها دخل في
المتقدم فإنها لا تخلو
عن أحد أقسام ثلاثة،

الأول: كالقبض في الصرف والسلم والقبض في الهبة والوقف ونحو ذلك.

والثاني: كالإجازة من المالك والمرتهن ونحوهما.

والثالث: كإخراج الزكاة بعد بيع الزكوي وإبراء الدين من المرتهن وفك الراهن الرهانة
ونحو ذلك.

أما القسم الأول، فيتوقف تأثير العقد على وجوده ولا مجال لتوهم الكشف فيه مطلقا "
سواء كان جزء المؤثر

كالقبض في الصرف والسلم أم كان شرطا " للصحة كالقبض في الرهن والهبة والوقف.

وأما الثاني، فحيث إنه ناظر إلى ما وقع وتنفيذ لما سبق فيوجب تأثيره فيما سبق بالنسبة إلى
ما يمكن أن

يتعلق به الانفاذ.

وأما الثالث، فهو وإن لم يكن في الظهور مثل الثاني إلا أنه في نظر العقلاء حكمه حكم
الثاني، فإن العرف

والعادة بحسب ما ارتكز في أذهانهم يرون الأمر الذي يصير موضوعا " للحكم بتوسط
العنوان المتأخر إنه

هو الموضوع فالآثار المترتبة على هذا الموضوع تترتب عليه من أول الأمر وهذا المتأخر
بمنزلة الوساطة

في الثبوت والأدلة الواردة في هذا الباب إمضاء لما ارتكز في أذهان العقلاء وناظرة إلى ما
هم عليه والجامع

بين القسمين الأخيرين، إن موضوع الحكم هو المنفذ والانفاذ وما يرجع إليه ناظر إلى
المنفذ.

نعم، هذا يختص بما إذا كان السابق تمام الموضوع بالنسبة إلى الآثار كما هو كذلك
بالنسبة إلى النماء

(٤٩٠)

وأما الكشف الحقيقي مع كون نفس الإجازة من الشروط، فإتمامه بالقواعد في غاية الإشكال (٣٣)، ولذا استشكل فيه العلامة في القواعد ولم يرجحه المحقق الثاني في حاشية الارشاد بل عن الايضاح اختيار خلافه، تبعاً للمحكي عن كاشف الرموز وقواه في مجمع البرهان، وتبعهم كاشف اللثام في النكاح. هذا بحسب القواعد والعمومات،
وأما الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس: الكشف - كما صرح به في الدروس -
وكذا الأخبار التي بعدها لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فيحتمل الكشف
الحكمي. (٣٤)

والمنافع فبالإجازة ينكشف تحقق حرية الولد في مسألة الوليدة من قبل ولكنه لا ينكشف
بها إن وطئ
الزوجة التي عقدها الفضولي زنا بذات البعل، كما أنه لا ينكشف بها تحقق أصل الزوجية.
والسر في ذلك هو: ما عرفت أن ترتيب الآثار من قبل، إنما هو بالنسبة إلى الآثار التي لها
اعتبار بقاء في
زمان الإجازة لا الآثار التي ليست كذلك ولا تحقق نفس المنشأ من قبل فتدبر جيداً ".
(ص ٢٣٧)
(٣٣) الطباطبائي: مقتضى ما بينه المصنف قدس سره الجزم بعدم المعقولية، حيث إنه جزم
باستحالة تأخر
الشرط.
ثم إن التحقيق عندي: هو القول بالنقل بحسب القواعد (كما مر) لا من جهة عدم معقولية
الشرط المتأخر بل
من أجل ما عرفت من: أن العمومات لا تشمل إلا بعد صيرورة العقد عقداً للمالك وهو
ما بعد الإجازة.
وأما بحسب الأخبار فالكشف الحقيقي إن تعدينا عن باب النكاح من أجل الاجماع
المركب أو تفتيح المناط
أو ثم دلالة صحيحة ابن قيس على الكشف كما لا يبعد، فإنه لا مانع منه بعد هذا عندنا عن
الحمل على
ظاها من الكشف الحقيقي. (ص ١٥٢)
(٣٤) النائيني (منية الطالب): أما صحيحة محمد بن قيس فلأن بيان الإمام عليه السلام
علاج تخلص الولد
بأخذ ابن المالك البائع للوليدة ظاهر في أن إمضاء المالك للبيع إمضاء لما أنشأه ابنه حين
الإنشاء لظهور
قوله عليه السلام: (حتى ينفذ لك البيع في ذلك) وهكذا قوله: (فلما رأى ذلك سيد الوليدة
أجاز بيع ابنه)
فظاهر هذين الكلامين: إن الإجازة تكشف عن تحقق الملك حين بيع الولد. (ص ٢٣٩)

نعم، صحيحة أبي عبيدة - الواردة في تزويج الصغيرين فضولا "، الأمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات، للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف - ظاهرة في قول

الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة، كان العزل مخالفا " لقاعدة (تسلط الناس على أموالهم). (٣٥)

الإيرواني: لكن الكشف الحكمي خلاف القاعدة وخلاف الأدلة الدالة على عدم ترتيب تلك الآثار إلا

على الملك، فالصحيحة بضميمة تلك الأدلة دليل على الكشف الحقيقي مثلا " عدم ضمان قيمة الولد لسيد

الوليدة الذي هو ظاهر الصحيحة خلاف قاعدة من أتلف لو لم تكن الوليدة منتقلة إليه بالعقد.

فالصحيحة بضميمة عموم تلك القاعدة تفيد الكشف الحقيقي وقد سلك المصنف هذا المسلك في استفادة

الكشف الحقيقي من صحيحة أبي عبيدة أعني: بضم عموم قاعدة سلطنة الناس استنتج الكشف الحقيقي

وهذا كان حاصلًا " هنا أيضا " ومع ذلك لم يستظهره من هذه الصحيحة بل احتمل الكشف الحكمي كما

ترى في هذه العبارة. (ص ١٢٨)

(٣٥) النائيني (منية الطالب): أما صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولا "، فلأنها ظاهرة في أن المقصود من الإجازة لا بد أن يكون نفس الأزواج لا التوارث ولذا

أمر عليه السلام بحلف الزوجة على

ذلك فإنها لو كانت دالة على الكشف الحكمي لكانت دالة على لزوم ترتيب الآثار الممكنة من الزوجية

وهي ليست إلا الوطاء بعد موت الزوج، إلا أن يقال: لا دلالة فيهما على تحقق نفس الملكية والزوجية

من السابق.

أما إجازة بيع الولد فلأنها ناظرة إلى الآثار وهي النماء ونحوه وقوله عليه السلام حتى ينفذ لك البيع

لا يدل على تحقق البيع سابقا "، ومجرد تعلق الانفاذ بالبيع السابق لا يلازم الكشف الحقيقي، فإن هذا هو

مورد البحث في أن الانفاذ المتأخر يكشف عن تحقق المنفذ سابقا "، أو هو بنفسه جزء المؤثر أو واسطة بينها.

وأما مسألة الحلف فهي تناسب الكشف الحكمي أيضا "، فإن ترتيب الآثار من السابق بالإجازة اللاحقة

إنما هو بعد فرض تحقق الإجازة من المجيز والحلف إنما هو لاستكشاف الإجازة وإنها ليست صوريا " بحيث

يكون المقصود هو الوراثة.
نعم، هنا إشكال آخر وهو: أنه لو قلنا بدالتهما على الكشف الحكمي فسريان هذا الحكم

(٤٩٢)

فإطلاق الحكم بالعزل منضمًا " إلى عموم (الناس مسلطون على أموالهم) يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع، فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل. (٣٦)

ثم على فرض تماميته يحتاج في اسراء حكمه إلى ساير الأبواب من البيع ونحوه، إلى دعوى الاجماع المركب

أو تفتيح المناط، كما أشرنا إليه آنفاً " وكلاهما محل إشكال. واحتمال كون الحكم تعدياً " في خصوص النكاح، ولذا يجب الأخذ به وإن جزمنا بالقول بالنقل ليس

بعيداً "، مع أن صحة الإجازة بمقتضى القاعدة محل إشكال، لأن المفروض كون موت الزوج الذي هو بمنزلة

تلف أحد العوضين في البيع قبلها، فهذا النص مقرب لكون الحكم تعدياً " في خصوص النكاح. (ص ١٥٢)

(٣٦) الإصفهاني: نعم ما ذكرنا يناسب كاشفية الإجازة بنحو الشرط المتأخر من باب كشف العلة عن

المعلول لا بنحو الانقلاب، فإنه قبل وجود موجب الانقلاب المال واقعا "، إما باق على ملك الميت أو ملك

الورثة، فيأتي جميع محاذير القول بالنقل - كما أشرنا إليه سابقاً - وأما منافاة القول بالكشف لأصالة عدم الإجازة فهي مشتركة بين الكشف والنقل، إذ لو التزمنا بمخالفة

القواعد المتقدمة وقلنا بالنقل وإنها ترث بعد الإجازة، فالقول بلحاظ الإجازة فيما بعد أيضاً " مخالف

لأصالة عدم الإجازة، حيث إنها مشكوكة الحصول فيما بعد.

لا يقال: في القول بالنقل مخالفة أخرى لقاعدة الإرث، حيث إن الصغيرة ولو مع القطع بإجازتها بعد

بلوغها ليست بزوجة حال موت المورث فهو لم يمت عن زوجة.

لأننا نقول: لا يشترط في إرثها منه كونها زوجة حال موته بل يكفي وراثتها منه فيما بعد كالحمل

المشروط إرثه بسقوطه حياً " فتدبر جيداً " (ص ١٥٠) * (ج ٢ ص ١٤٨)

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف - باحتمالاته - والنقل. (٣٧)

(٣٧) الطباطبائي: ليعلم أولا " : إن الكشف الحكمي نقل حقيقي من حين الإجازة إلا أنه يرتب عليه الأثر

من حين العقد بحيث كأنه صدر من المالك من ذلك الحين ولازم ذلك ترتيب جميع ما يمكن ترتيب من الآثار.

والتحقيق: بناء عليه ترتيب جميع الآثار إلا ما كان مرتبا على نفس صفة الملكية بما هي صفة خاصة مثل

ما لو نذر أنه لو كان مالكا لكذا أن يفعل كذا فإن النذر لا ينصرف إلى الملك التنزيلي ومثل العصيان

وعدمه فإن التصرف السابق من الأصيل يكون محررا " ولا يمكن قلبه بعد الإجازة. وأما ساير الآثار الشرعية فجميعها يمكن ترتيبها مثلا " إذا باع المالك ما انتقل عنه بالفضولية قبل الإجازة

فأجاز، بناء على جواز مثل هذه الإجازة وعدم كون البيع بمنزلة الرد، كما أنه يحكم ببطلان البيع على

الكشف الحقيقي، كذا يحكم ببطلانه، بناء على الحكمي لأنه مقتضى ترتيب آثار ملكية المشتري من حين العقد.

والفرق بينه وبين الكشف الحقيقي: إنه على الحقيقي يحكم بالبطلان من الأول وعلى الحكمي من حين

الإجازة فهو محكوم بالصحة من أول صدوره إلى حين الإجازة وبعدها يحكم ببطلانه من الأول ويرتب عليه آثار البطلان.

ودعوى: أن هذا غير ممكن، والمفروض ترتيب الآثار الممكنة.

مدفوعة: بمنع عدم الامكان كيف! وإلا فلا فرق بينه وبين النماء الذي أتلفه المالك قبل الإجازة، فإن فيه

أيضا " يحكم بكونه متصرفا " في ماله من أول وجوده إلى حال الإجازة وبعدها يحكم بكونه ملكا " للمشتري

فيكون المجيز كأنه تصرف في نماء ملك غيره فيجب عليه البدل، فإذا لم يمكن فيما نحن فيه الحكم بالبطلان

بعد الحكم بالصحة الواقعية من حين صدوره إلى حال الإجازة، فكذا يمكن الحكم بوجوب اعطاء بدل

النماء الذي تلف في ملك مالكة.

والتحقيق: إنه لا مانع من شئ منهما بمعنى أنه يمكن أن يحكم بعد الإجازة بتنزيل العقد الواقع فضولا "

منزلة الصادر من المالك من هذا الآن وترتيب جميع آثاره ولا فرق في ذلك بين النماء

وسايرها.
وبالجملة: فجميع الآثار الشرعية وإن كانت مرتبة على الموضوعات الواقعية إلا أنه يمكن
للشارع

(٤٩٥)

فنقول: أما الثمرة على الكشف الحقيقي، بين كون نفس الإجازة شرطا"، وكون الشرط تعقب العقد بها ولحوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد. (٣٨)

التصرف فيها بتنزيل الموجود منزلة المعدوم أو بالعكس. نعم، الآثار العقلية غير قابلة لذلك كالعصيان والطاعة وكذا الآثار الذي لا دخل لها بالشارع، كما في مثال العذر الذي ذكرنا فإن حكم الشارع فيه تابع لجعل الناذر، والمفروض أنه علق الحكم على الموضوع الواقعي لا التنزيلي. ومما ذكرنا ظهر: أنه لو أعتق العبد قبل الإجازة ثم أجاز بيعه يحكم ببطلان البيع العتق من أوله، بناء على الكشف الحكمي الحقيقي وبطلان من حين الإجازة على الحكمي ولا يضر استلزامه صيرورة الحر رقا". نعم، إلا أن يكون هناك اجماع على عدم ذلك ولو في مثل المقام فلا نقول به من جهة قيام الاجماع لكن تحققه محل إشكال ولعله من جهة ما ذكرنا تخيل بعض أنه لا فرق بين الكشف الحقيقي والحكمي في الثمر، إذ الآثار العقلية نادرة لا اعتناء بها، ولذا قال: إن مقتضى الأدلة الكشف ولا يهمننا التعرض لاثبات كونه حقيقيا " أو حكما " لاشتراكهما في الثمرة.

لكن الانصاف: وجود الثمر فلا بد من تشخيص الحال. والانصاف: أن القول بالكشف الحكمي في غاية الإشكال من التزام الشرط المتأخر. (ص ١٥٣)

(٣٨) الآخوند: لا يكاد يظهر بينهما على الكشف ثمرة عملية أصلا " كما لا يخفى. نعم، فيما إذا شك في لحوق الإجازة، لا بد من الرجوع إلى أصالة عدم لحوقها، بناء على كون نفس الإجازة شرطا"، ومن الرجوع إلى أصالة عدم تحقق ما هو سبب النقل من العقد الملحوق بالرضا، بناء على كونها

كاشفة عن السبب التام، فيتفاوتان في طريق اثبات حكم العمل مع انفاقهما فيه. (ص ٦٢) الطباطبائي: إذا عرفت ما قلناه (في التعليقة السابقة تحت الرقم ٣٢ من أن: مقتضى القاعدة مع قطع النظر

عن الأخبار النقل، ومع ملاحظتها الكشف الحقيقي بمعنى الشرط المتأخر)، فنقول: أما تصرف الأصيل فيما انتقل إليه من حيث الحكم التكليفي، الحق: جوازه بناء على الكشف الحقيقي إذا علم

بالإجازة فيما سيأتي
من غير فرق بين وجوهه الأربعة من الشرط المتأخر والتعقب والكاشفية الصرفة بوجهيها -
حسبما أشرنا

(٤٩٦)

وأما الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي مع كون نفس الإجازة شرطا "، (٣٩)

الإجازة فيما قبلها كما لا يخفى. (ص ٩٠)
(٣٩) الطباطبائي: وكذا مع كون الشرط هو التعقب. (ص ١٥٣)
الإيرواني: لا يعقل الفرق بين الكشف الحقيقي والحكمي، سواء كان الشرط هو الإجازة أم
عنوان تعقب
العقد بالإجازة إذا قلنا في الكشف الحكمي: بترتيب جميع آثار الملك من زمان العقد، فلو
تصرف المشتري
مع الجهل بالإجازة فأجاز المالك، ظهر: أن تصرفه وقع جائزا " أو استولد الجارية المشتراة
من الفضولي بعد
العقد وقبل الإجازة، كان استيلادها بحكم استيلاذ المملوكة، إذ كانت الجارية بحكم
المملوكة فصارت
بذلك أم ولد لا يجوز بيعها.
وإذا كان المالك لهذه الجارية قد أعتقها أو باعها قبل الإجازة جهلا " بالحال وإن الفضولي
قد باعها ولم نقل
بأن بيعه هذا رد لمعاملة الفضولي كانت إجازته بعد هذه المعاملة كاشفة عن بطلان
تصرفاته فيها
كالتصرفات الواقعة في غير الملك، فإن الجارية وإن كانت ملكا " له هي في حكم غير
الملك على الفرض.
نعم، إذا قلنا في الكشف الحكمي بترتيب بعض الآثار كانت الثمرة بين الكشف الحقيقي
والحكمي ظاهرة في
البعض الذي لا يرتب لكن لا ضابطة ومايز حينئذ للبعض المرتب عن البعض الذي لا
يرتب.
وأیضا " لا دليل على هذا التبعض وكأنه في بادئ النظر يتوهم أن التنزيل منزلة الملك
والتعبد بأن العين
ملك لمن انتقلت إليه يكون بعد الإجازة فلا يرتب سوى الآثار بعد الإجازة.
ويرده: إن المنزل عليه، إذا كانت ملكية سابقة يرتب فعلا " كل آثار الملكية السابقة
فيحكم فعلا " ببطلان
المعاملات السابقة من المالك وصحة المعاملات السابقة ممن تلقى العين من الفضولي بل
يحكم بعدم فسق
المنتقل إليه العين بتصرفه السابق فيها إذا لم نقل بحرمة التجري ولم نقل أيضا " بحصول
الفسق به بمعنى
زوال ملكة العدالة بذلك وإن لم يكن حراما "، مع إنا نمنع أن الحكم بالملكية يكون بعد
الإجازة بل يكون من
زمان العقد وإنما بالإجازة يعلم ثبوته كما بها يعلم ثبوت أصل الملكية على الكشف
الحقيقي.
وبالحملة: أصل القول بالكشف الحكمي باطل والتبعض في ترتب الآثار أولى بالبطلان،

ومما لا دليل عليه.
فإذا قلنا: بالكشف الحكمي ورتبنا جميع آثار الملكية السابقة لم يكن حينئذ فرق بين
الكشف الحقيقي

(٤٩٨)

يظهر في مثل ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل إجازة مالكتها فأجاز، فإن الوطاء على الكشف الحقيقي حرام ظاهرا "، لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعا "، لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه. (٤٠)

والحكمي مع كون الشرط هو الإجازة، كما لا فرق بينهما مع كون الشرط هو تعقب العقد بالإجازة المستشعر ذلك من تقييد المصنف أيضا ".

ومما ذكرنا تعرف الخلل في كل ما ذكره المصنف في المقام. (ص ١٢٩) (٤٠) الطباطبائي: لا يخفى أن حكمه قدس سره بكون الوطاء حلالا " واقعا " على الكشف الحقيقي ينافي ما مر منه أيضا " أنفا من عدم جواز التصرف مع العلم بالإجازة، بناء على الشرط المتأخر، فإن مقتضى كونه

حلالا " واقعا " جوازه مع العلم به وهذا واضح جدا ".
وأما وجه الحرمة واقعا " وظاهرا " على الكشف الحكمي فواضح، لأن المفروض عدم الملكية وعدم الحكم بها إلا بعد الإجازة.

ثم إن الحرمة السابقة لا يرتفع أثرها بمجرد الإجازة، لما عرفت من: أنه من الآثار العقلية الغير القابلة للرفع.

نعم، العقاب يمكن رفعه وأما العصيان فلا. (ص ١٥٣)
الآخوند: لا يخفى أن أصالة عدم الإجازة إنما يجري إذا كان نفس الإجازة شرطا "، كما هو مبني كلامه رحمه الله ظاهرا ".

وأما إذا كانت كاشفة عن السبب التام فلا مجال لها بلا كلام، فلا بد في الحكم بأنه حرام من أصالة عدم

ذاك العقد الخاص عند الشك في أن الموجود في أفراده أو من سائر أفراد العام.
(ص ٦٢) النائيني (منية الطالب): لو سلمنا الفرق فلا وجه للحكم بحلية الوطاء واقعا " على جميع أقسام الكشف

الحقيقي، حتى بناء على الشرط المتأخر، بل يجب الفرق بين التعقب والشرط المتأخر فيقال بالجواز

واقعا " والحرمة ظاهرا " على الأول والحرمة مطلقا " على الثاني، لأن التعقب حاصل حين العقد دون الإجازة

الخارجية. وبالجملة: بناء على الكشف الحقيقي لا فرق بين أقسام فيجوز له التصرف مطلقا " لو علم

بالإجازة ويجوز واقعا " مع حرمة ظاهرا " لو لم يعلم بها. نعم على الكشف الحكمي يحرم التصرف واقعا "

كحرمة ظاهرا "، لأن الحرمة لا تنقلب عما هي عليه بالإجازة. (ص ٢٤١)

ولو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي والحكمي، لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا " : ترتب حكم وقوع الوطاء في الملك، ويحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمي، لعدم تحقق حدوث الولد في الملك وإن حكم بملكيتها للمشتري بعد ذلك. (٤١)

وأما مع فرض عدم الأثر ولو مع العلم بها لعدم موجب الانقلاب قبل وجود الإجازة كما هو مبنى الفرع الأول، فلا مصحح لجعلها حقيقة بخلاف الملكية مع قطع النظر عن استحالة الانقلاب المفروض عدمها لاعتبارية الملكية، فإنه لا مانع من اعتبار الملكية السابقة إلا أن يراد من الحلية مجرد رفع العقاب، فإن ترتيب هذا الأثر على اعتبار الملكية السابقة يجامع الحرمة الفعلية إلى زمان وجود سبب الانقلاب، وكذا مع استحقاق العقاب فإنه يجامع رفع الفعلية ولا يوجب ذلك جواز التصرف مع العلم برفع العقاب فيما بعد كما في غير المقام أيضا " ، فإن حقيقة التحريم المترتب عليه استحقاق العقاب على الفعل كفى بها رادعا " عن الفعل كما إذا قطع بالتوبة أو سائر المكفرات للسيئة، فإنها لا تجوز الاقدام على الحرام لكن هذا المعنى خلاف الظاهر من قوله رحمه الله حلال واقعا " ومناف لتعليقه بقوله رحمه الله: (لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه) كما أن حمل الحرمة الظاهرية لأصالة عدم الإجازة على عدم رفع العقاب ظاهرا " بعدم الموجب

لرفعه أيضا " خلاف الظاهر. (ص ١٥٠) * (ج ٢ ص ١٥٢) (٤١) الطباطبائي: لا وجه له بعد كونه من الأحكام الشرعية القابلة للتنزيل حسبما عرفت مما بينا فإذا

حكم بعد الإجازة بكونه في حكم المالك من حين صدور العقد كان لازمه تحقق الاستيلاء بمعنى ترتيب

آثاره الآن وإن لم يحكم به من الأول فتدبر. (ص ١٥٤) النائبني (المكاسب والبيع): هذا الذي احتمله أخيرا " هو الموافق للتحقيق، وذلك لأن ضابط الكشف

الحكمي هو ترتيب كلما يترتب على الملكية من الآثار المترتبة عليها من حين العقد بسبب الإجازة إذا

اجتمع فيها أمران، أحدهما: أن تكون الملكية تمام الموضوع لترتب ذاك الأثر. وثانيهما: امكان ترتيبه حين الإجازة بأن لم يفت محل ترتيبه حين الإجازة فبانتفاء الأمرين أو أحدهما

لا يحكم بترتبه بعد الإجازة هذا، ولكن الأمر الأول منتفي في الاستيلاء، وكذا في حكم

الزنا بذات البعل.
أما الاستيلاء فلأنه يترتب على الوطي في الملك مع مصادفة الوطي للملكية.
وأما الزنا بذات البعل فكذلك حيث إنه عبارة عن الزنا بذات البعل مع مصادفة الوطي مع
كونها البعل

(٥٠١)

ولو نقل المالك أم الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقي، لانكشاف وقوعه في ملك الغير (٤٢)

للتنزيل وترتيب آثار الملك مطلقاً".

ومنها: عدم جواز بيع الموطوءة بالملك. ومنها: حرية المتولدة من الموطوءة بالملك. ومنه يعلم أن ترتيب أثر الاستيلاء من الوجهين على الكشف الحكمي أولى من الكشف الحقيقي على الانقلاب.

نعم، لا بد من اطلاق دليل التنزيل بحيث يعم جميع آثار الملك سواء كان بلا واسطه كجواز التصرف وتبعية النماء أو مع الوساطة كعدم جواز بيع أم الولد بواسطة الوطي في الملك وكحرية الولد بواسطة استيلاء المملوكة وإلا فلولا الاطلاق لم يقتض المعاملة مع العقد معاملة المؤثر من حينه إلا ترتيب آثار

الملك مع عدم الملك. (ص ١٥٣)

(٤٢) الطباطبائي: أما تصرف المالك فيما انتقل عنه فلا إشكال في جوازه من حيث التكليف، وأما من حيث الوضع فلا إشكال في نفوذه على القول بالنقل والكشف الحكمي، لأنه تصرف في ملكه الواقعي بل

وكذا على الكشف الحقيقي بمعنى الشرط المتأخر للعمومات.

والظاهر: أنه لو تصرف بالنقل إلى الغير كان مانعاً " عن صحة الإجازة بعد ذلك فحاله حال الرد قبل الإجازة.

ودعوى: أنها تكشف عن كونه تصرفاً " في مال الغير.

مدفوعة: بأنها إنما تكشف عن ذلك إذا كانت في محلها، ونحن ندعي: أن التصرف الناقل السابق عليها

يخرجها عن قابلية الصحة لعدم المانع من نفوذه كما في الرد في قبل الإجازة.

كيف! وإلا لزم القول بأن الإجازة كاشفة عن عدم كون الرد في محله، إذ الانصاف: أنه لا فرق بينه وبين

ساير التصرفات.

والسر فيما ذكرنا: عدم انصراف أدلة الفضولي إلى مثل المقام، مما كانت الإجازة بعد الرد أو بعد التصرف

الناقل الذي هو مفوت للمحل من حيث هو.

نعم، لو كان لها عموم، أمكن دعوى كشفها عن بطلان التصرف والرد لكونه في مال الغير وكون الرد

- مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد - وبقي صحيحا " على الكشف الحكمي، (٤٣)

مفقودة والجعلية ثابتة في صورة إجازة المالك لا الأجنبي والمالك الذي تصرف في متعلق عقد الفضولي صار أجنبيا ".
نعم، لو لم يكن للإجازة دخل في التأثير أصلا " بل كانت كاشفة عن حكم الشارع بصحة العقد الذي يتعقبه الإجازة في علم الله أمكن أن تؤثر في بطلان النقل ولكنه مع هذا لا يمكن الالتزام به، لأن إجازة الأجنبي ليست كاشفة عن حكم الشارع.
ثم إن في بعض نسخ المتن سقط لفظ الأم، والعبارة هكذا: (ولو نقل المالك الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز بطل النقل على الكشف الحقيقي لانكشاف وقوعه في ملك الغير مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد وبقي صحيحا " على الكشف الحكمي وعلى المجيز قيمته.) انتهى فتوهم: إن هذه العبارة لا يرد عليها إشكال، لأن بيع الولد لا يوجب عدم بقاء محل الإجازة بالنسبة إلى الأم فإذا باعه المالك وأجاز عقد الفضولي الواقع على الأم فيجمع بين نفوذ البيع وصحة إجازته فإذا حكم بمقتضى الكشف الحكمي بترتيب الآثار الممكنة من حين العقد فمن الآثار النماء وهو الولد، لأنه تابع للعين فيصح نقل الولد ويجب قيمته على المجيز لا ن نقله بمنزلة إتلافه.
ولا يخفى أن هذا - مضافا " إلى مخالفته لسائر النسخ الموجود فيها لفظة (الأم)، وإن ظاهرها تعلق الإجازة بعين ما تعلق به النقل يرد عليه - إن مثل هذا النماء المنفصل المستقل لا وجه لكونه تبعا " للعين فلو أجاز بيع الأم، فبناء على الكشف الحقيقي يصح أن يقال: الولد للمجاز له تبعا "، لأنه حدث في ملكه.
وأما بناء على الكشف الحكمي، فالمفروض أنه لم يحدث في ملكه وإنما يحكم تبعا " أو قاعدة أنه في حكم حدوثه في الملك، وهذا التعبد أو القاعدة إنما يصح إذا كان للإجازة محل وبعد صحة النقل لا يتعلق للمجاز له حق به حتى يجب على المجيز بدله جمعا بين الحقين. (ص ٢٤١)
(٤٣) الطباطبائي: قد عرفت أنه متعين وأنه لا يبقى بعد ذلك محل للإجازة، كما أنه كذلك على النقل والكشف الحكمي. (ص ١٥٤)

(۵۰۶)

وعلى المجيز قيمتها، لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا " من حين وقوعه ومقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم. (٤٤)

(٤٤) الطباطبائي: وأما ما ذكره المصنف قدس سره من أنه: (على الكشف الحكمي ينتقل إلى القيمة لأنه مقتضى الجمع الخ) فلا وجه له، إذ بعد فرض الصحة لا يبقى محل للإجازة كما على النقل، وقد عرفت مما بيناه سابقا " الفرق بين التصرف والتلف السماوي، لكنه أيضا " بناء على الكشف الحقيقي وإلا فلا وجه له على النقل والحكمي، لعدم وجود متعلق النقل حين الحكم به فلا يمكن ذلك، والقياس على الفسخ بالخيار كما ترى ولذا قال قدس سره في الضابط الآتي: (وإن نافي الإجازة كاتلاف العين عقلا " أو شرعا " كالتعققات محلها وإن ذكر ما جزم به هنا من الرجوع إلى القيمة أيضا " احتمالا ") وهذا أيضا " لا يخلو عن تناقض، لأنه هيهنا جزم بالرجوع إلى القيمة وفي الضابط أفنى بفوات محل الإجازة وذكر الرجوع إلى البديل على وجه الاحتمال ودعوى: الفرق بين العتق وسائر التصرفات كما ترى! ومعه فلا وجه للبديل وبين عدم فواته ومعه فلا بد من الحكم ببطلان التصرف من هذا الحين، فلا وجه للرجوع إلى البديل أيضا " والفرق بينه وبين التلف العقلي واضح، فإن معه إذا حكمنا ببقاء محل الإجازة. ثم لا يخفى إنا لو قلنا: بعدم فوات محل الإجازة فمقتضى القاعدة الحكم ببطلان التصرف المذكور سواء كان عتقا " أو غيره بمعنى أنه يحكم من حين الإجازة ببطلانه سائقا، بناء " على الكشف الحكمي حسبما عرفت مما بينا، لأنه من آثار صحة العقد الأول من حين صدوره، والمفروض أنه من حين الإجازة تحت ترتيب آثار الصحة من الأول فلا وجه للرجوع إلى القيمة على أي حال، لأن الأمر دائر بين فوات محل الإجازة لا يعقل الحكم بالبطلان والصحة فلا يبقى إلا الحكم بالرجوع إلى البديل بخلاف التلف الشرعي بالنقل إلى الغير، فإنه قابل لأن يحكم عليه بالبطلان فتدبر. (ص ١٥٤) الإيرواني: لا يخفى أنه لو تم الدليل على الكشف الحكمي كان حاكما " على جميع أدلة

نفوذ تصرفات
المالك المنافية لنفوذ تصرفات المتلقى للعين من الفضولي كما كان حاكما " على جميع
أدلة بطلان تصرفات
غير المالك فيوسع طائفة من الأدلة ويضيق طائفة أخرى فلا يبقى محل للجمع المذكور.

(٥٠٧)

وضابط الكشف الحكمي: الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد فإن

ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته - كإتلاف النماء ونقله - (٤٥) ولم يناف الإجازة، جمع بينه وبين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل،

(٤٥) الآخوند: ضابطه: إنما يكون ذلك إذا ساعد دليل على ترتيب جمع الآثار، وإلا فلا بد من الاقتصار

على مقدار يساعد عليه أو متيقن منه، حيث لم يكن قبل الإجازة ملكية حقيقة على هذا الكشف، بل تنزيلية.

ومن هنا يظهر الإشكال في صيرورة الجارية الموطوءة قبل الإجازة أم ولد. نعم جميع الآثار يترتب، بناء على الكشف بالمعنى الذي ذكرناه، لاعتبار الملكية حقيقة من حين العقد

بالإجازة، ومن جملتها الحكم بصيرورة الجارية أم ولد، فتدبر. (ص ٦٣) الإيرواني: قد عرفت: أنه حسب هذا الضابط، لا تكون ثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي، في أنه يترتب فعلا " كل آثار الملكية سابقا "

وحسب الضابط الآخر الذي أشرنا إليه، وهو ترتيب كل أحكام الملك سابقا "، غير أن العين ليست بملك،

يكون أوضح في عدم الفرق في مقام العمل، فلو علم المشتري بأن الإجازة ستتحقق جاز له التصرف في العين

على الكشف الحكمي، كما جاز له التصرف فيها على الكشف الحقيقي، وكذلك يترتب كل أحكام الملك على

هذا، كما يترتب كل أحكام الملك على ذلك بلا تفاوت. (ص ١٢٩) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أنه سواء قلنا: بأن الالتزام بالكشف الحكمي من باب

التعبد الصرف أم قلنا: بأنه من المرتكزات العقلائية فما لم يتحقق الإجازة لا يؤثر العقد، ولكنه إذا تحققت فترتب جميع الآثار

الممكنة الترتب على نفس السبب وهو العقد في ظرف حصوله ومن الآثار الممكنة في العقد المعاوزي

المنافع أو النماء، فما كانت موجودة حين الإجازة - كالصوف وأثمار الأشجار ونحوهما - يحكم بأنها ملك

لطرف الفضولي بجميع مراتب وجودها من حين العقد إلى زمان الإجازة وما كانت تالفة كالمنافع المستوفاة

أو التالفة من غير استيفاء، فمعنى ترتيبها من حين العقد هو الحكم بضمان المجيز لها للطرف.

ولازم الضمان، الحكم بملكيتها للطرف لا الحكم بالملكية أولا " ثم الضمان، فإن الملكية

لا يعقل تحققها حين

(٥١١)

وإن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلا " أو شرعا " - كالعق - فات محلها، مع احتمال الرجوع إلى البدل وسيجيئ. (٤٦)

وأما لو وطئها المشتري قبل إجازة المالك واستولدها ثم أجاز المالك، فيمكن الحكم بحرية الولد، لأن صيرورة الرق حرا " من الآثار الممكنة ومن الآثار الثابتة على المجيز لا الثابتة له. ولو انعكست المسألة، بأن كان المالك البائع أصيلا " ووطئها قبل إجازة المشتري الذي اشترى له فضولا " فاستولدها ثم أجاز المشتري فالإجازة لا تكشف هنا عن صيرورة الولد رقا "، لأن الأمة بناء على النقل والكشف الحكمي قبل إجازة المشتري تكون في ملك البائع الأصيل فالولد انعقد حرا فإجازة المشتري لا تنقلب الحرية إلى الرقية بل الأمر كذلك ولو قلنا: بأن بأن الوطي من المالك حرام لالتزامه بخروج الأمة عن ملكه وإن الولد رق، لأن الحكم بالرقية ليس من باب الإجازة فإنها من الآثار التي له لا عليه بل من باب التزام طرفه بكونه له، كما في ميراث أحد الزوجين من الآخر، بناء على أن يكون الإرث من الآثار التي التزمه الزوجان على أنفسهما أو من الآثار الشرعية المترتبة على الزوجية، فإن الحكم بإرث المجيز المال الذي تركه الآخر الميت ليس لإجازته بل لحكم الشارع أو لالتزام الميت به. ثم، إن مما ذكرنا ظهر: أن النزاع بين الكشف الحقيقي والحكمي ليس علميا " صرفا " ومما لا يترتب عليه الأثر، وذلك لاختلاف المسلكين في ترتيب جميع الآثار أو بعضها، فإن القائل بالكشف الحكمي لا يمكنه الالتزام بترتيب جميع الآثار. (ص ٢٤٣)

(٤٦) النائيني (منية الطالب): إن الإجازة إنما تؤثر عند بقاء محلها كما إذا لم يتصرف المالك أصلا " أو تصرف تصرفا " غير مناف كما لو آجر الدار التي باعها الفضولي فيجمع بين صحة الإجازة وترتيب آثار ملكية المشتري بأخذ بدل الأجرة من المالك.

وأما لو تصرف بالتصرف المنافي كالباع والعق والوطني ونحو ذلك، أو أتلفه أو تلف بنفسه فلا يبقى محل للإجازة للزوم الدور - كما عرفت - من غير فرق بين الجميع. أما في مورد التلف فلانفساخ العقد به قبل القبض الصحيح. وأما في مورد الاتلاف فلعدم قابلية التالف لأن يكون ملكا " للمجيز فلا يؤثر إجازته.

ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف والنقل مواضع:
منها: النماء، فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين، وعلى النقل لمن انتقلت
عنه، (٤٧) وللشاهد الثاني في الروضة عبارة، توجيه المراد منها - كما فعله بعض - أولى
من
توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر. (٤٨)

(٤٧) الطباطبائي: إلا أنه بناء على الكشف الحكمي إنما يحكم بذلك بعد الإجازة، وإلا
فهو للمالك الأول
من حين وجوده، وإذا أتلفه فقد أتلف مال نفسه ولا يكون تصرفه فيه تصرفاً " في مال
الغير.
نعم بعد الإجازة يحكم بكونه لمن أنتقل إليه العين فيضمن له من تلفه وإن كان هو المالك
حسبما عرفت.

(ص ١٥٤)

الإصفهاني: قد عرفت: سابقاً " إنه كذلك على الكشف بنحو الشرط المتأخر الاصطلاحي،
فإن العين

مملوكة واقعا " من حين صدور العقد فكذا نمائها، وكذلك بناء على شرطية التعقب بنحو
الشرط المقارن.

وأما بناء على الكشف الانقلابي، فالعين إلى حال الإجازة باقية على ملك مالكةا ونمائها
تجدد في ملكه

وانقلاب العقد الموجب لانقلاب الملكية لا يوجب انقلاب وقوع النماء فاعتبار الملكية
وارد على وقوع

النماء، لا أن النماء وارد عليه.

نعم، الكشف الحكمي حيث إن معناه: ترتيب آثار ملكية العين من حين العقد، فمقتضاه
الحكم بانتقال النماء

عند الإجازة إلى المجاز لها. (ص ١٥٦)

(٤٨) الطباطبائي: أما التوجيه بالتطبيق على القواعد مع حملها على ظاهرها من كون كلا
النماتين للبايع

إذا كان الفضولي من طرفه فهو ما قيل أيضاً " من: أن الوجه في كون نماء المبيع له ظاهر،
لأنه بعد لم ينتقل

عنه.

وأما وجه كون نماء الثمن له، فهو أن المبيع من طرف المشتري لازم لكونه أصيلاً " وقد
أخرج الثمن عن

ملكه اختياراً " وسلط البائع عليه وعلى نمائه فيؤخذ بما أقدم عليه، إلا أن يرد المالك البيع
ولم يجزه فهو قبل

الرد.

والإجازة مأخوذ بما أقدم وعاهد عليه وإن لم يجز له التصرف في البيع لعدم كون بيعه
مقروناً " برضا مالكة.

ومنها: أن فسخ الأصل لاننشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل، دون الكشف
بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصل كفسخ الموجب قبل قبول القائل في كونه
ملغيا " لاننشائه السابق، (٤٩)

والانصاف: أن التوجيه الثاني أقرب إلى مراد الشهيد، إذ الأول في غاية البعد من العبارة وإن
كان الايراد
عليه أيضا " في غاية الوضوح وغرض المصنف قدس سره أيضا " ليس أقرية التوجيه الأول
إلى مراده بل
الإشارة إلى فساد الثاني من حيث هو. وهو كذلك. (ص ١٥٤)
الإيرواني: وهي هذه (وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل
المتخلل بين العقد
والإجازة الحاصل من المبيع للمشتري ونماء المثمن المعين للبايع. وإن جعلناها ناقلة فهما
للمالك المجيز.)
إنتهى.

وإشكال هذه العبارة هو أن ظاهرها إن النماء جميعا " للمالك المجيز حتى في الفضولي من
جانب واحد وهذا
باطل، فلذا حملت العبارة على الفضولي من الطرفين حتى يصدق إن كلا النمائين للمالك
المجيز على أن
يكون المراد من المالك المجيز جنس المالك المجيز لا شخص منه.
وإشكال هذا الحمل هو صدق إن النماء للمالك المجيز في الفضولي من الطرفين حتى على
القول بالنقل.

نعم، يتعكس مالك النمائين في التقديرين فيكون مالك نماء الثمن على تقدير هو مالك
نماء المبيع على
التقدير الآخر وهكذا العكس.

وأما توجيه ظاهرها فهو وأن يقال: إن المالك يملك نماء ملك نفسه على تقدير النقل، لأن
الأصل ملكه لم
ينتقل عنه ما لم تتحقق الإجازة ويملك نماء ملك الآخر، لأن الآخر سلطه على ذلك، وقد
تقدم عن بعض

القول بأن: الغاصب يملك الثمن إذا باع لمن يعلم أنه غاصب معللا " بتسليطه على الثمن
مع العلم بأنه لا

يستحقه، وفساد هذا واضح، فإنه إن صح في مورده لم يصح في مطلق الفضولي الذي
كلامنا فيه. (ص ١٢٩)

(٤٩) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أن المراد من الكشف هنا، الكشف الحقيقي لا
الحكمي، فإنه في هذه
الثمرة مثل النقل.

ثم لا يخفى ما يرد على كلامه من المناقشة وهو: أن الفرق بين الكشف والنقل في هذه

الثمره يصح في غير
الشرط المتأخر،

(٥١٨)

بخلاف ما لو جعلت كاشفة، فإن العقد تام من طرف الأصيل، غاية الأمر تسلط الآخر على فسخه، (٥٠) وهذا مبني على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لانشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحة العقد - كالتبض في الهبة والوقف والصدقة - (٥١)

(٥٠) الآخوند: لا يخفى أن العقد لو كان تاما " نافذا من طرفه، كان كذلك على النقل أيضا "، ضرورة أن التفاوت بينهما في دخل الرضا في التأثير بنحو الشرط أو المتأخر، لا يوجب تفاوتها في تمامية العقد من طرف الأصيل وعدم تماميته. نعم العقد على الكشف، بمعنى كون الإجازة كاشفا " محضا " بلا دخل في التأثير أصلا " وإن كان تاما من طرفه على تقديرها، إلا أنه كذلك من طرف الفضولي. ومن هنا ظهر: إن ما جعله مبني لجواز الفسخ من طرف الأصيل على النقل لو صح، لكان موجبا لجوازه على الكشف أيضا "، لاستواء نسبه إليهما، كما لا يخفى. (ص ٦٣) النائيني (المكاسب والبيع): فاعلم: أن الأقوى عدم تأثير الفسخ في البطلان مطلقا " ولو على القول بالكشف، وذلك لما تقدم سابقا " من أن الإجازة تكون موجبة لاستناد العقد الصادر من الفضول إلى المميز بعد الفراغ عن صدوره عنه، لا أنها موجبة لتحقيق العقد كيف! ولو كان كذلك، لكان اللازم بطلان الفضولي، حيث إن الإجازة لا تكون إيجابا " ولا قبولا "، فالعقد تحقق من الأصيل والفضول، لكن في جانب الأصيل يكون استناده إلى الأصيل أيضا " تاما " لمباشرته له لنفسه وفي طرف الفضول لا يكون مستندا إلى المالك ويحتاج في استناده إليه، إلى ما يوجب استناده - وهو الإجازة - وخطاب وجوب الوفاء الذي هو خطاب وضعي في قوة نفوذ العقد ويتعلق كل من البائع والمشتري على نحو الانحلال، فيكون كل منهما متعلقا لذلك الخطاب مستقلا، وإذا كان العقد تاما بين الأصيل والفضول ولم يكن تعلق الخطاب بوجوب الوفاء بالأصيل معلقا " على تعلقه بالآخر يكون وجوب الوفاء من ناحية الأصيل تاما موضوعا وحكما "، فلا ينتظر تعلق الوجوب إليه إلى تعلقه بالطرف الآخر، بل ما دام بقاء موضوعه يجب عليه الوفاء إلى أن يرتفع الموضوع برد الطرف الآخر فما لم يتحقق الرد يكون الأصيل ملزما بالوفاء سواء أجاز الآخر أم لا،

فظهر: أن هذه الثمرة التي ذكروها للنقل والكشف لا يرجع إلى محصل. (ص ٩٩)
(٥١) النائيني (منية الطالب): لا يصح باطلاقه، فإن حكم القبض الذي يتوقف صحة العقد
عليه ليس
مطلقاً " حكم القبول قبل الايجاب، أو الايجاب قبل القبول في جواز إبطال أحد المتعاقدين
إنشائه قبل

(٥٢٠)

فلا يرد ما اعترضه بعض: من منع جواز الابطال على القول بالنقل، معللا " بأن ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه.

وفيه: أن الكلام في أن عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب شرط، فانضمام الجزء الآخر من

دون تحقق الشرط غير مجد في وجود المسبب، فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم

تخلل الفسخ بإطلاقات صحة العقود ولزومها، (٥٢)

إنشاء صاحبه، فإن في الصرف والسلم لا يجوز لكل منهما إبطال ما أنشأه بعد تمامية العقد قبل القبض،

مع أن الملكية متوقفة على القبض، بل يجب عليهما الاقباض، لأن كلا " منهما ملزم بما التزم على نفسه

وهو التسليم والتسلم فإنهما من الشروط الضمنية التي ينشئها المتعاقدان.

نعم، الظاهر أن جواز الابطال في الوقف قبل القبض مسلم ويمكن أن يكون جوازه من جهة إيقاعيته،

ولذا استشكل في الرهن. (ص ٢٤٦)

(٥٢) الطباطبائي: قلت: تحقق الاجماع ممنوع ولذا قال المصنف: (فالأولى في سند المنع الخ).

لكن الانصاف: أن نظر المعترض أيضا " إلى ذلك، بمعنى أن الاجماع لم يثبت عنده فيتمسك بالاطلاقات بعد

كون ترتب الأثر بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع وإلا فمحرفه كونه من أحكام الوضع ليس

دليلا " بدون أن يكون العقد مشمولا " للعمومات أو الاطلاقات.

والأولى في الاستدلال على البطلان أن يقال: إذا رجع عن العقد قبل تمامه لا يبقى صدق المعاهدة كما بين

الايجاب والقبول والإجازة على القول بالنقل بمنزلته فلا يشملها الاطلاقات. (ص ١٥٤)

النائني (منية الطالب): حاصل كلامه: أن إنكار تحقق الثمرة بالمنع من جواز الابطال على القول بالنقل

أيضا ".

ويرد عليه: إنه لا يستقيم، فالأولى في سند منكر ثبوت الثمرة أن يقال: إطلاقات صحة العقود يدفع احتمال

شرطية عدم تخلل الفسخ بين العقد والإجازة.

وحاصل الايراد عليه: إنه ليس الكلام في احتمال شرطية عدم تخلل الفسخ شرعا " حتى يتمسك بالاطلاق

بل لو كان شرطا "، لكان الفسخ مضرا " بصدق العقد، وذلك لأن الإجازة بناء على النقل، حكمها حكم

ولا يخلو عن إشكال. (٥٣)

الايجاب والقبول في أنها من أركان العقد، فلو فسخ الأصيل بعد الايجاب والقبول قبل الإجازة، فهو كما لو فسخ الموجب بعد الايجاب قبل القبول، إلا أن يمنع ذلك ويقال: بالفرق بين الإجازة والايجاب والقبول ولو بناء على النقل كما سيجيء. ثم لو سلمنا أن الايجاب بدون القبول عقد، إلا أنه لو احتمل إن بالفسخ ينهدم عقديته فلا وقع للتمسك باطلاق أوفوا بالعقود ولا يقاس على الفسخ بعد العقد للشك في عقديته بعد صدور الفسخ في المقام والاطلاق لا يثبت موضوعه بخلاف الفسخ بعد تمامية العقد ولعله إلى ذلك أشار بقوله قدس سره ولا يخلو عن إشكال (ص ٢٤٦) النائيني (المكاسب والبيع): هذا الذي ذكره أخيرا " هو الموافق للتحقيق، إذ ليس عدم تخلل الفسخ بين الايجاب والقبول شرطا " شرعيا "، حتى يتمسك في دفعه باطلاقات أدلة العقود عند الشك بل هو لو كان شرطا "، لكان شرطا في تحقق العقد عرفا "، وكان من قيود تحققه وعند الشك في تحقق العقد ومع الشك في تحققه يكون التمسك بالاطلاقات من قبيل التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية للعام، كالتمسك للعام لاثبات حكم الفرد المشكوك فرديته. وبالجملة: فلا ينبغي الإشكال فيما تسالموا عليه من جواز رجوع كل من المتعاقدين عن إنشائه قبل إنشاء الآخر (ص ٩٨) (٥٣) الإيرواني: إشكاله هو أن اشتراط عدم تخلل الفسخ ليس لأجل مجرد التعبد بل من جهة ارتفاع معنى المعاقدة بالتخلل المذكور، فإذا شك في الاشتراط، كان ذلك شكا " في صدق العقد مع تخلل الرجوع، ومع الشك في صدق العقد كيف يجوز التمسك باطلاق أوفوا بالعقود ونحوه! (ص ١٣٠) الإصفهاني: إن كان عدم الفسخ شرطا " لتأثير العقد مع انحفاظ العقد مع فسخ الأصيل، ومع عدمه فاطلاق (أوفوا بالعقود) واف بالدلالة على عدم الشرطية وإن كان اعتبار عدم الفسخ يزيل العقد ويبطل العهد فالتمسك بعموم (أوفوا) تمسك به في الشبهة المصدقية لأن بقاء العقد مع فسخ الأصيل على النقل

مشكوك. (ص) * (ج ٢ ص ١٥٧)

(٥٢٢)

ومنها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل، وإن قلنا: بأن فسخه غير مبطل لانشائه، فلو باع جارية من فضولي جاز له وطؤها وإن استولدها صارت أم ولد، لأنها ملكه وكذا لو زوجت نفسها من فضولي أجاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الإجازة في المثالين لغت، لعدم بقاء المحل قابلا". (٥٤)

(٥٤) الطباطبائي: أما لزوم المعاملة على الأصيل وعدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه، فالتحقيق: عدمه،

إما على النقل فواضح، وكذا على الكشف الحكمي. وإما على الكشف الحقيقي مع العلم بعدم مجيء

الإجازة فكذلك. وإما على الجهل بها، فلاصلة عدمها.

نعم، إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان الرد أو التصرف، بناء على الكشف الحقيقي فما يظهر من

بعضهم من اللزوم عليه وعدم جواز رده أو تصرفه حتى على القول بالنقل لا وجه له، كما أنه لا وجه لما

ذكره المصنف قدس سره من اللزوم على القول بالكشف الحقيقي، حتى مع العلم بعدم الإجازة فضلا " من

الشك فيها، وذلك لأن دليل اللزوم إنما هو مثل قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) وهو غير شامل قبل مجيء

الإجازة وأيضا " لا يعقل صحة العقد ولزومه بالنسبة إلى الأصيل دون المالك مع أنه معاهدة واجدة.

والحاصل: أنه لا يعقل خروج العوض عن ملك الأصيل وعدم دخول عوضه في ملكه أو عدم جواز

تصرفه فيما انتقل عنه إليه أيضا " وسيأتي بيانه عند تعرض المصنف قدس سره له.

وأما سائر الثمرات من النماء ونحوه فحالتها واضحة بملاحظة ما في الكتاب ويأتي الكلام عليهما إن شاء الله. (ص ١٥٣)

النائني (المكاسب والبيع): إن قلت: لا فرق بين هذه الثمرة والثمرة المتقدمة إلا في أن الأولى: فسخ

قولي وهذه فسخ فعلي بل الثمرة الأولى لم تكن مختصة بالفسخ القولي وإنما الكلام فيها في الفسخ مطلقا

فعليا أو قوليا ويكون ذكر حكم الفسخ الفعلي بعد الفراغ عن حكم الفسخ المطلق تكرارا لغوا".

قلت: يمكن الفرق بينهما بأن الفسخ القولي هو الصادر عن الفسخ بانشائه أولا " وبالذات بخلاف الفسخ

الفعلي، حيث إن الفعل مما ترتب عليه الفسخ ترتبا قهريا "، لا أنه منشأ بالفعل وحينئذ يقع البحث فيه،

فيقال: على تقدير جواز الفسخ القولي فلا ينبغي الإشكال في نفوذ الفسخ الفعلي، وعلى تقدير المنع عنه -

كما هو التحقيق في الثمرة المتقدمة - فهل يجوز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه تصرفاً
يترتب عليه

(٥٢٣)

والحاصل: أن الفسخ القولي وإن قلنا: إنه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلا أن له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الإجازة، فينفسخ العقد بنفسه بذلك. (٥٥) وربما احتتمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضا " ولعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حق الأصيل وإن لم يجب في الطرف الآخر، وهو الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب، حيث قال: لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين لا مكان الإجازة، سيما على القول بالكشف، إنتهى. وفيه: أن الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطا " أو شرطا "، فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين، لأن المأمور بالوفاء به هو العقد المقيد الذي لا يوجد إلا بعد القيد. هذا كله على النقل.

وبعبارة أخرى: مجرد موت المورث غير موجب لانتقال المال إلى الورثة حتى ينتقل المال بسبب الإجازة منهم إلى المحيز، بل مال الميت بمقدار حق الزوج لا ينتقل إلى أحد ويبقى في حكم ماله حتى يجيز المحيز فيرثه أو يرد فيرثه الورثة فبقاء حق الزوج، كبقاء حق الحمل وبقاء حق من أسلم قبل القسمة. وبالجملة: ليس حرمة تصرف الورثة من جهة تعلق حق للغير بالمال، كتعلق حق المرتهن ولا لاحتمال خروج المال عنهم بالتزام مورثهم به كالتزام الأصيل بخروج المال عن ملكه، بل لبقائه في حكم مال الميت. إلا أن يقال: وجه بقاءه في حكم مال الميت ليس إلا مورثه فيحرم عليه التزام الميت بخروجه إلى ملك الزوج والمفروض أن الوارث بمنزلة التصرف لالتزام مورثه بالخروج. نعم، لو قيل بأن العزل حكم تعبدى فلا دخل له بالمقام. والحق: أن الأمر كذلك، ولذا لو قلنا: بجواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه ونفوذ فسخه القولي قبل الإجازة لا نقول بجواز ذلك للورثة وليس إلا لعدم دخول حق الزوج أو الحمل في ملكهم فحرمة تصرفهم ليست دليلا " لحرمة تصرف الأصيل. (ص ٢٤٦) (٥٥) الإصفهاني: احتمال اشتراط عدم تخلله مدفوع باطلاق (أوفوا بالعقود) بخلاف التصرف فإنه تصرف في المال، فيعمه دليل السلطنة، كما تعمه أدلة نفوذ التصرفات الخاصة، فالتصرف جائز تكليفا "

وأما على القول بالكشف، فلا يجوز التصرف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة، كالعلامة والسيد العميدي والمحقق الثاني وظاهر غيرهم. وربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف، لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع،

لا يقدر في السلطنة الثابتة له، ولذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقاً. نعم، إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال المال إلى المجيز، فيأخذ

المال مع بقاءه وبدله مع تلفه.

قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف، إنتهى.

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل ولزوم العقد وحرمة نقضه من جانبه، ووجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك، (٥٦)

ووضعا " والأمر بالوفاء بالعقد، حيث إن موضوعه على الفرض مقيدا " بالتراضي من الطرفين فلا يتعلق بالأصيل قبل إجازة المالك ليمنع عن نفوذ التصرف وبعد لحوق الإجازة لا يعقل توجه الأمر بالوفاء، إذ بعد وقوع التصرف صحيحا " بدليله عموما " وخصوصا " لا تقع الإجازة صحيحة كي يبطل التصرف، لأن المنافي لا يقع صحيحا بعد وقوع المنافي صحيحا فلا محالة يفسخ العقد قهرا وسيأتي تتمه الكلام إن شاء الله تعالى.

(ص ١٥٢) * (ج ٢ ص ١٥٧)

(٥٦) الإيرواني: لكن يمكن أن يقال: إن مع العلم بعدم إجازة المالك يعلم أن المعاملة غير مؤثرة في النقل

أبدا " ومعه أي معنى لوجوب الوفاء من جانب الأصيل!، فعدم إجازة المالك مفسد للمعاملة بلا حاجة إلى

الرد ليجب الوفاء من جانب الأصيل، حتى يعلم بالرد ولا يجدي العلم بعدم الإجازة في سقوط التكليف بالوفاء.

ومن هنا يظهر: أن أصالة عدم الإجازة مع الشك مجدية في إثبات جواز تصرف الأصيل. (ص ١٣٠)

الآخوند: لا يخفى أنه لا وجه لوجوب الوفاء في صورة العلم بعدمها أصلا "، ضرورة التقييد بالإجازة أو

بما هي كاشفة عنه أو محققة له، على الاحتمالات في الكشف الحقيقي، فكيف يجب الوفاء في هذه الصورة

ومن هنا يظهر أنه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة.
لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف: من كون العقد مشروطا " بتعقبه

بالإجازة، لعدم إحراز الشرط مع الشك فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين.
وأما على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا " لكون العقد السابق بنفسه مؤثرا " تاما "، (٥٧)

على الأصل! بناء على الكشف المشهور، مع مساواته مع الكشف عند المعاصر له في التقييد بها وهو منتف في الصورة.

ولو كان المراد من الكشف المشهور، هو كشف الإجازة عما هو السبب التام بلا دخل لها في التأثير، كما يدل عليه قوله: (فيما بعد)، فالذي يجب الوفاء به، هو نفس العقد من غير تقييد، ضرورة أن مراده من

نفي التقييد، إنما هو نفي التقييد بالرضا، وإلا فالتخصص والتقييد بما يكشف عنه الإجازة، مما لا محيص عنه

كما لا يخفى، فمع عدم الإجازة، لا يكون العقد الواقع، ذاك المقيد أو الخاص، فلا يجب الوفاء به على

الأصل أيضا "، وقد أشرنا سابقا " وفي بعض الحواشي على الخيارات، إن الأمر بالوفاء بالعقود في الآية

كناية من تحقق مضامينها، وهو مما لا يكاد يختلف بالنسبة إلى طرفيها، وبيننا بما لا مزيد عليه: إنه لا يصح

أن يراد منه وجوب ترتيب الآثار، كي يمكن اختلافه بالنسبة إليهما، وبالنسبة إلى الآثار، كما أفاده رحمه

الله فراجع. (ص ٦٣)

(٥٧) الآخوند: ربما يقال: إن قضية الشرطية أن يكون العقد المقيد واجب الوفاء، لا نفس العقد من غير

تقييد، كما هو واضح.

اللهم إلا أن يقال: إن الإجازة إنما تكون شرطا " وموجبا " لصيرورة العقد سببا "، وعلة تامة لا جزء لها.

وبعبارة أخرى: يكون شرطا لصيرورته مقتضيا " لا لاقتضائه فتأمل. (ص ٦٤)

الطباطبائي: فيه أولا: إن ظاهر المشهور كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا في حصول النقل، كما على القول

بالنقل. والفرق بينهما أنه على الأول الشرط وجودها المتأخر وعلى الثاني الشرط وجودها الفعلي الخارجي

فلا يحصل النقل إلا بعدها، وعلى التقديرين هي جزء للسبب الناقل.

(۵۳۳)

فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، وقد تحقق، فيجب على الأصيل الالتزام به وعدم نقضه إلى أن ينقض، فإن رد المالك فسخ للعقد من طرف الأصيل، كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولي. (٥٨)

(٥٨) الطباطبائي: لا يخفى أن ما ذكره المصنف قدس سره في المقام من: (أن العقد تمام ولا قيد له، بناء على الشرط المتأخر، ولهذا يجب على الأصيل الوفاء به) مناقض صريح لما ذكره في أول الثمرات من أنه على الشرط المتأخر لا يجوز التصرف ولو مع العلم بمجئ الإجازة فلا تغفل. (ص ١٥٥) الإصفهاني: يرد عليه أولا: "إن الإجازة ليست محضة في انتساب عقد الفضول إلى المالك المجيز بل محققة لحقيقة العقد أيضا".

بيانه: إن العقد عبارة عن ارتباط أحد القرارين المعاملين بالآخر المعبر عنهما بالعهد والالتزام، كما فصلنا القول في مباحث المعاطاة وقد بينا هناك: إن منزلة العقد اللفظي من القرار المعاملي منزلة الآلة من ذي الآلة ومنزلة السبب من مسببه وإن اعتبار الحل بلحاظ العقد المعنوي لا اللفظي الغير القار، فإن المعدوم لا يحل ولا ينحل بل العقد اللفظي يوصف بالعقدية بلحاظ مسببه وإلا فلا ربط لأحد الانشائين بالآخر من حيث وجودهما اللفظي.

وقد بينا هناك أيضا: "إن العهدية والعقدية والملكية وأشباهاها اعتبارات شرعية أو عرفية ربما تكون وربما لا تكون ومجرد اعتبار الشخص لكونه متعهدا " وعاقدا " ومالكا " لا يوجب تحقق كل المعاني قهرا "، بل وجودها الاعتباري العرفي أو الشرعي منوط بالأسباب التي يتسبب بها إليه عند العرف أو الشرع.

وعليه نقول: إن من له الولاية على التصرف في مال عرفا أو شرعا كان انشائه محققا للعهد والعقد والملك الاعتباري عرفا " أو شرعا " ومن لا ولاية له على ذلك كان انشائه محققا لاعتباره فقط ولا عهد ولا عقد له عرفا " ولا شرعا " وحيث إن العقد متقوم بقرارين معاملين والقرار متقوم بمن يقوم به القرار فمع عدم الطرف لا قرار حقيقة، لا إنه محقق لا انتساب له إلى من عقد له الفضول.

وثانيا: "إن الصادر من المتعاملين حقيقة ليس إلا جعل شئ ملكا بعوض فمن حيث إنه جعل وقرار عهد ومن حيث ارتباطه بقرار آخر عقد ومن حيث إنه ایجاد للمالك تسببا بيع وتمليك والقرار

المطلق الذي
هو عين ايجاد الملكية لا يوجد إلا متعلقا بالملك والايجاد والوجود متحدان بالذات
مختلفان بالاعتبار

(٥٣٥)

والحاصل: أنه إذا تحقق العقد، فمقتضى العموم - على القول بالكشف، المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمنية شيء شرطاً " أو شرطاً " - حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكل تصرف يعد نقضاً " لعقد المبادلة - بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز. (٥٩)

فمع عدم الملكية، كما لا معنى لايجاد الملكية كذلك لا معنى لجعل شيء ملكاً " لأحد وهو عين العهد والقرار، فكما أن حقيقة القرار يتقوم بمن يقوم به القرار كذلك بما يتعلق به القرار. وثالثاً: إن الوفاء إن كان عبارة عن عدم هدم العقد نقضه في قبال اتمامه وابقائه وانهاؤه إلى الآخر لصح ايجاب الوفاء بالعقد مع عدم تأثيره في الملك وإن كان عبارة عن ترتيب آثار الملك بحيث يكون أصل ايجابه دليلاً على الصحة واطلاقه لما بعد إنشاء الفسخ قولاً " أو فعلاً " دليلاً " على اللزوم كما هو مسلكه قدس سره على ما أفاده في أوائل الخيارات بل يظهر منه رحمه الله هنا أيضاً فلا مجال لايجاب الوفاء بالعقد مع عدم تأثيره في الملك. لا يقال: الوفاء بالعقد عدم ايجاد ما ينافي صحة العقد ولو بالإجازة. لأننا نقول: مع أنه لا دليل عليه ومع أنه لا يصح في صورة القطع بعدم الإجازة يستلزم عدم الفرق بين الكشف والنقل إذا علم بالإجازة، فإن العقد على أي تقدير في معرض التأثير، إما بلحوق شرطه أو بلحوق سبب الانقلاب. ورابعاً: " حيث إن حقيقة الوفاء القيام بمقتضى العقد بعدم فسخه ونقضه، فلا محالة إما أن يكون العقد مقيداً شرعاً بالتراضي من الطرفين بأن تكون الإجازة المتأخرة سبباً للانقلاب بلحاظ مقام التأثير وقيداً لموضوع وجوب الوفاء فيكون العقد حال اتصافه بكونه مؤثراً " واجب الوفاء دون حالة أخرى، وإما أن لا يكون مقيداً شرعاً بالتراضي بل أدلة اعتبار الرضا توجب كونه تجارة مجوزة لأكل المال وبيعا حقيقياً وناظراً " فالعهدية مقتضية للوفاء دون كونه تجارة وبيعا " فحينئذ لا موجب للتقييد على الكشف والنقل معاً " بالإضافة إلى مرحلة الوفاء ولا تستلزم الخلف، إذ الشرطية الحقيقية والسببية للانقلاب كلاهما بلحاظ مقام

التأثير في الملك فقط، ونتيجة الايراد: إنه على الأول لا يجب الوفاء على الكشف كالنقل
وعلى الثاني يجب
الوفاء على النقل كالكشف. (١٥٢) * (ج ٢ ص ١٥٨)
(٥٩) الطباطبائي. إني إلى الآن ما فهمت أن المصنف قدس سره كيف تصور الشرط
المتأخر الذي نسبه

(٥٣٦)

ومن هنا تبين فساد توهم: أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك توجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لأن مقتضى العقد مبادلة المالكين فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي مقتضى العقد، أعني: المبادلة. (٦٠)

إلى المشهور وحكم بعدم معقوليته! فإن مقتضى الثمرات التي يرتبها عليه إنه فهم غير ما هو الظاهر منه من كون الشرط الوجود المستقبلي الذي لازمه جواز التصرف للمشتري في المبيع مع العلم به وعدم تمامية السبب بدونه الذي لازمه عدم اللزوم على الأصيل مع العلم بعدمه إلى غير ذلك مع أنه لا يحوك في بيان الثمرات على نوال واحد حسبما عرفت، وعليك بالتأمل التام في أطراف كلامه لتصل إلى مرامه أو إلى صدق ما ادعيت والله الهادي. (ص ١٥٥)

(٦٠) الإيرواني: هذه شبهة جديدة متوجهة على الثمرة السابقة غير ما وجهناه نحن عليها. وحاصلها: أن الالتزام بالمبادلة والمقابلة بين المالكين، مآله إلى الالتزام بأن يكون ماله لصاحبه بإزاء كون مال صاحبه له فيكون ذلك التزاما " على تقدير لا على جميع التقادير، وذلك التقدير كون مال صاحبه له المنوط بإجازة المالك والالتزام على تقدير كون وفائه على تقدير وما لم يحصل ذلك التقدير وهو في المقام إجازة المالك لا يعقل له وفاء حتى يخاطب الأصيل بخطاب (أوفوا). والحاصل: أن متعلق العهد والعقد أمر خاص على تقدير خاص، فإن شئت سم العهد مقيدا "

وإن شئت سمه معلقا فلا عهد مطلق يقتضي غل يدي الأصيل في ماله مع عدم بسط يده على مال الآخر وإنما العهد الذي عهده يقتضي غل يديه حيث يحصل بسطهما وفي عرضه لا يتخطى أحد الأمرين عن الآخر وهذا اعتراض متين.

والغرض منه، تضييق مادة الوفاء وعدم سعتها لصورة ما إذا لم يدخل العوض تحت السلطان وليس

الغرض منه إدخال تصرف الأصيل فيما انتقل إليه تحت خطاب (أوفوا) ليتجه عليه ما ذكره المصنف من:

إن دخول العوض في ملكه ليس مما التزمه على نفسه بل التزمه لنفسه فلا يشمل خطاب (أوفوا)، إذ لم

يدع أحد شمول خطاب (أوفوا) له وإنما المدعى عدم شمول خطاب (أوفوا) لما انتقل عنه ما لم يدخل عوضه

في ملكه. (ص ١٣٠)

(٥٣٧)

توضيح الفساد: أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة: حرمة نقضه والتخطي عنه، وهذا لا يدل إلا على حرمة التصرف في ماله، حيث التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل، وأما دخول البدل في ملكه فليس مما التزمه على نفسه، بل مما جعله لنفسه، ومقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه، (٦١) وأما قيد كونه (بإزاء مال) فهو خارج عن الالتزام على نفسه وإن كان داخلا " في مفهوم المبادلة، فلو لم يتصرف في مال صاحبه لم يكن ذلك نقضا " للمبادلة، فالمرجع في هذا التصرف فعلا " وتركها " إلى ما يقتضيه الأصل، وهي أصالة عدم الانتقال. (٦٢)

(٦١) الآخوند: لا يخفى أن الوفاء بالعقد أو العهد، هو العمل على طبقه والمشى على وفقه إذا كان مضمونه أمرا " اختياريا "، كما في نذر السبب والفعل والالتزام به، إذا لم يكن كذلك، كما هو الحال في العقود وفي نذر النتيجة. وقد بينا في غير المقام: إن الأمر بالوفاء بالعقود، كناية عن صحتها وتحقق مضامينها، كما أن النهي عن عقد، كناية عن عدم تحقق مضمونه وعدم نفوذه وصحته وليس بمعنى وجوب ترتيب الآثار، مع أنه لو كان بمعناه فمن الواضح، أن وجوب ترتيبها إنما يكون متفرعا على صحتها وتحقق مضمونه، ولذا يكون دليله، دليلا " عليه. وكيف كان، فلا يكون هناك دليل على نفوذ العقد في خصوص ما عليه من الآثار دون ماله، كما في دليل نفوذ الاقرار، بل مع تمامية العقد بشرائطه وخصوصياته المعتمدة فيه، فالدليل قد دل على نفوذه مطلقا "، وبدونها لا دليل على نفوذه أصلا، كما لا يخفى. (ص ٦٤)

(٦٢) الطباطبائي: الانصاف: أن الايراد المذكور مما لا مدفع له وما ذكره المصنف قدس سره في توضيح فساد،

فيه أولا: إن مقتضاه عدم الفرق بين القول بالكشف والنقل كما لا يخفى. وثانيا " : إن البيع عبارة عن معاهدة واحدة قائمة بطرفين وليست المعاهدة وفي ههنا نظير سائر صيغ المفاعلة كالمضاربة والمقابلة والمواهبه ونحوها في كون الصادر من كل من الطرفين فعلا " مستقلا " بل هي نظير المضاجعة والمجالسة ونحوها فما لم يتحقق القبول من الآخر لا يتحقق المبادلة والمبايعة.

ودعوى: أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة ودخول البديل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فهو كالنذر المعلق على شرط، (٦٣)

والمفروض، أن الإجازة بمنزلة القبول فلا يمكن أن يحكم بحصول المبادلة من حيث إنها التزام على نفسه من دون أن يحصل ما التزمه لنفسه.

وبعبارة أخرى: المبادلة والمعاوضة البيعية ليست إلا المعنى الذي لازمه صيرورة هذا ملكاً " في مقابل ذلك وهذا المعنى لا يقبل التفكيك.

ودعوى: أن قيد كونه بإزاء مال خارج عن الالتزام على نفسه كما ترى، إذ الالتزام الصادر منه إنما هو

التزام خاص ولم يتحقق بعد أو هو مشكوك التحقق من جهة الشك في تحقق شرطه. وثالثاً " مع قطع النظر عما ذكرنا المفروض أن شرطية الرضى من المالك أو إجازته معلوم بالاجماع فكيف

يمكن أن يترتب الأثر بدون احراز الشرط المفروض! ورابعاً " نقول إن الدليل على وجوب الوفاء هو قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)، ومعناه العمل على ما عاهد

عليه والمفروض أن معاهدته إنما هي هذا ملكاً للآخر في مقابل ذلك. وبعبارة أخرى: ترتيب آثار الملكية، ولهذا يجعل دليلاً " على الملكية واللزوم، وليس معناه عدم الفسخ

والالتزام تبركه. كيف! وإلا كان شموله للعقد غير كاف في الحكم بالملكية، لأن مجرد ترك الفسخ والرد أعم من الملكية وإذا

كان معنى الوفاء ترتيب أثر الملكية. وبعبارة أخرى: العمل على طبق العاهدة فلازمه جواز التصرف في الثمن أو المثلثن ومع الاجماع على

عدمه يستكشف عدم شمول العموم المذكور له هذا واضح. والحاصل: أن ما ذكره المصنف قدس سره إنما يتم إذا كان معنى وجوب الوفاء بالعقد مجرد عدم فسخه

والالتزام بأبائه من غير نظر إلى حصول مقتضاه وعدمه، ومن المعلوم أنه ليس كذلك حتى عنده أيضاً "،

ولذا يجعله دليلاً على الملكية فتدبر. (ص ١٥٥) (٦٣) الإصفهاني: لا يخفى عليك أن ملكية كل من المالكين حيث إنها على وجه البديلة فهي متقيدة بملكية

بدله لملك المبدل، والمفروض عدم حصول الملكية رأساً " حتى ينافي التقييد المعبر عنه بالتعليق، كما أن التزام

(۵۳۹)

حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه، فكما
أن التصرف حينئذ لا يعد حثا"، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا
يعد
نقضا " لما التزمه، إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقا ".
مدفوعة - بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال - (٦٤)

كل من الطرفين مربوط بالتزام الآخر كما هو معنى المعاقدة، والمفروض الفراغ عن تحقق
العقد والارتباط
غاية الأمر: أنه لم ينتسب إلى من عقد له الفضول ولا تقييد غير هذين النحويين المربوط
أحدهما بأثر العقد
والآخر بنفسه.
وأما تقييد التزام الأصيل بملكية بدل ماله له فهو أجنبي عن مقام العقد وعن مرحلة أثره فلا
موجب له
وهذا التقريب أحسن من الجواب الآتي في كلامه. (ص ١٥٣) * (ج ٢ ص ١٦٣)
النائبي (منية الطالب): لا يخفى أن بيان حكم أقسام النذر وإن كان خارجا " عن
المقصود، إلا أنه لا بأس
بالإشارة إلى ما هو الحق فيه إجمالا"، فنقول: تارة يتعلق النذر بالنتيجة، وأخرى بالفعل.
وعلى الثاني قد يكون منجزا"، وقد يكون معلقا".
وعلى الثاني، تارة تحقق المعلق عليه بعد النذر، وأخرى لم يتحقق.
وعلى الثاني قد يعلم بتحقيقه وقد يشك، والتعليق تارة على أمر اختياري وأخرى على غيره.
وبعض الأساطين، وإن جوز تصرف الناذر في أغلب الصور، إلا أن الحق في جميع
الأقسام: عدم جواز
التصرف لا لتعلق حق الفقراء أو غيرهم به ممن يرجع فائدة النذر إليه، لأن ذلك ممنوع فإن
نذر كون
الحيوان صدقة لا يوجب ثبوت حق للفقير متعلق بالحيوان، فإن الفقير في النذر هو
المصرف فهو كالأجنبي
الذي شرط أحد المتعاقدين على الآخر إعطائه درهما " فليس للأجنبي إسقاط الشرط ولا
المطالبة به
ولا يرثه وارثه، لأنه ليس هو المشروط له. والفقير أيضا " كذلك ليس له ولا لوارثه بعد
موته المطالبة
بوفاء النذر. وبالجملة: يتعلق لله سبحانه على الناذر حق ولا يتعلق للغير حق عليه فليس
المنع من جهة
تعلق حق الغير به، لأن الناذر بسبب النذر سلب عن نفسه حق جميع تصرفاته في المنذور
سوي تصرفه في
جهة نذره فلا يجوز له تصرفه في غيرها ولا ينفذ منه. (ص ٢٤٩)
(٦٤) الطباطبائي: لا إشكال في عدم جواز التصرف المنافي في المنذور إذا لم يكن معلقا

أو كان كذلك

(٥٤٠)

بان الفرق بينهما إن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة، وإنما التزم المبادلة متوقعا " للإجازة،

فيجب عليه الوفاء به، ويحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة، أو ينتقض التزامه برد المالك.

ولأجل ما ذكرنا - من اختصاص حرمة النقض بما يعد من التصرفات منافية " لما التزمه الأصيل على نفسه، دون غيرها - قال في القواعد في باب النكاح: ولو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، (٦٥)

(٦٥) الطباطبائي: يحتمل أن يكون المراد الحرمة الظاهرية من جهة احتمال الإجازة من الآخر ويحتمل وهو

الظاهر بثبوت الحرمة الواقعية حتى مع العلم بعدمها، وكلاهما مشكل.

أما الأول، فلأنه على هذا مقتضى الأصل عدمها وهذا الأصل حاكم على قاعدة وجوب الاحتياط أو

أصالة عدم تأثير النكاح بالنسبة إلى الخامسة والأم والبنات.

وأما الثاني، فلعدم الدليل على ذلك، خصوصا " مع العلم بعدم مجيء الإجازة، مع أن مجرد حرمة النقض

لا يستلزم حرمة المذكورات.

وبعبارة أخرى: الموجب لحرمة المصاهرة وقوع الزوجية وهي غير حاصلة إلا بعد الإجازة كشفا " أو نقلا " .

وغاية ما يكون هناك، لزوم العقد على الأصيل، وهذا غير ثبوت الزوجية كيف! وهي غير قابلة للتفكيك،

لأنها معنى نسبي فلا يعقل ثبوتها بالنسبة إلى أحد الطرفين دون الآخر.

وبالجملة: الحكم المذكور في غاية الإشكال ولو سلمنا لزوم على الأصيل فضلا " عما لو لم نسلم كما هو

الأقوى حسبما عرفت. (ص ١٥٦)

الإصفهاني: لا يخفى عليك أن تحريم المصاهرة، تارة لأجل لزوم الوفاء على الأصيل فتزويج الأم أو

الخامسة ضد الوفاء، فيحرم من هذه الجهة لا لكونها أم الزوجة أو لكونها خامسة، وأخرى من جهة احتمال

الإجازة بنحو الشرط المتأخر فتكون المعقودة في الواقع زوجة فتحرم أمها، والخامسة بعدها، وأصالة عدم.

الإجازة تفيد هنا دون الأول لا يدور مدار الإجازة بل مدار تحقق للعقد المفروع عنه، وثالثه من جهة إن

موضوع أحكام المصاهرة المعقودة لا الزوجة بالحمل الشايع، ليقال بعدم تأثير العقد بناء على الانقلاب

فإن كان زوجا " حرمت عليه الخامسة والأخت والأم والبنت، (٦٦)

لكن إشكال العلامة قدس سره هنا في تزويج الأم بعد فسخ الزوجة وردها للعقد يشهد بإرادة الوجه الثالث، إذ لا يجب الوفاء بعد الرد ليكون تزويج الأم ضدا للوفاء، كما أنه انكشف عدم الزوجية واقعا بردها فلا زوجية في زمان ما حتى تكون أم الزوجة السابقة، فوجه الإشكال منحصر في صدق أم المعقودة فتحرم بعد الفسخ أيضا " وعدم صدقها لانحلال العقد من أصله بالرد، فإنه كالإجازة من حيث الكشف. وإن كان الأول بناء على هذا المبنى أولى، لأن سقوط العقد عن صلاحية التأثير من الأول غير انعدام العقد الواقع، فإن ما وقع لا ينقلب عما هو عليه، إلا أن المبنى فاسد، لأن الظاهر من قوله تعالى: (وأمهات نساءكم أمهات)، الأزواج ولا زوجية حقيقة إلا بعد العقد المؤثر وقد عرفت سابقا " عدم معقولية التبويض في حقيقة الزوجية ولم يترتب الحكم على عنوان المعقودة وكذلك البنت فإنها مضافة أيضا " إلى (نساءكم)، كما أن المراد من الجمع بين الأختين هو الجمع في الزوجية لا في مجرد العقد الغير المؤثر. لا يقال: إذا كان المبنى صدق المعقودة فلا موجب لفرض الأصالة والمباشرة من طرف الزوج بل لا بد من تسرية الحكم في الفضولي من الطرفين. لأننا نقول: من يدعي أن المراد من (نساءكم) معقودتكم يعتبر إضافة المعقودة إلى الشخص ولا انتساب للعقد إلا مع المباشرة أو الإجازة. (ص ١٥٤) * (ج ٢ ص ١٦٤) (٦٦) الإيرواني: إذا كانت حرمة الأم والبنت بعنوان أم الزوجة وبناتها، لم يتحقق التحريم بدون تحقق عنوان الزوجية. نعم لما كانت حرمة أخت الزوجة بعنوان الجمع بين الأختين لا بعنوان أخت الزوجة كان القول بحرمتها بمجرد العقد من الفضولي مع قبول الأصيل بمكان من الامكان وكذا نكاح الخامسة. (ص ١٣١) النائيني (المكاسب والبيع): حرمة الخامسة على الزوج إذا كان هو الأصيل لو فرض تمام الرابعة بالعقد الفضولي وحرمة الأخت والأم والبنت قبل إجازة الطرف الآخر مبني على ما حققناه من مأخوذية الأصيل بما التزم به بعد تمامية العقد بينه وبين الفضولي إلى أن يبطل برد الطرف الآخر

وهو معنى قوله: (إلا إذا فسخت)، أي: فسخت الزوجة التي وقع العقد عليها من الفضول،
إذ حينئذ تحل
الخامسة والأخت والبنت من غير إشكال، وذلك أما في الخامسة والأخت فلكون حرمتها
إنما هي مع
الجمع بين الرابعة أو الأخت، وإذا فسح نكاح الفضولي ارتفع المانع.

(٥٤٤)

إلا إذا فسخت، على إشكال في الأم، (٦٨) وفي الطلاق نظر، (٦٩) لترتبه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة، وإن كانت زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ، والطلاق هنا معتبر،
إنتهى. (٧٠)

وكيف كان، فلا إشكال في صحة الطلاق في هذه الصورة أصلا". (ص ١٠٣)
الإيرواني: لأنه إمضاء للعقد بدلالة اقتضاء وإن استشكل في وقوع الطلاق والامضاء للعقد دفعة واحدة
ولم يكتف في الامضاء بالرضا الباطني السابق المستكشف بالطلاق من غير إنشاء، فلا أقل من كونه رداً
بعبارة الطلاق.

نعم، يختلف عن الطلاق في الآثار وأم الزوجة تحرم على فرض كونه طلاقاً " بلا إشكال.
(ص ١٣١)

(٦٨) الطباطبائي: يعني: إن جواز العقد على الأم بعد الفسخ أيضا " مشكل من جهة صدق أم الزوجة

عليها بمجرد العقد، والمفروض أن حرمتها ليست دائرة مدار فعلية الزوجية، ولا مدار الدخول بخلاف

الأخت فإن المحرم هو الجمع بين الأختين وبعد الفسخ لا جمع، وبخلاف البنت فإن حرمتها فرع الدخول

بالأم والمفروض عدمها هذا.

فالتحقيق: عدم حرمة الأم لأن الفسخ كاشف عن عدم وقوع العقد صحيحاً " من أول الأمر ومجرد وقوع

العقد اللازم على الأصيل لا يكفي في ذلك، ولعل نظر العلامة في الإشكال إلى التردد في أن الفسخ

كاشف عن الفساد أو رافع العقد من حينه لكن التحقيق هو الأول كما هو واضح. (ص ١٥٦)

(٦٩) الإصفهاني: وجه النظر: إن الطلاق لإزالة عقدة النكاح فيصح ويباح به ما ذكر، أو أن الطلاق لإزالة

علقه الزوجية ولا زوجية حقيقة - وهو الصحيح - والفرق بينه وبين سائر الأحكام لعله لقوله عليه السلام

لاطلاق إلا فيما يملك وهو لا يملك أمرها قبل إجازتها. (ص ١٥٤) * (ج ٢ ص ١٦٥)

(٧٠) الطباطبائي. لكن الظاهر أنه إنما يكون معتبرا إذا كان بعنوان الإجازة مع الالتفات إلى العقد الواقع

فضولا وإلا ففيه إشكال والتحقيق عدم الاعتبار حينئذ ونظير الطلاق المفروض تصرف ذي الخيار ببيع ما

كان له فيه الخيار فإنه فسخ للعقد السابق ويحكم بصحة البيع أيضا بالنسبة إليه وسيجئ تفضيل الكلام

فيه في آخر باب الخيارات. (ص ١٥٧)

(٥٤٦)

وعن كشف اللثام نفي الإشكال، وقد صرح أيضا " جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل، وفرعوا عليه تحريم المصاهرة وأما مثل النظر إلى المزوجة فضولا " وإلى أمها - مثلا " - وغيره مما لا يعد تركه نقضا " لما التزم العاقد على نفسه، فهو باق تحت الأصول، لأن ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفية بالأصل، فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقف على ثبوت نتيجة العقد (٧١) - أعني علاقة الملك أو الزوجية - بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين. (٧٢)

(٧١) الإصفهاني: قد عرفت سابقا " : إن الأصل إنما يجري على الكشف بمعنى الشرط المتأخر الاصطلاحي. وأما على الكشف الانقلابي فالقطع بوجود سبب الانقلاب فيما بعد لا يجد شيئا حتى يحتاج إلى نفي الزوجية أو الإجازة بالأصل فلا تغفل. (ص ١٥٤) * (ج ٢ ص ١٦٦) الطباطبائي: ليت شعري إذا كانت العلاقة منفية بالأصل فمن أين يجئ الحكم بحرمة المصاهرة مع كونها من أحكام الزوجية وهي أمر نسبي لا تقبل التفكيك وحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا دليل عليها لعدم شمول العمومات وإلا أفادت حصول الزوجية أيضا " وعلى فرض وجود الدليل غايته عدم جواز الفسخ والقصر من المنافي وأما حرمة المصاهرة فلا كما عرفت مما بينا. (ص ١٥٧) الإيرواني: لكن الامتناع عن الانفاق وعن أداء ما عليه من الحقوق - كحق القسم وحق المضاجعة وحق الفراش - يعد نقضا " ولا يمكن الالتزام بوجود ذلك عليه، فيكشف ذلك عن بطلان المقدم. والسر: إن هذا كله أحكام مرتبة على الزوجة وحصول عنوان الزوجة مشكوك من غير فرق بين ما له من الأحكام وما عليه. نعم، إذا فرض حكم كان موضوعه مجرد العقد على الشيء توجه ذلك الحكم حتى على القول بالنقل. (ص ١٣١)

(٧٢) الإصفهاني: لا كلية له لحرمة النقض من الطرفين في بيع الراهن، فإنه قدس سره كما سيأتي إن شاء الله تعالى - في شرائط العوضين -، يصرح بحرمة النقض على الطرفين من الراهن والمشتري معا "، مع أن ثبوت النتيجة موقوف على إجازة المرتهن. (ص ١٥٤) * (ج ٢ ص ١٦٦)

(٥٤٧)

ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات آخر لا بأس بذكرها للتنبيه بها وبما يمكن أن يقال عليها:

منها: ما لو انسلخت قابلية الملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر. (٧٣)

(٧٣) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أن في الثمرة الأولى لا فرق بين القول بالكشف والقول بالنقل، في أن موت أحد المتعاقدين لا يوجب بطلان العقد وفوات محل الإجازة، لأن المال ينتقل إلى الوارث على نحو كان للمورث، فسواء مات الأصيل أم من له الإجازة يبقى العقد على حاله. (ص ٢٤٩) الإصفهاني: لا إشكال في المسألة على الكشف بمعنى الشرط المتأخر المصطلح عليه لفرض ثبوت الملكية حقيقة حال صدور العقد ولا موجب لبقاء الطرفين على صفة القابلية إلى حال الإجازة لكفاية الملكية

المتصلة بحال العقد ونفوذه في تأثير العقد من الأول في النقل والانتقال من الطرفين.

(ص ١٥٤) * (ج ٢ ص ١٦٦)

النائيني (المكاسب والبيع): أما إذا كان الانسلاخ بالموت، فالحق في هذه الصورة عدم التفاوت بين

الكشف والنقل أصلاً، "سواء كان الميت هو الأصيل أو من وقع عنه العقد فضولياً".

وتوضيح ذلك: إنه قد تقدم سابقاً "إن الملكية في عالم الاعتبار تكون كالحبل الممدود بين المال ومالكه

الذي يكون أحد طرفيه معقوداً "على المال والآخر على رقبة المالك، والعقود المعاوضة تصير منشأً لتبديل

طرف ذلك الحبل الممدود الذي مشدود على المال، فكأنه يرفع مال المالك عن ذلك الطرف، ويشد مال

الآخر مكانه، والإرث عبارة: عن حل طرف ذلك الحبل الممدود على رقبة المالك وشده على رقبة وارثه

مع بقاء طرفه الآخر على حاله، ولازم الأول هو أنه لو كان المال متعلق حق شخص آخر كحق

الرهنانة ونحوه، عدم دخوله في ملك ما انتقل إليه مما عليه من الحق، بل الحق إما يمنع عن تبديله أو يسقط

ويزول. ولازم الثاني، انتقال المال بماله من اللون إلى الوارث، حيث يقوم الوارث مقام مورثه في كونه

طرف ذلك الحبل فيشد الحبل على رقبته على نحو كان مشدوداً "على رقبة المورث.

إذا تبين ذلك: فنقول: إذا كان الميت هو الأصيل، فالأصيل لما كان ملزماً "بما عقد على نفسه حسبما تبين

في الثمرة المتقدمة تكون الملكية التي بينه وبين ماله على ما عليها منتقلة إلى وارثه، فيقوم

وارثه مقام
طرفية تلك الملكية مع ما التزم المورث على نفسه، فيكون الوارث أيضا ملزما " بما التزمه
المورث

(٥٤٨)

أو بعروض كفر بارتداد فطري أو غيره
مع كون المبيع عبداً " مسلماً " أو مصحفاً "، فيصح حينئذ على الكشف دون النقل. (٧٤)

على نفسه بعين التزامه، فيصح إجازة الطرف الآخر حينئذ، سواء قلنا بالكشف أو بالنقل من
غير تفاوت

بينهما أصلاً " هذا في موت الأصيل.

وأما إذا كان الميت من وقع عنه العقد فضولياً "، فلأن الإجازة والرد وإن كانا لا يورثان
لكونهما من

الأحكام لا من الحقوق، إلا أن المورث لما كان مالكا " للمال الذي وقع عليه العقد
فضولياً " وكان مقتضى

ملكيته قابلية أن يقع منه الإجازة إذا انفصل عنه حبل الملكية بالموت، واشتد على رقبة
وارثه ويقوم

وارثه مقامه في كونه طرف شد ذلك الحبل بماله من القابلية على أن يقع منه الإجازة فيصح
منه بحق

الملكية لا بسبب إرث الإجازة، فتنفذ إجازته مطلقاً "، سواء قلنا بالكشف أو بالنقل، فظهر
نفي الفرق بين

القولين في هذه الثمرة. (ص ١٠٦)

(٧٤) الإصفهاني: سيحى إن شاء الله تعالى أن مدرك الحكم قوله تعالى: (ولن يجعل الله
للكافرين على

المؤمنين سبيلاً ") والنبوي: (الاسلام يعلو ولا يعلى عليه)، ومفادهما مختلف بالدقة، فإن
الملكية ليست

سبيلاً " على المسلم للكافر، فإن مقتضى التعدي بحرف الاستعلاء فيما لا يتعدى بها
بطبعه، كون التعدي

متضمناً للغلبة، والظفر والضرر ما يتعدى بها.

ومن الواضح أن مالكية الكافر للمسلم ليست غلبة ولا ظفراً " ولا ضرراً " عليه، بل سلطنة
الكافر على

أنحاء التصرفات في العبد ضرر عليه، ومفاد البيع هو التمليك والملكية يجمع المحجورية
عن التصرفات

شرعاً " فالآية حينئذ تقتضي نفي السلطنة، لا نفي الملكية، فلا فرق حينئذ بين الكشف
والنقل

وأما إن كان المدرك هو النبوي فنفس مالكية الكافر عين مولويته وسيادته على المسلم،
وهو علو عليه.

وحينئذ فإن كان مفاد النبوي عدم جواز علو الكافر على المسلم، فهو لا ينافي الملكية بل
دليل على حصولها،

غاية الأمر حيث إنه لا يجوز العلو حدوثاً " وبقاءً يجب إزالة ملكه عن المسلم.

وإن كان مفاده عدم حصول العلو، فهو دليل على عدم الحصول الملك بأي سبب كان،
اختيارياً " كان أو

اضطراريا " وحيثذ يتفاوت الكشف والنقل في ذلك. (ص ١٥٥) * (ج ٢ ص ١٦٨)
النائني (المكاسب والبيع): ومن حكم الصورة السابقة، يظهر حكم الصورة الثانية، وهي ما
إذا كان

(٥٤٩)

وكذا لو انسلخت قابلية المنقول بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه... إلى غير ذلك.
(٧٥)

انسلاخ قابلية أحد المتبايعين بعروض الارتداد الفطري، حيث إن حال الارتداد حال الموت في كونه موجبا " لانتقال المال إلى الوارث.
أما إذا كان الانسلاخ بالارتداد الملي مع كون المبيع مما يصح تملكه من الكفار، فلا إشكال في صحة الإجازة في هذه الصورة بعد عروض الكفر مطلقا "، سواء كان في طرف الأصيل أو في طرف الآخر، قلنا بالكشف أو بالنقل وهذا ظاهر.
أما إذا كان الانسلاخ بالارتداد الملي مع كون المبيع مما لا يصح تملكه من الكافر، فإن كان المرتد هو الأصيل، فلا إشكال في صحة إجازة الآخر، قلنا بالكشف أو بالنقل، حيث إنه بالكفر يجب اجباره على اخراج المسلم والمصحف عن ملكه، فعلى النقل تكون الإجازة موجبة لاجراجهما عن ملكه من غير إشكال.
وأما على الكشف فالأمر واضح، وإن كان المرتد هو الطرف الآخر، فلا يصح منه الإجازة مطلقا "، قلنا بالنقل أو بالكشف، أما على الأول فواضح، حيث لا يصح تملكه لهما فلا تفيد إجازته للملكية.
وأما على الثاني، فلما سيأتي من أنه على القول بالكشف يشترط أن يكون المجيز واجدا " لجميع ما يعتبر في العاقد حين الإجازة بحيث يصح منه العقد لو كان هو العاقد نفسه في تلك الحالة، والمرتد الملي لا يصح منه تملك المسلم والمصحف في تلك الحالة، فلا يصح إجازته أيضا "، فظهر سقوط هذه الثمرة من رأس كما لا يخفى. (ص ١٠٥)

(٧٥) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى ما في هذه الثمرة أيضا " بعد اتضاح ما بيناه في انسلاخ أحد المتعاقدين عن قابلية الملك.
وحاصله: أن مورد القول بالكشف والنقل، إنما هو فيما إذا كانت الإجازة صادرة عن يقدر على إنشاء البيع بحيث كان شرائط تحقق العقد منه تاما " - من شرائط المتعاقدين والعوضين - فحينئذ إذا صدرت منه الإجازة يقع البحث في أنها كاشفة أو ناقلة، ومع تلف المنقول وانسلاخ قابليته لا يصح البيع من المجيز، إذ

لا يجوز بيع التالف، فلا يصح منه الإجازة، سواء قلنا بالكشف أو بالنقل،
هذا، بالنسبة إلى التلف الحقيقي، وهكذا الكلام بالنسبة إلى الحكمي، حيث إن القول بنفوذ
الإجازة الصادرة
بعده من المجيز بناء على الكشف وجعلها كاشفة عن بطلان ما صدر من المجيز قبل
الإجازة مستلزم للدور،

(٥٥٠)

وفي مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد، كما لو تجددت الثمرة
وبدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة، وفيما قارن العقد فقد الشروط ثم حصلت وبالعكس.
وربما يعترض على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية إلى حين
الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا " إلى
حين
الإجازة. (٧٦)

وعليه، فلو لم يكن للخارج عن المالية فائدة بلحاظ منفعه السابقة ونمائه كانت إجازة مثل
هذه المعاملة

سفهية من غير فرق بين الكشف والنقل. (ص ١٥٥) * (ج ٢ ص ١٦٩)
(٧٦) الطباطبائي: المعترض هو صاحب الجواهر ولم يخصص الاعتراض بالأول، بل
اعترض على الفروع
الثلاثة جميعا "، فعلى الأول والأخير بما أشار إليه المصنف قدس سره. وعلى الثاني، بأن
المعتبر على الكشف
والنقل رضا المالك والفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها وجعل خبر الصغيرين
اللذين مات أحدهما
على خلاف القاعدة، فلا يتعدى منه إلى غيره.
ولا يخفى قوة ما ذكره، لأن أدلة صحة الفضولي قاصرة عن شمول العمودين، أعني: صورة
انسلاخ القابلية
عن أحد المتعاقدين أو أحد العوضين قبل الإجازة ولو جعلناها كاشفة لأنها إذا وقعت في
محلها صارت
كاشفة ومع أحد الانسلاخين لا تقع في محلها، حتى تكشف كما أشرنا إليه سابقا ". (ص
١٥٧)

النائني (المكاسب والبيع): نقول: ما ذكره وإن كان ممنوعا " باطلاقه، لكنه حق في
الجملة، لا لأجل
ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية كما ادعاه لكي يرد عليه منع ظهورها فيما ذكر، بل
لكون معنى
الإجازة - أعني بها: تنفيذ العقد السابق - يقتضي اعتبار قابلية المجيز لأن يقع منه العقد،
أي: كونه في حال
الإجازة مما يصح منه صدور العقد واستمرار تلك القابلية من حين العقد إلى زمان الإجازة.
أما الدليل على اعتبار القابلية حين الإجازة، فهو حكم العرف ودليل الاعتبار بل حكم العقل
بذلك بمعنى
مناسبة الحكم والموضوع، وذلك بعد وضوح عدم مدخلية كل إجازة، ولو كانت صادرة
عن الأجنبي عن
المال في صحة البيع الفضولي الوارد على المال، بل معنى الكشف هو كاشفية تنفيذ المالك
لبيع الواقع على

ماله عن تحقق البيع من حين العقد، ومعلوم أن تنفيذ البيع على ماله متفرع على بقاء المال
في ملكه، وإلا

(٥٥٣)

وفيه: أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية، ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة. إلى حينها، كما لو وقعت بيوع متعددة على ماله، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع، مع عدم بقاء مالكية الأول مستمرا"، وكما يشعر بعض أخبار المسألة المتقدمة،

حيث إن ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة، مضافا إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي يصلح ردا " لما ذكر في الثمرة الثانية - أعني: خروج المنقول

عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به، لتلف وشبهه - فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد، (٧٧)

لكان تنفيذ البيع على غير ماله كما لا يخفى، فلا بد من أن يكون حين الإجازة مالكا " لما وقع عليه العقد

الفضولي، حتى يكون مسلطا على بيعه فيجيز بيعه.

وأما الدليل على اعتبار استمرار القابلية، فلأنه لو خرج المال عن ملكه قبل الإجازة - ولو أنا " ما - ثم دخل في

ملكه، فهذه الملكية الثانية ملكية جديدة مغايرة مع الملكية التي كانت في حال العقد وإن كان المالك بذاته

هو هو، فبالنسبة إلى الملكية الجديدة يكون مالكا " جديدا"، وإجازته بعد الملكية الجديدة تكون كإجازة غير

المالك، فتكون خارجا " عن معنى الإجازة عرفا " واعتبارا " بل عقلا"، ومثل ذلك لا بد من تحرير الكلام ولعل

مرجع كلام صاحب الجواهر قدس سره إلى ما ذكرناه وإن كان استدلاله بظهور الأدلة ياباه.

وكيف كان، فهذا مستقيم لا غبار عليه، إلا أنه لا يترتب عليه نفي الثمرات المذكورة بقول مطلق بل لا بد

فيه من التفصيل حسبما نشير إليه. (ص ١٠٩)

(٧٧) النائيني (المكاسب والبيع): والمستفاد منه قدس سره

في مقام الإشكال على صاحب الجواهر قدس سره هو اختيار عدم اعتبار بقاء الشروط من حين العقد إلى زمان الإجازة مطلقا " .

ولا يخفى أن منع اعتبار بقائها على الإطلاق، كدعوى اعتبار بقائها كذلك غير صحيح، بل لا بد فيه من

التفصيل بين الشروط، كما أن ما أفاده من النقض بالموردين المذكورين غير وارد. أما عدم ورود النقض

الأول، فلأن محل الكلام إنما هو اعتبار بقاء القابلية من حين العقد إلى زمان الإجازة، ومورد النقض إنما هو

خروج المحيز من القابلية بسبب الإجازة فكل عقد من زمان العقد إلى حين الإجازة،

وإجازة العقد تتبع

(٥٥٤)

مضافاً " إلى إطلاق رواية عروة، حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن موت الشاة
أو ذبحه (٧٨) وإتلافه. نعم، ما ذكره أخيراً " من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا
يصلح
ثمرة للمسألة، لبطلان العقد ظاهراً على القولين، وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط.
(٧٩)
وبالجملة: فباب المناقشة وإن كان واسعاً، إلا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه.

خلاف الاحتياط من حيث الوطي ولا من حيث الولد بل لا يترتب عليه إلا انتقال المال
بالإرث وليس
أمر انتقال المال في النكاح إلا كالانتقال في غيره. (ص ١٥٦) * (ج ٢ ص ١٧١)
(٧٨) الإصفهاني: لا يخفى عدم خروج الشاة بالذبح عنه قابلية الملك فلا يقاس بالموت
ومن الواضح عدم
الموت عادة في مثل ذلك الزمان اليسير، فلا موقع للاستفصال وذبحه وإن كان معتاداً "
لكنه لا يخرج عن
القابلية. (ص ١٥٦) * (ج ٢ ص ١٧٢)
(٧٩) الطباطبائي: أقول: اعلم: أن الشرائط المعتبرة في البيع مختلفة فبعضها شرط في العقد
من حيث هو،
وبعضها شرط في أثره وهو الملكية ففي القسم الثاني: إذا تجدد الشرط حين القبول أو حين
الإجازة لا مانع
من صحته بمقتضى القاعدة إلا أن يكون هناك إجماع على اعتبار استمراره من حين
الايجاب إلى حين
التمامية، فمثل اشتراط اسلام مشتري المسلم والمصحف يمكن أن يكون من قبيل الثاني،
وذلك لأن الدليل
إنما دل على عدم ملكية الكافر للمسلم، فإذا كان حين حصول الملكية مسلماً كفى وإن
كان كافراً " حين
صدور العقد ومسألة نجاسة البيع أيضاً " الظاهر كونها من هذا القبيل ومثل كون الطرفين
بالعين عاقلين
وكان العوضين معلومين ونحو ذلك من قبيل القسم الأول، ومثل بدو الصلاح يحتمل فيه
الأمران عليك
بملاحظة الأدلة ووجود الإجماع وعدمه فدعوى بطلان هذا الثمر بين الكشف والنقل كلياً
" كما ترى
والتحقيق: التفصيل، فتدبر. (ص ١٥٧)
النائني (المكاسب والبيع): أما تفصيل الشروط، فبيانها: إن الشرط إما يكون شرط العقد
مثل الماضية
وتقدم الايجاب على القبول والتوالي بينهما ونحو ذلك مما يرجع إلى شرائط العقد، وإما
يكون شرط

المتعاملين مثل البلوغ والعقل والمالكية، وعدم الهجر عن التصرف بالفلس والسفه
ونحوهما من موجبات
الهجر، وإما يكون شرط العوضين كالمالية والمعلومية، ومثل بدو الصلاح في بيع الأثمار،
أما شروط العقد،

(٥٥٨)

وربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات (٨٠)

فلا شبهة في اعتبارها في حال العقد ويكون اختلالها موجبا " لبطلان العقد، سواء قلنا بالنقل أو بالكشف

لا ثمرة بين الكشف والنقل بالنسبة إليها. (ص ٤٢٠)

(٨٠) الطباطبائي: كما إذا اختلف المبيع في الصحة والعيب بحسب زمان العقد والإجازة بأن كان

صحيحا " فصار معيبا " أو بالعكس فيختلف الحال في ثبوت الخيار، بناء على الكشف والنقل، وكذا إذا

اختلف القيمة بحسب الزمانين فيكون مغبونا " أولا "، وكذا بالنسبة إلى خيار المجلس، فإنه بناء على الكشف

يكون المدار على زمان العقد وعلى النقل على زمان الإجازة. (ص ١٥٧)

النائني (منية الطالب): نعم لا يبعد سقوط خيار المجلس في المقام، لأن مجلس العقد لا اعتبار به ولو على

الكشف إلا الكشف بمعنى عدم دخل الإجازة في التأثير أصلا "، كما إذا قلنا بصحة العقد في علم الله لو

أجاز المالك، وذلك لا اعتبار الإجازة في تأثير العقد على سائر الأقوال ومجلس الإجازة أيضا " لا اعتبار به،

لأنه ليس مجلس العقد فلو بقي المجلس إلى زمان الإجازة فهو، وإلا يصير مجلس العقد كمجلس الوكيلين

في اجراء الصيغة. (ص ٢٥١)

الإصفهاني: يمكن أن يقال: إن الخيار إن كان حقا " في البيع بمعنى رد الربط الملكي، فيصح أن يفرق بين

الكشف والنقل لدوران الخيار مدار تحقق الملك.

وإن كان حقا " متعلقا " بالعقد، فلا محالة يدور مدار تحقق العقد لا الملك ولا يتفاوت أمر العقد وجودا "

وعدما " بتفاوت الملك اثباتا " ونفيا "، فحينئذ إن قلنا بأن الإجازة محققة للعقد الذي يقابله الحل فلا عقد إلا

عند الإجازة فإن كان مورده الصحيح فلا خيار فيه وإن كان معيبا قبله وإن كان مورده المعيب ففيه

الخيار وإن كان صحيحا " قبله.

وإن قلنا: بتحقق العقد الحقيقي من حين انعقاد العقد اللفظي فالاعتبار حينئذ في الصحة والعيب مثلا " بما ورد

عليه العقد، سواء قارنه الملك أو تأخر عنه ولا منافاة بين كون الاعتبار بالصحة والعيب حال ورود العقد

وبين عدم ثبوت الحق إلا عند انتساب العقد إلى الطرفين بالإجازة، لمكان تقوم الحق بمن له الحق ومن لا عقد له ليس له حق حله فهو عند الإجازة الموجبة لانتساب العقد الذي

يجب عليه الوفاء له حق فسخ
العقد السابق الوارد على المعيب فتدبر.

(٥٥٩)

ثم، إن مثال العيب وتبدله بالصحة وبالعكس، لمجرد التمثيل وإلا فلو وقع العقد الحقيقي على المعيب وزال قبل الرد لم يكن له خيار ولا تكون كاشفية الإجازة أزيد من مباشرة العقد، كما أنه لو وقع العقد الحقيقي على الصحيح وزال وصف الصحة قبل القبض فإنه يثبت الخيار. نعم، يمكن حمل المثال الأول على بيان اقتضاء ثبوت الخيار بمجرد العقد على المعيب وإن سقط بعد ثبوته بزوال العيب قبل الرد. (ص ١٧٢)

الإيرواني: هذه الثمرة مبنية على أن يكون الملاك في ثبوت هذه الحقوق والمدار فيها على تحقق النقل. أما إذا كان مدارها على تحقق العقد وإن لم يؤثر فعلا " في النقل لترقب حصول شرط غير حاصل لم يكن فرق بين القولين في أنها تثبت بمجرد العقد فتثبت حتى على القول بأن الإجازة ناقلة، والمراد من تعلق الخيارات في العبارات هو أصل تعلق الخيار، كما إذا كان الغبن أو العيب حاصلًا " عند العقد وارتفع في زمان الإجازة. فعلى الكشف يكون الخيار ثابتًا " دونه على القول بالنقل. (ص ١٣١)

(٨١) الطباطبائي: إن قلنا بالكشف يكون ثبوت حق الشفعة من حين العقد وإن قلنا بالنقل من حين الإجازة. وأيضا " إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فباع فضولي حصة أحدهما من آخر فأجاز المالك وباع الآخر حصته، فعلى الكشف يكون حق الشفعة للمشتري من الفضولي، لأنه صار شريك للبايع الثاني وعلى النقل يكون للمشتري من الثاني لأنه صار شريكا للمالك المجيز قبل تمامية بيع حصته وإذا تم الإجازة فله أن يؤخذ بالشفعة بالنسبة إلى هذا البيع الذي قد تم من حينها فتدبر. (ص ١٥٧)

النائني (منية الطالب): ثبوت حق الشفعة بمجرد العقد ولو على الكشف مشكل، وبعد الإجازة ولو على النقل أشكل، لا سيما بناء على الفورية ويظهر ثمرة القولين فيما لو باع الفضولي حصة أحد الشريكين من زيد وقبل الإجازة باع الشريك الآخر حصته من عمرو ثم أجاز الشريك فعلى الكشف يكون حق الشفعة لزيد، لأنه صار شريكا " للبايع الثاني وعلى النقل يصير لعمرو، لأنه صار شريكا " للمجيز، فلزيد الأخذ بالشفعة من عمرو وعلى الكشف ولعمرو الأخذ بالشفعة من زيد على النقل وأما ثمرة

القولين في ترتب العقود على الثمن أو المثلث فسيأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى. (ص ٢٥٢)
(٨٢) الطباطبائي: كما في خيار الحيوان حيث يحسب مبدء الثلاثة من حين العقد على الكشف ومن حين الإجازة على النقل. (ص ١٥٨)

(٥٦٠)

. الإصفهاني: قد عرفت آنفاً: "إن الخيار حيث إنه حل العقد لا رد الملك فيدور مدار تحقق الملك لكنه مع ذلك لنا أن نقول: بأن مبدء الثلاثة من حين الإجازة مطلقاً"، لأن العقد وإن كان متحققاً لكنه إنما ينتسب إلى المجهز بإجازته، فليس له قبل الإجازة عقد حتى يكون له حله، فمبدء الثلاثة من حين تحقق حل العقد وإن كان متعلق الحل هو المعقود عليه بالعقد السابق. وهذا، هو الفرق بين حق خيار العيب، لأن العبرة بما ورد عليه العقد وإن كان حق حله بعد الإجازة وبين حق خيار الحيوان، لأنه مبدء ثبوت الحق الممتد إلى ثلاثة أيام ولا معنى لامتداد قبل ثبوته كما لا معنى لثبوته قبل انتساب العقد. (ص ١٧٤)

(٨٣) الطباطبائي: فلأن المجلس الذي يعتبر القبض فيه، هو مجلس العقد على الكشف ومجلس الإجازة على النقل، لكن الظاهر عدم كفاية نفس مجلس الإجازة، بل لا بد من بقاء مجلس العقد إلى حين الإجازة. (ص ١٥٨)

النائني (منية الطالب): وهكذا يشكل الأمر في مجلس الصرف والسلم فإن القبض المعتبر فيهما لا يمكن الالتزام باعتباره في مجلس العقد ولو على القول بالكشف ولا باعتباره في مجلس الإجازة ولو على النقل والالتزام ببطلان الفضولي فيهما أشكال. (ص ٢٥١)

الإصفهاني. يمكن أن يقال: إنه ليس في الأدلة عنوان المجلس بل المعتبر هو القبض قبل التفرق والمراد بالتفرق زوال الاجتماع على المعاملة فمن تقوم به المعاملة هو الذي له الاجتماع والافتراق وقبضه قبل الافتراق شرط تأثير العقد، ومن الواضح أن المالكين لا اجتماع لهما على المعاملة بل المعاملة التي اجتمع عليها الفضولان تنفذ بإجازتهما وتنسب إليهما، وهذا الانتساب لا يحقق الاجتماع لهما على المعاملة حتى يكون افتراقهما مناطاً لشيء أو أن يكون قبضهما في مجلس الإجازة محققاً "للشرط المتقيد بالاجتماع على المعاملة ولا يقاس الفضول المجاز عقده بالكيل في مجرد اجراء الصيغة، حيث إن قبض المالكين في مجلس العقد يؤثر في تمامية المعاملة لأن الاجتماع على المعاملة حينئذ للمالكين ولا استقلال للوكيل في

أمر المعاملة بل
هو بمنزلة اللسان فقط من المالكين ولذا لا نقول به في الوكيل المفوض إليه أمر المعاملة
مطلقاً " بخلاف
الفضول الذي يدبر أمر المعاملة ويستقل به وإن لم تنفذ منه بلا إجازة من المالك، فإذا
أجيزت المعاملة

(٥٦١)

والسلم والأيمان والندور المتعلقة بمال البائع أو المشتري، (٨٤) وتظهر الثمرة أيضا " في العقود المترتبة على الثمن أو المثمن، (٨٥) وسيأتي إن شاء الله.

كانت المعاملة التي اجتمع عليها الفضولان واستقلا بتدبير شأنها نافذة منهما فيعتبر قبضهما المتقيد بعدم افتراقهما، وعليه فإذا فرض قبضهما بعد العقد وقبل التفرق وأجيز العقد والقبض كان العقد المقرون بشرطه قابلا " للتأثير من حين تحقق شرطه على الكشف ومن حين الإجازة على النقل، أما الأول فلأن الإجازة لا تزيد على المباشرة، فكما لا ملك قبل القبض في صورة المباشرة، فكذلك في صورة الإجازة. وأما الثاني فلأن القبض إنما يعتبر قبل الافتراق عن المعاملة لا قبل الافتراق عن حصول شرط آخر فلو فرض توقف الصرف على شرط آخر غير القبض وحصل القبض قبل الافتراق لكفى في حصوله عن وجه يعتبر شرعا " دون الشرط الآخر الذي لا يعتبر فيه قيد الاجتماع، ومنه يعلم حال ما إذا لم يفترق الفضولان إلى أن حصلت الإجازة وتقابضا فإن تقابضهما مؤثر حينئذ بخلاف ما إذا افترقا فحصلت الإجازة ثم تقابض الفضولان أو المالكان في مجلس الإجازة، فإن تقابضهما مطلقا " لا أثر له، إذ من كان له الاجتماع على المعاملة لم يحصل منه قبل الافتراق قبض ومن حصل منه قبض بعد الإجازة، إما لا اجتماع له على المعاملة كالمالكين، وإما لابقاء لاجتماعه كالفضولين وبقية الكلام في محله. (ص ١٧٤)

(٨٤) الطباطبائي: أما الندور، فكما إذا أنذر التصديق بدرهم مثلا " إذا كان يوم الجمعة مالكا " لكذا ونذر التصديق بجميع ما يملكه فيه، وهكذا بالنسبة إلى الحلف. (ص ١٥٨)

(٨٥) الطباطبائي: أنه قد يقال: بظهور الثمرة أيضا " في لزوم المعاطاة إذا اشترى بها، فباعتها فضولي فأجاز ذلك بعد رجوع الطرف الآخر، فإنه على الكشف يحكم بعدم صحة الرجوع، لكونه بعد النقل إلى الغير وعلى النقل يكون قبله، فيكون الإجازة في غير محلها لفرض كونها بعد الرجوع. لكن فيه نظر يظهر وجهه مما مر فتدبر. (ص ١٥٨)

الإيرواني: اعلم: أن شرائط المعاملة الراجعة إلى العقد (التي لم يذكرها المصنف) لا بد وأن يكون موجودا " حال العقد، فلا ينفع وجوده بعد العقد كما لا يضر ارتفاعه بعده، ففي مثل هذه الشرائط لا تعقل الثمرة بين القول بالكشف والقول بالنقل، إلا أن تكون الإجازة على القول بالنقل مقوما " لمفهوم العقد ودخيلا " في مفهومه فيعتبر فيها ما يعتبر من الشرائط في العقد، دونها على القول بالكشف، لكنه باطل والإجازة خارجة عن مفهوم العقد، والعقد مؤلف من إيجاب وقبول في جميع الموارد وإن لم يؤثر في النقل في بعض الموارد، لتخلف رضا المالك أو لاعتبار الشارع شرطا " تعبديا " في تأثيره كالقبض في الصرف والسلم. (ص ١٣١) * النائيني (المكاسب والبيع): أما الثمرة بين النقل والكشف الحكمي الذي هو المختار فلم يتعرض لها المصنف قدس سره في الكتاب مع أن تنقيحها من المهمات، ولا بد من التكلم فيها وقد عرفت: أن الكشف الحكمي عبارة من القول بتحقيق الملكية من حين الإجازة مع الالتزام بترتب كلما يمكن ترتيبه من الآثار من حين العقد ففيه جهتان، فمن حيث كون الملكية حاصلة من حين الإجازة ملحق بالنقل، ومن حيث الحكم بترتب الآثار الممكن ترتيبها من حين العقد ملحق بالكشف الحقيقي، ففي الثمرات التي تختلف حكمها على الكشف والنقل هل يلحق بحكم الكشف أو بحكم النقل؟ التحقيق أن يقال: بأن كل أثر يكون العقد السابق تمام الموضوع لترتبه بلا توسط أمر آخر ورائه كالنمات والمنافع يلحق بالكشف الحقيقي وكل أثر يتوقف ترتيبه على وجود أمر عدا العقد يلحق بالنقل، وذلك كالزنا بذات البعل حيث إن حكم الزنا بذات البعل يترتب على مصادفة الزنا مع كون المرأة ذات البعل فحينئذ نقول: مثل اشتراط معلومية العوضين وماليتهما ونحوهما إذا علم كونه شرطا " للتملك أو للسبب المملك، فلا يفرق فيه بين الكشف الحكمي والنقل وإذا شك في نحو اعتباره وأنه هل هو مأخوذ في ناحية التملك أو السبب المملك؟ فلا يفرق أيضا " بين القولين وفي مثل مسألة الزكاة

والخمس والندور
يحكم بحكم الكشف وفي مثل الخيارات أيضا " لا يفرق بين القولين، فيكون حال
الكشف الحكمي كالحقيقي
في انتفاء الثمرة بينه وبين النقل في بعض هذه الفروض وثبوتها في بعض آخر منها. (ص
(١١٧

(٥٦٣)

وينبغي التنبيه على أمور:
الأول

أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي ومعنى الإجازة
وضعا "
أو انصرافا"، (١)

(١) الإيرواني: نعم لا نزاع في مفهوم نفس الإجازة لكن ذلك لا يوجب أن يكون النزاع
متوجها " إلى حكم
الإجازة شرعا"، راجع ثاني دليلي القول بالكشف وجوابه، تجد أن مقتضى ذلك الدليل إن
البحث صغروي
وإن النزاع في مفهوم العقد وإن مفاد العقد هو جنس النقل بلا شرط أو النقل من الحين.
ومنه سرى البحث إلى الإجازة بعد الاتفاق على أن الإجازة إجازة لمفهوم العقد، وهذا
الدليل يقتضي أن
لا يكون بحث فيما إذا وقع التصريح في العقد بالنقل من الحين، فإن الإجازة أيضا " تكون
إجازة وتقريراً "

لهذا النقل فيثبت الكشف من غير بحث ونزاع. (ص ١٣١)
الإصفهاني. بحيث لو كان النزاع في مفهومها اللغوي فاختر طائفة أنها بمعنى الانفاذ
ومقتضاه نفوذ العقد
من حينه واختار طائفة أخرى أنها بمعنى الرضا بمضمون العقد، ومقتضاه حصول مضمونه
من حين الرضا
لكان لازمه فساد العقد، لأن من يعتقد أن حقيقة الإجازة بالمعنى الأول ومع ذلك لم
يقصده وقصد شيئاً "
آخر لم يتحقق منه إجازة على مسلكه والعقد الغير المجاز بحقيقة الإجازة باطل، كما أن
الأمر على الثاني
أيضا " كذلك.

وأما إذا قيل بأن طبعي معنى الإجازة غير مقتضى للكشف والنقل، إلا أن ارساله واطلاقه أو
انصرافه
يقتضي أحد الأمرين من الكشف والنقل فاللازم صحة العقد بالإجازة على نحو ما قصده،
لأن اقتضاء

اطلاقه أو انصرافه لشيء لا ينافي تقييده بما ينافي مقتضى ارساله أو انصرافه.
ومنه علم: أن النزاع لو كان في مفهوم الإجازة لغة أو في مقتضاها - اطلاقاً " وانصرافاً "
- لكان العقد مطلقاً "

باطلاً " على الأول وصحيحاً " على الثاني من دون إشكال في شيء منهما، إلا أن النزاع في
معقولية الكشف
أو النقل والاستدلال على كل منهما بالأدلة اللفظية في مقام الإثبات ظاهر في أن الكلام في
مقتضى الإجازة
شرعاً " لا في مفهومها لغة أو عرفاً ".
.

(٥٦٤)

بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك وأدلة وجوب الوفاء بالعقود وغيرهما من الأدلة الخارجية، فلو قصد المجيز الامضاء من حين الإجازة على القول بالكشف، أو الامضاء من حين العقد على القول بالنقل، (٢)

وإن كان الاستدلال بمقتضى مفهوم الإجازة الواردة في بعض الأخبار أحد طرق الاستدلال على حكمها الشرعي، كما عن المصنف قدس سره في الكشف الانقلابي المبني على ما يقتضيه مفهوم الإجازة.

(ص ١٥٧) * (ج ٢ ص ١٧٧)

(٢) الآخوند: بل بعد الفراغ عن أنها امضاء ما وقع من العقد بمضمونه والاتفاق على إنفاذه والرضا به، وقع الخلاف في أن قضية الأدلة تأثيره شرعا " من حينه أو من حينها، فلو قصد المجيز امضائه كذا، فلا

إشكال في صحتها ولو على القول الذي لا يوافق، ولو قصد لا كذلك فلا ينبغي الإشكال في فسادها ولو

على القول الذي يوافق، فليس المناط في صحتها وفسادها، مطابقتها لما هو المختار من القول بالكشف أو

النقل أصلا "، فلا وجه لما فرع بقوله رحمه الله: (فلو قصد المجيز الامضاء من

حين العقد الخ) كما لا يخفى، حيث

يظهر منه احتمال إناطة الصحة على كل قول بموافقة الإجازة له، بل الوجه أن يفرع ما فرعناه فتفطن، وقد

تقدمت الإشارة إلى أن تأثيره بنحو الكشف موافق لمضمون العقود، لا بنحو النقل. (ص ٦٥)

الطباطبائي: يمكن أن يقال: إن مجرد كون مرجع الخلاف إلى ما ذكره المصنف قدس سره لا يقتضي

التفريع المذكور في المتن، فإنه يمكن أن يكون مقتضى دليل الرضا ووجوب الوفاء كون الإجازة تابعة

للقصد بحسب النقل والكشف.

والأولى في عنوان المسألة: ما ذكره الشيخ الكبير في شرحه على القواعد حيث قال: (وهل بناء القولين على

مقتضى الظاهر فيجوز الانصراف عن كل منهما بعد وجود الصارف من قبل العاقد أو من خارج أو على

اللزوم فإذا تعذر أحدهما أو صرح بخلافه بطلت. وجهان، أقواهما الثاني، انتهى.)

والظاهر: أنه أشار بقوله: (أو من خارج) إلى مسألة من بايع شيئا " ثم ملك، فإن المانع من الكشف فيها أمر

خارج لا دخل له بقصد العاقد وهو عدم كون المجيز مالكا " حين العقد، فلا يمكن

الكشف عن التأثير من
حينه كما سيأتي إن شاء الله. (ص ١٥٨)

(٥٦٥)

فإن القصد الجدي لا يتعلق بالمحال فحينئذ إن كان المقصود من الأول حصول المضمون المتعين بنحو تعين لا واقعية له فقصده محال فلا إجازة أصلاً.

وإن كان المقصود تحقق مضمون العقد بقوله: (رضيت) ثم بدا له جعله متعينا " بما لا واقعية له، فالإجازة

حاصلة وقصد تعين المضمون محال، فلا منافي حتى ينهدم قصد حصول مضمون العقد، وحيث إن الإجازة

متممة للسبب فلذا ليس له رفع اليد عما أجاز كما في قوله: (بعت بلا ثمن) إذا بدا له ذلك بعد

قوله: (بعت) فيكون تمليكا " مجاناً " وهبة " بلفظ البيع، فإنه معقول لمكان عدم تمامية السبب بمجرد الإيجاب

فقط بخلاف ما نحن فيه، إذ بمجرد إجازة المضمون على ما هو عليه تتم العلة لحصول الملك على الوجه

المعتبر شرعاً " ولا يهدمه إيجاد المنافي لعدم الموقع له فافهم وتدبر. (ص ١٧٨)

(٣) الطباطبائي: يمكن أن يكون المراد إن في صحتها على طبق ما قصد وجهين وهذا هو الظاهر.

ويحتمل أن يكون المراد إن بعد مفروغية عدم الصحة على طبق ما قصد، هل يصح على ما هو مقتضى

الأدلة وجهان، من أنه قصد النقل، والمفروض الكشف أو العكس، فلا يكون مطابقاً " للواقع فلا يصح، ومن أنه ليس على وجه التقييد، بل على وجه الداعي فيصح.

والتحقيق: بناء عليه الفرق بين ما إذا كان قصده التقييد أو كان بمجرد الداعي فتدبر. (ص ١٥٨)

النائبي (منية الطالب): إن الكلام في صحتها يقع في مقامين،

الأول: صحتها على طبق ما قصد منها.

والثاني: أصل صحتها بمعنى الاكتفاء بها وعدم الافتقار إلى إجازة جديدة على طبق ما اعتقده المجيز من

القولين.

أما الكلام في المقام الأول، فبعد ما عرفت: إن اختلاف القولين إنما هو في اقتضاء عقد الفضولي الذي تعقبه

إجازة المالك للكشف أو النقل بحسب الثبوت شرعاً "، فلا يمكن القول بصحة الإجازة ووقوعها على طبق

ما قصد، لأن اقتضاءها ذلك ليس من قبيل الاقتضاء بحسب الإطلاق لو خلي وطبعه حتى يمكن تقييده،

أي: ليس من قبيل اقتضاء العقد سلامة المبيع حتى يمكن إسقاط خيار العيب بالشرط، فيقال في المقام بأن

الإجازة تقتضي الكشف أو النقل إطلاقاً ، فيمكن تقييده بالنقل ولو على الكشف
وبالكشف ولو على النقل

(٥٦٧)

الثاني

إنه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة العرفية، كقوله: (أمضيت) و (أجزت) و (أنفذت) و (رضيت) وشبه ذلك. (٤)

(٤) الآخوند: اعلم: أن الحاجة إلى الإجازة إن كانت لمجرد حصول الرضا والطيب بالعقد، فمن اعتبر في نفوذ العقد رضاه، كما في نكاح العبد بدون إذن سيده، أو بيع الرهن للعين المرهونة بدون إذن المرتهن ونحوهما، فلحوق الرضا بالعقد كاف في تأثيره، كما في عقد المكره، حيث يكفي في تأثيره بمجرد لحوقه.

وإن كان لتصحيح استناد العقد إلى المجيز مع ذلك، كما في العقد على ماله بدون إذنه، فالظاهر أن مجرد لحوق

الرضا به لا يصحح الاستناد، بل لا بد في صحته من إنشاء امضاء العقد وإجازته. نعم، في كفاية انشائه قلبا "، أو لزوم انشائه ولو بفعل أو بلفظ وإن لم يكن بدال ولو كناية، أو لزوم انشائه

بلفظ دال ولو بالكناية، وجوه،

لا يبعد أن يكون أوجهها كفاية الإنشاء القبلي، وقد انقح بذلك أن كفاية مجرد الرضا في بعض الموارد،

لا شهادة فيها لكفايته في جميعها، كما لا يخفى، كما لا شهادة في كفاية السكوت في الباكرة على كفاية مجرد

الرضا، فإن السكوت منها في ذاك المقام اظهر الرضا وانشائه، فتدبر جيدا " (ص ٦٥)

الإيرواني: الاحتمالات أو الأقوال في الإجازة أربعة:

أحدها: اعتبار اللفظ الصريح قياسا " لها على نفس البيع أو إدخالا " لها في أركانها ومتمماته، ولا سيما على

القول بالنقل.

الثاني: الاكتفاء بكل لفظ دل على الرضا ولو بالكناية.

الثالث: عدم الحاجة إلى اللفظ أيضا " وكفاية الإنشاء ولو بالفعل، كما اكتفينا بذلك في أصل إنشاء البيع

فضلا " عن الإجازة.

الرابع: إلغاء الإنشاء والاكتفاء بالرضا الباطني ويلزمه الاكتفاء في الرد أيضا " بالكراهة الباطنية، كما يلزمه

الخروج عن موضوع الفضولية بمقارنة هذا الرضا.

وأقوى الاحتمالات، ثالثها فإن الحاجة إلى الإجازة لأجل أن يدخل عقد الفضولي بذلك في عداد عقود

المالك، بناء على أن معنى (أوفوا بالعقود) أوفوا بعقود أنفسكم، ومعلوم أن حصول هذه الإضافة لا يحتاج

وظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية، وليس ببعيد إذا اتكل عليه عرفا " . (٥)

بالألفاظ المشتركة والكناية في العقود وقد تقدم توضيحه.
ومحصله: أما بالنسبة إلى الألفاظ المشتركة، فلأن المعنى المنشأ بالعقود معنى بسيط لا تركيب فيه من جزء،
وجزء البسيط لا يعقل أن يوجد بالتدرج بل لا بد في ايجاده من أن يكون آنيا " واللفظ المشترك لفظا " أو
معنى لمكان اجماله هو بانفراده لا يصلح أن يقع به الإنشاء، بل لا بد من ضم ما يحصله
ويصيره مصداقا "
لذا المضمون الذي أريد انشائه به ويصير الضميمة بالنسبة إليه كالفصل بالنسبة إلى الجنس ويلزم تحقق
المنشأ بذاك اللفظ المشترك وبما انضم إليه وحصله، وهذا مستلزم للتدرج في اليجاد المنافي مع بساطة المعنى
المنشأ والمراد بالمعنى البسيط في مثل البيع هو مفهوم المادة في قولك: (بعث) التي ترد عليها الهيئة.
وأما الهيئة فهي ليست ذاك المعنى البسيط بل هي وضعت لاستناد ايجاد المادة إلى المتكلم فمفاد الهيئة في
(بعث) هو مفاد المادة في أجزت، فكما أن الإجازة موجبة لاستناد العقد إلى المجيز، كذلك الهيئة تحدث نسبة
المادة إلى المتكلم هذا بالنسبة إلى الألفاظ المشتركة.
وأما عدم وقوعها، أعني: العقود بالألفاظ الكنائية، فلما حققناه سابقا " وآنفا " من: أن ايقاع العقد بلفظ أو
فعل، إنما هو لمكان كون ذاك القول والفعل مصداقا " حقيقيا " لما ينشأه مثل قول القائل: (بعثك)، أو الاعطاء
الخارجي، حيث إنهما مصداقان للتمليك واللفظ الكنائي ليس مصداقا " للازمه، فقول القائل: (زيد كثير
الرماد) ليس مصداقا " لايجاد السخاوة مثلا "، حتى ينشأ به السخاوة إذا فرض كون السخاوة مما يقع بالإنشاء.
إذا تحقق ذلك فنقول: أما عدم وقوع الإجازة بالألفاظ المشتركة فلأن الإجازة أيضا أمر بسيط غير ذي
أجزاء لا يصح ايقاعها بما هو كالمركب من الجنس والفصل.
وأما وقوعها بالكناية فلكون اللفظ الكنائي أيضا " مصداقا " للإجازة، فكما أن قول القائل: (أجزت)
و (أمضيت) و (أنفذت) إجازة وامضاء، فكذلك قول (بارك الله صفقة يمينك) مصداق للإجازة، وبعد صحة
حمل الإجازة على الألفاظ الكنائية بالحمل الشائع الصناعي، كحملها على الألفاظ الصريحة، لا يبقى مجال

للمنع عن ايقاعها بها لاتحاد الملاك فيهما وهو المصدقية للإجازة على ما بيناه.
(٥) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى ما فيه، لأن الحديث الشريف بعقد المستثنى منه
المذكور فيه يدل
على عدم الحلية عند عدم الرضا وهذا مما لا إشكال فيه، ولكنه لا يدل على عدم اعتبار ما
عدا الرضا،

(٥٧٨)

والظاهر أن الفعل الكاشف عرفا " عن الرضا بالعقد كاف، كالتصرف في الثمن، (٦) ومنه إجازة البيع الواقع عليه - كما سيجيء - وكتمكن الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولا"، كما صرح به العلامة قدس سره. وربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ، بل نسب إلى صريح جماعة وظاهر آخرين، وفي النسبة نظر. واستدل عليه بعضهم: من أنه كالبيع في استقرار الملك، وهو يشبه المصادرة. ويمكن أن يوجه: بأن الاستقرار في النواقل الاختيارية اللازمة - كالبيع وشبهه - يقتضي اعتبار اللفظ، ومن المعلوم أن النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة. وفيه نظر، (٧)

لا يجري في الإجازة، فإن الكناية عبارة عن استعمال اللفظ في معناه لينتقل ذهن السامع منه إلى لازمه أو ملزومه، بحيث يكون الانتقال من دواعي الاستعمال، فإن كان معناه غير المعنى المقصود من العقد فلا يفيد كون الداعي عنوان أحد العقود، لأن الدواعي والأغراض لا اعتبار بها في العقود. وهذا بخلاف الإجازة فإن المقصود بها ليس عنوانا " خاصا"، بل يكفي فيها كل ما يدل على الرضا وكل لفظ يوجد به الاستناد فإذا عد المعنى الكنائي للفظ مصداقا " لما ينشأ به الرضا والاختيار كقوله: (بارك الله في صفقة يمينك)، أو (أحسن وأجملت أو جزاك الله خيرا "، ونحو ذلك فلا مانع من إنشاء الرضا به ولا وجه لاعتبار خصوص لفظ (أجزت أو أمضيت). (ص ٢٥٣)

(٦) النائيني (منية الطالب): والحق: كفاية الفعل، لأنه كالقول مصداق لإنشاء الرضا وإيجاد الاستناد فلو سلم المالك المبيع إلى المشتري أو مكنت الزوجة نفسها من الزوج أو تصرف المالك في الثمن وهكذا، فلا يحتاج إلى إجازة لفظية وذلك واضح بعد ملاحظة أدلة المعاطاة وباب الخيارات. (ص ٢٥٣)

(٧) الإيرواني: لا شبهة له بالمصادرة يل هو أجنبي عنها، وإنما هو قياس للإجازة بالبيع بجامع مع تأثيرهما جميعا " في ملك لازم، بل ظاهر المصنف إن الإجازة على القول بالنقل من أجزاء العقد ومن مقوماته وقد تقدم منعه الفضولي. (ص ١٣٢)

بل لولا شبهة الاجماع الحاصلة عن عبارة جماعة من المعاصرين تعين القول بكفاية نفس الرضا إذا علم حصوله من أي طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى والنصوص. (٨)

الإصفهاني: إن المسلم منه كون الأسباب التي يتسبب بها إلى الملكية وشبهها لفظية، لا الشرائط، فإنه

لا شبهة في شرطية الرضا وهي صفة نفسانية. (ص ١٥٨) * (ج ٢ ص ١٨٤) (٨) النائيني (المكاسب والبيع): الأقوى: اعتبار الإنشاء في الإجازة وعدم الاكتفاء بمجرد الرضا الباطني،

وذلك لما عرفت من: أن عقد الفضولي فاقد لأمرين، رضا الملك واستناد العقد إليه، بخلاف عقد المكره، حيث إنه فاقد للرضا لصدوره عن المالك المكره، فالرضا الباطني في العقد الفضولي يصلح أحد الأمرين

فيبقى صحته منوطة بالاستناد، ونفس الرضا لا يصح الاستناد كما لا يخفى. مضافاً: " إلى الأمرين اللذين أفادهما المصنف في الكتاب وجهاً " لاستبعاد الاكتفاء بالرضا. (ص ١٢٢)

النائيني (منية الطالب): الأقوى: عدم كفاية الرضا الباطني واعتبار فعل أو قول ينشأ به الاستناد وما

سيذكره المصنف شاهداً " لكفايته لا يخلو من منع.

أما ما استظهره من النصوص والفتاوى.

ففيه: نظر أما النصوص فخبر السكرانة لا يدل إلا على كفاية تمكين الزوجة لا على عدم اعتبار الإنشاء

أصلاً " وخبر نكاح العبد فظاهر قوله عليه السلام: (سكوتهم عنك إقرار منهم بالنكاح)، إن السكوت عرفاً "

كسكوت البكر إمضاء وخبر التوقيع وهو: (لا يحل مال امرئ)، لا يدل إلا على جواز تصرف الغير مع

إذن المالك ورضاه لا على حصول التملك والتملك بمجرد الطيب.

وأما الفتاوى، فلا تدل إلا على عدم اعتبار اللفظ، لا على كفاية كل شيء حتى الرضا الباطني، كما أن

مفاد (لا يحل) أيضاً " ليس إلا اعتبار الرضا لا عدم اعتبار شيء آخر، والمفروض أن الفضولي فاقد لأمرين،

طيب نفس المالك، واستناد العقد إليه، وقد ذكرنا ما يزيد توضيح ذلك في أول بحث الفضولي.

وبالجملة: التمسك بمثل هذه الأدلة لكفاية الرضا الباطني مع عدم كفاية الكراهة الباطنية للرد في غاية

الوهن.

وأما التمسك بالعمومات فحاله كذلك، لأن عقد المالك يصير عقداً " له لو أنشأ الامضاء ومجرد رضاه

باطناً " لا أثر له، بل يعتبر صدور ما هو مصداق للامضاء منه ك (أجزت) أو (رضيت)، أو

التصرف في المنتقل إليه

(٥٨١)

فقد علل جماعة عدم كفاية السكوت في الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل عليه، فالعدول

عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا. (٩)
وحكي عن آخرين أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف
إنفسخت، لأن الحلف يدل على كراهتها. وذكر بعض: أنه يكفي في إجازة البكر للعقد
الواقع عليها فضولا " سكوتها. ومن المعلوم: أن ليس المراد من ذلك أنه لا يحتاج إلى إجازتها،
بل
المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا وإن لم يفد القطع دفعا"، للحرص عليها وعليها.

أو تسليم المنتقل عنه، وهكذا كل قول أو فعل كان مصداقا " للرضا والامضاء ولا يبعد أن
يكون مراد من
اكتفى بالرضا هو عدم خصوصية للفظ مخصوص، بل المدار في الإجازة هو اختيار ما
أوجده الفضولي
وارتضائه إياه، وقد تقدم إن الرضا يطلق على معنيين، أحدهما الاختيار ويتعدى بالنفس أو
ب (من).

وثانيهما: الطيب المقابل للكراهة ويتعدى ب (الباء).
هذا، مع أنه لو سلم ظهور الفتاوى وفي كفاية الرضا الباطني إلا أن الكلام في صحة ما هو
ظاهر الفتاوى

مع عدم تحقق الاجماع على كفاية مجرد الطيب.
ثم بعد اعتبار الاختيار في العقد القاصر من حيث الاقتضاء كعقد الفضولي فهل يلحق به ما
هو قاصر من

حيث المانع كعقد الراهن ونحوه أو يكفي مجرد طيب النفس من المرتهن أو الغرماء؟
الأقوى: أنه من قبيل القصور في المقتضي، لأن بعد تعلق الحق به يجب إسقاطه بالإجازة
وأمثالها والرضا

الباطني ليس إسقاطا". نعم، لو استكشفنا في مورد أن تعلق الحق من باب احترام ذي
الحق ورعاية شأنه
كتوقف العقد علي بنت الأخ والأخت على إذن العمة والخالة فالحق كفاية مجرد رضاه
وعليك بالتأمل في

أبواب العقود والتتبع في موارد الحقوق. (ص ٢٥٣)
(٩) الإيرواني: إن الإنشاء قد يكون بالسكوت في مقام يكون السكوت دليل الرضا، فلعل
الاكتفاء بسكوت

البكر من هذا الباب لا من جهة كفاية الرضا الباطني بلا إنشاء.
نعم، ولكن ذلك لا يستلزم أن يكون من جهة كفاية الرضا الباطني، بل هناك واسطة بين
الأمرين، وهي أن

يكون ذلك من جهة حصول إنشاء الإجازة والرضا ولو بالفعل وذلك لا يقتضي إلغاء
الإنشاء عن الاعتبار

(۵۸۲)

ثم إن الظاهر أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا - كأكل الثمن وتمكين الزوجة - اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من جهة سببية الفعل تعبداً .
وقد صرح غير واحد بأنه لو رضي المكره بما فعله صح، ولم يعبروا بالإجازة. (١٠)
وقد ورد فيمن زوجت نفسها في حال السكر: أنها إذا أقامت معه بعدما أفاقت فذلك رضا " منها. (١١)

وإناطة الأمر بالرضا المستكشف بالفعل. (ص ١٣٢)
الطباطبائي: لا دلالة في هذا التعليل إلا على عدم اعتبار اللفظ وما كفاية مجرد الرضا من أي طريق علم
فلا دلالة فيه علمها، وكذا فيها ذكره في إنكار الموكل وحلفه وفي سكوت البكر.
ودعوى: أن الظاهر إن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف اكتفى به من جهة الرضا.
ممنوعة جداً "، بل
الظاهر أنه من جهة كونه إنشاء فعلياً " ولا أقل من الاحتمال. (ص ١٥٨)
(١٠) الطباطبائي: لا دلالة فيه أيضاً "، إن هذا الكلام وارد في مقام بيان الصحة بالإجازة
فمساقه مساق
بيان عدم البطلان من الأصل وليس في مقام بيان مجرد الرضا كان أو لا بد من الإنشاء،
مع أن الظاهر أن
باب إجازة عقد المكره وعقد الفضولي ليس على نسق واحد ففي الأول يكفي مجرد
الرضا، لأن العقد
صادر من المالك وليس فاقداً " إلا للرضا فإذا حصل كفى بخلاف باب الفضولي، فإن
العقد ليس عقداً "
للمالك ولا يصير له إلا بالامضاء قولاً " أو فعلاً "، وإلا فبمجرد الرضا الباطني لا ينسب
العقد إليه حسبما
عرفت مراراً " . (ص ١٥٨)
(١١) الطباطبائي: كما في صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سئلت أبا الحسن
عليه السلام، عن امرأة
ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً " في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك
ثم ظننت أنه
يلزمها ذلك ففرغت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج احلال هو لها أم التزويج
فاسد، لمكان
السكر ولا سبيل للزوج عليها؟
قال عليه السلام: إذا أقامت معه بعد ما أقامت فهو رضا منها، قلت: ويجوز ذلك التزويج؟
قال عليه السلام: نعم، قلت: الاستدلال بهذه الرواية موقوف على حملها على توكيل المرأة
غيرها

وعرفت أيضا " استدلالهم على كون الإجازة كاشفة بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل عمل السبب التام عمله. (١٢) وبالجملة: فدعوى الاجماع في المسألة دونها خرط القتاد! وحينئذ فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي - السالمة عن ورود مخصص عليها، عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في حل ماله وانتقاله إلى الغير ورفع سلطنته عنه - أقوى حجة في المقام. (١٣)

في حال السكر في اجراء الصيغة ليكون من باب الفضولي، حيث إن التوكيل باطل، وإلا فلا يمكن العمل بها بظاهرها، لأن الصيغة الصادرة من السكران لا اعتبار لها ولو مع لحوق الإجازة، إذ هو كالصبي مسلوب العبارة. وإن عمل بها - كما عن بعضهم -، فلا بد من الاقتصار عليها لكونها على خلاف القاعدة. هذا، مع أن الإقامة مع الزوج بعنوان الزوجية من الإجازة الفعلية وقوله: (فهو رضا منها) لا يدل إلا على كفاية مثل هذا الرضا فتأمل. هذا، مع أن انكارها من الأول رد للعقد، ودعوى: أن المراد من الانكار ليس ظاهره، بل الكراهة والوحشة مما صدر منها مسلمة، لكن مثل هذا كاف في الرد إذا كان مجرد الرضا كافيا " في الإجازة فتأمل. (ص ١٥٨) (١٢) الطباطبائي: هذا الاستدلال منهم مع تصريحهم بأن الصحة موقوفة على الإجازة الظاهرة في الامضاء القولي أو الفعلي لا يكون دليلا " على مدعى المصنف قدس سره، بل يظهر منهم إن هذا التعبير منهم في مقام المسامحة ومن حيث إن ملاك بالإجازة هو الرضا. (ص ١٥٩) النائيني (المكاسب والبيع): أما استظهاره من عبارات الأصحاب، ففيه: أنه لا دلالة في عبارتهم، إلا على اعتبار الرضا، لكن الرضا يستعمل، تارة بمعنى الاختيار فيتعدى حينئذ بنفسه، فيقال: رضيه إذا اختاره، ومنه ما ورد من حلف المشتري ولو تلف المبيع في الثلاثة بأنه رضيه، أي: اختاره، وأخرى بمعنى طيب النفس فيتعدى بالباء، فيقال: رضني به وليس المذكور في هذه العبارات إلا لفظ الرضا، فلعل المراد به

الاختيار، فليست عبارتهم صريحة في كفاية الرضا بمعنى طيب النفس. (ص ١٢٤) (١٣) النائيني (المكاسب والبيع): ففيه ما لا يخفى، حيث إن المخاطب بهذه العمومات هو الذي يستند إليه

العقود، والمفروض كون البحث فيما به يستند العقد إليه، فكيف يمكن التمسك بما يعتبر
في صحة التمسك به

(٥٨٤)

مضافاً " إلى ما ورد في عدة أخبار من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه، (١٤)

تحقق الاستناد لاثبات الاستناد! وبعبارة واضحة: مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)، هو لزوم وفاء كل أحد بعقده الصادر منه، لا أن كل أحد مكلف بالوفاء بكل عقد في الدنيا، ولو لم يكن مرتبطاً " به والكلام حينئذ يقع فيما به يتحقق الاستناد حتى يصير العقد عقداً " له فيدخل تحت عموم وجوب الوفاء. (ص ١٢٤)

الإيرواني: نعم، هو أقوى حجة ولكن على خلاف مطلوبه، لما عرفت من: أن المراد من العمومات وجوب الوفاء بعقود أنفسكم وعقد الأجنبي لا يصير عقداً " للمالك بمجرد رضاه به بلا إنشاء للإجازة ليخاطب بتلك الخطابات. نعم، لا بأس بالتمسك بتلك العمومات في مقام كان العاقد هو المالك وكانت الفضولية من جهة تعلق حق الغير، فإذا رضي ذو الحق كفى في لزوم العقد، حيث إن العقد عقد نفس المالك ذاتاً. وإنما منع عن الشمول الفعلي المزاحمة لحق الغير فإذا رضي ذو الحق ارتفعت المزاحمة وشمل الخطاب شمولاً " فعلياً "، ومن هنا ظهر أن التمسك بأخبار نكاح العبد وصحته برضا المولى أو سكوته الكاشف عن رضاه لا يجدي في إثبات المدعى كلية، مع ما عرفت من: أن الإنشاء قد يحصل بالسكوت. (ص ١٣٢)

(١٤) النائيني (المكاسب والبيع): أما ما دل على أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه، فلأن لفظ الإقرار معناه اللغوي هو: تثبيت الشيء وإنفاذه، فهذا يدل على كفاية الفعل، أعني: السكوت في الإجازة، وهو غير مرتبط بالقول بكفاية مطلق الرضا. والحاصل: أن المدعى كفاية الرضا الباطني من دون إنشاء قولي أو فعلي، والرواية تدل على كفاية الإنشاء الفعلي فهي غير مرتبطة بالمقام. (ص ١٢٤)

الطباطبائي: كصحيحة ابن وهب: جاء رجل إلى أبي عبد الله، فقال: إني كنت مملوكاً " لقوم وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن مولاي ثم أعتقوني بعد ذلك فأجدد نكاح إياها حين أعتقت فقال: أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم، فقال: نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي، فقال عليه

السلام: سكوتهم عنك
بعد علمهم اقرار منهم، أنت على نكاحك الأول.
ويمكن الجواب: بأن السكوت في مثل المقام امضاء عن في مع أن النكاح العبد خصوصية
حيث إن العقد لنفسه

(٥٨٥)

وما دل على أن قول المولى لعبده المتزوج بغير إذنه - (طلق)، يدل على الرضا بالنكاح فيصير إجازة، (١٥) وعلى أن المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا، (١٦) وما دل على أن التصرف من ذي الخيار رضا " منه، وغير ذلك. (١٧)

وإنما المفقود إذن المولى ورضاه فيكفي مجرد الرضي بخلاف ساير الفضوليات، فإنها تحتاج إلى إنشاء الامضاء ليصير العقد عقدا " له حسبما عرفت، ومن ذلك يظهر الجواب عن الخبر الآتي وما دل على أن المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيد التي ترتفع بالرضا، فإن بابه غير باب ساير الفضوليات. (ص ١٥٩)

(١٥) الطباطبائي: كخبر علي بن جعفر عليه السلام أخيه موسى عليه السلام عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام: أنه أتاه رجل بعبد، فقال: إن عبدي تزوج بغير إذن في فقال: على السيد فرق بينهما فقال

السيد لعبده يا عدو الله طلق، فقال: كيف قلت له؟ قال قلت له: (طلق) فقال عليه السلام للعبد: أما الآن فإن شئت فطلق وإن شئت فامسك فقال السيد: يا

أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري، قال ذلك، لأنك حين قلت له: (طلق) أقررت له بالنكاح.

وفيه: مضافا " إلى ما عرفت، أن ظاهره مما لا يمكن العمل به، لأن من المعلوم أنه لم يكن قصد السيد إجازة النكاح فتدبر. (ص ١٥٩)

الإيرواني: هذا من الدلالة اللفظية الالتزامية على إجازة النكاح ولم يعلم أن حكمه عليه السلام بمناط

الرضا فعله بمناط إنشاء الإجازة الحاصل بهذه العبارة مع ما عرفت من: أن كفاية الرضا هنا لا يثبت

المدعى عموما " . (ص ١٣٢)

(١٦) النائيني (المكاسب والبيع): ففيه: أن المذكور فيه اعتبار إجازة المولى، حيث إنه قال قدس سره: فإذا

أجاز المولى، فلا دلالة فيه على ما به يتحقق الإجازة، وكفاية مطلق الرضا الباطني في تحققها. (ص ١٢٥)

(١٧) الطباطبائي: كقوله عليه السلام فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا " قبل الثلاثة أيام، فذلك رضا منه

ولا شرط له. قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء.

وفيه: - مضافا: إلى كونه قياسا "، إذ الكلام في إجازة الفضولي لا في اسقاط الخيار - إن

ظاهره كون التصرف
الكذائي كافيا " من حيث مناط الرضا لا مجرد الرضا الباطني فتدبر. (ص ١٥٩)

(٥٨٦)

بقي في المقام: أنه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ، وكفاية مطلق الرضا أو الفعل الدال عليه، فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارنا " للعقد أو سابقا "، فإذا فرضنا أنه علم رضا المالك بقول أو فعل يدل على رضاه ببيع ماله كفى في اللزوم، لأن ما يؤثر بلحوقه يؤثر

بمقارنته بطريق أولى. والظاهر أن الأصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك: أن لا يصح الإجازة إلا بما لو وقع قبل العقد كان إذنا " منخرجا " للبيع عن بيع الفضولي. (١٨)

ويؤيد ذلك: أنه لو كان مجرد الرضا ملزما "، كان مجرد الكراهة فسخا "، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهي المالك، لأن الكراهة الحاصلة حينه وبعده - ولو آنا " ما - تكفي في الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلا "، إلا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخا " وإن كان مجرد الرضا إجازة. (١٩)

النائبي (المكاسب والبيع): لأن تصرفه فسخ فعلي، فيكون كالكسوت المذكور في الرواية الأولى في كونه إنشاء فعليا " فهذه الرواية أيضا تكون مما يدل على تحقق الإجازة بالفعل وعدم اعتبار خصوص القول فيها

لا على كفاية الرضا في تحققها. وبالجملة: فالأقوى: هو ما ذكرناه. (ص ١٢٥)
الإيرواني: تصرف ذي الخيار، إما أن يكون ملزما " تعبديا " أو بمناط الكشف عن الرضا أو إسقاط الحق، فعلى الأول، فهو أجنبي عن المقام وعلى الثاني كان ذلك تعميما " فيما يكون به الإنشاء لا اكتفاء بالرضا

الباطني مع عدم الإنشاء على طبقه أصلا "، مع أن الاكتفاء بالرضا في سقوط الحق لا يلزم الاكتفاء به فيما ليس بحق وسلطنة الإجازة من الأحكام، دون الحقوق ولو أغمضنا فغاية ذلك الاكتفاء بالرضا في الفضولي

لتعلق حق الغير كحق الرهانة مع كون العاقد هو المالك دون مطلق الفضولي. (ص ١٣٢)
(١٨) الإيرواني: لا ضير في هذا الالتزام، فإنه مقتضى العمومات بعد أن كان الخارج بالاجماع خصوص

صورة تخلل الرد بين العقد والإجازة فيبقى غيرها وهي: صورة تخلل الكراهة تحت العمومات القاضية بالصحة. (ص ١٣٢)

(١٩) الطباطبائي. وفيه ما فيه. (ص ١٥٩)

الثالث

من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد، إذ مع الرد يفسخ العقد، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة.
(٢٠)

(٢٠) الآخوند: الظاهر: أن اعتبار ذلك، إنما هو لأجل إن الإجازة مع سبقه لا توجب صحة اسناد العقد عرفاً " إلى المجيز، فكما أن العقد الفضولي على ماله يصير عقداً له ومسنداً " إليه بإجازته، كذلك يسقط عن قابليته لذلك برده، فلا يضاف إليه بالإجازة مع سبقه عرفاً "، ولا أقل من الشك فيه، ومعه لا دليل على نفوذ هذا العقد عليه، فإن التمسك بالعمومات، يكون من باب التمسك بالعام فيما اشتبه صدقه عليه، فإن المراد

من العقود في الآية، عقود من لهم الولاية على العقد، كما مرت إليه الإشارة، لا لأجل التعبد به على خلاف القاعدة، فإنه من البعيد جداً " اعتبار أمر زائد في الفضولي، ومع ذلك لا يكاد يتحقق الاجماع ولو من اتفاق الكل، لاحتمال أن يكون ذهاب الجمل، بل الكل إلى ذلك لذلك، فتفطن. (ص ٦٦) الإصفهاني: قد مر في بعض المباحث إن الإجازة محققة لحقيقة العقد اللبي المسبب عن العقد اللفظي وعليه فليس قبل الإجازة عقد حقيقي حتى ينحل بالرد، والحل والعقد متقابلان فلا يعقل الحل بلا عقد وشد فلا أثر للرد.

وأما على ما هو المعروف من كون الإجازة محققة لانتساب العقد المفروغ عن عقديته إلى المجيز فيعقل الحل لثبوت مقابله وإن لم يكن العقد بعد لمن له حل لتعلقه، كما في حق الخيار المجعول للأجنبي، إلا أن ثبوت السلطنة على الرد موقوف على الدليل. وما قيل فيه وجوه، أحدهما: ما أشار إليه المصنف قدس سره وهو: أن الإجازة بمنزلة الإيجاب إن كان البيع فضولياً " أو بمنزلة القبول إن كان الإشتراء فضولياً "، وقد تقرر في شرائط الصيغة: إن تأثيرها بل بقاء حقيقة المعاقدة منوط بعدم حصول ما يسقط الصيغة عن صلاحية التأثير أو ما يوجب زوال حقيقة المعاقدة، وقد تقرر هناك: إن الموجب لو فسخ إيجابه قبل القبول لغى الإيجاب فلا يبقى ما يلحقه القبول ليتم به المعاقدة وكذا رد القبول المتقدم من القابل وعليه فرد المالك ما أوجبه الفضول من قبله بمنزلة الغاء إيجابه،

وكذا رده ما قبله الفضول عن قبله الغاء لقبوله.
وفيه أولا " : إن المفروض هنا تحقق العقد حقيقة " وإنه لا شأن للإجازة، إلا أنها موجبة
لانتسابه إلى المجيز،

(٥٨٩)

والدليل عليه - بعد ظهور الاجماع، (٢١) بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا - : أن
الإجازة
إنما تجعل المحيز أحد طرفي العقد، (٢٢)

فهو قبل الإجازة باق على حاله من عدم انتسابه إلى أن يتحقق ما يوجبه فليس للراد قبل
إجازته ايجاب
مثلا " حتى يكون رده رجوعا " عن عهده، وأما الالتزام الخارجي القائم بالفضول فهو
موجود حقيقة، سواء
أجازه أو رده المالك فما نحن فيه إنما يندرج تحت تلك الضابطة فيما إذا أوجب الفضول
فأجازه المالك قبل
قبول الأصيل ثم رده أيضا " قبل لحوق القبول.

وثانيا " : إن المسلم في تلك المسألة ما إذا رد الموجب ايجابه فإنه رجوع عن عهده حقيقة
فلم يبق ما به
المعاهدة والمعاقدة، لا ما إذا رد القابل ايجاب الموجب، فإن عهده أجنبي عنه حتى يكون
رده رجوعا " عن

التزامه خارجا " والرد فيما نحن فيه من قبيل رد التزام الغير لا من قبيل الرجوع عن التزامه.
نعم، إذا كانت الإجازة محققة للعقد كان رده بمنزلة عدم ايجابه أو عدم قبوله، فكان أولى
من رجوعه عنه

بعد تحققه إلا أن الرد وعدمه في عدم تحقق العقد قبل إجازته على حد سواء. (ص ١٥٩)
* (ج ٢ ص ١٨٤)

(٢١) النائيني (منية الطالب): أما الاجماع فتحققه ممنوع بل قد يقال بأنه لا إشعار به في
كلمات العلماء إلا
كلام الشهيد في القواعد، وعلى أي حال إذا كان مدرك المجمعين الوجهين الأخيرين أو
احتمل ذلك فلا
اعتبار به.

النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى أن دعوى الاجماع من مثل المصنف قدس سره
كاشف قطعي عن تسالم
الحكم بين الأصحاب. (ص ١٢٩)

الطباطبائي: أقول: الحق: إن الرد من المالك غير مانع من الإجازة بعد ذلك ولا يوجب
الفسخ، وذلك لعدم
تمامية الوجوه المذكورة فلا مانع من العمل بالصحيحة الظاهرة في ذلك ولا داعي إلى
طرحها أو تأويلها.

أما ظهور الاجماع، فمضافا " إلى المنع منه لا دليل على حجية ما لم يصل حد القطع، بل
أقول: لا يصح
دعوى الاجماع القطعي على بطلان العقد إذا تخلل الرد من القابل بين الايجاب والقبول.
(ص ١٥٩)

(٢٢) الطباطبائي: مما ذكرنا ظهر ما في الوجه الثاني وهو كون بمنزلة أحد طرفي

المعاهدة، فإنه ممنوع أولاً "،
ولا يثمر ثانياً "، خصوصاً " مع عدم كون الحكم في المقيس عليه مسلماً "، فإن بطلان
الايجاب برد القابل قبل
قبوله غير مسلم لعدم معلومية الاجماع وعدم كونه مقتضى القاعدة كما عرفت.

(٥٩٠)

وإلا لم يكن مكلفا " بالوفاء بالعقد، لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو في حق
العاقدين
أو من قام مقامهما، وقد تقرر: أن من شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما
يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة. (٢٣)

ويؤيد ما ذكرنا: أنه لا إشكال في أنه لو نام أو غفل أو غاب أحد طرفي المعاملة قبل مجيء
الطرف الآخر
بطل قطعا " وليس الحال في الإجازة كذلك، إذ لا إشكال في أنه يجوز الإجازة مع غيبة
الآخر أو نومه أو
غفلته أو نحو ذلك فتدبر. (ص ١٥٩)
(٢٣) الآخوند: لا دخل لذلك في المقام، ضرورة أن اعتبار ذلك لتحقق العقد هناك وقد
كان العقد محققا هيها
والإجازة إنما تكون لتصحيح إضافته لا لأصل تحققه.
نعم، لو قيل بمنع تحقق العقد من الفضولي بدعوى: أنه يعتبر في قوامه صدور انشائه ممن
كان له ولاية
على مضمونه وليس من الفضولي إلا الإنشاء، وبالإجازة يصير عقدا " ومضافا " إلى المجيز
كان له الدخل، فإن
الرد على ذلك يكون من قبيل رد الإيجاب قبل القبول، لكنهم لا يقولون بذلك ويقولون
بتحقق العقد من
الفضولي وإن احتملناه في مجلس البحث، فتدبر جيدا " . (ص ٦٦)
الإصفهاني: وفيه: أنه لا علاقة بالإضافة إلى المال إلا علاقة الملكية أو علاقة الحقية ومن
الواضح عدم
تحقق أدنى مرتبة من الملك والحق للطرف الآخر بإنشاء الفضول، ومجرد صيرورته طرفا "
للعقد إن كان
منافيا " لسلطان المالك فلا بد أن لا يحدث من الأول وإلا فلا مانع من بقائه إلى الآخر.
(ص ١٨٥)
الطباطبائي: نعم، لا يبعد دعواه على بطلانه إذا رد الموجب إيجابه قبل قبول القابل، مع أنه
بمقتضى القاعدة
أيضا "، إذ لا يصدق المعاهدة بين الشخصين إذا رجع أحدهما عن عهده قبل قبول الآخر.
وأما رد الآخر ثم قبوله فلا ينافي صدق المعاهدة ولا هو مورد الاجماع.
وبالجملة: فالقدر المسلم من الاجماع إن سلم إنما هو البطلان إذا رد الموجب إيجابه، مع
أنه بمقتضى القاعدة
لا إذا رد القابل قبل قبوله فضلا " عما نحن فيه من رد المجيز قبل إجازته مع فرض كون
طرفي المعاهدة غيره
وقد حصلت بينهما وهو بإجازته يجعل ذلك العقد لنفسه. (ص ١٥٩)
النائيني (منية الطالب): وأما كون الرد بمنزلة ما يتخلل بين الإيجاب والقبول فممنوع أيضا
،

(۵۹۱)

هذا، مع أن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، فتأمل. (٢٤)

فإذا رده خرج العقد عن قابلية الإضافة إليه وصار أجنيا " عنه وسقط بذلك عن قابلية التأثير، وهذا وإن كان للمناقشة إليه سبيل إلا أن الاعتبار العرفي يساعده. (ص ١٣٢)

(٢٤) الآخوند: لا يخفى أنه ليس من أنحاء السلطنة على المال، السلطنة على اسقاط العقد الواقع عليه من الفضولي عن قابلية لحوق الإجازة به، فإنه السلطنة على الحكم، لا على المال، مع أنه لو كان منها لا دلالة لمثل (الناس مسلطون)، الأعلى أن المالك ليس محجورا " عن التصرفات النافذة شرعا " ويكون مسلطا. وبعبارة أخرى: إنما يكون بصدد بيان إنه السلطان على التصرفات النافذة، لا لبيان إنه له أنحاء السلطنة كي يمكن التمسك به على تشريع نحو سلطنة شك في أنه يكون شرعا " أولا، كما لا يخفى. ألا ترى! أنه لا مجال لتوهم دلالة (الناس مسلطون)، على مثل جواز وطى السيد عبده وأنه إنما خصص بالاجماع، فاحفظ ذلك ينفك في غير المقام، ولعله أشار إليه بالأمر بالتأمل. (ص ٦٧)

الطباطبائي: أما الوجه الثالث وهو دليل السلطنة، ففيه أولا: إنا لا نسلم حصول الفضلة للطرف الآخر، حتى يحتاج إلى قطعها بل المال بعد بيع الفضولي باق بحاله ولم يتعلق به حق الغير. نعم، للمالك أن ينقله إليه بالإجازة كما كان له أن ينقله إليه قبل هذا البيع بالبيع ومثل هذا حكم شرعي ولا يعد من العلقه، كيف! وإلا كان بيع الفضولي حراما "، لأنه تصرف في مال الغير باحداث هذه العلقه.

وأیضا " : لازم ذلك أن يجوز للمالك أن يقطع سلطنة الناس وخصوص شخص خاص عن ماله بجواز شرائه وليس كذلك قطعا "، وذلك لأنه كما أشرنا إليه من الأحكام الشرعية لا العلاقات الثابتة للأجانب.

وثانيا " : نقول: إن قاعدة السلطنة متعارضة، لأن مقتضاها جواز أن يجيز بعد الرد، لأنه مقتضى سلطنة على ماله.

وثالثا " : قد مر من المصنف قدس سره سابقا " : إن قاعدة السلطنة إنما يثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالبيع والهبة ونحوهما، لا جميع ما أراده المالك، إذ ليست مشرعة فهي تنفع في جواز سائر ما ثبت صحته

شرطا " ، ولذا نقول: إن المال لا يمكن أن يخرج عن الملك بالاعراض من جهة قاعدة السلطنة، وكذا إذا أراد نوعا " من المعاملات الغير المتعارفة المعهودة، فإنه لا يمكن اثباته بهذه القاعدة،

(٥٩٣)

نعم، الصحيحة الواردة في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة بعد الرد، (٢٤) اللهم إلا أن يقال:

أن الرد الفعلي - كأخذ المبيع مثلا - غير كاف، بل لا بد من إنشاء الفسخ. (٢٥)

(٢٤) الإصفهاني. من جميع ما ذكرنا يتضح أن العمل بصحيفة محمد بن قيس الظاهرة في تأثير الإجازة

بعد الرد لا مانع منه ولا أظن اجماعا " تعبديا " في المقام كما يظهر من بعض الأعلام. (ص ١٦٠) * (ج ٢ ص ١٨٦)

النائبي (منية الطالب): وتوهم دلالة الصحيحة الواردة في بيع الوليدة على تأثير الإجازة بعد الرد في غير

محلها، لما تقدم أنه لم يعلم الرد، من مالك الوليدة، ومجرد أخذ المبيع لا يكشف عن الرد، فإن الرد عنوان إنشائي

يتوقف تحققه على قول أو فعل كان مصداقا " له، وليس أخذ الجارية ردا " فعليا "، لا مكان أن يكون أخذا " من

باب التمسك بالملكية الفعلية الثابتة للمالك قبل الإجازة، وقد تقدم أيضا " أنه يمكن أن يكون الامسك لأجل

أخذ الثمن، لا لرد بيع ابنه.

وبالجملة: مجرد إمساك المبيع ليس ردا " من مالكة، فإنه من مقتضى طبعه الأصلي وهو تصرف كل مالك

في ملكه وليس مطلق التصرف ردا " فعليا "، بل لو سلمنا إن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إقرار للعقد

وفيما انتقل عنه فسخ، لكن تصرف المالك في ماله في المقام ليس كاشفا " عن رده عقد الفضولي، لعدم كونه

كاشفا " نوعيا " عنه ولا مصداقا " فعليا " منه، لأن تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه تثبت بالملكية السابقة فيه

يتحقق الفسخ وإلا يكون تصرفا " في مال الغير ولذا يتحقق بكل فعل ينافي صدوره منه مع كون المال

ملكا " للغير كالعرض على البيع والعقد الفاسد ونحوهما.

وأما تصرف المالك في المقام فحيث إنه في ملكه وبمقتضى طبعه الأصلي فليس مصداقا " للرد. (ص ٢٥٤)

(٢٦) النائبي (المكاسب والبيع): وذلك لا للمنع عن تحقق الرد بالفعل، ضرورة أنه كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل،

بل للمنع من كون أخذ الوليدة مصداقا " للرد، بل هو جري على طبق الملكية السابقة، فيكون نظير

امساك المثمن من ناحية ذي الخيار لأجل الوصلة إلى الثمن، حيث إنه لا يكون فسخا " بخلاف تصرفه فيه بما

يتوقف على الملكية، كوطي الجارية أو تقبيلها، حيث إنه فسخ أو تصرفه في الثمن على

ذاك النحو من التصرف، فإنه إجازة على ما سيجيء في باب الخيارات. هذا، وقد تقدم التكلم في هذه الرواية في مقام الاستدلال بالأخبار في اثبات صحة الفضولي، فراجع. (ص ١٣٥)

(٥٩٧)

ودعوى: أن الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة وقد صرحوا بحصوله بالفعل.

يدفعها: إن الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء والعتق ونحوهما،

لا مثل أخذ المبيع. (٢٦)

وبالجملة: فالظاهر هنا وفي جميع الالتزامات: عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقيب الفسخ، فإن سلم ظهور الرواية في خلافه فليطرح أو يؤول.

الإيرواني لعل نظره إلى ما ذكرناه سابقا " من أن أخذ المبيع في مورد الصحيحة لم يعلم أنه لغرض الرد

فعله كان راضيا " بالبيع وإنما أخذ المبيع مع ذلك استحصالا " للثمن وتوصلا " إلى تسلمه من المشتري،

بأخذه من البائع الفضولي وتسليمه إياه، ولولا ذلك لم يكن للمناقشة في حصول الرد بأخذ المبيع سبيل، فإن

الظاهر أن ذلك كان بعنوان إنشاء الفسخ لا لأغراض أخرى. (ص ١٣٢)

(٢٦) الطباطبائي: لا يخفى أن أخذ المبيع إذا كان بعنوان كونه كارها " للمنع لا يقصر عن سائر التصرفات

خصوصا "، مثل الوطي الذي يمكن أن يقال إنه إذا لم يكن بعنوان الفسخ لا يكون فاسخا "، ولذا ذكر بعضهم

أنه لا يحصل منه الرجوع في الطلاق إذا لم يكن بقصده بل يعد من الزنا، مع أن الأمر في رجوع الطلاق

أهون من غيره على ما بين في محله.

وبالجملة: فلا ينبغي التأمل في ظهور الصحيحة في صحة الإجازة بعد الرد ويجب العمل عليها

فتدبر. (ص ١٥٩)

الرابع
الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله، (٢٧) فموضوعها المالك، فقولنا: (له أن يجيز) مثل قولنا: (له أن يبيع)، والكل راجع إلى أن له أن يتصرف. فلو مات المالك لم يورث الإجازة، وإنما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي، (٢٨) فله الإجازة، بناء على ما سيحى من جواز مغايرة المجيز والمالك حال العقد - في من باع مال أبيه فبان ميتا " -

(٢٧) الطباطبائي: يعني: إن جواز الإجازة ليس من الحقوق، بل هو من الأحكام الشرعية فلا يتعلق به الإرث، لأن الحكم لا يورث وقد عرفت: الفرق بين الحق والحكم في أول باب البيع وعرفت: أن تشخيص الصغريات في غاية الإشكال، ولذا حكى عن أنوار الفقاهة ولد الشيخ الكبير، شيخ حسن إن ذلك مما يميزه النبيه بدوقه وليس له معيار كلي تعم. حكى عن صاحب الجواهر إن كل ما عبر عنه بالحق في الأدلة الشرعية، فهو من الحقوق وغيره يبنى على كونه حكما في صورة الشك، لأن الأصل عدم ترتب آثار الحق فتدبر. (ص ١٦٠) الإصفهاني: المقصود من العبارة وإن كان واضحا"، حيث إن جواز الإجازة حكم شرعي لاحق حتى يورث، إلا أن الإجازة ليست أثرا"، كما هو ظاهر العبارة ونفوذها وإن كان أثرا " وضعيا " شرعيا"، لكنه ليس مترتبة على سلطنة المالك على ماله، فإن السلطنة بمعنى القدرة شرعا " على التصرفات المباشرة والتسببية الواردة على المال وهي متقومة بجواز التصرفات شرعا " تكليفا " ووضعيا"، فحيث إنها جائزة يكون قادرا " عليها شرعا"، لا أنه حيث يكون قادرا " شرعا " يجوز التصرفات تكليفا " ووضعيا". فحق التعبير أن يقال: إن جواز الإجازة كجواز سائر التصرفات من آثار الملك، لا من آثار السلطنة على الملك. (ص ١٦٠) * (ج ٢ ص ١٨٧) (٢٨) الآخوند: وذلك لأنها ليست مما تركه الميت، حيث إنها ليست بمال ولا بحق، بل من الأحكام، كما أشرنا إليه في الحاشية السابقة. نعم المال الذي يبيع فضولا " يورث، فلكل وارث إجازة البيع في خصوص ما ورثه، لو قيل بجواز المغايرة بين المجيز والمالك حال البيع، بخلاف ما لو قيل بإرث الإجازة، فإنه بعينه يكون كارث الخيار، فيشترك جميع الورثة فيها حتى من ليس له من المبيع نصيب، فقد ظهر بذلك الفرق

بين إرث
الإجازة وارث المال. (ص ٦٧)

(٥٩٩)

والفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمل. (٢٩)

النائبي (المكاسب والبيع): نعم، ثبوت السلطنة بالملكية المنتقلة ينحصر بما إذا كان الانتقال بالإرث
لا بإحدى العقود المملكة، فلو باع المالك قبل الإجازة لثالث، لا يثبت للمشتري السلطنة
على إجازة ما صدر
من الفضولي في زمان ملك البائع.
والفرق بين الإرث والبيع هو: أن الملكية بما لها من الشؤون تنتقل من المورث إلى وارثه،
ويقوم الوارث
مقامه في كونه طرفاً " لتلك الإضافة حسبما تقدم مرارا "، ولذا لو كانت متعلقة لحق من
رهن ونحوه، تنتقل
مع ما هي عليها من الحقوق بخلاف البيع، فإن المشتري يتلقى الملك عن بايعه بملكية
جديدة، أي: لا تنتقل
الملكية التي بين البائع وبين المال المبيع إلى المشتري بل هي تبقى بحالها، ويرفع المبيع
عن كونها طرفاً " لها،
ويجعل مقامه الثمن، فالمشتري لا يملك المبيع بتلك الملكية التي كان البائع يملكه بها،
ولذا لو انتقل إليه مع
كونه متعلقاً لحق لا يبقى ذاك الحق بعد الانتقال، بل إما أن لا ينتقل أصلاً "، ذلك فيما إذا
كان مع عدم رضا
صاحب الحق أو يزول الحق وذلك فيما إذا أسقطه صاحبه كما لا يخفى.
والحاصل: أن الإجازة لا تورث، بل هي حكم تابع للملكية فتثبت فيما تثبت الملكية لكن
لا مطلقاً "، بل إذا
كانت الملكية بالإرث على ما بيناه. (ص ١٣٥)
(٢٩) الطباطبائي: نعم ذكر بعضهم هناك إن كل واحد منهم يرث حق الخيار بالنسبة إلى
مقدار إرثه من
العين وبعضهم: إن الخيار يرثه المجموع من حيث المجموع، فليس لواحد منهم الفسخ
مستقلاً "، لا في الكل و
لا في بعض. والحاصل: أنه بناء على الثاني يجزي الخلاف المذكور في باب إرث الخيار
بخلافه على الأول،
فإن الإجازة تابعة لمقدار إرثه من العين قولاً " واحداً ". (ص ١٦٠)
الإيرواني: يظهر من العبارة إن الموروث، إما هو المال، وإما الإجازة، مع أن إرث المال
مما لا ينبغي التأمل
فيه، لا المال باق على ملك مورثه إلى زمان الموت فينتقل بالإرث إلى الورثة، وإنما البحث
في إرث
الإجازة أيضاً " معه، أو أن الموروث ليس إلا المال وإن الإجازة تثبت في حق من ورث
المال بالأصالة
حكماً " من الله عز وجل، والفرق بين كون الإجازة موروثاً أو ثابتة بالأصالة هو: أنه على

تقدير الثبوت
بالأصالة تختص بمن يكون وارثا " للمال، وعلى التقدير الآخر يعم إرثها لمن لا يرث
المال، كحق الخيار ترثه
الزوجة وإن كان متعلقا " بعين لا ترث هي منها كالعقار. (ص ١٣٢)

(٦٠٠)

(٣٠) النائيني (المكاسب والبيع): لا إشكال في أن إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن، أو اقباض المثلثين فيما إذا باع الفضولي وأقبض المبيع وقبض الثمن. (ص ١٣٦)

النائيني (منية الطالب): وذلك لعدم جريان دلالة الاقتضاء في العقود التي لم يكن القبض جزء المؤثر ولا شرطاً " لصحتها.

نعم، فيما كان كذلك كباب الصرف والسلم وباب الوقف والرهن والهبة، فإجازة العقد إجازة للقبض أيضاً "، بل يمكن أن يقال: باختصاص ذلك بباب الصرف والسلم، فإن حكم القبض فيهما حكم الإيجاب والقبول، ولذا لو أقر بالبيع فإقراره به إقرار بجميع أجزاء العقد وهذا بخلاف باب الوقف ونحوه، فإنه لو قال: (وقفت الدار)، لا يحكم بأنه أقر باقباضه الدار.

نعم، لو أقر بأن هذا الدار وقف يحكم بالقبض أيضاً "، والفرق واضح.

وبالحملة: لا ملازمة بين إجازة البيع وإجازة القبض مطلقاً " . (ص ٢٥٦)

الإيرواني: ينبغي أن يبحث في هذا التنبيه في مقام الثبوت، وإن القبض بما هو قبض هل هو قابل لأن يقع فضولياً " يصح بإجازة المالك أو لا؟

فلو صرح بإجازته لم يصح، فضلاً " عما إذا استفيدت إجازته من إجازة البيع بالملازمة الشرعية أو العرفية، وهذا البحث إنما يكون حيث يكون للقبض برضا المالك أثر خاص فيبحث عن ترتب ذلك الأثر وعدمه

بالرضا المتأخر، كما إذا اعتبرنا في الصرف والسلم التقابض الحاصل برضا الطرفين في المجلس، فيبحث عن أن المالك إذا رضي بما صدر من الفضولي من الاقباض هل يجدي ذلك في وقوع بيع الفضولي صحيحاً "؟

وهذا مبني على استفادة أن الشرط هو الاقباض عن رضا أعم من المقارن واللاحق من دليل اعتبار ذلك الشرط أو من دليل صحة الفضولي، لكن دليل صحة الفضولي يختص بالبيع، كما أن ظاهر أدلة اعتبار التقابض في المجلس اعتبار كونهما برضا الطرفين رضا " مقارناً "، وعليه فلا يصح القبض بالإجازة وحينئذ يلغو البحث في المقام الثاني وفي دلالة إجازة البيع على إجازته وعدمه.

هذا، في تصحيح القبض بما هو قبض بالإجازة.

(٦٠١)

ولو أجازهما صريحا " أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة، (٣١)

وأما دخول الإجازة تحت عنوان آخر وصحتها بما هي ذلك العنوان فيما لم يكن البيع مشروطا " بالقبض
فذلك مما لا إشكال فيه، ففيما إذا كان الثمن في بيع الفضولي شخصا " وقد قبضه البائع الفضولي كانت
إجازة المالك له توكيلا " منه للبائع في إثبات يده عليه بحسب الاستمرار إن كانت عين الثمن قائمة أو إبراء

لذمة المشتري عن الضمان إن كانت تالفة. (ص ١٣٢)
(٣١) النائيني (منية الطالب): هل القبض أو الاقباض قابل للإجازة أم لا؟ قد يقال: بأن الفعل الخارجي لا ينقلب عما هو عليه بالإجازة، ولكنك خبير بأن الفعل لا ينقلب عما هو عليه بالنسبة إلى الآثار الماضية.

وأما الآثار الباقية فبالامضاء والإجازة يمكن أن يؤثر فيها.
نعم، لو قيل بأن النزاع في الكشف والنقل لا يجري في إجازة القبض والاقباض، بل لا بد من الالتزام بالنقل
لكان في محله فالصواب أن يقال: إن البحث يقع تارة في قابلية القبض والاقباض للإجازة، وأخرى في جريان نزاع الكشف والنقل فيها.

وأما البحث الأول: فأصل تأثير الإجازة فيهما لا ينبغي الإشكال فيه من غير فرق بين وقوع أصل المعاملة
بين المالكين أو الفضوليين أو المختلفين مثلا " لو أجاز المالك الذي بيع ماله فضولا " قبض هذا الفضولي أو
الفضولي الآخر ثمن ماله كان الفضولي وكيلا " في قبض ماله فيكون بمنزلة نفسه في قبض الثمن.

ولو أجاز إقباض الفضولي المبيع إلى المشتري كان وكيلا " من قبله، وعلى أي حال القبض والاقباض
لا يعتبر فيهما المباشرة فلا مانع من تأثير الإجازة فيهما.

نعم، ليجري فيها نزاع الكشف والنقل، لأن الإجازة المتعلقة بهما كإجازة المتعلقة بالعقود الإذنية تؤثر من حينها، فلو وقع التلف بين القبض والإجازة فلا يمكن أن لا يؤثر هذا التلف في الانفساخ، لتعقب القبض

بالإجازة بل لا يبقى محل للإجازة.
نعم، لو تلف المبيع بعد الإجازة خرج عن ضمان البائع، لأن بالقبض ينتقل الضمان وينقلب المعاوضي منه

إلى الضمان بالمثل والقيمة، كما سيحجى في محله.
وبالحملة: لا إشكال في تأثير الإجازة في القبض والاقباض ويكونان بمنزلة تحققهما من

المالك، لا لما (سيفيده)
المصنف في وجه ذلك من: أن مرجع إجازة القبض إلى إسقاط الضمان عن عهدة
المشتري،

(٦٠٢)

لأن مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، (٣٢)

فإن هذا إنما يصح لو قلنا: بأن ضمان المشتري الثمن بمقتضى القاعدة، أي: من باب الشرط الضمني فيكون إجازة البائع قبضه إسقاطاً " للشرط. وأما لو قلنا: بأنه من باب التعبد الثابت في المثلن وتسريته إلى الثمن من باب جعل المبيع مثلاً " في قوله عليه السلام: (كل بيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه) فيمكن منع شمول النص لقبض الفضولي، لأنه لا أثر لإسقاط الضمان ولو صرح به المالك، فإنه بناء على هذا، يكون تلف المبيع على البائع حكماً " تعدياً " غير قابل للإسقاط، بل الوجه فيه هو ما ذكرناه من: أن مرجع الإجازة إلى التوكيل، وعلى أي حال، فلا بد من الالتزام بالنقل وليست الإجازة في جميع الأبواب قابلة لنزاع الكشف والنقل فيها، ولذا التزم المحقق الثاني مع توغله في الكشف بالنقل في إجازة المرتهن، وما التزم به في مسألة الرهن وإن لم يصح، كما تقدم وجهه وهو: أن الإجازة ترجع إلى العقد والعقد قابل لأن ينقلب بالإجازة، إلا أنه يصح في مسألة الفعل، فإنه بالإجازة لا ينقلب عما هو عليه. والسر في ذلك هو ما تقدم الإشارة إليه سابقاً " من: أن تأثير الإجازة فيما قبلها إنما هو في الأمور الاعتبارية لا الأمور التكوينية، فإنها لا تكون مراعى برضا أحد وإجازته. (ص ٢٥٩)

(٣٢) الطباطبائي: فيه: أن ذلك لا دخل له بالقبض فترتيب آثاره لا وجه له، مثلاً " إذا دل الدليل على أن التلف قبل القبض من مال مالكة لا يترتب عليه، لأنه ليس قبضاً " حتى يرتفع به الضمان المعلق على القبض. ثم، إنه ربما يورد عليه إنه من قبيل إسقاط ما لم يجب، وهو غير جائز، لأن المشتري لم يصير ضامناً " بالفعل حتى يجوز إسقاط ضمانه. ويمكن أن يقال: إن مفروض كلامه فيما إذا تلف المقبوض في يد الفضولي، فيكون ضمان المشتري الأصيل فعلياً " .

لكن يشكل بأنه حينئذ يمكن دعوى: عدم صحة الإجازة الفوات المحل، لكن المصنف قدس سره بنى على عدم فواته بناء على الكشف. والأولى أن يقال: إنه ليس إسقاطاً لما لم يجب، لأن هذا المقدار من الوجوب كاف في

صحة الاسقاط، بل هو
التحقيق، ولذا نقول: يصح اسقاط ضمان الودعي على فرض التعدي أو التفريط ولو كان
قبل ذلك.

(٦٠٣)

ومرجع إجازة الاقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع. (٣٣) لكن ما ذكرنا إنما يصح في قبض الثمن المعين،

وهو حكم شرعي بانفساخ المعاملة بالتلف قبل القبض، لاحق مالي قابل للاسقاط وصرح رحمه الله هناك:

بأن اسقاط العهدة بعد العقد غير مجد، وعليه فسواء كان الثمن تالفا " حين الإجازة أو باقيا " لا يصح اسقاط

ضمانه الفعلي على الأول وضمانه بالقوة على الثاني.

وأما بناء على أن الضمان هنا ضمان الغرامة - كما ذهب إليه الشهيد الثاني قدس سره وغيره - فاسقاط

الضمان وإن كان معقولا " قبل التلف، لخروج العوضين عن عهدة الطرفين فلا يتعين الباقي حينئذ للبديلة للتالف

إلا أن اسقاطه بعد التلف في خصوص ما نحن فيه البديل عند فعلية الضمان هنا هو العوض المسمى وليس

هو كليا " ذميا " قابلا " للبراء، كما في اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة، ولاحق متعلق بالعين بحيث يقبل

الاسقاط.

وملكية العين الشخصية لا تزول بالاسقاط أو البراء. وأما إنشاء السقوط المتأخر من المالك بحيث تؤثر

في المتقدم عند قبض الفضول ليؤول الأمر إلى سقوط العهدة قبل تعيين الباقي للبديلة، فهو على فرض

المعقولة لا دليل عليه. (ص ١٦٠) * (ج ٢ ص ١٨٧)

(٣٣) الإصفهاني: لا يخفى عليك إن المبيع حيث إنه وقع في يد مالكة من الأول بسبب الإجازة المتأخرة

المؤثرة في المالك ليس كقبض الثمن، حيث إنه قبض الفضول لا قبض المالك وإن كان المالك مالكا " من حين

العقد أيضا "، لكن يشترط في قبض المالك المترتب عليه عدم انفساخ المعاملة أن يكون بإذن مالكة الأول،

لأن المتبايعين وإن كانا مالكين بالعقد فقط، إلا أنه لكل منهما الامتناع من تسليم المال إلى مالكة قبل

تسلم عوضه، فلا بد أن يكون القبض بالإذن وبدونه يكون القبض، كالعدم كما ذكر في محله فلا محالة

لإجازة الاقباض أثر إلا أنه لا يخلو عن إشكال، لأن أثر هذه الإجازة ليس كونها محققة للانتساب، لأن

الفرض وقوع المال بيد مالكة بل صيرورة القبض جائزا " حتى يتحقق به موضوع حكم عليه بعدم انفساخ

المعاملة ولا يعقل تأثير الرضا المتأخر في صيرورة العمل المتقدم مباحا " مرخصا " فيه.

(ص ١٦١) * (ج ٢ ص ١٩١)

(٦٠٧)

وأما قبض الكلبي وتشخصه به فوقوعه من الفضولي على وجه تصححه الإجازة يحتاج إلى دليل معمم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والاقباض، وإتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة. (٣٤)

(٣٤) الآخوند: سيما مع ما عرفت من: أن القبض بالإجازة لا يصير قبضه ولا يصح انتسابه إليه، لا مباشرة ولا تسببياً. نعم، لو كان المقبوض باقياً " في يده إلى زمان لحوق الإجازة، لا يبعد كفايته في تشخصه، لكنه ليس من باب تأثير قبض الفضول بالإجازة، بل من باب تأثير القبض بالرضا والإذن، كما عرفت. (ص ٦٩)

الطباطبائي: لا يخفى أن الفضولية إنما تجري في التصرفات المعاملية، بناء على عموم دليلها لا في الأفعال الخارجية التي لها آثار شرعية والقبض في المعين من الأفعال الخارجية، فهو أولى بالإشكال من القبض في الكلبي، لأن تشخيص الكلبي المملوك بالفرد وتعيينه فيه نوع من المعاملة، لأنه من باب الوفاء وهو في اللب مبادلة بين الكلبي والفرد المتشخص ما ذكره المصنف من جريانه في العين دون الكلبي لاحتياجه إلى دليل معمم كما ترى. (ص ١٦٠)

النائيني (منية الطالب): الحق: عدم الفرق فيه بين الكلبي والشخصي، لا لعموم أدلة الفضولي حتى يمنع عنه كما في المتن بل لعموم أدلة الوكالة، فكما أن لنفس المالك تعيين الكلبي في الشخص وجعل الشخص مصداقاً " لما في الذمة، فكذلك لو كي له أو المأذون من قبله ذلك، فلو أجاز قبض الكلبي أو إقباضه فلا مانع من تأثير الإجازة وصيرورة الكلبي مشخصاً " في المقبوض. (ص ٢٥٦)

النائيني (المكاسب والبيع): لكن الانصاف: عدم التفاوت بين الكلبي وبين العين الخارجي، وذلك بما بيناه في الأمر الأول من ارجاع إجازة القبض إلى توكيل القابض أو ايداعه، فكما أن قبض وكيل المعجز وأمينه قبض له بدليل تنزيل الوكيل منزلة الموكل في العين الخارجي، كذلك قبضهما في الكلبي أيضاً قبضه، فكما أنه يصح انطباق الكلبي على الفرد بقبض المعجز نفسه، كذلك يصح انطباقه عليه بقبض ما نزل منزلته، أعني: وكيله وأمينه، فالمدال على صحة الفضولي في قبض الكلبي، ليس ما يدل على صحته في العقد حتى يمنع عن دلالاته، ويقال بالاحتياج إلى المعمم بل المدال عليها هو المدال على تنزيل الوكيل

والأمين منزلة
الموكل والمودع مع ما يدل على اعتبار قبض المجيز كما لا يخفى. (ص ١٣٩)

(٦٠٨)

وعن المختلف: أنه حكى عن الشيخ: أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن، ثم ضعفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض. وعلى أي حال، فلو كان إجازة العقد دون القبض - لغوا " كما في الصرف والسلم بعد قبض الفضولي والتفرق - كان إجازة العقد إجازة للقبض، صونا " للإجازة عن اللغوية. (٣٥)

هذا، في الثمن الكلي وفيما إذا كان المثلثن كليا " كان معنى إجازة إقباض الفضولي فردا " منه للمشتري فيما إذا كان باقيا " ذلك الفرد تحت يده فعلا " تعيين حقه فعلا " فيه فينتقل الفرد من الآذن إليه مع كون منافعه قبلا " راجعة إلى المالك لكونه باقيا " في ملكه إلى زمان صدور الإجازة. وفيما إذا كان الفرد تالفا " كان معنى إجازة الإقباض إبراء ذمة المشتري عن العوض بإزاء إبرائه لذمة المالك عن الاشتغال بالمبيع فيما إذا اختلف المستقر في الذمتين، وفيما إذا اتحد حصل التهاتر القهري بلا حاجة إلى الإجازة، ومما ذكرنا يظهر النظر في مواقع من كلام المصنف قدس سره. (ص ١٣٢) (٣٥) النائيني (منية الطالب): قد ظهر (من كلماتنا في السابقة) أنه لو كان القبض جزء المؤثر من العقد فإجازة العقد إجازة له أيضا "، ولكن هذا يصح لو كان المجيز عالما " بذلك. وأما في صورة الجهل فلا تتم دلالة الاقتضاء. (ص ٢٥٦) النائيني (المكاسب والبيع): هذا باطلاقة ممنوع، بل الحق هو التفصيل بين ماذا كان مجيز العقد عالما " بتوقف صحة العقد على القبض فيجيز العقد وبين ما إذا لم يكن عالما "، فيصح دعوى الملازمة بين الإجازتين في الأول دون الأخير ووجهه ظاهر. (ص ١٤٢) الآخوند: لا يقال: إنه قد سبق الإشكال في تأثير الإجازة في قبض الفضول. فإنه يقال: نعم، لكنه فيما يحتاج إلى قبض المجيز، وفي الصرف والسلم، لا يحتاج إليه، بل إلى القبض من المتعالمين، والإجازة فيهما إنما يكون متعلقا " بنفس البيع والعقد الحاصلين من الإيجاب والقبول والقبض في المجلس، كما في غيرهما، لا بنفس القبض. وبالجملة: حال القبض فيهما، حال الإيجاب والقبول، وقد عرفت: أن الإجازة في الحقيقة، لا تلحقهما، بل ما يتسبب منهما من البيع والعقد، فافهم.

ولو قال: أجزت العقد دون القبض، ففي بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان. (٣٦)

ولو بنحو فهو قابل للإجازة هنا من حيث كونه دخيلا " في ذلك الأمر الاعتباري، وإن كان من حيث عدم قبوله للانتساب إلى المجيز كشيخنا الأستاذ قدس سره فهو في سعة من الإشكال، لأن القبض في بيع الصرف لا يعتبر من المجيز حتى لا يقبل الانتساب إليه، بل يعتبر من المتعاملين بالمعاملة الصحيحة، فتصحح المعاملة بالإجازة كاف في كون القبض المتقدم قبض التعاملين بالمعاملة الصحيحة حال صدور العقد الملحق بالإجازة المتأخرة النافذ بها من دون حاجة إلى إجازة القبض، لا بالمطابقة ولا بالالتزام، سواء كان عالما " بالاشتراط أو جاهلا " به. ومما ذكرنا يندفع الإشكال أيضا " عما بنينا عليه من صحة القبض في مثل الصرف بالإجازة، فإن القبض إنما ينتسب إلى المجيز بعد التفرق فلا يؤثر مثله وجه الاندفاع إن المعتبر قبض التعاملين لا المالكين وبالإجازة المتأخرة حيث تصح نفس المعاملة كان قبض التعاملين في طرف انعقاد المعاملة قبضا " مؤثرا " لكنك " قد عرفت: أن مرجع الأمر إلى أن الإجازة أجنبية عن القبض هنا وإن كان القبض في نفسه قابلا " للانتساب وللتأثير بالإجازة بل الإجازة المتأخرة محققة لموضوع القبض لا موجبة لصحته ونفوده. ومما ذكرنا يظهر حال الإجازة بناء على النقل فإنه لا بد من بقاء التعاملين على اجتماعهما إلى أن تحصل الإجازة حتى يؤثر قبضهما في القبض الحاصل قبل الإجازة ليس من قبض التعاملين بالمعاملة الصحيحة والاجتماع لهما في مجلس الإجازة ليس من الاجتماع المعاملي، إلا إذا قلنا بأن الإجازة عقد مستأنف وحينئذ يعتبر قبض المجيز. (ص ١٦٢) * (ج ٢ ص ١٩٣) (٣٦) الطباطبائي: لا وجه للوجه الثاني، إذ بعد كونه في مقام الجد لا معنى للحكم بصحة العقد وبطلان رد القبض، مع أنه صرح بعدم الرضا به فالحكم ببطلان العقد متعين، كما مر في نظيره. (ص ١٦٠) الإصفهاني: أما ما ذكره قدس سره من الوجهين فبالإضافة إلى ما فرضه من المثال فإنه كلام واحد متهافت، فمن حيث إنه تفكيك بين المشروط وشرطه الشرعي فهو في قوة ابطال العقد ومن حيث إنه

راض بوقوع العقد على ماله، فعدم رضاه بشرط نفوذه أجنبي عما يعتبر فيه رضاه فرضاه
وعدمه بلا أثر
فيصح العقد الذي يعتبر فيه رضاه وهذا هو الأنسب فتدبر.
وأما على ما بنينا عليه من: أن الاعتبار بقبض المتعاملين وأن انتسابه إلى المالكين غير لازم،

(٦١٢)

السادس

الإجازة ليست على الفور، للعمومات ولصحيحة محمد بن قيس وأكثر المؤيدات المذكورة بعدها، (٣٧) ولو لم يحز المالك ولم يرد حتى لزم تضرر الأصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه

وإليه - على القول بالكشف (٣٨) - فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين (٣٩)

(٣٧) النائيني (المكاسب والبيع): وذلك مضافاً " إلى ما استدل به من العمومات وصحيحة

محمد بن قيس،

لأجل عدم ما يدل على الفورية، لأن إجازة المالك للبيع الوارد على ماله ليس إلا كنفسه بيعه، فكما أن

بيعه لا يكون على الفور بحيث يسقط السلطنة على البيع بترك الفور، كذلك الإجازة ليست على الفور،

وإنما نقول بالفور في موارد القول به، لأجل قيام الدليل عليه، والدليل الدال عليه في موارد مثل الشفعة

والغبن ونحوهما بجامع واحد هو كون التراخي وترك الفور في الأخذ بالحق كاشفاً " عن رضا ذي الحق بترك

حقه والتجاوز عنه، كما يقال في باب الشفعة، إنه مع العلم بانتقال الشقص إلى المشتري وإن له استرداده

بأخذه منه لو ترك الأخذ يكون تركه كاشفاً عن رضاه بانتقال الشقص إلى المشتري ولا يخفى انتفاء هذا

الملاك في المقام، إذ لا يترتب على ترك الإجازة شيء كما لا يترتب على ترك بيعه بالمباشرة شيء إلا بقاء

ماله على ملكه وهذا ظاهر. (ص ١٤٣)

(٣٨) النائيني (المكاسب والبيع): ابتداء المسألة على القول بالكشف مبني على مختاره قدس سره من

التفصيل بين الكشف والنقل في صحة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه وعدم صحته حيث جعل من

الثمرات بين القولين صحة تصرفاته وعدمها، وبناء على ما حققناه سابقاً " من عدم صحة تصرفات الأصيل

حتى على النقل، فلا يحتاج إلى التقييد بالقول بالكشف في هذا الفرع، بل يجري الكلام فيه على النقل

أيضاً ". (ص ١٤٣)

(٣٩) الآخوند: أما بناء على ما هو المختار من: أن المنفي هو حكم الأمر الضرري بنفي نفسه، فالمتعين

تداركه بالخيار، حيث كان العقد من طرف الأصيل لازماً "، فإذا صار ضرورياً " انقلب جائزاً "، فلا مجال

لاحتمال الاجبار، وفيما علقناه على مسألة خيار الغبن ما يناسب المقام، فراجع. (ص ٧٠)

(٦١٦)

السابع

هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً " أو خصوصاً "، أم لا وجهان،
الأقوى: التفصيل (٤٠)

(٤٠) الآخوند: لا ريب في اعتبار المطابقة في الصحة، وإلا لزم تأثير ما لم يقع أو ما لم
يجز.

نعم، لو كان العقد ينحل إلى العقود، كما في العقد على صفقة واحدة، فلا بأس بإجازته
بالنسبة إلى بعضها،
فإنها وإن لم تطابق العقد على تمامها، إلا أنها مطابقة لما انحل إليه من العقد على بعضها،
وهذا خلاف ما إذا
عقد على الشرط وأجيز بدونه، فإنه لا تطابقه، إلا إذا قيل بالانحلال فيه أيضاً " وسيأتي
الكلام فيه في باب

الشرط الفاسد، فتأمل. (ص ٧٠)

الإصهاني: لا يخفى عليك إن الإجازة حيث إنها متعلقة بالعقد فلا بد من كون المجاز
معقوداً " عليه عقلاً "

ولأجله يدور أمر إجازة البعض مدار وحدة العقد وتعددده، فالكلام هنا مسوق لهذه الجهة
فلا يقاس بمسألة

التبعض في باب الخيارات لجهات آخر مذكورة هناك، فربما يقال هناك بالتبعض مع
وحدة العقد.

وربما يقال بعدمه ولو مع تعدد العقد، فمن حيث إن المشتري متعدد ولو بعقد واحد يدعي
ظهور الأدلة في أن لكل منهما حق الخيار، ومن حيث استظهار وحدة الحق ولو مع تعدد
العقد لبا "، فلا يمكن استقلال كل

منهما بأعمال الحق بخلاف ما نحن فيه، فإن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم هو جواز
بيع المال كلا " أو

بعضاً " مباشرة أو تسبباً " أو إجازة.

وبالجملة: بناء على ما ذكرنا لا مجال للبحث هنا في الجواز وعدمه إلا في تعدد العقد
ووحده حتى يكون

العقد مجازاً " لا غير ما عقد عليه، وحيث إن الملكية من الإضافات والاعتبارات التي
تتشخص بأطرافها،

فلا محالة يتعدد الملكية حقيقة بتعدد المملوك، لا أن الكل مملوك بملكية واحدة وإلا لم
يعقل تملكك بعضه

ابتداءً أيضاً "، وحيث إن العقد هو القرار المعاملي الوارد على الملكية وهو القرار على أن
يكون المال ملكاً "

للغير بعوض، فلا محالة هناك أيضاً " قرارات متعددة بتعدد أطرافها وإن جمعها إنشاء واحد
ووحدة الإنشاء

ليس مدار وحدة المتسبب إليه لا في باب الانشآت المعاملية ولا في باب الانشآت
الطلبية وبساطة

الملكية وبساطة العقد، كسائر الأعراض والاعتبارات تمنع عن التجزي والتبعيض لا عن
التعدد كما لا يخفى.
(ص ١٦٣) * (ج ٢ ص ١٩٦)

(٦٢١)

فلو أوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى الجواز (٤١)، كما لو كانت الصفقة

بين مالكين فأجاز أحدهما، وضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار. (٤٢)
ولو أوقع العقد على شرط فأجاز المالك مجردا " عن الشرط، فالأقوى: عدم الجواز، بناء على

عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط وإن كان قابلا " للتبعض من حيث الجزء، ولذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط. (٤٣)

(٤١) النائيني

(المكاسب والبيع): وأما جواز التبعض في الإجازة في المورد المذكور، فلأن الإجازة ليست

حقا مترتبا على العقد الفضولي نظير الخيار، بل هو حكم مترتب على سلطنة المالك على ماله، كما تقدم في التنبيه الرابع، فكما أن له أن يبيع بعض ماله أو كله فله أن يجيز البيع الواقع على تمام ماله أو على بعضه

ويرد الواقع على البعض الآخر فليست الإجازة حقا " مترتبا " على العقد حتى تكون في الوحدة والتعدد تابعة

لوحدة العقد وتعدده بل هي حكم مترتب على السلطنة تكون حالها كحال سلطنة المالك على مباشرة

البيع بنفسه، فكما أن له بيع ما وقع عليه عقد الفضولي كلا " وبيع كل جزء من أجزائه بالمباشرة، كذلك

يكون له إجازة البيع الصادر عن الفضولي، أو إجازة بيع كل جزء جزء، وذلك بعد فرض تحليل بيع المجموع

بالمجموع إلى بيع كل جزء من المثلث بما يحاذيه من الثمن، ولا يمنع وحدة العقد عن ايقاع ذلك التبعض في

الإجازة، لعدم تبعيتها للعقد حتى يمنع بوحدة العقد، نظير ما تقدم في الخيار، ومع عدم منع وحدة العقد عنه

وعدم مانع آخر في البين يتحقق التبعض فيكون اختلافا " طاريا " موجبا " لتعدد العقد، فالعقد الفضولي صار

متعددا " لكن بنفس التفكيك في الإجازة الطارئة عليه لا باختلاف سابق عليه، كما لا يخفى. (ص ١٤٨)

(٤٢) النائيني (المكاسب والبيع): ومما ذكرناه ظهر فساد قياس باب الإجازة بباب الخيار، وجه الفساد منع

وحدة العقد في باب الخيار عن جواز التبعض في الخيار لكي يصير منشأ لتعدد العقد وعدم منع وحدة عقد

الفضولي عن جواز تبعض الإجازة فيقع التفكيك فيها الموجب لتعدد العقد بنفس وقوع التعدد والتفكيك

فيها هذا تمام الكلام في الجزء. (ص ١٤٩)
(٤٣) الإصفهاني: الشرط تارة يكون قيذا " في المبيع بحيث يكون المعقود عليه أمرا "
خاصا "، كما إذا باع
الحنطة على أن تكون بغدادية وأخرى يكون قيذا " في البيع بحيث يكون التزاما " في ضمن
الالتزام واحد

(٦٢٦)

ولو انعكس الأمر، بأن عقد الفضولي مجرداً " عن الشرط وأجاز المالك مشروطاً "، ففي صحة الإجازة مع الشرط إذا رضي به الأصيل - فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول إذا رضي به الموجب - أو بدون الشرط، لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا إذا وقع في حيز العقد، - فلا يجدي وقوعه في حيز القبول إلا إذا تقدم على الإيجاب، ليرد الإيجاب عليه أيضاً " - أو بطلانها، (٤٤) لأنه إذا لغي الشرط لغي المشروط، لكون المجموع التزاماً واحداً "، وجوه، أقواها: الأخير. (٤٥)

وذلك لأن الشرط وإن كان له دخل في تحقق المعاملة ويكون له قسط من الثمن، إلا أنه لم يقع في متن العقد بإزاء الثمن بل المعاملة والالتزام العقدي وقع بين الثمن والمثمن والمفروض سلامتهما، فلا موجب لبطلان المعاملة بواسطة فقدان الشرط من ناحية تعذره أو فساده أو عدم إجازة المالك إياه. وأما ثبوت الخيار للمشروط له، فلأن التزم بواجب الشرط ولم يرض بفاقده ومقتضى عدم سلامة الشرط له مع كون المبيع هو هو، ثبوت الخيار له كما في مورد تخلف الشرط والوصف كما لا يخفى. (ص ١٤٩)

(٤٤) الإيرواني: ورابع الأقسام أن يجيزه مركباً " ومنضمماً إلى شيء آخر ومقتضى ما تقدم من المصنف من الصحة في صورة الرد لجزء والامضاء لجزء آخر أن يصح العقد هنا بإجازته وإنما الضميمة بنفسها لا تصح.

لكنك عرفت: أن الشرط والجزء لا يختلفان في هذا الحكم بل كل جزء شرط فإن كان ضم الشرط مخلاً " بإجازة العقد على ما وقع عليه كان ضم الجزء أيضاً مخلاً " وإلا فلا. والظاهر: أنه لا ينبغي الإشكال في صحة العقد مع التزام الأصيل بالشرط وإن لم يجب عليه ذلك فإن مآل الإجازة بشرط كذا إلى إجازة العقد بشرط قيام الأصيل بالشرط وفي تقدير عمله بالشرط، لا بشرط وجوب الوفاء عليه شرعاً "، فإذا حصل هذا التقدير كان ذلك تقدير إجازة العقد. نعم، إذا لم يحصل هذا التقدير أشكل الأمر وجاء الكلام المتقدم من وحدة التزام الإجازة بالنسبة إلى البيع وشرطه وتعدده فعلى الوحدة بطل البيع وعلى التعدد صح. (ص ١٣٣)

(٤٥) الأخوند: هذا، كما في الشرط الفاسد في العقود، فإنه توجب فسادها بناء على وحدة المقصود فيها.