

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۶۰

مسأله ١٨: الأقوى صحّة النكاح الواقع فضولاً مع الإجازة سواء كان فضولياً من أحد الطرفين أو كليهما، كان المعقود له صغيراً أو كبيراً حراً أو عبداً، والمراد بالفضوليّ العقد الصادر من غير الوليّ والوكيل سواء كان قريباً كالأخ والعمّ والخال وغيرهم أو اجنبياً وكذا الصادر من العبد والأمة لنفسه بغير إذن الوليّ، ومنه العقد الصادر من الوليّ والوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكل، كما إذا وقع العقد على خلاف المصلحة، أو تعدى الوكيل عما عيّنه الموكل، ولا يعتبر في الإجازة الفوريّة سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أو مع العلم واردة التروّي أو عدمها أيضاً نعم، لا تصح الإجازة بعد الردّ كما لا يجوز الردّ بعد الإجازة فمعها يلزم العقد^(١).

وادّعى على ذلك الإجماع في «ناصریات»^(٢) ونفى الخلاف في «السرائر»^(٣) وقال أنّه الأظهر في «الشرائع»^(٤) وفي «الجواهر»^(٥) بعد دعوى كونه الأشهر ادّعى الشهرة العظيمة بين القدماء والمتأخّرين، مضافاً إلى دعوى تواتر الأخبار.

واستشهد له بعمومات الدالّة على صحّة العقد ونفوذه كقوله تعالى ﴿يَا

(١) العروة الوثقى ٣: ٧٦٠.

(٢) الناصریات: ٣٣٠.

(٣) السرائر ٢: ٥٦٤.

(٤) شرایع الإسلام ٢: ٢٢٢.

(٥) جواهر الكلام ٢٩: ٢٠١.

أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴿١﴾ بتقريب ، أنّ (العقود) في الآية الشريفة
يحتمل أموراً ثلاثة :

الأوّل : مطلق العقود ، ويكون عقد غير من له السلطنة على العقد -
بدون الإذن من السلطان و الإجازة - خارجاً بالإجماع (وهذا يظهر من
(الشيخ الأعظم)^(٢)).

وفيه : أنّ الوفاء المذكور يتوقف على تحقق الالتزام بالعقد فإذا لم يكن
إذن من المالك لا سابقاً ولا لاحقاً لا يكون مورداً للوفاء ولا موضوعاً له .

الثاني : العقد الصادر من السلطان ويكون دخول عقد الوكيل
والمأذون بالإجماع ويكون العقد المجاز خارجاً عنه (وهذا يظهر من الشهيد
في « غاية المراد »^(٣) وأشكل عليه^(٤) بأنّه خلاف الإطلاق .

الثالث : العقد المنسوب إلى السلطان وإن لم يكن بلحاظ الصدور ،
فيدخل فيه عقد الوكيل والمأذون ، ويتبعه العقد المجاز ، لاتحاد جهة النسبة ،
وقال بأظهرية هذا الوجه جمع من الأعلام .

وحينئذٍ يراد بالعقود : العقود المنسوبة إلى من له السلطة عليها سواء
كان وجه النسبة الصدور أم الالتزام به بالإذن أو التوكيل أو الإجازة ، لأنّ
الجميع على نحو واحد وحينئذٍ يكون وجوب الوفاء دالاً على الصحة و
التفوذ فإنّه ارشادي إلى ذلك لا تكليفي ، وإلّا لزم تعدد المخالفة والمعصية عند

(١) المائة ٥ : ١ .

(٢) كتاب المكاسب ٣ : ٣٦٣ .

(٣) غاية المراد ٣ : ٣٧ .

(٤) مستمسك العروة ١٤ : ٤٨٨ .

ترك الوفاء وهو خلاف المقطوع به .

هذا ما أفاده في «المستمسك» توضيحاً للاستدلال بالآية الشريفة (من الأدلة العامة وهكذا المؤمنون عند شروطهم)^(١)، والاستدلال مبني على تمامية هذا العقد عند العرف وصدق إطلاق هذا العنوان عليه عرفاً حتى يشمله الأمر بالوفاء، ومن المعلوم أن الصادر من الفضول من دون لحوق الرضا لا يكون مصداقاً للعقد حتى يتم شمول الأمر له نعم، بعد لحوق الإجازة لا مانع من شمول الأمر لعدم اعتبار مقارنة الالتزام للعقد؛ لأنّ اللحوق المتأخر يصحح الانتساب إلى المالك .

فاتضح بما ذكر أنّ الأمر المذكور في الآية الشريفة إرشادي لما استقرّ عليه بناء العقلاء حين أنّهم ملتزمون بالعمل بما تعاقدوا عليه، ولذلك أمر الشارع بالوفاء كما هم عليه والالتزام بالشروط .

كما اتضح عدم تمامية الأدلة المستدلّة بها للقول ببطلان العقد الفضولي: منها: استصحاب عدم ترتب الأثر، وهو كما ترى مبني على عدم شمول العمومات المتقدمة بالنسبة إلى العقد الفضولي وقد مرّ الكلام في شمولها، فمع ذلك لا مجال للتمسك بالأصل العملي .

منها: عدم مقارنة شرط الرضا مع العقد (فكأنه استند إلى وجود الدليل على البطلان) بدعوى: أنّ رضى المالك شرط متفق عليه لصحة العاملة، ومن المعلوم أنّ العقد حين وقوعه فاقد لهذا الشرط فيكون باطلاً. وأجيب عنه: بأنّ العقد له حيثيتان إحداها من جهة الحدوث والأخرى من جهة البقاء والاستمرار، ويشهد على ذلك حكم فسخ العقود المنعقدة؛ لأنّه

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦ / أبواب المهمور ب ٢٠ ح ٤ .

لولا البقاء لا معنى لفسخه ، فعلى هذا بعد ما لحق الرضا العقد المنعقد سابقاً وإن تأخر الشرط عن مشروطه ، إلا أنه بعد اللحوق تعلق بما هو باق في عالم الاعتبار فيكون شرطاً مقارناً للمشروط .

منها : أن التصرف في ملك الغير من دون إذنه ورضاه قبيح ومحرم ، فمن انعقد عقداً على ملك الغير ارتكب القبيح والباطل ، وهذا في النكاح أقبح ، فبالأولوية يكون النكاح الفضولي باطل .

وأجيب : بأن القبح والحرمة ناشئان من ترتب الأثر الخارجي أي التصرفات العملية ، بمعنى أن العقل لا يحكم بقبح نفس الإنشاء وحرمته ، هذا ومع التنزل إنا نلتزم بترتب الأثر بعد لحوق الإجازة والرضا بما هو باق في عالم الاعتبار ، فإذن لا وجه للحكم بالفسخ المذكور أي ترتب الأثر .

منها : الروايات الواردة في المقام الدالة على بطلان العقد الفضولي .

الأولى : رواية الصدوق في «الخصال» بإسناده عن ابراهيم بن عبدالرحمن عن موسى بن جعفر عليه السلام عن أبيه جعفر بن محمد عليه السلام قال : «سئل أبي عليه السلام عما حرم الله عز وجل من الفروج في القرآن وعما حرم رسول الله صلى الله عليه وآله في سنته ؟ قال : الذي حرم الله عز وجل من ذلك أربعة وثلاثون وجهاً ، سبعة عشر في القرآن وسبعة عشر في السنة ، فأما التي في القرآن فالزنا... ، وأما التي في السنة فالمواقعة في شهر رمضان نهراً... وتزويج الأمة من غير إذن مولاهما...»^(١) . الظاهرة في حرمة الزواج من دون إذن وإن لحقته الإجازة بعده .

الثانية : صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا يجوز

(١) وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٠٨ / أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١ ح ١ .

للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء من ماله إلا بإذن مولاه»^(١)، ففيها أيضاً اشترطت الصحة بالإذن.

الثالثة: معتبرة أبي العباس البقباق قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يتزوج الرجل بالأمة بغير علم أهلها؟ قال: «هو زنا، إن الله يقول: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾»^(٢)»^(٣).

الرابعة: مثلها أيضاً عن البرنظي عن أبي العباس عنه عليه السلام^(٤).
الخامسة: عن أبان عن فضل بن عبد الملك قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تزوج بغير إذن موالها؟ فقال: «يحرّم ذلك عليها وهو زنا»^(٥).
السادسة: مارواه أبو نصر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمة، قال: «لا يصلح نكاح الأمة إلا بإذن مولاها»^(٦).
والكل كما ترى اشترطت الصحة بالإذن من دون تأثير للإجازة اللاحقة.

السابعة: صحيحة وليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرّة فوجدها أمة قد دلّست نفسها له، قال: «إن كان الذي زوجها آياه من غير موالها فالنكاح فاسد...»^(٧).

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٦ / أبواب عقد النكاح ب ١٧ ح ١.

(٢) النساء ٤: ٢٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ١١٩ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٢٩ ح ١.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ١٢٠ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٢٩ ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة ٢١: ١٢٠ / أبواب نكاح العبيد ب ٢٩ ح ٣.

(٦) وسائل الشيعة ٢١: ١٢٠ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٢٩ ح ٤.

(٧) وسائل الشيعة ٢١: ١٨٥ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٦٧ ح ١.

الثامنة: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «... ومن تزوج أمة على حرّة فنكاحه باطل»^(١). فيما إذا توقّف الصحة على إذن الحرّة.
 التاسعة: رواية أبي بصير «... ونكاح الأمة على الحرّة باطل»^(٢).
 العاشرة: صحيحة حسن بن زياد: قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «... لا تزوج الأمة على الحرّة ولا النصرانية ولا اليهودية على المسلمة، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل»^(٣).

ومن المعلوم أنّ بعض هذه الروايات واردة في بطلان نوع خاص من النكاح الفضولي، فلا يمكن الاستناد إليها للحكم في جميع أقسام الفضولي. وفي قبال هذه الروايات، وردت عدّة روايات تدلّ على الصحة مع الإجازة اللاحقة:

الأولى: ما رواه «دعائم الإسلام»: «الملك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلاّ باذن سيده فإن تزوج بغير إذن سيده فإن شاء سيده أجاز وإن شاء فرّق»^(٤) وهذا البيان ناظر إلى عدم الصحة الفعلية لا الفساد بل العقد مقتضى للصحة التأهليّة.

الثانية: رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنّه سئل عن رجل زوّجته أمّه وهو غائب؟ قال: «النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك»^(٥) فهي أيضاً ناظرة إلى الصحة التأهليّة.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٩ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٦ ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٩ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٦ ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٥١٠ / أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٦ ح ٥.

(٤) دعائم الإسلام ٢: ٢٤٨.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٠ / أبواب عقد النكاح ب ٧ ح ٣.

الثالثة: رواية وليد بن عبيد بن أسفاط عنه عن محمد بن عبد الجبار، وعن محمد بن إسماعيل، عن الفضل بن شاذان جميعاً عن صفوان، عن ابن مسكان عن وليد بن عبيد بن أسفاط قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوجهما الأكبر بالكوفة، وزوجهما الأصغر بأرض أخرى؟ قال: «الأول بها أولى إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فهي امرأته، ونكاحه جائز»^(١).

وهذه تدلّ على أنّ التمكين إمضاء عملي من المرأة، فلا يجوز لها إجازة العقد الآخر ولو كان متقدماً، فتدل على صحّة النكاح الفضولي بالإجازة اللاحقة.

الرابعة: صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين وابنة والبنت صغيرة، فعمد أحد الأخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ثم مات أبو الإبن المزوج، فلما أن مات قال الآخر: أخي لم يزوجه ابنه فزوجه الجارية من ابنه، فقبل للجارية: أيّ الزوجين أحبّ إليك الأول أو الآخر؟ قالت: الآخر، ثم إنّ الأخ الثاني مات، وللأخ الأول ابن أكبر من الابن المزوج، فقال للجارية: اختاري أيهما أحبّ إليك الزوج الأول أو الزوج الآخر فقال: «الرواية فيها أنّها للزوج الأخير، وذلك أنّها قد كانت أدركت حين زوجها ولس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها»^(٢).

وهذه الرواية أيضاً استدلت بها على صحّة النكاح الفضولي حيث إنّها

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨١ / أبواب عقد النكاح ب ٧ ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٢ / أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ١.

في حال كبرها أجازت العقد الثاني .

الخامسة: صحيحة أخرى لمحمد بن إسماعيل قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيز فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال عليه السلام: «إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضاءً منها، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم»^(١)، فهذه أيضاً استدلل بها المدعى لتقرير ثبوت التزويج وعدم جواز الفسخ.

السادسة: صحيحة معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل (مملوك) كاتب على نفسه وماله وله أمة وقد شرط عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمة وتزوجها، قال: «لا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود» قيل: فإن سيده علم بنكاحه ولم يقل شيئاً، فقال: «إذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقر» قيل: فإن المكاتب عتق، أفترى أن يجدد نكاحه أم يمضي على النكاح الأول؟ قال: «يمضي على نكاحه»^(٢).

السابعة: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال: «ذاك إلى سيده، إن شاء أجاز وإن شاء فرّق بينهما»، قلت: أصلحك الله، إن الحكم بن عتيبة وابراهيم النخعي

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٤ / أبواب عقد النكاح ب ١٤ ح ١.

(٢) أورد صورته في وسائل الشيعة ٢١: ١١٣ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٢٣ ح ٣، وذيله في

وسائل الشيعة ٢١: ١١٧؛ أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٢٦ ح ٢.

وأصحابهما يقولون: إنَّ أصل النكاح فاسد ولا تحل إجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: «إِنَّهُ لَمْ يَعْصِ اللَّهَ وَإِنَّمَا عَصَى سَيِّدَهُ، فَإِذَا أُجَازَهُ فَهُوَ لَهُ جَائِزٌ»^(١).

الثامنة: رواية زرارة -المعتبرة- عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج عبده (امرأة) بغير إذنه فدخل بها ثمّ اطّلع على ذلك مولاه قال: «ذلك لمولاه إن شاء فرّق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما...»^(٢).

التاسعة: رواية عبيد بن زرارة (وفي السند عبدالعزيز العبيدي روى عنه حسن بن محبوب) عن أبي عبد الله عليه السلام في عبد بين رجلين زوّجه أحدهما والآخر لا يعلم، ثمّ إنّه علم بعد ذلك أنّه أن يفرق بينهما، قال: «للذي لم يعلم ولم يأذن أن يفرّق بينهما وإن شاء تركه على نكاحه»^(٣).

العاشرة: صحيحة معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: إنّي كنت مملوكاً لقوم وإنّي تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن موالي، ثمّ اعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين اعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عني ولم يغيروا عليّ قال: فقال: «سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحك الأوّل»^(٤).

الحادية عشر: صحيحة حسن بن زياد الطائي^(٥)، ومضمونها

-
- (١) وسائل الشيعة ٢١: ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٢٤ ح ١.
 (٢) وسائل الشيعة ٢١: ١١٥ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٢٤ ح ٢.
 (٣) وسائل الشيعة ٢١: ١١٦ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٢٥ ح ١.
 (٤) وسائل الشيعة ٢١: ١١٧ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٢٦ ح ١.
 (٥) وسائل الشيعة ٢١: ١١٨ / أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٢٦ ح ٣.

كالرواية السابقة .

الثانية عشر: صحيحة أبي عبيدة (في باب الميراث) أنه قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدركين، قال: فقال: «النكاح جائز أيّهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا...»^(١). الدالة على صحّة النكاح الفضولي، بدعوى أنّ الولي هو العرفي ولا الشرعي بشهادة ذيلها الدال على عدم ثبوت الخيار لهما لو كان العقد صادراً من أبويهما «... فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك، قال: «يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية».

وقد جمع بين الطائفتين بحمل الأولى على العقد من دون الإجازة اللاحقة، إلا أنّ الإشكال في أنّ الروايات الدالّة على البطلان تعارض الروايات الدالّة على الصحة ولا يمكن الجمع؛ لأنّ بعض ما ورد في البطلان خاص بتزويج بنت الأخ أو الأخت للزوجة من دون إذن العمّة والحالة وبعضاً في نكاح الأمة على الحرّة، مع أنّه لا تعارضها الأدلّة الواردة في الصحة بدوّاً، فيكون الموارد المذكورة خارجة عن المعارضة ولا سيما مع قوّة الإشكال في الغاء الخصوصية عن الفضولية في جميع الموارد، ودعوى الإجماع من الشيخ (في «المبسوط»^(٢)) على بطلان عقد الأمة على الحرّة فعند افتراق الموضوع في الطائفتين، يشكل الجمع المذكور.

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ٢١٩ / أبواب ميراث الأزواج ب ١١ ح ١.

(٢) المبسوط ٤: ٢١٥.

وقد يستفاد من « مباني العروة »^(١) أن التعبير والتعليل في رواية زرارة المتقدمة « أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده » دال على الحكم بالبطلان في جميع موارد مزاحمة الحكم بالصحة لحق الغير ورعاية لحقوق أشخاص آخرين ولذلك قد حكم بتوقف الصحة على إذن هذه الأشخاص ، فكما أن الرضاية اللاحقة كاشفة عن الصحة وتقوم مقام الإذن السابق فكذلك وزانها في جميع الموارد .

وبالجملة لا يمكن دعوى أن عدم وقوع العقد من دون إذن من له السلطان باطل وممنوع شرعاً كالسرقة والزنا حتى أن الرضا اللاحق لا يؤثر في تصحيح العقد الواقع باطلاً ، بل الأصل الأولي يقتضي الصحة لأن توقف الحكم بالصحة على الإذن والرضا يكشف عن دخل حق من له الحق ، وهو بعد ما تحقق ولو متأخراً لا وجه للحكم بعدم مؤثرته .

نعم يمكن دعوى ذلك مستنداً إلى السؤال ولاستفصال في رواية معاوية بن وهب عما إذا كان الموالي علموا نكاح العبد وسكتوا والحكم بأن السكوت منهم إقرار وتثبيت على النكاح .

إلا أن في قبالها دليل على أن بعد العتق يكون النكاح المزبور جائزاً « ... إلا أن يعتق فيمضي على نكاحه »^(٢) ومع الإشكال في السند (لأنها رواية دعائم الإسلام) تقتصر في الحكم على مورد رواية معاوية والله العالم .
والحاصل أن الحكم هو الصحة في النكاح الفضولي .
قوله ﷺ : والمراد بالفضولي

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣ : ٢٥٩ .

(٢) مستدرک الوسائل ١٦ : ١٥ / أبواب المكاتبه ب ٦ ح ١ .

أي العقد الصادر ممن لم يجعل له الولاية والسلطان حين العقد وإضافته إلى العقد (الفضولي والفضول) من باب إضافة الموصوف إلى الصفة .

قوله ﷺ: ولا يعتبر في الإجازة الفورية

ويشهد له أنّ الإجازة بمنزلة إنشاء العقد ممن له ذلك ، مضافاً إلى ماورد في صحّة الإجازة للصغير بعد بلوغه وكبره وإن طال الفصل ، وهكذا إطلاق صحيحة محمد بن قيس وغيرها كصحيحة أبو عبيدة الحذاء الدال على صحّة المعاملة الواقعة بعد إمضاء من له السطنة بعد الفصل حيث إنّ في صحيحة محمد بن قيس دلالة على صحّة المعاملة الواقعة بالنسبة إلى وليدة باعها ابن سيدها واستولدها السيّد الآخر بعد الخلاف بينهما وإجازة السيّد الأوّل ، وصحيحة أبي عبيدة الدالّة على تصحيح العقد الواقع بين الصغيرين من ناحية وليهما العري بعد البلوغ والإجازة .

فكلّ هذه دالّة على عدم لزوم الفورية وعدم المحذور في الفصل بين العقد والإمضاء وإن كان كثيراً .

ثمّ إنّ في المقام كلام مبدن على أنّ وزان العقد الفضولي كالعقد الأصيل بمعنى وجوب الالتزام به من ناحية الفضول أم أنّه ليس كذلك ؛ لأنّ العقد متقوم بالطرفين وحيث أنّه لم يتحقق الالتزام به من الطرف الآخر فلم يصدق العقد فلا تشمله أدلّة اللزوم وهو كبيع البائع للمبيع قبل قبول المشتري من غيره ؟ فعلى الأوّل أي القول باللزوم كالعقد الأصيل يستلزم في تأخير الإجازة ضرر على الفضول كما إذا زوّجت المرأة نفسها من رجل فضولة .

فبناءً على أنّه لا يجوز الضرر فعلى الفضول الإمضاء فوراً وعدم جواز التأخير .

وعلى الثاني فحيث إنه لا إلزام فلا يستلزم الضرر، فلا بأس بالتأخير
كما هو واضح

مضافاً إلى أنه بناءً على القول بتمامية المبنى الأوّل وأنّ وزان العقد
الفضول كالأصيل، فلا يمكن المحكم بلزوم الفورية وإلزام الرجل بالإجازة
أو الرد مستدلاً بدليل نفي الضرر، حيث إنّ المرأة قد أقدمت على نفسها وإنّ
الضرر نتيجة لفعلها وهي التي أقدمت على الضرر بنفسها وليس ذلك ناشئاً
من المحكم الشرعي، فلا موجب للالتزام بالفسخ لرفع الضرر عنها.

وهذا لا يوجب التكليف إلى الرجل بعد عدم صدور فعل منه السبب
في تضرّرها وكذا لا موجب لالتزامه بالفسخ؛ لأنّ الفسخ يقع بأمر مقرّرة
ليس المقام منها.

وقد حقّق في مبحث لا ضرر وفي باب خيار الغبن أنّ الضرر المنفي هو
الضرر في ما هو موجب له وفي المقام يكون الضرر في الإلزام ولا إلزام كما
تقدّم، ولا ضرر في نفس المعاملة كي يتدارك بالقاعدة مضافاً إلى أنّ القاعدة
قاصرة عن إفادة هذا المعنى.

قوله ﷺ: نعم لا تصح الإجازة بعد الرد، كما لا يجوز الرد بعد
الإجازة فمعها يلزم العقد.

هذا هو المعروف بين الأعلام وفي كلام شيخنا الأعظم دعوى ظهور
الإجماع عليه أو الصراحة^(١) مستدلاً بأنّ الإجازة بمنزلة القبول فكما أنّ الرد
من ناحية القابل قبل قبوله يقدر في صدق العقد، فكذلك قبل الإجازة،
بتوضيح أنّ الإجازة في العقد الفضولي بمنزلة القبول في سائر العقود، فإنّ

(١) المكاسب ٣: ٤٢٦.

استناد العقد إليه وتمايمته بالإجازة (في الفضولي) ولذلك يمنع الردّ من حقوق الإجازة كما أنّ الردّ قبل القبول مانع من القبول المتأخر واللاحق .
هذا، مضافاً إلى أنّ مقتضى سلطة المالك قطع علقه الطرف الآخر عن ماله .

واشكّل على الأوّل بعد ردّ الاستناد إلى الإجماع^(١) مشيراً إلى عدم تعرض الأصحاب لهذه المسألة قبل الشهيد (فيما نعلم) ومع التنزل أنّه لا يكون اجماعاً تعبدياً؛ لاحتمال استناد المجمعين إلى الوجوه المذكوره، بأنّ لا نسلم ثبوت الحكم أي مانعية الرد من حقوق القبول في سائر العقود حتّى يقاس به الفضولي لأنّ ما هو المقطوع مانعية حقوق القبول بعد ردّ الموجب ورفع يده عمّا التزم به، فإنّه حينئذٍ لا يبقى مجال لصدق العقد بلحقوق إجازة الآخر لعدم بقاء التزام الموجب حتّى ينضمّ إليه التزام القابل .

وأما ردّ القابل مع بقاء التزام الموجب على حاله فلا يثبت دليل على ما ينفيه وعدم اتصال القبول بالإيجاب المذكور لعدم حدوث شيء قاطع بل غايته إظهار عدم رضاه وهو مرتفع بالقبول المتأخر اللاحق .

هذا أولاً وثانياً إنّ بين المقامين فرق واضح حيث إنّ الإجازة ليست قبولاً بل هي إمضاء واسناد للقبول المتحقق من الفضول وهي حاصلة وإن كانت بعد الرد، وليست هي بمنزلة القبول الذي يعدّ ركناً في تحقّق العقد وأنّ التخلّل بين الركنين مضر لتحقق العقد، بل هي إمضاء للعقد المتحقق فلا يؤثر الرد في العقد الواقع ويصحّ الاستناد إلى المالك كما أنّ النهي السابق على العقد لا يؤثر في صحّته بعد إجازته .

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٦١ .

ويشهد لذلك ما ورد في الواقعة المذكورة في صحيحة محمد بن قيس ووقوع المنازعة الكاشف عن عدم رضا المالك وتحصيل رضاه بعد إبراز عدم الرضاية .

وأما الاستدلال بأن مقتضى سلطنة المالك قطع علاقة الطرف الآخر عن ماله، بمعنى أن للولي على المال (ومن له السلطنة أي المالك) ردّ العقد الحادث من ناحية الفضول وإسقاطه عن قابلية الإجازة وإلا يكون منافياً لقوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم» .

واشكلك فيه أولاً^(١): بعدم ثبوت هذه الرواية على أنها ليست مشرعة، بمعنى أنها لا تقتضي تشريع السلطنة للمالك على قطع العلاقة الموجودة على تقدير ثبوتها، وإنما هي دالة على عدم حرج المالك عن التصرف المشروع في ماله أو نفسه .

وبعبارة أخرى: مقتضى هذه القاعدة (أي السلطنة) عدم نفوذ العقد الفضولي لا عدم صحة التأهلية بحيث لو انضمت إليه الإجازة ممن له السلطنة لترتب عليه الأثر، ولو سلمنا تقتضي القاعدة عدم الصحة التأهلية الراجع إلى بطلان العقد الفضولي لا رفع الصحة التأهلية بعد ثبوتها .

وثانياً: أن الفضول لم يحدث في المال شيئاً وإنما أحدث عقداً قابلاً للإجازة والرد؛ لأنه لو كان تصرفاً في المال لكان اللازم الحكم ببطلانه رأساً لمنافاته سلطنة المالك .

وبالجملة: لا دليل على عدم تأثير الإجازة بعد الرد، وقد مرّ الاستئناس لذلك من صحيحة محمد بن قيس حيث إنها مشتملة على الحكم

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٩٢ .

بنفوذ الإجازة من المالك بعد ردّه .

نعم سلّمنا أنّ الرد بعد الإجازة غير جائز حيث إنه يتم الانتساب إلى المالك بعد إجازته ، فتشمله أدلّة نفوذ العقد ، والفسخ بعد ذلك محتاج إلى الدليل كما هو الحكم بالنسبة إلى المالك المباشر للعقد ، فيكون العقد لازماً لأصالة اللزوم في العقود ، والله العالم .

مسألة ١٩ : لا يشترط في الإجازة لفظ خاص ، بل تقع لكل ما دلّ على إنشاء الرضا بذلك العقد ، بل تقع بالفعل الدال عليه .

أمّا الكلام في عدم اعتبار لفظ خاص فلاّطلاق أدلّة الصّحّة والنفوذ الدالّ على تمامية العقد بأيّ مبرز كان مع اجتماع الشرائط ومنها الصدور أو الانتساب إلى من لة السلطان وإبراز الرضا وإنشائه ، فكلّ ما دلّ عليه كاف لصحّة الانتساب إليه من دون خصوصية في المبرز والكاشف .

وأمّا الكلام في عدم اعتبار اللفظ في وقوع الإجازة بالفعل الدالّ عليه ؛ ما يستفاد من جماعة اعتبار اللفظ في الإجازة بدعوى : أنّها بمنزلة العقد الجديد ، ومن البديهي شرطية اللفظ في تحقّق العقود واستقرار آثاره كالملكية والزوجية ، هذا أوّلاً .

وعلى الثاني : أنّ الإستقراء ليس بحجة ؛ لعدم كونه من الأدلّة الشرعية ، ثانياً : قد ثبت خلافه ولا سيما في مثل المعاطاة مع خلوها عن اللفظ ، وثالثاً : أنّ العمومات الدالّة على الصّحّة بالإجازة الفعلية وخصوص صحيحة معاوية بن وهب حيث حكم فيها بأنّ سكوت المولى بعد العلم إقرار منه وهكذا ما ورد في أنّ سكوت البكر إقرار بدعوى شمول إطلاقها للفضولي .

مسألة ٢٠: يشترط في المجيز علمه بأن له أن لا يلتزم بذلك العقد، فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضي به لم يكف في الإجازة نعم، لو اعتقد لزوم الإجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فأجاز، فإن كان على وجه التقييد لم يكف وإن كان على وجه الداعي يكون كافياً^(١).

قد مرّ أنّ الإجازة في العقود الفضولية مصحّحة لها؛ لتتميم العقد الفضولي بها من حيث إنّ بالإجازة يتم الانتساب إلى من له السلطان والمالك.

ولذلك إذا كانت الإجازة من جهة رضاه بالعقد يتم بها الانتساب، وأمّا إذا كانت الإجازة من جهة الرضا بحكم الله وإن كان مكرهاً فلا أثر لها؛ لعدم صدق الرضا بالعقد الواقع من الفضول وأنّ حكم الله غير متحقق في الخارج فالرضا به لا يؤثّر شيئاً، وما هو المتحقق غير ملحق به الرضا، ولذلك يشترط علم المجيز بأن له أن لا يلتزم به.

وأما إذا لم يعتقد لزوم العقد، بل اعتقد لزوم الإجازة تكليفاً فأجاز، ففي المقام تفصيل؛ فإن كانت الإجازة على وجه التقييد، أي أنّ إبراز الرضا مقيد بالحكم الصادر من الله تعالى (مع أنّ غير متحقق في الخارج) لم يكف، وإن كانت على وجه الداعي، بمعنى أنّه راض بالعقد والحكم الشرعي المتخيل داع له على رضايته يكون كافياً.

وعلى ذلك قد حملت الرواية الواردة في السكرى التي زوجت نفسها حال سكرها ثمّ أفاقت فأنكرت ذلك ثمّ ظنّت أنّه يلزمها ففزعت منه،

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠٦.

فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هولها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال: «إذا أقامت معه بعد ما أفادت فهو رضا منها»، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: «نعم»^(١).

إلا أن حملها على وجه الداعي لا يناسب نص الواقعة حيث إن قوله: «تم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه...» لأن فزعها بعد ظنّها بلزوم العقد عليها لا يوافق حمل رضاها بالعقد كون حكم الله على وجه الداعي، ولذلك تأمل في «المستمسك»^(٢) على العمل بالرواية ولا وجه للتأمل في العمل بعد إمكان الحمل.

وبالجملة: أن تمام العبرة بما قدّمناه في نفوذ الإجازة وصحتها إنما هي باستناد العقد السابق إليها، واعتقاد اللزوم وعدمه أجنبي عنها، إلا أن نقول اعتقاده كذا يوجب الإخلال في الانتساب، ويظهر من بعض التعليقات^(٣) كفاية الرضا الحقيقي ولو اعتقاد لزوم العقد، إلا أن مقتضى التحقيق عدم تمامية مثل ذلك لصدق الإكراه في المقام وإن تم الانتساب.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٤ / أبواب عقد النكاح ب ١٤ ح ١.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٩٤.

(٣) العروة الوثقى المحشى ٥: ٦٣٥ / تعليقة آية الله العظمى الكليبايگاني رحمته الله.