

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

«مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي يصلح رداً لما ذكر في الثمرة الثانية أعني: خروج المنقول عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد...»

### خلاصه مطالب گذشته

مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند که: مرحوم کاشف الغطاء(ره) سه ثمره دیگر بین ناقلیت و کاشفیت بیان کرده، که مرحوم صاحب جواهر(علیه الرحمه) در هر سه مورد مناقشه و اشکال کرده است.

مرحوم شیخ(اعلی الله مقامه الشریف) اشکال به ثمره اول و دوم را پذیرفته‌اند، اما اشکال به ثمره سوم را پذیرفته و فرموده‌اند: اشکال اول و دوم صاحب جواهر(ره) به ثمره اول و دوم وارد نیست.

خلاصه فرمایش صاحب جواهر(ره) این بود که فرموده: از ادله صحت بیع فضولی استفاده می‌کنیم که باید از زمان عقد تا زمان اجازة، صلاحیت مالک مستمره باشد. همچنین مطلب دومی که از ادله استفاده می‌کنیم این است که از زمان عقد تا زمان اجازة، صلاحیت تملک مال منقول باید مستمر باشد.

مرحوم شیخ(ره) فرموده: این حرف را قبول نداریم و چهار دلیل داریم بر این که اگر صلاحیت اصیل، از زمان عقد تا زمان اجازة باقی نباشد و یا صلاحیت مال منقول استمرار نداشته باشد، این محل به عقد نیست و بعد الاجازة عقد تام و صحیح می‌شود، که از این چهار دلیل شیخ دو مورد را تا به حال خواندیم.

### دلیل سوم مرحوم شیخ(ره) در رد صاحب جواهر(ره)

در دلیل سوم، مرحوم شیخ(ره) فرموده: روایتی در مورد تزویج صغیرین به نحو فضولی داشتیم، که مضمون روایت این بود که اگر صغیر و صغیره‌ای را، فضولتا به ازدواج یکدیگر در آورند، یعنی نه این که ولی این دو را به ازدواج در بیاورد، بعد زوج که بالغ شد، عقد را اجازة کرد و بعد از اجازة از دنیا رفت، که در اینجا امام(علیه السلام) فرمودند: سهم این زوجه از ارث را باید کنار بگذارند، تا این که این زوجه صغیره بالغ شود، بعد اگر عقد را اجازة کرد، این ارث نصیب او می‌شود، اما اگر اجازة نکرد، ارث نصیب او نمی‌شود.

مرحوم شیخ(ره) فرموده: در این روایت فرض این است که احد الطرفین، زمانی که طرف دیگر خواسته اجازة دهد مرده،

بنابراین اگر احد المتبايعين در معاملات، از صلاحیت مالکیت، به موت یا شبه موت خارج شدند، به حسب این روایت، نه تنها نباید مانعی داشته باشد، بلکه در مورد بیع مساله به طریق اولی است، چون در باب نکاح، زوج و زوجه رکن هستند، اما در باب بیع، رکن عبارت از عوض و معوض است.

فرق میان بیع و نکاح این است که در باب بیع، مشتری و بایع رکنیت ندارند، بلکه عوض و معوض رکنیت دارند، اما در باب نکاح اشخاص، زوج و زوجه رکنیت دارند.

آن وقت در این روایت، با فرض این که زوج، که احد رکني العقد است، مرده؛ می‌گوید: اجازه زوجه موثر است، که اگر در روایت، با فرض از بین رفتن یکی از دو رکن عقد، این اجازه موثر باشد، در مورد بیع به طریق اولی است.

### دلیل چهارم مرحوم شیخ(ره) در رد صاحب جواهر(ره)

در دلیل چهارم شیخ(ره) فرموده: وقتی به روایت عروه بارقی مراجعه می‌کنیم، در روایت ترک استفصال شده، یعنی وقتی پیامبر(صلي الله عليه و آله) عمل عروه را امضاء کرده، در حین امضاء سؤال نکردند که آن گوسفندی که بیع فضولی خریدی، آیا الان باقی است یا نه؟ که این ترک استفصال، خودش یکی از علائم اطلاق است، یعنی در حین اجازه، مالی که به عقد فضولی نقل و انتقال داده می‌شود، فرقی نمی‌کند که باقی باشد یا نه.

بنابر این چهار دلیل شیخ(ره) فرموده: اشکال صاحب جواهر(ره) به ثمره اولی و ثانیه مورد قبول نیست.

### اشکال صاحب جواهر(ره) به ثمره ثالثه کاشف الغطاء(ره)

بله آن اشکالی که به ثمره ثالثه داشته‌اند، که کاشف الغطاء(ره) فرموده: اگر عقدي در حین انعقاد، فاقد بعضی از شروط بود، مثل این که عاقد صغیر بود و بعد در حین اجازه بالغ شد، در اینجا اگر قائل شویم به این که اجازه کاشفیت دارد، این معامله باطل است، اما اگر قائل شویم که اجازه ناقلیت دارد، معامله صحیح است.

صاحب جواهر(ره) اشکال کرده، که در اینجا از اول عقد باطل بوده و عقد باطل صلاحیت حقوق اجازه را ندارد، تا بگوییم: آیا این اجازه کاشفه است یا ناقله؟

شیخ(ره) فرموده: این اشکال صاحب جواهر(ره) اشکال خوبی است.

### ثمرات دیگری بین کاشفیت و ناقلیت

بعد فرموده: ما یک سری ثمراتی برای ناقلیت و کاشفیت بیان کردیم، بعضی از ثمرات را هم کاشف الغطاء(ره) بیان کرده چه بسا ثمرات دیگری هم بین کاشفیت و ناقلیت وجود دارد، که مرحوم شیخ(ره) فقط اشاره کرده، اما اینها را دیگر مورد بحث قرار نداده و تنها به عنوان ربما یقال بیان کرده‌اند.

شش مورد دیگر را اشاره کرده، که به عنوان ثمره بین ناقلیت و کاشفیت بیان کرده‌اند؛

1 - مورد اول در تعلق خيارات است، كه اگر بايع مالي را فضولتا به مشتري فروخت و در حين معامله اين مال معيب باشد، اما بعد كه مالك اجازه مي‌كند، عيبش بر طرف شده و سالم شود، در اين صورت اگر بگوئيم: اجازه كاشفيت دارد، چون كاشف از ملكيت و انتقال اين مال حين العقد به مشتري است و مال هم كه حين العقد مال معيب بوده، لذا مشتري خيار عيب دارد.

اگر بگوئيم: اجازه ناقليت دارد، چون حين اجازه، مال به مشتري منتقل مي‌شود و مال حين اجازه، سالم است و عيب ندارد، پس مشتري ديگر خيار عيب ندارد.

در باب خيار غبن هم همين طور است، كه اگر مالي را كه فضولي به مشتري فروخت، در حين معامله مشتري مغبون باشد، ولي در حين اجازه قيمت‌ها كم و زياد شده و مغبون نباشد، اگر بگوئيم: اجازه كاشفيت دارد، مشتري خيار غبن دارد، اما اگر گفتيم: اجازه ناقليت دارد، مشتري خيار غبن ندارد.

2 - مورد دومي كه در اينجا بيان كرده، در باب حق شفعه است، كه در حواشي، دو سه بيان براي آن داشته‌اند، اما بيان معروف اين است كه اگر زميني را كه مشترك بين دو نفر باشد و فضولي حسه يكي از اين دو نفر را بفروشد، بعد شريك كه مالك نصف ديگر است، حسه‌اش را به مشتري ديگري بفروشد و بعد از اين معامله دوم، مالك حسه‌اي كه فضولي فروخته، عقد فضولي را امضاء كند، در اينجا اگر گفتيم: اجازه كاشفيت دارد، معلوم مي‌شود كه مشتري اول، قبل از آن كه مالك، نصف دوم را بفروشد، مالك نصفه ديگر شده، لذا زماني كه مالك نصف دوم، حسه‌اش را مي‌فروشد، مشتري اول مالك بوده و حق شفعه دارد.

اما اگر گفتيم: اجازه ناقل است، مشتري دوم حق شفعه دارد، چون قبل از مشتري اول، مالك مي‌شود و با حق شفعه‌اش، مي‌تواند جلوي اجازه مالك را بگيرد، چون قبل از مشتري اول مالك شده است.

3 - مورد سوم در احتساب مبدا خيارات است. مثلا در باب خيار حيوان، گفته‌اند: خيار حيوان سه روز است، حال اگر بايع فضولتا حيواني را به مشتري فروخت و مالك بعد از پنج، شش روز اجازه كرد، در اينجا اگر گفتيم: اجازه كاشفه است، معنايش اين است كه مبدا «ثلاثة ايام» از زمان عقد مي‌باشد، اما اگر گفتيم: اجازه ناقله است، بايد مبدا «ثلاثة ايام» از حين اجازه باشد.

4 - مورد چهارم در مجلس عقد در باب بيع صرف و سلم است، كه در بيع نقدين و بيع سلم، قبض در مجلس عقد شرط است، يعني اگر معامله نقدين روي طلا و نقره واقع شد، اين معامله در صورت صحيح است، كه در مجلس عقد قبض صورت گيرد، حال اگر كسي فضولتا طلايي را فروخت، مالك هم بعدا اجازه كرد، اگر گفتيم: اجازه كاشفه است بايد قبض حين العقد محقق شده باشد، يعني اگر اجازه را كاشفه دانستيم، مجلس عقد، همان مجلس عقد فضولي است، اما اگر اجازه را ناقله دانستيم، مجلس عقد، مجلس اجازه مي‌شود و قبض حين الاجازه معتبر مي‌شود.

5 - مورد پنجم در باب قسم و نذر است، كه اگر كسي قسم ياد كرد كه همه اموالي كه متعلق به او هست، در روز جمعه در راه خدا صدق دهد، حال روز پنجشنبه معامله فضولي واقع شده و روز شنبه مالك اجازه كرده، در اينجا اگر بگوئيم: اجازه كاشفيت دارد، معلوم مي‌شود كه اين فرش، در روز جمعه ملك مشتري بوده، لذا اين را هم بايد صدقه دهد. اما اگر بگوئيم: اجازه ناقليت دارد، معلوم مي‌شود كه اين فرش، در روز جمعه داخل در اموال مشتري نبوده، لذا صدقه دادنش واجب نيست.

6 - مورد ششم - كه توضيحش را نمي‌دهيم، چون بحث مفصلي دارد، كه شيخ (ره) بعدا بيان مي‌كند. - در باب عقود متعدده‌اي

است که بر این مال و یا عوض این مال فضولي واقع می‌شود.

اگر عبد کسی را فضولتا به یک درهم بفروشد و مشتری هم این عبد را در مقابل یک کتاب بفروشد و این مشتری در عقد بعدی هم، عبد را در مقابل یک عسل بفروشد و آن مشتری سوم هم، دوباره این عبد را به یک شی دیگر می‌فروشد و هكذا.

در اینجا سه صورت فرض می‌شود؛ یا مالک عقد اول را اجازه می‌دهد، یا عقد آخر و یا عقد وسط را، حال اگر مالک عقد وسط را اجازه داد، بنا بر ناقلیت، تمام عقود لاحقاً صحیح می‌شود، که این اجازه در فرضی است که عقد وسط روی مال خود مالک بوده باشد. اما بنا بر کاشفیت، عقود سابقه صحیح می‌شود و نه عقود لاحقاً.

این را مرحوم شیخ (ره) بعداً به صورت خیلی مفصل بیان می‌کنند، که طبق آنچه بعضی از بزرگان و اعظم فرمودند و بلکه تعبیری که مرحوم محقق نایینی (ره) داشته‌اند، مشکلترین بحث کتاب البیع است.

## تطبیق عبارت

«مضافاً إلى فحوی خبر تزویج الصغیرین»، فحوی مفهوم اولویت است، یعنی مفهوم اولویت خبر تزویج صغیرین، که دلالت داشت بر این که اگر صغیر و صغیره با یکدیگر ازدواج کردند و بعد که زوج بالغ شد، اجازه داد و بعد از اجازه از دنیا رفت، امام (علیه السلام) فرمودند: سهم الارث زوجه را باید کنار بگذارند، اگر زوجه هم بالغ شد و اجازه داد، سهم الارث را به او می‌دهند، اما اگر اجازه نداد، هیچ. «الذي يصلح رداً لما ذكر في الثمرة الثانية»، در بعضی از نسخه های مکاسب کلمه «رداً» وجود ندارد، که به نظر ما هم این بهتر است، چون شیخ (ره) ثمره اولی و ثانیه کاشف الغطاء (ره) را تثبیت می‌کند و شیخ خواسته بگوید: ردی که صاحب جواهر (ره) بیان کرد، باطل است، لذا «یصلح ردا» حرف درستی نیست، یعنی این خبر صلاحیت دارد که ثمره دوم را تثبیت کند.

ثمره دوم این است که «أعني: خروج المنقول عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه»، مال منقول از قابلیت تعلق انشاء یا اجازه خارج شود، چون منقول تلف شده است. شبه تلف مثل همان نجاستی که در شیء مایع ریخته می‌شود، «فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد»، موت احد زوجین مثل تلف احد العوضین است، در این که یکی از دو رکن عقد از بین می‌رود.

وجه اولویت این است که وقتی در باب نکاح، که زوجین رکن هستند، با از بین رفتن یکی از دو رکن، مع ذلک قابلیت اجازه هست و زوجه صغیره اگر بالغ شد، می‌تواند اجازه کند، پس به طریق اولی در باب بیع، که عوضین عنوان رکنیت دارند، اگر احد المالکین از بین رفتند، معامله قابلیت اجازه دارد.

شیخ (ره) کلمه «یصلح لما ذكر في الثمرة الثانية» را برای این آورده که عمدتاً خواسته نسبت به ثمره اولی با صاحب جواهر (ره) مواجهه کند و گفته: این خبر صغیرین، که قطعاً برای ثمره اولی مفید است، برای ثمره ثانیه هم صحیح است.

لذا در این صورت کلمه فحوی درست می‌شود، اما اگر در اینجا بگوییم که: خواسته با جایی که احد العوضین از بین می‌رود مقایسه کند، که همانطوری که در عقد نکاح، زوج و زوجه رکن هستند، در بیع هم عوضین رکن هستند، پس اولویتی در کار نیست.

اصلاً بگوییم: این جمله «الذي يصلح لما ذكر في الثمرة الثانية»، که در ثمره ثانیه هم صلاحیت وجود دارد، به عنوان یک جمله

در پراگتیز بیان شده است.

«مضافاً إلى إطلاق رواية عروة، حيث لم يستفصل النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن موت الشاة أو ذبحه وإتلافه»، إطلاق روایت عروه باریقی، از این حیث که استفصال، یعنی طلب تفصیل از موت یا ذبح گوسفند نفرمودند، یعنی اگر مال هم از بین رفته باشد، باز قابلیت اجازه دارد.

در اینجا در حواشی اشکال کرده‌اند که چون برای پیامبر (صلى الله عليه وآله وسلم) محرز بوده، ترک استفصال کرده و ظاهر این روایت هم این است که فرع در جایی است که بقاء شات محرز بوده است.

بعد فرموده: «نعم، ما ذكره أخيراً من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة»، آنچه که کاشف الغطاء (ره) اخیراً ذکر کرد، که قابلیت بعد از عقد و در حال اجازه محقق می‌شود، این ثمره‌ای برای مساله نمی‌تواند باشد، «لبطلان العقد ظاهراً على القولين»، چون اینجا عقد بنا بر هر دو قول، چه ناقلیت و چه کاشفیت باطل است. «و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط»، همچنین در جایی که عقد، فقد شرط را داشته باشد، یعنی مثلاً در جایی که میوه‌ای را که بدو الصلاح نداشت، فروخته، شیخ (ره) می‌گوید: اینجا عقد باطل است.

«و بالجملة، فباب المناقشة و إن كان واسعاً، إلا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه»، باب مناقشه واسع است، یعنی حرف کاشف الغطاء قابل مناقشه هست، الا این که ارجح در اشکال، همین است که گفتیم که: اشکال سوم بر ثمره سوم کاشف الغطاء (ره) وارد است.

لازم به ذکر است، شیخ (ره) وقتی خواست در این بحث به مقابله با صاحب جواهر (ره) برود، مثال را روی اصیل آورد و تکیه کلامش بر این بود که اصیل لازم نیست از زمان عقد، تا زمان اجازه صلاحیتش مستمره باشد، اما صاحب جواهر (ره) وقتی به عبارتش مراجعه می‌کنیم، در اشکال به کاشف الغطاء (ره) نظرش روی مالک است و می‌گوید: مالکی که می‌خواهد اجازه دهد، باید صلاحیتش برای مالکیت، از حین العقد تا حین اجازه باقی باشد، که خود شیخ (ره) هم این مطلب را قبول دارد.

شیخ (ره) در تنبیه چهارم عین مطلب صاحب جواهر (ره) را دارد، که می‌گوید: «مالک یكون مالکاً لولا الاجازة»، که این عین عبارت صاحب جواهر (ره) است، که می‌گوید: مالک طوری باشد که اگر اجازه نداد، مالکیتش استمرار پیدا کند، پس معلوم می‌شود که این بقاء و صلاحیت برای مالکیت را نسبت به مالک مجیز آورده، که اگر نسبت به مالک مجیز باشد، آن اشکالاتی که شیخ (ره) بر صاحب جواهر (ره) در بحث دیروز داشته، دیگر وارد نیست.

«و ربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات و معرفة مجلس الصرف و السلم و الايمان و النذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري»، چه بسا گفته می‌شود: ظهور ثمره در تعلق خیارات و حق شفعه و ...، که اینها را دیگر توضیح نمی‌دهیم و مفصل عرض کردیم.

«و تظهر الثمرة أيضاً في العقود المترتبة على الثمن أو المئتمن، و سیأتی إن شاء الله»، در عقود مترتبه بر ثمن یا مئتمن هم ثمره ظاهر می‌شود.

ثمن یا مئتمن معنایش این است که مثلاً فضولی عبد مالک را به یک درهم فروخته، که عبد مئتمن می‌شود و درهم ثمن، که شیخ بعداً می‌گویند که: هم عقود بر این مئتمن ممکن است واقع شود و هم عقود روی ثمن واقع می‌شود، که در آنجا تقریباً حدود دوازده صورت را بیان می‌کنند، که بنا بر یک فرض، فقط عقود لاحقه درست می‌شود و عقود سابقه باطل، اما در فرض دیگر

عقود سابقه درست می‌شود و عقود لاحقاً باطل، که شیخ (ره) فرموده: «و سیاتی ان شاء الله».

## تنبیها

### تنبيه اول: منشأ اختلاف فقهاء

اولین تنبیه این است که این که فقهاء اختلاف دارند در این که اجازه، آیا کاشف است یا ناقل؟ نزاع در مفهوم لغوی و عرفی نیست، یعنی بحث در این نیست که اجزت از نظر لغت یعنی چه؟ اجزت از نظر عرف یعنی چه؟ بلکه بحث و نزاع از باب حکم شرعی اجازه است، یعنی از ادله چه استفاده می‌کنیم؟

ادله‌ای که رضایت را در عقد معتبر می‌داند، ادله‌ای که رضایت متاخر را کافی می‌داند، آیا آن ادله رضایت متاخر را به عنوان جزء السبب قرار می‌دهد، که اجازه ناقله می‌شود و یا این که واقعا خود عقد موثر است و رضایت هیچ تاثیری ندارد، که کاشفیت می‌شود؟ پس نزاع در حکم شرعی است.

### تطبيق عبارت

«و ينبغي التنبيه على أمور الأول أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي و معنى الإجازة وضماً أو انصرافاً»، در این که اجازه ناقله است یا کاشفه، اختلاف در مفهوم لغوی و معنای وضعی اجازه نیست. «بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و أدلة وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلة الخارجية»، نزاع در حکم شرعی است، به حسب ملاحظه اعتبار رضایت مالک، یعنی ملاحظه ادله‌ای که رضایت مالک را معتبر می‌داند و ادله وجوب وفاء به عقود.

می‌خواهیم ببینیم که آیا در عقد فضولی، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» قبل از اجازه می‌آید یا بعد از اجازه؟ اگر قبل از اجازه بیاید، نتیجه این می‌شود که اجازه کاشفه است، اما اگر بعد از اجازه بیاید، نتیجه این می‌شود که اجازه ناقله است.

پس نزاعمان در حکم شرعی و مقتضای ادله است. همچنین غیر این دو از ادله خارجی، یعنی از ادله خاصه، مثل صحیح محمد بن قیس و آن روایات خاصه‌ای که در بیع فضولی به آنها استدلال کردیم.

یعد شیخ (ره) تفریعی کرده، که اگر فقیهی گفت: اجازه ناقله است، اما مجیز خلاف این را قصد کرد، یعنی مجیز بگوید: گرچه اجازه ناقله است، اما وقتی می‌خواهم اجازه کنم، اجازه از حین عقد را قصد می‌کنم و یا اگر فقیهی گفت: اجازه کاشفه است و مجیز بخواهد بر خلاف آن نیت کند، یعنی ملکیت از حین الاجازه را قصد کند، در این صورت؛ اگر گفتیم: نزاع در مفهوم لغوی است، حال اگر فقیهی گفت: اجازه ناقله است، یعنی معنای لغویش ناقلیت است، در نتیجه اگر قرینه‌ای بر خلاف قائم شد، اشکالی ندارد، لذا در جایی که قرینه داریم که مجیز می‌خواهد ناقلیت را قصد نکند، ولو مجتهد گفته اجازه ناقل است، می‌خواهد اجازه از حین عقد را قصد کند، این به منزله قرینه صارفه می‌شود و هیچ اشکالی ندارد.

اما اگر نزاع را روی حکم شرعی آوردیم، شیخ (ره) فرموده: اینجا مساله دو پهلو می‌شود، یعنی اگر گفتیم نزاع در حکم شرعی است، در جایی که قصد خلاف می‌کند، دیگر قاطعانه نمی‌توانیم بگوییم: بر طبق قصدش باید عمل کند. «فلو قصد المجیز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف، أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففي صحته وجهان»، اگر مجیز

قصد امضاء از حین اجازه کند، علی القول بالكشف و یا امضاء کند و قصد کند من حین العقد واقع شود، علی القول بالنقل، در صحت این اجازه دو وجه است.

وَصَلَّى اللهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ