

كتاب النسخ

عن أبيه

السيد محمد بن الحسين بن الحسين

الحسين بن الحسين بن الحسين بن الحسين
السيد محمد بن الحسين بن الحسين بن الحسين

الشيخ محمد بن الحسين بن الحسين

السيد محمد بن الحسين

السيد محمد بن الحسين

السيد محمد بن الحسين بن الحسين بن الحسين

كَلَامُ السَّعِيدِ

مِنْ لُحَاتٍ

الْفَقِيرِ الْحَقِيقِ الْعَظِيمِ وَالْأَصْوَدِ الْفَقِيرِ

الْحَجَّ الْإِلَهِيِّ الْكَبِيرِ وَكَتَبَهُ اللَّهُ الْعَظِيمُ

السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ هَازِي الْحُسَيْنِيِّ الْبَلَاذِي

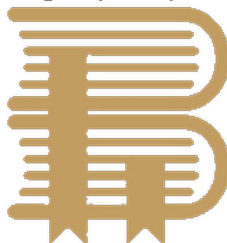
لِلْبَيْتِ الْكَبِيرِ ١٣٩٥ هـ

تَقْرِيرٌ وَشَرْحٌ

السَّيِّدِ عَلِيِّ الْحُسَيْنِيِّ الْبَلَاذِي

الْحَجَّ الْإِلَهِيِّ الْكَبِيرِ

مَرْكَزُ الْإِسْلَامِ وَالْإِسْلَامِ



shiabooks.net

رابطہ بديل < niktba.net



✽ اسم الكتاب: کتابُ البيع - من أبحاث آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني

✽ تقرير وشرح: السيد علي الحسيني الميلاني

✽ نشر: الحقائق

✽ الطبعة: الاولى، ١٤٢٩

✽ المطبعة: وفا - قم

✽ الكمية: ١٠٠٠

✽ ردمك: ٢ - ٩٢ - ٢٥٠١ - ٩٦٤ - ٩٧٨ 978 - 964 - 2501 - 92 - 2

حقوق الطبع محفوظة للمركز

عنوان المركز: قم، شارع صفائي، فرع ٣٤، فرع إيراني زاده، رقم ٣٣، الهاتف: ٠٢٥١-٧٧٢٩٩٦٨

الفاكس: ٠٢٥١-٧٧٤٢٣١٢

عنوان مركز النشر: قم، شارع صفائي، مقابل صندوق قرض الحسنه دفتر تبليغات، الهاتف: ٠٢٥١-٧٨٣٧٣٢٠

عنوان مركز التوزيع في مشهد: شارع الشهداء، خلف حديقة نادري (باغ نادري)، فرع الشهيد خوراكیان، بناية

گنجینه کتاب التجارية، نشر نور الكتاب، الهاتف: ٠٥١١-٢٢٢٣١٣٠

عنوان مركز التوزيع في اصفهان: شارع چهارباغ پائین، أمام ملعب تختی الرياضي، المركز التخصصي للحوزة

العلمية في اصفهان، الهاتف: ٠٣١١-٢٢٢٣٤٢٣

الموقع: www.Al-haqaeq.org - البريد الإلكتروني: Info@Al-haqaeq.org



مقدمة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين.
أما بعد

فإن شرف علم الفقه لا يخفى وفضله لا ينكر، وقد كانت أحكام المعاملات من أولى إهتمامات فقهاء الطائفة منذ القديم.

فلما أُلِّف علامة الآفاق واستاذ الكل على الإطلاق، آية الله العظمى الحاج الشيخ مرتضى الأنصاري -تغمده الله بغفرانه وأسكنه فسيح جنانه- كتابه المعروف بـ«المكاسب»، أصبح هو المحور للدراسات العليا في فقه المعاملات، من قبل كبار الفقهاء في الحوزات العلمية، وما أكثر الكتب المصنفة في شرحه والتعليق المطولة والموجزة عليه.

وكان جدنا الفقيه العظيم، والمحقق المدقق الفذ، والمرجع الديني الكبير، آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني طاب ثراه، قد حضر هذا البحث في النجف الأشرف على أستاذي الفقهاء والمجتهدين، آية الله العظمى الشيخ ميرزا محمد حسين النائيني الغروي، المتوفى سنة ١٣٥٥، وآية الله العظمى الشيخ محمد حسين الإصفهاني الغروي، المتوفى سنة ١٣٦١.

ثم إنه درس هذا البحث -بدوره- في النجف الأشرف، وحضر أبحاثه هناك

جماعة كبيرة من فضلاء الحوزة العلمية، الذين أصبح كثير منهم فيما بعد، من كبار المراجع ومشاهير الأعلام والأساتذة المرموقين.

ولو أنه بقي في النجف الأشرف واستمرّ في أبحاثه الفقهية والأصولية وغيرها، لتقدّم على جميع أقرانه، وكان الاستاذ الأعظم والمرجع الأعلى، كما سمعت من غير واحد من أساتذتي، كآية الله العظمى الميرزا محمد كاظم التبريزي وآية الله الشيخ مجتبی اللنكراني رحمة الله عليهما.

ولكنّه انتقل إلى كربلاء المقدّسة في سنة ١٣٥٦، وكان مجلس درسه في تلك الحوزة أيضاً عامراً بفضلائها في ذلك الوقت، حيث درّس الفقه والاصول والتفسير وغيرها.

ثم انتقل إلى مشهد الرضا عليه السلام، في سنة ١٣٧٣، فكان أحد المراجع العظام، وزعيم الحوزة العلمية بها، والملاذ الأكبر للأمة في الحوادث السياسية والاجتماعية الرّاهنة.



أما مرجعيته، فقد قال بأعلميته غير واحد من الأعلام المرجوع إليهم والمسموع قولهم في مختلف الأوساط، كالعلامة الطباطبائي صاحب (الميزان في تفسير القرآن) رحمة الله عليه، وآية الله العظمى الشيخ محمد تقي البهجة حفظه الله، وغيرهما، وهكذا جماعة كبيرة من الفضلاء في الحوزة العلمية وخارجها... ممّا أدّى إلى إقبال الناس عليه، يطلبون منه الرسالة العملية، حتى أذن بتجديد طبع رسالته، فانتشرت في البلاد ورجع إليه أهالي منطقة خراسان، ثم امتدّت مرجعيته إلى سائر المحافظات والمدن، وحتى قلّده الكثيرون من الشيعة في البلاد المجاورة، كأفغانستان وباكستان والعراق وسائر البلدان، وجاءت الحقوق الشرعية من المقلّدين، وشرع في المشاريع التي جرت بأمره.

وهكذا، فقد أصبح الزعيم الأكبر في الشئون الدينية بالمفهوم العام، إذ لم تقتصر جهوده على تأسيس المدارس والمعاهد الدينية فقط، بل أسس أو شيد كثيراً من الحمامات والمغتسلات والمستوصفات، إلى جنب المساجد والحسينيات، في مختلف المناطق، وحتى في قضايا الزلازل التي وقعت في البلاد أكثر من مرة في عهده، فإنه قد أوعز إلى بعض مقلديه بالمبادرة إلى إعادة بناء ما هدمته أو أصابته الزلازل من دور السكن وغيرها.

إلا أنه قد أولى الاهتمام البالغ بالحوزة العلمية، بتأسيس المدارس فيها أو تجديد بناء بعضها، وقد جعل للدروس في مدارسه برامج خاصة، يدرس فيها الطلاب مختلف العلوم الإسلامية، ويختبرون، ويشجع المشتغلون بالروايات والجوائز المادية والمعنوية، ولقد كان طاب ثراه، محباً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجدين منهم، متفقداً لأحوالهم التفقد الأبوي بحنانٍ ولطف.

ثم إنه عزم على دعوة العلماء الأعلام للإقامة في مشهد والتدريس في الحوزة العلمية، حتى تزدهر وتنشط الدراسة أكثر فأكثر، وقد كان من أشهر من دعاهم واستجاب:

١ - شيخنا آية الله العظمى الوحيد الخراساني.

٢ - آية الله الشيخ علي الفلسفي.

٣ - آية الله الشيخ علي المشكيني.

ولا يخفى ما كان لتواجد هؤلاء الأعلام في الحوزة العلمية، من الأثر في الحركة العلمية وتوجه العلماء والفضلاء وإقبالهم عليها.

لقد اهتم بأمر الحوزة العلمية اهتماماً بالغاً، خدماً للمذهب والعلم والعلماء، وللعتبة المقدسة الرضوية، إذ كان يرى أن الحوزة تعدّ من شئون العتبة المطهرة، وأنه كلما تقدّمت الحوزة وازدهرت، ازداد مشهد الإمام عليه السلام شوكةً وعظمةً

وجلالته، وقد سمعت منه هذا المعنى أكثر من مرة.

وليس الدرس فقط، فقد اهتم كثيراً بالجانب العقيدي والتربوي، فقد كان بالإضافة إلى المعاشرة مع الطلاب بالأدب السامية والأخلاق الفاضلة، ليكون قدوة لهم. يلقي عليهم في المناسبات محاضرات توجيهية، ولا زالت تعاليمه موجودة في الأذهان إلى هذا الزمان.



واشتهر السيد الجد طاب ثراه بالمراعاة والمحافظة على حدود الشريعة المقدسة، في أصولها وفروعها وسننها، وخاصة في مجال الأصول الاعتقادية، وبالأخص فيما يتعلق بمقامات ومنازل أهل البيت والعرة النبوية المطهرة، وتلك فتاواه ضد بعض الأفكار المضلّة من بعض المعمّمين وغيرهم، موجودة في الوثائق التاريخية الخالدة.

وكذلك فيما يتعلق بالقوانين الوضعية المخالفة للشريعة المقدسة، التي حاولت الحكومة آنذاك تطبيقها في البلاد، فقد صمّد طاب ثراه في مقابلها وتحمل أنواع الأذى والمضايقات للحيلولة دون وصول الحكومة إلى مآربها.

لقد سمعنا منه مراراً قوله: علينا أن نقف أمام ترويج الأباطيل والمنكرات في هذا البلد المتعلّق بأهل البيت والإمام المهدي المنتظر أرواحنا فداء. وبالفعل، فقد وفق كثيراً، وسدّد الله تعالى خطاه على طريق الحق والدفاع عن الدين.

إنه كان دائماً يستمدّ العون من الإمام عجل الله فرجه، ويأمر بالتوسّل به في كلّ الأوقات، وكانت رعايته عليه السّلام له مشهودة في كافّة المجالات.



ومن الأنطاف الربوبية وعنايات الأئمة الأطهار في حقّه، ما كان عليه طاب

ثراه من الكمالات المعنوية والحالات الروحية، فتلك قضيته مع شيخنا آية الله الحاج الشيخ مرتضى الحائري اليزدي، فقد سمعتها من شيخنا مشافهةً، وهي موجودة بخطه في مذكراته.

كما أنَّ له معي أيضاً قضية مشابهة لها.

وتلك قضيته مع من حضر عنده في حال الجنابة، وقد تكرر ذلك، فإنه كان يذكرهم، وقال لأحدهم في غرفته الخاصة: إِنَّ الملائكة لتهبط إلى هذا المكان وتروح، لكونه محلاً لمذاكرة القرآن وروايات المعصومين، من أجل استنباط الأحكام وهداية الناس، فما كان ينبغي لك أن تحضر هنا بهذه الحال.

وتلك قضيته مع زائر من زوّار الإمام عليه السلام، قد قضى ليلته في القطار بالفسق والفجور، فلما وصل إلى مشهد، انتبه من غفلته وندم على ما فرط، فاعتمَ لذلك بشدة، ولم يدخل الحرم حتى المساء، خجلاً من الإمام عليه السلام، فلما حضر الصلاة، في الصحن الشريف خلف السيّد الجدّ، وجاء بعد الصلاة للسلام عليه، خاطبه السيّد بقوله: أنت محبوب عند الإمام عليه السلام لأنك جئت لزيارته وهو يحبّ زوّاره، غير أن عملك كان سيئاً وأنت نادم عليه وتائب منه، فادخل الحرم ولا بأس عليك.

وهذه نبذة من كراماته الباهرة، علمنا ببعضها في أيام حياته، وما كنّا نتحدّث بها لعدم رضاه بذلك.

وبهذا نكتفي في التعريف به طاب ثراه^(١).



(١) ومن أراد التفصيل فليرجع إلى كتاب «علم وجهاده» تأليف عتنا العلامة الحجة السيّد محمّد علي الميلاني المطبوع في جزئين.

وأما كتاب البيع....

فلقد درّس طاب ثراه في الحوزة العلميّة بمشهد المقدّسة:

كتاب الإجارة

وكتاب الصّلاة

وكتاب الزكاة

وكتاب الخمس

على كتاب «شرائع الإسلام» للمحقّق الحليّ.

ثمّ درّس كتاب البيع، على كتاب «المكاسب» ولكنّه لم يتمّ كما سيأتي.

وقد كان كتاب البيع آخر أبحاثه، وكان قد وعد تلامذته بتدريسه إجابةً

لطلبهم، ولذا قال في أوّل البحث: كنت قد وعدت غير مرّة بالبحث في المعاملات

وفي خصوص البيع من المكاسب للشيخ الأعظم قدّس سرّه، فهذا أوّان الوفاء

بالوعد والشروع في بحث البيع، وأحمد الله على التوفيق وأستخيره في ذلك.

وكان الشروع فيه في اليوم الثاني عشر من ربيع الأول سنة ١٣٩١.

وجعل عنوان البحث -كما ذكرنا- كتاب البيع للشيخ الأعظم، فهو أوّلاً يشرح

عبارة الشيخ ويقرّر مراده، بأدب رفيع وتواضع جميل لمكانة الشيخ العلميّة، وربّما

ألجأته المحافظة على مقام الشيخ والإحترام له، إلى توجيه كلامه وحمل عبارته

على خلاف ما هي ظاهرة فيه، قائلاً: إنّ مقام الشيخ يقتضي أن يكون مراده كذا

لا كذا وإن كان ظاهر عبارته.

ثمّ يتعرّض لكلمات الأكابر حول كلام الشيخ وغيره بالبحث والنقد، فإذا ما

أراد أن يشكّل على الشيخ أو أحدٍ منهم قال: «هذا سهو من قلمه» أو «لا يمكن

المساعدة عليه»، وربما اقترن ذلك بقوله: «إنه كبير ونحن صغار بالنسبة إليه ولكنّ

ماذا نفعل!» بل قد وجدناه إذا أراد الردّ على الكلام لا يصرّح باسم قائله، حفظاً لعلو

مقامه ورفعة مكانته.

إن الأكابر الذين يتعرّض السيّد الجدّ لأرائهم من المتأخّرين عن الشيخ الأعظم هم:

١ - الشيخ حبيب الله الرشتي، بتقرير تلميذه الإشكوري.

٢ - الشيخ محمد حسن المامقاني، صاحب «غاية الآمال» وهو جدّه لأُمّه.

٣ - الشيخ محمد كاظم الخراساني، في تعليقه المكاسب، ويعبّر عنه به «المرحوم الأخوند».

٤ - السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، في حاشية المكاسب، ويعبّر عنه به «المرحوم السيّد».

٥ - الشيخ ميرزا محمد حسين النائيني، ويعبّر عنه به «الميرزا الاستاذ».

٦ - الشيخ محمد حسين الإصفهاني، ويعبّر عنه به «شيخنا الاستاذ».

وهذان الأخيران هما استاذاه في الفقه والاصول.

والجدير بالذكر، أنّ ظاهر كلامه أحياناً - لدى النقل عن أحد استاذيه رأياً - هو الحكاية عنه مباشرة، كقوله في بعض الموارد: «وكان الاستاذ يقول... وكنا نشكل عليه» ممّا يدلّ على استحضاره لمطالب مشايخه.

وكم كان يعتزّ بهم، خاصّةً بأستاده الشيخ الإصفهاني، فإنّه كان يعتني بأقواله، ويراجع حاشيته على المكاسب، وكان يحتفظ بنسختين منها، وقد قال لي يوماً: «إنّ لي - والحمد لله - مطالب في المكاسب لم يتعرّض لها الشيخ الاستاذ، فكأنّه كان يحمّد الله على أنّ وفقّه للاستدراك على إفادات شيخه في مباحث البيع.



قلنا: إنه كان طاب ثراه محبّاً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجدين منهم، متفقداً لأحوالهم... هذا بالنسبة إلى سائر الناس، فكيف بتلامذته؟

وأما بالنسبة إلى أهل العلم من أحفاده، فقد تضاعفت رعايته وعنايته المعنوية والمادية....

لقد كنت في أيام الصيف - في أغلب السنين - في خدمته، ولكنها كانت أسفاراً قصيرة، فلما اضطربت أوضاع حوزة النجف الأشرف، وخاصةً بعد وفاة آية الله العظمى السيد محسن الحكيم رحمة الله عليه سنة ١٣٩٠، وتعلّلت الدروس، سافرت إلى مشهد المقدسة، وفي هذه المرة طال المكث عنده، فكنت أحضر بحته، وأستفيد منه الكثير من الفوائد العلمية، وأتعلّم منه الأخلاق الكريمة، إذا سأله أجبني، وفي كثير من الأوقات كان يبتدأني، فيفيض عليّ من علمه، أو يمتحنني بسؤال، أو يأمرني باستخراج مطلب في مكتبته، أو باستنساخ مكتوب من مكاتيبه، فكان قد عرف عني من مجموع تلك الأمور شيئاً أصبح السبب في شدة عنايته بي ورعايته لي، حتى أنه قال لي غير مرة: «أتمنّى أن تبقى عندي» وقال لغير واحد من الأشخاص من الأسرة وغيرها: «الأمل في هذا الولد كبير».

ولقد انعكست عنايته بي في مكاتيبه إليّ^(١):

فلقد جاء في أحدها: «إني أذكرك في قلبي كثيراً ولك سهم في غالب أدعيتي، خبّرني عن أحوالك وأمورك باستمرار».

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

بسم الله الرحمن الرحيم
والحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

(١) اقتصرنا منها على محلّ الحاجة، ولا يخفى أنها كلّها معنوية بعنوان «قرة عيني» وكان اسمي وعلي الأصغر لوجود أخ لي اسمه «علي الأكبر» حفظه الله، لكنهم خاطبوني فيما بعد بـ «علي» وبهذا عرفت في سائر الأوساط.

وفي كتاب بتاريخ شهر رمضان سنة ۱۳۸۴، يوصي بالبرّ بالوالدين:

بسم الله الرحمن الرحيم

نور وجهه كرمه الله تعالى من خير خلقه حرمه ربنا وآله عليه السلامات والمجاهد
الروحية والسياسة والاعتقادية نداءه اشدّ من اذان الجهاد وشدته وقوته تم
بما به علمه بعبادات ودرجاتنا من شدة الجاهلية في عوالمه عليه السلام
خدمت وذكورنا في هذه الدنيا من شدة الجاهلية في عوالمه عليه السلام
نداءه اشدّ من اذان الجهاد وشدته وقوته تم
خدمت وذكورنا في هذه الدنيا من شدة الجاهلية في عوالمه عليه السلام

وفي كتاب أرسله بتاريخ ۲ ذي القعدة الحرام سنة ۱۳۸۶، يوصي بالمداومة

على صلاة الليل:

بسم الله الرحمن الرحيم

نور وجهه كرمه الله تعالى من خير خلقه حرمه ربنا وآله عليه السلامات والمجاهد

بسم الله الرحمن الرحيم
نور وجهه كرمه الله تعالى من خير خلقه حرمه ربنا وآله عليه السلامات والمجاهد
الروحية والسياسة والاعتقادية نداءه اشدّ من اذان الجهاد وشدته وقوته تم
بما به علمه بعبادات ودرجاتنا من شدة الجاهلية في عوالمه عليه السلام
خدمت وذكورنا في هذه الدنيا من شدة الجاهلية في عوالمه عليه السلام
نداءه اشدّ من اذان الجهاد وشدته وقوته تم
خدمت وذكورنا في هذه الدنيا من شدة الجاهلية في عوالمه عليه السلام

وكان يمدني بالكتب التي أحتاج إليها أو تنفعني في سبيل التحصيل:

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
فمن أراد أن يعرف ما في هذا الكتاب من فوائد
وآداب وعلوم فليقرأه في كل وقت
والمستفيد من هذا الكتاب
هو كل من أراد أن يعرف ما في هذا الكتاب
من فوائد وآداب وعلوم

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
فمن أراد أن يعرف ما في هذا الكتاب من فوائد
وآداب وعلوم فليقرأه في كل وقت
والمستفيد من هذا الكتاب
هو كل من أراد أن يعرف ما في هذا الكتاب
من فوائد وآداب وعلوم

وكتب إلي لما رجعت من حج بيت الله الحرام:

سید الشهدا

کرجه نوریده کجایم سید علی حسرتی بنیاده

ایم جا بتریک دتیت عوفیت تا بیج مسافرت ها گویند

ایم پرت با قبله اعلا و مبارک است در تقابست جوارت عمارت

مونه پاشه و بیخ خنودم و مسود شدم فدایک

لقد یلم در آن عوفیت کوی حنه کیم دونه لو الکرم

در راه رسد و قریح بانی نکرده یه بر حال

و بیات چوتنه عوفیت پاشه و هواد به نغمه تر

سهرت و لعل و صبر در دهن فدا و عوفیت

ایسایر و ساری تنه در آن راه

و سید الشهدا

سید الشهدا
کجایم سید علی حسرتی بنیاده
کرجه نوریده کجایم سید علی حسرتی بنیاده
ایم جا بتریک دتیت عوفیت تا بیج مسافرت ها گویند
ایم پرت با قبله اعلا و مبارک است در تقابست جوارت عمارت
مونه پاشه و بیخ خنودم و مسود شدم فدایک
لقد یلم در آن عوفیت کوی حنه کیم دونه لو الکرم
در راه رسد و قریح بانی نکرده یه بر حال
و بیات چوتنه عوفیت پاشه و هواد به نغمه تر
سهرت و لعل و صبر در دهن فدا و عوفیت
ایسایر و ساری تنه در آن راه
و سید الشهدا

وهذا کتاب آخر أرسله الی فی ۱۸ ربیع الأول سنة ۱۳۹۰، وهو من أحسن
المکاتیب التوجيهية الراقية:

سبحانک

مردیه عزیزم سید منیر حفظہ اللہ

ایمیل پذیر ترا شادیہ بندہ ام جواب نشانیہ برودتیرا

طاسار ایسہ ایمیل دیت غایت پشید ویدیرتہ علم

سید برودتہ نشید و مقصد برسیہ ^{نقص} ^{مکاتیب}

چو دیر است یک طرف ہم ترست غنیمت چو دیر

کہ جامع ہنر چو دیر است و ہر تہ شاوکی و کارکن

از سر تمام ملکیت من و تو بہر علمت و ہر در خواہ

مسلک تو دیر بر گاہت کہینہ دکان دہہ نافر تو

ہر گاہ خدائے و بحیثیہ دہہ دہہ دہہ دہہ

دہہ دہہ دہہ کہ دہہ دہہ دہہ دہہ دہہ

دہہ دہہ کہ دہہ دہہ دہہ دہہ دہہ

دہہ دہہ دہہ دہہ دہہ دہہ

«إن العمدة في استكمال مراتب الفضيلة أربعة أشياء:

الأول: المعارف الالهية.

والثاني: التقوى.

والثالث: الفقه والاصول.

والرابع: مكارم الأخلاق.

فإن اجتماع هذه الأركان الأربعة في غاية الأهمية، وهو المستعان سبحانه

وتعالى.

وإن الدعاء والتوسل بمقام الولاية وطلب العناية المباركة لولي العصر

أرواحنا فداءه، هي الوسيلة العظمى لئيل تلك الأركان الأربعة. إن شاء الله تعالى».



وبالأخرة... دعاني إلى مشهد والكون بخدمته.

فقد كنت في النجف الأشرف، وأنا متهيئ منذ مدة لحضور بحث الخارج

على أعلامها، لكن الأوضاع مضطربة والأفكار مشوشة، وكان أهلي يفكرون لي

بالزواج، وربما خطبوا من بعض البيوت، وإذا بكتاب من السيد الجد إلى السيد

الوالد بتاريخ ٦ صفر سنة ١٣٩٣ يقول فيه: «إن كان في زواج السيد علي أو السيد

علي الأصغر تأخير، فمن المستحسن أن يأتي إلى المشهد المقدس ويدرس هنا

ويكون عوناً لي. وقد وصلني الكتاب الذي أرسله^(١)، وسررت بذلك. دام بقاءه

إن شاء الله تعالى».

(١) أرسلت إليه دفترأ شرحت فيه قول المحقق الحلي في شرائع الاسلام في غسل الأموات «وأقل ما يلحق

في الماء من السدر ما يقع عليه الاسم» في أكثر من خمسين صفحة، وكتاب (الإمام الثاني عشر) تأليف

العلامة الحجة السيد محمد سعيد آل صاحب المقات، الذي قدّمته للطبع بمقدمة وتعليق واستدراكات

قيمة، في النجف الأشرف.

سید شادان

کرمیہ
عمر حضرت

بسم علیک ایہ اللہ بروت ترست کثرت بیتہ ہر دور و جہان
بر سر علم و حکم و حیات اسیر و جہر و جہر و جہر

اگر فرمودہ سید و اسیر و جہر
در فرستادہ طلبہ و جہر است
بہر دست و سید و جہر و جہر
تعمیم و جہر و جہر و جہر
در سید و جہر و جہر و جہر
و جہر و جہر و جہر و جہر

فلما وصل هذا الكتاب، بادرت إلى السفر إلى إيران، ووصلت إلى محضره الشريف في شهر ربيع الثاني سنة ١٣٩٣.
فرحبت بي أئما ترحيب....

وقرر طاب ثراه أن أكون له معيناً في شؤنه العلميّة فقط.

فكان كلما أراد أن يطالع للدرس أو يجيب عن استفتاء، حضرت عنده، فكان تخريج كل ما يحتاج إليه من الروايات وأقوال الفقهاء على يدي، وإذا أراد مفهوم كلمة رجعت إلى كتب اللغة وأخرجت له كلمات اللغويين، وإذا أراد ترجمة راوٍ من الرواة، أخرجتها له من الكتب الرجالية وقرأت عليه آراء علماء الرجال فيه، وهكذا... فكان يسجل خلاصة مطالعته وتحضيراته للدرس في أوراقٍ تحت يده، وتلك الأوراق كلها -أو جلّها- محفوظة الآن، وكذا أجوبة الاستفتاءات المفصلة

التي أمر باستنساخها والاحتفاظ بها.

وهكذا، فقد كنت بخدمته هذه المرة، من أوائل السنة الدراسية ١٣٩٣، إلى أن مرض رحمه الله، وتعطلّ الدرس في شهر ربيع الثاني وكان بحثه في مسائل بيع الفضولي.

وما طال مرضه إلا شهوراً قلائل، حتى توفي في آخر شهر رجب عام ١٣٩٥. ثم إنّه - طاب ثراه - لمّا تعطلّ الدرس، وكأنّه كان عالماً بدئو أجله، قال لي في بعض الأيام: «إني وإن كنت أحب أن تكون عندي، لكن مواصلة الدرس أهم، وأخشى أن يضيع وقتك هنا، فالأولى أن تذهب إلى قم». فنزلت مدينة قم المقدسة، بعد أن تهّأت لي دار للسكن مستأجرة لمدة قليلة بأمر من السيّد الجدّ، وقد جعل لنا راتباً شهرياً:

قم مرة كل شهر
 بهر ماه بهر ماه در تهران و تبریز
 و تبریز و مشهد و قم و اصفهان
 و اصفهان و مشهد و قم و اصفهان
 و اصفهان و مشهد و قم و اصفهان
 و اصفهان و مشهد و قم و اصفهان
 و اصفهان و مشهد و قم و اصفهان

لقد حضرت في حوزة قم الكبرى على أعلام الطائفة وأساطين العلماء في الفقه والاصول، من كبار المراجع وغيرهم، وهم:

١- آية الله العظمى السيد محمد رضا الكلبيكاني قدس سره.

حضرت عليه في الحج والبيع والقضاء والشهادات والحدود.

وقررت بحثه في البيع، ودوّنته حاشيةً على المكاسب، وطبع باسم (بلغة

الطالب في التعليق على بيع المكاسب) إلى آخر المعاطاة، في مجلد واحد.

ثم قررت بحثه في القضاء والشهادات، وطبع بأمر منه كذلك، في ثلاث مجلدات.

٢- آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني دام ظلّه.

حضرت عليه دورة كاملة في الاصول.

وفي الفقه: حضرت عليه في أبواب كثيرة من العبادات والمعاملات، كإحياء

الموات والمكاسب المحرّمة والطّهارة والصلاة والبيع والخيارات، وبعض

القواعد الفقهية.

ثم درست الاصول وطبع منه حتّى الآن مباحث الألفاظ في أربع مجلدات.

٣- آية الله العظمى السيد محمد الروحاني قدس سره.

حضرت عليه في الاصول.

٤- آية الله العظمى الشيخ ميرزا محمد كاظم التبريزي، قدس سره.

حضرت عليه في الفقه.

٥- آية الله العظمى الشيخ مرتضى الحائري اليزدي، قدس سره.

حضرت عليه في الخيارات.

وبما ذكرت ظهر: أنّي حضرت في البيع على السيد الجدّ والسيد الكلبيكاني

والشيخ الوحيد، إلا أن حضوري على شيخنا كان إلى آخر الكتاب.

ولقد طرحت أنظار السيد الجدّ في بحث شيخنا دام بقاءه، ودخلت في كتابات

فضلاء الدّرس، واهتمّ بها الكثيرون منهم، فكنت من ذلك الوقت أشتغل على

مطالب السيد الجَدِّ وأمعن النظر فيها، وأضيف إليها ما استفدته من أبحاث سيدنا الاستاذ الغلباينگاني وشيخنا الاستاذ الوحيد، وما لم يتعرض له السيد الجَدُّ من مطالب الأكابر، وما في بعض الحواشي الأخرى كحاشية المحقق الإيرواني، وأنظار المحقق الخوئي من مصباح الفقاهة.

وخرّجت في الهوامش ما جاء في بحثه من الآيات والأخبار والأقوال، ووضعت له العناوين، ورّبته ونقّحته بالإصغاء إلى أشرطة البحث من جديد. فلما وصلت إلى آخر المعاطاة، وجدته قد اكتمل جزء، يصلح لأن ينتشر، فقدمته للطبع، خدمةً للعلم وأهله، وأداءً لبعض حقوق السيد الجَدِّ وإحياءً لذكره، وتقديرًا مني لما بذله من جهدٍ في تعليمي وتربيتي.

وأسأل الله العليّ القدير أن يوفّقني لإتمام هذا العمل، وأن يتقبّله بأحسن القبول. والحمد لله رب العالمين.

قم المقدّسة

علي الحسيني الميلاني

كَلَامُ اللَّهِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين
ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.
وبعد، فقد كنت قد وعدت غير مرة بالبحث في المعاملات، وفي
خصوص البيع، من المكاسب للشيخ الأعظم قدس سره، فهذا أوان الوفاء
بالوعد والشروع في بحث البيع، وأحمد الله على التوفيق واستخيره في
ذلك:

البيع

معاملة إنشائية بين اثنين بنحو المعاوضة في الملكية

قولنا: «معاملة» لإخراج العبادة، وهي في الاصطلاح: الأمر الذي يتوقف ترتب الأثر عليه على قصد القربة، والمعاملة لا يتوقف ترتب الأثر فيها على قصد القربة. وبعبارة أخرى: المعاملة يترتب الأثر على وجودها الخارجي، وهو - أي الوجود الخارجي - علة تامة للأثر، فإن قصد القربة أعطي الثواب، وإلا فالأثر الخاص لها مترتب لا محالة، والعبادة أمر يقتضي الأثر المترتب عليه، لكنه مشروط بقصد القربة حتى تحصل الفعلية للأثر.

وقولنا: «إنشائية» في قبال التوصلات التي يطلق عليها العبادة بالمعنى الأعم، وليس فيها حيثية الإنشائية، كغسل اليد ونحو ذلك.

وقولنا: «بين اثنين» إحتراز عن المعاملة الإنشائية التي ليست كذلك، كالوقف العام مثلاً.

وقولنا: «بنحو المعاوضة» يخرج ما إذا كان معاملة إنشائية بين اثنين لا كذلك، كالهدية.

وقولنا: «في الملكية» لإخراج المعاوضة بين التمليكين، كما هو الحال في الهبة المعوضة، فإنها تمليك بعوض تمليك.

فالبيع معاملة خاصة بهذه الخصوصيات.

و«البيع» حيثما يطلق هذا اللفظ في مقابل الإجارة والنكاح وغيرهما... إسم لم يلحظ فيه جهة المصدريّة التي فيها النسبة الناقصة، فالمعنى المصدري الذي يقال في ماضيه: باع، وفي مضارعه يبيع، فيه جهة النسبة الناقصة المقابلة للنسبة التامة، أي: نسبة العرض إلى موضوعه، لكنّ لما نقول: البيع، الإجارة، النكاح، الهبة... فهي أسماء غير ملحوظ فيها جهة الإضافة إلى الفاعل، ففي مثل قوله عليه السّلام: «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا، فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا، فَإِذَا افْتَرَقَا وَجِبَ الْبَيْعُ»^(١) لا يقصد المعنى المصدري، وكذا في قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) وفي ﴿رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ﴾^(٣)، بل المراد تلك المعاملة الخاصّة المسماة باسم البيع في قبال غيرها من المعاملات.

قال الشيخ قدّس سرّه:

وهو في الأصل - كما في المصباح - مبادلة مال بمال^(٤).

هذه عبارة المصباح المنير، وليس كذلك في الكتب اللغويّة الأخرى، كالمفردات والصّحاح والقاموس^(٥).

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الرقم: ٤.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٣) سورة النور: ٣٧.

(٤) المصباح المنير: ٦٩.

(٥) المفردات في غريب القرآن: ٦٧، صحاح اللّغة ٣ / ١١٨٩، القاموس المحيط ٣ / ٨.

إشكال المحقق الخراساني:

فقال المحقق الخراساني رحمة الله عليه في الحاشية: التعبير بالمبادلة لا يخلو من مسامحة، وحقه أن يقال: تبديل مالٍ بمال، فإنه فعل الواحد لا الاثنين^(١).

الرد على الإشكال:

وهذا منه عجيب إنصافاً، لأن تبديل المال بالمال يتحقق بفعل الواحد ولا يتوقف على طرف، كأن يتلف الإنسان مالاً له، ثم يبدله بمالٍ آخر من أمواله، فإنه يصدق التبديل ولا علاقة له بالبيع. وبعبارة أخرى: «التبديل» أعم من «المبادلة». هذا أولاً.

وثانياً: إن المشتري وإن كان معطياً للبدل، لكن نفس البدل قائم بطرفين، إذ المشتري معط والبائع أخذ له، وحينئذٍ، يصح التعبير بالمبادلة.

تحقيق المحقق الإصفهاني في معنى هيئة المفاعلة:

وثالثاً: فإن التحقيق ما أفاده الشيخ الأستاذ قدس سره [١] من أن ظاهر الصّرفيين هو أن هيئة المفاعلة موضوعة لصدور المبدء من اثنين.

[١] وهذا نصّ عبارته: «...فتبين وجه التعبير عن البيع بالمبادلة دون التبديل. هذا بناءً على ما هو المعروف من تقوم المفاعلة بطرفين.

والتحقيق خلافه، كما تشهد به الاستعمالات الصحيحة الفصيحة القرآنية

وغيرها، كقوله: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ﴾^(١) ﴿وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(٢) ﴿يُزَازُنْ﴾^(٣) و﴿نَاقُوا﴾^(٤) و﴿تَسَاقُوا﴾^(٥)، وقولهم «عاجله بالعقوبة»، و«بارزه بالمحاربة»، و«ساعده التوفيق»، إلى غير ذلك مما لا يصح نسبة المادة إليهما، أو لا يراد منها ذلك، بل الظاهر أنَّ هيئة المفاعلة لمجرد تعدية المادة وإنهائها إلى الغير، مثلاً: الكتابة لا تقتضي إلا تعدية المادة إلى المكتوب، فيقال «كتب الحديث» من دون تعديتها إلى المكتوب إليه، بخلاف قولهم «كاتبه» فإنه يدل على تعديتها إلى الغير، بحيث لو أريد إفادة هذا المعنى بالمجرد ل قيل «كتب إليه».

وربما تدلُّ الهيئة المجردة على نسبة متعدية، كقولهم «ضرب زيد عمرواً»، إلا أنَّ إنهائها إلى المفعول غير ملحوظ في الهيئة، وإن كان لازم النسبة، بخلاف «ضارب زيد عمرواً»، فإنَّ التعدية والإنهاء إلى المفعول ملحوظ في مفاد الهيئة، فما هو لازم النسبة تارة ومفاد حرف من الحروف أخرى، مدلول مطابق لمفاد هيئة المفاعلة، ولذا ربَّما يفهم التعمُّد والتقصُّد إلى إيجاد المادة، فيفرَّق بين ضارٍّ ومضارٍّ وخدعه وخادعه ونحوهما.

وأما ما ذكره من الأصالة والتبعية، فغير صحيح ثبوتاً وإثباتاً، أمَّا في مقام الثبوت، فإنه لا بدَّ من فرض نسبتين، بحيث تكون إحداهما لازماً للأخرى، وليس «ضرب عمرو زيداً» لازماً خارجياً لـ «ضرب زيد عمرواً»، والهيئة الواحدة لها نسبة واحدة مدلولها المطابقي، ومع الوحدة لأصالة وتبعية؛ فإنها فرع الانثنية.

(١) سورة البقرة: ٩.

(٢) سورة النساء: ١٠٠.

(٣) سورة النساء: ١٤٢.

(٤) سورة آل عمران: ١٦٧.

(٥) سورة الأنفال: ١٣.

وأما في مقام الإثبات، فلأن الأصاله والتبعية في الدلالة فرع الأصاله والتبعية في المدلول، وقد عرفت عدمهما، وأما يصح في مثل المفهوم التابع للمنطوق إثباتاً لتبعيته له ثبوتاً، فإن لازم العلية المنحصرة - التي هي مدلول مطابق للجملة الشرطية - هو الانتفاء عند الانتفاء.

وأما هيئة التفاعل، فهي أيضاً لا تتكفل نسبتي، لأن الهيئة الواحدة لها مدلول واحد، نعم، هي نسبة خاصة لها طرفان، فهية التضارب ما يعبر عن مفادها في الفارسية بقولهم (بهمزدن) وهذه نسبة متقومة بطرفين، وبقية الكلام في غير المقام^(١).

وقال المحقق الخوئي:

«قد سلك بعض مشايخنا المحققين مسلكاً آخر في معنى المفاعلة، وحاصله: أنه قد اشتهر بين الأدباء وغيرهم أن الفارق بين الهيئات المجردة، وبين هيئة المفاعلة، إنما هو تقوم المعنى في باب المفاعلة بطرفين.

إلا أن المستوضح من الكتاب الكريم ومن الاستعمالات الصحيحة خلاف ذلك، كما في قوله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا﴾^(٢)، فإن الغرض من الآية الشريفة تصدي المنافقين لخديعة الله وخديعة المؤمنين فقط، وغير ذلك من الآيات الكثيرة الظاهرة في خلاف ما اشتهر بين الناس من معنى المفاعلة.

ويقال في الاستعمالات العرفية الصحيحة: عاجله بالعقوبة، وخالف المرأة، وبارزه بالحرب، وساعده التوفيق، وواراه الأرض، وغير ذلك، فإن جميع ذلك بين مالاتصح نسبة المادّة فيه إلى الاثنين، وبين مالم يقصد فيه ذلك وإن صحت النسبة المزبورة.

(١) حاشية المكاسب ١ / ١٠ - ١١.

(٢) سورة البقرة: ٩.

وعليه، فلا بدّ من بيان الفارق بين هيئة الفعل المجرد، وبين هيئة المفاعلة. وتوضيح ذلك: أن الهيئات المجردة لم يلحظ فيها تجاوز المادة عن الفاعل إلى غيره، بحسب وضع الراضع، بل التجاوز فيها إما ذاتي - كجملة من الأفعال المتعدية، نظير: ضرب، وخدع، ونصر، ونحوها - أو بواسطة الأداة: كما في الأفعال اللازمة مثل: جلس، وذهب، وأمثالهما، وقسم من الأفعال المتعدية، كلفظ: كتب ونظائره، بديهة أن تجاوز المادة في القسمين الأخيرين إلى غير الفاعل إنما هو بواسطة الأداة، فيقال: جلس إليه، وكتب إليه.

نعم، لا شبهة في أن كلمة «كتب» تدلّ على تجاوز المادة - وهي الكتابة - إلى المكتوب فقط، دون المكتوب إليه - الذي هو مورد بحثنا - وإذا أريد تجاوز تلك المادة إلى المكتوب إليه، فلا بدّ من الاستعانة بكلمة إلى.

وأما هيئة المفاعلة، كخداع وضارب وقامر ونحوها، فإن حيثيّة تعدية المادة عنها إلى غيرها ملحوظة فيها مطابقة في مقام إفادة النسبة، وهذا بخلاف الأفعال المجردة المتعدية، كضرب ونصر وخدع ونحوها، فإن التعدية فيها من ذاتيات مفادها.

وعليه، فإذا صدر فعل من أحد كان أثره خداع غيره، صدق عليه أنه خدعه. ولا يصدق عليه أنه خادعه إلا إذا تصدّى لخداعة غيره، وكذلك الحال في ضرب وضارب، ونصر وناصر، وأشباهاها من الأفعال المتعدية.

ومن هنا يفرّق بين ضار ومضار، فإن سمرة بن جندب لما أبى عن الاستئذان من الأنصاري عند الدخول على عذقه من منزل الأنصاري، قال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ»^(١): أي متصدّ لإضرار الأنصاري. والجواب عن ذلك:

وما ذكروه سهو، فإن صدور المبدء منهما -بحيث تدلّ عليه الهيئة- منحصر بالتفاعل، وأمّا المفاعلة، فإنّما تدلّ على صدور المبدء من الفاعل متعلّقاً بالغير، ولذا انحصرت صيغة المفاعلة بالأفعال المتعدية. وبعبارة أخرى: مادة «فَعَلَ» إنّما تدلّ على نسبة العرض إلى موضوعه، ولا تدلّ على شيء سواه من الزمان وغيره، بل هي مداليل خارجيّة، وذلك، لأن هذه المادّة تدلّ على الحدث، وهيئتها تدلّ على نسبة الفعل إلى الفاعل، ولذا كان «فَعَلَ» في اللازم والمتعدّي معاً، سواء وجد في الخارج ما يقع عليه الفعل أو لا، فهو صادق. نعم، في الأفعال المتعدية حيث نفهم الوقوع على

أن هيئة المفاعلة لا تتقوّم إلا بصدور الفعل من الاثنين، لما عرفته آنفاً من دلالة المفاعلة على المشاركة في الغالب، وهي أن يفعل الواحد بالآخر مثلاً ما يفعله الآخر به، لكي يكون كلّ منهما فاعلاً ومفعولاً، نحو ضارب زيد عمراً.

ومن الواضح: أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد تصدّي أحدهما لإيجاد المادّة دون صاحبه، فلا يقال: ضارب زيد عمرواً، أو صارعه، أو جداله، فيما إذا تصدّى زيد لضرب عمرو، أو حربه، أو صارعه، أو جداله، من دون أن يصدر منه أحد هذه الأمور، بل لو لم يصدر الفعل منه ومن صاحبه معاً، لعدّ مثل هذا الاستعمال من الأغلاط الواضحة. نعم، قد تكون هيئة المفاعلة بمعنى الفعل المجرد، نحو سافر زيد، وقاتله الله، وواراه في الأرض، وبارك في أمره، وأشباه ذلك من الأمثلة.

وقد تكون بمعنى الكثرة والمبالغة. ولعلّ من القليل الثاني قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لسمرة بن جندب: إنك رجل مضار، ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن^(١).

الغير، يكون من باب أن ذاك الحدث ليس قائماً بنفس الفاعل، بل هو متعّد منه بصدوره عنه ووقوعه على غيره، ولذا نفهم المفعول به من الخارج بالدلالة الإلزامية، ولا دلالة للهيئة على ذلك أصلاً.

وهذا المعنى - أعني الصّدور من الفاعل والوقوع على الغير - هو مدلول هيئة «فاعل»، فإنها نسبة خاصة بين العرض وموضوعه واقعاً على الغير، ولذا قلنا يكون دائماً من الفعل المتعدي ولا يكون من اللازم، فالهيئة المذكورة موضوعة لهذه النسبة، سواء صدر المبدء ممّن وقع عليه الحدث كذلك أو لم يصدر، ولذا يقال: خاطب زوجته، ظاهر امرأته، قال تعالى: ﴿يُزَاوَنُ النَّاسَ﴾^(١) سافر زيد، نافق عمرو... إلى غير ذلك من الاستعمالات الصحيحة الفصيحة.

فهذا هو التحقيق، واشتباه الصرفيين ليس بعزيز.

في هيئة التفاعل

وأما هيئة التفاعل، فقد ذكر شيخنا الأستاذ رحمه الله: بأن الهيئة الواحدة لها مدلول واحد، أي نسبة واحدة، لكن هيئة التفاعل - وهي واحدة - لها مدلولان، أي صدور المبدء من كلّ من الطرفين، فقال: هيئة التفاعل نسبة خاصة بين الطرفين.

قلت: الهيئة الواحدة لا تدلّ إلا على معنى واحد، فما ذكره متين جداً، لكنه لما وجد التفاعل دالاً على صدور المبدء من الطرفين، فيقال: تضارب زيد وعمرو. أو: زيد وعمرو تضاربا، بخلاف المفاعلة، فلا يقال: ضارب زيد

(١) سورة النساء: ١٤٢.

وعمر، بل الصحيح ضارب زيد عمراً... لذا قال: بأن هذه الهيئة تدل على نسبة خاصة بين الطرفين. وهذا سهو من قلمه الشريف، لأن النسبة تكون دائماً بين الجوهر والعرض، ولا تعقل بين الجوهرين.

فالتحقيق: أن التفاعل هيئة واحدة ونسبة واحدة، هما معاً فاعل واحد، فهما بنحو المعية والوحدة طرف للنسبة، فالمنسوب إليه واحد مركب، والهيئة نسبة واحدة بين المبدء وذلك الواحد.

فستلخص: تعين التعبير بالمبادلة، والتعبير بالتبديل غير صحيح، والإعتراض على الشيخ في ذلك غير وارد [١].

[١] وقد أورد عليه بعض مشايخنا دام بقاءه وجهين:

الأول: إن هيئة المفاعلة واردة على الفعل اللازم والمتعدي، مثل ﴿وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(١) وقولنا: ساعده التوفيق، فلو كانت التعدية هي المدلول المطابقي للهيئة ولا دلالة لها إلا على تعدي المادة وإنهائها إلى الغير، فليس المدلول فعل الإثنين والشركة في المادة كما عليه المشهور، لزم تعدد الدال على التعدية في الفعل المتعدي، بأن تدل عليه المادة والهيئة معاً بلا موجب لذلك في حكمة الوضع.

والثاني: ما ذكره من أن هيئة المفاعلة تفيد مفاد «إلى»، فيه: إنه إذا كان كذلك فلماذا جاءت مع «إلى» في ﴿سَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ﴾^(٢) و ﴿وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ...﴾^(٣)؟

فما ذكره المحقق الخراساني لا يندفع بالإشكال المزبور.

(١) سورة النساء: ١٠٠.

(٢) سورة آل عمران: ١٣٣.

(٣) سورة النساء: ١٠٠.

وصيغة المفاعلة فعل الاثنين، بمعنى أنها تدلّ على النسبة الصّادرة من طرف الواقعة على الغير، فهي دالة على حيث الوقوع على الغير - بخلاف صيغة فَعَلَ، فإنها متمحّضة في إفادة نسبة الفعل إلى فاعله والعرض إلى

أقول:

إن للبحث - في الموضوع له هيئة المفاعلة - جهتين، جهة نفي وجهة إثبات، وقد كان المهم في هذه النظرية جهة النفي.

لقد كان نظر المحقق الإصفهاني إلى كلام المحقق الخراساني - تبعاً للمشهور - بأن هيئة المفاعلة موضوعة لصدور الفعل من الاثنين، فأنبت بالتبّع لآيات القرآن الكريم والدقّة في الإستعمالات الفصيحة، أن ما ذكره علماء التصريف في وضع هذه الهيئة غير صحيح، فأشكّاه على الشيخ قدّس سرّه مندفع، وشيخنا الأستاذ لم يناقش كلام هذا المحقّق في تلك الجهة.

وأما جهة الإثبات، وأن الموضوع له الهيئة ما هو؟

قال المحقق الإصفهاني: «بل الظاهر أن هيئة المفاعلة لمجرد تعدية المادّة وإنهائها إلى الغير، مثلاً: الكتابة...» وقد أوضح السيّد الجّد ذلك: بأنّ المفاعلة تفيد الوقوع على الغير من غير دلالة على صدورهما من الغير كذلك، ثم مثّل بالكتابة، وهذا لا ينافي وجود «إلى» مع هيئة المفاعلة في كلام لعناية كما في الآيتين، نظير وجود «اللام» مع «سمع» في «سمع الله لمن حمده» مع أن سمع متعدية.

وقد أفاد بتمثيله بالكتابة حكمة الوضع في هيئة المفاعلة، فليس وضعها للتعدية والإنهاء إلى المفعول لغواً، وإن كان هذا المعنى لازم النسبة في بعض المواد.

وبهذا الذي استفدناه من كلام المحقق الإصفهاني ومن تبعه - كالسيّد الجّد والمحقق الخوئي - يندفع الإشكالان، فتدبر.

موضوعه - فالمفاعلة تفيد وقوع المادّة على الغير، من غير دلالة على صدور الفعل من الغير أيضاً، بأن يكون المبدء صادراً من الطرفين، والذي يدلّ على هذه الحيثيّة هو صيغة التفاعل.

إشكال آخر على المحقق الخراساني:

ثم إنّ كون الشيء بدلاً عن شيء، لا بدّ أن يكون في جهة، كأن ينصب زيد بدلاً عن عمرو في إدارة المدرسة، وأن يكون لفظ بدلاً عن آخر في الاستعمال، وأن يجعل إناء بدلاً عن غيره في الانتفاع....

وهكذا... فالبدليّة دائماً بحاجة إلى جهة يكون الشيء بدلاً عن غيره في تلك الجهة... فالبدليّة في البيع حيث عرّف بـ «مبادلة مال بمال» في أيّ جهة؟ إنّ البدليّة لا محالة تكون في الملكية، لكنّ هذا من أين يستفاد؟ إنّ قلنا: بدّل المال بمالٍ تبديلاً، لم يكن فيه دلالة على الملكية، فقد يبدّل الإنسان مركوبه بمركوبٍ آخر، وملبوسه بملبوسٍ آخر... وهكذا... ليستفّع به ركوباً أو لبساً ونحو ذلك... وأمّا إنّ قلنا: بادل المال بمالٍ مبادلةً، دلّت الصيغة على وجود طرف، وأفادت أن المال الآخر مضاف إلى الغير، ومبادلة المال بمال الغير وجعل مال الغير بدلاً عن ماله لا تكون إلّا في الملكية.

وهذا أيضاً وجه آخر في الإشكال على التعريف بـ «تبديل مال بمال»، وهل المبادلة الحاصلة بالبيع تقع في الملكية، وهي إضافة اعتباريّة أو جودة اعتباريّة على ماسياتي إن شاء الله، فهي - على أيّ حالٍ - إضافة خاصّة أو في المضاف وهو المال، أو في المضاف إليه وهو المالك؟ وجوه، والمختار هو الأول.

رأي المحقق النائيني في متعلق المبادلة:

وكان الميرزا الأستاذ قدس سره يصرف فقهاً وأصولاً [١] على أن التبدل في المعاملات يكون في طرف الإضافة، أما هي فمحافظة، وكان يشبهه المطلب بما إذا كان بيد الإنسان جبل مشدود طرفه بشيء، ثم يحل الحبل عنه ويشده بشيء آخر. فالحبل هو الحبل، والشيء المشدود به تبدل. قال رحمه الله: البيع هكذا. بخلاف الإرث، حيث الحبل والمشدود به محفوظان، والتبدل يقع في المضاف إليه حيث قام الوارث بموت مورثه مقامه، وبخلاف الهبة المعوضة، حيث التبادل واقع بين الإضافتين.

[١] وهذا نص عبارته ملخصة في حقيقة البيع: «الظاهر كونه عبارة عن تبديل المال بالمال، لا تبديل الملكية بالملكية، وتوضيحه يتوقف أولاً على بيان حقيقة الملكية فنقول:

إن الملكية في باب الأموال عبارة عن مرتبة من مقولة الجدة، فإن لها مراتب... وحقيقتها هي علاقة حاصلة وإضافة مخصوصة بين المالك والمملوك، كخيطة متصل بينهما، وهي موضوعة للأحكام الشرعية والعرفية، وهذا الخيط أمر اعتباري غير حسي موجود في عالم الاعتبار لا الاعتباري بمعنى أنياب الأغوال، بل له واقعية في نفس الأمر، فيمكن أن يكون التبدل بين المالكين أو يكون بين المالكيتين أو يكون بين المملوكين.

والتبدل بين المالكين هو بإلقاء مالك الخبز - مثلاً - طرف الخيط الاعتباري المتصل بينه وبين الخبز عن عنقه وجعله على عنق مالك الماء، وكذا عكسه في مالك الماء، فإنه يلقيه عن عنقه ويجعله على عنق مالك الخبز. هذا كله في عالم الاعتبار،

الإشكال عليه

وقد أوردنا عليه بالنقض والحل:

أما نقضاً: فما ذكره منتقض بالبيع نسيئة والبيع سلماً، ففي الثاني يبيع كلّي السلعة وفي النسيئة يكون الثمن كلّيّاً، والكلّي ذو مالية، لأنّ كلّ الموجودات الخارجية التي تسمّل إليها النفوس ولها قيمة فهي أموال، ولا يعتبر في ماليتها الشيء كونه مضافاً إلى أحد، بل هي قائمة بنفس الشيء، فالكلّي مال في حدّ ذاته، فمن باع كذا متناً من الحنطة سلماً أو اشتراه بكذا دراهم نسيئة، فقد جاء الكلّي إلى ذمته ملكاً للغير لا لصاحب الذمة، فيبادل طرف الإضافة إنما يتصوّر فيما إذا كانت الإضافة موجودة، وإنما تتحقق

وعلى هذا، فالخيطان الاعتباريان باقيان بنفسهما وبطرفهما المشدود المرتبط بالمالين، وإنما التحويل والتبديل بين الملكيتين، فهو بنقل الإضافة والخيطة الذي بين مالك الخبز وخبزه مكان الخيطة الذي بين الماء ومالكة، مع بقاء المال ومالكة على حالهما....

وأما التبديل بين المالين، فهو برفع مالك الخبز بطرف الخيطة المتصل بالمال وحله عن الخبز، وشده على الماء في عالم الاعتبار، وكذا عكسه في مالك الماء.... فاعلم: أن الدليل والاعتبار يساعدان مع كون التبديل بين المالين لا بين الإضافتين...^(١)

وأما في الأصول، فراجع تقرير بحثه^(٢).

(١) المكاسب والبيع ١ / ٨٤ - ٨٦.

(٢) فوائد الأصول ٤ / ٣٨٣.

الإضافة في البيع نسيئة وسلماً بالبيع، ويكون الكلّي الموجود في ذمة من عليه الدراهم أو الحنطة ملكاً للطرف الآخر.

وأما حلاً: فإنّ الإضافة تتشخص بطرفيها، وهي قائمة بها، وبمجرد انعدام أحدهما تنعدم الإضافة، وهكذا الأعراض، فإنها متقومة بموضوعاتها، ولهذا يستحيل انتقال العرض من موضوع إلى موضوع آخر، فكيف يعقل بقاء الإضافة بعد زوال المضاف؟ وتنظير المقام بالحبل تنظير للشيء بما يباينه، فإن الحبل جوهر موجود في الخارج، لا ينعدم بانعدام طرفيه المشدود بهما، وأما الإضافة إلى العرض فإنها تتغير بمجرد تغير العرض. فظهر أن القول المذكور مردود بالنقض والبرهان.

والحق: إن المبادلة واقعة في الملكية، وأن البيع مبادلة مال بمال في الملكية بتبدل المضاف بما هو مضاف [١].

[١] وخلاصة الكلام: إن الواقع في باب الإرث هو التبديل بين المالكين، فهل حقيقة البيع المبادلة أو التبادل بين الملكيتين أو المملوكين؟ اختار السيد الجّد قدس سرّه الأول، بخلافاً لأستاذه الميرزا، وتظهر ثمرة الخلاف في المسائل الآتية، كما لا يخفى.

وقد دافع بعض مشايخنا دام بقاءه عن رأي المحقق الثاني، فأجاب: أمّا عن النقض، فبأنه ليس بنقض، إذ كان عليه أن يأتي بمورد من الفقه تبدلت فيه الإضافة أولاً وبالذات، فهو لم يذكر مورداً من هذا القبيل، وأما أن الكلّي يأتي إلى الذمة وهو للغير، فهذا لا ينافي كون التبدل في طرف الإضافة. لكنّه يندفع بالتأمل، فقد جاء في صريح الكلام أن الإضافة في بيع الكلّي تتحقّق بالبيع، وبذلك يستقرّ الكلّي في الذمة ملكاً للغير.

.....

وأما عن الحل، فذكر أن الحقّ معه في التكوينات، لكنّ إسرائ أحكام التكوينات إلى الاعتباريات غير صحيح، ولا مانع في الاعتبار من زوال طرف الإضافة وحلول شيء آخر محلّه في الطرفيّة لها.

وفيه: إنه لا كلام في تقوّم الإضافة بطرفيها، ولا فرق في ذلك بين الأمور التكوينية كالأبوة والبنوة والأمور الاعتبارية كالملكيّة، وقد ذكر المحقّق الإصفهاني أنّ للملكيّة نحويّن من الوجود، بأحد نحويه تكون مقولةً وبالأخر موجوداً بالاعتبار. فراجع^(١).

الكلام في المعوض

قوله:

والظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعم إبدال المستافع بغيرها، وعليه استقر اصطلاح الفقهاء في البيع.

أقول:

في عبارة المصباح: مبادلة مال بمال. والمال عبارة عما تميل إليه النفس أو ما يبذل بأزائه شيء، وهذا صادق على المنفعة، فما ذكره الشيخ قدس سره ناظر إلى لفظ البيع، وكأنه اعترض على المصباح، لأن الشيخ يرى اختصاص المعوض بالعين وأن العوض يجوز أن يكون منفعة، ولازم كلامه أن يكون التعريف: مبادلة عين بمال.

وقد استدلل لهذا الاستظهار تارة: بالتبادر، لتبادر العين من لفظ البيع متى أطلق، وأخرى: بصحة السلب، فإنه إذا ملك منفعة صح أن يقال: زيد لم يبيع.

إشكال وجواب

وربما قيل^(١): إن البيع يباين الإجارة كما هو واضح، وهي تمليك المنفعة بعوض، فيكون البيع تمليكاً للعين فقط، والآ كانت الإجارة فرداً للبيع لا مباينة له.

ولا يخفى: أن المراد من العين ليس العين الإصطلاحية، أي الموجود الخارجي بما هو موجود في الخارج وجوهر، ولذا يجوز بيع الكلّي في

(١) بغية الطالب ١ / ٢٠.

الذمة، بل المراد ما لو وجد في الخارج لكان عيناً، سواء كان موجوداً بالفعل أو لا، في مقابل المنفعة والحق.

قلت: إن كان لهذا التبادر وصحة السلب واقعية لدى العرف العام، كما ذكر السيد اليزدي قدس سره^(١) فهو، وأما ما قيل من أن البيع يباين الإجارة... فغير تام، لما ذكرنا - في بحث الإجارة - من أن لفظ الإجارة يتعلّق بالعين، فيقال: أجرت الدار، ولا يكون المنفعة، والإجارة: جعل العين في يد الغير لأن ينتفع بها بعوض. بخلاف العارية حيث تكون كذلك مجاناً، فإذا ادّعينا أن هذا حقيقة الإجارة وليس تملك المنفعة بعوض، كان الفرق بين البيع والإجارة واضحاً، والمقابلة بينهما تامة، لأن البيع - بناءً على التبادر وصحة السلب المذكورين - جعل العين في يد الغير وتحت سلطته بقولٍ مطلق، والإجارة: جعلها كذلك لأن ينتفع بها بعوض. لكن الكلام في ثبوت التبادر وصحة السلب....

فإن ثبت ذلك، لم يكن مناص من التزام المجاز في الموارد التي استعمل فيها لفظ البيع وكان متعلّقه منفعة لا عيناً... كما في الأخبار الآتية، وإلا كان البيع كما عن المصباح مبادلة مالٍ بمالٍ، فهو عبارة عن التملك سواء تعلّق بالعين أو المنفعة لأن المال أعم منهما، والإجارة جعل العين بيد الغير لأن ينتفع بها بعوض.

فظهر الفرق بين الإجارة والبيع على كلا تقدير ثبوت التبادر وصحة السلب وعدم ثبوتهما، وأن الوجه الآخر مخدوش [١].

[١] لقد أشار طاب ثراه إلى مطلبين، أحدهما: دليل قول الشيخ قدس سره.

والثاني: المراد من «العين»، إلا أن الظاهر من كلامه هو التوقف، وينكشف السرّ في ذلك ببسط الكلام وشرح المقام، فنقول:

لقد اختلف الأصحاب في المسألة على قولين، فعن الشيخ وجماعة: اعتبار العين^(١)، بل في الجواهر دعوى الإجماع عليه^(٢)، وعن جماعة^(٣) - كالمحقق والعلامة في - بعض كتبه - والشهيد والرافعي في المستند^(٤) وغيرهم - التعبير بما هو ظاهر في الأعم، لكنّ الشهيد الثاني في المسالك^(٥) نزل كلمات هؤلاء على الاختصاص بالعين، ومع ذلك، فقد ادّعى المحقق الإيرواني^(٦) القطع بالأعم.

والعمدة للقول الثاني هو: ظواهر النصوص الآتية، مضافاً إلى الإطلاقات الكثيرة - كتاباً وسنةً - مثل ﴿يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا﴾^(٧) و﴿يَشْتَرِي لَهُوَ الْحَدِيثُ﴾^(٨) و﴿لَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا﴾^(٩) ونحوها.

وقد أجاب الشيخ قدس سرّه - كما سيأتي - بأنها مسامحة في التعبير. لكنّ حمل هذه الكثرة من الاستعمالات على المسامحة، بعيد جدّاً، وكأنّه يريد

(١) المبسوط ٢ / ٧٦، السرائر ٢ / ٢٤٠، تذكرة الفقهاء ١٠ / ٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٠٨.

(٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ٤٨٠.

(٤) مستند الشيعة ١٤ / ٢٤٣.

(٥) مسالك الأفهام ١ / ١٦١.

(٦) حاشية المكاسب: ٧٢.

(٧) سورة النساء: ٧٤.

(٨) سورة لقمان: ٦.

(٩) سورة المائدة: ٤٤.

الحمل على المجاز، إلا أنه لا توجد أية قرينة من حالٍ أو مقالٍ توجب الحمل على ذلك، فالقول بذلك مشكل، كالقول بحملها على الحقيقة، لأن الاستعمال أعم منها، ودعوى اقترانها بقرائن موجبة للحمل عليها، مدفوعة بعدم القرائن.

كما أن دعوى تبادر الأعم من لفظ البيع، دون إثباتها خرط القتاد. واستدلّ للقول الأول بوجوه:

الأول: الإجماع.

وفيه: أولاً: إنه لا إجماع في المسألة كما عرفت. وثانياً: مثل هذا الإجماع - على فرض ثبوته - ليس بحجة، لأنه في مسألة أصولية كما لا يخفى.

والثاني: التبادر وعدم صحة السلب.

وفيه نظر، لأن شرط التبادر أن يكون من حاقّ اللفظ، بأن يكون المتبادر فعلاً من لفظ «باع زيد» بيع العين، وأنه كذلك في زمن الأئمة عليهم السلام، وثبوت الأمرين مشكل، لاحتمال دخل كثرة الاستعمال وشهرته في العين في هذا التبادر.

وقد استدلّ بعضهم - لإثبات التبادر - بكلمات الفقهاء، فقد اشتهر بينهم أن البيع لنقل الأعيان^(١)، من جهة أنهم من أهل اللسان، فتدلّ كلماتهم على أن على ذلك عرف المتشركة.

لا يقال: لعلّ كلماتهم متخذة من أقوال أهل اللغة.

لأن اللغويين - إن لم يكن كلهم فأكثرهم - على أن البيع مبادلة مال بمال، فكلمات الفقهاء مستندة إلى حاقّ لفظ البيع.

(١) مفتاح الكرامة ١٢ / ٤٨١، جواهر الكلام ٢٢ / ٢٠٨ و ٢٠٩.

وفيه نظر، لأن كلماتهم فتاوى منهم بأن البيع يقع على العين، وأن الذي يقع على المنفعة هو الإجارة، فهم في كلماتهم بصدد هذا، ولا يقصدون بيان المعنى الحقيقي للفظ البيع، وأما عرف المتشرعة، فالظاهر كونه متخذاً من النصوص والفتاوى.

وعلى فرض التنزل، فإن ثبوت هذا المعنى في زمن الأئمة أول الكلام، وإن أريد الاستدلال له بالاستصحاب القهقرائي وأصالة عدم النقل^(١)، لما تقدم من كثرة استعمال لفظ البيع كتاباً وسنة في الأعم من العين.

الثالث: بعد التنزل عن دعوى التبادر: إن شمول إطلاقات البيع لغير العين مشكوك فيه. قاله المحقق النائيني وتبعه المحقق الخوئي^(٢).

وقد أشكل عليه بعض مشايخنا دام بقاءه: بأن لازمه الالتزام بالملك بلامالك، وذلك، لأنه: إذا وقع البيع على منفعة ولم يمكن تصحيحه بمثل قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٣)، تصل النوبة إلى استصحاب عدم البيع واستصحاب عدم جواز تصرف المتعاملين في العرضين، وبقاء كل منهما على ملك صاحبه، إلا أنها شبهة مفهومية للفظ البيع، والمحقق الخوئي لا يرى جريان الاستصحاب في الشبهات المفهومية، وأما بالنسبة إلى الحكم، فهي شبهة حكمية، وهو لا يرى جريانه في الشبهات الحكمية الكلية، فالمبيع إذا كان منفعة غير باقي على ملك صاحبه لعدم جريان الاستصحاب، والمعاملة لم تصحح بعموم ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ حتى يتقل المبيع إلى المشتري، فهو إذن - ملك مجهول المالك.

(١) مصابح الفقهاء ٢ / ١١، حاشية السيد البزدي ١ / ٢٧٢.

(٢) المكاسب والبيع ١ / ٨٨، مصابح الفقهاء ٢ / ١١.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥.

ولو أريد التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

توجّه الإشكال: بأن العقود تابعة للقصود، فإن وقع العقد تابعاً للقصد ثم شك في صحته، تم التمسك بالآية، لكن الذي أُدعي عليه الاتفاق بين الأصحاب، عدم صدق عنوان البيع إذا لم يكن المبيع عيناً، وعليه، فلا عقد حتى يصحّ التمسك بعموم الآية.

الرابع: دعوى إنصراف إطلاقات البيع عن المنفعة، لكونها منصرفاً إلى ما هو المعهود والمتعارف في المعاملات البيعية وهو العين. قاله الميرزا النائي^(٢):

وقد يشكل عليه: بأن المقصود معرفة المعنى الحقيقي والمجازي للفظ البيع، والتمسك بالإطلاقات لا يفي بذلك.

وفيه: إنه لا مانع من التمسك بالإطلاقات لمعرفة المفاهيم الحقيقية لموضوعات الأحكام الشرعية، كما يتمسك بالتبادر وبالنصراف وغير ذلك.

بل الحق في الإشكال عليه: أن التحقيق - كما هو عليه أهله وهو منهم - أن المعهود والمتعارف لا يكون منشأ للإنصراف، والتفصيل في الأصول.

وتلخص: عدم تمامية شيء من أدلة القولين.

هذا بالنسبة إلى المطلب الأول.

وأما المطلب الثاني، أعني المراد من العين، فليس المراد العين الإصطلاحية، أي الموجود خارجاً بما هو موجود في الخارج، ولذا يجوز بيع الكلّي في الذمة، بل المراد هو ما لو وجد لكان عيناً، سواء كان موجوداً بالفعل أو لا، في قبال المنفعة والحق... كما ذكر السيد الجّد طاب ثراه.

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) المكاسب والبيع ١ / ٨٨.

إلا أنه قد وقع الإشكال في بعض الأقسام، وتوضيح ذلك هو: إن العين إما جزئية، وإما كلية وهي الكسر المشاع كالخمس مثلاً، وإما في المعين، وإما في الذمة. والتي في الذمة: إما أنها تأتي إلى الذمة على أثر المعاملة، وإما هي في الذمة من قبل فيقع عليها البيع. فأشكل في بيع الكلّي في الذمة من جهتين:

الجهة الاولى: بأنه لا ملكية في مورده، لأن الملكية أمر ذو إضافة وتعلق بشيء موجود، والكلّي في الذمة ليس بشيء موجود، فلا ملكية لتتقل بالمعاملة البيعية. أجاب عنه المحقق النراقي: بأن البيع حيث أنه بمعنى نقل الملك لا التملك، فلما محذور، لأن نقل الملك المتأخر في ظرف وجوده أمر معقول، والنقل ليس عرضاً حتى يعود المحذور... (١).

لكن النقل أيضاً من الامور ذات الإضافة.

وقال السيد الطباطبائي: بأن الملكية عرض ولكنها أمر اعتباري، فلا مانع من تعلقها بما ليس بموجود (٢).

فاعترض عليه المحقق الإصفهاني: كيف يجمع بين العرضية والاعتبارية؟

وقد وافق بعض مشايخنا السيد في جوابه ودافع عنه: بأنه لا يريد العرض الفلسفي حتى يرد عليه الإشكال، بل يريد أن الملكية وإن كانت متقومة بالطرف، إلا أنه لا مانع من عدم كونه موجوداً الآن بل يوجد بعد، لأن الملكية أمر اعتباري.

أقول: قد أفاد المحقق الإصفهاني: أن المراد من أن الملكية من مقولة الإضافة وهي اعتبارية، هو الاعتبارية المعجمة للمقولة، بمعنى وجود الشيء بوجود منشأ

(١) عوائد الأيام: ٣٨.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٢٧٧.

انتزاعه - في قبال الموجود بوجود ما بحذائه - لا الاعتبارية التي لا تتوقف على موضوع محقق في الخارج. فتدبر.

والجهة الثانية: بأنه ليس بمال، ويعتبر في المبيع أن يكون مالاً.
والجواب: إنه مال عرفاً.

وأجاب السيد الخونساري: بأن الكلّي في الذمة وإن لم يكن موجوداً قبل البيع وليس بمال، إلا أن البائع يتملّكه قبل البيع ثم يبيعه، فهو في الرتبة السابقة على البيع يصبح مالاً مملوكاً ثم يقع البيع عليه، نظير بيع ذي الخيار للمال، فإنه في الرتبة السابقة على بيعه، يتملّكه ثم يوقع عليه البيع^(١).

لكن صاحب الخيار يفسخ ثم يملك ثم يبيع، فيكون البيع في الرتبة الثالثة، فكيف يتحقّق البيع والفسخ كلاهما بفعل واحد؟

ثم إن التعبير بالمرتبة، في غير محلّه، لأنه يكون في العلل والمعلولات، بل المراد هو الملكية آنأ ما، نظير ملكية الولد لأحد عموديه آنأ ما ثم انعتاقه عليه... ويرد الإشكال بناءً عليه: بأنه يستلزم الالتزام بكون الفقير الذي باع كذا من المال في الذمة، غنياً في أن يتملّكه للمال، ولكن أهل العرف لا يرونه غنياً في هذه الحالة.

وتلخص: إن بيع الكلّي في الذمة مورد للإشكال من جهتين.

وقد أشكل على بيع الكلّي في المعين من جهتين كذلك:

إحداهما: أن الكلّي في المعين معدوم، لأنه غير متشخص، والشيء ما لم يتشخص لم يوجد.

وقد أجيب: بما تقدّم في سابقه، من كون الملكية أمراً اعتبارياً، والاعتبار

خفيف، المؤنة.

إلا أن ذلك -إن تمّ هناك- غير مجدٍ هنا، للافتراق الموضوعي بينهما، لأنّ المبيع هنا هو المَنّ في الصبرة من الحنطة، فمتعلّق الملكية شيء حقيقي في الخارج عند العرف، وإن لم يكن بموجود عقلي، فالإشكال باقٍ.

والجهة الثانية هي: إن القول بوجود الكلّي في المعيّن يستلزم الجمع بين النقيضين، أي: السالبة الكلّية والموجبة الجزئية، لأنّه لما يشير إلى الأجزاء العقلية من الصبرة، ينفي أن يكون شيء من الصبرة ملكاً له، ومع ذلك، له من هذه الصبرة من بنحو الموجبة الجزئية.

إلا أنه لا واقعية لهذا الإشكال، لتعدّد الموضوع كما هو واضح من بيان الإشكال، فموضوع السالبة الكلّية هو الأجزاء الشخصيّة الحقيقية، وموضوع الموجبة الجزئية هو الكلّي الذي يراه العرف، وإذا تعدّد الموضوع فلا تناقض.

ووقع الإشكال أيضاً في بيع الكسر المشاع، من جهة أنه لا وجود له، فلا يصح بيعه كذلك.

وأجيب: بأنّ الملكية من الاعتبار العقلانية، ولا مانع من اعتبارها في موضوع اعتباري^(١).

قال بعض مشايخنا: بأنه يتقضى بما إذا كانت الدار.. مثلاً.. ملكاً لزيد، فمات وانتقلت إلى ولدين له، فالدار موجودة في الخارج، لكنّ كلّاً من الأخوين يملك نصفاً منها على الإشاعة، والمفروض كونه اعتبارياً، وهذا معناه أن لا ينتقل إلى الوارث ما كان يملكه المورث.

(١) البيع للسيد الخميني ١/ ١٧.

قوله:

نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار... والظاهر أنها مسامحة في التعبير، كما أن لفظة الإجارة تستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان كالثمرة على الشجرة.
أقول:

من أخبار استعمال البيع في نقل غير الأعيان:

أما الأخبار، فهذه نصوص جملة منها:
فمما ورد في بيع خدمة المدبر:

- ١- السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه... عن علي عليه السلام: «باع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خدمة المدبر ولم يبع رقبته»^(١).
- ٢- أبو مريم عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أبطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته؟ فقال عليه السلام: أي ذلك شاء فعل»^(٢).
- ٣- «عن رجل أعتق جارية له عن دبر في حياته. فقال عليه السلام: إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته، فإذا مات أعتقت...»^(٣).

والتحقيق في الجواب: إن الكسر المشاع موجود خارجي بالوجود العرفي، ولا مانع من تعلق الملكية به، وكذا الكلام في الكسر المعين.

(١) وسائل الشريعة ٢٣ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب التدبير، الرقم: ٤.

(٢) وسائل الشريعة ٢٣ / ١٢٠، الرقم: ١.

(٣) وسائل الشريعة ٢٣ / ١٢٠، الرقم: ٣.

ومما ورد في بيع سكنى الدار:

ما رواه إسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السَّلام قال: «سألتُه عن رجلٍ في يده دار ليست له، ولم تزل في يده ويدَّ أبائه من قبله، قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم ولا يدرون لمن هي، فيبيعها ويأخذ ثمنها؟ قال عليه السَّلام: ما أحبُّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي، ولا أظنُّه يجئ لها ربُّ أبداً. قال: ما أحبُّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكنها أو مكانها في يده فيقول: أبيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي؟ قال: نعم يبيعها على هذا»^(١).

وأما بيع حقِّه في الأرض الخراجية:

ففيه الخبر: «كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال عليه السَّلام: ومن يبيع ذلك؟ هي أرض المسلمين اقلت: يبيعها الذي هي في يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال عليه السَّلام: لا بأس، إشتري حقَّه منها ويحوِّل حقَّ المسلمين عليه...»^(٢).

ففي هذه الأخبار استعمل لفظ البيع - وكذا لفظ الشراء - في نقل المنفعة. وجاء في رواية سكنى الدار أنه قال عليه السَّلام: «ما أحبُّ أن يبيع ما ليس له».

فكيف أجاز بيع سكنها مع أنه ليس له، لأنَّ المفروض أن الدار ليست له، فليس له سكنها كذلك؟

الذي يختلج بالبال في حلِّ هذا الإشكال هو: أن الدار كانت في أوَّل

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٣٦، الباب ١ من أبواب عقد البيع، الرقم: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٥ / ١٥٥، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الرقم: ١.

الأمر بنحو الرقبي لشخص وذريته، فأبأؤه الأولون كانوا يعلمون بالحال، حتى إذا وصلت إلى المتأخرين من ذريتهم جهلوا بالأمر، وأعلموا أولادهم بأنها ليست لهم... فمن هنا أجاز الإمام عليه السلام أن يبيع هذا الذي هي بيده سكنها، مع كونه ممنوعاً من بيعها.

وقول الشيخ: والظاهر أنها مسامحة في التعبير. أي مجاز، لما تقرر عنده من أن لفظ البيع لا يستعمل إلا في نقل الأعيان.

ومعنى ذلك: أن يكون قد أجرها لغرض استخدامها، فعبّر عن ذلك ببيع الخدمة مجازاً.

لكن فيه: أنه ليس بإجارة أيضاً، لأنه لم يقل: أجرتك الجارية، وإنما قال: بعثت خدمتها، فلا مناص من الالتزام بكونه بيعاً حقيقة، أو أن الواقع معاوضة
ثالثة.

وكذا الكلام في سكنى الدار ونحوه.

وقوله: كما أن لفظ الإجارة قد يستعمل في نقل الأعيان كالثمرة على الشجرة:

إن أراد - كما قيل - إجارة الشجرة الفاقدة للثمرة للانتفاع من ثمرتها فيما بعد، مع استعمال لفظ الإجارة، توجه عليه: أن الالتزام بالمجاز حينئذ يكون بناءً على أن الإجارة تملك المنفعة، لأن المنفعة مضادة للعين، لكن المبنى غير تام، لما تقدم من أن الإجارة عبارة عن التسليط على العين لأجل الانتفاع بها بأي نحو كان، فهو يستفيد مما تنتج هذه العين، سواء كان أمراً عرضياً أو جوهرياً خارجياً، كإجارة الشاة للبنها، والحمام للاغتسال بالماء الموجود فيه، والمرضعة لارتضاع الطفل من لبنها. فالإجارة هي التسليط على العين للانتفاع منها، والانتفاع من كل شيء بحسبه، فمن الدار سكنها، ومن الدابة

ركوبها، ومن الآنية الأكل فيها، ومن الشجرة ثمرتها.

وعليه، يكون استعمال لفظ الإجارة على حقيقته.

وإن أراد أن العرف يستعملون لفظ الإجارة في الانتفاع بالثمر الموجود على الشجر، بأن يقال: آجرتك ثمرة الشجرة. فالظاهر عدم وجود هكذا استعمال عند العرف أصلاً.

وإن أراد إجارة الشجرة للانتفاع بثمرتها الموجودة فعلاً عليها. فهنا لا تتحقق الإجارة الحقيقية، لأن الإجارة - كما قلنا - هي التسليط على العين للانتفاع بمنافعها المتجددة الناتجة عنها، وأما العين الموجودة بالفعل، فلا معنى لإجارتها. نعم، قد يقال في العرف: استأجرت هذه الشجرة... وهنا تكون المسامحة في التعبير.

وعلى الجملة، فإنه في الصورة الأولى حيث لاثمرة للشجرة فعلاً، تكون العبارة حقيقية والإجارة صحيحة على ما هو الحق في تعريفها، والحمل على المجاز لازم القول الآخر.

وقد أشكل على أصحاب هذا القول تصحيح إجارة المرضعة للبهن، والشجرة لثمرتها، والحمام للاغتسال بهائه، فاضطروا إلى التأويل، بأن المرضعة إنما تستأجر للإرضاع وهو فعلها وذاك منفعتها، وتلف اللبن تلف بلاضمان، والحمام يستأجر لغرض الاغتسال فيه وحصول تلك الجهة المعنوية، لكنه يتصرف في المال ويستعمله بلاضمان.

إلا أن هذه التأويلات لا تنأى في مثل إجارة الشاة والبقرة للبهن.

وفي الصورة الثانية، الظاهر أن لا استعمال عند العرف من هذا القبيل.

وفي الصورة الثالثة، قد يوجد هذا الاستعمال عندهم، وهو مجاز،

لكون المقصود حقيقة بيع تلك الثمرة.

الكلام في العوض

قوله:

وأما العوض، فلا إشكال في جواز كونه منفعة، كما في موضع من القواعد وعن التذكرة وجامع المقاصد، ولا يبعد عدم الخلاف فيه. نعم، نسب إلى بعض الأعيان الخلاف فيه، ولعله لما اشتهر في كلامهم من أن البيع لنقل الأعيان، والظاهر إرادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: إن الإجارة النقل الأعيان. أقول:

في مفتاح الكرامة: اعتبر بعض المتأخرين عينية العوضين في البيع، وهو وهم نشأ من قولهم: البيع لنقل الأعيان^(١). انتهى.

المنفعة:

لابد من التأمل في وقوع المنفعة عوضاً في البيع، فإن من يملك الدار لا يملك شيئين أحدهما الدار والآخر المنفعة، ومن يملك دابةً تسوى مائة درهم وإجارتها سنةً خمسمائة درهم، لا يكون مالكا الآن لستمائة درهم. إن من يملك عيناً من الأعيان لا يكون عنده مالان أحدهما العين والآخر منفعة العين، بل عنده الدابة مثلاً وله أن يستفع بمنافعها، وكذا الدار وغير ذلك... فله السلطنة على أن يستفع بمنافع العين، لأنه يملكها إلى جنب العين، ولو قلنا بأن البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، اعتبر المآلية في العوض، لكن المنفعة ليست بمال.

(١) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ١٢ / ٤٨١.

وبيان أدق^(١):

إنه لا يجوز أن يقال: السكنى منفعة الدار، والركوب منفعة الدابة ونحو ذلك من القول، لأن السكنى والركوب عرضان قائمان بالسّاكن والراكب، وهو هنا البائع، ولا يعقل وقوعهما عوضاً وثمناً عن المبيع، أعني الدار أو الدابة.

إن منفعة الدار قابليتها لأن يتنفع بها، وكذا الدابة، وغيرهما، وقابلية كل شيء بحسبه، فحيثية القابلية هي المنفعة، وهي أمر قائم بذات العين ولا وجود لها في الخارج، لعدم كونها أمراً منحازاً عن العين حتى يملكها. فكان الأولى في سبب الخلاف المنسوب إلى بعض الأعيان، بدلاً عما ذكره بقوله: «ولعله لما اشتهر...» أن يقال: إنه ليس سكنى الدار - مثلاً - منفعة الدار، بل منفعتها قابليتها للإنتفاع، وهي ليست بأمرٍ منحازٍ عن العين حتى تملك كما تملك العين.

لكن من الممكن جعل المنفعة عوضاً - بناءً على ما أشرنا إليه - لأن تملك منفعة الدار يتحقق بجعلها في يد المشتري لأن يتنفع بها، وهذه حقيقة الإجارة، وفي البيع يجعلها بيده، وهذا الجعل هو الذي يقع عليه العقد ويؤخذ بأزائه الشيء، لأن جعل الدار كذلك له مالية، والبيع مبادلة مال بمال، فالمنفعة تقع عوضاً في البيع [١].

[١] أقول: فبهذا الوجه صحح طاب ثراه كون العوض منفعة، وهو مبني على ما ذهب إليه - تبعاً لأستاذه المحقق الإصفهاني - في حقيقة الإجارة، من أنها ليست

(١) قال طاب ثراه: وتفصيله في بحثنا في كتاب الإجارة، كما أننا طرحنا هذا المطلب في بحثنا في المكاسب في النجف الأشرف.

عمل الحر

قوله:

وأما عمل الحر، فإن قلنا إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال، فلا إشكال، وإلا ففيه إشكال، من حيث اعتبار كون العوضين في البيع مالا قبل المعاوضة، كما يدل عليه ما تقدم عن المصباح.

أقول:

في كلامه قدس سره قيدان «الحرية» و«قبل المعاوضة»، وكأنه يقصد أنه بعد المعاوضة مال بلا كلام، مثلاً: إذا استأجر حرّاً ملك العمل المعين في ذمته، فإذا اشترى شيئاً قال اشتريته بالعمل الذي في ذمة الأجير، وكذا الكلام في العبد، حيث أن للمولى أن يشتري شيئاً ويجعل عوضه خدمة عبده. فمحط كلام الشيخ حيث يتحقق القيدان، كأن يشتري الحر نفسه شيئاً بعمل معين مدة معينة، فهنا «الحرية» و«قبل المعاوضة»، فإن كان هذا العمل يعد من الأموال فلا بأس، وإلا ففيه إشكال....

وجوه الإشكال

والإشكال من وجوه:

تمليكاً للمنفعة، بل هي جعل العين بيد الغير لغرض الإنتفاع بمنافعها، وفيما نحن فيه: يكون العوض في الحقيقة جعل العين بيد الغير للإنتفاع بها.

قال بعض مشايخنا: أن الأصل في هذا المبنى هو: أن ما يقع عليه الإجارة وتعلق به، هو العين، إذ يقول الموجر: أجرتك الدار، ولا يقول: أجرتك منفعة الدار. فأشكل:

أولاً: لابد أن يكون العوضان مالين، والمالية أمر ثبوتي، وثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له، فلو ثبتت المالية لعمل الحر، كان له ثبوت في الخارج، لكن عمله قبل وجوده لاشيء، وبعد وجوده معدوم، فمتى يُتصف بالمالية؟

وثانياً: المالية شيء يوجب الضمان والإستطاعة والغنى والحجر، فلو أفلس الحر حجر عليه جميع أمواله ولا حجر على عمله، ولو كان مالاً لحجر، ولو حبس جوراً عليه مدة، لم يضمن الجائر عمله في تلك المدة، ولو كان مالاً ضمن، لأن من أتلف مال الغير فهو له ضامن، ومن كان ذاملاً بقدر الاستطاعة وجب عليه الحج، ولا يصدق على الحر - بلحاظ عمله في المستقبل - أنه مستطيع، ولو كان العمل مالاً لكان القادر على العمل من الفقراء غنياً، والحال أنه ليس كذلك، ومن هنا قلنا في بحث الزكاة أن المحترف الذي لا يفي دخله بمؤنة سنته، يجوز له الأخذ من الزكاة تتميماً

ماذا تقولون إن قال: ملكتك منفعة هذه الذار؟ هذا أولاً. وثانياً: كيف تقولون: بأن الإجارة هي التسليط على العين للإنتفاع بها، مع أن «الانتفاع» فرع تملك «المنفعة» وانتقالها، وكيف تتقل المنفعة وقد ذكرتم أنها عرض قائم؟

قلت: لكن الظاهر أن الأصل في مختارهم في حقيقة الإجارة هو: كون المنفعة معدومة والمعدوم لا يملك، لاتعلق الإجارة بالعين في متن العقد حتى يستقضى بما لو تعلقت بالمنفعة، بل هو صريح الشهيد إذ قال: «إن مورد الإجارة العين لاستيفاء المنفعة، لأن المنافع معدومة، ولأجله ربما يقال: بأن الإجارة تسليط على العين لاستيفاء المنفعة، لاتملك المنفعة»^(١).

(١) حاشية المحقق الإصفهاني ١٥ / ١ عن القواعد ٢ / ٢٧٢.

لمعاشه، فلو كان العمل مالا لم يجز له الأخذ، لفرض تمكنه من إيجار نفسه مدة فيكون غنياً.

وثالثاً: لو تنزلنا عن ذلك كله، فإنه يعتبر في تحقق البيع ومبادلة مالٍ بمالٍ في الملكية: أن يكون المالان مملوكين لطرفي المعاملة، فعلى فرض كون عمل الحرّ مالا، فهو متسلط على عمله تكويناً، فلا يعقل أن يكون مسلطاً عليه اعتباراً أيضاً. وبعبارة أخرى: الملكية والسلطنة الاعتبارية إنما تتحقق حيث لا تكون موجودة تكويناً، وإلا لزم تحصيل الحاصل. هذا غاية ما يقال في هذا المقام.

ويمكن الجواب عن ذلك كله:

الجواب:

لأنّ المالية صفة ثبوتية، لكن ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له في أفق الثبوت، فإن كان الثبوت خارجياً، لزم ثبوت المثبت له في الخارج، وإن كان ذهنياً لزم ثبوته في الذهن، وإن كان اعتبارياً، لزم ثبوته في عالم الاعتبار، والمالية أمر اعتباري عقلاني يثبت للشيء بلحاظ أنه تميل إليه النفوس ويبذل بأزائه - لأجل أثره وفائدته - شيء. وعمل الحرّ كذلك، فالمالية الاعتبارية ثابتة له، فهو وإن لم يكن له ثبوت في الخارج لكنه ثابت في عالم الاعتبار، وله المالية الاعتبارية باللحاظ المذكور.

وأما عدم الضمان والاستطاعة والحجر والغنى... فلأن الموضوع في هذه الموارد هو المال المضاف إلى المالك بإضافة الملكية، وعمل الحرّ مال، وليس له تلك الإضافة الاعتبارية.

وأما أن ظاهر عبارة المصباح «مبادلة مالٍ بمالٍ في الملكية» كون الملكية حاصلة للمال قبل المعاوضة، فلا دليل عليه، بل العبارة مطلقة، ودعوى

انصرافها إلى المال المضاف بإضافة الملكية بلا وجه.

فعمل الحرّ مال، فيبادل البائع عن متاعه بعمل الحرّ وإن كان غير مملوك له قبل البيع بالملكية الاعتبارية، نظير أن يجعل الكلّي ثمناً في البيع نسيئة حيث البائع يبيع متاعه بشيء كلّي في ذمة المشتري، سواء كان الثمن في بيع النسيئة نقداً من النقود كالدرهم والدينار، أو عيناً من الأعيان كالطعام، فالشيء الكلّي المَجْعُول ثمناً، ليس بموجود عند المشتري وليس ملكاً له ولا لغيره قبل المعاملة، إلا أنه يجعله عوضاً وثنماً يصير مملوكاً للبائع، فلا يلزم أن يكون المبيع والثمن ملكاً لهما قبل البيع، ولذا يصح السلم والنسيئة.

وعلى الجملة، فإن المحتاج إليه تأثير البيع في ملكية المالكين للطرفين، وهذا التأثير أعم من أن يكون المالكان قبل البيع ملكاً لهما أولاً.

فمبادلة مال بمالٍ صادقة في جعل عمل الحرّ عوضاً في البيع [١].

[١] لقد صحّح طاب ثراه وقوع عمل الحرّ عوضاً في البيع، وفاقاً للمشهور بل ادّعي عليه الإجماع، لأنه مالٌ عرفي مطلقاً، إذ لا فرق بينه وبين عمل العبد، مع أنه لا إشكال في كونه مالاً. وفي مقابله وجهان أو قولان، أحدهما: أنه لا يصدق عليه عنوان المال، والآخر: التفصيل بين الحرّ الكسوب وغير الكسوب، فيقال: إن الأول مال عرفي دون الثاني. قال السيّد الطباطبائي رحمه الله: «وهذا غير بعيد عن الصواب، للصدق العرفي في الأول دون الثاني»^(١).

ومن الصغريات المهمة لهذا البحث: مسألة ما لو حبس الحرّ ظلماً، والمفروض أن عمله مالٌ، فهل يضمن المحابس ما كان بإمكانه أن يعمل مدة حبسه؟

إنه يعتبر في ضمان عمل الحر أن يكون -بالإضافة إلى ماليته العرفية- مملوكاً له، ولذا لا يمكن الاستدلال للضمان بقاعدة الإتلاف، لأن موضوعها «مال الغير» وهو غير صادق على عمل الحر، ولا بقاعدة اليد، لعدم صدق «الأخذ» على الحبس.

قال بعض مشايخنا: نعم، في أخبار زكاة الفطرة ما ربما يدل على وجوب الزكاة عليه، لأن المكلف إن كان غنياً فعليه دفع الزكاة، وإن كان فقيراً فله أخذها، وفي الأخبار: «ليس على من لا يجد ما يتصدق به حرج»^(١)، ولا يقال عرفاً لصاحب الصنعة الكسوب: «لا يجد» حتى يقال بعدم وجوب الزكاة عليه بل يجوز له الأخذ منها.

إلا أنه يستتقضى بمثل قوله صلى الله عليه وآله: «لبي الواجد يحل عقوبته وعرضه»^(٢)، فهل يصدق «الواجد» على مجرد كون الرجل صاحب صنعة، فتجوز عقوبته ويتعرض عرضه للخطر؟ وأما أخبار زكاة الفطرة، فالموضوع فيها مختلف، وقد جاء في خبرين منها عنوان «من لا يجد»^(٣).

ولذا استدرك قائلنا: بأن «الوجدان» كما في لسان العرب وغيره^(٤) يأتي بمعنى «القدرة» و«التمكن» وهو كذلك في آية الوضوء، كما في الأخبار^(٥). وحيث لا يوصف الحر المحترف بالكسوب بواجد المال.

كما لا يمكن الاستدلال للضمان بقاعدة لاضرر، لأن صدق عنوان الضرر

(١) وسائل الشريعة ٩ / ٣٢١، الباب ٢ من أبواب زكاة الفطرة، الرقم: ٢.

(٢) عوالي اللآلي ٤ / ٧٢، الرقم: ٤٤ و ٤٥.

(٣) وسائل الشريعة ٩ / ٣٢١، الباب ٢ من أبواب زكاة الفطرة.

(٤) تاج العروس ٢ / ٥٢٤.

(٥) ولذا عنون في وسائل الشريعة الباب الخامس من أبواب التيمم: باب جواز التيمم مع عدم التمكن من

استعمال الماء لمرض... ج ٣ / ٣٤٦.

والضرار في هذا المقام أول الكلام....

وتبقى السيرة العقلانية، وقد استدلّ بها المحقق الخوئي للضمان حيث قال: «نعم، إذا كان الحرّ كسوباً وله عمل خاص يشتغل به كلّ يوم، كالبناية والنجارة والخياطة وغيرها، فإنّ منعه عن ذلك موجب للضمان، للسيرة القطعية العقلانية»^(١).

لكن القدر المتيقن من السيرة أن يكون الكسوب المذكور بحيث لو لم يقع في ضيقٍ وعسر، وذلك في خصوص مالٍ رخيص، وفاقاً لبعض مشايخنا دام بقاءه.

(١) مصباح الفقاهة ٢ / ٣٦.

الكلام في الحقوق

قوله:

وأما الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضة بالمال... فلا إشكال، وكذا لو لم تقبل النقل... وأما الحقوق القابلة للانتقال....

أقول:

لقد جعل الحقوق على ثلاثة أقسام:

فمنها: ما لا يقبل المعاوضة عليه أصلاً، سواء كان قابلاً للنقل أو لا، وقابلاً للإسقاط أولاً.

ومنها: ما يقبل المعاوضة عليه والإسقاط، ولا يقبل النقل والانتقال إلى الغير، كحق الرهانة وحق الشفعة.

ومنها: ما يقبل المعاوضة والانتقال.

أما الأول، فلا إشكال في عدم وقوعه عوضاً.

وأما الثاني، فقد ذكر قدس سره أنه لا يقع عوضاً كذلك، وعمل ذلك

بقوله:

لأن البيع تمليك الغير.

فما لا يقبل النقل لا يقع عليه البيع، إذ لازم عدم الانتقال إلى الغير أن لا يملكه الغير، فلا ينطبق عليه عنوان البيع الذي هو تمليك الغير.

وقد نقض عليه صاحب الجواهر قدس سره^(١) ببيع الذين على من هو

عليه، فإنه صحيح بالإجماع.

قال الشيخ: هذا النقض غير وارد، لأنه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط.

دفع الإشكال عن كلام الشيخ

فأورد عليه المحقق الخراساني^(١) قدس سره: بأنه كلام مختل النظام، فإنه في مقام أنها تجعل عوضاً أم لا، فلا يناسبه التعليل بقوله: لأن البيع تمليك الغير، ولا النقض ببيع الدين أصلاً، فإنه إنما يناسب إذا كان بصدد بيان أنها لا تجعل معوضاً في البيع.

قلت:

وفيه: إن المراد من تمليك الغير هو التمليك عن الطرفين، فالبايع يبيع والمشتري يقبل فعل البائع، وهو بالدلالة الإلزامية مملك للثمن للبائع، وحيث كان من المناسب النقض ببيع الدين على من هو عليه، إذ لا يوجد هناك طرفان، فكما يصح التمليك للمبيع مع الوحدة، ففي العوض يتحقق ذلك بالأولوية، فكما لا منافاة في المعوض بين عنوان الوحدة وتحقيق البيع، كذلك في العوض.

فهذا وجه التعرض للنقض. إلا أنه لما ذكر في الجواب قضية السلطنة، توجه الإشكال عليه: بأنه قد يكون في مورد الحق مسلط عليه وقد لا يكون. إلا أنه يندفع بتمثيله قدس سره بحق الشفعة وحق الخيار، ولا بد فيهما من المسلط عليه دائماً.

فالإشكالان مندفعان.

وقد ذكر الشيخ في وجه عدم ورود النقض: أن المديون يملك هنا ما

(١) حاشية المكاسب: ٣.

في ذمته، والانتقال الملكي فيه حاصل، ونتيجته السقوط، وليس الأمر في الحق كذلك، لأن لازم تملكه ممن عليه الحق، اجتماع من له الحق ومن عليه الحق في شخص واحد، وهو غير معقول.

ويؤيده: أنه إذا نقل ما لا يقبل النقل من الحقوق، قلنا بأنه يعاوض عليه في قبالة الإسقاط، فالإسقاط فعل من الأفعال، وقد قلنا بأن عمل الحر لا يقبل المعاوضة عليه.

وأما الثالث - وهو ما يقبل الانتقال والإسقاط - فلا يقبل المعاوضة عليه أيضاً، للإشكال في كونه مالاً، وقد اعتبرت المائنة في العوضين.

الإشكالات الواردة:

وأما الإشكال عليه فوجوه:

أولاً: إنه يرد على قوله: الحق سلطنة فعلية: أن الحق ليس هو السلطنة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وثانياً: قوله بأن الملكية لا تحتاج إلى من يملك عليه، متين، إلا أنها في مثل بيع الدين على من هو عليه محتاجة إليه.

وثالثاً: في بيع الدين، إن كان المبيع هو الكلي من غير تقييد له بكونه في الذمة، فلا مالية له، وإن كان مع التقييد بذلك، يلزم أن يكون المديون مديناً لنفسه بسبب شراء ما في ذمته، وهذا مما لا معنى له، وعلى فرض الصحة، كيف يعقل أن يكون السقوط وعدم الملكية أثراً للتملك؟

وعلى الجملة، فإن التملك والسقوط لا يجتمعان، إلا إذا كانا في أمرين متماثلين موجودين في الذمة، فيسقطان بالتهاتر.

ورابعاً: يرد على قوله: والسر أن هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام

طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك فإنه نسبة بين المالك والمملوك... أن ذلك إنما هو فيما أريد انتقاله إلى من عليه الحق، وأما إذا أريد نقله إلى غيره، فلا يلزم محذور اتحاد المسلط والمسلط عليه، فليس ما ذكره سرّاً لعدم الانتقال على كليته، بل السر في ذلك أن موضوع الحق المقوم له عنوان خاص، فلا يعقل أن ينتقل عنه، لا إلى من هو عليه ولا إلى غيره، فموضوع حق الخيار في الحيوان هو المشتري، وفي الغبن هو المغبون، فلا يعقل انتقال الحق إلى غير المشتري في الأول وغير المغبون في الثاني، وكذلك حق الشفعة، فإنه لا ينتقل إلى غير الشريك، وحق المضاجعة، فإنه لا ينتقل إلى غير الضرّة، سواء كان الزوج أو المرأة الأجنبية.

وكلّما كان الموضوع لشيء من هذه الحقوق علّة تامّة له فهو غير قابل للإسقاط، كحق الوصاية والتولية، وكلّما لم يكن كذلك فيقبل الإسقاط.

حقيقة الحق والفرق بينه وبين الحكم والملك

وتفصيل الكلام في الحق وحقيقته وأقسامه وأحكامها هو:

الحكم

إن «الحكم» تارة: تكليفي، وهو البعث والزجر والترخيص، وأخرى: وضعي، وهو اعتبار شرعي على طبق اعتبار العقلاء وله آثار. والحكم الوضعي غير الأمر الانتزاعي، إذ الأمر الانتزاعي موجود بوجود منشأ انتزاعه في الخارج، ولذا تكون الأمور الانتزاعية من المقولات العشر، وليست الأمور الاعتبارية معدودة منها، لعدم كونها منتزعة من الخارج، إلا أنها متقومة بما يصحح لها الاعتبار.

ثم الأمور التكوينية، قد تقع موقع الاعتبار أي يتعلّق بها الاعتبار - بلحاظ آثار ومصالح، فالزوجية - مثلاً - في اللغة عبارة عن «العِدْلِيَّة» في الخارج، فيعتبر هذا المعنى بين المرء وزوجته ويقال هما زوجان، والنكاح لغة هو «الاتصال»، فيعتبر هذا المعنى بين الرجل والمرأة. و«الملكيّة» في الخارج عبارة - كما قيل - عن الهيئة الخاصّة المعبر عنها بالجدة، فتقع هذه الواجديّة موقع الاعتبار ويقال: هو مالك وذاك مملوك.

الحق

و«الحق» له معنيان شائعان في الاستعمال:
أحدهما: أنّه اسم مصدر من حقّ يحقّ، بمعنى الأهلية وأنه ينبغي أن يكون كذا.
والثاني: أنّه صفة مشبهة، بمعنى كونه ذا واقعية، فهذا «حق» في قبال طرفه «الباطل».

ومن استعمالاته بالمعنى الثاني: قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قُلْ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقٌّ﴾^(١)، وقوله: ﴿الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُتَرَدِّينَ﴾^(٢)، وقد يكون فعلاً، مثل ﴿حَقَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ﴾^(٣)، وفاعلاً، مثل ﴿الْحَاقَّةُ﴾ ما الحاقّة واما أَذْرَاكَ مَا الْحَاقَّةُ^(٤)، ومفعولاً، مثل: هذا القول حق.

ومن استعمالاته بالمعنى الأول - وهو الأهلية واللياقة وما ينبغي أن

(١) سورة يونس: ٥٣.

(٢) سورة البقرة: ١٤٧.

(٣) سورة يونس: ٣٣.

(٤) سورة الحاقة: ١ - ٣.

يكون الشيء عليه - قوله تعالى: ﴿حَقِيقٌ عَلَىٰ﴾^(١) أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ﴾^(٢)،
﴿وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾^(٣) ويقال للناقاة: «حِقَّة» إذا حصل لها الأهلية والجدارة
لأن يستفاد منها.

فهل الحق في الاصطلاح حيث قلنا أنه أمر اعتباري، هو بمعنى اسم
المصدر، أي الأهلية وكونه حقيقة، أو هو صفة مشبهة بمعنى كونه ذا واقعية؟
وبعبارة أخرى: هل الحق الاعتباري اعتبار الأهلية أو اعتبار كونه ذا واقعية؟
الظاهر هو الأول، إذ نقول: له حق الشفعة، وهو ذو حق، فعلى كونه صفة
مشبهة، لا يصح أن يقال هو ذو حق، لأن الصفة المشبهة معناها كون الشيء
ذا مبدء، فلا يعقل إضافة «ذو» أو «له» إليه، فقولنا: هو ذو حق كذا، متخذ من
معنى الأهلية واللباقة والجدارة، فللقاضي حق القضاء، أي هو أهل لذلك،
وللحاكم حق التولية، أي: فيه أهلية التصدي لأمر الموقوفة مثلاً، وحق
القيمومية معناه: الأهلية لتصدي أمور من هو قيم عليه... فهذا المعنى
الاعتباري الذي نعبر عنه بالأهلية، متخذ من الأمر التكويني المصدري.

وعلى الجملة، فإن الأمر الاعتباري منوط بمصحح الاعتبار، يقال: هذا
الكلام سيف قاطع، ويعتبر للكلام السيفية بلحاظ أثره، وفي حق الشفعة
وحق التولية وحق الرهانة وغيرها، ليس المعتبر كون هذه الأمور لها واقعية
وثبوت بالمعنى المقابل للبطلان، بل هو الأهلية، فمشتري الحيوان اعتبر له
حق الفسخ، وكذا المغبون، وفي حق الشفعة: اعتبر للشريك الأهلية لأن
يشفع، أي يضم إلى نفسه حصّة صاحبه، ولولي الدم له حق القصاص، أي هو

(١) في هذه الكلمة قراءة ثان: «علي» و«على» والأولى عندي أولى. منه قدس سره.

(٢) سورة الأعراف: ١٠٥.

(٣) سورة البقرة: ٢٢٨.

أهل لأن يقتص، والمجتهد العادل له حق القضاة، أي هو أهل لأن يقضي، ومن أخذ ماله غضباً له حق التقاض، أي هو أهل لأن يقتص.

فالمعنى المطرد في جميع هذه الموارد ما ذكرناه، وهذا هو المختار خلافاً للأكابر، كما سيجيء.

ثم «الحق» دائماً يتعلّق بفعلٍ من الأفعال، إمّا فعلاً يصدر منه، كحقّ الفسخ، وإمّا فعلاً يفعل لأجله، كحق النفقة، حيث اعتبر له الأهلية لأن ينفق عليه، فإن كان فعلاً صادراً منه يكون الحق «له»، وإن فعلاً يفعل لأجله يكون الحق «عليه»، فيقال لصاحب حق التولية مثلاً: حق له، ويقال لمن تجب عليه النفقة: حق عليه، وهذا الحق المعتبر للغير، قد يكون بإيجاب من الشخص على نفسه للغير، قال الله تعالى: ﴿وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(١). وليستأمل مدى رافة الله وعنايته بالمؤمنين!! فالله عز وجل «عليه الحق» أي: إن للمؤمنين الأهلية والجدارة لأن ينصرهم، فهو «عليه الحق» و «لهم الحق» لكن بجعل منه.

وفي زيارة الإمامين العسكريين عليهما السلام: «بحق من أوجبت حقه عليك».

فمتعلّق الحق هو الفعل على كلّ حال، إلّا في مقام الإضافة، فإنه إلى الفعل فيقال: حق الفسخ، حق النفقة، حق التولية... وقد يضاف إلى سببه كحق الرهانة، بمعنى أن الوثيقة سبب لأن يكون له الأهلية لبيع العين المرهونة في قبال دينه، وكحق الأبوّة، حيث أن الأبوّة سبب يؤهل الأب لأن يطاع مثلاً. فالحق لا يتعلّق بالعين، بخلاف الملك، إذ يتعلّق بالعين ويتعلّق بالفعل،

وهذا من موارد الفرق بين الحق والملك.

ثم إنه قد تقدم أنه إن كان موضوع هذا الأمر الاعتباري - أعني الأهلية والجدارة - عنواناً خاصاً، لم يعقل نقله إلى الغير.

هل يقبل الإسقاط والنقل؟

وأما قابليته للإسقاط، فتابعة للدليل.

وما قيل: من أن كل حق يقبل الإسقاط، فغير صحيح، لأن من الحق ما يكون علّة لموضوعه بمثابة العلة التامة له، ولا يعقل انفكاك المعلول عن علته التامة، فحقّ القضاة وحق الوصاية ونحوهما، لا يقبل الإسقاط.

وبعبارة أخرى: إذا أخذ عنوان خاص في موضوع الحق، فلا ينتقل، وأما الإسقاط، فالمتبع فيه الدليل، وحيث لا يكون دليل، كان مقتضى القاعدة العدم، لأنه متى شك في مورد بأنه يقبل الإسقاط أو لا، استصحب البقاء.

نعم، يمكن أن يقال: إن كل حق كان جعله لغبطة ذي الحق، فهو قابل للإسقاط، وكل حق كان جعله لانتفاع الغير، فلا يقبله....

فما عن الشهيد في القواعد ليس على كليته^(١).

هذا، وكثيراً ما يشك في أن هذا حق أو حكم، وفي حق من الحقوق، أنه يقبل النقل أو الاسقاط أو الانتقال أو الاشتراط على سقوطه ضمن العقد، أو لا؟

مثلاً:

رجوع الزوج في الزوجة المطلقة، حق أو حكم؟

طرح المدعي دعواه عند الحاكم، حق أو حكم؟

رجوع المختلة عما بذلت، حق أو حكم؟

رجوع الباذل في الحج، حق أو حكم؟

عزل الموكل الوكيل، حق أو حكم؟

إن كان حقاً، فيقبل الإسقاط والسقوط بالاشتراط، وإن كان حكماً،

فلا يقبل شيئاً من ذلك... فما هو مقتضى القاعدة؟

إن مقتضى القاعدة: عدم السقوط والنقل والانتقال، إذ يستصحب بقاؤه،

نعم لا يثبت أنه حكم، لأن نفي أحد الضدين بالاستصحاب لا يثبت الآخر إلا

على القول بالأصل المثبت. وعلى الجملة، فلا ترتب آثار الحق وإن

لم يترتب آثار الحكم.

وأما مع إحراز كونه حقاً والشك في قبوله لذلك ولو بالصلح، فالمحكي

عن الشهيد الثاني: الأصل في الحقوق جواز الصلح عليها، وعن المحقق

الثاني: الأصل في الحقوق المالية أن يقبل الصلح عليها.

ما هو مقتضى الأصل؟

فما المراد من هذا الأصل؟

لا يبعد أن يكون هو الإجماع، أو يقال بتجوزهم التمسك بالعام في

الشبهة المصدقية، بأن يقال -فيما لو اشترط سقوط الحق ضمن عقدٍ وشك

في نفوذ هذا الشرط وتأثيره- بالتمسك بعموم آية الوفاء بالعقود^(١)، وعموم

«المؤمنون عند شروطهم»^(٢).

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) رسائل الشيعة ٢١ / ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الرقم: ٤.

هذا غاية ما يمكن أن يقال.

أقول: تارة: يذكر عنوان ويُجعل موضوعاً ويرتب عليه الحق، كأن يقال: وليّ الدّم له حق القصاص، ومشتري الحيوان له حق الفسخ، والزوجة لها حق المضاجعة... وهكذا. ففي هذه الموارد، لو شك في قابلية الحق للنقل والسقوط والانتقال، رجع الشك إلى أنه هل هذا العنوان بمثابة علّة تامة أو أنه مقتض؟

قد ذكرنا أن كلّ حق -بأي معنى كان- جعل لعنوان كان ذلك العنوان بمثابة علّة تامة له، فلا يعقل سقوطه وإسقاطه ونقله، لاستحالة انفكاك المعلول عن علته. فإن شك في حال العنوان، كان مقتضى القاعدة بحسب التفاهم العرفي العقلاني -في كلّ عنوان جعل موضوعاً لحكم تكليفي أو وضعي ودار أمره بين العليّة والاقتضاء- هو كونه بنحو العليّة ودوران الحكم مداره، وعليه، يحكم بعدم قبوله لشيء من ذلك، ولا مجال للتمسك بالعمومات، لكونها أجنبية من جهة أن الشبهة تخصصيّة.

واخرى: يترتب الحق على موضوع، ولم يتحقّق هذا الاستظهار العرفي المتفاهم العقلاني، واحتمل أن يكون عنواناً إقتضائياً، كان التمسك بالعمومات -لأجل إثبات القابليّة للسقوط والإسقاط والنقل- من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصادقيّة.

وثالثة: يحرز كون العنوان إقتضائياً، وكون الحق مجعولاً للغبطة، وحينئذ يمكن التمسك بالعمومات، فلو شك في أن الشارع منع عن النقل والسقوط والإسقاط أو لا، رجع إلى الشك في مانعيّة شيء أو شرطيّة، والمشهور جواز التمسك بالعمومات حينئذ، وعليه، فيحكم بقابليّته لذلك.

أقسام الحق

فظهر أن الحق على خمسة أقسام:

١ - فمن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل والانتقال القهري بالإرث، كحق التحجير. ولعل حق السكنى والرقبى من هذا القبيل.

٢ - ومن الحق ما لا يقبل شيئاً من ذلك، كحق الوصاية وحق التولية.

٣ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط والانتقال دون النقل، كحق الفسخ، وكذا حق الشفعة، لأنه إن نقل إلى الأجنبي، فهو ليس بموضوع لهذا الحق، إذ موضوعه هو الشريك، وإن نقله إلى الشريك الأول، فالمفروض خروجه بالبيع للغير عن كونه طرفاً للشركة، وإن نقله إلى المشتري كان معنى ذلك كونه مالكاً والحال أنه مالك بالبيع.

٤ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل دون الانتقال، كحق المضاجعة، فيمكن إسقاطه ونقله إلى الضرة، لأنها زوجة مثلها.

٥ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط فقط، والظاهر أن حق القذف كذلك، إذ للمقذوف حق في أن يشتكي عند الحاكم، وله إسقاطه، لكن لا ينقل ولا ينتقل.

وتبقى أمور لا نعلم كونها حقاً أو حكماً، وقد تقدّم الكلام عليها....

وقد ظهر ممّا ذكرنا:

أن الإسقاط هو إخراج من يجعل الحق لأجل غبطته نفسه عن الطرفية للحق، فهذا ما يمكن أن يقال في معنى الإسقاط، وإن كان لابدّ لعمل ذي الحق هذا من الإمضاء الشرعي.

وما معنى النقل؟

إن قلنا - كما ذكر الشيخ - إن البيع من النواقل، ولا بدّ من تملك الغير، انتقض بيع الدين على من هو عليه، وهو نقض متين جداً كما عن صاحب الجواهر، وما ذكره الشيخ في الجواب، فقد عرفت ما فيه:
أولاً: لا معنى لأن يصير الإنسان مديوناً لنفسه.

وثانياً: سلّمنا، لكنه يقول: أثره السقوط. وفيه: كيف يعقل أن يكون الشيء سبباً لعدم نفسه؟

فإن قلت: معنى أن أثره السقوط هو أنه لما كان ملكيته لِمَا فِي ذِمَّتِهِ بقاءً لغوّاً، فلا محالة يكون السقوط.

قلت: فَلَمْ حَدِّثْ هَذَا الْأَمْرَ الَّذِي لَا أَثْرَ لَهُ؟

الأقوال الأخرى في حقيقة الحق

ويبقى الكلام في الأقوال الأخرى في حقيقة الحق:

فالميرزا الأستاذ قدّس سرّه كان يقول: بأن الحق مرتبة من الملك^(١).

والشيخ الأستاذ قدّس سرّه كان يقول: بأن الحق هو الثبوت بالمعنى المصدري والثابت بالمعنى الإسم مصدري^(٢).

والمحقق الخراساني رحمه الله أراح نفسه فقال: الحق اعتبار خاص له آثار مخصوصة منها السلطنة^(٣).

والسيد اليزدي طاب ثراه - والظاهر أنه المشهور - على أن الحق هو السلطنة^(٤).

(١) المكاسب والبيع ١ / ٩٢.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٨.

(٣) حاشية المكاسب: ٤.

(٤) حاشية المكاسب ١ / ٢٨٠.

أقول:

قد عرفت أن المتبادر من الحق في جميع موارد استعماله أنه متخذ من القابلية والأهلية والجدارة، فيحق له أن يفعل كذا بمعنى: أنه أهل لأن يفعل كذا. وهذا هو المعنى في غيره من الشواهد التي ذكرناها سابقاً.

وهو يستعمل أيضاً بحسب اللغة فيما له الواقعية والثبوت، لكن لا مطلقاً، بل بخصوصية أن هذا له واقعية في مقابل الباطل إذ لا واقعية له، ومن هذا الباب: قولنا: الله حق، الإسلام حق، القرآن حق... فلا ريب في أنه يستعمل في الثابت، بالخصوصية المذكورة.

إنما الكلام في الحق بالمعنى الإسم المصدري، الذي له خصوصية الاعتبار الوضعي، فهو محل الكلام، لا الثبوت الذي ذكره الشيخ الأستاذ طاب ثراه، مضافاً إلى أنا نقول: ثبت الحق، فلو كان الحق بمعنى الثبوت، لزم إسناد الشيء إلى نفسه، ونقول: ثبوت الحق، والشيء لا يضاف إلى نفسه.

وأما ما ذهب إليه الميرزا الأستاذ قدس سره، فلا يمكن المساعدة عليه، لوجوه:

الأول: إن الملكية أمر اعتباري، وهو لا مراتب له، إذ المراتب مخصوصة بالمقولات، لا كلها بل بعضها.

والثاني: إن الحق والملكية متقابلان، فيقال: فلان ذو حق، وفلان ذو ملك.

والثالث: هناك موارد يوجد فيها الحق ولا تتصور الملكية، فمثلاً: حق الاختصاص متحقق لمن اتخذ الخمر للتخليل، وكذا في حق التخجير... فهنا حق ولا ملك.

ورابعاً: إنه لا معنى لأن يعتبر الملكية -ولو مرتبة منها- لما هو تحت

السلطنة تكويناً، كما سيجيء في قول المشهور.

وأما أنه السلطنة - كما هو المشهور - فإن أريد السلطنة التكوينية، فعندنا موارد فيها الحق ولاسلطنة، كما في المولى عليه، وموارد بالعكس، كما هو الحال بالنسبة إلى الولي. فبين السلطنة والحق عموم من وجه.

وأيضاً: الحق يضاف إلى ذي الحق فيقال: له حق الشفعة، ولا يعقل أن يكون للإنسان سلطنة اعتبارية على أعمال نفسه، وقد بينا أن قولهم: الحر مسلط على أعماله وأفعاله، غير صحيح.

وإن أريد السلطنة الاعتبارية، انتقض بموارد الإضافة إلى فعل ذي الحق وعمله، فإنها سلطنة تكوينية، وإذ يوجد السلطنة التكوينية، فلا يعقل اعتبار السلطنة.

هذا تمام الكلام في الحقوق وما يتعلق بها [١].

[١] أقول: لقد بحث طاب ثراه عن الحق وما يقبل النقل والإسقاط وما لا يقبل، وتعرض للأصل المحكم فيما لوشك، وذكر الأقوال في الحق واختار أنه «الجدارة» وانتقد الأقوال الأخرى، وأشار إلى الفرق بينه وبين الملك والحكم.

ونحن نشرح بعض الأمور ونضيف بعض الفوائد:

١ - لقد أشار إلى الفرق بين «الحق» و«الملك»، وسيأتي الكلام عن حقيقة الملكية، وأما بين «الحكم» و«الحق» فلم يتضح لنا رأيه، لأنه قسم الحكم إلى التكليفي والوضعي، وهو ما لا يقبل النقل والإسقاط كما هو معلوم، لكنه قرّر أن من الحقوق ما لا يقبل الإسقاط والنقل كذلك، فما هو الفرق بينهما؟

وأفاد سيدنا الأستاذ قدس سره: أن تشخيص الحكم عن الحق والتفريق بينهما

مشكل، لأن بعض الحق لا يقبل الإسقاط كالحكم^(١).

وقد أصرَّ المحقق الخوئي على عدم الفرق بين «الحق» و«الحكم» بل قال: «لا ينبغي الربيب في أن الحكم والحق متحدان حقيقةً، لأن قوامهما بالاعتبار الصرف» قال: «لا وجه لتقسيم المَجْعُول الشرعي أو العقلائي إلى الحق والحكم، لكي نحتاج إلى بيان الفارق بينهما، بل كلها حكم شرعي أو عقلائي قد اعتبر لمصالح خاصة... نعم، تختلف هذه الأحكام في الأثر...»^(٢).

وقد استدلَّ لذلك بوجوه:

الأول: كونهما اعتباريين.

والثاني: إن لفظ الحق بمعنى الثبوت.

والثالث: إن الحكم والحق يتعلّقان بالأفعال فقط، بخلاف الملك.

وفي الكل نظر:

أما الأول، ففيه: إن الملك أيضاً اعتباري، وقد قلتم أنهما غير الملك.

وأما الثاني، ففيه: إنه يصحّ القول: ثبت الحق، فلو كان الحقّ بمعنى الثبوت لكان

الكلام ثبت الثبوت، وهو غير صحيح.

وأما الثالث، ففيه: إن الحق قد يتعلّق بالعين أيضاً، مثل حق التحجير. قاله شيخنا

دام بقاءه.

لكن يمكن الجواب: بأن هذا إنما يقال في مقام الإضافة، وهو في الحقيقة من

التعلّق بالفعل، فمتعلّق الحق هو الفعل الذي يقع على الأرض.

(١) بلفظ الطالب في التعليق على بيع المكاسب: ٢٥.

(٢) مصباح الفقاهة ٢ / ٤٤.

هذا بالنسبة إلى الفرق بين الحكم والحق.

٢- وفي الأقوال، تعرّض سيّدنا الجَدّ طاب ثراه لأقوال الأساطين في حقيقة الحقّ، وتكلّم عليها، إلّا أنّه لم يوضّح كلمة الشيخ قدّس سرّه إذ قال: «إنّ هذا الحق سلطنة فعليّة...» فما معنى «فعليّة»؟

قال شيخنا دام بقاءه: إنّ كلام الشيخ يفيد أنّ السلطنة منها فعليّة ومنها غير فعليّة، ومراده من الفعليّة - كما ذكر في قاعدة: من ملك شيئاً ملك الإقرار به - القدرة على التصرف، ومن غير الفعليّة الاعتباريّة. وعليه، فإن سلطنة المحجور عليه اعتباريّة لا فعليّة، أمّا غير المحجور عليه، فسلطته فعليّة، واللام في «الحق» تحتل الجنس والعهد، بأن يراد حق الخيار وحقّ الشفعة.

وتعرّض طاب ثراه لرأي المحقّق الثاني رحمه الله في الدورة الثانية وناقشه بوجوه، ولكنّ عبارته في الدورة الأولى تختلف عنها، فإنه قال: «إنه عبارة عن إضافة ضعيفة حاصلة لذي الحق، وأقواها إضافة مالكيّة العين، وأوسطها إضافة مالكيّة المنفعة. وبتعبير آخر: الحق سلطنة ضعيفة على المال، والسلطنة على المنفعة أقوى منها، والأقوى منهما السلطنة على العين فالجامع بين الملك والحق هو: الإضافة الحاصلة من جعل المالك الحقيقي لذي الإضافة المعبر عنها بالواجدية، وكون زمام أمر الشيء بيد من جعل له وكونه ذا سلطنة وقدرة، وهذه الإضافة لو كانت من حيث نفسها ومن حيث متعلّقها تامّة، بأن تكون قابلةً لأنحاء التقلّبات، فتسمّى ملكاً، ولو كانت ضعيفة، إمّا لقصور الإضافة كحقّ المرتهن بالنسبة إلى العين المرهونة، وإمّا لقصور في متعلّقه كحقّ التحجير... فتسمّى حقّاً»^(١).

لكن يشكل عليه كذلك، لأنه جعل الإضافة ذات مراتب، ثم جعل اختلاف مرتبة الإضافة على أثر اختلاف المتعلق، على أن بين جعل الحق «إضافة» و«سلطنة» تهاافتاً واضحاً... وهذا كله، بالإضافة إلى تهاافت كلامه في الدورتين.

٣ - ملخص ما أفاده السيد الجذ طاب ثراه في ضابطة السقوط والنقل وعدمهما، أما في مقام الثبوت: كون نسبة العنوان الذي أخذ موضوعاً بالنسبة إلى الحق، نسبة العلة النامة إلى المعلول أو نسبة المقتضي إلى المقتضى، فإن كانت من القبيل الأول فالعدم، وإن كانت من القبيل فالجواز.

وأما في مقام الاثبات: فلا بد من ملاحظة دليل كل حق وما يحتف به من القرائن من الوجوه والمصالح والمناسبات بين الأحكام والموضوعات، فلذا لا يعقل شيء من الإسقاط والنقل والانتقال في بعضها، ويعقل السقوط دون غيره في البعض الآخر، ويعقل النقل دون الانتقال في ثالث، ويعقل النقل والانتقال معاً في رابع، ويعقل الانتقال دون النقل في خامس. ومع الشك في أنه حق فيقبل السقوط والنقل أو حكم فلا يقبل؟ استصحب البقاء، لأن الحق جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية. ومع الشك في أن حقاً من الحقوق يقبل ذلك أو لا؟

ذكر بعض الأكابر: أن لكل ذي حق إسقاط حقه. فأجيب: بأنه لا دليل عليه^(١)، وإن وصفه الشيخ بالقاعدة المسلمة^(٢).

واستدل للسقوط والنقل بعموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣). فأجيب: بأنه من

(١) حاشية المكاسب للمحقق الإصفهاني ٥١ / ١.

(٢) كتاب المكاسب: ٢٢١ مقطعات خيار المجلس ط الشهيدي.

(٣) سورة المائدة: ١.

الملك

قوله:

بخلاف الملك، فإنها نسبة بين المالك والمملوك.

أقول:

والظاهر أن حقيقة الملكية عبارة عن «الواجدية» في عالم الاعتبار، والسلطنة ملازمة لها، ولا يشترط أن تكون السلطنة بالمباشرة، فالصغير يملك لكن سلطنته على المملوك تتحقق بواسطة وليه المتصرف فيه، وفي قبالها: الملكية الحققة الحقيقية، وهي لله الذي لا إله إلا هو الحي القيوم، ولأوليائه الذين بهم الوجود، ولذا ورد عنهم عليهم السلام «إن الأرض وما فيها كلها لنا»^(١) ونحوه غيره، وقد قام عليه البرهان أيضاً. والدليل على أن حقيقة الملكية هي «الواجدية»، هو الاستعمالات الكثيرة المتبادر منها ذلك.

وذهب شيخنا الأستاذ قدس سره إلى أنها «الحواية»^(٢).

التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

واستدل بعمومات أدلة البيع والصلح^(٣). فأجيب: بأنه من التمسك بالدليل في الشبهة المصداقية.

فالأصل: عدم القبول للنقل والإسقاط. والله العالم.

(١) وسائل الشريعة ٢٥ / ٤١٥، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الرقم: ٢.

(٢) حاشية المكاسب ٣١ / ١.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥، سورة النساء: ١٢٨.

وهذا قريبٌ مما ذكرناه.

ولا ريب أنه يقصد منها ما كان بنحو القيومية للمحوي وكون زمامه بيده، وإن لم تكن الحواية هي المعنى المتبادر من لفظ الملك، قال في المصباح: «حويت الشيء، إذا ضممته واستوليت عليه، فهو محوي»^(١). والظاهر أن الاستيلاء من لوازم الحواية وليست مرادفةً لها، لكون تعديتها بـ«على» كما في عبارته.

وقيل: الملكية هي السُّلْطَنَةُ^(٢).

وفيه: ما ذكره شيخنا من أن السُّلْطَنَةُ تتعدى بـ«على» والملكية متعدية، فكيف يكون الترادف؟

وقيل: هي الجدة^(٣).

وفيه: إن مقولة الجدة هي الهيئة الحاصلة للشيء بسبب إحاطة شيء به، كالتقمص والتعم والتختم ونحو ذلك، ولا معنى لاعتبارها للمالك وهو من قام به المبدء، لأنه المحيط بالمملوك لا بالعكس. كما لا مجال لأن يقال: بأن الملكية هي الإحاطة الاعتبارية الموجبة لهيئة الجدة، لأن الإحاطة تتعدى بـ«الباء» وتعدية الملكية بنفسها.

وقيل: الملكية اعتبار من مقولة الإضافة، أي: إن الملكية لما لم تكن من قبيل الإضافة المقولية، لأن المقولة ما يقال على شيء موجود في الخارج، والإضافة تكون بين الأمرين المتضايفين اللذين لا ينفك تعقل أحدهما عن الآخر، كالفوقية والتحتية، فلذا عبر بأن الملكية اعتبار من مقولة الإضافة.

(١) المصباح المنير: ١٥٨.

(٢) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢٨٩ / ١.

(٣) منية الطالب ٣ / ١.

وفيه: إنَّ هذه المقولة هي النسبة المتكررة التي توجب انتزاع عنوانين متضائفين متكافئين في القوَّة والفعل، ولا بدَّ لهذا الانتزاع من المنشأ، فإنَّ كان هو السُّلْطَنَةُ أو الجدة، فقد عرفت ما فيهما من الإشكال [١].

[١] قد ظهر ممَّا أفاده السيّد الجَدُّ قَدَسَ سرّه أنَّ الأصحاب في حقيقة الملكية على قولين:

الأوَّل: إنها أمر انتزاعي، ومنشأ الانتزاع هو الحكم التكليفي. وهذا ما ذهب إليه الشيخ في أصوله^(١) وقال هنا: هي نسبة بين المالك والمملوك، فتكون نسبة انتزاعية. وأورد عليه شيخنا دام بقاءه:

أولاً: إنَّ هذا القول لا دليل عليه بل الدليل على خلافه، فقد جاء في الأدلة الشرعية جعل الملكية ولا منشأ لانتزاعها، مثل: من حاز ملك^(٢).

وثانياً: قد جعل الملك في بعض الأدلة موضوعاً لحكم شرعي، والموضوع مقدّم رتبةً على الحكم، مثل الخير: لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه. فلو كانت الملكية متزعة - والأمر الانتزاعي متأخر رتبةً عن منشأ الانتزاع - لزم أن يكون الشيء الواحد متقدماً تارةً، ومتأخراً أخرى.

القول الثاني: إن الملكية أمر اعتباري، وهذا قول الأكابر، عدا الشيخ الأعظم، وقد اختلفت أقوالهم:

١ - قال المحقق النائيني قَدَسَ سرّه: «وحاصل الكلام: إن الملكية عبارة عن إضافة حاصلة بين المالك والمملوك، وهي عبارة أخرى عن الجدة، غاية الأمر أن الجدة الحقيقية والواجدية الواقعية هي مخصوصة بمن له ملك السماوات والأرض، فإنه هو

(١) فرائد الأصول: ٣٠٥ ط الحجرية.

(٢) الظاهر أنها قاعدة فقهية متصيدة من الأخبار، وليست برواية.

الذي يقدر على الإيجاد والإعدام، فهو الواجد الحقيقي، والتعبير عن هذه الجدة بالإضافة الإشراقية يرجع إلى هذا المعنى. وكيف كان، لا شبهة أن من أعلى مراتب الجدة هذه الواجدية... وأما الملكية الاصطلاحية التي هي إحدى المقولات، فهي أضعف رتبة وأنزل درجة من الجدة الحقيقية. وأما الجدة الاعتبارية، فهي أضعف من المرتبتين السابقتين، ولكن لها نحو تحقق في عالم الاعتبار، وتكون منشأً للأثار...^(١). وقد أورد عليه السيد الجد طاب ثراه بما عرفت، ويضاف إلى ذلك: أن جعل ملكية مالك السماوات والأرض جلّ جلاله من مقولة الجدة، غريب جداً.

٢ - قال المحقق العراقي: إن الملكية أمر اعتباري مستقوم بالاعتبار من المعتبر حدوثاً، غير متقوم به بقاء بل هو باقٍ في عالم الاعتبار، نظير الملزومات الذاتية، كما في قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾^(٢)، حيث أن الفساد ملازم لتعدد الآلهة، ويشهد بعدم حاجة الملكية إلى المعتبر بقاءً، أنها بعد الاعتبار تبقى وإن مات المعتبر^(٣). وأورد عليه: بأن الأمر الاعتباري محتاج إلى الاعتبار ومن له الاعتبار، حدوثاً وبقاءً، وقياس الملكية على الملزومات الذاتية مع الفارق.

٣ - وقال المحقق الخوئي: حقيقة الملكية إنما هي السلطنة والإحاطة... ولا ريب في أن هذه السلطنة إنما تتعلق بالأعيان تارةً وبالأفعال أخرى... بخلاف الحق والحكم، فإنهما لا يتعلّقان إلا بالأفعال^(٤).

(١) منية الطالب ١ / ٣.

(٢) سورة الأنبياء: ٢٢.

(٣) نهاية الأفكار، القسم ١ من الجزء ٤ ص ١٠٢.

(٤) مصباح الفقاهة ٢ / ٤٤.

قوله:

إِلَّا أَنْ فِي جَوَازٍ وَقَوْعِهَا عَوْضًا لِلْبَيْعِ إِشْكَالًا، مِنْ أَخْذِ الْمَالِ فِي عَوْضِي الْمُبَايَعَةِ لُغَةً وَعَرَفًا، مَعَ ظَهْوَرِ كَلِمَاتِ الْفُقَهَاءِ عِنْدَ التَّعَرُّضِ لَشُرُوطِ الْعَوْضِينَ لِمَا يَصْغَحُ أَنْ يَكُونَ أَجْرَةً فِي الْإِجَارَةِ، فِي حَصْرِ الثَّمَنِ فِي الْمَالِ.
أقول:

الإشكال تارة: من حيث أن «الحق» لا يصدق عليه «المال» عرفاً، بل هما متقابلان. وأخرى: من حيث أن «المال» يختص بالأعيان الخارجية^(١).
ويندفع الإشكال بكلا الوجهين بأن: إطلاق المال على الشيء، إما هو لأجل ميل النفوس إليه وبذل الشيء بأزائه، أو - كما قال الراغب^(٢) - لأنه يميل إلى الزوال، وهو - على كل حال - صادق على الحق. ومع التنزل، فإن عبارة

وأورد عليه: بأن السلطنة مبينة للإحاطة، كما يدل على ذلك أداة التعدية فيها.
فظهر: أن الصحيح في حقيقة الملكية هو ما اختاره السيد الجدل، فإنه الظاهر من الاستعمالات الصحيحة والمرتكز عرفاً وعقلاء، قال تعالى: ﴿أَشْكُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾^(٣) وقال: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِينَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾^(٤). وفي الحديث: «لبي الواجد يحل عقوبته وعرضه»^(٥). وقال في التاج: «يقال: وجدت المال وجداً ووجداً ووجداناً: أي صرت ذامالاً»^(٦).

(١) ذكرهما المحقق الإصفهاني ١ / ٥٧ والإشكال الثاني للمحقق الخراساني كما في تعليقه ص ٤.

(٢) المفردات في غريب القرآن: ٤٧٨.

(٣) سورة الطلاق: ٦.

(٤) سورة المائدة: ٨٩.

(٥) حوالى اللثالي ٤ / ٧٢، الرقم: ٤٤ و ٤٥.

(٦) تاج العروس ٢ / ٥٢٣.

المصباح محمولة على الغالب، لأنَّ البيع صادق على مبادلة المال بعوض. وأشكل شيخنا الميرزا: بأنه لو جاز المبادلة بين الملك والحق، بجعل الأول مبيعاً والآخر ثمناً، لزم انقلاب الملك حقّاً والحق ملكاً. والتالي باطل. بيان الملازمة: أن البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة وخروج كلٍّ من العوضين عن طرفيته للإضافة إلى من هو له، وصيرورته طرفاً لإضافة الآخر، فإذا وقعت المعاملة بين الملك والحق، صار ما كان طرفاً للملكية طرفاً للحق، وما كان طرفاً للحق طرفاً للملكية. وهذا خارج عن حقيقة البيع^(١).

وفيه:

أولاً: إن أصل المبنى في حقيقة البيع لا يمكن المساعدة عليه. كما تقدّم سابقاً.

وثانياً: إنه يرى أنَّ الحقَّ مرتبة من الملك. وعليه: فإنَّ غاية ما يلزم هو اختلاف المرتبة في طرف الإضافة، ولا محذور فيه أصلاً.

(١) المكاسب والبيع ١ / ٩٣.

الكلام في تعريف البيع*

قوله:

ثم الظاهر: إن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا متشعبة، بل هو باقٍ على معناه العرفي، كما سنوضحه إن شاء الله.

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه: ففي المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها: إنتقال عينٍ من شخصٍ إلى غيره بموضعٍ مقدّر على وجه التراضي^(١).

وحيث أن في هذا التعريف مسامحةً واضحةً، عدل آخرون إلى تعريفه بـ: الإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال^(٢).

وحيث أن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ... عدل جامع المقاصد إلى تعريفه بـ:

نقل العين بالصيغة المخصوصة^(٣).

ويرد عليه... ولا يندفع... لأنه: إن أريد بالصيغة خصوص «بعت»، لزم الدور، لأن المقصود معرفة مادة بعت، وإن أريد بها ما يشمل «ملكيت»، وجب الاختصار على مجرّد التملك والتقل.

أقول:

أما المسامحة في التعريف الأول، فلا لأنّ الانتقال أثر البيع لا أنه البيع.

(٥) قد عرّف السيّد الجذّ البيع في أوّل الكتاب. فهو يتكلّم على تعاريف الفقهاء.

(١) المبسوط ٧٦ / ٢، السرائر ٢٤٠ / ٢، تذكرة الفقهاء ٥ / ١٠.

(٢) المختصر النافع: ١٨، الدروس الشرعية ١٩١ / ٣، التنقيح الرائع ٢٣ / ٢.

(٣) جامع المقاصد ٥٥ / ٤.

وأما الإشكال على التعريف الثاني، بأن: البيع من مقولة المعنى دون اللفظ، فلا يتوجّه إن أريد البيع المتحقق من البائع والمشتري بالإشياء منهما، نعم، يتوجّه النقض بالمعاطاة، حيث أخذ في التعريف جهة الدلالة، وهي من شئون اللفظ كما لا يخفى.

وأما قوله: إن أريد بالصيغة خصوص «بعت» لزم الدور، فيمكن دفعه بأن المراد هو البيع بما له من المعنى المرتكز أو المتفاهم لدى الغير من أهل العرف [١].

[١] أقول: معنى أن لفظ «البيع» ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية... هو أن المعنى المستعمل فيه اللفظ في الكتاب والسنة وكلمات الأصحاب هو نفس المعنى الذي يقصده أهل العرف. لكن المحقق الطباطبائي قدس سره قال: يمكن دعوى أن خصوص الفقهاء اصطلاحوا فيه معنى آخر، وهو العقد المركّب من الإيجاب والقبول، ولذا نسب إلى المشهور تعريفه بالعقد، بل عن العلامة دعوى الإجماع عليه، وعنه في المختلف أن المتبادر منه ذلك، ويبعد ذلك منه بالنسبة إلى العرف العام، إذ من المعلوم أن المتبادر منه فيه ليس إلا النقل المخصوص، فدعواه الإجماع والتبادر كاشفة عن كون مراده ذلك بالنسبة إلى مصطلح الفقهاء في كتبهم الفقهية حيث يقولون: كتاب البيع، في مقابل كتاب الصلح وغيره من العقود... نظير ما ادّعه في الجواهر من الإجماع على أن النكاح بمعنى العقد، على خلاف سائر المشتقات منه، وهو أيضاً ممنوع بالنسبة إلى العرف العام، وإن كان ظاهر صاحب الجواهر ذلك، بل القدر المسلّم منه كونه حقيقة في العقد في خصوص مصطلح الفقهاء... (١).

فأورد عليه سيدنا الأستاذ طاب ثراه: بأن هذه الدعوى -وكذا دعوى صاحب الجواهر في لفظ النكاح- ممنوعة، فإن إرادة العقد من البيع والنكاح في بعض الأحيان، لا يَدُل على النقل والإصطلاح، بل ظاهر بعض عباراتهم عدم إرادة غير المعنى العرفي، والقول بمخالفتهم حينئذٍ للإصطلاح فيها، كما ترى^(١).

وأما المسامحة في التعريف الأول، فقد بين المحقق الإصفهاني الوجه فيها بقوله: «فإن البيع -بما له من المعنى- أمر يقوم بالبايع لا بالعوضين، فهو إما نقل أو تمليك أو تبديل، لا الانتقال والبدلية، فإنهما يقومان بالعوضين»^(٢).

وقد ذكر المحقق الخوئي كلا الوجهين -ما أفاده السيدان الجدُّ والأستاذ، وما أفاده المحقق الإصفهاني- في المسامحة^(٣).

فأورد المحقق الإيرواني^(٤) وتبعه شيخنا دام بقاءه: بأن النسبة بين النقل والانتقال هي النسبة بين الإيجاد والوجود، فإنها إذا لوحظت النسبة إلى الفاعل فهو النقل، وإذا لوحظت إلى العوضين، فهو الانتقال، فافرق بين النقل والانتقال إلا في الاعتبار.

ويمكن الجواب: بأن ظاهر المستشكلين بما تقدّم أنهم جعلوا التعريف تعريفاً للبيع الشرعي الذي يترتب عليه الأثر، والسبب في ذلك، اشتماله على ما لا دخل له في المفهوم العرفي من «العوض المقدّر» و«على وجه التراضي»، فالتعريف ناظر إلى الانتقال المترتب على البيع -وهو فعل البايع- ترتب الحكم على موضوعه.

(١) بلغة الطالب: ٣٢.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٥٧.

(٣) مصباح الفقاهة ٢ / ٥٣.

(٤) حاشية المكاسب: ٧٣.

ويشهد بذلك، أن هؤلاء المحققين ملتفتون إلى أن المصدر واسم المصدر واحد في الحقيقة، وأنهما مختلفان اعتباراً، بل لقد وقع التصريح بذلك بشرح قول الشيخ: «وأما البيع بمعنى الأثر وهو الإنتقال» كما سيأتي.

وأما التعريف الثاني، فمحصل كلام سيدنا الجدّ ورود ما ذكره الشيخ عليه، لكنّ المحقق الخوئي قال: «هذه المناقشة متوجهة إلى تعريف المصنّف أيضاً، لأنه أخذ الإنشاء في تعريف البيع»^(١).

لكنّه أيضاً قد أخذ الإنشاء في التعريف، إذ قال: «بأنه إنشاء تبديل شيء من الأعيان بعوض في جهة الإضافة»^(٢).

ثم إنّ المحقق الرشتي ذهب -في قبال الشيخ القائل بأنّ البيع من مقولة المعنى- إلى أنه لا بدّ من أن يكون من مقولة اللفظ دون المعنى، وألا يلزم كونه كلاماً نفسياً، إذ لا تعقل من كونه من مقولة المعنى إلا جعله من باب النقل القلبي، وهو راجع إلى الكلام النفسي، وحيث يبين في علم الكلام بطلان الكلام النفسي، فلا بدّ من كون البيع من مقولة اللفظ^(٣). وقد استغرب المحقق اليزدي من هذا الكلام وأطال في الجواب عنه^(٤).

أما المحقق الإصفهاني فقال: قد بينا تفصيل القول فيه صغرى وكبرى في الأصول^(٥).
وأما التعريف الثالث، فقد أشكل عليه الشيخ بوجوه:

الأول: إن النقل ليس مرادفاً للبيع.

(١) مصباح الفقاهة ٢ / ٥٤.

(٢) مصباح الفقاهة ٢ / ٥٣.

(٣) أنظر: بدائع الأفكار: ٢٦٢ وحاشية الإشكوري ١ / ٣٤.

(٤) حاشية المكاسب ١ / ٢٩٣.

(٥) حاشية المكاسب ١ / ٦١، وراجع: نهاية الدراية في حاشية الكفاية ١ / ٢٧٤.

والثاني: إن المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة.

والثالث: إن النقل بالصيغة أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصيغة (قال الشيخ):

ولا يندفع هذا: بأن المراد أن البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة، فجعله مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل، لأنه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول بيعت: نقلت بالصيغة.

لأنه إن أريد بالصيغة خصوص بيعت، لزم الدور، لأن المقصود معرفة مادة بيعت، وإن أريد بها ما يشمل ملكت، وجب الاختصار على مجرد التملك والنقل.

ويجاب عن الأول: صحيح أن «النقل» أعم من «البيع» وليس مرادفاً له، إلا أن التعريف ينطبق على البيع وتزول الأعمية بالقيود اللاحقة، وكذلك كثير من التعريفات. وعن الثاني: بأن المعاطاة عند المحقق الثاني بيع، ويدعي الإجماع عليه، فهذا قرينة على أنه بصدد تعريف البيع بالصيغة. فتدبر.

وعن الثالث: بأن المعروف هو المعاملة المعهودة عند الناس والمرتكزة في الأذهان، والمراد من الصيغة المخصوصة لفظ بيعت، فالموقوف غير الموقوف عليه، وهذا ما أفاده السيد الجد وغيره من الأكابر.

واعترضه المحقق الإيرواني بقوله: لا يقال: إن المراد من الصيغة المخصوصة لفظ بيعت، والمعروف - بالفتح - معنى البيع، فلم يؤخذ المعروف في المعروف حتى يلزم الدور. لأننا نقول: إن لفظ بيعت بما هو هذا اللفظ لا أثر له في حصول النقل، وإنما النقل يحصل بهذا اللفظ قاصداً به إنشاء معناه، فيحتاج إلى العلم بمعناه، فيتهي إلى أخذ البيع في تعريف البيع^(١).

تعريف الشيخ

قوله:

فالأولى تعريفه بأنه: إنشاء تمليك عين بمال.

ولا يلزم عليه شيء مما تقدّم.

أقول:

هذا التعريف يوافق ما عن العلامة الطباطبائي في مصابيح حيث قال:
إن الأخصر الأسد تعريفه بأنه: إنشاء تمليك العين بعوض على وجه
التراضي.

والظاهر أن الشيخ بذل كلمة العوض، بلحاظ أن إطلاقه يعمّ غير المال.
ثم إن السرّ في التعبير بالإنشاء هو عموم التعريف وشموله للصحيح
والفاسد، لعدم كون لفظ البيع موضوعاً لخصوص الصحيح.

الإشكال عليه

ولو أن الشيخ عرّف البيع بأنه تمليك عين بمال، بأن يكون المراد منه
الأعمّ من التمليك الحقيقي والإنشائي، لسلم تعريفه مما أورد عليه المحقق
الخراساني:

أولاً: بأن المعنى في مشتقات البيع - من: باع يبيع - هو التمليك، لا إنشاء
التمليك.

وفيه - كما تقدّم في بعض كلمات السيّد الجّد - أن المقصود تعريف ما هو
المتعارف والمتداول بين الناس بعنوان البيع في مقابل سائر المعاملات، وإفادة أن هذه
المعاملة تتحقّق بلفظ بيعت، وليس كذلك سائر المعاملات، وحيث لا يلزم الدور.

وثانياً: بأن البيع مما يقع في حيز الإنشاء، فإذا عُرِفَ بإنشاء التملك، لزم وقوع الإنشاء في حيز نفسه، وهو غير معقول.

لكن الظاهر: أن مراد الشيخ من التملك هو التملك الإنشائي، وإضافة الإنشاء إليه من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف، فلا يتوجه عليه الإشكال، وليس المراد من قولنا: التملك الإنشائي هو تقييده به، حتى يورد عليه بأن المقيّد بالإنشاء لا يقع في حيز الإنشاء، بل المراد هو معنى التملك القابل لأن ينشأ [١].

[١] أقول: قد اختلفت أنظار الأكابر تجاه تعريف الشيخ، فالسيد الجدّ وإن رجّح زيادة لفظة «الإنشاء» حتى يسلم التعريف من إشكال المحققين كالخراساني والنائيني والخوئي وغيرهم، إلّا أنّه دافع عنه بأن المراد هو التملك الإنشائي، ولكن يرد على الشيخ أنه إن أمكن هذا المعنى، فيصحّ الإتيان بلفظ الإنشاء، فلماذا أشكل على تعريف العلامة بالمعقد وجامع المقاصد بالصيغة المخصوصة؟ قال المحقق النائيني: يرد عليه الوجه الذي أورده على تعريف جامع المقاصد بعينه... (١).

وكذا قال سيّدنا الأستاذ طاب ثراه (٢).

ثم إن غير واحد منهم أضاف إلى ذلك عدّة إشكالات، فالمحقّق الإيرواني قال: يتّجه عليه:

أولاً: إن البيع ليس من مقولة الإنشاء، بل معاملة واقعية تحصل بالإنشاء.

وثانياً: إنه يشمل إنشاء العايب والأعني وإنشاء الإيجاب غير المتعقّب بالقبول،

(١) المكاسب والبيع ١ / ٩٩.

(٢) بلغة الطالب: ٣٤.

رد الإشكال بعدم الشمول لبيع الدين على من هو عليه

قوله:

من تعقل تملك ما على نفسه....

أقول:

قد تقدّم الكلام عليه، وبالجملّة: إن المبيع إن كان هو الكلّي من غير

مع أن شيئاً من ذلك ليس بيعاً بل إنشاء للبيع.

وثالثاً: العين تشمل الأعيان المتموّلة وغير المتموّلة كالخنافس والديدان.

ورابعاً: يشمل الإنشاء الصريح والضمني، مع أن مقصوده الإنشاء الصريح كيلا

يشمل القبول من المشتري، ولا يشمل قبول مستأجر العين، ولا يشمل الصلح.

وخامساً: يلزم تعلّق العجار في التعريف بالعين أو بصفة مقدّرة لها حتى يكون

تقدير الكلام: إنشاء تملك عين مقابل بالمال، مع أن ظاهره التعلّق بالتمليك، فإذا تعلّق

بالتمليك انطبق التعريف على الهبة، إذا كان عرضاً للفعل وهو التملك، لا عوضاً للعين

المتعلّق به التملك، والفارق بين البيع والهبة عند المصنّف رحمه الله هو هذا^(١).

ومن هنا قال بعضهم، كالإشكوري^(٢) والإيرواني: إن هذا التعريف أردء

التعاريف وأزيفها، وقال الميرزا: فأجود التعريفات هذا التعريف، لكنّ مع إسقاط كلمة

الإنشاء وتبدل لفظ التملك بالتبديل. وكيف كان، فإنّ تعريف الشيخ قدّس سرّه يلزم

عليه شيء ممّا تقدّم. وهذا هو القدر المتيقن.

ثم إنّ الشيخ طرح إشكالاتٍ قائلا: نعم، يبقى عليه أمور....

(١) حاشية المكاسب: ٧٤.

(٢) بغية الطالب ١ / ٣٦.

تقييد له بالكون في الذمة، فهذا لا مالة له، وإن قيد بكونه في ذمة المديون لزم كونه مديوناً لنفسه. نعم، لو باع البائع ما هو مساوٍ لذلك الكلّي في عهدة نفسه وتملكه المشتري، سقط بالتهاثر. لكنّه خارج عن مورد النقض [١].

[١] أقول: قد تقدّم الكلام عليه في التحقيق عمّا أورده صاحب الجواهر في مسألة وقوع الحق عوضاً، وقد ذكر الشيخ هناك أنه يعقل أن يكون الشخص مالكاً لما في ذمته فيؤثر تملكه السقوط.

وحاصل كلام السيّد الجدّ طاب ثراه ورود النقض، للفرق الواضح بين الموردين، فهناك مالكان وملكان متحقّقان بسببين مختلفين فلا مانع عقلاً وعقلاء، وعليه المشهور بل ادّعي عليه الإجماع، بخلاف المقام، ولذا قال المحقق الثاني: إن هذا وإن لم يكن من التهاثر حقيقة إلا أنه أشبه شيء به^(١)، وبذلك يظهر النظر في كلام المحقق الطباطبائي^(٢).

وبالجملة، فإن تعقل تملك الإنسان لما على نفسه، بأن يكون المديون مالكاً لما في ذمته آنأماً ثم يسقط، فلا يكون لملكه أثر إلا السقوط... أول الكلام.

وقرّر المحقق الخوئي الإشكال من جهة أخرى فقال: والتحقيق: إن مالكيّة الإنسان لذمته أمر ذاتي تكويني، من غير أن يحتاج إلى الثبوت الاعتباري، بديهية أن الثبوت الاعتباري إنّما يصحّ فيما إذا لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي، وإلا لكان الاعتبار لغواً محضاً وتحصيلاً للحاصل. وعليه، فإذا ملك شخص شيئاً في ذمة غيره فقد ملكه بالملكيّة الاعتباريّة، وإذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه، تبدّلت الملكيّة الاعتباريّة بالملكيّة الذاتيّة التكوينيّة، لما عرفت من لغويّة الثبوت الاعتباري

(١) مئة الطالب ١ / ٤٣.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٢٩٩.

في موارد الثبوت الحقيقي.

وإذن، فلامجال للمناقشة في بيع الدين ممن هو عليه باستحالة ملك الإنسان لما في ذمته، كما لامجال لتوهم سقوط ذلك بعد التملك، بل يوجب البيع تبدل الإضافة الاعتبارية بالإضافة الذاتية.

فالحجر الأساسي للمناقشة في بيع الدين ممن هو عليه، إنما هو خلط الملكية الذاتية بالملكية الاعتبارية، وقد علمت الفارق بينهما^(١).

فأورد عليه شيخنا الأستاذ دام بقاءه: بأن الملكية القابلة للإنشاء هي الملكية الاعتبارية، فإذا باع المالك الدين على من هو عليه، فقد أنشأ الملكية الاعتبارية للمشتري، أما الملكية الذاتية، فلا تقبل الإنشاء، كما أن الملكية الذاتية غير قابلة للإعطاء من البائع لمن عليه الدين. ثم إن مفهوم «ملكته» في البيع على من عليه الدين وعلى غيره، واحد، فلامعنى للقول بأنه في الثاني اعتباري وفي الأول ذاتي تكويني.

قال شيخنا: إنه بعد أن ظهر أن بيع الدين على من هو عليه غير عقلائي، يدور الأمر بين أن يقال بأنه إبراء وليس بيعاً أو يقال بأنه بيع بالتعبد الشرعي، خاصة بالنظر إلى الإجماع المدعى، بأن تحصل الملكية أناماً وتسقط.

لا يقال: المحذور عقلي، إذ وجود الملكية علة لعدمها.

لأننا نقول: ليس الأمر كذلك، بل قد اعتبر وجود الملكية أناماً ثم اعتبر زوالها، فكانت الملكية ناشئة من الاعتبار وعدمها ناشئة من اعتبار من بيده الاعتبار كذلك.

الإشكال بصدقه على الشراء

قوله:

إِنَّ التَّمْلِيكَ ضَمْنِي، وَإِنَّمَا حَقِيقَةُ التَّمْلِكِ بَعْوَضٌ.

أقول:

وفيه: أن التعريف بإطلاقه يعمّ الضمني.

والأولى أن يجاب: بأن المشتري إنما يُنشئ القبول والرضا بما فعله البائع من تملك ماله في قبال ما يأخذه من المشتري، فهو بذلك يخرج ماله عن ملكه ويدخل مال المشتري في مكانه اعتباراً، والمشتري إنما يقبل ذلك ولا إنشاء له للتمليك أصلاً، غير أنه لازم القبول منه في التحقق خارجاً.

فإن قلت: هذا في سائر أنواع البيع، وفي السلم مع تقدّم الإيجاب من البائع، وأما إن كان الإيجاب فيه من المشتري، كما إذا قال: أسلمت إليك هذه الدراهم في كذا من الحنطة، أو قال: أسلفتك هذه في كذا، لم يكن منه إنشاء القبول حتّى يتم ما ذكر أو يقال بأن التملك ضمني.

قلت: ليس ما ذكرناه ولا القول بأن التملك ضمني، تعبيراً عن قبول المشتري، بل إن جعله ما يملكه بدلاً وعوضاً عما يكون له من البائع رضاً منه وتمليك، وهذا حاصل منه، أي من المشتري، بلافق بين أن يكون موجباً أو قابلاً.

ثم إن النقض باستيجار العين بعين، إنما يندفع بما ذكرناه، لا بالتمليك الضمني الذي ذكره الشيخ فقال:

الإشكال بانتقاضه بمستأجر العين بعين

وبه يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين، حيث أن الاستيجار يتضمن تمليك العين بمالٍ أعني المنفعة. ولعل مراده من الضمنية هو ما ذكرناه، من كونه لازماً للمنشأ لأنه هو المنشأ، فليتدبر جيداً [١].

[١] أقول: قد تكلم المحققون على قول الشيخ قدس سره: إن التمليك فيه ضمني، فأورد الإصفهاني والإيرواني والخوئي -بألفاظ متقاربة- أن التمليك من البائع والتملك من المشتري على حد سواء وفي عرض واحد، فلا يعقل أن يكون أحدهما ضميّاً والآخر استقلالياً. هذا أولاً. وثانياً: إنه لو سلم ذلك، فإنه لا يرفع الإشكال، لأن التعريف شامل لكل من التملكين ولم يقيد بالتمليك الأصلي، ليخرج منه التمليك التبعية (١).

أما السيد الزدي، فقد طرح الإشكال النقضي ببيع السلم، فقال الإصفهاني: إن الكلام في أن البيع بالحمل الشائع يتقوم بتسبب من طرف وقبول من آخر، فلانظر هنا إلى أن السبب لا بد من أن يكون من طرف البائع بالإيجاب الإنشائي والقبول بإنشاء مفهوم القبول، حتى ينتقض بمثل بيع السلف....

لكن السيد نفسه قد أجاب عن الإشكال بقوله: يمكن دفع الإشكال: بأن المراد من كون التمليك ضميّاً أن يكون المتعلق فيه على وجه العوضيّة، ومن كونه أصليّاً على وجه المعوضيّة، وفي السلم وإن كان الإيجاب من المشتري إلا أنه يملك على وجه العوضيّة، فكأنه قال: أعطيتك الدراهم عوضاً عن التمليك الطعام. فالمملك الأصلي

(١) حاشية الإصفهاني ٦٨ / ١ حاشية الإيرواني: ٧٤ مصباح الفقاهة ٢ / ٦٠.

فيه هو البائع. والحاصل: إنه فرق بين أن يقول: ملكتك كذا عوضاً عن كذا. أو: ملكتك كذا بعوض كذا. فتدبر واغتنم^(١).

وكلام سيدنا الجدّ ناظرٌ إلى كلّ ما ذكره، وقد تصدّى للجواب عن الإشكال بما حاصله: أن جعل المشتري ما يملكه عوضاً عما يملكه البائع هو القبول والرضا. لكنه طاب ثراه قد أمر بالتدبر.

ولعلّه إشارة إلى أن العوض هو مال المشتري وليس عمله. كما أن السيد الزدي أيضاً قد أمر بالتدبر، وكأنّه يريد الإشارة إلى أن الشيخ لم يقيّد في تعريفه بالعوض والمعوض، فتعريفه شامل لكليهما، فيصدق على فعل المشتري. ولذا قال سيدنا الاستاذ رحمه الله: أن الإشكال لا يتدفع بما ذكره السيد، لأنّ تعريف الشيخ صادق على فعل المشتري^(٢).

وقد حاول شيخنا الاستاذ دام بقاءه في بحثه الشريف الدفاع عن الشيخ فأفاد: بأنّ مراده أن كلاً من البائع والمشتري يملك ويمتلك، لكنّ الذي يفعله البائع استقلالاً هو تملك المشتري، ويكون له بالضمن والتبع التملك لما يعطيه المشتري إياه، والذي يفعله المشتري هو العكس، أي: تملك البائع استقلالاً وأصلاً والتملك منه لما يعطيه ضمناً وتبعاً. فهذا مراد الشيخ، وهو لا ينافي كون التملك والتملك في عرض واحد ومرتبة واحدة.

قال: وأما النقض ببيع السلم، فالحقّ في الجواب هو: أن الشيخ ذكر بعد عبارة المصباح اعتبار كون المبيع المعوض عيناً، وأنه لا مانع من كون العوض منفعة أو عملاً.

(١) حاشية السيد الزدي ١ / ٣٠٠.

(٢) بلغة الطالب: ٣٧.

فهو لما قال في تعريف البيع: إنشاء تمليك عين بمال، فقد أشرب في كلمة «عين» معنى «المعوضة»، وأما ما يعطيه المشتري سلماً، فليس بمعوض بل هو عوض، فالإشكال مندفع.

أقول: لا يخفى أن جميع ما ذكره من الأجوبة غير الخالية عن التكلّف، إنما هو فرع كون بيع المعرف فعل البائع، وأما بناءً على كونه المعاملة المتداولة التي قوامها بالطرفين كما هو الظاهر، فلا حاجة إليها أصلاً.

وأما ما ذكره شيخنا من عدم المنافاة بين مراد الشيخ وكون التمليك والتملك في مرتبة واحدة - وهو الجواب عن إشكال المحققين الإصفهاني والإيرواني - فينافي كلامه في مسألة بيع الذين على من هو عليه، فقد قلت هناك في الدرس - إن الإشكال مبني على أخذ «التمليك» في التعريف وكون السقوط على أثر التمليك، فإنه يقال: كيف يكون الشيء سبباً لعدم نفسه؟ وإما إذا كان التمليك من البائع والتملك من المشتري، وأن السقوط يكون على أثر التملك لا التمليك، فالإشكال يندفع، إذ لم يتسبب في انعدام نفسه.

فإجاب دام بقاء: بأن التمليك والتملك في مرتبة واحدة.

قلت: كونهما في مرتبة واحدة والحقيقة واحدة، لا ينافي ما ذكرت، فإن التمليك قائم بالبائع، والتملك قائم بالمشتري، وسقوط ما في ذمته يكون على أثر تملكه.

إنتقاض طرده بالصَّح

قوله:

وفيه: إن حقيقة الصَّح -ولو تعلَّق بالعين- ليس هو التملك على وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الإصلي هو التسالم....

أقول: ملخَّص الجواب:

أولاً: إن الصَّح لا يتعدَّى إلى المال بنفسه ولا يقال: صالحتك هذا، بل على هذا، أو عن هذا، بخلاف التملك، وذلك أمانة الاختلاف بينهما مفهوماً.

وثانياً: إنه لا يجوز أن يورد النقض بخصوص مورد استعماله فيما يتعلَّق بالعين في مقابل العوض، لأن استعماله فيه وفي سائر الموارد إنما هو بجامع واحد وهو التسالم، ويشهد بذلك: أنه لو طالب خصمه أن يصالح عن شيء بشيء، لم يكن ذلك إقراراً بملكيتِهِ له، بخلاف ما لو طلب منه التملك فقال: ملكتني هذا، فإنه نظير أن يقول: بعني هذا ويكون إقراراً منه.

فائدة:

المصالحة: المسالمة، والتصالح: التسالم، فإن استعمل بهيئة المفاعلة تعدَّى إلى الطرف بنفسه فيقال: صالحته وسالمته، وبهيئة التفاعل: تصالحت معه وتسالمت معه، أو يقال: تصالحتا، قال الراغب: «السَّلام والسَّلْم والسَّلَم: الصَّح. قال تعالى ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْفَى إِلَيْكُمْ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا...﴾»^(١) وفي المنجد في اللغة: «الصَّح: السَّلْم، وهو اسم من المصالحة، وصالحه مصالحة».

(١) المفردات في غريب ألفاظ القرآن: ٢٤٠.

وافقه، خلاف خاصمه، وتسلم القوم: تصالحو وتوافقوا^(١).

ثم إن كان الصلح في مقام رفع اليد عن الشيء يقال: صالحته عن حقوقي - مثلاً - بكذا، وربما يقدر ما يرفع اليد عنه على مبنى أمر معين فقال: صالحته على كذا، أو يتوافقان على قرار معين بينهما كما في الشريكين، بأن يكون الربح والخسران على أحدهما، أو بأن يكون الشراء من أحدهما والبيع من الآخر، أو بما يسدّ مسدّ المضاربة، فيقال: صالحتك على كذا، وربما يتصلح على أن يكون شيء في مقابل شيء، فيقال: صالحته على أن يكون كذا بكذا^[١].

[١] أقول: قد أجاب الشيخ عن النقص بالصلح بالوجهين الأساسيين اللذين ذكرهما السيد الجّد طاب ثراه. وأما الصلح، فإنه مغايرٌ مفهوماً مع البيع بلا كلام، ولكن هل معناه: السّلم كما ذكر الشيخ ووافقه السيّد الجّد، أو الموافقة والملائمة وقطع النزاع كما ذكر المحقق الإصفهاني^(٢) ووافقه سيّدنا الأستاذ^(٣)، أو التجاوز ورفع اليد عن متعلّق الصلح كما في حاشية الإشكوري^(٤)؟

أما الأول، فهو ظاهر الراغب الإصفهاني وغيره كما تقدّم، وأما الثاني، ففي مجمع البحرين: «وفيه: الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حراماً. أراد بالصلح التراضي بين المتنازعين، لأنه عقد شرع لقطع المنازعة...^(٥). وأما الثالث، فقد

(١) المنجد في اللغة: ٤٣٢.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٧٠.

(٣) بلغة الطالب: ٤٠.

(٤) بنية الطالب ١ / ٣٧.

(٥) مجمع البحرين ٢ / ٣٨٨.

هل يشمل الهبة المعوضة؟

قوله:

وأما الهبة المعوضة، والمراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض، فليست إنشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة....

أقول:

الهبة المعوضة على قسمين، فتارة: يهب بلا قيد والمتَّهب يهب شيئاً كذلك. فهذه هبة معوضة تترتب عليها الآثار، وأخرى: أن يهب بشرط أن يعوضه. فقول الشيخ: والمراد بها... لإخراج القسم الأول، فإنه لا يحتمل أن ينتقض التعريف به.

وقوله: ليست إنشاء تمليك بعوض... يعني: ليس معاوضة بين الشئيين، بل هو معاوضة بين الهبتين، ويشهد بذلك أنه إذا أقْبَضَه تَمَلَّكَ وإن لم يكن الطرف الآخر قد وهب، فلو كان مقابلة بين المالين، لزم أن يكون مالكا لما يملكه الطرف ويريد أن يهبه.

فالهبة المعوضة ليست مقابلة بين المالين، وإنما هو شرط للعوض، وفيه تمليكان وأحد التملكيين بعوض الآخر مع الاشتراط، وكذلك في القسم الآخر ولكن بلا اشتراط.

قال المحقق الإصفهاني: سخيْف جداً^(١).

أقول: هذا بحسب ظاهر عباراتهم، ولعلهم يشيرون إلى معنى واحد.

وبالجملة، ففي الهبة المعوضة -بكلا قسميها- لا توجد مقابلة بين المالكين. نعم، بينهما فرق من جهة أنه حيث يشترط، يكون للواهب حق الفسخ....

هذا مقصود الشيخ.

وأقول: فالهبة المعوضة تنقسم إلى القسمين المذكورين، وأما إذا كانت بشرط النتيجة كأن يقول: وهبتك هذا بشرط أن يكون متاعك ملكاً لي، فبمجرد إقباض الواهب وملكه، يكون ملك المتهب ملكاً للواهب، فما ذكره الشيخ من أنها هبة في مقابلة هبة، منقوض بما ذكرناه.

لكن المهم: أن هذا إنما يملك بالشرط لا بالمعاوضة، فالفرق بين الهبة والبيع واضح، والنقض غير وارد.
قوله:

فقد تحقق مما ذكرنا: أن حقيقة تملك العين بالمعوض، ليست إلا البيع....

فما قيل: من أن البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالمعوض، فيقدم على الصلح والهبة المعوضة، محل تأمل بل منع، لما عرفت من أن تملك الأعيان بالمعوض هو البيع لا غير... لكن الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل....
أقول:

عبارته غير مستقيمة، وصحيحها: إنه لو قصد الصلح والهبة المعوضة، لم يكن الاستعمال على حقيقته في الأمرين ولم يكن بيع، إذ لا يعقل وقوعه بيعاً مع فرض قصد الصلح أو الهبة المعوضة وعدم قصد البيع. فمراده: إنه لو قال: ملكتك كذا بكذا، وقصد المعنى الحقيقي الذي هو عبارة عن المبادلة والمعاوضة، وقع بيعاً. ولو قال كذلك قاصداً الصلح أو الهبة، فإنه وإن لم يقع بيعاً، لا يقع صلحاً أو هبة، لعدم كون الكلام صريحاً فيهما، فالاستعمال

مجازي، إذ وقوعهما منوط بالقول بكفاية الألفاظ غير الصريحة في المعاملات المخصوصة، ولو شك في قصد البيع أو أحد الأمرين، كان مقتضى أصالة الحقيقة على أن مقصوده البيع.

فقول صاحب الجواهر: من أن البيع هو الأصل في تملك الأعيان... يقول الشيخ: ليس مراده أصالة الحقيقة الجارية في موارد الشك كما ذكرنا، أي: متى شك في أنه قصد البيع أو الصلح والهبة، فالأصل المذكور يقتضي الحمل على البيع لأنه الحقيقة.

أقول: نعم، ليس مراده ذلك، بل لعل نظره إلى أن تملك الأعيان أعم من التملك الصريح أو الضمني أو الالتزامي، فتمليك الأعيان معنى كلي ينطبق على البيع والصلح والهبة المعوضة، لوجود التملك فيهما ولو بنحو الضمنية والالتزامية، لكن لما كان الشائع في تملك الأعيان بالعوض هو البيع، كان تملكها بالعوض ظاهراً في البيع، فالمراد من «الأصل» هو «الظاهر».

لكن الشيخ لا يوافق على هذا، لأن حقيقة الصلح هو التسالم، وحقيقة الهبة المعوضة التملكان المستقلان، حيث يشترط أحدهما بالآخر وليس مقابلةً بين المالكين، فالأصل محل تأمل بل منع، لأن تملك الأعيان ليس معنى كلياً جامعاً بين المفاهيم، بل بينها تباين... وتمليك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

كيفية إخراج القرض

قوله:

بقي القرض داخلاً في ظاهر الحدّ، ويمكن إخراجُه بأن مفهومه ليس نفس

المعاوضة، بل هو تملك على وجه ضمان المثل أو القيمة لا معاوضة للعين بهما.
أقول:

لابد أولاً من بيان حقيقة القرض:

وهو في كلام الشيخ: تملك على وجه الضمان.

وقال المحقق الخراساني: المقصود من القرض هو التملك لا مجاناً بل بنحو الغرامة^(١).

وقال شيخنا الأستاذ: هو تملك ما له بدل واقعاً، فيقصد بتملكه عدم المجانية، لا جعله بأزاء شيء^(٢).

وقال الفاضل الإشكوري -وهو يقرر كلام أستاذه المحقق الرشتي- لا معاوضة في القرض أصلاً، بل هو عبارة عن تسليم تشخص العين مع بقاء ماليتها، بمعنى أن للعين جهة تشخص ومالية خاصة وجهة كلية ومالية كلية، فالمنتقل هي المالية الشخصية، وأما الكلية، فهي باقية على ذمة المقترض برسم الأمانة، فلا معاوضة في البين، نظير حكم الشارع بجواز التصرف في الملتقط ليحفظ في ذمته وإن ذهب تشخصها^(٣).

قوله:

ولذا لا يجري فيه ربا المعاوضة ولا الفرر المنفي فيها ولا ذكر العوض ولا العلم به. فتأمل.

أقول:

إنه لا يقدح الجهل بكون الشيء مثلياً أو قيمياً، بل لو قال له: أقرضتك ما

(١) حاشية المكاسب: ٦.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٧٢.

(٣) بنية الطالب ١ / ٣٩.

في الصندوق، وهو جاهل بمقداره، صحَّ على الأصحَّ.
والتحقيق: إن التملك أمر قصدي، وهو ليس بمقصود في القرض،
ويشهد بذلك كلمات أهل اللغة:

ففي المصباح المنير: «والقرض ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه»^(١).

وفي القاموس: «ما تعطيه لتقضاه»^(٢).

وفي المفردات: «وسمي ما يدفع إلى الإنسان بشرط ردِّ بدله قرضاً»^(٣).

وفي مجمع البحرين: «هو إعطاء شيء ليستعيد عوضه في وقت
آخر»^(٤).

مضافاً، إلى أنَّ التملك لا يخلو من أن يكون بلا عوض أو مع العوض
ولالثالث، وحيث أنَّ القرض ليس بهبة ولا معاوضة، إذ لا يلزم فيه ذكر
العوض، فليس هو تملكاً من المقرض. وأيضاً، فما ذكر من الضمان، ليس
من باب ضمان اليد، إذ ليس للمالك المطالبة بالشيء مع كونه موجوداً كما
هو المشهور، كما لا يجب على المقرض دفعه، بل له أن يؤذي مثله أو قيمته
حتى مع وجوده. وليس من باب ضمان الإتلاف، لأنَّ مودعه إتلاف مال الغير
بدون إذنه، فلا يشمل القرض، ولو أريد الأخذ بضمان الإتلاف، بمعنى أن
يعطيه الشيء لأنه يضمّنه لو أتلفه، لزم أن لا يكون مالكاً له وإنما قد أبيح له
التصرف فيه، وإلا فلا معنى لضمان الإتلاف في ملك نفسه.

هذا بالنسبة إلى كلام الشيخ.

(١) المصباح المنير: ٤٩٧.

(٢) القاموس المحيط ٢ / ٣٤٢.

(٣) المفردات في غريب القرآن: ٤٠٠.

(٤) مجمع البحرين ٤ / ٢٣٦.

وأما ما ذكر من الغرامة، فالأمر أشكل، لأن الغرامة هي الخسارة، ولا موضوع لها في القرض.

وأما ما ذكره شيخنا الأستاذ، من أنه تملك ما له بدل واقعاً، ففيه: أنه لو قال ماله بدل بحسب الاتفاق بين الطرفين لكان أولى، على أنه يسأل: هل هذا البديل بنحو الغرامة أو العوض؟ وكلاهما غير تام.

فالقرض: إعطاء الانسان المال إلى الغير، بجعله في عهده مع قطع إضافته إلى نفسه، وهذا هو المناسب لمفهوم القرض لغةً، فإنه في اللغة بمعنى القطع، ومنه الحديث: «قرضوا لحومهم بالمقاريض»^(١)، ولازم ذلك تملك الغير الآخذ له، والعهدة أعم من العين وبدلها [١].

[١] أقول: قد ذكر الشيخ في مقام الجواب عن الإشكال وجوه الفرق بين البيع والقرض بالنظر إلى حقيقتيهما ثم بالنظر إلى آثارهما، وقد حمل السيد الجدّ طاب ثراه قوله: «على وجه ضمان المثل»، على الضمان الإصطلاحي، فيبين عدم انطباق أدلة الضمان على القرض، لكن المحقق الإصفهاني رحمه الله، قد أوضح مراد الشيخ بقوله: توضيحه: أن مجرد قصد العوض لا دخل له بالعوض التسيبي، فتارة: يكون الشخص في مقام تبديل ماله بشيء فهو بيع، وأخرى: في مقام تملك ماله ببدل واقعاً، فيقصد بتملكه عدم المجانية، لا بجعله بأزاء شيء فهو قرض. فهو في الحقيقة تملك على وجه التضمن، لا تملك محض ولا تضمن محض^(٢).

وعلى هذا، فمراد الشيخ من الضمان هو المعنى اللغوي، أي: عدم المجانية وكون الشيء في عهدة المقرض بأن يؤدّي العين أو بدلها، وهو ما اختاره السيد الجدّ.

(١) ذكره صاحب مجمع البحرين في «قرض» ٤ / ٢٢٧، قال: أي قطعوها.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٧٢.

وهذا هو مراد المحقق الخراساني من «الغرامة».

وهو مراد المحقق الإيرواني، من أن القرض عبارة عن تمليك العين وتأمين المالِية^(١).

لكنَّ السيّد الجدّ طاب ثراه لم يعرّ بالتمليك، وإنَّما قال: إنه الإعطاء بجعل الشيء في العهدة - أي لا مجاناً - مع قطع إضافته إلى نفسه، وقطع المعطي إضافة الشيء إلى نفسه هو واقع التمليك.

كما أنَّه قدَّس سرّه نفى أن يكون القرض معاوضةً تبعاً للشيخ، وهو رأي جماعة من الفقهاء، خلافاً لآخرين، كابن حمزة والشهيدين والأردبيلي وصاحب الرِّياض وغيرهم على ما حكى عنهم، وكيف كان، فإنه لا خلاف في أنَّ القرض ليس مجاناً، ولكنَّ ما هو العوض أو الذي في العهدة؟ هل المثل أو القيمة أو شيء آخر وهو العهدة كما عبّر السيّد الجدّ أو الضمان كما عبّر الشيخ الأستاذ؟

لكنَّ الظاهر: إنه لا عرفيّة لكون القرض معاوضةً، وعلى فرضه، فلا عرفيّة لكون العوض هو الضمان نفسه، ولذا قال السيّد الجدّ: أن العهدة أعمّ من العين وبدلها.

(١) حاشية المكاسب: ٧٤.

استعمال البيع في معانٍ أُخر

قوله:

ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معانٍ أُخر غير ما ذكر:
أحدها: التملك المذكور، لكن بشرط تعقُّبه بتملك المشتري....
أقول: أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقَّب للقبول، فالظاهر أنه ليس مقابلًا
للأول....

أقول:

هذه المعاني ذكرها الشيخ كاشف الغطاء قدس سره^(١). قال الشيخ:
ولعلّه لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ، بل وصحة السلب عن
المجرد، ولهذا لا يقال: باع فلان ماله، إلّا بعد أن يكون قد اشتراه غيره،
ويستفاد من قول القائل: بعث مالي، أنه اشتراه غيره، لأنه أوجب البيع فقط.
وبعبارة أخرى: إذا كان البيع إنشاء تملك عينٍ بمال، فإنه يتبادر منه
التملك الحقيقي، فيكون هناك تملك لا محالة، وإلّا كان تملكاً إنشائياً.
وبالجملة: فإن التملك الحقيقي - وهو المتبادر - لا ينفك عن تملك
المشتري.

وهذا المعنى الحقيقي هو المقصود أيضاً من الانتقال في المعنى الثاني،
أي: الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول، وهو الانتقال.
وقوله في المعنى الثالث: «حتى الإجارة وشبهها...» معناه: أن لفظ «بعث»

(١) شرح القواعد ٢/ ٨ - ١١.

يكون في البيع جزءاً من العقد، لأنه إيجاب، وكذا «صالحته» في الصلح و«أنكحته» في النكاح. أما في الإجارة، فإن قوله: «أجرتك» ليس جزءاً من عقد الإجارة، لأن الإجارة ليست مصدر أجرتك وإنما هو الإيجار، بل الإجارة هي النتيجة الحاصلة من الإيجاب والقبول، فهذا مراده من قوله: «حتى الإجارة». وعلى الإجمال، يقول الشيخ بأن عناوين المعاملات - عدا الإجارة - هي من باب استعمال اللفظ الموضوع للجزء في الكل، أما في الإجارة، فالعنوان من باب استعمال اللفظ الموضوع للمسبب في السبب.

قلت: فإذا كان «البيع» نفس الإيجاب والقبول، فما معنى قولهم: كتاب البيع ويجب فيه الإيجاب والقبول؟

الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الأول

ثم إن الشيخ أشكل على المعنى الأول بما حاصله: عدم صحة أخذ قيد التعقب بالقبول في معنى البيع المصطلح، وإنما هو فرد انصرف إليه لفظ البيع في مقام قيام القرينة على إرادة الإيجاب المؤثر - وهو ملكية المشتري - الذي لا ينفك عن المؤثر وهو التمليك، لأن التمليك متقوم بالملكية - ولولاها لم يصدق - والملكية الخارجية منوطة بقبول المشتري، وذلك يكون بقيام القرينة.

فهنا مرحلتان، مرحلة تأثير فعل البائع، وهو حصول الملكية، لأن الأثر لا ينفك عن المؤثر، ومرحلة الخارج، ومن الجائز أن لا تحصل الملكية في الخارج إلا بعد القبول، فكان القبول شرطاً لحصول الملكية الخارجية لأنه مقوم لمفهوم البيع، ولذا قال:

فالباع وما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار كما

تخيّله بعض. فتأمل.

أي: لأنّه يعقل الانفكاك بين الوجوب والإيجاب خارجاً، مثلاً: لو أوجب المولى شيئاً ولم تقم على المكلف حجةٌ وأجرى البراءة عن التكليف، تحقّق الإيجاب ولم يتحقّق الوجوب، لأنّ الوجوب عبارة عن ثبوت التكليف في ذمّة العبد، ولا تحقّق له إلّا بقيام الحجة، فكان البعث من المولى حاصلاً من غير أن يكون انبعاث من العبد، لعدم قيام الحجة، وكذلك الحال -بناءً على القول بالواجب المعلق- حيث يكون الإيجاب من المولى متحقّقاً، والوجوب غير موجود بل هو متأخّر عن القيد المعلق عليه، فما نحن فيه من هذا القبيل، وليس من قبيل الكسر والانكسار، إذ لا يعقل الكسر خارجاً وعدم تحقّق الانكسار.

هذا شرح كلام الشيخ، ويمكن تأييده بأنّه: لو كان معنى البيع مأخوذاً فيه التعقّب بالقبول، فإنّ كلّ مقيد يتوقف تحقّقه على تحقّق القيد، فلا تحقّق للبيع إلّا بعد القبول، لكنّ قبول البيع متوقف على تحقّق البيع، فيكون البيع متوقفاً على القبول، والقبول متوقفاً على البيع، وهذا دور. إلّا أنه ينبغي المزيد من الدقّة:

إن المفاهيم تارة: جوهرية، كالماء والتراب ونحوهما من الموجودات الخارجيّة، وهذه المفاهيم تارة لها وجود ذهني وأخرى وجود خارجي، وربما يحصل لها الوجود التنزيلي كما يقول السكاكي. والمفاهيم الجوهرية لا تقع في حيّز الإنشاء.

وأخرى: هي مفاهيم عرضية، وهذه على قسمين:

فالقسم الأول: ما يفيد مفاد المصدر، أي: النسبة الناقصة، وقد يكون له وجود ذهني، وقد يكون وجود خارجي بمعونة القرينة، فالأكل والشرب

ونحوهما هي من المفاهيم العرضية الرابطة، إلا أنها موجودة في الخارج أولاً، فإن ذاك خارج عن حد المفهوم فيها.

والقسم الثاني: ما يفيد مفاد الماضي والمضارع والأمر، فالماضي يدل على أن العرض له نسبة تحققية لموضوعه، مثل: أكل وشرب، ويكون لهذه النسبة وجود في الخارج لا محالة وإلا لم تكن تحققية، لأن الحقيقة ترادف الوجود كما ذكر المحقق الطوسي رضوان الله عليه، وكذا غيره من المشتقات.

وثالثة: مفاهيم اعتبارية، كالزوجية والملكية، وليس لها وجود، غير أنها تقبل الوقوع في حيز الإنشاء، وهي دائماً بحاجة إلى مصحح الاعتبار، وهو قد يكون شرعياً وقد يكون عقلانياً، وإن جاز أن يقال بأن العقلاني شرعي أيضاً، غير أن الشارع قد يمضي اعتبار العقلاء وقد لا يمضي.

فالملكية أمر اعتباري، فإذا ملك داره لزيد، فقد اعتبر ملكية الدار له، والعقلاء قد يمضون اعتباره وقد لا، والشارع قد يمضي اعتبارهم وقد لا يمضي.

إذا عرفت هذه المقدمة، ظهر لك أن تعقب البيع بالقبول بالنسبة إلى الملكية العقلانية والشرعية معتبر، إلا في الملكية القهرية، واعتبارها في البيع والشراء بدون تعقبه لا مصحح له عقلاء وشرعاً، ويبقى اعتبار المالك وحده، فهل يمكن الاعتبار منه والتملك المالك حيث يعلم أن لا وجود خارجي للطرف المقابل، أو له وجود ولكن لا يسمع، أو يسمع ولا يريد القبول؟

وبعبارة أخرى: لا ريب أن الإنشاء خفيف المؤنة، لأنه قصد لثبوت المعنى باللفظ، فيعتبر السماء - مثلاً - مالكا للدار ويقول: ملكت السماء، ولكنه في مقام الجد وإرادة تملك الغير جدّاً، هل يعقل التملك المالك من

دون تحققٍ للقبول الخارجي؟

الإنصاف هو العدم، وإن التمليك المالكى بنحو الجدّ منوط بوجود قبولٍ في الخارج، وبالتفات البائع إلى أن الطرف المقابل سيقبل، فالقول بتقوم مفهوم البيع بالقبول بعد الإيجاب قريب جداً، والدور الذي ذكرناه يشبه الدور المعنى [١].

[١] قد ذكرنا دليل القولين، ويتلخص دليل القول الأول كما ذكر الشيخ في وجهين: أحدهما: هو التبادر، والثاني: صحة سلب البيع عن الإيجاب المجرد عن القبول.

فأجاب الشيخ: بأن الظاهر أنه ليس من جهة حاقّ لفظ البيع، وإنما هو لأن هذا اللفظ إذا أطلق ينصرف منه إلى الذهن الفرد المثمر وهو المتعقب بالقبول. ويقول الشيخ: بأنه إذا أوجب البائع، تحققت الملكية في اعتباره، وإن لم يحصل النقل والانتقال في الخارج، فنسبة البيع إلى الأثر الحاصل منه نسبة الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار، على ما تقدّم.

وقد اختلفت أنظار الأعلام في هذه المسألة، ولغير واحدٍ منهم حاشية مطوّلة في هذا الموضع:

أمّا السيّد الجدّ، فقد وافق كاشف الغطاء وعليه السيّد البيهقي، قال مشيداً دعوى التبادر وصحة السلب: التحقيق: هو ما ذكره ذلك البعض من كون التعقب معتبراً في تحقق البيع بالمعنى المصطلح، وذلك: إما ذكره من التبادر وصحة السلب، فإن المتبادر من لفظ البيع وسائر تصرفاته هو: التمليك المتعقب بالقبول، واعتبار لحوقه من باب الشرط المتأخر، فلو قال: بعث داري، والمفروض أنه لم يقبل المشتري يقال: إنه كاذب في إخباره. وما ذكره المصنّف رحمه الله من أن ذلك من جهة الإنصراف. فيه: إنه

لو كان كذلك، وجب أن يكون كذلك في فقد جميع الشرائط الشرعية، مع أنه لو تحقق القبول ولم يكن صحيحاً شرعياً من جهة فقد بعضها، يكون بيعاً قطعاً ولا يكون اللفظ منصرفاً عنه ولا يعد الإخبار به معه من الكذب. وأيضاً: لو قال: بعث وما قبل المشتري، يعد تناقضاً، أو يحمل قوله على إرادة قصد البيع، بخلاف ما لو قال بعث مع عدم تعيين المبيع أو الثمن أو نحوه من فقد سائر الشرائط، فإنه ليس تناقضاً قطعاً.

(قال): والحاصل... فالتملك بلا قبول لا يكون تملكاً وإيجاداً للملكية حتى في نظر البائع، بل يعد لغواً... البيع هو التملك الذي هو جزء من المعاملة، فإذا حصلت بطرفيها يقال لإيجابها البيع ولقبولها الشراء، فالبيع الفعلي ما يقابل الشراء الفعلي، ولو تحقق البيع بمجرد إنشاء البائع مع عدم قبول المشتري، لزم كونه من باب الإيقاع، مع أنه ليس كذلك بل هو من العقود، لا بمعنى أنه بنفسه عقد بل بمعنى أنه جزء العقد، والعقد ليس عبارة عن إيقاعين مستقلين بل إيقاعين مرتبطين.

(قال) فتحصل من جميع ما ذكرنا: أن الحق كون قيد التعقب معتبراً في حاق البيع المصطلح، من باب الشرط المتأخر... فالمقام نظير ما يقوله صاحب الفصول من أن الواجب من المقدمات هي الموصلة، وظني أن ما ذكرنا مراد جميع الفقهاء، وإنما لم يتعرضوا له لكمال وضوحه^(١).

وأشكل السيد الخوئي على رد الشيخ على كلام كاشف الغطاء بقوله: «يتوجه على هذه المناقشة وجوه:

الأول: ما ذكره السيد في حاشيته، فذكر خلاصة كلام السيد اليزدي المتقدم.

والثاني: إنه لا وجه صحيح لثفرقة المصنّف بين الإيجاب والوجوب وبين الكسر والانكسار، بديهية أن الفعل الصادر من الفاعل أمر وحداني لا تعدّد فيه بوجه، وإنّما التعدد فيه بحسب الاعتبار فقط، كالإيجاد والوجود... ودعوى: أن الوجوب ينفك عن الإيجاب، ولكنّ الكسر لا ينفك عن الإنكسار، جزائية، إذ الإيجاب أيضاً لا ينفك عن الوجوب، إلّا أن عدم انفكاك أحدهما عن الآخر في نظر الأمر فقط، لا في الخارج وفي جميع الأنظار.

والثالث: إنّ البيع إنشاء تبديل عين بعوض في جهة الإضافة، ومن الظاهر أنّ هذا المعنى لا يتحقّق إلّا بتعقّب الإنشاء بالقبول، وعليه، فلا يوجد مفهوم البيع بالإيجاب إلّا عند تعقّبه بالقبول بنحو الشرط المتأخّر أو على سبيل القضية الحينيّة، وإذن، فينحلّ البيع في الحقيقة إلى قضيّة شرطيّة أو حينيّة، فمعنى قول البائع: «بعت المتاع الفلاني من زيد» أنه: بعتي إيّاه إنّ قبله أو حين قبوله. وقد يتوهم: أن ذلك يرجع إلى التعليق وهو مبطل للعقود بالضرورة، ولكنّ هذا التوهم بديهي الفساد....

وقد اتّضح لك ممّا بيّناه: أنه لا يوجد البيع في أيّ وعاءٍ من الأوعية بالإيجاب الخالص، ومن هنا، لا يطلق «البائع» على من أوجب البيع ولم يتعقّب ذلك بالقبول، وكذلك الحال في سائر العقود برمتها^(١).

وما ذكره أخيراً هو ما ذهب إليه أستاذه الميرزا الشافعي، بناءً على مختاره في تعريف البيع قال: «إنّ البيع عبارة عمّا يصدر من البائع لكنّ لا مطلقاً ولا مشروطاً بالتعقّب بالقبول، بل في ظرف تحقّق القبول، بمعنى إذا تحقّق جملة الإيجاب والقبول

(١) مصباح الفقاهة ٢ / ٧٢ - ٧٤.

من البائع والمشتري، كان الصادر بيعاً والصادر من المشتري شراء....

إن حقيقة البيع عبارة عن التملك الصادر عن البائع في ظرف تملك المشتري، فالصادر أولاً عن البائع هو التملك ويتملك الثمن ضمناً، والصادر من المشتري أولاً هو تملك المبيع ويتضمن ذلك تملك الثمن، فالتملك والتملك صادران عن البائع والمشتري كليهما، إلا أنهما يتفاوتان في الصراحة والضمنية على ما بيناه، وعلى هذا، فالحق في تعريف البيع هو القول بأنه تملك عين بعوض أو تملك مال بعوض أو مع تبديل التملك بالتبديل^(١).

ووافق شيخنا دام بقاء الشيخ فيما ذهب إليه ودافع عنه، فأشكل على السيد بوجهين: أحدهما: إن من ألفاظ قبول البيع عنده - وعند السيد الخوئي - وهو «ابتعت»، فلو كان البيع هو الإيجاب المتعقب للقبول، فأى شيء قبله بهذا اللفظ؟

والثاني: الدور الذي ذكره سيدنا الجَدَّ تأييداً لقول الشيخ.

لكن السيد الجَدَّ طاب ثراه أجاب: بأن الدور المزبور يشبه الدور المعني، وهو جارٍ في كل متلازمين هما من قبيل الفاعل والقابل، كالإحراق والاحتراق والكسر والانكسار والتمليك والتملك والتعليم والتعلم والبعث والإنبعاث ونحوها.

وأما الوجه الأول، فيمكن الجواب عنه: بأن قوله: ابتعت قبولاً للبيع لا للإيجاب، وهذا يجتمع مع كون الإيجاب مشروطاً بالتعقب بالقبول وهذا هو البيع، خلافاً للشيخ القائل بأنه فعل البائع فقط، والإشكال بما ذكره مبتأً على مسلك الشيخ مصادرة.

وأجاب شيخنا عما ذكره السيد - وتبعه السيد الخوئي - بأنه إذا كان البيع هو

الإيجاب المجرد، كان البيع إيقاعاً، والحال أنه عقد عند جميع الفقهاء، بأن: العقد في الحقيقة إيقاع لكنه إيقاع مشروط بإيقاع، فلكل من البائع والمشتري إيقاع وبكليهما يتحقق العقد، بخلاف مثل الطلاق فهو إيقاع من طرف واحد.

ولكن الالتزام بما ذكر مشكل، إذ معناه أن لا يكون عندنا في الفقه عقد، بل الموجود هو الإيقاع غير أنه على قسمين، فيلزم تغيير ترتيب الفقه وتقسيم الأبواب الفقهية من جديد.

وأجاب عما ذكره المحقق النائيني - وجوزه تلميذه المحقق - بوجهين فقال: إن القبول - كالرد - إنما يصدق حيث يمكن مقابله فيقال: قيله، فيما إذا كان الرد ممكناً، ويقال: رده، فيما إذا كان القبول ممكناً، فلو كان البيع هو الإيجاب في حين القبول لم يكن للقبول معنى، لأنه لا بد أن يتعلق بالإيجاب. والمفروض أنه ليس إلا حين القبول. هذا أولاً. وثانياً: إن الإيجاب من البائع الملتفت إما يكون مقيداً بالقبول من المشتري وإما يكون مطلقاً لا بشرط وإما يكون مهملًا. أما الإهمال فخلف، والتقييد محال لأنه بأمر خارج عن الاختيار، يبقى كونه لا بشرط عن القبول وهو قول الشيخ، فالملكية يكفي في تحققها بإيجاب البائع وبمجرد اعتباره.

لكن يرد عليه: ما ذكره السيد الجد طاب ثراه من أن هذا الاعتبار غير ممضى من العقلاء، والشارع غير مصحح لهذا الاعتبار، وشيخنا لم يجب عن هذا الإشكال. وأما المحقق الإصفهاني قدس سره فذهب إلى: أن القول بتعقب الإيجاب بالقبول أجنبي عن مرحلة المفهوم الذي هو محل الكلام في مقام تحديد البيع، بل التعقب دخيل في التملك المعاملي البيعي. وقد ذكر لهذا المدعى مقدمات:

الأولى: إن الألفاظ كلها موضوعة لنفس المعاني المجردة عن جميع أنحاء

الوجود العيني والذهني والحقيقي والاعتباري والذاتي والعرضي الإنشائي، ضرورة أن فائدة الوضع والاستعمال هو الإنتقال من سماع اللفظ إلى معناه، والإنتقال وجود ادراكي، والموجود بأي وجود كان لا يقبل الوجود الآخر، مماثلاً كان أو مقابلاً، وعليه، فمعنى البيع إذا كان هو التملك فالموضوع له طبيعي التملك المقابل لجميع أنحاء الوجود، لا الطبيعي الموجود بوجود إنشائي ولا الطبيعي الموجود بوجود حقيقي.

وقد أورد شيخنا على هذه المقدمة، أما المبنى من أن الموضوع له اللفظ هو الطبيعي بغض النظر عن الوجود، ففيه: كيف ذا والله سبحانه يقول: ﴿وَلِلَّهِ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَى﴾ والباري عز وجل وجود كله؟ وأما في التملك، فإن من الجائز وضعه للتملك الإنشائي والتملك الحقيقي غير المقيدين بالوجود.

الثانية: إنه بعد ما تقدّم من أن لفظ البيع موضوع للطبيعة المجردة من الوجود مطلقاً، يتّضح أن دعوى تبادر التملك الحقيقي أو الإنشائي منه بلا وجه، لعدم دخل الوجودين في الموضوع له والمستعمل فيه قطعاً.

لكن قد تقدّم أن الموضوع له ليس الإنشائي أو الحقيقي المقيّد بالوجود، فالتبادر تام.

الثالثة: إن البيع الحقيقي الذي يترتب عليه الآثار عرفاً وشرعاً، لا يوجد إلا بعد الإيجاب والقبول المستجمعين للشرائط العرفيّة والشرعيّة، إلا أن السبب والشرط من علل الوجود ومبادئه لا من علل القوام وما يتقوّم به طبيعي البيع في حد ذاته، وعليه، فتعقّب الإيجاب بالقبول لا خصوصيّة له في عدم دخوله في معناه، بل الإيجاب كذلك، كما أنه بالنظر إلى وجود البيع الحقيقي لا خصوصيّة لدخالة القبول بل جميع الشرائط، كما أنه بالنظر إلى التملك الإنشائي بما هو تملك إنشائي لا يعتبر إلا ما يتقوّم به إنشاء

الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الثاني

قوله:

وأما البيع بمعنى الأثر وهو الإنتقال، فلم يوجد في اللغة ولا في العرف، وإنما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط، وقد يوجّه: بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبني للمفعول، أعني المبيعية. وهو تكلف حسن.

الملكية وهو اللفظ المقصود به ثبوت المفهوم والمعنى تنزيلاً وعرضاً، ولا يعقل دخل إنشاء معنى في إنشاء معنى آخر، كما أنّ دخل إنشاء القبول في تحقّق العقد بما هو عقد يتقوّم بإيجاب وقبول من الواضحات.

ولعل الخلط بين علل الوجود وعلل القوام، أو الخلط بين الوجود الإنشائي والوجود الاعتباري، أوجب هذه الأوهام. وبالله الاعتصام^(١).

فأورد عليه شيخنا: بأن القبول من الأمور الإضافية، فبأي واحد من أقسام البيع الثلاثة - الطبيعي، والإنشائي وهو الوجود اللفظي، والحققي وهو المتحقّق بعد الإيجاب والقبول المستجمعين للشرائط - يتعلّق؟ أما البيع الحقيقي، فالمفروض أن تحقّقه فرع القبول، فلا يعقل تعلّق القبول بما هو فرع له، وأما البيع الإنشائي، فالمفروض أنه ليس إلّا وجود البيع بالجعل والمواضعة، والقبول لا يتعلّق بالوجود اللفظي للبيع والتملك، وأما طبيعي التملك والبيع، فلا وجود له حتى يتعلّق به القبول. وتلخص:

عدم تمامية ما ذهب إليه الشيخ وما ذهب إليه المحقّقان الإصفهاني والثاني، وما ذهب إليه السيّدان اليزدي والجدّ الأجد هو المختار، فتدبر.

(١) حاشية المكاسب ١ / ٧٦.

أقول:

قال شيخ الطائفة: البيع هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي^(١).
والظاهر أنه أراد الانتقال الملكي الذي هو المسبّب، فقد استعمل اللفظ الموضوع للسبب في المسبّب، والأفالمبيعية هي المملوكة لا الملكية، فتعريف بالبيع بالانتقال تعريف للشيء الذي هو السبب بمسبّبه، نظير تعريف الشيء بلازمه، فهو شبيه للرسم.

الكلام على اشكال الشيخ على المعنى الثالث

قوله:

وأما البيع بمعنى العقد، فقد صرح الشهيد الثاني رحمه الله بأن إطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية. والظاهر: إن المسبّب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع....

أقول:

حاصل إشكال الشيخ على هذا المعنى بناءً على مختاره في تعريف

البيع هو:

أن الإيجاب والقبول سبب للملكية، أي: إن التملك الذي يقصده المالك يحصل بواسطة الإيجاب والقبول، وليس البيع نفس الإيجاب والقبول. فقول القائل باعتبارهما هو بلحاظ أن المقصود من البيع هو ترتب الأثر في نظر الشارع، وهو المسبب من الإيجاب والقبول، وبهذا اللحاظ يقال: لزم البيع، وجب البيع، أقال البيع... وهكذا. وعلى الجملة، فالبيع هو إنشاء التملك لا الإيجاب والقبول، وهذا هو البيع الاصطلاحي.

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٢ / ٧٦.

والحاصل: فإن المسبب عن العقد هو البيع الاصطلاحي حقيقة أو مجازاً، أي المعنى الاسم مصدري، وأمّا البيع بالمعنى اللغوي فهو النقل الإنشائي الحاصل من الموجب، ضرورة أن المنشأ لا يتفك عن إنشائه بل متحد معه [١].

[١] وأمّا قول القائل كما حكاه الشيخ عنه: «بل الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات، حتى الإجارة وشبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد». فقد أجاب عنه المحقق الإيرواني^(١): ليت شعري كيف يتفقون على ما هو واضح البطلان... وفي مصباح الفقاهة^(٢): «إنّا لم نجد مورداً يستعمل فيه لفظ البيع وغيره في الإيجاب والقبول، فلا وجه صحيح لحمل الألفاظ المذكورة في طليعة عناوين المعاملات على ذلك، بل إنّ ألفاظ العقود برمتها أسماء لأحد طرفي العقد وهو الإيجاب. وأمّا الإجارة والوكالة، فلا يبعد أن تكوناً أيضاً من أسماء فعل الموجب...».

وأما ما نسبته الشيخ إلى الشهيد الثاني، ففي مصباح الفقاهة^(٣) أن هذه النسبة غير ثابتة، وقد قال السيد في الحاشية^(٤): «إن كان نظر المصنف في هذا الإسناد إلى كلامه في المسالك، فلا يخفى أنه أجنبي عن المقام، وإن كان إلى كلامه في مقام آخر فلم أعثر عليه ولا على من نقله».

قال في المسالك في هذا المقام: اختلفت عبارات الأصحاب في حقيقة البيع،

(١) حاشية المكاسب: ٧٤.

(٢) مصباح الفقاهة ٢ / ٧٦.

(٣) مصباح الفقاهة ٢ / ٧٧.

(٤) حاشية المكاسب ١ / ٣١٢.

فجعل جماعه - منهم المصنف في النافع والشهيد - نفس الإيجاب والقبول الناقلين لملك الأعيان، واحتجوا عليه بأن ذلك هو المتبادر عرفاً من معنى البيع، فيكون حقيقة فيه. وذهب آخرون إلى أنه أثر العقد وهو انتقال العين....

وردّه الشهيد في بعض تحقيقاته إلى الأول، نظراً إلى أن الصيغة المخصوصة سبب في الانتقال، فأطلق اسم المسبب على السبب وعرف المغيى بالغاية.

وفيه نظر، لأن الإطلاق المذكور مجازي يجب الاحتراز عنه في التعريفات الكاشفة للماهية، وأما التعريف بالغاية بهذا المعنى فغير جائز، لأن حملها على المغيى حمل المواطة - أعني حمل هو هو - الغاية مما لا يصح حملها عليه كذلك، وإنما يدخل الغاية في التعريفات على معنى أخذ لفظ يمكن حمله على المعروف مشيراً إلى الغاية وغيرها من العلل التي لا يصح عليه حمل المواطة، وهو هنا متف.

قال السيد: ولا يخفى أن قوله: وفيه نظر لأن الإطلاق المذكور مجازي. ناظر إلى ما صنعه الشهيد في ردّ تعريف البيع بالانتقال إلى تعريفه بالعقد، بدعوى أنه ذكر الانتقال وأريد منه العقد مجازاً، من باب إطلاق اسم المسبب - وهو الانتقال - على السبب وهو العقد، ولا دخل له بكون إطلاق البيع على العقد مجازاً، بل ظاهره أنه حقيقة فيه.

هذا، ولا يخفى أن ظاهر عبارة الشهيد الأول أن التعريف بالانتقال جامع للأمرين، من إطلاق اسم المسبب على السبب، ومن كونه تعريفاً للمغيى بالغاية، مع أنه ليس كذلك، بل إما من ذا أو من ذلك، وذلك لأنه إن أريد من الانتقال العقد مجازاً، كان من الأول، وإن أريد منه معناه الحقيقي، كان من الثاني، لأنه حيثئذ يكون من باب تعريف الشيء بلازمه المترتب عليه، فكان الأولى أن يعطف بـ «أو» دون «الواو».

هل البيع أسمٌ للصحيح؟

قوله:

ثم إنَّ الشهيد الثاني نصَّ في كتاب اليمين من المسالك^(١) على أنَّ عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد... وقال الشهيد الأوَّل في قواعد: الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم وسائر العقود لا تطلق على الفاسد إلَّا الحجج^(٢)....

أقول

ذهب الشهيد إلى أنَّ عقد البيع وسائر العقود موضوعة لخصوص الصحيح، للتبادر وصحة السلب عن الفاسد - كما في تعبير الشيخ، وأما في عبارة المسالك فهو: عدم صحة السلب، وهو يرادف التبادر - ولأنَّه إذا قال: بعت داري لزيد، فقد أقرَّ على نفسه، حتى لو ادَّعى إرادة البيع الفاسد لم تسمع دعواه إجماعاً، ولو كان اللفظ موضوعاً للأعم من الصحيح والفاسد، لسمعت دعواه وقُبِلَ تفسيره بأحدهما، فمن عدم سماع ذلك منه يستكشف أنه موضوع لخصوص الصحيح. وكذلك الحال في سائر العقود، ولذا قال الشهيد: الماهيات الجعلية... وظاهره - كما قال الشيخ - إرادة الإطلاق الحقيقي، إلَّا الحجج، فإنه إذا قارب زوجته، قال جماعة: فسد حُجَّه وعليه أنَّ يحجَّ من قابل، وقال آخرون - ولعلَّه الأصحَّ - بصحة حُجَّه، لكنَّ عليه الحجج من قابل عقوبة^(٣).

(١) مسالك الأنهار ٢ / ١٥٩ ط الحجرية.

(٢) القواعد والفوائد ١ / ١٥٨.

(٣) وهو صريح صحيحة زارة. وسائل الشيعة ١٣ / ١١٢، الباب ٣ من أبواب كفارات الاستمتاع: الرقم: ٩.

الإشكال على الشهيدين

قال الشيخ:

ويشكل ما ذكرناه: بأنّ وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وإطلاقات أدلة سائر العقود في مقام الشك في اعتبار شيء فيها، مع أنّ سيرة علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات. أقول:

وجه الإشكال في عدم جواز التمسك بإطلاق قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ونحوه في مقام الشك في دخل شيء وجوداً أو عدماً واضح، لأنه إذا كان موضوعاً للصحيح المؤثر، كان مجرد احتمال دخل الشيء كافياً للشك في صدق عنوان «البيع» على ما وقع، وحيثنذا، لا يعزز الموضوع، فكيف يتمسك بالآية ويرتّب الأثر على البيع ويحكم بحليته؟

ثم ذكر وجهاً لما ذهب إليه الشهيذان، والوجه لتمسك العلماء بالإطلاقات كما سيأتي.

وأقول: إنّ «الصحيح» قد يطلق في مقابل المعيب، وقد يطلق في مقابل السقيم، وقد يطلق في مقابل الفاسد، وربما يقال الصحيح في مقابل الناقص، فيراد منه الكامل، والمراد منه في قبال الفاسد - ولعلّه في غيره أيضاً - هو ما يترتب عليه الأثر المترقب منه، فيكون الفاسد ما لا يترتب عليه الأثر المذكور، فالموصوف بالصحة والفساد يكون بالضرورة ممّا يمكن انفكاك الأثر منه، فأما ما لا ينفك عنه الأثر، فلا يعقل أن يوصف بالصحة تارة وبالفساد أخرى.

وعلى ما ذكرنا، فإنه إن كان تعريف البيع مبادلة مالٍ بمال، فإنّ المبادلة

يدور أمرها بين الوجود والعدم ولا تتصف بالصحة والفساد، وكذلك بناءً على أنه تملك عين بمالٍ، لأنه إما حاصل وإما لا، ولا يمكن أن يقال: تملك ولا ملكية، لأن النسبة بينهما نسبة الإيجاد والوجود، فالحقيقة واحدة والاختلاف مفهومي، من جهة تعدد النسبة، فإذا نسب الأمر إلى الفاعل فهو تملك، وإذا نسب إلى الشيء فهو ملكية، وكذلك الإيجاب والوجوب، ونحو ذلك.

والنسبة بين الصحة والفساد هي نسبة العدم والملكية، وما يكون أمره دائراً بين الوجود والعدم فالنسبة فيه نسبة السلب والإيجاب، و«مبادلة مالٍ بمالٍ» و«تملك عينٍ بمالٍ» من قبيل الثاني لا الأول، لأن المبادلة أو التملك إما موجود أو معدوم، فلا يصح أن يقال: هل حصلت الملكية بعد التملك أولاً؟ لأن عدم الملكية عدم التملك لعدم الانفكاك بينهما.

فإذن، لا مجال للبحث عن أن البيع حقيقة في الصحيح أو الأعم، بناءً على التعريفين المزبورين.

نعم، يصحُّ البحث عن ذلك بناءً على مختار الشيخ في التعريف، لأن إنشاء تملك عين بمالٍ، قد يؤثر في الملكية وقد لا يؤثر.

ثم إن المشهور - والظاهر أن عليه الشيخ أيضاً، ولذا أشكل على التمسك بالإطلاقات، ثم وجهه بما سيأتي، وآلا لم يكن حاجة إلى ذلك كما سنوضح - أن الملكية أمر ثابت في نفس الأمر، وكل من نظر العرف والشرع طريق إليه، فإذا قال الشارع ببطلان البيع الربوي، فقد خطأ العرف والعقلاء في الطريق إلى ذلك الأمر الواقعي.

ويقابله القول بأنها أمر اعتباري ولا واقعية لها أصلاً، وكل من بيده الاعتبار إذا اعتبر شيئاً، فإنه يتحقق في موطن الاعتبار، فإذا اعتبر العقلاء

الملكيّة تقرّرت في موطن اعتبارهم، ثم الشارع قد يطابق اعتباره ذلك الاعتبار، فتتحقق الملكيّة الشرعيّة مطابقةً للملكيّة العقلائيّة، وقد لا يوجد من الشارع الاعتبار المطابق لاعتبارهم، ولا تستفي الملكيّة حينئذٍ، لأن المفروض وجود الملكيّة الاعتباريّة.

وهذا القول هو الصحيح.

إنما الإشكال بناءً على قول المشهور، لأنه إذا كان البيع موضوعاً للمؤثر في الملكيّة الواقعيّة ثم شك في اعتبار العربيّة مثلاً في عقد البيع، ولاندري هل العقد الفاقد لها يؤثر أو لا، كان التمسك بالاطلاقات غير جائز كما تقدّم، بخلاف القول الثاني، فإنه بناءً عليه لا محذور في التمسك، لأن البيع موضوع لإنشاء التملك المؤثر في الاعتبار العقلائي، والألفاظ موضوعة للمعاني العرفيّة، وعليه، فمعنى الآية المباركة: إن كلّ عقد كان مؤثراً في الملكيّة الاعتباريّة العقلائيّة فهو حلال، فإذا قال: الغرر مفسد للبيع، فقد استثنى البيع الغرري من عموم ما أمضاه، لأن مقتضى الإطلاق مؤثريّة كلّ بيع عقلائي، فيكون دليل المنع من البيع الغرري مخصّصاً ويخرج به هذا النوع من تحت العام.

فقول الشيخ: ويشكل ما ذكرناه... مبنيّ على قول المشهور.

ثم قال الشيخ ما حاصله: البيع بالمعنى المصدري عبارة عن النقل الحاصل من البائع والواقع في حيّز الإنشاء، ويقابله المعنى الاسم المصدري وهو حصول النقل في الخارج، ومراد البائع من قوله بعث هو المعنى على النحو الثاني ولو في نظره، فإن طابق الواقع كان صحيحاً وإلا فهو فاسد، وأمّا الشارع، فإن كان مؤثراً في اعتباره كان بيعاً وإلا فلا، فبيع الهازل - مثلاً - ليس ببيع عند العرف، وكذلك لو باع وقصد حصول الملكيّة ولم يؤثر عند

الشارع - كبيع الغرر - فهو ليس ببيع.

وعلى هذا، فلا يتوجه على الشيخ ما أورده بعض الأكابر^(١) من أن النقل الإيسم مصدري يدور أمره بين الوجود والعدم ولا يتصف بالصحة والفساد. وبعبارة أخرى: إذا كان للملكية واقعية، وكانت مؤثرية الملكية الحاصلة من المصدر في تحقق الملكية الواقعية، موجبة لانطباق عنوان الصحة عليها، وعدم مؤثريتها في حصولها موجبة لانضافها بالفساد، لم يتوجه الإشكال عليه.

ويبقى الكلام في وجه التمسك بالإطلاقات في كل مورد شك في دخل شيء وجوداً أو عدماً في المؤثرية، وينحل كلام الشيخ هنا إلى وجهين: أحدهما: إن الشارع يخاطب العرف، وهو كأحدهم في مكالماته ومحاوراته معهم، فمراده من البيع في قوله «أحلَّ الله البيع» هو ما يراه العرف بيعاً، كما هو الحال في الألفاظ الأخرى من الماء والتراب وغيرهما، فمراده من البيع في الآية - وهو يكلم العرف ويتكلم بلسانهم - نفس ما يراه العرف بيعاً، فمعنى الآية حيثئذ: إن النقل الملكي الحاصل من المصدر المؤثر عند العرف في الملكية الواقعية، حلالٌ بالحلية الوضعية.

والثاني: إن «أحلَّ» تعبد من الشارع بالتأثير وجعله مؤثراً، فالبيع الذي هو مبدء المشتقات، هو الذي تعلق به الحل، أي جعل حلالاً ومؤثراً في الملكية الواقعية.

وحاصل الوجهين: إن البيع لم يستعمل في الآية في المؤثر في الملكية الشرعية، بل هو مستحيل، للزوم إثبات الشيء بنفسه.

(١) حاشية المكاسب للمحقق الإصفهاني ٨٥ / ١.

ولو فرض كون الحلية بمعنى الترخيص لا الحلية الوضعية، فالأمر كذلك، إذ يكون المعنى: إنكم مرخصون في البيع الذي هو مؤثر عندكم في الملكية، فلولا يكن مؤثراً عندهم لم يعقل الترخيص فيه لهم، فالترخيص فيه ملازم لكونه مؤثراً، وليس الترخيص إلا الإمضاء والقبول.

هذا بيان كلام الشيخ وهو المقصود يقيناً، خلافاً لبعض الأكابر حيث فسره بنحو آخر غير مقبول عندنا.

وهذا بناءً على أن للملكية واقعية كما عليه المشهور، وحاصل الكلام بناءً عليه: إنه إن أثر ما صدر من البائع في الأمر الواقعي كان بيعاً وإلا فلا يكون بيعاً، ولذا يكون النهي من الشارع حكماً في مورد الغرر والزبالة. بمعنى أن البيع الواقع من المالك غير مؤثر، وإن كان مؤثراً عند العرف كذلك، كان الشارع مخطئاً للمالك والعرف في تلك الموارد؛ وحيث لا نهى منه فهو الإمضاء لما هو الموجود عند العرف.

وأما بناءً على أن لا واقعية للملكية يكون نظر الشارع والعقلاء طريقاً إليها، بل هي أمر اعتباري ولا حقيقة لها وراء الاعتبار، كان البيع أمراً قائماً بنفوس العقلاء واعتباراً آخر قائماً بنفس الشارع، فإذا نهى الشارع عن الغرر مثلاً، فالملكية موجودة، إلا أن الشارع لا يرتب الأثر الشرعي عليها.

وهذا المبنى هو الحق كما تقدم، وعليه يصح التمسك بالإطلاقات بكل وضوح، لأن لفظ البيع موضوع للمعنى اللغوي أي الملكية العقلانية، فإذا أحله الله فقد أحل البيع الذي هو مؤثر في الاعتبار العقلائي، فيكون للشارع اعتبار إلى جنب الاعتبار منهم، وإذا نهى عنه في مورد كان استثناءً عن العام أو المطلق الدال على حلية جميع الأقسام، فإن اشترط للمؤثرية شرطاً، أسقط

عن التأثير ما كان فاقداً لذلك الشرط، وهذا أيضاً تخصيصٌ للعام [١].

[١] لقد أجاد فيما أفاد، ويوافقه كلام سيدنا الأستاذ، فالله يرحمهما برحمته الواسعة. وينبغي التنبيه على أمور:

الأمر الأول: إنه لما كان اهتمامه بأصل المطلب، لم يتعرض لبعض ما يتعلق بكلام الشهيدين، واكتفى بالإشارة إلى البعض الآخر. وقد نقل الشيخ نص عبارة الشهيد الأول، أما عبارة الشهيد الثاني فقد جاء في ذيلها «وحيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرّ بالفساد».

ولا يخفى التنافي الموجود في كلام ثاني الشهيدين بين الصدر والذيل، ففي الصدر يدعي التبادر وفي الذيل يقول بانصراف الإطلاق. هذا أولاً.

وثانياً: إنه يعتبر أن يكون التبادر من حاقّ اللفظ، لكنّ الظاهر من كلام الشهيد الثاني - في المسالك والروضة، في مسألة اختلاف المتبايعين، حيث قال: يقدم قول البائع، لأصالة الصحة^(١) - أن دعوى الوضع للصحيح مستندة إلى قاعدة حمل فعل المسلم على الصحة، فلا يكون التبادر ناشئاً عن حاقّ اللفظ. فتدبر.

وثالثاً: إنه إن تمّ ذلك بالنسبة إلى الصحيح، فلا ينافي كون الفاسد موضوعاً له أيضاً. وهذا ما أورده الميرزا القمي على المسالك قال: عدم صحة السلب عن الصحيح لا يثبت المجازية في الفساد، لأننا لانكر كونه حقيقةً في الصحيح، إنما الكلام في الاختصاص وهو لا يثبت^(٢).

لكنّ هذا الإشكال يتوجّه على ما في نسخة المسالك من «عدم صحة السلب» لكن في عبارة الشيخ قدس سرّه «صحة السلب»، ولعلّه وجد بعض نسخ المسالك

(١) مسالك الأفهام ١/ ١٨٦، الروضة البهية ٣/ ٥٤١.

(٢) قوانين الأصول ١/ ٥٢.

كذلك، وعليه، فلا مورد له.

هذا كله بالنسبة إلى أدلة القول الأول، وهو الوضع لخصوص الصحيح.

وذهب السيد إلى القول الثاني بقوله: لا ينبغي التأمل في كون «البيع» بل سائر المعاملات، أعم من الصحيح الشرعي، كيف وإلا يلزم القول بالحقيقة الشرعية أيضاً، وهو في غاية البعد. وما ذكره المسالك من التبادر وصحة السلب ممنوع، وحمل الإقرار على الصحيح لمكان الإنصراف، مع أن صحة التقسيم يدل على الأعمية، ودعوى المسالك كونها أعم كما ترى، إذ هو إنما يصح باعتبار نفس المفهوم والمعنى، لا بحسب ما أطلق عليه اللفظ ولو مجازاً، كما هو واضح.

بل أقول: الظاهر أنه أعم من الصحيح العرفي أيضاً، بمعنى أن الفساد في نظر العرف أيضاً بيع، فكل تمليك عين بعوض مع التعقب بالقبول، بيع، سواء أمضاه العرف والشرع، أم لا، وهذا واضح جداً^(١).

وقال سيدنا الاستاذ: استدل للثاني بصحة التقسيم.

وأجيب: بأنه أعم من الحقيقة والمجاز.

وفيه: إن ظاهر التقسيم - في أي مورد - كونه على الحقيقة، إذ التقسيم لا يناسب

التجزؤ.

فالحق: إن الإلتزام بالقول الأول مشكل^(٢).

الأمر الثاني: قالوا^(٣) إن توجيه الشيخ ما ذهب إليه الشهيدان، مأخوذ من كلام

(١) حاشية المكاسب ١ / ٣١٥.

(٢) بلمغة الطالب: ٤٩.

(٣) حاشية الزيدي ١ / ٣١٩، بغية الطالب ١ / ٤٤.

المحقق التقني في حاشية المعالم في مسألة الصحيح والأعم، فإنه بعد ما نقل عن الشهيدين كلامهما كما تقدم قال: «فالأظهر أن يقال: بوضعها لخصوص الصحيحة، أي المعاملة الباعثة على الآثار المطلوبة منها، وإطلاقها على غيرها ليس إلا من جهة المشاكلة أو نحوها، على سبيل المجاز، لكن لا يلزم من ذلك أن يكون حقيقة في خصوص الصحيح الشرعي، حتى يلزم أن تكون توقيفية متوقفة على بيان الشارع لخصوص الصحيحة منها، بل المراد منها إذا وردت في كلام الشارع قبل ما يقوم دليل على فساد بعضها، هو العقود الباعثة على تلك الآثار المطلوبة في المتعارف بين الناس، فيكون حكم الشارع بحلها أو صحتها أو وجوب الوفاء بها قاضياً بترتب تلك الآثار عليها في حكم الشرع أيضاً، فيطابق صحتها العرفية والشرعية، وإذا دلّ الدليل على عدم ترتب تلك الآثار على بعضها، خرج ذلك عن مصداق تلك المعاملة في حكم الشرع وإن صدق عليه عند أهل العرف، مع فرض اتحاد العرفين وعدم ثبوت عرف خاص عند الشارع، إذ المفروض اتحاد المفهوم منه عند الجميع، وإنما الإختلاف هناك في المصداق، ولو انكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف لا من قبل الشارع، لم يحكم عرفاً بصدق ذلك عليه أيضاً، كما أن البيوع الفاسدة في حكم العرف خارجة عندهم عن حقيقة البيع. فظهر أنه لا منافاة بين خروج العقود الفاسدة عند الشارع عن تلك العقود على سبيل الحقيقة، وكون المرجع في تلك الألفاظ هو المعاني العرفية، من غير أن يحقق هناك حقيقة شرعية جديدة، فتأمل جيداً^(١).

أقول: وأنت إذا وقفت على هذا النص ونظرت في ما أفاد السيدان الجدّ والأستاذ،

(١) هداية المسترشدين في حاشية معالم الدين: ١١٣ ط الحجرية.

وجدت كلامهما هو البيان الصحيح لمرام الشيخ الأعظم وصاحب الحاشية، قدّس الله أسرارهم.

الأمر الثالث: الظاهر أن الإطلاق الذي وجهه الشيخ التمسك به، هو الإطلاق اللفظي، وقال المحقق الخوئي: بأنه إطلاق مقامي، ثم أورد عليه: بأنه إنما يجوز التمسك بالإطلاق المقامي فيما إذا لم يكن للمطلق أفراد متيقّنة، وإلا فينصرف إليها الإطلاق من دون أن تلزم اللغوية من الإهمال. ومن البين أن مقامنا من هذا القيل، لأننا كشفنا من مذاق الشارع كشفاً قطعياً - ولو من غير ناحية الإطلاقات الواردة في إمضاء العقود - أن بعض ما هو سبب للبيع عرفاً مؤثّر في الملكية جزماً. وإذن، فلا يبقى مجال للتمسك بالإطلاق المقامي صيانةً لكلام الشارع عن اللغوية^(١).

لكن لا مجال للإيراد المزبور، لأنّ الشيخ لا يريد الإطلاق المقامي. ويبقى الإشكال على الشيخ في أصل المبنى في الملكية، وقد أشار السيّد الجّد تبعاً للمحقق اليزدي^(٢) إلى منعه، وأنّ الصحيح أنها لا واقع لها إلا الاعتبار. وكذا الإشكال عليه في وضع ألفاظ العقود، فإنّ الصحيح كونها موضوعاً للأعم، ولذا قال سيّدنا الأستاذ: إن الحق أن الالتزام بالقول الأول مشكل^(٣).

وقال شيخنا دام بقاءه: لأنّ المراد من الموضوع له هو المصداق لا المفهوم، لأنّ المصداق هو القابل للتأصاف بالصحة والفساد، وهذا المصداق إمّا خصوص الصحيح وإمّا الفاسد وإمّا الأعم منهما، لكنّ الواضح ليس بمهملي ولا مجمل، وإذ لا دليل على

(١) مصباح الفقاعة ٢ / ٨٤

(٢) حاشية السيد اليزدي ١ / ٣٢٠.

(٣) بلغة الطالب: ٥٠.

الخصوص فالإطلاق.

الأمر الرابع: قد ذكر الشيخ في مباحث الألفاظ رأي المحقق التقي المزبور، وأشكل عليه ثم قال: ولعلَّ الله يحدث بعد ذلك أمراً^(١) لكنه وافقه في مكاسبه. أقول: قد ألف الشيخ كتاب المكاسب بعد الرسائل، وهو يحيل إلى مباحث الظن والقطع في مواضع من مطارح الأنظار. فليتدبر.

(١) مطارح الأنظار: ٤ - ٥ ط الحجرية.

المعاطاة

المعاطاة

قال الشيخ:

إعلم أنَّ المعاطاة - على ما فسره جماعة - أنَّ يعطي كلُّ من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر.
أقول:

تعريف المعاطاة

أي: إنَّ المعطي يعطي الشيء عوضاً عما سيأخذه من الآخذ الذي يعطي عوضاً عما أخذه، فالبايع يأخذ بعدَّ والمشتري يأخذ بالفعل.
وهذا الذي ذكره عبارة عن المعاوضة لا البيع بالتعاطي والمعاطاة البيعية التي تسدَّ مسدَّ البيع بالصيغة وتحلَّ محلَّه، فكأنَّه بصدد بيان المعنى اللغوي للمعاطاة، إذ يتحقَّق بإيجابين وقبولين، لأنَّ كلاً منهما يوجب بإعطائه ويقبل بأخذه، أمَّا في البيع المعاطاتي، فإنَّ الإعطاء هو الإيجاب والأخذ هو القبول، فالمقوم له نفس الإعطاء للغير وأخذ الغير للشيء، سواء دفع العوض بالفعل أو لم يدفع، فلا مدخلية في حقيقته لإعطاء المشتري، ولذا يستحقَّق نسيئته، حيث يعطي أحدهما بعوض يكون في ذمَّة الآخر إلى أجلٍ معيَّن، وذلك يقبله بالأخذ، ويكون دفعه للعوض وفاءً لما تعهَّده.

فإن قلت: وفي النسيئة أيضاً، يكون الإعطاء مقوماً وإن كان بعد حين.
قلت: إذا يلزم في النسيئة أن لا يكون الآخذ للشيء مالكاً له حين الأخذ، بل يملكه إذا حلَّ الأجل ودفع العوض، فلو تعذَّر عليه دفعه عند حلوله لزم

القول بعدم حصول الملكية له فيما أخذه نسيئةً، مع أن الأمر ليس كذلك، فإنه يملك الشيء من حين أخذه.

فالصحيح أن يقال بأن: المعاطاة أن يعطي أحدهما قاصداً التملك بعوضٍ ويأخذه الآخر.

فإن كان رحمه الله في مقام تعريف البيع بالتعاطي، توجه عليه الإشكال بعدم انطباق ما أفاده عليه، فلا بد من القول بأنه بصدد بيان المفهوم اللغوي، لا سيما بالنظر إلى قوله بعد ذلك: وهو يتصور على وجهين، أحدهما: أن يقصد الإباحة، لأن قصد الإباحة أجنبي عن البيع.

لكن يبقى عليه ما تقدّم من أن هيئة المفاعلة غير موضوعة لغةً لصدور الفعل من الاثنين، وأن مدلولها صدور المبدء من الشخص متوجّهاً إلى الغير أعمّ من أن يصدر من الآخر كذلك أو لا يصدر، كما في خاطب زيد عمراً، ووارى الميت وخادع بكراً... وهكذا [١].

[١] أقول: حاصل كلامه طاب ثراه الاعتراض -كغيره من الأكابر- على التفسير المذكور، قالوا: إن لفظ المعاطاة لم يرد في شيء من النصوص وغيرها من الأدلة ليجتاح إلى تفسيره. وأيضاً، فإن الفقهاء يريدون بالمعاطاة كل معاملة لم تكن بالصيغة بالشروط المعتبرة شرعاً، وبعبارة أخرى: إنهم يقصدون أنه كما يتحقق البيع -مثلاً- بالإنشاء اللفظي ويترتب عليه الأثر، فهل يتحقق ذلك بالفعل أو لا؟ فهذا هو موضوع البحث، ولذا حمل السيد الجّد قدس سرّه ما ذكره الشيخ رحمه الله على المعنى اللغوي حفظاً لمقامه العظيم، ولكن معنى المعاطاة لغةً -وهو العطاء من الجانبين كما ذكروا- لا مساس له بالبيع، فليته قال: أن يعطي كل من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر على وجه الملكية، حتّى ينطبق التعريف على البيع لغةً.

أقسام المعاطاة

قوله:

وهو يتصور على وجهين، أحدهما: أن يبيح كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظيرٍ إلى تملكه.

أقول:

في هذا المعنى إعطاء ان وإباحتان في التصرف، وليس في البين تملك، وهل هي إباحة مطلقة أو في جهة خاصة؟ ظاهره الأول، فيعم الانتفاع والإتلاف والتصرفات المتوقفة على الملك، فيقع الإشكال بأنه: مع قصد الإباحة كيف يعقل جواز سائر التصرفات المتوقفة على الملك، كالبيع والوقف ونحوهما؟

اللهم إلا أن يقال: بأن هذه الإباحة فعلية، ولما كانت مطلقة وشاملة لجميع أنحاء التصرف، كان للإباحة هذه دلالة التزامية على كونه وكيلاً من قبله في تملك الشيء لنفسه، حينما يريد أن يتصرف فيه التصرف الموقوف على الملك [١].

[١] وقال سيدنا الأستاذ قدس سره: وإنما الإشكال في التصرفات الموقوفة على الملك، فقد قيل: بأن الإذن بالتصرف يقتضي الإذن في التملك أولاً ثم التصرف فيه بشئ أنحائه، وقيل: بعدم كفاية الإذن لهذه الجهة^(١).

هذا كلامه، وظاهره التوقف.

لكن شيخنا الأستاذ دام بقاءه أجاب عما ذكره السيد الجّد بأنه غير دافع للإشكال،

قوله:

الثاني: أَنْ يتعاطيا على وجه التملك.

أقول:

ظاهره أن التعاطي على هذا الوجه هو الذي يحقق المعاوضة البيعية، فيرد عليه: ما تقدم من أَنَّ المعاوضة البيعية ليس «أن يتعاطيا»، بل إعطاء وأخذ وإلا يلزم أن يكون هناك تمليكاً وقبولاً. وبالجمله: المعاوضة إعطاء على وجه التملك وأخذ على وجه التملك، وما ذكره غير منطبق عليها أصلاً.

قوله:

وربما يذكر وجهان آخران، أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطي شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه. الثاني: أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

أقول:

الوجهان ذكرهما صاحب الجواهر رحمه الله بعد الوجهين السابقين،

لأن الوكالة عقد من العقود، وهنا ليس إلا فعل واحد، فبناءً على تحقق الوكالة بالفعل، كيف يكون الفعل الواحد مفيداً للإباحة والوكالة في مطلق التصرفات؟ وأيضاً، فإن الوكالة من الأمور القصدية، فلا بد وأن يكون المعطي ملتفتاً حين الإعطاء إلى توقف بعض التصرفات على الملك واحتمال قيام الأخذ بذلك حتى يوكّله فيه. فما ذكره لا يحل المشكلة، ولعل في قوله: اللهم إلا أن يقال، إشارة إلى ضعفه.

أقول: إنه بناءً على جريان المعاوضة في سائر العقود إلا النكاح، لا مانع من دلالة الفعل على الوكالة بالالتزام مع دلالة على الإباحة بالمطابقة، وظاهر التسليط على الشيء بلا قيد إلتفاته إلى جميع أنحاء التصرف، فهو وكيل فيها كلها.

فالوجوه عنده أربعة، قال في الجواهر: «ثالثها: أن يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطي البقال -مثلاً- شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه....

رابعها: أن يقصد الملك المطلق...»^(١).

فأشكل الشيخ على الأول:

قوله:

ويرد الأول: بامتناع خلق الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العناوين الخاصة.
أقول:

تقريب الإشكال هو: إن هذا الإعطاء فعل تكويني خارجي، والفعل لا يعقل أن يكون بلا داع، لأن الداعي من مبادي الإرادة، فإما هو انتفاع الطرف المقابل بالعين وكونها عارية عنده، وإما هو كونها عنده أمانة، وإما هو التملك مع الضمان فيكون قرضاً، أو لا يكون تملك بل ترخيص في التصرف فيكون إباحةً. فلا بد من أحد هذه العناوين، ولا يعقل تحقق الفعل منسلخاً منها. أما سائر العناوين، فلا مجال لاحتمال شيء منها، وأما التملك والإباحة، فقد ذكر أن لا قصد بالنسبة إليهما.

وعلى الجملة، الإعطاء الخارجي فعل اختياري، وهو مسبوق بالإرادة، وهي لا تكون بلا داع يكون هو الغرض من الفعل والعلّة الغائية، وهو لا يخلو من عنوان من العناوين.

والظاهر: أن هذا مراد الشيخ، لا ما ذكره السيّد -رحمه الله- من أن

الجنس بلا فصلٍ لا يتحقق [١].

إلا أنه مع الدقة والتأمل في كلام صاحب الجواهر يظهر عدم ورود الإشكال عليه، إنه يقول: «أن يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة... ولعل القائل باشتراط الصيغة في البيع يشرّعه أيضاً على جهة الإباحة التي هي الأصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها

[١] وكذلك قرّب المحقق الخوئي - ووافقه شيخنا دام بقاءه - حيث قال: «ويتوجّه على الوجه الأول: أن الفعل الصادر من المتعاطيين ليس من الأفعال غير الاختيارية كحركة المرتعش، لكي يكون خالياً عن القصد والإرادة، وإنما هو فعل اختياري صادر من فاعله بالإرادة والاختيار، وعليه، فإذا قصد كلّ من المتعاطيين من إعطائه ماله لصاحبه خصوص إباحة التصرف، كان ذلك إباحة مصطلحة كما في الضيافة ونحوها، وإذا قصد من ذلك جواز الانتفاع من العين مع حفظها عن التلف انتفاعاً مجانياً، كان ذلك عارية، وإذا قصد من ذلك الانتفاع من العين مع العوض، كان ذلك بيعاً. وحيثُذ، فلا يوجد عنوان آخر في مورد المعاطاة غير العناوين المذكورة. وبذلك يظهر بطلان الوجه الثاني. وإذن، ينحصر البحث في المعاطاة بالوجهين الأولين (١)».

فهذا مراد الشيخ لا ما ذكره السيّد حيث قال: «ولعلّه من جهة امتناع إيجاد الجنس من دون فصلٍ، فإنّ الإيجاد الإنشائي في ذلك كالإيجاد الخارجي في الامتناع... ولكنّ يمكن أن يقال: بعدم المانع من ذلك أيضاً، بأن لا يتوجّه ذهنه إلّا إلى القدر المشترك، والفرق بين الإيجاد الإنشائي والخارجي واضح...» (٢).

(١) مصباح الفقاعة ٢ / ٨٦ - ٨٧.

(٢) الحاشية على المكاسب ١ / ٣٢٧ - ٣٢٨.

محتاج إلى قصدٍ آخر بخلافها، فإنه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق^(١).
وتوضيحه: إن الإعطاء الخارجي عبارة عن إيجاد السلطنة خارجاً، فهو برفعه اليد عن متاعه وإدخاله إياه تحت يد الطرف الآخر، يسلطه سلطنةً تكوينيةً خارجيةً عليه، وهذا العمل الخارجي يصلح لأن يتعنون بشيء من العناوين، من البيع والهبة والعارية وغيرها، لكنه لما يفعل ذلك لا يقصد شيئاً منها بل يريد جعل الشيء تحت تصرف الآخر، ومثل هذا الفعل لا يكون عند الشرع والعقل إلا الإباحة.

وعلى هذا، فلا مجال لإشكال الشيخ عليه، لا بتقريب السيد، لأن الفعل الخارجي أمر تكويني، وليس للأمر التكويني جنس ولا فصل، ولا بتقريبنا، لأنه لو كان المقصود حصول عنوانٍ معينٍ من العناوين لتوجه عليه ذلك، لكن المقصود نفس الفعل الخارجي، أعني رفع اليد عن الشيء وجعله تحت تصرف المعطى وسلطته، ليكون مقدمةً إعداديةً لفعل الطرف الآخر مثل هذا الفعل في حقه [١].

[١] وأفاد شيخنا دام بقاءه -بعد أن ذكر أن مراد الشيخ ما في مصباح الفقاهة لا ما في حاشية السيد اليزدي- أن الحق عدم ورود الإشكال على الجواهر، فإنه ناشئ من عدم التأمل في كلامه، فنقل كلام الجواهر كما ذكرنا وقال بالتالي: إن صاحب الجواهر لا يقول بصدور الفعل الاختياري من غير قصد، بل إنه يقول بإمكان أن يكون المقصود هو التسليط المطلق.

وأشكل الشيخ على ثاني وجهي صاحب الجواهر:
قوله:

والثاني بما تقدّم في تعريف البيع من أن التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير.
أقول:

إشكاله على هذا الوجه - وإن لم يمنعه كما منع الأول - غير وارد كذلك، إذ ليس في كلام صاحب الجواهر كلمة «العوض». فإن كان مراده أن يقصد كلّ منهما الملكية المطلقة من غير تقييد بخصوصية الملكية الجامعة بين البيع وغيره من المملكات، لم يتوجّه عليه إلّا ما ذكره السيّد في الوجه السابق من عدم معقوليّة قصد الجنس بلا فصل، وحينئذٍ، يجاب عنه بما أفاده السيّد من الفرق بين الإنشاءات والتكوينيّات، ففي الإيجاد الإنشائي يمكن قصد الجنس بلا فصل، نظير قولهم باستعمال صيغة الأمر في جامع الطلب من دون خصوصية الوجوب والندب.

وعلى هذا، يتحقق الفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني من وجهي الشيخ قدّس سرّه [١].

وهذا تمام الكلام في تعريف المعاوضة وأقسامه.

[١] وقال شيخنا دام بقاءه: بأن الظاهر ورود هذا الإشكال، إلّا بناءً على ما ذكره السيّد اليزدي والمحقق الإيرواني من أن يكون المراد معاوضة مستقلة.

قال السيّد معلّقاً على «بما تقدم في البيع»: «قد عرفت أن التمليك قد يكون بقصد مجرد المبادلة والمعاوضة من غير أن يكون تمليكاً بعوض على وجه يكون أحدهما بايعاً والآخر مشترياً. والظاهر أن البيع ما يكون مقابله الشراء الذي هو التملك

حكم البيع المعاطاتي

قوله:

ثم إنَّ المعروف بين علمائنا في حكمها، أنها مفيدة لإباحة التصرف، ويحصل الملك بتلف إحدى العينين. وعن المفيد وبعض العامة، القول بكونها لازمة كالبيع. وعن العلامة رحمه الله في النهاية احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحة التصرف ولا بد أولاً من ملاحظة أنَّ النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة أو في المقصود بها التمليك؟ الظاهر من الخاصّة والعامة هو المعنى الثاني.

أقول:

ذكر الشيخ قدس سره الأقوال في حكم المعاطاة، واستظهر أنَّ النزاع هو في المعاطاة المقصود بها التمليك، وهذا من الواضح بمكان، إذ لا يعقل -مع فرضه في المقصود بها الإباحة- القول بإفادتها للملكية اللازمة، والقول بأنها بيع فاسد. فمحلّ النزاع هو المعاطاة المقصود بها التمليك، وحينئذٍ، يقع الإشكال في أنه مع قصدهما التمليك، كيف ذهب المشهور إلى إفادتها الإباحة المالكية؟

بالعروض، فيمكن فرض التمليك على وجه لا يكون بيعاً^(١).

قال شيخنا: وهو كلام متين.

(١) حاشية السيد اليزدي ١ / ٣٢٨.

رأي المحقق الثاني في تحرير محل النزاع

وقد اختلفت الكلمات في توجيه فتوى المشهور:
قوله:

نزل المحقق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، وأنه يلزم بذهاب إحدى الميتين، وحقق ذلك في شرحه على القواعد وتعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه.

أقول:

هذا الذي ذكره جامع المقاصد^(١) متين في نفسه، فإن الملكية المقصودة تقع لكتنها بنظر الشارع غير لازمة مادامت العينان باقيتين، كما يقصد المتبايعان الملكية منجزة، والشارع لا يحكم بلزومها بل يقول: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»^(٢).

ومحصل كلامه رحمه الله: إن المعاطاة في كلمات الفقهاء هي المقصود بها البيع، ولولا ذلك لم يجوزوا التصرف مع أنهم قائلون بجوازه، وعليه، فهم يريدون من «الإباحة» معنى آخر غير المعنى المطابق لهذه الكلمة. هذا من جهة. ومن جهة أخرى: يقولون بأنها تفيد الملكية بمجرد تلف إحدى العينين، مع أن التلف ليس من الأسباب المملكة، فمرادهم من الإباحة هي الملكية من أول الأمر. ومن جهة ثالثة: الإباحة المقولة هنا في جواز التصرف الذي هو من آثار الملكية، ولونفي الملكية انتفى لازمها، وهو الإباحة

(١) جامع المقاصد في شرح القواعد ٤ / ٥٨ وانظر تعليقه الإرشاد: ٣٢٣.

(٢) وسائل الشريعة ١٨ / ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الرقم: ٣.

وجواز التصرف.

وبهذه الجهات الثلاثة يقول المحقق الثاني: إنَّ المراد من الإباحة ليس بالمعنى المصطلح بل هو الملكية المتزلزلة، وهذا التزلزل عنه في الخيارات، إذ هناك يفسخ العقد وهو هنا جواز التراذ، وجوازه موقوف على بقاء العينين، فإذا ذهب إحدهما استحال التراذ، وسقط الجواز لعدم موضوعه وتستقر الملكية.

وقد عثرنا على قائل بهذا قبله، وهو العلامة في التحرير حيث قال: «الأقوى أن المعاطاة غير لازمة، لكلُّ منهما فسخ المعاوضة مادامت العين باقية»^(١).

لكنَّ نسبة هذا القول إلى المشهور بعيدة، إذ لا وجه للتعبير عن الملك المتزلزل بالإباحة مع وضوح التقابل بين مفهوميهما. وأيضاً: فإنَّهم لم يعبروا بالإباحة في موارد الملكية المتزلزلة، فلا يقولون بالإباحة في مدَّة الخيار في بيع الحيوان، ومالم يفترقا في خيار المجلس، مع ثبوت الملكية المتزلزلة هناك، وإذ لا خصوصية للمقام تقتضي التعبير فيه بالإباحة، وعدم تعبيرهم بذلك في موارد الملكية المتزلزلة، يظهر أنَّ ليس مقصودهم من «الإباحة» الملكية المتزلزلة [١].

[١] وفي مصباح الفقاهة: قد اخترع هذا الرأي المحقق الثاني وشيّد أركانه في محكّي تعليقاته على القواعد بما لا مزيد عليه، وحمل عليه كلمات القائلين بأنَّ المعاطاة تفيد الإباحة. وهذا الرأي وإنَّ لم يكن بعيداً في نفسه، إلّا أنه غريب عن مساق كلمات

القائلين بالإباحة^(١).

وكلمة «اخترع» ظاهرة في أنه لم يسبقه أحد في هذا القول. لكنك قد عرفت من كلام السيد الجّد أنه قد سبقه إليه العلامة في التحرير، وقال السيد: إن كلماتهم مختلفة، فبعضها ناظر إلى ما ذكره الكرّكي، كعبارة العلامة في التحرير... فإنّ هذا الكلام كالصّريح في الملك المتزلزل^(٢)، لكنّ الشيخ الأعظم ينفي دلالة كلام التحرير على ذلك، ويؤكد عدم وجود القائل به قبل المحقق الثاني^(٣) فتدبر.

ولنورد كلام المحقق الكرّكي هنا بنصّه:

قال في شرح القواعد: «المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيع، وإن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد، ولا يقول أحد بأنها بيع فاسد، سوى المصنّف في النهاية وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنها. وقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ عام إلا ما أخرجه الدليل.

وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب من أنها تفيد الإباحة وتلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم في أوّل الأمر وبالذهاب يتحقّق اللزوم، لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعاطين الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً، ولم يجز التصرف، وكافة الأصحاب على خلافه. وأيضاً، فإن الإباحة المحضّة لا تقتضي الملك أصلاً ورأساً، فكيف يتحقّق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده؟ وإنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالقول .. لأنها

(١) مصباح الفقاهة ٢ / ٨٩

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٣٢٩ - ٣٣٠.

(٣) كتاب المكاسب ٣ / ٣٩ - ٤٠.

رأي صاحب الجواهر

قوله:

لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه، التجأ إلى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة، ورجح بقاء الإباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، ونزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه، وطعن على من جعل محل النزاع في المعاطاة بقصد التملك قائلاً: إن القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك، مما لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم.

أقول:

مراده من «بعض المعاصرين» هو صاحب الجواهر قدس سره، وهذا الذي ذكره عنه أبعد مما قال المحقق الكركي، إذ كيف تكون المعاطاة المقصود بها الإباحة هي محل النزاع بين الفقهاء، مع قول بعضهم بإفادتها الملك اللازم، وقول آخر بأنها بيع فاسداً

تدلّ بالقرائن -منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد مادام ممكناً، ومع تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم، ويكفي تلف إحدى العينين، لامتناع التراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة والضرر.

وأضاف في حاشية الإرشاد: إن مقصود المتعاطيين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا، وإلا لوجب أن لا تحصل إباحة بالكيفية، بل يتعين الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد وهو باطل، وعليه يتفرع النماء وجواز وطء الجارية، ومن منع فقد أغرب.

لكنَّ المستفاد من كلام صاحب الجواهر - بل الظاهر - غير هذا الذي نسب إليه الشيخ، بل في الجواهر: إن القول بإفادة المعاطاة المقصود بها التملك للإباحة لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم، فهو ينسب إلى المشهور القول بفساد هذه المعاملة، لاشتراطهم الإيجاب والقبول اللَّفْظِيَّين، ثم يستدرك قائلًا: بأنَّ كلماتهم - بل كلمات غيرهم أيضاً - لا تأبى عن إفادة الإباحة حيثنَّذ، بأنَّ تكون هذه المعاطاة مؤثَّرة في إباحة كُلِّ منهما التصرف للآخر في ماله على جهة المعاوضة... وأين هذا من جعل محلَّ النزاع بينهم المعاطاة المقصودة بها مجرد الإباحة كما نسب إليه الشيخ؟ [١]

[١] أقول: وهذا نصُّ كلام الجواهر: «وأما دعوى أنَّ النزاع فيما إذا قصد المتعاقدان بفعلهما البيع مثلاً، على حسب البيع بالصيغة، وكان جامعاً للشرائط عدا الصيغة، فهل يقع بيعاً أو يكون إباحة أو يقع بيعاً فاسداً كما وقع من المتأخرين؟ فلا أعرف للثاني منهما وجهاً على هذا التقدير، فضلاً عن نسبه إلى المشهور بل الإجماع، ضرورة أنَّهم إنَّ أرادوا أنها من المالك، فالفرض عدمها، لكن المقصود له أمراً خاصاً لم يحصل، فارتفع الجنس بارتفاعه، وإنَّ أرادوا بها إباحةً شرعيةً فهو مع أنه من الغرائب، بعد أن جعل الشارع أمر المال إلى مالكة وأنه هو المسلط عليه وأنه لا يحلُّ إلا بطيب نفسه - لا دليل عليها»^(١).

فهل تصحُّ نسبة القول المذكور إليه؟ فتدبر.

رأي الشيخ الأنصاري

قوله:

والإنصاف: إن ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المتزلزل، بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب... إلّا أن جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملك أبعد منه، بل لا يكاد يوجد في كلامهم أحد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى....

والذي يقوى في النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطيين التملك، وأنّ الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنما حصلت - كما اعترف به في المسالك - من استلزام إعطاء كلّ منهما سلطته مسلطاً عليها الإذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات.

فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة، وحاصله: إن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف....

أقول:

منشأ هذا الإشكال..بعد أن كان محلّ النزاع هو المعاطاة المقصود بها التملك - هو منافية قول المشهور بالإباحة لقاعدتي: «العقود تابعة للمقصود» و«عدم جواز وقوع ما لم يقصد وقصد ما لم يقع»، لأنّ العقد معاهدة وتقرير أمر بين الطرفين، فإذا لم يتبع العقد القصد لزم الخلف، فقاعدة تبعيّة العقود للمقصود أمرين، لأنّ الإنسان إنّما يعاهد على ما هو المقصود له، وكذا المعنى في القاعدة الأخرى، إذ ليس المراد من «وقع» هو الأمر الواقع منسوباً إلى المتعامل، بل المراد أن يقع منه ما يقصده، والإنسان لا يقع منه ما لم يقصده،

لكون الإيقاع تابعاً للقصد، فيمتنع أن يقع منه أمر غير مقصود له، فإذا كان غير مقصود فهو غير واقع منه.

هذا هو منشأ الإشكال، وهو لا يرتفع لا بما ذكره المحقق الكركي، لأنه بعيد عن ظواهر كلماتهم، ولا بما ينسب إلى صاحب الجواهر، ولا بما ذهب إليه المحقق الخراساني.

رأي المحقق الخراساني

فإنه ذكر - بلحاظ القاعدتين المذكورتين - أن محل النزاع هو المعاطاة المقصود بها الملكية، لكن الشارع لا يقول بأن الملكية غير حاصلة ليلزم تخلف ما وقع عما قصد، وإنما يقول بحصولها بشرط التصرف، نظير حكمه في بيع السلم، حيث يقصد المتعاملان حصول الملكية في آن العقد، إلا أن الشارع لا يعتبر ملكية الكلي المبيع إلا بعد قبض الثمن، وفي بيع الصرف يقصدان حصول الملكية في الحال، إلا أن الشارع لا يعتبرها إلا بعد قبض الثمن والمثمن، وفي المقام: لا ينفي اعتبار الشارع للملكية حتى يلزم الخلف، بل يقال بكون اعتباره مشروطاً بالتصرف، ومالم يتصرف فالإباحة الضمنية ثابتة.

هذا كلام المحقق الخراساني قدس سره [١]، والفرق بينه وبين كلام المحقق الكركي في حصول الملكية في حين المعاطاة لكن متزلزلة، وفي حصولها بشرط تحقق شرطها وهو التصرف. وفيه:

[١] وهذا نص عبارته: «بل يؤثر التملك غاية الأمر بشرط التصرف، كالقبض في

الصرف والسلف، أما الإباحة قبله، فليست شرعية بل مالكية ضمنية» (١).

أولاً: إن الفقهاء القائلين بالإباحة لا يريدون الإباحة الضمنية، لأن هذه الإباحة هي الرضا بالتصرف في ضمن الملكية الحاصلة بالنسبة إلى مال المعطى له لا مال المعطى نفسه، والرضا بالتصرف في مال المعطى له لا أثر له في حصول الإباحة.

وثانياً: إن هذا الذي ذكره لم يقل به أحد.

وثالثاً: وهو الأهم - إنه لا دليل عليه.

التحقيق في المقام

لكن الذي أوقعهم في هذا الإشكال وكثر فيه القيل والقال، هو: جعل «الإباحة» في كلام المشهور إباحة مالكية، فإنها التي تنافي القاعدتين... فإذا جعلناها شرعية ارتفع الإشكال... وبيان ذلك:

إن الملكية أمر اعتباري، والإعتبار زمامه بيد من له الإعتبار، والأمر الاعتباري ليس له وجود خارجي، وإنما قيامه بنفس المعتبر الذي له أهلية ذلك. ثم الملكية إما عقلانية وهي اعتبار عقلائي، وإما شرعية وهي اعتبار شرعي، وهما ربما يتطابقان وربما يتخالفان.

والبيع المفيد للملكية الشرعية اشترط فيه شروط منها الإيجاب والقبول اللفظيان، ولذا جاء عنوان «المعاطاة» في الكتب الفقهية بعد الفراغ عن أحكام العقد اللفظي، بلحاظ أنها فاقدة للصيغة، فيقولون هل تفيد الإباحة أو الملكية؟

والمشهور - لاشتراطهم الصيغة اللفظية - يقولون بأن الملكية الشرعية لا تحصل بالمعاطاة، أي إن الاعتبار الشرعي الموجود في البيع بالصيغة، غير موجود في المعاطاة، كما هو غير موجود في الصيغة الفاقدة لبعض

الشرائط المعتمدة.

فهم يقولون في المعاوضة المتداولة بين الناس التي تقع بينهم بقصد التمليك بأن هذا الفعل لا يفيد الملكية الشرعية عند الشارع -لاشتراطه الإيجاب والقبول اللفظيين في البيع- فليس له هنا اعتبار على طبق الاعتبار العقلاني، لكن له اعتبار الإباحة في التصرف، فهنا إباحة شرعية لا مالكية حتى يقال: بأن ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، فيضطر إلى حمل كلامهم على ما لا وجه لحمله عليه.

والدليل على هذه الإباحة الشرعية هو: أنه في البيع الفاسد -كالبيع الغرري مثلاً- يقولون بعدم حصول الملكية وبعدم جواز التصرف في العوضين، والوجه في الحكم بعدم جواز التصرف فيهما هو أن التسليم والتسلم الحاصلين بعد العقد إنما حصلوا من باب ترتيب الأثر عليه، فالبايع يسلم المبيع إلى المشتري لكونه -أي المشتري- مالكا له، فإذا تبين فساد العقد عند الشارع، ظهر أن المبيع لم يكن ملكاً للغير، فلا موضوع لهذا التسليم وجواز تصرف المشتري فيه.

أما في المعاوضة، فالمال ملك للمعطي، يعطيه للغير بطيب نفسه ويقصد التمليك، فإذا تبين فساد المعاملة -لكونها فاقدة للصيغة- وعلم أن الشارع لا يرتب على هذا الإعطاء أثر البيع، لم يكن مانع من الترخيص الشرعي في التصرف فيه، لأن المفروض كونه مسلطاً للغير على ملك نفسه بطيب نفسه، وأن هذا المعنى باقٍ بعد حكم الشارع بعدم الملكية، فيحكم الشارع بالإباحة، لتحقق موضوع حكمه وهو الرضا من المالك بتصرف الغير في ملكه.

فإن قلت: فلم لا تأتي هذه الإباحة الشرعية في البيع الفاسد.

قلت: قد ذكرنا أنه في البيع الفاسد إنما يعطي المال للمشتري بعنوان

كونه ملكاً للمشتري، فإذا أبطل الشارع البيع لم يبق موضوع للإعطاء ثم تصرف المشتري، بخلاف الحال في المعاطاة، فإنه يعطي ملكه للطرف الآخر بقصد التملك، فإذا لم يرتب الشارع آثار التملك على هذا الإعطاء، لم يكن مانع من أن يبيع للآخر التصرف فيه، لأن المفروض رضا المالك بهذا التصرف. فما قصد لم يقع لعدم شرعيته، وما وقع وهو الإباحة الشرعية لم يقصد، لكن قصد - بإعطائه ماله الغير - إدخاله في حيز تصرف الغير وجعله تحت يده، فيجوز له التصرف بحكم الشارع.

وعلى الجملة: نقول: مراد المشهور من «الإباحة» في المعاطاة المتداولة المقصود بها التملك هي الإباحة الشرعية، بمعنى أن شرط حصول الملكية شرعاً في البيع كونه بالضيعة اللفظية، فإذا فقدت لم يعتبر الشارع الملكية، لكن يتعبدنا بالإباحة، لأن من يدخل ماله تحت يد الغير بطيب نفسه بقصد الملكية، قد رفع يده عن ملكه، وإذا حكم الشارع بعدم حصول الملك حكم بالإباحة، لأن المال يحل للغير بطيب نفس ماله.

ولا يرد عليه النقض بعدم جواز التصرف في البيع الفاسد. لأن الرضا المقوم للبيع لم يمتص شرعاً، ولا رضا آخر غيره، فلا يجوز التصرف.

ولا يقال: فقد سلم ماله للطرف الآخر. لأنه إنما سلمه إياه بعنوان كونه مالاً للغير، وفي المعاطاة يسلمه حال كونه مذكراً لنفسه بطيب نفسه، وطيب النفس هو الملاك لجواز التصرف شرعاً.

فهذا هو التحقيق في بيان مذهب المشهور، ويمكن استفادته من كلام للشيخ في المبسوط - وإن حملة الأعظم على معنى آخر - وهذه عبارته بعد

بيان اشتراط الإيجاب والقبول:

«وكل ما جرى بين الناس إنما هي استباحات وتراض، دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً، مثل أن يعطي درهماً للخباز فيعطيه خبزاً أو قطعةً للبقلي فيناول به البقل، وما أشبه ذلك. ولو أن كلاً منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع»^(١) والله العالم.

وعلى الجملة، فإن محل النزاع هو المعاطاة المقصود بها التملك، وأن المراد من الإباحة هي الإباحة الشرعية.

وبما ذكرنا ظهر النظر في كلمات الأعلام.

قوله:

لكن الإنصاف: أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم، فإن هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة....

أقول:

يعني: إن التزام الفقهاء بالملكية أنما في التصرفات المتوقعة على الملك في المأخوذ بالمعاطاة، أهون من حمل كلماتهم على الملكية المتزلزلة، فله أن يبيع ما يأخذه بالمعاطاة مع أنه لا يبيع إلا في ملك، وأن يوقفه مع أنه لا وقف إلا في ملك، وأن يطأ الجارية مع أن الوطء لا يكون إلا في ملك، وهكذا. وبالجملة، فإنه مع الشك في سببية المعاطاة للتصرفات، فإن الأصل هو العدم، لكن الدليل من الإجماع والسيرة يقتضي جوازها، فيلتزم بحصول الملكية في أن التصرف الملكي.

(١) المبوط في فقه الإمامية ٢ / ٨٧.

لكن، إذا قام الدليل على جواز التصرف مطلقاً، فإنه سيكون رافعاً للشك ويقتضي القول بالملكية من أول الأمر، على أن الالتزام بالملكية في أن التصرف وإن أمكن في مثل وطىء الجارية، لأن المحرم هو الوطي في غير الملك ولا يشترط تقدم الملكية على الوطيء، إلا أنه في مثل البيع غير صحيح، لأن البيع تمليك الغير، فأن البيع أن ملكية الغير - لأن التمليك والملكية واحد في الحقيقة - فإذا كان مالكا للشيء في هذا الآن لزم اجتماع الضدين، وكذا في الوقف، لأن حقيقته الإخراج من الملك، فإذا قلنا بالملكية في أن الوقف لزم اجتماع الضدين كذلك، فالصحيح هو القول بالملكية من أول الأمر بمقتضى الدليل.

نعم، يمكن تصوير الملكية أنما بأن يجعل أن الإيجاب غير أن القبول، فيكون الشيء في أن الإيجاب ملكاً للبائع وفي أن القبول ملكاً للمشتري، وكذا في الوقف... إلا أنه لا حاجة إلى هذا التكلف بل التعسف مع وجود الدليل.

هل المعاطاة على القول بالإباحة بيع؟

قوله:

ثم إن المعروف بين المتأخرين: إن من قال بالإباحة المجردة في المعاطاة قال بأنها ليست بيعاً حقيقة، كما هو ظاهر بعض العباثر المتقدمة ومعقد إجماع الغنية. وما أبعد ما بينه وبين توجيه المحقق الثاني من إرادة نفي لزوم. وكلاهما خلاف الظاهر. ويدفع الثاني تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار... وأما الأول....

أقول:

كان الأولى أن يدفع الأول: بأن الملكية ليس لها واقعية، وإنما هي أمر اعتباري، وكل أمر اعتباري فقوامه بنفس الاعتبار ولا وجود له إلا في عالم الاعتبار، وإذا كان البيع موضوعاً في الأمر الاعتباري كانت المعاطاة المفيدة لهذا الأمر الاعتباري بيعاً كذلك، غير أن الشارع إذا اعتبر العقد اللفظي، كانت النتيجة أنه بيع فاسد لا أنه ليس بيع.

وأما دفعه توجيه المحقق الثاني بما ذكره، فعجيب، لأنه يقول في التنبيه السادس - كما سيأتي - بأن عنوان جواز الترادّ الثابت في المعاطاة غير عنوان الفسخ الثابت في سائر الموارد، بل هو نظير الرجوع في الهبة. وعليه، فالبيع المعاطاتي هنا متحقق، لكن الترادّ جائز.

وأيضاً، فإن صريح المحقق الثاني أنه يجوز التراد في المعاطاة مادام ممكناً، فإذا تلفت إحدى العينين امتنع الترادّ ويكون لازماً. فمراده من اللزوم جواز التراد ومن عدم اللزوم عدم جوازه.

فما ذكره غير دافع لكلام المحقق الثاني، لأن الذي فيه هو التراد لا الفسخ، والشيخ نفسه قال بذلك في التنبيه السادس، فالتراد جائز مع عدم الخيار.

الأقوال في المعاطاة

إذا عرفت ما ذكرنا، فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستة: اللزوم مطلقاً... والّلزوم بشرط كون الدالّ على التراضي أو المعاملة لفظاً... والملك غير اللّازم... وعدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقفة على الملك... وإباحة ما لا يتوقّف على الملك... والقول بعدم إباحة التصرف مطلقاً. أقول:

قد اختار القول الأوّل من المتأخّرين: الفيض الكاشاني والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة، وقد ذكر شيخنا الجدّ قدّس سرّه قولهما بالتفصيل، وأجاد فيما أفاد^(١). وتأمله بالنسبة إلى القول الثاني في محلّه، لأنّ اشتراط ذلك عبارة أخرى عن عدم سببيّة المعاطاة للملكيّة.

والقول السادس هو أنّ المعاطاة لغو، وكأنّ القائل به يريد أنّها وإن كانت بيعاً عند العرف وتقيّد الملكيّة في اعتبارهم، لكنّها في اعتبار الشارع لا تقيّد الملكيّة ولا الإباحة، فلا يترتب عليها أيّ أثر بل هي بيع فاسد، وهذا على القول بأنّ الملكيّة أمر اعتباري واضح، لأنّ جواز التصرف الذي يكون التملك مقوّماً له قد زال بعدم إمضاء التملك، ولا وجه غيره لجواز التصرف، وأمّا على مسلك الشيخ - من أنّه ليس للشارع اعتبار في مقابل اعتبار العقلاء، بل الملكيّة حقيقة واحدة ونظر الشارع والعرف طريق إليها، ففي كلّ مورد وقع الخلاف بينهما، فإنّه يخطأ العرف والعقلاء - فلا مانع من

(١) غاية الأمال في شرح المكاسب ١ / ١٧٨.

أن تكون المعاطاة - لا سيّما في حالكون الطرفين عالمين بعدم المؤثرية شرعاً - مفيدة للإباحة المالكية [١].

المختار: حصول الملك

قوله:

وذهب جماعة - تبعاً للمحقق الثاني - إلى حصول الملك، ولا يخلو عن قوة. للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه....

الاستدلال بالسيرة

أقول:

والاستدلال بالسيرة للقول بحصول الملك بالمعاطاة والتصرف في المأخوذ بها بالعتق والبيع والوطيء وغير ذلك من آثار الملك، يكون على نحوين:

سيرة المتشّعة بما هم متشّعة، فإن المرتكز في أذهانهم وعملهم على طبقه، يكشف عن تلقّيم ذلك من الشارع، نظير الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم، فإن حصلنا في المسألة على مثل هذه السيرة من أهل الشرع، ملتزمين به في أفعالهم وتروكهم، كانت كاشفة، ولا مجال لاحتمال كونها

[١] وقال السيّد: «وهنا قول سابع، وهو: إنها معاملة مستقلة مفيدة للملكية

وليست بيعاً وإن كانت في مقامه. حكى عن الشيخ الكبير الشيخ جعفر قدّس سرّه» (١).

ناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة في الدين [١].

إلا أن الكلام في المقام في الصغرى [٢].

وسيرة العقلاء، ولا ريب في قيامها في ما نحن فيه، فإن بناءهم قبل الشرع وإلى الآن، على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، ولو لم تكن هذه السيرة مرضية عند الشارع لردع عنها، لأن عدم الردع يكشف عن الرضا بها ومطابقتها لغرضه، وألا يلزم نقض الغرض، نظير ما تقرّر في حجية الظواهر.

وعلى الجملة، فإن العقلاء يتصرفون بالتصرفات المتوقفة على الملك في المأخوذ بالمعاطاة المقصود بها التملك، مضموناً بالثمن المسمّى - لا بالمثل والقيمة - وليس ذلك إلا من جهة كونها بيعاً صحيحاً مملّكاً، والشارع كان يرى هذه السيرة ولم يردع عنها، فهي بيع مملّك. هذا.

[١] وقال السيّد: «دعوى: أنه مبني على عدم المبالاة، كما ترى، بل من المعلوم أن الأئمة عليهم السلام وأصحابهم بل سائر الناس من العلماء والعوام، كانوا يتصرفون في الهدايا والعطايا تصرف المملّك، ولم يعهد من أحد منهم إجراء الصيغة فيها، مع أنه لا فرق بينها وبين البيع بناءً على اعتبارها في الملكية. فتدبر»^(١).

[٢] وحاصله الردّ على الشيخ والسيّد قدس سرهما، لأن حقيقة سيرة المتشرعة الإجماع العملي منهم المتخذ من صاحب الشريعة من حيث التزامهم بالدين، وتحقق ذلك مع وجود الشهرة القطعية - بل ادّعي الإجماع - على الإباحة أوّل الكلام، فالدليل هو السيرة العقلانية، لكن المهم فيها أن لا تكون مردوعة، وقد تعرض السيّد الجدل لما يحتمل رادعيته إلا الإجماع المذكور، وسيأتي الكلام حوله.

ولا يتوهم: أن ما دلّ على أن لا بيع أو وقف أو وطئ إلا في ملك، رادع عن هذه السيرة.

لأن تلك الأدلة متأخرة في الرتبة، لأنها دلت على المنع من تلك التصرفات إلا في الملك، والسيرة أفادت بأن هذا ملك، فليسا في مرتبة واحدة حتى تتحقق الرادعية.

نعم، لو قام الدليل على عدم جواز التصرفات الملكية في المأخوذ بالمعاطاة، كأن يدلّ على أن المأخوذ بها لا يباع، أو قام على اعتبار الإيجاب والقبول اللفظين في حصول الملك، بأن يدلّ على أن لا بيع إلا بالإيجاب والقبول، لكان رادعاً عن السيرة، لكن المفروض عدم وجود دليل كذلك.

وهل يصلح دليل الاستصحاب بعمومه للرادعية عن السيرة المذكورة، إذ مع الشك في إفادة المعاطاة للملكية عند الشارع، نستصحب عدمها ويكون رادعاً عنها وتسقط بذلك عن الكاشفية؟

وكذلك الكلام في مبحث خبر الواحد، لأن من أدلة حجتيه سيرة العقلاء، وحجتيها منوطة بعدم الردع، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ رادع، فتسقط السيرة عن الدليلية.

وهكذا في مبحث الاستصحاب، حيث يستدلّ له بالسيرة العقلانية، فإنه يمكن القول برادعية الأدلة الناهية عن اتباع الظن عن الأخذ بالحالة السابقة.

والتحقيق: عدم الرادعية في الموارد المذكورة وتمامية الاستدلال بالسيرة، لما أفاد المحقق الخراساني في الجواب^(١) - وإن كان بين ما ذكره في مسألة خبر الواحد ومسألة الاستصحاب، فرق - من أن جريان قوله عليه

السلام: «لا تنقض اليقين بالشك» يتوقف على أن لا تكون السيرة العملية القائمة على مملكيّة المعاطاة ممضأةً شرعاً، وكونها غير ممضأة من الشارع يتوقف على جريان «لا تنقض»، وهذا دور، فالرأعيّة ممتنعة.

فإن قلت: كون السيرة ممضأةً موقوف على عدم الرادع، وعدمه موقوف على عدم جريان الإستصحاب، وعدم جريانه موقوف على وجود السيرة الممضأة، وهذا دور كذلك.

قلت: كون السيرة ممضأةً، غير موقوف على عدم جريان الاستصحاب، بل هو موقوف على عدم إحراز جريانه، لأن عدم إحراز الرادع كافٍ في الإمضاء، لكنّ جريان الإستصحاب لا يكفي فيه عدم إحراز الموضوع وهو الشك، وإحرازه منوط بكون السيرة ممضأة، فيلزم الدور هناك ولا يلزم هنا. وهذا جواب علمي دقيق.

ولكنّ الأدق والأمتن منه هو: إن قوله عليه السّلام: «لا تنقض اليقين بالشك» من الظواهر، وحجّة الظواهر ثابتة بالسيرة العقلانيّة، فلا مدرك لحجّة دليل الإستصحاب إلّا السيرة، بخلاف المقام، حيث يوجد الدليل غير السيرة أيضاً، وكذا في باب حجّة خبر الواحد. وإذا كانت السيرة القائمة على حجّة الظواهر ممضأة، فالقائمة على المعاطاة ممضأة كذلك، إلّا أن هذه حاكمة على تلك [١].

[١] ولنا أن نقول: إن هذه السيرة محرزة بالفعل ومتصلة بزمان المعصوم عليه السلام يقيناً، ولما كانت من البناءات الراسخة في أذهان عموم العقلاء، وهي جارية عندهم في جميع الأزمنة، حيث يرون الإعطاء بقصد التحليك بعوضٍ بيعاً حقيقياً ويرتّبون عليه كلّ الآثار، كما يرتّبونها على البيع العقدي، فإنّ الرادع عن مثلها لا بدّ وأن

وتلخص: تمامية الاستدلال بالسيرة العقلانية [١].

يكون بمثابة في القوة والآ لم يصلح للرادعية، ولذا وجدنا الشارع لا يكتفي في الردع عن العمل بالقياس بالمنع عنه مرةً أو مرّات، حتى بلغت النصوص في تحريمه إلى المئات، وفيما نحن فيه، لا تصلح روايات الاستصحاب للرادعية، لكونها أخباراً معدودة، وكيف يصلح خبر الواحد للرادعية عن مثل هذه السيرة؟

هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإنّ حجية خبر الواحد محلّ بحث عند العقلاء. على أن مورد البحث هنا من استصحاب عدم الأزلي، لأن الملكية لم تكن في الأزل، وحصولها بالمعاطة في الشريعة مشكوك فيه، فيستصحب عدم، لكنّ حجية استصحاب عدم الأزلي محلّ البحث والخلاف بين العلماء.

وأيضاً، فإنّه من موارد الشبهات الحكمية، وجريان الاستصحاب فيه محلّ خلاف وبحث كذلك.

أما السيرة القائمة على إفادة المعاطة للملكية، فهي -بالإضافة إلى ما أشرنا إليه- معتمدة بأدلة أخرى من الكتاب والسنة، فمثل الاستصحاب المذكور لا يصلح للرادعية عن مثل هذه السيرة.

[١] ويبقى الكلام في رادعية الشهرة بل الإجماع على أن المعاطة تفيد الإباحة لا الملكية.

أما السيّد اليزدي، فقد ذكر الإجماع في أدلة إفادة المعاطة للملكية قائلاً: «ثانيها: إجماع العلماء على جواز التصرفات حتى الموقوفة على الملك، والعلامة قد رجع عن ما ذكره في النهاية. وهذا لا يجتمع مع عدم حصول الملكية، إلا ببعض التوجيهات الآتية التي لا ينبغي صدورها عن الفقيه»^(١).

قوله:

ويدلّ عليه أيضاً: عموم قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾... بل قد يقال: بأن الآية دالة عرفاً بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي، لكنه محلّ تأمل....

الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾

أقول:

بعد أن ثبت أن المعاطاة بيع، وأن إنكار كونها بيعاً مكابرة، فإنها تكون

لكن لا يخفى: أن الفتوى بجواز التصرفات مطلقاً لا تلازم القول بإفادة المعاطاة الملكية.

وأما السيّد الخوئي، فأجاب بأنه لم يتم إجماع تعبدّي على ذلك، غاية الأمر أنه نقل الإجماع عليه، وقد نقّحنا في علم الاصول عدم حجّيته إلا إذا حصل العلم باستناد المجمعين إلى رأي المعصوم عليه السلام. ومن المحتمل القريب أن يكون استنادهم في فتواهم بعدم لزوم البيع المعاطاتي إلى الروايات المشعرة باعتبار اللفظ في البيع^(١).

وأما السيّد الجدّ، فمفاد كلامه عدم ثبوت الإجماع على الإباحة من أصله، بل لقد استظهر من كلام شيخ الطائفة القول بالملكية، بل صريح السيّد اليزدي إن دعوى الغنية بالإجماع إنما هي على عدم كون المعاطاة بيعاً، فقال بأنها ممّا لا يصنّى إليها.

وتبقى الشهرة، ومن أجلها ذهب بعض مشايخنا إلى عدم تمامية الاستدلال بالسيرة، لصلاحيّتها للردع عنها، لكنّ الكلام في السيرة العقلانيّة، ورادعيّة الشهرة الفتوائية عنها - مع عدم وضوح كاشفيّتها عن رأي المعصوم، واحتمال كونها مستندة إلى ما ليس باعتباره بمعلوم - أوّل الكلام.

صغرى لكبرى قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، و«الحلّية» هذه بمعنى الترخيص، وفي مقابلها الحرمة وهي المنع وعدم الرخصة، وهي الحلّية التكليفية، والبيع عبارة عن: إنشاء تمليك عينٍ بمال، كما تقدّم، فيكون معنى الآية: أحلّ الله التصرفات المترتبة على البيع، فيعمّ المتوقفة على الملك، وتدُلُّ بالالتزام على أن البيع يوجب التمليك، لأن تحليل التصرفات مستلزم لأن يكون بيعاً والمعاطاة بيع، فهي تفيد التمليك من أول الأمر.

والحاصل: إنّه لما كانت الحلّية تكليفية وهي لا تتعلق بالبيع، فلا بدّ من تقدير «التصرف»، فدلّت الآية على أن التمليك المالكى ووجود الملكية مرخّص فيه شرعاً. هذا تقريب الاستدلال بناءً على ما استظهره الشيخ منها، وإن قال بالتالي:

فالأولى حيثئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً.

لكن لقائل أن يقول بعدم وفاء الاستدلال على ما ذكر بالمدعى، لأن غاية ما تدل عليه الآية هو الترخيص في البيع، فمن أين يثبت الإطلاق في البيع ليعمّ المعاطاة، وهو متوقّف على كون الآية في مقام بيان الحكم الفعلي، وإذا كانت في مقام التشريع فهي مجملة، والقدر المتيقّن ما كان بالضيفة؟ ويمكن الجواب: بأن الظهور الأولي للقضايا المتعلقة بالأحكام في الكتاب والسنة، أن تكون لبيان الحكم الفعلي، إلا إذا قامت القرينة على كونها للحكم للتشريعي، وعلى هذا الظهور تتحكّم أصالة الإطلاق. هذا أولاً.

وثانياً: استدلال الإمام عليه الصلوة والسلام - فيما رواه الصدوق والشيخ - بالآية المباركة، يفيد ظهورها في الحكم الفعلي، فعن عمر بن يزيد

بيّاع السّابري قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: جعلت فداك، إن الناس زعموا أن الريح على المضطرّ حرام.

فقال: هل رأيت أحداً اشترى - غنياً أو فقيراً - إلا من ضرورة؟

يا عمر، قد أحلّ الله البيع وحرّم الربا، فاربح ولا ترب.

فقلت: وما الربا؟

قال: دراهم بدراهم، مثلين بمثل، وحنطة بحنطة مثلين بمثل»^(١).

أقول: لكنّ الأولى في وجه الاستدلال أن يقال: إنّ الحليّة إمّا تكليفيّة بمعنى الرخصة والجواز، وإمّا وضعيّة بمعنى النفوذ وأن الشارع قد اعتبر أن البيع قد وقع في محلّه، والمراد من البيع: إمّا هو المبدء الذي يسند إلى الفاعل في باع يبيع، وإمّا التمليك الإنشائي، وبناءً على تعريف الشيخ: إنشاء تمليك عين بمال.

فالوجه أربعة.

فإن كانت الحليّة تكليفيّة والمراد من البيع مبدء المشتقات، أي: البيع المسبّب والملكيّة الحاصلة، كان المراد ترخيص المسبّب وجوازه، وإن كان بما هو مسبّب غير مقدور بنفسه بل هو مقدور بالواسطة، ومعنى هذا الترخيص هو الوقوع، وذلك يرادف الصّحة، إذ الفساد معناه عدم الوقوع، فلو كان مما لا يقع لم يكن معنى لتجويزه والترخيص فيه.

وإن كانت الحليّة تكليفيّة والمراد من البيع هو التمليك الإنشائي، فقد دلّ بالالتزام على مؤثريّة إنشاء التمليك في الملكيّة، وإلا لزم تجويز أمر لغو.

(١) تهذيب الأحكام ١٨ / ٧، الباب ١ من أبواب التجارات، الرقم: ٧٨ ونحوه في وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٣،

الباب ٦ من أبواب الربا، الرقم: ٢.

وتلخص: إن الآية الكريمة تدلّ -بناءً على الحليّة التكليفيّة- على إفادة المعاطاة للملكيّة، إمّا مطابقةً كما في الوجه الأول، وإمّا التزاماً كما في الوجه الثاني.

وإن كانت الحليّة وضعيّة، والمراد من البيع هو المسبب، فالآية تدلّ بالمطابقة على اعتبار الشارع للملكيّة في المعاطاة بعد الفراغ عن كونها بيعاً. وإن كانت الحليّة وضعيّة، والمراد من البيع هو السبب -أي التملك الإنشائي فإنّ حليّة البيع وضعاً ليس إلا اعتبار المؤثرية، وهي ليست إلا الملكيّة.

فالآية دالّة على المدعى بالوجوه الأربعة كلّها.

وأما دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً -كابن زهرة في الغنية- فقد أجاب الشيخ بما حاصله: إنهم لا ينفون أصل بيعيّة المعاطاة، فهي عندهم بيع لكنه ليس ببيع صحيح شرعي، إلّا أن لفظ البيع حقيقة في الأعمّ من الصّحيح والفساد، فمرادهم -لا محالة- هو المعاملة اللازمة التي هي إحدى العقود، قال الشيخ: ولذا صرح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع. ودعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً، قد عرفت الحال فيها [١].

[١] أقول: إن ما أفاده -طاب ثراه- ناظر إلى كلمات الأكابر في المقام، وقد بيّن وجه الاستدلال بالآية على جميع الوجوه، فالمرزا المحقق رحمه الله على أن المراد من الحلّ في الآية هو الوضع، بقرينة تعلّقه بالأعيان، قال: وبيان ذلك: إن المصنّف قدس سرّه استظهر من الآية الكريمة كون الحليّة هي التكليفيّة لا الوضعيّة، وذلك بقرينة المقابلة مع حرمة الرّبا، فإنّ المراد من حرمة الرّبا هي الحرمة التكليفيّة، فعليه،

لا يتم الاستدلال بالآية على صحة المعاطاة.

لكن الإنصاف: عدم تمامية ما استظهره، بالمنع عن كون المراد من الحرمة في قوله تعالى ﴿حَرَّمَ الرِّبَا﴾ هي التكليفية، بل يراد بها الوضع، بقرينة مقابلتها مع حلية البيع الظاهرة في الوضع، وليس العكس - أعني رفع اليد عن ظهور آية الحل في الوضع بقرينة آية الحل الظاهرة في الوضع، مع أن الإنصاف ظهور كلتا الفترتين في الوضع، بواسطة إسناد الحل والحرمة فيهما إلى البيع والربا، لا إلى الأفعال المترتبة عليهما. والحلية والحرمة إذا اسندتا إلى الأعيان يراد بهما الوضع، لأن إرادة التكليف منهما محتاجة إلى مؤنة زائدة، وهي تقدير الفعل، لكون فعل المكلف هو الموضوع للحل والحرمة لانفس الأعيان^(١).

ولا يمكن المساعدة على ما ذهب إليه، لأن «البيع» ليس من الأعيان، وإنما هو الأمور الاعتبارية، فما ذكره غير منطبق. هذا أولاً.

وثانياً: ظاهر السياق في الآيات هو الحكم التكليفي لا الرضعي، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقْرَأُونَ إِلَّا كُنَّا يَقْرَأُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ * يَسْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيلِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ * إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ * يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَكِّرُوا مَا بَيَّيْنَا مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ^(٢).

(١) المكاسب والبيع ١ / ١٣٢.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥ - ٢٧٨.

ويشهد بذلك الأخبار الواردة في ذيلها^(١).

أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَقَالَ: بَأَنَّ الْحِلْيَةَ وَالْحَرَمَةَ وَإِنْ كَانَتَا ظَاهِرَتَيْنِ فِي التَّكْلِيفِيَّةِ، إِلَّا أَنَّهُمَا إِذَا تَعَلَّقْنَا بِأَمْرٍ عَتَبَارِي، كَانَ لِهَمَا ظَهْوَر ثَانَوِي فِي الْوَضْعِ - كَمَا هُوَ الْحَال فِي الْأَوَامِر وَالنَّوَاحِي الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَرْكَبَاتِ كَالصَّلَاةِ، فَإِنَّهَا تَكُون ظَاهِرَةً فِي الْجَزْئِيَّةِ وَالْمَانِعِيَّةِ - لَكُنْ فِيهِ: إِنَّ ذَلِكَ أَوَّلُ الْكَلَامِ، بَلِ الْأَلْفَاظِ وَالْخَطَابَاتِ بَاقِيَةً عَلَى ظَهْوَرِهَا الْأَوَّلِي، إِلَّا إِذَا قَامَتْ الْقَرِينَةُ.

وذهب المحقق الإصفهاني إلى أَنَّهَا وَضْعِيَّةٌ بَيَانٍ آخِرٌ وَهُوَ: إِنَّ الْآيَةَ تَدُلُّ بِالمُطَابَقَةِ عَلَى الصَّحَّةِ، نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْحِلْيَةَ أَمْرٌ يَنَاسِبُ التَّكْلِيفَ وَالْوَضْعَ، وَلِذَا وَرَدَ فِي بَابِ الصَّلَاةِ: «حَلَّتِ الصَّلَاةُ فِيهِ» أَيُ جَازَتْ وَوَقَعَتْ فِي مُحَلِّهَا، فَالْحِلْيَةُ مَنْسُوبَةٌ إِلَى نَفْسِ الْبَيْعِ بِمَا هُوَ تَسَبُّبٌ إِلَى الْمَلَكِيَّةِ، وَالْمَرَادُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّهُ تَعَالَى أَحَلَّهُ مُحَلَّهُ وَأَقَرَّهُ مَقَرَّهُ وَلَمْ يَجْعَلْهُ كَالْقِمَارِ بِحُكْمِ الْعَدَمِ.

وَأَمَّا جَعْلُهُ مِنَ الْحَلِّ فِي قِبَالِ الشَّدِّ، بِمَعْنَى أَنَّهُ لَمْ يَصْدَعْ عَنْهُ وَجَعَلَهُ مَرخِي الْعِنَانِ فِي تَأْثِيرِهِ، فَغَيْرُ وَجِيهِ، لِأَنَّ الْحَلَّ فِي قِبَالِ الشَّدِّ يَتَعَدَّى بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ أَحَلِّ مِنَ الْحُلُولِ. وَالْمَرَادُ مِنْ دَلَالَةِ الْآيَةِ بِالمُطَابَقَةِ فِي كَلَامِهِ وَجَعْلَهُ مُحَلًّا لِلتَّأَمُّلِ هَذَا الْوَجْهِ، الَّذِي مَرَجَعُهُ إِلَى إِرَادَةِ الْوَضْعِ مِنَ الْحِلْيَةِ دُونَ التَّكْلِيفِ^(٢).

وَلَا يُمْكِنُ الْمُسَاعَدَةُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ كَذَلِكَ، لِوُضُوحِ الْفَرْقِ بَيْنَ «الْحِلِّ» وَ«الْحَلِّ» وَ«الْحُلُولِ» وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَقْصُودُ فِي الْآيَةِ دُونَ الْآخَرَيْنِ، وَخَاصَّةً بِالنَّظَرِ إِلَى الْمُقَابَلَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ تَحْرِيمِ الرِّبَا، كَمَا لَا يَخْفَى.

(١) كنز الدقائق ١ / ٦٦٤ - ٦٦٩.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٠٥ - ١٠٦.

الاستدلال بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً...﴾

قوله:

ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

أقول:

الظاهر من ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ أنها استعارة تخيلية، فشبه المال بالطعام وذكر لازم المشبه به وهو الأكل، والمراد منه -ظاهراً- هو

وذهب المحقق الخوئي إلى أن الآية تدل على صحة البيع المعاطاتي بالدلالة المطابقة، لأن معنى الحل في اللغة هو الإطلاق والإرسال، ويقابله التحريم فإنه بمعنى المنع والحجر، ولا ريب أن الحل بهذا المعنى يناسب الحلية الوضعية والتكليفية معاً. وعليه، فكما يصح استعمال لفظ الحل في خصوص الحلية الوضعية أو التكليفية، كذلك يصح استعماله في كليتهما معاً، ويختلف ذلك حسب الموارد والقرائن، وهكذا الحال في لفظ التحريم -الذي هو مقابل الحل- فإنه يعم التحريم الوضعي والتحريم التكلفي كليهما، وإرادة خصوص أحدهما دون الآخر في بعض الموارد من ناحية القرائن الحالية أو المقالية.

ولا يمكن المساعدة عليه، كذلك، إذ يتوجه عليه -كما أفاد بعض مشايخنا أيضاً- النقص بما اختاره في الخبر «كُلُّ شَيْءٍ لَكَ حَلَالٌ» من أنه لا يشمل الأحكام الوضعية فتأمل. وأما حلاً: فإن الخطابات الشرعية ملقاة إلى العرف والمقصود منها ما هو المنسب منها عندهم، فالمراد من الحلية هي المؤثرية المعبر عنها بالصحة، في قبال الفساد، أي عدم المؤثرية، وعليه، فلا تحمل الحلية والحرمة على الصحة والفساد لكونهما اصطلاحان في العرف الخاص.

الانحاذ للنفس، والباطل ما يقابل الحق، ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ إذ التجارة عن تراض حق، والاستثناء متصل ولا محذور من جعله منقطعاً. والتجارة - كما قال الراغب - «... طلباً للريح».

فالآية المباركة دالة بالمطابقة على مملكية المعاطاة، لكونها تجارة بلا ريب، إذ التاجر يجعل رأس ماله في مجرى الاسترباح، فكل معاطاة تجارة، والأكل التجاري مرخص فيه، فالأكل المعاطاتي مرخص فيه.

وإن كان «الأكل» بمعنى التصرف، دلت الآية على جواز مطلق التصرفات، وإذا كان منها التصرفات المتوقفة على الملك، فهي دالة بالالتزام على مملكية المعاطاة [١].

[١] أشار طاب ثراه في كلامه الموجز إلى النكات الموجودة في الآية والتي لها الدخول في الإستدلال بها، فأشار إلى أن المراد من لفظ «الأكل» فيها ليس المفهوم اللغوي، وإنما المقصود هو الكناية، فجزز أن يكون كناية عن «التملك» وعن «التصرف».

وأشار إلى أن الاستثناء متصل، ولا مانع من جعله منقطعاً.

وأن التجارة طلب الربح كما في المفردات^(١).

فيكون معنى قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢): لا تملكوا أموالكم بينكم بسبب من الأسباب غير العقلانية، إلا أن يكون السبب تجارة عن تراض بينكم، أو إلا التجارة والمعاطاة تجارة عند العرف، أو أن المعنى: لا تصرفوا في أموالكم....

(١) المفردات لمي غريب القرآن: ٧٣.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

والدلالة بناءً على الأول مطابقة، وعلى الثاني التزامية.

ومبنى الدلالة الالتزامية هي الملازمة العرفية بين حلية التصرفات على الإطلاق والملكية -لا الشرعية، ليرد إشكال الشيخ بعدم وجود الإجماع -وحيث، تدل الآية على الملكية من أول الأمر، وتكون دلالتها على ذلك أظهر من الآية السابقة، لكون المعاطاة تجارة عن تراض، والتجارة أعم من البيع، كما ذكر المحقق النائيني^(١).

وبما ذكرنا يتدفع إيراد المحقق الإيرواني^(٢).

لكن أخذ الاستثناء في الآية على الإتصال يستلزم التقدير الكثير، والأصل عدمه، فيتعارض الأصلان. هذا أولاً.

وثانياً: إن حمل الاستثناء على الإتصال يستلزم التخصيص المستهجن، لأن أسباب حل الأكل ليس منحصراً عن تراض، بل يحل ذلك بالهبات والوقوف والصدقات والوصايا وأروش الجنائيات وسائر النواقل الشرعية والإباحات، سواء كانت الإباحة مالكية أم كانت شرعية، فلاملازمة بين أكل المال بالباطل وبين ما لا يكون تجارة عن تراض.

وأجاب المحقق الخوئي: بأن جملة من الموارد المذكورة قسم من التجارة عن تراض، كالهبات والإجارة والجمالة ونحوها، والإلتزام بخروج البقية لا يستلزم كثرة التخصيص، مضافاً إلى أن المستثنى منه في الآية إنما هو أكل مال الغير بعنوان التملك، بأن يملك الإنسان باختياره مال غيره بغير التجارة عن تراض، وما لا يكون كذلك كالوقوف والزكوات، خارج عن حدود المستثنى والمستثنى منه تخصصاً

(١) المكاسب والبيع ١/ ١٣٥.

(٢) حاشية المكاسب: ٨١.

الاستدلال بحديث السلطنة

قوله:

وأما قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على أموالهم، فلا دلالة فيه على المدعى، لأنَّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة، فهو إنما يجدي فيما إذا شك في أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك وماضية شرعاً في حقّه أم لا؟... أما إذا... شك في أن هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد، أم لا بدّ من القول الدالّ عليه، فلا....

أقول:

وحاصل إشكاله: أن الحديث مسوق بإطلاقه لتشريع أنواع السلطنة لا لدفع شرطية شيء يشك في دخله في تأثير نوع من أنواعها، فمع الشك في

لاتخصيصاً^(١).

وقد أورد شيخنا عليه: بأنَّ الأخبار المعتبرة طبقت الآية المباركة على موارد التملك والتملك لا التملك فقط، ففي الخبر تطبيقها على القمار^(٢) وهو تملك وتملك بالباطل.

ثم إنَّ «التجارة» لا تصدق عرفاً ولغةً على مثل الوصية والهبة، وإن كانت أعم من البيع بلحاظ قوله تعالى ﴿رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ﴾^(٣). وقد عرفت أنَّ الأكثر على انقطاع الاستثناء في الآية المباركة. والله العالم.

(١) مصباح الفقاعة ٢ / ١٠٤.

(٢) كنز الدقائق ٢ / ٤١١.

(٣) سورة النور: ٣٧.

شرطية الإيجاب والقبول البلفظيين في ترتب الأثر على البيع، لا يجوز التمسك به لرفع الشرط حتى تثبت سببية المعاطاة للتمليك.

وأشكل المحقق الخراساني بوجه آخر، فقال: وهذا في الحقيقة رد للاستدلال بالحديث لإفادة المعاطاة الملك، ورد على الشيخ في تجويزه التمسك به لو شك في مشروعية نوع من أنواع السلطنة^(١).

وأشكل المحقق الرشتي -على ما نقل عنه مقرر الفاضل الإشكوري- بأن مقتضى الجمود على الظاهر هو التسلط على التصرف في موضوع المال، وإخراج المال عن الملكية والمالية الثابتة للمالك ليس تصرفاً في المال^(٢).

وحاصله: إنه مع التصرف التمليكي وإيجاد الملكية للغير على ماله يكون الشيء ملكاً للغير، ولا يعقل أن يكون باقياً على ملكه، فلا يشمل الحديث هذا التصرف، خلافاً للشيخ.

ولبعض الأكابر إشكال آخر وهو: إن الملكية علة للسلطنة، فإذا كانت السلطنة علة لزوال الملكية، لزم غلبة الشيء لعدم نفسه بالآخرة، وهو محال^(٣).

والتحقيق: صحة التمسك بالحديث، وذلك: لأن التسلط عبارة عن التمكن عن قهر -كما في المفردات ومجمع البحرين-^(٤)، فالسلطنة هي القاهرة، وكون الناس مسلطين على أموالهم معناه: أن زمام أمور أموالهم

(١) حاشية المكاسب: ١٢.

(٢) بنية الطالب ١ / ٥٦.

(٣) حاشية المكاسب للمحقق الإصفهاني ١ / ١١١.

(٤) المفردات في غريب القرآن: ٢٣٨، مجمع البحرين ٤ / ٢٥٥.

بأيديهم، ولا دخل لإرادة أحد في ذلك، حتى لو كان للمسلط عليه إرادة أيضاً، كانت إرادته مندكة. هذا أولاً.

وثانياً: إن عنوان القاهرية من الأمور الوضعية، والحديث في مقام جعله، لأن الظاهر في الخطابات الشرعية أن تكون تشريعية لا إخبارية، فالحديث مسوق لجعل هذا الأمر الوضعي.

وثالثاً: إن من آثار قاهريته للمال أن يكون له نقله من وعاء إلى وعاء آخر مع حفظ ماليته، ولازم انتقال الشيء من محل إلى آخر عدمه في المحل الأول، وحينئذ، فإن الأمر العدمي غير متأثر عن شيء وإنما هو لازم الأمر الوجودي، وهو الانتقال إلى الغير، فلم يكن العدم معلولاً للسلطنة.

ورابعاً: إن الإطلاق تارة أفراد، وأخرى أحوالي، فإذا قال: أكرم الإنسان، شمل بإطلاقه الإنسان بجميع أفراد وأصنافه من العربي والعجمي وغير ذلك، وبجميع أحواله من السفر والحضر والقيام والقعود وغير ذلك، لأن المفروض كون الموضوع طبيعي الإنسان، فإذا لم يشمل فرداً أو شمله ولم يشمل حالاً من أحواله، لزم الخلف.

وإذا عرفت هذه الأمور، ظهر لك معنى الحديث ودلالته على المدعى، لأنه أفاد قاهرية الناس لأموالهم، فلهم أن يملكوها للغير، والمعاطة تمليك كالبيع اللفظي - غير أنه بالفعل - ومقتضى الإطلاق شمول الإمضاء الشرعي المدلول عليه بالحديث لكلا نحوي التمليك، ولا يعقل أن يكون مطلقاً بالنسبة إلى بعض الأنواع ولا يكون كذلك بالنسبة إلى أحوالها، كما لا يعقل تخصيصه بنوع دون نوع أو حال دون آخر.

وعليه، فلا يعقل أن لا يكون الحديث نافياً لشرطية شيء مشكوك في شرطيته، نعم، ينفيه بالالتزام لا بالمطابقة، لأن التسلط حكم وضعي مشروع

متوجّه إلى جميع أنحاء التملك، فيشمل التملك المعاطاتي، لكونه في حيّز السّلطنة المجعولة للمالك، ولأزم ذلك نفى شرطية كلّ شيء مشكوك في شرطيته، ولا يعقل عدم نفيه لذلك.

هذا بالنسبة إلى إشكال الشيخ.

وأما ما ذكره المحقق الخراساني، فعجيب جداً، لأنّ المحجورية تكون تارة للمالك، كما لو كان صغيراً أو مجنوناً، وأخرى: للملك كما لو كان وقفاً أو مرهوناً، ونفي الحجر يكون دائماً بنفي أسبابه وعمله، والحديث يثبت السّلطنة، وأين هذا من الدلالة على نفي أسباب المحجورية؟

وأما ما ذكره المحقق الرشتي، ففيه: إنّ موضوعيّة الإضافة التي ذكرها، إنما هي للتسلّط لا للتصرّف، وهذا هو معنى الحديث. وحيثُ، فعدم الموضوع في أنّ التصرّف لا ينفي وجوده في أنّ التسلّط، فالموضوع حيث تكون السّلطنة محفوظ، والتصرّف بنقل المال من مكانٍ إلى آخر من آثار السّلطنة، وانعدام الإضافة في أنّ التصرّف لا يضرّ بتحقيق السّلطنة.

وأما الإشكال الأخير، فالجواب عنه هو: إنه لا ريب في أنّ الموضوع ذاتية اقتضاء بالنسبة إلى الحكم، لأنّه دخيل في الملاك أو هو تمام الملاك له، فالسّلطنة المجعولة إنما جعلت لكون المال ملكاً. وأيضاً: السّلطنة هي شرط تأثير الملكية للغير، لكنّ ذلك لازم ارتفاع الملكية لأنّ هذا الارتفاع مسبب عن السّلطنة، إذ لا يعقل أنّ يكون الأمر العدمي مسبباً عن الأمر الوجودي، إنما العدم من لوازم الأمر الوجودي، فلا مانع من أن تكون الإضافة الملكية علّةً للسّلطنة المجعولة، وهي شرط لتأثير التملك، لكن ملكية الغير الحاصلة بالسّلطنة لازمة لا مسببة، فلم يكن عدم الشيء معلولاً للشيء، ونظير هذا كثير، مثلاً: مديونية الإنسان تقتضي وجوب أداء الدين،

وجوب الأداء يقتضي الأداء، وبفعليّة الأداء تنتفي المديونية ولا محذور في ذلك.

وبالجملة، فإن «أموالهم» موضوع للسلطنة، وشرطيّة السلطنة لتأثير تملك الغير بأن يكون لازمه انتفاء الإضافة الملكية لا مانع عنها [١].

[١] أقول: قد وقع الكلام بين الأعلام في الاستدلال بحديث السلطنة على إفادة المعاطاة الملك. بعد قطع النظر عن السند لكونه مرسلًا^(١)، فمنهم من قال بعدم دلالة على ذلك، ومنهم من قال بدلالته، واختلفت أنظارهم في وجه الإثبات والتّفي، فمن النافين: الشيخ الأعظم، فإنه قال بعدم دلالة على المدعى، لما ذكره في المتن. وقد وافقه الميرزا فقال: إن الاستدلال به لا يصحّ على صحّة المعاطاة، لأن عمومه يدلّ على صحّة تصرف المالك في ملكه بالبيع ونحوه، وأما أنه مسلّط في إيقاع البيع بأيّ لفظ يريد أو بأيّ فعل يشاء، فهذا أجنبى عن عمومه، فإذا توقّف وقوع البيع على إيجاده بأسباب خاصّة، فمقتضى السلطنة على المال هو بيعه بأسبابه، بأن لا يكون ممنوعاً عن بيعه، لا تسلّطه في بيعه بغير تلك الأسباب، ولا أظنّ أحداً استدلّ به في المقام...^(٢).

والمحقّق الرشدي، وتبعه المحقّق الإيرواني^(٣).

والمحقّق الخراساني وتبعه المحقّق الخوئي^(٤) وبعض مشايخنا.

كلّ بوجه....

(١) المكاسب والبيع ١ / ١٣٦.

(٢) المكاسب والبيع ١ / ١٣٦.

(٣) حاشية المكاسب: ٧٧.

(٤) مصباح الفقاهة ٢ / ١٠٢.

وقد أجاب سيّدنا الجدّ عمّا ذكره....

كما أجاب عن وجهٍ آخر، أورده المحقّقان الإصفهاني واليزدي، وأجاب عنه كذلك^(١).

وسيّدنا الاستاذ قدّس سرّه -بعد أن وافق على القول بالدلالة- قال: نعم، هنا احتمال آخر، وهو أن يكون هذا الحديث بمعنى قوله عليه السلام: «لا يجوز لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره إلّا بإذنه» أي: إن الناس مسلّطون على أموالهم فقط، ولا سلطنة لهم على أموال غيرهم، فلا يجوز لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره إلّا بإذنه -وعلى هذا، يتفني «الإمضاء» ولا دلالة للحديث على المدّعى، إذ لا يكون له إطلاق، لعدم كونه في مقام بيان أقسام التسلّط وأنواعه، بل هو مجرد حكم حيثي^(٢).

أقول: والإنصاف أن بين الحديثين فرقاً واضحاً، أمّا الخبر: لا يحلّ... فلا إطلاق له أصلاً، لكنه في حديث السلطنة متحقّق، وهو ظاهر في لحاظ النبي صلّى الله عليه وآله -بناء على صدوره - لانقسامات الموضوع، وحيثنّه، لا يعقل لحاظه للانقسامات النوعيّة وعدم لحاظ الانقسامات الصنفيّة والأحواليّة، فهو كما لو قال: اعتق رقبةً في الدلالة على الإطلاق من الناحيتين.

وذهب السيّد والمحقّق الإصفهاني والسيّد الجدّ إلى دلالة الحديث على المدّعى، كلّ بوجه:

فقال السيّد: الإنصاف تماميّة الدلالة فيه أيضاً، لأنّ ظاهره إثبات سلطتهم بأنواع السلطنة على النحو المتداول بين العرف، فإذا كانت المعاطاة متداولةً بينهم في مقام

(١) حاشية المكاسب ١/ ١١١ - ١١٢، حاشية المكاسب ١/ ٣٤١ - ٣٤٢.

(٢) بلفظ الطالب: ٧٣.

البيع يشملها الحكم، مع أنه يمكن أن يقال إنها أحد الأنواع، إذ ليس المراد منها النوع المنطقي، بل أعم منه ومن الصنف، ومن ذلك يظهر أنه يمكن إثبات جواز إخراج المال عن الملكية بالإعراض إذا كان متداولاً بين الناس بناءً على الاختصاص، وإلا فلو قلنا إنه أعم منه ومن غير المتداول، فالأمر أوضح^(١).

وقال المحقق الإصفهاني ما حاصله: إن الحديث مطلق من الناحيتين، إذ السُّلْطَنَةُ ليست إلا القدرة على التصرفات المعاملية هنا المتحققة بترخيص الشارع تكليفاً أو وضعاً، فتحقق بالتخصيص تكليفاً القدرة على إيجادها بما هي عمل من الأعمال، وبالترخيص وضعاً وإنفاذاً ما يتصدى له ذو المال القدرة على المعاملة بما هي معاملة مؤثرة في مضمونها، فالتصرفات متعلقات السُّلْطَنَةِ لا عينها وأنواعها. نعم، السُّلْطَنَةُ على البيع باعتبار تخصصها بمتعلقها حصّة من طبيعي السُّلْطَنَةِ، وحيث عرفت أن البيع البتّحقق بالمعاطاة حصّة من طبيعي البيع، فالسُّلْطَنَةُ على هذه الحصّة من طبيعي السُّلْطَنَةِ، فلا يكون الإطلاق بلحاظ الكم فقط، بل يتضمن الإطلاق بلحاظ الكيف أيضاً، لما عرفت من أن السُّلْطَنَةَ تنزع بلحاظ الترخيص التكليفي والوضعي معاً، بل الثاني أقوى الجهتين وأظهر الحثيثتين في المعاملات، فإذا كان الشارع في مقام الترخيص التكليفي والوضعي لذي المال وهو المحقق لحقيقة السُّلْطَنَةِ، فلأمر حاله تكون الأسباب إما ملحوظة ابتداءً وبفسها أو بتبع لحاظ المسميات المفروضة حصصاً، وبهذا الاعتبار لها نفوذ ومضي، كما هو مقتضى عبارته قدس سرّه: ثابتة للمالك وماضية في حقّه شرعاً، ولا مضي ولا نفوذ إلا بملاحظة الأسباب، ولو من ناحية القيدية

المَحْصَصَة للتَمْلِك والمَحْصَصَة للسلطنة.

والظاهر من هذا الكلام جعل السلطنة بالترخيص تكليفاً ووضعاً، لا مجرد الإخبار بأن حقائق المعاملات للمالك في قبال عدمها، فإنه أجنبي عن عنوان السلطنة المتقومة بالترخيص تكليفاً أو وضعاً^(١).

وأورد عليه بعض مشايخنا - بعد أن أقرّ باندفاع كلام الشيخ الأعظم به - بأن: لازم الترخيص تكليفاً ووضعاً هو جواب شرب المالك العصير العنبي الذي غلا، سواء قبل ذهاب ثلثيه أو بعده، لأن ذلك مقتضى الإطلاق من الناحيتين، وليس دليل النهي عن شربه بمقتيد لهذا الإطلاق بصورة بعد ذهاب الثلثين، لأن دليل النهي أيضاً مطلق، لكون النهي عن الشرب أعم من أن يكون من المالك أو غيره، فتكون النسبة بينه وحديث السلطنة العموم من وجه، وإذا لا يمكن لدليل النهي التخصيص والتقييد، يلزم الفتوى بالجواز مطلقاً بقاعدة السلطنة، وهو خلاف الضرورة من المذهب.

لكن ما ذكره دام بقاءه من الإطلاق والعموم لدليل النهي ممّا لا يمكن المساعدة عليه، إذ لا معنى لأن يقال: شرب العصير العنبي الذي هو ملك للغير، أو شربه سواء كان ملكاً للشارب أو غيره، حرام إن لم يذهب ثلثاه، بل إن مثل هذا الدليل متوجه من أول الأمر إلى المالك، لأن عدم جواز التصرف في مال الغير مطلقاً مفروغ عنه.

ثم إنه اعترض على مسلك سيّدنا الجدّ في وجه الاستدلال: بأن الإطلاق مقتيد بأدلة التجارة عن تراض، فكلّ تجارة كانت غير باطلة شرعاً فللناس السلطنة عليها، فإن شك في أن الأمر الكذائي تجارة عن تراض أولاً، كان من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية.

(١) حاشية المكاسب ١/ ١٠٨ - ١٠٩.

قوله:

وكيف كان، ففي الآيتين مع السيرة كفاية. اللهم إلا أن يقال: إنهما لا تدلان على الملك، وإنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك... وأما ثبوت السيرة واستمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة... فالأولى حينئذ التمسك في المطلب: بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً....

أقول:

حاصله: عدم تمامية دلالة الآيتين على الملكية من أول الأمر، وعدم تمامية السيرة.

وقد ذكرنا أن الآيتين تدلان على الأمر الوضعي، وهو مؤثرية البيع

فإن قيل: المعاطاة تجارة عن تراض بلا إشكال.

قلنا: هذا رجوع من الاستدلال بالحديث إلى الآية المباركة.

أقول:

قد عرفت أن السيد الجذ يقول: بأن البيع مورد من موارد قاهرية المالك بالنسبة إلى ملكه، فهذا النوع جائز له، وهذا ما اعترف به الشيخ أيضاً، ثم إن هذا النوع له إطلاق أحوالي، فيكون شاملاً للمعاطاة ويتم الاستدلال.

فإن قيل: لابد من إثبات أن المعاطاة أكمل للمال بالحق.

قلت: هذا ما أثبتته رحمه الله سابقاً في ذيل الآية المباركة.

فإن قيل: إذن، يرجع الاستدلال إلى الآية.

قلت: لا يرجع، لأن الحديث يفيد أصل القاهرية بجميع أنحاءها، والآية تفيد أنه

يعتبر في الأنحاء أن تكون حقّة، والمفروض كون المعاطاة كذلك.

والتجارة.

فقد قلنا في آية الحل: أنها تفيد مؤثرية البيع على كل تقدير، والمفروض أن المعاطاة بيع كما نصّ عليه الشيخ وغيره، فهي دالة على أن المعاطاة توجب الملكية من أول الأمر.

وقلنا في آية التجارة: إن الأكل المنهي عنه كناية عن الأخذ للنفس، فلا يؤخذ المال للنفس: إلا بالتجارة، فالتجارة مفيدة للملكية.

وأما السيرة - والمراد منها السيرة العقلانية لا سيرة المتشربة - فلا ريب في انتهائها إلى زمن المعصوم ولا ردع عن هذه السيرة. فالاستدلال بالآيتين والسيرة تام بلا إشكال.

كما أن الاستدلال بحديث السلطنة تام، والإشكالات مندفة.

ولو تنزلنا عن ذلك كله وقلنا: بأن المعاطاة تفيد الإباحة، فلا ريب في أن الإباحة حكم مترتب على التصرفات، فكل تصرف حتى المتوقف على الملك مباح، ففي حين المعاطاة تجوز جميع التصرفات وتباح للمالك، فإذا كانت الآيتان دالتين على الإباحة، وقد أضيفت إلى كل واحد من التصرفات التي ستقع على المال، ومنها البيع والعق وغير ذلك، فقد دلّنا على التمليك. وكذا الكلام في حديث السلطنة والسيرة العقلانية. فالمعاطاة مملّكة.

قوله:

مع إمكان إثبات صحّة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقاتهما [١]، وتبميمه في البيع بالإجماع المركّب.

مؤثقة سماعة: سألت عن رجل أعطى أمه عطيةً فماتت وقد كانت قبضت الذي أعطاه وبنات به؟ قال عليه السلام: «هو الورثة فيها سواء»^(١).

وجه الاستدلال: أن «الإعطاء» إن لم يكن نصاً في الإعطاء الفعلي الخارجي، فلا ريب في شموله له بإطلاقه، وإذا كان الأثر يترتب على الهدية الفعلية، ففي البيع المعاطاتي كذلك بالإجماع المركب.

ومكاتبة اليقطيني إلى أبي الحسن العسكري عليه السلام في رجل دفع ابنه إلى رجلٍ وسلمه منه سنةً بأجرة معلومة ليخيط له، ثم جاء رجل فقال: سلم ابنك مني سنةً بزيادة، هل له الخيار في ذلك...؟ فكتب عليه السلام: «يجب عليه الوفاء للأول ما لم يعرض لابنه مرض أو ضعف»^(٢).

فإذا كانت الإجارة نافذة بالدفع والتسليم، فكذلك البيع بالإجماع المركب. وعن الجراح المدائني: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده، قال: «إذا أعطاه في صحته جاز»^(٣).

فإن الإعطاء ظاهر في الفعل إن لم يكن نصاً. وعن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يعطي الثوب ليصبغه... فقال: «كل عامل أعطيته أجراً ليصلح فأفسد فهو له ضامن»^(٤).

(١) وسائل الشريعة ١٩ / ٢٠٩، الباب ١٢ من أبواب الوقوف والصدقات، الرقم: ٦، ٢٣٥/١٩، الباب ٥ من أبواب الهبات، الرقم: ٣.

(٢) وسائل الشريعة ١٩ / ١١٨، الباب ١٥ من أبواب الإجارة، الرقم: ١.

(٣) وسائل الشريعة ١٩ / ٢٤٥، الباب ١١ من أبواب الهبات، الرقم: ٥.

(٤) وسائل الشريعة ١٩ / ١٤٧، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الرقم: ١٩.

أقول:

هذا الاستدلال لا أثر له، لأن الإجماع المركّب فيه ما فيه [١].

الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

هذا، ولم يستدل الشيخ هنا بأية الوفاء بالعقود، مع استدلاله بها على لزوم المعاطاة.

والحق، صحّة الاستدلال بها هنا كذلك، إذ ليس المراد من «العقد» فيها خصوص الإيجاب والقبول، لأن العقد أعم، يقال: عقد القلب، وعقد زيد الإحرام... إن العقد كما هو المتفاهم لغة وعرفاً ما يقال له في الفارسيّة «بيوستگی» و«بستگی». وفي صحيحة عبد الله بن سنان في الآية: «أي العهود»^(١)، وما يكون بين البائع والمشتري من هذا القبيل، إذ كلّ منهما يقرّر

والإنصاف: إن هذه العمومات قويّة جدّاً، ولا مجال لإخراج المعاطاة من تحتها، ولا يوجد مثلها في باب البيع، فلا يرد على الشيخ قول السيّد: بأنّ الإطلاق الموجود هناك موجود مثله في باب البيع، فلاحاجة إلى الإجماع المركّب^(٢)، ولذا قال السيّد الاستاذ في جوابه: لعلّ نظر الشيخ إلى وجود احتمالات أخرى إلى جنب احتمال الإمضاء والصحة الوضعية، وأمّا في الإجارة والهبة، فليس الإطلاق ظاهراً إلّا في النفوذ والصحة^(٣).

[١] إذ لا بدّ من تتبّع كلماتهم للحصول على أنّ كلّ من قال بالمعاطاة في الهبة والإجارة فهو قائل بها في البيع، ومن إثبات حجّة الإجماع، بأنّ يكون محصلاً

(١) تفسير الصافي ٥ / ٢.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٣٤٤.

(٣) بلغة الطالب: ٧٣.

أن يكون ماله للآخر، وفي مقابله هو الإيقاع، فإنه الإيجاد.

ثم إن هذا العهد والالتزام المعبر عنه بالعقد، ينكشف باللفظ تارة وبالفعل أخرى، فكل منهما يكشف عن المراد. فالمعاطاة عقد يكشف عن الارتباط بين البائع والمشتري، والوفاء بالعقد أو العهد أو النذر أو اليمين أو الوعد، معناه: ترتيب المقتضى على مقتضيه، ويقابله الخلف. وعليه، فالوفاء بالعقد - أي الارتباط بين البائع والمشتري في التمليك والتملك - هو ترتيب الأثر والمقتضى على المواضعة الواقعة بينهما على ما حصل.

فتدل الآية المباركة على وجوب ترتيب الأثر على التمليك، سواء كان بالإيجاب والقبول أو المعاطاة، ووجوب الوفاء هذا - وإن كان تكليفاً مولوياً لا وضعياً - إلا أنه يدل بالدلالة الالتزامية على إمضاء الشارع هذا المعنى الوضعي الحاصل بينهما وتحققه عنده، وإلا لم يعقل الحكم بالوفاء به.

فالاستدلال بهذه الآية أيضاً على إفادة المعاطاة للملكية، تام بلا إشكال [١].

لا منقولاً، ولا يكون مستنداً إلى الأدلة الموجودة.

[١] وبقي الكلام في وجه عدم استدلال الشيخ بالآية هنا مع استدلاله بها في مسألة لزوم المعاطاة كما سيأتي، وهو أنه لما استدلل بها هناك قال: «إن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بل ادّعاء صريحاً بعض الأساطين في شرح القواعد» وعليه، فيكون الإجماع قرينة منفصلة على عدم شمول الآية للمعاطاة، فنسقط دلالة الآية على لزوم المعاطاة، وإذا سقطت الدلالة المطابقة سقطت الدلالة الالتزامية على صحة المعاملة المعاطاتية، لما تفرّر في محله من تبعية الدلالة الالتزامية للمطابقة. لكن التحقيق: عدم ثبوت الإجماع المذكور، فعموم الآية أو إطلاقها بالنسبة إلى المعاطاة باق، والدالتان محفوظتان.

أدلة القول باعتبار الصيغة

وذكر السيّد رحمه الله^(١) وجوه الاستدلال للقول بعدم إفادة المعاطاة للملكية وأنه يعتبر الصيغة:

أحدها: الإجماع.

وفيه: إنه غير ثابت، وهو منقول، ومعلوم المدرك.

الثاني: بعض الأخبار المشتملة على ذكر الصيغة المدعى دلالة على اشتراطها مثل:

قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تشتري كتاب الله عز وجل، ولكن اشتر الحديد والورق أو الدفتين وقل: اشتريت منك هذا بكذا وكذا»^(٢).

وقوله عليه السلام: «لا تشتري كتاب الله، ولكن اشتر الحديد والجلود وقل: اشترى منك هذا بكذا وكذا»^(٣).

وقوله عليه السلام في خبر: «رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن... فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن. فقال المشتري: قد قبلت ورضيت...»^(٤).

أما الأخير، فلا مجال للاستدلال به.

ويبقى الأولان، فقد يتوهم منهما اعتبار اللفظ، وأنه لولا ذلك لقال الإمام عليه السلام: أعطه كذا وكذا وخذ كتاب الله... فمن قوله: «قل...» الظاهر

(١) حاشية المكاسب ١ / ٣٣٧.

(٢) وسائل الشريعة ١٧ / ١٥٨، الباب ٣١ من أبواب ما يكتب به، الرقم: ١ و ٢.

(٣) وسائل الشريعة ١٧ / ٣٦٥، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع، الرقم: ١.

في الوجوب الشرطي - لأن الأوامر في هذه الموارد ظاهرة بالظهور الثانوي في الشرطية - يستفاد اعتبار اللفظ وعدم كفاية الفعل.

لكن فيه: إن الإمام عليه السلام في مقام بيان أن القرآن المجيد لا يباع، وأن الذي يقع مورد المعاملة هو الورق والجلد، فهما مسوقان لأمر آخر غير شرطية اللفظ في البيع، فلا يستدل بهما لهذه الجهة.

الثالث: ماورد في النهي عن بيع المنابذة والملامسة ونحو ذلك^(١)، باعتبار أن ملاك النهي فيها هو عدم اللفظ، وهو موجود في البيع المعاطاتي. مضافاً: إلى أن المنابذة من النبذ وهو الطرح، وهو نحو من التعاطي، فأدلة النهي عن هذه البيوع آتية في المعاطاة بالملاك أو بالمطابقة.

وقد أجاب السيد وغيره: بأن البيع لم يكن بالنبذ أو اللمس ونحو ذلك، بل النبذ ونحوه إنما كان لتعيين المبيع^(٢).

لكن الشيخ الصدوق يقول: «المنابذة يقال: إنها أن يقول لصاحبه: انبذ إليّ الثوب أو غيره من المتاع، أو أنبذه إليك، وقد وجب البيع بكذا....»

ويقال: إنما هو أن يقول الرجل: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع، وهو معنى قوله: نهى عن بيع الحصاة.

والملامسة أن يقول: إذا لمست ثوبي أو لمست ثوبك، فقد وجب البيع بكذا. ويقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب ولا ينظر فيه فيقع البيع على ذلك.

وهذه بيوع كان الناس على عهد الجاهلية يتبايعونها، فمنهى رسول الله

(١) وسائل الشريعة ١٧ / ٣٥٧، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٣٣٨.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَنْهَا، لَأَنْهَا غَرَّرَ كُلَّهَا»^(١).

فمن هذه العبارة يفهم أنَّ النهي إنما هو من أجل لزوم الغرر، لا لأجل اعتبار اللَّفْظ.

والرابع: قوله عليه السَّلام إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام^(٢). و«إنما» تدلّ على الحصر، والمعاطاة ليست بكلام، فهي لا تفيد حتى الإباحة.

وقد تعرّض الشيخ لهذا الخبر وذكر في معناه أربعة وجوه. لكن سيأتي أن معناه: أنَّ لا أثر للمقابلة السابقة على البيع وأنَّ المؤثّر هو تنجيز البيع. وعلى هذا - الذي سنذكره - لا مجال للاستدلال به لاعتبار اللَّفْظ في البيع، بل جميع الآثار تترتب على تنجيزه، وهو كما يحصل باللَّفْظ يحصل بالفعل.

(١) معاني الأخبار: ٢٧٨، وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٠، الباب ٨ من أبواب العقود، الرقم: ٤.

كلام كاشف الغطاء

والبحث حوله

قوله:

هذا، مع ما ذكر من أن التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه، لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه، ولذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد - في مقام الاستبعاد - أن القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين الملك والبيع، مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

منها: أن العقود ومآقام مقامها لا تتبع القصود.

القاعدة الأولى

أقول:

إن من المسلّمات في الفقه أن العقد تابع للقصد، فإن لم تفتد المعاوضة الملكية يلزم انخراط هذه القاعدة.

والتبعية تارة ماهوية، وهي تبعية المعلول للعلّة، وأخرى: تبعية الشيء لشيء في أثره، فهل التبعية هنا ماهوية أو في الأثر؟

كلاهما جائز، فقد ذكرنا آنفاً في مفاد قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أن العقدية عبارة عن الارتباط بين التملّيكين، حيث يقرّر الطرفان ويتعاهدان على أن يملّك كلّ منهما ماله إلى الآخر على نحو المقابلة، وهذا المعنى لا يحصل بلا قصد، لكونه من الأمور الإرادية.

إن قوام عقدية العقد هو القصد فلا يتحقّق إلّا به، فالمعنى الأوّل صحيح. ويصحّ أن نقول: بأنّ العقود تتبع القصود في تأثيرها، فالأثر الذي

يقصده الإنسان يفيد العقد، فهو يؤثر فيما قصد ولا يؤثر فيما لا يقصد، إذ لو أراد التأثير فيما لم يقصد لم تكن التبعية، فالتبعية في التأثير مستلزمة للأمرين الإيجابي والسلبي معاً.

وعلى هذا، فالإباحة التي يقول القائلون بها غير مقصودة، والملكية التي قصدتها المتبايعان لم تقع. وهذا ينافي القاعدة المسلمة عند الكل. هذا بيان ما ذكره كاشف الغطاء رحمه الله.
قوله:

أما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها للقصور، ففيها: أولاً: إن المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود....
أقول:

جوابه متين، وإن كان لا يخلو من إجمال، ولذا أشكلوا عليه، وحاصل كلامه:

إن المعاطاة عند القائلين بإفادتها الإباحة، ليست عقداً شرعياً ليكون سبباً للتملك، ولا دليل على صحتها حتى تتم التبعية فيها، وإنما يقولون بالإباحة بها بدليل مستقل. وبعبارة أخرى: إنه ما لم يقم الدليل الشرعي على الصحة، فالعقد فاسد ولا يترتب عليه الأثر، والتبعية إنما تكون حيث يقوم الدليل على الصحة، ومع عدمه فلامجال للقول بوقوع التخلف. وأيضاً، فإن المقصود من العقد في القاعدة هو العقد الكاشف عن التسبب والتسبب وهو اللفظي، والفعل ليس له هذه الكاشفية فليس بعقد.

وبما ذكرنا ظهر أن الشيخ لا يقول بإفادة المعاطاة للإباحة كالعقد اللفظي، فلاضير في عدم تبعيةها للقصد، حتى يشكل عليه: بأن قاعدة التبعية تعم اللفظ والقول.

كما لا مجال حيثثُ لقول المحقق الخراساني رحمه الله من: أنه يمكن أن يكون مقصود القائلين بالإباحة أن إفادة الملكية مشروطة بالتصرف أو التلف، فلا أثر غير منفيك عن العقد، غير أن الملكية منوطة بحكم الشرع بشرط، كما هو الحال في بيع الصرف^(١)... إذ لا تساعد كلماتهم على هذا التأويل.

قال: «نعم، إذا دلّ الدليل على ترتب أثر عليه حكم به وإن لم يكن مقصوداً» هذا كله في الجواب الأول.

قوله:

وثانياً: إن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير.

أقول:

مقصوده: إن هذا السنخ من التخلف -بمعنى أن لا يمضي الشارع ما قصده المتبايعان ويترتب حكم آخر على ما أوقعاه- كثير. أي: إنه تخلف صورة لا على حقيقته، وإن كانت عبارته موهمة لكنه لا يريد ذلك قطعاً. فذكر من موارد النقض خمسة:

النقض الأول

قوله:

فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة، لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم كما يقتضيه صحيحه... وتوهم: أن دليلهم على ذلك قاعدة اليد، مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم....

(١) حاشية المكاسب: ١٦.

أقول:

لقد أجمعوا على الضمان بالقيمة في العقد الفاسد، مع أن مقصود المتبايعين هو الضمان بالمسمى، ولا يتوهم أن دليل الضمان قاعدة اليد، وبيان دفعه بحيث لا يتوجه عليه الإشكال^(١) هو: إن تلك القاعدة إنما تجري حيث يتحقق موضوعها وهو «مأخذت» وهنا لا يوجد الأخذ وإنما الإقباض من البائع، فلا موضوع للقاعدة حتى تكون هي الموجبة للضمان. إنه لم يكن التملك من هذا بالمجان بل كان على نحو تضمينه بالبدل، وكان التملك من ذاك على أن أقدم على الأخذ بنحو ضمان البدل، ولما كان العقد باطلاً فخصوصية البدل المسمى فاسدة عند الشارع، لكن انتفاؤها لا ينتج انتفاء سبب الضمان من أصله.

وبعبارة أخرى: إن الواقع إما هو التسبب بالعقد على شيء، بمعنى أن الإنسان يتسبب بالعقد للضمان بالقيمة، وهذا منتف هنا، لأن المقصود منهما لم يكن التضمن بالقيمة، وإما المسبب الذي قصده وهو التضمن بالمسمى، والمفروض إنه غير متحقق، لفساد العقد. فيبقى الوجه الثالث وهو: سببية شيء لشيء، فالشارع يقول: المعاملة الفاسدة لها سببية وهي موضوع للضمان بالقيمة، وسر ذلك: عدم كون التملك مجاناً، بل كان بنحو التضمن، وألغيت الخصوصية وبقي الأصل، وضمان كل شيء بمثله أو ببذله أو بقيمته.

فيكون هذا نظير مورد المعاملة بالمعاطاة، فكما أن العقد الفاسد موضوع للضمان بلحاظ عدم المجانية - لكن بالقيمة بعد إلغاء الشارع كونه

(١) أنظر: حاشية السيد الزدي ٣٤٩/١، حاشية المحقق الإصفهاني ١١٦/١، المكاسب والبيع ١/١٤٤.

بالمسمى - كذلك المعاوضة موضوع للإباحة بعد إلغاء الشارع إفادتها للملكية.

النقض الثاني:

قوله:

وكذا الشرط الفاسد، لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به، غير مفسد عند أكثر القدماء.

أقول:

إذا كان الشرط على خلاف الكتاب والسنة فهو فاسد ولا يلزم الوفاء به، لكن العقد صحيح، وعليه أكثر القدماء، مع أن المتعاملين قد أنطا المعاملة بالشرط، فكان مقصودهما التملك المقيد ولم يقع، ووقع التملك المطلق الذي لم يكن مقصوداً لهما، فتخلف العقد عن القصد.

وقد ذكرنا أن هذا التخلف صوري ولا يضر بالقاعدة المسلمة، والسر في ذلك هو: إنه لا يعقل أن يكون القيد قيداً للملكية، إذ التقييد لابد وأن يكون بأمر غير حاصل فعلاً، فإذا باع بشرط الكتابة مثلاً، لم يكن تقييد التملك بها بمعنى القيدية للملكية، وإلا لزم عدم حصولها قبل حصول الكتابة، إذ لا يعقل تحقق المقيد قبل حصول القيد، والمفروض صحة المعاملة، فالشرط إنما هو عبارة عن الالتزام في ضمن العقد، لا أن مضمون العقد مقيد به.

وكان الميرزا الأستاذ رضوان الله عليه يقول: بأن الإنسان لما يبيع الشيء يكون ثباته على المعاملة والتزامه بما فعل، مملكاً للطرف، فهو يملك التزامه لصاحبه ويجعله مسلطاً على التزامه، لكن هذا الالتزام - عندما يجعل في العقد شرطاً - منوط بقيام طرفه بالشرط، وإلا كان إلتزامه باقياً

تحت تصرّفه.

فالتخلّف عن الشرط بصورة كلية - أي سواء كان فاسداً أو صحيحاً لكن لم يف به الطرف - يوجب الخيار، فله أن يفسخ العقد ويحلّه [١].

النقض الثالث

قوله:

وبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكل

[١] وقال المحقق الخوئي: والتحقيق أنّ الشرط قد يكون قيداً لأصل العقد، بحيث يكون الإنشاء معلّقاً على حصول الشرط، بأن قال البائع: بعتك المتاع الفلاني إن قدم الحاج وإلا فلا أبيع، وقد يكون الشرط إلزاماً آخر في ضمن الالتزام العقدي من دون أن يكون الملزم به قيداً لأصل العقد. وعلى الأول، فالتعليق يوجب فساد العقد وإن لم يكن فاسداً، لقيام الإجماع على بطلان التعليق في العقود. وعلى الثاني، فالالتزام بصحة العقد مع فساد الشرط لا يستلزم تخلّف المقصود عن القصد. وتفصيل الكلام في محلّه» (١).

وقد أشكل عليه بعض مشايخنا دام بقاءه: بأن هذا الإلزام الحاصل أمر إضافي، فهو التزام بالأمر المعلّق عليه، وحينئذ يعود الإشكال.

وقد أوردنا على هذا: بأنه يتقضى بما ذكره في الجواب عن إشكال السيّد الجدّ على الميرزا في حقيقة البيع: بأن البيع أمر اعتباري، ولا مانع من أن يكون بلا طرف، فتدبر.

أقول:

قال المشهور - بل الكل - بأن البيع يقع فيما له ويكون بالنسبة إلى ما لغيره موقوفاً على إجازة المالك، فإن لم يجز كان للمشتري خيار تبعض الصفقة، فالبيع يقع فيما يملك فقط، مع أن المقصود هو بيع المجموع بما هو مجموع.

وبعبارة أخرى: قد قصد بيع الكل، والذي وقع بيع الجزء - والجزء يغاير الكل - فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد.

ولكن هذا لا ينقض القاعدة، لأن الحل هو: أنه قد أنشأ التمليك، وهو إنما يؤثر في المورد القابل، والقابلية هنا إنما هي لما هو مملوك له دون غيره. وبعبارة أخرى: إن الأمور المتعددة لا يعقل قيام الملكية الواحدة بها، فإن شأن الملكية هنا شأن العرض، ولا يعقل قيام العرض الواحد - لبساطته - بالمتعدد، فعندما يبيع عشرة أشياء - مثلاً - يوجد في الحقيقة عشرة ملكيات، فلو كان بعض المبيع غير مملوك له، فقد ملك المملوك وغيره بملكيتين، لكن أحدهما النافذة شرعاً تتحقق، والأخرى غير النافذة شرعاً لا تتحقق. فالمقصود - وهو إحدى الملكيتين المتعلقة بما يملك - واقع، والمقصود الآخر بلحاظ أنه لم يكن ملكاً له، غير واقع [١].

[١] وأشكل بعض مشايخنا: بالنقض بلحاظ الشيء الواحد ذي الأجزاء كالدار مثلاً، فإن اللحاظ لا يتعدد بتعدد أجزاء الدار... فهذا في الأمر الحقيقي الواقعي، وكذلك في الأمر الاعتباري كالصلاة، فإنها ذات أجزاء ارتباطية ولا لحاظ لكل جزء منها. وأما حلاً، فإن الملكية أمر اعتباري، ولا مانع من تعلقه بالمتعدد.

فنقض الشيخ وارد.

قلت: إن كان المبيع شيئين مستقلّين، فقد باع شيئين وصدر منه تمليكان، وأما مثال الدار ونحوه، فهناك وحدة معتبرة لها دخل في المطلب. فالتنقض غير وارد. وأما الحلّ، فأول الكلام، لأنّ السيّد الجذّ يقول بأن حكم الملكية حكم العرض، والعرض الواحد لا يعرض على الأكثر من الواحد.

وقال المحقق الخوئي: بأن البيع المذكور وإن كان واحداً بحسب الصورة، ولكنه منحلّ إلى بيعين، غاية الأمر أن أحدهما صحيح منجزاً والآخر صحيح مشروطاً بإجازة المالك، والسّر في ذلك: إن حقيقة البيع متقوّمة بإنشاء تبديل شيء من الأعيان يعوض في جهة الإضافة كما تقدّم، ومن البديهي الذي لا ريب فيه أنّ هذا المعنى لا ربط له بقصد المالكين ومعرفتهما، وعليه، فقصد البائع كون العقد لنفسه أو لغيره خارج عن حدود البيع، وإذن، فلا يوجب ذلك تخلف العقد عن القصد بوجه. نعم، مع عدم إجازة المالك يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة، ولكنه بعيد عن تخلف العقد عن القصد الذي هو محلّ الكلام^(١).

وأشكل عليه شيخنا دام بقاءه: بأنّ هذا لا يرفع الإشكال، لأنّ المفروض أن البائع قد باع المالكين بشرط الانضمام، فيكون المقصود كلا المالكين كذلك، والواقع أحدهما دون الآخر، فالتخلف حاصل.

قلت: هل المراد كون المبيع واحداً ذا أجزاء، أو مالين مستقلّين يضمّ أحدهما بالآخر، أو مالين غير مستقلّين بينهما انضمام كزوج حذاء مثلاً؟
قد مثل شيخنا بالثالث، وليس بمراد، كما أن الأول ليس بمراد، بل المراد هو الثاني، وحيثنّذ، ينطبق عليه كلام المحقق الخوئي.

النقض الرابع

قوله:

وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير.

أقول:

إن الذي وقع عليه العقد هو البيع لنفسه حتى يدخل العوض في ملكه، لكنهم يقولون بوقوع العقد للمالك وكون العوض له، فما قصده الغاصب لم يقع وما وقع لم يقصده.

وحلّ المطلب هو: إن الغاصب تارة: غير قاصد للمعاملة ولا ينشئ البيع، وقوله: بعثك هذا، كلامٌ صوري، ومثله خارج عن محلّ الكلام وليس بموضوع للإجازة.

وأخرى: يقصد التمليك وينشؤه حقيقةً لنفسه، وهنا قولان:

أحدهما: فساد المعاملة وأنه لا أثر للإجازة من المالك، إذ لا يعقل القول بحصول الملكية للغاصب لأنه ليس بمالكٍ للشيء، ولا للمجيز، لأنه إنما يجيز العقد الواقع وقد وقع للغاصب، فلو أجازته المالك لم يقع البيع له بل الغاصب.

والثاني: وهو المشهور: إنه يكون للمالك بإجازته. فيقع الكلام في

تصويره:

قال الشيخ -وقرّبه الميرزا الأستاذ^(١)- بأن الغاصب لما يبيع الشيء يدّعي كونه ملكاً له، فهو يبيعه بناءً على أنه المالك، فأما حيثية كونه المالك فلفو، وأما حيثية كون البيع عن المالك، فتتوقف على الإجازة، فإذا أجاز

(١) المكاسب والبيع ١ / ١٥٨.

المالك أثرت أثرها ويكون البيع له.

وقال السيد^(١): إن البيع عبارة عن مبادلة مالٍ بمال، وليس في البين تعرض للمالك، كما ليس لحيثية المالكية دخل مطلقاً في حقيقة البيع، فإذا أجاز المالك فقد أنفذ المبادلة الحاصلة ويقع البيع له.

أقول: وكلامه - بحسب الظاهر - جيدٌ ولعله مقبول عند غيره أيضاً، إلا أن الذي أخذته من شيخنا الأستاذ رحمه الله - وإن كان للعمر وفاء بيته بالتفصيل في بحث الفضولي - هو: إن بدلثة الشيء عن الشيء والمبادلة بينهما يحتاج إلى محل، لأن البدلثة ليست بمهمة بل هي في شيء، وهو هنا الملكية، والملكية ربط قائم بين المالك والمملوك، والغاصب عندما يبيع إنما يبدل المال بمالٍ في الملكية التي يراها لنفسه، فما ذكره الشيخ هو الصحيح.

وعلى المسلكين، فإن البيع يقع للمالك الحقيقي، فلم يخرج المورد عن القاعدة، لأن الغاصب قد قصد البيع للمالك، وقد وقع بالإجازة للمالك، فما قصد قد وقع ولا تخلف.

والتحقيق: عدم صحة التبريبين كليهما، وبيان ذلك باختصار هو:

الواسطة تارة: هي في الثبوت، وأخرى: في العروض، فإن كان للوصف العنوانى وساطة في ثبوت الحكم على الموضوع - والمقوم للموضوع هو الذات - فهو الواسطة في الثبوت، وإن كان له دخل في الحكم والمحمول المترتب على الموضوع، فهو الواسطة في العروض.

فإذا باع الغاصب لنفسه، كانت حثية المالكية الإدعائية واسطة في

الثبوت لا في العروض، لأنه يبيع الشيء بعنوان أنه هو المالك، لا أنه يبيعه عن المالك ليقال أن البيع قد وقع للمالك غير أنه يدعي كونه هو المصداق وادّعاؤه لغو.

فالحل الصحيح يبتني على ما ذهب إليه شيخنا الأستاذ في تعريف البيع من أنه عبارة عن تملك شيء بشيء، فإنه إذا أجاز المالك فقد أجاز هذا المعنى، فيقع للمالك. والتفصيل في محله.

وتلخص: أن ما ذكره الشيخ ليس نقضاً.

النقض الخامس

قوله:

وترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الإنقطاع يجعله دائماً على قول....

أقول:

هذا هو المشهور وبه نص [١]، وإن قال المحقق الخراساني في فوائده (١): إذا لم يذكر الأجل في العقد المنقطع لا يتقلب دائماً، ويحمل النص على معنى آخر، مع كونه على القاعدة وعليه المشهور، كما ذكرنا. وحلّ المطلب خلافاً له هو:

[١] وهو موثقة ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز». وقال: إن سمي الأجل فهو متعة وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات» (٢).

(١) الفوائد ط مع حاشية الرسائل: ٢٩١.

(٢) الكافي ٥ / ٤٥٦.

إنَّ الزوجية حقيقة واحدة ومعناها النكاح، والدوام ليس قيداً لها بل هو عبارة عن عدم ذكر الأجل، فإذا تحققت الزوجية دامت، ودوامها عبارة عن وجودها وثباتها، والمدة تحتاج إلى قصدٍ آخر ولا بدَّ من إظهارها، فما لم تظهر المدة -التي هي محدّدة للزوجية- كانت الزوجية المقصودة على حقيقتها. فالمقصود واقع ولا تخلف [١].

هذا تمام الكلام على القاعدة الأولى.

[١] وقال المحقق الخوئي: إنه إذا كان بناء العاقد قبل مباشرته بإيقاع العقد على إنشاء نكاح المتعة، ولكن نسي ذكر الأجل عند الإنشاء وقصد الزواج الدائم، فلا شبهة في أن الواقع -حيثئذٍ- يكون نكاحاً دائماً، وعليه، فلا يلزم منه تخلف العقد عن القصد، وإذا كان بناء العاقد على إيقاع عقد المتعة حتى في مقام الإنشاء والاشتغال بإجراء الصيغة، ومع ذلك نسي ذكر الأجل في مقام التلّفظ أو تركه عمداً، فإن الظاهر حيثئذٍ بطلان العقد، بداهة أن الزواج الدائم لم يقصد ولم ينشأ، لأن الإنشاء عبارة عن إبراز الأمر النفساني في الخارج، وإذا لم يقصد العاقد الزواج الدائم لم يكن ذلك مبرزاً باللفظ، وأمّا الزواج المنقطع فلا يقع أيضاً في الخارج، إذ يعتبر في صحة ذكر الأجل على ما نطقت به الروايات، والمفروض أنه مفقود في المقام^(١).

لكنَّ هذا خلاف ظاهر في المسألة عن أبان بن تغلب، حيث سأل الإمام عليه السّلام عن العقد على امرأة متعة، فاستحى أن يذكر الأجل. فقال عليه السّلام: «لأنك إن لم تشترط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة في العدة وكانت وارثاً...»^(٢)، فإنه ظاهر في أن الدوام لا يحتاج إلى قصد.

(١) مصباح الفقاهة ١٠٩/٢.

(٢) وسائل الشريعة ٢١ / ٤٧ - ٤٨، الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الرقم: ٢.

القاعدة الثانية

قوله:

ومنها: أن يكون إرادة التصرف من المملكات....

أقول:

القاعدة الثانية التي ذكر بعض الأساطين يلزم تأسيسها بناءً على القول بأن المعاوضة تفيد الإباحة دون الملك هو: أن يكون إرادة التصرفات من المملكات.

وذلك: لأن التصرفات التي تقع من المتعاطين جائزة مطلقاً، إلا أنها تنقسم إلى قسمين، فمنها: لبس الشيء أو ركوبه أو الجلوس عليه ونحو ذلك، مما لا يتوقف على أن يكون المتصرف مالكاً. ومنها: ما يتوقف على ذلك، كأن يوقف الشيء، أو العبد يعتقه، أو الجارية يطؤها، لأنه لا بيع إلا في ملك، ولا وقف إلا في ملك، ولا عتق إلا في ملك أو بعد ملك - كما في الخبر - ولا وطي إلا في ملك، فإذا لم تغد المعاوضة الملكية، فلماذا جازت هذه التصرفات، ولم يخطر ببال المالك الإذن في شيء منها، وأنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه؟

فالقول بجواز تلك التصرفات يستلزم أن يقال بأن إرادة التصرف سبب لمالكية المتصرف. وهذه قاعدة جديدة.

ثم إن الشيخ أجاب عن سؤال مقدر بقوله:

بخلاف من قال: أعتق عبدك عني وتصدق بمالي عنك.

وذلك: لوجود الإذن منه في هذين الموردين، لأنه في الحقيقة إذن في التمليك في الأول ثم العتق، وفي التملك ثم التصديق في الثاني.

ثم إن ما ذكره في الموردين، مبني على أن يكون المعتق عنه والمتصدق عنه مالكا، وأما بناءً على عدم اعتبار ذلك - كما في بعض النصوص في العتق والتصدق عن الميت - فلا مجال لما ذكر. ووجه التردد حيث قال:

بإرادة التصرف أو معه.

هو: إن من التصرفات ما لا يعتبر فيه سبق الملكية على التصرف، مثل وطء الجارية المأخوذة بالمعاطاة، فيمكن أن يكون مالكا لها في آن الوطي، بخلاف مثل البيع، فإنه لا يعقل المالكية في آن البيع، لأن تحققها في هذا الآن يستلزم الجمع بين الضدين، فإذا تحقق ملكية الغير لم يعقل تحقق الملكية لنفسه فيه، وكذا في العتق، فإنه يلزم تأثير الشيء في المتناقضين، لأن العتق سبب زوال الملك، فإذا قلنا بحصول الملكية في حينه، لزم الجمع بين تحقق الشيء وزواله وهو محال، ففي مثل هذين الموردين، لابد من اختلاف الآتين.

فإن قلنا بأنه في الآن الأول ملك، وفي الثاني باع أو أعتق أو ملك في آن التصرف كما في الوطي، لزم الالتزام بقاعدة جديدة هي مملكية الإرادة. إذن، لابد من القول بإفادة المعاطاة من أول الأمر.

هذا بيان مراد الشيخ الكبير، وسأزيده بيانا فيما بعد.

وقد أجاب الشيخ عن ذلك بقوله:

وأما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملكا، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل ودليل جواز التصرف المطلق وأدلة توقف بعض التصرفات على الملك....

وحاصل كلامه: الالتزام بمملكية الإرادة وعدم استلزام ذلك تأسيس قاعدة جديدة، فكلامه ناظر إلى الجهتين، فما في كلام بعضهم من أنه

لم يُجب عن استلزام تأسيس قاعدة جديدة، ليس في محلّه. وقد جاء في كلامه ثلاثة أمور:

أحدها: إنه لا دليل على إفادة المعاوضة الملكيّة، ومقتضى الإستصحاب بقاء المأخوذ بها في ملك مالكه.

والثاني: إنه قد قام الدليل على جواز مطلق التصرفات في المأخوذ حتى المتوقفة على المالك.

والثالث: إنه لا بيع إلا في ملك، وكذا العتق والوطي....

وهذه الأمور تدلّ -بدلالة الإقتضاء- على كون إرادة التصرف أو التصرف موجباً للملك، لأنّا إن قلنا: بأنّ التصرف أو إرادته غير مملّك، لزم بطلان: لا بيع إلا في ملك ونحوه، وإن قلنا: بأنّ التصرفات المتوقفة على الملك غير جائزة، لزم ردّ السيرة وغيرها من الأدلة القائمة على حليّة تلك التصرفات وغيرها، وإن قلنا: إن المعاوضة توجب الملكيّة، فالمفروض عدم الدليل عليه. فيستكشف من هذه الأمور أنّ إرادة التصرف -أو نفس التصرف- موجب للملكيّة. ولا بدّ حينئذٍ من الالتزام بكون: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه، ونحوه من الأدلة، مخصّصاً بالدلالة الاقتضائية المذكورة.

قوله:

فيكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطي والبيع والعتق وشبهها.

فما نحن فيه نظير تلك الموارد، فإنّ ذا الخيار يدخل مال الغير في ملكه عملاً، وكذا الهبة لغير ذي رحم مع بقاء العين، فلا يكون ما ذكره هنا في المعاوضة شيئاً جديداً.

أقول:

لكن الإنصاف عدم تمامية التنظير المزبور، إذ فرق بين حصول الملكية بالتصرف أو إرادته، وبين ارتفاع سبب ملكية الغير - وهو العقد - بالتصرف، وتصرف ذي الخيار والواهب من قبيل الثاني. فالحق أن ما نحن فيه لا نظير له [١].

[١] وقال المحقق الإصفهاني: وما يترأى أنه نظير له هو تصرف ذي الخيار أو من له الرجوع كما في الهبة، لما تسالموا عليه من حصول الفسخ والرجوع بالفعل، إما بعنوان السبب أو بعنوان الكاشف عن قصد الفسخ والرجوع على الخلاف المحرر في محله. والجواب: إن باب التصرف في الفسخ والرجوع باب الفسخ الذي يقصد بالتصرف أو الرجوع، فهناك إما فعل قصد بنفسه الفسخ - مثلاً أو يكشف عن قصد الفسخ، وأما هنا، فنفس التصرف مملوك قهري، لأنه به يقصد التملك ولأنه كاشف عن قصد التملك، فلا يقاس ما نحن فيه باب الفسخ والرجوع، لعدم دوران حصول الملكية مدار التسبب إليها بنفس التصرف أو بما هو كاشف عن قصد حصولها، فسيبئة التصرف وقصده باقية على غرابتهما.

نعم، الرجوع في الطلاق - بناءً على حصوله بمجرد الاستمتاع ولو لم يقصد به الرجوع - يكون نظيراً لما نحن فيه (١).

وقد أشار بما ذكره أخيراً إلى ما رواه محمد بن قاسم عن الإمام عليه السلام أنه قال: «من غشي امرأته بعد انقضاء العدة جلد الحد، وإن غشيها قبل انقضاء العدة كان غشياناً إياها رجعة» (٢).

(١) حاشية المكاسب ١ / ١١٩ - ١٢٠.

(٢) وسائل الشريعة ٢٨ / ١٣١، الباب ٢٩ من أبواب حد الزنا، الرقم: ١.

القاعدة الثالثة

قوله:

ومنها: أن الأخماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وحقّ المقاسمة والشفعة والمواريث والزبا والوصايا، تتعلّق بما في اليد، مع العلم ببقاء مقابله....

أقول:

قد عرفت أنّ المقصود من هذه البحوث هو الاستدلال لإفادة المعاطاة الملك، بأنّه لولا ذلك يلزم تأسيس قواعد جديدة، فمنها: لزوم هذه الأمور -التي تتعلّق بالأملاك- في غير الأملاك.

فمن أخذ شيئاً من الأنعام الثلاثة أو النقدين أو غيرها ممّا تجب فيه الزكاة، بالمعاطاة، وحال الحول والنصاب حاصل، وجب عليه الزكاة، مع أنّ الذي حصل عنده كان بالمعاطاة، والمفروض أنها لا تنفد الملك.

وكذا الخمس، فيلزم تعلّقه بما ليس بملك له.

وكذا يلزم حصول الاستطاعة بالزاد والزاحلة التي لغيره، لأن المفروض أن ما عنده مأخوذ بالمعاطاة وليس ملكاً له.

وكذا يلزم تعلّق الديون بغير الملك، كأنّ يقسم الغرماء بينهم ما كان عند الغريم من أموال الناس، لأن المفروض أخذه ذلك منهم بالمعاطاة. وأيضاً: المدين إذا مات، تعلّق دينه بما تركه، فيلزم تعلّق دينه بأموال الناس لا بأمواله. وأيضاً: لو باع شيئاً بالمعاطاة وأخذ الثمن، كان أداء دينه من هذا الثمن أداءً من أموال الناس.

وكذا يلزم تعلّق حقّ النفقة بالنسبة إلى أموال الناس، لأن المال الذي بيد

الزوج مأخوذ بالمعاطاة، مع أن حق النفقة يتعلّق بملك الزوج.

وكذا في حقّ المقاسمة، فإذا حصل الشيء لهما واشتركا فيه وثبت لهما حقّ لهما فيه حقّ المقاسمة، كان معنى ذلك حصول هذا الحق في مال الغير. وكذا في حقّ الشفعة، فمن باع نصف ملكه لزيد بالمعاطاة وباع النصف الآخر من عمرو، جاز لزيد أن يشفع في النصف الآخر، مع أن النصف الذي بيده ليس ملكاً له بل هو باق على ملك صاحبه، فكيف أخذ بالشفعة؟

وكذا لو باع بالمعاطاة المكيل والموزون بمثله بالتفاضل، فالرّبا ثابتة، ولولم تكن المعاطاة مملّكة لم يكن لثبوت الرّبا وجه، وإلا لزم ثبوتها في مال الغير.

وكذا الذي أوصى بصرف كذا وكذا من ثلثه، فوصيّته نافذة، ولولم تغد المعاطاة الملك لزم نفوذ الوصيّة في ملك الغير.

وكذا لا شبهة في أن من مات انتقلت أمواله إلى ورثته، فلو كان جميع ما حصل عنده مأخوذاً بالمعاطاة، فإنهم يكونون قد ورثوا أموال الناس بموت مورّثهم.

وكذا الكلام في الغنى والفقر، فمن حصل عنده بالمعاطاة ما يكفي لمؤنة سسته، صدق عليه الغنى وترتب عليه أحكامه، فلولم يكن ما أخذه بالمعاطاة ملكاً له، فقد أصبح غنياً بأموال الناس، ولو وهب هذا الشخص كلّ ما عنده عدّ فقيراً، مع أن الأشياء غير خارجة عن ملكه، لأن المفروض وقوع الهبة منه معاطاةً.

هذا كلّه، مع العلم ببقاء المال المقابل عند الطرف الآخر، ولو شك في بقاءه استصحب.

وتلخص: إن ما ليس موضوعاً لآثار الأملاك يكون محكوماً بالآثار

المتعلقة بها، وهذه قاعدة جديدة.

هذا ما أفاده بعض الأساطين.

فأجاب الشيخ:

قوله:

وأما ما ذكره من تعلق الأخماس والزكوات. إلى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض، ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها، مع أن تعلق الإستطاعة الموجبة للحج وتحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة، لا يتوقفان على الملك.

أقول:

إذن، يلتزم بتحقيق هذه الأمور في غير الملك ويكون بحكم الملك.

واختلفت الأنظار في مراده من قوله: «ودفعه بمخالفته...» والضمير يرجع إلى «التعلق» وفي بعض النسخ: «ودفعها بمخالفتها...» ومرجع الضمير «المقالة»:

فقال السيد رحمه الله: «الظاهر أن مراده أن الحكم بعدم تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة، استبعاد محض، فلنا أن نلتزم بعدم التعلق، ولا بأس به، ودعوى أنه مخالف للسيرة حيث أنها جارية على التعلق، مدفوعة بأنه على هذا تكون السيرة دليلاً على التعلق وإن كان مخالفاً للقاعدة، لأنها دليل على تخصيصها، ولا بأس بالالتزام به»^(١).

فاعترض عليه شيخنا الأستاذ: «بأن كاشف الغطاء رحمه الله لم يستبعد عدم التعلق، بل استبعد تعلقها مع عدم الملك حيث قال: فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك» ثم قال: أعلم أن مقتضى كلام هذا الفقيه النبيه الوجيه

«إن تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة أمر مفروغ منه ولذا استبعد تعلقها به مع عدم الملك...»^(١).

وهو متين جداً.

وعلى الجملة، فإنه لا مانع من تعلق المذكورات بغير الملك، وليس في المقابل إلا الاستبعاد.

فإن قيل: هذا ينافي السيرة القائمة على أن المعاطاة تفيد الملك، وأنهم يرون تعلق هذه الأمور بالملك.

قلنا: هذا رجوع إلى السيرة، ولا لزوم لتأسيس القواعد الجديدة، وقد جعل هذا اللزوم دليلاً مستقلاً بعد الكتاب والسنة والسيرة - على إفادة المعاطاة للملك.

وحل المطلب هو:

أما في الأخماس والزكوات، فإنها تتعلق بشرط الحول والنصاب، وكون الآخذ بالمعاطاة غير مالك لا يضر، لوجود المالك الأصلي المتوجه إليه الخطاب بالخمس والزكاة، فلم يكن التعلق بغير الملك، غير أن الذي بيده ليس هو المالك المخاطب بالأداء. ولو قيل: بأن وجوب الأداء عليه حيثئذ دون المالك هو الذي عليه السيرة، فالجواب: إن هذا رجوع إلى السيرة.

وبعبارة أخرى: إن كان المحذور سقوط الخمس والزكاة، فإنه غير وارد، لأنهما يتعلقان بالملك، وغاية الأمر هنا هو توجه التكليف إلى المالك دون الآخذ بالمعاطاة.

وأما في الإستطاعة، فإن المناطق فيها هو التمكن من الذهاب إلى الحج،

(١) حاشية المكاسب ١ / ١٢١.

ولا دليل على اعتبار الملكية في الزاد والراحلة، ومن كان بيده الزاد والراحلة فهو متمكن ويجب عليه الحج.

وأما في الديون، فإن مثال تعلق الدين بالمأخوذ بالمعاطاة هو ما لو أخذ الشخص بالمعاطاة شيئاً في مقابل شيء أعطاه، ثم مات والمالان باقيان، فإن المأخوذ بالمعاطاة يكون من جملة تركته والدين يكون متعلقاً بهذا المال.

والظاهر أن لا مورد لتعلق الدين بالمأخوذ بالمعاطاة إلا ما ذكرناه، وما في كلام بعض الأكابر^(١) من أنه لا مانع من أداء الدين الذي في ذمته مما كان بيده من مال غيره المأذون في التصرف فيه، فليس جواباً عن إشكال الشيخ الكبير، لأن الكلام هو في تعلق الدين بمال، فمنشأ الإشكال هو «التعلق»، لأن الدين إنما يتعلق بذمة المدين مادام حياً، فإذا مات تعلق بما تركه، فكيف يتعلق دين الدائن بما هو لغير المدين؟ نظير المفلس، حيث أن الغرماء يقتسمون ما في يده من الأموال، فإذا كان فيها شيء مأخوذ بالمعاطاة، والمفروض أنها لا تفيد إلا الإباحة، لم يكن لهم تقسيمه، إذ لا يتعلق حق الغرماء إلا بما هو ملك للمفلس، وإن أمكن القول بجواز أخذهم المال، لأنه عوض عن ملك الغريم الموجود بيد المتعاطي معه.

وبالجملة، فالمثال الذي ذكرناه، هو الذي ينطبق عليه البحث تماماً. ولنا أن نقول في الجواب: إن الفتوى في الهبة الجائزة التي للواهب أن يرجع فيما وهبه، هي لزوم بموت الموهوب له، فلم لا يكون الموت سبباً في ملكية المال المباح كذلك؟ وبعبارة أخرى: إنه لا ريب في ملكية التصرف المالكى والإتلاف، والمناط في التصرف المالكى هو الخروج عن

الملك، وبالموت يتحقق الخروج عن الملك ويتعلق الدين بالتركة. وأما النفقات، فلا دليل على أنها تتعلق بالملك، بل على الزوج المتمكن أن ينفق على من تجب النفقة عليه، من أي مال يجوز له أن ينفق منه، سواء كان مباحاً له أو ملكاً.

وأما المقاسمة: بأن يكون شخصان شريكين في مالٍ على نحو الإشاعة، فلكل منهما الحق في المطالبة بتقسيم المال، فلو كان المال مأخوذاً بالمعاطاة -وهي تفيد الإباحة- لم يكن لأحدهما الحق في مطالبة الإفراز، لأن هذا الحق يختص بالمالك في ملكه.

والجواب هو: إن نفس التقسيم تصرف مخرج عن الملك، لأن حصة كل واحد هو النصف المشاع بما هو مشاع، ولا تعين للملكية خارجاً، ومجرد إيجاد التعين بالإفراز مخرج عن الملك، ولا أقل من أنه يوجب تملك الطرف المقابل لما أخذه، فالتقسيم كالبيع وغيره من التصرفات المخرجة عن الملك، والمفروض إباحة جميع التصرفات. نعم، يتوجه هنا ما أوردناه سابقاً من لزوم اجتماع الضدين، لكننا نتكلم هنا على ما مشى عليه القوم.

وأما حق الشفعة، فإذا أخذ شيئاً بالمعاطاة مشاعاً وأراد صاحبه أن يبيع سهمه، كان لهذا الحق في الأخذ بالشفعة، لكن المفروض أنه مباح له وليس بمالك حتى يجوز له الأخذ بها.

والجواب: إنه إن جاز القول بأن له الأخذ بالشفعة في ظرف تصرف المتعاطي فيما بيده، بأن يكون الحق ثابتاً له بشرط تصرف الطرف، كما ذكر المحقق الخراساني: من أن المعاطاة مملّكة بشرط التصرف أو التلف، نظير بيع الصرف والسلم، فهو، وإلا فلا مناص من التسليم بالإشكال.

وأما الرِّبَا، فإن المفروض قصدهما البيع وأنَّ الشارع قد رتب الإباحة، لكنَّ ترتيبه الإباحة إنما يكون في المعاطاة الشرعيَّة الصحيحة، فإذا كانت المعاوضة ربويَّة فهي منهيٌّ عنها، لأنَّ أدلَّة حرمة الربا جارية في كلِّ معاوضة بين المتجانسين مع التفاضل، فتكون جارية في المعاطاة، وحيثُ، لا معنى لترتّب الإباحة عليها.

وأما الوصايا، فالجواب عن الإشكال فيها ظاهر ممَّا سبق، إذ نلتزم بأنَّه بالموت يعتبر الملكيّة.

وأما الغنى والفقر، فالغني من كان واجداً للمؤنة السنة، سواء كان مالكا أو مباحاً له، والفقير من ليس واجداً للمؤنة مطلقاً.

القاعدة الثالثة

قوله:

ومنها: كون التصرف من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف.

أقول:

فالغرابة من جهتين: أمّا الجهة الأولى فهي: أن يكون تصرف أحدهما التصرف المخرج عن الملكيّة - كالبيع - سبباً لتملّك الآخر لما في يده، وهذا ليس بغريبٍ فقط بل هو مستحيل، لأنَّه إذا باع ما أخذه بالمعاطاة، فقد أوجد ببيعه السبب لملكيّة نفسه ولملكيّة غيره، فيلزم اجتماع الضدّين في آن واحد، وإذا أعتق ما أخذه بالمعاطاة، فقد أوجد بتصرفه العتقي ما يكون سبباً لملكيّة نفسه وللخروج عنها، فيلزم اجتماع النقيضين، ولو أوقفه فالألزام اجتماع الضدّين، إن كان الوقف تملكاً، أو اجتماع النقيضين إن كان تحريراً.

وأما الجهة الثانية، فبيانها: إنه لو تصرف أحدهما، فإن بقي الشيء في الجانب الآخر على إباحته، لزم جواز رجوع المتصرف في إباحته، لأن كل مباح فيجوز أن يسترجعه المبيع، فيكون الشيء الذي كان ملكاً له بالتصرف قد دخل في ملكه مجاناً، وإن كان تصرفه موجباً لتملك الآخر للشيء الذي بيده، لزم دخول الشيء في الملك بلا سبب.

وقد أجاب الشيخ:

وأما كون التصرف مملّكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.
أقول:

يريد رحمه الله: أن ذلك مقتضى الجمع بين أصالة عدم الملك أو استصحاب بقاء كل من المالكين في ملك صاحبه ومادّل على جواز مطلق التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة، وأدلة أن لا بيع ولا عتق ولا وطى إلا في ملك، فإنه بالجمع بينها يستكشف أن الشارع قد اعتبر الملكية أناماً قبل حصول التصرف المخرج عن الملكية.

وعلى الجملة، ليس التصرف بنفسه مملّكاً، بل إن مقتضى الجمع بين الأدلة المزبورة، هو الاستكشاف عن دليل.

وهذا هو الجواب عن الجهة الثانية.

وأما الجهة الأولى، فلم يجب عنها.

ويمكن أن يقال: إنه ليس للدليل القائم على ملكية التصرف دلالة على كون ذلك بالمجان، بل هو مملّك بالعوض، فيدلّ بالإلتزام على أن ما بيد الطرف الآخر ملك له كذلك، أو يقال - كما ذكر المحقق الخراساني - بأن المعاطاة تفيد الملكية بشرط التصرف من أحدهما فيما بيده، كما في الصرف والسلم حيث يشترط الملكية فيها بالقبض، إلا أنا لم نوافق على ما ذهب إليه.

القاعدة الرابعة

قوله:

ومنها: جَعَلَ التَّلَفَ السَّامَوِيَّ مِنْ جَانِبِ مَمْلُكَاً لِلْجَانِبِ الْآخَرِ....

أقول:

ما قال هنا: مع غرابة أن يكون التلف مملّكاً، لأن حصول الملكية بالتلف مستحيل، إذ لا معنى لها في أن التلف، وبعده لا موضوع لها.

ووجه الإشكال هو: إن التلف بيد أحدهما ليس بسبب لتملك الآخر لما بيده، وحينئذٍ يكون صاحب المال الموجود مالاً لما بيده بلا سبب شرعي. وقد أجاب الشيخ قدس سره:

قوله:

وَأَمَّا كَوْنُ التَّلَفِ مَمْلُكَاً لِلْجَانِبَيْنِ، فَإِنْ ثَبَتَ بِإِجْمَاعٍ أَوْ سِيرةٍ - كَمَا هُوَ الظَّاهِرُ - كَانَتْ كُلُّ مِنَ الْمَالَيْنِ مَضْمُوناً بَعْوَضَهُ....

أقول:

أي: إن مقتضى قاعدة على اليد أن يكون كل ما حل في يد أحدهما مضموناً عليه، وعليه تسليمه إلى صاحبه، فإن تلف كان عليه المثل إن كان مثلياً، وإلا فالقيمة، فما في كلام بعضهم^(١) من تفسير الحديث بمطلق الضمان، سهو من القلم.

لكن الإجماع قائم على وجوب المثل أو القيمة في مورد المعاوضة، ومقتضى الاستصحاب عدم الملكية، والجمع بين قاعدة اليد والإجماع

(١) حاشية الإسنهاني ١/ ١٢٥.

والإستصحاب يكشف عن حصول الملكية آنأماً قبل التلف.

قوله:

نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع، لأن هذا هو مقتضى الجمع....

أقول:

فقد ورد النص على أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه^(١)، حيث أن ما بيد البائع ملك للمشتري، فإن تلف قبل أن يقبضه البائع إياه كان من مال البائع، وعليه إرجاع الثمن الذي أخذه من المشتري، مع أن مقتضى القاعدة أنه إن كانت يده أمانة فلا شيء عليه، وإن كانت عدوانية فالمثل أو القيمة، فمن النص يستكشف أن البيع ينحل قبل التلف آنأماً، ويرجع المال إلى ملك صاحبه، فالتلف في ملكه وعليه رد الثمن.

والحاصل: إن التلف في يد أحدهما يكشف عن حصول الملكية له قبله آنأماً، وحصول الملكية لهذا يستلزم حصولها للطرف الآخر بالنسبة إلى ما بيده، فالتلف من أحدهما يكون مملكاً للآخر.

قوله:

ومع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالب - لأنه تملك بالغصب أو التلف في يد الغاصب - غريب، والقول بعدم الملك بعيد جداً، مع أن في التلف القهري، إن ملك التالف قبل التلف فهو عجيب، ومعه بعيد لعدم قابليته، وبعده ملك معدوم، ومع عدم الدخول في الملك، يكون ملك الآخر بغير عوض، ونفي الملك مخالف للسيرة وبناء المتعاطين.

(١) عوالي اللآلي ٣ / ٢١٢، باب التجارة، الرقم: ٦٩.

أقول:

فهنا إشكالات:

أحدها: أنه لو غصب المال من يد المتعاطي، كان له المطالبة مع أن الفرض كونه مباحاً له وليس بملك.

والثاني: إن له أخذ المثل أو القيمة من الغاصب في حال تلف العين عنده، مع أن ذلك من حق المالك وهو ليس بمالك.
أجاب الشيخ:

وأما ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر على القول بالإباحة أن لكل منهما المطالبة مادام باقياً، وإذا تلف، فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف: تلفه من مال المغصوب منه، نعم، لو قام كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

أقول:

توضيحه: إن المفروض كون المعاطاة مفيدة للإباحة، فالمال الذي بيد المتعاطي ملك الغير، فإذا تلف بالتلف السماوي كان مقتضى قاعدة اليد دفع المثل أو القيمة، لكن الإجماع قام على عدم الضمان مطلقاً، فإما يخصص به عموم القاعدة، بأن يكون المعنى: إلا التالف بيد الآخذ بالمعاطاة، وأما أن يكون المورد خارجاً بالتخصيص، بأن يكون الإجماع كاشفاً عن حصول الملكية آنما قبل التلف، فالمال تالف في ملكه وهو خارج موضوعاً عن القاعدة، فيكون أمر الإجماع دائراً بين التخصيص والتخصيص، وقد تقرر تقدّم التخصيص، فهو نظير ما تقدّم من أن كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه.

وجه الالتزام بالملكية آنما لا الملكية على إطلاقها. هو الجمع بين

ما ذكر والاستصحاب، المقتضي بقاء المالكين في ملك صاحبيهما. وقد كان يلزم ضمّ أمر آخر، وهو: إنّه لما كان تلف المال واقعاً في ملك من كان بيده، فإنّ هناك ملازمة بين مالكيّة هذا ومالكيّة الطرف لما بيده، فيكون مالكاً للمال الموجود عنده..

أقول:

أمّا التنظير، ففيه: إن النّص يدلّ بالمطابقة على حصول اعتبار كون التالف من مال البائع حقيقةً، فكأن لزوم البيع كان منوطاً بعدم التلف، فإذا تلف كان منحلّاً.

وأما أصل المطلب، ففيه: إنه لا مجال للتمسك هنا بقاعدة اليد، لأن لفظ الخبر أنّ على اليد «ما أخذت» لا «ما أعطيت» كما نحن فيه، فلو أعطى شخص ماله غير الذهب والفضّة لآخر عاريةً وحصل فيه تلف قهري، فلا ضمان، لأن مدلول الحديث ثبوته فيما لو أخذت اليد مال الغير بدون إذنه، ومانحن فيه ليس كذلك، لأن المفروض حصول المعاطاة. وبالجملّة، لا مجرى هنا للقاعدة أصلاً، ولا نعلم للتمسك بها وجهاً. هذا أولاً.

وثانياً: لو سلّمنا جريان القاعدة، فما أفاده الأكابر - ومنهم بعض الأساتيد^(١) - من أن مقتضى التمسك بعموم «على اليد» وهو من الأمارات، ثبوت لازمه وهو التخصّص والخروج الموضوعي، فيه: إنّ الدليل اللفظي إنّما يثبت لازمه في ثلاثة موارد فقط، وهي:

١ - أن يكون بين اللازم وملزومه عليّة، لكون الحجّة على اللازم حجّة على الملزوم وبالعكس.

(١) حاشية المكاسب للإصفهاني ١/ ١٢٤.

٢- أن يكونا ضدين لا ثالث لهما، فالحجة القائمة على أحدهما حجة على عدم الآخر.

٣- أن يكونا معلولين لعلّة واحدة، ومرجعه إلى الأول، والسرّ واضح، لأن الحجة على أحد المعلولين حجة على العلة، والحجة على العلة حجة على المعلول الآخر.

وفي دوران الأمر بين التخصيص والتخصّص، كما لو قال: أكرم العلماء ثم قال: إضرب زيداً، ودار أمره بين العالم والجاهل، لم يجز التمسك بالعام، لتكون النتيجة وجوب ضرب زيد الجاهل، لعدم وجود الملاك الذي ذكرناه، وأنه لا يعقل الإثبات في غير الموارد الثلاثة.

وإذن، لا وجه لإثبات الملكية آنفاً قبل التلف، على ما ذكره الشيخ وتبعه عليه غيره.

هذا كلّه في الإشكال الأول.

والإشكال الثاني هو: إن للمتعاطي أن يأخذ المثل أو القيمة من الغاصب في حال تلف العين عنده، مع أن ذلك من حقّ المالك وهو ليس بمالك. أجاب الشيخ:

بأنّ للمالك أن يطالب لكونه مالكا، وللمتعاطي أن يطالب لكونه مباحاً له.

وهذا الجواب وجيه، فما نحن فيه نظير مطالبة الآخذ عارية، حيث أن لكلّ من المالك والآخذ حق المطالبة، هذا فيما إذا كانت العين موجودة بيد الغاصب، ومع تلفها بإطلاق كلامهم بأنّ التلف يوجب الملكية شامل لما نحن فيه، فيكون للمتعاطي المطالبة بالمثل أو القيمة لكونه المالك حينئذٍ.

والإشكال الثالث هو: إنه إذا كان التلف سبباً للملكية، فمتى تكون هذه

السبب؟

إن كان حصول الملكية متقدماً على التلف الحاصل بعدها، لزم تأخر العلة عن المعلول.

. وإن كان حصولها مقارناً للتلف، لزم عروض الملكية على المحل في آن انعدامه.

وإن كان حصولها بعد التلف، لزم تعلق الملك بالمعدوم.

والجواب - على مسلك الشيخ - إن التلف كاشف عن الملكية المتقدمة، ولا مانع من تأخر الكاشف عن المنكشف. والله العالم.
قوله:

فالقول الثاني لا يخلو عن قوة.

أقول:

كأنه قد تردّد بين المشكل والأشكال، فمقتضى أصالة عدم الملكية بسبب المعاطاة، والشهرة القائمة، عدم إفادتها ذلك، ورفع اليد عن الشهرة والأصل مشكل. لكن عموم آية الحل والتجارة يقتضيان إفادة المعاطاة الملكية، ورفع اليد عنه أشكل.

فقال: لا يخلو الثاني عن قوة.

أقول: بل هو الأقوى، لأن الأصل لا يقاوم الأمانة، ولأن الشهرة الفتوائية ليست بحجة.

لزوم المعاطاة

لزوم المعاطاة

قوله:

وعليه، فهل هي لازمة ابتداءً مطلقاً كما حكى عن ظاهر المفيد، أو بشرط كون الدالّ على التراضي لفظاً كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني وقواه جماعة من متأخري المحدثين، أو هي غير لازمة مطلقاً، فيجوز لكلّ منهما الرجوع في ماله كما عليه أكثر القائلين بالملك بل كلّهم عدا من عرفت؟ وجوه.

أوفقها بالقواعد هو الأول.

أقول:

في المسألة ثلاثة أقوال، اللزوم وعدمه والتفصيل.

ولم يذكر الدليل على التفصيل، ولعلّه مقتضى الجمع بين عموم قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ الدالّ على صحّة البيع وإفادته الملكية مع اللفظ وبدونه، والإجماع القائم على عدم حصول الملكية إلّا بالإيجاب والقبول اللَّفْظِيِّين، بأنّ يكون القدر المتيقّن من الإجماع وقوع البيع بالفعل المجرّد عن اللفظ مطلقاً، وأمّا لو كان الدالّ على التراضي لفظاً، فذاك باقٍ تحت عموم الآية. وبعبارة أخرى: المخصّص القائم على عدم تأثير الفعل - وهو الإجماع - دليل لبي، فيؤخذ منه بالقدر المتيقّن، وهو الفعل المجرّد من أيّ لفظٍ دالّ على التراضي، وأمّا غيره، فالمرجع فيه عموم الآية.

وكيف كان، فالعمدة القولان الأول والثالث، وقد اختار الشيخ الأول، واستدلّ له بوجوه.

الاستدلال للزوم بالأصل

قوله:

بناءً على أصالة اللزوم في الملك، للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي، ودعوى أن الثابت هو الملك المشترك... بل ربما يزداد استصحاب بقاء علاقة المالك الأول، مدفوعة. مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب - فتأمل - بأن: انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه....

أقول:

قد استدل رحمه الله بأصالة اللزوم، لأنه مع رجوع المعطي يشك في زوال الملكية الحاصلة بالمعاطاة للمتعاطي، فيستصحب بقاؤها وعدم زوالها برجوع المالك الأول.

ثم أشكل على هذا الاستدلال: بأن الملكية الثابتة كانت - على الفرض - مرددة بين الملكية اللازمة والجائزة، فإن كانت الملكية اللازمة المستقرة، فحدوثها مشكوك فيه، وإن كانت الحادثة بالمعاطاة فارتفاعها بالرجوع متيقن، فلا يوجد شيء متيقن به مشكوك في بقاءه، فلا ينفع الاستصحاب.

قال: بل ربما يزداد... لأننا نشك بأن علاقة الملكية الثابتة للمالك الأول قبل المعاطاة هل زالت بالكلية أولاً، فإن كانت زائلة فالملكية الحاصلة للمتعاطي مستقرة، وإلا كان له استرداد ما أعطاه، فإذا استصحب بقاء العلاقة تعبدنا بأن رجوعه يؤثر في زوال ملكية المتعاطي، وبه يرتفع الشك في ناحية ملكية الطرف الآخر بعد رجوع المالك، وإذا جرى الاستصحاب فيه، تقدّم بالحكومة على استصحاب بقاء ملكية المتعاطي، لأن الشك في بقاء ملكيته

بعد رجوع المالك، مسبب عن الشك في بقاء علقه المالك، وقد تقرر تقدّم الأصل السببي على الأصل المسببي.

والشيخ لم يجب عن هذه الزيادة، ولا يبعد أنه لوضوح بطلان استصحاب علقه المالك الأول، لأن العلقه المتصورة عبارة إما عن الملكية نفسها أو العلقه التي هي من آثار الملكية أي السيطرة والسلطنة، أو أن للملكية مراتب، فيحتمل بقاء بعضها بعد المعاطاة، ولارابع، فهل المراد من العلقه نفس الملكية أو آثارها أو بعض مراتبها؟

أما أن يكون للملكية مراتب، فهذا غير معقول، لأنها أمر اعتباري ولا يعقل المرتبة للأمر الإعتباري، وأما أن يكون المراد بقاء علقه المالك الأول، فهذا معناه تحقق الملكيتين في الشيء الواحد، لأن المفروض أن المعاطاة قد أفادت الملكية للآخذ، فمع فرض بقاء علقه الأول يلزم اجتماع المثليين وهو محال. وأما آثار الملكية بأن تبقى للمالك الأول مع انتفاء علقته بالمعاطاة، فمعناه ثبوت الأثر بلا موضوع.

وتلخص: أنه لا مجال لاستصحاب بقاء علقه المالك الأول [١].

[١] وربما يتوهم أن الواهب مثلاً له السلطنة على ماله، وله السلطنة على تسليطه الغير حدوثاً وبقاءً، وبالعلة زالت السلطنة الأولى وبقيت الاخرى، فله إبقاء سلطنة الغير وله إزالتها.

ذكره المحقق الإصفهاني وأجاب: ويندفع بأنه: لا معنى للسلطنة على المال المستفادة من دليل السلطنة إلا القدرة على التصرفات المتحققة بالترخيص التكليفي والوضعي، والسلطنة على رد الملك سلطنة جديدة غير منبثقة عن الملكية، كيف وهي في ظرف عدمها؟ فكيف يعقل أن يكون من شئونها، ومع الشك في ثبوتها، فالأصل

ثم إنَّ الشيخ قد أجاب عن الإشكال بجوابين:

أحدهما: كفاية استصحاب القدر المشترك بين اللزوم والجواز، لأنَّ هذا الجامع بين الملكيتين متيقَّن الحدوث ومشكوك البقاء، فأركان الإستصحاب فيه تامة، وهو من قبيل القسم الثاني من أقسام الكلِّي. وقد اختلفت الأنظار في وجه التأمل:

قال المحقق الخراساني: لا مجال لدعوى الكفاية على مختاره من عدم حجِّية الإستصحاب مع الشك في المقتضي^(١).

لكنَّ الشيخ يرى جريان الاستصحاب في القسم الثاني، فإنَّ أراد المحقق المذكور من الشك في المقتضي الشك في كون ملاك اعتبار الملكية سبباً لاستمرار ودوام الملكية وعدم كونه كذلك، فهذا مما لا يقال، إذ ليس المراد من الشك في المقتضي في الإستصحاب هو الشك في الملاكات، بل المراد هو الشك في قابلية المستصحب في حد ذاته للثبات والاستمرار في عمود الزمان، لكنَّ الملكية أمر يدوم كذلك ما لم يأتِ الراجع. وإنَّ أراد تصوير سنخين للملكية وتقسيمها إلى قصيرة العمر وهي الملكية المحدودة بعدم رجوع المالك، وطويلة العمر وهي الملكية التي لا تكون محدودة بذلك، فتكون المحدودية بعدم رجوع المالك من مقومات ذات الملكية. لكنَّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، لأنَّ الملكية متى تحققت دامت، غير أنَّ الشك

عدمها. مع أنه لا ترتب شرعاً لعدم بقاء ملك الموهوب له على سلطنة الواهب على الردِّ حتى يكون إستصحاب السلطنة حاكماً على استصحاب الملك^(٢).

(١) حاشية المكاسب: ١٣.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٢٩ - ١٣٠.

في أنه برجوع المالك الأول ترتفع أو لا؟ فالشك هو في الزوال والارتفاع لا في استعداد المتيقن من حيث البقاء في الزمان، كما في الزوجية المرددة بين الدائمة والانقطاعية إلى أجل معين، فإنه بعد الأجل لا يستصحب بقاء الزوجية، للشك في استعدادها للبقاء في عمود الزمان.

وما نحن فيه من قبيل ما إذا دار الأمر بين البول والمنى، فإنه إذا توضاً ووقع الشك في بقاء الحدث لأنه إن كان الخارج هو البول فقد ارتفع، وإن كان المنى لم يرتفع، فهنا يستصحب بقاء الحدث المشترك بين الأكبر والأصغر، لأن الحدث ممّا إذا وجد يبقى، فإذا شك في زواله بالوضوء استصحب.

وقيل في وجه التأمل: إن استصحاب بقاء الملكية للأخذ وهو القدر المشترك، مسبب عن الشك في حدوث الملكية اللازمة، وحيث يجري استصحاب عدم حدوث اللازمة، كان هذا الإستصحاب حاكماً على استصحاب بقاء الملكية^(١).

وفيه:

أولاً: ليس الشك مسبباً عن أن الملكية اللازمة حاصلة أو لا، بل هو في أن الملكية الحاصلة لازمة أو جائزة، وليس هناك أصل ينفخ أن الملكية الحاصلة خارجاً من أي القسمين.

وثانياً: سلمنا، لكن حكومة الأصل السببي على المسببي مشروطة بكون التسبب شرعياً، والسببية هنا حتمية، ولا يجري الاستصحاب فيها، لأنه أصل مثبت.

(١) أنظر حاشية السيد اليزدي ١ / ٣٥٥.

وقال الميرزا الأستاذ: لعل وجهه هو: أن المقصود من الاستصحاب في القسم الثاني من أقسام الكلّي ترتيب أثر الكلّي، إذ لا معنى لترتيب أثر كل من الفردين، لأن كلاً منهما مشكوك فيه، وهنا إذا كان مفاد الاستصحاب هو التعبد ببقاء القدر المشترك وهو كلّي الملكية، كان معناه ترتيب أثر أحد الفردين وهو الملكية اللازمة، إذ ليس التعبد ببقاء الملكية إلّا لزومها، فترتب أثر الفرد باستصحاب القدر المشترك، وهو خارج عن استصحاب الكلّي، لأنه تعبد بالفرد لا بالكلّي^(١).

وهذا الوجه - وإن كان لا يخلو عن دقة - إلّا أن فيه:

أولاً: إن الغرض التعبد ببقاء القدر المشترك - أي أصل الملكية - في الزمان اللاحق، غير أنه بسبب الاقتران الاتفاقي لعدم تأثير رجوع المالك الأول، أفاد الملكية اللازمة، لأن هذا التعبد عين استصحاب الفرد.

وثانياً: سلّمنا، لكن يكفي استصحاب القدر المتيقّن لجواز تصرف الآخذ فيما انتقل إليه بالمعاطاة، إذ الملكية حكم وضعي، والاستصحاب جارٍ عندنا في الأحكام الوضعية إلّا في مورد واحد، وغير جارٍ في الأحكام التكليفية إلّا في مورد واحد، والتفصيل في الأصول.

وتلخص: صحة ما ذكره الشيخ في الجواب الأول، وقد ظهر أن لا وجه للتأمل فيه [١].

[١] ولذا لم يتأمل في الأصول في جريان هذا الاستصحاب، فقد قال بعد تقسيم استصحاب المتيقّن السابق إذا كان كلياً في ضمن فرد وشك في بقائه مشيراً إلى القسم

اللَّهُمَّ إِلَّا ما ذكره المحقق الخراساني، بتقريب: أنه قد تقرر في الأصول أن الشك في الغاية في الشبهات الحكمية شك في المقتضي، وفي الشبهات المصادقية شك في الرفع، فمتى شك في تحقق مصداق الغاية خارجاً يستصحب، ولو شك في أن المستصحب معني بغاية شرعاً أولاً؟ فإنه لما كانت الشبهة حكمية، يرجع الشك إلى المقتضي، فلا يجري الاستصحاب.

الجواب الثاني - وهو متين جداً - ومحصله: إن الملكية - بأي معنى كانت، وقد تقدم أن الظاهر كونها «الواجدية» - أمر اعتباري، ولا اختلاف في

الذي هو من قبيل مسألتنا، قال: وأما الثاني، فالظاهر جواز الاستصحاب في الكلّي مطلقاً على المشهور. نعم، لا يتعين بذلك أحكام الفرد الذي يستلزم بقاء الكلّي بقاء ذلك الفرد في الواقع، سواء كان الشك من جهة الرفع، كما إذا علم بحدوث البول أو المتني ولم يعلم الحالة السابقة، فإنه يجب الجمع بين الطهارتين، فإذا فعل احدهما وشك في رفع الحدث فالأصل بقاءه، وإن كان الأصل عدم تحقق الجنابة فيجوز له ما يحرم على الجنب، أم كان الشك من جهة المقتضي، كما لو تردد الموجود في الدار، بين كونه حيواناً لا يعيش إلا سنةً وكونه حيواناً يعيش مائة سنة، فيجوز بعد السنة الأولى استصحاب الكلّي المشترك بين الحيوانين، كما في الشبهة المحصورة.

وتوهم عدم جريان الأصل في القدر المشترك، من حيث دورانه بين ما هو مقطوع الانتفاء وما هو مشكوك الحدوث ومحكوم بالانتفاء بحكم الأصل، مدفوع: بأنه لا يقدر ذلك في استصحابه بعد فرض الشك في بقاءه وارتفاعه، إما لعدم استعداده، وإما لوجود الرفع^(١).

(١) فرائد الأصول: ٣٧١ ط الحجرية.

هويتها وحقيقتها، وإنما الاختلاف باعتبار حكم الشارع عليه، كأن يحكم بعد تحقق الملكية بأن للمشتري أن يحل العقد ويفسخه، وهذا في خيار الحيوان، أو يحكم بأن لكل من البائع والمشتري ذلك، كما في خيار المجلس، أو يحكم في الهبة -لغير ذي رحم والتي غير معوضة- بجواز الاسترداد. ف سواء كان الحكم بحل العقد أو بجواز الاسترداد، فهو حكم شرعي، مع أن الملكية متحققة في جميع الموارد.

وبعبارة أخرى: ليس الجواز وال لزوم من قبيل الفصل المقوم للماهية، ليلزم تعدد النوع، بل انقسام الملك إليهما انقسام بالعرض، وهما حكمان يطريان على الملك وليسا بخصوصيتين منوعتين له، إذ الحكم الشرعي -سواء الوضعي والتكليفي- قائم بنظر الشارع ولا يكون مصنفاً أو منوعاً.

وعلى هذا، فالمستصحب هو شخص الملكية الحاصلة بالمعاطاة، فهل للشارع حكم بارتفاع هذا الفرد الشخصي من الملكية إذا رجع المالك الأصلي عنها وأنه يجوز الاسترداد أو لا؟ فنقول: الأصل بقاءها وعدم جواز الاسترداد.

هذا، ولا يخفى أن المراد من الجواز في قولنا الملك الجائز، هو جواز التراد أو حل العقد، والملك اللازم عبارة عن عدم جواز التراد فيه أو حل العقد، فما في كلام المحقق الخراساني^(١) من أنه جواز التراد، ولا علاقة للبحث بجهة الخيار حتى يقال بأن هذا من خصوصيات السبب المملك، فإنه لو كانت الملكية هنا عبارة عن جواز حل العقد، أمكن القول بأنه من خصوصيات السبب المملك، لكن سيأتي أن الجواز المعطائي عبارة عن

(١) حاشية المكاسب: ١٣ - ١٤.

جواز ترادّ العينين، فيكون من خصوصيات الملكية - غير مستقيم.
لأن الكلام ليس في متعلّق الترادّ أو الرجوع حتى يقال: بأن الرجوع في العقد موضوعه هو العقد، فيكون الرجوع حله وهو من خصوصيات السبب، والموضوع في ترادّ العينين هو العين، فهو من خصوصيات الملكية، وإنما الكلام في الجواز الوضعي، أي رجوع المالك فيما أعطاه، حتى يكون الشارع مُعتبراً ملكيةً جديدةً للمالك الأول وسقوط ملكية الآخذ، وهذا الأمر الاعتباري في مرتبة متأخرة، ولا يعقل أن يكون من الخصوصيات المنوعة أو المصنّفة للموضوع في المرتبة المتقدمة.

فالكلام في أن الملكية صنفان أو أمر واحد؟ ولما كان جواز الترادّ - بأيّ معنى كان - في مرتبة متأخرة عن الموضوع وهو الملكية، فإنه يستحيل أن يكون ما هو في المرتبة المتأخرة مقسماً أو مقوماً ماهوياً للموضوع في المرتبة المتقدمة، إذ الموضوع بجميع خصوصياته ولوازمه متقدّم رتبة، والحكم الشرعي المتأخّر رتبة لا يمكن أن يكون من الخصوصيات المقومة للموضوع.

إنا لا نقول: بأن حكم المعاطاة حلّ العقد وفسخه، بل هو جواز الترادّ، لكن هذا الجواز الشرعي ليس من خصوصيات الملكية، وإنه موجب للانقسام الحقيقي، بل هو حكم شرعي يرجع إلى كيفية السبب، فإن الشارع يحكم بجواز الترادّ إذا كان البيع بالفعل.

فقله: موضوع الترادّ هو العين وموضوع الفسخ هو العقد، لا وجه له في هذا المقام.

ثم إن الشيخ استدلّ لعدم اختلاف حقيقة الملكية، وأن منشأ الاختلاف وانقسامها إلى الجائزة واللازمة هو الحكم الشرعي، بأمور:

قوله:

ويدل عليه -مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات أو من لوازم السبب الممكك، ومع أن المحسوس بالوجدان أن إنشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد- أن اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، فإما أن يكون....

أقول:

ذكر رحمه الله ثلاثة وجوه:

أحدها: قوله: يكفي في الإستصحاب....

فاعترض^(١) عليه: بأن العبارة قاصرة، لأن هذا الكلام ليس بدليل، وإنما هو عبارة أخرى عن عدم الحاجة إلى الاستدلال، بل يكفي في جريان الإستصحاب عدم العلم بأن الجواز واللزوم من خصوصيات السبب أو المسبب، وحيث يقال: كيف يعقل كفاية الشك في الاستصحاب مع احتمال أن يكون الشك في المقتضي -لا احتمال كونهما من خصوصيات المسبب- والشيخ لا يرى جريان الاستصحاب معه.

والذي أظن: أن غرضه قدس سره: أن الشك في المقتضي هو من باب التخصيص اللبّي، ففي موارد التخصيص اللبّي لا بدّ من إحراز المخصّص كي لا يتمسك بالعام، ومع الشك في تحقق عنوان المخصّص اللبّي يجوز التمسك به. فمراده: إنه يكفي في الإستصحاب الشك في كون الجواز واللزوم من خصوصيات المسبب أو السبب الممكك، مع أنه على تقدير كونهما من خصوصيات المسبب، يكون الشك في المقتضي، لأن

(١) انظر: المكاسب والبيع ١/ ١٦٨.

المختص المخرج للشك في المقتضي لبّي لا لفظي، وحينئذ يتمسك بعموم: لا تنقض اليقين بالشك، ويجري الإستصحاب مع الشك في كونهما من خصوصيات السبب أو المسبب.

لكن غير واحد من الأكابر اعترض عليه: بأنه لا معنى لأن يكون الشك المذكور كافياً لجريان الإستصحاب، مع أنه بناءً على كونهما من خصوصيات الملك غير جارٍ عنده، لأمره بالتأمل، فيدور الأمر بين أن يكون من مصاديق مورد جريان الإستصحاب أو من مصاديق مورد عدم جريانه، فكيف يعقل كفاية الشك للجريان؟

والظاهر: أن مراد الشيخ، كما ذكرنا في استصحاب القدر المشترك، من أنه إنما يتم لو كان الأثر مترتباً على القدر المشترك نفسه، فكذلك هنا، إذ الأمر في الملكية يدور بين الجائزة حتى تكون مرتفعة واللازمة حتى تكون باقية، فإن استصحاب البقاء عبارة أخرى عن التبعّد بالملك اللازم، وهذا غير جائز، وحينئذ نقول: إن هذا المعنى أي عدم جواز جريان الإستصحاب في هكذا مورد - دليل لبّي، وفي موارد الدليل اللبّي في مورد الشك يجري الإستصحاب. ففي نفس الوقت الذي نشك في أن الجواز واللزوم من خصوصيات السبب أو الملك، نستصحب، لأنه في مورد كونه من خصوصيات الملك إنما لا يجري الإستصحاب بمقتضى الدليل اللبّي، ولما كان مورد الدليل اللبّي غير محرز، فالإستصحاب جار.

الثاني: هو الوجدان، إذ أن الهبة اللازمة والجائزة على نسقٍ واحد. يريد: أن اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، لوقع الاختلاف في مقام الإنشاء، فهما ليسا من خصوصياته بل من الأحكام الشرعية للسبب.

وفيه: إنه لو كانا من خصوصيات السبب، لزم ترتب الأثر على الإنشاء المجمل.

الثالث: إنهما لو كانا من خصوصيات الملك، فلامحالة يكونان زائدين على مفهوم الملكية، وحينئذ يقال: هل هذه الزيادة هي بجعل من المالك أو من الشارع؟

إن كان من المالك، لزم القول بأنها -أي الملكية- في مورد قصده الرجوع، جائزة، وفي مورد قصده عدم الرجوع لازمة، وهي في مورد لا قصد عنده لا لازمة ولا جائزة، فيدور أمر اللزوم وعدمه مدار قصد المالك. وعليه، فلو قصد الرجوع في الهبة لذي رحم كانت الملكية جائزة، والحال أن الهبة لذي رحم لازمة بالضرورة من الفقه، وهي للأجنبي جائزة كذلك، سواء قصد الرجوع أو لا.

فالخصوصيتان لا يناطان بقصد المالك.

وإن كان بجعل من الشارع، بأن يختلف اعتباره للملكية، لزم عدم تبعية العقود للقصور، وهذا محال، لأن العقود كلها إمضائية، والإمضاء يكون دائماً على طبق الممضى، ولا تختلف دائرته عن دائرته. وقوله:

وأمكن القول بالتخلف هنا في مسألة المعاوضة....

سهو من قلمه الشريف، لأن المعاوضة إن لم تفد الملك جاز التخلف، بأن يقصد الملك والشارع لا يمضي، لكن البحث هنا في اللزوم وعدمه على مبنى إفادتها للملكية، وحينئذ فلا معنى للتخلف [١].

[١] وقال المحقق الإيرواني: «قد عرفت عدم إمكان ذلك القول، وأن دليل التبعية

وتحصّل: إن اللزوم والجواز ليسا من خصوصيات الملك، بل هما حكمان شرعيّان تكليفيّان مولويّان، وعليه، فالمستصحب هو شخص الملك - لا الجامع بين الجواز واللزوم - إن شك في بقاء ملكيّة الأخذ بالمعاطاة برجوع المالك الأول فيما أعطاه، فيفيد بقاء الملكية وعدم تأثير الرجوع. قوله:

وبالجملة، فلا إشكال في أصالة اللزوم في كلّ عقد شك في لزومه شرعاً [١].

وهو خطاب ﴿أَوْفُوا﴾ يشمل المقام كما يشمل العقود المنشأة باللفظ، ولو فرضنا عدم الشمول كفى شمول ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ في إثبات التبعية، مع أن إنكار التبعية بعد الاعتراف بحصول الملك لا محلّ له، ومحلّ هذا الإنكار هو المقام المتقدّم، فلا محيص هنا من الالتزام بالتبعية قضاءً لحقّ الأدلة الناهضة بإثبات الملكية^(١).

[١] قد شرح المحقق الثاني قدس سرّه هذه القاعدة الكلية^(٢) وأوضحها شيخنا دام بقاء بما ملّخصه: إنّ العقود الشرعية على قسمين، فمنها: إذنيّة ومنها: عهديّة، والعهديّة على قسمين: منها تنجزية ومنها تعليقية، والمقصود من هذه الموجبة الكلية هي العهديّة - لأنّ العقود الإذنيّة لا شك في كونها جائزة غير لازمة - بقسميها كالبيع والصلح ونحوهما من الأوّل، والسبق والرماية والجمالة ونحوها من الثاني، فالأصل في الجميع لو شك في لزومه شرعاً هو اللزوم.

قال العلامة في بيع التذكرة^(٣) بأن الأصل اللزوم في البيع، للإستصحاب يعني

(١) حاشية المكاسب: ٨٠.

(٢) المكاسب والبيع ١ / ١٧٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ٥ / ١١.

وكذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز كالصلح من دون عوض والهبة.

نعم، لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.

أقول:

إن أصالة اللزوم أصل محكم في الشبهات الحكمية والموضوعية معاً، فلو شك في أن حكم الهبة المعوضة هو اللزوم أو الجواز، جرت أصالة اللزوم، ولو شك في أن الملك الحاصل بالمعاطاة جائز أو لازم، فهي جارية كذلك، وهكذا في كل مورد يشك في الحكم من حيث اللزوم وعدمه.

استصحاب بقاء الملك.

لكنه خالف في السبق والرماية من المختلف^(١) فقال في الشك في اللزوم والجواز، بأن الأصل عدم اللزوم.

فهو مفصل بين التنجيزي والتعليقي، وقد وافقه الشيخ على كلامه في السبق والرماية، وهذا هو المهم، فإنه ينافي هذه الكلية التي نص عليها في المقام، وإذا كان الوجه في اختلاف كلامه كون المستصحب في البيع ونحوه هو الملك، ولا ملك في السبق والرماية ونحوهما حتى يستصحب، كان عليه أن يقول: كل عقد مملك شك في لزومه....

لكن مقتضى ما ذهب إليه في الأصول من جريان الاستصحاب في الأحكام التعليقية مثل: «العنب إذا غلا يحرم» هو عدم التفصيل، لأن المنشأ في مثل السبق والرماية أيضاً هو الملكية التعليقية، وكذا في الجمالة وغيرها.

وكذا في الشبهات الموضوعية، حيث يعلم بوقوع العقد ويشك في أن الملكية الحاصلة لازمة أو جائزة، فإنه يستصحب عدم ملكية الراجع عن الملكية، وهو مرادف لأصالة اللزوم معنى.

قال: لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.

مقتضى القاعدة الأولية أن يكون المدعي هو من يدعي الهبة، لأن مآل دعواه ثبوت حق الرجوع، وأن يكون مدعي البيع منكرًا، لأن مآل دعواه إلى إنكار حق الرجوع، وعلى المنكر الحلف، فإذا حلف تقدّم قوله. لكن قد يحتمل التداعي، إذ ربما يكون لكل من الدعويين أثر خاص، ويدعي كل منهما ترتيب الأثر، وحينئذ يقع التداعي. فقوله «في الجملة» أي: في بعض الأحوال، وهو ما أشرنا إليه [١].

[١] توضيحه: إن قول الشيخ: «احتمل التحالف في الجملة» يشتمل على كلمتين «احتمل» و«في الجملة».

أما الوجه في قوله «احتمل» فهو: أنه قد اختلف العلماء في أن مورد اللحاظ في مقام التداعي هو النتيجة أو اللفظ؟ فعلى الثاني يتحالفان في مفروض المسألة، أما على الأول، فحيث أن المدعي للصلح يدعي اللزوم والمنكر له ينكر اللزوم، فإن الواجب هو اليمين على أحدهما دون الآخر.

وأما الوجه في قوله «في الجملة» فهو: قيام الأصل الحاكم في بعض الموارد، كأن يقول أحدهما: هذه هبة، والآخر يقول: هي صدقة. فإن كانت صدقة لم يرجع فيها لأنها في سبيل الله، وإن كانت هبة جاز له الرجوع فيها، فلا تحالف حينئذ، إذ يعتبر في الصدقة قصد القرية دون الهبة، وهذه جهة زائدة في الصدقة على الهبة، فالمعطي المدعي للهبة ينكر قصده القرية، لأنه ينكر الصدقة، والآخر يدعي قصده لها، فالقول

فظهر أنه إن كان النزاع - في أن الواقع بيع أو هبة - بلحاظ الجواز واللزوم، كان من قبيل المدعي والمنكر، ومقتضى أصالة اللزوم تقدم قول المنكر يمينه، وإن كان بلحاظ أثر آخر، كان من قبيل التداعي ولا بد من التحالف. وهذا تمام الكلام في الاستدلال بالأصل للقول بلزوم المعاطاة.

الاستدلال بحديث السلطنة

قوله:

ويدل على اللزوم - مضافاً إلى ما ذكر - عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على أموالهم، فإن مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره، فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه منافي للسلطنة المطلقة. فاندفع ما ربما يتوهم....

أقول:

الظاهر أن غرضه هو الاستدلال بحديث السلطنة في خصوص المورد وهو الشبهة الحكمية، وإلا فقاعدة السلطنة غير جارية في الشبهة الموضوعية حتى وإن دل الحديث على اللزوم، فلوشك في أن العقد الواقع ببيع فلا رجوع أو هبة فله ذلك؟ لم يتمسك بعمومه، لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية للمخصص، لضرورة خروج الهبة عن تحت

قول المعطي صدقة لأصالة عدم قصد القرية، وله الرجوع حينئذٍ، لحكومة هذا الأصل على أصالة اللزوم. وقد ذكرنا هذا في بلغة الطالب^(١).

(١) بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب: ١٠٣.

العام، والمفروض هو الجهل بالعقد الواقع وأنه مصداق للخارج أو للبيع الباقي تحته.

فمراده من «يدلّ على اللزوم» أي في خصوص الشبهة الحكمية، بخلاف الإستصحاب حيث كان يجري في كلتا الشبهتين - ووجه التمسك به هو:

إنّ الحديث يدلّ على السلطنة بقول مطلق، بمعنى أنّ جميع شئون السلطنة وأنحائها ثابتة لصاحب المال ومنها منع الغير عن المزاحمة معه فيها، ولازم ذلك عدم تأثير تلك المزاحمة في ملكيته له، فلا أثر لرجوع المعطي، وهو المقصود من اللزوم.

هذا، ولا يصحّ التمسك به بتقريب: أنه يدلّ على السلطنة في جميع الأحوال والأزمنة، ومن ذلك زمان وحال رجوع المالك فيما انتقل عنه. إذ يرد عليه: إنّ موضوع السلطنة كما هو ظاهر كلمة «أموالهم» هو المال المضاف إلى الناس بإضافة الملكية، فلا بدّ من لحاظ حيثية «مالهم»، وعندما يرجع المعطي فيما أعطاه، نشكّ في خروج المال وعدم خروجه عن كونه ملكاً للآخذ، فالموضوع مشكوك فيه، والتمسك بالحديث من أجل إثبات عدم الخروج، تمسك بالحكم في حال عدم إحراز موضوعه. فالقول بعموم الحديث للأزمنة والأحوال تام، إلّا أنه لا يصلح لإثبات الموضوع في المقام.

وأما الإشكال: بأن معنى الحديث: أنّ الناس غير محجورين من التصرف في أموالهم، ولا مساس له بهذا البحث، كما في تعليقه المحقق الخراساني^(١).

(١) حاشية المكاسب: ١٤.

فقد تقدّم الجواب عنه، بأن الحديث مسوق لإثبات السلطنة، ومعناها التمكن من الشيء عن قهر، فهو يفيد القاهرية وهو أمر وجودي وليس في مقام النفي، نعم، لازم القاهرية عدم المحجورية.

والمهم ما أورده بعض الأكابر بما توضيحه: إن الموضوع في الحديث هو «أموالهم»، ومادام هذا الموضوع ثابتاً فالحكم وهو «السلطنة» موجود، وإذا كان للطرف المقابل حق التملك، فذاك إخراج موضوعي، ولا مزاحمة أبداً بين دليل الإخراج الموضوعي والحكم المترتب على الموضوع، ولذا، فقد تقرّر في الأصول أنه لو قال: أكرم العلماء، وجب إكرام زيد وعمرو وبكر... فلو قال: لا تكرم زيدا، وقع التعارض وتقدّم على العام إذا كان أظهر منه وإلا فلا، أمّا لو قال: زيد ليس بعالم، فإنه يتقدّم عليه حتى وإن كان أضعف منه ظهوراً، لأنه يزاحمه في الموضوع ورافع له. وأيضاً، فقد تقرّر تقدّم الأصل السببي على المسببي بالحكومة، والسّر في ذلك أنه رافع للموضوع في المسببي. وأيضاً، تقرّر أن الأمانة واردة أو حاكمة على الأصل، وذلك لأن موضوع الأصل هو الشك والأمانة رافعة له، ولذا لا يقع التزاحم بين الأصل والأمانة أبداً.

وعلى هذا، فمدلول الحديث أنه ما دامت الإضافة الملكية موجودة، فالسلطنة ثابتة، أمّا لو قام الدليل على جواز التراد في المعاطاة، أفاد أن للمعطي أن يرفع عنوان «أموالهم»، أي الإضافة الحاصلة للأخذ بالمعاطاة، فيكون مقدماً على السلطنة بالحكومة أو الورود.

والحاصل: عدم دلالة الحديث على إبقاء الإضافة، لأن الحكم لا يتكفل الموضوع لا حدوثاً ولا بقاءً، ومع عدم الموضوع وهو «أموالهم» - كما تقدّم - لا وجه للمزاحمة.

أقول: وهذا الإشكال دقيق، إلا أن الإنصاف عدم وروده كذلك، لأن مفاد الحديث حكم وضعي، لأنه اعتبار للسلطنة على أموالهم، وقد عرفت أن المراد منها ثبوت جميع مراتبها، فإذا رجع المالك الأول، هل تتحقق الملكية له في ذلك الآن أو في الآن المتأخر عنه؟ إنه لا ريب في أن الملكية مسببة عن الرجوع، فهو في مرتبة سابقة عليها، وعنوان «أموالهم» في تلك المرتبة محفوظ والقاهرية موجودة، وحينئذٍ تتحقق المزاخمة بين مدلول الحديث والرجوع، ويكون الحديث مانعاً عن تأثيره.

وتلخص: تمامية الاستدلال بالحديث على الوجه الذي ذكره الشيخ [١].

[١] وتوضيح كلامه طاب ثراه في تقريب الاستدلال بالحديث أن يقال:

إنه بمجرد تحقق الإضافة والمصادقية لـ «أموالهم» يترتب الحكم وهو «السلطنة» مطلقاً، أي: فله السلطنة على ماله وله منع الغير من المزاخمة معه فيه، وكأن الحديث -بتعبير المحقق النائيني^(١)- يتضمن عقدين، أحدهما: العقد الإيجابي، وهو سلطنة المالك على ماله بجميع أنحاء السلطنة، وثانيهما: العقد السلبي، وهو نفي سلطنة الغير عن ماله بجميع أنحاء السلطنة، وهذا العقد السلبي لازم لعقده الإيجابي، لأنه مقتضى عموم وإطلاق سلطنة المالك على ملكه. وبذلك يظهر أن لا مجال لتوهم أن هذا الاستدلال من قبيل التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، نعم، لو كان التمسك بعد الرجوع لتوجه الإشكال المذكور، وهذا وجه الاستدلال، كما عليه الشيخ ومن تبعه.

كما أن ظهور الحديث ليس إثبات الاستقلال في التصرف وعدم المحجورية،

كما ذهب إليه المحقق الخراساني^(١)، حتى يكون أجنبيّاً عما نحن فيه.

ويبقى الإشكال المهمّ - كما وصفه السيّد الجدّ - وهو للمحقّق الإصفهاني^(٢)، وتبعه المحقق الإيرواني^(٣)، وقربه بقوله: إنّ السّلطنة في الحديث متفرّعة على مالّية المال للشخص تفرّع الحكم على موضوعه، وكلّ إطلاق مهمّاً بلغت سعته لا تتجاوز سعته عن سعة موضوعه، فغاية الإطلاق ونهاية استيعاب الحكم شموله تمام أطوار موضوعه، ونحن نقول بذلك ههنا، لكن لا يجدي ذلك في إثبات المقصود واستنتاج عدم خروج المال عن ملك الشخص بفسخ الجانب المقابل قهراً عليه، فإن غاية إطلاق دليل السّلطنة ثبوت السّلطنة وشيوعها لكافة شعب التصرفات، لكن في مرتبة متأخرة عن انحفاظ مالّية المال له، وأمّا نفس انحفاظ المالّية، فلا يدخل في مدلول إثبات السّلطنة ولا يندرج في حيلة إطلاقها، فلذلك لم يكن رفعها برفع المالّية عن المال قصراً لإطلاق دليل السّلطنة. وإن كنت في ريب من هذا، فانظر إلى إطلاق دليل قيمومة الأب على ولده الصغير، تجد أنّ ليس من وسع هذا الدليل السّلطنة على حفظ صغره حتى يكون خروجه عن الصّغر قهراً عليه قصراً لسلطانه وتقييداً لقيمومته....

وهذا ما أجاب عنه السيّد الجدّ.

وقد أجاب عنه بعض مشايخنا دام بقاءه بوجه آخر وهو: إنه وإن كان الفسخ والرجوع موجِباً للشك في انحفاظ الموضوع وليس بإمكان الحكم أن يثبت موضوعه، لكنّ هذا مقتضى الدقة العقليّة، والمعيّار هو النظر العرفي، ولا ريب في وجود المنافاة

(١) حاشية المكاسب: ١٤.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٣٩.

(٣) حاشية المكاسب: ٨٠.

الاستدلال برواية: لا يحل مال امرئ

قوله:

ومنه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه. حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحلّ بغير رضا. وتوهم: تعلّق الحلّ بمال الغير، وكونه مال الغير بعد الرجوع أوّل الكلام. مدفوع بما تقدم، مع أنّ تعلّق الحلّ بالمال يفيد العموم.... أقول:

الموجود في الأخبار: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» وفي رواية: «لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه» وفي الثالثة: «لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه» [١].

عرفاً بين جعل السلطنة المطلقة على المال وتملك الغير له بدون إذن من صاحب السلطنة.

أقول: وأما ما أفاده سيّدنا الاستاذ^(١) قدس سرّه: من النسبة بين أدلة الخيارات والشفعة والحجر وحديث السلطنة، من أنها واردة عليه أو مخصصة له، ولم نجد أحداً من الأصحاب يقول بالمعارضة بينه وبينها، فيمكن الجواب عنه: بأن السلطنة الثابتة بمقتضى الحديث في تلك الموارد معلّقة من أوّل الأمر بجعل من الشارع على عدم الأخذ بالخيار أو بالشفعة، وليست بمطلقة حتى يتقض كلام الشيخ بذلك في المقام. فندبر.

[١] في الكافي بسنده: «كتب رجل من تجار فارس من بعض موالى أبي الحسن الرضا عليه السلام يسأله عن الإذن في الخمس. فكتب إليه: بسم الله الرحمن الرحيم...

ووجه الاستدلال - كما ذكر الشيخ - إن حليّة مال الشخص لغيره منوطة بطيب نفس صاحب المال، فليس للمالك الأول الرجوع في مال بدون طيب نفس الآخذ واسترجاعه منه؛ وليس الاستدلال بعموم الخبر بمعنى: أنّه لا يحلّ في جميع الحالات والأزمنة، حتى يقال: بأن التمسك بالحديث مع الشك في بقاء الإضافة المالكية بعد رجوع المالك الأول، من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، بل إنّ مفاد الخبر: انحصار سبب الحليّة بطيب النفس، وعليه، فليس للمالك الأول حليّة في المال إلّا بطيب نفس الآخذ. وبعبارة أخرى: إذا حصلت المعاطاة وتحققت الإضافة المالكية للآخذ وكان مصداقاً

لا يحلّ مالٌ إلّا من وجهٍ أحله الله^(١).

وفي الوسائل بسنده عن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحلّ دم امرئ مسلم أو ماله إلّا بطيبة نفسه منه»^(٢). وفي غوالي اللثالي مرسلًا: «المسلم أخو المسلم، لا يحلّ ماله إلّا عن طيب نفسه منه»^(٣).

وفي تحف العقول مرسلًا: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيها الناس، إنما المؤمنون إخوة ولا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلّا عن طيب نفس منه»^(٤). وفي الإحتجاج عن صاحب الزمان عليه السلام: «لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه»^(٥).

(١) وسائل الشيعة ٩ / ٥٣٩، الباب ٣ من أبواب الأتقال وما يختص بالإمام، الرقم: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٥ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الرقم: ١.

(٣) غوالي اللثالي ٣ / ١٨٤، باب الجهاد، الرقم: ٩.

(٤) وسائل الشيعة ٥ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الرقم: ٣.

(٥) وسائل الشيعة ٢٤ / ٢٣٤، الباب ٦٩ من أبواب الأطعمة المحرمة، الرقم: ٣.

له مال امرىء»، كان رجوع المعطي تملكاً للمال بدون رضا المالك. وقول الشيخ في دفع التوهم: «مع أن...» معناه: عدم نفوذ التصرف وعدم حلية التملك، فهو يعمّ الحكمين: الوضعي والتكليفي، فليس لأحد إخراج المال عن ملكية صاحبه.

أقول:

ليس المراد هو الحلية اللغوية، لتكون أعمّ من التصرف والتملك، لأنّ قوله عليه السلام: لا يحلّ... قد وقع في حيّز الإنشاء، وهو إمّا إنشاء للحكم التكليفي أو إنشاء للحكم الوضعي، فالمراد أحد الحكمين، فإن كان الحكم التكليفي، عاد الإشكال، إذ التصرف في مال الغير لا يجوز، والرجوع يخرج الملك عن كونه للغير، وإن كان الحكم الوضعي، تمّ الاستدلال، إلا أنه لا دليل على تعيينه.

وبعبارة أخرى: إنّ الظاهر كون الاستدلال بما روي عن صاحب العصر عجل الله فرجه من أنه «لا يحلّ لأحد أن يتصرف...» فإن كان المراد الجواز التكليفي، فهو أجنبي عن البحث، وإن كان المراد الجواز الوضعي ليدلّ على لزوم ما يشكّ في لزومه وجوازه، فلا إشكال فيه، لكن تردّد الخبر بين المعنيين مانع من الاستدلال.

وتلخص: إنه لا يعمّ الحكمين، خلافاً للشيخ.

وقد يمكن توجيه الاستدلال بأنه: لا مجال مع إسناد عدم الحلية والجواز إلى المال لتقدير لفظ التصرف ونحوه، وعدم حلية المال عبارة عن عدم تملكه، فهو ظاهر في الحكم الوضعي بلا تردد.

والإنصاف: أن الاستدلال بالخبر مشكل، لأنّه مبنيّ على أن تكون الحلية وضعيّة، مع أنّ التكليفية أيضاً مرادة يقيناً، فيكون اللفظ الواحد مستعملاً في

معنيين متباينين، وهو محال. هذا أولاً.
وثانياً: إن الحكم - وهو «لا يحل» - لا يكون حافظاً لموضوعه، وهو
الإضافة المالكية المدلول عليها بقوله: «مال امرئ».

الاستدلال بالآية ﴿لَا تَأْكُلُوا...﴾

قوله:

ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِإِثْبَاطٍ إِلَّا أَنْ
تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١). ولا ريب أن الرجوع ليس تجارة ولا عن تراض،
فلا يجوز أكل المال.

والتوهم المتقدم في السابق....

أقول:

إن الأكل كناية عن التصرف، التملكي، فلا يجوز في المعاملات إلا أن
تكون تجارة عن تراض، فإذا وقعت المعاملة وأصبح الطرف المقابل مالكا،
لم يجز للمعطي الرجوع أو الفسخ والتملك لما أعطاه، إلا أن تكون تجارة عن
تراض.

والتوهم السابق جارٍ هنا، بأن يقال: لِمَ لا يكون رجوعه جائزاً وموجباً
لخروج المال عن كونه للغير؟ فأجاب الشيخ:

لأن حصر مجوز أكل المال في التجارة إنما يراد به أكله على أن يكون ملكاً
للأكل لا لغيره.

أي: نستدل بجملته المستثنى الدالة على انحصار الأكل التملكي في

التجارة عن تراض، فإذا لم تكن، كذلك كان التملك أكلاً بالباطل، فالرجوع لا عن تراض منهياً عنه.

وقال السيد في التعليق على قول الشيخ: «والتوهم السابق جارٍ هنا» قال: يعني مع دفعه^(١).

أقول: لقد كان التوهم السابق أنه لا دلالة على اللزوم، لأنه بالرجوع والفسخ يرتفع الموضوع وهو كون المال للغير، وكل حكم يدور مدار ثبوت موضوعه ولا يعقل أن يكون مثبتاً له، لا حدوداً ولا بقاءً، ولا منافاة بين خروج المال عن كونه للغير بنحوٍ من الأنحاء، سواء كان بالرجوع أو الفسخ أو غير ذلك، فهي ناهية عن أكل مال الغير بالمعنى الأعم من التصرف فيه وتملكه، إلا بالتجارة عن تراض.

لكن شيخنا الأستاذ قال: وفي بعض النسخ المصححة: والتوهم المتقدم في السابق غير جارٍ هنا^(٢).

أقول: وهذا ليس ببعيد، لأن مساق كلام الشيخ: إن هذا أكل بنحو التملك، والآية تحصر الأكل كذلك بأن يكون تجارة عن تراض. والحاصل: إن الرجوع والفسخ ليس من التملك عن تراض، فهو غير جائز ونافذ. قوله:

ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها....

أقول:

ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها، فإنه - بقتضى الفهم العرفي - يكون الرجوع في المال بغير رضا المالك تصرفاً وأكلاً بالباطل.

(١) حاشية المكاسب ١ / ٣٥٩.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٤١.

قوله:

نعم، بعد أن أذن المالك الحقيقي وهو الشارع....

أقول:

اللَّهُمَّ! إِنْ فِي كُلِّ مَوْرِدٍ أَذْنُ الشَّارِعِ فِيهِ بِالتَّصَرُّفِ، كَمَا فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ، فَإِنَّهُ -لَوْلَايَتِهِ الْعَامَّةُ الْمَطْلُوقَةُ- قَدْ أَذِنَ لِكُلِّ مِنَ الْمُتَعَامِلِينَ بِفَسْخِ الْمَعَامِلَةِ مَا دَامَا فِي الْمَجْلِسِ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ الطَّرَفُ الْآخَرُ، وَكَذَا فِي خِيَارِ الْحَيَوَانِ، حَيْثُ جَعَلَ لِلْمُشْتَرِي السُّلْطَانَةَ عَلَى فَسْخِ الْمَعَامِلَةِ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْبَائِعُ، وَكَذَا فِي الشَّفْعَةِ، حَيْثُ يَكُونُ لِلشَّرِيكَ تَمَلُّكُ الْحَصَّةِ الْمَبِيعَةِ بِدَفْعِ ثَمَنِهَا لِلْبَائِعِ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْمُشْتَرِي.

قال:

ولذا كان أكل المارّة من الثمرة الممرور بها أكلاً بالباطل، لولا إذن المالك

الحقيقي.

وبالجملة، فإنه في الموارد التي جعل صاحب الولاية الخيار أو السلطنة على الرجوع، تكون الآية المباركة مخصصة، أمّا في غيرها، فهي دالة على عدم الجواز.

فهذا وجه الاستدلال، والإنصاف أنه لا بأس به [١].

[١] هكذا قال السيّد الجذّ، وكأنّه غير جازم بتماميّة الاستدلال، لأنّه يتوقف على أن يكون الاستثناء متصلاً دائماً على الحصر، أو يكون المراد من «الباطل» في الآية هو الباطل العرفي، وفي كلا الأمرين كلام، ولذا اختلفت أنظار الأكابر، فمنهم من وافق الشيخ في الاستدلال ومنهم من خالفه.

بل لقد اختلفت كلمات الشيخ نفسه في هذا الإستثناء، فذهب في شرائط

العوضين في بحثه مع جامع المقاصد وصاحب الكفاية إلى أنه منقطع، قال: «لأن دلالة الآية على اعتبار وقوع إما بمفهوم الحصر وإما بمفهوم الوصف كما لا يخفى، ممنوعة لأن الإستثناء منقطع».

وفي بيع الفضولي كذلك، إذ قال: «إن دلالة على الحصر ممنوعة، لانقطاع الإستثناء كما هو ظاهر اللفظ وصريح المحكي عن جماعة من المفسرين...»^(١).

وأيضاً، فإن القول بالاستثناء المتصل والدلالة على الحصر، يستلزم تخصيص الأكثر، وجعل تلك الموارد كلها «تجارة» عرفاً مشكلاً، وقد حاول المحقق الإصفهاني^(٢) إخراج بعضها بالتخصيص، بأن الموضوع في الآية - بقرينة كلمة «بينكم» - هو المعاملات المعاوضة، فلا يلزم المحذور، فأشكل عليه شيخنا بما ورد في النصوص من تطبيق الإمام عليه السلام هذه الآية على القمار فقال: «كانت قريش تقامر الرجل بأهله وماله فنهاهم الله عن ذلك»^(٣) والقمار ليس معاوضة، وفيه تأمل، فإنه لا يبعد كونه عندهم نوعاً من المعاوضة والمقابلة، غير أن الشارع نهاهم عن ذلك.

ووقع الكلام بين العلماء في المراد من «الباطل» في الآية، فإنه إن كان الباطل عند العرف، فالاستدلال صحيح، وإن كان الباطل الشرعي فلا، لأننا نحتمل احتمالاً عقلاً أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحة للأكل لا من الأباطيل الواقعية، وعليه، فيكون التمسك بالآية في المقام من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. قاله المحقق الخوئي^(٤).

(١) المكاسب: ١٢٧ ط الشهيد.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٤٢.

(٣) وسائل الشريعة ١٧ / ١٦٥، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الرقم: ١.

(٤) مصباح الفقاهة ٢ / ١٤١.

الاستدلال بأدلة خيار المجلس

قوله:

«مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع مثل: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا. أقول:

إنّ التعاطي بيع بالحمل الشائع، فالمتعاطيان بَيْعَان، فلهما الخيار ما لم يفترقا، وإنّ كان هذا الخيار قهراً عليهما من الشارع، إلّا أنه محدود بما دام كونهما في المجلس، فإذا افترقا فلا خيار لهما ووجب البيع. فالخبر يدلّ على أنّ لا تأثير للرجوع بعد التفرّق من المجلس، وهذا هو اللزوم.

نعم، هذا الاستدلال يتوقف على أن يكون «الخيار» في الخبر أعمّ من فسخ العقد والتراد، أمّا لو قيل بأنّ المراد منه خصوص الفسخ فقط، أشكل الاستدلال به لمنع الرجوع في المعاطاة، إلّا أنه يمكن دفعه بتنقيح المناط. فلا بأس بالاستدلال بالخبر للزوم المعاطاة.

الاستدلال بالآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

قوله:

وقد يستدلّ أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بناءً على أنّ العقد هو

لكن يرد عليه: إنه لما كانت الخطابات الشرعية ملقاةً إلى العرف، فالمراد منها لا محالة ما هو الظاهر عندهم من الألفاظ، فلو أراد الشارع منها معنى آخر غيره، لزم عليه إقامة القرينة كما هو واضح، ووجودها هنا أوّل الكلام.

مطلق العهد كما في صحيحة عبد الله بن سنان، أو العهد المشدد كما عن بعض أهل اللغة. وكيف كان، فلا يختص باللفظ، فيشمل المعاطاة.
أقول:

في تفسير الصافي^(١) عن القمي رحمه الله عن الصادق عليه السلام: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أي: بالعهود.

ونقل الشيخ عن بعض أهل اللغة أن العقد هو العهد المشدد^(٢).

وفي المفردات: العقد: الجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة، كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني، نحو عقد البيع والعهد وغيرهما...^(٣).

وعلى الجملة، فإن العقد هو العهد المرتبط والمشدود بعهد آخر، ولا منافاة بين ذلك المذكور في الكتب اللغوية وما جاء في النص الصحيح.

ومما يشهد بذلك إسناده «الوفاء» بالعهد في موارد كثيرة من القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿أَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ﴾^(٤) و﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(٥) و﴿بَلَى مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ وَاتَّقَى﴾^(٦) و﴿الْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾^(٧) إلى غير ذلك.

فهل المعاطاة عقد؟ وما المراد من الوفاء؟ وهل هذا الأمر إرشادي أو

(١) تفسير الصافي ٥ / ٢ عن تفسير القمي ١ / ١٦٠.

(٢) لسان العرب ٩ / ٣٠٩.

(٣) المفردات في غريب القرآن: ٣٤١.

(٤) سورة البقرة: ٤٠.

(٥) سورة النحل: ٩١.

(٦) سورة آل عمران: ٧٦.

(٧) سورة البقرة: ١٧٧.

مولوي؟ وعلى الثاني وضعي أو تكليفي؟

قيل: العقد - وهو عبارة عن العهد المشدد أو الميثاق المبرم - يعتبر أن يكون باللفظ، والمعاطاة لا تسمى عقداً.

ولكن كلاً من اللفظ والفعل يصلح لأن يكون مظهراً للميثاق الذي تقرره النفس الناطقة الإنسانية، والمفروض هو المعاطاة الحاصلة بقصد التملك، فكل من الطرفين يقر أن يكون ماله للآخر، أو قل: البائع يقر بالمعاطاة أن يكون ملكه للمشتري بعوض، وذلك يقبل بأخذه الشيء ويدفع العوض وفاءً. وعلى الجملة، فإن العقد بالمعنى المذكور في الرواية واللغة، صادق على المعاطاة.

وأما الوفاء، فهو عبارة عن ترتيب أثر المقتضي على طبق اقتضائه على وجه الكمال والتمام، في مقابل النقض أو النقص.

وربما يتوهم: أن المقتضى - وهو التملك والتملك - أثره هو التسليم والتسلم، فيكون «أوفوا» أمراً بتسليم ماملّكه.

لكنه يندفع: بأن الأمر بالوفاء في الآية مطلق، وإطلاقه يعم جميع الآثار، ومنها التسليم والتسلم، فمن ملك غيره شيئاً وجب عليه تسليمه ماملّكه، لكن عدم التصرف في مال الغير وتوقفه على الإذن من الآثار كذلك، فالآية غير ظاهرة في خصوص التسليم والتسلم.

وربما يتوهم أيضاً: أن إيجاب الوفاء بالعقد يدور مدار ثبوت العقد ووجوده، والرجوع والفسخ يحل العقد فلا يبقى موضوع للوفاء، فالآية غير دالة على لزوم العقد.

والظاهر: أن هذا التوهم قد نشأ من أخذ العقد في الآية بالمعنى الاسم مصدري، لكنه بالمعنى المصدري، لأن الإنسان يملك الشيء عند ما ينشئ

العقد لفظاً أو فعلاً، وقولنا: هذا العقد باق، اعتبار. والبقاء الاعتباري غير العقد الذي وجد في الخارج.

فمعنى الآية المباركة: إن العقد الذي حققتموه في الخارج يجب عليكم الوفاء به، وليس معناها أن الأمر الاعتباري الذي جعل له البقاء اعتباراً يجب الوفاء به، حتى يقال بارتفاعه بالرجوع أو الفسخ. وبالجمله، فإن ارتفاع الموضوع بما ذكر إنما يتم لو كان المراد من العقد في الآية هو المعنى الاعتباري الاسم مصدري الذي يعتبر له البقاء، وقد عرفت أن المراد منها ليس إلا المعنى المصدري، وحيثئذ، يكون الشيء للطرف ولا يجوز المعارضة معه بوجه، والرجوع نقض للعهد ومخالف للوفاء، فهو منهى عنه. وأما أن الأمر فيها إرشادي أو مولوي؟ فقد كان للميرزا الاستاذ رحمه الله قاعدة كلية في أن الأوامر المتعلقة بالعبادات لها ظهور ثانوي في الجزئية والشرطية، فقوله: إركع، إرشاد إلى أن الركوع جزء من الصلاة، وقوله: توضأ للصلاة، إرشاد إلى شرطية لها، وكذا الكلام في النواهي، فقوله: لا تصل في الحرير، لا تصل فيما لا يؤكل لحمه، إرشاد إلى المانعية.

وأما في المعاملات، فالأمر والنهي بيان لاعتبار وجود خصوصية أو عدم وجودها، فإذا قال: لا تغز في البيع، كان المعنى: أن الغرر مفسد للبيع، وإذا قال: بع بالكيل، كان المعنى: إن الكيل شرط.

وعليه، فالآية المباركة إرشاد إلى صحة العقود وأنها مؤثرة شرعاً، وعليه، فلا دلالة لها على اللزوم.

لكن الإنصاف عدم إمكان المساعدة على ما ذكره بنحو الإطلاق، وقد كنّا نخالفه في الدرس ونقول: بأن رفع اليد عن ظاهر الكلام في المولوية لا يكون إلا بالقرينة، فلولو القرينة على الإرشادية، فإن مقتضى القاعدة إبقاؤه

على الظهور الأولي في البعث والزجر.

وقد أوجب الشارع بالآية المباركة ترتيب الأثر على العقد ترتيباً كاملاً، وهو يدل بالالتزام على الصحة، إذ لا يعقل أن يكون الشيء الفاسد يجب الوفاء به وترتيب الأثر عليه، وإذا دلت الآية على الصحة، أمكن القول بدلاتها على اللزوم، لأنه مقتضى إطلاق الأمر بالوفاء، أي: في جميع الآثار والأزمنة والحالات، فالعقد لازم سواء فسخ أو رجع أو لا.

فالأمر في بدو الأمر حكم تكليفي، ويدل بالالتزام على الصحة، وهو من جهة الإطلاق، يدل على وجوب ترتيب الآثار كلها، وهذا معنى اللزوم. وكان الميرزا الاستاذ يقول: بأن قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بنفسه اعتباراً للحكم الوضعي، أي اللزوم.

وهذا وإن كان جائزاً، بأن يكون من باب ذكر اللازم وإرادة الملزوم، لكن لا دليل عليه، بل الصحيح ما ذكرناه.

وتلخص: أن الآية تدل على أن كل عقد شك في جوازه ولزومه، فهو لازم، وشمولها للمعاطاة موقوف على صدق «العقد» عليها، وقد تقدم بيان ذلك. لكن شيخنا الميرزا كان يقول: بأنها تدل على اللزوم في العقود اللفظية فحسب، ولا تشمل المعاطاة لعدم كونها عقداً، وتوضيح كلامه قدس سره يتم ضمن أمور:

١- إن تملك الشيء مع الالتزام بذلك بعدم نقضه هو العهد، ولولا هذا الالتزام القلبي لم يصدق عليه عنوان العقد، بل يكون مجرد مبادلة مال بمال، فالعقدية منوطة بجهة الالتزام القلبي الباطني المذكور.

٢- والأمور الباطنة لا يترتب عليها أثر ما لم تبرز خارجاً، ولذا لا أثر للنيات والعزائم المجردة.

٣- والدلالة الالتزامية من أحكام الألفاظ، وأمّا الأفعال فلا دلالة لها. وعلى ما ذكر، فلو أنشأ مبادلة مالٍ بمالٍ باللفظ، دلّ بالالتزام على الأمر الباطني المزبور، ولذا يسمّى بالعقد، وأمّا لو أنشأ ذلك بالفعل الخارجي، فقد حقّق المبادلة، لكنّ الدلالة الالتزامية غير موجودة، فلا تسمّى بالعقد وإن كانت تمليكاً.

لكنّ التحقيق: إن العقد عبارة عن الارتباط بين الشيئين، وهو العهد، ولما كان التمليك من الأمور الإنشائية الناشئة من النفس الإنسانية الناطقة، كان عهداً من العهود، ولا حاجة معه إلى عهدٍ والتزام زائد. وقوله رحمه الله: بأنّ العقد له مدلولان: مطابقي، وهو عبارة عن مضمون العقد الذي ينشؤه العاقد كمبادلة مالٍ بمالٍ الذي هو البيع، والتزامي، وهو عبارة عن التعهّد والالتزام بالمضمون.

فيه: أنه إذا كانت العهدية بلحاظ أنّ مبدء الإنشاء الصادر هو ما في الضمير، وأنّ التمليك الذي يحقّقه إنما هو مقتضى عزمه والتزامه، فحيث إنّ لا فرق بين أن يكون المظهر له قولاً أو فعلاً، وسيأتي في مباحث الخيار - في أنه إذا شرط في ضمن العقد وتخلّف الشرط: أنّ التحقيق ثبوت الخيار وعدم بطلان العقد، لأنّ التمليك الحاصل من البائع - مثلاً - يشتمل على التزام باطني بما فعله، والدليل على ذلك هو ظاهر الحال لا اللفظ، خلافاً للاستاذ قدّس سرّه، وشرط الخيار يرتبط بظاهر الحال، لا أنّ الملكية منوطة بالشرط حتى تنتفي بانتفائه ويبطل العقد، بل الالتزام منوط به، فيكون العقد على حاله مع ثبوت الخيار [١].

[١] أقول: لقد أجاد - طاب ثراه - في بيان كيفية الاستدلال بالآية المباركة لإثبات

لزوم المعاطاة، وكلامه ناظر إلى جميع جهات البحث.

أما بالنسبة إلى الموضوع وهو «العقد»، فقد أفاد أنه بحسب الرواية الصحيحة^(١) وكلمات أهل اللغة هو: «العهد» المرتبط بعهد آخر، وذكر أن هذا صادق على المعاطاة. وتوضيح المطلب هو: أن «العقد» مقابل للحل، قال تعالى عن لسان موسى عليه السلام: ﴿وَاخْلُفْ عَقْدَهُ مِنْ لِسَانِي﴾^(٢)، وأما العهد، فهو الالتزام والميثاق، وموارد استعماله في القرآن وغيره كثيرة، قال تعالى: ﴿أَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ وَإِنِّي قَارِئٌ بِكُمْ﴾^(٣) ويقابله الغدر. فهما مفهوماً متغايران، وإن قال ابن منظور: «المعاقدة المعاهدة»^(٤)، لكنهما متصادقان كما في مورد «المعاطاة».

وذكر رحمه الله: إن كلاً من اللفظ والفعل يصلح لأن يكون مظهراً للميثاق والالتزام الذي تقرره النفس الناطقة الإنسانية. وفيه إشارة إلى بحث بين العلماء وخلاصته: أنه هل للإبراز والإظهار بالإنشاء دخل في مفهوم الميثاق الباطني أو أنه غير متقوم به، فظاهر كلامه هو الثاني وفقاً لشيخه المحقق الإصفهاني^(٥)، خلافاً للمعتول عن بعض أهل اللغة، من أنه إذا ملك داره قلباً ولم ينشئ ذلك ولم يبرزه، فلا يصدق العهد والعقد.

وأما بالنسبة إلى الحكم وهو «وجوب الوفاء»، فقد أفاد رحمه الله مطالب: أحدها: مفهوم المادة، فأشار إلى أن مفهوم «الوفاء» عبارة عن التمام، وهذا هو

(١) تفسير الصافي ٥ / ٢ عن تفسير القمي ١ / ١٦٠.

(٢) سورة طه: ٢٧.

(٣) سورة البقرة: ٤٠.

(٤) لسان العرب ٩ / ٣٠٩.

(٥) حاشية المكاسب ١ / ١٤٤.

المستفاد من الآيات القرآنية المذكورة وغيرها.

والثاني: في مدلول الهيئة، وأنه الحكم التكليفي، خلافاً لبعض الأعلام، وتعرض لخلافه مع شيخه المحقق النائيني في مسألة كبروية وفي تطبيقها على ما نحن فيه، وعلى الجملة، فمعنى الآية وجوب ترتيب مقتضى العقد والالتزام به عملاً، وهذا يستلزم حكماً وضعياً وهو لزوم العقد.

وقد أشكل بعض المحققين كالإيرواني، بأن الآية لاتجدي لإثبات اللزوم عموماً، وإنما تجدي لإثباته في خصوص ما إذا كان العقد متعلقاً بالفعل، لا في العقد على النتيجة الذي منه المقام، إذ العقد على النتيجة، إما أن يكون مؤثراً في وقوع تلك النتيجة أو لا يكون مؤثراً، وعلى كل حال، لاعمل خارجي له من العاقد حتى يخاطب بخطاب أوفوا. (قال): وأما التسليم للعوضين، فذلك ليس لأجل أنه مصداق للوفاء، وإنما هو من جهة أنه بالعقد صار ملكاً للغير، فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه، فالمتعاقدان والأجانب في وجوب معاملة ملكية من انتقل إليه المال، على حد سواء... (١).

وهذا ما أشار السيد الجدل إليه وأجاب عنه بقوله: فمعنى الآية المباركة: إن العقد الذي حققتموه في الخارج... فهو يريد أن الأمر بالوفاء في الآية معناه هو: إنكم بعد التزامكم القلبي بأن يكون الشيء لغيركم، لا يجوز لكم أن تنظروا إليه بعنوان أنه مأل لكم فيجوز لكم استرجاعه والتصرف فيه، بل يجب عليكم ترتيب الأثر على ما أوقعتموه والنظر إلى الشيء بعنوان أنه للغير، ولا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه.

الاستدلال بالحديث: المؤمنون على شروطهم

قوله:

وكذلك قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وآلِهِ: المؤمنون عند شروطهم، فَإِنَّ الشَّرْطَ لَفْظٌ مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللَّفْظ.

أقول:

تقريب الاستدلال - سواء كان لفظ الحديث: «المؤمنون»^(١) أو «المسلمون»^(٢) - أن المؤمن إذا اشترط شرطاً يقف عنده ولا يتخلَّف عنه، وهذا هو المدلول المطابقي، وهو حكم تكليفي ظاهراً، فيجب الوفاء بالشرط ولا يجوز رفع اليد عنه.

والقول بأنه^(٣) كناية عن صحّة الشرط أو لزومه: خلاف الظاهر. إنما الكلام في الصغرى، إذ المعاطاة بيع، ولكن هل البيع شرطٌ حتى يجب الوقوف عنده؟

قد اختلفت كلمات أهل اللغة في معنى الشرط، ف قيل: هو الإلزام والالتزام، وقيل: العهدة، وقيل: التعليق، وقيل: الربط. وفي القاموس: قرار

والمطلب الثالث: ظهور الآية في الإطلاق... وهو ما نصّ عليه بقوله: «لأنّه مقتضى إطلاق الأمر بالوفاء...» فلاّية إطلاق أفرادي وأزمانى، فبمجرد تحقّق العقد يجب الالتزام والعمل بمقتضاه، حتى بالنسبة إلى ما بعد الفسخ.

(١) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الرقم: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الرقم: ١.

(٣) حاشية المكاسب للإصفهاني ١ / ١٤٨.

يرتبط بالبيع، ولا يبعد أن يكون الأول، ولذا يقال في التكوينية: الشرط في نمو النبات شروق الشمس عليه، أو الشرط في تحوّل الماء بخاراً إصابة النار. أي يلزم ذلك.

وبعبارة أخرى: اللزوم تارة: تكويني، فيقال: شرط المشي كذا، وشرط الجلوس كذا، وشرط الطبخ كذا... وأخرى: جعلي، فيقال: الوضوء، ستر العورة، الاستقبال، شرط للصلاة... فالصلاة مرتبطة بهذه الأمور، وثالثة: اللزوم الحاصل بحسب الجعل، بأن يقيّد المتعاقدان التزامهما بالبيع - مثلاً - بشيء كخياطة الثوب.

وعلى ما ذكر، فإن كان الالتزام الابتدائي مصداقاً للشرط، كان البيع شرطاً، إلا أن ذلك غير ثابت لغة، بل القدر المتيقّن من الشرط أن يكون العمل مرتبطاً بعمل آخر، فيتحقّق اللزوم والالتزام بين العاملين.

فظهر: أن صدق عنوان «الشرط» على «البيع» غير واضح، ففي الاستدلال بالحديث على لزومه نظر [١].

[١] ويتلخّص الكلام في المقام: في توقّف الاستدلال على صدق «الشرط» على ما كان من الالتزام بغير اللفظ، وعلى صدقه على الالتزام الابتدائي والضمني. وبعبارة أخرى: يتوقّف الاستدلال بالحديث على أن يكون «الشرط» فيه مطلقاً من الجهتين، فإذا كان ذلك وكان الحديث ظاهراً في التكليف، تمّ الاستدلال به على لزوم المعاطاة. أمّا أن الشرط في اللغة هو «الالتزام»، فلا كلام فيه. وأمّا أنه يعمّ ما كان بغير اللفظ، فكذلك.

وأما أنه يعمّ الابتدائي والضمني، وأن الحديث ظاهراً في التكليف، فمحلّ خلاف: قال المحقّق الإيرواني: هذا الاستدلال مبنيّ على صدق الشرط على الالتزام

الابتدائي، وهو محلّ نظر بل منع. وأيضاً: على استفادة الوجوب من خطاب المؤمنون... وهو محلّ نظر، بل يمكن أن يدعى أن خطاب «المؤمنون عند شروطهم» نظير «المؤمنون» إذا وعد وفى»^(١) خطاب أخلاقي مسوّق لما يقتضيه الإيمان ويقود إليه.

ومن العجب اختلاف كلمات الشيخ في معنى الحديث:

قال في بحث الخيارات: لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى في مثل قوله عليه السلام في دعاء التوبة... وقوله عليه السلام في أوّل دعاء الندبة... مع أن كلام بعض أهل اللغة على ما اذعينا من الاختصاص، ففي القاموس: الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه»^(٢).

وقال في بحث الشروط: الشرط يطلق في العرف على معينين، أحدهما: المعنى الحديثي، وهو بهذا المعنى مصدر شرط... وفي القاموس: إنه إلزام الشيء والتزامه في البيع وغيره. وظاهره كون استعماله في الإلزام الابتدائي مجازاً أو غير صحيح...»^(٣). وكذلك كلمات الفقهاء....

وكلمات اللّغويين أيضاً مختلفة، فمنهم من قال بأنه مطلق الالتزام، ومنهم من قال بأنه التزام في التزام... كما أشار السيّد الجّد قدّس سرّه، فراجع.

هذا، والنصوص أيضاً مختلفة، فمتها: ما هو ظاهر في الشرط الابتدائي، كحديث بريرة: «الولاء لمن أعتق وشرط الله آكد»^(٤). ومنها: ما هو ظاهر في الشرط الضمني،

(١) دعائم الإسلام ١ / ٦٤ في حديث.

(٢) المكاسب: ٢١٦ ط الشهيدي.

(٣) المكاسب: ٢٧٥ ط الشهيدي.

(٤) مستدرک الوسائل ١٥ / ٣١، الباب ٣٦ من أبواب كتاب النكاح، الرقم: ٢.

في دعوى الإجماع على عدم اللزوم؟

قوله:

والحاصل أنَّ الحكم باللزوم.... إلّا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة....

أقول:

والحاصل: إنه كلما شك في لزومه وجوازه، فإنه يبنى على لزومه بلاريب. إلّا أن في خصوص المعاطاة - مع كونها بيعاً مفيداً للتملك - دعوى الإجماع على عدم اللزوم، وقد ذكر الشيخ بعض الكلمات. والإجماع في المقام تارة: بسيطٌ قد ادّعاه بعض الأساطين^(١) وجامع المقاصد^(٢)، وادّعى أن لكل من الطرفين الرجوع. وأخرى: مركّب، لأن

كرواية منصور بن يونس عن عبد صالح قال: «قلت له إن رجلاً من مواليك تزوّج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبّت عليه إلّا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوّج عليها، فأعطاه ذلك، ثم بدّاه في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع؟ فقال: بش ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمراة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم»^(٣).

وإذا كان لفظ الشرط مجعلاً مردداً بين الأقل والأكثر، فاللّزوم هو الأخذ بالقدر المتيقن، وهو ما نصّ عليه السيّد الجّد رحمه الله.

(١) شرح القواعد ١٥ / ٢.

(٢) جامع المقاصد ٣٠٩ / ٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢١ / ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الرقم: ٤.

الأصحاب بين قائل: بأن المعاطاة تفيد الملك، وقائل: بأنها لا تفيده، فالقول بأنها تفيد الملك اللازم إحداث لقول ثالث.

إلا أن الإجماع المركّب، إنما يتحقّق - كما تقرّر في محله - فيما إذا كان للقولين دلالة التزاميّة على نفي القول الثالث، وإلا فلا أثر لكون الأمة على قولين، ولا مانع من إحداث القول الثالث، وما نحن فيه من هذا القليل.

وبعبارة أخرى: إنه مع عدم الدلالة الالتزاميّة على نفي الثالث، يكون الفقهاء ساكتين عنه، فيكون حكمه حكم الإجماع السكوتي الذي لا كاشفيّة له عن رأي المعصوم أو الدليل المعتمد، ولا يوجد في المقام هذا الاستكشاف الذي هو ملاك الحجّة، كما لا يخفى.

وأما دعوى الإجماع البسيط ففيها:

أولاً: لقد ذكر العلامة: أن الأشهر عندنا أنه لا بدّ من الصيغة، وهذه العبارة - كعبارتيه في المختلف والتحرير^(١) - ظاهرة في عدم تحقّق الصغرى.

وثانياً: سلّمنا، لكنّه إجماع منقول، وهو ليس بحجّة.

وقال الشيخ: إن المظنون قوياً تحقّقه على عدم اللزوم....

ومجرّد الظنّ بالإجماع - ولو كان حجّة - ليس بحجّة.

في دعوى السيرة على عدم اللزوم؟

قوله:

بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة التي....

أقول:

الإنصاف عدم الفرق - في السيرة المتعارفة بين العقلاء - بين الأمور

(١) تذكرة الفقهاء ٧/١٠، مختلف الشبهة ٥١/٥، تحرير الأحكام ١/١٦٤.

الخطيرة والمحقرة.

وقوله: نعم، ربما يكتفون بالمصافقة....

فيه: إن لفظ بارك الله لك ونحوه، ليس إنشاءً للتمليك، فإذا كانوا يكتفون بذلك، فهم بالمعاطاة ينشأون التمليك، والمصافقة وقولهم ذلك يكون بعد الإنشاء.

وقوله: بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع....

فيه: إن الأمر ليس كذلك، بل يقال للراجع أنك قد بعث وقضي الأمر فلا ترجع، ولذا نرى أن الرافع يلتبس من الطرف الآخر الموافقة على التراجع. وتلخص: أن لا مشكلة من ناحية الإجماع والسيرة. وأن الأدلة على لزوم المعاطاة محكمة.

وقد ذهب شيخنا الميرزا إلى أن مقتضى القاعدة عدم لزوم المعاطاة، فقال بأن الجواز أو اللزوم:

تارة: حكم شرعي، فالشارع هو الحاكم بلزوم العقد أو جوازه بمقتضى الملاك، وفي مثله لا يعقل ارتفاع الحكم أو تحقق ما يخالف الحكم الشرعي من المتعاقدين، ومن ذلك عقد النكاح وعقد الضمان وجميع موارد الإيقاعات إلا ما شذ من اللوازم، وكالهيئة غير المعوضة ولغير ذي رحم، ونحو الهبة من موارد العقود الجائزة بحكم الشرع.

واخرى: حقّي، بأن يكون له الحق في الرجوع أو لا يكون له ذلك، وهذا قد يكون بجعل من الشارع، وقد يكون بجعل من المتعاقدين.

والقاعدة الكلية هي: أنه كلما لا يقبل الإقالة، فلا يقبل الخيار وحق الرجوع، وكلما يكون قابلاً لذلك بجعل من الشارع أو منها، فهو قابل للخيار والرجوع.

ثم قال:

إن المتعاملين لما يملكان المال، فكلُّ منهما يملك الآخر التزامه بما أنشأه ويكون مسلطاً عليه، إلا أن يرفع يده عن تسلطه، وهذا هو الإقالة، ولو اشترط الخيار، فإن كان لكلِّ منهما، فلا تمليك للالتزام، وإن كان لواحد، كان من له الخيار مالكاً للالتزام نفسه دون الآخر الذي لم يشترط له الخيار، فإن التزامه ملك للطرف.

وعليه، ففي مورد الالتزامات الحقيقيّة، إذا لم يكن دليل على اللزوم الحقيقي من ناحية الشارع، فلا بدّ من الدليل عليه من ناحية المتعاملين، فإن كان الإنشاء لفظياً، دلّ بالالتزام على تسليط الطرف الآخر على التزامه بالمنشأ، وأما إن كان التمليك بالتعاطي، فلا توجد تلك الدلالة، وتبقى المعاملة قابلة للإقالة والتراذ، ولا دليل على لزومها.

فمقتضى القاعدة: عدم لزوم المعاطاة.

أقول:

إننا لو سلّمنا جميع المقدمات، فإن الدليل الشرعي قائم على لزوم المعاطاة إذا افترقا، وهو قوله عليه وآله الصلوة والسلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع. وبعد التنزّل، فالإستصحاب.

فالمعاطاة - بما هي هي - على تقدير التسليم بالمقدمات، وستكتّم عليها في الخيارات - غير مقتضية بنفسها اللزوم الحقيقي والحكمي، ولكن حيث لا دليل على جوازها، فإن مقتضى الأدلة والإستصحاب أنها الملك اللازم، ويكون القول بالجواز محتاجاً إلى الدليل. والله العالم.

الكلام في الرواية: إنَّما يحلُّ الكلام...

قوله:

بقي الكلام في الخبر الذي تمسَّك به في باب المعاطاة، تارةً على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرف، وأخرى على عدم إفادتها اللزوم... وهو قوله صلى الله عليه وآله: إنَّما يحلُّ الكلام ويحرَّم الكلام. وتوضيح المراد منه....

أقول:

عن خالد بن الحجاج - كما في التهذيب^(١) - أو ابن نجيج كما في الكافي^(٢) قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني ويقول: اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا.

فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟

قلت: بلى.

قال: لا بأس. إنَّما يحلُّ الكلام ويحرَّم الكلام^(٣).

وليس قوله: اشتر لي هذا الثوب... توكيلاً له في الشراء، وإلا لقال: لك أجرة كذا وكذا، بدلاً عن: أربحك كذا وكذا.

وفي قوله: «اشتر لي» احتمالان، أحدهما: إلزامه بالشراء، كنايةً عن أنني قد اشتريت منك بالفعل ما ليس عندك بربح. والثاني: الطلب منه لأن يشتري لنفسه ثم يبيعه الشيء بربح، فلا تكون المعاملة واقعةً بالفعل وإنما هي

(١) تهذيب الأحكام ٥٠ / ٧، الرقم: ٢١٦.

(٢) الكافي ٥ / ٢٠١، الرقم: ٦.

(٣) وسائل الشريعة ١٨ / ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الرقم: ٤.

مواعدة ومقاولة. والثاني، لا إشكال فيه دون الأول.

قوله:

إن هذه الفقرة - مع قطع النظر عن صدر الرواية - تحتل وجوهاً....

أقول:

فذكر أربعة وجوه.

وقوله: مع قطع النظر... إشارة إلى أنه لا مجال لشيء من الاحتمالات بالنظر إلى صدر الرواية، لأن الذي فيه هو الكلام المعاملي لا مطلق الكلام واللفظ.

وأما الوجوه:

فالأول: أن تكون الحلية والحرمة منوطين بالتلفظ، فلا بد من النطق الدال، سواء بالدلالة المطابقة أو الالتزامية، وأنه لا يكفي القصد والنية ولا العمل الخارجي، فيكون مدلول الخبر: عدم إفادة المعاطاة الملكية.

لكن هذا المعنى ليس بمراد كما ذكر الشيخ، إذ مفاد الخبر أنه ليس له أن يبيع الشيء قبل أن يشتريه، وأن الكلام الواقع في المعاملة محلل تارة ومحرم أخرى إذا وقع قبله، كما في الصحيحة: «عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة ويعنيها، أربحك فيها كذا وكذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»^(١).

وأورد الشيخ على الوجه الأول:

أولاً: إن قوله: إنما يحلّل الكلام... بمثابة التعليل للجواب عن السؤال، فلو كان الوجه الأول هو المراد، لما كان له ارتباط بالسؤال والجواب.

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٥٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الرقم: ١٣.

وثانياً: إن انحصار المحلل والمحرم باللفظ يستلزم تخصيص الأكثر، لأن الحيابة محللة، والمعاطاة محللة، وغلان العصور العنبي محرم وذهاب ثلثيه محلل، الهدية والهبة والضيافة محلل، والسفر محلل، والحضر محرم، فالمحللات والمحرمات غير اللفظية كثيرة في الشريعة. وكلامه متين جداً.

والثاني: أن يكون المعنى: إن الكلام بماله من المضمون، أي المضمون الذي يؤدي بالكلام، إن كان على الموازين الشرعية، كان محللاً، وإلا كان محرماً، نظير الخبر في المزارعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر. فقال: لا ينبغي أن يسمي بذاراً ولا بقرأ، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا، نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمي بذاراً ولا بقرأ، وإنما يحرم الكلام»^(١).

أي: فإذا كان مضمون المزارعة هو المشاركة في الزرع بأن يكون لكل منهما نصيب، كان الكلام محللاً، وإن لم يكن كذلك فالكلام محرم.

وفيه - كما ذكر الشيخ - أن المورد ليس من المقصود الواحد الذي ينشأ بمضمونين، بل الذي وقع السؤال والجواب عنه هو المعاملة مع من ليس بمالك للشيء، بل عليه أن يشتريه ويبيعه ويربح. فهذا المعنى لا مناسبة له بالخبر أصلاً.

والثالث: أن يكون الكلام الواحد محللاً إن وقع في محله، كما في العقد على المرأة الخلية، ومحرماً إن وقع في غير محله، كما في العقد على المرأة

(١) وسائل الشريعة ١٩ / ٤٣، الباب ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة، الرقم: ١٠.

المعتدة. أو يكون وجوده محللاً، كما لو أذن في التصرف، وعدمه محرماً، كما لو لم يأذن بذلك.

وفي الوافي^(١): المراد من الكلام إيجاب البيع، فلما لم يكن عنده الشيء، كان إيجابه محرماً وعدم إيجابه محللاً.

وقد اختار الشيخ هذا المعنى على وجه الوجود والعدم.

وفيه: أن القضية الحقيقية عبارة عن أخذ الكلّي الطبيعي في الموضوع بإضافة الأمر الوجودي، وليس عندنا قضية حقيقية أخذ في موضوعها الأعم من الوجود والعدم، على أن المحمول الثبوتي يترتب على موضوع له وجود، وإذا لا يعقل أن يكون المعدوم طرفاً للإسناد، لأن النسبة سنخ من الوجود يتقوم بطرفين ثبوتيين، فإسناد «يحلل» و«يحرم» - وهما أمران ثبوتيان - إلى «الكلام»، إنما هو إسناد إليه بماله من الوجود، فتارة يؤثر في الحلية، وأخرى في الحرمة، ولا يعقل أن يكون المراد من الكلام هنا الأعم من الموجود والمعدوم.

وأما الوجه الأول من المعنى الثالث، ففيه أيضاً: إنه ليس الأمر في الغالب كذلك، لأن الكلام لا يكون سبباً للحرمة أو الحلية بل كل منهما بسببه، فإن لم يكن سبب الحلية جامعاً لشرائط التأثير ومنها كون الكلام في محله، أو وجد المانع عنه، فهو غير حاصل، وكان عدم حصوله هو السبب لعدم الحلية، لا أن الحرمة مسندة إلى الكلام في غير محله، نعم قد يكون كذلك نادراً، كما في عقد الزواج، فإنه بالنسبة للخلية محلل، وللمعتدة أو ذات البعل أو التي في حال الإحرام محرّم.

وتلخص: عدم تمامية الوجه الثالث.

وقد وافق شيخنا الميرزا على هذا المعنى، لكن ببيان آخر^(١) هو: إن الكلام إذا استجمع شرائط التحليل يحل، وإذا لم يستجمعها أو اقترن بشيء من الموانع يحرم.

ويمكن تأييده بأنه: إذا لم يستجمع الشرائط أو لم تفقد الموانع، لم يكن المحرم هو الكلام، مثلاً: في بيع ما ليس عنده، ليس إيجاب البيع محرماً، بل الواقع عدم الحلية لعدم سببها، لا أن الحاصل بالكلام هو الحرمة، إلا أنه لما كان ارتفاع التحريم موقوفاً على وجود سبب الحلية - وهو اللفظ المستجمع - فإنه إذا عدم سببها أسندت الحرمة إليه، كما تقدم.

وكيف كان، فالمعنى الثالث أيضاً لا يمكن المساعدة عليه.

والرابع: أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقابلة والمواعدة، ومن الكلام المحرم إيجاب البيع وإيقاعه.

لكن فيه: إنه عند المقابلة لا يوجد الكلام المعاملي حتى يقال بأن الكلام يحل.

وتلخص:

إن الشيخ قدس سره قد ذكر للخبر أربعة وجوه.

فعلى الأول: هناك كلامان ومدلولان. وحاصله: أن للفظ موضوعية في التحليل والتحريم.

وعلى الثاني: هما كلامان والموضوعية للمضمون، فالمضمون الكذائي محلل والكذائي محرم، وإن كان المقصود في كليهما واحداً.

وعلى الثالث: هما كلام واحد بما له من المعنى، لكن الاختلاف هو من حيث الوجود والعدم تارة، ومن حيث وقوعه في محله وعدم وقوعه في محله أخرى.

وعلى الرابع: هما كلام واحد، لكن السنخ مختلف، بأنه إن كان كان مقالةً فمحلل وإن كان معاملة فمحرم.

وقد ظهر، أن لا شيء من الوجوه صحيح.

وذكر المحقق الخراساني وجهاً خامساً^(١)، واختاره شيخنا الاستاذ^(٢) ونسبه إلى صاحب الجواهر^(٣) وهو:

إن الكلام يحلل ويحرم بالإضافة إلى الشخصين وإلى المالين، فإذا أوجب البيع، فالبيع حلال للمشتري وحرام للبائع، والتمن بعد البيع حلال للبائع وحرام للمشتري.

وهذا مبني على أن تكون الحلية والحرمة تكليفيين.

وهناك وجه سادس، وهو جعل الحلية والحرمة وضعيين. وتوضيحه: إن القول أعم من الكلام، لأن الكلام هو القول المتضمن للبت والجزم، وهو تارة: موجب للصحة، وأخرى: موجب للفساد، فالصحة والفساد مستندان إلى الأمر المنشأ بالكلام.

وحينئذ، فمعنى الخبر أحد المعنيين الأخيرين، بأن يكون المقصود هو السؤال عن حكم القضية، فيقول الإمام عليه السلام: إن كان قوله لا يوجب سلب الاختيار عنه - بأن يكون أن شاء أخذ وإن شاء ترك - فلا بأس، إنما يحلل

(١) حاشية المكاسب: ١٥.

(٢) حاشية المكاسب: ١٤٩.

(٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢١٧.

الكلام بالنسبة إلى ما انتقل إليه ويحرّم بالنسبة إلى ما انتقل عنه، فالمدار في الحلية والحرمة على إيجاب البيع وهو غير متحقّق الآن، ولذا قال عليه السّلام: لا بأس.

وهذا هو المعنى الأوّل منهما، ولا بأس به، إلّا أن فيه كلفة التقدير، بأن تجعل الحلية، مضافةً إلى ما انتقل إليه والحرمة إلى ما انتقل عنه.

فالأوجه هو الثاني من هذين الوجهين، يقول عليه السّلام: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك، أي أن اختياره محفوظ، وحفظ الاختيار كاشف عن عدم تحقّق الكلام البتّي الجزمي، وهو الموجب للصّحة إن كان واجداً للشرائط، والفساد إن لم يكن كذلك.

وعلى الجملة، فإن مقتضى القاعدة مطابقة الجواب للسؤال، وقد كان السؤال عن حكم المعاملة، مع من ليس عنده الثوب فعلاً، بأن يشتريه له ويربّحه فيه كذا وكذا.

فأجاب الإمام عليه السّلام: بأنه إن قصد من «إشتر لي» إيجاب البيع معه بالقطع على الثوب الذي ليس عنده، فهذا باطل، وإن قصد من ذلك الطلب منه، بأن يشتري الثوب فيبيعه منه لا من غيره في مقابل ربح معيّن، فلا بأس، والمهمّ هو أن الأمر بالاشتراء مختار، إن شاء أخذ وإن شاء ترك، لأنه يطلب من الرجل أن يشتري لنفسه ثم يبيعه منه، وهذا لا مانع منه، وإلّا فقد أوقع المعاملة على القطع والبتّ على شيء غير موجود عند البائع، وهذا غير صحيح.

فالقول المتضمّن للبتّ والجزم - وهو معنى «الكلام» لغةً - في هكذا موردٍ مبطل، وإلّا فلا بأس.

هذا معنى الخبر، والظاهر تعدّد الكلام لا وحدته، إلّا بناءً على ما ذكره

ابن هشام في المغني^(١)، من أنه إذا أعيدت المعرفة، فالمراد شيء واحد، وإذا أعيدت النكرة، فالمعنى متعدد، ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾. إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا.

فإنه بالنظر إليه يتوجه ما ذكرناه، وهو: إن القول على وجه الإبرام والجزم، قد يكون محللاً وقد يكون محرماً، فالكلام في المزارعة إذا قيل: لصاحب الأرض كذا وللزارع كذا، محلل، وكذلك إن قال: بعث، كان محللاً، وإن قال: فسخت، كان محرماً.

فهما سنخان من الكلام، أحدهما محلل والآخر محرّم. هذا، والخبر - على كل حال - أجنبني عن بحث المعاطاة مطلقاً بعد سقوط المعنى الأول من المعاني التي ذكرها الشيخ. قوله:

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر... بأن يقال.... أقول:

أولاً: إن هذا مبني على المعنيين الثالث والرابع من المعاني الأربعة، وأمّا بالنظر إلى غيرهما، كالذي ذهب إليه المحقق الخراساني أو الذي اخترناه، فلا يتم.

وثانياً: إن هذا الحصر إضافي، فلا يستظهر منه الذي ذكره، نعم، لو كان حصراً مطلقاً لأمكن. قوله:

إلا أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع... فتأمل.

(١) مغني اللبيب ٢ / ٦٥٦، الباب السادس.

أقول:

يمكن أن يكون إشارة إلى ما سيذكره في التنبيه الثاني من التنبيهات - من أنه يتحقق المعاطاة بإعطاء الثمن من المشتري وأخذه من البائع، فإن أخذ الثمن بيع للمثمن - وحيث لا تكون الرواية أجنبية عن المعاطاة، هذا أولاً. وثانياً: من أين نستكشف كون الشيء بيد هذا الشخص ملك أو لا، فلعله كان بيده، لكن لا ملكاً له بل أمانة وضعها المالك عنده، فيشتره منه لنفسه ثم يبيعه للرجل الذي طلب منه ذلك.

تنبيهات المعاطاة

قوله:

وينبغي التنبيه على أمور:

الأول

الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع... وأما على القول بإفادتها للإباحة، فالظاهر أنها بيع عرفي... وأما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من أن محل الكلام هو ما إذا قصد مجرد الإباحة، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً ولا شرعاً....

أقول:

موضوع هذا التنبيه هو البحث عن أن الشرائط المعتبرة شرعاً في البيع، من معلومية العوضين، ومعلومية الكيل والوزن إن كانا مآ يكال أو يوزن، ومن القبض كما لو كان صرفاً أو سلماً... إلى غير ذلك، معتبرة في المعاطاة أو لا؟

أما على القول الثالث - وهو ما ذهب إليه صاحب الجواهر - من أن محل الكلام في المعاطاة ما إذا قصد مجرد الإباحة، فلا يعتبر شيء من الشروط، لأن الواقع ليس ببيع لا شرعاً ولا عرفاً.

إلا أن الكلام في دليل الإباحة الشرعية مع قصدهما الإباحة، فقال الشيخ: بأن الدليل هو حديث السلطنة، الدال بعمومه على أن لكل من المتعاطيين إباحة ماله للآخر.

فأشكل على الشيخ: بأنه لا يرى المشرعية لحديث السلطنة، فلا يدل

على السببية الشرعية لشيء من الأسباب.

ولكنه سهو، لأنهما مع قصدها الإباحة، قد أباح كل منهما ماله للآخر، فهي إباحة مالكية وترخيص صرف، فليس في اليمين سبب حتى نبحث عن دليل سببيته.

بل الإشكال الوارد على الشيخ - ولم يتعرض له أحد فيما أعلم - أن هذا الترخيص في التصرف إنما هو على وجه التضمن، وكل منهما يضمن صاحبه بالمسمّى، سواء كان أكثر من المثل أو القيمة أو أقل أو كانا متساويين، ولا يعقل أن يكون حديث السلطنة هو الدليل على هذا التضمن، لأن السلطنة على المال أمر وجعل البديل عن المال أمر آخر.

فلا مناص من تصحيح هذا التضمن بالتمسك بحديث: «المسلمون عند شروطهم» بأن يكون التضمن المذكور تقييداً للإباحة، والتقييد شأنه شأن الشروط، فيشمله الحديث المزبور، ويمكن أن يقال أيضاً بكون التضمن من العهود، فيشمله عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أي بالعهود [١].

[١] واستدل بعض المحشّين - كالمحقّق الإيرواني^(١) - بدليل حلّ التصرف في مال الغير برضا صاحبه، بدعوى أن كل تصرف يكون برضا المالك مشروعاً، لكنّ ظاهر ذلك الدليل هو إناطة التصرفات المشروعة برضاه، قال بعض مشايخنا: لو كان المراد أن كل تصرف يشرع إن كان برضا المالك، لزم جواز اللواط بالعبد بإباحة مولاه ورضاه بذلك.

(١) حاشية الإيرواني: ٨٣.

وعلى الجملة، فإنه من الممكن تصحيح هذا التّضمين، لكن أدلة شرائط البيع لا تجري في المعاطاة بناءً على هذا القول، لعدم كون الواقع بيعاً بل هو إباحة بعوض.

هل يعتبر في المعاطاة شرائط البيع؟

قوله:

وأما على المختار من أنّ الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتني على القول بإفادتها للملك والقول بعدم إفادتها إلا الإباحة؟ وجوه.

أقول:

ذكر هنا ثلاثة وجوه:

الأول: اعتبار جميع الشروط، سواء على القول بإفادتها للملك أو الإباحة، وسواء كان دليل اعتبار الشرط هو النصّ أو الإجماع.

والثاني: عدم اعتبارها مطلقاً كذلك.

والثالث: اعتبارها على القول بالملكية مطلقاً وعدم اعتبارها على القول بالإباحة.

وهناك وجه رابع ذكره بقوله:

ويمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النصّ، فيحمل على البيع العرفي وإن لم يقد عند الشارع إلا الإباحة، وبين ما ثبت بالإجماع على اعتبارها في البيع بناءً على انصراف البيع في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم.

قوله:

يشهد للأول كونها بيعاً عرفاً فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطها في

البيع، ويؤيده....

أقول:

الوجه الأول هو المختار عند الشيخ، قال مرة: «لا يخلو عن قوة» ثم قال بعد ذلك: «الأقوى اعتبارها» سواء على القول بإفادة المعاوضة الملكية شرعاً كما هو المختار، أو القول بإفادتها الإباحة الشرعية كما عن المشهور، لأنّ الحاصل هو البيع العرفي، والموضوع لأدلة اعتبار الشروط هو ما يصدق عليه عنوان البيع عند العرف... هذا كلامه قدس سره.

لكنّا قد أوضحنا سابقاً أنّ انطباق تلك الأدلة موقوف على ثبوت الموضوعية عند الشارع أيضاً، فلا بدّ من قبوله إفادتها الملكية كذلك، وإلاّ فلا يمكن الشمول والانطباق، إذ لا معنى لأنّ يرتّب الآثار الشرعية على ما لا يراه - أو يراه غيره - موضوعاً لها.

فما ذكره سهو من قلمه.

وذكر دليلاً آخر حيث قال:

ولما عرفت من أنّ الأصل في المعاوضة بعد القول بعدم الملك: الفساد وعدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم، وهو المعاملة الجامعة للشروط عدا الضيعة، وبقي الباقي.

فهما وإن قصدا البيع لكنّ الشارع لم يمتض ذلك، فهو بيع فاسد ولا يترتب عليه شيء من الآثار، لكنّ مقتضى الإجماع القائم على الإباحة الشرعية في صورة استجماع الشرائط عدا الضيعة، هو القول بالإباحة.

وبتقرير آخر: إنهما لما قصدا التملك، فكلّ من الطرفين سلّم ماله إلى الآخر بعنوان أنه ملك له، وتكون تصرفاته واقعة في ملكه، فكان كلّ منهما مملّكاً لا مرخصاً، إلّا أنه قد قام الدليل الخارجي على الإباحة، لكنه الإجماع

وهو دليلٌ لبيٍّ - فلو كان لفظياً لشمّل فاقد الشروط أيضاً - والقدر المتيقّن من الإباحة هو ما إذا كانت المعاطاة التي ليست ببيع واجدةً لجميع شرائط البيع. إلا أنه قد تقدّم أنّ الدليل العمدة في المعاطاة هو السيرة العقلانيّة المتّصلة بزمان المعصوم وغير المردوعة منه، فإنّ كانت قائمة على جواز التصرف فيما أخذ بها حتى في صورة فقد الشرائط المعتبرة في البيع، كانت حجةً شرعيّةً صالحةً لتخصيص الأدلّة اللفظيّة المعتبرة للشرائط، وللتقدّم على دليل اعتبارها إنّ كان لبيّاً، لقصوره عن الشمول لمورد السيرة، فتكون السيرة حينئذٍ هي الدليل على جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة الفاقدة لبعض الشرائط.

وبالجملة، إنّ تمّ قيام السيرة على جواز التصرف مع فقد بعض الشرائط، فهي الدليل على القول بالإباحة، خلافاً للشيخ القائل بعدم الدليل، وأمّا على القول بإفادتها الملكيّة، والأدلّة المعتبرة للشرائط لفظيّة، فالسيرة مخصّصة.

فإنّ قلت: لِمَ لا تكون الأدلّة المعتبرة للشرائط في البيع رادعةً، لأنّ المعاطاة بيع.

قلت: رادعيّتها عن السيرة منوطة بعدم كونها مخصّصةً بها، لكنّ عدم التخصيص منوط بكونها رادعة... وهذا دور.

فإنّ قلت: حجّية السيرة هنا متوقّفة على كونها مخصّصةً للعمومات المعتبرة للشرائط، وكونها كذلك موقوف على عدم شمول العمومات لمورد السيرة، وهذا موقوف على كونها مخصّصةً، فكون السيرة مخصّصة دوريّ.

قلت: قد أجبنا عن ذلك في الاصول في مباحث خبر الواحد، وفي

الإستصحاب، وذكرنا ملخص ذلك في المباحث المتقدمة.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في المقام.

لكن الإنصاف عدم تمامية ما ذكر، لأن السيرة بما هي ليست بحجة، وإنما حجيتها من أجل كاشفيتها عن تقرير المعصوم إن كانت عقلائية أو قوله إن كانت متشرعية، ولولا إحراز ذلك لم يكن لها حجية، وهو مع وجود العمومات المعتبرة للشرائط في البيع - والمفروض كون المعاطاة بيعاً - مشكل.

ولافرق بين القول بأن المعاطاة تفيد الملك اللازم أو الجائز، والقول بأن حصول الملكية شرعاً منوط بالتصرف أو التلف، والقول بعدم الإناطة كما هو الحق.

وأما بناءً على ما ذهب إليه بعض الأكابر من أنها معاوضة مستقلة تفيد الملك، وما ذهب إليه المشهور من أنها تفيد الإباحة لا الملك، فالمعاطاة ليست ببيع، فلا يعتبر فيها ما يعتبر فيه.

ثم إن الشرائط المعتبرة في البيع على ثلاثة أقسام، لأن الدليل على اعتباره، إما هو النص المعتبر، أو النص غير المعتبر، أو الإجماع. فهل جميع الشرائط معتبرة في المعاطاة أو فيه تفصيل؟

أما ما قام على اعتباره النص المعتبر، فلا إشكال في اعتباره في المعاطاة مع قصدهما البيع وكونها بيعاً شرعاً.

وأما ما ثبت بالإجماع، فربما يقال بأن القدر المتيقن منه هو ما إذا كان المعاطاة بيعاً لازماً، وأما على القول بكونها بيعاً جائزاً - كما عليه المشهور - ففي تقيده حليته الوضعية بما قام عليه الإجماع شك، والأصل عدمه.

وأما ما ثبت منها برواية ضعيفة عمل بها المشهور، فإن كان عمل

المشهور بها كاشفاً عن صدورها عن المعصوم، كانت كالنصّ المعتبر سنداً،
والأبل يظنّ بصدورها بسبب عمل المشهور بها، فحكمها حكم الدليل
اللّبي، فيؤخذ بالقدر المتيقّن وهو ما إذا قلنا بأنّه بيع لازم.
وهذا تمام الكلام في المقام.

هل يجري حكم الرّبا في المعاطاة؟

قوله:

وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرّبا فيها أيضاً وإنّ خصّصنا الحكم بالبيع، بل
الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك، لأنّها معاوضة عرفيّة وإنّ لم تفد
الملك، بل معاوضة شرعيّة كما اعترف بها الشهيد....
أقول:

وهل يجري الرّبا في معاطاة المكيل والموزون؟
الأقوال في المعاطاة أربعة:

أحدها: إنّ المتعاطيين ينشآن البيع والتمليك، لكنّها لا تفيد شرعاً إلاّ
الإباحة.

والثاني: إنّها تفيد البيع والتمليك شرعاً، وهل هو لازم أو جائز؟ قولان.
والثالث: إنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة وليست ببيع.

والرابع: إنّهما يتعاطيان بقصد الإباحة لا البيع والتمليك.

أمّا على القول: بأنّها بيع وتفيد الملكيّة - مع قصد المتعاطيين ذلك -
فلا إشكال في جريان الرّبا، لأنّ القدر المتيقّن من الرّبا كونها في البيع،
والمفروض أنّ المعاطاة - على التقدير المذكور - بيع، ولا فرق بين أن تكون
الملكيّة جائزة أو لازمة، ولا فرق أيضاً بين أن تجعل الملكيّة منوطّة

بالتصرف أو التلف، فإنه إذا كانت بيعاً ترتب الحكم.

وأما على القول: بأنها معاوضة مستقلة، فجرى أن الربا مبني على الخلاف في أن الربا مختصة بالبيع أو تجري في مطلق المعاوضات، فعن ابن إدريس والعلامة في الإرشاد: الأول، والمشهور هو الثاني، لقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١)، لأن الربا هي الزيادة على رأس المال وقد حرم الله الربا، سواء كانت المعاطاة بيعاً أو معاوضة مستقلة، ومن النصوص الدالة على ذلك:

١ - خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: «إن علي بن أبي طالب كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، لأن تمر المدينة أجودهما، ولم يكن على يكره الحلال»^(٢).

٢ - وعن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل: «أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلا مثلاً بمثل...»^(٣).

والحنطة والشعير في باب الربا جنس واحد، كما لا يخفى.

٣ - وفي صحيح الحلبي: «الفضة بالفضة، مثلاً بمثل، ليس فيه زيادة ولا نقصان، الزائد والمستزيد في النار»^(٤).

فالربا جارية في المعاطاة حتى على القول بكونها معاملة مستقلة.

وأما على القول: بأنها تفيد الإباحة شرعاً وإن قصد البيع والتملك، فرُبما يقال بعدم جريان الربا، لعدم الملكية، لكن لحرمة الربا جهة التكليف والوضع معاً، فبناءً على هذا القول تثبت الحرمة التكليفية، وهي بيع فاسد،

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) رسائل الشيعة ١٨ / ١٥١، الباب ١٥ من أبواب الربا، الرقم: ١، وفيه «أجودهما» بدل «أجودهما».

(٣) ورسائل الشيعة ١٨ / ١٢٨، الباب ٨ من أبواب الربا، الرقم: ٢.

(٤) ورسائل الشيعة ١٨ / ١٦٥، الباب ١ من أبواب الصرف، الرقم: ١.

وحينئذٍ، لا موضوع للبحث عن الحرمة الوضعيّة.

قوله:

ولو قلنا بأن المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الرّبا، لكونها معاوضة عرفاً. فتأمل.

أقول:

وهذا هو القول الأخير، وتقريب الجريان هو: إنه وإن قصدوا الإباحة إلا أنها بعوض، فبناءً على جريان الرّبا في المعاطاة حتى على القول بأنها معاملة مستقلة تكون جارية هنا أيضاً، لما تقدّم من حرمة الرّبا في مطلق المعاوضات.

لكنّه أمر بالتأمل.

ولعل وجهه: إن المراد من «يستبدل» في الرواية: إن كان الاستبدال المطلق الشامل للاستبدال من حيث الإباحة أو الملك، كانت الحرمة ثابتة، لكنّ ظاهر اللفظ هو بدليّة الشيء عن الشيء في حدّ نفسه من جهة المكان لا من حيث عروض شيء عليه، والبدليّة الإباحيّة ليست بدليّة عن الشيء في حدّ نفسه، لأنّ في الإباحة حيثيّة الترخيص من المالك وليس أحد المالكين بدلاً عن الآخر، فالإباحة بالعوض ليست إباحة مطلقة مجانية، لكنّ لا دليل على جريان الرّبا في الإباحة بالعوض، لعدم الاطلاق في «الاستبدال». وبالجمله، فإنّ الرّبا تجري في مطلق المعاوضات الملكيّة، لا الأعم من الملكيّة والإباحيّة.

وتلخص: إن المعاطاة بيع، والقدر المتيقّن من أدلة تحريم الرّبا هو البيع، فهي جارية في المعاطاة.

هل تجري أحكام الخيار في المعاطة؟

قوله:

وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور، لأنها إباحة عندهم، فلا معنى للخيار، وإن قلنا بإفادة الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار... إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم... ويحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع....

أقول:

عبارته مجملة، ولذا أشكل عليه بعض الأكابر^(١): بأنها إن أفادت الملك فهي بيع قبل اللزوم، فلماذا قال بعد اللزوم؟

لكن الظاهر غفلة المستشكل عما سيذكره الشيخ في التنبيه السابع، حيث نقل عن الشهيد الثاني في المسالك قوله: «اللهم إلا أن يجعل المعاطة جزء السبب والتلف تمامه»، فمن ملزمات المعاطة التصرف، ومنها التلف، وعلى هذا، فإن المعاطة جزء لسبب، وبعد تحقق الجزء الآخر - وهو التصرف أو التلف - يصدق البيع بالحمل الشائع، وأما قبل ذلك، فقد تحقق جزء السبب ولا يصدق عنوان البيع.

فالإشكال مندفع.

ويمكن أن يحمل كلام الشيخ على أن المراد هو: إن المعاطة تفيد الملك الجائز ويجري فيه الخيار، فإن لزم بأحد الملزمات ظهر أثر الخيار، لأن الخيار يناسب اللزوم.

هذا، وتفصيل الكلام بالنظر إلى الأقوال في المعاطة أن يقال:

(١) حاشية الإصفهاني ١٥٥/١.

أما على القول: بأن المتعاطيين ينشأن الإباحة من أول الأمر، كما ذهب إليه صاحب الجواهر، فلا معنى للخيار مطلقاً.

وأما على القول: بأنها معاوضة مستقلة، كما حكي عن الشيخ الكبير، ثبت فيها الخيارات الجارية في مطلق المعاوضات دون المختصة بالبيع.

وأما على القول: بأنهما ينشأن البيع، لكن الشارع لا يرتب إلا الإباحة، كما هو ظاهر المشهور، فلا تجري الخيارات، لأنه بيع فاسد لا يفيد إلا الإباحة الشرعية، والملكية إنما تحصل بسبب حادث لا بالمعاطاة.

ولا يتوهم: أن موضوع أدلة الخيارات هو البيع العرفي، وهو صادق عرفاً على فصل المتعاطيين، فلا بد من جريان تلك الأدلة.

وذلك: لأن الشارع لا يرتب حكماً من أحكامه على شيء لم يجعله موضوعاً لذلك الحكم، والمفروض هنا أن المعاطاة عند الشارع بيع فاسد، وإن كانت عند العرف بيعاً، ولا يعقل أن يرتب حكماً من أحكام البيع على ما هو موضوع عند غيره وليس بموضوع عندها.

وأما على القول: بأن المعاطاة بيع لكنها جزء السبب، والجزء الآخر هو التصرف الناقل أو التلف، كما حكاها الشيخ عن المسالك، -بمعنى أن يقتضي صدق عنوان البيع لكنه لا يتم إلا بأحد الأمرين، أو هو جزء للمقتضي وأحدهما الجزء الآخر، والتعبير الأول أجود، وقريب منه كلام المحقق الخراساني، إذ جعل المقام نظيراً لبيع السلف كما تقدم. وبالجمله، فإنه بالتصرف أو التلف يكون بيعاً شرعياً - فقال الشيخ: بثبوت الخيار وأن أثره يظهر بعد لزوم.

والإنصاف: أنه لا يمكن المساعدة عليه، لأنه إذا ثبت ظهر أثره عند ثبوته، إذ لا معنى لانفكاك الأثر عن ذي الأثر، وأما إن لم يكن ثابتاً وإنما

المقتضي له موجود، فتحققه يكون بعد اللزوم.

وأما على القول: بأنهما ينشآن البيع والتملك، والملكية الشرعية متحققّة من أول الأمر، لكنها بيع جائز حتى يجيء شيء من الملزمات فيلزم، كما عليه الشيخ، فالظاهر أن عمومات أدلة الخيار في البيع مثل: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع» نعم البيع اللزوم والجائز، وكذا قوله عليه السلام: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام» فإنه يعمّ المعاطاة المفيدة للملكية. لكن الإجماع قائم على عدم اللزوم، فجعل الخيار من الشارع يستلزم اللغوّة وهو محال.

فالخيارات البيعية غير جارية في المعاطاة، على القول المختار. اللهم إلا أن يقال: بأن الخيار حق وموضوعه عبارة عن حل العقد، والجواز - في قولنا: المعاطاة تفيد الملك الجائز - حكم وموضوعه هو التراد، فالخيار غير الجواز موضوعاً وحكماً، ولا يخفى الفرق بين الحق والحكم، من حيث أن الأول يصلح عليه ويقبل السقوط والانتقال، بخلاف الحكم. وربما يقال: لو فرضنا أن الخيار والجواز واحد، فلم لا يكونان سببين لمسبب واحد هو جواز التراد، وقد أجاز الشيخ في الخيارات أن يكون للخيار الواحد سببان؟

التنبيه الثاني

قوله:

إِنَّ الْمُتَيْقِنَ مِنْ مَوْرَدِ الْمَعَاطَةِ هُوَ: حَصُولُ التَّعَاطِي فِعْلاً مِنَ الطَّرْفَيْنِ، فَالْمَلِكُ أَوْ الْإِبَاحَةُ مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا بِالْإِعْطَاءِ، فَلَوْ حَصَلَ الْإِعْطَاءُ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ لَمْ يَحْصُلْ مَا يَوْجِبُ إِبَاحَةَ الْآخَرِ أَوْ مِلْكِيَّتَهُ، فَلَا يَتَحَقَّقُ الْمَعَاوُضَةُ وَلَا الْإِبَاحَةُ رَأْسًا... إِلَّا أَنْ الظَّاهِرَ مِنْ جَمَاعَةٍ... جَعَلَهُ مِنَ الْمَعَاطَةِ... وَرَبَّمَا يَدْعَى انْتِقَادَ الْمَعَاطَةِ بِمَجْرَدِ إِيصَالِ الثَّمَنِ وَأَخْذِ الْمُثْمَنِ... ثُمَّ إِنَّهُ لَوْ قُلْنَا... أُمْكِنَ خَلْقُ الْمَعَاطَةِ مِنَ الْإِعْطَاءِ وَالْإِيصَالِ رَأْسًا...

أقول:

الوجه التبي ذكرها الشيخ أربعة:

الـأول: - هو القدر المتيقن كما قال: - الإعطاء فعلاً من الطرفين، سواء قلنا بإفادته المِلْكِيَّةَ أَوْ الْإِبَاحَةَ.

والثاني: أن يكون الإعطاء من طرفٍ واحدٍ، فهو من هذا الطرف إيجاب، وأخذ الآخر هو القبول، فتحقق البيع بإعطاء الواحد، وهو وإن لم يصدق عليه عنوان المعاطاة، لكنّه في حكمها، إذ لفظ «المعاطاة» غير وارد في آية أو رواية حتى يدور الحكم مداره، وإنما صحّحنا المعاطاة بعمومات أدلة البيع، حيث قلنا بأنّها تعم الإيجاب الفعلي كالقولِي.

والثالث: أن لا يكون في البين لفظ ولا إعطاء فعلي، بل الحاصل مجرد إيصال الثمن، كدخول الحَمَامِ ووضع الفلوس في الكوز، ونحو ذلك.

والرابع: أن لا يكون شيء من الإعطاء والإيصال أصلاً، وإنما الحاصل مجرد المقابلة بقصد البيع....

بماذا يتحقق المعاوضة؟

والتحقيق:

إن للوجه الأول ثلاثة صور:

الاولى: الإعطاء من الطرفين والتمن غير متشخص في الخارج وإن كان نقداً من النقود.

والثانية: الإعطاء منهما، والتمن متشخص كذلك، فيعطي الشيء في مقابل التمن، وهذه الصورة على قسمين، لأنه:

تارة: يكون أخذاً بقصد التملك ويعطي التمن في مقابله.

وأخرى: يكون أخذاً لا بقصد التملك لكن يقصده عندما يدفع التمن المتشخص المتعين.

أما الصورة الاولى حيث الإعطاء من كليهما، بأن يسأله مثلاً: بكم هذا؟ فيقول: بعشرة، فيأخذه ثم يخرج العشرة من كيسه، فيكون دفع البائع المال إيجاباً وأخذه من المشتري قبلاً، وأما إعطاء العشرة فأداء لما في الذمة.

وأما الصورة الثانية، حيث التمن متشخص في الخارج، فيعطي المال في مقابل العشرة التي بيد المشتري، فإن أخذه بقصد التملك بالعوض، فقد تحقق القبول وتم البيع، وكان إعطاء العشرة تسليماً للعوض الملتزم به وليس بقبول. وإن أخذه لا بقصد التملك بالعوض وإنما كان مجرد تناول خارجي للشيء، وأعطى العشرة بقصد التملك، كان القبول متحققاً بإعطائها.

فالإعطاء هو القبول، وعلى هذا، فلو أعطاه العشرة بقصد التملك

لا التملك بالعوض، وقع فاسداً، لأن المتحقق في الخارج تمليكان وإيجابان لا تمليك وقبول.

هذا بالنسبة إلى الوجه الأول.

والوجه الثاني يتصور بثلاثة صور كذلك:

الاولى: أن يعطي المتاع والتمن نسيئة إلى أجل معين....

فإعطاء هذا إيجاب والأخذ من ذاك قبول، وذمته مشغولة بالتمن.

الثانية: أن يعطي المشتري التمن فيوجب ويكون المضمن في ذمة البائع إلى أجل، ويكون بأخذه قابلاً، وهذا بيع سلم.

والثالثة: أن يعطي المشتري التمن عوضاً بعنوان الاشتراء، ويأخذه الآخر على أن يكون بيعاً للمضمن الذي في ذمته.

وهذا ما صورّه الشيخ، ونحن لا يمكننا تصوّره، لأن ذلك قد أعطى بعنوان الاشتراء والأخذ قد أخذ العوض، وكيف يكون أخذ العوض بيعاً للعوض، مع أنه لم يحقق إنشاءً لفعلاً ولا قولاً بالنسبة إلى بيعه؟
نعم، القرائن الخارجيّة تفيد ذلك، لكنّ إنشاء التمليك يحتاج إلى دالّ يدلّ عليه من فعلٍ أو قولٍ، وهو غير موجود.

وأضيف هنا صورة رابعة، وذلك: إنه ربما يكون المضمن في يد المشتري، كما لو كان قد استأجر داراً ثم جاء إلى المالك يشتريها منه، فيعطيه التمن وهو في الدار، يقول الشيخ: يكون إعطاؤه التمن اشتراءً وأخذ المالك التمن بيع، وهذا عندنا غير تام، لأن البيع يحتاج إلى إنشاء قولاً أو فعلاً وهو مفقود.

نعم، إن التمليك من عالم النفس، فإن كان حقيقة البيع عبارة عن العزيمة النفسانية فقط، والإنشاء قولاً أو فعلاً كاشف ومبرز لتلك العزيمة، تمّ ما ذكره

الشيخ من أنه بالأخذ من المالك يتحقق.

وأما بناءً على أن البيع هو أن يتحقق للعزيمة المزبورة خارجية، والخارجية لا تتحقق إلا بالفعل أو القول، فلا يتم ما ذكره.

إذن، لاتفق على كلام الشيخ، لافي السلم ولا في هذه الصورة.

وصورة خامسة وهي: أن يكون الثمن موجوداً من قبل عند مالك الدار، فلا إعطاء للثمن من المشتري، غير أن المالك يعطي الدار، فهو موجب والمشتري قابل بالأخذ. وهذا لا إشكال فيه أصلاً.

الوجه الثالث، أن يكون وصول وإيصال بلا قول وفعل، وقد مثل الشيخ بما تعارف بين الناس من أخذ الماء مع غيبة السقاء والخضروات ونحوها ووضع الفلوس في المكان المعد له، وكدخول الحمام ووضع الأجرة في الكوز مع غيبة الحمامي.

ولقد كان الأولى أن يقسم هذا الوجه إلى قسمين. وسيأتي.

ومن أمثلة المقام: وضع الأجناس في المكان الخاص بها وأسعارها مكتوبة عليها، فيأتي المشتري ويأخذ ما يريد منها ويضع الثمن في محله المعين له.

قوله:

وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثلث....

أقول:

ربما يدعى أن هذا بيع، لأن المناط في البيع وصول العوضين إلى طرفي المعاملة مع تراضيهما، فلا حاجة إلى قول أو فعل.

لكن البيع إنشاء تمليك عين بعوض، فلا بد من الإنشاء، ولا يحققه إلا الفعل أو القول وهذا هو البيع لغة وعرفاً، وهو المتسالم عليه بين الأصحاب،

فمجرد الوصول والإيصال ليس ببيع.

نعم، يمكن أن يقال: إن وضع المتاع وسعره مكتوب عليه إذن عام لمن يريد المعاملة، بأن يضع الثمن المعين في المكان المعد له ويأخذ المتاع ويتملكه عوضاً عن الثمن الذي يضعه، فإن تم استكشاف هذا الإذن في تملك المشتري، فما ذكره الشيخ تام.

أللهم إلا أن يقال: بأنه لا يعتبر في المعاملة المعاطاتية كل ما يعتبر في اللفظية، بل إن نفس وضع المتاع هناك بيع وإعطاء لكلّي المشتري، ثم يتعين هذا الكلّي بمجيء الشخص وأخذه ووضع القيمة في مكانه. فإن صحّ بشيء من هذه التكاليف فهو، وإلا، فالوصول والإيصال لا يحقق البيع.

وأما لو كان وصول ولا إيصال، كما لو كانت الدار عند المشتري، وكان لهذا المستأجر مال عند صاحب الدار، فتراضيا بأن تكون الدار للمشتري والثمن هو المال الموجود من قبل لدى صاحبها. فهذه الصورة لا تسمى بيعاً أصلاً.

الوجه الرابع:

قال الشيخ:

لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك. وأما على القول بالإباحة، فالإشكال المتقدم هنا أكد.

والإنصاف: إن المقابلة بمالها من المفهوم مباينة للمعاملة، والقول بأنها نحو من المعاملة ممنوع. نعم، لو كان في ضمن المقابلة إنشاء تملك وإن لم يكن بلفظ بيع وملك، كان بيعاً، بناءً على عدم لزوم لفظ خاص في البيع وأنه يكفي كلما يتمشى به البيع.

وهذا تمام الكلام في الوجوه.

ولا يخفى أنه مبني على إفادة المعاطاة الملك، وأما بناء على القول بإفادتها الإباحة، فإن كان المراد الإباحة المالكية فلا بأس، لأنها مؤثرة بأي نحو من الإنحاء أفيدت، وإن كان المراد الإباحة الشرعية، أشكل الأمر في كثير من الصور.

التنبيه الثالث

قوله:

تميّز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً، كالدرهم والدنانير والفلوس المسكوكة واضح، فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف. وأمّا مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضيّة... فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم والدنار هو الثمن وصاحبه هو المشتري.

أقول:

إنه لما كانت المعاطاة بالإعطائين - كما ذكر الشيخ - فلا بدّ من طريقي تمييز أحدهما عن الآخر، بخلاف المعاملة اللفظية، فإنّه باللفظ يتمييزان، فعقد هذا التنبيه لهذا الغرض [١].

فتارة: يكون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً، فصاحب الثمن هو

[١] وقال المحقق الخوئي: إنّ الغرض من هذا الأمر ليس هو تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري، لأنهما من الأمور الواضحة التي لا تحتاج إلى البيان، ضرورة أن من أنشأ البيع يسمّى بائعاً ومن يقبل ذلك يسمّى مشترياً، ولا أنّ الغرض من ذلك هو تمييز أحدهما عن الآخر في الشبهات المصادقية، بأنّ يوجد بيع معاطاتي في الخارج ولم يميّز فيه البائع عن المشتري من جهة الأمور الخارجية، بديهة أن ذلك راجع إلى باب المرافعات ولا صلة له بالمقام. بل الغرض الأقصى من عقد هذا الأمر إنّما هو التعرّض لمفهومَي البائع والمشتري سعةً وضيقاً، لكي يستوضح مقدار صدقهما...

المشتري فالتَّمييز حاصل.

قال الراغب: المشتري دافع الثمن وأخذ المثل، والبائع دافع المثل وأخذ الثمن^(١).

لكن هذا بالنظر إلى الغالب، إذ الثمن غالباً متمخض في جهة المآلية، كالدرهم والدنانير، والمثل غالباً هو المتاع الذي يطلبه الإنسان لرفع الحاجة، كالثوب يشتره لأن يلبسه والطعام لأن يأكله، بخلاف الدرهم فإنه بشخصه غير رافع لحاجة من الحاجات.

وأخرى: يكون العوضان عينين، قال الشيخ: فالثلث ما قصدا قيامه مقام المثل في العوضيّة، كما لو أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصداً أن هذا

ومرجعه في الحقيقة إلى الشبهة المفهوميّة^(٢).

وفيه: إن الشبهة المفهوميّة إنما هي حيث يكون قدر متيقن، فيشك في دخول الزائد عليه في المفهوم وعدم دخوله، وإذا كان البائع هو من أنشأ البيع والمشتري هو من يقبل ذلك، فالأمر دائر بين الوجود والعدم، لأن البائع إما يكون قد أنشأ البيع أولاً. فليس المورد من الشبهة المفهوميّة. فتدبر.

وأما قول المحقق الخراساني: بأن هذا ليس من تنبيهات المعاطاة لعدم اختصاصه بها...^(٣) ففيه: أن الشيخ يعتبر في ألفاظ البيع انعقاد الظهور في اللفظ حتى يتحقق العقد وإلا فلا يصح، وعليه، فإن كان ظهور فالتَّمييز حاصل، وإلا فالعقد باطل ولا حاجة معه إلى التميز.

(١) المفردات في غريب القرآن: ٢٦٠.

(٢) مصباح الفقاعة ١ / ١٧٢.

(٣) حاشية المكاسب: ١٧.

المقدار من الحنطة يساوي درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنه اشترى اللحم بالحنطة.
هذا كلامه.

فإن قيل: أي تأثير لقصد أن هذا المقدار من الحنطة يساوي درهماً في أن يكون هذا هو المثلث دون الآخر؟

قلت: لعله يريد أن الذي يقصد ذلك يلحظ الحنطة مالاً من الأموال ويجزئها عن خصوصيتها، فيكون شأنها شأن الدرهم والدينار، فتكون هي الثمن لا محالة.

وبهذا البيان يتضح مراده من قوله: وإذا انعكس انعكس الصّدق.
قوله:

ولو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيّة، أو لوحظ القيمة في كليهما... ففي كونه بيعاً وشراءً بالنسبة كلّ منهما... أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أولاً... أو كونها معاطاة مصلحة... أو كونها معاوضة مستقلة... وجوه. لا يخلو ثانيها عن قوة....
أقول:

قد ذكر أربعة وجوه:

أولها: كونه بيعاً وشراءً بالنسبة إلى كلّ منهما، وهذا موافق لكلام الراغب حيث قال: المشتري دافع الثمن وأخذ المثلث والبائع دافع المثلث وأخذ الثمن. هذا إذا كانت المبايعه والمشاركة بناضٍ وسلعة، فأما إذا كانت بيع سلعة بسلعة صح أن يتصور كلّ واحدٍ منهما مشترياً وبائعاً...^(١)

(١) المفردات في غريب القرآن: ٢٦٠.

إلا أن كون كل منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين غير واضح، لأن البائع هو الذي يملك بالعوض والمشتري هو الذي يقبل ما فعله البائع، وعليه، فعنوان البائع والمشتري متقابلان، والمتقابلان لا يجتمعان برهاناً، فكيف يعقل أن يكون كل منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين؟
يقول الشيخ:

والإشتراء ترك شيء والأخذ بغيره....

وفيه: إنه يصدق على البائع والمشتري كليهما، بل الاشتراء قبول الشراء بمعنى البيع، فما ذكره لا يمكن المساعدة عليه.
والثاني: كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أولاً، يعني: إنه يتحقق التمييز بينهما بالأولوية والثانوية، لأن الذي يعطي أولاً يكون إعطاؤه دالاً على التمليك، والمشتري يقبل تمليك ذاك ثم يعطي ماله إياه وفاءً لما التزم به.
أقول: هذا الوجه متين جداً، سواء كان العوضان مما تعارف جعله ثمناً كالدرهم والدنانير، أو كان أحدهما من ذلك دون الآخر، أو كان كلاهما من غيرهما.

لكنه ينتقض: بما لو وقع الإعطاء من كليهما في آنٍ واحد.

الثالث: كونه معاطاة مصالحة، لأن المصالحة بمعنى التسالم على شيء، ولذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك، ولي ما عندي، على الصلح.
أقول:

فيه: إنه يتوقف على أنه يكون الصلح غير محتاج إلى الإيجاب والقبول، وأنه يكفي قولهما تصالحن، فإن قلنا بذلك، فلأمانع، وأما على القول: بأن الصلح يحتاج إلى القبول كما عليه الأصحاب، فأيهما هنا الموجب

وأيهما القابل؟
هذا أولاً.

وثانياً: إن الصّٰلِح له معنى خاصّ لا بدّ من انشائه، ولا يكفي التسالم الحاصل خارجاً فإنه نتيجة التّصالِح، والإعطاء لادلالة له على التّصالِح والتّسالم، ولا يصلح لأن يكون انشاءً.

الرابع: كونه معاوضة مستقلة خارجة عن العناوين المتعارفة.

وهذا يتوقف على شمول العمومات لمثل هذه المعاملة.

وبعد أن ذكرنا الوجوه الأربعة في المسألة، نقول:

هل المراد من الامتياز هو الامتياز الواقعي أو الامتياز في مقام الإحراز؟

ظاهر كلامه - فيما لو كان أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً أن يكون صاحب الثمن هو المشتري - أنه يريد استكشاف الامتياز بينهما في مقام الإحراز والعلم، لكنّ كلامه - فيما لو كان العوضان من غير الدراهم والدنانير، حيث قال بأن الثمن ما قصد قيامه مقام المثل في العوضيّة - ينافي ذلك، لأنّ القصد وعدمه يتعلّق بالواقع، ولا ربط له بمقام الاستكشاف والإحراز.

وأيضاً، كيف يكون الإحراز والاستكشاف فيما لو كان العوضان من الدراهم والدنانير، أو كان الاعطاء من الطرفين معاً في آن واحد؟

وتفقيح المقام: أن تملك المال بعوض يدخل في ملكه، هو البيع، والبائع من هو متلبّس بهذا المبدء، والمشتري من يقبل فعل البائع ويكون مطاوعاً له، وهكذا يتحقّق التمييز الواقعي بينهما، لكن الداعي يختلف، فالبايع غالباً يريد تحصيل الربح، والمشتري غالباً يريد رفع الحاجة بما يأخذ، فالامتياز الواقعي موجود، والامتياز في الدواعي موجود غالباً، ومقابل الغالب ما ربما يكون للطرفين غرض رفع الحاجة، إلّا أن توافق الداعي

لا يقتضي ارتفاع التمييز الواقعي بينهما.

لكن ما هو الطريق إلى استكشاف هذا التمييز الواقعي؟

الوجهان الأول والثاني، يمكن المساعدة عليهما، فإن ظاهر الحال أن يكون معطي الثمن هو المشتري، حيث يعطيه ليأخذ المتاع ويرفع به حاجته، وصاحب المتاع يريد بيعه وتحصيل الربح بذلك.

فإن قلت: ظهور الحال لا يوجب إلا الظن، والظن في الموضوعات لا أثر له، بل لابد فيها من أمارة شرعية من البيّنة أو اليد.

قلت: لا يبعد أن يكون الدالّ على حجية ظواهر الألفاظ - وهو السيرة العقلانية - دالّاً على حجية ظواهر الأحوال والأفعال، وكذا الذي يقصد قيام ما بيده مقام المثلّث في العوضيّة، إن كان ظاهر حاله هو الإعطاء لأخذ المتاع لرفع الحاجة.

وأما حيث يكون كلّ منهما عنده متاع، أو عنده الدرهم والدينار، ولا ندري أيّهما المعطي ليأخذ ويرفع به الحاجة، وأيّهما المعطي بقصد الاسترباح، فلا يعقل أن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين، لأن معنى البيع هو التملك بالعوض ودخول العوض في ملكه، فيقبل المشتري ذلك، فلو كان هذا البائع مشترياً أيضاً كان معناه اشتراء ما تملكه، وهذا غير معقول. مضافاً إلى أن الاشتراء قبول الشراء كما تقدّم، وأن عنوان البائع والمشتري متقابلان لا يجتمعان.

أما أن يكون المعطي الأول هو البائع والأخذ هو المشتري، فقد قوّاه الشيخ، وأيده بعض مشايخنا رضوان الله تعالى عليهم [١].

[١] قال المحقق النابيتي: إذا كان التعاطي تدريجياً يكون الأول بائعاً والمعطي

لكن الإنصاف أن لا دليل عليه، لأن المفروض هو الجهل بقصدهما التمليك بالعوض، أو أن أيهما الذي قصد ذلك وأيهما القابل... نعم، غاية ما في الباب هو أن ظاهر الإعطاء الأول هو التمليك الابتدائي، والإعطاء الثاني ليس فيه هذا الظهور، لكن ليس فيه ظهور أن يكون قبولاً كذلك، ومجرد عدم الظهور في التمليك الابتدائي لا يكفي لأن يكون ظاهراً في القبول والمطاوعة، ولو فرضنا حصول الظن بذلك، فإن هذا الظن ليس بحجة. هذا، مضافاً إلى انتقاضه بما لو أعطي معاً.

أخيراً مشترياً، وفيما إذا وقع التعاطي دفعةً، ففي تمييز البائع عن المشتري إشكال، بمعنى أنه مشكل واقعاً، لأن البائع متميز عن المشتري واقعاً وغير معين بل لا واقع له إلا الإبهام، لأن كل واحد من الإعطائين صالح لأن يقع به الإيجاب والقبول واقعاً، ولا معين في البين بحسب الواقع، فيكون تخصيص أحدهما لأن يقع به الإيجاب والآخر القبول، تخصيصاً من غير مخصص، وحيث لا بد من الحكم بوقوع البيع، لأنه المتيقن ورفع اليد عن ترتيب الآثار المختصة على خصوص البيع أو الشراء والبائع أو المشتري^(١).

أقول: أمّا ما ذكره أولاً، فقد ذكر السيد الجّد الإشكال فيه.

وأما ما ذكره بالنسبة إلى وقوع التعاطي دفعةً، ففيه: إن مسلكه في حقيقة البيع هو أنه عبارة عن التبدّل في طرفي الإضافة، فيكون البائع هو من يقوم بذلك، والمشتري هو من يطاوعه فيه، وحيث لا يتحقّق التمييز، بل إن قوله «لا بد من الحكم بوقوع البيع لأنه المتيقن» صريح في ذلك، فأين المشكل؟

فإن علمنا بأن أحدهما المعين قصد التملك بعوض، فواضح أن يكون هذا هو البائع وطرفه هو المشتري، سواء كان هذا القاصد دافعاً أولاً أو ثانياً، دفع ديناراً مثلاً أو متاعاً.

وإن علمنا بأن أحدهما غير المعين قاصد لذلك، فهنا علم إجمالي بأن أحدهما بائع والآخر مشتر ولا أكثر.

وإن علمنا أن أحداً منهما لم يقصد ذلك، احتمال أن تكون معاوضة مستقلة [١].

لكن يتوقف صحتها على شمول عمومات المعاملات لمثل ذلك، فإن قلنا باختصاصها بالمعاملات المتداولة - كما ذهب إليه جمع - كان الواقع باطلاً، وإن قلنا بعدم الاختصاص بذلك، فلا مانع.

[١] بل اختاره المحقق الخوئي، إذ قال: أن يكون ذلك معاوضة مستقلة، من غير أن يدخل هذا تحت أحد العناوين المتعارفة، وهذا هو الصحيح عندنا، وتدل على صحته آية التجارة عن تراض، ولا ريب أن أمثال هذه المعاملة كثيرة في العرف^(١). وإلى الآية المباركة ونحوها أشار السيد الجّد كما لا يخفى.

التنبيه الرابع

قال الشيخ قدس سره:

إن أصل المعاطاة - وهو إعطاء كل منهما الآخر ماله - يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه....

أقول:

ذكر الشيخ وجوهاً أربعة، إلا أن الوجوه بحسب التصور أكثر من ذلك: لأن المعطي، إما قاصد للتملك وإما قاصد للإباحة، وعلى كل منهما: العوض، إما عوض عن المال الذي يملكه أو يبيحه الطرف، وإما عوض عن نفس التملك أو الإباحة، والأول - العوض عن المال - إما هو مال، بأن يملك مالا عن مال، وإما هو فعل من الأفعال.

والعمدة من هذه الوجوه: أن يملك مالا بعوض، أعم من أن يكون العوض مالا، أو يكون فعلاً كهبة مال، أو يكون إباحة له في تصرف له في مال من أمواله.

ونحن نتعرض لما تعرض له الشيخ.

ففي الوجه الأول، قال الشيخ:

أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتملكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه....

أقول:

يعني: أن تملكه بعوض إيجاب، وأخذ الطرف قبول وبه يتم البيع،

وإعطاء الثمن بعد ذلك وفاء لما التزم به على نفسه، فمقوم البيع المعطائي هو الإعطاء والأخذ، ولا دخل لإعطاء المشتري في حقيقة البيع، وعلى هذا، فلو لم يدفع المشتري الثمن لم يضر بمالكية البائع، ولو مات الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة....

فلو كان الإعطاء الثاني قبولاً، لم تكن المعاملة متحققة بامتناع المشتري من ذلك أو موته أو إفلاسه.

وهنا إشكال: إذ التعبير عن الإعطاء والأخذ بالمعاطاة مسامحة عند الشيخ نفسه، إذ تسمية هذه المعاملة بالمعاطاة إنما هو اصطلاح في عرف الفقهاء - مع عدم صدق ذلك عليها لغة - يريدون به المعاملة الفعلية في قبال القولية، وكأن نظره الشريف إلى ما قرره النحاة والصرفيون في هيئة المفاعلة من أنه: يقتسمان فاعلاً ومفعولاً لفظاً ويشتركان معنى، هذا هو المشهور بينهم، حتى أنني أتذكر أن الشيخ نجم الأئمة^(١) أيضاً موافق على هذا، وهم يقصدون من ذلك: أن هيئة فعل إنما تدل على قيام المبدء بفاعله، وهيئة فاعل تدل على قيام المبدء باثنين، فنقول: ضارب زيد عمرأ، فزيد فاعل وعمر مفعول، لكن هذه الفاعلية والمفعولية صورية، أما في المعنى فهما شريكان، أي كل منهما فاعل ومفعول، في قبال التفاعل حيث نقول: تضارب زيد وعمر، تضارب زيد مع عمرو، تضاربا، إذ لا يقال: ضارب زيد وعمر، ضارب زيد مع عمرو، ضاربا.

(١) هو الشيخ رضي الدين محمد بن الحسن الاسترآبادي الإمامي، المتوفى سنة ٦٨٦، الملقب بنجم الأئمة، كما في كتاب (بغية الرواة في طبقات اللغويين والنحاة) للحافظ جلال الدين السيوطي، له شرح الكافية في النحو، وشرح الشافية في الصرف، انظر كلامه في شرح الشافية ١ / ٩٦ - ١٠٤، الطبعة المحققة الحديثة.

فما ذكره الشيخ قدس سره مبني على هذا المشهور بين الصّرفيين. لكن الإنصاف: أن الأمر ليس كذلك، ففي الكتاب والسنة واستعمالات الفصحاء موارد كثيرة قد استعملت فيها هيئة فاعل في المبدء القائم بواحد فقط، مثل: طالع زيد الكتاب، خاطب زيد القوم، ساعد زيد ﴿كَيْفَ يُؤَارِي سَوْأَةَ أَخِيهِ﴾^(١) ﴿وَوَاعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً﴾^(٢) فما ذهب إليه الصّرفيون هنا اشتباه. نعم، التفاعل يصدر من اثنين، أما المفاعلة: فقيام المبدء بواحد متوجّهاً إلى الغير، فالنسبة قوامها بالاثنين لأن الفعل يصدر من كليهما. وتلخص: إن المعاطاة هنا صادقة حقيقة لا اصطلاحاً أو مسامحةً. فالإشكال مندفع.

وأورد الميرزا الاستاذ قدس سره بما هذا شرحه: إن البائع والمشتري كلّ منهما مالك لما بيده، فلما يبيع البائع يبذل طرف الإضافة في ملكيته، فتملكه محفوظ، وإضافة الملكية إلى نفسه محفوظة، لكن المتبدّل بالبيع هو طرف الإضافة.

مثلاً: إضافة الملكية كانت متعلّقة بالدار، فالإضافة محفوظة وهو المالك، لكن طرف الإضافة، أي الدار، تبدّل إلى شيء آخر، بخلاف الإرث، فإن المتبدّل هناك هو المضاف، والملكية والمملوك، محفوظان، وبخلاف الهبة، فإن المتبدّل نفس الإضافة، فبالهبة تنقطع الإضافة منه وتتصل بغيره. ثم إنّه إن كان البيع لفظياً، كان معناه تملك المتاع بعوض الثمن، فقد بدّل المتاع بالثمن ووضع الثمن في مكان المتاع، فمعنى بعت هذا بذاك: ملكتك هذا بأن يكون ذاك قائماً مقام هذا في ملكيتي، فالبايع يورد ملك المشتري في

(١) سورة المائدة: ٣١.

(٢) سورة الأعراف: ١٤٢.

ملكيته عوضاً عما أخرجه... والمشتري إذا قبل، فقد قبل هذا الذي فعله البائع.

وأما العمل الخارجي، فهو ليس إلا الإعطاء، ولا يدلّ إلا على التسليط الخارجي، ولا يدلّ على غير التمليك، أما دلالته على أنه تمليك في مقابل عوض يقوم مقام هذا المال المعطى، فلا، فكون العوض قائماً مقام الملك لا دليل عليه لفظي، والفعل لا لسان له.

ثمّ الأخذ، إن كان أخذه بقصد جعل العوض قائماً مقام المعوض، فلا دليل عليه، وإن كان أخذه بقصد ضمان المثل أو القيمة، فهذا قرض، وإن كان أخذ لا بقصد الضمان فهو قبول للهبة، والمفروض أن البائع لا يقصد القرض والهبة.

إذن، الأخذ ليس قبولاً... فيكون الأخذ مقدّمة لإعطاء الثمن، وإعطاء الثمن هو القبول.

إذن، لا بدّ من التعاطي من الطرفين، ولا يكفي الإعطاء والأخذ، ولذا، فلو مات - مثلاً - قبل إعطاء الثمن بطلت المعاملة، خلافاً للشيخ القائل بتحققها. لكنّ الإنصاف: أن الحق مع الشيخ، فالإعطاء إيجاب والأخذ قبول، والمعاطاة صادقة.

أما أن الفعل الخارجي ليس له لسان، فهذا متين، والمحقق خارجاً هو التسليط من البائع، حيث يدخل متاعه في ملك المشتري.

تقولون: أخذه للمتاع ليس بقبول، بل القبول يحصل بأن يعطى المشتري الثمن ويدخله في ملك البائع.

نقول: إذا كان إعطاء البائع إيجاباً منه، وأخذ المشتري ليس بقبول، فإن أعطى المشتري، فقد ملك البائع الثمن وهو يملكه بالأخذ، والمفروض أن

أخذ البائع الثمن ليس بقبول، فهنا قد تحقق إيجاب من البائع بلاقبول من المشتري، وإيجاب من المشتري بلاقبول من البائع، فهنا إيجابان، وما الدليل على أن يكون إعطاء المشتري قبولا ولا يكون إيجاباً، مع أن الفعل لالسان له كما ذكرتم؟

فإن قيل: هنا قرينة على أن إعطاء المشتري قبول، وأن الذي يعطيه عوض عما أخذه.

قلنا: نفس القرينة موجودة على أن إعطاء البائع للمتاع كان بعنوان المعوضيّة عما سيعطيه المشتري.

وبالجملة، إذا كان البائع يعطي المتاع بقصد المعوضيّة عن مال المشتري، والمشتري يأخذ المتاع على ما قصده البائع، فأخذه قبول، وإن لم يعط البائع بقصد المعوضيّة، أو كان الأخذ من المشتري لا على ما قصده البائع، فالبيع غير حاصل.

فالحق مع الشيخ قدس سرّه.

وفي الوجه الثاني، قال الشيخ قدس سرّه:

أن يقصد كلُّ منهما تملك الآخر ماله بأزاء تملك ماله إيّاه، فيكون تملكاً بأزاء تملك، فالمقولة بين التملكين لا الملكين....

فقال المحقق الخراساني قدس سرّه: كأن مراد الشيخ أن يملك المال في مقابل فعل الطرف الآخر الذي هو عبارة عن التملك، كما ذكرنا في عمل الحر.

لكنّ هذا الاحتمال غير آتٍ في كلام الشيخ، إذ كلامه نصّ صريح في أنه تملكان، أحدهما بأزاء الآخر.

إنه في هذا الوجه لا يكون أخذ الطرف الآخر قبولا، بخلاف الوجه

الأول - لأنّ تملك هذا الجانب منوط بتمليك الجانب الآخر، فما لم يملك ذلك لم يتحقق التملك من هذا.

قال الشيخ: هذا بعيد عن معنى البيع....

لأنّ البيع هو ما يكون فيه المقابلة بين الملكين، وليس بهية معوضة، إذ فيها يحصل الملكية للطرف الآخذ بمجرد الأخذ، وإنما يصدر منه التملك عوضاً عن تملك الأول، فليس كهبة معاوضة بين التملكين. يبقى أنه إمّا مصالحة وإمّا معاوضة مستقلة. هذا ملخص كلامه قدس سره.

وأقول:

تارة: يعطي الشيء بقصد التملك في مقابل تملك الآخر الثمن، وتكون المعاوضة بين المتاع والفعل، كما يملك المال بأزاء خياطة الآخر للثوب. وأخرى: يملك مالاً بعوض تملك الغير، بمعنى أن يكون المال من الغير عوضاً عن تملك هذا، فلمّا يملك يجعل فعله - وهو التملك - معوضاً للمال الذي يعطيه الطرف الآخر.

وهاتان الصورتان خارجتان عن كلام الشيخ، وستكلم عليهما فيما

بعد.

وثالثة: يجعل تملك الغير معوضاً عن تملك نفسه، فالعوض والمعوض كلاهما هو التملك.

وهذه هي الصورة التي يقصدها، والبحث فيها في مراحل:

الأولى: هل يعقل جعل التملك نفسه معوضاً؟

كأنّ الشيخ فارغ عن إمكان هذا.

والثانية: إنه على تقدير المعقولة، هل يأخذ الطرف المقابل يتحقّق

القبول أو لا بدّ من التملك الآخر؟

يقول السيّد بالتحقق خلافاً للشيخ، والحق مع الشيخ، وما ذكره السيّد سهو من قلمه.

والثالثة: إنه على تقدير الصحة، هل هو بيع أو هبة معوضة أو صلح أو معاملة مستقلة؟

وتفصيل ذلك:

أما في المرحلة الأولى:

فهل المراد من «التمليك» هو المصدر، فالمعنى المصدري هو المجمعول معوضاً عن المعنى المصدري، أو المعنى الاسم مصدري أعني الملكيتين؟

ظاهر الشيخ الأول.

وقال شيخنا الاستاذ: إنه غير معقول، قال: إن التملك بالإعطاء حال تعلّقه بمتعلّقه ملحوظ آلي، وفي جعل نفسه معوضاً يحتاج إلى لحاظ استقلاله، ولا يعقل اجتماع اللّحاظين المتباينين في ملحوظ واحد. توضيح كلامه قدس سره:

المعاملة تسبب إلى تحقّق المضمون، أي معوضيّة شيء لشيء، فلا محالة كون الشيء معوضاً مقصوداً بالأصالة والاستقلال، والسبب - وهو الإنشاء - دائماً يصدر بالاختيار وهو مراد، لكنّه في مرحلة التأثير يكون ملحوظاً آلة للمسبّب، فهو ملحوظ آلة إلى تحقّق شيء آخر، فإذا كان نفس التملك معوضاً، يلزم كونه مقصوداً بالاستقلال وكونه ملحوظاً آلة لكونه سبباً، واجتماع اللّحاظين في آن واحد في شيء واحد محال.

وهذا نظير ما ذكر في الاصول، من عدم معقوليّة استعمال اللفظ في

نفسه، فدائماً المستعمل فيه ملحوظ بالاستقلال، واللفظ ملحوظ آلياً، فاستعمال اللفظ في نفسه يستلزم اجتماع اللّحاظين.

فإن أريد من التملك المعنى الاسم المصدري، يرد عليه - مضافاً إلى ما ذكره الشيخ الاستاذ - إنه يلزم أن يكون الإنسان مالكاً لملكية نفسه، الملكية نحو من السلطنة، ولا معنى لأن يكون متسلطاً على سلطنته [١].

[١] وإليه ذهب المحقق الخوئي إذ قال: وأمّا القسم الثاني - أعني به وقوع المبادلة بين التملكين - فلانقل له معنى محصلاً، بديهية أن حقيقة البيع عبارة عن إعدام إضافة مالكية عن كل من العوضين وإيجاد إضافة أخرى مالكية في كل منهما، من دون أن يلزم منه تبديل سلطنة المالك بسلطنة أخرى، لكي يحتاج إلى وجود سلطنة ثانية، وهكذا حتى يلزم منه التسلسل، وهذا بخلاف مقابلة التملك بالتملك، فإنها تحتاج إلى وقوع المقابلة بين السلطتين، وهو يحتاج إلى سلطنة أخرى، وهكذا إلى غير النهاية. وإذن، فمقابلة التملك بالتملك بعيد عن حدود البيع....

إلا أنه قال بعد ذلك: بإمكان نقل التملك بإنشاء آخر يتضمن ذلك، كقوله: ملكتك تملكي العين الفلانية، أو بأن يشترط التملك في ضمن عقد لازم، بأن باع داره من شخص واشترط في ضمن البيع أن يملكه ماله الفلاني، بحيث يكون متعلق الشرط نفس التملك دون المملوك^(١).

وهذا غير واضح، لأنه إذا كان التملك بإزاء التملك هو المبادلة بين السلطتين، وهي مستحيلة، للزوم التسلسل، فهل بوقوع شرط ضمن عقد، يخرج عنه كونه مبادلة بين سلطتين ولا يلزم المحذور؟

وأما في المرحلة الثانية:

فالحق مع الشيخ خلافاً للسيد، لأنه بمجرد الأخذ لا يتحقق القبول، لأنه قد أخذ المتاع، والمفروض أنه ليس المعوض، بل المعوض نفس التمليك. فأخذ المال لا صلة له بأخذ المعوض، والقبول إنما يكون قبولاً لو أخذ المعوض.

ثم هل التمليك الثاني قبول التمليك من الأول؟

إن الثاني بتمليكه ينشئ، فما يصدر منه إيجاب، فلو كان قبولاً - مع ذلك - لزم اجتماع الإيجاب والقبول، وهما صفتان متقابلان لا يجتمعان في واحد.

فما ذكره الشيخ لا يوافق عليه.

وهنا يصل البحث إلى:

المرحلة الثالثة:

وقد ظهر أن هذا ليس ببيع، لأن التبديل أو المبادلة بين فعلين لا المالين. على أنه لم يتمكن من تصوّر الإيجاب والقبول، بل الحاصل إيجابان لتمليكين أو ملكيتين.

وليس بهبة معوضة، لما ذكره الشيخ، وهو متين جداً، لأن الهبة المعوضة هي أن يملك المال وبمجرد ذلك تحصل الملكية للمتهب، لكن بشرط ضمنى، وهو أن يهب ذاك شيئاً من طرفه، فلو لم يفعل كان له الخيار... وليس ما نحن فيه كذلك، فإنه لا تحصل الملكية للطرف بإنشاء هذا للتمليك.

نعم، يقرب من الهبة المعوضة، من جهة أن هنا تمليكين وملكيتين، والمعاوضة بينهما تنتهي إلى المعاوضة بين المالين.

وليس بصلح، لأن الصلح عقد إنشائي، فلا بد من وقوع التصالح والتسالم في حيز الإنشاء، ولا يكفي مجرد وقوعه مصداقاً للصلح، وإلا فإن الصلح موجود في جميع المعاوضات. يبقى أن يكون معاوضة مستقلة.

فإن شملت العمومات، ولم تكن خاصة بالمعاملات المتعارفة، فهو، وإلا فهي معاملة باطلة.

قال الشيخ:

إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعي لا الموض، فلا يقدح تخلفه.

أي: التملك الأول هبة، والطرف يملك بالأخذ، ولا يقدح تخلفه عن الهبة وعدم حصول الداعي للأول إلى التملك.

وربما يتوهم: أن تملك هذا بهذا الداعي إنما كان بالنسبة إلى شخص مقيد بصفة أنه سيملك ماله، فلو لم يفعل لم يتحقق الموضوع، فتبطل المبادلة.

لكن قد ذكرنا في الأصول مراراً: أن العناوين والأوصاف في القضايا الشخصية ليس تخلفها موجباً للبطلان، نعم، في القضايا الحقيقية، الأمر كذلك، لأن القضية الحقيقية: مجنى الحكم على الكلّي الطبيعي بإضافة صرف الوجود إليه، فما عن أهل المنطق من أن القضية الحقيقية عبارة عن القضية التي تتوجه إلى الأفراد المحققة الوجود والمقدرة الوجود، غير صحيح. بل الواقع ما ذكرناه، والموضوع هو صرف الوجود للكلّي الطبيعي، وصرف الوجود يشمل الأفراد الموجودة فعلاً والأفراد التي ستوجد، فالأفراد الموجودة والمقدرة ليس الموضوع للحكم، بل هي لازم الموضوع.

ففي القضايا الكلية، العنوان يوجب رفع الحكم، لكن في القضية الخارجية يأتي الحكم على الموضوع وهو نفس الذات، والعنوان يكون داعياً فقط، وارتفاعه غير مضر، ولذا يوجب الخيار لا البطلان. وحاصل هذا الوجه: أن يملك بداعي أن يكون تملكه سبباً لتمليك الغير، فلو لم يملك الغير لم يضر.

وفي الوجه الثالث قال الشيخ:

أن يقصد الأول إباحة ماله بمعرض فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأول الإباحة بالمعرض ومن الثاني - بقبوله لها - التمليك، كما لو صرح.... أقول:

جميع ما نتعرض له في هذه البحوث تعم ما لو كان بالمعاطاة أو باللفظ. وفي الوجه الرابع، قال الشيخ:

أن يقصد كل منهما الإباحة بأزاء إباحة الآخر، فيكون إباحة بأزاء إباحة، أو إباحة بداعي إباحة....

وذكر الشيخ في الوجهين الأخيرين إشكالين، الأول منهما مشترك بين الوجهين، والثاني مختص بالوجه الثالث. قال:

أولاً: الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف... فالظاهر إنها لا تجوز.

أمّا الإشكال الأول: فإن إباحة التصرفات إباحة مطلقة تشمل المتوقفة على الملك كالبيع والعق والوطي... لا يعقل، لأن البيع وغيره مما ذكر... لا بد من أن يكون في الملك... وكأن يعطي هذا المال تفريغاً لذمته من الزكاة، ويجعله هدياً في الحج من قبل نفسه....

إن هذه الإباحة غير جائزة، حتى لو صرح قائلاً: أبحت لك كل تصرف...

نعم، ينفذ فيما عدا التصرفات المتوقفة على الملك... وذلك، لأن الإذن والإباحة من المالك لا يكون مشرعاً ومجوزاً لما هو غير جائز شرعاً.

قال:

فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه - بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره - غير معقول كما صرح به العلامة في القواعد فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟

أقول:

وربما يمكن إقامة البرهان على ما ذكره الشيخ، من أن البيع معاوضة بين المالين، والمعوضيّة والعوضيّة متضائفان، والمتضائفان متكافئان، إذن، لا بدّ من أن يكونا في جهة واحدة.

أو يقال: إن مبادلة مالٍ بمالٍ لا بدّ وأن تكون في وعاء الإباحة، والإباحة لا تفيد الملكية، فكيف تكون الملكية بالنسبة إلى المثلث للمبيح المالك، وتكون الملكية بالنسبة إلى الثمن للمباح له؟

وأيضاً: مقتضى: لا بيع إلا في ملك، هو أن من ليس بمالكٍ للشيء فلا بيع له.

إذن، مجرد إباحة التصرفات لا يشمل البيع وتملك الثمن، وكذلك في الثمن، فالأخبار كثيرة يجمعها إنه: لا عتق إلا في ملك، والمباح له ليس بمالكٍ، وتصرفه بعتق الرّق لا معنى له، وكذلك في الزكاة، فإنه يعتبر أن يعطي الإنسان ما يملكه زكاةً عن نفسه.

أقول:

كلّ هذا يصحّ فيما لو كان معنى المبادلة ما ذكر.

أما لو قلنا: بأن معنى: البيع مبادلة مالٍ بمالٍ: هو أن البيع لا يتحقق إلا

بالمعاوضة، فلا يتحقق مجاناً. أما اعتبار دخول الثمن في كيس من خرج المثل من كيسه فمن أين؟ إنه لا دليل على دخول الثمن في ملك من خرج المثل من ملكه.

وأيضاً: عنوان التضائف بين المعوض والعوض موجود، وهو يتحقق حتى لو لم تكن العوضيّة والمعاوضيّة في جهة الملكية، ولا دليل على أن يكون ذلك في جهة الملكية خاصّة. وبعبارة أخرى: العنوان يصدق حتى لو لم يدخل العوض في كيس من خرج المعوض من كيسه، كأن يعطي الإنسان شيئاً من النقود لشخص من غير أن يملكه إياه فيقول له: اشتر به خبزاً لنفسك وكله، فهذا صحيح لا مانع منه.

وفي المضاربة، يعطي المالك النقود للعامل ليشتري بها كذا، وتكون له حصّة من الربح، فلا يقول له: هذه النقود ملك لي واشتر بها كذا وبعه والربح لي، ولك كذا عوضاً عن عملك، وإنما يقول له من أول الأمر: بع مالي والحصّة من الربح تنعقد من الأول في ملكك.

فهذا كله صحيح عندنا، خلافاً للشيخ تبعاً للقواعد.

نعم، هو بناء على مبنى شيخنا الميرزا - في حقيقة البيع - غير معقول، ولكن قد تقدّم في محلّه ما في هذا المبنى.

وعلى كلّ حال، فالكلام فعلاً في مقام الثبوت، والمقصود أنه لا مانع من تحقق البيع من غير دخول العوض في كيس من خرج المعوض من كيسه، وأما في مقام الإثبات، فيكفي عمومات ﴿أَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿المؤمنون عند شروطهم﴾.

وقد تقدّم الإشكال الأول المشترك بين الوجهين الثالث والرابع.

قوله:

نعم، يصحُّ ذلك بأحد وجهين، كلاهما في المقام مفقود:
أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: أبحث لك أن تبع مالي لنفسك، أن يُنشأ
توكيلاً في بيع ماله... كما صرح في التذكرة... فيكون هذا بيعاً ضمناً....
أقول:

إن إباحة التصرفات حتى المتوقفة على الملك، موقوفة على تحقق
موضوع الملك، وتحقيق الملكية إما هو: بنحو الضمنية أو التقييد أو الملازمة،
فالموضوع لا بد من تحققه بأحد الأنحاء بعد أن لم يكن بالصرحة.
أما النحو الأول، فهو حيث تكون دلالة الإقتضاء -أي: ما يتوقف عليه
صحة كلام المتكلم- متحققة، مثلاً: يقول علماء النحو بأن الفعل المسند إن
لم يكن قابلاً للتعليق بالمسند إليه، فلا بد من أن يكون هناك مسند إليه مقدّر
في الكلام، كما في قوله تعالى ﴿وَسْتَلِ الْقَرْيَةَ﴾^(١) فإن التقدير: أهل القرية، إذ
يتوقف صحة الكلام على تقدير هذا المضاف وإلا لم يصح. وفي الأمثلة
الشرعية تقول: أعتق عبدك عني، فإن العتق يتوقف على الملك، ولا يمكن
عتق العبد حال كونه مضافاً إلى كاف الخطاب، فلا بد من التقدير، وكذا في:
إذبح غنمي هدياً لنفسك، مع اشتراط كون الهدى في الملك، فإن معنى ذلك:
ملكه لي ثم أعتقه عني، وملكه لنفسك ثم اذبحه. إذن، فالملكية الضمنية
متحققة بدلالة الإقتضاء في المثالين، بلحاظ الكبريات الكلية الدالة على أن
هذه التصرفات يجب أن تكون في الملك، فهي تكشف عن أن المراد من مثل
العبارة المذكورة هو التملك ثم العتق، أو التملك ثم البيع، كما لو قال: بيع

مالي لنفسك.

وفيما نحن فيه، لا ريب في أنه لما يقول: أبحت لك كل تصرف، لا يقصد التملك والتملك، وإنما يريد بهذه العبارة إباحة التصرفات حتى المتوقفة على الملك.

فالملكية الضمنية غير حاصلة [١].

[١] خلافاً للمحقق الإيرواني الذي أصرَّ على إمكان ذلك، قال: «ويندفع هذا الإشكال بتفسير الملكية وشرح معنى إذن المالك في التصرف في ملكه، فنقول: معنى قول المالك: أبحت لك التصرف في مالي، هو رفعت المنع الشرعي عنك، برفعي لما هو الموضوع في هذا المنع، وهو عدم رضاي بالتصرف، وقلب عدم رضاي برضاي فتكون إباحة الملكية، فإذا فرضنا أن إباحة المالك هذه اختصت بالتصرفات غير الموقوفة على الملك، الكافي فيها إذن المالك، كفي في تسويغ تلك التصرفات شرعاً هذه الإباحة، إذ ليس موضع ذاك إلا هذا. وأما إذا عمت كل التصرفات حتى المتوقفة منها على الملك، لم تكن رخصته الملكية مسوغاً لتلك التصرفات، إذ كان موضوع جواز تلك التصرفات شرعاً هو الملك، فإذا حصل جازت وإلا لم تجز، فلا جرم كانت إباحتها متضمنة لأمر آخر، وهو جعل موضوع تلك التصرفات، أعني التملك فكما أن أعتق عبدي عنك، متضمن للتمليك وتمليك بعبارة الإذن في العتق، كذلك: أبحت لك عتق عبدي، ووطي جاريتي، وبيع داري، ووقف حمامي، تملك بعبارة الإذن في التصرف، ومثله لفظ عام اندرج فيه كل المذكورات، فما وجه الإشكال في هذه وعدم في أعتق عبدي عنك، بل بالنسبة إلى إباحة العتق في المقام ومثال الإذن في العتق واحد لا يختلفان....

ثم إن ما قلناه من التملك الضمني، لا يتوقف على الإلتفات إلى توقف

التصرفات المأذون فيها على الملك، بل التملك الضمني حاصل ولو مع الجهل بذلك التوقف، كما أن الإذن في الشيء إذن في لوائمه على سبيل الإجمال وإن جهل بلوائمه، بل جهل بوجود اللازم له. نعم، مع اعتقاد العدم وأنه لا لازم له، يشكل كونه إذا فيه. هذا كله في تصوير الجعل المالكي للملكية جعلاً ضمنيّاً مضمراً في عبارة: أبحت لك كل التصرفات.

ولنا أن نلتزم بالجعل التعبدى الشرعي أيضاً، بيانه: إن دليل السلطنة بعمومه وشموله لكل تصرف، يقتضي جواز إذن المالك في التصرفات المتوقفة على الملك، ولا مانع من الأخذ بهذا العموم سوى دليل توقف تلك التصرفات على الملك، وهذا لا يصلح أن يكون مانعاً من الأخذ بهذا العموم، بل يؤخذ بالعموم ويستكشف حصول الملك الشرعي التعبدى في موضوع إذن المالك في تلك التصرفات، وإن لم يخطر ببال المالك ولا قصده، وكل دليلين كانا كذلك، بأن أمكن الأخذ بعمومها وإن لم من الأخذ بعمومها استكشاف أمر آخر، أخذ بعمومها واستكشف ذلك الأمر...^(١).

وفيه: كما ذكر الشيخ وأوضحه السيد الجّد: إنه لا سبيل إلى الالتزام بالتملك الضمني إلا دلالة الاقتضاء، وهي متوقفة على أن يكون المبيع ملتفتاً إلى توقف العتق على الملك، وأن يكون متعبداً بالحكم الشرعي، وإلا فلا دليل على ترتب الأثر على تملكه، وقوله: التملك الضمني لا يتوقف على الالتفات... غريب، لأن التملك أمر قصدي وفعل اعتباري اختياري، فهو متوقف على الالتفات ولو ارتكازاً، وكيف يعقل الالتزام بلوائم الشيء مع عدم الالتفات المطلق؟

قوله:

الثاني: أن يدلّ دليلٌ على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنأماً... فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص... وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه....

أقول:

أما النحو الثاني، مثل: الرجل لا يملك عموده وإنما يعتقن عليه، ومن ناحية أخرى: يدلّ الدليل على أن المبيع يدخل في ملكه في مقابل الثمن الذي يدفعه، ومقتضى الجمع بين الدليلين حصول الملكية التقديرية، فالشارع اعتبر هناك ملكيةً آنأماً، ثم يحصل العتق في الملك.

وهنا لا يوجد هكذا دلالة، لأنه لا يوجد دليل خاص يستعبد الشارع به كما جاء في: أن الإنسان لا يملك عموده، فهو لما يقول: قد أبحت لك كلّ تصرّف، الظاهر في العموم ليشمل المتوقفة على الملك، لا يوجد دليل على أن تلك التصرفات تجوز بنفس هذه الإباحة.

فإن قلت: إن عموم قوله: «الناس مسلّطون على أموالهم» معناه: أن لهم أن يفعلوا فيها ما يشاؤون، ومن ذلك الإباحة للغير في أن يتصرّف في ماله

وأما قوله: ولنا أن نلتزم بالجعل التعبدية الشرعي....

ففيه: إن هذا مبنيّ على عدم تقدّم: «لا عتق إلّا في ملك» ونحوه على «الناس مسلّطون على أموالهم» بالحكومة، وهو أوّل الكلام، وعلى فرض عدم الحكومة، فلا يخلو حديث السلطنة، عن أن يكون مطلقاً أو لا يكون، أمّا إن كان مطلقاً، فلا حاجة إلى إثبات الملكية الشرعية بالاستكشاف، وإن لم يكن مطلقاً، فهو من أوّل الأمر محدوداً، ويكون «لا عتق إلّا في ملك» هو المحكّم، وحيثنّ، لا تعارض بينهما أصلاً.

التصرف الموقوف على الملك، فالعموم يشمل هذا، ومن ناحية أخرى: ظاهر «لا بيع إلا في ملك» هو أن التصرف البيعي غير جائز، لتوقفه على الملك، والمفروض انتفاؤه، ومقتضى الجمع بين الدليلين تقدير الملكية آناءً. فإذن، لاجابة إلى دليل خاص، لأن مقتضى الجمع بين العمومين المذكورين هو مفاد الدليل الخاص.

قلت: النسبة بين الدليلين هو العموم من وجه، لأن حديث السلطنة يشمل التصرفات المتوقفة على الملك، و«لا بيع إلا في ملك» يشمل المباح والمملوك، لكن دليل السلطنة قد جاء ليجعلها على الأموال المضافة إضافة ملكية، مضافاً إلى أنه إنما يجوز السلطنة المشروعة دون غيرها وإلا لزم التناقض، فلا محالة، يكون دليل «لا بيع إلا في ملك» حاكماً في مادة الاجتماع، والحاكم مقدم على المحكوم، إذن، فدليل السلطنة غير شامل لا بالتخصيص بل بالمحكومية، فيكون باقياً على عمومه في قدره، أي في التصرفات المشروعة.

والحاصل، إنه ببرهان لزوم التناقض، يكون مفاد قاعدة السلطنة محدوداً من أول الأمر بالتسلط المشروع على الأموال، ودليل: «لا بيع إلا في ملك» يقول: لا تسلط للمالك على ماله في الإذن لغيره بالتصرف فيه التصرف الموقوف على الملك، فإنه غير مشروع. إذن، لا معنى للملكية التقديرية.

وأما النحو الثالث، بأن تستكشف الملكية إناءً، كما لو باع ذو الخيار في زمن الخيار المال المنتقل عنه، أو باع الواهب المال الموهوب إلى غير ذي رحم، فإنه من صحة البيع يستكشف إناءً تحقق الملكية بالرجوع عن الهبة قبل البيع من الواهب، وذو الخيار له الملكية بأخذه بالخيار، ففي آن واحد يملك

وبيع ولا إشكال فيه، لأن العلة والمعلول يكونان في آنٍ واحد، لكن هذا موقوف على أن يقصد الواهب الرجوع، لأن الرجوع يحتاج إلى القصد، وكذا الفسخ من ذي الخيار، وإنما يكون بالرجوع والفسخ صحيحاً، لأن إنشاء أحد الضدين رافع للضد الآخر، فهو لما ينشئ الملكية للأجنبي - وهي مضادة لملكية المتهب - يكون راجعاً في هبته، وكذا في فسخ ذي الخيار، ولا حاجة في إنشاء الفسخ والرجوع إلى أزيد من ذلك.

هذا شرح كلام الشيخ قدس سره.

ونحن قد تكلمنا على أصل الإشكال، وهو عندنا منحلٌ على مختارنا في حقيقة البيع، ومعنى: «لا بيع إلا في ملك». وهذا تمام الكلام على الإشكال الأول. قوله:

وثانياً: الإشكال في صحة الإباحة بالعوض، الراجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك. أقول:

الإشكال الثاني:

هو الإشكال في صحة الإباحة بالعوض، الراجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك. وهنا بحوث في جهات أربع:

١ - هل هذا بيع أو إجارة أو عارية أو صلح، أو هي معاملة مستقلة؟

٢ - الإباحة المعوضة صحيحة أو فاسدة؟

٣ - وعلى تقدير الصحة، هل هي لازمة أو جائزة؟

٤ - وعلى تقدير اللزوم، هل هو لزوم تكليفي أو وضعي؟

الجهة الأولى:

هذه المعاملة ليست ببيع، لأن البيع: تمليك مالٍ بعوض، لا مبادلة مالٍ بمالٍ بنحو الإطلاق وهي ليست بالإجارة، بناءً على المشهور في تعريفها، من أنها تمليك المنفعة بعوض، لأن هذه إباحة وإذن في التصرف والانتفاع لا تمليك للمنفعة.

وهي ليست بعارية، إذ العارية تمليك الانتفاع، وهنا لا يوجد إلا الإذن والترخيص، فهو لا يوجد للطرف استحقاق الانتفاع ولا تمليكه.
قوله:

...إلا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبة له لغة، لأنه في معنى التسالم على أمرٍ بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ الصلح كما يستفاد من بعض الأخبار....
أقول:

والمختار عند الشيخ أن هذه المعاملة صلح، بالنظر إلى صحیحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام:

«في رجلين، كان لكل واحدٍ منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحدٍ منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحدٍ منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي. فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما»^(١).

قال بعض الأكابر: الصلح عقد من العقود، وكل عقد فهو يحتاج إلى الإنشاء، فلا بد من إنشاء مفهوم التصالح والتسالم. وقوله: لك ما عندك ولي ما عندي، ليس بإنشاء للصلح^(٢).

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٤٥، الباب ٥ من أبواب كتاب الصلح، الرقم: ١.

(٢) المكاسب والبيع ١ / ٢١٨.

والظاهر أنه سهو، فإن هذه الجملة كناية، فهما يذكران اللّازم ويريدان الملزوم، فينشآن مفهوم التصالح والتسالم بنحو الكناية، ولا بأس بذلك، إذ لا يعتبر في العقود الصّراحة في اللفظ بل المعتبر صراحة المعنى.
أقول:

إنما الإشكال في أنه لماذا نجعل الإباحة المعوّضة صلحاً؟ فإنه يأذن بالتصرّف في مقابل عوض، ولا دلالة فيه، لا بالصّراحة ولا بالكناية، على إنشاء مفهوم التصالح، فبين الصّحيحة وما نحن فيه فرق واضح.
فالحق: أنها معاملة مستقلة.

الجهة الثانية:

إنه على تقدير كونها مصالحة، فمقتضى أدلة الصّح هو الصّحة، وأمّا بناءً على أنها معاملة مستقلة، فقد استدلّ الشيخ بعموم قاعدة السّلطنة و«المؤمنون عند شروطهم» وهو غير موافق على الاستدلال بأية التجارة، لعدم صدق عنوان التجارة على هذا.
قوله:

ولو كانت معاملة مستقلة، كفى فيها عموم: الناس... والمؤمنون....
أقول:

مقتضى دليل السّلطنة أن المبيع له على السّلطنة على ماله، فله أن يرخّص الطرف في التصرّف في ماله في مقابل العوض، فالعموم يشمل ما نحن فيه.

وربما يتوهم: أن الشيخ قد منع من الاستدلال بحديث السّلطنة في صحّة المعاطاة وعدم شرطية الإيجاب والقبول اللفظيين، فكيف يوافق هنا

على الاستدلال به؟

والإنصاف: أنه غفلة عن كلام الشيخ، فهو هناك قال: بأن دليل السلطنة يشمل كل نوع من أنواع التصرف يشك في كونه نافذاً أولاً، وأما حيث نعلم بأنه نوع قد أنفذه الشارع ثم شكنا في اعتبار اللفظ وعدم اعتباره، فإنه لا وجه للتمسك بالدليل لنفي الشرطية.

وفيما نحن فيه: المشكوك فيه هو نفوذ هذا التصرف وعدم نفوذه، فلا مانع من التمسك به.

وربما يتوهم: أن الشرط عبارة عن الإلزام والالتزام في ضمن شيء، وليس الإباحة في مقابل العوض كذلك، فلا وجه للتمسك به «المؤمنون عند شروطهم».

وفيه: إن المراد من الإلزام والالتزام هو الارتباط، وإباحة هذا مرتبطة بتمليك الطرف للعوض.
أقول:

بل لا يبعد صدق «التجارة» هنا أيضاً، وإن استشكل الشيخ، لأن التجارة هي الاسترباح، وهو هنا حاصل [١].

وتلخص: صحة هذه المعاملة المستقلة على المختار.

[١] قال الراغب: التجارة التصرف في رأس المال طلباً للربح^(١)، وظاهره أنها أعم من البيع، وهو ظاهر الكتاب إذ جاء فيه: «وَرِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ»^(٢)، إلا أن الكلام في صدق «التصرف في رأس المال» على مثل ما نحن فيه؟

(١) المفردات في غريب القرآن: ٧٣.

(٢) سورة النور: ٣٧.

الجهة الثالثة:

بناءً على الصّحة، هل هي لازمة أو جائزة؟ وبناءً على الأوّل، هل اللّزوم مطلقاً أو من طرف المباح له فقط؟
قوله:

وعلى تقدير الصّحة ففي لزومها مطلقاً... أو من طرف المباح له... أو جوازها مطلقاً؟ وجوه، أقواها أوّلها ثمّ أوسطها.
أقول:

دليل القول باللّزوم مطلقاً: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وآله: «المؤمنون عند شروطهم»، فكأنّه قد اعتبر ثباتهم على شروطهم والتزاماتهم، و«الشرط» يصدق مع كون طرفٍ إباحةً والآخر تمليكاً، قال: هو الأقوى.

ودليل اللّزوم للمباح له دون المبيع هو: إن المال المباح باقٍ على ملك المبيع، فبمقتضى دليل السّلطنة له أن يسترجعه، وأمّا المباح له الذي ملّك، فقد خرج المال عن ملكه وليس مضافاً إليه.

وقد اختار الشيخ هذا الوجه بعد ذلك، وكأنّ نظره إلى أن دليل السّلطنة عام، وفي مقابله: «المؤمنون عند شروطهم»، فيقع التعارض بينهما بنحو العموم من وجه، ففي الإباحة المعوّضة مقتضى: المؤمنون... هو اللّزوم من الطرفين، لكن عموم: «الناس مسلّطون...» يقتضي عدمه من طرف المبيع، فيتعارضان في مادة الاجتماع هذه ويتساقطان.
أقول:

أولاً: حديث «الناس مسلّطون...» إنما يجري في موضوع يراد إيجاده وهو قابلٌ لأن يرجع، أمّا لو أوجد شيئاً بسلطنته وحكم على ذلك الشيء

باللّزوم، فلامعنى للرجوع فيه أخذاً بالقاعدة، حتى يكون معارضاً للحكم المترتب على الموضوع الذي وجد بواسطتها، وآلا يلزم أن يكون الشيء سبباً لعدم نفسه، أو يلزم من وجوده عدمه.

لقد أثبتنا بقاعدة السلطنة أن له أن يوجد الإباحة المعوضة، وهي محكومة باللّزوم بمقتضى «المؤمنون عند شروطهم». وحيث لا يمكن أن يكون حديث السلطنة معارضاً له.

وثانياً: سلمنا أنهما يتعارضان ويتساقطان، لكن المرجع حيث هو عموم أدلة الوفاء بالعقود، كآلية المباركة «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) فإنها بعمومها الاستغراقي شاملة للإباحة المعوضة، وهي تدل على الصحة واللّزوم من الطرفين معاً.

فالصحيح هو: اللّزوم من الطرفين، بمقتضى الآية والحديث: المؤمنون....

ثم إن الشيخ بعد أن استدلل بما تقدّم لما ذهب إليه من الصّح، قال:

ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين

يريد الخبر عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألت عن قول الله عز وجل ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَغْلِهَا يُشْرِكًا أَوْ إِغْرَاضًا﴾ فقال عليه السلام: هي المرأة تكون عند الرجل فيكرها فيقول لها: إني أريد أن أطلقك، فتقول له: لا تفعل، إني أكره أن تشمت بي، ولكن انظر في ليلتي، فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعني على حالتي، فهو قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ وهذا هو الصّح»^(٢).

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١/ ٣٤٩ - ٣٥٠، الباب ١١ من أبواب القسم والنشور، الرقم: ١.

فقد أطلق «الصِّلح» على تنازل المرأة عن حقوقها في مقابل رفع الرجل يده عمّا أراده.
أقول:

إن ما ذكرناه في الصحيحة السابقة آتٍ هنا، فإن «اصنع ما شئت ودعني على حالتي» هو إنشاء للتصالح.
وفيما نحن فيه: إن الذي أنشأه هو الإباحة والترخيص، ولا يمكن أن يكون مصداقاً للصِّلح، والصِّلح أمر إنشائي، فلا بدّ من الإنشاء الدالّ عليه بالمطابقة أو بالالتزام.
وبالجملة، فإنها معاملة مستقلة صحيحة ولازمة من الطرفين كما تقدم.

الجهة الرابعة:

هل اللزوم تكليفي، أي يجب عليه البقاء على الإباحة ويحرم الرجوع، أو وضعي، بمعنى عدم الأثر للرجوع؟
ولم يتعرض الشيخ وغيره لهذه الجهة.
ربما يقال: لا معنى للزوم الوضعي في الإباحة المعوضة، لأن الإباحة ترخيص، فله الرجوع، فيكون الحكم تكليفيّاً، فإنْ خالف ورجع لم يكن للمباح له التصرف، إذ «لا يحلّ مال امرئ إلا بطيب نفسه»^(١).
لكن الظاهر: إن هذه الإباحة عقدية وليست مجرد الترخيص، وحيثُذ، فللحكم الوضعي مجال، أي: لا يمكنه الرجوع والفسخ، ولا أثر لذلك، لفرض كونه معاملة لازمة، كما تقرّر في الجهة السابقة.

(١) تقدم في الكتاب بالفاظه.

وتوضيحه: إنه إذا قال: أبحت لك التصرف بالعوض، فهل يكون العوض في مقابل الإباحة أو التصرف من نفسه أو غيره في مال المبيع؟ وعلى الثاني، هل المراد هو التصرف الخارجي أو إمكان التصرف؟ وعلى الأول، هل المراد إباحة التصرف في الجهة، بأن يكون له الرجوع متى ما أراد، أو إباحة التصرف مادامت العين باقية في ملكه، فله أن يبيع الشيء - مثلاً - فيستفي الموضوع، أو إباحة التصرف مادامت العين باقية في الخارج؟ وأيضاً: التصرفات تارة: متلفة للعين، كأن يباح أكله أو شربه بعوض - كما هو الحال في المطاعم - أو صرف الماء بعوض كما هو الحال في الحمامات، وأخرى: غير متلفة لها، كما يباح الجلوس على الفرش والسكنى في الدار بالعوض.

وهذه الصور تختلف من حيث التكليف والوضع، وتختلف أيضاً من حيث الآثار الخارجية. فمثلاً: لو لم يأكل الطعام في المطعم بعد أن أبيح له الأكل بالعوض، لم يطالب بشيء، أما لو لم يسكن في الغرفة بعد أن أبيح له السكن فيها بعوض، فإنه يطالب بالعوض المعين.

لا يبعد أن يقال: بأنه إن كان العوض في مقابل نفس الإباحة، فاللزام تكليفي، فللرجوع أثر وإن عصي، إذ ليس هناك شيء إلا فعله وهو الإباحة. وإن كان في مقابل التصرف المرخص فيه، فاللزام وضعي. فالأمر يختلف باختلاف الصور. فليتأمل.

ولو استأجر الغرفة بعوض معين لكل ليلة، فالمشهور على بطلان هذه الإجارة، للجهل بالمدة، إنما الكلام في حكم الليلة الأولى، فقال العلامة بالصحة فيها. وكيف كان، فإنه بالنسبة إلى ما عدا الليلة الأولى إباحة بالعوض، فإن كان العوض في مقابل التصرف الخارجي، لم يكن عليه شيء إن لم

يسكن في الغرفة، وإن كان في مقابل إمكان التصرف الخارجي، فالعوض واجب:

قوله:

وأما حكم الإباحة بالإباحة، فالإشكال فيه أيضاً يظهر مما ذكرنا في سابقه، والأقوى فيها أيضاً الصحة واللزوم، للعموم، أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلط. أقول:

يعني: إنه لا ينطبق عليه عنوان من عناوين المعاملات إلا الصلح. وفيه: إن الصلح العقدي هو ما لو أنشأ مفهوم التسالم، وكونه مصداقاً للتسالم لا يجعله عقد صلح.

فهي معاملة مستقلة، وصحيحة، للعمومات.

أما اللزوم، فقد اختاره الشيخ، لكنه جوز الجواز من الطرفين أيضاً. دليل اللزوم هو: عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم». ودليل الجواز من الطرفين هو: أصالة السلطنة، وهو للطرفين لا للطرف دون آخر، كما في الفرع السابق، إذ كلاهما مبيح. لكن المختار هو: اللزوم من الطرفين.

التنبيه الخامس

في حكم جريان المعاوضة في غير البيع من العقود وعدمه

ذكر من العقود: الإجارة والهدية والهبة والوقف، ولم يتعرض لغيرها، كما أنه عنون «العقود» دون «الإيقاعات» مع عدم الفرق بينها، لوحدة المناط. ونحن نبحت عما ذكره فقط، فنقول:

العنوان تارة: غير قابل للإنشاء بالفعل، وأخرى: يقبل، لكن الشارع قد اعتبر له لفظاً معيناً، وثالثة: تكون المعاوضة منافية لمضمون ما يريدان إنشائه. وكل فعل يكون اللازم الخارجي للمقصود مع قصد المضمون، فإنه لا يتحقق المعاوضة به، إذ لا مجال للمعاوضة بالكناية، لأن الفعل لازم أعم. مثلاً: إخراج العبد من الدار ملازم لأن يكون معتقاً، لكنه لازم أعم فلا يصلح لأن ينشئ به إيقاع العتق.

وفي الأوقاف العامة، لو خرج المالك عن الملك وراح ولم يرجع، لم يكن فعله وقفاً، لأن ذلك الخروج قد يكون ملازماً للوقف، لكنه لازم أعم، فإذن، لا يترتب الأثر على لوازم الأفعال، إذ لا كناية في الأفعال، نعم، في مثل وقف الفرش للمسجد، لا يبعد كفاية فرشه فيه.

في النكاح؟

والنكاح في اللغة العقد، يقال: تناكحت الأشجار، أي تعاقدت، وهذا المعنى يقبل الاعتبار الوضعي، فهل يتحقق ذلك بالاضطرار مع الأجنبية بقصد إنشاء الزوجية معها؟ ربما يقال بذلك، لكن لا يجوز النكاح في الشرع

بلا لفظ، ولا أثر للمعاطاة فيه، بل لقد اعتبر الشارع فيه اللفظ الخاص.

وربما يتوهم: أنه لا يعقل تحقيق معنى الزوجية بالاضطجاع الخارجي، لأن حلية الاضطجاع متوقفة على الزوجية، والمفروض تحقيقها بالاضطجاع، فحليته موقوفة على الزوجية وهي متوقفة على الاضطجاع، وهذا غير معقول، لأن الحكم له حيثية السببية لوجود المتعلق، فلا يعقل تأخره عنه. وبعبارة أخرى: ارتفاع حرمة الاضطجاع مع الأجنبية منوط بالزوجية، فلو أنيطت الزوجية بالاضطجاع الخارجي، لزم أن يكون الموضوع رافعاً لحكمه، وتوضيحه:

إن الحكم في مرحلة التعلق معلول للمتعلق، لأن الملاك قائم بالمتعلق، والحكم معلول للملاك، فهو معلول للمتعلق في مقام نفس الأمر، لكن وجود المتعلق خارجاً مسبب عن الحكم والحكم سبب له، مثلاً: وجوب الصوم معلول للملاك، ولكن في مقام الوجود الخارجي للصوم يكون الوجوب هو الموضوع للوجود، إذ لولا الوجوب لما وجد، فالمتعلق في الخارج معلول للحكم، فلا يعقل أن يتوقف الحكم على وجود متعلقه.

وتلخص: إن هذا يكون محذوراً عقلياً لتحقيق الزوجية بالفعل، وهو الاضطجاع.

هذا هو الوهم.

ويندفع: بما ذكرناه مراراً من أن الاختلاف بين السبب والمسبب يكون بتخلل ألفاء فقط، وليس بينهما اختلاف في الزمان، وفيما نحن فيه: الحلية متعلقة بالمضاجعة التي تتحقق بها الزوجية في آن واحد، فقبل التحقق الخارجي للمضاجعة المقصود بها الزوجية، كانت المضاجعة محللة في الاعتبار الشرعي، لأن الحلية منوطة بالتحقق الخارجي للمضاجعة،

فلا يلزم الدَّور.

ثم إنه لا بدَّ من تعميم البحث، ليشمل الإيقاعات أيضاً، فنقول:
إنَّ جريان المعاطاة في العقود والإيقاعات يبتني على عدم وجود الدليل الشرعي على اعتبار اللَّفظ فيها، وكذا عدم قيام البرهان العقلي على امتناع جريانها فيه، فإنه - مع عدم وجود الدَّليل على اعتبار اللَّفظ وعدم البرهان على الامتناع - مقتضى القاعدة هو الجريان، لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه. فإنَّ كان الدليل على العموم هو السَّيرة، فقد يشكل بعدم قيامها في بعض الموارد.

وهذه قاعدة كَلِيَّة تنطبق على كلِّ فعلٍ خارجيٍّ معنون بالعنوان المقصود، وإلا فلا وجه للبحث عنه.

لكنَّ يقع البحث في تشخيص المصاديق، من حيث وجود الدَّليل الشرعي أو البرهان العقلي على الإمتناع.

وقد ذكرنا وجود الدَّليل الشرعي على اعتبار اللَّفظ في النِّكاح، وأنه لا يتحقَّق إنشاؤه بالمضاجعة، ولولاه لقلنا بجريان المعاطاة فيه، لعدم البرهان العقلي على امتناعه، وقد عرفت الجواب عن الوجه العقلي المذكور.

في الرَّهن؟

وفي الرَّهن، قد يقال: بأنَّ المعاطاة في الرَّهن أن يسلم الرَّاهن العين المرهونة إلى المرتهن، والحال أنَّ إقباض العين المرهونة وقبضها شرط في الرَّهن، وكذا الكلام في الوقف والقرض، فلو كانت المعاطاة الفعلية - القبض والإقباض - محقَّقة له هذه الأمور، يلزم اتِّحاد الشَّرط والمشروط، وهو مستحيل، لأنَّ الشَّرط يغيِّر المقتضي وهو دخيل في فعلية ترتَّب المقتضي

على المقتضي، فكيف يعقل وحدة المشروط مع شرطه؟

فهذا البرهان العقلي مانع من تحقق العقود المذكورة بالمعاطاة.

لكن يمكن الجواب عنه: بأن القبض والإقباض -من قبيل الوجود والإيجاد- فعل واحد خارجي له نسبتان، نسبة إلى الفاعل فيكون إقباضاً، ونسبة إلى نفس الفعل، فيقال قبض، فلم لا يكون بما أنه إقباض رهناً وبما أنه قبض ارتهاناً، فيرتفع الإشكال بلحاظ تعدد النسبة.

نعم، لو يشكل في جريان المعاطاة في الرهن، بأنه وثيقة الدين، والعين المرهونة تبقى محبوسة، وليس للرهن أن يتصرف فيها، فلو جرت المعاطاة -وهي معاملة جائزة على المشهور- في الرهن، كان له التصرف فيها، وهذا ينافي حقيقة الرهن، لكان إشكالاً وارداً.

ثم إنه يعتبر في القرض أن يكون هناك قرينة على أنه تملك بنحو الضمان، وإلا، فإن الفعل الخارجي -وهو إعطاء المال- أعم من أن يكون قرضاً أو هبة أو غير ذلك.

قال الشيخ:

إعلم أنه قد ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد -على ما حكى عنه- أن في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة، وكذا في الهبة. وذلك....

وحاصل كلام جامع المقاصد هو: إن المعاطاة جارية في الإجارة والهبة، لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله، فقد استحق الأجرة، ولو كانت الإجارة فاسدة لم يجز العمل في العين التي استؤجر للعمل فيها كأن يغسلها مثلاً.

وكذا لو وهب بغير عقد، فإن ظاهر الفقهاء جواز الإتلاف، ولو كانت

هبةً فاسدة لم يجوز، بل منع من مطلق التصرف.
فأشكل عليه الشيخ بقوله:

في الهبة؟

وفيه: إن معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقق الثاني:
الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر، وملك الأمر العمل المعين به، ولم
نجد من صرح به في المعاطاة.

أي: لم لا يجوز له العمل، بل يجوز، وفساد المعاملة لا يوجب منعه عن
العمل، لا سيما فيما كان العمل في شيء آخر ليس ملكاً للموَجَّر، كالكتابة
وقراءة القرآن مثلاً، ويستحق أجره المثل، لأنه لم يقصد التبَرُّع، وإنما قصد
عوضاً لم يسلم له.
قوله:

وأما مسألة الهبة، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدل على جريان
المعاطاة فيها، إلا إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة....

وحاصل الكلام في الهبة هو: إن المحقق الثاني القائل بإفادة المعاطاة
للملك، لا يمكنه الاستدلال لجواز الهبة المعاطاتية، لأن إفادتها للملك
متوقفة على اللَّفْظ، للإجماع على اعتبار اللَّفْظ في المعاملة اللازمة، فإذا
لا تجري المعاطاة في الهبة إلا على مبنى القائلين بإفادتها بالإباحة.

في الإجارة؟

أقول:

أما في إجارة الأعيان كالذَّار والبستان، فالمعاطاة جارية، لصدق عنوان

الإجارة على المعاطاة الخارجية، وكذلك في الهبة - وهي في الأعيان دائماً - للصدق بلا إشكال.

إنما الكلام في إجارة الأعمال، والإنصاف أنه مشكّل، للإشكال في تحقّق مضمون الإجارة بالمعاطاة، لأنّ إجارة العمل هي أن يملك المستأجر العمل في ذمّة الأجير، والإيجاب في الإجارة يكون دائماً من طرف الأجير، فأما قبل العمل، فلا دليل على كونه ملكاً للمستأجر حتى يوجد الأجير، وأما بعد العمل، فلا شيء حتى يكون ملكاً للمستأجر. والقول بأنه لو أخذ الأجير الأجرة قبل العمل - مع أنه لا يستحقّها - كان الأخذ بمنزلة الإيجاب منه لتمليك العمل في ذمّة للمستأجر المعطي للأجرة، والإعطاء بمنزلة القبول، وكذا لو جاء بالثوب مثلاً إلى الخياط، فإنه بمنزلة القبول، وأخذ الخياط الثوب إيجاباً منه لتمليك الخياطة لصاحب الثوب، تكلف.

وتلخص: جريان المعاطاة في الهبة.

وأما في الإجارة، فلا بدّ من التفصيل بين الأعيان، فتجري، والأعمال فلا تجري، فظهر ما في إطلاق قول الشيخ:

الأظهر بناءً على جريانها في البيع جريانها في غيره من الإجارة والهبة....

وتعرّض للرهن فقال:

وظاهر المحكّي عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال في باب الرهن... لكن استشكله في محكّي جامع المقاصد... ولعلّ وجه الإشكال: عدم تأتّي المعاطاة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع....

وحاصل كلامه: عدم جريانها في الرهن على جميع الأقوال، لأنه إن كان المقصود بالمعاطاة هو الإباحة، كما عليه صاحب الجواهر، فهذا خلاف المقصود من الرهن، إذ المقصود منه تصرف المرتهن فيما يأخذه، وإن كانت

المعاطاة مفيدة للإباحة - وإن قصد بها التملك - كما عليه المشهور، فكذا، وإن كانت مفيدة للملكية الجائزة، فهي مباينة للوثاقة الرهنية. وأما القول بأن المعاطاة في خصوص الرهن مفيدة للزوم، فهذا خلاف الإجماع على أن العقود اللازمة يعتبر فيها اللفظ.

أقول:

وهو كلام متين جداً، لكن لنا أن نقول: المعاطاة تفيد الملكية، ونسلم بأنها الملكية الجائزة، لكن هذا الجواز إنما جاء من ناحية الإجماع، والآ فمقتضى القاعدة هو الزوم، وعلى هذا، فكل عقد أمكن فيه الجواز والزلوم، كان الإجماع مانعاً فيه عن الزوم، وكل عقد لا يتحقق فيه حقيقة العقد إلا بالزوم، فهو خارج عن القدر المتيقن من معقد الإجماع، والرهن بعد شمول العمومات له من هذا القبيل، فالمعاطاة جارية فيه وهي معاملة لازمة.

قوله:

ولأجل ما ذكرنا في الرهن، يمنع من جريان المعاطاة في الوقف، بأن يكتفى فيه بالإقباض، لأن القول فيه بالزوم منافٍ لم اشتهر بينهم من توقف الزوم على اللفظ، والجواز غير معروف في الوقف من الشارع. فتأمل....

أي: إن الوقف حبس العين وتسهيل المنفعة، فحقيقة الوقف ليس الإباحة بل هو الحبس، وإفادة المعاطاة جواز الوقف لالزومه يتنافى حقيقته، وإن قلنا بإفادتها للزوم، كان مخالفاً لما أطبق عليه الأصحاب من الاحتياج إلى اللفظ.

في الوقف؟

أقول:

إن حقيقة الوقف من الوقوف، فهو إيقاف للملك وحبس للعين عن الانتقال، لأن الملك في حد ذاته قابل للانتقال، والوقف سواء على الأولاد أو على العامة، وسواء كان تحريراً للملك كما يعتق العبد، أو تمليكاً لجهة، فلا انتقال فيه ولا جريان، بل هو على كل تقدير إيقاف للعين، فإن لم يُعتبر فيه قصد القرية، جاز الوقف المعاطاتي، وكان له الرجوع فيه، إلا أن يقوم الإجماع على عدم الجواز، وإن اعتبر فيه القصد - كما هو المشهور - فالدليل الشرعي قائم على الحبس وهو ما دلّ على أن «ما كان لله لا يرد». فالدليل على لزوم هو الدليل الشرعي الخاص.

فظهر الفرق بين الوقف والرهن، إذ الرجوع والجواز ينافي حقيقة الرهن ولا ينافي حقيقة الوقف، لكن المانع ما ذكرناه.

والحاصل: إن المعاطاة جارية في الرهن والوقف، وهي لازمة في كليهما. والجواب عن الإجماع على الجواز في المعاطاة قد تقدّم.

التَّنبِيهُ السَّادِس

في ملزمات المعاطاة على كُلِّ من القول بالملك والقول بالإباحة

قال الشيخ:

إِعلم أَنَّ الأصل على القول بالملك: اللزوم، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة، وَأَمَّا على القول بالإباحة، فالأصل عدم اللزوم، لقاعدة تسلط الناس على أموالهم....

أقول:

أَمَّا بناءً على إفادة المعاطاة الملك، فَإِنَّ الوجوه الثمانية تفيد اللزوم، وهي:

قاعدة السُّلْطَنَة، فالأخذ مالك وله السُّلْطَنَة، وليس للمعطي الرجوع والتصرف على خلاف سلطنة الآخذ.

وقوله: لا يحل... ووجه الاستدلال كسابقه.

وآية التجارة، فإنها تدلُّ على اللزوم بكلتا الجملتين.

وآية الوفاء بالعقود، ومقتضاها أَنَّ يكون المعطي واقفاً على العقد الذي أوجده وأن يفي به، فلو رجع عن عقده فقد خالف الأمر بالوفاء.

والبَّيْعَان بالخيار... فإنه مع الافتراق لا رجوع له. وفي بعض الألفاظ: وجب البيع.

والمؤمنون عند شروطهم، دلَّ على أَنَّ المؤمنين واقفون عند شروطهم، ملتزمون بها، لا يخالفونها، والرجوع ينافي هذا المعنى. والاستصحاب، فَإِنَّ مقتضاه بقاء ملكية الآخذ.

وأما بناءً على إفادتها الإباحة، فمقتضى القاعدة هو الجواز، وأن للمعطي الرجوع فيما أعطاه، لعموم: «الناس مسلطون على أموالهم» واستصحاب السُّلْطَنَةِ الموجودة من قبل المعاطاة، فإنه لو شك بأن هذه الإباحة تنزِيلُ السُّلْطَنَةِ أَوْلا؟ يستصحب بقاؤها، وهذا الاستصحاب حاكم على استصحاب الإباحة الحاصلة للآخذ قبل رجوع المعطي.

إلى هنا كلام الشيخ.

فأقول:

إن ما ذكره بناءً على القول بالملك تام، لكن كلامه بناءً على القول بالإباحة مجمل جداً، بل الإنصاف عدم خلوه من الإشكال، لأن الإباحة في المعاطاة على أنحاء:

١ - الإباحة المالكية المقصودة للمتعاطيين، وهو مختار صاحب

الجواهر.

٢ - المعاطاة المقصود بها الملك، لم يعتبر الشارع فيها الملكية واعتبر

الإباحة المالكية الضمنية الحاصلة ضمن التملك المقصود.

٣ - المعاطاة بعنوان التملك، وكان الرضا تملكاً ولم يكن هناك رضا

بالإباحة في الضمن، والشارع لم يمض هذا الرضا، وإذا سقط التملك لعدم اعتبار الشارع، سقط الرضا تبعاً له، إلا أن الشارع قد اعتبر الإباحة، فهي إباحة شرعية تعبدية محضة، فكأن الشارع يقول: من أعطى ماله إلى غيره بقصد التملك، فهذا الإعطاء عندي سبب لترخيصه في التصرف، وإن كان تصرفه على خلاف رضا المالك، نظير المعاملة الفاسدة، حيث أن الشارع لم يعتبر الملكية في العقد الفاسد، ولا يوجد هناك رضا من المالك بالتصرف، لكن يوجد في المعاطاة هكذا تعبد من الشارع.

فإن كانت الإباحة من قبيل الأول، فللمعطي الرجوع، لقاعدة السلطنة، لأن الشيء باق على ملكه ولم يقصد هو التملك ولا جاء من قبل الشارع ملكية تعبدية، وحيثنذ، لا معنى لأن يجمع الشيخ بين القاعدة والاستصحاب، لأن مقتضى القاعدة كون المال مالاً له، ولا شك في بقاء الملكية، مضافاً إلى أنه مع وجود الدليل لا مجال للأصل، كما أن استصحاب الإباحة أيضاً لا معنى له، حتى يكون ذاك حاكماً عليه، لأنه قد أباح ثم رجع. وإن كانت الإباحة ضمنية حاصلة من المالك وقد اعتبرها الشارع، فإنه - وإن زعم أن المال خارج عن ملكيته - لا يزال المال في ملكه بحكم الشارع، فالإضافة الملكية موجودة وعلى أساسها تجري قاعدة السلطنة، وله الرجوع، فلا تصل النوبة إلى استصحاب السلطنة السابقة، ولا تجري أصالة الإباحة حتى يكون محكوماً.

وإن كانت الإباحة شرعية تعبدية - بأن يقول: إنه وإن لم يملك المتعاطيان المالين، ولا رضا منهما بالتصرف أصلاً، فهما متعبدان بإباحة التصرف فيما أخذه - فإنه يستصحب بقاؤهما بعد المعاطاة ورجوع المالك، لأنه يشك في أنه بالرجوع قد ارتفعت بالإباحة الشرعية أولاً؟ فالأصل بقاؤها، وهذا الأصل لا يمكن أن يكون محكوماً. نعم، قاعدة السلطنة محفوظة، فله التصرف في ماله، كأن يبيعه مثلاً فيرتفع الموضوع، لكن مادام هو موجوداً فالشارع تعبد بجواز التصرف للأخذ، وكلما يقول: لست براض بتصرفاتك، لم يكن مؤثراً، لأنها إباحة شرعية لا مالكية، والمالكية هي التي ترتفع بالرجوع.

فإذن، ليس هناك منافاة بين قاعدة السلطنة واستصحاب بقاء الإباحة، فضلاً عن أن يوجد التنافي بين استصحابهما فيقال بتقدم ذلك على

هذا بالحكومة.

وعلى فرض جريان استصحاب السلطنة، فإنه يفيد لأن يتصرف المالك في ملكه التصرفات الناقلة أو المتلفة، وأمّا مادام المال موجوداً، فالحكم بالإباحة الشرعية موجود، ومع الشك في بقائه يستصحب.

تلف العوضين

قوله:

إذا عرفت هذا، فاعلم: أن تلف العوضين ملزم إجماعاً - على الظاهر المصرح به في بعض العباثر. أمّا على القول بالإباحة فواضح، لأنّ تلفه من مال مالكه، ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه. وتوهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجي.

أقول:

توضيح كلامه وتقريب مرامه هو: إن سبب الضمان إمّا الإتلاف أو اليد، أمّا قاعدة الإتلاف - من أتلف مال الغير فهو له ضامن - فمصطادة من موارد عديدة من الشريعة، لكن كلّ قاعدة مصطادة كذلك، فلا بدّ وأن يكون لها جهة يشترك فيها جميع الموارد، والجامع بينهما هنا هو عدم وجود الإباحة الشرعية، فلو كان الإتلاف من ناحية الإباحة، فلا ضمان، فالإتلاف الذي هو سبب الضمان يكون حيث لا إباحة، والمفروض هنا وجود إباحة التصرف شرعاً، فلا تجري القاعدة.

وأما قاعدة اليد - على اليد ما أخذت حتى تؤدّي - فهي موجبة للضمان عند التلف، فيما لو كان الإنسان مخاطباً برّد العين حال وجودها، والمتعاطيان لم يكونا مكلفين بالأداء، فهما في حال التلف ليسا بمكلفين

بأداء المثل أو القيمة. ولذا قال الشيخ: لأن تلفه من مال مالكة ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه.

لكن يرد عليه:

أولاً: قوله على الإباحة.

فإن القول بالإباحة - وهو قول المشهور - مبني على أن المعاطاة بيع فاسد، وسيأتي أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فلماذا قال بعدم الضمان؟

وثانياً: قد تقدّم في الكلام على ما ذهب إليه كاشف الغطاء رحمه الله، من أن القول بإفادة المعاطاة للإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة - قول الشيخ: بأنه إذا تلف المأخوذ بالمعاطاة نستكشف الملكية قبله آنأماً، وعلى ما ذكره هناك، يكون التلف من كل منهما في ماله، فإذاً، لا موضوع للضمان. فما أفاده هنا ينافي كلامه هناك، ولا طريق للجمع بينهما.

نعم، لو قيل في البحث عن تلك القاعدة، بأن الإقدام على الضمان لا يكون سبباً لضمان المثل أو القيمة بتلف العوضين، كان لما ذكره وجه، لكنّه لا يقول بذلك.

قوله:

وأما على القول بالملك، فلما عرفت من أصالة اللزوم، والمتيقن من مخالفتها جواز تراذ العينين، وحيث ارتفع مورد التراذ امتنع....

أقول:

إن القدر المتيقن من الخروج من الأصل، هو صورة وجود العينين، وأما مع تلفهما فالقاعدة محكمة.

قال بهذا، والحال أن مسلكه أنه لو كان الحكم مترتباً على عام، ومتعلق

الحكم أمر زمني ولكن كانت حيثية الاستمرار الزمني فيه من ناحية الإطلاق، وبعبارة أخرى: الحكم متوجه إلى المتعلق الذي له استمرار في الزمان، وكان الزمان ظرفاً للمتعلق - لا مفرداً للحكم - فلو كان للمتعلق حكم في زمانٍ على خلاف حكم ذلك العام، فإنه مع الشك بعد ذلك الزمان لا يتمسك بالعام، فكيف يقول هنا بالتمسك بالعمومات؟

ولقد تعرضنا لهذا المطلب في بحثنا الأصولية، ولنا فيه مسلك خاص، توضيحه:

إنه لو قال: «أكرم العلماء» كان ظاهراً في إكرامهم في كل زمانٍ وبأنحاء الإكرام، لكن هذه الأنحاء غير مأخوذة في اللفظ، بل هذا الاستمرار مستفاد من الإطلاق، بخلاف ما لو قال: «أكرم العلماء في كل يوم»، فإن الحكم متوجه إلى أفراد الإكرام المتعددة بعد الأيام، فإكرام كل يوم متعلق للإيجاب، فإن قال بعد القول المذكور: «لا تكرم زيدا العالم في يوم الجمعة»، فقد أخرج يوم الجمعة وبقي وجوب إكرامه في سائر الأيام، لأن المفروض هو تعدد الإكرام، ولو شك في وجوب إكرامه في غير الجمعة، تمسك بالعام بلا كلام.

أما لو كان قوله: «لا تكرم زيدا العالم في يوم الجمعة» بعد قوله: «أكرم العلماء» وكان استمرار الإكرام من باب أن الزمان ظرف للإكرام، فإنه لا يتمسك بالعام لدى الشك في إكرامه عدا يوم الجمعة، لأن قوله: «يوم الجمعة» ليس مخصصاً للعموم الأزمني، إذ المفروض أن لا عموم أزمني، فلا محالة، يكون «لا تكرم» مخصصاً لـ «العلماء». فزيد يخرج من تحت العلماء يوم الجمعة، ولا يتمسك بوجوب الإكرام بالنسبة إلى يوم السبت مثلاً، بل يستصحب حكم يوم الجمعة.

هذا مسلك الشيخ رحمه الله، كما في التنبيه العاشر من تنبيهات

الاستصحاب^(١) وكذا في خيار الغبن^(٢).

وفيما نحن فيه، مقتضى الآية المباركة ﴿أَوْزُوا بِالْعُقُودِ﴾ هو الإستمرار الأزمانى لوجوب الوفاء، فإذا قام الدليل على جواز المعاطاة مع وجود العينين، كان مخصصاً للعموم ودالاً على عدم وجوب الوفاء في زمان وجود العينين، فتسقط حينئذ أصالة اللزوم، ويستصحب حكم المخصص، وإذا سقطت دلالة الآية، سقط غيرها من الأدلة بالأولوية، ولا مجال للإستصحاب، لأن الملكية السابقة كانت جائزة، واستصحاب بقاء هذه الملكية لا يفيد اللزوم.

لكن الحق - كما ذكرنا في الاصول - أن الزمان في الأدلة قيد للمتعلق، إذ الإكرام إنما يقع في الزمان، فإذا ورد عام وتعلق بحكم كآية الوفاء، كان ظاهراً في الإطلاق بحسب الأزمنة، والزمان ظرف للوفاء لا للحكم، وإنما ترفع اليد بقدر المخصص، وعليه، فالوفاء واجب إلا في ظرف وجود العينين.

فما ذهب إليه الشيخ هنا صحيح على هذا المسلك المحقق، لا على مسلكه فقهاً وأصولاً، وإن اختاره بعض مشايخنا، فإذا تم ما ذكرنا في الآية، كان جارياً في غيره من العمومات، لأن المخصص هو الإجماع، وهو دليل لبي يؤخذ منه بالقدر المتيقن، وهو حال وجود العوضين كما ذكر، والمرجع في غيره هو العمومات.

هذا، وقال المحقق الخراساني معلقاً^(٣) على قول الشيخ: والمتيقن من مخالفتها جواز تراذ العينين، ما ملخصه: أن المراد ليس انتقال العينين من

(١) فرائد الاصول: ٣٩٥ ط الحجریة.

(٢) المكاسب: ٢٤٣ ط الشهيدي.

(٣) حاشية المكاسب: ٢٢.

مكانٍ إلى آخر خارجاً، بل هو الترادف في الملكية، وهو عبارة أخرى عن حمل العقد، ولذا قال ابن إدريس: بأن المعاطاة يجوز فيها الفسخ. فالترادف ملكاً يرادف جواز الفسخ، وحينئذٍ يترتب عليه الرجوع إلى البدل.

وفيه:

أولاً: إن كان المراد هو الترادف في الملكية، فهل الموضوع ترادف طبيعيّ العوضين أو خصوصهما؟ إن كان الأول، فالإشكال وارد، لكن الموضوع لجواز الترادف هو العينان بوصف وجودهما الخارجي، وبمجرد التلف يرتفع موضوع الحكم وبارتفاعه يرتفع الحكم، وحينئذٍ تتحكم أدلة اللزوم.

وثانياً: أنا لو تنزلنا عن أن الموضوع مقيد بوصف الوجود، فلا أقل من الشك.

لكن لا يتوهم دخوله في القسم الثاني من استصحاب الكلّي، بأن يكون الجواز مردداً بين فردين، أحدهما زائل وهو الترادف المتصف بالوجود والآخر باق، وهو ترادف طبيعيّ العوضين، فيستصحب جواز الترادف الثابت قبل التلف، فيكون الحق ما ذكره المحقق الخراساني.

إذ فيه: إنه لا مانع من استصحاب الكلّي القسم الثاني في الموضوعات، لكنّه في الأحكام موقوف على إحراز الموضوع، لأن وحدة الموضوع في الاستصحاب شرط، لكن الموضوع مشكوك فيه، فلا يجري الاستصحاب، ومن هنا يمكن القول بأن الاستصحاب من القسم المذكور منحصر في الموضوعات.

قوله:

ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياريّ حتّى يستصحب بعد التلف، لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من

بقائه... بخلاف ما نحن فيه....

أقول:

إن معنى اللزوم بعد التلف هو أن لا يرجع إلى البذل من المثل أو القيمة،
وبيان ذلك:

أما على بالإباحة، فإن الإباحة على أربعة وجوه:

أما على ما ذهب إليه صاحب الجواهر، من أن المتعاطين يقصدان
الإباحة من أول الأمر، فلأنه إذا تلف العوضان، فهما تالفان في ملك المالك،
فلا تكون يد الآخذ يد ضمان حتى يضمن بعد التلف بالرجوع إلى البذل، بل
اللزوم حاصل.

وأما على ما ذهب إليه الشهيد الثاني - وتبعه المحقق الخراساني - من أن
المعاطاة تفيد الملك بشرط تلف العوضين، فإن كان بنحو الشرط المتأخر،
فإنه يستكشف منه حصول الملكية من أول الأمر وأن الإباحة كانت ظاهرة،
وإن كان بنحو الشرط المقارن، بأن تحصل الملكية مقارنة للتلف، فالإباحة
قبل التلف ثابتة بالدليل الخارجي، أو أن تسليط المعطي فيه إباحة مالكية
ضمنية، فإذا تلفت العين كان التلف واقعاً في ملكه، فلا موضوع للضمان.

وأما القول: بأن المتعاطين وإن قصدوا التملك لكن الشارع لم يضمنه
وأن البيع فاسد، إلا أن التسليط الودي الحاصل يفيد الإباحة المالكية الضمنية،
فالعين غير تالفة في ملك من كانت عنده، بل هي من مال المالك الأول، إلا أنه
لا ضمان، لعدم جريان قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، ووجه
عدم الجريان هو: إن تلك القاعدة إنما تجري حيث لا إباحة مالكية.

وأما على القول: بإفادة المعاطاة للإباحة بالتعبد الشرعي، بأن يكون
الشارع متعبداً بها بعد عدم إمضاء ما قصده من التملك، فلا ضمان كذلك،

لما أفاده الشيخ سابقاً من أن الإجماع على عدم الضمان يكشف عن أن الإباحة كانت إلى وقت ما قبل التلف، فإذا حصل تحققت الملكية، فيكون التلف في الملك، فلاموضوع للضمان، وعلى فرض عدم قبول ما ذكره، المبني على مقتضى الجمع بين الأدلة، أمكن القول بأن القاعدة المتقدمة غير جارية هنا كذلك، لأنها إنما تجري حيث لا إباحة مطلقاً، والمفروض في المقام وجود الإباحة الشرعية التعبدية.

وهذا كله بناءً على الإباحة.

وأما على الملك، بمعنى أن المعاطاة تفيد الملكية وقد أمضاها الشارع، فيكون كل واحد مالكا للعوض الذي يأخذه، مع جواز التراد، فقد ذكر الشيخ أن جوازه محدود بالإمكان، وهو حيث يكون العوضان موجودين، فعلى هذا، يصح التمسك بأصالة اللزوم، لأن القدر المتيقن خروجه هو حال وجود العوضين.

وقد أورد عليه بعض الأكابر بوجهين مهمين:

أحدهما: إن أصالة اللزوم مستندة إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» والمؤمنون عند شروطهم، لكن زمان وجود العوضين ظرف للحكم لا قيد، وقد قرّر الشيخ أن في مثله لا يتمسك بالعام بل يستصحب حكم الخاص، فالمرجع حينئذٍ استصحاب جواز التراد.

والثاني: إن المراد من الجواز في المعاطاة عبارة عن جواز الرجوع في العوضين، نظير رجوع الواهب في الهبة، فليس جواز التراد على نحو جواز الفسخ. هذا ما ذكره الشيخ. فيرد عليه: إن ذلك عبارة أخرى عن حل العقد وفسخه، إذ لا معنى لبقاء العقد بعد استرداد كل منهما ما أعطاه وإرجاعه إلى ملكه، ولازم انحلال العقد هو الرجوع إلى المثل أو القيمة، فلماذا لا يقول

الشيخ بذلك؟

أقول:

إن المعاطاة هي الإعطاء والأخذ، والتراذ عبارة عن الاسترجاع لما أعطي وأخذ، وجوازه حكم ثابت بالإجماع، فموضوع جواز التراذ هو استرداد العوضين إلى الملك، ولازم ذلك انحلال العقد، لأن جواز التراذ عين فسخ العقد وحله، ففرق بين فسخ العقد - كما في الخيار - ولازمه التراذ، وجواز التراذ الذي يكون فسخ العقد لازماً له، فهما متغايران متعاكسان. وإذا علمت هذا، فمن الواضح أن جواز التراذ للعوضين إنما يكون مع وجودهما، فإذا انتفيا فلا حكم بالجواز لعدم بقاء الحكم بعد ارتفاع الموضوع.

وعلى هذا، فلا مجال للبحث عن انحلال العقد، لأنه إنما كان على أثر جواز التراذ، وإذا امتنع فلا يبحاث عنه، حتى يقال بأن لازم الإنحلال هو الرجوع إلى المثل أو القيمة.

وبما ذكرنا ظهر: أن الشيخ لا يريد التمسك بالعموم، حتى يقال بأنه من التمسك بالعام بعد انقضاء زمان المخصص. فالإشكالان مندفعان.

تلف احدي العينين

قوله:

ومنه يعلم حكم ما لو تلف احدي العينين أو بعضها على القول بالملك.

أقول:

لأن القدر المتيقن من الجواز بناءً على الملك هو وجود العينين، لأن التراذ كان في صورة وجودهما بتمامهما، وأما مع تلف أحدهما أو بعضه،

فالمرجع عمومات اللزوم.

قوله:

وأما على القول بالإباحة، فقد استوجه بعض مشايخنا - وفاقاً لبعض معاصريه
تبعاً للممالك - أصالة عدم اللزوم، لأصالة بقاء سلطنة مالك....

أقول:

وجه القول بعدم اللزوم هو: إن كلاً منهما كان يجوز له التصرف بما في
يده، فلو تلف أحد العوضين فلا دليل على تملك الآخر، بل إن الذي تلف ما
كان بيده يحكم عليه بدفع البذل، عملاً بدليل السلطنة الثابتة للطرف المقابل.
قوله:

وفيه: أنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف أو قيمته....

أقول:

قال السيد: لا معارضة بين الأصل والدليل، بل الدليل مقدم.
لكنه غفلة عن كلام الشيخ، فقد تمسك بأصالة السلطنة لاقاعدتها، لأنه
بعد تلف إحدى العينين واحتمال كون العوض الموجود بيد الآخر ملكاً له،
فلا مجرى للقاعدة، لعدم إحراز كونه مالكا له، فصدق «أموالهم» عليه غير
معلوم، لكنه مجرى للاستصحاب، فيستصحب بقاء المال على الملكية
السابقة وترتب عليه السلطنة، وتكون ذمة من تلف بيده مشغولة بالبذل،
فلا يرد الإشكال، وما ذكره هو الصحيح.

إلا أنه يقع التعارض بين الاستصحاب وأصالة عدم اشتغال ذمة من تلف
عنده المال عن المثل والقيمة، فيتساقطان، ولا يبقى دليل للرجوع في العين
الموجودة.

ومما ذكرنا ظهر أن الصحيح هو التعبير بأصالة عدم اشتغال الذمة

لابراءتها، لأن أصالة البراءة أصل حكمي ولا يجري الأصل الحكمي مع وجود الأصل الموضوعي، لاسيما الاستصحاب، إلا أن يكون مراده ما ذكرناه.

قوله:

والتمسك بعموم على اليد هنا في غير محلّه، بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده، إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع، إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

أقول:

حاصله: إن الضمان إنما يكون فيما لو كانت اليد يد ضمان من أول الأمر، ولكنها ليست كذلك. وأيضاً، لو لم يرد صاحب المتاع الرجوع لأخذه فذمته غير مشغولة بالبدل، إنما يكون الإشتغال لو أراد الرجوع، وعلى هذا، فمعنى التمسك بالقاعدة هو أن يده على الثمن كانت يد ضمانٍ تعليلي، والقاعدة لا تفيد الضمان التعليلي أصلاً.

وتلخص: لزوم هذه المعاملة.

وقوله:

لكن يمكن أن يقال: إن أصالة بقاء السلطنة حاکمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة، مع أن ضمان التالف يبده معلوم، إلا أن الكلام في أن البدل هو البدل الحقيقي، أعني المثل أو القيمة أو البدل الجملي، أعني العين الموجودة، فلا أصل. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال... فتدبر.

أقول:

مراده تأييد ما ذهب إليه صاحب المسالك ومن تبعه، ودفع

المعارضة التي ذكرها: بأن أصالة السلطنة أصل سببي وأصالة البراءة أصل مسببي، والأصل السببي حاكم على المسببي، لأن مفاد أصالة السلطنة هو جواز الرجوع في المال، وعليه، فلما كنّا نعلم بأن مال أحد لا يذهب مجاناً، فلا محالة يكون بعد رجوعه في المال الموجود، ضامناً لمثل التالف أو قيمته للطرف المقابل، فثبوت اشتغال ذمة من تلف عنده المال لا يبغي مجالاً لجريان أصالة البراءة. هذا ما ذكره أولاً.

ثم قال: بأننا نعلم إجمالاً بأن صاحب المال ضامن، لأن المال الذي أتلفه لم يكن مجاناً، بل كان إباحةً بعوض، فهو ضامن إما للعين الموجودة وعليه دفعها للطرف ولا رجوع له فيها أو لمثل التالف أو قيمته. ومع هذا العلم الإجمالي لا يجري أصالة البراءة عن الضمان، فتكون أصالة السلطنة جاريةً بلا معارض.

أقول: لقد كان الأولى أن يقول: عندنا علم إجمالي بثبوت الضمان، فالأصلان - أصالة عدم اشتغال ذمته، بتسليم العين الموجودة، وأصالة عدم اشتغالها بالمثل أو القيمة - يتعارضان ويتساقطان.

ثم قال: إن صاحب العين التالفة له سلطنة على ماله الموجود بيد الطرف، ومقتضى عموم «الناس مسلطون» أن يكون له إرجاعه، والطرف المقابل المالك للثمن يرجع على من تلف عنده، بمقتضى عموم السلطنة، فيطالبه بالبدل بعد تلفه.

هذا تمام كلام الشيخ في المقام.

وفيما ذكره نظرٌ من جهات:

الأولى: الذي في المسالك أنه يقوّي اللزوم بصراحة، وأما عدمه، فقد احتمله احتمالاً، وهذا نصّ عبارته حيث قال: لو تلف أحدهما خاصةً، فقد

صرّح جماعة بالاكتفاء به في تحقق ملك الاخرى، نظراً إلى ما قدّمناه من جعل الباقي عوضاً عن التالف، لتراضيهما على ذلك، ويحتمل هنا العدم، التفاتاً إلى بقاء الملك وعموم: الناس مسلّطون على أموالهم. والأوّل أقوى، فإنّ من بيده المال فقد ظفر بمثل حقّه بإذن مستحقّه فيملكه، وإن كان مغايراً له في الجنس والوصف، لتراضيهما على ذلك^(١).

والثانية: لقد كان الأولى أن يتمسّكوا بقاعدة اليد فيقولوا: لا تجري البراءة ولا معارض لقاعدة السّلطنة، لأنّه من تعليق الحكم بموضوعه، لكنّ الأحكام -وضعيّة كانت أو تكليفيّة- معلّقة على ثبوت الموضوع، ومعنى: لو رجع ضمن، أنّه لو رجع انحلّ العقد، أي: إنه إن كان المال موجوداً أخذه وإن لم يكن موجوداً أخذ بدله، نظير رجوع ذي الخيار في زمنه على من تلف المال بيده بأخذ البديل، مع أن يده عند التلف لم تكن يد ضمان. وبعبارة اخرى: فإنّ معنى: على اليد ما أخذت... أنّه إن كانت العين موجودة وجب عليه أداؤها، وإلاّ وجب عليه أداء البديل عنها.

فيرد على الشيخ:

أولاً: اليد يد ضمان، لأن الإباحة كانت معوضة، فقلوه: «ليست يد ضمان» غير تام.

وثانياً: قوله: إنه لو رجع ضمن بالبديل، معناه: إنه إن رجع يكون الطرف ضامناً، ومعنى الرجوع هو الفسخ، فيأخذ العين إن كانت وإلاّ فبديلها، وكان الأولى أن يقال: أصالة السلطنة معتزدة بقاعدة اليد.

وعلى ما ذكرنا في تصحيح كلام الجماعة، فلا حاجة إلى الوجوه التي

(١) مسالك الأفهام ١/ ١٦٥ - ١٦٦ ط الحجرية.

أقامها الشيخ رحمه الله لتأييد ما ذهبوا إليه.

الثالثة: والوجوه هي:

١- إن أصالة بقاء السلطنة حاکمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة. وتقريبه: إن الشك في اشتغال ذمته وعدمه، مسبب عن أن يكون له حق الرجوع أو لا يكون، وقاعدة السلطنة تفيد أن له الرجوع، وإذا جرى الأصل في ناحية السبب لم يبق شك في اشتغال الذمة.

وفيه: عدم جريان الحكومة هنا، لأنها مشروطة بأن تكون السببية شرعية وهي هنا عقلية، بل الأصل هنا في الحقيقة مثبت، لأن أصالة السلطنة تثبت حق الرجوع، وإذا لا يكون مال الآخر مجاناً، فلازم السلطنة براءة الذمة. بل لو أردنا إحراز قانون الشك السببي والمسببي مع النظر إلى اللوازم، جاز أن يكون المورد بالعكس، بأن يكون الشك في الرجوع وعدمه مسبباً عن الشك في اشتغال الذمة بالبدل وعدمه، ويكون الحاكم استصحاب عدم الضمان.

٢- إن ضمان التالف ببذله معلوم، إلا أن الكلام في أن البدل هو....

فإنما يريد: أنا لما نعلم بالإجمال بالضمان، فلا أصل يعين ضمان البدل الجعلي وهو المسمى، أو البدل الحقيقي وهو المثل أو القيمة، حتى يجري أصالة عدم ضمان الآخر، فلا تجري البراءة عن المثل أو القيمة. أو يريد: إننا لما نعلم إجمالاً بالضمان، فإن أصالة عدم ضمان المسمى تتعارض مع أصالة عدم ضمان البدل الحقيقي، وإذا تساقطا، فلا أصل يكون معارضاً لأصالة السلطنة.

وفي كلا الوجهين إشكال، وإن كان ظاهر بيان السيد وروده على أحدهما فقط، لعدم جريان أصالة السلطنة على كل تقدير، لأن معنى جعل

الشارع البذل - وهو المسمى أي العين الموجودة - كونها بدلاً عن الملك التالف بيد الآخر، لأنه قبل التلف صار ملكاً لمن تلف، عنده آناءً، فتكون العين الموجودة ملكاً للطرف بحكم الشارع، وحينئذٍ، فقول الشيخ بالمعارضة - بين أصالة عدم جعل الشارع العين الموجودة بدلاً، وأصالة عدم اشتغال الذمة بالمثل والقيمة، وأنهما يتساقطان وتبقى أصالة السلطنة بلا معارض - فيه:

إننا قد ذكرنا سابقاً أن الأصل بقاء الملكية، والسلطنة من آثارها وأحكامها - وقد احتملنا أن يكون هذا مراد الشيخ من أصالة السلطنة - ومقتضى ذلك هو عدم كون هذا الموجود بدلاً مجعولاً من الشارع، لكن هذا الاستصحاب معارضٌ بأصالة عدم اشتغال الذمة بالمثل والقيمة، فيتساقطان، ولا يبقى موضوع لأصالة السلطنة.

وإن أريد من البذل الجعلي ما جعله المتعاطيان بدلاً، دار الأمر بين أن يكون الموجود بدلاً عن التالف أو يكون من تلف ما عنده مشغول الذمة بالمثل أو القيمة، وحينئذٍ نقول: إن بدلية هذا الموجود حاصلة من المتعاملين، والشارع قد أمضى ذلك، ومع الشك نستصحب بدلية العين الموجودة، ونستصحب أيضاً الحالة السابقة لجعل المثل والقيمة بدلاً، وهي عدم البدلية، فالأصل كون العين الموجودة بدلاً، والأصل عدم اشتغال الذمة بالقيمة والمثل، فالأصلان يجريان ولا منافاة بينهما.

ولو تعبدنا بكون العين الموجودة هي البذل، فلامعنى للسلطنة، لأنها لا تجري في الملك المضمون به.

وتلخص: إنه إن كان المراد جعل الشارع، فلا موضوع لأصالة السلطنة، وإن كان المراد جعل المتعاطيين، فلا مجرى لأصالة السلطنة.

فهذا الوجه لعدم اللزوم ساقط كذلك.

٣- إن عموم «الناس مسلطون على أموالهم» يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التالف بأخذه بدله الحقيقي وهو المثل أو القيمة. فتدبر.

أي: ومعه، لا مجال لجريان أصالة البراءة عن البذل، لأن القاعدة دليل اجتهادي حاكم عليها، ولا معارض للقاعدة، فلا لزوم.

وفيه: إن الموضوع في الحديث هو «أموالهم» وهذه الإضافة مالكية، وكل متلبس بالإضافة فهو ظاهر في الفعلية، ففقه الحديث هو كون الناس مسلطين على أموالهم التي هي أموالهم بالفعل، فيكون ظرف السلطنة هو ظرف الملكية، فلا يعقل أن يقال: بأن الإنسان مسلط الآن على ما كان مالا له سابقاً وهو تالف الآن، لأن الإضافة تنعدم بانعدام طرفها، والتالف ليس الآن مصداقاً لـ «أموالهم»، وأما كونه مسلطاً الآن على بدل التالف، فهذا معناه أن يكون الحكم محققاً لموضوعه، وهذا باطل.

إذن، لا وجه للتمسك بعموم قاعدة السلطنة لوجوب البذل، ولعله الوجه في الأمر بالتدبر.

والمختار: إن التلف مطلقاً مفيد للزوم، سواء على القول بالملك أو الإباحة، -إلا على قول صاحب الجواهر من قصدهما الإباحة من أول الأمر- لأن القدر المتيقن من دليل الجواز -وهو الإجماع- وجود العوضين. قوله:

ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطين....

أقول:

هذا الكلام مبني على عدم لزوم صدور الفعل من الطرفين في المعاطاة،

وهذا هو الصحيح.

وأيضاً: فإنه إن كان من عليه الدين هو المشتري، فذاك يوجب، والمشتري يأخذه يقبل، وما في الذمة هو الثمن، وإن كان العكس، بأن كان البائع هو الدين، فالمبيع ما في الذمة والذي يدفع خارجاً هو الثمن، فالمديون المشتري يعطي الثمن والبائع يأخذه والمبيع غير معطى، فإعطاء المديون الثمن قبول مقدّم وأخذ ذاك إيجاب، مؤخر، فقول الشيخ: لو كان أحد العوضين ديناً، يراعى فيه أمران: أحدهما كفاية الفعل من طرف واحد، والآخر كفاية القبول المقدّم والإيجاب المؤخر.

قوله:

فعلى القول بالملك، يملكه من في ذمته فيسقط عنه، والظاهر أنه في حكم التلف، لأن الساقط لا يعود.

أقول

كون الإنسان مالكا لما في ذمته غير ممكن، إلا أن يملكه فيسقط، نظير تملك الإنسان لأحد عموده أناماً وانعتاقه عليه، وهذا يبتني على أن البيع عبارة عن التملك، بأن يكون حقيقة البيع تملك العوضين، فإنه يملك أنا فيسقط، بمعنى أنه غير معقول حدوثاً وهو اعتبار عقلائي، وأما بقاء، فلا يعقل بل يسقط.

فيرد عليه الإشكال: بأنه لا يعقل أن يكون ثبوت الشيء علّة لسقوط نفسه؟

ولكن يمكن أن يقال: بأن لا حاجة إلى الإيراد بذلك، لأن البيع على من هو عليه إبراء وإسقاط، إذ السقوط بحكم التلف في إيجابه اللزوم من أول الأمر، فلا ملزم للقول بالملكية أناماً ليرد عليه ما تقدّم.

وقد علّل رحمه الله كون هذا السقوط في حكم التلف بأن: الساقط لا يعود، والسّر في ذلك هو: إن عود الشيء ملازم لوحده، ووحدته مبيّنة لتخلّل العدم، فإذا انعدم الشيء لم يكن العائد هو هو بل هو مثله.
قوله:

ويحتمل العود وهو ضعيف.

أقول:

قال السيّد: بل لا وجه له.

لكنّ الإنصاف أنه يمكن توجيهه بوجهين: بأن يقال بأن الذمّة عبارة عن عهدة الإنسان، وأي مانع من أن يعود إلى العهدة مرّة أخرى ما خرج عنها؟ أو لأنّ وجود الحنطة - مثلاً - في الذمّة اعتباري، وملكيّتها أيضاً اعتباري، فما كان وجوده وملكيّته اعتبارياً لم لا يكون عائداً اعتباراً كذلك؟ والبرهان الذي ذكرناه يختصّ بالامور التكوينيّة.

إذن يحتمل العود.

لكنّه ضعيف، لأنّ قوام العهدة مملوكيّة الحنطة، فإذا زالت المملوكيّة ارتفعت العهدة، فلا تكون العهدة أمراً منفصلاً عن مملوكيّة الحنطة، حتى يقال بخروج الحنطة عن العهدة ثم عودها إليها، فالوجه الأوّل ضعيف.
والوجه الثاني ضعيف كذلك، لأنّه إذا فرضنا قابليّة الشيء للعود، فإنّ صرف القابليّة لا يكفي دليلاً على إثباته، فإن كان المثبت للعود الاعتباري هو جواز المعاطاة، فهذا دور، وإن كان غير الجواز، فما هو؟ وعلى الجملة، فلا دليل مثبت له، ومجرّد الإمكان لا يكفي دليلاً.

وبعبارة أخرى: إنّ العهدة ليست بأمر ثابت كان فيه شيء فخرج عنه ثم عاد إليه، بل العهدة واعتبار الذمّة بمشغوليّتها بالدين، فإذا سقط الدين

فلا ثبوت للذمة والعهدة، لاحقيقة ولا اعتباراً.

فإن قلت: نعتبر ثبوت الدين بالفعل، فإنه بالفسخ يعود ويعتبر.
قلت: إن مفهوم العود هو أن يكون الشيء موجوداً فينتقل من مكان إلى آخر، فاعتبار العود ملازم لاعتبار البقاء، إذ لا يتحقق مفهوم العود إلا مع بقاء الشيء، وإلا كان حدوداً جديداً، فلا بد من أن يقال بأن الدين الساقط باق اعتباراً في ظرف السقوط ثم يعتبر عوده إلى الذمة، ولكن اعتباره باقياً في ظرف السقوط غير معقول.

فإن قلت: لِمَ لا يكون كما لو فسخ أو استقال؟
قلت: بعد الفسخ والإقالة تتحقق ملكية جديدة، لأنه تعود الملكية السابقة.

فإن قلت: لِمَ لا يكون ما نحن فيه كذلك؟

قلت: لا مانع، لكن لا دليل.

فإن قلت: الدليل جواز المعاطة.

قلت: إثبات إمكان العود بجواز المعاطة يستلزم الدور، لأن الجواز متوقف على هذا الإمكان، فإن ثبت الإمكان من ناحية الجواز فهذا دور.
فإن قلت: لم لا يجري الاستصحاب؟ إذ المعاطة كانت جائزة ونشك بسبب سقوط الدين في ارتفاع الجواز ولزوم المعاطة، فيستصحب الجواز، فيأخذ هذا العین الموجودة وذلك المماثل لما في الذمة.

قلت: أولاً: هذه المعاطة مشكوك في جوازها من أول الأمر، فلا حالة متيقنة سابقة. وثانياً: الجواز الذي كان - على تقديره - جواز رد الشيء إلى الملك، وما في الذمة ليس له وجود خارجي ليعود بعد السقوط.

قوله:

والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة. فافهم.

أقول:

يعني: إن إباحة الذين عبارة أخرى عن سقوطه، وإذا صدق السقوط كان بحكم التلف، والمقصود منها هو الإباحة الشرعية، فإن كان المراد إباحة الانتفاع فقط بالدين، فلامعنى للانتفاع بما في الذمة، وإن أراد إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك من البيع وغيره، فإن المفروض أنها إباحة، فلا مناص من الحكم ببطلان هذه المعاطاة.

أللهم إلا أن يقال: إن هذه الإباحة عبارة أخرى عن الإسقاط، كما قال المحقق الخراساني.

لكن هذا يحتاج إلى دليل.

وحينئذ، نبقي والأدلة الدالة على إباحة المعاطاة، فإنها تدل على ذلك في كل مورد ممكن، وما نحن فيه لا يمكن الإباحة فيه. فعلى القول بالإباحة لا مناص من البطلان. لكننا في سعة، لأننا نقول بإفادتها الملك.

نقل العينين أو احدهما؟

قوله:

ولو نقل العينان أو احدهما بعقد لازم، فهو كالتلف على القول بالملك، لامتناع التراد. وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة.

أقول

النقل إما يكون لأحدهما أو كليهما، وعلى كل إما بعقد لازم أو جائز،

وعلى الأول، فإن عادت العين بحدوث حق الفسخ - كما لو ظهر الغبن - أو بإقالة أو بإرث أو هبة أو ابتياع جديد أو بتقاص، وبالجمل، فالمراد العود الملكي، فما هو الحكم؟ وهل يجري الاستصحاب؟

إن حصل النقل بناقل لازم، فعلى القول بالملك - وكذا على الإباحة بناءً على قيام دليل يجوز له التصرف الناقل - فهل الحكم هو اللزوم، أو الجواز، بأن يجوز الرجوع وأخذ البدل، أو التفصيل بين ما لو باع - مثلاً - أحدهما فالجواز وما لو باع كلاهما فاللزوم؟

التحقيق: أنه إن كان النقل الحاصل نقلاً ملكياً مطلقاً، فإنه يلتزم على كلا القولين بالملكية آناءً، فيكون مالاً قبل النقل والعوض الآخر ملك لمن هو بيده، وإلا يلزم اجتماع العوض والمعوّض في ملك الواحد، ووجه اللزوم هو: انتفاء موضوع جواز تراذ العينين المملوكين، بالخروج عن الملكية بالنقل اللازم.

فإن قلت: المراد من الجواز في المعاطاة أن يثبت لكل منهما الحق في استرجاع العين، فيكون النقل بمنزلة جعل الخيار للأجنبي. وبعبارة أخرى: إنه إذا نقل العين المتعلقة بها حق للغير فقد باع ملكاً غير طلق، فالجواز مانع عن تحقق موضوع العقد اللازم.

قلت: إن الجواز - والإباحة - في المعاطاة حكم وليس بحق، فالمراد منه جواز التراذ بحكم الشارع، فليست العين متعلقة لحق الغير حتى لا تكون طلقاً.

قوله:

ولو عادت العين بفسخ، ففي جواز التراذ على القول بالملك لإمكانه، فيستصحب، وعدمه لأن المتيقن من التراذ هو المحقق قبل خروج العين عن ملك

مالكه، وجهان، أجودهما ذلك.

أقول:

أما لو عادت العين بابتياح ونحوه، فمن الواضح عدم جواز التراد، لأنها ملكية جديدة بسبب جديد ولا يربط لها بالمعاطاة، لأن العين التي كانت موضوع الجواز هي التي تملك بالمعاطاة، وأما لو عادت بفسخ كخيار الغبن أو الإقالة، فيمكن أن يقال: بأن الفسخ عبارة عن حل العقد، فالعوضان يرجعان إلى ما كانا عليه من الملكية الأولى، ويكون الداخل في الملك بعد الخروج كأن لم يخرج، ويرد: أن الفسخ إن كان مملكاً - كما عليه جمع - فهذا تملك جديد، نظير ما لو عادت بابتياح ونحوه، وآلا، فإن هذه الملكية ليست الأولى، لأن الملكية من الإضافات، وهي تشخص بطرفها، فبمجرد زوال الطرف تزول الإضافة، والذي قام الدليل على جواز التراد فيه هو الملكية الأولى، والمفروض زوالها، فالحكم هو اللزوم.

قوله:

فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

أقول:

قال السيد: لاشك في البقاء.

ويمكن تقريبه: بأن المعاطاة قد اقتضت جواز تراد العينين، ثم حصل المانع وهو النقل اللازم إلى الغير، فلما ارتفع المانع أثر المقتضي أثره. فأجاب الشيخ: بأن الموضوع في الحالة السابقة المتيقنة للجواز، والدليل عليه هو الإجماع، هو وجود العينين على الملكية الأولية، فلما عادت العينان فقد عادتا إلى ملكية مغايرة للملكية السابقة، ولأقل من الشك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب، والمقتضي غير باقي حتى يؤثر أثره

بعد ارتفاع المانع.

وبعبارة أخرى: هل الفسخ سبب للملكية الجديدة كما يقول المشهور أولاً بل إنَّما يؤثر في رجوع العقد إلى حالته السابقة؟ فعلى القول الأول، لا يجري الاستصحاب، وعلى القول الثاني يجري إنَّ أحرز الموضوع، والشيخ يقول بعدم إحرازه، وهذا هو الصحيح.
قوله:

وكذا على القول بالإباحة، لأنَّ التصرف الناقل يكشف....

أقول:

لأنَّ المباح له قد حصل له الملكية آنماً قبل وقوع الناقل الملمزم، وإذا فسخ فقد عاد إلى الملكية قبل النقل، ولادليل على كون هذه الملكية جائزة، فلما مجال لاستصحاب الجواز.

إلا أنَّ هنا شبهة هي: إنَّ هذه الإباحة كانت شرعية مع قصد هما الملكية، وهي إباحة معوضة، فهي من شئون المعاطاة، فيمكن استصحابها بعد الفسخ.

لكنَّها تندفع: بأنَّ جواز الترادُّ قد كان بما هما مباحان، وبعد التملك آنماً خرجا عن الجواز، فالموضوع غير محرز.
قوله:

نعم، لو قلنا: بأنَّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول وإنَّ كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترادُّ....

أقول:

ليس المراد: أنَّ الفسخ حلَّ العقد من أصله فالملكية من أول الأمر غير

حاصلة. وإن قيل بذلك، لأن الفسخ حله من حينه، فالملكيّة حاصلة. هذا أولاً.
 وثانياً: على فرض كونه من أصله، فليس بمعنى أنّه لم يكن له ملكاً
 حقيقةً من أول الأمر، وإنما هو تعبد، بمثابة أنه لم يكن بملك من الأول،
 فالملك حاصل حقيقةً، والتعبد من بعد بعدمه لا أثر له بالنسبة إلى ما تقدّم.
 وثالثاً: لو سلّمنا عدم الملكيّة من أول الأمر، كان لازمه أن نقول بأن
 الملكيّة كانت مشروطة بعدم مجئ الفسخ بعد ذلك، والشرط المتأخّر
 بلا وجه.

ورابعاً: لو كان معنى العبارة ذلك فقله «بارتفاعه» غير صحيح، لأنه
 عدم لارتفاع. وأيضاً: قوله «عاد الملك» لا معنى له، لكونه حيثنّذ باقياً في
 ملك المالك الأول.

فالمعنى المذكور مردود بما ذكرناه، وغير منسجم مع عباراته.
 بل يمكن أن يكون المراد: إن المباح له كان يجوز له البيع، فيكون
 إنشاؤه للبيع سبباً لأن يملك هو العين، ففي آن الإيجاب يكون مالكا للعين،
 والمشتري في آن القبول يتلقّى الملكيّة من المباح له المالك قبل آن القبول،
 ثم بعد الفسخ يرتفع السبب - وهو البيع - ويرتفع المسببان أي ملكيته هو
 وملكية المشتري، ويتحقّق جواز التراد.

وهل أنه مع ملكيته لما بيده بإيجابه البيع عليه، يبقى مالكا لما أباحه
 للطرف الآخر، وإنما يضمن له المثل أو القيمة للعين التي تملكها من جهة أن
 بيعها بمنزلة التلف، أو أنه بمجرد إيجابه للبيع والتملك يصير ذاك ملكاً
 للطرف الآخر؟ وجهان.

قوله:

وكذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرف

والإتلاف ويملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع.
أقول:

قد تقدّم هناك أنّ الذي يستظهر من جماعة - منهم قطب الدين والشهيد - في باب بيع الغاصب: أن تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والإذن في إتلافه، يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً وأنه يملك الثمن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازة هذا الشراء - قال الشيخ - ويظهر أيضاً من محكي المختلف....

وفيما نحن فيه: المباح له يجوز له أن يبيع مال الغير من دون وكالة أو إذن ويتملك الثمن، فلو فسخ العقد رجع الثمن إلى المشتري والمبيع إلى المالك الأول وجاز الترداد.

وحاصله: ثبوت جواز الترداد في هذين الوجهين.
قوله:

لكن الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.
أقول:

وهو كما قال، أما ضعف الوجه الأول، فلأنه بالفسخ يرتفع ملكية المشتري، ولا وجه لارتفاع ملكية المباح له البائع. وأما ضعف الوجه الثاني، فلأن الشيخ يرى اعتبار دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثلث.
قوله:

ولو كان الناقل عقدًا جائزاً، لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالترداد غير متحقق وتحصيله غير واجب.
أقول:

إنه لو كان لأحدهما الخيار بالذات، كخيار الحيوان - وثبوتة لكليهما

لالمشتري فقط غير بعيد - أو بالشرط، فإنه يسقط جواز التراد، لخروج الشيء بالبيع عن ملكه، لأن جواز التراد هو استرجاع المملوك بالتعاطي، فإذا باع ارتفع موضوع الجواز، وحيثئذ، لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيها ولا رجوعه بنفسه إلى عينه.

بل مقتضى الدقة أنه إذا أرجع البائع الملك إلى نفسه بالفسخ، فإنه لا يرجع جواز التراد، لأن هذه الملكية الحاصلة بالفسخ غير الملكية السابقة التي حصلت بالمعاطاة.

قوله:

وكذا على القول بالإباحة، لكون المعارضة كاشفة عن سبق الملك.

أقول:

إن العقد التمليكي الجائز الذي يوقعه، إنما هو بعد تملكه قبل العقد، فالمباح له قد تملك فباع، فلو رجع بالفسخ فلا دليل على جواز التراد حيثئذ، بل إن جواز التراد ساقط بسقوط موضوعه.

قوله:

نعم، لو كان غير معاوضة كالهبة، وقلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك... أتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى أو عودها....

أقول:

لو كان العقد الجائز لا بعقد معاوضة كالهبة، فقد خرج الشيء عن ملك المالك، لكن الشيخ يرى جواز التراد بأن هذه الهبة إنما وقعت في مال الغير - ولم يترك العين قبل الهبة - وللمالك حق الرجوع في الهبة، فإذا رجع عن الهبة لكون الشيء ملكاً له، تحقق موضوع التراد في الرجوع عن المعاطاة. هكذا نوضح كلام الشيخ، بأن يكون الرجوع في الهبة مقدماً للرجوع

في المعاطاة، لأن بالرجوع عن الهبة يتحقق التراد.

هذا، وقد تقدّم أن التراد ردّ كلّ منهما واسترداده في الملكية، فلا بدّ من المملوكيّة والتراّد من الطرفين، وهذا معقد الإجماع، فيتوجّه عليه: إن المالك ليس له حق الرجوع، لأن مقتضى الأدلّة أن الحق للواهب، فهل الواهب الذي له الحق مقيدّ بكونه مالكا؟ فهنا ليس لأحدهما الرجوع، وإن كان مطلق الواهب، فالمباح له هو الذي يرجع لا المالك، فما ذكره الشيخ غير تام.

اللّهم إلّا أن يقال: المستفاد من الأدلّة ثبوت حقّ الرجوع في الهبة للواهب المالك، ثم يدعى أن العلّة التامة لهذا الحق هو حيث المالكية لا حيث الواهبيّة، وإذا كان كذلك فللمالك الرجوع وإن لم يكن هو الواهب. ولا يخفى أنه تكلف وتعسف. هذا أولاً.

وثانياً: قوله أن يرجع المالك يتحقّق موضوع التراد.

فيه: إنه لما يرجع المالك عن الهبة التي وقعت من المباح له، فإن العين ترجع إلى المالك على ما ذكره رحمه الله، ولكن ما الدليل على عود الإباحة التعبدية الشرعية التي اعتبرها الشارع في المعاطاة؟ إن جواز التراد قد جعله الشارع في النقل والانتقال المعاطاتي، والحاصل بعد الهبة رجوع إلى الملكية.

وثالثاً: إذا وهب المباح له، كانت هبته صحيحة مؤثّرة في الملكية، وبذلك تخرج العين عن ملك المبيع، ولكن هل خرجت بالمجان أو بالعوض؟ إنّه لم يكن خروجه مجاناً، بل الواقع في مورد المعاطاة هو الإباحة الشرعية مع قصد هما الملك، فلو خرجت العين من يد المباح له بهبة إلى

الشخص الثالث، فقد خرجت من ملك المبيع، ودخل في ملكه عوضاً عنها ما كان بيده ملكاً للمباح له الواهب، لكون الواهب ضامناً بهبته مال المبيع بالمسمى والآ فبالمثل أو القيمة، وإذا أخذ المالك العوض لم يكن له استرداد العين الموهوبة إلى ملكه، والآ يلزم الجمع بين العوض والمعوّض، فجواز الرجوع محال.

وتلخص: أنه إن كان العقد الناقل جائزاً غير معاوضي، فالمعاطاة لازمة كالصورة السابقة.

لو باع الفضول العين؟

قوله:

ولو باع العين ثالث فضولاً، فأجاز المالك الأول على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً، كبيعته وسائر تصرفاته الناقلة.
أقول:

إنه بناءً على القول بالملك، لا إشكال في نفوذ إجازة المالك الثاني. أما إجازة الأول، فقال الشيخ: لم يبعد كونه رجوعاً كبيعته. أي: إنه لو رجع عن المعاطاة فأجاز فلا إشكال، لأنها إجازة في ملكه.

إنما الكلام فيما لو أجاز من دون رجوع سابق، فقد يقال: إجازته لغو، إذ كان له حق الرجوع في المعاطاة، والإجازة لبيع الفضول إنما هي من المالك، وهذا ليس بمالك الآن، نعم، له الرجوع فيما ملكه، لكن الرجوع شيء والإجازة شيء آخر.

قلت: إن كان الإشكال من هذه الناحية، أمكن الجواب: بأن المفروض كون هذا الشخص الذي له الرجوع ملتفتاً إلى أنه ليس بمالك حتى يجيز، فإذا

أجاز مع ذلك، دلت إجازته بالدلالة الالتزامية على الرجوع قبلها ووقوعها في ملكه.

بل الإشكال هو: أنه في بيع الفضول يعتبر الإجازة من المالك، وهذا الشخص بإجازته يريد الرجوع فيما ملكه، بإجازته محققة للرجوع وتملكه، فإن كانت الإجازة في نفس الوقت منفذة لبيع الفضول، لزم أن تؤثر الإجازة أثرين متناقضين، هما كونه رجوعاً وتملكاً، وكونه خروجاً للمال عن ملكه. وبعبارة أخرى: يلزم أن يكون الرجوع مفيداً لملكية نفسه وملكته المشتري من الفضول، وهذا غير ممكن، لأن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً في وقت واحد لمالكين اثنين.

لكن الشيخ جعل رجوعه كبيعه، والإنصاف هو الفرق، لأنه لو كان هو البائع، فإن كان بيعه بالإيجاب والقبول اللفظيين، كان الإيجاب منه محققاً لرجوعه وبقبول المشتري يتحقق البيع والملكية له، فهما ملكيتان في وقت واحد، أما في البيع بالمعاطاة، فيتوقف على الاسترجاع من الطرف والإعطاء للمشتري، بأن يكون الاسترجاع رجوعاً والإعطاء بيعاً، لكن الإجازة أمر واحد وليس بمرتب مثل البيع.

ويمكن الجواب: بأن أساس البحوث في المعاطاة هو الإنشاء، وهو يتحقق باللفظ أو الفعل، فإذن، لا أثر لتمليك الغير وإنشاء ملكيته للشيء في عالم الذهن، وعليه، فمن يجيز المعاملة بقصد الرجوع ولا يريد العيب واللغو، يكون دخول الشيء في ملكه مسبباً عن إرادته، وأما تمليكه الغير فمسبب عن إجازته، فهنا علتان ومعلولان، وقد تحققت في وقتين، فكان القصد أولاً ثم كان التمليك والإخراج عن الملك.

فإن قلت: الإرادة الباطنية لا أثر لها، بل لا بد من الكاشف، وهو

الإنشاء لا غير.

قلت: إنه لا بد من الكاشف كما أشرنا من قبل، لكن لا حاجة في الإجازة والرجوع ونحوهما إلى خصوص الإنشاء، بل يكفي الكاشف كيفما كان. وتلخص: أن الإجازة كاشفة عن الإرادة، وهي سبب الدخول في الملك، والإجازة سبب النقل إلى الغير، فلم يجتمع في آن واحد ضدان أو نقيضان.

فإن قلت: إن الإجازة متوقفة على مالكة المجيز، وهي متوقفة على رجوعه، فلو كانت الإجازة رجوعاً، لزم الدور. قلت: لا دور، لتعدد الحيثية، لأن كون الإجازة رجوعاً يتوقف على حيثية صدورهما، لكن المتوقف على الرجوع هو تأثيرها، فذاك التوقف من حيث الوجود وهذا من حيث التأثير.

وببقى الإشكال: بأن إرادة الرجوع تؤثر في عود الملك إلى المالك الأول، لوجود الكاشف، فمؤثرية الإرادة مشروطة بمجيئ الإجازة الكاشفة، فيكون الأثر في حين تحقق الشرط، فلا فعلية للرجوع إلا في زمان الإجازة، وزمانها هو زمان تأثير عقد الفضول، فيعود المحذور.

والجواب عنه - وهو دقيق - هو: إنه لا مانع من تأثير الشيء الواحد أثرين بنحو المعية في مقام التأثير، وفيما نحن فيه، إنما يرد الإشكال لو كانت الملكيتان متحققتين معاً في الوجود، لكن الإجازة تؤثر أولاً في ملكية المالك، وهي مقدمة بالتقدم الطبيعي على ملكية المشتري، لوضوح أن ملكية المالك شرط لملكيتها، فهي متأخرة عنها طبعاً.

قوله:

ولو أجاز المالك الثاني، نفذ بغير إشكال.

أقول:

نعم، لا إشكال فيه، وهو واضح.

قوله:

وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة.

أقول:

أما إجازة المبيع، فلا ريب في تأثيرها، لأنه المالك، والمفروض بقاء العين في ملكه وكونه مباحاً عند الطرف. وأما إجازة المباح له، ففيها الإشكال، لكونه مباحاً له التصرف، ولم يتصرف التصرف الناقل، ولا تؤثر الإجازة منه لعدم كونه مالكاً.

نعم، يمكن أن يقال: إن واقع التصرف من المجيز لا من المتصرف، لأن قوام البيع بالإجازة، وبعبارة أخرى: كما كان له إنشاء حقيقة البيع بلفظه، كذلك له إيجاد حقيقة البيع بالإجازة لبيع الفضول، فلا فرق بين الإجازة والإنشاء.

قوله:

ولكل منهما رده قبل إجازة الآخر.

أقول:

أما بناءً على القول بالملك، فلو رد المالك الثاني، فلا إشكال في تأثيره، لأنه قد ردّ بيعاً واقعاً في ملكه، وأما الأول، فلا يؤثر رده، لعدم كونه مالكاً. نعم، يمكن أن يقال: إنه لما يردّ، فهو ملتفت إلى أن الردّ إنما يؤثر مع حقّ الإجازة، والإجازة إنما تؤثر مع المالكية، وحيث إنّ ردّه، فلا بدّ من أنه برده قصد الرجوع عن المعاطاة وإعادة الملك إلى نفسه، ويكون رده مؤثراً، فإن تمّ هذا فهو، وإلا فلا وجه لتصحيح تأثير رده.

وأما بناءً على الإباحة، فردّ المبيع لإشكال فيه كما هو واضح، وأما ردّ المباح له، ففيه الإشكال المتقدم، إلا أن يقال: كما أن المباح له أن يتصرف بالتصرف البيعي، كذلك له أن يمنع الغير عن البيع ورفعه، لأن رفع البيع نحو من أنهاء التصرف، فإن تمّ هذا فهو وإلا فلا أثر لردّه.

قوله:

ولو رجع الأول فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفةً لغا الرجوع، ويحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ وتلغو الإجازة، وإن جعلناها ناقلةً لغت الإجازة قطعاً.

أقول:

للكشف أربعة أنحاء:

فتارة: حقيقي محض، حيث أن الفضول لمّا باع فقد أثر بيعه حين وقوعه، وليس للإجازة اللاحقة إلا الكاشفية عن مؤثرية بيع الفضول، وحينئذٍ، فلا فائدة في الردّ والرجوع، لأنه إنّما يؤثر في حال بقاء الملك على ملكه، والمفروض تأثير البيع وخروج الملك عن ملك المالك ودخوله في ملك المشتري، بل يكون الرجوع رجوعاً في ملك الغير، لأن موضوعه هو ملك المتعاطيين، فالردّ لغو والإجازة تؤثر في الكاشفية، فما أفاده الشيخ متين جداً.

وأخرى: أن تكون الإجازة المتأخّرة في مؤثّرة في صحّة عقد الفضول، بأن تكون الإجازة المتأخّرة شرطاً للصحة، سواء قلنا بأن المتأخّر بما هو متأخّر شرط، أو قلنا بأن الشرط هو التعقّب، على ما سيأتي في محله إن شاء الله.

وثالثة: الكشف الحكمي، بمعنى أن لا أثر للعقد في حينه، غير أن الشارع

قد تعبدنا بترتيب آثار الملكية من حين العقد بعد الإجازة.

ورابعة: هو الكشف الانقلابي، فإنه من حين الإجازة يعتبر الملكية من أول الأمر.

أما على القول بكون الكشف بنحو الشرط المتأخر أو الكشف الحكمي أو الانقلابي، فإن اللازم القول بلغوية إجازة الثاني وأن الرجوع مؤثر، فإنه في الشرط المتأخر ما لم يتحقق الشرط لا يحكم بتأثيره، فإذا رجع المالك الأول لم يبق مجالاً لرجوع الثاني لعدم كونه مالكاً. وإن قلنا بأنه حكمي أو انقلابي فبالأولوية، لأنه ما لم يجز فلا أثر للعقد، فإذا جازت حكم الشارع أو انقلب، والمفروض أن المتعاطي قد رجع، وعليه، فالمجيز غير مالك ولا أثر لإجازة غيره.

هذا كله بناءً على الملك.

وأما بناءً على الإباحة - وإن قصدا التمليك - فبإباحة ثالثة فضولة المال المباح، فإن رجع المبيع في المعاطاة وأجاز المباح له، أثر الرجوع ولا أثر للإجازة، لأنه بالرجوع قد خرج المال من تحت سلطنة المباح له، وهذا بناءً على الكشف الحقيقي واضح، وأما بناءً على النقل، فالإجازة لاغية. وكذا بناءً على الكشف بنحو الشرط المتأخر أو الكشف الحكمي أو الانقلابي.

لو امتزجت العينان أو احدهما

قوله:

ولو امتزجت العينان أو احدهما، سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد، ويحتمل الشركة وهو ضعيف. أما على القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج....

أقول: لابد من تقديم أمور:

الأول: المقصود من الامتزاج هنا أن تكون الصور النوعية للأجزاء محفوظة ولا يختلط بعضها ببعض بسبب الامتزاج، وأن لا يكون الامتزاج سبباً لاستهلاك الأجزاء بحسب الحمل الشائع المتعارف.

والثاني: الامتزاج يقع تارةً بين العينين، وأخرى: بين ما أخذه وسائر أمواله، وثالثة: بين المأخوذ وملك شخص ثالث، ورابعة: بينه وبين سائر أموال المعطي.

وس يظهر عدم امكان المساعدة مع الشيخ في أكثر الصور.

والثالث: إذا وقع الامتزاج بين العينين، فهما شريكان على القول بالملك والقول بالإباحة، وعلى تقدير أن يمتزج ما كان في يد أحدهما مع مالٍ لثالث، فصاحب المال الممتزج شريك معه على القولين. وأما لو امتزج ما بيد الآخذ مع سائر أمواله، فلا شركة بناءً على الملك كما هو واضح، وبناءً على الإباحة، فالشركة حاصلة. نعم، لو رجع المعطي، فهل تحصل الشركة أولاً؟ فذاك بحث آخر. وعلى العكس فالعكس، فإنه لو امتزج ما في يد الآخذ مع سائر أموال المعطي فلا شركة بناءً على الإباحة، وبناءً على الملك فالشركة.

والرابع: قد اختلفت الأنظار في حقيقة الشركة، هل هي الملكية الواحدة لمالكين مثلاً، فالملكية الواحدة قائمة باثنين، لكون الملكية من الأمور الاعتبارية، فتقبل القيام بأكثر من واحد، وأما على القول بكونها من مقولة الجدة أو الإضافة كما توهم، فلا يعقل قيامها بموضوعين.

وهذا قول المشهور.

أو أنها ملكيتان والمملوك واحد، فلكل منهما ملكية ناقصة بالنسبة إلى

المملوك الواحد، فإن حصل الإفراز، فلكلّ الملكية التامة. وهذا قول آخر. والمشهور على أنّ حقيقة الشركة هي: أن الشيء الواحد في حدّ نفسه قابلٌ للانقسام بحسب الكسور، فالملكيّة واحدة والمالك متعدّد وكذا المملوك وهو الكسور، فكان للملكيّة سنخين، استقلاليّة وإشاعيّة. والخامس: الشركة الإشاعيّة تارة: هي كذلك من أوّل الأمر، كما لو ورث جماعة المال الواحد، وأخرى: تحصل الشركة بالامتزاج. وعلى الثاني: فوجهان، إذ يحتمل أن تبقى الأجزاء الواقعيّة على ملك صاحبها إلا أن الامتياز بينها في الخارج غير ممكن، أو أنها - كما عليه المشهور - تخرج عن الملكيّة الاستقلاليّة وتصير كلّها إشاعيّة؟

والسادس: إن مورد الكلام المتعاطيان اللذان قصدا الملك، وقد قلنا بأن مقتضى العمومات كونه بيعاً ولازماً، وأنّ القول بالإباحة والملك الجائز خلاف ما تدلّ عليه العمومات والإطلاقات. وعليه، فعندنا أصلان أحدهما أصالة الملك والآخر أصالة اللزوم، وهما المرجع في كلّ ما كان خارجاً عن القدر المتيقّن من دليل الإباحة أو الجواز وبعد:

لقد كان لكلّ من المتعاطيين ملك انفرادي استقلالي متعيّن في الخارج، والقدر المتيقّن من جواز الترادّ أن يرجع العينان على ما كانا عليه من الأوصاف والملكيّة، ولكن قد تغيّر الوصف بالامتزاج، وتبدّلت الملكيّة الاستقلاليّة إلى الاشتراكيّة، فإذن: يمتنع الترادّ....

وأما على القول بالإباحة، فقد قال الشيخ ببقاء أصالة السلطنة، وظاهره ثبوت الشركة في جميع الصّور الأربعة.

ولكنّ التحقيق: ثبوت الإباحة - على القول بها - فيما لو بقيت العينان

على ما هما عليه، ومع الامتزاج لابقاء كذلك، فالمرجع الأصلان المذكوران،
إلا في صورة امتزاج المأخوذ بمال المعطي، فيمكن الموافقة مع الشيخ فيها
فقط.

لو وقع التصرف المغير في العين؟

قوله:

ولو تصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة، كطحن الحنطة وفصل الشوب،
فلا لزوم على القول بالإباحة، وعلى القول بالملك، ففي اللزوم وجهان....
أقول:

إن الشيء غير تالف، والصورة النوعية محفوظة، والمال موجود عنده،
غير أن هيئة الشيء قد تغيرت، فعلى القول بالإباحة يجوز الرجوع، وعلى
القول بالملك، ففي اللزوم وجهان....

يعني: إن جواز التراد كان ثابتاً قبل التصرف المغير، فيقع الشك على أثر
التغير في بقاءه، فهل يجري الاستصحاب أولاً؟ وقد ذكر الشيخ: منشأ
الإشكال: أن الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي.

وقد حكى الشهيد الثاني عن بعض الأصحاب - فيما لو صبغ الثوب أو
فصل - القول باللزوم، لامتناع التراد بسبب الأثر المتجدد.

فأقول: لو ملك الإنسان شيئاً بسبب من الأسباب، ثم تصرف فيه تصرفاً
يوجب إزدياد قيمته، فلو كان للمالك الأول خياراً وأخذ به، أو كان هبةً فرجع،
فإنه يكون شريكاً في المالكة، كما عليه جماعة كالمحقق، وقيل باحتمال
الشركة في العين.

أما بناءً على أن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة، فإن التغيير إن سبب ازدياد

القيمة، حصلت الشركة في المالية، ولا تراذ حينئذٍ، سواء كانت الشركة في المالية أو العين، وإن سبب النقص في القيمة كان مضموناً، لأن المعاطاة كانت بنحو التضمين في التصرفات ضماناً بالمسمى.

وأما بناءً على الإباحة، ففي إزدياد القيمة، الشركة، وفي نقصانها، الإباحة بالضمان كذلك.

وعلى كل تقدير، فالعوضان غير باقيين على ما هما عليه، وقد تقدّم أن مقتضى العمومات والإطلاقات أن هذا بيع عرفي، غير أن الإجماع قد قام على الجواز أو الإباحة، إلا أنه دليل منفصل مجمل، والقدر المتيقن منه صورة بقاء العوضين بعينهما، والمفروض عدمه، وعليه، فلا إباحة أو ملك جائز، ويدل عليه ما رواه جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام:

«في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً. فقال عليه السلام: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ، يرجع بنقصان العين»^(١).

فما ذهب إليه بعض الأصحاب - كما حكى الشهيد الثاني - هو المختار. فسواء كان الموضوع حقيقياً أو عرفياً، لا يجري الاستصحاب بالنظر إلى العمومات. وبعبارة أخرى: لا تصل النوبة إلى الأصل مع وجود الدليل.

هل يورث جواز الرجوع؟

قوله:

ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الرقم: ٣.

الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت ويسقط بالإسقاط....
أقول:

لم يصرح بذلك من قبل، ولعله يريد قوله في مسألة لزوم بالتلف من أن جواز الرجوع من عوارض العوضين لا من عوارض العقد.
إن خيار الفسخ من الحقوق وله آثار، منها الانتقال بالإرث وقبوله للإسقاط، لكن جواز التراد حكم شرعي، فلا يقبل الإسقاط مطلقاً.
ولو قيل: بأن الرجوع في المعاطاة فسخ للعقد أيضاً، ولذا جاء في بعض العبارات في مسألة المعاطاة كلمة: يجوز الفسخ، فلم لا يكون الرجوع حقاً كذلك؟

قلنا: فرق بين حل العقد وفسخه بالخيار، وجواز تراد العوضين، فذاك يكون بالمطابقة، وهذا بالملازمة من جهة ارتفاع الموضوع به، فكلما كان الفسخ فيه بالمطابقة فهو حق، وكلما كان بالالتزام فهو حكم.
ولو شككنا في أن جواز الرجوع حكم أو حق، رجع الشك إلى حدوث آثار الحق، والأصل العدم.

فالحاصل: إن جواز الرجوع لا يورث بالموت ولا يسقط بالإسقاط مطلقاً، لأنه حكم، ولا يشمل النبوي: «ما كان للميت من ملك أو حق فهو لوارثه»^(١) ومع الشك، يستصحب عدم الانتقال وعدم السقوط بالإسقاط. وبالجمله، فإنه لو لم يكن حكماً، فإن آثار الحق لا ترتب عليه.
قوله:

بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، وعلى القول بالإباحة نظير

(١) رواه السيد الزيدي عن النبي صلى الله عليه وآله مرسلًا بلفظ «ما ترك الميت من مالي...» حاشية المكاسب

الرجوع في الطعام، بحيث ينافي الحكم فيه بالرضا الباطني....
أقول:

أما على القول بالملك، فكذلك. أما على القول بالإباحة، ففيما ذكر نظري:
أما أولاً: فلأن لازمه رجوع كل مال مأخوذ بالمعاطاة إلى صاحبه بموت
الآخذ، لأن المفروض كونه إباحة له، وقد مات، وليس هناك إباحة لورثته،
فالتنظير بإباحة الطعام في غير محله، وهو خلاف السيرة القطعية.

وأما ثانياً: فإن مفهوم الإناطة بالرضا الباطني عدم الإباحة مع الكراهة
الباطنية، وهذا عجيب جداً، لأن هذه إباحة قام الإجماع ونحوه على شرعيتها
أو أنها إباحة من المتعاطين في ضمن التملك منهما، فأمضاها الشارع دون
التمليك، فهي - على كل حال - إباحة تعبدية شرعية، ولا وجه لإناطتها
بالرضا الباطني، ولو شك، فإنها تستصحب.

فما ذكره سهو من قلمه قطعاً.

قوله:

فلو مات أحد المالكين لم يجرز لوارثه الرجوع....

أقول:

لأن جواز الرجوع حكم، والحكم لا يورث، ولو شك فالأصل عدمه،
كما لا جواز للرجوع في الطرف المقابل، بأن يرجع على الوارث، لأنه كان
يجوز له الرجوع على الآخذ بالمعاطاة لا على الوارث المالك بالإرث، ولو
شك، فالأصل عدم كذلك.

لكن مفهوم كلامه هو جواز رجوع الوارث، على القول بالإباحة.
وفيه: إنها كانت إباحة معاوضة، وقد تقدم أن كلاً من العيين مضمون
بما يقابله، فلو أراد الرجوع اعتبر بقاؤهما على ما هما عليه، والحال أنه

ليس كذلك.

ولامجال للتمسك بقاعدة السلطنة هنا، لما تقدّم من لزوم المعاطاة قبل الموت بالملكية آنأما.
فالحق: عدم جواز رجوع الوارث، على كلا القولين.

لو جنّ أحد المتعاطيين؟

قوله:

ولو جنّ أحدهما....

أقول:

وهذا أيضاً عجيب.

أما على القول بالملك، فإن الولي له حق التصرف في أموال المولى عليه، وقد تقدّم أن جواز الرجوع ليس من الأموال بل هو حكم شرعي.
وأما على القول بالإباحة، فيمكن تقريبه: بأن المال الذي بيد المجنون للطرف المقابل، فللولي الرجوع - من باب الغبطة - فيأخذ المال من الطرف ويسلمه ملكه الذي بيد المجنون.
فقوله «على القولين» لا يمكن المساعدة عليه.

القَنْبِيَةُ السَّابِعُ

قال الشيخ:

إن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاوضة بيعاً بعد التلّف أو معاوضة مستقلة....
أقول:

هل تجري الخيارات في المعاوضة؟

موضوع هذا التنبيه جريان الخيارات في المعاوضة وعدمه.
ولا يخفى: أن الخيار هو حلّ العقد، ونتيجته: رجوع كلّ من المالين إلى ملك صاحبه، وهذا المعنى موجود في المعاوضة قبل مجئ شيء من الملزمات، فهو تحصيل للحاصل.

ولا يتوهم، جواز اجتماع سببين من أسباب الخيار في المورد الواحد، بأن يجوز التراذّ والخيار معاً، وذلك: لوضوح الفرق بين البايين، فهناك النتيجة غير حاصلة، بخلاف ما نحن فيه، فإن جواز التراذّ موجود.

وما ذكره الشهيد الثاني مبنيّ على ما عليه المشهور من إفادة المعاوضة للإباحة، فللفقهاء فيها مسالك ثلاثة: أنها تفيد الملك الجائز، وأنها تفيد الإباحة وتلزم بالتلف ونحوه، وأنها بيع والملكيّة -منوطة بالتلف ونحوه، كما في الصّرف والسلم، وهذا ما احتمله الشهيد الثاني واختاره المحقق الخراساني، وربما يظهر من بعض كلمات الشيخ.

ويقابل هذه الأقوال: القول بأنها معاوضة مستقلة.

هذا، وقد قال الشهيد بالتفصيل:

أما خيار العيب والغبن، فأثبتهما، لأن أصالة السلامة في العوضين تقتضي عدم العيب، وأصالة التساوي بينهما تقتضي عدم الغبن، وهذان الأصلان جاريان في كل عقد من العقود.

وأما خيار الحيوان، مع تلف الثمن أو بعضه، فجريانه مشكل - أما مع تلف الحيوان، فلا خيار، بل المعاملة باطلة، لأن كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممن لا خيار له -، إذ يحتمل أن تكون معاملةً مستقلةً أو بيعاً مع الخيار، وعلى الخيار، فهل هو من حين المعاطاة أو التلف؟

قال: اللهم إلا أن يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه.

أي: فيكون نظير بيع الصرف، حيث الإنشاء جزء السبب والقبض في المجلس تمامه.

وأما خيار المجلس فقال بأنه متنفذ.

ولعله من جهة أنه قبل التلف لم يكن بيع، وبعده لا مجلس.
قوله:

وكيف كان، فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع ولم يمضه إلا....
أقول:

إن من يرتب الأثر على التلف من الفقهاء لا يرتبه من باب أن المعاطاة بيع، بل هو بلحاظ أن الإمضاء الشرعي للبيع المعاطاتي ليس إلا بعد التلف.
ثم إنه ذكر المحكي عن الشهيد الأول من أنها معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة. أي بحسب حالتها المعاطاة، فهي ليست ببيع بل إباحة معوضة، فأورد عليه: بأنه كيف تحصل الملكية، بل عليكم أن تقولوا بأنها إباحة حصل لها اللزوم.

والتحقيق أن يقال:

بناءً على القول بالملك:

في خيار المجلس بناءً على الملك

أما خيار المجلس، فلو وقع التلف في المجلس، فالخيار ثابت، لأن التلف وإن كان يقتضي لزوم، لكن وقوعه في المجلس واقتترانه بخياره يقتضي الخيار.

ولا يخفى أن هذا مبني على اختصاص قاعدة «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له ويوجب بطلان البيع» بخيار الحيوان والشروط، إذ لا دليل على جريانها في غيرها من الخيارات، لعدم الزمان إلا فيهما، فلو جرى في خيار المجلس أيضاً انحلال العقد، ولم يبق بيع حتى يثبت فيه الخيار.

فإن قلت: إن المعاطاة تلزم بسبب التلف في المجلس ويرتفع جوازها، لكنه لزوم يفيد الخيار، فيلزم من وجوده عدمه.

قلت: إنه بالتلف يرتفع جواز الترداد وهو الجواز الحكمي، ويتحقق بارتفاعه الجواز الحقيقي، ولا مانع من الالتزام بذلك.

ولو وقع التلف بعد المجلس، فقبل التلف فلا خيار، لوجود الترداد، فهو تحصيل للحاصل، وبعده لا خيار لعدم المجلس.

في خيار الحيوان بناءً على الملك

وأما خيار الحيوان، فقد يكون التالف هو الثمن، قبل الثلاثة أيام من حين المعاطاة أو بعدها، وقد يكون هو الحيوان، قبلها أو بعدها.

فإن تلف الثمن عند البائع في الثلاثة أيام، فما دام لم يتلف فلا خيار، وإذا

تلف لزمت المعاملة بالنسبة إلى البائع وللمشتري الخيار، وإن تلف بعدها فلا خيار لهما، أما البائع، فواضح، وأما المشتري، فلمضي الثلاثة أيام. وإن تلف الحيوان، فلا خيار أصلاً، لأنه إن كان بعد الثلاثة فواضح، وإن كان فيها، فالعقد باطل، لأن تلف المبيع في زمن الخيار ممن لا خيار له، فخيار الحيوان ليس إلا في تلف الثمن في الثلاثة أيام، وهو للمشتري فقط.

في خيار العيب والغبن بناءً على الملك

وأما خيار العيب والغبن، فإن كان التلف قبل ظهورهما، فلا خيار أصلاً، وإن كان بعد ظهور العيب، فبناءً على عدم جريان القاعدة في خيار العيب كما هو المتسالم عليه، فلا خيار للردّ وإنما يثبت الخيار الأرشى، وأما خيار الغبن، فهو ثابت.

وأما خيار تأخير الثمن، فلا موضوع له في المعاطاة، كما لا يخفى. وأما خيار الشرط، فتارةً هو: خيار تخلف الشرط، كأن يشترط شرطاً في زمن معين فلا يتحقق، فهنا يثبت الخيار بعد التلف. وأخرى: يكون قد شرط خيار الفسخ إلى شهر مثلاً، فإنه إذا تلف في المدة بطل العقد ولا موضوع للخيار. ومما ذكرنا، يظهر الحكم في سائر الخيارات. وهذا كله بناءً على القول بالملك.

وأما بناءً على القول بالإباحة الشرعية وإن قصد البيع والتملك، فالتلف قد يكون سبباً لتحقيق البيع، وقد لا يكون وتبقى الإباحة:

في خيار المجلس بناءً على الإباحة

فأما خيار المجلس، فإن وقع التلف في المجلس لم يتحقق البيع شرعاً،

وإذا كان التلف محققاً للبيع ووقع بعد المجلس، فلا خيار لعدم المجلس. إلا أن يقال: المعاوضة لم تكن بيعاً وقد وقع التلف في المجلس، فزمان تحقق التلف هو زمان تحقق البيع، فالخيار ثابت.

في خيار الحيوان بناءً على الإباحة

وأما خيار الحيوان، فإن تلف الحيوان في الأيام الثلاثة وكان موجباً لتحقيق البيع، فهو يتحقق في آن التلف، وحيث إن ينحل العقد، لأن التلف في زمن الخيار، فيلزم من كونه بيعاً عدم كونه بيعاً، فلا يعقل ثبوت خيار الحيوان في هذه الصورة.

وأما بناءً على قول المشهور من أن المعاوضة تفيد الإباحة وتلزم وتحصل الملكية بالتلف ونحوه، فلا يثبت شيء من الخيارات، لأن المفروض أن المعاوضة ليست ببيع شرعي، والتلف ونحوه ليس ببيع بل هو سبب كسائر الأسباب من الإرث والحيازة وغيرهما.

وأما بناءً على قول الشيخ هنا، من أنها على القول بالإباحة بيع عرفي... فنقول:

إنه ما لم يتحقق التصرف أو التلف، فلا ملكية، وإذا تحقق أمضى الشارع بيعية المعاوضة، فيكون التلف الجزء الأخير للسبب التام، كما قال الشهيد الثاني، ففي آن التلف أو التصرف يتحقق البيع ويتم الموضوع لأحكامه، وعلى هذا: ففي خيار الحيوان لا بد من التفصيل بين المشتري والبائع، وبين أن يكون المتمم للسبب هو التلف أو التصرف. فلو تصرف البائع في الثمن أو تلف عنده، ففي ذلك الحين يتحقق البيع المعاوضاتي، وهو مبدء الثلاثة الأيام، فلو فسخ كان له بدل التالف.

وأما إذا وقع التصرف أو التلف في الحيوان، فلا بدّ من التفصيل، لأنه إن كان التلف، فلا يعقل تمامية المعاطاة به، لوقوعه في زمن الخيار، فيلزم من إثبات البيعة به عدم البيعة، لأنّ التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له، فلا يعقل حدوث الخيار بالتلف، وإن كان الواقع في الحيوان هو التصرف الملزم من المشتري، ففي آن التصرف يتحقّق المقتضي للخيار، ولكنّ خيار الحيوان يسقط بالتصرّف، للنصّ^(١)، فلا يمكن ثبوت الخيار بالتصرّف، لأنّه كلّما كان رافعاً لشيء فوجوده قبله مانع عن حدوثه.

وفي خيار المجلس، إنّ كانا في المجلس ولا تصرّف ولا تلف، فلا بيع حتّى يثبت الخيار، وإن وقع في المجلس شيء من ذلك، فلا ريب في ثبوته. ولو انقضى المجلس ثم اجتمعا في مكان ووقع التلف أو التصرف في حال اجتماعهما، أشكل ثبوت الخيار، لعدم انطباق أدلّة خيار المجلس على هذا الاجتماع.

في خيار الغبن والعيب على الإباحة

وفي خيار العيب، إنّ كان التلف أو التصرف قبل ظهوره أو بعده، فإنه بمجرد وقوع أحدهما يلزم البيع ولا رجوع، لكنّ يثبت الأرش. وفي خيار الغبن، إن كان وقوع التلف أو التصرف قبل ظهوره، فإنه يثبت الخيار بظهوره، وإن كان بعده، فلا خيار على القول بفوريته، وهو ثابت على القول بعدمها.

وأما بقية الخيارات، فالقاعدة الكلية هي: إن كلّ خيار كان التلف أو التصرف مسقطاً له، فلا حدوث له، وكلّ خيار لا يسقطه أحد الأمرين فالبيع محقق والخيار ثابت.

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ١٣، باب سقوط خيار المشتري بتصرفه في الحيوان.

التنبيه الثامن

هل العقد اللفظي الفاقد لبعض الشرائط المعتبرة - كالعربية والماضوية وغيرهما - حكمه حكم المعاملة المعاطاتية، بأن يكون مفيداً للملكية على القول بالملك والإباحة على القول بها، إلا أنه غير لازم، بناءً على أن المعاطاة غير لازمة، إلا إذا حصل شيء من الملزمات فيتحقق الضمان بالعوض المسمى؟

هل حكم العقد الفاقد لبعض الشرائط حكم المعاطاة؟

المحكى عن المحقق والشهيد الثانيين وغيرهما: أن القول الفاقد لبعض الشرائط معاطاة، ولعلهم يريدون أنه بمنزلة المعاطاة وحكمه حكمها، وعليه، فكيف يجمع بين هذا الكلام وما اتفقوا عليه من أن المعاملة الفاسدة لا يترتب عليها شيء ووجودها كالعدم؟

قال الشيخ:

فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي - كما قوينا سابقاً... فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً، وإن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقاً، أو بشرط تحقق قبض العين معه، أو لا يتحقق به مطلقاً؟

أقول:

ينبغي تقديم مقدمة فيها أمور:

الأول: إن اللزوم والجواز من عوارض العقد، وأما الشرائط المتعلقة بالعوضين أو المتعاقدين، فلا علاقة لها باللزوم والجواز، بل لها ربط بعالم

الصحة والفساد، ففقدان شرائط اللزوم أمر، وفقدان شرائط العوضين مثلاً أمر آخر، اللهم إلا أن يقال بكفاية الرضا المستكشف -ولو ضمناً- فيتعدى إلى المورد الفاقد لشرائط العوضين مثلاً.

وعلى الجملة، فإن موضوع البحث هنا هو العقد الفاقد لشرائط اللزوم، ولا دخل للأمور الأخرى في البحث.

والثاني: إن المعاوضة عبارة عن جعل العوضيّة، وجعل العوضيّة أمرٌ وجعل الرخصة في التصرف أمر آخر، والفرق بينهما واضح.

والثالث: التمليك وغيره من مضامين المعاملات أمور إرادية قصدية، لكن لا الإرادة الباطنية، ولا هي مع إبرازها في الخارج بأي نحو، بل هي إيجاد ما في الضمير في الخارج على النحو المعبر، المعبر عنه بالإنشاء، فهو يوجد مراده النفساني وينشؤه في الخارج، وعليه، فالمناط هو المراد النفساني والجاعل له النفس الناطقة الإنسانية، لكن مع الجعل خارجاً، فإن اعتبرنا اللفظ الخاص فهو، وإن قلنا بكفاية أي مبرز كان -كما عليه السيد رحمه الله- كفت المصافقة والكتابة والإشارة والإمضاء.

والرابع: المتعاملان، تارة: يقصدان التسبب إلى الاعتبار الشرعي للملكية واللزوم، وهما يعتقدان بأن العقد الفاقد الذي أو جداه سبب لما يعتبره الشارع، وأخرى: هما غير ملتفتين إلى السببية الشرعية وعدمها، أو هما جاهلان بما يراه الشارع سبباً. وأما أن يوجد عقدًا كذلك وينسبانه إلى الشارع مع العلم بعدم مشروعيته، فبعيد جداً.

والخامس: إن الإنشاء بالقول الفاقد لبعض الشرائط، تارة: غير متعقب بوصول العوضين وإيصالهما، فهذا لا أثر له إلا على قول الشهيد والمحقق، الثانيين من أن القول الفاقد لبعض الشرائط وإن لم يكن عقدًا لازماً إلا أنه

معاطاة، فيكون لمثله اقتضاء التأثير، ولكل من الطرفين أن يتصدى لأن يتناول ما تقاولا عليه، وحيثنذ يترتب عليه أحكام المعاطاة من الملزمات وغيرها، فلو نقل أحدهما الشيء قبل أن يتناوله بنقل لازم إلى ثالث لزمّت المعاملة. واخلرى: يتحقق الوصول مع تراضيهما من دون إيصالٍ منهما. وثالثة: يتحقق الوصول بغير رضا منهما، كأن يكون قهراً عليهما وإجباراً لهما.

ورابعة: يتعقب بالإيصال بعنوان الجري على مقتضى العقد. وخامسة: يتحقق إنشاء التمليك ثم يتعقبه الإقباض والإيصال بقصد التمليك عملاً، إحتياطاً أو تأكيداً للإنشاء القولي.

وسادسة: أن ينشئ العقد ثم يقبض الشيء بداعي الإذن في التصرف حتى لو كان العقد القولي فاسداً، مع علمه بفساد العقد أو جهله بذلك.

فالتصور ستة. نعم، تبقى صورة ما إذا تحقق الإيصال بلا عقد لفظي مطلقاً ولا معاطاة من الطرفين، كدخول الحمام ووضع الفلوس في كوز الحمامي، حيث لم يستبعد الشيخ أن يكون معاطاة، وسيأتي التحقيق فيها.

أما في صورة عدم الإيصال والوصول، فقد قال المحقق والشهيد الثانيان بكونه معاطاة. قال الأول: وإن كان غير ما قلناه يكون معاطاة^(١): أي: إن نفس العقد الفاقد للشرائط يكون معاطاة مع الرضا بالتصرف، حتى لو جاء وأخذ ولم يكن إعطاء من الطرفين أصلاً. وفيه:

أولاً: إن المعاطاة مفاعلة من العطاء، والمفروض عدم تحققه، فلذا عبرا بالمعاطاة، أللهم إلا أن يكون المراد أنه في حكم المعاطاة، كما ذكرنا.

وثانياً: الشرائط التي ذكرها هي الشرائط التي يذكرها الفقهاء للعقد المؤثر شرعاً، فلولم تكن الشرائط فلا ملكية ولا إباحة. أما الملكية، فلعدم الشرائط، وأما الإباحة، فلعدم الشرائط، وأما الإباحة، فلعدم التسليم الخارجي حتى يكون متضمناً للإباحة المالكية، فبأي وجه يكون ترتب حكم المعاطاة. وثالثاً: قوله مع الرضا بالتصرف. إن أراد الرضا الباطني، فلا دليل على تأثيره، اللهم إلا من باب شاهد الحال، لكن هذا لا ربط له بالمعاطاة لأنها معاوضة، بحيث لو تحقق شيء من الملزمات ثبت الضمان بالمسمى، أما الرضا الباطني المستكشف من شاهد الحال، فلا وجه لأن يكون معاطاة.

فالقول المذكور ساقط. اللهم إلا أن نتأوله بأن العقد الفاقد لبعض الشرائط تشمله العمومات، والمراد من الشرائط هي شرائط اللزوم، فإذا فقد بعضها أفاد العقد الملكية غير اللازمة، وهذا هو حكم المعاطاة. لكن مقتضى العمومات المستدل بها على المعاطاة هو الملكية اللازمة، سواء تحقق الإيصال والوصول أو لم يتحقق.

وأما إذا تحقق العقد اللفظي الفاقد لبعض الشرائط، ثم حصل الإعطاء بداعي التملك، إما تأكيداً للعقد اللفظي أو احتياطاً أو علم بأن الإنشاء اللفظي غير مؤثر، فهذا معاطاة بلا ريب.

وأما الإيصال بمقتضى الجري على المعاملة، أو الوصول بلا إيصال من الطرف بل قهراً عليه، ففي هاتين الصورتين قالوا: بالفساد، لعدم كونه مؤثراً في الملكية والإيصال لم يكن برضى مستقل، فهو لغو، والوصول القهري فاسد بالأولوية. قال الشيخ.

وهذان الوجهان مما لا اشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين. إلا أن ما ذهبوا إليه إنما يصح فيما إذا كانت الشرائط شرائط للصحة، وأما

على القول بكونها شرائط اللزوم، فالصحيح هو القول بحصول الملكية الجائزة في الصورة الأولى من الصورتين.
وأما الصورتان الباقيتان:

بأن ينشئ العقد ثم يعطي العوض عن رضا لكن لا بالرضا العاملي، ومن دون قصد إنشاء تمليك به، ومن دون أن يكون الإعطاء جرياً على العقد، بل يعطي بقطع النظر عن العقد، فهو راضٍ حتى لو بُعِثَ على فساد العقد.
أو بأن ينشئ العقد ثم يصل العوض وهو راضٍ بذلك.

فالمفروض أن العقد فاقد للشرائط ولا أثر له، والإيصال الحاصل لم يكن بقصد الإنشاء ولا جرياً على العقد، فإذن، لا يوجد الإنشاء لا قولاً ولا فعلاً، لكن المعاملة متقومة بالإنشاء كما هو معلوم، ومجرد الرضا لا يحقق المعاملة، فمقتضى القاعدة عدم تحققها.
قوله:

فإدخال هذا في المعاطاة يتوقف على أمرين: الأول: كفاية هذا الرضا المركز في النفس بل الرضا الشأني... الثاني: إنه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التمليك بالقبض... بل يكفي وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر... وفيه إشكال من أن ظاهر محل النزاع... ومن أن الظاهر أن عنوان التعاطي... وأن عمدة الدليل على ذلك هي السيرة....
أقول:

قد ذكر الشيخ في التنبيه الرابع أن مجرد الإباحة من المالك لا يكفي لجواز التصرفات المتوقفة على الملك، فليس للمالك إباحة جميعها، فهل يقصد فيما نحن فيه التصرفات المتوقفة على الملك أيضاً؟
إنه إن لم تكن التصرفات المذكورة جائزة، فهذا لا صلة له بالمعاطاة،

لأنَّ القائلين بإفادتها الإباحة يقولون بجوازها، وقد ذكرنا أن مقتضى التحقيق بناءً على هذا القول، أن تكون المعاطاة مفيدة للملكية بشرط التلف أو التصرفات، وكلام الشيخ ناظر إلى هذا. وعلى الجملة، فهم يقولون بجواز التصرفات وأن المعاطاة تلزم بحصول واحدٍ منها.

وإن كان راضياً بذلك، فقد ذكر الشيخ - في التنبيه السابع - أن الرضا لا يكون مشرعاً، وعليه، فلا أثر للرّضا أصلاً، فكيف يقول هنا في آخر كلامه:

هل يكفي وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا؟

فالمعيار في المعاطاة: وصول المالكين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف، وهذا ليس يبعد على القول بالإباحة.

اللهم إلّا في الموارد التي قامت السيرة عليها وتم استكشاف رأي المعصوم بتلك السيرة، فالمعاطاة متحققة فيها فقط، ولا يجوز التعدي عنها إلى غيرها، أخذاً بالقدر المتيقن من السيرة.

والحاصل: أن ما قال «ليس ببعيد» بعيد جداً.

وتحرير الكلام في المقام:

إنَّ المعاوضة بين المالكين: جعل أحدهما عوضاً عن الآخر في جهة، وأما الإباحة في مقابل الإباحة، فإنها معاوضة بين الإباحتين لا بين المالكين، وهذا إشكال آخر على كلام الشيخ رحمه الله، وقد تقدّم أن التملك أمر إراديّ ينشؤه الإنسان ويوجد في الخارج، ويسمى إنشاءً لكونه ناشئاً من النفس، فإذا أنشأ فقد جعل المعاوضة بين المالكين في الملكية، وعندنا أن هذا بيع عرفيٍّ والعمومات والإطلاقات شاملة له، وأما الشرائط، فلا دليل على دخلها في إفادة الملكية - بخلاف شرائط العوضين والمتعاقدين - وعليه، فلا وجه

للقول بفساد العقد الفاقد لبعض الشرائط، بل العقد صحيح، فإن كانت دخيلة في لزومه، فالعقد الفاقد لبعضها جائز غير لازم وحكمه حكم المعاطاة، وإن لم يكن لها دخل في اللزوم، فما أنشأه بالقول مع وجدان شرائط العوضين والمتعاقدين بيع لازم.

وعلى ما ذكرنا، فلا حاجة إلى الجمع بين كلمات المحقق والعلامة، وقول المحقق والشهيد الثانيين.

قوله:

وربما يجمع... فيقال:

أقول:

هذا الجمع من صاحب مفتاح الكرامة، وحاصله: إن من قال: بأن مثل هذه الصيغة حكمها حكم المعاطاة، قال بذلك فيما إذا كان الإقباض من باب الرضا المطلق، ومن قال: بأنه فاسد ولا يجوز التصرف في المأخوذ، قال بذلك فيما إذا أنشأ التمليك فاقدًا للشرائط وكان إقباضه جرياً على مقتضى العقد.

وبعبارة أخرى: إن كان رضاه منوطاً بالعقد، فلا أثر له، وإن لم يكن منوطاً به، كان مؤثراً ويحكم المعاطاة.

قوله:

المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن إلا إنشاء واحداً هو التمليك، ومن المعلوم أن هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك، والموجود بعده....

أقول:

هذا إشكال الشيخ على وجه الجمع المذكور.

وبيانٍ أوفى: إنَّ المفروض عندهم أنَّ الشرائط دخيلة في صَحَّة العقد، فلا أثر للعقد الفاقد لبعض الشرائط، لكنَّ إنحلال إنشاء التملك إلى إنشائين أحدهما التملك والآخر الرضا بالتصرف، غير معقول، على أن إنشاء الرضا بتصرف الغير فيما يملكه لغو.

وعلى الجملة، فإنَّ الانشاء أمر بسيط، وليس بمركب، والإقباض رضا بالتصرف، فإنَّ كان رضئ بفعل نفسه حيث أوصل مال الغير إلى صاحبه، فهذا باطل، وإنَّ كان إقباضه بقصد التملك، فهو معاطاة خارجية صحيحة قد اقترنت بعقد فاسد، ولا يضرُّ بها اقترانها به، وإنَّ كان إباحة في مقابل إباحة، فهذا ليس من المعاطاة في شيء ولا أثر له، كما تقدَّم في التنبيه الرابع، وإنَّ كان رضئ بالتصرف بشاهد الحال، فيترتب عليه آثار الإباحة المجانية ولا ربط له بالمعاطاة حتى تترتب عليه آثارها.

وتلخص: إنَّ العقد فاسد، ولا أثر للإقباض الحاصل بعده أصلاً.
وقال المحقق الخراساني: إنَّ الصيغة المفروضة وإنَّ لم تتضمن إلاَّ إنشاءً واحداً، والمفروض فسادها، للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلاَّ أنَّ الصحَّة والفساد لما كان من الأمور الإضافية كما أشرنا إليه في بعض الحواشي السابقة، كان فساد الصيغة المنشأ بها التملك بما هي عقد البيع، ولا يترتب عليها شيء ممَّا يكون من آثار العقد، من اللزوم وغيره، لا ينافي كونها معاطاة وداخلة في المسألة التي تكون معركة الآراء وصحيحة بما هو بيع عند بعض وإباحة عند آخر، إلى غير ذلك من الأقوال فيها، والحكم بضممان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزل على أنه حكم اقتضائي لافعلي، بمعنى أن قضية فساد ما هو عقد ذلك لو لم يجئ في البين الحكم بصحَّته بوجه آخر، أي بما هو بيع بغير العقد. وهذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر في

المقامين. فتفتن^(١).

وخلاصته: إن العقد الواقع فاسد من حيث العقديّة، وصحيح من حيث المعاطاتية، والضمان هو من باب الإقتضاء وعدم الضمان من حيث المعاطاتية. وما ذكره في غاية البعد عن كلام القوم، فإن حكمهم بالفساد مطلق لا حيثي، وقولهم بالضمان هو بالفعل لا بمجرد الإقتضاء.

وبعد، فقد ذكرنا سابقاً أن التملك أمر إرادي إلا أنه يؤثر إذا أنشأه، فإن قلنا في تحقق المعاطاة بكفاية إعطاء كل منهما ماله للآخر، فإن العقد اللفظي الفاقد للشرائط وإن كان فاسداً من حيث التأثير، إلا أنه يكفي لأن يكون مبرزاً للإرادة النفسانية للتمليك، فإذا تحقّق الإنشاء والإبراز لما في الضمير والتعاطي في الخارج، فقد تحققت المعاطاة، وهذا مراد المحقق والشهيد الثانيين، وحيث يكون الواقع معاطاة حقيقة لا بحكم المعاطاة كما تقدّم منا. وعلى الجملة، إنه لا يعتبر في المعاطاة آلية الفعل للإنشاء، بل المعتبر فيها أن تكون واجدةً للتعاطي والإنشاء، والمركّب منهما محقق للمعاطاة، والمفروض تحقّق الأمرين في هذه الصّورة، فالمعاطاة محقّقة.

والحاصل: إنه فاسدٌ إن لم يكن التعاطي بعد الإنشاء أو كان الوصول قهرياً، وهو صحيح إن كان جامعاً للشرائط وإن لم يكن إيصالاً. أمّا لو وقع العقد الفاسد لفقد بعض الشرائط ولكن تحقّق الإيصال بعده، فقد تحققت المعاطاة. وهكذا يتمّ الجمع بين القولين.

وهذا تمام الكلام في المعاطاة.

انتهى الجزء الأوّل وسيتلوه الجزء الثاني.

المحتويات

٥٠.....	مقدمة الكتاب.....
٢٧.....	البيع: معاملة إنشائية بين اثنين بنحو المعاوضة في الملكية.....
٢٨.....	قول الشيخ: وهو مبادلة مالٍ بمال.....
٢٩.....	إشكال المحقق الخراساني على الشيخ.....
٢٩.....	الردّ على الإشكال.....
٢٩.....	تحقيق المحقق الإصفهاني في معنى هيئة المفاعلة.....
٣٤.....	في هيئة التفاعل.....!
٣٧.....	إشكال آخر على المحقق الخراساني.....
٣٨.....	رأي المحقق الثاني في متعلّق المبادلة.....
٣٩.....	الإشكال عليه.....
٤٢.....	الكلام في المعوّض.....
٤٢.....	هل يختصّ المعوّض بالعين فلا يعمّ المنفعة؟.....
٤٢.....	إشكالٌ وجواب.....
٤٤.....	في المسألة قولان.....
٤٧.....	في المراد من العين.....
٥١.....	من أخبار استعمال البيع في نقل غير الأعيان.....

٥٥.....	الكلام في العوض
٥٥.....	المنفعة
٥٧.....	عمل الحر
٥٧.....	وجوه الإشكال
٥٩.....	الجواب
٦٣.....	الكلام في الحقوق
٦٤.....	دفع الاشكال عن كلام الشيخ
٦٥.....	الإشكالات الواردة
٦٦.....	حقيقة الحق والفرق بينه وبين الحكم والملك
٦٦.....	الحكم
٦٧.....	الحق
٧٠.....	هل يقبل الإسقاط والنقل؟
٧١.....	ما هو مقتضى الأصل؟
٧٣.....	أقسام الحق
٧٤.....	الأقوال الأخرى في حقيقة الحق
٨٠.....	الملك
٨٢.....	في حقيقة الملكية
٨٦.....	الكلام في تعريف البيع
٩١.....	تعريف الشيخ
٩١.....	الإشكال عليه
٩٣.....	رد الإشكال بعدم الشمول لبيع الدين على من هو عليه
٩٦.....	الإشكال بصدقه على الشراء
٩٧.....	الإشكال بانتفاضه بمستأجر العين بعين

- ١٠٠..... إنتفاض طرده بالصِّلح
- ١٠٢..... هل يشمل الهبة المعوضة؟
- ١٠٤..... كيفية إخراج القرض
- ١٠٩..... استعمال البيع في معانٍ أخر
- ١١٠..... الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الأول
- ١١٩..... الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الثاني
- ١٢٠..... الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الثالث
- ١٢٣..... هل البيع اسمٌ للصحيح؟
- ١٢٤..... الإشكال على الشهيدين
- ١٢٧..... وجه التمسك بالإطلاقات
- ١٣٥..... المعاطاة
- ١٣٧..... تعريف المعاطاة
- ١٣٩..... أقسام المعاطاة
- ١٤٥..... حكم البيع المعاطاتي
- ١٤٦..... رأي المحقق الثاني في تحرير محل النزاع
- ١٤٩..... رأي صاحب الجواهر
- ١٥١..... رأي الشيخ الأنصاري
- ١٥٢..... رأي المحقق الخراساني
- ١٥٣..... التحقيق في المقام
- ١٥٧..... هل المعاطاة على القول بالإباحة بيع؟
- ١٥٩..... الأقوال في المعاطاة
- ١٦٠..... المختار: حصول الملك
- ١٦٠..... الاستدلال بالسيرة

الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾.....	١٦٥
الاستدلال بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً...﴾.....	١٧١
الاستدلال بحديث السلطنة.....	١٧٤
الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.....	١٨٥
أدلة القول باعتبار الضيفة وأن المعاوضة لا تفيد الملك.....	١٨٧
كلام كاشف الغطاء والبحث حوله.....	١٩٠
القاعدة الأولى.....	١٩٠
النقض الأول.....	١٩٢
النقض الثاني.....	١٩٤
النقض الثالث.....	١٩٥
النقض الرابع.....	١٩٨
النقض الخامس.....	٢٠٠
القاعدة الثانية.....	٢٠٢
القاعدة الثالثة.....	٢٠٦
القاعدة الثالثة.....	٢١٢
القاعدة الرابعة.....	٢١٤
لزوم المعاوضة.....	٢٢١
الاستدلال للزوم بالأصل.....	٢٢٤
الاستدلال بحديث السلطنة.....	٢٣٨
الاستدلال برواية: لا يحل مال امرئ.....	٢٤٣
الاستدلال بالآية ﴿لَا تَأْكُلُوا...﴾.....	٢٤٦
الاستدلال بأدلة خيار المجلس.....	٢٥٠
الاستدلال بالآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.....	٢٥٠

- الاستدلال بالحديث: المؤمنون على شروطهم..... ٢٥٨
- في دعوى الإجماع على عدم اللزوم؟..... ٢٦١
- في دعوى السيرة على عدم اللزوم؟..... ٢٦٢
- الكلام في الرواية: إنما يحلّل الكلام..... ٢٦٥
- تنبيهات المعاطاة..... ٢٧٥
- التنبيه الأول..... ٢٧٧
- هل يعتبر في المعاطاة شرائط البيع؟..... ٢٧٩
- هل يجري حكم الرضا في المعاطاة؟..... ٢٨٣
- هل تجري أحكام الخيار في المعاطاة؟..... ٢٨٦
- التنبيه الثاني..... ٢٨٩
- بماذا يتحقق المعاطاة؟..... ٢٩٠
- التنبيه الثالث: في تميّز البائع من المشتري وتميّز العوضين..... ٢٩٥
- التنبيه الرابع: يتصوّر المعاطاة بحسب قصد المتعاطين على أربعة وجوه، والكلام عليها بالتفصيل..... ٣٠٣
- التنبيه الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود وعدمه..... ٣٣٠
- في النكاح؟..... ٣٣٠
- في الرهن؟..... ٣٣٢
- في الهبة؟..... ٣٣٤
- في الإجارة؟..... ٣٣٤
- في الوقف؟..... ٣٣٧
- التنبيه السادس: في ملزومات المعاطاة على كلّ من القول بالملك والقول بالإباحة..... ٣٣٨
- تلف العوضين..... ٣٤١
- تلف احدي العينين..... ٣٤٨

- نقل العينين أو أحدهما؟ ٣٥٩
- لو باع الفضول العين؟ ٣٦٧
- لو امتزجت العينان أو أحدهما ٣٧٢
- لو وقع التصرف المتغير في العين؟ ٣٧٥
- هل يورث جواز الرجوع؟ ٣٧٦
- لو جُنَّ أحد المتعاطيين؟ ٣٧٩
- التَّنبِيهُ السَّابِع: هل تجري الخيارات في المعاوضة؟ ٣٨٠
- في خيار المجلس بناءً على الملك ٣٨٢
- في خيار الحيوان بناءً على الملك ٣٨٢
- في خيار العيب والغبن بناءً على الملك ٣٨٣
- في خيار المجلس بناءً على الإباحة ٣٨٣
- في خيار الحيوان بناءً على الإباحة ٣٨٤
- في خيار الغبن والعيب على الإباحة ٣٨٥
- التَّنبِيهُ الثَّامِن: ٣٨٦
- هل حكم العقد الفاقد لبعض الشرائط حكم المعاوضة؟ ٣٨٦
- هل يكفي وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا؟ ٣٩١
- المحتويات ٣٩٥

كتاب البيع

من فوائده

القيمة الجيدة العظمى والرجوع إلى الفلك

للبيع الذي الكبر والبر الله العظمى

السيد محمد هادي الحسيني الميرزا

لله في كل يوم

الكتاب

تكملة

السيد علي الحسيني الميرزا

كتاب البيع

من إبحاث

الشيخ محمد باقر المجلسي

الشيخ محمد باقر المجلسي

السيد محمد هادي الحسيني الميرزا

الطبعة الأولى سنة ١٣٩٥ هـ

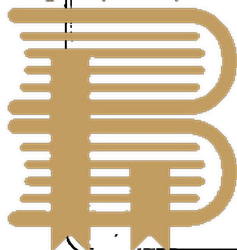
تقديم وشرح

السيد علي الحسيني الميرزا

المجلد الثاني

مركز البحوث الإسلامية

شبكة كتب الشيعة



shiaabooks.net

رابطه بديل < mktba.net

سرشناسه: حسینی میلانی، علی، ۱۳۲۷ --

عنوان قرارداد: کتاب البیع. شرح

عنوان و نام پدیدآور: کتاب البیع: من ابیحات الفقه

المحقق العظیم والاصولی الفذ المرجع الدینی الكبير
وآية الله العظمى السيد محمد هادی الحسيني الميلاني /

تقرير و شرح علی الحسینی الميلانی.

مشخصات نشر: قم: الحقائق، [۱۳] -

مشخصات ظاهري: ج.

شابک: ج. ۲: 978-600-5348-29-3

وضعیت فهرست نویسی: فیا

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی بر اساس جلد دوم: ۱۳۸۸.

یادداشت: ج. ۲ (چاپ اول: ۱۳۸۸).

یادداشت: کتابخانه.

موضوع: میلانی، محمد هادی. ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳. کتاب

البیع -- نقد و تفسیر

موضوع: خرید و فروش (فقه)

شناسه فهرست: میلانی، محمد هادی. ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳.

کتاب البیع. شرح

رده بندی کنگره: BP/۱۹۰/ک۹۲۱۸۲۰۲۱۸۸

شماره کتابشناسی ملی: ۸۵۲۴۳۹۱



✽ اسم کتاب: کتاب البیع - من أبحاث آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني / ج ۲

✽ تقرير و شرح: السيد علي الحسيني الميلاني

✽ نشر: الحقائق

✽ الطبعة: الأولى، ۱۴۳۱

✽ المطبعة: وفا - قم

✽ الكمية: ۱۰۰۰

✽ رد مک: ۳ - ۲۹ - ۵۳۴۸ - ۶۰۰ - ۹۷۸ 3 - 29 - 5348 - 600 - 978

حقوق الطبع محفوظة للمركز

عنوان المركز: قم، شارع صفائیه، فرع ۳۴، فرع ایرانی زاده، رقم ۳۲، الهاتف: ۷۷۳۹۹۶۸ - ۰۲۵۱ الفاکس: ۷۷۴۲۲۱۲ - ۰۲۵۱

عنوان مرکز النشر: قم، شارع صفائیه، مقابل صندوق قرض الحسنه دکتر تبلیغات، الهاتف: ۷۸۳۷۳۲۰ - ۰۲۵۱
عنوان مرکز التوزيع في مشهد: شارع الشهداء، خلف حديقة نادري (باغ نادري)، فرع الشهيد خوراکیان، بناية
کنجينه کتاب التجارية، نشر نور الكتاب، الهاتف: ۲۲۲۳۱۳۰ - ۰۵۱۱

عنوان مرکز التوزيع في اصفهان: شارع چهارباغ بائين، أمام ملعب تخني الرياضي، المركز التخصصي للحوزة
العلمية في اصفهان، الهاتف: ۲۲۲۳۴۲۳ - ۰۳۱۱

الموقع: www.Al-haqaeq.org - البريد الإلكتروني: Info@Al-haqaeq.org



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين،
ولعنة الله على أعدائهم أجمعين، من الأولين والآخرين.

وبعد

فهذا هو الجزء الثاني من (كتاب البيع) من أبحاث السيد الجَدِّ الفقيه المحقق
والاصولي البارِع آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني طاب ثراه، من
«مقدمة في ألفاظ عقد البيع» إلى آخر الأمر السادس من الامور المترتبة على
الماخوذ بالعقد الفاسد.

نقدّمه إلى العلماء الأجلاء والفضلاء الكرام في الحوزات العلميّة، ونسأل الله
التوفيق لإتمامه بعونه وكرمه.

قم - الحوزة العلمية

علي الحسيني الميلاني

مقدّمة

في خصوص ألفاظ عقد البيع

بعد أن فرغ الشيخ من بحث المعاطاة أي البيع الفعلي - وأحكامها وتنبيهاتها الثمانية، شرع في أحكام البيع اللفظي، وقبل الدخول في ذلك، ذكر مقدّمة بيّن فيها اللفظ المعبر في البيع اللفظي والأحكام المتعلقة به، فقال رحمه الله:

مقدّمة في خصوص ألفاظ عقد البيع

قد عرفت أن اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود، ممّا نقل عليه الإجماع، وتحقّق فيه الشهرة العظيمة، مع الإشارة إليه في بعض النصوص. أقول:

إن المعاملة الفعلية - أي المعاطاة بقصد التمليك والتملك - يصدق عليها عنوان «البيع» على وجه الحقيقة عند العقلاء، وتعمّه العمومات والإطلاقات في الكتاب والسنة، فهي بيع حقيقة عرفاً وشرعاً. وأمّا قول صاحب الجواهر رحمه الله^(١) بأنهما يقصدان الإباحة فهي تفيد الإباحة لا الملكية، فقد تقدّم الكلام عليه بالتفصيل. وعليه، فما نسب إلى المشهور من أن المعاطاة - وإن كانت بيعاً عقلاً -

ليست ببيع شرعاً، وأنَّ اللَّفْظ معتبر في تحقق حقيقة البيع وأنها مستقومة باللفظ، فلا يمكن المساعدة عليه، بل إنَّ المعاطاة كما أنها بيع عقلاء كذلك هي بيع شرعاً ونافذ ومؤثر أثره [١].

نعم، يمكن دعوى أنَّ المعاطاة وإنَّ كانت مفيدة للملك لكنها فعلٌ، والفعل قاصرٌ عن الدلالة على اللزوم، بخلاف اللَّفْظ.

وتوضيح ذلك: إنَّ البيع باللفظ وبالمعاطاة يشتركان في إفادة الملك، غير أنَّ الأول يدلُّ على إيجاد الملكية بالمطابقة والثاني بمعونة القرائن، وكذا في الالتزام بمضمون المعاملة، لأنَّ ظاهر حال كلِّ من يَعِد وعداً أو يتعهَّد

[١] هذا ردُّ على دعوى الإجماع والشهرة على عدم إفادة المعاطاة للملك.

أما الإجماع، فقد ادَّعاه السيد ابن زهرة في الغنية حيث قال: «واعتبرنا حصول الإيجاب والقبول تحرراً... عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة ويقول: اعطني بقلًا، فيعطيه. فإنَّ ذلك ليس ببيع، وإنما هو إباحة للتصرف. يدلُّ على ما قلناه: الإجماع...»^(١).

وأما الشهرة، فقد ادَّعاه الشيخ رحمه الله إذ قال: «والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة وإنَّ قصد المتعاطيان بها التملك...»^(٢).

وأما قول الشيخ: مع الإشارة إليه في بعض النصوص، فالمقصود هو الخبر: «إنما يحلُّ الكلام ويحرَّم الكلام». وفيه كلامٌ سنداً ودلالةً. وتفصيل المطلب في الجزء الأول.

(١) غنية النزوع: ٢١٤.

(٢) كتاب المكاسب ١/ ٣٨.

بعهدٍ أو يعامل معاملةً هو الالتزام والبقاء على ما وعد أو تعهد، سواء كان ذلك باللفظ أو الفعل، إلا أنهما يفترقان في جهةٍ واحدة فقط، وهي أنه إذا كان البيع أو الوعد والعهد باللفظ، كان مقتضى إطلاقه هو الدوام والاستمرار إلى الأبد، إلا أن يقيد به بأمٍ معيّن أو يشترط شرطاً يستتبع الخيار، ولذا نقول: ليس له أن يفسخ، والمعاملة لازمة، فالإطلاق اللفظي محكم والظهور الإطلاقي حجة عليه، بخلاف الفعل، فإنه مجمل ولا إطلاق له، لذا يقال: أعطى فندم فرد، وهذا معنى قولنا أن الفعل لا لسان له وقاصر عن الدلالة، ونتيجة ذلك: أن الملكية الحاصلة بالمعاطاة جائزة لا لازمة، وحينئذ، لا حاجة للقول بدلالة المعاطاة على الملكية المتزلزلة الجائزة، إلى الاستدلال بالشهرة المحققة [١].

في كفاية الإشارة من الآخرس

قال الشيخ:

لكن هذا يختص بصورة القدرة، أما مع العجز عنه كالآخرس، فمع عدم

[١] هكذا قال رحمه الله، ولا يتوهم منه القول بعدم إفادة المعاطاة للزوم بعد أن شيد أركانه سابقاً بوجوه كثيرة، وأجاب عن الإجماع بأنه منقول وليس بحجة، وكذا الشهرة، فهو هنا في مقام توجيه القول بعدم بيان الفرق بين العقد اللفظي والفعلي، وقصور الثاني عن الأول في الدلالة، وأنه لا تصل النوبة إلى التمسك بالشهرة مع وجود هذا الاستدلال، إلا أنه قد أجاب عنه - وإن ذكره بعبارة أخرى - بقيام الدليل الشرعي على لزوم المعاطاة إذا افترق المتعاملان، وهو قوله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع، ثم بالاستصحاب، فراجع الجزء الأول: ٢٦٣-٢٦٤.

القدرة على التوكيل... وكذا مع القدرة على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه... بل لفحوى ما ورد....

أقول:

لا إشكال ولا خلاف في كفاية الإشارة من الآخرس، فإنها مفيدة للمعنى كما يفيد اللفظ.

إنما الكلام في كفايتها مع التمكن من التوكيل، لكونه قادراً على التلطف بالتسيب.

قال الشيخ بكفاية الإشارة منه مطلقاً، مستنداً بفحوى الصحيحة الدالة على ذلك في الطلاق^(١)، فكما تكون إشارته مؤثرة في الإيقاعات كذلك في العقود، وحمل النص على مورد عدم التمكن من التوكيل، حمل للمطلق على الفرد النادر.

وأما الاستدلال لعدم اشتراط العجز عن التوكيل بالأصل، أي أصالة عدم الوجوب، فقد أجاب عنه الشيخ: بأن الأصل هو الوجوب، للشك في تأثير الإشارة مع التمكن من التوكيل. وبعبارة أخرى: نشك في أن إشارته علة تامة للأثر أو أنها بقيد العجز عن التوكيل مؤثرة، والقدر المتيقن هو الثاني، ومؤثرتها مع التمكن منه مشكوك فيه، والأصل عدم التأثير.

بحث مع المحقق الإيرواني

فقال المحقق الإيرواني:

«لا مانع من هذه الأصالة بناءً على جريان البراءة في الأحكام الوضعيّة،

(١) وسائل الشريعة ٢٢/ ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الرقم: ١.

كما يظهر من استدلال الإمام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه، فينفى بأصالة عدم الوجوب وجوب كل خصوصية شك فيها، بمعنى عدم دخلها في تأثير السبب وعدم كونها من أجزاء السبب، ولا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقق النقل والانتقال، لأن هذا في مرتبة السبب وذاك في مرتبة المسبب، والاستصحاب إنما يقدم على أصالة البراءة حيث يكونان في مرتبة واحدة^(١).

وفيه:

إن الشرطيّة غير قابلة للوضع حتى تكون قابلة للرفع، وكلّما لا يقبل الوضع لا يقبل الرفع، فالشرطيّة هذه وهي في مقام السبب نظير الشرطيّة في مقام المسبب، فكما أن الثانية من الأمور الانتزاعية التكوينية المحضة، ولا تقبل الجعل لا بالأصالة ولا بالتبع - كما قرّرنا في الأصول، خلافاً للمحقّق الخراساني حيث قال بأن الشرطية في المأمور به مجعولة بالتبع^(٢) - كذلك في الأولى، فالشرطية في مقام السبب - وكذا المانع - لا تقبل الوضع والجعل مطلقاً. وعليه، فإنّ شرطيّة العجز عن التوكيل لمّا لم تكن قابلة للجعل فهي غير قابلة للرفع. فالقول بعدم الوجوب - استناداً إلى العمومات والإطلاقات وأصالة عدم التقييد والتخصيص - متين جداً.

وبعبارة أخرى: فإنّ العمومات كقوله تعالى ﴿أَحْلَ اللَّهُ التَّبِعَ﴾^(٣) ونحوه صادقة على بيع الأخرس بالإشارة، ولو وقع الشك في تأثيرها حتى مع

(١) حاشية المكاسب: ٨٩.

(٢) كفاية الأصول: ٤٠٤.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥.

التمكن من التوكيل، كان مقتضى النصوص المشار إليها هو التأثير، والأصل عدم تقييدها بصورة العجز عنه.

فإن كان المراد من الأصل في قوله: «الأصل عدم الوجوب» هو الأصل اللفظي كما ذكرنا، فهو، وإن كان المراد أصالة البراءة عن الشرطية لحديث الرِّفْع^(١)، فهو غير صحيح، لأن الشرطية من الأمور الانتزاعية التكوينية غير القابلة للجعل، فلا تقبل الرفع.

قال الشيخ: الشهرة العظيمة قائمة على اعتبار اللفظ في حقيقة البيع. وقد تقدّم الإشكال فيه، لأن أهل العرف يرون المعاطاة بقصد التمليك بيعاً بالحمل الشائع، وأما شرعاً، فلا دليل على اعتبار اللفظ، بل مقتضى الإطلاقات والعمومات - كتاباً وسنةً - عدم اعتباره في حقيقة البيع، فما هو بيعٌ عند العقلاء بيعٌ عند الشارع.

نعم، يمكن اعتباره في مرحلة اللزوم، وأن الفاقد للفظ لا يكون لازماً على ما تقدّم، وذلك، لأنه لا معنى للزوم الذاتي لعقد من العقود ولا يصح القول به أبداً إلا مجازاً، وإنما يأتي اللزوم في مقام الجعل من ناحية حجية الظهور الفعلي أو المقامي أو الإطلاقي، أو من ناحية التعبد الشرعي، بأن تفيد الأدلة أن ليس للمتعاملين الرجوع والإقالة. وقولهم: ما لا يقبل الإقالة لا يفسخ، إنما هو حكم من ناحية الشرع لا المتعاقدين... وبالجمله، فإنه ليس هناك عقد لازم ذاتاً أصلاً، بل هو بالعرض، إما من ناحية الظهور أو من ناحية الشرع.

(١) كتاب الخصال للشيخ الصدوق: ١٧، باب التسعة، الرقم: ٩، كتاب التوحيد: ٣٥٣، باب الاستطاعة، الرقم: ٢٤.

وعلى هذا، فالمعاطاة تفيد الملكية إلا أنها غير لازمة.
ثم إنَّ الشيخ قد استدلَّ ببيع الأخرس بالإشارة، بفحوى ما دلَّ على صحَّة طلاقه بها، وهي نصوص^(١).
عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها».
وعن السكوني قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ويعتزلها».
وجه الاستدلال: أنه إذا كانت الإشارة تقوم مقام اللفظ في الإيقاعات، ففي العقود بالأولوية.
وقد ذكرنا أن ذلك مقتضى العمومات والإطلاقات والتمسك بأصالة عدم التقييد والتخصيص [١].

[١] وربما تمنع الفحوى لوجود الخصوصية في بابي النكاح والطلاق، وهي التوسعة على العباد، لئلا يقعوا في الحرام، فلا وجه للأولوية.
وفيه: إنَّ التوسعة من أجل المصلحة المذكورة موجودة في النكاح، ولذا يجري فيه عقد الفضولي، أمَّا في الطلاق، فالمجموع فيه بالنظر إلى أحكامه هو الشدة والتضييق، ومحلُّ الاستدلال رواية طلاق الأخرس لا نكاحه، فإذا كان يصح منه بالإشارة مطلقاً ففي البيع بالأولوية.
وربما يقال: إن رواية طلاق الأخرس إنما تفيد صحته، ومورد بحثنا هو اللزوم. ولا يخفى اندفاعه، فإنَّ الاستدلال بتلك النصوص هو قبل أصالة اللزوم.

(١) وسائل الشيعة ٤٧/ ٢٢، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه.

ثم ذكر الشيخ مقتضى الأصل....

وتعرّضنا لإشكال بعض الأكابر القائل بأن الأصل عدم الوجوب بمقتضى صحيحة البزنطي قال: «سألته في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعناق وصدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا. قال رسول الله: وضع عن امتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا»^(١) فقد أجرى الإمام عليه السلام البراءة الشرعية في الأمر الوضعي وهو الطلاق، وعليه، فهي جارية في الشرطية أيضاً، والأصل هو عدم الوجوب.

فأجبنا عن الإشكال بأن الشرطية لا تقبل الوضع فلا تقبل الرفع، وأمّا جريان حديث الرفع في مورد يشك فيه في جعل الشارع حكماً، فذاك أمر آخر، لأن الحكم أمر اعتباري يقبل الجعل من الشارع، ومتى شك فيه جرت البراءة عنه.

والوجه في عدم جريان البراءة في الشرطية ونحوها من الأمور الانتزاعية هو: إن الموجودات....

إما خارجية بالأصالة، وهي الجواهر والأعراض، أو بالتبع، وهي لوازم الوجود، كما يقال في الموجودات في عالم التشريع بأن وجوب ذي المقدمة مجعول بالأصالة ووجوب المقدمة مجعول بالتبع.

وأما ذهنية، كالجنسية والفصلية وغير ذلك.

وأما انتزاعية، وهي موجودة في عالم الاعتبار، أمّا في الخارج، فوجود منشأ الانتزاع، كالأبوة والبنوة والفوقية والتحتية.

(١) وسائل الشيعة ٢٣/ ٢٢٦- ٢٢٧، باب جواز الحلف باليمين الكاذبة للنقبة، الرّقم: ١٢.

وأما وضعية توجد في عالم النفس بجعل منها، كالملكية والزوجية والشرطية وغيرها، وهي التي ذهب الشيخ إلى كونها منتزعة، فوق في التكلف في بيان المنشأ لبعضها، ونحن موافقون له في بعض الموارد، وهي التي يرى العرف كونها وضعية لكنها بالدقة العقلية انتزاعية، دون سائر الموارد....

والكلام في الأحكام الوضعية طويلاً وتفصيله في محله، وملخص المختار فيها: أنها أمور اعتبارية لها وجود ادعائي كما في الاستعارات الأدبية، حيث يدعى للشيء الحقيقي وجود اعتباري، كالبياض الذي له وجود حقيقي يدعى له الوجود الاعتباري في القلب فيوصف بالبياض، وكالأسد الذي له وجود حقيقي، يوجد بوجود اعتباري فيقال زيد أسد... وهكذا، فالحكم الوضعي هو الحكم الذي يعتبره من بيده الأمر في كل مورد يصح فيه الاعتبار عقلاً، أما في الخارج فلا يوجد شيء.

وبعد، فقد عدوا السببية والشرطية والمانعية من الأحكام الوضعية، والحق أنه يستحيل أن تكون كذلك، فإنها ليست أموراً جعلية من النفس بل هي انتزاعية، فتقول: العقد سبب للملكية، فينتزع له السببية، دلوك الشمس شرطاً لوجوب الصلاة، فينتزع له الشرطية، الغرر مانع عن الملكية فينتزع له المانعية، وهكذا... حيث أن المنشأ في الرتبة السابقة على الحكم الوضعي كما في الأمثلة المذكورة، أما لو تقدم الحكم، بأن اعتبر الملكية وجعلها عند تحقق الإيجاب والقبول، أو عند عدم الغرر أو عند التقابض في المجلس، فما معنى جعل السببية للعقد؟ لقد ذكرنا ضرورة وجود المصحح للاعتبار ومع عدمه فهو لغو، وحال جعل السببية للعقد بعد اعتبار الملكية وللدلوك بعد

الحكم بوجوب الصلاة، من هذا القبيل، لأن الملكية والوجوب فعل الشارع، ولا تأثير للعقد أو الدلوك في ذلك لولا الإرادة والإعتبار النفساني من الشارع، فما شاع على الألسنة من أن الأحكام الوضعية أموراً مضائية، لأصل له، بل إن الملكية - مثلاً - من الأمور الاعتبارية، وكل أمر اعتباري فهو قائم بنفسه المعتمد، فللشارع في موردها اعتباراً على طبق اعتبار العقلاء.

وبالجملة، الملكية - مثلاً - معلولة للنفس وهي المخترعة لها، وليست معلولة للفظ «بعث»، وإنما هذا اللفظ سبب عقلائي لاعتبار الملكية.

وبعبارة أخرى: إن الحكم سواء التكليفي أو الوضعي، أمر في حيز إرادة الجاعل المعتمد واختياره، فهو أمر اختياري له، وللحكم موضوع والموضوعية لا تقبل الجعل، أما بعد ترتب الحكم على الموضوع، فلعدم المصحح للاعتبار، بل هو لغو، وأما قبل ترتبه عليه، فلأن أثر اعتبار الموضوعية للموضوع هو ترتب الحكم عليه قهراً، لكن الحكم أمر اختياري للحاكم ولا ترتب قهري له على الموضوع، فاعتبار الموضوعية قبل ترتب الحكم لغو كذلك.

الحاصل: إنه لا معنى لاعتبار الموضوعية لما ليس بموضوع، واعتبارها لما كان موضوعاً في نفس الأمر تحصيل للحاصل، واعتبارها لشيء حتى يترتب عليه الحكم، يتوقف على كون الترتب قهرياً، وقد عرفت أنه ليس كذلك، لأن أمر الحكم بيد الحاكم وترتبه على الموضوع تابع لإرادته.

إذا تبين هذا، فكل ما هو سبب للحكم أو شرط له أو مانع عنه - بمعنى التقيد بعده - يكون في مرحلة الموضوع، ولما كان اعتبار الموضوعية لشيء لغو، فلا معنى لمجعولية السببية والمانعية والشرطية، وبذلك تحصل

أنها من الامور الانتزاعية لا الاعتبارية، فليست أحكاماً وضعية.

هذا بالنسبة إلى سبب الحكم أو شرطه أو المانع عنه.

وأما ما كان سبباً للمأمور به أو شرطاً أو مانعاً، فكذلك، لأن الأمر متعلق بالمركب، فكان الركوع الذي هو بعض المركب بعض المأمور به، ويستتبع من ذلك الجزئية له، ولو تقيّد المأمور به بقيّد انتزع من ذلك شرطية له، ولو تقيّد بعدم شيء، انتزع منه مانعيته عنه.

وبعبارة أخرى: لو فرضنا أن المانعية للشيء حكم مجعول اعتباري، فهل المأمور به مقيد بعدمه أو لا؟ إن كان مقيداً بعدمه فجعل المانعية له لغو، وإن لم يكن مقيداً، بذلك فالإتيان بالمأمور به محقق للامتنال، ولا أثر لجعل المانعية كذلك....

وكذلك الشرطية والجزئية....

فالقول بأن الشرطية والسببية والجزئية والمانعية أحكام وضعية، باطل. وكذلك القول بكونها مجعولة بالتبع.

والحاصل: إنها عناوين انتزاعية مطلقاً... وإذا كانت انتزاعية، فهي ليست قابلةً للجعل والاعتبار والوضع، وما ليس كذلك فليس قابلاً للرفع.

ولا بأس ببيان حقيقة الحال في الملكية والزوجية استطراداً، فنقول:

إن الملكية والزوجية، إما من المقولات أو من الامور الاعتبارية أو من

الانتزاعية المحضة.

أما كونهما من المقولات فمستحيل، لأن المقولة ما يقال على الشيء في الخارج، أما بحمل المشتق على موصوفه وهو في الكل، وإما أن يكون له مطابق في الخارج وهو فيما عدا الإضافة، ومن الواضح أن كل عرض فهو

قائم بمعروضه، ولكن الملكية موجودة في الخارج بلا معروض في السلم والنسيئة.

وأما كونهما من الامور الانتزاعية، فما هو منشأ الانتزاع؟ إن كان هو جواز التصرف - وهو الحكم التكليفي - فقد تكون الملكية ولا جواز للتصرف، كملكية الصغير والمجنون، وإن كان هو العقد، فإن المشتق من الملكية لا يحمل على العقد.

فتعين كونهما أمرين اعتباريين ممن بيده الاعتبار، مع وجود المصحح للاعتبار عنده.

هذا هو التحقيق في هذه الامور، خلافاً للشيخ الأعظم والمحقق الخراساني فيما ذهبا إليه في ذلك [١].

[١] قد ذكروا لعدم جريان البراءة عن الشرطية عذّة وجوه:

فالسيد الجدّ قدس سرّه على أنّ الشرطية من الامور الانتزاعية، وحديث الرّفْع لا يرفع الانتزاعات إلا برفع المناسئ لها.

والمحقّق الإصفهاني أفاد: إن هذه الامور الانتزاعية وإن كانت جعلية بالتبع إلا أنها لوازم تكوينية لمجموع تشريعي لأنها لوازم تشريعية له، فالشارع لما جعل اللفظ سبباً للنقل والانتقال بين العوضين خارجاً، كانت شرطية اللفظ من اللوازم التكوينية للجعل المذكور، وحديث الرّفْع لا يرفع اللوازم التكوينية.

وأيضاً، فإن للجزئية والشرطية في الأحكام التكليفية والسببية والشرطية في الأحكام الوضعية مرحلتين، مرحلة الواقع والتكوين كدخل الطهارة في مصلحة الأمر بالصلاة واللفظ في مصلحة اعتبار الملكية، ومرحلة الجعل كشرطية الطهارة للصلاة

بما هي متعلق للطلب، وشرطية اللفظ في الملكية بما هي معتبر من المعتبرات الشرعية، وحديث الرفع لا يرفع الشرطية في مرحلة الواقع^(١).

فأشكل عليه بعض مشايخنا دام بقاء: بأن الشرطية متأخرة عن تعلق الطلب، فهي منتزعة، ولكن الاشتراط من شئون الطلب وأمره بيد الشارع فيتعلق به الجعل، فيكون قابلاً للرفع.

لكن «الاشتراط» اعتبار من الشارع فهو افتراض شيء لشيء، فينتزع منه الشرطية له، وقد ذكرنا أن منشأ الانتزاع يقبل الرفع كما يقبل الوضع، لكن البحث في نفس الشرطية، وكذلك الكلام فيما ذكره في الوجه الثاني من أن المرفوع هو التقييد لا القيدية، لأن محط النظر هو قابلية حديث الرفع لرفع نفس الأمر الانتزاعي، وقد عرفت أنه ليس وضعه بيد الشارع حتى يرتفع بحديث الرفع.

وعلى الجملة، فإن ما ذكره المحقق الإيرواني من دفع بما أفاده المحقق الإصفهاني وتبعه عليه السيد الجدد قدس سرهما.

وقال المحقق الخوئي في الرد عليه: «بأن حديث الرفع - وإن كان يشمل الأحكام الوضعية كشموله للأحكام التكليفية - إلا أنه لا يعم خصوص الجزئية والشرطية والمانعية، ضرورة أن هذه الأمور الثلاثة أمور غير قابلة للوضع، فلا تكون قابلة للرفع إلا برفع منشأ انتزاعها، وعليه، فإذا شك في شرطية شيء أو جزئيته أو مانعيته لم يجوز الرجوع فيها إلى البراءة. (قال): وبيان ذلك إجمالاً: أننا ذكرنا في بحث الاستصحاب من علم الأصول: إن الأحكام الوضعية على ثلاثة أقسام:

والآن نعود إلى كلام الشيخ:

إنه إذا وقع البيع بالمعاطاة مع التمكن من اللفظ، فهل يفيد الملك أو الإباحة؟ قولان، كما تقدم سابقاً بالتفصيل.
وأما إذا وقع مع العجز عنه كبيع الأخرس بالإشارة، فإنه يفيد الملك، وقد استدلل له بفحوى صحة طلاقه بالإشارة، وتشمله العمومات، وتعمه

الأول: أن يكون مجعولاً بنفسه، كالملكية والزوجية والرقية ونحوها....
والثاني: أن يكون الحكم الوضعي راجعاً إلى الحكم نفسه... كالشرطية والسببية والممانعة للوجوب مثلاً... وإذن كلها منتزعة من جعل الحكم ولحاظه مقيداً بقيد وجودي أو عديمي.

والثالث: أن يرجع الحكم الوضعي إلى متعلق التكليف، كالشرطية والجزئية والممانعة للمأمور به، فإنها منتزعة من كيفية الأمر.

(قال): إذا عرفت ما تلوناه عليك: اتضح لك عدم جريان البراءة في الشرطية والسببية والممانعة والجزئية، لعدم كونها مجعولة بالذات، بل هي مجعولة بتبع منشأ انتزاعها، وعليه، فهي غير قابلة للوضع بنفسها فلا تكون قابلة للرفع، سواء قلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعية أم لم نقل بذلك...^(١).

وهذا وجه آخر لعدم جريان البراءة في الشرطية، وإن أشكل عليه شيخنا بأنه ينافي مسلكه في الأصول، فما ذهب إليه المحقق الإيرواني مندفع.

وأما تمسكه باستدلال الإمام عليه السلام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه، فقد أجاب عنه سيدنا الجذ، وكذلك أجاب عنه غيره كالسيد الخوئي.

(١) مصباح الفقاهة ٧/٣ - ١٠.

أدلة اللزوم.

ثم وقع الكلام في صورة التمكن من التوكيل أو التمكن من الكتابة... وسيأتي.

وقد تحصل مما ذكرنا أن اللفظ معتبر في لزوم البيع، وأن الشهرة العظيمة قائمة على عدم اللزوم بدون اللفظ لا على عدم تحقق الملكية [١]. ثم قال الشيخ: إن إشارة الأخرس تقوم مقام اللفظ، وهذا هو الصحيح، لأن المعاملة مطلقاً أمر يخترعه النفس فيحتاج إلى دال ولا خصوصية للفظ، والإشارة المفهمة من الأخرس تدل على ما في ضميره، ويصدق عليها بالحمل الشائع عنوان البيع وتعمه العمومات، حتى مع إمكان التوكيل أو الكتابة، فهي تدفع احتمال دخل عدم التمكن منهما. مضافاً إلى ما ورد في طلاق الأخرس بتنقيح المناط.

قال الشيخ:

فإن حمله على صورة عجزه عن التوكيل، حمل للمطلق على الفرد النادر... وما ذكره هو الصحيح.

وقد اشتملت الروايات على العمل الخارجي - وهو اللف والجذب للقناع - ويدل ذلك على كفاية العمل الخارجي، وهو ما ذكرنا من لزوم الدال، فلا خصوصية للإشارة المفهمة كذلك.

[١] قد تنهنا على أن السيد الجد استدل بوجوه عديدة على لزوم المعاطاة.

قال الشيخ:

ثم لو قلنا: إن الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإقادتها الملكية، فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

إن كان يريد من المعاطاة كل ملكية تقع بالفعل في مقابل اللفظ، بأن تكون الإشارة معاطاة مفيدة للملكية اللازمة. ففيه: إن المعاطاة التي كانت محطّ البحث السابق، هي ما إذا كان المعطي قاصداً للتملك بالإعطاء الخارجي، وهنا يكون التملك بالدالّ عليه.

وإن كان يريد منها المعاطاة المصطلحة، بأن يعطي الأخرس عملاً وبلا إشارة مفهومة. ففيه: إن الفعل الخارجي قاصر عن إفادة اللزوم عند المجمعين، وعلى هذا، فلا فرق بين أن يكون قادراً على التكلم أو عاجزاً عنه، وقد أجاد شيخنا الاستاذ في الإشكال على هذا الكلام حيث قال:

«الأخرس كغيره، له عهد مؤكد وعهد غير مؤكد، فالتعاطي منه في الخارج فقط كالتعاطي من غيره عهد غير مؤكد، فله حكمه، والإشارة المفهومة الرافعة للاشتباه منه عهده المؤكد، كاللفظ الرافع للاشتباه الذي يتطرق إلى الفعل نوعاً عهد مؤكد من القادر، فليس مجرد كون الإشارة فعلاً موجباً لكون معاملة الأخرس معاطاة دائماً، أو أن فعله منزل منزلة القول من غيره دائماً، بل له سنخان من العهد كما في غيره، بلحاظ قوة الدلالة على مقاصده وضعفها نوعاً»^(١).

يعني: إن الفعل مجمل يمكن وقوع الاشتباه فيه، بخلاف اللفظ، لأن

الظهور الإطلاقي فيه حجة، لأنه كان قادراً على التقييد ولم يقيّد، والإشارة المفهومة بحكم اللفظ، فإنّ الآخرس قادر على التقييد بالإشارة والمفروض أنه لم يقيّد، فيكون الظهور الإطلاقي لإشارته حجة كذلك.

هل تكفي الكتابة عن الإشارة؟

قال الشيخ:

والظاهر أيضاً: كفاية الكتابة مع المعجز عن الإشارة... وأنا مع القدرة على الإشارة، فقد رجّح بعض الإشارة، ولعلّه لأنها أصرح... وفي بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس....

أقول:

القائل بتقدّم الكتابة - مع التمكن منها - على الإشارة هو ابن إدريس رحمه الله، لما رواه البزنطي في الصحيح، عن أبي الحسن عليه السلام: «عن الرجل تكون عنده المرأة... يصمت ولا يتكلّم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها، أيجوز أن يطلق عنه وليّه؟ قال: لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك. قلت: فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها»^(١).

ومن الواضح: إنّ الكتابة حكاية عن الألفاظ، وهي دالة بالوضع على المعاني الموضوعية لها، لكنّ الكتابة لا تدلّ على الإنشاء إلا بالقرائن، ومعها

(١) وسائل الشيعة ٢٢ / ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الزمزم: ١.

تكون الكتابة مقدّمة على الإشارة بمقتضى هذه الصحيحة. والله العالم.

وخلاصة المطلب أن الشيخ رحمه الله يرى كفاية الكتابة عند العجز عن الإشارة، لفحوى ما ورد في كتابة الطلاق، وذكر أن بعض الأصحاب رجّح الإشارة على الكتابة لكونها أصرح.

ثم أفاد أن المستفاد من بعض الأخبار تقدّم الكتابة....

أمّا كلمته الأولى:

فقد كان الأولى أن يقول «الإطلاق» ما ورد، لا «لفحوى»، لأنّ بعض الأخبار الواردة في طلاق الأخرس مطلق بكلّ وضوح، كقوله: «في رجل أخرج كسب في الأرض بطلاق امرأته. قال: إذا فعل في قبل الطهر بشهود وفهم عنه كما يفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنّة»^(١) أي: أعم من كونه عاجزاً عن الإشارة وعدمه.

وفي أخرى: «... لا يكون طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطّه بيده وهو يريد الطلاق أو العتق...»^(٢).

وأمّا كلمته الثانية:

فإن الأصرحية تفيد الأولوية لا التعيين، وقد تقدّم أن الكتابة لا آلية لها للإنشاء - بخلاف الألفاظ - فترجّح الإشارة من هذه الناحية، نعم، قد تفيد القرائن الحالية الحافة بالكتابة الإنشاء والقصد للمعنى، كما تفيد دلالتها على التصديق للخبر إن كانت الجملة المكتوبة خبرية.

(١) وسائل الشريعة ٢٢ / ٤٨، باب جواز طلاق الأخرس بالكتابة والإشارة، الرقم: ٤.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢ / ٣٧، باب عدم وقوع الطلاق بالكتابة...، الرقم: ٣.

وأما الصحيحة المتقدمة الدالة على تقدّم الكتابة، فلا يبعد أن يكون من جهة أن الكتابة نحو وجود للصيغة الخاصة المجمع على اعتبارها وهي «أنت طالق» بخلاف الإشارة، فإنها ليست بوجود للصيغة المعتمدة، ولو تنزلنا، فالقول بذلك في سائر المعاملات قياس.

فالمرجع في البيع بعد إحراز الصغرى عمومات البيع.

ثم إن البحث في ألفاظ العقود يقع في جهات:

الاولى: ما يعتبر في اللفظ المفرد من حيث المادّة، كمسألة اعتبار العربية والصراحة....

والثانية: ما يعتبر في اللفظ المفرد من حيث الهيئة، كمسألة اعتبار كونه فعلاً واعتبار الماضويّة فيه....

والثالثة: ما يعتبر في اللفظ المركب، كمسألة اعتبار تقدّم الإيجاب على القبول، والموالة بينهما....

هل يقع العقد باللفظ الكنائي؟

قال الشيخ:

أما الكلام من حيث المادّة، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنائيات....

أقول:

ذكر رحمه الله كلمات الفقهاء في المسألة، ومجملها عدم كفاية الكناية، وهي استعمال اللفظ في معناه الموضوع له حقيقة، لكن المقصود بالتفهم هو اللازم أو الملزوم. فالمراد الاستعمالي هو المعنى الحقيقي، والمراد الجدّي هو اللازم أو الملزوم، فالاستعمال ليس في الملزوم أو اللازم، ولا

يلزم استعمال اللفظ في معنيين، وهو غير معقول.

ولما كان تحقق المعاملة منوطاً بالدلالة، وهي منوطة بالاستعمال، وهو حاصل في اللازم دون الملزوم وهو الملكية، فالمعاملة باللفظ الكنائي غير محققة.

هذا شرح كلامه.

فقال المحقق الخراساني:

«ربما يمكن المناقشة في صدق العقد على ما إذا وقع بالكناية، فإنه عهد مؤكد، ولا يبعد أن يمنع فيما إذا وقع بها، وذلك لسراية الوهن من اللفظ إلى المعنى، لما بينهما من شدة الارتباط بل نحو من الاتحاد»^(١).

وكانه يريد ما ذكرناه، من أن اللفظ قد استعمل في اللازم وأريد منه الملزوم، فالمقصود تفهيمه بالأصالة لم يستعمل اللفظ فيه، والذي استعمل فيه ليس هو المقصود بالأصالة.

وقال العلامة:

«الرابع من شروط الصيغة: التصريح، فلا يقع بالكناية ببيع البتة، مثل قوله: أدخلته في ملكك، أو جعلته لك، أو خذه مني، أو سلطتك عليه بكذا. عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأن المخاطب لا يدري بمخوطب»^(٢).

أقول:

لعل المراد أن البيع بالكناية مجاز، إذ البيع يكون باستعمال اللفظ في

(١) حاشية المكاسب: ٢٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ٩ / ١٠.

المعنى الموضوع له المقصود، وهذا هو الذي يصدق عليه عنوان البيع حقيقةً، وعليه، فلو شك في صدقه على الاستعمال الكنائي، لم يصح التمسك بـ ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) ونحوه، لأن إثبات الحكم يدور مدار إحراز الموضوع، وحينئذ يكون استصحاب عدم الملك هو المحكم.

وأما مع فرض صدق العنوان على ما إذا وقع بالكناية، فإنه لا مانعة لعدم الصراحة، لأن المفروض شمول العمومات للصريح وغير الصريح، ولا دليل على اعتبار الصراحة.

وأما قوله: ولأن المخاطب...، فأخص من المدعى، لأن مثل قوله: جعلته لك، يحتمل البيع والهبة وغيرهما، أما لو جاء بكناية لا تفيد إلا البيع، كان المخاطب يدري بما خوطب.

وقال الميرزا الاستاذ:

إنه قد يتحقق الإخبار بالكناية، كما لو قال: «زيد كثير الرماد» وانتقل ذهن المخاطب إلى جود زيد، فكانت الكناية إخباراً عن الجود، لكن الإنشاء إيجاد للمعنى، فإذا أتى بالمعنى الكنائي لم يتحقق الإنشاء للملزوم وإن انتقل ذهن المخاطب إليه، لأن الانتقال إليه أمر والإنشاء له أمر آخر، والبيع إنشاء للملكية، فهو لا يحصل بالكناية، فالألفاظ الكنائية لا تصلح للإنشاء وإن صلحت للإخبار [١].

[١] وفي منية الطالب: «أما صحته بالكناية، فلو قيل: إنها قسم من المجاز كما

أقول:

تارةً نقول: بأن الملكية أمرٌ واقعي، وكلُّ من نظر العرف والشرع طريق إليه، ومتى وقع الخلاف بين نظرهما كان الشارع مخطئاً للعرف في نظره.

واخرى نقول: بأن الملكية أمر اعتباري لا واقعية له، وحقيقة الأمر الاعتباري من أعمال النفس وهي الموجودة له، وقوامه بنفس المعبر، فالعقلاء يعتبرون الملكية، والشارع يعتبر على طبق اعتبارهم في كلِّ موردٍ عنده اعتبار.

عرفها بعضهم من أنها ذكر اللّازم وإرادة الملزوم، فحكمها حكمه. ولو قيل: إنها قسم للمجاز كما هو الحق، فإن قوله: «زيد طويل النجاد» استعمل في نفس معناه الحقيقي وألقي معنى اللَّفْظ إلى المخاطب لينتقل منه إلى ملزومه وهو طول القامة، وهكذا في أمثال ذلك من قوله: «زيد كثير الرماد» أو «مehزول الفصيل» فإن الانتقال إلى الجود من دواعي استعمال هذه الألفاظ في معانيها الموضوعية لها لا أنها استعملت في الجود، فالأقوى: عدم صحة إنشاء العنوان بها، فإن إنشاء اللّازم وإيجاده في الإنشاء القولي ليس إيجاده للملزوم عرفاً، وكون الملزوم مقصوداً وداعياً من إيجاد اللّازم لا أثر له، فلو قال كنايةً عن البيع: «ترى خيره» أو في مقام النكاح: «ألف الله بين قلبكما» وأمثال ذلك، فلا أثر له.

وبالجملة: ما لم ينشأ عنوان العقد بما هو آلة لإيجاده عرفاً فلا أثر له، ولا يرى العرف آلة إيجاد اللّازم آلة إيجاد الملزوم^(١).

(١) منية الطالب ١/١٠٦.

وعلى الثاني: فإن البايع يعتبر ويتسبب باعتباره إلى اعتبار العقلاء أو الشارع، وحيثُ، قد يكون فاسداً عند العقلاء، أو عند الشارع وإن كان صحيحاً عندهم.

النظر في أدلة القول بالمنع

وتحقيق الكلام في مسألة تحقق البيع بالألفاظ الكنائية، وهي معنونة منذ القديم، بالنظر في أدلة القول بالمنع وقد قال به جماعة كالعلامة وبعض المتأخرين، وهي أمور:

الأول: إن مقتضى أصالة بقاء الملك هو عدم تحقق البيع فيما إذا لم يصرّح بلفظ البيع.

والثاني: إن المخاطب إذا لم يصرّح بلفظ البيع - مثلاً - لا يدري بمِ خاطب.

ذكرهما العلامة.

وقد قلنا: إنه لا دليل على اعتبار النصوصية والصراحة، بل اللازم هو الحجة وهو ظهور الكلام. وأما استصحاب بقاء الملك إن كان اللفظ كنايةً، فهو حيث لا يصدق عنوان البيع عند العقلاء، فإذا صدق عليه العنوان حقيقةً شملته العمومات. وأما أن الخاطب لا يدري بمِ خاطب، فهو حيث تكون الكناية مجملّة، وأما مع كونها ظاهرة في المعنى فهو يدري، والبيع تحقق، لما تقدّم من أن المناط هو ظهور الكلام في المعنى المقصود، ولا يعتبر العلم بالمعنى. والثالث: ما ذكره المحقق الخراساني من أن البيع عهد مؤكد، ولا يبعد أن يمنع عن تأكده إذا انشأ بالكناية....

فهو يذعن بحصول الدلالة، لكنّه ينكر التأكد، لما ذكره من الوهن في اللفظ وأنه يسري إلى المعنى، لما بينهما من الاتحاد.

وتقريبه: إن البيع له حيثيّة العهديّة وحيثيّة التأكد، فكما لا يكفي مجرد التعهد القلبي بل لابدّ من الدلالة عليه، إذ لا يترتب الأثر على القصد القلبي في معاملة من المعاملات، كذلك لابدّ من الدلالة على تأكده، لما تقدّم من أن الدلالة الأصلية للفظ الكنانّي إنما هي في المعنى الموضوع الحقيقي له، وأمّا الملزوم المقصود منه فينتقل ذهن السامع إليه، وتكون دلالة اللفظ عليه تبعيّةً، والدلالة التبعيّة موهونة، وهذا الوهن يسري إلى المعنى فلا يكون الدلالة مؤكّدة، لوضوح منافاة الوهن للتأكد، فلا يتحقق البيع، لضرورة أنه العهد المؤكّد.

أقول:

بعد غصّ النظر عمّا في كلامه من المسامحة، لأنّ البيع مبادلة مال بمال، نعم هو مصداق للعقد، والعقد عبارة عن العهد المؤكّد.

إنما يقال للبيع بأنه عهد، في قبال المقابلة إذ لا عهد فيها، وإنما يقال بأنّه مؤكّد، في قبال العهد الانفرادي مثل الوعد والوعيد، فلا يسمّى بالعقد، بل العقد هو العهد المرتبط بعهدٍ آخر، فيكون بارتباطه مؤكّداً، أي يكون مشدوداً بالآخر ويعضد أحدهما الآخر، ولو فرض عدم صدق «العقد» على «المعاطاة» لكون دلالتها على التأكد بظاهر الحال والقرائن المقاميّة، فإنّ البيع المعاطاتي يكون موهوناً، وأمّا إذا كان البيع لفظياً، فالظهور كلامي، ودلالته على العهد تامّة، وتأكّده حاصل بارتباطه بالعهد الآخر كما تقدّم، فأين الوهن؟ وأمّا التبعيّة الّتي ذكرناها في تقريب كلامه قدّس سرّه، فالجواب عنها

هو: إنه في مقام الإنشاء يكون المقصود بالأصالة هو التسبب إلى البيع، فالمعنى الملزوم هو المراد الجدّي، وأمّا اللازم أي المراد الاستعمالي فمقصود بالتبع، والمدار على القصد.

فمقام التسبب وترتيب الأثر على عكس مقام الدلالة الاستعمالية، إذ المقصود بالأصالة في هذا المقام هو المراد الجدّي ويكون المراد الاستعمالي تبعاً له [١].

٤ - البيع أمر إنشائي، والإنشاء من وجوه الاستعمال، ومن جهة أخرى، فإن اللفظ الكنائي مستعمل في معناه الموضوع له، ولا يستعمل مع ذلك في البيع، وآلا يلزم استعمال اللفظ في معنيين، فلا يكون البيع منشأ باللفظ الكنائي.

والجواب:

إن هذه مغالطة، فإن الإنشاء المقابل للإخبار من وجوه الاستعمال، لأن الإنشاء على إطلاقه من وجوهه، ولذا يتحقق إنشاء التملك بالمعاطاة، مع أنه ليس من وجوه استعمال اللفظ. هذا أولاً.

وثانياً: إن قولهم «زيد كثير الرّماد» ونحوه إخبارٌ بلا إشكال، وهو يتحقّق

[١] هذا جواب السيد الجدّ طاب ثراه، ويضاف إليه أن ما ذكره من الاتحاد بين اللفظ والمعنى كلام خطابي، بل اللفظ مبرز للمعنى، وحيث إنّ يلزم أن يكون صالحاً لإبراز ما في ضمير المتكلم، واللفظ الكنائي يصلح لذلك بل المشهور أن الكناية أبلغ من التصريح، فليس فيه وهنٌ كما ادّعى، على أنه لا برهان على سريّة الوهن من اللفظ إلى المعنى. وهذا ما استفدناه من بحث شيخنا الاستاذ دام بقاءه.

باللفظ الكنائي بالضرورة، مع كون الإخبار من وجوه الاستعمال كالإنشاء.
 وثالثاً: إن المستفاد من كلمات الفقهاء، أن للملكية واقعية والعقد آلة
 لتحقيق ذلك المعنى الواقعي ووجوده، ونظر العرف والشرع طريق لمعرفة
 ما هو آلة وما هو ليس بآلة، ولذا يقع الاختلاف بين الشرع والعرف، والشارع
 يحكم بخطأ العرف، وعليه، يجوز أن يقال بأن اللفظ الكنائي ليس آلة.
 أما بناءً على الصحيح من أن الملكية أمر اعتباري، والاعتبار أمر نفساني
 قائم بنفس الاعتبار، ومع تحققه يصدق عليه عنوان البيع فتعمه العمومات
 والإطلاقات، فإنه متى صدق العنوان مع اللفظ الكنائي فالبيع متحقق.
 والحاصل: إن الأعراض توجد بآلاتها وأسبابها المناسبة لها، فالقلم آلة
 لتحقيق الكم إذا خط به، وكذلك الملكية والزوجية ونحوهما، فإنها تحتاج
 لوجودها في الخارج إلى الآلات المناسبة، فالمعتبر يعتبر الملكية ويتصف
 الخارج بذلك بالآلة، أي أنه يتجلى في الخارج، لأن الآلة - وهو العقد - يحقق
 الملكية - مثلاً - خارجاً. نعم، لو كانت الملكية أمراً واقعياً، أمكن البحث عن أن
 اللفظ الكنائي يصلح لأن يكون سبباً للوصول إلى تلك الحقيقة الواقعية أولاً،
 لكن المبنى غير صحيح.

وعلى الجملة، فإن هذا الإشكال إنما يتوجه على القول بأن الملكية أمر
 واقعي نفس أمري، لا على القول باعتباريتها، والحق هو الثاني.
 ويبقى نسبة القول الأول إلى المشهور، لكن الشهرة الفتوائية غير كاشفة
 عن رأي المعصوم ولا عن حجة شرعية، مضافاً إلى احتمال كون فتواهم
 بذلك من باب الاحتياط أو الأخذ بالقدر المتيقن.
 وأما دعوى الإجماع المنقول في المسألة، فالظاهر قيامه على اعتبار

اللفظ في لزوم، أما اعتبار لفظٍ مخصوص فلا إجماع عليه أصلاً، ولا ريب في العقد اللفظي في أن يكون اللفظ ظاهراً في المراد وكاشفاً عنه، وبذلك يتحقق الإنشاء وإن كان اللفظ كنايةً، إذ المناط ما ذكرناه، وبذلك نجيب عن كلام شيخنا الميرزا قدس سره [١].

الأقوال في ألفاظ العقد من حيث الكناية والمجاز والاشتراك

وبعد، فإن الأقوال في صيغة العقود كما يلي:

١- ما ذهب إليه فخر المحققين من أن كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة بالاستقراء^(١)، فلا بد من الاختصار على المتيقن. وحاصله: إن عدم الكناية هو من باب القدر المتيقن، وعليه، يلزم الأخذ بذلك في كل لفظ شك في تحقق العقد به، كما لو كان مجازاً أو مشتركاً أو غير ذلك.

٢- إنه يعتبر في كل عقد أن ينشأ فيه عنوان المعاملة، بأن يقول في البيع

[١] وقد أجاد مقرر بحثه إذ نقض عليه بقوله بتحقيق البيع بالفعل الخارجي كالتمسك على المال بقصد البيع، والفرق بين القول والفعل لا وجه له^(٢). وأما حلاً، فيرد عليه أنه قال: «ما لم ينشأ عنوان العقد بما هو آلة لإيجاده عرفاً فلا أثر له» فأرجع الأمر إلى العرف، وأهل العرف يرون صلاحية الكناية لتحقيق العنوان المعاملي، وإنكار ذلك بلا وجه.

(١) إيضاح الفوائد في شرح القواعد ١٢/٣.

(٢) منية الطالب ١٠٦/١ و ١٠٧.

بعت، وفي النكاح أنكحت، وفي الإجارة أجرت وهكذا. ولا يبعد أن يكون هذا مراد جامع المقاصد من قوله:

«لأن العقود متلقاة من الشرع، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه»^(١).

٣- إن ألفاظ العقد يجب أن تكون مستعملة في المعاني الحقيقية، وتكون هي المقصود بالأصالة، فيخرج المجاز مطلقاً والكناية، وأما المشترك فلا مانع منه سواء اللفظي والمعنوي، لكون اللفظ مستعملاً في المعنى الموضوع له.

٤- إنه يجوز بالحقيقة والمجاز، سواء كان قريباً أو بعيداً، وسواء كانت القرينة لفظية أو حالية، وإنما لا يجوز بالكناية. وهذا هو القول المنسوب إلى المشهور. ولعل السرف في المنع من الكناية هو: أن المنشأ هو المعنى اللازم، وأما الملزوم وهو المعنى المقصود فلم يُنشأ.

٥- إنه يجوز بالحقيقة والمجاز والكناية، لكن يشترط في المجاز أن يكون قريباً، وكأنه لأن المجاز البعيد غير متداول عند العقلاء في العقود.

٦- إنه يجوز بالحقيقة والمجاز، بشرط أن تكون القرينة لفظية لا حالية. ولا يخفى أن اللفظ في الاستعمالات المجازية مستعمل في معناه الحقيقي ولكن القرينة صارفة عنه ويتعين اللفظ في معناه المجازي.

وهذا ما استقره الشيخ.

٧- إن المعاملة إنما يترتب عليها الأثر شرعاً إذا أمضاها الشارع، فكل

(١) جامع المقاصد في شرح القواعد ٨٣/٧.

لفظٍ وقعت به المعاملة في زمن الشارع وأنفدها فهو المؤثر في تلك المعاملة، فأَيُّ لفظٍ كان متداولاً في عصر المعصوم ولم يردع عنه فهو كافٍ، وأَيُّ لفظٍ لم يثبت كونه متداولاً في ذلك الزمان فلا دليل على وقوع العقد به.

المختار في المسألة

٨- كلُّ لفظٍ صريحٍ أو ظاهرٍ في معنى المعاملة ظهوراً يعتدُّ به العقلاء فهو كافٍ، بلا توقُّفٍ على كونه متداولاً في زمن المعصومين، إذ تكفي العمومات والاطلاقات دليلاً على الجواز ولا حاجة إلى الإمضاء. وهذا هو المختار عندنا.

وتوضيحه بإيجاز هو: أنه لو لم تكن عندنا الإطلاقات والعمومات لكناً بحاجة إلى الإمضاء، وهو دليل لبّي، والقدر المتيقن منه ما كان متداولاً في زمنهم يقيناً، وما لا يقين بتداوله في ذلك الزمان فلا يؤثر.

لكن مقتضى العمومات والإطلاقات كفاية كلِّ لفظٍ له ظهور عقلائي في المعنى، وإنما نقول بضرورة الظهور النوعي العقلائي، لأنه لو لم يكن كذلك - بل كان ظهوره بالقرينة الشخصية - لم يعتد به العقلاء، وحينئذٍ لا يمكن نسبة قبوله إلى الشارع، لأن الإطلاقات والعمومات الشرعية كلّها مخصّصة بالمخصّص اللبّي، فقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ مخصّص أي: أحلَّ الله البيع الذي يعتدُّ به العقلاء، لأن الشارع لا يمضي ما ليس بعقلائي.

وبعبارة أخرى: إن لنا علماً إجمالياً بعدم حليّة بعض البيع شرعاً، فالآية المباركة مخصّصة بالعلم الإجمالي المذكور، وقد تقرّر في محله سريّة إجمال المخصّص إلى العام، فلا تبقى الآية على عمومها.

وكذا الكلام في قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

وقد يقال بسقوط العموم من جهة تخصيص الأكثر، أما بناءً على مسلك القدماء من أن العام المخصّص مستعمل في الخاص مجازاً والمخصّص قرينة على المجاز، فلو قال: أكرم العلماء، ثم جاء المخصّص منفصلاً بأنه: لا تكرم النحويين، فقد استعمل العلماء في ما عدا النحويين مجازاً، وقوله: لا تكرم النحويين قرينة عليه، وحيث أنه يعتبر المناسبة بين المعنى المجازي والحقيقي، فإن كان المخصّص قليلاً، كان معظم الأفراد باقياً تحت العام والمناسبة محفوظة والاستعمال صحيح، وأما لو خرج معظم الأفراد من تحت العام وبقي النادر، انتفت العلاقة والمناسبة بين المعنيين الحقيقي والمجازي، والاستعمال المجازي بدون علاقة غير صحيح، ولذا لا يجوز استعمال العام في الفرد النادر.

وأما بناءً على مسلك المتأخرين - وهو الحق - من أن العام مستعمل في معناه الحقيقي وهو المراد الاستعمالي، وإنما المخصّص مبيّن للمراد الجدّي، فإذا جاء المخصّص أفاد أن ما عداه هو المراد الجدّي، فلامعنى لأن يستعمل المتكلّم العاقل اللفظ العام في العموم ويريد الأفراد النادرة، وهذا معنى قولهم بأن تخصيص الأكثر مستهجن.

نقد الأقوال الأخرى

ذكرنا الوجوه والأقوال في المسألة، وهي في الأغلب مستندة إلى عدم وجود العمومات والإطلاقات القابلة للاستدلال في المقام، فلا مناص من الأخذ بمقتضى الإطلاق المقامي، بتقريب: أن كل عقد متداول في عصر

الشارع لم يردع عنه فهو نافذ عنده وأنه معتبر له على حسب ما اعتبره العقلاء، إذن، لابد من الأخذ بتلك العقود وجعلها القدر المتيقن من الألفاظ المؤثرة، وأما الآيات من قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه، فهي واردة في مقام التشريع لا لبيان الحكم الفعلي، ولا عموم لها ليتمسك به ويرجع إليه. أو من جهة أن اللام في ﴿الْعُقُودِ﴾ للعهد، أي: العقود المتداولة والمتعارفة بين الناس... فليست الآية دالة على العموم.

أو من جهة أن التمسك بالإطلاق والعموم في الآيات منوط بعدم وجود العلم الإجمالي بالمخصصات والمقيّدات الكثيرة، وآلا يلزم الإجمال في الآيات ولا يبقى لها ظهور يتمسك به.

أو من جهة أن تلك العمومات والإطلاقات مبتلاة بالتخصيص الأكثر، على ما تقدّم.

وبالجملة، فإنّ مناط الأقوال إنكار العموم والإطلاق في الأدلة، وينحصر الدليل بالإمضاء، وعليه، فلا يجوز التعدي عن اللفظ المتداول الممضى شرعاً إلى غيره.

ولنا في جميع ما ذكر بحث.

أما دعوى أن الآيات في مقام التشريع، فقد قرّرنا في الأصول أن ظاهر حال كلّ متكلم كونه في مقام بيان الحكم الفعلي، ومع الشك فإنّ ذلك مقتضى أصالة البيان، وعليه، فمقتضى القاعدة حمل الكلام على إرادة الحكم الفعلي، إلّا أن يقوم دليل على كونه في مقام التشريع، وعدم الدليل كافٍ للحمل على الحكم الفعلي، ومجرد احتمال لا أثر له.

وأما احتمال كون «اللام» للعهد، فبخلاف ظاهر الكلام كذلك، لأنّ

«البيع» كَلِّي طبيعي، وإذا دخلت اللَّام على الكَلِّي الطبيعي أفادت أنه بما هو ماهية كَلِيَّة مرادٌ للمتكلِّم، وحينئذٍ، فحمل اللَّام على العهد يحتاج إلى قرينة، وعدمها كافٍ للحمل على العموم....
وكذا الكلام في «العقود».

فلاحتمالان مندفعان بعدم الدليل، والظهور في الاطلاق والعموم محكم.

وأما فرضية العلم الإجمالي بالتخصيص، كالبيع الغرري والرئوي وما لا يقدر على تسليمه و... فنقول: إنه من العلم الإجمالي المردّد بين الأقل والأكثر المنفصل، ومقتضى القاعدة المقرّرة فيه هو الأخذ بالقدر المتيقّن وهو الأقل والتمسك في الزائد عنه بالعام والمطلق، فلا شك بعد ذلك في انحلاله، والذي يسري إجماله إلى العام أو المطلق هو غير المنحل.

وأما التخصيص بالأكثر، فهو موهن لا محالة، سواء كان العام مستعملاً في الخاص مجازاً كما عليه القدماء أو في العموم والإرادة الجدّية متعلّقة بما عدا المخصص كما عليه المتأخرون، فالكبرى مسلّمة وتخصيص الأكثر مستهجن على كلّ تقدير، ولكنّ الكلام في الصغرى.

لقد قررنا في الاصول أن تخصيص الأكثر إنما يضرّ بالظهور بناءً على مسلك القدماء، وأما بناءً على ما هو الحق - من أن المطلقات مستعملة في المعاني الحقيقيّة لها وهي الماهيات المطلقة، والخصوصيات القيدية تفاد بالدّوال الشّانوية، فهناك دالّان ومدلولان - فسواء كان المقيد متصلاً أو منفصلاً، فإن المطلق قد استعمل في نفس الطبيعة الكلية، ولا مجازيّة أصلاً، وعليه، فإنّ المقيدّات الكثيرة لا تضرّ بانعقاد الظهور أبداً، لأنّ للمتكلّم أن

يفيد مرامه إلى وقت الحاجة بدوآل متعددة، وفاقاً للشيخ الأعظم الذي قرّر هذا المطلب بأحسن تقرير، وخلافاً للمحقّق الخراساني القائل بانحصار مقام البيان بحال التكلّم، فقد ذكرنا في محلّه أن لا وجه لما ذهب إليه. وبعبارة أخرى: فإن كون المتكلّم في مقام البيان - الذي هو من مقدّمات الإطلااق - مستمرّاً إلى وقت الحاجة، وله أن يبيّن مقصده ومرامه ببيانات ودوآل متعددة.

فظهر أن التقييدات الكثيرة لا تضرّ بظهور الكلام وإفادته للمرام على ما هو التحقيق عند المتأخرين، فإنّ ظهوره محكّم ويرجع إليه فيما عدا ما خرج بالدليل تقييداً من تحت المطلق، والمفروض عدم قيام الدليل على المنع من البيع بالكناية أو المجاز.... هذا كلّه في المطلقات.

إنما الإشكال في العمومات، فإن المفروض كون المستعمل فيه عامّاً، فيضّر تخصيص الأكثر بالعموم لا محالة، لأن «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يقتضي وجوب الوفاء على كلّ متعاملين في كلّ عقدٍ من العقود، لكنّ هناك عقوداً لا يجب عليهما أو على أحدهما الوفاء فيها، كالهبة بغير ذي رحم، وغير المعوّضة وكذا في الوكالة، وفي القرض لا يجب الوفاء على المقرض وفي الرهن كذلك... فالآية مخصّصة بمخصصات كثيرة، لا سيّما بالنظر إلى أفراد العقود الواقعة في الخارج، إذ ما لا يجب الوفاء فيه أكثر ممّا يجب.

وبعبارة أخرى: ليس المراد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عناوين العقود، بل المراد الأفراد الخارجية، فهو عام أفرادى، مثل أكرم العلماء، الذي يعمّ جميع الأفراد، وليس المقصود منه علماء الفقه وعلماء النحو وعلماء

الطب وغيرها من العمومات الأنواعية والأصنافية، لأن ملاك وجوب الإكرام هو حيثية الاتصاف بالعلم، أي فرد كان وبأي عنوان من العناوين، فكذلك «العقود» في الآية، حيث أن وجوب الوفاء مترتب على حيثية العقد بلا نظر لنوعه، من كونه بيعاً أو إجارة أو نكاحاً... وهكذا....

وبالجملة، فلا ريب في أكثرية ما هو خارج مما هو باق تحت العموم.
والتحقيق في الجواب:

إن العام وإن كان أفرادياً والملاك قائم بحيثية «العلم» في مثل: أكرم العلماء، ولكن إن جاء المخصص مخرجاً لعنوان من العناوين، فإن الخارج يكون هو العنوان، فلو قال: أكرم العلماء ثم قال: لا تكرم الصرفيين، خرج هذا العنوان وإن كانت أفراداه أكثر من العلماء في سائر العناوين بأضعاف مضاعفة، وهذا ليس من تخصيص الأكثر المضرّ بظهور العام.

وفيما نحن فيه الأمر كذلك، فإن الخارج من تحت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عناوين قليلة بالنسبة إلى ما يبقى تحته منها، وإن كانت أفراد العناوين الخارجة كثيرة جداً، فمثل هذه التخصيصات لا تضرّ بعموم الآية المباركة والتمسك به.

فتلخص: إن لنا التمسك بإطلاق «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وبعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مضافاً إلى أن لهذه الآية جهة الإطلاق أيضاً، لما ذكرنا في الأصول من أن في العام حيثية الإطلاق إلى جنب حيثية العموم، فإداة العموم تفيد العموم بالنسبة إلى الخصوصيات الأفرادية، وبإطلاقها تفيد الشمول بالنسبة إلى أحوال الأفراد، فقوله: «أكرم كل عالم» يدل على وجوب إكرام جميع أفراد العالم على جميع أحوالهم.

ونتيجة البحث بعد اندفاع الشبهات هو تحكيم العموم والاطلاق في الآيات، فإنَّ اللَّفْظَ - في الكناية - وإنْ كان مستعملاً في المعنى الحقيقي له، ولكنَّ المنشأ المقصود بالأصالة هو البيع، إذ البيع - وهو أمر اعتباري قائم بالنفس - يتجلى باللَّفْظِ الكنائي، وهو كافٍ.

كما أنَّنا لو قلنا في موارد المجازات: بأنَّ اللَّفْظَ غير مستعمل في المعنى المجازي، بل اللَّفْظُ والقرينة معاً يدلَّان على المعنى المقصود، كأن يقال في «رأيت أسداً يرمي» بأنَّ «الأسد» و«يرمي» معاً يدلَّان على الرجل الشجاع، أمكن القول بعدم إنشاء المعنى باللَّفْظِ، وأنَّ القرينة لها دخلٌ في الدلالة عليه، وعليه، فلو كانت القرينة حالية لما تَمَّت الدلالة، فيشترط أن تكون لفظيةً، وهذا ما ذهب إليه الشيخ في المقام.

لكنَّا لا نقول بمدخلة القرينة في الدلالة على المعنى، بل اللَّفْظُ مستعمل واقعاً في الرجل الشجاع، والقرينة «يرمي» قد صَرَفَت اللَّفْظَ عن المعنى الحقيقي الموضوع له وهو الحيوان المفترس، وبذلك ينعقد الظهور لَلَّفْظِ في المعنى المجازي، سواء كانت القرينة حاليةً أو مجازيةً.

وعلى الجملة، فقد أوضحنا دليل القائلين بالاكْتفاء بالقدر المتيقن، أو باعتبار اللَّفْظِ الصريح، أو أنَّ المعبر فقط ما كان متداولاً في عصر المعصوم ووقع موقع الإمضاء، وهو عدم وجود العمومات والإطلاقات، وأثبتنا بعد ذلك العموم أو الاطلاق في الآيات، وتعرَّضنا لمختار الشيخ قدس سره ودليله وبيننا ما فيه.

وأما القول بعدم جواز إنشاء العقد بالكناية، لأنَّ الملزوم المقصود - وهو البيع مثلاً - غير منشأ، فلا يكون للكناية آلية تحقِّق البيع، فقد تقدَّم

الجواب عنه مفصلاً.

وأما التفصيل بين المجاز القريب والبعيد - والمراد من القريب والبعيد، تارة: العلة، لأنها قد تكون قريبة من المعنى الحقيقي وقد تكون بعيدة عنه. واخرى: الاحتياج إلى القرينة، فالقريب ما يحتاج إلى القرينة الواحدة والبعيد ما يحتاج إلى قرائن، وثالثة: الشهرة وغيرها، فالمجاز للقريب هو المشهور والبعيد هو غير المشهور - فالظاهر أنه يبتني على أن المجاز البعيد ليس له ظهور عقلائي، وألاً، فالملاك هو الظهور الحجة، ومع قيامها لا يفرق بين العلة القريبة والبعيدة، ولا بين المجاز المشهور وغير المشهور، ولا بين ما يحتاج إلى القرينة الواحدة وما يحتاج إلى القرائن.

نعم، لا بد من الظهور المعتد به عند العقلاء، بحيث يحتجون به لدى الخصومة، وقد ذكرنا ذلك في بيان المختار.

تفصيل الميرزا النائيني

وقد كان للميرزا الاستاذ تفصيل آخر، وهو بتقرير منّا:

إنه إن أنشأ البيع باللفظ المجازي أو المشترك اللفظي، على أن يكون الإنشاء بنفس اللفظ والقرينة دالة على كونه بنفس اللفظ، أو أنشأ باللفظ المشترك وجاء بالقرينة المعينة لأحد المعنيين، فلا إشكال. أما لو كان إنشاؤه على أن المجموع من اللفظ والقرينة هو الدال على المعنى المقصود، لم يكن مؤثراً، وذلك لأن عناوين المعاملات معانٍ بسيطة، والبسائط دفعية الوجود ولا يعقل التدرج في وجودها.

وأما المشترك المعنوي - وهو على التحقيق: استعمال اللفظ في المعنى

الجامع وفهم الخصوصية بدال آخر - فتارة: يكون المشترك الجامع البعيد، وأخرى: يكون الجامع القريب، والخصوصية تارة: هي متنوعة وأخرى مصنفة، فقال: إن التملك معنى جامع بين تملك العين وهو البيع وتمليك المنفعة وهو الإجارة، وله خصوصيات، فقد يكون تملك بضمان وقد يكون بدون ضمان، وقد يكون بعوض وقد يكون لا بعوض. فالتملك جنس قريب أو نوع، وهذه الخصوصية صنفية خارجة عن ماهيته. فإذا: لو قال: ملكتك هذا، فقد وقع الإنشاء، وتلك الخصوصية خارجة، ولو قال: زوّجتك، فقد أنشأ التزويج، ولكن خصوصية كونه إلى أميد، أو بدون أميد فخارجة عن الماهية.

وعليه، فلو أنشأ البيع بلفظ «التملك» الجنس القريب المشترك بين الخصوصيات، صحّ البيع وتكون القرينة معينة للخصوصية المقصودة. وأما لو أنشأ البيع بلفظ مشترك هو جنس بعيد، كما لو قال: «نقلت»، الذي يعمّ نقل الحجر من مكان إلى مكان، ونقل الإنسان من مكان إلى مكان، ونقل المتاع من مكان إلى مكان، ونقل المال من ملك إلى غيره، كانت الخصوصية البيعية المقصودة مستفادة من دال آخر، وعليه، لم يكن قوله «نقلت» إنشاء للبيع، لأنه إنما يكون إنشاء له إذا قال: «نقلت إلى ملكك» فكانت الدلالة من جهة القرينة، وأما اللفظ المشترك «نقلت» فلم يدل على البيع، فليس إنشاء له.

فهذا وجه التفصيل بين المشترك اللفظي والمعنوي، والتفصيل في المعنوي بين الجنس القريب مثل «ملكك» والجنس البعيد مثل «نقلت»، فالثاني غير محقق للبيع والأول محقق له.

وخلاصة كلامه: إنه وإن كانت عناوين المعاملات مختلفة في النوع، إذ البيع نوع، والإجارة نوع آخر، والهبة نوع ثالث، لكنها مشتركة في الملكية، وهي المعنى الجامع بينها - لكون البيع ملكاً للعين بعوض والهبة ملكاً لها بلا عوض، والإجارة ملكاً للمنفعة - فكانت شبيهة للأصناف بالنسبة إلى النوع الواحد.

وبعبارة أخرى: تارة نلاحظ العناوين بلا جهة جامعة بينها، وأخرى: نلاحظها مندرجة تحت جامع واحد.

قال: إن البسيط دفعي الوجود والتحقق، ولا يعقل التدرجية له في مقام الوجود، وألا يلزم الخلف - فهذا ما أراد إفادته هنا، لأن المعنى البسيط لا بد من صدوره من العلة البسيطة فذاك أمر آخر - وإذا كانت الملكية ماهية مستقلة بسيطة هي بمثابة النوع للأصناف، والخصوصيات المصنفة خارجة عن الماهية، فلو أنشأ هذه الماهية البسيطة الواحدة وكانت خصوصياتها المميزة متدرجة في الإفادة فلا مانع، أما لو أنشأ الجامع البعيد - كما لو قال: بادلت مالي بمالك، المناسب للملكية وغيرها، أو قال «نقلت» المناسب للتملك وغيره كما تقدم - لم تتحقق الملكية، فلو قال بعد ذلك: «بعوض معين» لم تتحقق الملكية كذلك، لعدم إفادتها لها، وإن أراد إنشاء البيع بمجموع «نقلت» و«بعوض معين» لزم التدرج في الوجود، وهو في الأمر البسيط غير معقول.

الجواب عنه

ونقول في الجواب عن التفصيل المذكور إنه:

إن كانت صيغ العقود إيجاداً للملكية العقلية، كما هو الظاهر من

كلماتهم، فما ذكره حق لا محيص عنه، لكون الملكية بسيطةً - بل هي أبسط من المقولات التسع التي هي بسائط في الخارج وإن كانت مركبة بالذقة العقلية في مقام تصوّر ماهيتها - وذلك، لأنها أمر اعتباري، والإعتبار بسيط في جميع شئونه، وقوامه بالاعتبار المحض، والأمر البسيط دفعي الوجود لا يعقل تدرّجه.

وأما بناءً على ما هو الحق من أن الاعتبار أمر قائم بنفس الاعتبار، وهو متعدّد، فتارةً هو البائع بوحده، فإذا قال «بعت» تحقق البيع في اعتباره فقط، ولا وجه لأنّ يقال بأنّ البائع الموجب يوجد الاعتبار العقلاني، بل إن اعتبار العقلاء قائم بنفس العقلاء، فإن كان لهم اعتبارٌ على طبق اعتبار البائع أصبح البيع عقلاً، ثم إن كان للشارع اعتبارٌ على طبق اعتبارهم ترتب الأثر على ذلك الإنشاء شرعاً، وإلا فقد خطأ العقلاء في اعتبارهم.

والحاصل: إنّ هنا اعتبارات، وكلٌّ منها قائم بنفس الاعتبار، من المالك البائع، والعقلاء، والشارع، ولكلٍّ من هذه الاعتبارات أثره المختصُّ به عندما يكون لكلٍّ منها مصحّح.

فظهر: أنه لما أنشأ البائع، فقد أعلن عن اعتباره النفساني، سواء كان إبرازه بلفظ «بعت» أو «ملكيت» أو «نقلت»، لأن اللفظ موجدٌ للملكية حتى يقال بأنّها أمر بسيط ولا يعقل تدرّجه في الوجود، وإنما الحاصل تجلّي البسيط الناشئ في النفس، والتدرّج في التجلّي والإظهار لا مانع منه.

وعلى الجملة: فإنّ هذا التفصيل مبنيٌّ على أن الألفاظ أسباب وآلات لوجود البيع وغيره من الأمور الاعتبارية العقلية، كما عليه المشهور، وقد عرفت أنّ المبنى غير صحيح.

وغاية ما يمكن أن يقال: إنَّ العقلاء قد اعتبروا الآلية للألفاظ لتحقق تلك الأمور الاعتبارية، لأنها آلات حقيقة، وعليه، فلا مانع من اعتبار الآلية للمركب التدريجي.

وعلى كل حال، فالتفصيل المزبور ساقط [١].

[١] أقول: إنَّ التفصيل المذكور موجود في كلا تقريري بحث الميرزا النائيي بألفاظٍ متقاربة^(١)، وأنا ذاكر خلاصة ما جاء في منية الطالب، ليظهر الفرق بين تقريرهما وتقرير السيد الجدّ، رحمهم الله:

أما مقدّمات المطلب، فهذه خلاصة كلّ واحدة منها:

الأولى: إنه لو شك في صدق عنوان من عناوين العقود والايقاعات على لفظ صادر من الموجب والقابل أو الموقع، فأصالة الفساد تقتضي عدم صحته. وأمّا مع صدق العنوان عليه عرفاً فمقتضى الإطلاقات والعمومات عدم اعتبار ما شك في شرطيته في مادة العقود والايقاعات أو هينتهما.

نعم، لو منع من صدق البيع عرفاً على ما إذا أنشأ بغير لفظ الماضي أو بما إذا لم يكن بين الإيجاب والقبول موالاة أو بما أنشأ بالكناية ونحوها أو ادّعى الإنصراف عنها، فلا يفيد الإطلاق.

الثانية: لا شبهة في الفرق بين الحكايات والإيجادات، فإنَّ الحكايات لا يتعلق غرض بها إلا إظهار ما في الضمير والقاء المقصود إلى المخاطب، فكُلّ لفظ لم يكن خارجاً عن أسلوب المحاور، يصحّ إظهار ما في الضمير به، سواء كان الاستعمال حقيقة أم مجازاً صريحاً أم كناية، كانت قرينة المجاز حالية أو مقالية، كان المجاز بعيداً

(١) منية الطالب ١٠٤/١-١٠٧، المكاسب والبيع ٢٧٦/١.

أو قريباً، وهذا بخلاف الإيجادات، فإنها لا توجد إلّا بما هو آلة لإيجادها ومصادقاً لعنوانها، فلو لم يكن شيء، مصداقاً لعنوان وآلة لإيجاده بل كان للآلة أو ملازمه، لم يوجد الملزوم أو الملازم الآخر به، وإن كان الغرض من إيجاد الآلة أو الملازم إيجاد الملزوم أو الملازم الآخر بحيث كان هو المقصود الأصلي، إذ لا عبرة بالدواعي والأغراض في الإيجادات، فلو قصد البيع وأتى بغير ما هو مصداقه فلا أثر له.

الثالثة: لا شبهة في أنّ البيع بل كلّ عنوان من عناوين العقود والإيقاعات، عنوان بسيط ليس مركّباً من الجنس والفصل، فإذا كان بسيطاً فلا يمكن إيجاد هذا المعنى تدرجاً، بل إما أن يتحقق أنا أو لا يتحقق أصلاً، بل المركب من الجنس والفصل أيضاً لا يمكن أن يوجد تدرجاً، فإنّ تحصّل الجنس إنّما هو بالفصل وتحقّق الهيولى إنّما هو بالصورة، فلا يعقل أن يوجد المادة أولاً ثم الصورة. فإذا كان هذا حال المركب الخارجي فكيف بما هو بسيط وما به امتيازه عين ما به اشتراكه، فإنّ السواد الشديد بعين ما هو لون يكون سواداً أو بعين ما هو سواد يكون شديداً، وهكذا التملك البيعي والقرضيّ ونحوهما من الهبة والاجارة، يكون التملك في كلّ منها بعين كونه بيعاً أو قرضاً أو نحوهما، أي لا يكون التملك في البيع جنساً وبيعته فصلاً بل هو بيع بعين كونه تملكاً، بل لا شبهة أنّ التملك ليس شيئاً والبيع شيئاً آخر، وإن قلنا بأنّ كلّ واحد من هذه الأمور الأربعة مباين في السنج مع الآخر، مضافاً إلى أنّ التملك في جميع هذه الأمور أمر واحد، وإنما الاختلاف بينها كالاختلاف بين أفراد البيع. وعلى أي حال، المعنى المنشأ بلفظ بعث أمر بسيط ليس مركّباً من الجنس والفصل، ولا يمكن أن يوجد تدرجاً كتدرجيّة الباء والعين والناء.

وبعد هذه المقدمات (قال) يقع البحث تارةً في صحّة إنشاء العناوين بالكنايات، واخرى بالمجازات، وثالثة بالمشترك اللفظي، ورابعة بالمشترك المعنوي. أما كلامه في الكنايات، فقد تقدّم.

قال: وأما صحّته بالمجاز، فإن كان مجازاً مشهوراً، فالأقوى كفايته دون ما لم يكن كذلك، وذلك لأنّ الشبهة توجب أن لا يحمل اللفظ على معناه الحقيقي أو المجازي، إلّا بانضمام قرينة معيّنة لأحدهما، فعدم حمله على معناه الحقيقي بمجرّد التلفّظ يجدي في وقوعه ولا يلزم إيجاد عنوان البسيط تدريجاً، وهذا بخلاف المجاز الغير المشهور، فإنّه يحتاج إلى قرينة صارفة أيضاً، فحاله أردء من الكناية، لأنّ ما يوجد به بحسب الدلالة التّصوريّة هو معناه الحقيقي وبحسب الدلالة التّصديقيّة معناه المجازي فيتناقضان، وليس باب الإيجاد كباب الحكاية كما عرفت، ولذا قال المشهور بأنّ بعثك بلا نمن وأجرتك بلا اجرة لا يفيدان فائدة الهبة الصّحيحة والعارية كذلك، وليس ذلك مع أنّ القرينة الصّارفة مقرونة باللفظ إلّا لأنّ ما اوجد أولاً بلا مجيئ القرينة كان معانداً لما اوجد ثانياً، ولا يمكن إرجاع ما اوجد عمّا هو عليه في الإيجاديات وإنّ أمكن في الحكايات. نعم، لو قيل بأنّ في باب المجاز لا ينشأ بالقرينة شيء حتى يكون بين القرينة وذي القرينة تناقض، بل عنوان العقد ينشأ بنفس ذي القرينة، والقرينة كاشفة عن المعنى المقصود من ذي القرينة، ولذا التزمنا بصحّة إنشاء العناوين بالمجازات، لصحّ إنشاؤها بالمجاز الغير المشهور أيضاً، سواء كانت قرينته حالية أو مقاليّة، إلّا أن يمنع كون المجاز الغير المشهور آلة لإيجاد العنوان الذي قصد إيجاده عرفاً، فإنّ مجرّد قصد العنوان من اللفظ مع عدم كون اللفظ آلة لإيجاده لا أثر له، فإنّه في حكم القصد

المجرد، ولذا قلنا في أول المعاطاة بالفرق بين الفعل واللفظ، وإن الفعل لو قصد به التملك يقع به وإن كان مصداقاً للتسليط، وهذا بخلاف قوله سلطتك، وذلك، لأن التسليط الخارجي لو قصد منه البيع يصير مصداقاً لهذا العنوان، لقيام السيرة عليه دون التسليط اللفظي.

وأما صحته بالمشترك اللفظي، فلو كان هناك لفظ مشترك لفظاً بين عنوان عقدين أو عقود، كاشتراك لفظ الشراء بين البيع والاشتراء، فلا مانع عن إنشائه به، لأنه لا يوجب تعيين معناه بالقرينة المعينة أن يوجد العنوان بالقرينة حتى يلزم تدرجية المعنى البسيط، بل العنوان ينشأ بنفس اللفظ والقرينة كاشفة عن وقوع اللفظ في مقام إنشاء هذا العنوان، إلا أن يقال: إن القرينة متمم المراد والمعنى يستفاد من مجموع القرينة وذبيها، كاستفادة موضوع الحكم في العام المخصص من مجموع العام والخاص.

وأما صحته بالمشترك المعنوي، فلو كان مشتركاً بين العقود التملكية كملكت صح إنشاءها به، ويتعين كل واحد من العناوين المقصودة بالقرينة المكتتفة به، ولا يلزم إشكال إيجاد الأمر البسيط تدريجاً، لأنه لو فرض أن البيع والقرض والهبة والإجارة مفيدة للتمليك والتملك الحاصل بكل منها حاصل بعين ذلك العنوان لا بغيره فلا يلزم التدرجية، فإن البيع بما هو بيع تملك وهكذا الهبة بما أنها هبة تملك، والخصوصيات الخارجية ككون البيع بعوض معين والهبة بلا عوض كالخصوصيات اللاحقة لأفراد البيع، فكما أن هذه الخصوصية لا توجب اختلافاً في حقيقة البيع ولا تضر ببساطته فإن معنى بساطته بساطة أصل الحقيقة لا مع الشروط المذكورة فيه ولا مع بيان عوضه ومعوّضه ونسيته، فكذلك تلك الخصوصية. ولو كان مشتركاً بين العقود التملكية وغيرها من النقل الخارجي كلفظ نقلت، فلا يصح إنشاء التملك

قال الشيخ:

ومع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، وأنه لا يجوز بالألفاظ المجازية، خصوصاً مع تعميمها للقريبة والبعيدة كما تقدم عن بعض المحققين. ولعلّه لما عرفت من تنافي... جمع المحقق الثاني... بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، وهو جمع حسن، ولعلّ الأولى.... أقول:

أخرج المحقق الثاني المجاز البعيد، وأخرج الشيخ المجاز ذي القرينة الحالية، ويسري ذلك إلى المشترك ذي القرينة الحالية. ثم إن جمع الشيخ وإن كان أحسن من جمع المحقق الثاني كما أفاد، لكن الإنصاف أنه مخالف لظواهر كلمات الفقهاء، وقد قدّمنا أنه لا فرق في القرينة بين الحالية واللفظية، لكونها صارفةً عن المعنى الحقيقي، لا دخيلةً في الدلالة على المعنى المقصود.

وتحصّل مما ذكرنا: أنّ المناط قيام الحجة على مضمون العقد، سواء كان صريحاً أو ظاهراً، وسواء كان الظهور بالدلالة المطابقة أو الالتزامية، وسواء كان بالمجاز القريب أو البعيد، وسواء كان بالمشارك اللفظي أو المعنوي، القريب أو البعيد، وسواء كانت القرينة الحالية أو قولية، أو غير ذلك.

العقدي به، لأن ما به امتياز النقل الخارجي عن النقل الاعتباري ليس بعين ما به اشتراكهما، فلا يمكن إنشاء تمام معنى البسيط به، بل ينشأ الجنس العالي أولاً ثم يميز بالفصل، فيلزم التدريجية في الوجود.

نعم، يُعتبر أن تكون الحجة مما يحتج به العقلاء كلهم في محاوراتهم وخصوماتهم، ولا تختص بالشخص وحده.

وذلك، لأنه لما فرض صدق عنوان البيع - مثلاً - عليه بالحمل الشائع الصناعي، فإنه سيكون صغرى للعمومات والإطلاقات، والتي قد عرفت اندفاع الإشكالات عنها.

في ألفاظ الإيجاب والقبول

منها: لفظ «بعث»

قال الشيخ:

منها: لفظ «بعث» في الإيجاب، ولا خلاف فيه فتوىً ونصاً، وهو وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء، لكن كثرة استعماله في البيع وصلت إلى حد تغنيه عن القرينة.

أقول:

ما ذكره من كون البيع من الأضداد موجود في غالب الكتب اللغوية، وقد ظفرت في اثنين منها بزيادة:

أحدهما: المفردات للراغب فإنه يقول: «الشراء والبيع يتلازمان، فالمشتري دافع الثمن وأخذ المثل، والبائع دافع المثل وأخذ الثمن، هذا إذا كانت المبيعة والمشاركة بناض وسلعة، وأما إذا كانت بيع سلعة بسلعة صح أن يتصور كل واحد منهما مشترياً وبائعاً، ومن هذا الوجه صار لفظ البيع والشراء يستعمل كل منهما في موضع الآخر»^(١).

وظاهر كلامه التفصيل.

والثاني: المصباح المنير فقال: «والبيع من الأضداد مثل الشراء، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، ولكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى

(١) المفردات في غريب القرآن: ٢٦٠ «شري».

الذهن بأذل السلعة»^(١).

وستتكلّم فيما بعد على هاتين الكلمتين.
وأما قول الشيخ: بأن كثرة الاستعمال تغنيه عن القرينة، ففيه بحث، وذلك:

لأنه تارة: تبلغ كثرة الاستعمال باللفظ إلى الحقيقة العرفية، فتكون حقيقة ثانوية، ويخرج اللفظ من الاشتراك إلى التعيين.

وأخرى: لا يكون كذلك، بل يشتهر استعمال اللفظ في أحد المعنيين، فيكون المراد من ذلك: شهرة الاستعمال، وفي ذلك إشكال تعرّض له بعض أكابر الأصوليين كصاحب الفصول أو المحقق القمي في قولهم: المجاز المشهور مقدّم على الحقيقة، فقال: لا وجه له [١].

ولكن يمكن أن يقال هنا:

إن كثرة الاستعمال وشهرته يُوجب أنس ذهن السامع بذلك المعنى المشتهر فيه، فلو كان المتكلّم في مقام البيان ولا يريد ذلك المعنى المستأنس، لزم عليه أن ينصّ على نفيه أو يقيم قرينة، فلولم يفعل ذلك ولم

[١] وقد تعرّضوا لهذه المسألة في فصل الحقيقة والمجاز من مباحث الألفاظ، وخلاصة الكلام فيها: إنه لما كان التبادر من علائم الحقيقة، فهل يلزم أن يكون من حاقّ اللفظ أو يكفي كونه بمعونة القرينة أيضاً كما في المجاز المشهور، حيث أنه يتبادر منه المعنى المجازي بسبب الشهرة؟ ثم لو دار الأمر بين حمل اللفظ على المعنى الحقيقي لأصالة الحقيقة أو المجازي للتبادر على ما ذكر، فما هو مقتضى القاعدة؟

ينبّه عليه وأطلق الكلام، كانت قرينة الحكمة معيّنة لإرادة ذلك المعنى المشتهر، ولعلّ هذا هو مراد صاحب المصباح من التبادر.

وثالثة: لو فرض قابليّة «بعت هذا بهذا» للبيع والشراء معاً، لكنّ الإشارة الخارجيّة توجب التعيّن، لأنّ المشتري يقول: «شريت هذا بهذا»، ولا يكون المقصود من «هذا» ملكه، بل ملكه هو مدخول الباء، ويشهد بذلك كلام الراغب المتقدّم.

والذي يؤيد حصول الحقيقة العرفية للفظ «بعت» في المعنى المقابل للشراء: أنا لم نجد استعمال «البيع» في الشراء لا في القرآن المجيد ولا في الأخبار والخطب والاستعمالات الفصيحة، ولو وجد فهو نادر جداً.

وفي مجمع البحرين: «ويقال: البيع الشراء والشراء البيع، لأن أحدهما مربوط الآخر... وفي الحديث: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، يريد بهما البائع والمشتري، فإنه يقال لكلّ منهما بيع وبائع... وفي الخبر: لا يبيع أحدكم على بيع أخيه أي: لا يشتري على شراء أخيه، والنهي إنما وقع على المشتري لا البائع»^(١).

لكنّ الإنصاف: أن «البيعان» من باب التغليب، كما أنّ ما ذكره في معنى الخبر خلاف الظاهر، إذ الظاهر أنّ لا يدخل الإنسان في البيع المتعلّق للغير.

ثم إنّ السيد ذكر في الحاشية: «يمكن أن يقال إنه مشترك معنوي بين البيع والشراء... فيكون بمعنى التملك بعوض»^(٢).

وتقريب كلامه: إن الأمر كلّه بيد البائع، فهو يملك ماله وينقله إلى الغير ويدخل ملك الغير في ملكه، والذي يفعله المشتري هو المطاوعة لما فعله

(١) مجمع البحرين ٣٠٣/٤ «بيع».

(٢) حاشية المكاسب ١/٢١٤.

البائع، وقبوله سبب لأن يكون ماله ملكاً للبائع ويتحقق ملكيته لماله، فكل منهما يملك بعوض، لكن الذي يصدر من البائع هو التملك الصريح ومن المشتري هو التملك الضمني.
لكن فيه:

إن معنى التملك بعوض هو إنشاء الملكية، وهذا لا يكون إلا من البائع، أما المشتري فلا ينشأ، فليس لفظ «البيع» مشتركاً معنوياً، بل هو مشترك لفظي بين الضدين كما ذكر اللغويون، ولعله لذا أمر بالتدبر.
وعلى الجملة، فإن لفظ البيع مشترك لفظي بين الضدين، وأورد كلمات اللغويين، ومتى قالوا في كلمة أنها من الأضداد، فالمراد هو الاشتراك اللفظي، واحتمال كونه مشتركاً معنوياً وكل من البيع والشراء مصداق، قد تقدم ما فيه بعد تقريره، وحاصله: إن المشتري لا ينشأ تملك الثمن، وإنما يقبل ما فعله البائع وهو إدخال ملك المشتري إلى ملكه.
فإن قلت:

مطابقة المشتري للبائع إنما تصدق بأن يفعل ما فعله، فكما ملك ذاك يملك هذا، غير أن البائع يملك المثلث ويتملك الثمن والمشتري يتملك المثلث بعوض، فكل منهما مملك غير أن ذاك يملك الغير والمشتري يملك نفسه، فهما مشتركان في الجامع وهو التملك بعوض.
قلت:

معنى «التمليك بعوض» هو إنشاء تملك الغير بعوض يقبضه، وما يفعله المشتري: تملك لنفس بعوض يدفعه، ولذا، فإن البيع تملك بالعوض، والشراء تملك بالعوض، ولا جامع بينهما.

منها: لفظ «شريت»

قال الشيخ:

ومنها: لفظ «شريت»، فلا إشكال في وقوع البيع به، لوضعه له كما يظهر من المحكي عن بعض أهل اللغة، بل قيل: لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع. وعن القاموس....

أقول:

قال في القاموس: «شراه يشريه، ملكه بالبيع، وباعه كاشتره، فهما ضدان»^(١).

وفي المصباح المنير: «المتاع أشريه إذا أخذته بثمان أو أعطيته بثمان، فهو من الأضداد»^(٢).

وفي مجمع البحرين: «شريت الشيء أشريه شري وشراء، إذا بعته وإذا اشتريته أيضاً، وهو من الأضداد»^(٣).

والقائل بأنه لم يستعمل في القرآن إلا في البيع هو السيد بحر العلوم^(٤).

قال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ...﴾^(٥).

وقال: ﴿الَّذِينَ يَشْتَرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا...﴾^(٦).

(١) القاموس المحيط ٤ / ٣٤٧.

(٢) المصباح المنير: ٣١٢ «شريت».

(٣) مجمع البحرين ١ / ٢٤٥.

(٤) مفتاح الكرامة ١٢ / ٤٩٥.

(٥) سورة يوسف: ٢٠.

(٦) سورة النساء: ٧٤.

وقال: ﴿يَسْمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ...﴾^(١).

قال الشيخ:

وربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفاً في البيع، وكونه محتاجاً إلى القرينة المعينة، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلام القدماء. ولا يخلو عن وجه. أقول:

ذكر ثلاثة أمور (١) قلة الاستعمال (٢) يحتاج إلى القرينة (٣) في الأخبار وكلمات القدماء لم يذكر الشراء بمعنى البيع.

وكيف يقول في الأول «لا إشكال» ثم يقول: «لا يخلو من وجه»؟

أما قلة الإستعمال، فإن أراد المستشكل أن قلة استعمال لفظ الشراء في البيع قد أدّى إلى هجر هذا المعنى، وتعين اللفظ في المعنى المقابل، فتلك دعوى عليه إثباتها، مع أن هذا اللفظ لم يستعمل في القرآن إلا في البيع كما ذكر.

وإن أراد أن استعماله في البيع قليل بالنسبة إلى المعنى الآخر، فإن هذا إنما يثمر في مقام الشهادة أو الإقرار، فإنه إذا شهد بأن زيداً باع المتاع بثمن كذا، أو أقر على نفسه بأنه قد باع المتاع بكذا ثمن، يقع الإشكال في مراده من «البيع»، وأما في مقام البيع والشراء فلا ثمرة لهذا الكلام، إذ يعتبر في البيع عدم الغرر، وذلك يتحقق بتعريف البائع للمثمن والمشتري للثمن، فيُعرفان معرفة رافعة للغرر، وإذا وجدت هذه القرائن وحصل التعريف منهما لما بأيديهما ثم قال البائع: شريت هذا المتاع بكذا، لم يقع الشك في المراد من

لفظ البيع، ولا تؤثر قلة استعماله في هذا المعنى، وتحقق التعيين.

وأما الاحتياج إلى القرينة، فقد تقدم أن ذلك غير مضر.

نعم، لو كانت الصراحة في ألفاظ البيع شرطاً لصحته، لكان لما ذكر وجه، ولكننا قدمنا أن المناط هو حجية اللفظ، سواء كان صريحاً أو ظاهراً بقرينة معينة.

وأما القول بعدم ورود لفظ الشراء بمعنى البيع في الأخبار وكلمات الفقهاء، فغريب، بعد ورود هذا اللفظ للمعنى المذكور في اللغة وتصريح اللغويين بذلك.

وتلخص: لو أن أحداً قال في مقام إيجاب البيع: شريت هذا بكذا، ترتب عليه الأثر، لأن الاستعمال حقيقي، وعلى فرض العدم، فالظهور الحالي والمقامي الحاصل من القرائن - كما ذكرنا - كاف.

منها: لفظ «ملكت»

قال الشيخ:

ومنها: لفظ «ملكت» بالتشديد، والأكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق عليه....

أقول:

كأنه لا خلاف بينهم في تحقق البيع بلفظ ملكت، حتى من القائلين باعتبار الصراحة في اللفظ وضرورة كون الإيجاب في كل معاملة بعنوانها. وأما بناءً على عدم اعتبارها - كما هو المختار - فلا مجال للإشكال في كفاية قوله: ملكت هذا المتاع بكذا.

ثم قال الشيخ:

ويدلّ عليه ما سبق في تعريف البيع: من أنّ التملك بالمعوض المنحلّ إلى مبادلة العين بالمال هو المراد للبيع عرفاً ولغة.

والظاهر أنه مسامحة في التعبير، لأنّ معنى الترادف أنّ يكون الموضوع له لفظ «البيع» هو «التمليك بعوض» أي مركّباً، والحال أنّ معناه وحداني بسيط، والبرهان عليه أنه لو لم يكن كذلك يلزم أن يكون قوله: «بعت المتاع بثمن» مجازاً، لكون البيع مستعملاً في بعض الموضوع له، وهذا ممّا لا يلتزم به أحد.

ولا يتوهم إن «بعت» موضوع للمعنى التركيبي، أعني «التمليك بعوض» على إطلاقه بنحو الإبهام، وأنّ قوله بعد ذلك: المتاع بدراهم - مثلاً - تكرار لرفع الإبهام.

لأنّه فاسدٌ، لأنّ تكرار المبهم والمجمل من أجل البيان، يفتقر إلى كلمة «أي» التفسيرية وما يفيد مفادها مثل كلمة «أعني».

فالحقيقة هي: إن «البيع» موضوع لتمليك خاص، بنحو أنّ التقيد جزء والقيد خارجي، أي: إنّ التملك بقيد تعلّقه بعوض، على أنّ يكون القيد خارجاً عن المفهوم الموضوع له والتقيد به داخلاً فيه.

ثم ذكر الشيخ:

ما قيل: من أن التملك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها.

فيه....

فأجاب: بأنّ هذا التبادر حاصل من الإطلاق والتجرد لا من حاق

اللفظ....

فكأن المايـز بين الهبة والبيع هو النفي والإثبات، فإن ذكر العوض كان بيعاً وإلا فهو هبة، فيكون مجرد عدم ذكره -مع كونه في مقام البيان- قرينة على إرادة الهبة، فلا يتبادر الهبة من لفظ الملكية والتملك، حتى يقال بأن استعمال هذا اللفظ في البيع مجاز.

ثم قال:

إن تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة بنيت صحة العقد على صحة عقد بلفظ غيره مع النية.

أقول:

إن هذا الكلام ناظر إلى قول السيد بحر العلوم: «يشكل الإيجاب بصيغة ملكت... ولا يجدي ذكر العين والعوض، لأن تملكها به قد يكون بالهبة والصلح، إلا إذا قيده البائع به».

وقول صاحب الجواهر تبعاً له: ودعوى كونها حقيقة في التملك مجاناً، واضحة المنع. نعم، قد يشكل ذلك باحتمال غير البيع وإن كان نصاً في الإيجاب، ولا يجدي ذكر العين والعوض لأن تملكها به قد يكون بالهبة والصلح فلا يتعين بيعاً. لكن قد يدفعه التزام تقييده بالبيع فلا إشكال حينئذ، ولعله بذلك يرتفع النزاع...^(١).

فالشيخ يقول بالتعين.

فأشكل عليه السيد:

«أقول: لا فرق بين الهبة المجانية والمعوضة في كونهما من التملك

حقيقةً، وإنما الفرق ذكر العوض وعدمه، فدعوى أن استعماله في خصوص الهبة المعوضة مبني على صحة عقد بلفظ غيره. نعم، في المصالحة يمكن أن يقال بالابتناء المذكور، لعدم دلالة لفظ ملكت على معنى المسالمة المعتبرة في حقيقة الصلح. فتدبر^(١).

وحاصله: الإشكال على ما ذكره الشيخ في الهبة، لأنه إن قال كذلك في الهبة - مطلقاً - لم يكن بلفظ غيره، لأن الهبة تمليك، أما في الصلح فهو موافق للشيخ، لأن الصلح هو المسالمة، فلو صالح بلفظ التمليك كان بلفظ غيره. وهذا الإشكال وإن كان متوجهاً لظاهر عبارة الشيخ، إلا أنه غفلة عن أنه ناظر إلى كلام صاحب الجواهر كما ذكرنا، ولو راجع السيد الجواهر عند كتابته الحاشية هنا لما كتبها.

ثم إن قول السيد: بأن: «ملكك المتاع» وإرادة الهبة استعمالاً حقيقياً. فيه: أنا لو قطعنا النظر عن كون «الباء» للمقابلة دخلت على شيء مجعول بدلاً، كان الحق معه. وبعبارة أخرى: إنه إن قال: «ملكك بعوض» وأراد التمليك مع جعل العوض، سواء كان العوض بدلاً عن المعوض أو عن التمليك، ففي هذه الحالة يصح ما ذكره، لكن هذه الجملة ظاهرة في أن العوض بدلاً عن المبدل لأنه عوض عن التمليك، أما الهبة المعوضة فهي عوض يملك لأنه يبدل، ومع هذا الظهور، لا مجال لإشكال السيد رحمه الله.

الكلام في لفظ «اشتريت»

قال الشيخ:

وأما الإيجاب به «اشتريت» ففي مفتاح الكرامة أنه قد يقال بصحته... لكن الإشكال المتقدم في «شريت» أولى بالجرى هنا... ودفع الإشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه... غير صحيح....

أقول:

الظاهر ورود هذه الصيغة في مقام الإيجاب، كما في مجمع البحرين من أنه: يقال: البيع الشراء والشراء البيع^(١)، وهو منقول عن شرح القاموس^(٢)، وقد قيل في قوله تعالى ﴿بَشَرْنَا نَنَسَرُوا بِهِ أَنْفُسُهُمْ﴾^(٣): أي: باعوا أنفسهم^(٤)، لأن نفس الإنسان بيده لا بيد الغير حتى تشتري.

ولكن الشيخ أشكل بأن استعمال اشتريت في موضع بعث نادر بل أنه غير معهود، ولو قيل بأن تقديم اشتريت على قبلت قرينة على إرادة البيع، فهي قرينة حالية، وقد تقدم اشتراط كونها لفظية. إلا أن يقال بكفاية استفادة المراد ولو بقرينة غير لفظية... وهو مشكل.

أقول:

قد ظهر مما تقدم: أن المناط في المعاملة صراحة اللفظ أو ظهوره ولو

(١) مجمع البحرين ٤/ ٣٠٣: بيع.

(٢) تاج العروس ٥/ ٣٨٤: بيع.

(٣) سورة البقرة: ٩٠.

(٤) مجمع البحرين ١/ ٢٤٤.

بمعونة القرينة، حالية أو لفظية، وعليه، فلا إشكال في المقام.

وقد أشكل بعض الأكابر^(١): بأن الاشتراء من باب الافتعال، وهي هيئة موضوعة لمطاوعة فعل الغير، فلا وجه لاستعمال اشتريت في موضع بعث، لأنه بمعنى طاوعت فعل الغير، فهو متمحض في القبول.

لكن المتراءى من الاستعمالات هو: أن هيئة «افتعل» ليست للمطاوعة، بل هي موضوعة لاتخاذ المبدء، إما أن يتصف به مثل اختفى واحتبس، وإما أن يصدر منه مثل اكتسب، وإما أن يصدر من الغير مثل ابتاع وأتهب.

وأيضاً، فقد تقدّم مجئ «شرى» بمعنى «باع»، وقد استعمل كذلك في الكتاب في قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ بل هو بهذا المعنى في كل موارد على ما أفاده السيد بحر العلوم، فلم لا يكون «اشترى» بمعنى «باع» كذلك؟

إلا أنه يمكن الإشكال من جهة أخرى، وذلك:

إن من وظائف العقلاء حفظ النظام الإنساني وصيانة المجتمع من النزاع والتخاصم، والشارع أيضاً يأمر بذلك ويؤكد عليه، فعلى هذا، فإن ما كان من الألفاظ بعيداً عن الاستعمالات المعهودة والانتقالات الذهنية المتعارفة، بحيث تكون منشأً للتشاجر والتنازع بين الناس، لا يكون مورداً للاعتبار العقلاني والشرعي، وكون «اشتريت» بمعنى «بعث» من هذا القبيل غير بعيد. وعلى هذا، ففي الإيجاب بلفظ «اشتريت» إشكال، وقوله تعالى: ﴿بِثْمَانَا﴾

(١) المحقق الإصفهاني في حاشية المكاسب ١/ ٢٧٢.

اشْتَرَوْا...» يحتمل قوياً أن يكون بمعنى اشترى كل منهم نفس الآخر [١]،
لا بمعنى باعوا أنفسهم... والله العالم.
هذا تمام الكلام في ألفاظ الإيجاب.

القبول بلفظ «قبلت» ونحوه

قال الشيخ:

وأما القبول، فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ «قبلت» و«رضيت»
و«اشتريت» و«ابتعت» و«تملكت» و«ملكتم» مخففاً.
أقول:

وحكي عن صاحب المسالك وغيره: أن الأصل في القبول هو «قبلت»
والصينغ الأخرى بدل عنه.

[١] وفي مصباح الفقاهة: إن الإزراء والتوبيخ في الآية المباركة ليس على كل
واحد من اليهود مع قطع النظر عن غيره لكي يتوهم أن لا معنى لنسبة الإشتراء إليهم إلا
بإرادة البيع، وأن كل فرد منهم قد باع نفسه بالكفر والزندقة، بل الإزراء والتوبيخ راجع
إلى جميعهم بلحاظ معاملة بعضهم مع بعض، حيث اشترى جمع منهم دين جمع آخر
بشمن بخس، فصار كل واحد منهم بائعاً من جهة ومشترياً من جهة أخرى.
فلا دلالة في الآية على إرادة البيع من الإشتراء، بل يمكن أن يراد من لفظ الإشتراء
فيها معناه المتعارف. (١)

قلت: وعلى فرضه، فلا إشكال في تحقق القبول بها.
إنما الكلام في مثل: «أمضيت» ونحوه، قال الشيخ:

الكلام في القبول بلفظ «أمضيت» ونحوه

ثم إن في انعقاد القبول بلفظ «الإمضاء» و«الإجازة» و«الإنفاذ» وشبهها وجهين.

وظاهره الإشكال.

فقال السيد:

«الظاهر أن وجه الاشكال استعمال هذه الألفاظ غالباً في مقام إمضاء العقد الواقع مع إيجابه وقبوله كما في إجازة الفضولي... ولكن الحق كفايتها في القبول بعد مساعدة معناها عليه، إذ لا فرق بينها وبين لفظ رضيت كما لا يخفى»^(١).

وأشكل شيخنا الاستاذ بوجهين، الأول:

إن «أمضيت» ونحوه ألفاظ تفيد ترتب الأثر، وترتب الأثر متأخر رتبة عن المقتضي والسبب، ولولا المقتضي فلا أثر ولا ترتب للأثر. هذا من جهة. ومن جهة أخرى: «المضي» و«الإمضاء» مثل «الوجود» و«الايجاد» واحد حقيقةً واثنان اعتباراً.

وعليه، فإذا كان المضي في الرتبة المتأخرة فالإمضاء كذلك، فلا يكون الإمضاء في مرتبة المقتضي، حتى يكون حكم «أمضيت» حكم «رضيت»

حقيقةً، كما ذكر السيد.

نعم، يمكن أن يكون كنايةً، لأنَّ «المضي» من لوازم تمامية المقتضي، وتاميته بـ«قبلت»، فله أن يقول «أمضيت» كناية عن «قبلت» من باب ذكر اللازم وإرادة الملزوم.

والثاني: إن المفروض كون «أمضيت» ونحوه إنشاءً لجزء السبب، ولكنها أمور متزعة من مقام المسبب، فكيف يعقل أن ينشأ بها السبب؟ وتحصل: استحالة أن يكون «أمضيت» بمنزلة «قبلت» و«رضيت» على وجه الحقيقة، نعم، لا مانع من ذلك على وجه الكناية^(١) [١].

[١] أقول: ظاهر سكوته طاب ثراه على كلام شيخه قبله، لكنَّ المحقق الخوئي اعترضه بقوله: «ويرد عليه: أن المعاملة الفضولية والإيجاب الساذج سيان في عدم تأثيرهما في المنشأ مع قطع النظر عن الإمضاء والإجازة والإنفاذ، ففعليّة التأثير فيهما تتوقف على تحقّق الإجازة والقبول، فكما لا مانع من تتميم العقد الفضولي وإضافته إلى نفسه بالألفاظ المذكورة، كذلك لا مانع من قبول الإيجاب بها، وعليه، فيكون مضيّ العقد ونفوذه بنفسه أمضيت وأنفذت وأجزت في كلا المقامين...»^(٢).

ولكنَّ الملاحظ وجود الفرق بين المقامين، ففي مورد الفضولي عقد تام محقّق إلّا أنه صادر من غير المالك، فإجازته وإنفاذه يوجب إضافته إليه ويترتب عليه الأثر، بخلاف المقام، فإنَّ القبول جزء للعقد وبه يتحقّق. وبما ذكرنا ظهر ما في تعبيره عن الإجازة في بيع الفضولي بـ«تتميم العقد».

(١) حاشية المكاسب ١ / ٢٧٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٣ / ٢٨.

فرع

حكم ما لو أوقعا العقد بلفظ مشترك ثم اختلفا

قال الشيخ:

لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول، ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل، أما بناءً على جواز تقديم القبول وإما من جهة اختلافهما في المتقدم، فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع والاشتراء على واحدٍ منهما.

أقول:

لو تلفظ كلاهما بلفظ مشترك ولا مايز - كأن يكون ما بيد أحدهما نقداً فيفهم أنه المشتري - فقالا: «شريت» مثلاً، فادعى كل منهما أنه البائع مثلاً، أو ادعى كل منهما أنه المتقدم ولا يبين له على دعواه بناءً على وجوب تقدم الإيجاب على القبول، أما بناءً على جوازه، فيقع النزاع ولا أثر للبيئة، لأنه تابع للقصد ولا يعلم إلا من قبله، فما هو الحكم الرافع للنزاع؟

بل يقع النزاع مع وقوع الألفاظ المختصة أيضاً، فيقول أحدهما «بعت» والآخر «قبلت»، ثم يدعي كل منهما أنه القائل «بعت».

قال الشيخ: لا يبعد الحكم بالتحالف.

وأقول:

إن كان ميزان الترافع أن يدعي كل شيئاً لنفسه فينكر دعوى الآخر بالملازمة، فالمورد مصداق له، وحكم التداعي هو التحالف وإذا حلفا

تساقطاً. وأما إن كان الميزان هو الأثر - لا مجرد الدعويين الثبوتين الدالّين بالملازمة على الإنكار - كما هو المختار في محلّه على ما بهالي، فلا يكون الحكم الكلّي هو التحالف.

وعلى الجملة، فإنه ليس الحكم في جميع الموارد هو التحالف كما ذكر الشيخ قدس سرّه، وتوضيحه:

لو كان بيد أحدهما متاع وبيد الآخر حيوان، فإن قلنا بثبوت خيار الحيوان لكليهما - كما عليه السيد المرتضى^(١) - لا لصاحبه فقط، فهما بالخيار، والنزاع مرتفع، وإن قلنا بثبوت لأحدهما الذي بيده الحيوان، فله الأخذ بالخيار ويرتفع النزاع، وإن قلنا بثبوت للمشتري دون البائع، كان المشتري مدّعياً للخيار والبائع منكرأله، فلا تداعي.

إذن، لا تداعي فيما لو كان أحد العوضين حيواناً.

نعم، لو كان العوضان كلاهما حيواناً، وقلنا بثبوت الخيار للمشتري فقط، وقع التداعي، إذ يدّعي كلّ منهما أنه المشتري.

وأيضاً: إذا تبايعا وتلف مال أحدهما قبل القبض وتنازعا فقال أحدهما: أنا المشتري، ولما تلف الثمن منّي فأنا ضامن ببذله، وقال الآخر: أنت البائع، فالمعاملة باطلة، لأن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع، ابتليت المسألة على ما إذا كان القبض شرطاً ضمنياً للزوم المعاملة، فإذا تعذر تحقّق الخيار لمن لم يقبض، فلا تنازع أصلاً، أو لا بل يبطل العقد ويكون المرجع هو القاعدة المتخذة من الرواية كما في المستدرک: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه

(١) أنظر: جواهر الكلام ٢٣ / ٢٤.

فهو من مال بايعه»^(١) - وهي وإن كانت ضعيفة سنداً، لكن المشهور عملوا بها، وقد قرّرنا في الاصول أن عمل قدماء الأصحاب بخبر ضعيف إن أفاد الوثوق بصدوره ولو مضموناً لا لفظاً، يوجب له الاعتبار والحجية، وعليه، فلو قال من تلف ماله للآخر: أنا المشتري والتالف هو الثمن، فالمعاملة باقية وعلي دفع البدل وأن الذي بيدك ملك لي، فقال: لا، بل أنا المشتري، والذي تلف هو المبيع ومقتضى التعبد بالخبر بطلان المعاملة، كان أحدهما مدعياً للانفساخ والآخر منكراً له.

نعم، هناك نزاع آخر والأمر بالعكس، وهو في الضمان بالبدل - مثلاً أو قيمة - فالذي تلف ماله قبل القبض يدعي الضمان والآخر منكر، إلا أن هذا النزاع متأخر رتبة عن ذلك، فإذا فصل الحاكم بينهما بحسب الموازين ارتفع النزاع الثاني.

وكيف كان، فالمورد من قبيل المدعي والمنكر لا من التداعي.

(١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الرّقم: ١.

مسألة اعتبار العريضة

قال الشيخ:

المحكي عن جماعة... اعتبار العريضة....

أقول:

ذكر وجوهاً:

أحدها: «التأسي» حكاه عن جامع المقاصد، لكن لا يوجد في كلامه عنوان التأسي، فهو يقول:

«ومعلوم أن العقود الواقعة في زمن النبي والأئمة عليهم السلام إنما كانت بالعريضة»^(١).

والثاني: «الألوية» من جهة اعتبار الماضوية في الصحة، فإنه يستلزم عدم صحته بغير العربي بالألوية.

والثالث: «منع صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي».

والرابع: إنه «المتيقن من أسباب النقل».

النظر في أدلة اعتبار العريضة

فنقول:

إنه لو لم تكن عندنا عمومات، فلا مناص من لحاظ كل ما يحتمل دخله في صحة العقد، فلو وقع العقد فاقداً لشيء من ذلك، كان استصحاب عدم

(١) جامع المقاصد في شرح القواعد ٤ / ٦٠.

صحة العقد وعدم تحقق النقل والانتقال هو المحكم. وأما مع وجود العمومات، فكل ما صدق عليه عنوان «العقد» أو «البيع» يكون صحيحاً، وإن كان فاقداً لما يحتمل دخله فيها، ويترتب عليه الآثار.

وأما التأسي، فلا يخفى ما في الاستدلال به، فإن العقود وإن كانت في زمنهم بالعربية إلا أنه لم يرد عنهم الأمر بذلك. نعم، لو أن الامام عليه السلام أجرى العقد باللفظ العربي مع الشخص الفارسي الجاهل بالعربية، أمكن الاستدلال به من باب التأسي، لأن المعصوم كان قادراً على إجراء الصيغة بالفارسية ولم يفعل، ولكن لا دليل على وقوع مثل ذلك.

بل يمكن دعوى القطع بعدم اشتراط العربية، إذ مع شدة الحاجة وكثرة الابتلاء بذلك، لم يرد عنهم عليهم السلام به أمر، كما ورد في الصلاة أن «صلّوا كما رأيتموني أصلي»^(١) بل كان اللازم أن يأمرُوا بتعلّم الصيغة بالعربي، كما أمرُوا بتعلّم القراءة في الصلاة مثلاً... ولا يوجد دليل على شيء من ذلك أصلاً.

وأما دعوى الأولوية، فغريبة جداً، فإن العربية مرتبطة بعالم اللفظ، والماضوية متعلقة بعالم المعنى، فلو أجرى الصيغة بأية لغة اعتبر أن تكون بالماضي، فكيف يدّعي الأولوية والحال هذه؟

وأما منع صدق العقد غير العربي مع التمكن من العربي، فغريب جداً كذلك، فإن صدق الكلّي على مصاديقه أمر واقعي يدور أمره بين الوجود والعدم، ولا يناط بالقدرة وعدمها، نعم، لو أنه قال: لا يجوز العقد بغير العربي مع التمكن من العربي، كان التعبير صحيحاً.

وعلى الجملة، فإن مقتضى العمومات والإطلاقات صحة العقد بأي لسان يصدق فيه عنوان العقد.

نعم، الظاهر عدم صحة النكاح والطلاق بغير العربي مع التمكن منه، للإجماع. قال الشيخ -في النكاح-: «إن عقداً بالفارسية، فإن كان مع القدرة على العربية، فلا ينعقد بلا خلاف، وإن كان مع العجز فعلى وجهين، أحدهما: يصح وهو الأقوى، والثاني: لا يصح»^(١).

وفي التذكرة^(٢): لا ينعقد النكاح إلا بلفظ العربية مع القدرة، فلو تلفظ بالفارسية... عند علمائنا.. وأما إذا لم يحسن العربية فإن أمكنه التعلم وجب... والحاصل: إن المناط صدق عنوان «البيع» و«العقد» و«التجارة»، فإذا تم انطبقت الكبريات الواردة في الكتاب والسنة، من «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وغيرها، وتبقى دعوى انصرافها إلى العربي، إذ المخاطب بها هم العرب، فكان المنصرف إلى أذهانهم أن تكون العقود بالعربية. قال في الجواهر:

«وأما اعتبار العربية للقادر عليها ولو بالتعلم بلا مشقة ولا فوت غرض، فهو مقتضى الأصل، ضرورة عدم الدليل على الاكتفاء بغيرها بعد انصراف الآية وغيرها إلى العقد بالألفاظ العربية، كغير المقام مما علق الشارع الحكم فيه على الألفاظ المنصرفة إلى العربية، خصوصاً بعد أن كان المخاطب والمخاطب عربياً وقد أرسل بلسان قومه...»^(٣).

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٤ / ١٩٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٥٨٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٥٠.

لكنها مندفعة، لأن منشأ هذا الانصراف هو الغلبة في الوجود، إذ لا ريب في أن الغالب على العقود الجارية في تلك الأزمنة هو العربية، وقد تقرّر في الأصول أن مثل ذلك لا يوجب رفع اليد عن مقتضى العمومات والإطلاقات. على أنه قد تقدّم في عبارة الشيخ^(١) اختيار صحة عقد النكاح بغير العربي مع العجز عنه، مع أهمية النكاح كما هو معلوم، وفي عبارة العلامة: «...وَأَلَّا عَقْدَ بَغِيرِ الْعَرَبِيِّ»^(٢) بل صاحب الجواهر نفسه^(٣) يقول: «الظاهر الاجتزاء بها للعاجز عنها حتى بالتعلّم بلا مشقّة، لفحوى الاكتفاء بإشارة الآخرس، مؤيداً ذلك بعدم العثور فيه على خلاف بين الأصحاب، بل في كشف اللثام...».

فهم يقولون في النكاح بجواز عقده بغير العربي عند العجز منه وإن أمكنه التوكيل، ومعقد الإجماع على عدم الصحة فيه هو صورة التمكن. على أن القول باشتراط العربية مطلقاً، يستلزم الفساد الكثير وشيوع الفحشاء والمنكر.

وبالجملة، فإنّ عقد البيع بغير العربي جائز وفقاً للشيخ، للعمومات والإطلاقات.

(١) المبسوط ٤/ ١٩٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٨٢/ ٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٢/ ٢٥٠.

هل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّة والهيئة؟

قال الشيخ:

وهل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّة والهيئة بناءً على اشتراط العربي؟
الأقوى ذلك، بناءً على أنّ دليل اعتبار العربية هو لزوم الاختصار على المتيقّن من
أسباب النقل. وكذا اللّحن في الإعراب.
أقول:

تارة: يقصد من اعتبار العربيّة أنّ لا يكون العقد بلغة أخرى غيرها،
واخرى: يقصد من ذلك الصّحّة بحسب لغة العرب وقواعدها.

الظاهر اعتبار عدم اللّحن الموجب لإهمال اللفظ وخروجه عن الألفاظ
العربية المستعملة، بحيث لا يصدق عليه عنوان «العقد» و«البيع» و«التجارة»
وغير ذلك، إذ في هذه الصورة لا تنطبق عليه العمومات والإطلاقات.

وبعبارة أخرى: إنه في العقد اللفظي يعتبر أنّ يكون اللفظ الموضوع
للمعنى المقصود ظاهراً فيه ولو بمعونة القرائن، ولو كان ملحوناً في مادّته أو
هيئته أو إعرابه، لأننا ذكرنا مراراً أنّ المناط هو الصدق العرفي وتحقّق
الصغرى للعمومات والإطلاقات.

وتلخص: أنّه لا يعتبر الفصاحة ولا الصّحّة، بل المعبر هو الظهور
وإفادة المعنى بحيث يكون صغرى للكبريات.

هل يعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول؟

قال الشيخ:

ثم هل المعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول كالثمن والمثمن، أم تكفي عربية الصيغة الدالة على إنشاء الإيجاب والقبول...؟ والأقوى هو الأول، لأن غير العربي كالمعدوم....

أقول:

إنما يشبه بالمعدوم ما يكون لغواً محضاً ولا يفيد معنى أصلاً، أما مع اختياره عدم اعتبار العربية، فأني ضير في انضمام اللفظ غير العربي إلى العربي، وتركب الكلام من لغتين؟ لقد كان هذا الكلام منه بعيداً جداً.

قال:

نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب كما لا يجب في القبول، واكتفي بانفهامها ولو من غير اللفظ، صح الوجه الثاني، لكن الشهيد... نص على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب.

أقول:

إنه يمكن القول - فيما إذا تفاولا من قبل وتعين الثمن والمثمن - بكفاية قول الموجب «بعت» والمشتري «قبلت»، بلا ضرورة لذكر الثمن والمثمن والمتعلقات في الإيجاب والقبول، وعلى فرض الموافقة للشهيد فيذكران، أما اعتبار العربية في ذلك، فبأي دليل؟ والحاقه بالمعدوم بأي وجه؟

هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ؟

قال الشيخ:

هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ...؟ الظاهر هو الأول، لأنَّ
عربية الكلام ليست باقتضاء نفس اللفظ بل بقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له
عند العرب....

أقول:

تارة: هو لا يدري معنى «بعت» من حيث المادة، واخرى: لا يدري معنى
هيئة «بعت». وعلى كل تقدير، تارة يقول: «أبيع» قاصداً معنى البيع، واخرى
يقول: «بعت» بماله من المعنى، وثالثة يقول: «بعت» قاصداً للبيع، مع جهله
بالفرق بينه وبين «أبيع».

فإن كان جاهلاً بمعنى «بعت» من حيث المادة أو الهيئة، غير أنه يقصد
ماله من المعنى في الواقع، فهذا باطل، لا لما ذكره الشيخ، بل لأنه إذا جهل
المعنى الواقعي وقصد المعنى الإجمالي، لم يتحقق إنشاء البيع، إذ البيع عبارة
عن تمليك خاص، وقصد الفرد بقصد الكلّي الطبيعي الجامع بينه وبين غيره
غير معقول، وإنما الجامع بلا خصوصية عدم محض، وحينئذ، فإنه لم يتكلم
بشيء، ولم يتحقق منه إنشاء أصلاً، لأنه لم يتكلم بالعربية كما ذكر الشيخ.
ولو قال «أبيع» قاصداً معنى البيع، لم يتكلم بالعربية كما قال الشيخ، إذ
ليس معناه ذلك، فهو باطل.

ولو قال «بعت» جاهلاً بمعناه مادةً وهيئةً إلا أنه قصد البيع به، فقد تكلم
بالعربية وقصد المعنى الموضوع له اللفظ وهو البيع، فجميع جهات الصحة

موجودة، وقول الشيخ ببطلان هذه الصورة في غير محلّه، إذ لا دخل لعلمه بكون «البيع» هو المعنى الموضوع له لفظ «بعت»، في صحة العقد، ولذا لا يضّر جهله بذلك ولا يخرج الكلام عن العربية. وبعبارة أخرى: ليس من شرط مصداقية اللفظ العربي - المستعمل في معناه الموضوع له - للعربية، أن يكون المتكلم عالماً بكون ذلك المعنى هو الموضوع له اللفظ الذي تكلم به، نظير ما إذا أكرم زيداً العالم جاهلاً بكونه عالماً، فإنه يصدق عليه عنوان إكرام العالم حقيقةً.

فظهر أن الصحيح هو البطلان في الصورة الأولى، لكن لا للعلّة التي ذكرها الشيخ، والبطلان في الثانية، للعلّة المذكورة، والصحة في الثالثة خلافاً له.

بل يمكن القول بالصحة في الثانية أيضاً، لأن المناط في المعاملات أن ينتقل الطرف إلى المعنى المقصود للمتعاين، وذلك عن طريق التلازم الموجود، فإذا كان المخاطب عالماً بالوضع والملازمة المذكورة، فإنه بمجرد سماعه للفظ ينتقل منه إلى المعنى، لأن العلم بأحد المتلازمين علم بملازمه، وكذا لو لم يكن هناك وضع وعلم بالمعنى الموضوع له، بل استعمل اللفظ مجازاً وكانت دلالاته على المقصود بالقرائن، لوحدة الملاك، وهو أن العلم بأحد المتلازمين علم بملازمه، فإنه يحصل الانتقال إلى المعنى كذلك إذا كان السامع عالماً بالقرائن الملازمة للمقصود.

وعليه، فلو قال «أبيع» ونصب القرينة - لفظية أو حالة أو مقامية - على إرادته معنى البيع، - وكان السامع عالماً بالملازمة كما تقدّم - كان العقد صحيحاً وترتب عليه الأثر، وإن كان لم يتكلم بالعربية.

مسألة اعتبار الماضوية

قال الشيخ:

المشهور - كما عن غير واحد - اشتراط الماضوية، بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيك، أو اشتر مني. ولعله لصراحته في الإنشاء.... أقول:

اعترض^(١) على قوله «لصراحته في الإنشاء» بأنه لا فرق بين الماضي والمستقبل في حيثية الإنشاء، لأن الإخبار والإنشاء من وجوه الاستعمال وكيفياته، لأنهما من مداليل اللفظ، فالقول بأن الفعل الماضي صريح في الإنشاء، موهوم لأن يكون الإنشاء مدلولاً له وأن المضارع ليس كذلك، والحال أن الإنشاء لا علاقة له بعالم المعنى الموضوع له اللفظ.

وهذا الاعتراض بظاهره وجيه، ولكن يمكن تقريب كلام الشيخ بحيث لا يرد عليه ذلك، بأن يقال:

قد قرّرنا في الاصول أن الفعل دائماً مركّب من المادّة والهيئة، المادّة معنًى اسمي يدلّ على نفس الحدث، وأمّا الهيئة - وقيام الفعل بها - فتدلّ على النسبة، والزمان خارج عن مفهوم الفعل ومدلوله، أمّا المادّة، فعدم دلالتها على الزمان واضح، وأمّا الهيئة فمعناها نسبي والزمان معنًى اسمي، فلا يعقل كونه مدلولاً للهيئة. وما يقال من أن «فَعَلَ» يدلّ على الماضي و«يَفْعَلُ» يدلّ على الحال والاستقبال، فالمراد منه الدلالة الالتزامية، لأن الزمان داخل في

(١) حاشية المحقق الإصفهاني ٢٧٦/١.

مفهوم الفعل وحقاق معناه.

ثم إنَّ الفعل الماضي تدلُّ هيئته على نسبة المبدء المتحقق الموجود في الخارج إلى فاعله، والمضارع يدلُّ على نسبة تلبس الفاعل بالمبدء، ولذا إن وقع الماضي في حيز الإخبار، حكى عن المادَّة المنتسبة إلى الفاعل نسبة التحقق والوجود، ودلَّ بالملازمة على المضىِّ بالنسبة إلى حال التكلُّم، وإنَّ وقع المضارع في حيز الإخبار، حكى عن تلبس الفاعل بالمبدء إمَّا الآن وإمَّا فيما بعد، ولذا اشتهر كون المضارع مشتركاً بين الحال والإستقبال.

وأما الإنشاء، فإنَّ أنشأ المادَّة المنتسبة بالنسبة التحقُّقية أي الفعل الماضي، فلا زمان لعدم الحكاية، ولذا يكون الماضي صريحاً في الدلالة، وإنَّ أنشأ المادَّة المنتسبة إلى الفاعل بالنسبة التلبسية وهو الفعل المضارع، ناسب الحال والإستقبال، ولتردده بين الزمانين فلا يكون الإيجاد بالفعل، فلذا ليس للمضارع صراحة.

هذا كله على مبنى المشهور.

وأما على مبنى الميرزا الاستاذ، فهئية «يفعل» موضوعة للنسبة التلبسية، وهي ظاهرة في الفعلية، فلو أريد منه الاستقبال فلا بدَّ من الإتيان بالسين أو سوف أو كلمة الغد مثلاً، فالمضارع ليس مشتركاً، ولذا أفاد في البحث بأنه إذا أنشأ الماضي فقد أنشأ النسبة التحقُّقية فهو يفيد التحقق بالمطابقة، وإذا أنشأ المضارع فإنَّ حيثية التلبس ملازمة للتحقق وليست نفس التحقق، فالدلالة التزامية، فالإنشاء بالماضي يكون صراحةً وبالمضارع يكون بالكناية، وحيث أنه لا يرى إنشاء العقد بالكناية، فهو لا يجوز به بالفعل المضارع.

وبما ذكرنا ظهر مراد الميرزا الاستاذ، وكذا مراد شيخنا الاستاذ وإنَّ كان

ظاهر عبارته مخدوشاً^(١).

[١] أقول: ولا بأس بإيراد نصّ العبارتين، قال الأول: «هيئة الماضي من كلّ لغة موضوعة لنسبة تحقيقيّة، أعني لإيجاد نسبة تحقيقيّة بين الفاعل وبين المادّة، وتلك النسبة معنى حرفي توجد بإيجاد موجودها بتلك الهيئة في موطن الاستعمال، فإن كان الغرض من إيجادها هو الحكاية عن النسبة الواقعة بين الفاعل والحدث في الخارج، تدلّ على وقوعها أي النسبة المحكيّة عنها في زمان متقدّم على الحكاية في الزمانيات، فتدلّ على الزمان الماضي بالدلالة الالتزاميّة العقلية، وإن كان الغرض إيجاد المادّة التي هي معنى اسمي كالبيع في وعاء وجودها وهو عالم الاعتبار، تكون بالصراحة دالة على إيقاعها. وأمّا المضارع، فهو موضوع للنسبة التلبّسية، فدلالته على إيقاع المادّة بها لا تكون على نحو الصراحة، بل هي على نحو من الكناية، لكون التلبّس بالشئ من لوازم تحقّقه فلا يقع بها، لما عرفت من عدم وقوع الإنشاء بالكناية»^(١).

وقال الثاني - في التعليق على: لصراحته في الإنشاء -: قد مرّ مراراً أنّ الإنشاء والإخبار من وجوه الإستعمال، وأن معنى «بعت» معنى قابل للإنشاء والإخبار. بل الفرق بين الماضي والمضارع: أن الماضي إذا كان في موقع الإنشاء والمعاملة، فلا محالة يكون منسلخاً عن الزمان الماضي، لأنّ إيجاد شيء في الزمان الماضي محال، فلم يبق إلّا قصد إيجاد الملكيّة، ومع تماميّة العلّة يتحقّق المعلول قهراً. بخلاف المضارع، فإنّ قصد ثبوت الملكيّة حالاً أو استقبالاً معقول فلا موجب لانسلاخ المضارع عن الحال والاستقبال، وحيث أنه مشترك بين الحال والاستقبال، فلا دلالة له بنفسه على ثبوت الملكيّة في الحال، وحينئذٍ، فإنّ كانت القرينة مقاميّة، أمكن الإشكال بعدم تأكيد

(١) المكاسب والبيع ١/ ٢٨٣.

المعاهدة لتقومها إثباتاً بغير اللفظ، وإن كانت القرينة مقالية، أمكن تصحيحه بأن المجموع الدال على المعاهدة لفظ له ظهور نوعي في المراد^(١).

أما كلام المحقق النائيني، فلم يشكل عليه السيد الجد بعد تقريره، اكتفاءً منه بما تقدم من صحة العقد بالكناية، وأما كلام المحقق الإصفهاني، فقد أوضحه بما يندفع به الإيراد على ظاهر قوله بانسلاخ الماضي عن الزمان إذا وقع موقع الإنشاء.

والظاهر أن كلاهما يحاول إثبات الصراحة في الفعل الماضي وعدمها في المضارع، وكأن الأصل في اعتبارها هو كلام العلامة إذ قال في شروط الإيجاب والقبول: «الثاني: الإتيان بهما بلفظ الماضي، فلو قال: أبيعك أو اشتري مني، لم يقع إجماعاً، لانصرافه إلى الوعد، ولو تقدم القبول بلفظ الطلب بأن قال بعني، بدل قوله: اشتريت، فقال البائع: بعتك، لم ينعقد... لأنه ليس صريحاً في الإيجاب، فقد يقصد أن يعرف أن البائع هل يرغب في البيع... نعم، لو قال المشتري بعد ذلك: اشتريت أو قبلت، صح إجماعاً. ولو تقدم بلفظ الاستفهام فيقول: أتبيعني؟ فيقول: بعتك، لم يصح إجماعاً، لأنه ليس بقبول ولا استدعاء^(٢)».

وحاصله: إن الماضي صريح في الإنشاء، أما المضارع ففيه شبهة الانصراف إلى الوعد، وفي الأمر شبهة الاستدعاء، ولذا قال الشيخ «ولعله لصراحته في الإنشاء، إذ المستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب» أي: إذا وقع موقع الإنشاء يكون صريحاً فيه بخلاف المضارع والأمر.

(١) حاشية المكاسب ١/ ٢٧٦.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠/ ٩-٨.

دليل القول بعدم الاعتبار

قال الشيخ:

وعن القاضي في الكامل والمهذب: عدم اعتبارها، ولعله لإطلاق البيع والتجارة وعموم العقود، وما دلّ في بيع الأبق واللبن في الضرع من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دلّ عليه في النكاح. ولا يخلو هذا من قوة.... أقول:

استدلّ للقول بعدم اعتبار الماضوية بوجوه:

١- إطلاق البيع، وهو قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) والتجارة، وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢) وعموم العقود، وهو قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣).

وكأنّ الأصل في ذلك كله هو وقوع العقود بصيغة الفعل الماضي، وقلة وقوعها بغيره، فلمّا رأوا ذلك علّلوه بوجود الضراحة فيه دون غيره، فاعتبروا الماضوية بل ادّعى عليه العلامة الإجماع.

لكنّ الشبهة في كلّ من المضارع والأمر - بعد التسليم - تندفع بقيام القرينة، فتكون الصيغة حينئذٍ ظاهرة في إرادة الإيجاب، وقد تقدّم كفاية ذلك كما تقدّم صحته بالكناية. هذا بقطع النظر عن العمومات والنصوص الخاصّة. وبما ذكرنا ظهر أنّ الإجماع المذكور ليس بالإجماع الحجّة الكاشف عن رأي المعصوم أو الدليل المعتبر.

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

(٣) سورة المائدة: ١.

٢- ما دلّ في بيع الآبق واللبن في الضرع، وهو نصوص، نذكر بعضها تيمناً:

عن رفاعه، قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام، قلت له: «أصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيتهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها شيئاً، ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإن ذلك جائز»^(١).

وعن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله - قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر ويقول: اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه»^(٢).

وعن سماعة قال: «سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع؟ قال: لا إلا أن يحلب لك منه سكرجة فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في السكرجة وما في ضروعها بثمن مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة»^(٣).

٣- فحوى ما دلّ عليه في النكاح، وهو أخبار، منها:

عن أبان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٣، باب عدم جواز بيع الآبق منفرداً، الرقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٣، الرقم: ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٤٩، باب جواز بيع اللبن في الضراع، الرقم: ٢٠. والسكرجة كما في مجمع البحرين:

بضم السين والكاف والراء والتشديد: إناة صغير يؤكل فيه الشيء القليل من الادم.

خلوت بها؟ قال تقول: أتزوجك متعةً على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً... فإذا قالت: نعم فقد رضيت، وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها»^(١).

وعن ثعلبة قال «تقول: أتزوجك متعةً على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله نكاحاً غير سفاح...»^(٢).

وعن هشام بن سالم قال قلت: «كيف يتزوج المتعة؟ قال تقول: يا أمة الله، أتزوجك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً...»^(٣).
وإذا جاز ذلك في النكاح ففي غيره بالأولوية.

(١) وسائل الشيعة ٤٣/٢١، الباب ١٨ من أبواب المتعة، الرقم: ١.

(٢) نفس المصدر، الرقم: ٢.

(٣) نفس المصدر، الرقم: ٣.

مسألة لزوم تقديم الإيجاب على القبول

قال الشيخ:

الأشهر - كما قيل - لزوم تقديم الإيجاب على القبول،... ولعله الأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة بإطلاق البيع والتجارة في الكتاب والسنة.

أقول:

فيه ثلاثة أقوال:

الأول - وهو الأشهر - عدم جواز تقديم القبول مطلقاً.

والثاني: الجواز. قال به بعض الأكابر.

والثالث: عدم الجواز إن كان بلفظ قبلت ورضيت وبصيغة الأمر، وإن كان بلفظ اشتريت وابتعت وتملكت، فالجواز. واختاره الشيخ.

دليل القول بلزوم التقديم

استدل للأول:

بأن آية الوفاء^(١) وإن دلت على الصحة، لأن وجوب الوفاء يدل بالملازمة على الصحة، إذ لا يعقل الأمر بالوفاء بما هو غير صحيح، لكن اللام في «العقود» للعهد كما يستفاد من كلمات صاحب الرياض أيضاً^(٢)، فتكون

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) رياض المسائل ٨/ ١١٣ - ١١٤.

الآية المختصة بالعقود المتداولة في عصر نزولها، فما لم نتيقن بكون العقد مع تقدّم القبول من العقود المتعارفة في ذلك العصر، لا يمكننا القول بصحته ووجوب الوفاء به، ولعلّ هذا مراد شيخ الطائفة من أنّ البيع مع تقديم الإيجاب «مجمع على ثبوت العقد به»^(١).

وبالجملة، لمّا كانت اللّام للعهد، أي العقود المتعارفة، فإن العقد مع تقديم الإيجاب متيقّن دخوله تحت الآية، وأمّا مع تقديم القبول فمشكوك فيه، فلا دليل على صحته.

وربما يشكل في عموم الآية، بالعلم الإجمالي بالتخصيص، فإنه مانع من التمسك بعمومها، وكذا الكلام في الآية ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) للعلم الإجمالي بالتقييد.

قال الشيخ:

وزاد بعضهم: أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدّم عليه، وأنه تابع له فلا يصحّ تقدّمه عليه.

أقول:

ظاهر العبارة أنه وجهان، أحدهما: الفرعية، والآخر: التبعية، لكنّه في عباراتهم وجه واحد، وكيف كان، فكأن الأصل في المعاملات هو الإيجاب لأنه الأساس، لأنّ الموجب يملّك ماله بعوض، فهو الذي يخرج المال عن ملكه ويدخل مال المشتري في ملكه، والذي يكون من المشتري هو مجرد

(١) كتاب الخلاف ٣ / ٤٠.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

الرضا بما فعله البائع، لذا يكون قبوله فرعاً لإيجاب البائع، والفرع لا يستقدم على الأصل.

ولعل مراد الشيخ من التبعية: أن القبول مضاف إلى البيع، والمضاف تابع للمضاف إليه، كما هو واضح، فلا بد من وجوده حتى يضاف إليه، وعليه، يكون الإيجاب هو المتقدم.

دليل القول بعدم اللزوم

واستدلّ للثاني:

بآية الوفاء، لكون اللام فيها للعموم، وأنه لا وجه لحملها على العهد، وكذا آية الحلّ لكونها مطلقة، فتشمل جميع أفراد البيع، فكلّ عقد صدق عليه عنوان العقدية يجب الوفاء به، وكلّما صدق عليه عنوان البيع فهو حلال يترتب عليه الأثر، والصدق في كليتهما مع تقديم القبول على الإيجاب حاصل.

وعليه، فكلّ ما قام الدليل على خروجه من تحت آية الوفاء تخصيصاً أو آية الحلّ تقييداً، سقط الاستدلال بالآيتين بالنسبة إليه، ويبقى ما عداه مشمولاً لهما، فالعلم الإجمالي منحلّ.

وبفحوى ما ورد في النكاح من تقدّم القبول، لأن النكاح أهمّ من البيع، ولذا ذكر بعض النصوص بالإضافة إلى ما تقدّم:

عن سهل بن سعد الساعدي: «إنّ النبي صلى الله عليه وآله جاء إلى امرأة فقالت: يا رسول الله، إني قد وهبت نفسي لك، فقال: لا إرية لي في النساء، فقالت: زوّجني بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال صلى الله

عليه وآله: يا رسول الله زوّجنيها، فقال: هل معك شيء تصدّقها؟ فقال: واللّه ما معي إلّا ردائي هذا. فقال صلّى الله عليه وآله: إن أعطيتها إياه تبقى ولا رداء لك، هل معك شيء من القرآن؟ فقال: نعم، سورة كذا وكذا، فقال: زوّجتكها على ما معك من القرآن»^(١).

وعن العلاء بن رزين عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام قال: «جاءت امرأة إلى النبي صلّى الله عليه وآله فقالت: زوّجني، فقال رسول الله: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوّجنيها، فقال: ما تعطيتها؟ فقال: مالي شيء. فقال: لا. قال: فأعادت، فأعاد رسول الله الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله في المرّة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، فقال: قد زوّجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه»^(٢).

وظاهر كلام الشيخ في المبسوط في باب النكاح عدم الخلاف في صحّته بين الإمامية^(٣).

التفصيل بين ألفاظ القبول

قال الشيخ:

والتحقيق: أنّ القبول: إمّا أن يكون بلفظ قبلت ورضيت، وإمّا أن يكون بطريق الأمر والاستيجاب، نحو: بعني، فيقول المخاطب: بعنك، وإمّا أن يكون بلفظ

(١) مستدرک الوسائل ١٥ / ٦١، باب جواز كون المهر تعليم شيء من القرآن، الرّقم: ١.

(٢) وسائل الشّيعه ٢٠ / ٢٦٢، الباب ١ من أبواب عقد النكاح، الرّقم: ٣.

(٣) المبسوط في فقه الإمامية ٤ / ١٩٤.

اشترت وملكت - مخففاً - وابتعت.

فإن كان بلفظ قبلت، فالظاهر عدم جواز تقديمه.

أقول:

ليس منعه من تقديم «قبلت» ونحوه من جهة كونه مطاوعة، بل إنه يصرح بذلك في أواخر كلامه إذ يقول: «المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة وقبول الأثر، فلا».

وانما قلنا ذلك: لأن المحقق الخراساني أشكل على الشيخ [١] بأن القبول إن كان مطاوعة للإيجاب، فلا فرق بين أن يكون بلفظ «قبلت» أو «اشترت»، وإلا فلا فرق كذلك.

ويرد:

إنه لا نظر للشيخ إلى هذه الجهة أصلاً حتى يورد عليه بما ذكر.

[١] في تعليقه مطوَّلة^(١) لخصها تلميذه المحقق الإصفهاني حيث قال: «فهم شيخنا الأستاذ من عبارته هذه أن قبلت ورضيت مشتمل على المطاوعة دون اشترت ونحوه، فإنه لمجرد انشاء ملكية مال البائع بعوض ماله، وحقيقة المطاوعة تستدعي التأخر عقلاً».

فأورد عليه: أن القبول المتقوم به العقد إن وجب تضمينه للمطاوعة مفهوماً، كما في قبلت، أو مصداقاً بأن يقع موقع المطاوعة، فالتقديم محال، إذ لا فرق في استحالة

وستعرض لكلام الميرزا الاستاذ أيضاً.

وتوضح كلام الشيخ في المقام:

إنه يستدل أولاً بعدم الخلاف على عدم جواز التقديم بلفظ «قبلت» قال: المحكي عن الميسية والمسالك ومجمع الفائدة أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ «قبلت». وهو المحكي عن نهاية الأحكام وكشف اللثام في باب النكاح، وقد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين أيضاً. بل المحكي هناك عن ظاهر

تقدم المطاوعة بين أن يكون مدلولاً مطابقاً للفظ أو مدلولاً التزامياً، فإن اللازم المحال يمنع عن تقديم ما لا بد من ملازمته له. وإن لم يجب تضمنه للمطاوعة بل كفى مجرد الرضا بالإيجاب، فلا فرق في جواز التقديم باعترافه بين قبلت وغيره.

مضافاً: إلى أن المطاوعة المأخوذة في قبلت ونحوه مطاوعة إنشائية لا حقيقة حتى يستحيل تقدم قبلت على الإيجاب.

قال المحقق الإصفهاني ما ملخصه: لكن ظاهر كلامه أن المطاوعة غير معتبرة في قبول البيع لا حقيقة ولا إنشاءً، وسيصرح به فيما بعد، بل غرضه أن المشتري ناقل لماله كالبائع، فلا بد من تضمن القبول لأمرين: أحدهما: الرضا بالإيجاب، وثانيهما: نقل ماله بالالتزام في الحال، فقله: اشتريت يتضمن الأمرين، وأما قبلت ففيه الرضا بالإيجاب وليس فيه النقل^(١).

أقول: فهذا تفسير المحقق الخراساني لكلام الشيخ وإشكاله عليه، ثم نقد الإشكال وبيان ملخص مرام الشيخ، وسيوضحه السيد الجد قدس سره ويستشكل عليه.

(١) حاشية المكاسب ١/ ٢٧٦.

التذكرة الإجماع عليه.

وظاهره الاعتماد على هذا الإجماع.

واستدل ثانياً بأنه «خلاف المتعارف من العقد».

وهذا -بظاهره- يتنافى ما تقدّم منه من القول بعموم آية الوفاء وإطلاق آية الحلّ وغير ذلك.

ويمكن توجيهه: بأنّ المتعارف عند العقلاء تقديم الإيجاب على القبول، وتقديم القبول على خلاف ديدنهم، وكلّما يرد من الشارع -إمضاء أو تأسيساً- فهو على طبق الموازين العقلانية، خاصّة أن المورد من الإمضاء. وبعبارة أخرى: إذا كانت السيرة العقلانية قائمة على تقديم الإيجاب، وأنّ تقديم القبول على خلاف سيرتهم، فقد تحقّق المخصّص والمقيّد اللبّي للآيتين.

فهذا توجيه كلامه هنا.

واستدلّ ثالثاً: إنّ القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه.

وليس المراد....

بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة.

يعني: إنّ الدلالة الالتزاميّة على طبق اللازم والملزوم، ونقل المشتري ماله إلى البائع بدلالة رضاه بإيجاب البائع دلالة التزامية، إذن، يلزم رضاه بما فعله البائع، ولازم هذا الرضا هو انتقال ماله إليه، وإذا لم يكن إيجاباً من قبل فلا ملزوم، فلا دلالة التزاميّة، فلا نقل في الحال على وجه العوضيّة.

هذا شرح كلامه وبيان مرامه.

ولكن ما الدليل على كون الرضا بالنقل «في الحال»؟

وحقيقة الأمر: أن البائع ملك ماله للمشتري وتملك مال المشتري إنشاءً، فإذا رضي المشتري، يكون ما فعله البائع فعلياً، فالفعليّة تحصل بتماميّة السبب.

وعليه، فإنّ فعليّة البيع وترتب الأثر يدور مدار تماميّة السبب، وهو مركّب من إيجاب البائع المفيد لنقل ملكه إلى المشتري وإدخال مال المشتري إلى ملكه، ورضا المشتري بما فعله البائع، من غير فرق بين تقدّم الإيجاب على القبول وتقدّم القبول على الإيجاب، لأنه إن كان القبول متأخراً فلا كلام، وإن كان متقدماً فهو ينشأ رضاه بمضمون الإيجاب المتأخّر من البائع، فإذا جاء الإيجاب تمّ السبب المؤثر، فما ذكره الشيخ مردود.

وأما ما ذكره من الفرعية، فعجيب منه جداً، نعم، الرضا بشيء فرع له وكلّ مضاف تابع للمضاف إليه، ولكنّ هذا التقدّم والتأخّر طبعي وهو أجنبي عن التقدّم والتأخّر الزماني، ولا مانع من أن يكون المتأخّر الطبعي متقدماً زماناً، وإن كان تقدّمه بملاك الطبعيّة - بأن يتقدّم المتأخّر الطبعي على المتقدّم الطبعي وبالعكس - غير معقول.

فظهر ما في كلام الشيخ كذلك.

قال الشيخ:

ومن هنا يتّضح فساد ما حكى عن بعض المحقّقين في ردّ الدليل المذكور وهو كون القبول فرع الإيجاب وتابعاً له.....

والإنصاف أن ما ذكره بعض المحققين^(١) من أنه ليس تبعية القبول للإيجاب تبعية المعطوف للمعطوف عليه، وتبعية قصد المقدمة لقصد ذي المقدمة، متين، فإنها تبعية طبيعية كما عرفت.
أما قوله:

وإنما هو على سبيل الفرض والتنزيل....

فغير صحيح، فإن القابل لا يجعل نفسه متناولاً، بل الموجب جعل القابل كذلك.
وتلخص:

إننا لا نوافق على قول الشيخ باعتبار النقل في الحال وامتناع التقدم من جهة الفرعية، ولا على قول بعض المحققين من أن التبعية هي على سبيل الفرض والتنزيل.

بحث مع المحقق النائيني

وذهب الميرزا الاستاذ قدس سره إلى عدم جواز تقدم القبول على الإيجاب مطلقاً، وملخص دليله هو:

إن الأمر كله في المعاملة بيد الموجب، ولا يكون من القابل إلا القبول والمطauعة لما فعل الموجب، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن «قبلت» مطاوعة بالصراحة، و«اشتريت» مطاوعة تضمناً، فكلاهما مطاوعة، ولولاها لما تحقق العقد، لأن قوام العقدية هو الإيجاد من طرف والمطauعة له من

الطرف الآخر والقبول له. وعلى ما ذكر، فالقبول بالنسبة إلى الإيجاب نظير الإنكسار بالنسبة إلى الكسر، فكما لا يتقدم الإنكسار على الكسر، كذلك لا يتقدم القبول على الإيجاب، لأنه قبولٌ للتبديل الحاصل من الموجب، والقبول في حال عدم التبديل غير معقول، لأنه كالانكسار بلا كسر.

إذن، لا يجوز تقدم القبول على الإيجاب، سواء كان بلفظ «قبلت» أو بلفظ «اشتريت» ونحوهما.

أقول:

لا يمكن المساعدة على ما أفاده بوجه، لأن الواقع من طرف البائع هو تبديل ماله بمال المشتري إنشاءً، فإذا تحقق تحقق التبديل إنشاءً وفي عالم الاعتبار كذلك، وأما المشتري، فإنه إنما يقبل ما كان ويرضى به، وليس في طرفه انفعال أصلاً، حتى يشبه القبول بالانكسار، فيقال بعدم معقولية تقدمه على الإيجاب.

وأما أن قبول الشيء يتوقف على وجود ذلك الشيء لا محالة، فهذا حق، إذ لا يصلح المعدوم بقولٍ مطلق لأن يتعلّق به القبول، ولكن متعلّق الرضا هو التبديل أو التبادل بين المالين، فلو تقدّم الرضا وجاء التبديل والعذر والتوبة مثلاً، حيث أن المقصود من قبول العذر هو الرضا بمضمون كلامه في مقام الاعتذار، وإذا كان هذا معنى القبول، فلا فرق بين أن يكون الرضا بشيء موجود بالفعل أو بأمرٍ سيوجد في وقتٍ متأخر.

ولو سلّمنا أن «القبول» مفهوم لا يتعلّق إلا بما هو موجود بالفعل، فإن «رضيت» ليس كذلك، فإنه يتعلّق بما هو موجود بالفعل وبما هو متقدم وبما هو متأخر، فلماذا ينفي جواز تقدم القبول مطلقاً؟

بقي من أدلة الشيخ:

الإجماع على عدم جواز تقدّم «قبلت» ونحوه.
وفيه: إنه ليس من الإجماع الحجة، ويحتمل قوياً استناده إلى الوجوه
الآخري.

وأما أن التقدّم خلاف المتعارف.

فإن كان نظره إلى أن العمومات والمطلقات إمضاء للعقود المتعارفة،
فيمكن الموافقة عليه، لتأخر القبول عن الإيجاب في العقود المتعارفة،
ولكن لا دليل على دعوى كونها إمضاء للعقود المتداولة فقط، بل هي
عمومات وإطلاقات شاملة لجميع العقود إلا ما خرج بالدليل.

وإن كان نظره إلى مقتضى المطاوعة، فقد عرفت الجواب عنه.

كما تقدّم الكلام على قضية الفرعية بالتفصيل.

كما ظهر أن لا أساس للقول بأن القابل ناقل للمال حالاً، لما عرفت من
أنه لا يكون من القابل نقل لا بالمطابقة ولا بالتضمّن ولا بالالتزام، بل
الحاصل منه هو الرضا فقط.

ولو تنزّلنا وقلنا بأنه ناقل بالالتزام، فالجواب هو: إن المدلول الالتزامي
تابع للدال على الالتزام، وهذا الالتزام ناشئ من رضاه بما فعل البائع، فهو
ليس بناقل بالفعل بل هو ناقل من حين الإيجاب، لو كان ناقلًا.

مضافاً إلى ما تقدّم من أن مقام الإنشاء غير مقام فعلية الأثر، فإذا تقدّم
القبول كان تمامية السبب بمجئ الإيجاب، فيصير الأثر فعلياً.

المختار في المقام

ملخص المختار ومحصل المطلب:

إنَّ العقد ارتباط عهدٍ بعهدٍ، ولولا الارتباط يكون إيقاعاً. فإن كان معاملةً أشرط وجود عنوان العوضيّة والمعوّضية، والمعاوضة تتحقّق من أحدهما وهو الموجب، وأمّا القابل، فليس الصادر منه إلّا الرضا بما فعل الموجب، فيكون رضاه هو الرابط المحقّق لعنوان العقدية، وللمعاوضة الحاصلة من البائع، سواء كانت قبل الرضا أو بعده، فأَيّ مانع من الرضا بالمعاوضة والمبادلة بين الشئنين الحاصلة بعده؟ فكما تقرّر في الواجب المعلق والواجب المشروط صحّة الإنشاء الفعلي للمنشأ المتأخّر - وإنما أنكرنا الواجب المعلق من جهة أن حقيقة الحكم عبارة عن البعث، ولا يعقل وجود البعث في وقت لا يوجد الانبعاث، لكون البعث والانبعاث متضائفين والمتضائفان لا ينفكّان في القوّة والفعلية - نقول: بصحّة الرضا والقبول للمبادلة والمعاوضة الحاصلة فيما بعد.

فالحق: جواز تقدّم القبول على الإيجاب مطلقاً.

الكلام في تقدّم القبول بلفظ الأمر

قال الشيخ:

ومما ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقدّم القبول بلفظ الأمر كما لو قال: بعني هذا بدرهم فقال: بعثك... وأمّا ما يظهر من المبسوط... وأمّا فحوى جوازه في النكاح....

أقول:

خلاصة كلامه: أن طلب الشيء أمرٌ والرضا به أمرٌ آخر، فمجرد الطلب لا يدلُّ على القبول والرضا، فلا يجوز القبول بصيغة الأمر مطلقاً، أما بعد الإيجاب، فلعدم الموضوع بل هو تحصيل الحاصل، وأمّا قبله، فللمحذور المذكور. فلا قابلية لصيغة الأمر للقبول في العقد.

وقد وافقه الميرزا الاستاذ قدس سرّه على المنع، لأن القبول هو المطاوعة، والأمر ليس كذلك كما واضح، فلا يصلح لأن يقع قبولاً. فأمّا ما أشار إليه الشيخ هنا أيضاً من ضرورة كون القبول نقلاً في الحال، وصيغة الأمر لا تدلُّ على ذلك، فقد عرفت أن لا دليل على اعتبار زمان الحال، ولا دلالة للإيجاب ولا للقبول عليه، فلا وجه للقول بأن القبول عبارة عن الرضا بالنقل حالاً.

ثم إن هنا نقاطاً:

(الاولى) إن جميع الصفات النفسانية المتعلقة من التمني والترجي والحب والعلم وأمثالها، يستحيل وجودها من دون المتعلق، فلولا وجود الشيء لما تحقق رجاؤه والعلم به وتمنيه وهكذا... والمتعلق لا يعقل أن يكون في الخارج وإنما هو صورة ما في الخارج، لما تقرر في محله من أن الخارج لا ينقلب ذهنًا والذهن لا ينقلب خارجاً.

وعليه، فالذي يتعلّق به الرضا ليس هو الموجود في الخارج، وإنما صورة الشيء المطابقة لما في الخارج، وهل يعتبر أن يكون ما في الخارج موجوداً بالفعل حتى يتعلّق الرضا بصورته؟ كلا، لا يعتبر، وإلا لاستحال تمنّي وترجّي الشيء المتأخر والشوق إليه وهكذا....

(الثانية) إن المشتري لما يقبل فعل البائع، وهو تبديل الشيء بالشيء، هل يقبل التبديل أي المعنى المصدري -أو التبذل، أي المعنى الاسم المصدري؟ فإذا أمر بالبيع قائلاً «بعتي هذا بهذا»، هل يكون راعياً في التبديل من البائع أو في تبذل ماله بمال البائع؟

الظاهر عدم الفرق، لأن التبديل عين التبذل، إنما يختلف الحال في الغرض، فتارة: يتعلّق بالحيثية الصدورية كما لو قال الأب لولده: صلّ، فإن غرضه متعلّق بإيجاد الولد للصلاة وإن كان مشتاقاً إلى وجودها أيضاً، لا تحاد الوجود مع الإيجاد، وتارة: يتعلّق بأصل الفعل ولا نظره إلى الحيثية الصدورية، كما لو كان عطشاناً وقال لغيره: اسقني، فإن غرضه متعلّق بشرب الماء ورفع عطشه، ولا دخل لصدور السقاية من خصوص الشخص في غرضه، بل تصدّيه للفعل مقدّمة لحصول الغرض.

وعليه، فلو أمر بالبيع في مقام القبول، لم يكن فرق بين أن يكون راضياً بالتبديل أو بالتبذل، نعم، ربما يفترق الحال من حيث الغرض، فقد يتعلّق بالحيثية الصدورية أي التبديل من الشخص، إلّا أنها لا تنفك عن المعنى الاسم المصدري وهو التبذل كما تقدّم... وكيف كان، فإنه يدلّ على الرضا بالمبادلة بين الثمن والمثمن.

(الثالثة) قدّمنا أن العقد هو العهد المرتبط بالعهد، وأن رضا المشتري بالمبادلة بين المالين من طرف البائع هو الرّابط بين العهدين، ولا ريب في عدم كفاية الرضا الباطني في تحقق العقد اللفظي، فلا بدّ من إظهاره لفظاً. وهل يعتبر أن يكون هذا الرضا المبرز باللفظ متأخراً عن الإيجاب؟ وهل يعتبر أن يكون بلفظ خاص؟

وهل يعتبر أن تكون دلالته مطابقة؟

الحق: أنه لا دليل على اعتبار شيء من ذلك.

فيجوز أن يكون القبول بصيغة الأمر المتقدم، وتشمله العمومات والإطلاقات [١]، والإجماع المدعى ليس بحجة، وقضية المطاوعة قد تقدم الكلام عليها.

الكلام في تقدم القبول بلفظ اشتريت ونحوه

قال الشيخ:

وإن كان التقديم بلفظ اشتريت أو ابتعت أو تملك أو ملكت هذا بكذا، فالأقوى جوازه....

[١] أقول: وكذا الأخبار في باب النكاح، لدالتها على ما نحن فيه بالفحوى. وأما جواب الشيخ عن الاستدلال بها بقوله: «وأما فحوى جوازه في النكاح، ففيها - بعد الإغماض عن حكم الأصل بناءً على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول، لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبي صلى الله عليه وآله، ويؤيده أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول - منع الفحوى، وقصور رواية أبان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة: نعم، في الإيجاب»، فالإنصاف عدم إمكان المساعدة عليه، لأن احتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبي، مندفع بالأصل، وتأيده بلزوم الفصل، مندفع بأن هذا القدر من الفصل غير قادح، كما أن الإشكال بعدم كفاية قول «نعم» في الإيجاب أول الكلام. وعلى الجملة، فإن ظواهر النصوص المعتمدة محكمة، نعم، الاحتياط بلحاظ مخالفة المشهور في محله.

أقول:

قد منع الشيخ من تقدّم قبلت، لأنّ القبول يتضمّن النقل بالفعل، فلو تقدّم لم يتضمّنه فلا يجوز، ومنع إذا كان بصيغة الأمر، لأنه مجرد طلب وليس بنقل.

أما في اشتريت ونحوه فقال: الأقوى جواز تقدّمها، لأنه لما يقول اشتريت هذا الكتاب بدرهم، ينشأ تملك مال الآخر وينقل ماله إلى صاحبه بالفعل عوضاً عن ماله الذي أدخله في ملكه، فلما قال البائع «بعث»، فقد أخرج كتابه عن ملكه وأدخل الدرهم في ملكه، فإنشأوهما في الإدخال والإخراج متعكسان، فذاك يدخل الكتاب بالصرحة في ملكه ويخرج الدرهم عن ملكه بالالتزام، والبائع يخرج بالصرحة ويدخل بالالتزام.

فهنا إنشاءان، والإنشاء المتقدم إنشاء للمعاوضة نظير إنشاء البائع، فكما أن البائع ينشأ ملكية الكتاب معوضاً بالدرهم، كذلك المشتري، غير أنه إن كان متأخراً فهو قبول، لأن عنوان «المطاوعة» يتحقق مع التأخر، لأن «الاستراء» افتعال، وأما مع التقدّم فلا، ولذا قال:

فكل من رضى واشترى بالنسبة إلى إفادة نقل المال ومطاوعة البيع عند التقدم والتأخر متعكسان.

ثم تعرّض لسؤالٍ مقدّر هو: إنه إذا كان «اشتريت» في صورة تأخره قبولاً، فلم لا يكون قول البائع متأخراً «بعث الكتاب بدرهم» قبولاً للاستراء المتقدم؟

فأجاب: بأنّ القبول إنما يكون ممّن يخرج العوض عن ملكه، والكتاب معوض، فما قاله بإيجاب لا قبول.

فيتوجه عليه حينئذ الاشكال الذي طرحه بقوله:

فإن قلت: إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله: اشتريت، حتى يقع قبولاً، لأن إنشاء ملكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له، يتحقق فيه معنى الانتقال وقبول الأثر، فيكون اشتريت متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدم....

أي: إنه لما لم يكن «اشتريت» المتقدم مطاوعة، وإنما يكون مطاوعة إذا تأخر، وكان قول الفقهاء بأن «اشتريت» قبولاً محمولاً على غلبة تأخره، بل عن بعضهم أنه ليس قبولاً حقيقة وإنما هو بدل، فهو في صورة التقدم لا يعتبر قبولاً، فهو إيجاب، ولما كان إنشاء البائع إيجاباً وليس بقبول كذلك، كان المتحقق إيجابان، وهذا خلاف الإجماع القائم على اعتبار القبول في كل عقد من العقود، وعلى هذا، فيجب تأثير «اشتريت» حتى يقع قبولاً ليتحقق العقد.

وبعبارة موجزة:

كل عقد لابد فيه من القبول، واشتريت متأخراً قبول دون كونه متقدماً، فلا بد من أن يكون متأخراً.

ووجه قول الشيخ بأن اشتريت المتأخر قبول وإذا تقدم فليس بقبول، مع أن مفاد هيئة الافتعال هو القبول، هو: إن باب الافتعال قبول للمبدء، لكنه ليس دائماً قبولاً للمبدء الذي يوجد الغير، فقد يوجد الشخص نفسه كما في «اختفى» ونحوه، وقد بينا هذا سابقاً بالتفصيل، فقبول المبدء غير قبول المعاوضة.

فأجاب عن الإشكال بقوله:

قلت: المسلّم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأمّا وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمّن للمطوعة وقبول الأمر، فلا.

فالقدر المتيقن من الإجماع هو أن يكون المشتري راضياً بفعل البائع، أي الرضا الناقل للمال. وأمّا اعتبار تلقّي الشيء وإنشاء الانفعال منه، فلا، وهذا قوله:

فقد تبين... ولا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

كان ما ذكرنا شرحاً لكلمات الشيخ.

وبعد ذلك نقول:

أمّا قوله: بأنّ اشتريت المتقدّم وبعث المتأخّر إنشاءً، ولا فرق بينهما إلاّ أنهما متعاكسان من حيث الصراحة والالتزام، ففيه:

إنّه إن كان المشتري بقوله اشتريت يعني: «تملّكت كتابك بعوض مالي» فهو وقول البائع: «بعثت الكتاب بعوض» متباينان، لأنّ ذلك «تملك» وهذا «تمليك»، فالقول بتساويهما وأنّ الفرق في الصراحة والالتزام فقط، غير صحيح.

وعلى هذا الفرض، فإنّ هذا الإنشاء صحيح حتّى بناءً على اعتبار المطوعة، إذ لا محذور من إنشاء المطوعة لفعلٍ قبل وقوع الفعل، وإنما يعتبر التأخّر في المطوعة الخارجيّة.

وبعبارة أخرى:

إن قبول الإيجاب مطوعة، والمطوعة قبول الأمر، لكنّ الذي يرد عليه

الأثر ويقبله في العقد هو المتاع الذي أدخله الموجب في ملكه، فكان المتأثر هو المتاع والأثر دخوله في ملك الموجب الذي هو المؤثر، فالمطauعة كانت للمتاع، وإنما سمي ذلك بالمطauعة، لأن قبول الأثر تكويناً هو المطauعة، وإنما أسند القبول إلى المشتري وسمي مطauعة، لأنه قد وافق على ما فعله الموجب في ملكه، ورضي بما لكنته التي حصلت بسببه، لأن المتاع مضاف إليه، فلما وقع الأثر على المتاع ورضي به مالكة أصبح هو المنفعل والمطauوع له.

ولقد بينا سابقاً: أنه لا تعتبر المطauعة في المعاملة، وأن القبول فيها ليس بهذا المعنى، بل هو الرضا، نظير قبول التوبة والعذر والضيف والوعد ونحو ذلك.

لكن الشيخ لما كان يرى أن القبول هو المطauعة، وأن «اشتريت» ونحوه ليس مطauعة، وأن قول المشتري ذلك مقدماً نظير قول البائع «بعت» على السواء من حيث كونهما تمليكاً، فيرد عليه:

أولاً: إن كان «ابتعت» بمعنى قبول الملكية الحاصلة من الغير، كان مرادفاً لتملكت، ويرد عليه ما ورد عليه، وإن كان بمعنى قبول المبدء، بلحاظ إيجاده هو له - كما في اختفيت واكتسبت مثلاً - كان إيجاباً كإيجاب البائع، والمتحقق إيجابان لا إيجاب وقبول.

وثانياً: إن «تملكت» قبول ومطauعة لما فعله الموجب مطauعة انشائية - والمفروض كون الصيغ الاخرى المذكورة مرادفة له - فقوله: بأنها في حال التقدم ليست بقبول، غير صحيح.

وبعد الفراغ عن النظر في كلام الشيخ نقول:

إن قلت: الإيجابان يصدق عليهما أنهما عقد، لأن المناط هو الارتباط بينهما، وهو موجود في هذين الإيجابين، لكونهما واردين على الشيء الواحد، إذ كلاهما يملكان المتاع المعين بدرهم، فما المانع عن تركب العقد من إيجابين، بعد الجواب عن الإجماع المدعى بعدم حجتيه؟

قلت: إن توارد العهدين على المورد الواحد شيء، وارتباط أحدهما بالآخر بأنفسهما شيء آخر، ولعل إلى هذا نظر المجمعين.
ثم أقول:

إذا كان المحقق لعنوان العقدية هو الارتباط بين العهدين، فإن الرضا المنشأ كاف لحصول الارتباط، فالعقد متحقق وإن تقدم الرضا، لأن هذا الرضا الباطني المنشأ باللفظ مستمر إلى حين الإيجاب اللاحق ومتعلق به، سواء كان إنشاؤه بصيغة الفعل، ماضياً أو مضارعاً أو بصيغة الأمر.

بقي أنه: لو قال المشتري «تملكت كتابك بدرهمي» فقال البائع: «قبلت»، لم يبعد صدق «العقد» عليه - وإن لم يصدق عليه عنوان «البيع» - وحينئذ، ينطبق عليه عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فيكون صحيحاً.

حكم تقدم القبول في العقود الاخرى

قال الشيخ:

ثم إن ما ذكرنا جارٍ في كل قبول يؤدي بإنشاء مستقل كالإجارة... والنكاح.... ملخص ما أفاده بتوضيح منا:

إنه يجري ما تقدم من جواز التقديم، في كل عقد يؤدي فيه القبول

بإنشاء مستقل كالإجارة، بأن يقول مقدماً: استأجرت، فيقول الموجب: أجرت، وكالنكاح، بأن يقول مقدماً: تزوّجت، فيقول ذاك: زوّجت، لأنّ القبول كذلك في الإجارة يتضمّن نقل المال بالفعل، وفي النكاح يجعل نفسه بالفعل زوجاً.

لكنّ الشيخ قد أشكل من قبل في جواز التقديم بقوله:
نعم، يشكل الأمر بالمعهود المتعارف... فالحكم لا يخلو من شوب الإشكال.
فنقول:

إنّ كانت صحة هذه المعاملات مستندة إلى السيرة العملية الممضاة، فمن المعلوم أنّ مورد الإمضاء ما كان معهوداً متعارفاً من الصيغة، وهو الإيجاب المقدّم والقبول المؤخّر، فمورد تقدّم القبول لم يكن متعارفاً، فليس بممضى من الشارع.
وكذا إن كانت اللام في آية الوفاء للعهد، أو أن الآية مسوقة للإمضاء، وكذا آية الحل....

أما إن كانت اللام للعموم، وكان الاطلاق في آية الحل محكماً، فلا وجه للإشكال، وهذا هو الأقوى كما تقدم، نعم، الإحتياط في محلّه كما لا يخفى.
وأما المنع، من جهة أنّ القبول مطاوعة فلا يعقل تقدّمه، كما ذهب إليه شيخنا الميرزا، فقد قلنا أنّ هذه المطاوعة إنشائية لا خارجيّة، فلا مانع من تقدّمه. وأيضاً: القبول هو الرضا، وليس في البين مطاوعة أصلاً.

فتحصل: عدم الإشكال في التقديم في البيع، وكذلك في الإجارة والنكاح بلا إشكال، لأنّ المناط هو الرضا، وهو كما يجوز مؤخراً كذلك مقدماً.

قال الشيخ:

وأما ما لا إنشاء في قبوله إلا قبلت أو ما يتضمنه كارتفعت، فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه... والتحقيق عدم الجواز... وكذا القول في الهبة والقرض.... وملخص ما أفاده بتوضيح منّا:

إن من العقود ما لا يحصل فيه النقل من قبل القابل أصلاً، كعقد الوديعة، حيث لا ينقل المودع شيئاً، والوكالة، إذ ليس فيها نقل، والقرض، إذ لا شيء من ناحية المقترض، والعارية، فإنه يعبر الشيء للانتفاع به ولا يعطي المعبر شيئاً، والهبة غير المعوضة، والوصية... وبالجمله، فإنه لا يقع من طرف القابل نقل في هذه العقود، بل قبوله فيها صرف الرضا.

فهل يجوز تقديم القبول في هذه العقود؟

إن من هذه العقود ما ليس فيه من ناحية القابل إلا القبول، ولا يلزم إلا الرضا، كالعارية والوديعة والوكالة، فيجوز فيها التقدم، كأن يقول: أقبل أن أكون لك وكيلاً، أو يكون هذا الشيء وديعةً عندي، وهكذا... لجواز الرضا بأمر متأخر.

ومن العقود ما يترتب فيه الأثر على العنوان، مثل: المقترض له حكم كذا، المرتهن له حكم كذا، المتب له حكم كذا... ففي هذه العقود يعتبر -بالإضافة إلى الرضا- صدق عنوان كونه مقترضاً أو مرتهنّاً أو متبهاً... ولما كانت هذه العناوين مطاوعة، فلا بد من وجود الرهن أو القرض... حتى يتحقق الصدق، فلا يجوز التقدم.

لا يقال: الأمر في اشتريت -مثلاً- كذلك، فإنه يتحقق هناك عنوان المشتري، وهو لا يصدق إلا مع تقدم البيع.

لِما تقدم من وجود النقل بالفعل هناك، والكلام هنا فيما لا نقل من القابل أصلاً.

فنقول:

قد ذكر أنه في مثل الوكالة والوديعة والعارية، لا يعتبر أزيد من الرضا بالإيجاب، ولذا يعبر عنها بالعقود الإذنية، فيجوز تقديم القبول فيها على الإيجاب.

وفيه نظر، للفرق بين الإذن والوكالة مثلاً، فلو قال: أذنت لك أن تفعل كذا، تحقّق منه الإذن حتى لو لم يقبل الطرف المقابل ولم يفعل ذلك الفعل، بخلاف الوكالة، فإنها إنابة للوكيل في العمل ولا يكفي فيها صرف الإذن والرضا، فكم فرق بينهما؟

وأيضاً، فإن الإذن لا يسقط بالردّ والوكالة تسقط، والوكيل لو عمل وتبيّن كونه معزولاً صحّ عمله، بخلاف المأذون.

وأيضاً: قد تقدم أنّ القبول في العقود نظير قبول التوبة والعذر، وليس بمعنى الانفعال فإنه في الأمور القهرية، ولا تتخلّل الإرادة بين الفعل والانفعال، بل هما واحد في الحقيقة، ينسب إلى أحدهما بالفاعلية وإلى الآخر بالانفعال، وأمّا حيث تتخلّل الإرادة فوجودان، يصدر أحدهما من ذاك ويتحقّق الآخر بإرادة هذا، ففي كلّ مورد تخلّلت الإرادة فلا معنى للانفعال. هذا أولاً.

وثانياً: إن المشتري إنما ينسب القبول إلى نفسه مجازاً، كما تقدّم. وثالثاً: إنه لا مانع من إنشاء المطاوعة وأن تكون فعليتها بعد مجئ الإيجاب، سواء كان العقد من قبيل القسم الأول كالوكالة ونحوها، أو القسم

الثاني كالرهن والقرض والهبة، ولا دليل على فعليّة هذه العناوين في حين الإنشاء.

قال الشيخ:

وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفين... كان البادي منهما موجِباً... ثم لما انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول... وتحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول في الصلح أيضاً غير جائز....

توضيحه:

إنه يعتبر لفظ القبول في المصالحة، لأن المصالحة على قسمين، فمنها: المصالحة غير المعوّضة، ولا يجوز فيه إلا القبول متأخراً، إذ لا يكون شيء من قبل المصالح له إلا الرضا والقبول لما فعله المصالح. ومنها: المصالحة المشتملة على المعاوضة، فإنّ كلّاً منهما يلتزم بشيء، فهما متساويان من حيث الالتزام، ونسبة المصالحة إلى كلّ منهما على حدّ سواء، فأيهما كان البادي فهو الموجب، فلا معنى لفرض القبول المتقدم.

وهل يجوز له أن يقول متأخراً «صالحتك» أو يعتبر لفظ القبول؟ قال الشيخ: لا يجوز، إذ لو قال أيضاً: صالحتك كان إيجاباً آخر، فيلزم تركّب العقد من إيجابين، وقد قام الإجماع على توقف العقد على القبول، وقد ذكرنا سابقاً أنه لا يبعد أن يكون هذا الإجماع برهانياً، لأنّ توارد العهدين على مورد واحد شيء، والارتباط بين العهدين المحقق لعنوان العقدية شيء آخر.

أقول:

إن قال: «صالحتك هذا على أن ذاك لي» فكلام الشيخ متين جداً، وأما إن

قال: صالحتك على أن يكون هذا بعوض هذا، بأن تكون مصالحةً تسدّ مسدّ الإجارة مثلاً من حيث المعاوضة، كما لو قال: صالحتك على أن يكون الانتفاع بداري بكذا درهم، أو: صالحتك على أن تكون لك داري بكذا درهم، ففي هذه الصورة لا مانع من التقدّم على أن يكون قبولاً ولا يكون إيجاباً.

مسألة الموالة بين الإيجاب والقبول

قال الشيخ:

ومن جملة شروط العقد: الموالة بين إيجابه وقبوله.

ذكره الشيخ... قال الشهيد في قواعده: الموالة معتبرة....

أقول:

ذكر الشهيد أن الموالة بين الإيجاب والقبول مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه، يعني: إن الاتصال هناك منشأ الانتقال إلى اعتبار الموالة هنا.

واحتمل الشيخ في وجه الاعتبار هناك أنه السبب لخروج المستثنى منه عن حدّ الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقف عليه، فلو قال: «رأيت القوم» ولم يتصل به قوله «إلا فلاناً»، كان كذباً، وإذا اتصل به خرج عن الكذب.

ولقد كان الأولى به أن يقول: إن المتكلم مادام متكلماً لا يستقرّ ظهور كلامه في المعنى المراد، فإذا انتهى استقراره، فلو تكلم بالمستثنى منه فقط انتهى واستقرّ ظهوره، بخلاف ما إذا اتصل به المستثنى، فإن الظهور ينعقد بعد مجيئه، ولذا لو أقرّ قائلًا: «له عليّ مائة إلا خمسة» استقرّ الظهور في الخمسة والتسعين، أما لو فصل بينهما استقرّ في المائة، فلو قال بعد ذلك «إلا خمسة» عدّ إنكاراً بعد الإقرار، فالمناط وحدة الظهور للكلام، فإذا انعقد أخذ به، وليس المناط خروجه عن حدّ الكذب إلى الصدق.

وبالجملة، إنه مع الفصل ينعقد ظهوران، وهو على خلاف المقصود.

ثم ذكر الشهيد موارد لاعتبار الموالاة في الفقه، منها:
 الفورية في استتابة المرتد، فيعتبر في الحال، وقيل إلى ثلاثة أيام.
 قال الشيخ:

ثم في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسألة توبة المرتد، فإن غاية ما
 يمكن أن يقال في توجيهه إن المطلوب في الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع، فلا بد
 من إعادته في أقرب الأوقات.
 أقول:

لكن العبارة موهمة، وإنما المراد: الموالاة بين توبة المرتد واستتابة
 الحاكم إياه، وألا يقتل فعلاً أو بعد ثلاثة أيام.
 قال الشهيد:

ومنه: السكوت في أثناء الأذان... السكوت الطويل في أثناء القراءة...
 التشهد، ومنه تحريم المأمومين في الجمعة... ومنه الموالاة في
 التعريف^(١)....
 أقول:

وكل ذلك، لأنه لولا الهيئة الإتصالية لما صدق عنوان «الأذان» بل كان
 مجموعة أذكار وأقوال، أو «القراءة» بل كان المقروء آيات متفرقة، وكذا
 التشهد.

وأما مسألة الجمعة، فلأنه يعتبر فيها الموالاة بين تحريم العدد المعين
 من المؤمنين وركوع الإمام، وألا لم يتحقق صلاة الجمعة.

(١) القواعد والفوائد ١ / ٢٣٤، القاعدة رقم: ٧٣.

وكذا الكلام في تعريف الضالة، فلما قيد الشارع التعريف بالمدة الخاصة، اعتبر فيه الموالاة والآل لم يتحقق الامتثال.

قال الشيخ:

حاصله: أَنَّ الأمر المتدرج... فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد... ولذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً... وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللزم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً... أما لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجارة عن تراض، فلا يضره عدم صدق العقد.

أي: إِنَّ سرَّ اعتبار الموالاة هو: عدم صدق «العقد» بدون الموالاة بين الإيجاب والقبول والاتصال الزماني بينهما.

فأورد عليه بقوله: إِنَّ هذا حسنٌ لو كان... أما لو كان منوطاً.

وحاصله: إِنَّ اعتبار الموالاة لكي يصدق عنوان «العقد»، يدور مدار الدليل المعتمد في ترتب الأثر على العقد صحةً ولزوماً، فَإِنْ كان عموم آية الوفاء فهي لازمة، لأن الموضوع فيها هو العقد وقد اعتبرت الموالاة في صدقه، وإن كان إطلاق آية الحل وموضوعها هو «البيع»، جاز التمسك بها مع صدق البيع وإن لم يصدق «العقد». وأما إن كان عموم قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١)، فموضوع الآية هو «التجارة» وهو صادق مع عدم الموالاة وعدم صدق «العقد».

فأقول:

إنَّ الشهيد وغيره من الفقهاء، يعتبرون الموالاة في العقود المعاوضيّة وفي النكاح، وأما في غير المعاوضيّة كعقد الوكالة والعارية ونحوها، فلا، فلو وكلّه الآن فقال الوكيل في الغد: قبلت، صحّ، وكذا لو وهبه الآن فقبل في وقتٍ آخر، وهكذا...، فالقول بأنَّ المناط للموالاة هو صدق عنوان العقد، منتقض بأنَّ تلك المعاملات عقود أيضاً عندهم، ولا يعتبرون فيها الموالاة، فيظهر أن عنوان العقدية غير متوقف على الموالاة.

وأفاد شيخنا الاستاذ رحمة الله عليه في الجواب عن القول بأنَّ التوالي بين الإيجاب والقبول مقوم لصدق العقد، وبدونه لا يصدق:

بأنَّ العهد عبارة عن الالتزام القلبي أو الجعل والقرار المعاملي، وأنَّ العقد عبارة عن ربط أحد الالتزامين بالآخر أو ربط أحد القرارات بالآخر، فحيثيّة العهديّة غير حيثيّة العقديّة، وأنَّ حقيقة العقد هو الربط لا الوصل حتى يؤخذ بمقتضيات الوصل وربط أحد الالتزامين القائم بمحلّ الالتزام القائم بمحلّ آخر بلحاظ ورودهما على أمرٍ واحد وهو كون أحد المالين بأزاء الآخر في الملكية مثلاً، فوحدة الملتمزم به هو الجامع الرابط بين الالتزامين، وهذا المعنى من الربط لا يقتضي إلبقاء الالتزام الأوّل على حاله حتى يكون بعد ورود الالتزام الثاني مربوطاً به، وإلاّ فحقيقة الربط لا تتحقّق بين موجود ومعدوم، وتخلّل زمانٍ طويل أو قصير أجنبيّ عمّا يقتضيه هذا المعنى من الربط^(١).

وحاصله:

إن العقد عبارة عن العهد المؤكد، أي العهد الذي تأكد بالعهد الآخر، أو المشدد، أي العهد الذي شدد بالعهد الآخر، والعهد أمر باطني نفساني لا ربط له باللفظ وبالزمان، إذن، لا بد من الارتباط بين العهدين النفسانيين، وتخلل الزمان أجنبي عن حقيقة العقد، فإذا كان العهد من هذا باقياً، وتحقق من الآخر عهد - ولو بعد زمان - واشتد به وحصل الارتباط بينهما، صدق عنوان العقد.

رأي المحقق الناني

وذكر الميرزا الاستاذ أن العقود على ثلاثة أقسام:
منها: العقود الإذنية، كالوكالة والعارية ونحوهما من العقود التي لا التزام بها.

ومنها: العقود العهدية المعاوضة، كالبيع والصلح.

ومنها: العقود العهدية غير المعاوضة، كالرهن والقرض.

أما القسم الأول، فلا يعتبر فيه الموالاة، بل إن قوامها بالرضا، فمادام موجوداً يكفي وإن وقع الفصل بين الإيجاب والقبول وبلغ ما بلغ، وتسميتها بالعقد مسامحة أو مجاز من باب علاقة المشابهة، فهي خارجة عن عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تخصصاً، ولذا لا يرد الإشكال من خروجها بلزوم تخصيص الأكثر، لعدم كون خروجها تخصيصياً.

وأما القسم الثاني، فيعتبر فيها الموالاة من ناحيتي السبب والمسبب. أما من ناحية المسبب، فلأن البيع مبادلة بين المالين، فكل من البائع والمشتري له إضافة ملكية إلى ما يملكه، فيقع التبادل بين طرفي الإضافة، فيضاف ملك

المشتري وهو الثمن إلى البائع ويحل محله المثلث، وملك البائع إلى المشتري ويحل محله الثمن، على عكس الإرث، حيث يقع التبادل بين المضافين مع حفظ الاضافة والمضاف إليه، أما في الهبة، فالإضافة الملكية تنقطع.

ففي البيع، لما يقع الإيجاب تنخلع الاضافة الملكية من البائع بالنسبة إلى ملكه ويتلبس بكونه مضافاً إلى الثمن، فهو بإيجابه يوجد هذه المبادلة، ولولا اتصال القبول به لم يتحقق، ولم يحل الثمن محل المثلث، وتبقى الإضافة التي خلعتها بلا مضاف إليه، والإضافة بلا طرف محال كالخلع بلا لبس.

أما في النكاح، فهو يوجد العلة في نفس الأمر، فتحتاج إلى طرف، فلولا اتصال القبول يلزم أن توجد العلة في نفس الأمر بلا طرف، وهو محال ممتنع.

وأما من ناحية السبب، فبيانه: إن كل مركب له عنوان واحد وأثر واحد، فلا بد من الاتصال بين أجزائه، ولذا يلزم الاتصال بين حروف الكلمة الواحدة وبين كلمات الكلام الواحد، ولذا يجب التوالي بين أجزاء الصلاة والوضوء والقراءة.. وهكذا كل مركب من الأفعال، ويعتبر الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه من جهة أنه كلام واحد وله ظهور واحد، فلو انفصل فهناك ظهوران، ولذا لو انفصل المقيد عن المطلق، فبناءً على تمامية الظهور في المطلق يكون تقدم المقيد عليه من باب تحكيم أقوى الحججتين، وأما مع الاتصال فالظهور منعقد من أول الأمر في المقيد.

فإذا كان الكلام واحداً، فلا بد من الاتصال، سواء كان من المتكلم الواحد أو من اثنين، وإلا كان هناك عنوانان.

وعليه، فالبيع أمر واحد، والصلح أمر واحد، والنكاح أمر واحد،

والسبب مركّب من إيجاب وقبول، والهيئة الاتصالية بينهما مقومة لوحدة العنوان، فلو لا الموالاة لما تحقق العنوان الواحد، وحينئذٍ فكما لا يصدق «العقد» لا يصدق «البيع» و«التجارة» خلافاً للشيخ، لأن كلاً من العقد والبيع والتجارة أمر واحد.

وأما القسم الثالث، فإنه وإن لم تكن معاوضة فوحدة السبب لازمة، ومن هذه الجهة تعتبر الموالاة، حتى يصدق العنوان الواحد.

فإن قلت: الهدايا قسم من الهبات، وقد ترسل الهدية من مكان بعيد وتصل بعد زمانٍ فيتحقق القبول، وتحصل الهبة المعاطاتية والمعاطاة سبب واحد، فكيف تصح إذا كانت الموالاة معتبرة؟

وكذا في القرض، فلو أرسل المبلغ ووصل بعد مدّةٍ وحصل القبول، فالقرض المعاطاتي حاصل.

فالجواب بوجهين:

أحدهما: أن هناك يداً طويلة وقع التسلم بها، فلم يقع فاصل.

والثاني: إنه لما سلم الهدية إلى الواسطة، جعله وكيلاً عنه في الإيصال، وإذا وصلها تحقق الإيجاب من قبل المرسل بالإعطاء والقبول بالأخذ من طرف المرسل إليه، فلم يقع الفصل بينهما، وقد تقدّم في محله أن قبول المعاطاة ليس بإعطاء الثمن، بل إن إيجابها بالإعطاء والقبول بالأخذ، ودفع الثمن إبراء للذمة.

هذا ما أفاده قدس سره^(١).

(١) وأنظر منية الطالب ١/ ١١١.

النظر فيه

ونقول:

إنه بناءً على أن للملكية واقعية نفس أمرية، وأن البائع موجد لها والعقد آلة، فإن الإيجاد لا ينفك عن الوجود، فلا حاجة إلى القول بعدم انفكاك الخلع عن اللبس وأنه يلزم الانفكاك بين المتضايقين. وأيضاً، فإن البائع لا يوجد الملكية بالمباشرة، وإنما هو إيجاد للسبب وهو العقد، وليس هذا السبب علّة تامة، بل الجزء الأخير هو قبول المشتري، ولو كان الإيجاب علّة تامة لكانت الملكية حاصلة قبل أن القبول، لعدم انفكاك المعلول عن العلّة، وإذا كان كل من الإيجاب والقبول جزءاً من العلّة التامة، فأَيُّ مانع من الفصل بينهما مع جواز الفصل بين أجزاء العلّة التامة؟

هذا كله بناءً على المبنى المذكور المتراءى من المشهور.

وأما بناءً على ما هو التحقيق - من أن الملكية ليست من الأمور المتأصلة في الوجود، بل الملكية والزوجية ونحو ذلك أمور اعتبارية، وكل أمر اعتباري فقوامه نفس المعبر - فالبائع بما أنه أحد العقلاء يعتبر المبادلة الملكية بين المالكين، وهذا الاعتبار يكون موضوعاً لاعتبار العقلاء والاعتبار الشرعي، والملكية العقلانية والشرعية قائمان كذلك بنفس المعبر، لأنهما أمران اعتباريان، فلا يعقل أن يكون الموجب موجوداً لاعتبار العقلاء والشارع، لا بالآلة ولا بالتسيب، بل ليس لإيجابه آلية لاعتبار نفسه أيضاً، لأن ملكيته قائمة باعتباره، وبالإيجاب يُظهر اعتباره.

ثم إنه في أن اعتبار الموجب للمبادلة بين المالكين، يتحقق له اعتبار

الخلع واللبس والإضافة، ويكون اعتبار العقلاء والشرع بعد مجئ القبول، وأما قبله فلا خلع ولبس في اعتبارهما، وإذا كان كذلك، فلا مانع من الفصل بين الإيجاب والقبول، لأن الاعتبار العقلاني والشرعي متوقف على القبول، فمتى تحقق تحقق الاعتباران.

وبما ذكرنا يظهر، أنه ليس هناك ولا آن واحد يكون فيه خلع بلا لبس، أو انفكاك بين المضاف والمضاف إليه، لأنه في ظرف اعتبار الموجب الخلع واللبس متحققان، ومادام لم يأتِ القبول فلا خلع ولا لبس من ناحية العقلاء والشارع.

وعلى هذا، فلو قال الموجب: «بعتك متاعي بكذا» فجعل المشتري يفكر أو يشاور وطالت المدة ساعة، فقال بعد ذلك «قبلت» تحقق البيع وترتب عليه الأثر.

رأي المحقق الإيرواني والنظر فيه

وقال المحقق الإيرواني:

لا فرق بين لفظي البيع والتجارة ولفظ العقد في الصّدق مع انتفاء التوالي كالصّدق مع التوالي، وكأنّ توهم الفرق من تخيل أن العقد اسم للفظ أعني المجموع المركّب من الإيجاب والقبول، مع أنّ المنقول عن أهل اللغة أنه العهد أو العهد المشدّد. وكأنّ اعتبار التوالي ناش من اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول، بتوهم عدم حصول المطابقة مع التأخر، لأنّ الإيجاب أفاد النقل من الحين، فإذا تأخر القبول، فإما أن يكون قبوله قبولاً لتمام مضمون الإيجاب، فيلزم من صحته حصول النقل من حين الإيجاب كما في الإجازة

على القول بالكشف، فيكون النقل حاصلًا قبل حصول تمام العقد وذلك باطل، أو يكون قبولاً لبعض مضمون الإيجاب، أعني النقل من حين تحقق القبول، فيلزم عدم المطابقة بين الإيجاب والقبول، وهذا المحذور وإن كان يعم صورة التوالي أيضاً لتحقيق الفصل هناك أيضاً ولو بيسير، لكن هذا المقدار من التخالف لا يضر بالمطابقة العرفية، فلا يوجب الحكم بالفساد^(١).

وتقريبه: إنه لما يوجب البايع البيع يوجد التمليك في حين الإيجاب، ويعتبر مجئ القبول في نفس الحين حتى يتحقق البيع، أما لو جاء متأخراً بزمان معتد به، فإن أفاد النقل في حال الإيجاب لزم تحقق النقل قبل القبول وهذا خلف، وإن أفاد النقل في حاله، لم يتحقق التطابق بين الإيجاب والقبول.

وفيه:

إن المراد من المطابقة المعتبرة بين الإيجاب والقبول هو ورودهما على الشيء الواحد بخصوصياته، وهو حاصل هنا، لأن الذي ينشؤه الموجب هو طبعي الملكية، و«الحين» ظرف للإنشاء لا قيد للملكية المتحققة بالإنشاء، إذ الزمان دائماً ظرف للإنشاء لا قيد للمنشأ، وكذلك القبول، فإنه يتعلق بالطبعي، وهذا هو التطابق، سواء اتصل القبول أو انفصل، بمقتضى الاطلاقات.

وأما ما قيل في وجه اعتبار الموالاة، من أن آية الحل في مقام التشريع

(١) حاشية المكاسب: ٩٠.

فلا إطلاق لها لِيَتَمَسَّكَ به، وما قيل في آية الوفاء من أن اللام للعهد، والعقود المعهودة المتعارفة لم يفصل فيها بين الإيجاب والقبول، فلا دليل على جواز الفصل، فقد عرفت الجواب عنهما في البحوث السابقة.

وعلى الجملة، فقد ذكر الشيخ أنه لا يلزم صدق عنوان «العقد»، إذ يكفي صدق «البيع»، فقسّم الميرزا الاستاذ المعاملات إلى ثلاثة أقسام، وأن أيّاً منها يسمى عقداً ويَتَمَسَّكَ بآية الوفاء فيه وأيّاً منها ليس بعقد في الحقيقة، وقد تكلمنا على ما أفاده بالتفصيل.

وما أفاده من اعتبار الوحدة متين جداً بالنسبة إلى فعل الشخص الواحد، فإنّ المشي الواحد من الإنسان مثلاً إنما يصدق إذا لم يتخلّله عدم الحركة المناسب له، فلو تخلّله خرج عن الوحدة وتعدّد، والتكلم الواحد والقراءة الواحدة ونحوهما كذلك، فإنّ التكلم أمر تدريجي، ولا يضرّ بوحدة السكوت الجزئي في الأثناء، أمّا لو سكت سكوتاً صدق عليه عدم التكلم فلا، فلو تكلم بعد ذلك كان كلاماً آخر لا استمراراً للسابق.

إذن، لو كان الفعل من شخص واحد واعتبر فيه الوحدة، لزم أن لا يتخلّله عدم البديل ولا يخرج عن الوحدة.

أمّا لو كان المطلوب تحقيق فعلين من شخصين يوجدان أمراً واحداً، فما الدليل على أن يكون فعل أحدهما متصلاً بفعل الآخر حتى يوجد ذلك الأمر الواحد؟

وقد كان شيخنا الميرزا يعتبر الوحدة الحقيقية، ولذا كان يمثل بالقراءة والأذان والكلام.

رأي المحقق الإصفهاني

أما شيخنا الاستاذ فاعتبر الوحدة العرفية، وهذه عبارته:

«غاية ما يمكن أن يقال في تقريب الموالاة بين الإيجاب والقبول هو: إن الإيجاب والقبول حيث أنهما قائمان بأثر، فلهما بنظر العرف جهة وحدة، فكان الواحد قائم بأثر واحد، فلا بد من كونهما على نحو من الاتصال العرفي، فكانه كلام واحد بوحدة اتصالية يقوم بأثر واحد، وعليه، فلا فرق بين دليل الوفاء بالعقد ودليل حلية العقد، فإن المدار ليس على ما يقتضيه عنوان العقد، بل على ما يقتضيه قيام ما هو كالواحد بأثر واحد»^(١).

أقول:

كل مركب معنوي بعنوان واحد ذي أثر واحد، فإن صدق عنوان المركب بمجيء الجزء الأخير منه وإلا لم يصدق عليه العنوان، نعم، يلزم استمرار وجود الأجزاء المتقدمة حتى مجيء الأخير، وعليه، فلما كان للإيجاب والقبول في المعاملات طريقة إلى حصول الأمر المعنوي الذي هو عبارة عن العهد النفساني، فلا بد من بقاء العهد من الموجب حتى يأتي القبول وهو العهد من المشتري، والأثر إنما يترتب بعد مجيئه لأنه الجزء الأخير للعلّة التامة، وإذا كان الأمر كذلك، لم يضر الفصل بين الإيجاب والقبول، سواء كان قصيراً أو طويلاً، فالقول بـ «كأنه كلام واحد...» صرف تشبيه ولا أثر له، بعد وضوح واقع الحال في المطلب، وقد تقدّم أن «اللام» في العقود ليس للعهد،

وَأَنَّ الْإِطْلَاقَ فِي آيَةِ الْحَلِّ تَامٌ [١].

[١] وحاصل إفادته طاب ثراه: اعتبار صدق «العقد» عرفاً، ليشمله العمومات والإطلاقات بعد دفع الاشكال عنها، وقد اشتملت كلماته على الجواب عما استدلّ به للقول باشتراط الموالاة، وهي وجوه:

الأول: اعتبار الهيئة الاتصالية، وهو حاصل كلام الشهيد رحمه الله.
والثاني: إن التوالي مقوم لصدق العقد وبدونه لا يحصل، وهو ما أورده المحقق الإصفهاني.

والثالث: ما ذكره المحقق الثاني.

والرابع: ما ذكره المحقق الإيرواني.

والخامس: ما ذكره المحقق الإصفهاني.

وقد تضمن كلامه قدس سره في تعقيبه على كلام الشهيد رحمه الله نقضاً قوياً على القول بالموالاة، وهو أن الفقهاء لا يعتبرون الموالاة في الوكالة ونحوها من العقود غير المعاوضيّة، فالوكالة - مع كونها عقداً - يجوز فيها تأخر القبول عن الإيجاب عند المشهور، فلو كان هناك دليل تام على اعتبار الموالاة، أو كان العرف يعتبرها في صدق عنوان العقد، لما قالوا بذلك.

مسألة التنجيز في العقد

قال الشيخ:

ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنجيز في العقد، بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها....

أقول:

قد نسب إلى المشهور بل ادعي عليه الإجماع: اعتبار التنجيز في العقد وأن التعليق مبطل.

فإن كان المراد كون نفس الإنشاء معلقاً، فإن الإنشاء من أنحاء التكلم الدائر أمره بين الوجود والعدم، إذ الإنسان إما متكلم وإما غير متكلم، فلا يعقل وقوع التعليق في الإنشاء.

ثم إن الإنشاء والمنشأ واحد حقيقة، فإذا لم يكن الإنشاء معلقاً فالمنشأ به غير معلق كذلك، فلا بد من تصوّر التعليق فيما عدا الإنشاء والمنشأ.

ثم إن للتعليق أنحاء، فقد ينشئ الإنسان المفهوم التعليقي ولا يعلم هل يتحقق ذلك المفهوم في الخارج أو لا يتحقق، فيكون التعليق مرتبطاً بتحقق الشيء في الخارج.

وقد يكون التعليق مربوطاً بقصده الجدّي، كما لو قال: «إن كنت صديقي بعثك هذا» و«إن كنت عادلاً بعثك هذا» فالإنشاء والمنشأ فعليّان إلا أن القصد الجدّي معلق.

وقد يكون في آثار مضمون العقد المستقر، كأن يقول: «أنت وكيل في بيع هذا على أن يكون بيعه في وقت رواج هذا المتاع» فهو وكيل له الآن، لكن تصديه للبيع أي الموكل فيه، معلق بالوقت الكذائي. فظهر أن لا معنى للتعليق في الإنشاء والمنشأ، وإنما هو في الجهات المذكورة الخارجة عنهما.

ثم إن الشيخ بعد أن أورد كلمات الأصحاب في أصل الاشتراط وذكر أنه «لا شبهة في اتفاقهم على الحكم» وكلماتهم المختلفة في وجه الاشتراط، قال: «وتفصيل الكلام، أن المعلق عليه: إما أن يكون معلوم التحقق وإما أن يكون محتمل التحقق، وعلى الوجهين، فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل» فهذه أربعة تقادير.

ثم قال:

«وعلى التقادير، فإما أن يكون الشرط مما يكون مصححاً... أو مما يصح... وكون المشتري ممن يصح... وممن يجوز العقد معه... وإما أن لا يكون كذلك». أقول:

كان الأولى أن يقول: الشرط المعلق عليه، إما معلوم التحقق، وإما مجهول التحقق، وظرف التحقق، إما هو الحال وإما هو المستقبل، فهذه أربعة تقادير.

ثم المعلق عليه على التقادير المذكورة، إما هو دخیل في قوام العقد كالقبول، مثل قوله: بعثك هذا إن قبلت، إذ القبول مقوم لماهية العقد، أو هو دخیل في الموضوع كقوله: زوّجتك إن كنت محلاً، فالإحلال من الإحرام دخیل في صحة العقد ومقوم لموضوعه، والمقوم للموضوع تارة: يكون

مقوماً له شرعاً كما ذكر، وأخرى: يكون مقوماً له في نظره واعتباره كقوله: «إن كنت صديقي بعثك هذا». وثالثة: يكون دخيلاً في صحة العقد من جهة شرائط المتعاضين، كأن يقول: إن كنت بالغاً بعثك هذا، إن كنت مالكاً للثمن فقد بعثك مالي به، ورابعة: يكون دخيلاً في صحة العقد من جهة شرائط العوضين، كقوله: بعثك هذا بدارك إن لم تكن وقفاً، وخامساً: لا يكون شيء من ذلك، مثل: بعثك هذا إن كان يوم الجمعة.

فهذه ستة تقادير، وبالنظر إلى الأربعة، فالمجموع أربعة وعشرون تقديراً.

لكن الأولى: جعل التقديرين فيما هو دخيل في الموضوع واحداً، وجعل تقدير ما هو دخيل في صحة العقد من جهة شرائط المتعاقدين، ومن جهة شرائط العوضين واحداً، فتكون التقادير أربعة، والأربعة في الأربعة ستة عشر.

أدلة اعتبار التنجيز

قال الشيخ:

وأما الكلام في وجه الإشتراط.

أقول:

واستدلوا باعتبار التنجيز بوجوه:

الأول: قولهم: لا يعقل التعليق في الإنشاء.

قلت: إن تحقق التعليق في الإنشاء معلوم العدم، ومثل ذلك لا معنى

للبحث عن بطلانه وعدم معقوليته [١].

[١] قال الشيخ:

رَبَّمَا يَتَوَهَّمُ أَنَّ الْوَجْهَ فِي اعْتِبَارِ التَّنْجِيزِ هُوَ عَدَمُ قَابِلِيَّةِ الْإِنْشَاءِ لِلتَّعْلِيقِ، وَبَطْلَانُهُ وَاضِحٌ، لِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْإِنْشَاءِ إِنْ كَانَ هُوَ مَدْلُولُ الْكَلَامِ فَالتَّعْلِيقُ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ فِيهِ، إِلَّا أَنَّ الْكَلَامَ لَيْسَ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ الْكَلَامُ فِي قَهْمِهِ... يَصِحُّ انْشَاءُ الْمِلْكِيَّةِ الْمُتَحَقِّقَةِ عَلَى تَقْدِيرِ دُونَ آخَرَ... فَلَا رَيْبَ فِي أَنَّهُ أَمْرٌ مُتَصَوِّرٌ وَاقِعٌ فِي الْعَرَفِ وَالشَّرْعِ كَثِيرًا....

وقال السيد: «التحقيق إن نفس الإنشاء بما هو إنشاء غير قابل للتعليق، إذ هو نظير الإيجاد التكويني، فكما أنه لا يمكن الإيجاد التكويني معلقاً فكذا الإيجاد الإنشائي، بل في الإخبار أيضاً لا يعقل التعليق في نفس الإخبار وإنما يجوز في المخبر به. وأما المنشأ، فيمكن أن يكون معلقاً كالمخبر به، بأن ينشئ الملكية على تقدير كذا...»^(١).

وأجاب المحقق الإصفهاني عن هذا الوجه في حاشية مطولة بما حاصله: إن الإنشاء والإخبار من وجوه استعمال اللفظ في المعنى، فحقيقة الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى بالوجود الجعلي للشيء - في مقابل الوجود الحقيقي له الذي هو عبارة عن الوجود الذهني والوجود الخارجي، غير القابلين للإنشاء - فهو لما ينشئ الملكية مثلاً يوجد التملك بالوجود الجعلي، ثم العقلاء والشارع يرتبان الأثر عليه، ولا يلزم أي محذور. ثم لو علق التملك على قدوم زيد غداً، فقد تحقق المعنى بوجوده الجعلي غير أن التعليق أفاد تأخر التملك عن الإنشاء، فإذا تحقق الشرط تحققت الملكية.

ثم إنه علق على كلام الشيخ من عدم تخلف الكلام الإنشائي عن مدلوله وأنه

(١) حاشية المكاسب ١ / ٤٤١.

الثاني: الإجماع على التنجيز.

قلت: قد يستفاد من كلمات بعض الأعلام أن التعليق يوجب عدم الجزم، وعليه، فإن عدم التنجيز ينحصر بما إذا كان المعلق عليه مجهولاً في الحين أو في المستقبل، فلو علق على ما هو معلوم الحصول كقوله: بعثك هذا إن كان اليوم يوم جمعة، فإن الجزم موجود في ذلك، فليس قولهم بأن التعليق ينافي الجزم على إطلاقه.

وقد يستفاد من كلام بعض آخر: أن التعليق يستلزم انفكاك المنشأ في مقام الفعلية في الخارج عن المنشأ في مقام الإنشاء، فكأنهم يعتبرون عدم الانفكاك بينهما، نظير البحث في الواجب المعلق، بمعنى: أنه إن علق الملكية

لا تعليق في مدلول الكلام، وأن إنشاء الملكية المتحققة على تقدير إنشاء الملكية وهي المعلقة على وجود الشرط فتوجد عنده وإلا فلا، فيدور أمر الملكية الحقيقية بين المتحققة على كل تقدير، بأنه: «إن أريد ما ذكرنا - من التعليق بلحاظ الملكية الاعتبارية، الوجود والعدم، لأن المتحقق سنخان معلق ومنجز كما يدل عليه قوله رحمه الله فيما بعد من أن المعلق هو الأثر الشرعي - فلا كلام، لموافقته لما مر من البرهان والوجدان. وإن أريد من عدم التخلف أن المدلول ثابت، لكنه على قسمين: ملكية متحققة على تقدير وملكية متحققة على كل تقدير، فالملكية المنشأة بالفعل سنخان معلق ومنجز، بأن يكون التقدير من خصوصيات الملكية وشؤونها لا من مبادي وجودها... فمجال البحث معه رحمه الله واسع، لابتناؤه على أن الملكية الحقيقية عين الملكية الإنشائية، فلها سنخان معلقاً ومنجزاً، وقد مر فساده»^(١).

(١) حاشية المكاسب ١ / ٢٨٦.

على شيء كأن يقول: ملكتك إن جاء زيد غداً فالملكية تتحقق للطرف بعد حصول المعلق عليه، فانفك التملك عن الملكية، مع أن نسبة أحدهما إلى الآخر نسبة الایجاد إلى الوجود في كونهما واحداً حقيقةً.

وبعبارة أخرى: إن كان التملك قبل مجئ زيد، فهذا خلف، وإن كان بعده، لزم الانفكاك.

لكن هذا المعنى منحصر بما يكون التعليق استقبالياً، أعم من أن يكون معلوماً أو مجهولاً.

إذا عرفت هذا، فإن القدر المتيقن من معقد الإجماع هو مجمع المحذورين، وهو أن يكون مجهولاً استقبالياً. هذا أولاً.

وثانياً: فإن هذا الإجماع نظري وليس بالإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام أو الدليل المعتبر [١].

الثالث: إن العقد المتضمن للتعليق غير مشمول لآية الوفاء.

قلت: كأنه من باب أن كل عام أو مطلق اسند إليه حكم يختص ببعض الأفراد يكون مخصصاً، كما قال الشيخ في مباحث الإستصحاب^(١): أن لفظ

[١] وهكذا أجاب غير واحد من الأكابر، كالسيد والمحقق الخراساني والسيد الخوئي قدس أسرارهم، لكن بعض مشايخنا ذهب إلى أن الإجماع هو العمدة في هذه المسألة، وأنه لا مجال لإسقاطه عن الاعتبار من جهة المدركة أو المنقولة، لكثرة المدعين لها وجلالتهم وقوة كلماتهم، إلا أنه - مع ذلك - لم يجزم بالاشتراط وقال بالإحتياط الوجوبي.

«أحد» وإن كان يعم الأحياء والأموات، ولكن إذا قلت: «لا تضرب أحداً»، فيما أن «الضرب» يقتضي الإيلام، وهو غير متحقق في الميت، كان النهي المذكور مختصاً بالأحياء، فالموضوع وإن كان بحسب الظاهر عاماً أو مطلقاً، يكون مقيداً.

وفيما نحن فيه: إن ظاهر الأمر بالوفاء هو الفعلية، والفعلية تنافي التعليق، فالآية مقيدة بما يكون الوفاء به فعلياً، ولا تشمل العقود التعليقية. وبعبارة أخرى:

سواء كان وجوب الوفاء في الآية حكماً تكليفاً أو وضعياً، فإن الحكم لا يتخلف عن موضوعه، فإن لم يكن في العقد تعليق، فبمجرد تحقق العقد يتوجه إليه الحكم بالوفاء، وإن كان معلقاً على شيء لم يتوجه، فالعقد موجود والحكم غير منطبق، والحال أن الحكم لا يتخلف عن موضوعه، إذن، يجب الوفاء حيث لا تعليق، فالأمر بالوفاء خص متعلقه وحصره بما ليس فيه تعليق. فآية الوفاء لا تشمل العقود التعليقية.

وبعبارة ثالثة:

إن دليل صحة العقد عبارة عن آية الوفاء، وهي لا تعم العقد التعليقي، فلا دليل على صحته، والأصل العدم. وجه عدم عمومها له هو: إن حكم الموضوع إلى الحكم حكم العلة إلى المعلول، ولا يعقل تخلف الحكم عن الموضوع، فإذا تحقق الموضوع يلزم تحقق الحكم.

الموضوع هنا هو «العقد» والحكم «وجوب الوفاء» أي ترتيب الأثر، وهو وجوب مطلق غير مشروط، فلا محالة يكون الموضوع هو العقد غير المعلق، ولو كان معلقاً استحال أن يكون حكمه مطلقاً، فمن عدم تقيّد الحكم

في الآية نستكشف عدم تقيّد الموضوع وهو العقد، وإلا يلزم تخلف الحكم عن موضوعه.

والجواب:

إن هذا مبني على أن يكون المراد من «أؤفوا» ترتيب الأثر، وأما إن كان المراد هو ترتيب المقتضى على المقتضى، فمعنى الآية: هو العمل بمقتضى العقد، فإن كان منجزاً، اقتضى ترتيب الأثر بالفعل، وإن كان معلقاً اقتضى ترتيب الأثر على حسب التعليق ومقتضاه.

فالآية المباركة على عمومها، ووجوب الوفاء مطلق لا مشروط، وقد وقع الاشتباه في معنى «الوفاء» [١].

على أن هناك موارد كثيرة لا يترتب فيها الأثر بمجرد وقوع العقد، ففي بيع الصّرف وكذا في الوقف والهبة مثلاً: لا تحصل الملكية إلا بعد القبض، ولا يقول أحد بأن أدلة هذه الموارد مخصصة لعموم الآية، والسّر في ذلك هو ما ذكرناه من معنى «الوفاء».

الرابع: إن الإنشاءات مبتنية على الجدّ والجزم، والتعليق ينافي الجدّ والجزم.

وهذا الوجه موجود في كلمات جلّ الأساطين.
ولكنّه أخصّ من المدعى كما لا يخفى. ثم إنّه:

[١] وهذا البيان في جواب الوجه الثالث - وهو لصاحب الجواهر رحمه الله - أوفى من جواب الشيخ رحمه الله عنه، وقد اكتفى السيّد الجدّ طاب ثراه بهذا الجواب ولم يتعرّض لسائر أجوبة الشيخ، ولعلّه لعدم خلّوها من البحث والنظر، فراجع.

تارة: هو متردد في فعله غير جازم به، فهذا باطل، واخرى: هو جاد في فعله بداعي تحقق المعلق عليه، لكنه جاهل بما هو كائن في الخارج، فهذا لا إشكال فيه، فكما يصح الإخبار عن جزم كأن يقول: إن جاء زيد غداً يكون كذا، ولا يدري هل زيد يجيء أو لا، لكنه يعلم بأنه سيكون كذا على تقدير مجيئه، كذلك الإنشاء بقوله: بعثك هذا إن جاء زيد غداً، فهو يبيع عن جدّ وجزم ولكنه لا يدري هل سيجي زيد حقاً أو لا، فإذن، لا تعليق في إنشائه، وجهله بحال المعلق عليه غير مضر [١].

الخامس: إن التعليق عبارة عن التقييد، فلو قال: ملكتك إن جاء فلان غداً، لم يكن قيداً للنسبة، لكونها غير قابلة للتقييد لجزئيتها، والتقييد دائماً يتوجه إلى المعاني الكلية، والمعنى الحرفي جزئي. أو قل: إن النسبة غير ملحوظة باللاحاظ الاستقلالي، فلا تقبل التقييد. مضافاً: إلى أن النسبة قائمة دائماً بطرفيها، فلو تقيدت تقيّد التملك أيضاً، فيكون إخباراً عن أنه سيملك إن جاء فلان غداً، ولا يكون إنشاءً، وعلى فرض كونه إنشاءً يلزم تفكيك المنشأ عن الإنشاء.

والجواب، بناءً على التحقيق من أن المعنى الحرفي لا يقبل التقييد لكونه جزئياً، والنسبة معنى حرفي، وبناءً على التحقيق من أن التعليق غير التقييد: إن لقوله «ملكتك» نسبتين، نسبة إلى البائع نفسه ونسبة إلى المشتري، فإن كان التعليق قيداً للمالك لزم الإشكال، إذ لا زمه أن لا يكون التملك فعلياً،

[١] هذا بناءً على اعتبار الجزم بالإضافة إلى القصد، وأما بناءً على عدم اعتباره

لعدم الدليل عليه، فالجواب واضح تماماً.

وإن كان قيداً للمشتري، فلا محذور أصلاً، لإمكان كون نفس هذا الجزئي بالذات معلقاً على شيء.

فالبائع يعتبر فعلاً الملكيّة المضافة إلى المشتري إن جاء زيد في الغد، فالتمليك فعليٌّ من قبل البائع، والملكيّة في الغد -على التقدير المذكور- حاصلة فعلاً للمشتري في عالم الاعتبار باعتبار من البائع.

السادس: ما ذكره الميرزا الاستاذ قدّس سرّه من أن التعليق قد يناط به صحة العقد أو الإيقاع، كأن يقول: بعث هذا المتاع إن كان ملكاً لي، اعتقت هذا إن كان عبدي، ففي مثله لا مانع من التعليق، لأنه نظير القضية الحقيقيّة التي أنيط الحكم على ثبوت الموضوع وعلّق عليه، وفيما نحن فيه كذلك، فإن قوام العقد أن يكون المال ملكاً للبائع، وكذا في العتق... فإن طبع المطلب هو وجود الإناطة.

وأما في غير ما ذكر، فلمّا كانت العقود الشرعيّة نظير العهود المتعارفة بين عامّة الناس، فما أمر الله بالوفاء به، وما أحلّه، عبارة عمّا هو متداول بين الناس كافّة، وهو ما ليس بمعلق -وأما ما يكون بين الملوك والدول من العهود التعليقيّة، فذاك نادر - فالآيات ناظرة إلى ما هو متعارف بين الناس، لكونها إمضاءً لها... فالعقود التعليقيّة على خلاف المتعارف والأدلة غير شاملة لها.

وعلاوة على تنزيل الأدلة على ما هو المتعارف، يمكن أن يقال: إن المتعارف هو القدر المتيقن في مقام التخاطب، فلو قال المولى لعبده: إمش إلى السوق، كان المتيقّن من المأمور به هو المشي المتعارف، فلا يقال إنه عام ليشمل المشي القهقرائي.

وكذا لو أمره بأكل الطعام، فليس له الأكل من القفاً أخذاً بإطلاق الكلام، وهو يحتمل أن المولى يريد الكيفية المتعارفة من الأكل.
وهنا: القدر المتيقن في مقام التخاطب هو غير المعلق.
والجواب:

إن هذا الوجه يتوقف على تمامية دعوى أن موضوع آية الوفاء ليس إلا العقود المتعارفة، وذلك أول الكلام، بل العموم في الآية المباركة محكم كما ذكرنا مراراً.
وبعد:

فإن الوجه المقامة على بطلان التعليق في العقود منها شرعية، مثل الإجماع، وآية الوفاء بالعقود، بدعوى أن موضوعها العقود المتعارفة والتعليق ليس بمتعارف، فالعقد المعلق غير نافذ شرعاً.
وقد عرفت أن الإجماع المدعى في المسألة ليس بالإجماع الكاشف عن رأي المعصوم أو الدليل المعتبر، فهو ليس بحجة، وأن العموم في الآية المباركة ثابت ولا مجال لرفع اليد عن عمومها.
ومنها: عقلية، مثل أن الإنسان إذا أراد تحقق شيء اعتبر أن يكون الشيء ممكن التحقق حتى تتعلق به الإرادة، ومع جهله بتحقيقه خارجاً لا تكون إرادته له جديّة.

وقد تقدم الجواب عنه.

ومثل: لزوم انفكاك الإنشاء عن المنشأ.

وقد تقدم الجواب عنه كذلك.

ونقول أيضاً:

إن القضايا التعليقية إما شرطية أو غير شرطية، ففي الشرطية: مقدّم وتالي، فإذا قال: إن جاء ابني غداً ملكتك هذا بهذا، فمجنى الولد غداً هو المقدّم والتعليك هو التالي، وهو تابع للمقدّم، فإن كان حالياً فهو حالي وإن كان استقبالياً فهو استقبالي، لكن الكلام في أن أيهما المعلق؟ وإذا كان هو التالي، فإن: ملكتك هذا بهذا الواقع تالياً في هذه القضية، مركّب من المادّة والهيئة، فالمادّة هي التملك، والهيئة هيئة اسناد المادّة إلى الفاعل، واسنادها إلى الطرف المقابل، واسنادها إلى الملك الذي يقع عليه البيع مثلاً وهو المتاع، فأين يقع التعليق على مجنى زيد في الغد؟

إن كان للمادّة، فإن الزمان من الأعراض، فلا يعرض العرض ولا يعرض الأمر الاعتباري بالأولوية، لكن يصح أن يكون مقدّراً للعناوين الاعتبارية بالأفعال، كما إذا قال: «صلّيت في اليوم»، فالصلاة عرض لا جوهر، و«اليوم» مقدّر ومحدّد له، وكذا «تكلم في الليل» و«خطب ساعة» وغير ذلك، فقله: إن جاء ابني غداً ملكتك متاعي، إن كان إنشاء الآن للملكية في الغد، فلا بأس به، فالإنشاء والمنشأ - وهو الملكية في عالم الاعتبار - حاصلاً الآن، وأمّا الملكية الخارجية فهي في الغد.

وبالجملة، فإنه قد أنشأ ملكية خاصّة وهي الملكية في الغد، فالملكية الإنشائية فعلية كالإنشاء ولا انفكاك بينهما، وإنما الخارجية غير فعلية، ولو يفرض لها الفعلية يلزم الانفكاك بين الإنشاء والمنشأ - فالإنشاء كالإخبار كأن يقول له: أنت مالك لهذا المتاع إن جاء زيد غداً، فكما يصح هذا القول - والإخبار لا ينفك عن الخبر - فكذلك الإنشاء.

نعم، يتوقف ترتب الأثر الشرعي على هذا الإنشاء على وجود دليل من قبل الشارع، وهو عموم آية الوفاء.

وتلخص: انتفاء محذور الانفكاك.

ومثل: إنه لو علق مضمون العقد بشيء، فإن كان موجوداً بالفعل فخلف، لكونه خلاف مقتضى الإنشاء لأنه قد علقه على الغد مثلاً، وإن كان وجوده بعد حصول الأمر التقديرى، يلزم انفكاك الوجود عن الوجود، وهو مستحيل.

والجواب: إن مضمون العقد «ملكك هذا إن جاء زيد غداً» مشتمل على مادة وثلاث نسب ومتعلقات.

والتعليق، إما يكون في مادة الملكية، وهي من المعاني الكلية، بأن يلحظ الملكية المعلقة وينشئها فتوجد في عالم الاعتبار، فيكون التعليق مضيئاً لدائرة المفهوم الكلّي الواسع اعتباراً، ولا إشكال.

وقد كان منشأ الوهم: إن الإنشاء فعلي والملكية تحصل للطرف في الغد إن جاء زيد، فلزم الانفكاك.

لكنه يندفع بما ذكرنا، من أن الملكية الاعتبارية المنشأة فعلية كذلك، والذي يكون في الغد على التقدير هو الملكية الواقعية الخارجية.

وعلى الجملة، فإن المعبر بإنشائه هو الملكية الخاصة بأي المعلقة على القيد المذكور - وهي موجودة بوجود الإنشاء، لأن الإنشاء والمنشأ واحد في الحقيقة ووجودهما واحد، فلا انفكاك.

وإن كان التعليق للنسبة، فإن كان لنسبة المادة إلى المفعول الأول أو الثاني، فالأمر سهل، إذ يقول: «أنشأت ملكية هذا المتاع لك إن فعلت كذا»

ولامانع منه، إذ المقوم للنسبة هو المضاف وهو الملكية الخاصة، وإن كان
 لنسبة المادة إلى الفاعل البائع، فهو ممتنع، لأن معنى ذلك أن تملكه المتاع
 للطرف الآخر إنما هو في الغد، فكان الإنشاء والاعتبار فعلياً لكن المنشأ
 والمعتبر في الغد، فيحصل الانفكاك، وهو محال، أو يخرج الكلام عن كونه
 إنشاءً ويكون إخباراً.

فظهر أن التعليق إن كان راجعاً إلى المادة أو إلى المفعول، فلا محذور،
 وإنما المحذور في صورة الإسناد إلى الفاعل.

مسألة التطابق بين الإيجاب والقبول

قال الشيخ:

ومن جملة الشروط التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا في المضمون، بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص، من حيث خصوص المشتري أو المضمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد. ووجه هذا الاشتراط واضح....

أقول:

ليس المراد المطابقة اللفظية بل المطابقة من حيث المعنى، فلما كان العقد هو العهد المشدود والمرتبط بعهد آخر، فلا بد وأن يتطابق العهدان، إذ العقد في الحقيقة هو التعاقد، ولولا التطابق لم يتحقق التعاقد.

فمقتضى العقد هو التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو قال: بعثك هذا، وقال الآخر بدل قبلت البيع: قبلت الصلح، لم يكن التطابق، بل هما إنشاءان أجنبيان لا ربط لأحدهما بالآخر. إذن، يجب أن يكون الإيجاب والقبول ماهية واحدة.

وأيضاً: يعتبر الوحدة بين العوضين، فلو كان المبيع هو الحنطة ومورد القبول هو الشعير، لم يتحقق العقد؛ ولو باع الحنطة بعشرة دراهم فقال المشتري: قبلت الحنطة بخمسة دراهم، لم ينعقد البيع.

وأيضاً: يعتبر الوحدة في المتعاقدين، فلو قال: بعته من موكلتك بكذا، فقال: اشتريته لنفسي، لم ينعقد.

وهذا في الجملة ضروري، وهو من القضايا التي قياساتها معها، لأن العقد - كما ذكرنا مراراً - هو العهد المؤكد أو المشدد، أي المرتبط بعهد، فهو معاهدة بين طرفين، ولولا المطابقة لم يتحقق المعاهدة، بل هما كلامان أجنيان.

إن كل عقد فهو مركّب من الماهية، أي ماهية المعاملة كالبيع والإجارة والنكاح، ومن المتعاقدين، ومما يقع عليه العقد من العوضين كما في البيع، أو لا عوض له كالهبة والوقف والرهن، ومن المتعلقات.

المطابقة ضرورية في الماهية، فلو قال: «بعتك الجارية بكذا» فكان القبول: «قبلت تزويجها» أو قال: بعتك الدار، فقال: استأجرتها... وهكذا، بطل العقد، لعدم المطابقة بين الإيجاب والقبول في ماهيته.

وأما المتعاقدان، ففيه تفصيل.

فإن كانا ركنين في العقد كما في النكاح والبيع، فلا بدّ من تعيينهما من حيث الأصول والوكالة والتطابق، فلو قال: بعتك الدار فقال: قبلت البيع لموكلّي، بطل.

وإن لم يكونا ركنين.

فتارة: يصرّح من حيث الأصول والوكالة، كأن يقول: بعت هذا لنفسك، فلو قال: قبلت لموكلّي، بطل، أو يقول: بعت هذا لموكلّك، فيقول: قبلت لنفسي، كان باطلاً، فالتطابق في هذه الصورة معتبرة كذلك، ولولاه فلا معاهدة بينهما، والعقد غير متحقّق.

واخرى: لا يصرّح، وفيه تفصيل أيضاً.

فإن كان المبيع عيناً خارجيّة، ولا تفاوت في الغرض بين الأشخاص،

كما لو قال: «بعتك هذا» وهو يرى أنه سيقبل لنفسه لكنه قال: «قبلت لموكلي» صحَّ العقد، لأنه لم يصرح بالأصالة والوكالة، ولم يتعلّق غرضه بأن يملك العين لشخص القابل. ولو قال: بعتك هذا، فقال الوكيل: قبلت لموكلي، كان صحيحاً بالأولية.

وأما إن كان أحد العوضين في الذمة ولا تصريح من حيث الأصالة والوكالة، كأن يقول: بعتك هذا بكذا في ذمتك، أو يبيع الحنطة التي في ذمته بكذا ثمن نقداً فيقول: قبلت لموكلي، ففيه إشكال، لأنّ الموجود في الذمة متشخص بها، والشيء في ذمة زيد يغيره في ذمة عمرو، وإن كانا متماثلين في الجنس والخصوصيات، فلم يتوارد الإيجاب والقبول على المورد الواحد.

وأما التطابق في العوضين، فقد يبيع الشيء المعلوم بجميع خصوصياته كأن يقول: بعتك هذه الحنطة بعشرة دراهم، فيقول المشتري: اشتريت نصفها بخمسة دراهم. وقد يبيع الشئين المتماثلين لاثنين بإيجاب واحد بثمان واحد، يقول: بعتهما هذين الشئين بكذا، فيقول أحدهما: اشتريت أحدهما بنصف القيمة، وأما الثاني فلا يقبل، وقد يبيع الشيء بثمان فيقبله المشتري بأكثر منه، كأن يقول: بعتك هذا بخمسة دراهم، فيقول المشتري: قبلت بعشرة دراهم. وقد يبيع الشيء المشاع لاثنين، كأن يبيع كمية خاصة من الحنطة لهما بعشرة دراهم، فيقول أحدهما: قبلت هذا النصف المعين بخمسة دراهم، ويقول الآخر: قبلت النصف الآخر بخمسة دراهم. أو قال البائع: بعتهما هاتين الصبرتين مشاعاً بعشرة دراهم، فقبل كل منهما إحدى الصبرتين بخمسة دراهم.

وأما التطابق في الخصوصيات، كأن يبيع مشروطاً لنفسه خيار الفسخ فيقول: بعثك هذا بهذا على أن يكون لي خيار الفسخ، فيقبل المشتري البيع دون الخيار، أو يقول: بعثك هذا بهذا بشرط أن تخيط لي ثوباً، فيقبل البيع بلا شرط.

فالمشهور بين الفقهاء: أن تعذر الشرط أو تخلفه موجب للخيار، فيظهر أن الشرط أمر خارجي لا يوجب تخلفه بطلان العقد، وعليه، فما الدليل على البطلان في هذا الفرض كما اختار الشيخ؟

وأيضاً، فقد اتفقوا على ثبوت خيار تبعض الصفقة للمشتري، فله أن يحتفظ بما يقبل التملك من المبيع ببعض الثمن، وهذا هو مقتضى القاعدة، فلماذا يكون البيع باطلاً إن اشترى النصف بنصف الثمن؟

وبالجملة: إذا كان خيار تخلف الشرط وخيار تبعض الثمن على القاعدة، كان مقتضى تلك القاعدة القول بثبوت الخيار فيما نحن فيه. ولكل من استأدنا هنا بيان:

فقال الميرزا الاستاذ: إن ثبوت خيار تبعض الصفقة فرع لصحة العقد، فلا يكون ثبوته منشأ لصحته [١].

[١] وفي منية الطالب: «ومما ذكرنا ظهر أنه لا بد من اتحاد المنشأ حتى بالنسبة إلى التوابع والشروط، فلو أنشأ أحدهما مع شرط وقبل الآخر بلا شرط، أو باع البائع عشرين وقبل المشتري أحدهما، وغير ذلك مما هو نظير لما ذكرناه، لم يصح أيضاً، لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر، ولا يفيد لصحة العقد المختلف فيه من حيث الإنشاء ثبوت خيار تبعض الصفقة والتوقف على الإجازة اللذان هما من آثار العقد الصحيح، لأنه لا بد أولاً

وقال شيخنا الأستاذ: «صحة العقد في مورد تبعض الصفقة إذا كانت على القاعدة، فلا محالة يتوقف الصحة على وقوع المعاهدة على الفاقد للشرط وعلى بعض الصفقة، وحينئذٍ فالقبول بلا شرط أو قبول النصف بنصف الثمن، لا يمنع عن تحقق المعاهدة، فاللزام تحقق المعاهدة بالإضافة إلى ما يراد الحكم بصحته. فتدبر»^(١).

أي: إن معنى ثبوت الخيار في الموردين هو أن تبعض الصفقة وتخلف الشرط لا ينافيان تحقق المعاهدة، ولو كانا ينافيان لقالوا بالبطلان، فلماذا تقولون هنا بالبطلان؟

وعلى الجملة، فإن مقتضى القاعدة ثبوت الخيار، كسائر موارد خيار تخلف الشرط وخيار تبعض الصفقة، فالقول بكون الخيار في تلك الموارد على القاعدة، والقول ببطلان البيع هنا متنافيان، إذ لا فرق بين صورة تخلف الشرط بعد وقوع البيع، وصورة عدم قبوله من أول الأمر.

وما ذكره الميرزا الأستاذ من أن سبب ثبوت الخيار عند تبعض الصفقة - فيجوز له أن يحتفظ ببعض المال ببعض الثمن - هو وقوع العقد صحيحاً على ذلك البعض الذي يمسكه المشتري، وكذا في مورد تخلف الشرط، فإن

من صحة العقد باتحاد المنشأ، بأن يتقبل المشتري ما يملكه البائع وما لا يملكه كليهما، حتى يتخير بين الفسخ والإمضاء لو علم بالحال، فما يترتب على الصحة لا يمكن أن يكون منشأ للصحة...»^(٢).

(١) حاشية المكاسب ١ / ٢٩١.

(٢) منية الطالب ١ / ١١٤.

جواز احتفاظه بالشيء مع تخلف العقد متفرع على صحة العقد الواقع على ذات المبيع.

فيه: إن ثبوت خيار تبعض الصفقة ليس على أثر صحة العقد، بل هو على أثر نفوذ العقد بالنسبة إلى بعض الصفقة وعدم نفوذه بالنسبة إلى البعض الآخر، وهذا بعينه يقتضي ثبوت الخيار فيما نحن فيه، لأن العقد بالنسبة إلى ما قبل نافذ وبالنسبة إلى ما لم يقبل غير نافذ، فلا فرق بين مورد البحث وموارد خيار تبعض الصفقة... وكذا الأمر في خيار تخلف الشرط بلا فرق.

وبعبارة أخرى: منشأ الخيار هو تأثير العقد في البعض، بأن يكون مالكا له لصحة العقد، وعدم تأثيره في البعض الآخر، لعدم كونه ملكا للبائع أو كون فاسداً مثلاً، فالعقد بالنسبة إليه فاسد، وهذا المنشأ بعينه موجود فيما نحن فيه، ولا وجه للقول بالفساد هنا [١].

والتحقيق:

فيما لو باع شيئاً وقبل المشتري نصفه بنصف الثمن، وأمثال ذلك، إنه إذا عرضت صفة على مركب فإنها تنبسط على جميع أجزائه، لأن المركب عبارة عن نفس الأجزاء بالأصل، فكل جزء من أجزائه يتصف بتلك الصفة

[١] أقول: وقال المحقق الإيرواني بالصحة ببيان آخر وهذه عبارته معلقاً على

قول الشيخ «أو توابع العقد من الشروط»: «إذا كان فساد الشرط لا يخل بصحة العقد،

فعدم قبول المشتري للشرط الذي تضمنه الإيجاب أولى بعدم الإخلال»^(١).

لا محالة، فإذا باع مجموع الصَّفقة فقد عرضت الملكية على أجزاء تلك الصَّفقة بأسرها، فإذا قبل المشتري بعض الصَّفقة بنصف الثمن ولم يقبل الآخر، لم يصح، لأن ملكية البعض الذي قبله متفرعة على العقد، وتامة العقد موقوفة على قبوله، فلا معنى لتقدّم الملكية على القبول.

وبعبارة أخرى: إن السبب المملّك هو العقد، والذي انبسط على أجزاء المبيع هو التمليك الإنشائي للبائع، لكنّ تملّك المشتري للبعض موقوف على العقد وتامة العقد موقوفة على قبول المشتري، فكيف يكون مالكا للنصف وهو غير قابل للعقد؟

أمّا في موارد خيار تبعض الصَّفقة، فالمفروض تامة العقد، إذ البائع أوجب البيع بالنسبة إلى الصَّفقة كلّها، والمشتري قبّل ما فعله البائع، وانبسط العقد على جميع الأجزاء، وحصل التطابق بين الإيجاب والقبول، غير أنّه قد ظهر بدليل شرعي عدم صلاحية نصف المبيع لملكية المشتري، فهو لا يملك هذا النصف ويملك النصف الآخر، وحيث كان من قصده شراء كلّ الصَّفقة لا نصفها، فله الخيار في الالتزام بالعقد وإنفاذ المعاملة بالنسبة إلى النصف، وعدم الالتزام به وفسخه.

فظهر أنّ الصحيح هو البطلان فيما نحن فيه وفاقاً للشيخ، وظهر الفرق بينه وبين موارد الخيار.

هذا بالنسبة إلى خيار تبعض الصَّفقة.

وتلخص:

ضرورة التطابق بين الإيجاب والقبول في الجهة الاولى وهي مادة المعاملة، وإلا لم يتحقق العقد.

وأما في الجهة الثانية، وهي في المتعاقدين، فقد كان لنا تفصيل.
الجهة الثالثة: التطابق فيما يقع عليه العقد سواء المعاوضي وغير
المعاوضي.

إنه لا بد من التطابق في هذه الجهة، والاختلاف من حيث الشخص
والصنف مضر بصحة العقد، لأن عنوان العقدية متقوم بوحدة العهدين،
ولولا توافقهما في العهد فلا يتحقق العقد.

أما لو وقع الاختلاف بينهما من حيث البعض والكُل، فهنا ربما يقال
بالصحة والخيار.

وما يمكن أن يبرهن به على هذا القول هو: إن كل صفة تعرض على
المركب لا محالة تكون عارضة لأجزائه، إذ ليس المركب غير الأجزاء، فلو
باع الدار بمائة دينار فقال المشتري: قبلت نصفها بخمسين ديناراً، صح العقد
وثبت الخيار للبائع، نظير ما لو باع شيئاً وقبل المشتري ثم بان أن بعض الثمن
ليس ملكاً للمشتري، فله خيار تبعض الصفقة كما تقرر في محله.

وفيه: إن المشتري إنما يملك ما أوجب العقد ملكيته له، فالمؤثر هو
الملكية العقدية لا الملكية الإنشائية من ناحية البائع، والملكية العقدية عبارة
عن توافق العهدين على الشيء الواحد، والعهد أمر بسيط، وهو ينحل
انحلالاً عقلياً على كل جزء جزء من المركب ويكون مورداً للعهد، وهذا
التوافق غير متحقق إلا بأحد النصفين، أما النصف الآخر فلا توافق عليه، لأن
عهد البائع بالنسبة إليه ضمني وعهد المشتري استقلالي، وإذا اختلف
العهدان لم يتحقق العقد.

وبعبارة أخرى: العهد الضمني الانحلالي للنصف لا ثبوت له إلا بثبوت

الكل، فلما تعهد البائع بالنسبة للكل فقد تعهد بالنسبة للنصف ضمناً، لكن المشتري بقبوله للنصف فقط تعهد بالنسبة إليه بالاستقلال، فلو أريد إيجاد توافق العهدين بالنسبة إلى هذا النصف الذي قبله المشتري لزم أن يكون من ناحية القبول، ولكن القبول متوقف على تحقق العهد من البائع بالنسبة إليه - لأن القبول فرع الإيجاب - فيلزم الدور.

هذا بالنسبة إلى الجهة الثالثة.

وأما الجهة الرابعة، وهي التطابق في التوابع والخصوصيات [١]، فإن

[١] وقد كانت هذه الجهة محط النظر ومعركة الآراء، حتى أن مثل السيد الخوئي اختلف رأيه فيها، إذ اختار أولاً الصحة^(١) ثم عدل إلى القول بالبطلان قال: «والوجه في ذلك ما نذكره في مبحث الشروط من أن مرجع اعتبار الشرط في العقد إما إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشيء، أو إلى تعليق لزمه على شيء، أو تعليقهما معاً. أما الأول، فكاشتراط شرط في عقد الزواج، أما الثاني، فكاشتراط الكتابة في العبد المبيع، وأما الثالث، فكاشتراط عمل في البيع ونحوه. ونذكر في البحث المذكور أن تعليق اللزوم يرجع إلى جعل الخيار، وجعل الخيار إنما يرجع إلى تحديد المنشأ، وفي جميع ذلك يكون عدم التطابق موجباً للبطلان»^(٢).

وعلى الجملة، فإن التحقيق في المسألة يكون مع لحاظ المبنى في الشروط، من حيث وحدة المطلوب وتعدد، وأن الالتزام العقدي يلزم الالتزام اللزومي أولاً، وأن فساد الشرط مخّل بصحة العقد أولاً، وأيضاً بالنظر إلى صور الشرط.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٢ / ١٤٠.

(٢) مصباح الفقاهة ٣ / ٧٣.

للشرايط صوراً، فإن كان المبيع كلياً والشرط منوعاً له، فوقع الاختلاف، بطل العقد، لأن الإيجاب والقبول مع اختلاف العوضين جنساً أو صنفاً أو نوعاً، غير واردين على موردٍ واحدٍ، وهو موجب للبطلان كما تقدم.

وإن كان الشرط أمراً خارجاً، كما لو باع بشرط الخيار وكان قبول المشتري بدون الخيار، وظاهر معنى البيع بشرط الخيار هو نفي ما كان يقتضيه ظاهر حاله من الالتزام بالعقد وعدم الرجوع عنه، لكن المشتري إنما يقبل بلا خيار للبائع، فمقتضى القاعدة صحة العقد، لأن التزام البائع بالعقد خارج عن ماهيته، فالعقد واقع، غير أن المشتري يطلب من البائع الالتزام به وهو لا يريد، فهما متوافقان على العقد ومختلفان فيما هو خارج عن حقيقة. أما لو باعه الدار واشترط عليه خياطة ثوبٍ له مثلاً، فإن كان تملكه منوطاً بالخياطة، فما لم تتحقق لم يجز له التصرف، لكنهم يقولون بصحة العقد، وهذا يكشف عن أن العقد غير منوط بالشرط، فهنا احتمالان:

فالمحكي عن المشهور هو الصحة، لأن المنوط به الالتزام بالتملك هو التزام الطرف الآخر بخياطة الثوب، فإذا التزم صح العقد لتحقيق الالتزام من الطرفين، وأما اختلافهما في الشرط فلا يضر بالعقد لأنه خارج عن حقيقة. لكن الإنصاف أنه بعيد عن ظاهر الكلام، فإن قول البائع: ملكتك هذا بشرط أن تخط لي ثوباً، ظاهر في إناطة التملك، فإذا قال: قبلت من دون الالتزام بالشرط حصل الاختلاف وبطل العقد.

وقد اختار السيد الجد البطلان في الصورة المتنازع فيها، بعد أن وجه القول بالصحة وناقش ما ذكره شيخه النابني في وجه البطلان.

مسألة وقوع كل من الإيجاب والقبول في حال يجوز لكل منهما الإنشاء

قال الشيخ:

ومن جملة الشروط في العقد: أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حالٍ يجوز
لكل واحد منهما الإنشاء....
أقول:

يعتبر في صحة العقد: أن يكون كل من المتعاقدين واجداً للشرائط في
حال إنشاء الآخر، فإذا أوجب البائع الإيجاب الذي يصح منه في حال، اعتبر
أن يكون على ذلك الحال في حين إنشاء الطرف المقابل للقبول، مثلاً: إذا قال
بعث ثم نام أو جنّ، فقال الطرف قبلت، لم يؤثر.

وهكذا الأمر بالنسبة إلى الشرائط الشرعية، فلو قال «بعث» وحجر عليه
الحاكم الشرعي أو عرض عليه الرقية مثلاً، لم يؤثر قبول القابل.

وهذا من الشرائط العقلية المقومة لماهية العقد، فقد ذكرنا مراراً أن
الإنشاء من أطوار استعمال اللفظ في المعنى، والعقد إنشاء من الطرفين، وهو
أمر قصدي، فلو كان في حالٍ لا يتمشى منه القصد فلا إنشاء، فإذا قال
المجنون أو المغمى عليه أو النائم: «بعث» لم يؤثر.

ومن الشرائط ما هو معتبر في الشرع، كأن يكون بالغاً، فالصغير - وإن
أنشأ عن قصد للمعنى - لا يؤثر إنشاؤه، والمفلس ينشئ عن قصد لكن لا أثر
له لكونه محجوراً عليه، وكذا السفیه، والرق يتحقق منه الإنشاء وهو قاصد

للمعنى، لكن لا يترتب عليه الأثر شرعاً.

فالشروط إما عقلية وإما شرعية كما أوضحنا.

فكل من الموجب والقابل يعتبر فيه أن يكون عند الإنشاء على حال يترتب الأثر على إنشائه بحسب الشروط العقلية والشرعية، وأن يكون باقياً على تلك الحال حتى إنشاء الطرف المقابل، فإذا تحقق ذلك تحقق العقد.

إنما الكلام في أنه هل يترتب الأثر على القبول إن لم يكن القابل واجداً للشروط العقلية والشرعية في حين إيجاب الموجب وإن كان واجداً لها عند القبول، أو لا يترتب؟

مثلاً: لو كان القابل في حال إيجاب الموجب نائماً أو كان رقاً، ثم أنشأ القبول في حال اليقظة والحرية، فهل يؤثر؟

ولو أنشأ الموجب الإيجاب واجداً للشروط ثم فقد بعضها، فهل يؤثر قبول القابل والحال هذه؟

قال الشيخ:

ثم إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والإغماء بل النوم، فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقد والمعاودة حيثئذ... وإن كان لعدم الاعتبار برضاها، فلخروجه عن مفهوم التعاقد والتعاقد....

فالشيخ يعتبر وجدان الشروط مطلقاً، غير أنه إن كان فاقداً للشروط العقلية، كالنوم والإغماء والجنون... فلعدم تحقق المعاودة، وإن كان فاقداً للشروط الشرعية، فلخروجه عن مفهوم التعاقد والتعاقد عرفاً.

ثم قال:

والأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب

السابق، وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير، فصحة كل من الإيجاب والقبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب وبه يتم معنى المعاقد.

وقد جعل الشيخ المدرك لما ذكره، قول الفقهاء بأن الموجب يعتبر أن يبقى على تعهده، ولذا لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق وبطل العقد، لأن ذلك يفيد أن ما أنشأه الموجب لا بد أن يبقى ويستمر من حينه إلى حين القبول من الطرف.

وتعرض في الأثناء للوصية جواباً لإشكالٍ مقدّر فقال:

«وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصي، فهو شرط تحققه لا ركن، فإن حقيقة الوصية الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، ولو ردّ جاز له القبول بعد ذلك».

وذلك: إنه لو أوصى إلى زيد ولم يعلم بها زيد حتى مات الموصي، فقبلها، صحت الوصية، فكيف ذا والشرائط غير مستمرة إلى وقت القبول؟ فأجاب: بأن حقيقة الوصية: الإيصاء، فهي إيقاع لا عقد، والقبول شرط لصحته، ويشهد بذلك: أنه لو أوصى وصية تمليلية فمات الموصى له قبل القبول، قام وارثه مقامه، مع أن الوارث لم يكن طرفاً للوصية، فمن هنا يستكشف أن الوصية ليست عقداً من العقود، بل القبول من الموصى له أو من وارثه من شروطها.

وتعرض الشيخ في الأخير -بعد ذكر اعتبار استمرار الرضا النفساني من كل من المتعاقدين بدءاً بالإيجاب وانتهاءً بالقبول - للرّضا في مسألة بيع المكره، فقال:

ثم إنهم صرّحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره... لأجل الإجماع.
فهذا نقض آخر، لأنه إذا كان الرضا بعد الإيجاب والقبول مؤثراً مع كونه
من الشرائط المعترية وجودها في العقد، فلم لا يكون حصول الشرائط قبل
القبول مؤثراً؟

وأجاب: بأنه على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.
وقال السيد:

لا دليل على هذه الكلية، وعدم صدق المعاقدة والمعاودة إنما يتم في
بعض الفروض، كما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل
للتخاطب من جهة الإغماء أو النوم أو الجنون، وأما في بقية الصور فنمنع
عدم الصدق، خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك وأن
المشتري يقبل لا محالة، وكذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقة أو
السفه...^(١)

وحاصله: إنه لا دليل على اعتبار توفر الشرائط في العقد من البدء إلى
النهاية.

وكانه يريد التفصيل بين الشرائط العقلية والشرعية، بالاعتبار في
الأولى فقط، بل يستفاد من كلامه اعتبار وجود الشرائط العقلية في القابل
حين إيجاب الموجب، أما الشرعية، فيكفي وجودها حين القبول منه، فلو
أوجب الموجب فنام ووقع القبول في حال نومه صح.

وقد وافق مشايخنا الشيخ فيما ذهب إليه، فقال شيخنا الاستاذ:

(١) حاشية المكاسب ١/ ٤٤٦.

«أما عدم الأهلية لما يوجب امتناع تحقق المعاهدة والمعاقدة، كموت الموجب أو نومه أو إغمائه أو جنونه حال قبول القابل مثلاً، فإن مناط عهد كل منهما والتزامه وإن كان حياة المتعهد وعقله ويقظته، وهي مفروضة الحصول هنا، إلا أن مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونهما معاً كذلك في حال الإيجاب وفي حال القبول، إذ معية المتعاقدين ليست معية جسم مع جسم ولا معية حيوان مع حيوان، بل معية شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير ويلتزم له الغير، وألا فلا ينقدح القصد الجدّي في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو الحمار، وعلمه بالتفاتة فيما بعد لا يصحّ المعاهدة معه فعلاً...».

وحاصله: إن عنوان «المعاقدة» و«المعاهدة» متقوم بالمعية، وهي ليست خارجية بل نفسانية وهي العهد، وقوام العهد بالاتفات والإدراك، فلا بد أن تكون بينهما معية في الشعور والإدراك والاتفات من أول العقد إلى آخره، فلو فقد شيء من الشرائط في أحدهما عند إنشاء الآخر، انتفت المعية، والعقد غير متحقق.

قال: «ومنه تبين أن جعل الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع غير وجيه أيضاً، إذ الإجماع لا يجعل غير العقد عقداً، بل عقد حقيقي منوط تأثيره بتبدل الإكراه بالرضا الطبيعي، فإذا تبدل دخل في التجارة عن تراض حقيقة»^(١).

وحاصله: إن مؤثرية لحوق الرضا على القاعدة خلافاً للشيخ، لأن

المكره ملتفت إلى المعنى قاصداً له، غير أنه مكره على هذا القصد ولم يصدر منه عن طيب نفس، كما لو كان مضطراً إلى بيع داره مثلاً، حيث أن الرضا العقلي موجود وإن لم يكن عن طيب نفس، فإذا لحقه الرضا أثر أثره، وأما إذا كان مكرهاً على العقد بحيث لا يكون قاصداً للمعنى وكان مجرد قلقلة اللسان، فلا أثر للرضا اللاحق أصلاً.

وقال الميرزا الاستاذ ما حاصله:

إنه كما يكون إنشاؤه في حال فقد بعض الشرائط العقلية لغواً، كذلك يكون بالاعتبار الشرعي إذا أنشأ في حال فقد شيء من الشرائط الشرعية، فبطلان العقد يرجع إلى عدم القصد حقيقة أو تنزيلاً.

وأما لحوق الرضا في بيع المكره فعلى القاعدة [١].

فنقول:

إن مقتضى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وجود العقد وتحققه، والعقد - كما ذكرنا

[١] وفي منية الطالب: «لا فرق بين الموت والجنون ونحوهما وبين الفلاس والرقية ونحو ذلك، لأن المدار في التطابق بين المشتري والبائع حال العقد على اجتماع جميع شرائط الصحة وال لزوم. وبعبارة أخرى: المدار على ما به يصير العقد عقداً. نعم، رضا المشتري حين إيجاب البائع وكذا العكس غير معتبر في صحة العقد والمعاودة، لأن ما يعتبر في صدق العقد هو قصدهما لإيجاد المادة لا رضاهما به، فلا يكون صحة المكره إذا لحقه الرضا على خلاف القاعدة»^(١).

مراراً - هو العهد المشدد أو المؤكد أي المرتبط بعهد آخر، إذن، لا بد من العهد من الطرفين والارتباط بينهما، أما اعتبار وجود العهد من كل منهما في حين عهد الآخر، فلا دليل عليه من الآية وغيرها، فلو أوجب البيع مثلاً واجداً للشرائط ولم يكن للقابل عهد أو ما كان واجداً للشرائط، ثم حصل له العهد أو توفرت فيه حين القبول قبل، كان مقتضى القاعدة الصحة، لصدق الارتباط بين العهدين المحقق لعنوان العقدية، ولا يلزم أن يكون الارتباط في زمان واحد. إذن، لا بد من الدقة في هذه الناحية، فإن الارتباط بين العهدين الواجدين للشرائط مقوم للعقد، ولكن لا يلزم أن يكون في زمان واحد، فلو حصل العهد الإيجابي في زمان وبقي مستمراً إلى العهد القبولي الواقع في زمان آخر، لماذا يكون باطلاً؟

تحقيق المقام

وتحقيق المقام بعد رسم مقدمة فيها أمور:

الأول: إن الإنشاء - كما ذكر من قبل - طور من أطوار استعمال اللفظ، وهو من الأمور القصدية.

والثاني: إن العقد، عبارة عن العهدين المؤكد والمشدد أحدهما بالآخر. والثالث: إن ما يصدر من الموجب مسند إلى غيره، وهو إما كاف الخطاب إذ يقول: بعثك، أو اسم صريح مثل: بعث من زيد، أو ضمير كقوله: بعته. فعلى كل حال يحتاج إلى مسند إليه، والبيع وإن كان مبادلة مال بمال، لكن لا بد من وجود من تتحقق المبادلة بين ماله ومال البائع، وأيضاً: تتوقف حلية هذه المبادلة على القبول من الطرف الآخر، فلا ينطبق قوله تعالى ﴿أَحْلَ

اللَّهُ يَبِيعُ» إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْمَبَادَلَةُ بَيْنَ الْمَالَيْنِ بِوُجُودِ الطَّرْفِ الْآخَرِ وَرِضَاهُ بِالْمَبَادَلَةِ... إِذَنْ، لَا بَدْءَ مِنَ الْارْتِبَاطِ بَيْنَ الْعَهْدَيْنِ.

والرابع: قولنا «معاهدة» و«مبايعة» و«معاقدة» متقوّم بالاثنتين كما ذكرنا، ولكن لا يلزم فيه الوحدة الزمانية، فالمفاعلة تصدق مع تعدّد الزمان، فلو كتب أحد الشخصين الآن وكتب الآخر في وقتٍ لاحق، صدق عنوان «المكاتبة» على فعلهما حقيقة، وكذا المكاملة والمخاطبة والمناولة.

إن «المفاعلة» متقوّم بالاثنتين مع التطابق بينهما، بأن يكون عهدٌ وعهد، عقد وعقد، تكلم وتكلم، أمّا أن يكونا في زمان واحد، فلا.

والخامس: إن الأوصاف على أنحاء.

فمنها: ما لا يتمشى القصد من المتّصف بها، كالنائم والمغمى عليه والمجنون، فهؤلاء لا قصد لهم ولا يمكن المعاهدة الجديّة معهم.

ومنها: ما يتمشى معه القصد ويمكن المعاقدة الجديّة مع المتّصف بها، ولكن لا اعتبار لذلك شرعاً، كالسّفيه، والمفلس، والصبيّ المراهق، وأمثالهم....

وبعد الفراغ من المقدّمة نقول:

لو أوجب البائع البيع واجداً للشرائط المعتبرة عقلاً وشرعاً فمات، فقد خرج الشيء ملكه ولا أثر لقبول القابل، لعدم الموضوع، وكذا الكافر الحربي إذا استرقّ بعد الإيجاب وقبل القبول، فإنّ المال يكون لمولاه ولا موضوع للقبول حينئذٍ، ولو عرض عليه الإفلاس أو السّفه فكان معجوراً عليه، خرج المال عن ولايته ولا أثر للقبول بعد ذلك.

وبالجملة، فما لم يأت القبول لم يتحقّق العقد، فلو خرج المال عن ملك البائع بسبب من الأسباب كالموت والجنون والرّقية؛ أو خرج عن الطلقة،

فلا أثر للقبول، نعم، لو أجاز الغرماء في بيع المفلس فلا إشكال ظاهراً، وكذا في كل مورد قابل للمحقوق الإجازة.

وعلى ما ذكرنا، فإنه لا يبعد الصحة في صورة النوم، لأنَّ حيثية العهدة قائمة بالنفس الناطقة، والإضافة الملكية موجودة، فيكون القبول اللاحق مؤثراً، بخلاف الإغماء، حيث تزول به العهدة ويبطل العقد، وبخلاف الموت، حيث يخرج المال عن ملكه.

وأما من ناحية المشتري، فلو كان نائماً أو مغمى عليه أو مجنوناً في حين الإيجاب، فأفاق بعد تمامية الإيجاب أو استيقظ وقبل، لم يؤثر، لكونه في ذلك الحين فاقداً للصفات الدخيلة في جدية العهد، أما لو كان صغيراً أو مفلساً أو سفيهاً ونحو ذلك مما لا ينافي جدية العهد، ثم كان في حين القبول واجداً للشرائط، فلا دليل على عدم التأثير للقبول.

فالتحقيق هو الفرق بين الصفات المقومة للعهد الجدي وغير المقومة له، فإن كان القابل فاقداً حين الإيجاب لشيء من القسم الأول بطل العقد، وإن كان فاقداً لشيء من القسم الثاني حينذاك وواجداً له حين القبول فالعقد صحيح [١].

[١] وحاصل الكلام هو التفصيل، أما في الموجب، فبين النوم من جهة الإغماء والموت من جهة أخرى، أما النوم فغير قادح لبقاء الالتزام والتعهد معه عرفاً، وأما الموت، فلا يصحّ معه العقد، لأن الميت لا التزام له والمال خارج عن ملكه، فلا يؤثر القبول، خلافاً للمحقق الإيرواني^(١)، وأما الإغماء، فقد حكى الإجماع عن غير واحد

وأما الوصية، فما ذكره الشيخ هو الصحيح، إذ الوصية إيقاع، إذ لو كان عقداً لما كان لقيام الوارث مقام الموصي له وجه، لأنه كان هو طرف المعاملة، فمن قيامه مقامه شرعاً نستكشف أنه إيقاع موجب لحدوث حق للموصي له، وكل حق للميت فإنه ينتقل إلى وارثه.

وأيضاً: يشهد بكونه إيقاعاً أنه لو ردّ جاز له القبول بعد ذلك، ولو كان عقداً فقد تقرر أن القبول بعد الردّ غير مؤثر، غير أننا نضيف نقطة هي: إنه إن كان القبول بعد الردّ في حال حياة الموصي، فما ذكره تام، سواء كانت الوصية عهديّة أو تمليكية، وأما إن كان بعد موت الموصي، فلا يمكنه الردّ إن كانت عهديّة بل هو ملزم بالعمل بالوصية، وإن كانت تمليكية فقبوله بعد الردّ بلا أثر، إجماعاً بقسميه كما في الجواهر^(١)، فلا بدّ من أن يكون مراد الشيخ -من جواز القبول بعد الردّ- أن يكون في حياة الموصي.

على سقوط الشرائط به.

وأما في القابل، فالتفصيل بين الشرائط العقلية والشريعة، كما ذكر السيد الجدل رحمه الله.

(١) جواهر الكلام ٢٨/ ٢٥٤ و ٢٥٩.

فرع

حكم ما لو اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة

قال الشيخ:

لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه.... أقول:

لو اختلفا، فقال أحدهما بفساد العقد بغير العربية والآخر بعدم فساد، أو اعتبر أحدهما الماضوية والآخر لا يعتبر، أو قال بكفاية الكناية في العقد والآخر يعتبر الصراحة، إلى غير ذلك... فثلاثة أقوال:

أولها: فساد العقد، قال به جماعة، لأن العقد أمر واحد متقوم بالطرفين، فلا بد من أن يتفق الطرفان في جهة صحة العقد....

والثاني: صحة العقد، وأن الاختلاف غير مضر.

وثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النقل، كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز العقد بالفارسية.

وهذا الوجه عند الشيخ أردء الوجوه.

قال الشيخ:

والأولان مبنيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية... أم هي أحكام عذرية لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلّد فيها.

والمسألة محررة في الاصول.

أقول:

ذكر قدس سره أن القولين الأولين يبتنيان على ما طرح في الاصول من أن الأحكام الظاهرية هل لها حيثية الموضوعية أو أنها طريقية محضة، بمعنى: هل بقيام الدليل من أمانة أو أصل تتحقق مصلحة ينشأ الحكم على طبقها أو لا؟ فإن كان الأول، فالعقد صحيح، لأن كلاً من المختلفين يستند إلى دليل أو أصل قائم على ما يختاره، فيوجب حدوث مصلحة هي منشأ للحكم الشرعي، فكما أن صلاة المتيّم، بمنزلة صلاة واجد الماء، كذلك يكون الإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته بمنزلة إشارة الأخرس في ترتب الأثر، فالأحكام الظاهرية الثابتة على طبق الاصول والأمارات واقعية ثانوية، نظير الأحكام الثابتة في مورد الاضطراب المفعولة واقعاً، على طبق المصلحة الحادثة، وعليه، فإن لكل المتعاقدين حكماً شرعياً واقعياً، فيكون صحيحاً.

وإن كان الثاني، فالعقد غير صحيح، لأن الأحكام الظاهرية لا توجب مصلحة واقعية، وإنما هي في صورة المخالفة للواقع معذرة، فإذا اختلف المتبايعان كان الحكم الواقعي على ما هو عليه، وهما معذوران فيما إذا خالف عملهما للواقع.

قال المحقق الخراساني: «هذا إذا قلنا بأنها أحكام واقعية مطلقاً ولو في حق من رأى خلافها، ولو قلنا باختصاص ذلك بمن رأى بواقعيتها كما هو الأظهر، فلا يتفاوت كونها أحكاماً واقعية أو عذرية فيما هو المهم في المقام،

وإنما التفاوت بينهما في مقام آخر عند كشف الخلاف^(١).

والحاصل: إنه لو كان حكماً واقعياً ثانوياً فلا أثر له كذلك، فلو حصل ذلك للموجب كان حكماً شرعياً، ولا ربط لذلك الحكم بالقابل، فلا فرق بين القولين في النتيجة فيما نحن فيه.

وما أفاده متينٌ جداً، فإن من قامت لديه الأمانة تكون الأمانة سبباً لقيام المصلحة في المؤدى، وهو مكلف بذلك الحكم ولا ربط له بغيره.

ولكن ليس كلامه على كليته بحسب ما أفاده شيخنا الاستاذ حيث قال: «وتحقيق المقام: أن الملكية إذا كانت من الأمور الواقعية والموضوعات الخارجية، فإن كانت الأمانة حجة من باب الطريقة المحضة فهي لا توجب إلا العذر عند الخطأ، فالتصرف بالعقد الفارسي تصرف في مال الغير؛ وهو حرام، غاية الأمر أنه معذور في هذا التصرف الحرام واقعاً، وإن كانت حجة من باب الموضوعية، فالتصرف وإن كان في مال الغير حقيقة؛ لكنه جائز حقيقة، لكون التصرف بعنوان أنه تصرف في مال الغير بسبب العقد عليه ذو مصلحة غالبية على مفسدة التصرف في مال الغير؛ فلا يكون حراماً واقعاً، وحيث أن الملكية حينئذ واقعية ولها سبب واقعي لا جعلي، فالتعبد بالملكية عند العقد الفارسي تعبد بآثارها، وحينئذ يمكن الاطلاق والتقييد من حيث الآثار.

فبناءً على الاطلاق يجوز للمعتقد جميع التصرفات المترتبة على الملك، ولا يجوز لغيره التصرف فيه بدون رضاه، وإن لم يعتقد سببية ما يراه

(١) حاشية المكاسب: ٢٩ - ٣٠.

المعتقد سبباً.

وبناءً على التقييد يجوز للمعتقد التصرف فيه فقط من دون حرمة التصرف بدون رضاه لمن لا يعتقد سببته.

وأما إذا كانت الملكية من الاعتبارات - كما قدمنا^(١) - بيانه وشيدنا بنيانه - فأسبابها أيضاً جعلية، فربما يكون ذات العقد العربي - بما هو - ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية من الشارع، وربما يكون العقد الفارسي - لا بما هو؛ بل بما هو عقد قامت الحجّة على سببته شرعاً - ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية شرعاً، فما انتقل إلى المعتقد بالعقد الفارسي ملك شرعاً حقيقة؛ حيث لا واقع للاعتبار إلا نفسه، فيترتب جميع آثار الملك عليه بعد تحقّق سببه في حقّ المعتقد وغيره، وإن كانت لا سببية للعقد الفارسي بالاضافة إلى غير المعتقد، وعليه فليس له كشف الخلاف، بل لا يجوز التسبب به بعد تبديل الرأي، وإلا فالاعتبار لا ينقلب عما هو عليه.

وهذا بخلاف ما عدا الأمور الوضعية كالواجبات التكليفية على الموضوعية، فإنّ مجرد كون صلاة الجمعة التي أخبر بوجوبها العادل - بلحاظ العنوان الطاريء - ذا مصلحة، كما يقتضيه ظهور الأمر بها في البعث الحقيقي المنبعث عن مصلحة في متعلقه ولو عرضاً - لا يقتضي أنّ تكون المصلحة فيه مصلحة بدليّة عن مصلحة الواقع، فبعد كشف الخلاف يتبيّن بقاء مصلحة الواقع على حاله فيجب تحصيلها، وليس في باب المعاملات مصلحة لازمة التحصيل كي يجري فيها هذا البيان، وتمام الكلام

(١) في رسالة الحق والحكم: ٣٠.

في محلّه»^(١).

وملخصه:

إن الأحكام التكليفية مبتنية على الملاكات، وهي بحسب الأشخاص مختلفة، فبناءً على أن الأمانة سبب موجب لحدوث المصلحة، فإنه يحدث الحكم التابع لها لمن قامت عنده الأمانة، من الوجوب والحرمة والصحة والفساد في الأمور العبادية وجواز التصرف وعدمه... إلى غير ذلك. أما الأحكام الوضعية، فهي اعتبارات، فلو اعتبرت الملكية في موردٍ بسبب قيام الأمانة، فليس هناك واقع في ما وراء الاعتبار، بخلاف الأحكام التكليفية فلها واقع ومقام ظاهر.

وعليه، فإذا قامت الأمانة على حكمٍ وضعي، فبناءً على الموضوعية والسببية يحدث الملاك للاعتبار الشرعي، وحينئذٍ يعتبر الملكية، ولا معنى لانكشاف الخلاف، نعم، لو حصل التبديل في الرأي ينتهي أمد الاعتبار، فللقائل بالموضوعية أن يقول بأن لكل من المتبايعين أن يرتب الأثر على الأمانة القائمة عنده.

فإشكال المحقق الخراساني على الشيخ بالنسبة إلى الأحكام التكليفية وارد، دون الأحكام الوضعية، إذ لا واقعية لها إلا موطن الاعتبار، فإذا تحقق الملاك للحكم مثلاً ثبت الحكم وترتب عليه الأثر.

وعلى الجملة، فقد أفاد الشيخ أن الأحكام الظاهرية إن كانت واقعيةً ثانويةً كالأحكام الاضطرارية، فاختلافهما غير مضر، وإن كانت عذريةً

والواقع محفوظ على ما هو عليه، كان اختلافهما موجباً للبطلان.

لكن قد ظهر ممّا ذكرنا: أن الصحيح عدم البطلان على القول الثاني في الأحكام الوضعيّة، فلو كان البائع يرى صحة العقد بالفارسيّة - مثلاً - وأنه موجب للملكيّة والقابل لا يراه وإنما أنشأ رجاءً، فللبائع التصرف في الثمن وليس للمشتري التصرف في الثمن، فالعقد يؤثر أثره لمن قام عنده الأمانة أو الأصل المقتضي لذلك الحكم الظاهري.

وحينئذ نقول:

إن من الأحكام الشرعيّة ما يجب ترتيب الأثر عليه حتى من غير القائل به، مثلاً: لو اشترى شيئاً بالعقد الفارسي، لم يكن لغيره القائل ببطلان العقد بالفارسيّة أن يشتري الشيء من البائع الأول، ولو تزوّج امرأة بعقد يراه صحيحاً، لم يجوز للغير القائل ببطلان ذلك العقد أن يتزوّجها....

هذا ما عليه الأصحاب، واستفادوا ذلك من الأخبار في أن كلّ ذي دين يجري عليه حكم دينه^(١) قالوا: المراد من «الدين» فيها هو «المعتقد»، فمن المسلّمات أن المرأة الكتابيّة إذا أسلم زوجها فهي باقية على زوجيّتها، فلا يجوز للمسلم أن يتزوّجها، بل إنّ مقتضى: ألزومهم بما ألزموا به أنفسهم^(٢): أن عليهم ترتيب الأثر وإن كان بضررهم، مثلاً: لمّا كان العامّة قائلين بالتعصيب، جاز للإمامي إذا كان من عصبة الميت الأخذ من الإرث، وإن لم يكن له ذلك على دين الإمامية إنّ كان الميت إمامياً.

(١) وسائل الشيعة، الباب ١٠ من أبواب حد المرتد، الرقم: ١٣ و ١٤ و ٢١ و ٤٨ و ٤٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦ / ٣٢٠، الباب ٣ من أبواب ميراث المجوس، الرقم: ٢.

وبعد هذه المقدمة نقول:

ذكر الشيخ في المقام ثلاثة وجوه، وجعل الأول والثاني مبنيين على المسألة الأصولية في مباحث الأحكام الظاهرية، والأولى أن يقال: تارة: كل من المتعاملين المختلفين يستند إلى أمانة، وأخرى: يستند أحدهما إلى أمانة والآخر لا يرى حجة تلك الأمانة بل يأخذ بمقتضى الأصل.

والاختلاف في أن الأحكام الظاهرية أحكام حقيقية أو عذرية، يبتني على أن «صدق العادل» ظاهر في وجوب العمل بقوله وترتيب الأثر عليه، وكل حكم شرعي يكشف إناً عن الملاك وهو موجود في نفس المؤدى، ومن جهة أخرى: ليس لنا أن نقول بأن المصلحة في المؤدى تعارض المصلحة الواقعية وتتقدم عليها، فإنه تصويب باطل، فلا مناص للقاتل بالسببية من الالتزام بالترتب بأن يقول: بأن الأحكام الواقعية مجعولة تبعاً لمصالحها، ثم إن الأمانة القائمة للجاهل بذلك الحكم الواقعي، توجب مصلحة يستتبع حكماً ظاهرياً له يجب عليه العمل به مادام جاهلاً بالحكم الواقعي، فالواقع محفوظ وليس ما قامت عليه الأمانة بدلاً عنه، وإنما هو حكم ظاهري يطبقه من قامت عنده في ظرف الجهل، إلى أن ينكشف له الواقع أو يتبدل رأيه.

أو أن «صدق العادل» ليس ظاهراً في وجوب ترتيب الأثر، بل هو حكم من المولى بداعي التنجيز للواقعيات، فإن كان العمل بالأمانة مطابقاً للواقع فهو، وإن كان خالفه كان مؤدى الأمانة عذراً له.

هذا هو مبنى البحث.

وحينئذ نقول: ظاهر تنظير الشيخ القول الأول بإشارة الأخرس، هو أن القائلين يريدون إنه كما أن الشارع اعتبر السببية لإشارة الأخرس، وبإشارته يتحقق العقد وتحصل الملكية، كذلك جعل الأمانة القائمة سبباً للملكية... فإن كان هذا مرادهم، فالقول بصحة العقد متين جداً، إذ الأمانة القائمة دلت على صحة العقد بالفارسية وحصول الملكية به في اعتبار الشارع، والمفروض أنه ليس للطرف المقابل أمانة على خلافها، فهو ينشأ القبول ويترتب الأثر.

نعم، لو كان اختلافهما على أثر قيام الأمانة لكل منهما على خلاف الأخرى، فالأمر مشكل، وقد يستظهر من كلام السيد أنهما تتساقطان. وأما بناءً على القول الثاني، فإما يكون الطرف الآخر معتقداً بالخلاف، فلا يتمشى منه الإنشاء كما هو واضح، وإما يكون فاقداً للدليل على الصحة بالعقد الفارسي - مثلاً -، فإن صدر منه الإنشاء جداً جاز للطرف القائل بالصحة التصرف فيما أخذ، وتصرف الآخر الشاك في الصحة فيما أخذ غير جائز.

تحقيق المقام

وبعد، فإن واقع المطلب هو:

إن مسألة أن الأحكام الظاهرية هل هي أحكام واقعية ثانوية لها السببية في حدوث المصلحة، أو أنها طرق منجزة للواقع عند الإصابة ومعدرة للمكلف عند المخالفة؟ إنما تطرح فيما إذا كان هناك رواية، أما مع وجود العلم فهو حجة غير جعلية، وكذلك الكلام في ظواهر الكتاب والأخبار، فإن حجيتها ليست مجعولة من قبل الشارع، وليس له في موردها حكم مماثل،

بل هي حجة عقلانية أمضاها الشارع، وإنما يختص القول بجعل الحكم المماثل بالأمانة، فلا مجال للبحث عن السببية في العلم والظواهر، وإنما يطرح في مورد يكون للشارع فيه حكم. فهذه نقطة.

ونقطة أخرى: ما ذكرناه من أن الأحكام الظاهرية منشأة للطريقة أو للتنجيز والإعذار، كل ذلك صحيح في عالم الثبوت والتصور، فقله: «صدق العادل» جعل للطريقة أو الحجية أو المنجية والمعدرية لقوله، أما في عالم الإثبات، فلا دليل عليه أصلاً، وغاية ذلك هو الإستظهار، ولذا قلنا في الأصول: إن الأحكام الشرعية الواقعية في عصر الغيبة منجزة، إلا أن للجاهل أحكاماً يجوز له العمل فيها من أجل مصلحة قائمة بذلك، فإنها وإن لم تكن بدلاً عن الواقع إذ القول بذلك يستلزم التصويب - أحكاماً حقيقية متعلقة بالجاهل بما هو جاهل، فإذا ظهر الإمام عليه السلام ارتفع الجهل، ولم يبق موضوع لتلك الأحكام، وأما أن تلك الأعمال التي أتى بها الجاهل في ظرف الجهل يتدارك بها الواقع أو لا؟ فذاك أمر آخر، ولا يبعد أن تكون واجدة لبعض ملاك الواقع، ويتساهل معه بالنسبة إلى البعض الآخر بقاعدة التسهيل، كما ذكرنا ذلك في الأصول وفي بعض المباحث الفقهية كأحكام الخل. والحاصل: إن الأحكام الظاهرية هي أحكام حقيقية للجاهل منبعثة من الملاك بنحو الترتب.

والنقطة الثالثة: إنه وإن حاولنا توجيه كلام شيخنا الاستاذ، ولكن الإنصاف أنه لا يمكن المساعدة معه، وذلك: لأن اختلاف المتعاقدين إن كان من جهة أن أحدهما يرى آية الوفاء ظاهرة في العموم وآية الحل ظاهرة في

الإطلاق، والآخر لا يرى ذلك، فالمعاملة باطلة، لعدم الدليل على الصحة، وإن كان من جهة أن أحدهما يعتقد الأمارية في مورد أو الكاشفية للإجماع مثلاً، والآخر لا يعتقد بذلك، ففي هذه الصورة أيضاً تبطل المعاملة، إذن، لا مجال في موارد اختلاف المتعاقدين للبحث عن السببية والموضوعية وأن الأحكام الظاهرية حقيقية أو عذرية، لأن منشأ الاختلاف أحد الأمرين المذكورين على ما ذكرنا.

فنتيجة البحث:

إن كان أحدهما يعتقد لغوية إنشاء الآخر، فلا موضوع لإنشائه، وإن كان لا يعتقد اللغوية، فأنشأ القبول مثلاً، جاز للموجب التصرف دون القابل. قال الشيخ:

هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر، كالصراحة والعريية والماضوية والترتيب. وأما الموالاة والتنجز وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع....

والحاصل: إن الشرائط منها ما يتعلق بكل من المتعاقدين، ومنها ما يتعلق بكليهما، والتفصيل المذكور يرتبط بالقسم الأول، أما إذا كان اختلافهما في شيء من القسم الثاني فالعقد فاسد، فلو قال الموجب بصحة الإيجاب التعليقي والمشتري ببطلانه، لم يكن القبول منه متمشياً، ولو أن الموجب يرى اعتبار الموالاة والقابل لا يراه، ولذا أخر القبول مدة، لم يجز للموجب ترتيب الأثر على مثل هذا القبول ويتصرف في الثمن، لكون الإيجاب منه باطلاً في نظره على أثر الفصل الحاصل بينه وبين القبول.

أقول:

لكنَّ تخصيص البطلان بالقسم الثاني بلا وجه، فإنه بناءً على الموضوعية والسببية، لو كان الموجب يرى صحة الإيجاب بالكناية فأنشأ والقابل لا يرى صحته، فإنه لا يتمشى منه القبول، والعقد باطل، وكذا لو كان القابل يرى صحة القبول المقدم فأنشأ قبوله، فلو كان البائع لا يرى ذلك لا يتمشى منه الإيجاب، فما ذكره في القسم الثاني جارٍ في الأول كذلك [١].

[١] أقول:

إنَّ محض كلام الشيخ هو: إنَّ اختلاف المتعاملين إجتهاذاً أو تقليداً موجب لبطلان العقد على مبنى الطريقة، وعليها حينئذٍ العمل بما يتفقان عليه في الرأي. وأما على مبنى السببية، فالتفصيل بين الشروط التي لا توجب فساد المجموع كالعريّة مثلاً والشروط التي توجب فساد المجموع كالموالة مثلاً.

فأشكل عليه السيّد الجدّ بعدم الفرق بين القسمين من الشروط بناءً على السببية، وأنَّ العقد باطل على كلّ حالٍ.

وتعرّض طاب ثراه لإشكال المحقّق الخراساني واستوجهه، ثم أشكل عليه بكلام شيخه المحقّق الإصفهاني، لكنه لم يوافق شيخه على رأيه في المسألة.

والسيّد الخوئي، أورد على الشيخ بوجوه ثلثها ما ذكره المحقّق الخراساني، أما

الأوّل فهو:

«إنّه لا وجه لجعل الترتيب مثل الماضوية والعريّة والصراحة، بل هو مثل الموالة والتنجز، بداهة أنَّ التقدّم والتأخّر من الأمور المتضافّة، فإذا تقدّم القبول على الإيجاب فقد تأخّر الإيجاب عن القبول» وأما الثاني فهو: «إنَّ الأحكام الظاهرية

الاجتهادية ليست بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية، وآلا لزم التصويب وهذا ظاهره^(١).

لكن الجواب عن الإشكال الأول - وهو في حاشية السيد وغيره^(٢) أيضاً هو - كما أفاد المحقق الإصفهاني - أنه لا يعتبر عند الشيخ تقدم الإيجاب وتأخر القبول بما هما تقدم وتأخر، بل إن تقدم القبول إنما يضرّ عنده من حيث عدم تضمنه للنقل في الحال، وهذه الخصوصية لا تسري في الإيجاب المتأخر، فإنه متضمن للنقل في الحال، تقدم أو تأخر^(٣).

وعن الثاني: بأنه - كما أفاد شيخنا دام بقاءه - لم يختَر هنا شيئاً، وإنما أحال إلى ما قرره في علم الأصول، فالإشكال عليه بما ذكر في غير محلّه. وهكذا تندفع الإشكالات عن كلام الشيخ. وأمّا رأي السيد الجَدّ فيه وفي أصل المسألة، فقد عرفته على ضوء النقاط الثلاثة التي ذكرها.

(١) مصباح الفقاهة ٣ / ٨١.

(٢) حاشية المكاسب للسيد الزيدي ٤٤٩ / ١، حاشية المكاسب للإيرواني: ٩٢.

(٣) حاشية المكاسب ٢٩٧ / ١.

أحكام

المقبوض بالعقد الفاسد

قال الشيخ:

مسألة: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه وكان مضموناً عليه.

أما عدم الملك، فلأنه مقتضى فرض الفساد.

وأما الضمان... فهو المعروف.

أقول:

لو أقدم على معاملة وأجري العقد، ثم تبين فساده وقد حصل القبض،

فللمقبوض أحكام:

الحكم الأول:

عدم المملوكة.

فالمقبوض غير مملوكٍ للقباض، إجماعاً منقولاً ومحضلاً كما في

الجواهر^(١)، لأنه مقتضى فرض الفساد.

الحكم الثاني:

عدم جواز التصرف فيه.

وأما عدم جواز التصرف فيه، فهو المشهور، لأنه ليس بالتصرف المأذون فيه من المالك، لأن البائع إنما سلّمه المتاع من باب أن من باع شيئاً فقد خرج عن ملكه ووجب عليه تسليمه للمشتري، وكان تسلّمه له بعنوان أنه مال نفسه، فلا مورد هنا لقوله عليه السلام: لا يحلّ لامرئ أن يتصرّف في مال غيره إلا بإذنه^(١) حتى يقال بجواز تصرفات المشتري.

ولكن قد ذكرنا في أواخر المعاطاة قاعدةً يمكن القول على أساسها بجواز تصرفاته فيما أخذه بالعقد الفاسد. فراجع.

الحكم الثالث

كونه مضموناً.

قالوا: ويكون مضموناً عليه، سواء أتلّفه أو تلف بتلف سماوي، فهو نظير الغصب، كما صرح به بعض الأكابر^(٢).

(١) وسيأتي نصّه.

(٢) السرائر ٢/ ٢٨٥ و ٣٢٦.

أدلة ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد

وقد استدلّ للضمان بوجوه:

الدليل الأول:

الحديث النبوي المشهور: إنه قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وآلَهُ «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١).
ولابدّ من البحث عنه سنداً ودلالة.

الكلام في سند: على اليد ما أخذت...

أما سنداً، فلا يوجد هذا الحديث في كتبنا الحديثية، بل هو في كتب العامة، وهو عن سمرة بن جندب، وهو ملعون، فإنه ممن حرّص الناس على الخروج لقتل الحسين عليه السلام^(٢)، وهو صاحب النخلة في بيت الأنصاري وقضيّته معروفة^(٣).

فالحديث ساقط سنداً بتمام المعنى.

إلا أنه مذكور في كتبنا الفقهية منذ القديم، وقال الشيخ: دلالتة ظاهرة

(١) عوالي اللآلي ١ / ٢٢٤، ٣٨٩.

(٢) هذا - على ما ذكره بعض المؤرخين كابن أبي الحديد - أعظم مساوئه. أما مساؤه الأخرى: كروايته - في مقابل المائة ألف درهم من معاوية أن قوله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُغْشِيكَ قَوْلَهُ...﴾ نزل في علي، وقوله ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ...﴾ نزل في ابن ملجم، وكذا جنائياته في البصرة وبيعه الخمر... وغير ذلك، فمذكورة بتراجمه في الكتب.

(٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٢٨، باب عدم جواز الإضرار بالمسلم، الرقم: ٣.

وسنده منجبر، بل في عبارة الوحيد البهبهاني^(١): «عمل كل الفقهاء بمضمونها، بل أرسل في بعض الكتب إرسال المسلم، وهو عجيب.

والذي قرّرناه في الأصول: لو أنّ حديثاً اشتهر بين الأصحاب، وعلمنا باستناد المشهور إليه، وأنهم استكشفوا صدوره من المعصوم عليه السلام، فإنّ ذلك يكون منشأ لعلمنا بصدوره ويكون حجة، أمّا لو احتملنا أنهم عملوا به لمطابقته للقواعد، فليس بحجة.

وعلى هذا، فلا دليل على حجّية هذا الحديث، فلا نأخذ به إلّا بقدر ما توافق عليه مع نصوصنا في مختلف الموارد، كما سيأتي.

قال الشيخ:

والخدشة في دلالة: بأن كلمة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي، فلا يدلّ على الضمان، ضعيفة جداً، فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا أُسند الظرف إلى فعلٍ من أفعال المكلفين، لا إلى مالٍ من الأموال، كما يقال: عليه دين، فإن لفظة «على» حينئذٍ لمجرّد الاستقرار في المهدة، عينا كان أو ديناً.

الكلام في دلالة على اليد...

أقول:

أمّا دلالة، فإن «على اليد» ظرف مستقر، وهو مع متعلّقه خبر مقدّم له «ما» الموصولة، فما أخذته اليد ثابت على الذمّة، وليس المراد منها الجارحة، بل المراد هو الاستيلاء.

ف قيل: إن المعنى هو: أن على المستولي حفظ ما استولى عليه حتى

(١) حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ١٧٣.

يؤدّيه إلى صاحبه، فيجب على ذي اليد حفظ ما أخذ حتى يؤدّيه إلى صاحبه، فمدلول الحديث هو الحكم التكليفي ولا ربط له بالضمان أصلاً، بل جعلوا كلمة «تؤدي» قرينة على أن ذلك هو المراد، لأنه ظاهر في وجود الشيء المأخوذ، أمّا «الضمان» أي دفع المثل أو القيمة فإنما يكون على تقدير التلف. وأجاب الشيخ: بأن كلمة «على» إن دخلت على الفعل أفادت الوجوب مثل: عليه الصلاة، عليه الحج وهكذا، وإن دخلت على موضوع خارجي، فالمراد هو العهدة مثل: عليه دين. والمراد من ما الموصولة في الحديث هو المال الخارجي، فالمال الخارجي الذي هو ملك الغير إذا استولى عليه الشخص، فهو على عهده حتى يؤدّيه إن كان موجوداً بعينه، وإن تلف فالمثل أو القيمة. إن المراد من «على اليد» أي: على المستولي، فأما أن يكون المعنى: على المستولي أداء ما أخذ حتى يؤدي، فهذا غلط، وكذلك جعل المعنى: أن على المستولي ضمان ما أخذ، أو حفظ ما أخذ، أمّا الثاني، فيحتاج إلى التقدير والأصل عدمه، وأمّا الأول، فلأن الضمان غرامة الشيء ببدله، فهو أمر تقديري، وظاهر الحديث هو الفعلية، فعلى اليد ما أخذت، أي بالفعل، فيتعين أن يكون المعنى: أن ما أخذه اليد ثابت ومستقر عليها، أي هو على عهدة ذي اليد المستولي، ولازم ذلك أن يرده ويؤدّيه مادام موجوداً، ولو تلف فالبديل مثلاً أو قيمة، فعلى اليد عهدة ما أخذت، ولازم ذلك إرجاع العين أو بدلها، لكن الصلة دائماً محدّدة وميّنة للموصول [١].

[١] أقول: ظاهره الموافقة مع الشيخ تبعاً لشيخه^(١)، ولم يتعرض لكل

وكلمة «الأخذ» قد تستعمل في الكتاب والسنة في الاستيلاء على الشيء بالقهر والغلبة، كآية المباركة: ﴿لَا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ﴾ و﴿أَخَذَ عَزِيزٌ مُّقْتَدِرٌ﴾ ولو أخذنا بكلام الراغب إذ قال: «الأخذ حوز الشيء وتحصيله، وذلك تارة بالتناول نحو ﴿مَغَازٍ لِلَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ﴾ وتارة بالقهر نحول قوله ﴿لَا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ﴾»^(١).

المحتملات الأخرى في الحديث والجواب عنها، وقد أشار المحقق الإصفهاني إلى ذلك وهذه عباراته:

«ولا يناسب أن يكون المغني وجوب الرد. لكون الغاية حينئذ عقلية لا شرعية تعبدية ولو امضاء....»

ولا يناسب أيضاً: إرادة دفع البدل. إذ لا يجب دفعه ما دامت الغاية ممكنة، ومع عدم إمكانها لا غاية حتى يغني بها، فإما لا مغني وإما لا معنى لأن يغني.

وكذا إرادة الوضع بمعنى الضمان بالقوة، وهو كون دركه عليه مع تلفه. إذ لا ضرر فعلي ولا خسارة فعلية مع إمكان الأداء... وظاهر الخبر فعلية كون المأخوذ على اليد، فلا يصح أن يراد أمر على تقدير التلف....

ربما يتوهم إرادة الحفظ، لخلوه عن المحاذير المتقدمة. إلا أنه خلاف الظاهر، من حيث أن ظاهر الخبر كون نفس المأخوذ على اليد لا حفظه^(٢). أقول:

فإن قلت: إذا كان ظاهر الخبر كون نفس المأخوذ على اليد وأن على الأخذ أن يؤذيها

(١) المفردات في غريب القرآن: ١٢.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٣٠١.

كان الحديث مجملاً، والقدر المتيقن هو صورة القهر والغلبة، فيكون الحديث ظاهراً في الغضب وأجنبياً عن البحث.
وأما قول الشيخ:

ومن هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون، إذا لم تكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز والشعور.

فغريب، لأنَّ العهدة أمر وضعي، وهو يقول بأنَّ الأحكام الوضعية غير مجعولة وإنما هي منتزعة من الأحكام التكليفية، فما قاله هنا ينافي ما قرره في الأصول. هذا أولاً.

وثانياً: إنه لا تكليف هنا حتى ينتزع منه العهدة على المبنى، أما أولاً: فلائنه نفى دلالة الحديث على التكليف. وأما ثانياً: فلائ الصغير والمجنون غير مكلفين، إلا أن يُقال: بانتزاعه من التكليف المتوجه إليهما إذا بلغ الصغير أو عقل المجنون، وهذا أيضاً باطل، لأنَّ الأمر الانتزاعي موجود بوجود منشأ انتزاعه، فكيف يكون المنتزع فعلياً ومنشؤه يوجد فيما بعد؟ هذا مستحيل. فما ذكره غير متجه على مبناه.

نعم، بناءً على القول بأنَّ الأمور الاعتبارية جعلية، أمكن القول بأنَّ للشارع أن يجعل العهدة للصغير والمجنون كما يجعلها للمكلف على حدٍّ سواء.
هذا تمام الكلام في الاستدلال على الضمان بقاعدة اليد.

إلى صاحبها، فمن أين تقولون بدالاتها على ضمان البدل مثلاً أو قيمة في حال تلفها؟ قلت: لا مناص من رفع اليد عن ظاهر الغاية وتوسعة مفادها ليشمل العين والبدل بقرينة الارتكاز العقلاني، لأنَّهم يرون رفع البدل بمنزلة دفع العين في حال تلفها.

الدليل الثاني: الأخبار الواردة في الأمة المسروقة.

قال الشيخ:

ويدلُّ على الحكم المذكور أيضاً قوله عليه السَّلام -في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري- يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة.

أقول:

فاستدلَّ بما ورد في أنه لو اشترى جارية، ثم علم بعد أن أولدها بكونها مسروقة، فإنها ترجع إلى مالكها ويأخذ الرجل ولده لكن يعطي قيمته لمالك الأمة، وفي بعض الروايات يدفع إليه مالاً عوضاً عن انتفاعاته بها واستخدامه لها. وهذا هو النص:

عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجئ مستحق الجارية. فيه: قال يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»^(١).

وعن زرارة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل اشترى جارية من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له وأقام على ذلك البيّنة. قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»^(٢).

(١) وسائل الشريعة ٢١/٢٠٥، باب حكم ما لو بيعت الأمة بغير إذن سيدها...، الرّقم: ٥.

(٢) نفس المصدر، الرّقم: ٤.

دَلَّت هذه النصوص على وجوب تسليم الجارية إلى صاحبها واسترداد الثمن من السَّارق، ودفع قيمة الولد وأجرة خدمة الجارية إلى مالِكها. وقد ذكر الشيخ وجه الاستدلال بقوله:

فإنَّ ضمان الولد بالقيمة -مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري- يستلزم ضمان الأصل بطريقٍ أولى.
أقول:

وأما الاستدلال بالأخبار الواردة في الأمة المسروقة، من جهة أن ضمان الولد بالقيمة هو من باب التلف، وضمَّانهُ مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأم بطريقٍ أولى، ففيه:

إن الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد من أيِّ جهة كان، فهي مسألة كَلِية، وقيام الدليل على الضَّمان من جهة الغصبية لا يكون دليلاً على ثبوته في مطلق موارد العقد الفاسد، لاحتمال خصوصية في الغصب، وعليه، فثبوت الضمان في قضية الجارية المسروقة لا يكون دليلاً لثبوته في المدعى الكلي، فالأولوية ممنوعة.

هذا أولاً.

وثانياً: وجه استظهار التلف هنا دون الإتلاف، هو أنه لم يتلف شيئاً، وإنما واقع الأمة وحَمَلت منه وولدت، بل المورد كالتالف، قال الشيخ: وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك، فهو كالتالف لا المتلف فافهم.

أي: إنه لما كانت حرية الولد بحكم الشارع يكون كالتالف.
لكن الظاهر أنه إتلاف، لأنَّ في رحم المرأة -كما يقول أهل

الاختصاص - شيئاً إذا ورد عليه ماء الرجل يحصل اللقاح بينهما وتنعقد النطفة، وعليه، فلمّا كانت الأمة مملوكة للغير كان ما في رحمها ملكاً له، فإذا واقع الرجل الحرّ الأمة وأولدها، فقد أتلف ما كان يملكه المالك لها في رحمها. وأمّا بناءً على أنّ الولد مادام في رحمها فهو رق ويكون حرّاً إذا ولد، فالأمر أوضح، إذ كان هذا الرجل الحرّ هو السبب في خروج الولد حرّاً، فيكون متلفاً لمال الغير، فالضمان ضمان الإتلاف، ولا أقل من ترّد الأمر بين التلف والإتلاف.

فلا يتم الاستدلال بهذه النصوص لما نحن فيه.

ثم إنه قد كان في بعض أخبار مسألة الأمة المسروقة «قيمة ما انتفع»، وقد فسّر زارة ذلك بقيمة الولد، وهذا اللفظ أيضاً يؤيد ما استظهرناه من كون المورد إتلافاً، فإنّ الانتفاع بملك الغير قد يستلزم الإتلاف على المالك [١].

[١] وشرح المطلب هو: أن الشيخ استدلّ للضمان في المأخوذ بالعقد الفاسد بهذه الرواية بطريق الأولوية، لأنّه إذا كان ضامناً لقيمة الولد فضمان الأم. أولى بالضمان. فأشكل على الاستدلال بوجوه، الأول: إنها أخض من المدعى. والثاني: منع الأولوية. والثالث: كونها في مورد التلف - وهو محلّ بحثنا - أول الكلام، ولذلك اختلفت أنظار الفقهاء.

فالشيخ على أنّها ظاهرة في التلف، وتبعه المحقق النائيني - وإن خالفه في وجه الاستدلال - حيث قال: «ويدلّ على الحكم المذكور - أعني الضمان - الخبر الوارد في الأمة المبتاعة، حيث أن الحكم بضمان قيمة الولد يدلّ على ضمان الأصل أيضاً، لكون

وتلخص: سقوط الدليلين المذكورين عن الدلالة على الضمان، أما الأول فللسند، وأما الثاني فللدلالة.

ولكن الظاهر كون قاعدة اليد من القواعد المسلّمة عند الفقهاء [١]، فهل استكشفوها من السيرة العقلانية أو من بيانات المعصومين عليهم السلام؟

الولد من تبعات الأصل ومتفرّعاته، فيكون ضمانه تابعاً لضمّانه. وما ذكرنا من الاستدلال بطريق الفرعية أولى ممّا استدلّ به في الكتاب بطريق الأوليّة، لإمكان منع الأوليّة^(١).

والمحقق الإصفهاني على أنها ظاهرة في الإتلاف^(٢) وتبعه السيّد الجدل.

والمحقق الإيرواني على أنها محتملة للتلف والإتلاف كليهما^(٣).

وذكر المحقق الثاني احتمالاً آخر وهو ضمان الاستيفاء، نظير ما إذا أكل خبز الغير مثلاً، فإنه باستيفائه يضمن قيمته (قال): فإن كان من قبيل الاستيفاء فضمان المنفعة المستوفاة لا يستلزم ضمان العين كما هو واضح^(٤).

لكن السيّد الجدل لم يتعرض للاحتمال الأخير، بل إنه بعد التنزّل عن «الاتلاف» جعل الخبر مردداً بينه وبين التلف.

[١] لأنّ ذلك ظاهر كلمة «لقوله صلى الله عليه وآله» ونحوها، خاصّة في كتاب

الغصب:

(١) المكاسب والبيع ١/ ٢٩٧.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٣٠٤.

(٣) حاشية المكاسب: ٩٣.

(٤) المكاسب والبيع ١/ ٢٩٧ - ٢٩٨.

قال الأردبيلي بشرح قول العلامة: والمأخوذ بالعقد الفاسد مضمون:
 المدرك للضمان قاعدة اليد، وقاعدة ما يضمن... ولا دليل عليهما،
 والأصل يقتضي العدم، وهو مع الجهل بالفساد قوي^(١).
 وربما يتخيل هنا - كما قال الميرزا الاستاد في البحث - أن «لا ضرر
 ولا ضرار» كما ينفي الحكم الضروري، يثبت تشريع حكم لولا تشريعه يلزم
 الضرر.

يقول: ابن ادريس: «من غصب صاجة فأدخلها في بنائه لزمه ردّها، وإن كان في
 ذلك قلع ما بناء في ملكه لمثل ما قدّمناه من الأدلة، من قوله عليه السلام: لا يحلّ مال امرئ
 مسلم إلا عن طيب نفس منه، وقوله عليه السلام أيضاً: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(٢).
 ويقول العلامة بوجوب ردّ المغصوب مطلقاً: لقوله صلى الله عليه وآله: على
 اليد...^(٣).

ويقول الشهيد: يجب ردّ المغصوب إجماعاً، لقوله صلى الله عليه وآله...^(٤).
 ويقول صاحب الرياض: «مضافاً إلى عموم: على اليد ما أخذت...»^(٥).
 ويقول صاحب الجواهر: «يجب ردّ المغصوب إلى مالكة إجماعاً، ولقوله صلى
 الله عليه وآله: على اليد...»^(٦).

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٩٢/٨.

(٢) السرائر ٢/ ٤٨٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ٣٣/٢ الطبعة القديمة.

(٤) الدروس ٣/ ١٠٩.

(٥) رياض المسائل ٨/ ٥١٤ و ٩/ ١٦٠.

(٦) جواهر الكلام ٣٧/ ٧٦.

فيقال: إن قاعدة على اليد لولم تشرّع يلزم الضرر.

وفيه:

أولاً: إن مفاد لا ضرر هو النفي، إمّا للحكم الضرري أو للحكم الذي يكون امتثاله ضررياً، وإما نفي للحكم بلسان نفي الموضوع كما عليه الآخوند، وليس بمثبت.

وثانياً: لو كان مثبتاً لحكم لولا تشريعه يلزم الضرر، فهو في موارد ضمان الإلتلاف لا التلف.

هذا، وقد يتوهم دلالة عموم التعليل الوارد في أنّ شهادة أهل ملة غير نافذة لأهل ملة أخرى، إلّا أن لا يوجد شاهد من نفس الملة. «لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد»^(١) على أنه لولا الضمان لذهب حق المسلم.

وفيه: إنه لو كان كذلك لثبت الضمان على كلّ أحدٍ من الناس وإن لم يكن هو المتلف، حتى لا يذهب حق أحدٍ، على أنّ هذه الأخبار واردة في موردٍ خاص ولا علاقة لها بما نحن فيه.

وكذا ما ورد في أن حرمة المال المسلم كحرمة دمه^(٢).

لأنه إنما يفيد في ضمان الإلتلاف لا التلف.

فالإنصاف: أن لا دليل على الضمان فيما نحن فيه.

إلّا أن يقال باستكشاف رأي المعصوم في المسألة من الإجماع المدعى فيها^(٣)، فصاحب الحقائق - وإن كان يبطل كبرى الإجماع - يقول في بعض

(١) وسيأتي نفي الخبر.

(٢) وسيأتي نفي الخبر.

(٣) المبسوط ٢/١٥٠، ٢٠٤ وغيره.

الموارد بأن قول الفقهاء قد يكشف عن رأي المعصوم، من باب أن رأي الرئيس يستكشف من آراء أتباعه.

وتلخص: أن لا وجه للقول بالضمان إلا هذا الذي ذكرناه أخيراً، والإنصاف أنه لا بأس به.

الدليل الثالث من أدلة الضمان:

قاعدة

ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

قال الشيخ:

ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده... فإنه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه.... أقول:

وهذه القاعدة غير واردة في رواية، بل لم توجد بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامة، قال: فإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمان، لأنه قبضه بحكم أنه رهن، وكل عقد كان صحيحه غير مضمون ففاسده كذلك... فلائن من أثبت اليد عليه...^(١).

وفي المبسوط التعليل: بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه... وجب عوض المثل لما تلف في يده...^(٢).

يعني: أنه لما اشترى الشيء، اشتراه بنحو الضمان ببذل المسمى، فالإنسان لما يقدم على المعاملة فهو ملتزم بالضمان، فإذا ظهر فساد العقد

(١) تذكرة الفقهاء ٣٢ / ٢ الطبعة القديمة.

(٢) المبسوط ١٤٩ / ٢.

انتهى المسمى، ولكن أصل الضمان باق، وكذا البائع.
 فلا بد من التحقيق في هذه القاعدة، وقد استدل بها الشيخ رحمه الله تعالى في المقام. لكون المقبوض بالعقد الفاسد من صغرياتها، فهو يريد أن الضمان الثابت بقاعدة اليد ضمان بالاقتضاء لا بالعلية، لعدم وجود الضمان في بعض الموارد مع وجود اليد.

المراد بالعقد في هذه القاعدة

قال الشيخ:

إن المراد بالعقد أعم من الجائز واللازم بل مما كانت فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة والخلع....
 أقول:

إنما احتاج إلى هذا البيان، لأنه عبّر به «كل عقد يضمن...»، ولو عبّر به «كل ما يضمن...» كما في كلام بعض الفقهاء لما احتاج إليه، كما لا يخفى، وعلى كل حال، فالقاعدة تشمل كل العقود، سواء الجائز منها واللازم، بل تشمل ما فيه شائبة الإيقاع كالجعالة، فلو قال: من ردّ عليّ ضالّتي فله هذا، ثم تبين أن هذا ملك للغير، فسدت الجعالة وكان ضامناً، لأن الجعالة الصحيحة فيها الضمان، وعليه دفع البدل. أو كان أقرب إلى الإيقاع كالطلاق الخلعي، فلو تبين فساده كانت المرأة ضامنة، لثبوت الضمان في الخلع الصحيح.

فحاصل كلام الشيخ: إن قاعدة اليد اقتضائية ويتوقف تأثيرها على عدم المانع، ففي كل مورد لا يضمن بصحيحه لا يثبت الضمان باليد.

المراد بالضمان

قال الشيخ:

والمراد بالضمان في الجملتين هو درك المضمون عليه، بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه. أقول:

إن كان المراد من هذه الكلية العموم الأفرادي، أي كل فرد من أفراد العقود، يرد عليه الإشكال بأن الفرد المتحقق خارجاً من البيع لا ينقسم إلى القسمين، إلا أن يكون بنحو القضية الشرطية، بأن يقال عن العقد الواقع فاسداً: إنه لو كان صحيحاً لأوجب الضمان، فهذا يوجب الضمان. فالمراد هو العموم النوعي، أو الصنفي.

والمراد من الضمان هو ما ذكره الشيخ مع تعديل للمعبارة، فهو درك المضمون عليه بحيث يكون خسارته ودركه في ماله الأصلي، إذ ليس معنى الضمان كون خسارته... لأنه:

أولاً: المقصود من القاعدة: كل ما يضمن بالفعل... فلو كان معنى الضمان هو الخسارة، كان على تقدير التلف.

وثانياً: إن مادة «ضمن» لغة بمعنى تكفل وتعهد^(١).

وفي الخبر: «ضمنت لمن اقتصد أن لا يفتقر»^(٢).

(١) الصحاح ٦/ ٢١٥٥، لسان العرب ١٣/ ٢٥٧.

(٢) وسائل الشريعة ١٧/ ٦٤، باب استحباب الاقتصاد وتقدير المعيشة، الرقم: ٢.

وفي آخر: «الإمام ضامن للقراءة المأموم»^(١).

فالمعنى هو الكفالة والتعهد، وليس الخسارة كما هو ظاهر كلام الشيخ. فيكون المال التالف ثابتاً اعتباراً في ذمة الضامن.

وعلى هذا، فإن كانت المعاملة صحيحة، فالطرف متعهد وملتزم بدفع الثمن والشارع قد أمضى العوض المسمى، أما لو كانت فاسدة بمعنى أن الشارع لم يعض بدلية المسمى عوضاً عن مالية الشيء المبيع، فكان على المشتري دفع البديل مثلاً أو قيمة إن كان المبيع تالفاً، وإن كان باقياً وجب عليه إرجاعه بعينه، وقد يجب عليه دفع أقل الأمرين من المسمى والبديل، كما في الهبة المشروطة بالعوض، فلو تلفت العين الموهوبة المشروطة بالعوض، المقبوضة بالعقد الصحيح، ثبت الضمان، قال في المسالك^(٢): عليه دفع أقل الأمرين، واستدل لذلك: بأن المتهم كان مخيراً بين تملك العين الموهوبة ودفع العوض، وبين إمساك العوض وإرجاع العين، والآن حيث أن العين تالفة وهو لا يدفع العوض، فالتخيير باقٍ فإما يدفع العوض وإما يدفع بدل العين، فالمتيقن من ضمان المتهم هو أقل الأمرين.

وبعبارة أخرى: إن سلم المتهم العوض في الهبة المعوضة، كانت العين الموهوبة ملكاً له، وإلا كان للواهب الرجوع في العين، ولو تلفت بيد المتهم والهبة صحيحة، فالبديل المسمى أو الواقعي مخيراً، فله دفع أقل الأمرين. وقال جماعة - واختاره صاحب العروة في فرض المسألة في الهبة^(٣) -

(١) وسائل الشريعة ٨/ ٣٥٣، باب وجوب إتيان المأموم بجميع واجبات الصلاة... الرزق: ١ و ٣.

(٢) مسالك الأفهام ٦/ ٦٣.

(٣) العروة الوثقى ٢/ ١٨١.

بدفع العوض المسمى، لأنه كان مخيراً بين رد العين أو إمساكها ودفع العوض، ومقتضى القاعدة العامة من أنه إذا تعذر أحد العدلين تعيين الآخر، هو وجوب دفع العوض المسمى إذا تعذر رد العين.

لكن فيه: إن القاعدة المذكورة إنما تجري في التخييرات الشرعية، وليس التخيير في المقام شرعياً.

ومقتضى الصناعة العلمية ما ذهب إليه العلامة رحمه الله^(١) من أنه ليس على المتهم دفع شيء، لأنه لم يكن ملزماً بدفع العوض، فإذا لم يدفعه كان للواهب الرجوع في هبته، فلو تلفت العين تلفاً قهرياً انتفى موضوع الرجوع ولا شيء على المتهم.

لكن الظاهر - بناءً على تمامية قاعدة اليد - ثبوت أقل الأمرين من البديل الواقعي وقيمة المسمى لانفسه، لأن الضمان بالمسمى حكم العقد الصحيح، أما أن الواجب أقل الأمرين، فلأن الواهب قد أسقط بهبته الزائد عن البديل الواقعي، فإن كان البديل الواقعي أقل من المسمى فهو، وإن كان المسمى هو الأقل، فالمفروض إسقاط الواهب الزائد.

وعلى الجملة، فالضمان عند الشيخ هو الخسارة، قال:

ثم تداركه من ماله تارة: يكون بأداء عوضه الجعلي... وأخرى: بأداء عوضه الواقعي... وثالثة: بأداء أقل الأمرين... فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي.

أي: إن الاختلاف بين الفقهاء في الغرامة أنها العوض المسمى أو

الواقعي أو أقل الأمرين، لا يضرّ بكون معنى الضمان هو الغرامة والخسارة على تقدير التلف.

أما عندنا، فالضمان هو التكفل والتعهد، والاختلاف في الآثار والأحكام لا يوجب الاختلاف في حقيقة معنى الضمان.

قال الشيخ:

وأما مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له كما يتوهم، فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال إن الإنسان ضامن لأمواله.

وهذا ردّ على ما قيل من أن الضمان في العقد الصحيح هو بالمسمى، فليكن معناه في الفاسد كذلك، حتى يكون في كلتا الجملتين بمعنى واحد. وبطلانه على قولنا في معنى الضمان أوضح، فهو بمعنى التكفل في كليهما، غير أنه في العقد الصحيح بالمسمى وفي العقد الفاسد بالعوض الواقعي وهو المثل أو القيمة، واختلاف الأثر لا يوجب اختلاف المعنى الحقيقي.

قال الشيخ:

فاحتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم يضمن بفاسده هو وجوب أداء العوض المسمى، نظير الضمان في العقد الصحيح ضعيف في الغاية. لأن ضمانه بالمسمى يخرج عن فرض الفساد... نظير المعاطاة على القول بالإباحة.

بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان... فافهم.

أقول:

قد ذكر لضعف الاحتمال المذكور -وهو أن يكون المراد من «الضمان»

في العقد الفاسد هو أداء العوض المسمّى - وجهين:

الأول: إن ضمانه بالمسمّى يخرج العقد عن فرض الفساد.

والثاني: إن معنى الضمان هو الخسارة والغرامة.

والوجه الثاني هو الصحيح عنده. وأمّا الأول، فقد أجاب عنه بأنه: «يكفي

في تحقق فرض الفساد...» ثم جعل المقام «نظير المعاطاة على القول بالإباحة».

وهذا الكلام مخدوش جداً.

أمّا قوله: «لأن ضمانه بالمسمّى يخرج عن فرض الفساد» فهو خلف، لأن

العوض المسمّى إنما يفرض إذا كان العقد صحيحاً، وتعيّن مالية الشيء في

العوض المسمّى لا يكون إلا بإمضاء الشارع الموقوف على صحّة العقد، فهو

ملازم لصحّة العقد، وليس الأمر بيد المتعاملين حتى يتعيّن الآخر للعوضيّة.

وأمّا قوله: «نظير المعاطاة على القول بالإباحة» ففيه: إننا قد ذكرنا في

المعاطاة: أن المتعاطيين يقصدان التملك لكن إمضاء الشارع مشروط

بالتصرّف والتلف، وبدونه فلا ملكيّة شرعاً، فتعيّن أحد العوضين بعد التلف

هو سبب صحّة المعاطاة شرعاً، لا مع فرض فسادها.

وأمّا «الضمان» فقد تقدّم أنه لغةً وعرفاً كفالة المال، بأن يتعهد تسليمه،

نظير كفالة النفس إذ يتعهد إحضار الشخص، فيكون المال في ضمن عهدة

الضامن اعتباراً، وله آثار، فإن كان موجوداً بعينه سلّمه، وإن كان تالفاً، وجب

عليه دفع البديل المسمّى أو الواقعي أو أقلّ الأمرين على ما تقدّم.

والكلام الآن في عموم القاعدة:

بيان عموم القاعدة

قال الشيخ:

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع، لتكون أفرادها مثل البيع والصلح والإجارة ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، وإنما المقتضي له بعض أصنافه....

فهل المراد من هذا العموم الأنواع، من البيع والصلح والإجارة ونحوها، فكل ما يضمن بصحيحه منها يضمن بفاسده، أو الأصناف، فكل صنف يضمن بصحيحه... أو الأشخاص والأفراد؟

قد قرّرنا في الاصول أن أداة العموم موضوعة لاستيعاب ما هو المكثّر لوجود المدخول وهو الفرد، فمدخول «كل» هو العموم الأفرادي، وذلك، لأن الطبيعة أمر واحد، وإنما تتكثّر بخصوصياتها الوجودية، فمقتضى القاعدة أن تستوعب الأداة جميع الخصوصيات الموجودة خارجاً، ولذا يكون الاستغراق أفرادياً دائماً.

لكن الشيخ ضعف القول بالعموم الأفرادي في القاعدة قائلاً:

وربما يحتمل في العبارة أن يكون معناه: أن كل شخص من العقود... ويضعف....

توضيحه: إن ظاهر العبارة هو لإنقسام العقد إلى الصحيح والفساد بالفعل لأنه منقسم إلى القسمين بالفرض والتقدير.

فالشيخ لا يوافق على العموم الأفرادي، كما لم يوافق على العموم الأنواعي، لأن بعض الأنواع بخصوصيته النوعية غير مقتضى للضمان، وإنما

المقتضي له بعض أصناف النوع، فالصِّلح - مثلاً - لا يوجب الضمان بنفسه، بل الموجب له منه هو المشتمل على المعاوضة.
فالمختار عنده هو الأعم من النوع والصنف.
أقول:

ليس القضية الحقيقية - كما يقولون في المنطق - ما يكون الموضوع فيها شاملاً للأفراد المقدرة الوجود، بل هي لحاظ الكلي الطبيعي بنحو صرف الوجود، فيعم الأفراد الفعلية والأفراد المقدرة الوجود.
ولقد أجاد الميرزا الاستاذ قدس سره إذ قال:

إن الأحكام الشرعية كلها بنحو القضايا الحقيقية، فكل عقد يضمن بصحيحه يعني: كل عقد وجد في الخارج وكان صحيحاً فهو لو وجد في الخارج وكان فاسداً يضمن كما يضمن إذا كان صحيحاً.
وبعبارة أخرى: كل عقد لو وجد صحيحاً وكان موجباً للضمان، فهو لو وجد فاسداً كان موجباً له أيضاً.

فالمناط هو القضية الحقيقية، ولا بحث حيثنذ عن كون العموم أفرادياً أو صنفياً أو نوعياً.

ولذا أشرنا سابقاً إلى أن الأولى - كما في كلمات كثير من الأعيان - التعبير بـ «كل ما كان...» بدلاً عن «كل عقد...»، لكن الشيخ لمّا عبّر بالثاني، احتاج إلى البحث المزبور.

قال الشيخ:

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاء الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط

فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكال....

أقول:

لو باع بلا ثمن أو أجر بلا أجر، فهل يكون ضامناً أو لا؟

قيل: إن عموم القاعدة يشملها، فهكذا بيع أو إجازة لو فرض صحيحاً لم يوجب الضمان لكونه بلا عوض، فهو الآن حيث أنه فاسد لا يوجبه.

واختار الشيخ ثبوت الضمان بناءً على ما ذهب إليه من أن الموضوع في القاعدة هو صنف العقد الذي وجد له بالفعل صحيح وفسد، والبيع من هذا القبيل.

ولكن هذا بعيد جداً، لأنه لا يعقل قصد حقيقة البيع في البيع بلا ثمن، لأن الثمن ركن فيه حقيقةً، فقصد البيع مع كونه بلا ثمن تناقض لا يصدر من العاقل. وكذا الأجرة في الإجازة، فيكون مراده من بعثك بلا ثمن بقرينة «بلا ثمن» هو الهبة، ولو قال: أجرتك بلا أجر، فمراده بقرينة «بلا أجر» هو العارية، ولا ضمان في العارية كما لا ضمان في الهبة.

فسواء قلنا بأن المراد من عموم العقد هو الأفرادي أو الأصنافي، لا وجه للقول بثبوت الضمان في المثالين.

ولو أن العقد لم يكن معاوضياً ولكنه تضمن شرطاً يقتضي المعاوضة، فهل تجري فيه القاعدة؟

قال السيد معترضاً على الشيخ:

بل لا إشكال في أن المراد أعم من أن يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمة الشرط، فإن العقد مع الشرط ومجرداً عنه صنفان متغايران، وبعد

إرادة الصنف من مدخول كل لا يبقى الإشكال^(١).

وأشكل عليه شيخنا الاستاذ:

«المراد من صنف العقد في قبال نوعه وشخصه حصصه الذاتية -أي حصص العقد بما هو عقد- فلا بد أن يكون القيد بحيث لا يأبى المجموع عن صدق العقد عليه، ومن الواضح أن العقد المشترك فيه الضمان عقد وشرط، لأن المجموع عقد، فالقيود الخارجة عن العقد وإن كانت محصورة له إلا أنها تحصره، بحصص مؤتلفه من عقد وغير عقد، والمفروض إسناد الضمان إلى العقد بمجرد^(٢)».

والتحقيق أن يقال:

إن المناط في القاعدة: إن كل يد أوجبت الضمان في العقد الصحيح فهي موجبة له في العقد الفاسد، فالموضوع هو «اليد» لا «العقد»، وعليه، فإن كان الشرط يتعلق باليد، كما لو شرط الضمان في الإجارة بالتلف السماوي -بناءً على صحة هذا الشرط- فإن العين في يد الآخذ وملاك الضمان متحقق، وكذا في العارية المضمونة، وإن كان الشرط غير مربوط باليد، فهو خارج عن محل الكلام.

فلا يمكن المساعدة على كلام السيد، ولا يرد كلام شيخنا على كليته عليه، بل يدور الأمر مدار الملاك وهو «اليد».

انتهى البحث في ألفاظ القاعدة عن «كل» و«عقد» و«ضمن»، والكلام الآن في معنى «الباء».

(١) حاشية المكاسب ١/ ٤٥٦.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٣٠٨.

معنى «الباء» في القاعدة

قال الشيخ:

«ثم إن لفظة «الباء» في «بصحيحه» و«بفاسده» إما بمعنى «في»... وإما لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة، فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض... وأما العقد الفاسد، فلا يكون علة تامة أبداً...»
أقول:

تستعمل «الباء» للظرفية بمعنى «في» فيقال: أقمت بالمكان، وعلى هذا المعنى، فلا يرد على القاعدة أي إشكال، إذ تكون العبارة بناءً عليه: كل عقد يضمن في صحيحه بأي سبب، يضمن في فاسده بأي سبب كان.
إنما الإشكال بناءً على كونها سببية، لأن الفاسد لا يكون سبباً للضمان أبداً، لأن السبب لمليكية العوض المسمى هو العقد، فلو كان فاسداً لا يكون سبباً بوجه من الوجوه، ولو حصل القبض مع ذلك، كان السبب للضمان هو اليد.

ويندفع: بأنه لا ملزم لأخذ السببية بمعنى العلة التامة، بل هي أعم منها ومن الناقصة، لأن من العقود ما لا أثر له في الضمان إلا بعد القبض، كما في السلم والصرف، ففي هذه الموارد لا يكون البيع سبباً، أي ليس علة تامة بل هو جزء للسبب، فالعقد والضمان يؤثران معاً في الملكية.

وأضاف الشيخ: «بل مطلق البيع... وكذا الإجارة والنكاح والخلع...».

فلو باع طعاماً لم يكن المشتري ضامناً للثمن -بالمعنى الذي ذكره- إلا بعد القبض، لأن الطعام قبل القبض في ضمان البائع، فلو تلف كان من ماله،

لقاعدة: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، وينفسخ البيع.
وهكذا سائر العقود المعاوضيّة الصحيحة، وعلى هذا، فالعقد جزء
للسبب.

وأما العقد الفاسد، فقد ذكر لإسناد الضمان إليه وجهين، قال:
«إمّا لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان».
فالعقد الفاسد سبب عادي للقبض، وهو سبب للضمان، وسبب السبب
سبب، فالعقد علّة تامّة للضمان، هذا هو الوجه الأوّل للإسناد.
لكنّه يبتني على أن يكون الدليل لقاعدة ما يضمن... هو قاعدة اليد،
لكون القبض تمام العلّة.

«وإمّا لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علّل الضمان الشيخ
وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه...».
وهذا هو الوجه الثاني.

وهذا يبتني على أن يكون المدرك للقاعدة: قاعدة الإقدام على الضمان.
فإن كان المدرك لقاعدة ما يضمن بصحيحه... الإقدام على الضمان،
وهو إنما يكون بإنشاء العقد المعاوضي، صحيحاً أو فاسداً، فالسببيّة حقيقة
تسند إلى العقد، ولا إشكال فيه. وإن كان المدرك قاعدة اليد، كان إسناد السببيّة
إلى العقد مجازاً، لأنه من إسناد الشيء إلى ما ليس سبباً له.

فإذا كان المدرك قاعدة الإقدام، كان أخذ «الباء» بمعنى السببيّة وجيهاً
جداً، بخلاف ما إذا كان مدركها قاعدة اليد، وهذا ما أفاده المحقق

الخراساني رحمه الله^(١).

لكن الانصاف عدم تمامية ما ذكر، إذ ليس لليد بما هي سببية للضمان، بل هي فيما إذا لم يكن القبض والإقباض مجاناً، وعليه، فالعقد المعاوضي - ولو كان فاسداً - يخرج المعاملة عن المجانية، وعدم المانع جزء من أجزاء السبب، فيصح بهذا اللحاظ إسناد السببية إلى العقد الفاسد.

ولكن هذا كله مبني على ما ذهب إليه الشيخ في معنى «الضمان» من أنه «الخسارة» و«الغرامة». وأما على ما قلناه من أنه بمعنى «الكفالة» و«العهد»، فبمجرد وقوع العقد يكون الثمن في عهدته المشتري، وضمانه ثابت حتى قبل القبض، فلو تلف المبيع قبله انتفى موضوع العهد وانفسخ العقد، لأن الضمان متوقف على القبض، وعليه، فالسببية للعقد في مطلق البيع تامة لاناقصة.

الكلام في مدرك القاعدة

قال الشيخ:

ثم إن المدرك لهذه الكلية على ما ذكره في المسالك... هو إقدام الآخذ على الضمان، ثم أضاف إلى ذلك قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: على اليد ما أخذت حتى تؤدي...^(٢).

أقول:

هذه القاعدة لم يرد بها نص، وقد اختلفت أنظار الفقهاء في بيان مدركها.

(١) حاشية المكاسب: ٣٦.

١ - الإجماع

أما الإجماع - كما في مفتاح الكرامة - فلا يعتمد عليه، لعدم كونه كاشفاً عن رأي المعصوم حتى لو كان محصلاً، فكيف وهو منقول.

٢ - قاعدة الإقدام

وأما قاعدة الإقدام على الضمان، كما استدلل الشيخ في المبسوط وتبعه بعض الفقهاء، فإن أريد أن الإقدام بما هو هو سبب للضمان كما هو ظاهر عباراتهم، فهو ساقط جداً، وإن أريد أن الإقدام على الضمان يرفع مجانية اليد، فهو لا يكون سبباً للضمان إلا بمعنى رافعيته لجهة المجانية فتؤثر اليد أثرها، وهذا هو مرادهم يقيناً، فاليد مقتضية للضمان، ويمنع عنه المجانية، وحيث أن العقد الذي أقدم عليه معاوضي، فالتسليط ليس مجانياً، وحينئذ يثبت الضمان بقاعدة اليد.

قال الشيخ:

وهذا الوجه لا يخلو عن تأمل....

أقول:

أشكل الشيخ على الاستدلال بقاعدة الإقدام بأنه:

أولاً: إنه لا دليل شرعي على الضمان لأنهما أقداً... على ضمان خاص... والمفروض عدم إمضاء الشارع....

وثانياً: إن دليل الإقدام منقوض طرداً وعكساً، لأن معنى قاعدة الإقدام

هو: أنه كلما كان هناك إقدام على الضمان فالضمان ثابت، وكلما لم يقدم فيه على الضمان فلا ضمان، وكلتا الكليتين متناقضتان، لأن النسبة أعم من وجه، إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما إذا تلف المبيع قبل القبض في البيع الفاسد، إذ لم يقل أحد بضمان المشتري، لا بالعوض المسمى ولا بالعوض الواقعي، وإن كان مقدماً عليه.

وفيه: [١]

[١] هذه مناقشة الإشكال الثاني، ولم يتعرض للإشكال الأول، وأما ما في تعليقه المحقق الخراساني من أنه «يمكن أن يقال: بأنهما أقدمتا على أصل الضمان في ضمن الإقدام على ضمان خاص، والشارع إنما لم يعض الضمان الخاص لا أصله. مع أن دليل فساد العقد ليس بدليل على عدم إرضائه فافهم لكن لا دليل على كون الإقدام سبباً للضمان أصلاً»^(١) فقد أجاب عنه تلميذه المحقق الإصفهاني بقوله:

«المراد من الإقدام هو الإقدام العقدي، والإقدام العقدي تسبب قصدي لا قهري، وليس المقدم عليه حينئذ إلا مصب العقد ومورده القصدي وهو التملك بالمسمى. وأما انتزاع طبيعي الإقدام من إقدامه الخاص، وطبيعي التعويض من تعويضه الخاص، وطبيعي المعوض والعوض من العوضين المخصوصين، فطبيعيات انتزاعية بوجود مناشئ انتزاعها، لأنها مورد العقد ومصبه القصدي»^(٢).

وأما قوله: «مع أن دليل فساد العقد...» وحاصله: إن الدليل الدال على فساد العقد

(١) حاشية المكاسب: ٣١.

(٢) حاشية المكاسب ٣١٢/١.

إنَّ مراد الشهيد الثاني^(١) تبعاً للشيخ أنَّ الإقدام جزءٌ للعلة لا تمامها، والجزء الآخر هو الأخذ والقبض، ولذا صرَّح بالأخذ وقال: «هو إقدام الأخذ»، وحيث أنَّ المفروض عدم حصوله، فالنقص غير وارد، لعدم ثبوت الضمان بالإقدام وحده.

بل إنَّ كون مرادهم ما ذكرناه هو صريح كلام الشيخ نفسه حيث قال قبل ذلك: «وإما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علَّل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، ولا ريب أنَّ دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه...».

هذا في النقض الأول.

ونقض ثانياً فقال:

وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال: بعتك بلا ثمن أو أجرتك بلا اجرة. نعم، قوى الشهيدان في الأخير عدم الضمان، واستشكل

لا يدلُّ على عدم إمضاء الضمان الخاص أو أصل الضمان، ففيه: أنه إذا دلَّ الدليل على فساد العقد فإنه يدلُّ بالالتزام على عدم الضمان الخاص أي المسمّى. ولو أراد الدلالة على فساد أصل الضمان، فهو موقوفٌ على ثبوته ثم دعوى دلالة فساد العقد على فساده، والحال أنَّ أصل ثبوت الضمان بقاعدة الإقدام أول الكلام كما نصَّ هو عليه أيضاً.

العلامة....

أقول:

ذكر موردين: أحدهما: أن يشترط المشتري - في البيع الفاسد - على البائع أن يكون ضامناً للمبيع إذا تلف، أي في يد المشتري.
إلا أن هذا الضمان إنما جاء من ناحية الشرط، ولا علاقة له بالإقدام وعدمه.

والثاني: البيع بلا ثمن، والإجارة بلا أجر، فإنه فاسدٌ عند الشيخ وموجب للضمان.

إلا أن البيع بلا ثمن يقع على صور:

منها: أن يبيع بشرط سقوط الثمن الثابت به في ذمة المشتري، فالمراد من «بلا ثمن» أي: بلا أداء الثمن، بأن يسقط بعد ثبوته.
ومنها: أن يبيع بشرط أن لا يكون في البين ثمن.
ومنها: أن يبيع بلا ثمن، قاصداً الهبة من البيع.
ومنها: أن يقصد البيع مع قصد عدم الثمن.
والأخير باطل، لأن الثمن ركن، والجمع بين البيع وعدم الثمن تناقض.
والذي قبله صحيح، بناءً على صحة العقد باللفظ المجازي، والمفروض أنه قصد من لفظ «البيع» معنى «الهبة» مع إقامة القرينة على ذلك ولو فرض فساده، إذ لا ضمان في الهبة.
وأما الثاني، فيرجع إلى أحد الأخيرين.
وأما الأول، فلا إشكال في صحته.
فالنقض غير وارد.

٣ - قاعدة اليد

قال الشيخ:

وأما خبر اليد، فدلالته وإن كانت ظاهرة وسنده منجبراً، إلا أن مورد مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة. أقول:

إنه في البيع الفاسد وعدم حصول الملكية، تقع اليد على ملك الغير، وأما الإذن الحاصل، فقد كان إذناً معاملياً والمفروض عدم تأثيره لفساد العقد، ولذا قال بعض الفقهاء: إن المقبوض بالعقد الفاسد بمنزلة الغصب، فلو تلف كان ضامناً له، فصاحب اليد ضامن.

وقد تقدم الكلام في خبر قاعدة اليد سنداً ودلالة. أما سنداً، فقد قلنا بأنه ليس من أخبارنا، وإنما هو من أخبار العامة، وهو عن سمرة بن جندب وهو من الأشقياء الملعونين، ولا ينجبر هذا الضعف بالشهرة بين الأصحاب، لأن جابريتها منوطة بأن نستكشف من عملهم أنهم قد عثروا على قرائن تفيد الوثوق بصدور الكلام عن المعصوم، الذي هو الملاك لحجية خبر الواحد، لكن هذه الكبرى غير منطبقة هنا قطعاً. وأما دلالة، فقد ذكرنا أنه ظاهر في الأخذ لشيء غير معطى، فهو أجنبي عن بحثنا، حيث التسليم من المالك، ولو سلم ورود «الأخذ» لمطلق التسلم أيضاً، كان الحديث مجملاً ولا يتم الاستدلال به في المقام.

نعم، لو قام الإجماع أو السيرة المعتبرة على أن مجرد كون مال الغير في يد الإنسان - ولو قهراً أو خطأ، أو أن مطلق وضع يده على ملك الغير - موجب

للضمان، أمكن الاستدلال بالقاعدة، بأن تكون مقتضية للضمان لولا المانع وهو المجانية، فإذا انتفت المجانية بالدخول على وجه الضمان بمقتضى قاعدة الإقدام، دلت القاعدة على الضمان.

والحاصل: أنا قد بينا مرادهم من قاعدة الإقدام، كما بينا كيفية الاستدلال بقاعدة اليد على الضمان، وقد نفى الشيخ البعد عن ذلك إذ قال في الآخر: ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام... فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال واحترام الأعمال....

وبعد، فما هو المدرك لهذه القاعدة المتداولة على ألسنة الفقهاء؟

٤ - قاعدة السلطنة

الذي يمكن أن يقال هو: إنه لما كان الشرط هو الإلزام والإلتزام، أو كما قال الشيخ^(١) - في الكلام على قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وآله: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) - إن الشرط لغة: مطلق الإلتزام، كانت المعاملة مبنية على الإلتزام بالتملك بعوض من الطرفين، وحيث أن هذا البناء موجود كشرط ضمنى في المعاملة الفاسدة أيضاً، ولما سلم كل منهما ملكه للآخر، فاشتراط البدل والعوض موجود في المعاملة المعاوضة على كل حال، وعدم إمضاء الشارع للعقد الفاسد، إنما يمنع من ترتيب الأثر عليه، فلا يتعين البدل المسمى للبديلة، أما الإلتزام بأصل البدل فباقي على حاله بمقتضى

(١) المكاسب ٥٦/٣.

(٢) وسائل الشريعة ٢١/٢٧٦، باب أن من شرط لزوجه أن لا يتزوج عليها... ذيل الرقيم: ٤.

الحديث المذكور.

وتلخص: أن المدرك للقاعدة - سواء كانت المعاملة صحيحة أو فاسدة - ليس قاعدة الإقدام ولا قاعدة اليد، بل هو قوله صَلَّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» وليس غيره.

ثم إن الشيخ قد أشكل في الاستدلال بقاعدة اليد بأنها لا تشمل المنافع والأعمال، كمنافع الدار المستأجرة بعقد فاسد، أو أعمال الأجير في الإجارة الفاسدة.

لوضوح أنها لا تقع في حيز اليد، وظاهر قوله: «على اليد ما أخذت» أن يكون الشيء قابلاً للأخذ باليد، مضافاً إلى اعتبار كون الشيء قابلاً للأداء، كما هو ظاهر «حتى تؤدي»، والمنافع والأعمال لا قابلية لها لذلك، لعدم كونها موجودة في الخارج.

فقال المحقق الخراساني:

«مورده وإن كان مختصاً بالأعيان، إلا أن قضية كونها مضمونة ضمان منافعها، ف ضمان المنافع في الإجارة الفاسدة إنما يكون بتبع ضمان العين المستأجرة، وبالجمله، قضية ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونة بها فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها...»^(١).

وفيه:

إنه لا ضمان بالنسبة إلى العين في الإجارة الفاسدة.

(١) حاشية المكاسب: ٣١.

وقال شيخنا الاستاذ:

إن «ما» الموصولة تشمل الأعيان والمنافع والأعمال، و«اليد» عبارة عن الاستيلاء، فعلى المستولي ما أخذ... و«الأخذ» يشمل الكل لأنه مطلق التناول^(١).

وبالجملة، فإن الإشكال يندفع بأن المراد من «الأخذ» هو «الاستيلاء» وهو في كل شيء بحسبه، ومن «الأداء» هو «الخروج عن العهدة»، وبهذا يكون الحديث شاملاً للمنافع والأعمال أيضاً.

إلا أن الشيخ جعل المدرك للقاعدة في المنافع والأعمال أدلة أخرى غير قاعدة اليد، فقال:

اللهم إلا أن يستدل على الضمان فيها بما دلّ على احترام مال المسلم وأنه لا يحلّ عن طيب نفسه، وأن حرمة ماله كحرمة دمه، وأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، مضافاً إلى أدلة نفي الضرر.... أقول:

تقريب الاستدلال بـ«لا يحلّ مال...» هو: أنه قد أسند عدم الحلّية إلى «المال» ولم يقل: لا يحلّ التصرف ونحوه، فالمعنى: إنه ليس مال المسلم طلقاً لغيره، فلا يجوز لأحد التصرف فيه إلا برضاه، وأنه لو لا الرضا فالضمان ثابت.

(١) حاشية المكاسب ١/ ٣١٦.

٥ - قاعدة الاحترام

وأما قاعدة الاحترام، فمستندها الحديث:

عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله وقف بمنى حتى قضى مناسكها في حجة الوداع - إلى أن قال - فقال: أي يوم أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا اليوم، فقال: فأَيُّ شهر أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا الشهر. قال: فأَيُّ بلد أعظم حرمة؟ قالوا: هذا البلد. قال:

فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا...»^(١).

وعن أبي جعفر الباقر عليه السلام عن جابر بن عبد الله الأنصاري في حديث: إن النبي قال: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم...»^(٢).

وعن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر وأكل لحمة معصية لله وحرمة ماله كحرمة دمه»^(٣).

وعن أبي ذر عن النبي صلى الله عليه وآله - في حديث - «يا أباذر، سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر وأكل لحمة من معاصي الله وحرمة ماله كحرمة دمه»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٩ / ١٠، الباب ١ من أبواب القصاص في النفس، الرّقم: ٣.

(٢) بحار الأنوار ٢١ / ٤٠٥.

(٣) وسائل الشيعة ٨ / ٥٩٩، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الرّقم: ١٢.

(٤) وسائل الشيعة ٨ / ٥٩٨، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الرّقم: ٩.

ويمكن الاستدلال بها بوجهين:

أحدهما: إنه لو أُلِف مال المؤمن ولم يعوَّض عنه لزم ضياعه وذهابه هدرًا، وهذا ينافي الاحترام، ولا ريب أن «المال» غير مختص بالأعيان، فممنفعة الدار والدابة مثلاً مال، وكذلك العمل، فإنه مال لأنه يبذل بأزائه المال، وتميل إليه النفس، فلا بد من دفع البذل عنهما وإلا يلزم هتك حرمتهما، فمقتضى احترام مال المؤمن المستوفى من دون رضاه، دفع البذل والعيوض إليه.

والثاني: إن مقتضى تشبيه المال بالدم هو الضمان، فكما لا يذهب دم المؤمن هدرًا وتجب الدية، كذلك ماله ويجب دفع العوض، سواء كان عيناً أو منفعة أو عملاً.

وكذلك الحال في السب والغيبة، فالحكم الوضعي -بالإضافة إلى الحكم التكليفي- ثابت.

وهذا غاية تقريب الاستدلال بقاعدة الاحترام في مسألة المنافع والأعمال، ثم نقول:

تارة: يستأجر الدار بالإجارة الفاسدة ويسكن فيها أو الدابة ويركبها، فلا ريب في الضمان وعليه دفع البذل، كما لو كان العقد صحيحاً، وأخرى: يستأجر ولم ينتفع، فإن كان العقد صحيحاً، فلا كلام في الضمان بأدلة الاحترام، لأنه لا يذهب مال المؤمن هدرًا، وأما إن كان فاسداً، والمفروض أنه لم يذهب شيء من المال هدرًا ولم يكن إتلاف، فلا موضوع لأدلة الاحترام حتى يجب الضمان في دفع البذل.

إذن، في موارد عدم الانتفاع، الإجارة الفاسدة ليست كالإجارة الصحيحة، إذ الضمان ثابت في الصحيحة وإن لم ينتفع ولم يستعمل، أما في الفاسدة إذا لم ينتفع بالشيء ولم يستعمل الأجير فلا ضمان. وتلخص: أن لا كلفة للدليل الإحترام.

ولزيادة التوضيح نقول: إن معنى احترام مال المسلم وعمله هو ثبوت العوض له، وهذا يكون في موردين، أحدهما: أن يأمره بالعمل فيأتي به من غير أن يقصد التبرع بل يقصد العوض، فالأمر ضامن للبدل بلا إشكال. والثاني: أن يقع العقد بينهما صحيحاً، ففي هذه الصورة يضمن المستأجر الأجر المسمى، سواء انتفع أو استخدم الأجير أو لا.

وأما لو وقع العقد فاسداً، فإن حمله على العمل ضمن أجره المثل دون المسمى، لفساد العقد، وإن عمل الأجير بلا طلب من المستأجر، بل لاعتقاده صحة العقد وأن ذمته مشغولة مثلاً، فلا دلالة لأدلة الاحترام على الضمان. فالقاعدة منتقضة، والصحيح هو التفصيل.

٦ - لا يحل مال امرئ...

وأما ما دلّ على أنه لا يحل مال المسلم إلا عن طيب نفسه، فالذي في وسائل الشيعة باللفظ التالي في خبر:

«لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه منه»^(١).

(١) وسائل الشيعة ٥ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الرزم: ٨، وأنظر: الرزم ٣ من نفس الباب. ونفس المصدر ٩ / ٥٣٩، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الرزم: ٢، و ٢٤ / ٢٣٤، الباب ٦٩ من أبواب الأطعمة للح

والحليّة تارة: تكليفية في مقابل الحرمة التكليفية، وهذا يكون في موارد إسنادها إلى الفعل الاختياري، كأنّ يقال: يحلّ ذلك أن تأكل وتشرب... وهكذا... ولو أسند إلى الأعيان كأنّ يقال: يحلّ لك الماء، احتاج إلى تقدير الفعل الاختياري أي: شرب الماء، وكذلك الحرمة كقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ﴾^(١).

وأخرى: وضعيّة، وذلك يكون حيث تسند إلى الأعيان، ولا يقدر الفعل ولو بأصالة عدم التقدير.

وفي هذه الرواية، قد اسندت الحليّة إلى «المال»، فلو قدر «التصرف» كانت تكليفية، لكن الأصل عدم التقدير.

وإن شئت فقل: إن الرواية تدلّ على عدم الحليّة حيث لا طيب نفس، وعدم الحليّة مطلق يشمل الوضعيّة والتكليفية معاً. والحاصل: إنّ نفس المال له حرمة واحترام.

هذا غاية ما يقال في تقريب الاستدلال بهذه الرواية على ضمان المنافع والأعمال المستوفاة إذا لم يقصد التبرّع.

والإنصاف: عدم إمكان المساعدة عليه، وذلك:

لأنّ إسناد الحليّة والحرمة إلى الأعيان قرينة على إرادة الحكم التكليفي المتعلّق بها، فلو قيل: يحلّ الماء ويحرم الخمر، أي: شربه، يحلّ الطّعام أو يحرم الطّعام، أي: أكله، وهكذا، في سائر الموارد، إذ يقدر الفعل المناسب في

﴿المحرمة، الرّقم: ٣، وغوالي اللثالي ٣/ ١٨٤ باب الجهاد، الرّقم: ٩. وقد أوردنا التّصوّل في الجزء الأوّل: ٢٤٤-٢٤٥، وبعض أسانيدنا معتبر بلا كلام.

(١) سورة النساء: ٢٣.

كُلُّ منها.

هذا كله بناءً على ظاهر الرواية.

وأما بناءً على اللفظ الموجود في كلمات الفقهاء: «إلا عن طيب نفسه» فالإشكال أوضح، لأن ظاهر «عن طيب نفسه» صدور الفعل، فهو دالٌّ على الحكم التكليفي من دون تردد.

٧ - لا يصلح ذهاب حق أحدٍ

وأما الرواية: «لا يصلح ذهاب حق أحدٍ» فهذا نصّها:

عن ضريس قال: سألت أبا جعفر عن شهادة أهل الملل، هل تجوز على رجلٍ مسلم من غير أهل ملّتهم؟ فقال: لا، إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم ولا تبطل وصيته^(١).

وعن الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله قال: «سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة من غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحدٍ»^(٢). وعن سماعة قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن شهادة أهل الذمّة. فقال:

لا تجوز إلا على أهل ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على

(١) وسائل الشيعة ١٩/٣٠٩، الباب ٢٠ من أبواب أحكام الوصايا، الرقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة، نفس المصدر، الرقم: ٣.

الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد^(١).

تقريب الاستدلال: إن الدار أو الدابة المستأجرة ذات المنفعة، إن ذهبت
المنفعة هدراً - بأن لا يكون في الإجارة الفاسدة ضمان - ضاع حق السلم،
وهذا ما لا يصلح، بمقتضى النصوص المذكورة، فإنها وإن كانت واردة في
مورد الوصية إلا أن ذلك لا يخصصها بل التعليل الموجود فيها معمم كما
لا يخفى، أو أن الإمام قد طبق الكبرى الكلية على مورد الوصية.

وعلى الجملة، فالمنفعة والعمل حق، ولا يصلح ذهاب حق أحد،
فالضمان ثابت في الإجارة الفاسدة كما هو ثابت في الصحيحة.

ولكن فيه نظر:

فإن الكبرى الكلية مسلمة، لكن مردها صورة استيفاء المنفعة أو وقوع
العمل بأمر من المستأجر، وأما لو استأجر الدابة - مثلاً - بعقد فاسد ولم ينتفع
بها أصلاً، لم يتحقق لصاحبها حق كي يلزم من عدم دفع أجره المثل ذهاب
حقه.

وبعبارة أخرى: الذهاب فرع الوجود، إنه لم يتحقق لصاحب الدابة على
المستأجر حق ليكون ضامناً لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، فلا مصداقية هنا
لقاعدة ما لا يضمن... هذا أولاً.

وثانياً: إن العمل فعل اختياري للإنسان، وهو عرض قائم به، فلا يكون
مصادقاً له «الحق»، كما لا يكون مصادقاً له «الملك»، ولذا فإن عمل الحر لا
يكون ملكاً له، فلا يقال لمن يتمكن من القيام بأعمال كثيرة أن له ملكاً كثيراً

(١) وسائل الشيعة ١٩ / ٣١١، الرقم: ٥.

كما تقدّم في محلّه.

وعلى الجملة، فإن صدق «الحق» على «العمل» في غاية الإشكال.

٨ - قاعدة لا ضرر

وأما الاستدلال للمقام بأدلة نفي الضرر، من جهة أن عدم الضمان ضرر، فيثبت الضمان في المنافع والأعمال مع فاسد العقد. فلا ريب في ثبوت قاعدة نفي الضرر، وأدلتها متواترة أو مستفيضة^(١)، وفي لفظ: أنه صلى الله عليه وآله قال: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(٢).

ولكن الاستدلال بهاهنا في غير محلّه، وتوضيح ذلك هو:

إن «لا» نافية للجنس، فطبيعي الضرر منفيّ تشريعاً، أما على القول بأن المعنى: كلّ موضوع ضرري فلا حكم له في الشريعة، لأن نفي الموضوع تشريعاً عبارة عن عدم حكمه، فهو نفي للحكم بلسان نفي موضوعه، ونظيره في الكتاب والسنة كثير، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾^(٣)، فلا ربط للقاعدة بما نحن فيه أصلاً.

وأما على القول بأن المعنى: كلّ حكم ينشأ منه الضرر فهو منفي في الشرع - كما هو مختار الشيخ - أي: لا حكم ضرري في الإسلام، فليس في محلّ البحث هنا حكم ينشأ منه الضرر حتى يتمسك بالقاعدة لنفيه.

(١) أنظر ٢٥/٤٢٧، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦/١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث.

(٣) سورة البقرة: ١٩٧.

إلّا أن يقال:

إنّ ما ورد في لسان الشارع من: لا يجب كذا أو لا يحرم كذا أو لا يحلّ كذا، ونحو ذلك، ليس إخباراً عن عدم الحكم، لأنّ الأحكام كلّها عدم في الأزل، بل هو إنشاء لعدم الحكم والتعبد به، ولذا يجري استصحاب العدم الأزلي ويتعبد به، وعلى هذا، فحكم الشارع بعدم الضمان في الأعمال والمنافع المستوفاة بالعقد الفاسد، حكمٌ ينشأ منه الضرر، فهو منفيٌّ بأدلة نفي الضرر، وإذا ارتفع العدم ثبت نقيضه، فالضمان ثابت.

هذا غاية ما يمكن أن يقرب به الإستدلال بقاعدة «لا ضرر».

وخلاصته: إن معنى القاعدة: كلّ حكم ينشأ منه الضرر فهو منفي، وإن عدم الحكم ممّا يمكن التعبد به، ونفيه جعلٌ لعدمه، وتكون النتيجة ثبوت الحكم بالضمان.

وفيه: إنه لا كلام في أنّ عدم الحكم ممّا يمكن التعبد به، ولكنّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، إذ المفروض عدم إنشاء الحكم بعدم الضمان، والقول بأن عدم الحكم من دون إنشائه مجعول، فاسد جداً. هذا أولاً.

وثانياً: ظاهر الرواية: أن المنفي هو الحكم الضروري، لا عدم الحكم الذي ينشأ منه الضرر.

فالقول بعدم حكم الشارع فيما نحن ضرري، فيكون مجرى قاعدة لا ضرر، لا يمكن المساعدة عليه بوجه.

فإن قلت: إنّ الانتفاع بدار الغير أو دابّته - مثلاً - بلا دفع للبدل «ضرار»، وهو منفيٌّ بالحديث الشريف، فيجب التدارك.

قلت: إن مفاد الحديث نفى الضرر، لا نفى الضرر غير المتدارك، وتدارك الشيء غير عدم الشيء.
وتلخص:

عدم الدليل على الضمان في الأعمال والمنافع المستوفاة بالعقد الفاسد، فقاعدة: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده... منتقضة.

وأما بناءً على ما ذكرنا من أن دليل القاعدة هو: قاعدة السلطنة، بالبيان المتقدم، فغاية ما يمكن أن يقال في الأعمال والمنافع هو: إن تسليمه الدار للانتفاع بها، مبني على أن المنفعة المستوفاة ليست مجانية، فمقتضى هذا الشرط الضمني - بعد عدم وجوب دفع العوض المسمى، لفساد العقد - وجوب دفع البذل، فيختص الاستدلال بصورة استيفاء المنفعة أو العمل، وأما حيث لم يتحقق الاستيفاء، فلا دلالة للقاعدة على الضمان [١].

[١] وتلخص: أن الدليل على ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد هو الإجماع وقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ومدركها حديث السلطنة، والسيد الجد لم يناقش في سنده في البحوث السابقة.

وذهب السيد الخوئي رحمه الله إلى أن ثبوت الضمان إنما هو بالإقدام المنظم إلى الاستيلاء من جهة السيرة العقلانية غير المردوعة عن المعصوم، فالإقدام بوحده ليس علّة تامة للضمان لكي يدور الضمان مداره وجوداً وعدماً، وإنما هو متمم لسبب الضمان الذي هو الاستيلاء على مال الغير بلا تسلط من المالك مجاناً، وقد قامت السيرة القطعية العقلانية الممضاة للشارع على أن التسلط على مال الغير تسلطاً غير مجاني موجب للضمان، وحيث أن الشارع لم يمتض الضمان بالمسمى لفساد العقد،

الكلام في الأعمال التي لا يرجع نفعها إلى الضمان

قال الشيخ:

ويبقى الكلام حيثنذ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن ولم يقع بأمره، كالسبق في المسابقة الفاسدة، حيث حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق أجره المثل، خلافاً لآخرين. ووجهه.... أقول:

إن المسابقة عقد مشروع مستقلٌ مبحوث عنه في كتاب السبق والرماية، وهو من العقود اللازمة، يتعاقدان على أن يكون السبق لمن سبق، ويكون السبق من أحدهما أو من كليهما.

فإن كان العقد صحيحاً، فالضمان - وهو كون السبق للسابق - ثابت، وأما إن كان فاسداً، فحكم شيخ الطائفة^(١) وجماعة بأن لا ضمان بالنسبة إلى أجره المثل، فكان ما يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. وذهب العلامة والمحقق الثاني^(٢) وآخرون إلى ثبوته أخذاً بالقاعدة.

فثبت الضمان بالمثل أو القيمة^(٣).

ولكن قد عرفت مما تقدم أن ثبوت قاعدة الإقدام أول الكلام - وهو كاف في سقوط المبنى كما لا يخفى -، وعلى فرض التنزل، فثبوت السيرة العقلانية على ضمان البديل في التسليط بالمسمى وتلف المال بيد المشتري بلا تفريط، أول الكلام كذلك.

(١) أنظر: المبسوط في فقه الإمامية ٣٠٢/٦، شرائع الإسلام ٢٤٠/٢، مسالك الإفهام ١٠٩/٦ - ١١٠.

(٢) أنظر: تذكرة الفقهاء ٣٥٧/٢، جامع المقاصد ٣٣٧/٨، إيضاح الفوائد ٣٦٨/٢.

(٣) مصباح الفقاهة ٩٦/٣ - ٩٧.

وقد اختار الشيخ القول الأول، فالقاعدة على هذا القول منتقضة، والوجه في ذلك هو:

إن الأدلة التي أقامها الشيخ على الضمان في المنافع والأعمال غير جارية هنا، وذلك، لأن موجب الضمان إما هو الانتفاع بمال الغير فيجب عليه التدارك، وإما أن يأمر الغير على عمل، وعمل المسلم محترم، فتجب عليه أجرته، وإما هو الإجارة أو الجعالة الصحيحة، فيجب عليه دفع العوض المسمى.

والمسابقة الفاسدة ليست بإجارة أو جعالة، ولا يترتب عليها ضمان المسمى لعدم صحتها، والعمل الذي قام به لم يقع بأمر الضامن، وهو لم ينتفع بالعمل. وإذا لا أمر ولا استيفاء للمنفعة ولا عقد يكون مؤثراً في استحقاق الأجرة والعوض، فلا ضمان [١].

[١] لكن في تعليقه المحقق الإيرواني: «المراد بالأمر في المقام بعث الغير نحول العمل لا خصوص الطلب، وهذا حاصل في المسابقة، لتضمنها الالتزام بمال السبق، فإن البعث يحصل بكل من الكلب والوعد بالثواب والوعيد بالعقاب»^(١). وهذا غير واضح، لعدم وجود التزام إلا بالالتزام العقدي، وإذا كان فاسداً لم تبق حرمة لعمله ليستحق شيئاً في مقابله.

وفي تعليقه المحقق الإصفهاني: «ربما يشكل دخول المسابقة في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، إذ لا مالبة للعمل بحيث يتدارك بالعوض في الصحيح

هل يفرّق في الضمان بين علم الدافع وجهله؟

قال الشيخ:

ثم إنّه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، وبين علمه مع جهل القابض، وتوهم أن الدافع.... أقول:

إنما ينتفي الضمان في موارد، كالإذن في التصرف أو الغرور حيث أن المغرور يرجع إلى من غره، وأمّا في العقد الفاسد، فقد يكون كلاهما جاهلين بفساده، أو عالمين به، أو الدافع جاهل والقابض عالم، أو بالعكس. فإن كانا جاهلين، فالضمان ثابت، لقاعدة الضمان بناءً على تماميته، وإن كان الدافع جاهلاً والقابض عالماً، فبطريقي أولى، لأنه يعتقد بصحة العقد فيسلم الشيء، لكنّ الآخذ عالمٌ بالفساد فهو بأخذه يكون ضامناً بلا إشكال. وإن كان الدافع عالماً بالفساد والقابض جاهل، أو كانا عالمين، فقد يقال

حتى يتدارك في الفاسد.

ويندفع: بأن مورد القاعدة هي المعاوضة، وكون العوض عوضاً عن السبق مما لا ريب فيه، غاية الأمر أن بذل العوض لعملٍ تارةً بلحاظ مآليته وأخرى بلحاظ غرض عقلائي أو شرعي ترتب على العمل المبذول بأزائه شيء، ولا مخصص للقاعدة بما إذا كان الداعي إلى التعويض مآلية المعوض، بل مجرد كونه مضموناً بالعوض لأي غرض كان...^(١).

بعدم الضمان:

لأن الإقباض مع العلم بالفساد إذن في التصرف، فلا ضمان حينئذٍ.

أو لأن الإقباض في هذه الحالة أمانة مالكية [١].

أو لأنه لما كان الدافع عالماً والقابض جاهلاً، فإن القابض مغرور من قبل الدافع، والمغرور يرجع على من غره.

لكن ذلك كله توهم.

لأن الأمانة المالكية، إما هي عبارة عن الإيداع أو الإعارة ونحوهما، ولا شيء من هذه العناوين بمقصود للدافع، فلا موضوع للأمانة هنا.

وأما الإذن في التصرف، فإنه من باب الجري على المعاوضة تشريعاً أو من باب عدم المبالاة بالحكم الشرعي، فهو لم يدفع الشيء مجاناً ليكون إعطاؤه إذنًا في التصرف، لأن الإذن في التصرف يكون في حال الدفع مجاناً مع إمضاء الشارع، خاصة في صورة علمهما بالفساد، فإنه لا يتصور الأخذ إذن الدافع ورضاه بالتصرف.

[١] ولا ضمان حينئذٍ للنصوص الدالة على ذلك، كقوله عليه السلام - في حديث: «إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه إلا أن يكون اشترط عليه»^(١).

وقوله عليه السلام: «لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مؤمناً»^(٢).

وقوله عليه السلام: «ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن»^(٣).

وأما قاعدة الغرور، فإنما تجري في مورد يكون التصرف بتغيير الغير مع الاعتقاد بعدم الضمان، وليس القبض فيما نحن فيه كذلك، بل هو على وجه المعاوضة.

وعلى الجملة، فالضمان ثابت في الصور الأربع، لقاعدة الضمان بناءً على تمامية الاستدلال بها كما عليه الشيخ، أو لقاعدة السلطنة كما هو المختار عندنا، غير أنه لا موضوع لذلك في صورة عدم الانتفاع أو عدم التسبب للفعل.

هذا كله في أصل القاعدة، وقد تبين أن الصحيح جريانها على أساس قاعدة المؤمنون عند شروطهم، في كل مورد يتحقق التصرف في الشيء أو الاستيفاء للمنافع أو التسبب للعمل.

الكلام في عكس القاعدة

قال الشيخ:

وأما عكسها، وهو: إن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فمعناه: إن كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان موده، ففاسده لا يفيد ضماناً، كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربة....

أقول:

هناك عقود ليس في صحيحها ضمان إذا حصل التلف، كالهبة والوكالة والرهن والمضاربة، كذلك في فاسدها، بمقتضى عكس القاعدة، ويعود البحث هنا في معنى «الباء»، والسببية أوفق، أما بناءً على كون المدرك هو قاعدة الإقدام فواضح، وأما بناءً على كونه قاعدة اليد، فإنها قاعدة اقتضائية

والمانع عنها إذن المالك كما تقدم، فعدم المعلول بسبب وجود المانع.

قال:

والعارية غير المضمونة بل المضمونة، بناءً على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج....

أقول:

أما غير المضمونة فواضح، وأما المضمونة، فلا ضمان فيها كذلك، بناءً أن مركز البحث في وجوب الضمان وعدمه عبارة عن نفس العقد، فالمضمونة داخلة في البحث لاندراجها تحت عكس القاعدة وإن كان الضمان ثابتاً فيها، لأن ثبوته بالشرط، وهو أمر خارج عن العقد، هذا ما أفاده. ولكن التحقيق عدم دخول العارية المضمونة في البحث، سواء كان دليل القاعدة هو اليد أو قاعدة الإقدام، على ما تقدم.

الخلاف في ضمان العين المستأجرة

قال الشيخ:

ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً، لأن صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها كما صرح به... إلا أن صريح الرياض الحكم بالضمان... والأقوى عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة ولا متخصصة.

أقول:

قد وقع الكلام بين الفقهاء في ضمان العين المستأجرة بالعقد الفاسد إذا

تلفت إلا أن يشترط على كلام [١] فيه:

فقليل بعدم الضمان، لأن صحيح الإجارة غير موجب للضمان، ففاسدها كذلك بمقتضى القاعدة، وهذا صريح جماعة وظاهر كلام آخرين^(١).

وقيل بالضمان، وهو صريح الرياض، وحكى نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب^(٢)، قال الشيخ: والظاهر أن المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي^(٣).

والمحقق الثاني^(٤) اختلف كلامه، فاختر في بدو النظر الضمان، للفرق بين الإجارة الصحيحة والفاصلة، أما في الصحيحة، فلا ضمان، لأن يد المستأجر أمانية، وأما في الفاسدة، فلأنها عدوانية، والتصرف في العين حرام

[١] هذه إشارة إلى بحثٍ علميٍّ قيم في أبواب المعاملات من الإجارة والعارية وأمثالهما. بعد أن تقرّر أن كلّ شرط خالف الكتاب والسنة فهو ردّ - في أنه هل يجوز شرط عدم الضمان في موردٍ يقتضي الضمان، أو شرط الضمان في موردٍ يقتضي عدمه، أو لا يجوز؟ مثلاً: قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤذي» بناءً على اعتباره سنداً وتمامية دلالة، يقتضي الضمان، فهل يكون اشتراط عدمه في موردّه مخالفاً للسنة، فلا يجوز؟ وقوله عليه السلام: «لا ضمان على الحمال» يقتضي عدم الضمان، فهل يكون اشتراطه في موردّه مخالفاً للسنة، فلا يجوز؟ أو فيه تفصيل؟

(١) أنظر: القواعد ١/ ٢٣٤، تحرير الأحكام ١/ ٢٥٢، التذكرة ٢/ ٣١٨.

(٢) الرياض ٢/ ٨.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠/ ٥٠.

(٤) جامع المقاصد ٦/ ٢١٦.

لأنه غصب فيضمنه.

ثم قال بعد ذلك بعدم الضمان، لقاعدة ما يضمن بصحيحه فقال: إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً للاستيلاء، (قال) ولو شك، فالأصل براءة الذمة من الضمان، ثم نقض القول بالضمان في الإجارة الفاسدة بالرهن الفاسد، وقد قام الإجماع على عدم الضمان في فاسده كما لا يضمن في صحيحه.

قال الشيخ:

لعل الحكم بالضمان في المسألة، إما لخروجها عن قاعدة ما لا يضمن... وإما لأن قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد.

أي: فهي خارجة عن القاعدة تخصصاً أو تخصيصاً.

أما تخصصاً، فلأن القاعدة إنما تجري في العقد بحسب ما تعلّق به، وفي الإجارة يتعلّق العقد بالمنفعة لا بالعين، ف ضمان العين إذا تلفت في العقد الفاسد مستند إلى دليل آخر غير القاعدة، وهو: إن دفع الموجد للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر الانتفاع بها، والمفروض عدم الاستحقاق لفساد العقد، فيده عليها يد عدوان موجبة للضمان.

وأما عدم الضمان للعين في الإجارة الصحيحة، فلأن يد المستأجر يد أمانية ولا ضمان في الأمانة.

وأما تخصيصاً، فلأن القاعدة معارضة في الإجارة الفاسدة بقاعدة اليد، وقاعدة اليد أظهر منها فتقدم عليها.

هذا شرح كلام الشيخ رحمه الله.

وأقول:

إنَّ الإجارة على أقسام:

أحدها: أن تكون العين المستأجرة بيد المالك، كأن يستأجر السيارة لحمل المتاع، والذي يقودها هو المالك لها.

ولا كلام في عدم ضمان المستأجر في هذا القسم.

والثاني: أن يستأجر السيارة، ويقودها شخص آخر بإذن من المالك.

ولا كلام في عدم ضمان المستأجر في هذا القسم أيضاً.

والثالث: أن يستأجر السيارة، ويكون هو القائد لها، وهذا هو محل

الكلام.

قال الشيخ:

مورد العقد في الإجارة المنفعة، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد.....

فقال المحقق الخراساني: «الإجارة عبارة عن إضافة خاصة بين العين

المؤجرة والمستأجر»^(١).

وقال شيخنا الاستاذ: «الإجارة عبارة عن جعل العين في الكراء أو جعل

نفسه بالأجرة ولا يتعدى إلّا بالعين، وملك المنفعة لازمها الغالبى...»^(٢).

وما ذكره شيخنا في غاية الدقة والمثانة، وقد أوضحناه في كتاب

الإجارة بالتفصيل.

وعلى الجملة، إنه لو كان مفاد مادة الإجارة عبارة عن تمليك المنفعة،

(١) حاشية المكاسب: ٣٢.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٣٢٨ - ٣٢٩.

كان للضمان وجه، بأن يكون معنى «أجرتك الدار» تملك منفعتهما، وهذا صحيح، ولو قال: أجرتك نفسي، يكون معناه: ملكتك منافع نفسي، بأن يقصد العمل، إن صح التعبير عنه بالمنفعة....

ولكن حقيقة الإجارة ليس تملك المنفعة.

وقيل: الإجارة هي التسليط على العين للانتفاع بها بعوض، وهو مختار السيد في العروة^(١)، ولا بأس في هذا القول، لكنه غير جامع للموارد، إذ لا تسليط في مورد الحر المستأجر للعمل كالخياطة مثلاً، فما ذكره يختص بإجارة الأعيان ولا يشمل عمل الحر.

فسواء تكون الإجارة إضافة خاصة كما قال المحقق الخراساني، أو جعل العين في الكراء كما قال شيخنا، أو التسليط على العين للانتفاع كما قال السيد، فإن العين واقعة في حيز المستأجر بواسطة المالك، وهو مأذون في التصرف فيها والانتفاع بها، وحينئذٍ، لا معنى للقول بالضمان.

وما ذكره الشيخ - من أن دفع المالك العين في الإجارة الفاسدة إنما هو من جهة البناء على كون المستأجر مالكا للمنفعة، والمفروض عدم الملكية، لفساد العقد، فيده يد عدوان موجبة للضمان - عجيب جداً، لما ذكرنا مراراً من أن القضية الخارجية تختلف عن الحقيقة، فلو سلم الشيء لغيره بداع من الدواعي، لم يعقل فيه التقدير والتقييد والتعليق، لأن هذه الأمور من أحكام القضايا الحقيقية الكلية لا الخارجية الجزئية، والمفروض هنا أنه قد سلمه الشيء لاعتقاده بكونه مالكا للمنفعة، وما وقع في الخارج لا ينقلب عما وقع

عليه، فهو قد أذن له بالتصرف وإن كان في بنائه وتقديره خطئان، وحينئذٍ، لا وجه للضمان.

فالحق هو القول بعدم الضمان في الإجارة الفاسدة [١]، والعلم عند الله.

[١] تبعاً للمشهور كما نسب إليهم المحقق الثاني، وعليه الشيخ رحمه الله، إذ أنه -بعد أن وجه القول بالضمان إما بخروج المسألة عن قاعدة ما لا يضمن تخصصاً فيحكم بالضمان لقاعدة اليد، أو لتقدم هذه القاعدة على قاعدة ما لا يضمن بالتخصيص - اختار عدم الضمان وصرح بأنه «فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة ولا متخصصة»، أما عدم التخصيص، فلأن مورد القاعدة هو مورد قاعدة اليد، فلو تقدمت قاعدة اليد لزم لغوية قاعدة ما لا يضمن، وأما عدم التخصص فلأن مناطه كون مورد قاعدة ما لا يضمن في الإجارة هو المنفعة دون العين، لكن تسليم العين في الإجارة الراجع للضمان في صحيحها حاصل في الفاسد أيضاً، وما ذكره الشيخ في وجه الضمان فقد عرفت الجواب عنه من كلام السيد الجدل، وبذلك يظهر ما في حاشية المحقق الإيرواني معلقاً على قول الشيخ: «والأقوى عدم الضمان» من أنه «لا وجه لتقوية عدم الضمان بعد تمامية دلالة «على اليد» عنده على الضمان، مع كون التسليط في المقام يزعم الإستحقاق لا مجاناً»^(١).

فيرجع الأمر إلى ظاهر حال هذا التسليم، فالسيد الجد على أنه قد أذن للأخذ بالتصرف ولو من باب الوفاء بالعقد والبناء على استحقاق المستأجر، وجب الحكم بعدم الضمان، وقد اختاره السيد الخوئي أيضاً إذ قال: «إن تسليم العين للمستأجر وإن

(١) حاشية المكاسب: ٩٥.

من موارد الإشكال في أطراد القاعدة

قال الشيخ:

ثم إنه يشكل أطراد القاعدة في موارد:

منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحل، بناءً على فساد العارية، فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أن صحيح العارية لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثاني... إلا أن يقال....
أقول:

لا يخفى أنه لا يجوز الصيد للمحرم، ولو اصطاد لم يملك، ولو اصطاد قبل الإحرام ثم أحرم، خرج الصيد عن ملكه وعليه إرساله.
إنما الكلام في استعارته الصيد من المحل.
فعلى تقدير الحرمة، تكون العارية فاسدة، ولو فعل فقد حكموا

كان مبنياً على صحة الإجارة وناشئاً من البناء عليها، إلا أن التسليم قد تحقق في الخارج على الفرض، فلا معنى لتوقفه على صحة الإجارة، فلا محالة يكون البناء على صحتها أو اعتقادها داعياً إلى التسليم الخارجي، وتخلّف الداعي لا يضر بتحقق التسليم أمانة ولا يوجب ارتفاع حكم الأمانة وهو عدم الضمان مع التلف...^(١).

وبذلك يظهر أن لا فرق بين علم الدافع بفساد العقد وجهله به، خلافاً لظاهر كلام

السيد^(٢).

(١) مصباح الفقاهة ١٠٣/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٤٥٨/١.

بضمانه، قال المحقق: لا يجوز للمحرم أن يستعير... ولو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه ذلك^(١).

وقال العلامة^(٢): ولو استعاره وجب عليه إرساله، وضمن للمالك قيمته، ولو تلف في يده ضمن أيضاً بالقيمة لصاحبه المحل، وبالجزاء لله تعالى، بل يضمنه بمجرد الإمساك.

فأشكل الشهيد الثاني^(٣) في ذلك، لأن صحيح العارية لا يضمن به، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. وذهب صاحب الجواهر إلى أنه يضمن إذا أرسل^(٤).

١ - الصِّيد الذي استعاره المحرم

فنقول:

إنه إذا استعار المحرم الصيد من المحل، فإنه يخرج بذلك عن ملك المالك المحل، فكان هناك تضاداً بين يد المحرم وملكية الصيد، فبمجرد تحقق يده عليه يكون من المباحات.

وبتقريب آخر: إذا استعار الصيد وجب عليه إرساله، والإرسال إتلاف، وجواز إتلاف مال الغير يكشف عن عدم ملكه.

إذن، فالاستعارة أوجبت إتلاف مال الغير، والإتلاف يوجب الضمان،

(١) شرائع الإسلام ٢/ ٤٠٨ - ٤٠٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢/ ٢٠٩.

(٣) المسالك ٥/ ١٣٩.

(٤) جواهر الكلام ٢٧/ ١٦٤.

فيكون المورد خارجاً عن البحث، لأن الموضوع لقاعدة ما لا يضمن... هو التلف لا الإلتلاف، فلا تنتقض القاعدة به.

هذا بناءً على أن الاستعارة توجب ذلك، كما قال جمع من الأعلام، بل صرح به الميرزا الاستاذ.

إلا أننا لا نوافق على ما ذكر، لعدم الدليل على وجود التضاد بين يد المحرم وملكية الصيد، حتى لو كانت الملكية للغير، نعم، الدليل على عدم ملكية المحرم لما اصطاده قبل الإحرام موجود.

وأما قضية أن مال الغير لا يجوز إلتافه، فإذا جاز الإلتلاف كشف عن عدم ملكية الغير للشيء، فقضية صحيحة، لكن عدم جواز إلتافه ليس مطلقاً، بل هو مقيد بعدم المجوز له شرعاً، فإذا جاء المجوز جاز ووجب الضمان، لعدم الملازمة بين الحكمين التكليفي والوضعي كما لا يخفى.

هذا كله بناءً على وجوب إرسال الصيد على المحرم وخروجه عن ملكية الغير، على ما تقدم، إذ هو إلتلاف وليس بتلف.

لكن الشيخ حاول تقريب الضمان بنحو يكون مستنداً إلى التلف لا الإلتلاف، وبيان صناعي جميل، فقال:

إلا أن يقال: إن وجه ضمانه -بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته-: إن المستقر عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف.

وتوضيحه:

إن الصيد بيد المحرم عارية واجب الإرسال، وإرساله إلتلاف وهو سبب

ضمان القيمة، فهو قبل التلف حيث أنه مكلف بالإتلاف ضامنٌ شرعاً للقيمة، إذ الضمان أثر لذلك التكليف وهو مترتب من حينه، فضمان القيمة ثابت قبل حصول التلف خارجاً.

أقول:

لا إشكال في أنه لو كلف بإيجاد العلة فالتكليف بالمعلول أيضاً حاصلٌ، لعدم انفكاكه عن العلة، لكن هذا إنما يكون في حال كونهما على نسقٍ واحد، وما نحن فيه ليس كذلك، لأن التكليف بالإتلاف بإرساله فعليٌّ، والضمان موقوفٌ على تحقق الإتلاف، فلا يعقل أن يكون التكليف بالإرسال تكليفاً بالضمان.

جهات البحث في المسألة

ولا بأس بالإشارة إلى جهات البحث في المسألة:

هل استعارة المحرم للصيد فاسدة؟

هل هذا الضمان، ضمان التلف أو الإتلاف أو بدل الحيلولة؟

هل يوجد فرق بين أن يعلم المعير بكون المستعير محرماً وجهله بذلك؟

هل للمحرم أن يرده إلى مالكه أو لا بل يرسله؟

لو رده إلى مالكه تبرأ ذمته من القيمة أو لا؟

الظاهر أنه لم يقل أحد بفساد عارية المحرم، وإنما هو احتمال من الشهيد الثاني، وهو غير بعيد، لا من جهة اقتضاء النهي لذلك، لعدم الخلاف ظاهراً في حرمة استعارة المحرم الصيد، بل لما تقرّر في الأصول من أن النهي

في المعاملة وإن لم يكن موجِباً للفساد إلا أنه ليس على إطلاقه، بل فيه تفصيل، فإن كان النّهي عن إيجاد المعاملة، لم يوجب الفساد بل ربما يقال بأنه يدلّ على الصّحة، وإن كان عن الأثر المترتب عليها، فالمعاملة التي لا أثر لها لا يعقل أن تكون صحيحة.

ولمّا كان المقصود من العارية هو الانتفاع من الشيء، لكنّ المحرم لا يجوز له أن ينتفع بالصّيد، فانتفى أثر العارية، فهي فاسدة.

وأما البحث في جهة الضمان، فالشيخ على أنه ليس ضمان التلف أو الإتلاف بل إنه ضامن للقيمة قبل التلف تشريعاً، لأن التكليف بالسبب الذي يترتب عليه المسبب تكليف بالمسبب، فهو بمجرد الإمساك مكلف بالإرسال، ونتيجة الإرسال ضمان القيمة، فهو قبله مكلف بأداء القيمة للمالك.

وفيه: إن هنا حكيمين، أحدهما فعلي، وهو وجوب الإرسال بمجرد الإمساك على القول به، وهذا حكم تكليفي، والآخر - وهو الحكم الوضعي، أي الضمان بالقيمة - تقديري، فإنه على تقدير الإرسال، إذن، لا يتصور هنا ضمان غير ضمان الإتلاف.

والميرزا الاستاذ ذهب إلى ثبوت ضمان الإتلاف مع وجود الصّيد في يده وقبل حصول الإرسال، قال: إن وضع يده على الصّيد موجب لسقوط ملكيته، فهو بمجرد أخذ الصّيد من المالك مُتلف لملكه لأنه يضاف الملكية، إذ لا فرق في ضمان الإتلاف بين الإعدام الخارجي وإتلاف المالّة^(١).

وكان رحمه الله قد استفاد هذه المضادة من خروج الصيد عن ملك من اصطاده قبل الإحرام ثم أحرم، إذ يدل ذلك على أن الإحرام وكون الصيد مملوكاً لا يجتمعان، سواء كانت الملكية لنفس المحرم أو غيره.

وبالجملة، إن الامساك الذي يتعقبه الإرسال الكاشف عن عدم الملكية -إذ لو كان ملكاً لما جاز إرسال مال الغير- إتلاف، وإن كان موجوداً.

ويرد عليه: إن الاستفادة من النصوص هو تضاد يد المحرم مع كونه مالكا للصيد، لا المملوكية مطلقاً وإن كان لغيره.

فما ذكره طاب ثراه لا يمكن المساعدة عليه.

وفصل السيد^(١) بين علم المعير بكون المستعير وجهله بذلك، فإنه إذا كان عالماً كان الإتلاف مستنداً إليه، لأنه السبب في ذلك، لأنه سلم الصيد مع علمه بكونه المستعير محرماً وأنه سيرسله، فالبحث عن ضمان المحرم وعدم ضمانه يختص بصورة جهل المعير بكونه محرماً.

وفيه: إن الإسناد إلى السبب يتوقف على أن لا يكون المباشر أقوى منه، والمعير وإن كان سبباً للإتلاف إلا أن المستعير المحرم هو الأقوى، فهو مستند إليه دون المعير، فلا فرق حينئذ بين علم المعير وجهله.

ومن الأصحاب من قال بأنه ضمان بدل الحيلولة الواجب في كل مال امتنع رده إلى مالكة، لأن المورد من هذا القبيل، إذ الصيد بوجوب إرساله شرعاً ممتنع رده، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فيجب دفع بدل الحيلولة. وفيه: إن مورد بدل الحيلولة هو ما إذا وقع مال الغير بيد الإنسان وامتنع

(١) حاشية المكاسب / ١ / ٤٦٠.

ردّه إلى مالكه مع وجوده خارجاً، كما لو وقع في البحر مثلاً، فكان الإنسان حائلاً بين الملك ومالكه، فبدل الحيلولة فرع على ثبوت الضمان، والبحث فيما نحن فيه في أصل الضمان.

وهل يجوز للمحرم أن يرّد الصيد إلى مالكه فيسقط الضمان؟ مقتضى كلام الميرزا الاستاذ قدّس سرّه أنه لا أثر للردّ، لأنّ الصّيد بمجرد إمساك المحرم خرج عن ملكه واستقرّ ضمان الإتلاف على المحرم، فلو ردّه حصل للمالك صيدٌ جديد.

وبعبارة أخرى: المسقط للضمان ردّ الملك، وهذا ليس برّد له. والذي نحن عليه [١]: إنه لا يجوز للمحرم إمساك الصيد، أمّا خروجه عن ملك مالكه وعدم جواز ردّه إليه، فلا دليل عليه، بل هو باق على ملك مالكه، فإن ردّه المحرم إليه فلا ضمان عليه، والإرسال يجب إذا لم يمكن الردّ، فإذا لم يمكن ذلك وأرسله ضمن قيمته بضمان الإتلاف، وعلى هذا، قاعدة ما لا يضمن غير منتقضة. والله العالم.

[١] أقول: قد اشتمل كلامه على فروع:

إنه لا يجوز للمحرم إمساك الصّيد.

أي: سواء كان بيده على وجه الملكية، كما لو اصطاده مثلاً، أو كان لغيره فاستعاره منه.

أمّا عدم جواز الإمساك مطلقاً، فيدلّ عليه من النصوص (١):

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ٣٠، الباب ١٢ من أبواب كفارات الصيد.

ما عن ابن بكير قال: «سألت أحدهما عن رجل أصاب طيراً في الحِلِّ فاشتراه فأدخله الحرم فمات. فقال: إن كان حين أدخله الحرم خُلِّي سبيله فمات فلا شيء عليه، وإن كان أمسكه حتى مات عنده في الحرم فعليه الفداء».

وعن شهاب بن عبد ربّه قال: «قلت لأبي عبد الله، إني اتسحرَ بفراخ أوتى بها من غير مكة فتذبح في الحرم فأتسحر بها. فقال: بنس السحور سحورك، أما علمت أن ما دخلت به الحرم حيّاً فقد حرم عليك ذبحه وإمساكه».

وأما أن المحرم يملك الصيد، فيه نصوص كذلك^(١)، منها:

عن الحلبي عن أبي عبد الله قال: «سألته عن المحرم يضطرّ فيجد الميتة والصيد، أيهما يأكل؟ قال: يأكل من الصيد، أما يحبُّ أن يأكل من ماله؟ قلت: بلى. قال: إنما عليه الفداء، فليأكل وليفدّه».

وعن يونس بن يعقوب قال: «سألت أبا عبد الله عن المضطرّ إلى الميتة وهو يجد الصيد. قال: يأكل الصيد. قلت: إن الله عزَّ وجلَّ قد أحلَّ له الميتة إذا اضطرَّ إليها ولم يحلَّ له الصيد. قال: تأكل من مالك أحبُّ إليك أو ميتة؟ قلت: من مالي. قال: هو مالك، لأن عليك فداءه. قلت: فإن لم يكن عندي مال؟ قال: تقضيه إذا رجعت إلى مالك».

وعن علي بن جعفر عن أخيه موسى... «قال: يأكل ويفدّه، فإنما يأكل ماله».

وعن أبي أيوب عن أبي عبد الله... «قال: يأكل ويفدي، فإنما يأكل من ماله».

وأما إن كان عاريةً، فهو باقٍ على ملك مالكه وأخذ المحرم له غير مسقطٍ لملكيته

(١) وسائل الشيعة، الباب ٤٣ من أبواب كفارات الصيد.

٢ - المنافع غير المستوفاة في البيع الفاسد

قال الشيخ:

ويشكل أطراد القاعدة أيضاً في البيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها، فإن هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنها مضمونة في العقد الفاسد.

له، لعدم الدليل على ذلك، لكن إمساكه غير جائز كما تقدم - ولو فعل عصى وليس عليه ضمان - وعليه أن يردّه على مالكة إن أمكنه ذلك، ولا شيء عليه، وإلا وجب عليه إرساله، للتصوُّص^(١) في ذلك، ومنها:

عن معاوية بن عمار قال: «سألت أبا عبد الله عن طائر أهلي أدخل الحرم حيناً، فقال: لا يمس، لأن الله تعالى يقول: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾».

وعن قال قال الحكم بن عتيبة: «سألت أبا جعفر... فقال: أما إن كان مستويّاً خلّيت سبيله وإن كان غير ذلك أحسنت إليه حتّى إذا استوى ريشه خلّيت سبيله».

فإن أرسله، وجب عليه ضمان الإتلاف لقاعدة من أتلف.

وإن لم يرسله ولم يردّه إلى المالك، فمات عنده - والمفروض فساد العارية - فلا ضمان عليه، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، بعد سقوط الاستدلال بقاعدة الاحترام ونحوه كما ذكر السيّد الجدّ.

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ٣٠، الباب ١٢ من أبواب كفارات الصيد.

أقول:

المنافع للعين المستأجرة مثلاً تارةً: متصلة كالصوف ونحوه من الشاة، وأخرى: هي في معرض الانفصال كاللبن، وثالثة: هي في معرض الفعلية بواسطة المستأجر كركوب الدابة وسكنى الدار، ورابعة: هي في حد ذاتها فعلية.

وجميع هذه الأقسام داخلية في البحث.

ثم إنه إن استوفى المستأجر المنافع، فما كان وجوده فعلياً فقد أتلفه، ومقتضى قاعدة الإتلاف هو الضمان بلا كلام، وأما ما لا وجود له بالفعل، فهو بمنزلة الإتلاف إن انتفع به، كالدابة يركبها مثلاً. ففي المنافع المستوفاة إتلاف حقيقة أو في قوة قريبة من الإتلاف.

والشيخ لم يتعرض للمنافع المستوفاة، لوضوح الحكم فيها.

وأما المنافع غير المستوفاة، كأن كان الحيوان سميناً فأصبح مهزولاً أو تلف لبنه وهو بيد المستأجر بعقد فاسد، وكالدار المشتراة ببيع فاسد ولم تسكن من قبل المشتري، فلو ردّ الحيوان أو الدار إلى المالك يضمن تلك المنافع أو لا؟

قال المشهور بال ضمان، وأرسله الشيخ إرسال المسلم، فيتوجه الإشكال بأنها ليست مضمونة في العقد الصحيح، فلماذا تكون مضمونة في الفاسد، والقاعدة تقول: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده؟

قال الشيخ:

إلّا أن يقال: إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح والفاسد.

وفيه نظر لأن نفس المنفعة غير مضمونة في العقد الصحيح، لأن الثمن إنما هو بأزاء العين دون المنافع.

أقول:

وما ذكره هو الصحيح.

وقال السيد: «المنافع وإن لم تكن مقابلة بالمال، إلا أنها ملحوظة في القيمة وزيادة الثمن، وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة...»^(١).

ولكنه وجه خطابي، لأن الواسطة في الثبوت لا يقع في حيز الثبوت، وكثرة المنافع أو الشروط واسطة في ثبوت إزدياد القيمة المضمونة، فلا يعقل أن تكون هي مضمونة كذلك.

وقال الميرزا الاستاذ: إن الثمن المسمى في عقد البيع وضمانه في مقابل العين، ومن ملك العين فالمنافع مباحة له بالدليل الشرعي وله التصرف، هذا في البيع الصحيح. أما في البيع الفاسد، فحيث أن العين غير منتقلة إلى المشتري، فلا دليل على إباحة المنافع له، فهو ضامن بالنسبة إليها^(٢).

وتوضيحه: إن للمنافع مالية، وقد قام الدليل الشرعي في العقد الصحيح على جواز الانتفاع بها ولا ضمان، أما في الفاسد، فإن تلك المنافع باقية على ملك المالك تبعاً للعين، وحيث أنها فاتت عليه لكون العين بيد المشتري، فالمشتري ضامن لها.

وفيه: إن جواز الانتفاع في العقد الصحيح غير محتاج إلى الدليل، لأن

(١) حاشية المكاسب ١ / ٤٦١.

(٢) وأنظر منية الطالب ١ / ١٢٦.

العين مملوكة له، ومن ملك شيئاً ملك منافعه، أما إذا كان العقد فاسداً، فالقول بالضمان بالنسبة إلى المنافع غير المستوفاة محتاج إلى الدليل.

وغاية ما يمكن أن يقال هو: إن المشتري بسبب إمساكه للعين قد فوت المنافع على البائع، وهذا بمنزلة الإلتلاف فهو ضامن لها.

والجواب:

أما نقضاً: فبالعين المرهونة بالعقد الفاسد، إذ هي باقية على ملك المالك، وكون المرتهن ممسكاً لها بمثابة الإلتلاف لمنافعها، وكذا في الوكالة الفاسدة والهبة، ولا قائل فيهما بضمان المنافع.

وأما حلاً: فإن إمساك الشيء غير الإلتلاف له، وقوام الإلتلاف هو التصرف، وكونه بمنزلة الإلتلاف مجاز.

وما ذكره المحقق الخراساني من: إن الدليل على ضمان المنافع هو الدليل على ضمان الأعيان، لكون ضمانها من آثار ضمانها ولوازمه، ولا يتفاوت في ذلك بين كونها مستوفاة أو غير مستوفاة، كما لا يخفى^(١).

ففيه: إن هذا عين المدعى.

تحقيق المقام

وأقول: قد تقدّم في الكلام على ضمان المنافع والأعمال في الإجارة الفاسدة، أن الاستدلال على ضمانها بقاعدة اليد أو احترام مال المسلم أو بأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، غير تام، بل قد عرفت عدم تمامية الوجوه المذكورة كذلك.

(١) حاشية المكاسب: ٣٤.

فالمنافع غير المستوفاة غير مضمونة على الأقوى، كما ذهب إليه فخر المحققين^(١). وعلى فرض الشك، فالأصل عدم الضمان.

٣ - حمل المبيع فاسداً

قال الشيخ:

ويمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرح به في المبسوط و... من كونه مضموناً على المشتري، خلافاً للشهيدين و.... مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناءً على أنه للبائع.... أقول:

الكلام في الحمل الموجود حين البيع، وأما ما يكون متأخراً عنه، فهو ملك للمشتري في العقد الصحيح، وللبائع في الفاسد، كما هو واضح. ومنشأ الخلاف في المقام هو: إنه لما باع الحامل، فهل باع الحامل مع الحمل أو أن الحمل باقٍ على ملك البائع؟ فعلى الأول: يكون الحمل مضموناً كالحامل، فإن كان العقد صحيحاً فبالبدل المسمى، وإن كان فاسداً فبالبدل الواقعي. وعلى الثاني، ففي جامع المقاصد^(٢): إنه في المبيع فاسداً غير مضمون فإنه ليس مبيعاً، إذ لا يندرج الحمل في بيع الأم، فيكون أمانة في يد المشتري....

لكن الصحيح هو التفصيل بين علم البائع حين البيع بوجود الحمل

(١) إيضاح الفوائد ٢ / ١٩٤.

(٢) جامع المقاصد ٦ / ٢٢٠.

وجعله به، فإنه إن كان عالماً بالحمل أمانة مالكيّة، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، والأمانة لا تضمن. وإن كان جاهلاً، فالحمل أمانة شرعيّة لا مالكيّة في العقد الصحيح، وإن كان فاسداً وباع نفس الحامل، فالحامل باق في ملكه، وكذلك الحمل يتبعه، وليس بأمانة مالكيّة ولا شرعيّة، وكان ثبوت الضمان مبتنئاً على قاعدة اليد.

فلا الضمان مطلقاً، كما عليه الشيخ وجماعة، ولا عدمه مطلقاً كما عليه الشهيديان وجماعة، بل الحق هو التفصيل [١].

[١] وظاهر المحقق الإصفهاني التردّد في المسألة، فإنه قال: «التحقيق أن الحمل في البيع - كالعين في الإجارة - خارج عن مورد العقد، بل هو أولى بالخروج منها، لأن تسليم المنافع موقوف على تسليم العين مقدّمة لاستيفاء المنافع، بخلاف الحمل فإنه ملازم للمبيع لا مقدّمة تسليمه أو لاستيفاء المنفعة منه. وعليه، فالعقد بالإضافة إلى ضمانه وعدمه لا اقتضاء، فالقول بضمانه بسببه أو القول بعدمه ليس نقضاً على القاعدة. فربما نقول بالضمان في الصحيح والفاقد، لمكان اليد، ولا كاشف عن كون التسليم على الحمل عن الرضا به... وربما نقول بعدم الضمان، نظراً إلى إقدامه على البيع الملازم للتسليم على الحمل...»^(١).

وعن الشهيد توجيه قول القائلين بالضمان بما إذا اشترط دخول الحمل في المبيع^(٢).

(١) حاشية المكاسب ١/ ٣٣٨.

(٢) الدروس ٣/ ١٠٨.

٤ - الشركة الفاسدة

قال الشيخ:

ويمكن النقص أيضاً بالشركة الفاسدة، بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها،
فأخذ المال المشترك حيثئذٍ عدواناً موجباً للضمان.

أقول:

عقد الشركة يتحقق، إمّا بأن يمتزج المالان فيشتركان مشاعاً في
الممتزج، أو بأن يكون نصف ما بيد هذا لذلك ونصف ما بيد ذاك لهذا، فكلُّ
من المالين يكون مشتركاً مشاعاً بينهما، ولكل واحدٍ من الشريكين أن
يتصرّف في كلّ ما بيده، فلو تلف ما بيد أحدهما كلّهُ بتلفٍ سماويٍّ لم يكن
ضامناً إن كان العقد صحيحاً، ويضمن إن كان فاسداً، بناءً على عدم جواز
التصرّف لهما كما قال الشيخ.

وقد استقره في مصباح الفقاهة، وجعل النزاع -بناءً عليه- لفظياً، فإنَّ القائل
بالضمان إنما أراد صورة كون الحمل جزءاً من المبيع، وأنَّ القائل بعدمه إنما أراد صورة
خروج الحمل عنه^(١).

لكنك عرفت من كلام المحقق الإصفهاني أنَّ التحقيق خروجه.

إلّا أن إرادة هذه الصورة أو تلك موقوفة على العلم بالحمل، فيتوجّه حيثئذٍ
تفصيل السيد الجدل. فتدبر.

(١) مصباح الفقاهة ٣ / ١١٠.

وتحقيق المقام أن يقال:

إن كان نتيجة الشركة: عبارة عن ملكية كل منهما لما كان يملكه الآخر على وجه الإشاعة، ففي هذه الصورة يتوقف تصرفهما على إذن الآخر، لعدم جواز التصرف في المال المشترك إلا مع الإذن ما دام مشاعاً، وعليه، فلو تصرف بلا إذن ضمن، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، لقاعدة اليد المعتمدة عند المشهور، وأما معه، فلا ضمان كذلك وهو واضح.

وإن كان نتیجتها: أن يسلط كل منهما صاحبه على ملك نفسه، فلا ضمان إذا تلف كما هو واضح كذلك، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً.

فظهر ما في كلام الشيخ من قوله: بناءً... حيث أن الحكم عدم الضمان مع عدم جواز التصرف، وكذلك الحال في الوديعة والرهن، لأن الضمان لا يدور مدار جواز التصرف شرعاً وعدمه، بل يدور مدار الإذن والرضا وعدمه.

في مبنى القضية السالبة في القاعدة

قال الشيخ:

ثم إن مبنى هذه القضية السالبة... هي الأولوية....

أقول:

نص عبارة شيخ الطائفة في الرهن^(١) هو: لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه، فكيف فاسده؟

وقد فسر الشيخ كلمة «كيف...» بالأولوية.

وتوضيحه: إن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفساد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر في الضمان، لأن الضمان: إما من الإقدام والمفروض عدمه، وإلا لضمن بصحيحه، وإما من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، والمفروض أنها لا تؤثر شيئاً.

فظهر الفرق بين مسلكه ومسلك جامع المقاصد الذي تمسك بأصالة عدم الضمان، لأن موضوع الأصل هو الشك في الموجب، ومفاد كلام الشيخ عدم الشك، بل يقطع بعدم الضمان لعدم الموجب له، لأن إحراز عدم العلة إحراز لعدم المعلول.

ثم قال الشيخ:

وجه الأولوية: أن الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال... لكن يخذلها....

توضيحه: إن الضمان في العقود التي يضمن بصحيحها مستند إلى قاعدة الإقدام، لكن يمكن القطع بعدمه في فاسدها، لأن الذي وقع الإقدام عليه - وهو العوض المسمى - غير نافذ، وأما المثل أو القيمة فلم يقدم عليه من الأول، أما التي لا ضمان في صحيحها، فلا ضمان في فاسدها بالأولوية.

لكن الظاهر أن مراد شيخ الطائفة هو: إن الضمان في الفاسد فرع للضمان في الصحيح، فإذا لم يكن في الأصل ففي الفرع بالأولوية.

وقد خدش الشيخ الأولوية بأنه: يمكن أن يقال: بأن حكم الشارع بالصحة فيما لا يضمن بصحيحه هو الموجب لعدم الضمان، أما في الفاسد، فاليد موجودة ولا تسليط من الشارع، فالضمان ثابت.

ومثال ذلك: في الرهن حكم للشارع بتسليط الراهن المرتهن على العين المرهونة، وحكم في الإجارة بتسلط المستأجر على العين المستأجرة، أما في الفاسد من الرهن والإجارة، فلا تسليط من الشارع والعين بيد المرتهن والمستأجر، واليد موجبة للضمان.

وجواب هذه الخدشة في قوله:

فإن قلت: إن الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان إلا أن مقتضى عموم على اليد هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود... وبقي الباقي.

أي: إن موجب الضمان، إن كان قاعدة الإقدام، فهو منتف فيما لا يضمن بصحيحه كذلك في فاسده، لكن هنا موجباً آخر له وهو عموم قاعدة اليد، فمقتضى اليد في الفاسد هو الضمان، فلو تلف الثوب في يد الأجير لغسله لم يضمنه في صحيح الإجارة، أما في فاسدها فمقتضى اليد هو الضمان، وهكذا في الوكالة والعارية، إلى غير ذلك.

فللضمان سببان، أحدهما: الإقدام، وهذا غير موجود في الفاسد مما لا يضمن بصحيحه، والآخر: اليد، وهذا موجود في الإجارة والعارية والوكالة الفاسدة.

فأجاب قائلنا:

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، وهي عموم ما دل على أن من لم يضمنه المالك... فهو غير ضامن. أما في غير التملك بلا عوض - أعني الهبة - فالدليل المخصص لقاعدة الضمان عموم ما دل على أن من استأتم المالك على ملكه غير ضامن... وأما في الهبة الفاسدة، فيمكن

الاستدلال على خروجها....

يعني: إن قاعدة اليد محكمة لكنها مخصصة بالنصوص الدالة على عدم الضمان في الوديعة والوكالة والإجارة:

كقوله عليه السلام: «ليس على مستعير عارية ضمان»^(١).

وقوله عليه السلام: «صاحب العارية والوديعة مؤتمن»^(٢).

وقوله عليه السلام: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»^(٣).

بل في بعضها:

«ليس لك أن تتهم من قد اتهمته، ولا تأتمن الخائن وقد جرّيته»^(٤).

فالشيخ يوافق على عموم قاعدة اليد، ويجب بكونها مخصصة بهذه الأدلة الشرعية، وعمومها يشمل صحيح ما لا يضمن وفاسده أيضاً.

فإن قلت: لا يوجد نص على عدم الضمان في الهدية، فمقتضى القاعدة هو الضمان في الهدية الفاسدة وإن لم يكن في الصحيحة.

فأجاب بعدم وجوب الضمان فيها بدليل الأولوية.

وأشكل المحقق الخراساني^(٥): بأن عدم الضمان في تلك الموارد

يختص بالتلف السّماوي، أمّا مع التعدي والتفريط فالضمان ثابت.

وأما الهبة، فعدم الضمان ثابت سواء في التلف والإتلاف، فالاستدلال

(١) وسائل الشريعة ٩٣/ ١٩، باب ثبوت الضمان على المستعير، الرّقم: ٦.

(٢) نفس المصدر.

(٣) نفس المصدر، وأيضاً: ٧٩/ ١٩، باب أن الوديعة لا يضمنها المستودع، الرّقم: ١.

(٤) وسائل الشريعة ٨١/ ١٩، نفس الباب، الرّقم: ١٠.

(٥) حاشية المكاسب: ٣٣.

بالفحوى في غير محلّه، لأن عدم الضمان في الوديعة وغيرها مغايرٌ لعدمه في الهبة.

ولقد كان الأولى أن لا يسلم بعموم القاعدة، لما كررنا من أنها اقتضائية، فتؤثر إن لم يكن هناك مانع، وإذن المالك بالتصرف مانع، وهو بتسليم العين موجود في جميع الموارد المذكورة، ولو قيل بأن إذنه مبني على اعتقاده بصحة العقد، فقد قلنا أنه في القضايا الخارجية لا يكون الاعتقاد مضيقاً، فتخلف الداعي لا يخرج العين عن كونه مأذوناً فيه.

فعلى هذا، فإن المانع عن تأثير قاعدة اليد هو الإذن المالكى، وهو متحقق في الموارد كلها والهبة بلا فرق....

وتلخص: إن ما ذكره في جواب الإشكال من أن قاعدة اليد مخصصة بالأدلة في أبواب العارية والوديعة والإجارة والوكالة، أما في الهبة، فإنه وإن لم يرد نص لكن الحكم جارٍ فيها بالأولوية... مخدوش: بأن القاعدة المذكورة -على القول باعتبارها كما عليه المشهور- اقتضائية، وما دلّ عليه تسليم العين من قبل المالك من الإذن والرضا بالتصرف، مانع عن الاقتضاء، فلا تؤثر قاعدة اليد في الضمان، لا في الهبة ولا غيرها من العقود المذكورة.

وأما إشكال المحقق الخراساني على ما ادّعاه الشيخ في الهبة من الأولوية، فيتلخص في أنه لا يوجد في المورد مناهات الأولوية، لأن عدم الضمان في تلك الموارد كان عبارة عن عدم ضمان التلف، أما ضمان الإتلاف والتفريط فثابت، أما في الهبة، فلا يوجد ضمان مطلقاً، فعدمه في الهبة هو بقول مطلق، أما في تلك الموارد فعدم ضمان خاص، فكيف تكون الأولوية؟

وقد أجاب شيخنا الاستاذ بما حاصله^(١): إن ملاك عدم الضمان في تلك الموارد مستند إلى إذن المالك، فهو يأذن في التصرف في المال بقيد التحفظ على ملكية المالك، فيكون إذنه بالتصرف بقولٍ مطلقٍ كما في الهبة دالاً على رفع الضمان بالأولية.

والإنصاف: عدم إمكان المساعدة على ما أفاده، لأن الواهب لا يأذن بالتصرف، بل يملك العين للمتهب، نعم، يعلم بأنه سيتصرف فيه تصرف المالك في أموالهم. أمّا في سائر الموارد، فإنه إنما يأذن بالتصرف في ملك نفسه، فلا ربط بينهما حتى تتصور الأولوية.

والتحقيق: إن الأخذ في جميع الموارد مأذون في التصرف، فهو غير ضامن في صورة التلف، كما قال الشيخ بالتالي:

فحاصل أدلة عدم ضمان المستامن، أن دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي - أعني المثل أو القيمة - ولا جعلي، فليس عليه ضمان.

ولكنه: إذا قال «وكلتكَ في أن تبيع داري»، ولم يسلطه على الدار خارجاً بل الوكيل أقدم على الأخذ، أو قال له: «أعرتك داري» ولم يسلّمه، فهل يكون ضامناً؟ الظاهر أن مثل هذا العقد يدلّ بالملازمة على الإذن في الأخذ، إلا أن يصرّح فيقول: أعرتك داري ولا تتصرف فيها إلا أن أسلمها إليك.

فهذا هو الطريق لخروج هذه الموارد ومنها الهبة، وهو خروج تخصصي عن قاعدة اليد بناءً على اعتبارها، لا تخصيصي كما ذكر الشيخ رحمه الله.

الرابع*

من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد:

وجوب ردّه فوراً إلى المالك

قال الشيخ:

والظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه... وبدلّ عليه: أنّ الإمساك آنأماً تصرف في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز، لقوله عزّ وجلّ الله فرجه... ولو نوقش في كون الإمساك تصرفاً، كفى عموم قوله صلى الله عليه وآله: لا يحلّ مال امرئ مسلم....

أقول:

قوله: «على تقدير...» إشارة إلى قول الشيخ وابن ادريس بجواز التصرف فيه [١].

[١] وفصل السيّد فقال: «لا ينبغي الإشكال في عدم جواز التصرف فيه مع جهل الدافع، وأمّا مع علمه فيمكن الإشكال فيه وإن كان باقياً على ملكه، وذلك للإذن فيه في ضمن التملك، ودعوى أنّ الإذن مقيّد بالملكية وهي غير حاصلة، مدفوعة بأنّ القيد ليس إلّا الملكية في اعتبار البائع وهي حاصلة... والحاصل: إنّ المقيد بقيد حاصلي يكون كالمطلق، والإذن فيما نحن فيه كذلك، فإنّ قيده الملكية الواقعية بحسب اعتبار

(*) وهو الثاني في كتاب المكاسب.

المتبايعين والمفروض بناؤهما عليها بحسب إنشائهما... هذا التملك له حيثان، فهو إذن من حيثية وتمليك من اخرى، ولما كان التملك محتاجاً شرعاً إلى صيغة صحيحة والمفروض عدمها، فهو غير مؤثر من هذه الجهة لعدم حصول شرطه، وأما من حيثية الاخرى فهو غير مشروط شرعاً فيجوز العمل به... فيشمله عموم ما دل على جواز التصرف مع الإذن وطيب النفس، وإذا جاز التصرف فلا يجب الرد إلى المالك فضلاً عن كونه فورياً. نعم، لو رجع عن إذنه وطلبه وجب الرد إليه فوراً^(١).

ويرد عليه: أن الدافع إنما سلم الشيء للقابض باعتبار أنه ملك له، لأنه ملك للدافع وقد أذن له بالتصرف فيه، فلا يشمل عموم الأدلة التي أشار إليها. وما ذكره من «أن المقيّد بقيد حاصل يكون كالمطلق» ففيه: إن المقيّد لا يخرج بتحقيق القيد عن البشرية إلى اللا بشرطية، فوجوب صلاة الظهر المقيّد بالزوال لا يخرج عن تقيده بتحقيق الزوال وينقلب مطلقاً بالنسبة إليه، وما نحن فيه كذلك، لأن الدافع إنما رضي ببقاء المال بيد القابض مقيّداً بكون ملكاً للقابض لا بنحو مطلق، بأن يرضى ببقائه عنده وتصرفاته فيه أعم من أن ملكاً له أو للقابض.

وبما ذكر يظهر ما في كلام المحقق الإصفهاني^(٢) وحاصله: إن الدافع المالك راضٍ حين إقدامه على الدفع بتسلط القابض على ملكه، فهو لما أقبضه خارجاً تلك العين قد أذن له بالتصرف فيها، وذلك الإذن باق ما دامت العين باقية على حالها إلا أن يرجع المالك عن إذنه.

(١) حاشية المكاسب ١/ ٤٦٣ - ٤٦٤.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٣٤٧ - ٣٤٨.

لابد من البحث في خمسة جهات:

الأول: هل الإمساك يصدق عليه عنوان التصرف؟

والثانية: هل يحرم الإمساك بعد القبض أم لا؟

والثالثة: هل يلزم فساد البيع لعدم إذن المالك بالتصرف أم لا؟

والرابعة: هل يجب الرد أم لا؟

والخامسة: لو احتاج الرد إلى المؤنة فهل تجب على المشتري؟

هل يصدق «التصرف» على «الإمساك»

أما الأولى، فلا وجه لأن يكون الإمساك تصرفاً، إذ «التصرف» تفعل من الصرف، وهو تحويل شيء من مكان إلى مكان أو من حال إلى حال، فلا بد من إحداث تغيير في الشيء، وبقاء الشيء على حاله - وهو الإمساك - ليس بتصرف. نعم، لو طالب المالك به وامتنع المشتري عن تسليمه، فقد ارتكب المحرم، لصدق عنوان الظلم عليه، وهذا لا ربط له بالتصرف.

هل يحرم الإمساك بعد القبض

وأما الثانية، فقد استدلل الشيخ بالخبر عن الإمام عجل الله فرجه^(١).

وذلك: لأن الكلام في أصل تحقق الإذن، لأن المفروض أنه دفع العين في مقابل العوض الذي أخذه منه، فهو إنما دفعها إليه وفاء بالعقد، لكونها ملكاً له، فأبي معنى لأن يرضى ببقاء العين في ملكه ويأذن له بالتصرف فيه؟

(١) وسائل الشيعة، الباب ١ من أبواب الغصب، الرقم: ٤.

وفيه: إن ما نحن فيه - وهو الإمساك - لا يصدق عليه التصرف، فلا وجه لهذا الاستدلال.

ثم استدلّ بعموم الحديث النبوي: لا يحلّ مال امرئ مسلم...^(١)، قال: حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده.

وفيه: أولاً: إنه مرسل. وثانياً: إن الحديث ظاهر في حرمة تملك مال الغير لا جميع الأفعال المتعلقة به. وثالثاً: إن ظاهر «عن طيب نفسه» هو الحكم الوضعي، لأنّ الحليّة معدّة بحرف التجاوز الدالّ على النشو، يعني: أن يكون ناشئاً عن طيب نفسه، وهذا يلائم الحكم الوضعي دون التكليفي، ولا أقلّ من ترّدّه بين أن يكون تكليفاً أو وضعاً، فيكون مجعلاً ويسقط الاستدلال به.

فإن قلت: هناك رواية معتبرة سنداً والتعديّة فيها بالباء، وهي موثقة سماعة عن أبي عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وآله: «من كانت عنده أمانة، فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبة نفس منه»^(٢) فلا يرد عليها ما ذكر.

قلت: قد أسند «لا يحلّ» في هذه الرواية إلى أمرين هما: الدم والمال، ومن الواضح أن المعنى لا يتم إلّا بتقدير، ولا بدّ من أن يكون المقدّر معنى جامعاً صالحاً للإسناد إلى كلا الأمرين، وعليه، فالمراد من «لا يحلّ» عدم حليّة التضييع وأنه لا يجوز أن يذهب دم امرئ مسلم ولا ماله - إلّا بإذنه -

(١) عوالي اللئالي ١/ ٢٢٣.

(٢) وسائل الشريعة ٥/ ١٢٠، باب حكم ما لو طابت نفس المالك، الرّقم: ١.

هدراً... فلا ربط للرواية بالإمساك أصلاً.

بل يمكن أن يقال: بأن المراد هو الحكم الوضعي، وأن دم المسلم وماله محترّم، كما في الروايات المستفيضة الواردة في أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه.

والحاصل: إنه لا دليل على حرمة الإمساك بما هو إمساك.

هل يلزم فساد البيع لعدم الإذن بالتصرّف؟

وأما الثالثة، أما بالنظر إلى نفس البيع، فلا معنى لأن يقال: بأن بيع البائع يستلزم الإذن في ملك نفسه، لأن البيع إعدام للملكية، وبالبيع يخرج المال عن كونه ملكاً للشخص، فلا موضوع للإذن أو عدم الإذن في التصرف فيه. وأما بالنظر إلى أثر البيع وهو تسليم المبيع للمشتري، فإنه لا يخلو أن يكون تسليمه من جهة اعتقاده بصحة البيع، أو يشك في صحة البيع ولا يبالي فيسلم الشيء، أو يعلم بفساده ومع ذلك يسلم.

فإن كان عالماً بفساد البيع أو شاكاً، فإن تسليمه المبيع إذن في التصرف لا محالة، بل إنه في صورة الشك يسلم الشيء وإن كان ملكاً لنفسه لا للمشتري، وهذا في الحقيقة إذن ورضاً بالتصرف كما لا يخفى فضلاً عن الإمساك، سواء كان المشتري عالماً بالفساد أو جاهلاً أو شاكاً، وسواء كان تصرفه في نفس البلد أو في بلد آخر... فلا ضمان على المشتري مطلقاً، ولا وجه لشيء من التفصيلات المذكورة في بعض الكتب.

وإن كان معتقداً بصحة البيع ويسلم الشيء لكونه ملكاً للمشتري،

فلا يخلو المشتري من احدى ثلاث حالات:

فإن كان عالماً بالفساد، لم يجر له الأخذ، لصدق التصرف في مال الغير بلا إذن منه، لأن تسليمه - أي تسليم البائع - لم يكن إذناً في التصرف في ماله، بل كان تسليمًا لمال المشتري إليه، ويكون المشتري العالم بالفساد حينئذٍ غاصباً، والغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال.

ولو تنازعا، فقال البائع المعتقد بالصحة للمشتري: خذ متاعك، وأعطني الثمن، فقال المشتري المعتقد للفساد: ليس هذا المتاع لي، فهل المورد من قبيل التداعي أو المدعي والمنكر؟

وإن كان شاكاً في الصحة والفساد، فكذلك، لأن الأصل عدم كونه ملكاً له فيكون أخذه غصباً.

وإن كان معتقداً بالصحة - كالْبائع - فيكون تسليم البائع تسليمًا لمال الغير للغير، وتسلم المشتري تسلمًا لملك نفسه ولا يكون أخذه عدوانياً. ولو زال الاعتقاد بالصحة، إما من كليهما أو من البائع وحده أو من المشتري كذلك، فما الحكم؟

وقبل الورود في بيان الحكم نتعرض لما قاله شيخنا الاستاذ، ولنقدم له مقدمة:

إن القضايا على قسمين: منها حقيقة، وهي أن يتوجه الحكم إلى الكلبي الطبيعي بضميمة صرف الوجود، ولازم ذلك أن نعم الأفراد الموجودة بالفعل والأفراد المقدرة. وهذا هو تعريف القضية الحقيقية عندنا، ونتيجة ذلك: أنه لو قال أكرم العالم، فاعتقد المكلف بأن زيدا عالماً وأكرمه، ثم تبين

الخلاف، لم يكن ممثلاً، وكذا لو نذر إكرام العالم، وهكذا... وكذا الحال في الأحكام الوضعية، لأن كل قضية حقيقية تخلف المصداق فيها عن الكلي، لم يتحقق به الامتثال، والأحكام الشرعية كلها من هذا القبيل.

ومنها: خارجية، وفيها تكون العناوين دواعي للتكليف، إذ الوجودات الخارجية جزئية، فلا يعترىها التقييد، لأنه عبارة عن تضيق الدائرة، ولا دائرة للجزئي الموجود في الخارج حتى يقبل التقييد.

فعلى هذا الأساس، قال شيخنا الاستاذ ما حاصله^(١):

إنه إذا كان العقد فاسداً والبائع يعتقد صحته، فإن الداعي له لتسليم المال للمشتري هو اعتقاده بالصحة، والاعتقاد من العناوين، وقد ذكرنا أن تخلف العنوان في الأمور الخارجية لا يوجب تبدل الحكم. هذا حاصل ما أفاده.

لكن يمكن أن يقال: إن فيه تفصيلاً، لأنه إن كان يسلم المال الخارجي للمشتري معتقداً بكونه ملكاً له، ففي هذه الصورة لا يجوز للمشتري الأخذ بالإمساك، وإن كان يسلمه إياه بعنوان أنه ملك لنفسه، ففي هذه الصورة يكون راضياً بأخذ المشتري وتصرفه، وللمشتري أخذه وإمساكه بلا إشكال. وبعد:

فلو زال الاعتقاد بالصحة من كليهما واعتقدا بالفساد، كان على المشتري تسليم المبيع إذا طالب به البائع، وآلاً فلا مانع من إمساكه، لأن أخذه لم يكن عدوانياً والبائع غير مطالب به، نعم، ليس للمشتري أن يتصرف فيه

(١) حاشية المكاسب ١ / ٣٤٨.

لعلمه بفساد العقد وبكون الشيء ملكاً للغير، ولا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه.

والحاصل: إنه لا مانع من الإمساك، إذ الإمساك يحرم في صورتين، أحدهما: أن يكون أخذه عدوانياً والإمساك استمراراً للعدوان، والآخر: أن يطالب البائع ويمتنع المشتري من ردّه.

وإن زال الاعتقاد بالصحة من أحدهما دون الآخر، كان المورد من قبيل التداعي، وبيان الحكم فيه بإيجاز هو:

إنه إن كان المالك في المدعي والمنكر، أن المدعي هو من كان دعواه على خلاف الظاهر أو الأصل، فإن ظاهر الحال هنا أن كليهما قاصدان للإنشاء وواجدان لشرائط الصحة، كان مدعي الصحة هو المنكر والقائل بالفساد هو المدعي، وكذا الحال بناءً على أصالة الصحة في العقود.

وإن كان مورد النزاع هو ملكية المبيع والتمن، كان من التداعي، فإن كان العالم بالفساد هو المشتري كان النزاع في التمن، وإن كان العالم بالفساد هو البائع، كان النزاع في المبيع، والحكم في التداعي هو التحالف.

هل يجب ردّ المقبوض إلى مالكه

وأما الرابعة، فقد ذكر الشيخ أنه يحرم إمساكه فيجب ردّه، أما نحن، فقد اخترنا عدم حرمة الإمساك إلا في صورتين، فيجب الردّ فيهما دون غيرهما.

وبناءً على حرمة الإمساك، فما الدليل على وجوب الردّ؟

يمكن تقريب ذلك: بأنه إذا كان الإمساك حراماً، فإن مقدّمته ترك الردّ،

ومقدمة الحرام حرام، فيجب الرد.

أو يقال: إذا حرم الإمساك وجب تركه، والردّ مقدّمة للترك، ومقدّمة الواجب واجبة، فيجب الردّ.
أقول:

الأحكام الشرعية كلّها بسائط، فليس الشيء الحرام شرعاً واجب الترك شرعاً أو بالعكس، بأنّ ينحلّ كلّ حكم إلى حكمين، نعم، الحكم الثاني عقلي، من باب نهيه عن المعصية.

وعليه، فإذا فرض كون الإمساك حراماً، لم يكن تركه -أي إرجاع الشيء ورده إلى مالكه- واجباً.

وأيضاً، ليس مقدّمة الحرام حراماً إلا الجزء الأخير من العلة التامة، بخلاف الواجب، فإن جميع مقدماته واجبة، لعدم تحقّق ذي المقدّمة بتخلّف واحدٍ منها.

فالقول: بأن ترك الإرجاع مقدّمة للإمساك فيكون حراماً، باطل.

ثالثاً: ترك الضدّ لا يكون مقدّمة للضدّ الآخر.

وتحصّل سقوط التقريبين، وإن كان الثاني أجود من الأوّل الذي ذكره بعض الأكابر.

وللميرزا الاستاذ بيان آخر لوجوب الردّ، قال رحمه الله:

إن مفاد «على اليد» في دليل قاعدة اليد ليس الحكم التكليفي نظير «عليه الإعادة» و«عليه الوضوء» وأمثال ذلك، لأنّ مدخول «على» إن كان فعلاً من

الأفعال كما ذكرنا، وكما في الآية المباركة ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾^(١) دلّ على وجوب ذلك الفعل، وأمّا إن كان أمراً خارجياً، كالمأخوذ في «على اليد ما أخذت» و«عليه الدين»، دلّ على الاستقرار في الذمة، فالحديث المذكور دلّ على الضمان بالمطابقة، وهو يدلّ بالالتزام على وجوب الردّ.

فدلّت قاعدة اليد على وجوب الردّ، بقطع النظر عن البحث السندي فيها.

وفيه:

تارة: الغاية توجب تعنون الموضوع وتحديد به، كقوله: «كُلْ شَيْءٍ طَاهِرٍ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَدْرٌ» فإنه يعني: كُلْ شَيْءٍ لَا تَعْلَمُ قَدَارَتَهُ فَهُوَ طَاهِرٌ حَتَّى تَعْلَمَ قَدَارَتَهُ. وأخرى: الغاية مؤكدة للحكم واستمراره، كقوله تعالى ﴿وَأَعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّى يَأْتِيَكَ الْيَقِينُ﴾^(٢) فعبادة الربّ غير منقطعة ولا آناءاً ومستمرة حتى الموت. وثالثة: الغاية رافعة للحكم، كقولنا: «العصير العنبي حرام حتى يذهب ثلثاه» فذهاب الثلثين رافع للحرمة فيه.

وحديث قاعدة اليد من القليل الثاني، يدلّ على استمرار الضمان وثبوته حتى يحصل الأداء والردّ، فأين الدلالة الالتزامية؟

والحاصل: إنّ الضمان لا يدلّ على وجوب الأداء، كما لا يدلّ قولك: «أنت في حماي حتى تسافر» على وجوب السفر.

(١) سورة آل عمران: ٩٧.

(٢) سورة الحجر: ٩٩.

فما ذكره لا يمكن المساعدة عليه [١].

[١] وهذه عبارة مقرر بحثه: «ويدل عليه عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» فإنه وإن لم يكن متعرضاً للحكم التكليفي بالدلالة المطابقة إلا أنه متعرض له بالدلالة الالتزامية، فإن استقرار الضمان على عهدة القابض ملازم لوجوب الرد، لأنه لا أثر لاستقرار الضمان على العهدة إلا وجوب رد العين مادامت العين باقية ورد المثل أو القيمة لو كانت تالفة، فحرمة إمساك مال الغير من غير إذنه ووجوب رده إليه فوراً بالفورية لا إشكال فيه...» (١).

والإنصاف أن ما ذكره السيد الجدي في الجواب هو الصحيح، لا ما ذكره السيد الخوئي من تسليم الدلالة الالتزامية، غير أن الحكم التكليفي المستفاد من الحديث هنا ليس هو وجوب الرد لكي تترتب عليه حرمة الإمساك، وإنما الواجب على القابض هو التخلي بين المال ومالكه.

لأن ما ذكره خلاف ظاهر الحديث جداً، لأن الغاية هي الرد وهو لا يتحقق بالتخلى، وإرجاع الأمر إلى التخلي لا دليل عليه أصلاً.

ولم يتعرض السيد الجدي طاب ثراه لتقريب المحقق الإيرواني الاستدلال بالحديث المذكور، مدعياً أن ذلك أولى من الاستدلال بقوله عليه السلام: لا يحل... قال: «فالأولى تبديل الاستدلال به بالاستدلال بعموم على اليد، فإنه إن لم يكن مقصوراً ببيان التكليف، فلا أقل من أن يعمّ الوضع والتكليف جميعاً، بتقريب: أن موداه وجوب دفع العين مع قيامها ودفع البذل مع التلف» (٢).

(١) منية الطالب ١/ ١٣١.

(٢) حاشية المكاسب: ٩٦.

نعم، في صورة اعتقاد البائع بصحة العقد والمشتري عالم بفساده، وكان تسليم البائع للشيء بعنوان أنه يؤدّي الملك إلى صاحبه، يكون أخذ المشتري غصباً والإسكاف استمرار للغصب، والعقل حاكم حيثئذٍ بوجوب الردّ.

على من تكون مؤونة الردّ؟

وأما الخامسة، فقد قال الشيخ:

بل صرح في التذكرة^(١) - كما عن جامع المقاصد^(٢) - أن مؤونة الردّ على المشتري، لوجوب ما لا يتم الردّ إلا به. وإطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤونة كثيرة، إلا أن يقيد بغيرها بأدلة نفي الضرر.

وهذا الاستدلال منه هنا عجيب، لأنه يناقض كلامه في معنى الحديث، إذ قال بعد كلام له: «وعلى ذلك، فمعنى «على اليد ما أخذت» أن اليد مكلفة بدفع ما أخذت أو حفظ ما أخذت حتى تؤدّيه، لكن تقدير الدفع باطل لا يلائم الغاية، فيتعيّن تقدير الحفظ، فحاصل الحديث: وجوب حفظ أموال الناس إذا وقعت تحت...»^(٣).

وأما جواب السيّد الخوئي فغير وافٍ، فراجعه^(٤).

(١) التذكرة ١ / ٤٩٥.

(٢) جامع المقاصد ٤ / ٤٣٥.

(٣) حاشية المكاسب: ٩٣.

(٤) مصباح الفقاهة ٣ / ١٢٢ - ١٢٣.

أقول:

إنه في كل موردٍ وجب فيه ردّ المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه وتوقف الرد على بذل المؤونة، فهل على الآخذ بذلها؟ فيه أربعة وجوه أو أقوال:

الأول: وجوب تحمّل المؤونة على المشتري مطلقاً.

والثاني: عدم وجوب تحمّلها عليه مطلقاً.

والثالث: التفصيل بين المؤونة الكثيرة وغير الكثيرة. وعليه الشيخ.

والرابع: التفصيل بين كونها من اللوازم العادية فتجب عليه، وغير العادية فلا تجب. وعليه المحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ.

والعمدة في المقام: قاعدة لا ضرر، فنقول:

إن من الأحكام ما يترتب دائماً على الأمر الضروري، كوجوب الزكاة والخمس مثلاً، أو هو في معرض الضرر، كوجوب الجهاد، ففي هذه الأحكام لا حكومة للقاعدة، لأنه يلزم من حكومتها لغوية تلك الأحكام كما لا يخفى.

ومن الأحكام ما يتوقف ترتبه على الموضوع على مقدمات مستلزمة غالباً لبذل المؤونة، كما في امتثال الحكم بالحج أو أي سفر واجب، ولا لحكومة للقاعدة هنا كذلك، للزوم تخصيص الأكثر المستهجن. بل ربما يكون الحكم كذلك في صورة التساوي بين موارد لزوم المؤونة وموارد عدم لزومها، للزوم الاستهجان في هذه الصورة أيضاً.

وكان الميرزا الاستاذ يصرّح بأنه إذا وجب الردّ، وكان بذل المؤونة

مقدمة له، -ومورد المعاملات غالباً هي الأمتعة المستلزم حملها وإيصالها إلى المالك استيجاراً أو استخدام الوسيلة الموصلة إليه - وجب عليه تحمّل المؤونة، ولا يرتفع الحكم بدليل لا ضرر. نعم، لو لم تحصل الوسيلة إلا بأجرة زائدة على المتعارف أو استلزم الردّ الضرر في بعض الموارد النادرة أكثر من المؤنة المتعارفة، جرت القاعدة.

وهذا واضح على مبناه في قاعدة لا ضرر - تبعاً للشيخ - من أن مفادها نفي الحكم الضرري، وكذا على مبنى المحقق الخراساني - وهو المختار - من أنها تنفي الموضوع الضرري نفياً تشريعياً على التعبير الصحيح.

أما على الأول، فالضرر عبارة عن الخسارة، وسببها فعل المكلف وعمله الخارجي، والحكم الشرعي معدّ للخسارة، وحيث أن العمل الخارجي لا يقبل النفي، فقد نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، ولما كان منطوق الحديث نفي الخسارة، فإرادة نفي السبب من نفي الخسارة، وإرادة نفي الحكم من نفي السبب بعيد جداً.

مضافاً إلى رواية الشيخ الصدوق من أنه قال صلى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(١). فالمراد نفي الحكم الضرري في الشرع، وضرورية الحكم تحقق بوقوع الخسارة، سواء كان بنفس العمل أو بمقدماته.

وهذا تقريب مسلك الشيخ في القاعدة، وعليه يتم القول بوجوب تحمّل المشتري للمؤونة، لكون الردّ مستلزماً لها غالباً، لعدم جواز التمسك بالقاعدة حينئذٍ للزوم تخصيص الأكثر المستهجن، إلا أن تكون المؤونة

زائدة على المتعارف كما تقدم.

وأما على الثاني، فإن كل موضوع ضرري فحكمه مرتفع، لأن ثبوت الموضوع تشريعاً بثبوت حكمه وانتفاؤه تشريعاً بانتفاء حكمه، لأن المولى عندما يريد الشيء في مقام التشريع، يكون وجود الشيء مع إرادته له وجوداً واحداً، فالحكم المنشأ على موضوع يتحد معه في مقام التشريع، ونفي الموضوع تشريعاً عين نفي الحكم، فعدم الموضوع تشريعاً عبارة عن عدم حكمه، وعليه، ففي موارد عدم كون الموضوع في نفسه ضررياً يكون لا ضرر حاكماً، كما في الوضوء والغسل والصوم مثلاً، وأما إن كانت مقدماته ضرورية، فبأي دليل تنفي المقدمات؟

وعلى الجملة، فإن الحكم - وهو الرد - ليس بضرري، والضرري هو المقدمات والمفروض عدم توجه النفي إليها، فلا دليل على نفي وجوب تحمّل مؤونة المقدمات، بل عليه تحمّلها كلها.

التحقيق في المقام

والتحقيق أن يقال:

إنه إن كان المشتري عند أخذ المبيع عالماً بالفساد، كان أخذه غصباً وعدواناً، وكان بقاء المأخوذ في يده استمراراً للمعصية، والعقل مستقل بالتخلص من المعصية، وهو لا يحصل إلا برّد المقبوض إلى مالكه، والمؤونة عليه، قليلة كانت أو كثيرة، متعارفة أو غير متعارفة، لعدم المجال لقاعدة لا ضرر في موارد الحكم العقلي، وما نحن فيه من هذا القبيل. وأيضاً، فإن قاعدة لا ضرر امتنانية، والغاصب يؤخذ بأشد الأحوال.

وأيضاً، فإنها لا تجري في مورد الإقدام، والمفروض إقدام الآخذ على الضرر.

وأما إن لم يكن الآخذ على وجه الغصب، وقلنا بوجوب الرد، لما ذكره الشيخ، أو لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١) أو الخبر في اللَّقْطَة، كقوله عليه السلام: «إذا عرف صاحبه ردّه عليه»^(٢) وقوله عليه السلام في الهبة: «أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها»^(٣). فإن لم يكن الرد محتاجاً غالباً إلى المؤونة وإنما يحتاج إليها في بعض الأحوال والأفراد، أمكن التمسك بالقاعدة، وإن كان مما يحتاج إلى بذل المؤونة غالباً، فلا يتمسك بالقاعدة على المسلكين كما عرفت.

ألهم إلا أن يقال -على الثاني- بأنه لما تكون المؤونة للمقدمات، والقاعدة لا ترفع الوجوب الغيري لها، فهي مرخص في تركها، فإن تركها يلزم الترخيص في ترك ذي المقدّمة. إذن، يرجع الأمر إلى الغلبة. لكن الكلام كله في الصغرى، فإن الإنصاف أنه ليست الغلبة في المعاملات مع الأمتعة المحتاج ردّها إلى مؤونة.

تنبيه

إنه بعد أن كان المال باقياً على ملك البائع وعلى المشتري ردّه:

(١) سورة النساء: ٥٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦١، باب حكم صيد الطير، الرّقم: ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٩ / ٢٣٣، الباب ٤ من أبواب الهبات، الرّقم: ٦.

فتارةً: يكون المبيع والبائع في بلدٍ واحدٍ، سواء كان بلد المعاملة أو غيره، ففي هذه الصورة يجب الرد - على ما تقدّم - وعليه المؤونة كما عرفت. وأخرى: يكون البائع في بلد المعاملة والمبيع منقولاً إلى بلدٍ آخر. وفيها أيضاً يجب الرد والمؤونة كذلك.

وثالثة: يكون المبيع في بلد المعاملة والبائع في بلدٍ آخر. ورابعة: يكون المبيع منقولاً إلى بلدٍ آخر، والبائع في مكان آخر غيره. فيقع الاشكال في وجوب تحمّل مؤونة الإيصال إلى البائع في الصورتين الأخيرتين، فنقول: إن كان أخذه بنحو العدوان، فالإيصال واجب مطلقاً، وإلا فقاعدة لا ضرر حاكمة فيهما، لندرتهما.

الخامس*

من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد

حكم المنافع المستوفاة

قال الشيخ:

إنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهما المشتري قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور... ويدل عليه عموم قوله: لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه، بناءً على صدق المال على المنفعة... خلافاً للوسيلة، فنفى الضمان، محتجاً بأن الخراج بالضمان، كما في النبوي المرسل.

أقول:

لو استوفى المشتري منفعة العين والبيع فاسد، كالدار سكنها والدابة ركبها... وغير ذلك، فهل يكون ضامناً؟ المشهور هو الضمان، وعليه دفع القيمة. وعن ابن حمزة التصريح بعدم الضمان إن كانا جاهلين بالفساد، مستدلاً بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: الخراج بالضمان، وهذه عبارته:

«إذا باع أحدٌ بيعاً فاسداً وانتفع به المبتاع ولم يعلم بفساده، ثم عرفا واستردَّ البائع المبيع، لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولد إن حملت الأمُّ عنده، لأنه لو تلف لكان من ماله، والخراج بالضمان»^(١).

(*) وهو الثالث في كتاب المكاسب.

(١) الوسيلة إلى نيل الفضيلة: ٢٥٥.

وفي المبسوط: فصلٌ في أنَّ الخراج بالضَّمان، إذا كان لرجل مال فيه عيب، فأراد بيعه وجب أن يبيِّن للمشتري عيبه... فإنَّ لم يبيِّنه واشتراه إنسانٌ فوجد به عيباً، كان المشتري بالخيار... وإنَّ كان حصل نماء وفائدة... فلا يخلو من أن يكون كسباً من جهته أو نتاجاً وثمره، فإنَّ كان كسباً... فإنه يردُّ المعيب ولا يرد الكسب بلا خلاف، لقوله صَلَّى اللهُ عليه وآله: الخراج بالضمان....

قال: الخراج بالضمان معناه: أن الخراج لمن يكون المال بتلف من ملكه، ولَمَّا كان المبيع بتلف من ملك المشتري لأنَّ الضمان انتقل إليه بالقبض، كان الخراج له، فأما النتاج والثمره فإنهما أيضاً للمشتري...^(١)

فالذي يظهر من الكلمات: أن «الخراج بالضمان» قاعدة كانت متداولة بين الفقهاء، ولذا قال فخر المحققين: إنَّ هذا الحديث من جوامع الكلم. وقال الميرزا الاستاذ بوثوق صدور هذه القضية عن النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله، ولا ينبغي الخدشة في سندها^(٢).

في معنى الحديث: الخراج بالضمان

إنما الكلام في معنى هذا الحديث، ففيه احتمالات:

منها: ما ذكره المحقق الخراساني، بجعل الخراج بالمعنى المصطلح عليه شرعاً، وهو ما يضعه الوالي على الأراضي المفتوحة عنوة، قال:

(١) المبسوط في فقه الامامية ٢/ ١٢٦.

(٢) وأنظر: المكاسب والبيع ١/ ٣٣٠.

لاحتمال أن يكون المراد به هو أن خراج الأرض كمّاً وكيفاً على من ضمنها إنما هو بحسب ضمانها^(١).

وهذا بعيد جداً، بالنظر إلى الحديث في سنن ابن ماجه وأبي داود [١]، فالمعنى المذكور غير مطابق للحديث ولكلمات الفقهاء، كالشيخ وابن حمزة والعلامة وغيرهم^(٢).

ومنها: إن «الخراج» بالمعنى اللغوي، و«الضمان» مصدر ضمن يضمن، يعني: إن من ضمن الشيء على الحقيقة فله فوائده وعوائده، فيكون الحديث - على هذا - خاصاً بالمعاملة المعاوضيّة الصحيحة. وهذا هو الذي فهمه المشهور.

ومنها: إن الخراج بالمعنى اللغوي والضمان مصدر، ولكنه أعم من أن يكون ضماناً حقيقياً أو صورياً، فيشمل المعاملة الفاسدة، حيث أنه يضمن

[١] أخرج أبو داود السجستاني، والنسائي، والترمذي، وابن ماجه، وابن أبي شيبة، والحاكم بأسانيدهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة: «إن رجلاً اشترى من رجل غلاماً في زمن النبي صلى الله عليه وآله، فكان عنده ما شاء الله، ثم رده من عيب وجد به. فقال الرجل حين رده عليه الغلام: يا رسول الله، إنه كان استغلّ غلامي منذ كان عنده. فقال النبي صلى الله عليه وآله: الخراج بالضمان»^(٣).

(١) حاشية المكاسب: ٣٤.

(٢) مختلف الشيعة في أحكام الشريعة ١٨١/٥، المهذب البارع في شرح المختصر النافع ٣٨١/٢.

(٣) سنن أبي داود ٣٠٤/٣، سنن النسائي ٢٥٤/٧، سنن الترمذي ٥٨١/٣، سنن ابن ماجه ٧٥٤/٢، المصنف

٣٢٤/٦، المستدرک علی الصحیحین ١٨/٢ واللفظ له، وقد وافقه الذهبي على التصحيح.

الشيء فيها ولكن لا واقعية لذلك لفساد العقد.

فالخراج ملك للضامن بسبب ضمانه - سواء كان واقعياً أو صورياً - لا ثبات له في نفس الأمر.

وهذا ما فهمه صاحب الوسيلة.

ومنها: أن يكون المعنى: أن الخراج بضمان ذلك الخراج، فمنفعة الدار المستأجرة - وهي سكنها - بالضمان أي بالأجرة، ومنفعة البستان المستأجرة - وهي ثمارها - بالضمان أي بالأجرة، ومنفعة الدابة المستأجرة - وهي ركوبها - بالضمان، أي بالأجرة... وهكذا، فالمراد من «الضمان» هو «العوض» لا «العين».

وهذا خلاف الظاهر.

ومنها: إن «الضمان» بالمعنى الاسم مصدري، أي: كلما ضمن الإنسان شيئاً فمنافع ذلك الشيء له، فيشمل المال المنصوب أيضاً. كما هو فتوى أبي حنيفة، وسيأتي الخبر.

ومنها: ما ذكره البعض - ونسبه إلى شيخ الطائفة بالنظر إلى قوله: «لأنه لو تلف» - أن من ضمن شيئاً وتلف، فعليه دفع قيمته أو مثله.

لكن الظاهر أنه ليس مراد الشيخ، بل مراده: أن من أخذ الشيء بعوض تلف، كان تلفه في ملكه، ولو كان معيباً سقط الخيار وله أخذ الأرض، وذلك لأنه قال: معناه أن الخراج....

تفسير المشهور هو الصحيح

أقول:

ومقتضى التأمل هو الأخذ بما فسره به المشهور، فإنَّ الضمان بالمعنى المصدري ظاهر في تحقق الضمان وحصوله واقعاً، وذلك يكون بإمضاء الشارع. وعليه، ففي المعاملة التي ضمن فيها المشتري العين بالعوض المسمى وأمضاها الشارع، تكون المنفعة للمشتري، لحصولها في ملكه، إذ المنفعة تابعة للعين في الملكية، ولو وجب عليه الرد بسبب خيارٍ من الخيارات، لم يرد المنفعة، لأنها كانت ملكاً له واستوفاه.

وعلى الجملة، فقد استدلَّ شيخ الطائفة في المبسوط والخلاف بما روي من أنَّ «الخراج بالضمان» في أكثر من موضع، ممَّا يدلُّ على أنَّ هذه القاعدة متداولة ومسلمٌ بها عند الفقهاء، إنما الكلام في معناها، وهل تشمل ما نحن فيه أو تختص بموارد المعاملات المعاوضة الصحيحة؟ قال ابن حمزة بشمولها لمورد المبيع بالبيع الفاسد، لكنَّ الظاهر هو العدم، لأنَّ «الخراج» هو الفوائد، و«الباء» إمَّا للسببية أو للمقابلة، فإنَّ كانت للسببية فالسبب مقدَّم على المسبب، وإنَّ كانت للمقابلة، فلا بدَّ من فعلية المقابل، وعليه، فلا بدَّ من فعلية الضمان وتحققه حتى يقال بأنَّ الخراج بسببه أو بأزائه، وهذا منحصر بالمعاملة الصحيحة، بخلاف الفاسدة، إذ الضمان فيها تقديرِي. و«الضمان» إذا كان معنىً مصدرياً، فإنه يجتمع مع وقوعه عن الاختيار وعدمه، فلا اختصاص له بالاختيار، لعدم كونه مدلولاً للمادة ولا للهينة، فالضرب - مثلاً - الواقع عن خطأ وإكراه وقهرٍ ضربٌ حقيقَةٌ.

قال الشيخ:

وتفسيره أنَّ من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه، فخرجه له، فالباء للسبيبة أو المقابلة. فالمشتري لما أقدم... وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة مثل قوله... ونحوه في الرهن وغيره.

أشار رحمه الله إلى الرواية التالية:

عن إسحاق بن عمار قال: «حدّثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره، فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه وتكون لك أحب إليّ من أن تكون لغيرك، على أن تشترط لي إن أنا جئت بك بثمنها إلى سنة أن تردّ عليّ.

فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه.

قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة، لمن تكون الغلة؟

فقال: الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله؟»^(١).

وعن إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام:

«عن الرجل يرهن العبد أو الثوب أو الحلّي أو متاع البيت، فيقول صاحب المتاع للمرتهن: أنت في حلّ من لبس هذا الثوب، فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم.

قال: هو له حلال إذا أحلّه، وما أحبّ أن يفعل.

قلت: فارتهن داراً لها غلة، لمن الغلة؟

قال: لصاحب الدار.

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ١٩، باب أن المبيع إذا حصل له نماء... الرّقم: ١.

قلت: فارتهن أرضاً بيضاء فقال صاحب الأرض: إزرعها لنفسك.

فقال: هو حلال، ليس هذا مثل هذا، يزرعها لنفسه بماله، فهو له حلال كما أحلّه، لأنه يزرعه بماله ويعمرها»^(١).

ثم أشكل على هذا التفسير بقوله:

وفيه: إن هذا الضمان ليس هو ممّا أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بأزائه، وإنما هو أمر قهريّ حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم والمغصوب، فالمراد بالضمان الذي بأزائه الخراج: التزام الشيء على نفسه وتقبله له مع إمضاء الشارع له. وربما يستتقضى ما ذكرناه في معنى الرواية بالعارية المضمونة... فتأمل.

أقول:

لا يبعد أن يكون الأمر بالتأمل إشارة إلى أنه في مورد الاستعارة - وإن قلنا بأنها ملك الإنتفاع لا المنفعة - فالرواية قالت: الخراج للضمان، ولم تقل الخراج للضامن، أي: الخراج لا يحتاج إلى البدل، فيعمّ العارية المضمونة، فلا يجب دفع البدل عن المنافع التي ينتفع بها، فالنقض غير وارد.

أو أن المراد - كما قال السيّد رحمه الله^(٢) - هو أن المنافع للمستعير، غير أنها المنافع التي عيّنها المالك، بخلاف الإجارة، إذ للمستأجر أن ينتفع من العين المستأجرة مطلق المنفعة.

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٣٩٢ - ٣٩٣، باب جواز انتفاع المرتهن من الرهن بإذن الراهن، الرّقم: ١.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٤٦٦.

الكلام على قول ابن حمزة

قال الشيخ:

وربما يرد هذا القول بما ورد في شراء الجارية المسروقة....
أقول:

وهذه نصوص الروايات:

عن زرارة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له، وأقام على ذلك البيّنة.

قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»^(١).

ومثله رواية أخرى عن زرارة: «قلت لأبي جعفر: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجئ الرجل فيقيم البيّنة على أنها جاريته لم تبع ولم توهب. فقال: يرّد إليه جاريته ويعوّضه بما انتفع» قال: كان معناه قيمة الولد». وعن جميل بن درّاج عن أبي عبد الله: «في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجئ مستحق الجارية. قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بشمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»^(٢).

وهذه الرواية موردها البيع الفاسد، وقد حكم الشارع بالضمان.

(١) وسائل الشيعة ٢١/ ٢٠٤- ٢٠٥، باب حكم ما لو بيعت الأمة بغير إذن سيدها، الرّقم: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢١/ ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبد والإماء، الرّقم: ٥.

وأجاب الشيخ قائلاً:

وفيه: أن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي الموضين من جهة أن مالك العين جعل خراجها له بأزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير.

أي: إنه بتسليم العين قد سلّم جميع المنافع، والبحث في مثل هذا المورد وليس الحال في الرواية كذلك، فلا يتم بها الرد على ابن حمزة. والحاصل: إن هذا الحديث - على تقدير اعتباره بعمل الأصحاب به - يحتاج إلى تقدير حتى يتم معناه وذلك: إن ملك الخراج بسبب الضمان، فالبراء للسببية، والضمان فعلي لا تقديري، وذلك يكون على الحقيقي، وهذا ليس إلا في المعاملة الصحيحة.

فالضمان معاملي، لكن الضمان الحقيقي المتحقق بالفعل، وذلك لا يكون إلا في المعاملة الصحيحة، فالحديث أجنبى عن البحث، والحق مع المشهور في القول بثبوت الضمان.

ولو تنزلنا، وقلنا بعموم الحديث لضمان الغرامة، فهو مخصص بالأدلة.

دليل المشهور

وأما المشهور، فقد استدلل الشيخ لقولهم بعموم النبوي: لا يحل... بناءً على صدق المال على المنفعة.

ولكنّا قلنا أن كلمة «عن» للتجاوز، أي الحلية الناشئة عن طيب النفس، وهذه هي الحلية الوضعية لا التكليفية.

أما في الحديث الذي ذكرناه سابقاً: «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه» فالحليّة فيه تكليفيّة على ما تقدّم.

وعلى كلّ تقدير، فمراد الشيخ من الاستدلال هنا هو: أنّه لولا طيب النفس من صاحب المال فهو باق على ملكه، وحينئذ يكون صغرى لكبرى قاعدة: من أ تلف مال الغير فهو له ضامن، وبهذا الترتيب يتم قول المشهور بالضّمان، لأن طيب النفس مفقود فالملك باق على ملك صاحبه، ومنافعه كذلك بتبعه، وقد أ تلفها المشتري، فهو لها ضامن.

وهذا هو استدلالنا [١].

واستدلّ بعض الأكابر [٢] بقاعدة على اليد، وكيفيّة الاستدلال بتقريبين منّا:

[١] وهكذا يندفع إشكال المحقق الإيرواني إذ قال: المتبادر من إتلاف المال إخراجه عن الماليّة بتضييعه، لا إتلافه في سبيل الانتفاع به كأكل المأكول وشرب المشروب. اللهم إلا أن يقال: إن إتلاف المال على صاحبه يحصل بأكله وشربه. ويدفعه: إن صدق الإتلاف فرع صدق مائة التلف، فإذا لم يكن المأكول تالفاً لم يكن الأكل إتلافاً، إلا أن يراد من الإتلاف هنا خلائيس صاحبه عنه لا الإتلاف الحقيقي المنوط بتحقق التلف. وفيه: إن هذا يحتاج إلى شاهد خارجي، ومجرد الإستحسان لا يجدي في حمل اللفظ عليه بعد كونه خلاف ظاهره^(١).

[٢] قال المحقق النائيني: «المعروف فيه هو الضّمان، وذلك لأجل قاعدة اليد،

أحدهما: بالدلالة المطابقة، فإن «ما» الموصولة شاملة للمنافع، ومفاد «على اليد» هو «الضمان» و«الأخذ» هو «التناول» وهو يعم الأمور المعنوية، مثل قوله تعالى ﴿لَا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ﴾^(١) و﴿أَخَذَتْهُ الْعِزَّةُ بِالْإِثْمِ﴾^(٢) والمراد من «اليد» هو الاستيلاء كما في قوله تعالى: ﴿تَبَارَكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمُلْكُ﴾^(٣) وقوله: ﴿بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(٤) ونحوهما، فعلى المتناول بالاستيلاء، أي المستولي ضمان ما استولى على عينا كان أو منفعة.

والثاني: بالدلالة الالتزامية بعد التنزل عن الدلالة المطابقة بأن يقال: إن ضمان العين يستلزم ضمان المنافع، وبعبارة أخرى: ضمان المنافع من آثار ضمان العين، بل إن مالية العين بمنافعها.

ومقتضى الإنصاف عدم تمامية الاستدلال بكلا تقريبيه وذلك:

لأن الموصولة وإن شملت المنفعة، قلنا بعموم «الأخذ» لغير الأعيان، وجعلنا «اليد» بمعنى الاستيلاء، لكن الغاية «حتى تؤدي» أي المأخوذ، وسواء

لصدق اليد على المنفعة بواسطة اليد على العين كما تقدم^(٥) لكن صريح غيره كالمحقق الإصفهاني والمحقق الإيرواني والمحقق الخوئي عدم تمامية الاستدلال بقاعدة اليد في المقام.

(١) سورة البقرة: ٢٥٥.

(٢) سورة البقرة: ٢٠٦.

(٣) سورة الملك: ١.

(٤) سورة البقرة: ٢٣٧.

(٥) المكاسب والبيع ١/ ٣٢٩.

كانت «حتى» دالة على الاستمرار إلى مجئ الغاية، كما في قوله تعالى ﴿سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ﴾ فالضمان مستمر حتى يتحقق الأداء، أو كانت رافعة لحكم المغني كما في «العصير العنبي إذا غلا يحرم حتى يذهب ثلثاه» فإن هذه الغاية لا تنطبق إلا على العين، لأن الرّكوب والسكنى ونحوهما من المنفعة لا تقبل الأداء.

إن قلت: إذا كانت المنفعة غير قابلة للأداء فهي داخلة في المغني، نظير «كل شيء لك طاهر حتى تعلم أنه قذر» فما لم تعلم بقذارته فهو طاهر، وعليه فما لم يؤد فهو مضمون، فالمنافع مضمونة.

قلت: عدم الأداء عدم الملكة لا سالبه بانتفاء الموضوع، على أن جعل «حتى» هنا بمعناها في الرواية غير صحيح، فهي للاستمرار أو لرافعة الحكم، وعلى كلا التقديرين، تكون القاعدة مختصة بالأعيان الخارجية.

ولنا جواب عن التقريب الثاني بوجه آخر وهو:

إنا نسلم أن المنفعة مقومة لمالية العين ولو لاها فلا مالية لها، وأن ضمان العين في الحقيقة ضمان لماليتها، فالمنافع مضمونة، ولكن هل المنفعة واسطة للعروض أو للثبوت؟ فلما نقول: العين مال، هل وجود المنفعة واسطة لثبوت المالية للعين أو أنها واسطة لعروضها عليها؟

ولكن الجواب: هل المنافع المقومة لمالية العين واسطة في الثبوت، فالعين تكون مالاً بسبب المنافع، أو في العروض فلما نقول العين مال فالمعنى: منافعها مال؟

إن كان الثاني، كان قولنا: الدار مال، الدابة مال... وأمثال ذلك كله، مجازاً،

لأن الإسناد في الوسطة في العروض مجازي دائماً.

فالصحيح هو الأول، أي: إن المنافع تكون سبباً لمالية العين، وعلى هذا، فلا معنى حينئذٍ لإسناد الضمان إلى المنافع.

فالحق: هو الاستدلال بقاعدة الإلتلاف كما ذكرنا [١].

ولكن مقتضى النظر الدقيق أن يقال: بأن البائع حين تسليمه العين إن عالماً بفساد العقد، كان مسلماً لملكه للغير فهو راضٍ بتصرفات الغير فيها ومنها استيفاء المنافع، وإن كان جاهلاً بالفساد - وهو يسلم العين معتقداً بكونها ملكاً للمشتري - كان المشتري ضامناً للمنافع إن استوفاه، ويشهد بذلك ما في ذيل صحيحة أبي ولاد، من قوله: «إني كنت أعطيته...» فقال عليه السلام: «إنما رضي... ولكن إرجع إليه وأخبره بما أفتيتك به، فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك...»^(١).

فالحاصل: إن الاستدلال للضمان في المنافع المستوفاة من باب

[١] ولم يتعرض للاستدلال بقاعدة نفي الضرر، ولعله لوضوح عدم تماميته لأن الواقع على المالك عدم الانتفاع، وصدق الضرر عليه أول الكلام. وأيضاً: إن هذه القاعدة نافية للحكم الضرري وليست مسوقة لإثبات الحكم الشرعي.

كما لم يتعرض للسيرة العقلانية، وقد استدل بها بعض الأعظم كالسيد الخوئي رحمه الله^(٢). ولعله لكونها متوقفة على الإمضاء، وليس دليله إلا ما ذكر، فتدبر.

(١) وسائل الشريعة ١٩/ ١١٩، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، الرقم: ١.

(٢) مصباح الفقاهة ٣/ ١٣٠.

الإتلاف هو الصحيح، وذلك إن كان المالك جاهلاً بفساد البيع.
هذا كله في المنافع المستوفاة.

حكم المنافع الفائتة بغير استيفاء

قال الشيخ:

وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء، فالمشهور فيها أيضاً الضمان... ولعله لكون
المنافع أموالاً في يد من بيده العين، فهي مقبوضة في يده... مضافاً إلى أنه مقتضى
احترام مال المسلم....
أقول:

لو استأجر الدار مثلاً بعقد فاسد ولم يسكنها مدةً، فهل يضمن مثل
أجرة تلك المدة؟ ذكر الشيخ خمسة أقوال:
الأول: الضمان مطلقاً، وكأنه للمشهور.
والثاني: عدم الضمان مطلقاً، وهو لفخر المحققين^(١).

والثالث: الضمان في صورة الجهل وعدمه في صورة العلم، كما عن
بعض شروح الشرائع^(٢).

والرابع: التوقف في صورة العلم بالفساد والضمان في صورة الجهل،
كما استظهره جامع المقاصد والسيد العميد^(٣) من عبارة القواعد^(٤).

(١) ايضاح الفوائد ٢ / ١٩٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣ / ٢٠٦.

(٣) جامع المقاصد ٦ / ٣٢٤ - ٣٢٥، كنز الفوائد ١ / ٦٧٦.

(٤) قواعد الأحكام ١ / ٢٠٨.

والخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس والتنقيح والمسالك...^(١).
والشيخ قال أولاً: التوقّف أقرب إلى الإنصاف، ثم قال في آخر كلامه:
القول بالضمان لا يخلو عن قوّة....

أدلة الضمان

استدل للمشهور:

أولاً: بقاعدة اليد، وحاصله: إن المنافع أموالاً، وهي مقبوضة في يد من بيده العين بتبعها، قال: ولذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل في ضمان المستأجر.

قال: ويتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجمول خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجمول سكنها ثمناً.

فاليد على المنفعة تتحقّق باليد على العين.

فالضمان ثابت فيها بقاعدة اليد.

وثانياً: بقاعدة احترام مال المسلم، المستفادة من النصوص المذكور بعضها في البحوث السابقة، كقوله صَلَّى الله عليه وآله:

«فإن دمائكم وأموالكم حرام...»^(٢).

وقوله صَلَّى الله عليه وآله:

«يا أباذر، سباب المسلم فسوق وقتاله كفر... وحرمة ماله

(١) المسالك ٣/ ١٥٤، الدروس ٣/ ١٩٤، التنقيح الرائع ٢/ ٣٢.

(٢) بحار الأنوار ٢١/ ٤٠٥.

كحرمة دمه»^(١).

وقوله صَلَّى الله عليه وآله:

«... وحرمة ماله كحرمة دمه»^(٢).

قال الشيخ في الجواب:

ولكن يشكل الحكم -بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة- بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان، إلا أن يندرج في عموم على اليد.... أقول:

حاصله -بعد الإشكال في صدق عنوان المال حقيقةً على المنفعة -الإشكال في اندراج المنافع غير المستوفاة في عموم قاعدة اليد، من جهة عدم شمول عنوان «الأخذ» للمنافع، قال:

وحصولها في اليد بقبض العين، لا يوجب صدق الأخذ، ودعوى: أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان، مشكلة.

فهو لا يوافق على جريان القاعدة هنا، لأنَّ «الأخذ» إنما يصدق مع الشيء الموجود في الخارج، وأما منفعة الدار -مثلاً- التي هي عبارة عن حيثة قابليتها للسكنى، فأمر معنوي، والسكنى من الأعراض القائمة بالسكان ولا ربط لها بالدار، وكذا الركوب، فإنه من أعراض الراكب ولا ربط له بالدابة المقبوضة في يد المشتري لها.

(١) وسائل الشريعة ١٢ / ٢٨١، باب تحريم اغتياص المؤمن ولو كان صدقاً، الرَّمَق: ٩.

(٢) نفس المصدر.

وأجاب عن الدليل الثاني قائلاً:

وأما احترام مال المسلم، فإنما يقتضي عدم حلّ التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنما يتحقق ذلك في الإستيفاء.

أي: فكما لا يجوز إتلاف دم المسلم، كذلك لا يجوز إتلاف ماله، ولا ربط لهذه القاعدة بالمنافع غير المستوفاة.

وأما الاستشهاد لقول المشهور بأن إقباض المنفعة بإقباض العين، ولذا يتحقق قبض المنفعة بقبض العين المستأجرة، فتقريب جواب الشيخ عنه: أن الإجارة قد تعلّقت هناك بالعين بمالها من قابلية الانتفاع، ولذا يقال آجرتك الدار ولا يقال آجرتك المنفعة، فالإقباض واقع بما وقع عليه العقد، وهو العين بمالها من حيثية قابلية الانتفاع.

والحاصل: إن تلك الموارد لا تشهد بوقوع المنافع تحت اليد.

أقول:

ولكنّ التحقيق:

أما في قاعدة اليد، فالإشكال ليس من جهة «اليد» و«ما» و«الأخذ»، فإن ذلك كلّه يشمل المنافع، بل الإشكال الوارد من جهة الغاية، لأن قوله «حتى تؤدي» بمعنى: حتى ترجع، وهو صادق في الأعيان الخارجية دون المنافع، فالحديث غير شامل لها من هذه الناحية.

وأما في قاعدة الإحترام، فما ذكره وإن كان متيناً إلا أنه لم يتضح أن يكون ذلك هو المراد، إذ لا يبعد أن يكون المراد من «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» أن العقاب الشديد المترتب على قتله بغير حق، يترتب كذلك على

إتلاف ماله، لأن عليه إن أتلف دفع البدل، أو أنه لكونه دم المسلم أو ماله محترماً، فالرواية ناظرة إلى حيثية المساواة بين ماله ودمه في ترتب العقاب، لا إلى وجوب دفع البدل إن أتلف.

وعلى الجملة، فالقاعدة غير دالة على فتوى المشهور.

ثم إن الميرزا الاستاذ قدس سره استدل للضمان هنا بقاعدة الإتلاف، بأن المشتري وإن لم يستوف المنافع فقد أتلفها على البائع، بإطلاق القاعدة يشمل ما نحن فيه.

وفيه:

أولاً: إن «الإتلاف» هو إعدام الشيء الموجود، فلا يصدق على مورد البحث، نعم، المشتري قد منع البائع من الانتفاع، وهذه معصية بلا إشكال ولكنه غير الضمان.

وثانياً: إن عبارة «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» ليست بلفظ صادر عن المعصوم، وإنما هي قاعدة متخذة من الحكم بالضمان في موارد معينة، فالتعدي عن تلك الموارد ودعوى الاطلاق في القاعدة غير صحيح [١].

[١] فذكر طاب ثراه ثلاثة وجوه وأجاب عنها، وهي:

١- قاعدة اليد.

٢- قاعدة الاحترام.

٣- قاعدة الإتلاف.

وبقيت وجوه لم يتعرض لها:

الأول: قاعدة لا ضرر، إذ أن الحكم بعدم ضمان القابض المنافع الفاتئة لما قبضه من الأعيان ضرر على المالك.

فأشكل عليه المحقق الخوئي بوجهين، أحدهما: أن الحكم بضمان القابض ضرر عليه، فتقع المعارضة في شمول القاعدة لكلا الطرفين. والثاني: إن القاعدة المذكورة إنما تنفي الأحكام الضرورية، ولا دلالة فيها على إثبات حكم آخر يلزم الضرر من عدم جعله^(١).

وقد قرّب المحقق الرشتي الاستدلال بقاعدة لا ضرر بوجه آخر فقال على ما نقله عنه بعض مشايخنا دام بقاءه في بحثه: إن الأحكام الشرعية منها وجودية ومنها عدمية، وكلّ منهما منه تأسيسيّ ومنها إمضائي، وما دلّ على البراءة الأصلية جاء امضاءً للارتكاز العقلاني، فكانت أصالة البراءة من الأحكام الشرعية العدمية، فالمجموع في مورد حديث الرفع عند الشك في اشتغال الذمة هو الحكم بالعدم والبراءة، وعليه، فإن مقتضى الأصل عدم ضمان المشتري للمنافع الفاتئة على المالك، لكنّه حكم ضرري بالنسبة للمالك ومقتضى قاعدة لا ضرر رفعه، فيثبت الضمان.

ثم أورد على نفسه: بأن قاعدة نفي الضرر لا تجري لذهاب المشهور إلى عدم الضمان في موارد ضرورية، كمسألة ما لو حبس الدابة فمات ولدها، أو حبس الحرّ الكسوب، وأمثالهما، فإن كثرة التخصيص في القاعدة موجب لسقوطها عن الاستدلال بها في المقام.

(١) مصباح الفقاهة ٣/ ١٤٢.

فأجاب: بأن ذلك يوجب التوقف عن الأخذ بها إلا في المورد الذي عمل بها المشهور، وما نحن فيه من ذلك، فكانت دليلاً على ثبوت الضمان فيه.

لكن الاشكال العمدة هو ما تقدّم من أن قاعدة لا ضرر نافية للأحكام الضرورية ولا تصلح لإثبات الحكم.

وأما الاستناد إلى عمل المشهور برواية فإنما هو في مورد تحقّق الظهور للفظ الرواية بعملهم بها، وليس المورد من هذا القبيل كما هو واضح.

والثاني: قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه»^(١).

وفيه ما تقدّم من السيّد الجدّ طاب ثراه في معناه.

والثالث: الإجماع. قال الشيخ في آخر كلامه:

قد عرفت أن التوقف أقرب إلى الإتيان، إلا أن المحكي من التذكرة ما لفظه: إن منافع الأموال من المبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جاريةً أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً أو مملوكاً، ضمن منفعه، سواء أتلّفها بأن استعملها أو فانت تحت يده، بأن بقيت في يده مدةً ولا يستعملها، عند علمائنا أجمع^(٢)....

وأظهر منه ما في السرائر - في آخر باب الإجارة - من الاتفاق أيضاً على ضمان

(١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٦، الباب ١ من كتاب الغصب، الرقم: ٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٣٨١ الطبعة القديمة.

منافع المنصوب الفائتة، مع قوله في باب البيع: إنَّ الفاسد عند أمحابتنا بمنزلة للشيء المنصوب إلا في ارتفاع الإثم عن إمساكه^(١).

وعلى هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة....

وقد وقع الكلام في استدلال الشيخ بالإجماع في هذا المقام، فقال السيد: الإنصاف أنه لا وجه للقول بالضمان من جهة هذين الإجماعين المنقولين بعد عدم حجية الإجماع المنقول وعدم معلومية الشمول للمقام^(٢).

فأجاب المحقق النائيني بأن اختياره الضمان أخيراً ليس لاعتماده على الإجماع المنقول مع أنه منكر لحجيته في الأصول، بل اعتمد على نقل الإجماع من جهة كشف اتفاق الأعلام على شمول قاعدة اليد والاحترام للمنافع^(٣).

فتعجب تلميذه المحقق من هذا الكلام بأن الشيخ قد ناقش في كلتا القاعدتين صريحاً في صدر كلامه وحكم بعدم إمكان التمسك بهما هنا، ومعه كيف يعتمد عليهما في ذيل كلامه^(٤).

لكن بعض مشايخنا دام بقاءه قرَّب كلام الميرزا رحمه الله بأنَّ الشيخ بعد أن اشكل في الاستدلال بحديث «على اليد» من جهة أنَّ «الأخذ» لا يصدق على المنافع ثم قال: «ودعوى أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة» لم

(١) السرائر ٢/ ٤٧٩ و ٣٢٦.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٤٦٧.

(٣) منية الطالب ١/ ١٣٤.

(٤) مصباح الفقاهة ٣/ ١٤٤.

أقول:

قد يمكن الاستدلال للضمان بقاعدة الحيلولة، فإنها تجري تارةً: في الحيلولة بين المالك وملكه، وأخرى: في الحيلولة دون انتفاعه بملكه، وثالثة: بين العين وماليتها، ورابعة: بين العين وإضافتها إلى المالك.

ولنذكر نصوص بعض الروايات:

عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه. فقال:

إن ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرته، فقال: يقوم قيمةً فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، وإنما جعل ذلك عليه لما أفسده»^(١).

يبطل الاستدلال بالقاعدة، وإنما قال بأن الدعوى المذكورة «مشكلة» ثم أراد رفع الاشكال في الدعوى عن طريق الإجماع، بأن يجعل شاهداً للدعوى بحيث يتم به ظهور لفظ الحديث. وعلى الجملة، فإنه لم يعتمد على الإجماع المنقول ليقال بأنه خلاف ما قرره في الأصول، وإنما اتخذه متمماً لإحراز ظهور «الأخذ» في «الاستيلاء» وأن هذا الاستعمال متعارف بين أهل اللسان.

لكن لو فرض إرادة الشيخ هذا المعنى للقول بالضمان، فإنه غير جازم بذلك وإنما قال: «لا يخلو عن قوة» هذا أولاً. وثانياً: لو سلمنا ذلك كله، فإن الاشكال في الاستدلال ليس من جهة عدم صدق «الأخذ» بل من جهة عدم صدق «حتى تؤدي» كما ذكر السيد الجدل طاب ثراه.

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٦، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرقم: ١.

وعنه عن أبي عبد الله عليه السلام: «في جارية كانت بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبه. قال: إن كان موسراً كُلف أن يضمن، فإن كان معسراً خدمت بالحصص»^(١).

دلت على أن إعدام مالية الشيء موجب للضمان.

وعن سماعة قال: «سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه. فقال: هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه لأنه أفسده على أصحابه»^(٢).

وهذه صريحة في المقصود.

وعن سدير عن أبي جعفر عليه السلام: «في الرجل يأتي البهيمة. قال: يجلد دون الحد ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها، لأنه أفسدها عليه، وتذبح وتحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه، وإن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها وجلد دون الحد...»^(٣).

دلت على الضمان بسقوط الحيوان عن المالية، أو بسقوط إضافتها إلى صاحبها.

وعن أحدهما قال: «في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضي على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا، وإن لم يكن قضي طرحت شهادتهم ولم يغرموا الشهود شيئاً»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٨، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرّقم: ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٨، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرّقم: ٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٥٨، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم، الرّقم: ٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٢٦، الباب ١٠ من أبواب كتاب الشهادات، الرّقم: ١.

دلّت على الضمان لكونهم السبب في انقطاع إضافة المال إلى ماله.
فنحن نستفيد من هذه النصوص أن إسقاط المال عن المالّة أو التسبّب إلى انقطاع إضافته إلى ماله، موجب للضمان، وما نحن فيه كذلك، أللهم إلا أن يكون المالك عالماً بالفساد، فلا ضمان حينئذٍ.

أدلة عدم الضمان

قال الشيخ:

فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح، أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر، موافق للأصل السليم. مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده له... مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة...^(١) وكذا صحيحة محمد بن قيس...^(٢). أقول:

أما الأصل، فواضح.

وأما الاستدلال بقاعدة ما لا يضمن... فكان الشيخ أيضاً لا يرتضيه، ضرورة أن القاعدة إنما يستدل بها في وقوع عقدٍ من العقود على شيء، فإن كان العقد ممّا لا يضمن بصحيحه ففساده كذلك، والمنافع لا يقع عليها العقد، فلا وجه للاستدلال بالقاعدة في موردها أصلاً.

(١) وسائل الشريعة ٢١/٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبد والإماء، الرّقم: ٥.

(٢) نفس المصدر، الرّقم: ١.

المختار في المقام

فتلخص مما ذكرنا:

أن الاستدلال بقاعدة الائتلاف لضمان المنافع غير المستوفاة لا يتم، لأنها موجودة بالقوة وغير متلفة، وانتفاع المالك غير متحقق حتى يتلف، فهو سالبة بانتفاع الموضوع.

نعم، الذي تحقق إتلافه هو مالية المنفعة، فللبائع بدل الحيلولة بالنسبة إلى تلك المدة التي حال المشتري دون مالية المنفعة فيها، فيضمن بدل مالية الشهر أو الشهرين والسنة أو الستين.

ولا يقال: إن المنفعة موجودة بالقوة، وهي عبارة عن حيثة قابلية العين للانتفاع بها، وهي حقيقة واحدة بسيطة، فكيف تضاف إلى الشهر والشهرين وهكذا؟

لأنها وإن كانت حقيقة واحدة بسيطة إلا أنها تتكرر بالإضافات، فيقال: منفعة يوم، أو شهر، أو سنة، وهكذا، فكل أمر بسيط يتخصص ويتكرر بتكرر الإضافات، نظير النور، فيقال نور الغرفة ونور الشارع وهكذا، وهذا ما يعبر عنه اصطلاحاً بالوحدة في الكثرة، حيث أنه واحد بالحقيقة وكثير بالعرض.

فظهر أن الصحيح ثبوت ضمان الإئتلاف للمالية في الزمان المعين، لكن على تفصيل، وذلك:

لأن المتعاملين إما عالمان بفساد العقد أو جاهلان به أو البائع عالم والمشتري جاهل أو بالعكس.

أما إن كانا عالمين أو كان البائع عالماً، فلا شبهة في عدم الضمان، لأن المفروض تسليم البائع ملكه للمشتري مع علمه بالفساد، فيكون إتلاف المالئة مستنداً إليه، سواء كان تسليمه من باب التشريع أو عدم المبالاة بالحكم الشرعي وهو فساد العقد.

وإن كانا جاهلين بالفساد ويعتقدان صحة العقد، فالإتلاف مستند إلى كليهما على حد سواء، غير أنه بالنسبة إلى البائع بالتسبب وبالنسبة إلى المشتري بالمباشرة، وحينئذ يشك في ضمان المشتري والأصل العدم.

وإن كان البائع جاهلاً بالفساد والمشتري عالماً به، فكالصورة الثالثة، حتى لو كان تسليم البائع عن خطأ لا عن اعتقاد بصحة العقد، لأن نسبة الإتلاف إلى كليهما واحدة على كل تقدير.

فما ذهب إليه المحقق الثاني من عدم الضمان مطلقاً هو المتعين من بين الأقوال بحسب القواعد.

ويؤيده ما في صحيحة أبي ولاد الآتية، إذ أن الإمام عليه السلام لم يحكم عليه إلا بضمان الأجرة من الكوفة إلى النيل ومنها إلى بغداد ومنها إلى الكوفة، مع أنه قد فوت على المالك منافع كثيرة في تلك المدة كما لا يخفى [١].

[١] وبقي الكلام في الأخبار. قال الشيخ:

مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة، الساكنة من ضمان غيرها في مقام البيان، وكذا صحيحة محمد بن فيس الواردة في من باع وليدة أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها

وسكتت عن المنافع الفائتة. فإن عدم الضمان في هذه الموارد -مع كون العين لغير البائع- يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى.
أقول:

والحاصل: إن هذه الأخبار تدلّ على عدم الضمان بالإطلاق المقامي، والأوضح دلالة منهما هو الأول لأنه عليه السلام قال فيه: «ويعوّضه بما انتفع» وسكت عما لم ينتفع، لكن الإشكال فيه -بعد إعراض الأصحاب عن هذه الأخبار، إذ قالوا بثبوت الضمان في المقام - عدم تمامية سنده، فأبو عبد الله الفراء لا توثيق له.

السادس*

فيما لو كان القالف مثلياً

قال الشيخ:

إذا تلف المبيع، فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف. إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي.

وقد اختلفت كلمات أصحابنا في تعريف المثلي....

أقول:

إذا تلف المبيع في يد المشتري فالحكم هو الضمان على ما تقدم، والكلام الآن في البدل. يقول الشيخ إنه إن كان مثلياً وجب مثله وإن كان قيمياً وجبت قيمته.

فيقع البحث في جهات:

الاولى: في تعريف المثلي والقيمي، والأقوال في ذلك.

والجهة الثانية: لو اختلف الحال باختلاف الأزمنة والأمكنة، بأن كان مثلياً في مكان أو زمانٍ قيمياً في آخر، فما هو الحكم؟

والجهة الثالثة: لو وقع الشك في شيء بنحو الشبهة الموضوعية أنه مثلي أو قيمي، فما هو مقتضى القاعدة، الاشتغال أو البراءة عن الزائد أو التخيير؟

(*) وهو الرابع في كتاب المكاسب.

والجهة الرابعة: هل الإجماعات المدّعاة في المسألة قائمة على الشبهات الحكمية حتى تكون مؤثرة بناءً على حجّيتها أو على الشبهات الموضوعية، والاجماع فيها بلا أثر؟
قال الشيخ: إن كان مثلياً وجب مثله، بلا خلاف إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي.

وهذه عبارة الإسكافي كما حكاها صاحب الجواهر^(١):

إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضي صاحبه....

ويحتمل أن يكون نظره إلى أن الشيء مركّب من العينيّة والماليّة، فإذا زالت العينيّة بقيت القيميّة، فيكون المتلف ضامناً للقيمة، ولا يكون ضامناً للمثل لكونه وجوداً آخر مغايراً للتالف، نظير ما في قاعدة اليد من وجوب أداء ما أخذ، فلو تلف وجب عليه دفع مالية التالف، وأمّا الفرد الآخر منه فلم يكن مأخوذاً.

لا تعرّض في نصوص الضمان المثل

وقبل ورود في الجهات نقول:

إن الموجود في النصوص هو «الضمان» بألفاظه المختلفة، ولم نجد في شيء منها تعرّضاً للمثل، وإنّما يوجد التعرّض للقيمة في صحيحة أبي ولّاد وموارد قليلة، وهذه طائفة من نصوص الضمان:

محمّد بن عليّ بن الحسين قال: قال عليه السّلام: «إذا استعيرت عارية

(١) جواهر الكلام ٨٥/٣٧.

بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن»^(١).

عن محمد بن الحسن قال: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام، رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقَّع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله»^(٢).

عن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل تكرى دابة إلى مكان معلوم فنفتت الدابة؟ قال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن، وإن دخل وأدياً لم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن لأنه لم يستوثق منها»^(٣).

عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «رفع إليه رجل استأجر رجلاً يصلح بابيه، فضرب المسمار فانصدع الباب، فضمنه أمير المؤمنين عليه السلام»^(٤).

عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام نحو ما تقدّم عنه، وزاد هنا: «وأما رجل تكرى دابة فأخذتها الذئبة فشقت كرشها فنفتت، فهو ضامن، إلا أن يكون مسلماً عدلاً»^(٥).

فمادة الضمان واردة في نصوص كثيرة، وهي ملقاة إلى العرف، الذي

(١) وسائل الشريعة ١٩ / ٩٧، الباب ٤ من أبواب الوديعة، الرقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٩ / ٨١، الباب ٥ من أبواب الوديعة، الرقم: ١.

(٣) وسائل الشريعة ١٩ / ١٢١، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، الرقم: ٣.

(٤) وسائل الشريعة ١٩ / ١٤٤، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الرقم: ٩.

(٥) وسائل الشريعة ١٩ / ١٥٦، الباب ٣٢ من أبواب الإجارة، الرقم: ٣.

هو المرجع في استظهار مفاهيم الألفاظ وتعيين معانيها، فتشخيص ما يجب على الضامن دفعه بدلاً عن التالف مثلاً أو قيمةً موكول إلى نظر العرف.

تعريف المثلي

قال الشيخ:

فالشَّيْخ... بل المشهور على ما حكى: إنه ما تساوت أجزاؤه من حيث القيمة و... قد عُرِفَ المثلي بتعاريف أخر أعم من التعريف المتقدم أو أخص.... أقول:

قد اختلفت كلماتهم في تعريف المثلي، ولكنها - كما قال المحقق الخراساني^(١) - ليست بتعاريف حقيقية حتى تنتقض طرداً أو عكساً، بل هي بيان للمفهوم العرفي.

فالمشهور - على ما حكى - إنه ما تساوت أجزاؤه من حيث القيمة. وقيل: ما تساوت قيمة أجزائه، كالحبوب والأدهان والتمور والأقطان....

وقيل: ما لو امتزج مالان من شخصين، كانا مشتركين بالتساوي.

وقيل: ما تناسبت أجزاؤه وتقاربت صفاته.

وقيل: هو المتساوي من حيث الأجزاء والمنفعة والمقارنة صفاته.

وقيل: ما يباع بالكيل والوزن.

ثم بيّن الشيخ المراد من «الأجزاء» و«التساوي» في تعريف

(١) حاشية المكاسب: ٣٥.

المشهور قائلًا:

والمراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة. والمراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة... ومن هنا رجّح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيمًا. قال: إذ لو انفصل نقصت قيمته....

فالمراد من الأجزاء هو المصاديق، والمراد من التساوي: أن تكون قيمة نصف الكلّي نصف قيمته، فلو كان صبرةً من الحنطة وزنها عشرة أمانان بقيمة مائة درهم، فقيمة الخمسة منها خمسون درهماً.

وربما قيل: ما تساوت أجزاؤه، أي أبعاده، بمعنى أن تكون الأجزاء متساوية في القيمة مع حفظ جهة الاتصال بينهما، بأن تكون قيمة كل نصف من الأجزاء المتصلة معادلةً لقيمة النصف الآخر مع التحفظ على الهيئة الاتصالية بينهما، ومن هنا رجّح الشهيد الثاني كون المصوغ من الذهب والفضة قيمًا، قال: إذ لو انفصل نقصت قيمته^(١).

التحقيق في المقام

والذي يختلج بالبال في تعريف التالف المثلي أن يقال:
هو ما كان له مماثل في الغالب في جنسه ويتساوى معه في مالهته، فلو تساوى في المالهية ولم يجتمعا تحت جامع لم يكونا مثليين كما لو تساوت مالهية المنّ من الحنطة مع مالهية المنّ من اللحم. ولو كانا من جنس واحد وهما غير متساويين في المالهية، كالحنطة الجيدة والرديئة أو العقيق الكبير والصغير أو حنطة هذا البلد وذاك البلد، لم يكونا مثليين.

(١) مسالك الافهام ٢/ ٢٠٩ الطبعة القديمة.

فالمثلي هو: ماله مماثل يندرج معه تحت جامع قريب ويساويه في المائبة من جميع الجهات، بإضافة كلمة «من جميع الجهات» حتى يعم الخصوصيات المذكورة.

وربما يشكل بالاختلاف الأزمانى، كما لو أتلّف الحطب في الشتاء، فأراد دفع ما يساويه في الأجزاء والمائبة في الصيف، أو أتلّف الجليد في الصيف وأراد دفع ما يساويه في الشتاء، فلا بدّ من إضافة قيد آخر، فكان المختار عندنا في تعريف المثلي هو:

ما كان له في الغالب مماثل يندرج معه تحت جامع قريب ويساويه من جميع الجهات فعلاً.

هذا، وقد اختلفت كلماتهم في المصاديق تبعاً لاختلافهم في التعريف: قال الشيخ:

ويبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم، كالذهب والفضة غير المسكوكين... وكذا الحديد والنحاس....

أقول:

أما الحنطة والشعير من الغلات الأربع فمثليان، وأما التمر والزبيب فإن كان يابسين فكذلك، وإن كانا رطبين فقال بعضهم بكونهما قيمين، وكذا في الدرهم والدينار اختلفوا على قولين، وفي المعادن التي تصنع منها الأشياء من الظروف ونحوها، قال جماعة بكونها قيمة وفصل بعضهم بين الأصول فقال بأنها مثلية وبين المصوغ منها فقال هي قيمة.

والصحيح: إن الظروف المصنوعة في المعامل من المعادن وكذا الأدوات كالسكين والمقص ونحو ذلك، كلّها مثلية، بل كلّ شيء يصنع من

المواد بواسطة الآلات كالثياب وغيرها مثلي، ولا وجه لأن يكون قيمياً.

قال الشيخ:

والحاصل: إن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها، كثيرة، فلا بد من ملاحظة أن الأصل....

أقول:

إنه لما لم يكن المثلي مذكوراً في النصوص وكذا القيمي إلا قليلاً، ولم ينعقد الإجماع على المثلية في كثير من الموارد، فلا محالة يقع الشك وتصل التوبة إلى الأصل:

ف قيل: الأصل في الضمان المثل.

وقيل: الأصل في الضمان القيمة، وهو ظاهر ابن الجنييد، وقد قرّبناه سابقاً.

وقيل: يتخير المالك بين المثل والقيمة.

وقيل: يتخير الضامن.

وقيل غير ذلك.

وسياتي الكلام على الأقوال.

هذا، ومقتضى قاعدة اليد - بناءً على تماميتها - هو ضمان المثل، لأنه إن كان للشيء التالف مثل فأذاه فقد أدى ما أخذ، لأن أداء مثل الشيء بمنزلة أداء نفس الشيء وكأنه لم يتلف من المالك شيء، وعليه، فالأصل في الخروج عن العهدة إعطاء المثل.

والحاصل: إنه لا خلاف بينهم في أن المثلي يضمن بالمثل والقيمي

بالقيمة، فلو كانت هذه قاعدةً فقهيةً، لزم تعريف المثلي والقيمي، ولو أن اتفاقهم على كون الحنطة مثليةً والحيوان قيمياً كشف عن رأي المعصوم عليه السلام أو رواية معتبرة في مثلية هذا الشيء أو قيمة ذلك، كان الاهتمام بالتعريف أكد والدقة فيه ألزم.

ولكن لا كاشفية لمثل هذا الاتفاق عن رأي المعصوم أو النصّ المعتبر أو القاعدة الفقهية، فيكون أمر ضمان الأشياء من حيث المثلية والقيمة موكولاً إلى نظر العرف، وقد حاول الفقهاء التعريف وتعيين ما هو مثلي أو قيمي عرفاً، بلحاظ كونهم أجلاء أهل العرف، فما ثبت أنه عند العرف كذا فهو، وما شك فيه فالمرجع هو الأصل العملي.

هذا، وقد ذكرنا المختار عندنا في تعريف التالف المثلي، وأما كلي المثلي فتعريفه: هو ما يندرج تحته أفراد متماثلة متساوية الفائدة، والظاهر رجوع تعريف المشهور إلى هذا الذي ذكرناه، لأن المراد من قولنا «متماثلة» هو المماثلة بقولٍ مطلق، بمعنى أن لا يكون في أحدهما امتياز وخصوصية توجب فيه مزيد المرغوبة والمالية العقلانية بالنسبة إلى الآخر، بأن يكونا متماثلين في الصغر والكبر، والثقل والخفة، واللين والخشونة، والطعم واللون وهكذا... وأما الخصوصيات الشخصية فلا يعقل التماثل بين الشيئين فيها كما لا يخفى.

وإذا كان هذا هو المراد، فلا يرد عليه ما ربما يقال:

إنه إن كان المراد من «ما» الموصولة في: «ما تساوت أجزاؤه...» هو النوع، فمن الواضح أن أفراد النوع -وهي أصنافه- غير متساوية في القيمة، فالقول بأن المثلي هو النوع الذي تتساوى من حيث القيمة مخالف للواقع،

وإن كان المراد: هو الصَّنْف، فإن أُريد من «التساوي» التساوي الحقيقي، فإن الواقع في الخارج ليس كذلك، وإن أُريد التساوي التقريبي، فإنه موجود في كثير من القيمات، كالمقطعين من الأرض والفردين من الحيوان وهكذا.... أو يقال - وهو للمحقق الأردبيلي - ونقله الشيخ وهو:

«إنه إن أُريد التساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف، إذ ما من شيء إلا وأجزاؤه مختلفة في القيمة... وإن أُريد التساوي في الجملة، فهو في القيمي موجود أيضاً، مثل الأرض ونحوها»^(١).

أو يقال: بانتقاض ما ذكر بآنا قد نجد التساوي في القيمة في الحيوانات. وجه عدم الورد هو: أننا قلنا في التعريف «ما كان له مثل في المماثلة الغالبة». فالموارد النادرة خارجة. هذا أولاً.

وثانياً: قد اعتبرنا التماثل بقولٍ مطلقٍ كما تقدّم.

وثالثاً: مرادنا من «الجامع» هو العنوان الخاص وإن كان جامعاً انتزاعياً كما إذا كانت الحنطة ممّا تسقى سبيحاً مثلاً... بأن يدخل في الاعتبار كلّ خصوصية لها دخل في المالبية والمرغوبية، ولذا قلنا يندرج تحت عنوان، أي وإن كان انتزاعياً.

رأي المحقق النائيني

والميرزا الاستاذ يعتبر في المثلي أربعة امور:

أحدها: أن يكون مماثله موجوداً بكثرة، فلو لم يكن للشيء مماثل لم يكن للقول بأنه يضمن بمثله معنى، ولو كان عزيز الوجود ولا يمكن

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٥٢٣/١٠.

تحصيله إلا بأضعاف القيمة، لم يضمه لأنه ضرر منفي بالقاعدة.

والثاني: أن لا يكون مما يعرضه الفساد ليومه أو تتغير أوصافه بالهواء، فالعنب والرطب مثلاً يفسد في زمانٍ قليل، فلو اشترى عنباً جديداً بعقد فاسد فأتلفه، لم يجز إعطاء العنب الذي مرّت عليه أيام بدلاً عنه.

والثالث: أن يلزم التماثل في الصفات التساوي في القيمة.

والرابع: أن يكون بالخلقة الأولى الإلهية صورةً ومادةً، كالحنطة والشعير والحبوبات... فلا يكون من صنع الإنسان وإن كان أصله معدناً من المعادن، من غير فرقٍ بين أن يكون مصنوعاً باليد أو بالآلات الصناعية.

وعلى هذا، فكل ما كان للإنسان دخلٌ في صنعه فإنه يكون قيمياً لا مثلياً، إذ يمكن أن تكون مواده الأولى لشخصٍ والهيئة لشخصٍ آخر، كالحنطة تكون لزيد فيطحنها عمرو، أو القطن يكون لزيد فينسجه بكر، فلمن يدفع البديل حتى يخرج من العهدة؟^(١)

أقول:

قد وقع الخلط في كلامه بين الموضوع والحكم، لأنّ كلامنا الآن في معرفة «المثلي»، وأمّا حكم المثلي المشترك بين اثنين فخارج عن البحث. إن «المثلي» عبارة: عمّا يندرج مع مماثله تحت عنوانٍ واحدٍ وكانت المماثلة بقولٍ مطلق، أي في جميع الخصوصيات الدخيلة في الرغبة، فالتعريف يشمل الأشياء المصنوعة، أمّا إذا كانت مشتركةً - بأن كانت المادة لشخصٍ والهيئة لآخر - فذاك لا يخرج عن التعريف، بل يتعلّق بالحكم، وهو غير ما نحن فيه.

كما أنَّ ما ذكره أولاً من أنه يعتبر أن يكون الشيء كثير الوجود، فلو كان عزيزاً واستلزم أداؤه الضرر فهو قيمى وليس بمثلئى، ليس في محله، فإنَّ عِزَّة الوجود لا يخرجُه عن المثلئية، نعم، هل يجب عليه تحصيله بأيِّ ثمنٍ أولاً؟ فهذا حكمٌ آخر وليس الكلام فيه.

إذن، فالقيدان الأول والرابع، يتعلّقان بما هو خارج عن البحث، فلا يعتبران في تعريف المثلئى، وأمّا الثاني والثالث، فمذكوران في تعريفنا. والحاصل: إن المصنوعات اليدوية أو بالآلات، مثلئة، والدراهم والدنانير المسكوكات كذلك، والرطب والعنب مثليان لأنَّ أفراد كلٍّ منهما - حال كونها جديدةً سالمةً - تندرج تحت جامع واحد، وأمّا حال كونها رديئةً غير مرغوبٍ فيها، فلها جامع آخر.

في مقتضى الأصل إذا شك في المثلئية والقيمية

وبالجملة، فإنَّ الفقهاء لا يختلفون في أنَّ ضمان المثلئى بالمثل والقيمي بالقيمة، إنَّما الكلام في تطبيق هذا الكلئى على المصداق، فما تبين لنا كونه مثلياً أو قيمياً فهو، وما لم يتبين فالمرجع فيه القواعد والاصول، وفي ذلك احتمالات:

الأول: إنَّ الأصل في كلِّ تالفٍ شك في مثليته وقيميته هو الضمان بالمثل، لأنَّ الشيء المأخوذ يكون في عهدة الآخذ حتى يؤذيه، فإذا تعذر أداء الشيء وجب دفع ما يقاربه في الجهات الشخصية والمالية.

وبعبارة أخرى: إنَّ أداء الشيء الرافع لضمانه هو أداؤه بشخصه ونوعه وجنسه وماليته، فإذا تلف تعذر أداؤه بشخصه وأمّا سائر خصوصياته

فالمفروض هو القدرة على أدائها، وذلك يتحقق بدفع المثل، إلا إذا قام الإجماع في موردٍ على دفع القيمة.

والثاني: إذا شك في مثلية الشيء أو قيمته، فالأصل هو الضمان بالقيمة، لأن كل شيء فله حيثية العينية وحيثية المالية، فإذا امتنع أداء الشيء بعينه بقي على العهدة ماليته ومع دفع القيمة يخرج الضامن عن العهدة، إلا ما ثبت بالإجماع وجوب دفع مثله.

ويؤيده: ما جاء في النصوص من «يغرم قيمته»^(١) و«يغرم ثمنه»^(٢) ونحو ذلك، وعدم ورود الضمان بالمثل في شيء من النصوص.

والثالث: تخيير الضامن بدفع أيهما شاء.

والرابع: تخيير المالك بالزام الضامن بأيهما شاء.

والخامس: أن يحضر الضامن المثل والقيمة معاً عند المالك، فإذا خلى بينه وبينهما خرج عن العهدة، لكن ليس للمالك أخذ كليهما للعلم اجمالاً بأن أحدهما له والآخر للضامن، فهو لا يستحق إلا أحدهما، وليس «الأحد» المردد، ولا طريق للتعيين إلا القرعة.

والسادس: إذا تصالحا فهو، وألا يرجع الأمر إلى الحاكم، فيتحقق الصلح القهري بينهما.

والسابع: التنصيف، نظير درهم الودعي، فيأتي الضامن بالمثل والقيمة، ويأخذ المالك النصف من كل منهما.

(١) وسائل الشريعة ٩١/٢٩، باب أن من قتل مملوكه فلا قصاص عليه، الرقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ٩٦/٢٩، باب أن المملوك يقتل بالحر ولا يقتل الحر بالمملوك، الرقم: ٣ و ٥.

قال الشيخ:

ولا يبعد أن يقال إن الأصل هو تخيير الضامن... والأقوى: تخيير المالك من أول الأمر... نعم، يمكن أن يقال... التخيير في الأداء... ولكن يمكن أن يقال... هو الضمان بالمثل....

أقول:

قد اختلف كلامه قدس سره، كما هو المشاهد من عباراته، ونحن نبين وجوه الأقوال ونتكلم عليها:

القول بتخيير الضامن

أما القول بتخيير الضامن، فقد استدلل له بأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره.

وهذا الاستدلال على ظاهره غير صحيح، لعدم كون ما يختاره متيقن الوجود أو الثبوت حتى ينفي الزائد عليه بالأصل، فلا بد من أن يكون مراده هو: إن الضامن متيقن باشتغال ذمته بمالية التالف، ثم إذا شك في أنه -بالإضافة إلى ذلك- ضامن لخصوصية المثلية وخصوصية القيمة أولاً؟ فتكون الخصوصيةتان أمرين زائدين، فتجري فيهما البراءة، وحينئذ، يكون مخيراً في دفع أيهما شاء حتى يكون مؤدياً للمالية لعدم إمكان أداء المالية بوحدها.

فقال المحقق الخراساني: «لا يخفى أنه لو كان الضمان بالقيمة في القيمات مجرد إرفاق بحيث لو تمكن من مثل العين التالفة وما يشابهها بحسب الصفات فيها كان له دفعه ولا يتعين عليه قيمته، كان الأمر من باب

الدوران بين التخيير والتعيين، والأصل عدم الخروج عن العهدة إلا بالمعين، للشك في الخروج بدونه، فلا وجه للتخيير، ولو كان الضمان بها فيها على نحو التعيين، كان الأمر من باب الدوران بين المتباينين، ويتعين فيه الاحتياط لا التخيير...»^(١).

وتوضيح التباين هنا هو: إن القيمة عبارة عما يتقدر به مائة الشيء، فهي المالية المقيدة بكذا دينار أو درهم، والمثلية كذلك، فهي عبارة عن المائبة المقيدة بكونها مثل التالف، فيكون الأمر دائراً بين المتباينين، والمحكم أصالة الاحتياط لا التخيير.

لكن الميرزا الاستاذ قرب تخيير الضامن: بأنه وإن كان أمره مردداً بين المتباينين، لكن الاحتياط بدفع كليهما متعذر، لكونه معارضاً باحتياط المالك، لتردده بين استحقاق المثل أو القيمة، فلا يجوز له أخذ كليهما ولا أحدهما المعين لاحتمال أن لا يستحقه، والأحد المردد لا واقعية له ولا ماهية، فتنزل وظيفة الضامن من الموافقة القطعية إلى الاحتمالية، وهذا هو التخيير^(٢).

ويندفع: بأنه لو كان الأداء الراجع للضمان هو الإعطاء والأخذ من المالك، كان لما أفاده وجه، لكن الأداء في الحديث عبارة عن الإقباض، وهو يتحقق بالتخلية بين المال وبين المالك، وإذا فعل ذلك وقال له: إن أحدهما لك والآخر لي، فقد أدى وظيفته وتحقق الغاية في الحديث، لكن ليس

(١) حاشية المكاسب: ٣٥.

(٢) وراجع: منية الطالب ١/ ١٣٧.

للمالك أن يأخذ كليهما معاً، أو أحدهما على ما ذكر، فإن تصالحا فهو، وإلا فالقرعة أو الرجوع إلى الحاكم أو التنصيف، فلا موضوع في المقام للمعارضة.

وأما ما يذكره الفقهاء من عدم تمشي الإحتياط في الأموال بأن يدفع المثل والقيمة معاً، للتعارض بينه وبين قاعدة لا ضرر، ففيه:

أولاً: قد تقرّر في الأصول أن مجرى قاعدة نفي الضرر هو الأحكام الشرعية، ووجوب تحصيل العلم بفراغ الذمة حكم عقلي، والقاعدة لا ترفع الأحكام العقلية.

وثانياً: إن مقتضى الإحتياط هو التخلية بين المالك وبين المثل والقيمة على الترتيب الذي ذكرناه، نعم، لو كان الواجب هو تمليكهما إياه لكان لتوهم المعارضة المزبورة مجال.

فالقول بتخيير الضامن مردود مطلقاً.

وأما ما ذكره المحقق الخراساني من أن المورد من دوران الأمر بين التعيين والتخيير، والأصل فيه هو التعيين، فعليه دفع المثل معيئاً، فنذكر قبل النظر فيه فائدة أصولية هي:

إن دوران الأمر بين التعيين والتخيير على خمسة أقسام:

١- أن يدور أمر تحصيل الشيء وامتناله بين التعيين والتخيير، كما لو أمر بحفظ الأمانة، ولا يدري هل يتحقق الامتنال بوضعها في أي مكان في الدار أو في الصندوق؟ ولا شبهة في أن الأصل هنا التعيين، لأن الإشتغال اليقيني يقتضي البراءة اليقينية.

٢- أن يعلم بوجود شيء، ولا يدري هل الواجب عليه هو الشيء معيّن أو أحد الشيء مخيراً منهما؟ مثلاً: إذا علم بعد رمي الجمرة يوم العيد بوجود شيء عليه بعد الرمي، ولكن هل هو خصوص الحلق أو أحد الأمرين من الحلق والتقصير؟

٣- أن يؤمر بشيء ولا يدري هل له عدل أو لا، كما لو علم بوجود إطعام ستين مسكيناً وجهل هل عتق الرقبة عدل فيكون مخيراً بينهما؟ أو يؤمر بشيء ولا يدري هل الواجب عليه هو الشيء بخصوصه أو الجامع بينه وبين الشيء الآخر؟

٤- أن يخاطب بواجبين ويقع الشك بين أن العطف بينهما كان بالواو حتى يجب عليه كلاهما على وجه التعيين، أو بأو حتى يكون الواجب أحدهما على نحو التخيير.

٥- أن يكون حكمان تعيينيّان ولا يقدر على امتثالهما معاً، فيقع التزام بينهما، وهو يحتمل أهمية أحدهما من الآخر، فإن كانا متساويين فالتخيير، وإن كان أحدهما أهم فالتعيين.

وبعبارة أخرى:

تارة: يدور الأمر بين التعيين والتخيير العقليين في مقام الامتثال والخروج عن العهدة بعد العلم بالتكليف، كما لو أمر بإزالة النجاسة وشك في الامتثال بالغسل مرةً أو مرتين، فهنا يجب عليه الإتيان بما يحتمل كونه دخيلاً في تحقق الامتثال، فلا يكتفي بالمرة في المثال أو وضع الوديعة في أي مكان في البيت كما في المثال السابق، بل الأصل هو التعيين.

واخرى: يدور الأمر بين التعيين الشرعي والتخير العقلي، كأن يعلم بأن الواجب عليه في الركوع إما التسبيح معيَّناً وإما مطلق الذكر والتسبيح من مصاديقه فيكون مخيراً عقلاً بينه وبين غيره. فهنا: يوجد القدر المتيقن وهو الأقل، أي: مطلق الذكر، وأما الأكثر أي: الخصوصية، فمشكوك فيها، والأصل براءة ذمته عن الأكثر، وكذا في مثال الواجب بعد الرمي المذكور سابقاً.

وثالثة: يدور الأمر بين التعيين والتخير الشرعيين، وهذا على ثلاثة أقسام: لأنه قد يكون في الشبهة الموضوعية، وقد يكون في الشبهة الحكمية، وقد يكون في الحكمين المتزاحمين مع احتمال الأهمية.

أما الشبهة الموضوعية، كما لو علم بأن المعصية الكذائية موجبة للكفارة وجعل يكون كفارتها هي عتق الرقبة معيَّناً أو أنه مخير بين العتق والإطعام مثلاً؟

وأما الشبهة الحكمية، كما لو أوجب أمرين كالعتق والإطعام وتردّد إيجابهما بين كونه بواو الجمع فهما واجبان، أو بأمر فهو مخير بينهما، ومثل ما إذا وجب عليه شيء كالصلاة مع السورة وجعل هل لها عدل وهو الصلاة بلا سورة أو لا؟

وأما الحكمان التَّعْيِينِيَّان المتزاحمان، كما لو قال: إِفْعَلْ هذا، ثم قال: إِفْعَلْ هذا، وكلّ من الأمرين مطلق، أي سواء فعلت ذاك أو لا، لكنّه غير قادر على امتثال كليهما، فلا بدّ من رفع اليد عن الإطلاق، فإن كانا متساويين في الملاك، رفع اليد عن إطلاقهما والنتيجة هي التخير، وإن كان ملاك أحدهما أهم من الآخر، قدّم على الآخر وسقط إطلاقه، ومع الشك فمقتضى الأصل تعيين

محتمل الأهمية، لعدم العلم بسقوط إطلاقه والعلم بسقوط إطلاق الآخر.

وأما في القسمين السابقين، فعلى المبنى في الواجب التخييري:

فإن قلنا: بأن الجامع بين الفردين هو الواجب، رجع الشك إلى وجوب الخصوصية بعد كون الواجب هو الجامع، وتجري البراءة عنها، والنتيجة هي التخيير.

وإن قلنا: بأن هناك واجبين، فيجب كلُّ منهما عند عدم القيام بالآخر - وكأنه قال: إفعل هذا إن لم تفعل ذاك، وإفعل هذا إن لم تفعل ذاك، فهما واجبان مشروطان - فالنتيجة هي التخيير كذلك، لأنه إذا أتى بأحدهما وشك في وجوب الآخر، كان من الشك في أصل التكليف وهو مجرى البراءة.

وإن قلنا: إن هناك واجبين ولكلُّ منهما مصلحة تامة، ولكن هناك مصلحة أخرى هي السبب في جواز ترك كلِّ منهما إلى البدل، فهي مزاحمة للجمع بين مصلحتي الواجبين، فلا مناص من أصالة التعيين، لأنه متيقن بوجوب الفرد ويشك في وجود المصلحة المزاحمة الموجبة لجواز تركه، والأصل عدمها.

وبعد الفراغ عن هذه المقدمة نقول:

إن دوران الأمر بين المثلي والقيمي، سواء كان بنحو الشبهة الموضوعية أو الحكمية، يرجع إلى تعيين المثل أو الجامع بينه وبين القيمة، والأصل البراءة عن التعيين، والنتيجة هي التخيير.

وبهذا ظهر سقوط إشكال المحقق المذكور، وأن هذا هو الوجه الصحيح للقول بالتخيير. والعلم عند الله.

والتحقيق: أنه لا يمكن القول بتخيير الضامن، أما من جهة أصالة البراءة عما زاد مع تقريبنا لذلك، فلأنه يرد عليه: أن القيمة - على ما في كتب اللغة^(١) - ما يعادل المتاع، أو الثمن الذي يقاوم المتاع، أي يقوم مقامه، وفي القاموس^(٢): قَوِّمَتِ الشَّيْءُ أَي ثَمَّنْتَهُ، فالمراد من «القيمة» هو «الثمن» لا «المال» المطلقة، وعليه، يدور الأمر بين اشتغال ذمة الضامن بخصوص المثل أو الثمن وهو عبارة عن الدرهم والدينار، فهو يدور بين المتباينين، فلا مجال للتمسك بالبراءة.

وأما من جهة ما ذكره شيخنا الميرزا من التعارض بين احتياط الضامن واحتياط المالك، وإذا لا طريق لتحصيل الموافقة القطعية فيتنزل إلى الموافقة الاحتمالية وهي تحصل بإعطاء أيّ منهما، فالجواب عنه: إن الموافقة القطعية تحصل بإحضار الفردين عند المالك والتخليّة بينه وبينهما، أما أنه لا يجوز شرعاً للمالك أخذهما أو أحدهما المعين، فلا يكون مانعاً عن حصول البراءة للضامن. وبعبارة أخرى: عدم تمكّن المالك من التصرف شرعاً لا ربط له بتكليف الضامن، فإنه بإحضارهما متيقّن بفراغ ذمته. وبالجملة، فالقول بتخيير الضامن ساقط.

القول بتخيير المالك

وأما القول بتخيير المالك، فقد قال الشيخ:
فإن فرض إجماع على خلافه، فالأصل تخيير المالك... والأقوى تخيير

(١) مجمع البحرين ٣ / ٥٧٠.

(٢) القاموس المحيط ٤ / ١٦٨.

المالك من أوّل الأمر لأصالة الإشتغال، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو عن منع.
أقول:

أمّا الإجماع، فإن كان المراد عدم قيام الإجماع على تخيير الضامن واقعاً، فهذا صحيح، إذ لا يقول أحدٌ بأنّ الحكم الواقعي للضامن هو التخيير، إنما الكلام في مقتضى الأصل العملي، ولا ربط للبحث بالإجماع، على أنه لو فرض، فليس بالإجماع الكاشف.

وبالجملة، فإننا نعلم بأنّ الحكم الواقعي ليس هو التخيير، ولا أثر لدعوى الإجماع، مع أنه ليس بالإجماع الحجّة.

وأما أن الأصل عدم براءة ذمّة الضامن إلّا بما يرضى به المالك.

ففيه: إنّ براءة ذمّته تحصل بإحضار المثل والقيمة عند المالك، فليس طريق تحصيلها منحصراً بتخييره، فالصحيح أن يقال: الأصل عدم براءة ذمّة الضامن إلّا بدفع ما يستحقّه المالك، وهو يحصل بإحضار القيمة والمثل لديه.

وأما التمسك بقاعدة اليد، بتقريب: إن العين وإن تلفت خارجاً لكنّها ثابتة على ذمّة الضامن اعتباراً، فذمّته مشغولة بها، فلو دفع أحد الأمرين - من المثل والقيمة - يقع الشك في الفراغ، فعليه أن يدفع إلى المالك خصوص ما يختاره.

ففيه: إنّ اليقين بالفراغ يحصل بإحضارهما لدى المالك على ما تقدّم.

وقد قرّب شيخنا الاستاذ تخيير المالك. ثم أجاب عنه قائلاً:

إنّ الكلام في إجراء الأصل بالإضافة إلى ما اشتغلت به الذمّة من المثل

بالخصوص أو القيمة بخصوصها، وأمّا ما يرضى به المالك بدلاً عن البدل فهو قد يكون القيمة في المثلي مثلاً، وقد يكون شيئاً آخر غير المثل والقيمة ممّا لا ينضبط تحت ضابط ولا تعيينه محلّ الكلام.

ومن الواضح أن دفعهما معاً مستلزم لأداء ما في الذمة، سواء رضي المالك بأحدهما بالخصوص أم لا، فلا يتوقف القطع بالبراءة بدفع ما يختاره المالك، ونسبة الأصل إلى كليهما على حدّ سواء^(١).

وأقول: إنّه لا بدّ من تقييد رضا المالك برضا الضامن حتى يندفع الإشكال بأنّه إذا كان الملاك رضا المالك، فقد لا يحصل رضاه إلا بدفع كلا الشئين أو شيء آخر غيرهما. ولكن إذا قيد رضاه برضا الضامن رجع الأمر إلى التصالح، وهذا خارج عن البحث.

بل التحقيق في الجواب هو ما ذكرناه من حصول اليقين بالفراغ بإحضار الشئين لدى المالك، على ما تقدّم.

وبالجملة، ليس طريق تحصيل براءة ذمة الضامن منحصرأً بتخيير المالك... فالقول به ساقط كذلك.

القول بضمان المثل

وأما القول بأصالة الضمان بالمثل قال الشيخ: لأنّه أقرب إلى التالف من حيث المالّة والصفات. فلنقدّم قبل الورود في البحث عنه مقدّمة، وهي:

إنّ الشبهات المصدّاقة على أقسام:

(١) حاشية المكاسب ١ / ٣٦٠.

منها: أن يكون المفهوم بيناً والشك في المصداق، كأن يقول أكرم العالم ويشك في أن زيداً مصداقاً لعنوان «العالم» أولاً. فهنا لا يجوز إكرام زيداً تمسكاً بعموم العام، وكذا لو كان عندنا عام بين وخاص بين، فشك في أنه مصداق للعام أو الخاص، فلا يجوز التمسك بالعام، إذ ليس التخصيص إلا أن يكون الباقي تحت العام مقيداً بكونه غير المخصص، لأن حيثية الغيرية هذه قيد للباقي تحت العام برهاناً، إذ لا يعقل كونه مهملاً.

ومنها: أن يكون المخصص للعام مفهوماً مجملاً، وتسمى بالشبهة المفهومية، كأن يقول: كل مكلف يجب عليه التمام، فأخرج المخصص المسافر وكان مجملاً لتردده بين من سافر بريداً أو بريدين، والقدر المتيقن هو من سافر بريدين ويبقى المسافر بريداً تحت العام، أو قال: أكرم الناس إلا الفاسق، وتردد الفاسق بين خصوص مرتكب الكبيرة أو الأعم منها ومن الصغيرة، والقدر المتيقن هو مرتكب الكبيرة وفي غيره يتمسك بالعام، وهكذا في موارد كون المخصص لبياناً، فإن الخارج من تحت العام هو القدر المتيقن ويتمسك بالعام فيما زاد عليه.

وبعد هذه المقدمة نقول:

يمكن تقريب ضمان المثل بوجوه:

بأن يقال: إن الضمان بمعنى الكفالة، والكفيل عبارة عمن يكون ملتزماً بإرجاع الشيء إلى محلّه أو صاحبه، ولو تلف وهو كفيل وجب عليه إرجاع مثله لأنه بمنزلة إرجاع نفسه وكأنه لم يتلف.

أو يقال: إن ضمان الشيء في المثلي بالمثل وفي القيميات بالقيمة أو

المثل، فلو تلف الشيء وتردّد بين كونه مثلياً أو قيميّاً، كان أمر الضامن مردداً بين التعيين والتخيير، ومقتضى الأصل هو التعيين، فعليه دفع المثل إلّا ما خرج بالدليل.

وبعبارة أخرى: إن مقتضى القاعدة في الضمان دفع المثل، وقد جوز الشارع من باب الإرفاق في القيميّات دفع القيمة أيضاً، وإذا شك في اشتغال ذمته بالمثل أو القيمة فدفع القيمة، كان مقتضى الاستصحاب بقاء الاشتغال، فيتعيّن دفع المثل حتى يتيقّن بالفراغ.

أو يقال: إن أخذ قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» كنايةً عن أنه إذا تلف ما أخذت اليد فعليه خسارته - كما هو الظاهر عند الشيخ - خلاف الظاهر منه، وحمل الكلام عليه خلاف أصالة الحقيقة، لأن مقتضاها هو أن المأخوذ بنفسه على عهدة الآخذ إلى أن يؤدّيه، ولذا نقول ببقاء الشيء على عهده لو تعاقبت الأيدي عليه، لأن المخرج عن العهدة ليس إلّا الأداء إلى المالك.

ثم إن للشيء المأخوذ خصوصيّات، هي خصوصيّة الشخصيّة والصنفيّة والنوعيّة، وصفات يرغب فيها المالك وتؤثّر في ماليّته عنده، فكان مقتضى الحديث استقرار جميع الخصوصيات على ذمّة الضامن، وعليه أن يؤدّي الشيء بجميع خصوصيّاته وصفاته، وحينئذٍ فلو تلف الشيء المأخوذ سقطت خصوصيّة الشخصيّة ولا مصحّح لاعتبار بقائها على عهدة الضامن، لكن سائر الخصوصيّات باقية على العهدة، فهو لا يخرج عنها إلّا بأدائها، والمثل هو الواجد لها، فيجب عليه دفع المثل.

نعم، قام الإجماع في القيميّات على دفع القيمة، وبه ترفع اليد عن

مقتضى القاعدة، لكنَّ القدر المتيقَّن من الإجماع ما كان بيِّن القيمة، أما المشكوك في مثليته أو قيمته فباقٍ تحت القاعدة، لما ذكرناه في المقدمة. هذا غاية ما يمكن أن يقال في تقريب هذا القول بوجوه الثلاثة. ولكنَّ الكلام كلّه في قاعدة اليد، وبعد عدم تمامية سند الحديث لا حاجة إلى البحث عن دلالة، ولا مجال للقول بأنَّ ضعفه مجبور بعمل الأصحاب.

وبذلك يسقط التقريب الثالث.

وأما التقريب الثاني، ففيه:

أولاً: لا دليل على دعوى الإرفاق في القيمات حتى يتمَّ التخيير.

وثانياً: لو سلّمنا التخيير في القيمات، فلمَ لا يكون من باب التخيير بين الكلّي وفرده، حتى يكون من قبيل الأقل والأكثر فتتفنى خصوصية الفرد بالأصل وهي المثلية؟

وأما التقريب الأول، فالجواب عنه: إنَّ المخاطب في روايات الضمان الكثيرة جداً والمختلفة مورداً إذ قسم منها في تلف القيمي، وقسم في الدراهم، وقسم منها جاء بعنوان «الثلث» - هو العرف، وقد أوكل فهمها إليه، وأهل العرف لا يفهمون الدقائق المشتمل عليها هذا التقريب. فالقول بأصالة الضمان بالمثل لا دليل عليه.

القول بضمان القيمة

وأما القول بأصالة الضمان بالقيمة، بتقريب: أن المراد من «الضمان» هو ضمان «المالية» ولا دخل للخصوصيات فيه، وإنما هي محققة للمالية

ولا موضوعية لها في الضمان، فالواجب أداء المائنة ودفع القيمة، ولو فرض احتمال وجوب دفع خصوص المثل اندفع بالأصل.

فلا يمكن المساعدة عليه أيضاً، لأن المناط في القيمات هو القيمة السوقية، وهي عبارة عن الدرهم والدينار، لا المائنة المطلقة في ضمن أي شيء كانت، وعليه، فإذا دار الأمر بين المثل والقيمة، كان من الدوران بين المتباينين، فلا مجال للقول بأن الأصل في الضمان القيمة.

القول بالقرعة

وأما القول بالرجوع إلى القرعة، لكونها لكل أمر مجهول، والمضمون به فيما نحن فيه مجهول.

فقد أشكل عليه:

أولاً: بورود التخصيصات الكثيرة على عمومات القرعة وذلك موجب لو أنها، لأن إرادة العموم جداً لا تجتمع مع كثرة التخصيص.

وثانياً: إن مجرى القرعة هو الشبهة الموضوعية المحضة، فلا تعم أدلتها الشبهة المفهومية والموضوعية الناشئة عن الشبهة الحكمية.

وكلاهما مردودان:

أما الأول، فلأنه في كل مورد لم تطبق فيه القرعة توجد أمانة أو أصل فخرج له عن المجهولية، فلا يبقى موضوع للقرعة، فخرج تلك الموارد كلها تخصصي لا تخصصي.

وأما الثاني، ففيه:

أولاً: ربما يكون الشك في المثلية والقيمة في الشبهة الموضوعية

المحضة، فقد يتلف الشيء والضامن والمالك يجهلان أنه مثلي أو قيمي، فالحنطة مثلية والحيوان قيمي، والعلم الإجمالي قائم بتلف أحدهما، فالشبهة موضوعية محضة.

وثانياً: قد ذكرنا سابقاً أنه لم يرد لفظ «المثل» و«المثلي» في نصوص الضمان، حتى يقع الشك في مفهومها، بل الوارد هو «الضمان» بشتقاته، ومعناه عرفاً هو دفع المثل في المثليات والقيمة في القيميات، فوقع الشك في أن العرف هل يضمّنون بالمثل أو بالقيمة فيما لو جهل بكون التالف من هذا أو ذاك؟ وهذه شبهة موضوعية.

وثالثاً: إن العبرة بعموم العام لا بخصوص المورد، فإذا كان مورد أدلة القرعة هو الشبهة الموضوعية، فإنه لا يخصص عمومها. والحق في الإشكال هو:

إن أدلة القرعة موضوعها مجهولية عنوان الشيء الخارجي كما في قطيعة الغنم مثلاً حيث يكون الفرد الحرام بينها مجهولاً، أمّا فيما نحن فيه فلا ربط للأمر بالخارج، وإنما يريد الضامن أن يعلم ماذا يجب عليه أن يؤدي، وإجراء القرعة لتعيين ما في الذمة غلط. هذا أولاً.

وثانياً: إن موضوع القرعة هو الأمر المجهول، أي: أن لا يكون هناك سبيل إلى معرفة الوظيفة الشرعية، ومع التمكن من معرفتها لا تصل النوبة إلى القرعة، وأصالة الاشتغال - فيما نحن فيه - تعين الوظيفة، إذ مقتضاها هو الجمع بين المثل والقيمة في الأداء، وأمّا عدم جواز أخذ المالك لكليهما فهو أمر آخر.

القول المختار

فالمختار:

إذا دار الأمر بين كون التالف قيمياً أو مثلياً - والمراد من القيمة الدرهم والدينار كما تقدّم - كان من دوران الأمر بين المتباينين، ومقتضى أصالة الاشتغال هو تحصيل البراءة اليقينية، وذلك يكون بإحضارهما معاً عند المالك والتخلية بينه وبينهما، فإذا فعل ذلك برأت ذمته قطعاً، غير أنه لما كان المالك غير مستحقّ لأحدهما، فإنّ تصالحا بشكلٍ من الأشكال فهو، وإنّ تخصّصا، بأن منع كلّ منهما الآخر عن التصرف في ملكه، رجعا إلى الحاكم، وإذا لا دليل على الصّحح القهري فالحاكم يقرع بينهما وترتفع الخصومة.

وأما احتمال التنصيف بحكم الحاكم، نظير درهم الودعي، فبديهي الفساد، لأنّ الحكم بالتنصيف في الدرهم، إمّا هو من جهة كون الباقي مشتركاً بالإشاعة، وذلك مقتضى التنصيف، وإمّا من جهة أنه مقتضى العدل. أمّا حيث يكون هناك مالان أحدهما ملك لهذا والآخر ملك لذاك فلا وجه للتنصيف أصلاً.

عودة إلى كلمات الشيخ

قال:

نعم، يمكن أن يقال - بعد عدم الدليل لترجيح الأقوال والإجماع على عدم تخيير المالك - التخيير في الأداء.

من جهة دوران الأمر بين المحذورين أعني: تعيّن المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضامن الامتناع، وبين تعيين القيمة كذلك، فلا متيقن في

البين ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح، فهو من باب تخير المجتهد في الفتوى.
فتأمل.

أقول:

يمكن تقريب نظيره للمقام بتخير المجتهد في الفتوى: بأن المجتهد لما كان يرى وجوب العمل بخبر الواحد، فإذا وقع التعارض بين الخبرين، أحدهما يأمر والآخر ينهى، يعلم بوجوب العمل بأحدهما ولا يمكن الجمع بينهما، فيدور أمره بين المحذورين فيتخير، كذلك ما نحن فيه.

وأما أمره بالتأمل، فهو إشارة إلى أن دوران أمر المجتهد بين المحذورين يبتني على أن تكون حجية خبر الواحد من باب السببية، يعني: إنه تحدث بقيام الخبر مصلحة تكون السبب لوجوب العمل، فإذا وقع التعارض ولا يمكنه الأخذ بكليهما حكم بالتخير. لكن المبني غير صحيح، بل حجية الخبر من باب الطريقية، وعليه، فلا موضوع للدوران بين المحذورين، لأن مقتضى الأصل الأولي هو التساقط، ولو قلنا بالتخير فهو من أجل النص لا لدوران الأمر بين المحذورين.

بل، ليس التخير من أجل ذلك حتى على القول بالسببية، لأن معنى السببية هو حدوث المصلحة الملزمة للعمل، فإذا وقع التزاحم بقيام الخبرين بين المصلحتين كان القول بالتخير هو مقتضى القاعدة الأولية بين المصلحتين المتزاحمين.

هذا، ويحتمل أن يكون المراد من قوله «من باب تخير المجتهد في الفتوى» أن المجتهد يفتي بالتخير، فيكون الأمر بالتأمل - على هذا احتمال -

إشارة إلى أن فتوى المجتهد بالتخيير فيما نحن فيه لا مورد له، لأنه لا دليل على وجوب دفع المثل ولا القيمة على وجه التعيين حتى يدور الأمر بين المحذورين، بل إن الواجب عليه أحدهما، وتحقق البراءة اليقينية بإحضار كليهما لدى المالك، على ما ذكرنا.

الاستدلال لضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بأية الاعتداء

قال:

وقد استدل في المبسوط والخلاف على ضمان المثلي والقيمي بالقيمة بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١) بتقريب: أن مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلي والقيمة في غيره.

أقول

استدل الشيخ بالآية المباركة لضمان التالف المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة....

والاعتداء هو التجاوز عن الحد، و«الباء» للمقابلة، كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ غَابَتْكُمْ قَفَايُوهَا فَمِثْلُ...﴾^(٢) وقوله: ﴿وَمَنْ غَابَتْ عَنْكُمْ قَفَايُوهَا فَمِثْلُ...﴾^(٣) وقوله: ﴿... بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ...﴾^(٤) و«المثل» قال الشيخ في الخلاف بعد الآية: «المثل مثلاً من حيث الصورة ومثل من حيث القيمة، فلما لم يكن للمنافع مثل

(١) سورة البقرة: ١٩٤.

(٢) سورة النحل: ١٢٦.

(٣) سورة الحج: ٦٠.

(٤) سورة الاسراء: ٨٨.

من حيث الصورة وجب أن يلزمه من حيث القيمة...»^(١) وظاهر عبارته أن «ما» في الآية موصولة.

وتقريب الاستدلال: إن من تعدّى على شيء من أموالكم بالاستيلاء عليه، يجوز لكم التعدي على أمواله، فإذا أتلّف لكم شيئاً من الأموال جاز لكم الاستيلاء على ماله، إن كان مثلياً فبالمثل، وإن كان قيميّاً فبالقيمة، لأن المثل مثلاًن كما ذكر.

المناقشات في دلالتها

وفيه:

إن الأخذ والاستيلاء ليس مماثلاً للإتلاف، إلا أن يدعى اندراجهما تحت جامع انتزاعي هو الفصل بين المال ومالكه، وفيه ما لا يخفى. هذا أولاً. وثانياً: الوارد في الآية هو «المثل» بقول «مطلق» وهو ظاهر في المماثلة من جميع الجهات، والمثلية في القيمات من وجه، فكيف يتم الاستدلال؟ وثالثاً: إن الآية المباركة متفرعة بـ«الفاء» على الآية السابقة عليها، قال تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشُّهُرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ...﴾ وهي ظاهرة في مقابلة الاعتداء بالاعتداء، فهو قتال مماثل للقتال من حيث الزمان والمكان، أي: فكما أنهم لم يحافظوا على المحرمات الزمانية والمكانية، كذلك أنتم يجوز لكم ترك المحافظة عليها.

وبعبارة أخرى: هذا التفريع يشهد بكون «ما» مصدرية أي: فاعتدوا عليه

بمثل اعتداءه، وليست موصولة على أن يكون الرابط محذوفاً، أي: بمثل الذي اعتدى به عليكم، وإذا كانت مصدرية فما معنى «الباء» في «بمثل»؟...، ويشهد بذلك ما سبق عليها من قوله تعالى ﴿وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يَقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ...﴾ وأيضاً الخبر:

«عن معاوية بن عمار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام رجل قتل رجلاً في الحل ثم دخل الحرم... قلت: فما تقول في رجل...».

ورابعاً: لو تنزلنا، فلا أقل من ترددها بين المصدرية والموصولة. وخامساً: وعلى فرض كونها موصولة، فإنها تعم العمل، فيكون المعنى: الاعتداء بمثل الذي صدر من المشركين من الاعتداء، فلا دلالة على الضمان.

قال الشيخ:

وربما يناقش في الآية... وفيه نظر.

أقول:

قال السيد:

قال في الحاشية: لأن ظاهرها اعتبار المماثلة في الاعتداء والمعتدى به. قلت: هو كذلك^(١).

وهو يؤيد ما ذكرناه أخيراً.

وتلخص سقوط الاستدلال بالآية للمقام.

قال الشيخ:

نعم، الانصاف عدم وفاء الآية - كالدليل السابق عليها - بالقول المشهور...

فتبين أن النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عموم من وجه....
أقول:

ذكر في مادة الافتراق من طرف المشهور: أنه قد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين، ولا يضمن به عند المشهور كما في المثالين:

الأول: لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات. فإن مقتضى العرف والآية إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك ولو بأضعاف قيمته ودفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أن القائل بقيمة الثوب لا يقول به.

وربما يشكل عليه، بأنه إذا كان مقتضى الدليلين تحصيل المماثل من جميع الجهات، فإنّ تحصيله بأضعاف قيمته تحصيل لما يزيد على المثل. ولكنه غفلة عن المقصود، لأنّ حيثية الضمان غير حيثية تحصيل المثل، فالذي استقرّ على الذمة وحصل الضمان به هو مقدار مالّة الثّالّف، وأمّا دفع أضعاف القيمة فلتحصيل المثل الواجب دفعه، وسيأتي توضيح هذا المطلوب فيما بعد.

والثاني: لو أتلّف عليه عبداً وله في ذمة المالك بسبب القرض أو السلم بعد موصوف بصفات الثالّف، فإنهم لا يحكمون بالتهاتر المعنوي كما يشهد ملاحظ كلماتهم في بيع عبد من عبيد.

نعم، ذهب جماعة -منهم الشهيدان في الدروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيمية، لكنّ لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة ضمان القيمي بالمثل....

أقول:

هكذا قال، وليته لم يقله، لأن أداء العين المقترضة إما هو من جهة جواز عقد القرض من طرف المقرض - وإن كان لازماً من طرف المقرض - فإذا أداها كان فسخاً للعقد عملاً، أو لاشتغال الذمة في خصوص فرض القيمي بالأعم من طبعي المال المقرض والقيمة، وحينئذٍ يمكنه رد العين لكونها من مصاديق الكلّي الطبيعي، أما لو كان اشتغال الذمة بالقيمة فلا يصحّ قوله: «لعله من جهة صدق...» لأن رد العين ليس بأداء للقيمة، لكونهما متباينين، فلا يتحقّق أداء القرض.

فالدليل لما ذهب إليه الجماعة هو أحد الوجهين اللذين ذكرناهما، لا ما ذكره الشيخ رحمه الله.

هذا إذا كان للتالف مماثل.

قال الشيخ:

وأما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر... ولا يقولون به.

أي: يقولون بأنّ عليه أداء قيمة يوم التلف.

هذا كله في بيان مادة الافتراق في القيميات.

وأما مادة الافتراق في المثليات. قال الشيخ:

وأيضاً، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً،

فمقتضى ذلك عدم جواز إلزام المالك بالمثل... مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض

إلزامه به وإن قوّى خلافه بعض، بل ربما احتمل جواز دفع المثل ولو سقط المثل

عن القيمة بالكلية، وإن كان الحق خلافه.

أقول:

إن مقتضى الدليلين اعتبار المماثلة في الماهية والمالية، وما نقصت قيمته ليس مماثلاً للتالف، فلا يخرج الضامن عن العهدة بأدائه، لكن المشهور لا يقولون باعتبار المماثلة من جميع الجهات، فيكفي للخروج عن الضمان دفع ما نقص قيمته، بل ربما احتل بعضهم دفع المثل ولو سقط عن القيمة بالكلية.

وبالجملة، إن مقتضى الدليلين هو المثل بقول مطلق، لكن المشهور القائلين بأن المثلي يضمن بمثله يريدون المثلية في الجملة، بل بعضهم يحتمل كفاية المثل وإن سقط عن القيمة.

وأشكل السيد^(١) قدس سره بما ملخصه:

إن المثل في الآية المباركة ما يكون مماثلاً في الصورة والماهية، وأما جهة المالية فليست دخيلة في المثلية، ولذا لو كانت العين المأخوذة بالعقد الفاسد موجودة وجب عليه ردها وإن نقصت ماليتها.

وهذا منه عجيب جداً!!

لأن الإعتداء الواقع لم يكن بالنسبة إلى العين بوحدها بل بالنسبة إلى ماليتها أيضاً، فالمعتدي ضامن لكليهما، وأما في المأخوذ بالعقد الفاسد - مثلاً - مع بقاء عينه، فإن العين ترد، لأنه رد للملك سواء نقصت قيمته أو سقطت. فكم فرق بين مفاد الآية المباركة والمثال الذي ذكره؟

بل يمكن أن يقال في صورة بقاء العين - إذا كان نقصان قيمتها على أثر إمساكه العدواني - بالضمان كذلك، لما تقدّم أن إتلاف المالّة موجب للضمان.

فظهر سقوط الإشكال بوجهين.

قال الشيخ:

ثم إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحقّقه، لا يجدي بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً، ففي موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق وعموم الآية، بناءً على ما هو الحق المحقّق من أن العام المخصّص بالمجمل مفهوماً المرّد بين الأقل والأكثر لا يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك.

أقول:

لقد كان الأولى أن يقول: بأنه لا يوجد في المقام مفهوم مخصّص لعموم العام، بل هناك موارد قام الإجماع فيها على القيمة كالحيوان فيكون الإجماع مخصّصاً لعموم الآية المعبرة للمثلية، وأمّا فيما عداها فلا مخصّص، والمحكم هو العموم.

وبعبارة أخرى: لا يوجد في غير موارد الإجماع مخصّص، لأنه موجود وهو مرّد بين الأقل والأكثر.

حاصل الكلام في المقام

قال:

فحاصل الكلام: إن ما أجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل مع مراعاة

الصفات... مضافاً إلى الخبر الوارد في أن الثابت في ذمة من اقترض دراهم وأسقطه السلطان وروج غيرها، هي الدراهم الاولى.

وما أجمع على كونه قيمياً بضمن بالقيمة بناءً على ما سيجي من الاتفاق على ذلك وإن وجد مثله.... أقول:

نص الرواية: عن يونس قال: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: إنه كان لي على رجل عشرة آلاف دراهم، وأن السلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم أعلى من الدراهم الاولى، ولها اليوم وضیعة، فأني شيء لي عليه، الأولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب: لك الدراهم الاولى»^(١).

وعن العباس بن صفوان قال: «سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم عن رجل، وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع بها شيء، لأصاحب الدراهم الدراهم الاولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال: لأصاحب الدراهم الدراهم الاولى»^(٢).

وأمر الشيخ بالتأمل^(٣)، لعلّه إشارة إلى رواية أخرى في مقابلهما، وهي: عن يونس قال: «كتبت إلى الرضا عليه السلام: إن لي على رجل ثلاثة آلاف درهم، وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام، وليست تنفق اليوم، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟

(١) وسائل الشيعة ١٨/ ٢٠٦، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرقم: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/ ٢٠٧، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرقم: ٤.

(٣) وهذا التأمل موجود في بعض النسخ دون بعض.

فكتب إلي: لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس^(١).

فيقع التعارض.

وما في الحدائق^(٢) من تضعيف بعض الأصحاب لهذه الرواية، فالظاهر أنه بالنظر إلى طريق الشيخ^(٣)، لسهل بن زياد الضعيف على المشهور، ولكنها في الكافي^(٤) صحيحة بلا كلام.

ولكن قد يجاب عنها - كما في الجواهر - بقصورها عن المقاومة^(٥). ولعلّه لإعراض المشهور عنها.

إلا أنا نحتمل إمكان الجمع بينهما - وإن لم يقل به أحد - بأن الوارد في ذلك الخبر «عشرة دراهم» وفي هذا «ثلاثة آلاف»، ولما كان التفاوت في العشرة قليلاً، فقد أهمله الإمام عليه السلام، وأما الخسارة المترتبة في الثلاثة آلاف فلا يصلح إهمالها.

قال:

وما شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف، ومع الاختلاف ألحق بالقيمي. فتأمل.

(١) وسائل الشيعة ٢٠٦/١٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرقم: ١.

(٢) الحدائق الناضرة ١٤٤/٢٠.

(٣) تهذيب الأحكام ١١٧/٧.

(٤) الكافي ٢٥٢/٥.

(٥) جواهر الكلام ٦٦/٢٥.

أقول:

فصل في ما لم يقم الإجماع على قيمته أو مثليته وتردّد بينهما، بأنّه مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف يلحق بالمثلي، وذلك، لما ذكره من أنّ المخصّص إنّ كان مجعلاً مفهوماً، مردّداً بين الأقل والأكثر، تقدّم على العام في القدر المتيقّن، ويتمسك به فيما زاد عنه، وهنا كذلك، لأنّ العموم المستفاد من الآية المباركة هو أنّ كلّ تالف يضمن بمثله، وقد خصّ بالقيمي، لكنّ مفهومه مردّد، فما قام الإجماع على قيمته يخرج عن العام، وما لم يقم فهو باقي تحته.

وأما مع الاختلاف، فيلحق بالقيمي، ولا يتمسك بالعام، لما تقدّم من أنّ مقتضى الدليلين اعتبار المماثلة من جميع الجهات، فمع الاختلاف في القيمة تنتفي المثلية ولا وجه للتمسك بالعام، وحينئذٍ، فإنّ الوجدان العقلي للمالك يقتضي أن يرضى بالقيمة، وإذا دفعها الضامن تيقّن بغراغ ذمته. هذا غاية ما يمكن أن يقال بشرح كلامه.

ولكنّ يرد عليه فيما لو لم يرض الضامن بذلك، وحصل الترافع بينهما، فما الدليل على الإلحاق بالقيمي؟ بل يرجع الأمر إلى الحاكم. فالحق أن يقال بالإلحاق بالقيمي برضاهما.

وتلخص: إن الآية المباركة في مقام إفادة جواز المقابلة بالمثل، ولا دلالة فيها على الضمان أصلاً.

ولو سلّمنا دلالتها على وجوب التدارك في صورة الإنلاف، لكنّ معنى كلمة «المثل» في العرف عبارة عمّا يماثل الشيء وجوداً، فإذا توفّرت فيه

الخصوصيات الوجودية صدق عليه عنوان «المثل»، والمالية أمر اعتباري عقلائي، ولا علاقة له بمفهوم الكلمة.

الاستدلال بالنصوص

وأما إطلاقات الضمان، وهي كثيرة جداً، كقوله عليه السلام في العارية: «المستعير ضامن»^(١).

وقوله عليه السلام في الوديعة وضعها في دار جاره فضاعت: «هو ضامن لها».

وقوله في الدابة اكترها:

«إن جاز الشرط فهو ضامن،... وإن سقطت في بئر فهو ضامن».

وقوله في القصار....

«كل أجير يعطى... فهو ضامن».

وقوله في النجار:

«فضمّنه أمير المؤمنين».

ومن النصوص في ذلك:

عن داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه شيء فهو ضامن»^(٢).

عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا رهنّت عبداً

(١) تقدمت هذه النصوص سابقاً.

(٢) وسائل الشريعة ١٩/١٥٢، الباب ٣٠ من أبواب الإجارة، الرقم: ١١.

أو دابةً فمات فلا شيء عليك، وإن هتك الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن»^(١).
 عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السّلام وعن الحسين بن خالد عن أبي الحسن الرضا عليه السّلام وعن صباح الحذاء وعن إسحاق بن عمّار عن أبي إبراهيم موسى عليه السّلام: «في الرّجل يأتي البهيمة فقالوا جميعاً: إن كانت البهيمة للفاعل ذبحت، فإذا ماتت أحرقت بالنّار ولم يستفّع بها، وضرب هو خمسة وعشرين سوطاً ربع حدّ الزّاني، وإن لم تكن البهيمة له قوّمت وأخذ ثمنها منه ودفع إلى صاحبها وذبحت وأحرقت بالنّار ولم يستفّع بها وضرب خمسة وعشرين سوطاً، فقلت: وما ذنب البهيمة؟ فقال: لا ذنب لها، ولكن رسول الله صلى الله عليه وآله فعل هذا وأمر به، لكيلا يجتزئ الناس بالبهايم وينقطع النّسل»^(٢).

عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: «سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه فقال: إن ذلك فساد على أصحابه (فلا يستطيعون) بيعه ولا مؤاجرته فقال: يقوم قيمة فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، وإنما جعل ذلك عليه لما أفسده»^(٣).

عن أبي ولّاد عن أبي عبدالله عليه السّلام: «قيمة بغلي يوم خالفته»^(٤).
 علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام قال: «سألته عن بختي مغتلم قتل رجلاً فقام أخو المقتول فعقر البختي وقتله، ما

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٣٨٨، الباب ٥ من أبواب الرهن، الرّقم: ٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢٨ / ٣٥٧، الباب ١ من أبواب نكاح البهايم، الرّقم: ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٦، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرّقم: ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٩ / ١١٩، وسيأتي نصّه الكامل في موضعه من الكتاب.

حاله؟ قال: على صاحب البختي دية المقتول، ولصاحب البختي ثمنه على الذي عقر بختيه»^(١).

عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن، ف قيل: يا أمير المؤمنين، لا يدري سفرة مسلم أو سفرة مجوسي؟ فقال: هم في سعة حتى يعلموا»^(٢).

ثم إن المآلثة على أنحاء:

منها: أن يكون الشيء في ذاته ثميناً كالجواهر.

ومنها: أن تكون المآلثة بحسب القلّة والندرة، كالفاكهة في بداية موسمها.

ومنها: أن يكون تفاوت المآلثة بحسب الزّمان، كالملابس الشتوية، فإنها في فصل الشتاء أغلى منها في فصل الصيف، وكذا بالعكس.

ومنها: أن تكون متفاوتة بحسب البلاد، فيكون الثوب مثلاً في مكان أغلى منه في غيره.

ومنها: أن يكون بحسب كونه جديداً أو عتيقاً.

ومنها: أن يكون بحسب الجودة وعدمها.

(١) وسائل الشريعة ٢٩ / ٢٥١، الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان، الرّقم: ٤.

(٢) وسائل الشريعة ٢٥ / ٤٦٨، الباب ٢٣ من أبواب اللقطة، الرّقم: ١.

فلتفاوت القيم أنحاء كثيرة... وعلى الضامن تدارك الخسارة، ويدلّ جماعهم على أنّ المثلي بالمثل على وجوب تدارك المالية في ضمن المثل، والمثلي ما كان له ما يساويه في الإندراج تحت جامع واحد ويساويه في الماليّة ويكون له الغلبة في الوجود.

وأما إذا لم يكن للشيء مثل أو كان نادر الوجود، فالمتفاهم عرفاً دفع الثمن، وهو المتمحّض في الماليّة، وهو الدرهم والدينار.

وأما لو وجد المماثل لكنّ القيمة متفاوتة بحسب الزمان أو المكان، فالواجب دفع القيمة أو المثل مع تدارك التفاوت.

فهذا مقتضى أدلة الضمان، وهي الدليل الوحيد على الوجوب، وهو موكل إلى نظر العرف، وليس نظره إلّا ما ذكرناه [١].

[١] أقول: لقد أجاد فيما أفاد، وقد وفا المقام حقّه بالدقّة في الأدلة وأتى بما هو فوق المراد، فبيّن حقيقة المثلي والقيمة، وفصل الكلام في مقتضى الأصل، وذكر حقّ المطلب في الاستدلال لما ذهب إليه المشهور من أن ضمان المثلي والقيمي بالقيمة. وقد استدلّ بوجوه أخرى:

منها: النبوي المشهور: على اليد ما أخذت... بتقريب أن المستفاد منه أنّ كلّ ما وقع تحت اليد فهو مضمون، وعلى الضامن أداء ما هو الأقرب إليه، ومن الواضح أنّ الأقرب في المثليات هو المثل وفي القيميّات هو القيمة.

وفيه: إن ظاهر الحديث هو أنّ الشيء المأخوذ في ذمّة الأخذ على يؤدّيه بأن يرجعه إلى مالكه ما دام الشيء موجوداً، وألاّ وجب أداء ما هو الأقرب إليه من جهة الخصوصيّات، لكونها مستقرّة في ذمّة الأخذ كذلك، ولا شك عند أهل العرف في أنّ

الأقرب هو المثل سواء في المثليات والقيميّات، ولو تعدّر المثل في القيمي وصلت النوبة إلى القيمة فيه، فالحديث غير دالّ على ما ذهب إليه المشهور.

وإنما نهتمّ بدلالة الحديث بناءً على الاعتناء سنداً لاشتهاره بين الأصحاب وإلا فيكفي في الجواب عن الاستدلال به ضعف سنده.

ومنها: أدلة احترام مال المسلم وأن حرمة كحرمة دمه.

ولكن لا وجه للاستدلال بها هنا، لعدم ظهورها في الضمان، ولو سلّم، فغاية ما تدلّ عليه هو ثبوت الضمان.

ومنها: الأخبار في شراء الأمة المسروقة المذكور بعضها سابقاً.

وفيه: إن غاية ما تدلّ عليه ثبوت الضمان، أمّا الضمان بأيّ شيء فلا دلالة فيها عليه.

ومنها: السيرة العقلانية، وقد اعتمده في المصباح^(١) لأن العقلاء متفقون على أن الإنسان إذا أخذ مال غيره ووضع يده عليه بغير سبب شرعي ضمنه بجميع خصوصياته الشخصية والمالية والنوعية، وأنه لا يخرج عن عهده إلا بردّ عينه إلى مالكه، فإذا تلفت العين وجب على الضامن ردّ ما هو أقرب إليها، ومن الواضح أن الأقرب إلى العين التالفة إنما هو المثل في المثلي والقيمة في القيمي، وعلى هذا فلا يكتفي بردّ أحدهما في موضع الآخر إلا برضا المالك، وهذا هو المرتكز في أذهان العقلاء.

لكن الملاحظ عليه: الظاهر أنه ليس من سيرة العقلاء دفع القيمة في القيمي حتى مع التمكن من دفع مثله، فهم يدفعون المثل في المثلي والقيمي بلا فرق، ولا ينتقلون

(١) مصباح الفقاعة ٣/ ١٥٠.

إلى القيمة إذا تمكنا من تسليم مثل التالف القيمي، لأنه مع تسليمه فقد سلم خصوصية المائنة وخصوصية النوعية، أما لو سلم القيمة فقد سلم خصوصية واحدة، وعند دوران الأمر لا يتردد العقلاء في تسليم ذي الخصوصيتين لكونه هو الأقرب إلى التالف.

ومنها: آية الاعتداء. وقد تكلم السيد الجذ على الاستدلال بها.

وانتهى رحمه الله إلى الاستدلال بالنصوص مع الأخذ بنظر العرف، وتبعه بعض مشايخنا دام بقاءه - بعد الرد على سائر الوجوه - فأورد النصوص من كتاب الرهن^(١):

عن أبي قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام: يترادان الفضل. فقال: كان علي يقول ذلك. قلت: كيف يترادان؟ فقال: إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب، رد المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يسوى، رد الرهن ما نقص من حق المرتهن».

وعن إسحاق بن عمار قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم - وهو يساوي ثلاثمائة درهم - فيهلك، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم؟

قال: نعم، لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضعية: قلت: فهلك نصف الرهن. قال: حساب ذلك. قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم».

وعن ابن بكير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرهن، فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدى الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن، أدى إليه صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء».

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٣٩٠، الباب ٧ من أبواب الرهن.

وعن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك، أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان الرهن أقل من ماله فهلك الرهن، أدى إلى صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن يسوى ما رهنه، فليس عليه شيء».

وجه الاستدلال: إن هذه النصوص، إما موردها مطلق يعمُّ المثلي، فتدلُّ على وجوب القيمة في المثلي أيضاً، فتخصّص بالاجماع القائم على المثل في المثلي، وإن كان موردها خصوص القيمي - كما قيل - أي سواء وجد مثله أو لا، فترفع اليد عن هذا الإطلاق بالاجماع ولا يعاب بخلاف الإسكافي.

السابع*

حكم ما لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمنه

قال الشيخ:

ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد. انتهى.

أقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل... فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف... ووجهه: عموم النص والفتوى بوجوب المثل في المثلي.

ويؤيده: فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربما احتل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية، كالماء على الشاطئ والتلج في الشتاء.

١ - كثرة الثمن بسبب زيادة القيمة السوقية

أقول:

لقد استدلّ الشيخ لوجوب الشراء في صورة زيادة القيمة السوقية - ولو بأضعاف قيمة التلف يوم تلفه - بوجهين:

الأول: الإجماع، قال الشيخ في الخلاف: لو غصب ما له مثل، كالحبوب

والأدهان فعليه مثل ما تلف في يده، يشتريه بأي ثمن كان، بلا خلاف^(١).

وفي المبسوط: يشتريه بأي ثمن كان إجماعاً^(٢).

لكن معقد هذا الإجماع هو «العصب» وبحثنا في المأخوذ بالعقد الفاسد، فلا يتم الاستدلال به، إلا بالنظر إلى كلام ابن إدريس حيث قال في المأخوذ بالعقد الفاسد: «إنه يجري مجرى العصب عند المحصلين من أصحابنا»^(٣).

والثاني: عموم النص والفتوى.

ثم أيد ذلك بالأولوية من حكمهم بدفع المثل في صورة تنزل القيمة، إذ الضابط هو المثلية، وإذا كانت المثلية مع التنزل محفوظة، فهي مع الزيادة محفوظة بالأولوية، لأنها في هذه الصورة موجودة مع زيادة.

٢ - كثرة الثمن بسبب عدم وجدانه إلا عند من يعطيه بالأزيد

قال:

وأما إن كانت لأجل تعدد المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس... فالظاهر أن هذا هو المراد بعبارة القواعد... ولكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء... لعين ما ذكر في الصورة الأولى.

فذكر للقول بعدم الضمان في هذه الصورة وأنه ينتقل إلى القيمة

وجيهين:

(١) الخلاف ٣/ ٤١٥.

(٢) المبسوط ٣/ ١٠٣.

(٣) السرائر ٢/ ٢٨٥.

أحدهما: إنَّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم.
والثاني: إنَّ الحكم بوجوب شراؤه بأضعاف القيمة ضروري.
ثم حكم مع ذلك بوجوب الشراء، مستنداً بالإجماع وعموم النص
والفتوى، فلا فرق بين الصورتين.

النظر في كلام الشيخ في الصورتين

أقول:

وفيما أفاده نظر من جهات:

أما استدلاله بالإجماع في الصورة الاولى، ففيه:

أولاً: إنَّ الإجماع في المسائل الإجتهدية غير كاشف عن رأي المعصوم.
وثانياً: إنَّ «لا خلاف» لا يصدق عليه «الإجماع».

وثالثاً: إنَّ معقد إجماع الشيخ هو الغصب، وقد ذكرنا أنَّ في الأخذ بالبيع
الفاسد أربعة وجوه، ولا يصدق الغصب إلا في الرابع منها، وهو ما إذا كان
البائع جاهلاً بالفساد والمشتري عالماً به؛ فدعوى الإجماع في الغصب - لو
تمت - لا ربط لها بما نحن فيه على إطلاقه.

ورابعاً: إنه لو أريد تتميم الاستدلال بالإجماع بكلام ابن إدريس - كما

سبق -.

ففيه - بعد تسليم أن قوله «عند المحصلين» يجري مجرى الإجماع - أنَّ
الإجماع دليل لبي، والقدر المتيقن من هذه الدعوى هو: أن المأخوذ بالعقد
الفاسد بمنزلة المغصوب في عدم جواز التصرف.

وأما الاستدلال فيها بعموم النص والفتوى، ففيه:

أما الفتوى، فلا يستدل بها في مسألة من المسائل، كما لا يخفى.

وأما النص، فليس في شيء من نصوص الضمان تعرض للمثل أصلاً، وتبقى الآية المباركة ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١)، وقد تكلمنا عليها بالتفصيل، وحاصله عدم صحة الاستدلال بها لضمان المثل أبداً.

وتلخص: عدم الدليل على ضمان المثل في الصورة الأولى.

وأما تأييد ذلك بالفحوى على ما ذكرنا في تقريبه [١]، ففيه:

إنه ليس الكلام في صدق عنوان المماثلة مع زيادة القيمة السوقية، إذ

[١] وأما القول بأن الوجه لهذه الفحوى هو: أن كل حكم ثبت مع وجود المزاحم له فهو ثابت مع عدمه بالأولوية، وما نحن فيه من هذا القبيل، لأنه في صورة التنزل يقع التزام بين حفظ الخصوصيات النوعية والصنفية وحفظ المالية، فلا بد من رفع اليد عن أحد الطرفين، لكن الشارع حكم بوجوب حفظ الخصوصيات مع وجود المزاحم وهو تنزل القيمة، فكان الواجب دفع المثل وإن نقصت قيمته، فمع ترقى القيمة وعدم المزاحم يكون الواجب حفظ المثلية وعليه دفعه بالأولوية القطعية.

وهذا ما ذكره شيخنا الاستاذ دام بقاءه في مجلس الدرس معتبراً إياه وجهاً آخر.

فالظاهر إنه يرجع إلى ما ذكره السيد الجذّ طاب ثراه، غير أنه أوضح معنى ضابطية حفظ المثلية وشرح كونها محفوظة مع تنزل القيمة. فتدبر.

لا ريب في ذلك، بل هو في أنه إذا زادت القيمة السوقية للمثل، فهل يجب شراؤه أولاً؟ وأي ربط لحكمهم بجواز دفع الضامن للمثل إذا تنزلت قيمته وأنه ليس للمالك إلزامه بدفع التفاوت، بمسألة ما إذا زادت قيمته في السوق؟ إنه لا ربط لتلك المسألة بمسألة الزيادة، فضلاً عن الأولوية؟

والحاصل: إن جواز الإكتفاء بدفع المثل إذا نقصت قيمته مسألة، ووجوب شراؤه إذا زادت قيمته أو عدم وجوبه مسألة أخرى. فسقط التأييد كذلك.

لقد تقدّم منا أن المتبع هو الفهم العرفي في كل مورد أو كل الشارع فهم موضوع حكمه إلى العرف، وهذه الكبرى منطبقة على الروايات المتواترة في الضمان بمشتقاته، لأنه لم يرد فيها أي بيان للمراد من «الضمان»، فكان المرتكز عند العرف من هذا اللفظ هو المراد، وقد ذكرنا أن الضمان في اللغة والعرف هو الكفالة، وعليه، فالمتلف كفيل وعهده مشغولة بإرجاع المتلف إلى صاحبه، فإن كان له مثل وجب عليه دفعه، لأن إعطائه بمثابة إرجاع التالف، وإن لم يكن له مماثل، وجب دفع قيمته.

فقولهم: المثل في المثلي والقيمة في القيمي، متخذ من الفهم العرفي للفظ الضمان الوارد في النصوص والموكول فهمه إلى أهل العرف، وقد بينا معنى «المثل» و«القيمة» أيضاً.

وعليه: فإن الواجب على الضامن حيث يتمكن من «المثل» دفعه، سواء زادت قيمته أو نقصت، وهذا هو الصحيح في الاستدلال في كلتا المسألتين. فإن قلت: الحكم بوجوب شراء المثل بأضعاف قيمته يوم تلفه،

ضرري، فهو منفي بقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

قلت:

أولاً: إنه ينتقض بمورد نقصان القيمة، فإن تجويز دفع المثل في هذه الحالة ضرر على المالك، فتنتفي القاعدة.

وثانياً: إن قاعدة نفي الضرر بمنزلة الشارح للأحكام الأولية، والضرر مانع عن ثبوت الحكم، أما إذا كان الضرر هو المقتضي للحكم، فمثله لا يرتفع بالقاعدة، ولذا يرتفع بها الوضوء الضرري ولا يرتفع بها الزكاة والجهاد ونحوهما... وما نحن فيه من هذا القبيل لا من ذلك [١].

[١] أقول: وما ذكره طاب ثراه هو الصحيح في وجه عدم جريان القاعدة هنا، لا ما ذكره السيد رحمه الله بقوله: «قاعدة لا ضرر غير معمول بها في أمثال المقام، فبناءً على حاجتها إلى الجابر لا يجوز الرجوع إليها في المقام، ألا ترى أنهم لم يحكموا بالضمان فيما لو منعه عن بيع ماله في حال وجود المشتري بالزائد، وكذا لو حبسه عن الكسب، نعم، في حبس العبد ضامن، لأن منافع العبد مال، فيكون من باب التلف. وهكذا في نظائر ذلك»^(١).

وحاصل كلامه أن القاعدة إنما لا تجري هنا بسبب وهن دلالتها لكثرة التخصيصات الواردة عليها، فجريانها يحتاج إلى الجبر بعمل الأصحاب، وهم لا يعملون بها في أمثال المقام.

لكن السيد الجد طاب ثراه أفاد أن الوجه لعدم جريانها فيما نحن فيه هو أن الضرر

وهذا كله في الصورة الاولى.

وأما في الصورة الثانية، ففي استدلاله -لوجوب الشراء كذلك - بالإجماع والعموم ما عرفت.

أما عدم جريان قاعدة نفي الضرر هنا في نظر الشيخ، فقد قرّبه المحقق الخراساني بقوله:

«وذلك، لأن ضرر الضامن في الشراء بأزيد من ثمنه، يزاحم بضرر المالك في منعه عما يستحقّه من المثل، فيبقى ما دلّ على الضمان بالمثل بلا مزاحم، وعدم العلم باستحقاقه للمثل شرعاً لا ينافي استحقاقه له عرفاً واعتباراً، وهو كاف في صدق الضرر حقيقة»^(١).

وبعبارة اخرى: إن قوله صلى الله عليه وآله: لا ضرر... حكم امتنانٍ لطبيعيّ الأمة الإسلامية، وترتب الضرر بسببه على بعض أفراد الأمة خلاف الامتنان ومستلزم للتناقض، لأن الموجبة الجزئية نقيض السالبة الكلية، وفيما نحن فيه، جريان القاعدة بالنسبة إلى الضامن ليرتفع عنه وجوب الشراء، يستلزم الضرر على البائع، وذلك مانع عن جريانها في حق الضامن. وربما يقال في تقريب عدم اعتناء الشيخ بقاعدة لا ضرر: بأن هذه

لازم طبعي للضمان، وفي مثله لا يتمسك بقاعدة نفي الضرر. وبعبارة اخرى: فإن خروج محلّ الكلام عن القاعدة تخصّصي لا تخصيصي حتى يقال بأن كثرة التخصيص أوجبت الإجمال فاحتاج إلى الجبر بعمل الأصحاب.

القاعدة لا تشمل ما نحن فيه، إذ لا ضرر في نفس الشراء، وإنما هو في مقدمته، أعني بذل المال، وهو لا يسري إلى ذي المقدّمة^(١).

والإنصاف عدم تمامية هذا الوجه، لأن ارتفاع وجوب المقدّمة يلازم ارتفاع وجوب ذي المقدّمة، والترخيص فيها ترخيص فيه، فإذا لم يجب بذل المال لم يجب الشراء لا محالة.

وبعبارة أخرى: عدم الشيء تارة: يكون بعدم وجود علته، وأخرى: بارتفاع ما يكون علّة لوجوده، وثالثة: بإيجاد العلة لعدمه. ورابعة بعدم وجود حكمه، إذ عدم الموضوع في عالم التشريع يكون بعدم حكمه لاتحادهما فيه، وخامسة: بعدم وجود المقتضي لوجوده، مثلاً: وجوب الوضوء يقتضي وجود الوضوء خارجاً، فإذا كان الوضوء ضرورياً ارتفع وجوبه وبارتفاعه يرتفع الوضوء نفسه.

وعلى هذا، فإذا كانت مقدّمة الحكم المقتضية لوجوده ضرورية وارتفعت بالقاعدة، فذو المقدّمة - وهو الحكم - يرتفع بارتفاعها، لأنّ المقدّمة سبب لذي المقدّمة، وبارتفاع السبب يرتفع المسبّب.

تحقيق المقام

والتحقيق: إنه إن كان انحصار المثل بالفرد بمثابة كونه معدوماً، فوجوب شرائه ساقط - لأنّ المرتكز من أدلة الضمان الملقاة إلى العرف هو الفرد المتداول من المثل - وينتقل الحكم إلى القيمة، وأما إذا لم يصل إلى تلك المثابة، فالشراء بأي ثمن واجب، لا لعموم النصّ والفتوى كما عليه الشيخ،

(١) راجع: حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني: ٩٨.

بل لما ذكرنا مراراً من إيكال الشارع فهم الضمان إلى العرف، ومن الواضح عند العرف أنَّ الأمر بدفع المثل يقتضي كونه متداولاً وألاً تلزم لغويته، فإذا كان متداولاً وجب شراؤه ولو بأضعاف مضاعفة، ولا أثر لقاعدة نفي الضرر، لا لما ذكرنا، بل للفرق بين مقدمة الواجب التكليفي وبين مقدمة الواجب الوضعي، أمّا في الأول، فإذا كانت المقدمة ضرورية انتفى وجوب ذي المقدمة، وأمّا في الثاني فلا، والضمان من هذا القبيل، وكذا الدين، فإنه يجب أدائه وإن كانت مقدّمته ضرورية، لاستقلال العقل بوجوب الخروج عن العهدة، والقاعدة لا ترفع الحكم العقلي. وكذا الكلام في الكفارات والديات والملكية والنجاسة... إلى غير ذلك.

وتلخص: أنه إذا كان المثل إنمّا يوجد عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس، وهو غير متداول في السوق وكان بمثابة المعدوم، فلا تردّد في الانتقال إلى القيمة، لا لقاعدة لا ضرر، بل لما ذكرنا من ظاهر أدلة الضمان بعد إيكال أمره إلى العرف، وأمّا إذا لم يكن بتلك المثابة، فالشراء واجب، لا لعموم النصّ والفتوى - لما عرفت ما فيه - بل لظاهر أدلة الضمان كذلك، وقاعدة لا ضرر غير مانعة عن ذلك، لا لما ذكر، لما عرفت، ولأنّ رفع الحكم مع بقاء موضوعه يستلزم انفكاك المعلول عن العلّة، وهو محال، وما يلزم منه المحال محال.

وهنا بيان آخر، وهو:

إنه إذا توجه الحكم التكليفي الشرعي إلى طبيعة، كأن قال: الصلاة واجبة، فكان فرد منها ضرورياً، ارتفع الوجوب عن الفرد بقاعدة لا ضرر، فهي في الحقيقة مخصصة مانعة، وأمّا لو كان الحكم متوجّهاً إلى موضوع ضرري

استحال ارتفاعه بالقاعدة، لأنَّ الشيء لا يمنع عن نفسه... وعليه، فلا يعقل أن تكون القاعدة مانعةً عن دفع المثل، لأنَّ ضمان المثل ودفعه ضروري.

حكم ما لو سقط المثل عن المالِية في زمن الدفع

بقي قول الشيخ:

بل ربما احتل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالِية، كالماء على الشاطئ والثلج في الشتاء.

أقول:

فيه خلاف، فعن جماعة: تجب قيمة التَّالف في زمانه أو مكانه، وعن آخرين - ومنهم صاحب الجواهر^(١) - القول بوجوب المثل، لأنَّ مالِية الشيء اعتبارية ولا تدخل ضمن الضمان.

وقد أيد بصحيفة العباس بن صفوان: «سأله معاوية بن سعيد عن رجلٍ استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيَّرت ولا يباع بها شيء، ألصاحب الدراهم الدراهم الأولى...؟ فقال عليه السَّلام: لصاحب الدراهم الدراهم الأولى»^(٢).

وفيه نظر، لأنَّ المالِية نقصت لأنها زائلة. هذا أولاً. وثانياً: إنَّ المالِية منظورة في الضمان، وما لا مالِية له لا ضمان له، وما لا مالِية له لا يخرج به عن الضمان.

(١) جواهر الكلام ٩٩/٣٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠٧/١٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرَّمَق: ٤.

حكم مطالبة المالك بالمثل في بلد التلف وغيره

قال الشيخ:

ثم إنه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل، بين كونه في مكان التلف أو غيره، ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا... وفي السرائر: أنه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة وأصول المذهب. وهو كذلك، لعموم: الناس مسلطون على أموالهم.

هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة، وأما مع تعذره فبأني حكمه.

أقول:

قيل^(١): ليس له المطالبة إلا في بلد التلف، إلا أن يكون بلد المطالبة من البلدان التي نقل العين إليها.

ولعله، لأن الضمان يكون مع العين أين ما كانت، فكما لو كان المالك موجوداً في إحدى البلدان التي نقلت إليها وطالبه بها في ذلك البلد، كان على المشتري ردّ العين، وكان عليه دفع مثلها لو تلفت هناك، كذلك للمالك أن يطالبه بالمثل بقيمة ذاك البلد وإن كان التلف في غيره، إذ يكفي كونه بلد الضمان، كما لو سلم المبيع سلماً في غير بلد المعاملة، وإن كان المنصرف إليه تسليمه فيه.

ولكن مقتضى الأدلة هو جواز المطالبة في أي بلد وإن زادت قيمته فيه على بلد التالف، كإطلاق قاعدة السلطنة، فإن الشيء إذا تلف كان للمالك مثله

في ذمة المتلف، فله أخذه متى شاء وأين شاء، لأن معنى الحديث: أَنَّ النَّاسَ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ فِي أَيِّ زَمَانٍ، وَفِي أَيِّ مَكَانٍ، وَكَذَا بَأَيِّ ثَمَنِ، لِأَنَّ مِمَّا ثَلَّ الشَّيْءَ مَا كَانَ مُشْتَرَكاً مَعَهُ فِي الْخُصُوصِيَّاتِ، وَأَمَّا مَالِيَّتُهُ فَأَمْرٌ اِعْتِبَارِي خَارِجٌ. بل يمكن الاستدلال لذلك بإطلاق قوله تعالى ﴿فَمَنْ اِغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِغْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ إذ لا ريب في دلالة على جواز التَّقَاصُّ، وحينئذٍ، فمقتضى إطلاقه عدم الفرق بين مكانٍ أو زمانٍ وآخر.

الثامن*

أحكام تعذر المثل في المثلي

قال الشيخ:

لو تعذر المثل في المثلي، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك، لأن منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر فوجببت القيمة، جمعاً بين الحَقين، مضافاً إلى قوله تعالى ﴿فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾.

أقول:

قال جماعة بالانتقال إلى القيمة مطلقاً، وفصل الشيخ -والحق معه- بين مطالبة المالك وعدم مطالبته، لأنَّ الوجود الخارجي لا دخل له في المثلية حتى يقال بخروج الشيء عن المثلية إذا تعذر المثل في الخارج.

حكم دفع القيمة مع المطالبة

وقد استدللَّ الشيخ على وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك: بأنه مقتضى الجمع بين الحَقين، وبالأية المباركة.

والتحقيق أن يقال: تارة: يتعذر الشيء إلى الأبد، واخرى: يتعذر في زمانٍ خاص دون غيره، وثالثة: يتعذر في مكانٍ دون غيره. وما في جامع

(*) وهو السادس في كتاب المكاسب.

المقاصد^(١) من أن التعذر أمر عرفي، فغريب، إذ لم ترد الكلمة في نص حتى يقال بالرجوع إلى العرف في مفهومها، ورابعة: يتعذر تحصيل الشيء على الضامن وآل فهو موجود في الخارج، وعجزه عن تحصيله قد يكون فعلاً وقد يكون إلى الأبد.

فإن كان الشيء متعذراً إلى الأبد، أو كان الضامن عاجزاً عن تحصيله كذلك، فلا حق للمالك أن يطالب بالمثل، كما لا حق للضامن أن يستمهل، بل يجب عليه دفع القيمة بمجرد المطالبة.

وإن كان الشيء متعذراً في زمان أو مكان، فطالب المالك بالقيمة، واستمهل الضامن حتى يأتي بالمثل في الزمن اللاحق أو من بلد آخر، فلا مجال لشيء من الوجوه المذكورة.

إذن، ليس وجوب دفع القيمة على إطلاقه.

أما الوجه الأول: فالظلم عبارة عن منع الغير عن حقه، فلا بد أولاً من إثبات حق المطالبة بالقيمة - مع تمكن الضامن من دفع المثل - حتى يكون منعه ظلماً، لكن استحقاق المالك لقيمة التالف أول الكلام، لأن الضامن كان بالمثل، وليس له المطالبة بقيمة المثل، لأنه لم يضمن المالية في عرض الخصوصيات، لأن المالية في طولها، والمفروض هو التمكن من تسليم المثل بخصوصياته، فلا تصل النوبة إلى المالية حتى يجوز له المطالبة بالقيمة.

وأما الوجه الثاني، وهو الاستدلال بالآية، لما ذكره الشيخ بقوله:

فإنَّ الضَّامِنَ إِذَا أُلْزِمَ بِالْقِيَمَةِ مَعَ تَعَدُّرِ الْمَثَلِ لَمْ يَعْتَدِ عَلَيْهِ بِأَزِيدٍ مِمَّا اعْتَدَى.
ففيه: إن كانت الآية تدلُّ على الضَّمان، كما تقدَّم في الفرع الرابع، كان معناها: أنَّ المعتدي ضامن بمثل ما اعتدى، والمفروض عدم تحقق اعتداء آخر يوجب الضمان بالقيمة، فما وجه الاستدلال بها لضمانها؟ وإن كان معناها: تجويز التقاض، بأن يأخذ المعتدئ عليه كما أخذ المعتدي، فمن الواضح أن مورد التقاض هو صورة الامتناع، والمفروض عدمه من الضَّامن غير أنه يستعمل. هذا أولاً.

وثانياً: مقتضى الاستدلال المذكور جواز المطالبة بالقيمة مع وجود المثل -لأنه لم يعتد عليه بأزيد ممَّا اعتدى- ولا يقول به أحد.
فظهر سقوط وجهي الشَّيخ رحمه الله.

وأضاف السيد^(١) دليلين آخرين:

أحدهما: إنَّ المثل عبارة عن الواجد للخصوصيات والمالية، وكل ذلك مستقرُّ في ذمَّة الضامن وللمالك المطالبة بذلك كله، وحينئذٍ، يجوز له رفع اليد عن الخصوصيات والمطالبة بخصوص المالية، لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وآله: النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ.

والآخر: صبر المالك حتى يحصل المثل ضرري، فلا يجوز إلزامه به.
لكنَّ ما ذكره سهو من قلمه، لأنه إذا تلفت العين زالت خصوصية الشخصية، وأمَّا بقية الخصوصيات الصنفيَّة والنوعيَّة، فباقية، والمالية صفة قائمة بالخصوصيات لأنَّها خصوصية في عرضها اشتغلت بها ذمَّة الضَّامن

(١) حاشية المكاسب ١ / ٤٨٠.

كذلك، فللمالك المطالبة بالمثل ذي المائتة لا المطالبة بالمائتة، إذ لا معنى لأن يطالب بالصفة دون الموصوف.

وبعبارة أخرى: لم يكن المتلف ضامناً للقيمة -أي الدينار والدرهم- إلى جنب المثل، حتى يكون صاحب المال التالف مالكاً لها في ذمة الضامن، وإنما هي أمر اعتباري متعلق بالمثل، فهي لم تكن مورداً لسلطنة المالك حتى يستدل بقاعدة السلطنة.

وأما أن صبره ضرري، ففيه: إنه ليس الصبر ضررياً، ولا أن هنا حكماً شرعياً ضررياً، حتى يرتفع بقاعدة لا ضرر على كلا المسلكين فيها، نعم، عليه أن يصبر، لأجل تعذر المثل، والمفروض عدم استحقاقه للقيمة. إن قلت: عدم إيجاب الشارع لإعطاء القيمة ضرري، لأنه يستلزم الصبر وهو ضرر، فينقلب إلى نقيضه وهو وجوب الإعطاء.

قلت: إن القاعدة ناظرة إلى الأحكام وحاكمة على الأدلة، ولم يكن عدم إيجاب القيمة على الضامن حكماً مجعولاً حتى يرتفع بالقاعدة، بل إنه من ارتفاع الحكم بارتفاع موضوعه [١].

هذا كله في صورة مطالبة المالك.

[١] ولم يهتم السيد الجد طاب ثراه باستدلال السيد قدس سره بالإجماع، وكأنه لعدم ثبوت الإجماع وعدم كاشفيته عن رأي المعصوم أو الدليل المعبر.

واستدل المحقق الخوئي رحمه الله لوجوب دفع الضامن للقيمة إذا طالب المالك فقال:

«لا ينبغي الرب في أن المالك له إلزام الضامن بدفع القيمة، لأن الأوصاف

حكم دفع القيمة مع عدم المطالبة

قال الشيخ:

وأما مع عدم مطالبة المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة، لأن المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبة المالك وجمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة وحق الضامن لعدم تكليفه بالمعذور والمعسور، أما مع عدم المطالبة فلا دليل على

النوعية من حقوق المالك على الضامن، وله رفع اليد عن حقه وإسقاطه بقبول غيره بدلاً عنه، كما أن المبيع إذا كان مشتملاً على أوصاف للمشتري رفع اليد عنها ورضاه بالمبيع الفاقد لها، والسيرة العقلانية تساعد ما ذكرناه، فإنهم يلزمون الضامن بدفع القيمة عند إعواز المثل إذا طالب بها المالك»^(١).

وقد اشتمل كلامه على وجهين:

أحدهما، قوله: لأن الأوصاف النوعية....

والثاني، قوله: والسيرة العقلانية....

أما الأول، ففيه: إنه لا ينبغي الربب فيما ذكره كما قال، لكن المدعى جواز إلزام المالك الضامن بدفع القيمة، وهذا الوجه غير وافي بإثبات المدعى كما لا يخفى.

وأما الثاني، ففيه: إن قيام السيرة العقلانية على ما ذكر في المأخوذ بالبيع الفاسد، غير واضح، نعم، هي قائمة في صورة الغصب، وهي القدر المتيقن منها مع الشك. وعلى الجملة، فالوجه الأول غير تام، والثاني محل إشكال وإن ارتضاه بعض مشايخنا دام بقاءه.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ١٩٢/٢.

سقوط حقه عن المثل.

أقول:

هذا يبتني على المسالك في بدلية القيمة عن المثل في القيميات، فإن كان هو تعذر المثل ولو آنأماً، فالبدلية متحققة، لأن المفروض تعذر المثل، وإن كان هو مقتضى أدلة الضمان الموكول فهمه إلى العرف، فإنه إذا كان التعذر عند العرف موجباً للبدلية، فهو التعذر في جميع الأزمنة، دون التعذر فعلاً، ومع فرض التمكن من المثل في وقت آخر لا ينتقل إلى القيمة، وليس للضامن إلزام المالك بأخذها، والله العالم.

فإن قلت:

إن التعذر عبارة عن عدم إمكان الأداء، واعتبار ثبوت ما لا يمكن أدائه على عهدة الضامن واشتغال ذمته به لغو، وحينئذٍ، ينتقل إلى القيمة، فيجوز للمالك المطالبة بالقيمة وللضامن إلزامه بقبولها مع عدم مطالبتها، فلا يبقى للتفصيل بين صورة المطالبة وعدمها وجه.

قلت:

أولاً: إن الاعتبار الوضعي يغير التكليف، فلو تعذر متعلق التكليف لم يعقل فعلية التكليف، لأن الفعلية عبارة عن التحريك وهو والتحريك متضانان، ولا ينفك أحدهما عن الآخر، كما أن التحريك والحركة واحد حقيقة، فإذا امتنع أحدهما امتنع الآخر، ولذا قلنا باستحالة الواجب المعلق عقلاً. أما اعتبار الحكم الوضعي فعلاً بلحاظ الأثر المترتب عليه فيما بعد، فلا مانع منه.

وثانياً: قد ذكرنا أنَّ الضَّمان بمعنى الكفالة والكون في العهدة، فهو ضامن للعين التالفة، والمعتبر هو كفالتها، ومن الأحكام الشرعية والعرفية في كفالة المثليات هو أنَّ إعطاء المثل بمنزلة إرجاع العين، فالمشتغل به الدَّمة هو الكفالة لا المثل حتَّى يقال بالانقلاب إلى القيمة بسبب التعذُّر.

وتلخّص:

إنه مع إمكان تحصيل المثل في الزَّمان الآتي أو في مكانٍ غيره، ليس للمالك المطالبة بالقيمة، كما أنه ليس للضَّامن إلزامه بأخذها، اللهمَّ إلَّا إذا تراضيا وتصالحا، فذاك أمر آخر.

هذا كلُّه في المتعذَّر فعلاً الممكن تحصيله فيما بعد.

وأما إن كان متعذِّراً إلى الأبد في جميع الأزمنة والأمكنة، والمفروض تمكُّنه من مالِيَّة العين التالفة، وجب عليه دفع القيمة لقيامها مقام المالِيَّة. وحينئذٍ، يقع البحث في أن الواجب دفع قيمة أيَّ يوم.

قيمة أيَّ يوم يدفع؟

قال الشيخ:

المشهور أنَّ العبرة في قيمة المثل المتعذَّر بقيمته يوم الدفع... ويحتمل اعتبار وقت تعذُّر المثل وهو للحلِّي....

أقول:

إذا تعذَّر المثل بقولٍ مطلقي كما هو المختار أو بالفعل كما عليه الشَّيخ، ووجب دفع القيمة، فهل الواجب دفع قيمة المثل المتعذَّر أو العين التالفة؟

الظاهر هو الثاني، لأنه المضمون، فعليه دفع بدله وهو القيمة، وسيأتي توضيحه.

وقيمة أي يوم؟ يوم يدفع؟ يوم التعذر أو يوم المطالبة أو يوم الأداء أو يوم التلف؟

أما يوم الأداء والدفع، فقد ذكر الشيخ دليله بقوله:
لأن المثل ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان ولا دليل على سقوطه بتعذره....

أما الأول، فقد ذكر الشيخ دليله بقوله:

لأنه وقت الانتقال إلى القيمة.

ثم أشكل عليه فقال:

ويضعفه أنه إن أريد بالانتقال انقلاب ما في الذمة إلى القيمة في ذلك الوقت، فلا دليل عليه. وإن أريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمة إلا بالقيمة، فوجوب الإسقاط بها وإن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا أنه لو أخر الإسقاط بقي المثل في الذمة إلى تحقق الإسقاط، وإسقاطه في كل زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان، وليس في الزمان الثاني مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول.

هذا بناءً على أن عليه قيمة المثل المتعذر.

وأما بناءً على التحقيق من أن عليه دفع قيمة العين التالفة، لا المثل المتعذر، إذ الخسارة إنما وردت على العين، وقد وجب عليه دفع المثل بمناسبة أن دفعه بمنزلة إرجاع العين، فهو في الحقيقة ضامن للعين المقبوضة فكان المثل يتدارك به العين التالفة، وإذا تعذر فضمانه بالنسبة إلى

العين باق، فالواجب عليه دفع القيمة -أي الدينار والدرهم - بدلاً عن مالية العين التالفة - بقيمة يوم التعذر....

وهذا بيان مطلب الشيخ، وإن كانت عبارته مشتبهة، إذ قال:

ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدم سابقاً من الآية ومن أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو: وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل، توجه القول بصيرورة التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل، إذ لا فرق... ما نحن فيه.

وقال المحقق الخراساني معلقاً على قول الشيخ: لأن المثلي ثابت في الذمة: هذا على المشهور من اشتغال الذمة بالمثل. وأما على ما هو ظاهر الأدلة، فلأن العين باقية على العهدة إلى ذلك الزمان، فيكون العبرة بقيمة يوم الدفع لأنها قيمة العين لا المثل^(١).

وتقريبه هو: إن العين الخارجية كانت مركبة من الماهية والوجود، فلما تلفت انعدم وجودها، لكن ماهيتها وهي عبارة عن الكلّي الطبيعي موجودة اعتباراً في ذمة الضامن، وحينئذ يكون مكلفاً بإيجاد المصداق للكلّي وهو المثل، لكون التالف مثلياً، ودفعه إلى المالك حتى يخرج عن العهدة، وهذا اللحظ نقول بأن المثلي يضمن بمثله، لكن المثل متعذر والأمر الاعتباري المذكور لا يزال موجوداً، فلا وجه للقول بتبدله إلى القيمة بسبب تعذر المثل، بل إنه إذا أراد تفريغ ذمته وجب عليه دفع قيمة يوم الأداء.

وتلخص إلى هنا:

أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَيْنِ:

أحدهما: قيمة يوم تعذر المثل، وهو الذي حكاه الشيخ عن جماعة.

والثاني: قيمة يوم الأداء، وهو الذي نسبته إلى المشهور.

وهنا قول ثالث - وهو مقتضى التحقيق - وهو: إن بقاء الشيء اعتباراً في الذمة على الوجه المذكور أمراً لا يقبل الإنكار، ولكن هل هذا هو المستفاد من أدلة الضمان؟ إن مدلول تلك الأدلة - كما تقدّم مراراً - هو كفالة من تلفت العين بيده وكونها في عهده، وأن عليه تفريغ ذمته بأدائها إلى مالِكها، فإن كان لها مماثل حصل التدارك بدفعه، ومع تعذره يستدرك التالف بمالتيه وهي عبارة عن الدرهم والدينار المعبر عنها بالقيمة، فالواجب دفع قيمة التالف يوم تلفه.

وهذا ما يفهمه العرف من أدلة الضمان.

قال الشيخ:

ثم إنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ احْتِمَالَاتٍ أُخَرُ... وحاصل جميع الاحتمالات....

أقول:

وملخص الكلام أنه يحتمل أن يكون الواجب دفع قيمة:

- ١ - يوم قبض المبيع، لكونه مبدء الضمان وضع اليد على الشيء.
- ٢ - يوم التلف، لأنه ما دامت العين موجودة فالواجب إرجاع نفسها، ولمّا تلفت ومثلها متعذر، وجب دفع قيمتها يوم تلفها.

٣- يوم التعذر.

٤- يوم المطالبة.

٥- يوم الأداء.

٦- إن الواجب دفع أعلى القيم من حين القبض إلى يوم الأداء.

٧- من حين القبض إلى يوم المطالبة.

٨- من حين القبض إلى يوم التعذر.

٩- من حين القبض إلى يوم التلف.

وقيمة المثل:

هو أعلى القيم من حين تعذره إلى يوم المطالبة، أو إلى يوم التعذر، أو من حين تعذره إلى يوم التلف أو إلى يوم الأداء؟

وهي احتمالات كثيرة، إلا أنه لا حاجة إلى البحث عنها، بعد أن ذكرنا المهم منها والمختار من بينها، وملخص ذلك:

إن المثل إذا تعذر ينتقل إلى القيمة، إما قيمة المثل نفسه أو قيمة التالف، فمقتضى الاعتبار العقلي وجوب دفع قيمة المثل وإن كان بينها وبين قيمة التالف فرق، وذلك، لأن التالف هو الوجود الخارجي للشيء وماهيته موجودة اعتباراً في الذمة، فيجب عليه الوجود الآخر المماثل للوجود الأول الذي تلف، وإذا تعذر الوجود الثانوي وجب عليه دفع قيمته.

ولكن هذا الاعتبار العقلي تام ثبوتاً، أما إثباتاً، فإن تنزيل أدلة الضمان على هذه الدقة العقلية، غير ممكن، بل ظاهراً أن المثل إنما وجب ليتدارك

به الخسارة الواردة بتلف العين، فإذا تعذر ووجب الإنتقال إلى القيمة، فإن الواجب دفعه هو قيمة التالف.

وبعد هذا، فما هو المراد من التعذر أو الفقد أو الإعواز كما في عباراتهم؟

في المراد من التعذر وإعواز المثل

قال الشيخ:

ثم إن المحكي عن التذكرة أن المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد في البلد وما حوله. وزاد في المسالك قوله... وعن جامع المقاصد... ويمكن أن يقال... نعم، لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد.... أقول:

ظاهر الشيخ أن جامع المقاصد أرجع معنى «الإعواز» إلى العرف، ولا تخفى غرابته، لأن الكلمة لم ترد في نص حتى يرجع في مفهومها إلى العرف، لكن الصحيح أن جامع المقاصد يريد الرجوع إلى العرف في معرفة مفهوم «حوالي البلد» لا في مفهوم «الإعواز»، وهذه عبارته: «واعلم أن المراد من تعذر المثل أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه، كذا ذكر في التذكرة، ولم يحد ما حواليه، والظاهر أن المرجع فيها إلى العرف»^(١).

وعلى الجملة، فهنا قولان: أحدهما: أن المراد هو البلد وما حوله مما ينقل عادةً منه إليه، كما ذكروا في انقطاع السلم فيه، وقد أشار الشهيد الثاني

(١) جامع المقاصد ٦/٢٤٥.

بهذا النظر إلى النصوص في السلم، كقوله عليه السلام: الحلبي سنل أبو عبدالله عن رجلٍ يسلم... فسأل صاحب الحق... قال: لا بأس....

والقدرة المتعارفة عبارة عن القدرة في البلد وما حوله، ونقيض ذلك: عدم القدرة على الشيء في البلد وما حوله.

والإنصاف: عدم تمامية الاستدلال بأخبار السلم لما نحن فيه، إذ الظاهر في السلم هو انصراف العقد إلى الكلّي المقدور عليه في البلد وحواليه، لأن القدرة على التسليم من الشرائط، وهي القدرة المتعارفة المذكورة، ولا ربط لذلك بما نحن فيه.

والثاني: إنه غير محدود بحدّ، لأنّ مورد البحث - كما هو ظاهر كلماتهم - هو التعذّر الموقّت لا التعذّر بقولٍ مطلقٍ، وليس في البين نصّ يدلّ على أن المقصود من «المثل» ما يقع تحت اليد بسهولة ولا مؤنة زائدة، بل مقتضى نصوص الضمان في أنّ على الضامن الخروج عن عهدة الكفالة بدفع المثل النازل بمنزلة التالف، هو وجوب تحصيل المثل في أيّ بلدٍ كان أو في أيّ زمانٍ، كما كان مكلفاً بإرجاع نفس العين إن أخذها إلى بلادٍ نائيةٍ، بلا فرق... وقد تقدّم الجواب عن دعوى مانعية قاعدة نفي الضرر عن ذلك.

والقول الثاني هو المختار.

والحاصل:

إن على الضامن أن يرجع العين إلى صاحبها وإن استلزم المؤونة الكثيرة، بل لو فرض إمكان إعادة المعدوم وجب عليه ذلك، وإن تلفت وجب عليه دفع المثل، وإن تعذّر فهو ضامن للمالّة، وهذا حكم وضعي

يجب عليه الخروج عن عهده.

ثم إن الأحكام الوضعية على أنحاء:

فمنها: ما هو مطلق، كالقرض.

ومنها: ما هو مقيد بقيد، كالحلية في الذبيحة، فإنها مقيدة بأن لا يكون الذابح محرماً، ودية القتل مقيدة بأن يكون شبه العمد، وملكية اللقطة مقيدة بأن لا تكون في الحرم... وهكذا....

فالأحكام الوضعية تجعل تارة على الإطلاق واخرى مقيدة.

فهل ضمان المثل مطلق أو مقيد بقيد القدرة؟ وعلى الثاني: فهل المراد القدرة العقلية، بأن يجب عليه تحصيلها بأي مؤونة، أو القدرة المتعارفة، فلو كان مثل العين التالفة عند شخص لا يبيعه إلا بأضعاف، فلا قدرة على شرائه عند العرف، أو المراد هو المتعارف تحصيله ولو من البلاد البعيدة، أو خصوص القدرة في البلد وما حوله؟

إذن، لابد من تحرير المراد من «التعذر» و«الإعواز» وعدم القدرة على المثل، فنقول:

إن الظاهر المتفاهم عرفاً من أدلة الضمان، هو المقدور بحسب المتعارف ولو من البلاد البعيدة، ويقابله الإعواز والتعذر، ولو شككنا في المراد من القدرة هنا، رجع الشك إلى ضمان الزائد على المقدور عليه بالقدرة المتعارفة، والأصل عدمه، فما كان خارجاً عن ذلك فهو المتعذر، وحينئذ، يتدارك العين التالفة بالقيمة، أي بالدينار والدرهم.

وبهذا يرد الاشكال في كلام الشيخ المذكور سابقاً، إذ قال «يجب تحصيل

المثل بأي ثمن كان» مستدلاً بقاعدة السلطنة، لأن موضوعها كون الشيء مالا للناس، وهذا - حيث يكون متعذراً تحصيله عرفاً - أول الكلام.

هل الاعتبار بقيمة بلد المطالبة أو التلف أو الأعلى منهما؟

قال الشيخ:

ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكنه ولو كان في غير بلد الضمان، وكانت قيمة المثل هناك أزيد.

وأما مع تعذره وكون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة، فهل له المطالبة بأعلى القيمتين أم يتعين قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف؟ وجوه.

وفصل الشيخ في المبسوط....».

أقول:

هذا مبني على قول المشهور أن المثل في المثلي، وأنه إذا تعذر وجب عليه دفع البدل، ولكنه لم يذكر في الوجوه بلد الأداء.

وقبل الورود في البحث، نذكر مقدّمتين:

الأولى: إن اشتغال الذمة ليس بضمان، فلو اشترى شيئاً نسيئته فذمته مشغولة بالثمن، لا أنه ضامن له، وفي بيع السلم تشتغل ذمة البائع بالمبيع وليس بضامن له، لأن الضمان - كما تقدّم - كون الشيء على العهدة، فإن كان له وجود خارجاً وجب عليه إرجاعه إلى صاحبه، أو إلى محله كمن أخرج شخصاً من بيته ليلاً فهو ضامن بإرجاعه إلى بيته، وكذا المشتري، فإنه يضمن بدل المبيع ببذله المسمى، أو الواقعي - وهو المثل أو القيمة - إن تلف.

والحاصل: إنَّ الكفالة بإرجاع العين أو بدلها وهي الضمان شيء، واشتغال الذمة شيء آخر. وبعبارة أخرى: إنَّ الضمان يتعلّق بالعين، فما دامت موجودةً ويمكن إرجاعها، وجب عليه الإرجاع، وإن كانت موجودةً ولا يمكن إرجاعها، وجب عليه بدل الحيلولة، وإن كانت تالفَةً وجب عليه دفع المثل إن وجد، وإن تعذّر وجب على دفع قيمة العين التالفة لا قيمة المثل.

الثانية: إنَّ التلف من شئون وجود الشيء، والمماثلة تنسب إلى الوجود ويقال وجودان متماثلان، والتمكّن والتعذّر من أحوال الوجود، وكذا المالمية، وعليه، فإذا تلف الشيء كان الثابت في الذمة اعتباراً هو الماهية، فإن كان لها قابلية الوجود في ضمن فردٍ مشابه للتالف، كان التالف مثلياً وإلا فهو قيمي، فالمعتبر في الذمة ليس هو الوجود الخارجي للمماثل، فلا معنى لأن يُقال بأن المثل في الذمة.

وعلى الجملة، فكل شيء إذا تلف انعدم وجوده، فإن كانت ماهيته الطبيعية قابلةً لأن تصدق على أفرادٍ متشابهة، فالتالف مثلي وإلا فهو قيمي. فظهر: إن القول بأن الإنسان يضمن المثل إذا كان التالف مثلياً باطل، لأن المثل هو الموجود المماثل للتالف، والوجود لا يأتي إلى العهدة والذمة.

وعلى هذا، فلو حصل المثل في الخارج، فلا إشكال في وجوب ردّه وبذلك تبرء الذمة، وأما إذا تعذّر المثل واستقرّ في الذمة قيمة التالف، فإن كان التلف في وقت الرخص وجب عليه قيمة ذلك الوقت، وإن كان في وقت الغلاء، وجب عليه قيمة ذلك الوقت، وإن كان في وقت متوسط بين الرخص

والغلاء، وجب عليه قيمة ذلك الوقت.

وبهذا تعرف: أن لا موضوع للوجوه المذكورة أصلاً.

وكذا الكلام في أجره المثل، فلو جلس في دار غيره غصباً، لم ينظر إلى بلد المطالبة أو التلف وغير ذلك، بل ينظر إلى الوقت الذي وقع فيه الغصب وما كان يحصل عليه صاحب الدار لو أجرها في ذلك الوقت.

وكل ذلك لأن الذي يكون على الذمة هو بدل التالف مثلاً أو قيمة، فإذا تعذر المثل وجب دفع قيمة التالف، فإن ذلك هو المخرج عن عهدة الخسارة الواردة على المالك.

حكم ما لو سقط المثل عن المايّة

قال الشيخ:

بقي الكلام في أنه هل يعدّ من تعذر المثل خروجه عن القيمة، كالماء على الشاطئ إذا أتلّفه في مفازة والجمد في الشتاء إذا أتلّفه في الصيف، أم لا؟ الأقوى بل المتعين: هو الأول....

أقول:

قد ذكرنا أن المضمون هو العين إذا تلفت، وقوام معنى الضمان هو التعهّد بتدارك الخسارة المائيّة، وأنّ المعتمد ثبوته في الذمة هو الماهيّة القابلة للصدق على مماثل التالف - لا العين الخارجيّة ولا مثل العين، إذ لا معنى لاعتبار الوجود الخارجي بخارجيّة - وهي المراد من المثل، فالمثلي ما إذا تلف يعتبر في الذمة ماهيّة التي لها مصداق في الخارج، وذلك المصداق

مماثل للتالف، ونحن، وإن قلنا في البحوث السابقة بأنه يجوز عقلاً اعتبار ثبوت الماهية في الذمة وأنه يجب دفع المصداق الخارجي، لكننا ذكرنا أن هذا الأمر العقلي مما لا يتنبه له أهل العرف الذين أُلقيت إليهم نصوص الضمان وهم المخاطبون فيها.

فعلى مسلكنا المزبور - وهو الصحيح - لا مناص من الحكم بوجوب دفع القيمة في مسألتنا، لأن ما لا مالية له لا يتدارك به المال، فلا بد من دفع القيمة، وسيأتي بيان ما يجب دفعه.

وربما يظهر من صاحب الجواهر^(١) الميل إلى كفاية دفع المثل وإن كان ساقطاً عن المالية، لوجوه:

أحدها: إنه قد تقرر عند المشهور أن المثلي بالمثل، فإذا دفعه خرج عن العهدة وإن كان خارجاً عن القيمة، فهو كما لو اشترى عيناً بالبيع الفاسد أو غصبها، فكانت حين الرد إلى مالكةا خارجة عن القيمة، حيث لا إشكال في خروجه عن العهدة بردها إليه كذلك.

والثاني: إن المثل الذي يضمه الضامن هو المماثل للتالف في الذات والصفات، وأما ماليته فلم تكن مضمونة، ولذا يكون دفع المثل مبرراً للذمة وإن كانت قيمته أقل قيمة التالف. وأيضاً: يجب عليه دفعه وإن كانت قيمته أكثر، ولا يجوز له مطالبة الفرق من المالك، فلو كانت مالية التالف مضمونة لطالب المالك بالفرق في الفرض الأول والضامن في الفرض الثاني.

والثالث: ما رواه معاوية بن سعيد في الصحيح: «عن رجلٍ استقرض

(١) جواهر الكلام ٩٩/٣٧

دراهم من رجلٍ وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت، ولا يباع بها شيء،
 لأصاحب الدراهم الأولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال: عليه
 السلام: لأصاحب الدراهم الدراهم الأولى^(١).

فقوله: «سقطت أو تغيّرت» والسقوط المقابل للتغيّر عبارة عن السقوط
 عن المائيّة بالكلّيّة، دليلٌ على أن الواجب دفع المثل وإن خرج عن القيمة،
 والدراهم من المثليات.

والرابع: إنه على فرض الشك في بقاء المثل على الذمة بسقوطه عن
 القيمة يستصحب بقاؤه ويكون إعطاؤه موجباً لفرغ الذمة.

لكنّ الإنصاف عدم إمكان المساعدة على ذلك، لأنّا لو سلّمنا اشتغال
 الذمة بالمثل، فإنه لا موضوعيّة للمثل، وإنما اشتغلت الذمة به لأجل أن
 يتدارك به المال التالف، ولا معنى لأن يتدارك بما لا مائيّة له، فإذا لم
 يكون مثلاً ذا مائيّة حتّى يحصل به التدارك.

وقياس ما نحن فيه بالمبيع بالبيع الفاسد الموجود فعلاً أو المفصوب،
 في غير محلّه، لأنّ الضمان هناك ضمان اليد، وعلى اليد ما أخذت حتى
 تؤدّي، فعليه أداء العين المفروضة بقاؤها، سواء كانت باقيةً على قيمتها أو
 زادت أو نقصت، والضمان فيما نحن فيه ضمان الإتلاف والواجب فيه
 الخروج عن عهدة الخسارة.

وهذا جواب الوجه الأوّل.

وأما الثاني ففيه: إنه قد اشتغلت الذمة بالمثل على وجه الطريقيّة لأداء

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٧، باب حكم من كان له على غيره دراهم... إلخ: الزمزم: ٤.

الخسارة لا الموضوعية، وإذا سقط عن المالية لم يتحقق بدفعه تدارك
الخسارة، إذ لا يتدارك المال إلا بالمال.

وقياس ما نحن فيه بصورة نزول القيمة أو صعودها، في غير محلّه
كذلك، لأنّ التدارك في هذه الصورة حاصلٌ لمالية المثل، بخلاف مسألتنا
حيث لا مالية للمثل أصلاً.

وأما الصحيحة، فالمراد من «السقوط» فيها هو الخروج عن الزواج في
السوق، لأنّ الدراهم لا تسقط عن المالية، فسقط الاستدلال بها للمقام.

على أنّ الموضوع في الصحيحة هو القرض، ولا ريب في وجوب
إرجاع الشيء المقرض إذا كان باقياً، سواءً نقصت قيمته أو زادت، ولذا
يمكن القول بأنه لو اقترض ماءً جاز له أداؤه على شاطئ البحر، لكنّ الكلام
هنا في الضمان وتدارك الخسارة، فإنه لا يحصل بما لا مالية له.

وبما ذكرنا يظهر أنّ لا مجال للشك، نعم، لو وصلت النوبة إليه لكان
المحكّم هو الاستصحاب كما ذكر.

هذا كله في أصل المسألة.

قال الشيخ:

والمصرّح به في محكّي التذكرة والإيضاح والدروس: قيمة المثل في تلك
المفازة، ويحتمل آخر مكان أو زمان سقوط المثل عن المالية.

أقول:

إنّ كان الضمان هو ضمان العين وأنّ الواجب هو الخروج، عن العهدة

بالنسبة إليها كما هو المختار، وجب دفع قيمة المثل في المغازة إذا أُتلف الماء فيها، وقيمة الجمد إذا أُتلفه في الصَّيف. وإن كان المثل في الذمّة كما عليه المشهور، فالمتعین هو آخر مكانٍ أو زمان سقط المثل فيه عن المائيّة، والله العالم.

فروع

قال الشيخ:

لو دفع القيمة في المثلي المتعذر مثله ثم تمكن من المثل، فالظاهر عدم عود المثل في ذمته... هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز. وأما على القول بسقوطه وانقلابه قيمياً....

أقول:

ملخص كلامه: إن لإعطاء القيمة أنحاء:

تارة: المثل باق على الذمة، فلا انقلاب إلى القيمة مطلقاً.

واخرى: انقلاب العين التالفة إلى القيمة.

وثالثة: انقلاب المثل المتعذر إلى القيمة.

أما على الأول، حيث أن المثل باق على الذمة إلى حين المطالبة أو الأداء، غير أن المالك لا يصبر ويرضى بالقيمة، فتقع المعاوضة قهراً بين المثل والقيمة، وإذا تحققت المعاوضة سقط المثل عن الذمة وآلا يلزم الجمع بين البذل والمبدل، وإذا سقط فلا يعود.

وأما على الثاني، فأولى بالسقوط، لأن المدفوع نفس ما في الذمة.

وأما على الثالث، فيحتمل وجوب المثل عند وجوده، لأن القيمة المدفوعة بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي أن حكمه عود البذل عند انتفاء الحيلولة.

لكنَّ المهمَّ هو نصوص الضَّمان، وقد قلنا أنها منزلة على المتفاهم العرفي، وأهل العرف يفهمون من الضَّمان وجوب التدارك، فإنَّ كان المثل متمكناً منه عادةً فهو، وإلا فالقيمة، قيمة العين التالفة في زمن التلف، وعليه، فإذا دفع القيمة كذلك حصل التدارك وخرج عن العهدة، وكذا لو رضي المالك بالقيمة مع عدم تعذُّر المثل.

ويبقى الكلام في النحو الثالث، فنقول:

إنَّ «الضمان» يتحقق بالأطراف الأربعة: العين المضمونة، والضَّامن، والمضمون له، وما به يتدارك الضمان، وبدل الحيلولة بدلاً عن العين المضمونة، إذ به يتدارك سلطنة المالك على ملكه، وفيما نحن فيه بناءً على كون المثل في الذمة، وأنَّه بتعذُّره ينزل منزلة التلف يصير قيمياً -نقول: إنَّ المثل هو ما به يتدارك الضمان، وليس هو المضمون، وحينئذٍ لا معنى لبدل الحيلولة.

فظهر أنَّ الحقَّ في جميع الصُّور عدم عود المثل إلى الذمة.

المحتويات

مقدمة في خصوص ألفاظ المعاملات

٩	في أن المعاطاة بيع
١١	في كفاية الإشارة من الأخرس
١٢	بحث مع المحقق الإيرواني
١٧	موجز الكلام في الأحكام الوضعية
٢٥	هل تكفي الكتابة عن الإشارة؟
٢٧	الخصوصيات المعتبرة في ألفاظ العقود
٢٧	هل يقع العقد باللفظ الكتاني؟
٣١	النظر في أدلة القول بالمنع
٣٥	الأقوال في ألفاظ العقد من حيث الكناية والمجاز والإشترك
٣٧	المختار في المسألة
٣٨	نقد الأقوال الاخرى
٤٤	تفصيل الميرزا النائيني
٤٦	الجواب عنه

في ألفاظ الإيجاب والقبول

- الإيجاب بلفظ بعث ٥٤
- الإيجاب بلفظ شريت ٥٨
- الإيجاب بلفظ ملكت ٦٠
- الإيجاب بلفظ اشتريت ٦٤
- القبول بلفظ قبلت ونحوه ٦٦
- القبول بلفظ أمضيت ونحوه ٦٧
- فسر:
- حكم ما لو أوقعا العقد بلفظ مشترك ثم اختلفا ٦٩

مسألة اعتبار العربية

- أدلة القول باعتبار العربية ٧٢
- النظر في أدلة الاعتبار ٧٢
- هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة؟ ٧٦
- هل يعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول؟ ٧٧
- هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ؟ ٧٨

مسألة اعتبار الماضوية

- دليل القول باعتبار الماضوية ٨٠
- دليل القول بعدم الاعتبار ٨٤

مسألة لزوم تقديم الإيجاب على القبول

- دليل القول بلزوم التقديم ٨٧

٨٩	دليل القول بعدم لزوم التقديم
٩٠	التفصيل بين ألفاظ القبول
٩٥	بحث مع المحقق النائيني
٩٨	المختار في المقام
٩٨	الكلام في تقدّم القبول بلفظ الأمر
١٠١	الكلام في تقدم القبول بلفظ اشتريت ونحوه
١٠٦	حكم تقدّم القبول في العقود الأخرى

مسألة الموالة بين الإيجاب والقبول

١١٣	كلام الشهيد الأول
١١٦	رأي المحقق النائيني
١١٩	النظر فيه
١٢٠	رأي المحقق الإيرواني والنظر فيه
١٢٣	رأي المحقق الإصفهاني

مسألة التنجيز في العقد

١٢٥	في أنحاء التعليق
	أدلة اعتبار التنجيز:
١٢٧	الأول: لا يعقل التعليق في الإنشاء
١٢٩	الثاني: الإجماع على التنجيز
١٣٠	الثالث: العقد المتضمن للتعليق لا تشمل آية الوفاء بالعقود
١٣٢	الرابع: التعليق ينافي بالجزم
١٣٣	الخامس: التعليق عبارة عن التقييد وهو لا يتأثى في المعاني الجزئية

السادس: التعليق غير متعارف فلا تشمله الأدلة..... ١٣٤

مسألة لزوم التطابق بين الإيجاب والقبول

تحاء التطابق:

التطابق في ماهية المعاملة..... ١٤٠

التطابق بين المتعاقدين..... ١٤٠

التطابق في العوضين..... ١٤١

التطابق في الخصوصيات..... ١٤٢

مسألة وقوع كل من الإيجاب والقبول

في حال يجوز لكل منهما الإنشاء

وجه هذا الاشتراط..... ١٥٠

الجواب عن انتقاضه بالوصية..... ١٥١

الجواب عن انتقاضه بجواز لحوق الرضا لبيع المكره..... ١٥٢

تحقيق المقام..... ١٥٥

فرع:

حكم ما لو اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة..... ١٥٩

فيه ثلاثة وجوه..... ١٦٠

كلام المحققين الخراساني والإصفهاني..... ١٦١

تحقيق المقام..... ١٦٦

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

الحكم الأول: عدم المملوكية..... ١٧٣

- الحكم الثاني: عدم جواز التصرف فيه ١٧٤
- الحكم الثالث: كونه مضموناً ١٧٤

أدلة ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد

- الدليل الأول: الحديث: على اليد ما أخذت ١٧٥
- الكلام في سنده ١٧٥
- الكلام في دلالة ١٧٦
- الدليل الثاني: الأخبار الواردة في الأمة المسروقة ١٨٠
- الإشكال في الاستدلال بتلك النصوص ١٨١
- الإشكال في الاستدلال بقاعدة لا ضرر وغيرها ١٨٥
- الدليل على الضمان هو الإجماع ١٨٥

الدليل الثالث:

قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

- المراد بالعقد في هذه القاعدة ١٩٠
- المراد بالضمان ١٩١
- بيان عموم القاعدة ١٩٦
- معنى «الباء» في القاعدة ٢٠٠
- الكلام في مدرك القاعدة ٢٠٢
- ١ - الإجماع ٢٠٣
- ٢ - قاعدة الإقدام ٢٠٣
- ٣ - قاعدة اليد ٢٠٧

٢٠٨	٤ - قاعدة السلطنة.....
٢١١	٥ - قاعدة الاحترام.....
٢١٣	٦ - الأخبار في أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.....
٢١٥	٧ - الأخبار في أنه لا يصلح ذهاب حق أحد.....
٢١٧	٨ - قاعدة لا ضرر.....
٢٢٠	الكلام في الأعمال التي لا يرجع نفعها إلى الضامن.....
٢٢٢	هل يفرق في الضمان بين علم الدافع وجهله؟.....
٢٢٤	الكلام في عكس القاعدة.....
٢٢٥	الخلاف في ضمان العين المستأجرة.....
٢٣١	من موارد الإشكال في أطراف القاعدة:.....
٢٣٢	١ - الصيد الذي استعاره المحرم.....
٢٣٤	جهات البحث في المسألة.....
٢٣٩	٢ - المنافع غير المستوفاة في البيع الفاسد.....
٢٤٢	التحقيق في المقام.....
٢٤٣	٣ - حمل المبيع فاسداً.....
٢٤٣	الصحيح هو التفصيل.....
٢٤٥	٤ - الشركة الفاسدة.....
٢٤٦	التحقيق في المقام.....
٢٤٦	في مبنى القضية السالبة في القاعدة.....
٢٥٠	هل القاعدة مخصصة بموارد العارية ونحوها؟.....

الرابع من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد:

- ٢٥٢ وجوب ردّه فوراً إلى المالك
- ٢٥٤ هل يصدق «التصرّف» على «الإمساك»
- ٢٥٤ هل يحرم الإمساك بعد القبض
- ٢٥٦ هل يلزم فساد البيع لعدم الإذن بالتصرّف؟
- ٢٥٩ هل يجب ردّ المقبوض إلى مالكة
- ٢٦٣ على من تكون مؤونة الردّ؟
- ٢٦٦ التحقيق في المقام
- ٢٦٧ تنبيه

الخامس من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد:

- ٢٦٩ حكم المنافع المستوفاة
- ٢٧٠ في معنى الحديث: الخراج بالضمان
- ٢٧٣ تفسير المشهور هو الصحيح
- ٢٧٦ الكلام على قول ابن حمزة
- ٢٧٧ دليل المشهور
- ٢٨٢ حكم المنافع الفائتة بغير استيفاء
- ٢٨٣ أدلة الضمان
- ٢٩٢ أدلة عدم الضمان
- ٢٩٣ المختار في المقام

السادس فيما لو كان القالف مثلياً

- ٢٩٧ لا تعرّض في نصوص لضمان المثل

٢٩٩	تعريف المثلي
٣٠٠	التحقيق في المقام
٣٠٤	رأى المحقق النائي
٣٠٥	النظر فيه
٣٠٦	في مقتضى الأصل إذا شك في المثلية والقيمة
٣٠٨	القول بتخيير الضامن
٣١٠	فائدة أصولية
٣١٤	القول بتخيير المالك
٣١٦	القول بضمان المثل
٣١٩	القول بضمان القيمة
٣٢٠	القول بالقرعة
٣٢٢	القول المختار
٣٢٢	عود إلى كلام الشيخ
٣٢٤	الاستدلال لضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بآية الاعتداء
٣٢٥	المناقشات في دلالتها
٣٣٠	حاصل الكلام في المقام
٣٣٤	الاستدلال بالنصوص

السابع: حكم ما لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمنه

٣٤١	١ - كثرة الثمن بسبب زيادة القيمة السوقية
٣٤٢	٢ - كثرة الثمن بسبب عدم وجدانه إلا عند من يعطيه بالأزيد
٣٤٣	النظر في كلام الشيخ في الصورتين

٣٤٨	تحقيق المقام
٣٥٠	حكم ما لو سقط المثل عن المائنة في زمن الدفع
٣٥١	حكم مطالبة المالك بالمثل في بلد التلف وغيره

الثامن: أحكام تعذر المثل في المثلي

٣٥٣	حكم دفع القيمة مع المطالبة
٣٥٧	حكم دفع القيمة مع عدم المطالبة
٣٥٩	قيمة أي يوم يدفع؟
٣٦٤	في المراد من التعذر وإعواز المثل
٣٦٧	هل الاعتبار بقيمة بلد المطالبة أو التلف أو الأعلى منهما؟
٣٦٩	حكم ما لو سقط المثل عن المائنة
٣٧٤	فرع
٣٧٦	المحتويات

كتاب السبع

من إشارات

الشيخ العلامة
المجيد الميرزا الكبير
الشيخ الميرزا الكبير
الشيخ الميرزا الكبير
الشيخ الميرزا الكبير
الشيخ الميرزا الكبير

الميرزا الكبير

الميرزا الكبير

الميرزا الكبير

کتاب البیع

من البحوث

الفقيه الحق العظيم والأصولي الفذا

الرجح الذي الكبير واستر الله العظمى

السيد محمد هادي الحسيني الميادني

المطبعة سنة ١٣٩٥ هـ

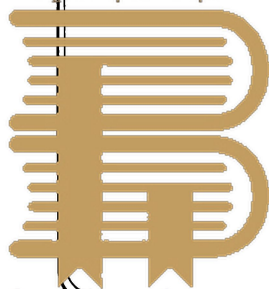
تقديم وشرح

السيد علي الحسيني الميادني

المجلد الثالث

مركز البحث في الإسلام

شبكة كتب الشيعة



shiabooks.net

رابطہ بدیل < mktba.net

سروشنامه: حسینی میلانی، علی، ۱۳۲۶ -

عنوان قرارداد: کتاب البیع. شرح

عنوان و نام پدیدآور: کتاب البیع: من ابیاحات الفقیه

المحقق العظیم والاصولی الفذ المرجع الدینی الکبیر

وآیه الله العظمی السید محمد هادی الحسینی المیلانی /

تقریر و شرح علی الحسینی المیلانی.

مشخصات نشر: قم: الحقایق، [۱۳] -

مشخصات ظاهری: ج.

شابک: 978-900-5348-29-3 ج. ۲

978-600-5348-72-9 ج. ۳

و ضمیمه فهرست نویسی: فیبا

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی بر اساس جلد دوم: ۱۳۸۸.

یادداشت: ج. ۲ (چاپ اول: ۱۳۸۸).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ اول: ۱۳۹۲) (فیبا).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: میلانی، محمد هادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳. کتاب

البیع -- نقد و تفسیر

موضوع: خرید و فروش (فقه)

شناسه افزوده: میلانی، محمد هادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳.

کتاب البیع. شرح

رده بندی کنگره: ی ۱۳۰۰ ۲۱۸ ۲۰ ۲۰ ۱ / ۱ ۱۹۰ BP

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۹۳۴۲۵۸



❖ اسم کتاب: کتاب البیع - من ابیاحات آیه الله العظمی السید محمد هادی المیلانی / ج ۳

❖ تقریر و شرح: السید علی الحسینی المیلانی

❖ نشر: الحقایق

❖ الطبعة: الأولى، ۱۴۳۴

❖ المطبعة: ستاره - قم

❖ الكمية: ۱۰۰۰

❖ السعر: ۱۰۵۰۰۰ ریال

❖ رد مک: ۹ - ۷۲ - ۵۳۴۸ - ۶۰۰ - ۹۷۸ 978 - 600 - 5348 - 72 - 9

حقوق الطبع محفوظة للمركز

❖ عنوان مرکز النشر: قم، شارع صفایه، مقابل «صندوق قرض الحسنه» دفتر تبلیغات، هاتف: ۷۸۳۷۳۲۰ - ۲۵۱.

❖ عنوان مرکز التوزيع في طهران شارع مجامعین، تقاطع «ابن سدره»، بنایه «الأطباء» «مستحان پزشکان»، شُقه رقم ۹، منشورات مرکز سنیر الشفافی، هاتف:

۰۲۱-۷۷۵۲۱۸۳۶ (خطوط)

❖ عنوان مرکز التوزيع في طهران شارع «مهادران»، شارع «شهید گلشن»، زاویه شارع «ناظم نوری»، بنایه «مستحان زمرد»، الطابق الثاني، رقم ۱۳، منشورات

أفاق، هاتف: ۲۱-۲۲۸۱۷۰۳۵

❖ عنوان مرکز التوزيع في مشهد شارع «شهید»، خلف حديقة نادری «باغ نادری»، زقاق الشهد غوراکیان، بنایه «گنجینه کتاب»، دفتر نشر نور الکتاب، هاتف:

۰۵۱۱-۲۲۴۲۲۶۲ ۰۹۱۵۱۱۹۹۴۸۶

❖ عنوان مرکز التوزيع في اصفهان شارع «جهارباغ پائین»، مقابل «مطبعتن»، «ریاضی»، مرکز الحوزة العلمية التخصصی للحوزة العلمية في اصفهان، هاتف:

۰۳۱۱-۲۲۴۲۲۶۲

❖ عنوان مرکز التوزيع في تبریز: شارع الامام الخميني، قرب «وار» «ساعت»، سوق «بزرگ تربیت»، الطابق الأسفل، رقم ۲۶، منشورات «ندای شمس»، هاتف:

۰۴۱۱-۵۵۴۰۲۵۲

❖ عنوان مرکز التوزيع في زنجان محطة «علف تبر»، محطة الباصات، معرض الکتاب «گلستان»، هاتف: ۲۴۱-۳۲۲۰۹۹۰

❖ عنوان مرکز التوزيع في کرمانشاه شارع «باغ ابرشم»، بجانب مدخل جامعة قرآني الأصلی بمکتبة الحافظ، هاتف: ۸۳۱-۴۸۸۰۸۲

الموقع: www.al-haqaeq.org البريد الإلكتروني: Info@al-haqaeq.org الرسائل النصية: ۰۹۸۱۰۰۰۶۴۱۶



ضمان القيميّ بالقيمة

التاسع*

ضمان القيمي بالقيمة

لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً، فقد حكى الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة، ويدلّ عليه....

ذكر الشيخ أن الضمان في القيميات بالقيمة، إمّا للنصوص الخاصة المصرّح فيها بالقيمة أو الثمن، وإمّا لإطلاقات الضمان المنزلة على المتعارف بين الناس، والعرف يرى في القيميات القيمة، على تأمل فيما لو كان للشيء التالف مماثل من جميع الجهات... وإمّا لدعوى الإجماع [١].

[١] قد اكتفى قدس سرّه بالإشارة إلى ما يستدلّ به لضمان القيمي بالقيمة، ولم يتكلّم على تلك الأدلة، ولعلّه لكون المسألة مفروغاً عنها.

ولابأس بالتعرّض لبعض الكلام حولها، لما فيه من الفوائد العلمية. وقد ذكر السيّد الخوئي ما حاصله أن ذلك، للدليل القائم عليه، وإلا، فإن مقتضى القاعدة هو الضمان بالمثل حتى في القيميات.^(١)

(*) وهو السابع في كتاب المكاسب.

(١) مصباح الفقاهة ٢/٤٢٨.

وقد اعترضه شيخنا دام بقاءه بأن لاقاعدة تقتضي ذلك، بعد القول بعدم تمامية قاعدة اليد، وعدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، كما هو المختار عنده قدس سره.

وأما الأدلة، فهي:

١. الإجماع. لكن الإجماع المدعى في المسألة مستند إلى الأدلة، ولا يصلح لأن يكون دليلاً على الفتوى.

٢. آية الإعتداء، وقد استدلل بها بعض المحققين^(١) على ثبوت الضمان بالقيمة مطلقاً. ولكن هذه الآية - بغض النظر عما أفاده السيد الجّد وغيره في الاستدلال بها - تدلّ على ضمان المثل في القيمي عند التمكن منه.

٣. الإطلاقات، فإن مقتضى أدلة الضمان في القيميّات هو ذلك بحسب المتعارف. وأشكل الشيخ على هذا الوجه بوجهين: أحدهما: أن المتيقّن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذراً. والآخر: دعوى انصراف الإطلاقات لصورة تعذر المثل كما هو الغالب.

وقد أجيب عن الثاني: بأن غلبة الوجود ليست منشأ للإنصراف كما تقرّر في محله في علم الاصول.

(١) الايرواني في حاشية المكاسب: ٩٨ الحجرية.

وعن الأول: بأن الذي عليه المتعارف أن المثلي هو ماله مثل نوعاً وإن لم يوجد بالفعل، والقيمي هو ما ليس له مثل نوعاً وإن وجد نادراً.^(١)

وقد أفاد شيخنا دام بقاءه: بأن السيرة في باب الضمانات قائمة على أداء ما هو الأقرب إلى العين وهو المثل، فإن لم يكن فالقيمة، فصحيح أن الملحوظ هو النوع، ولكن لو اتفق حصول المثل للقيمي حكموا بلزوم دفعه ولم ينظروا إلى ندرة وجوده.

وإذا كان هذا مراد الشيخ لم يرد عليه الإشكال المذكور.

٤. الأخبار المتفرقة في كثير من القيميات، كالأخبار عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه. قال عليه السلام: «هذا فسادٌ على أصحابه، يقوم قيمةً ويضمن الذي أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه».^(٢) دلت على وجوب القيمة سواء وجد للعبد مثلٌ أولاً، وهي ظاهرة في الإتلاف، فلا يرد على الاستدلال بها إشكال بعض المحققين^(٣)

لكنها في خصوص العبد من جهة، وفي خصوص الإتلاف من جهة أخرى، وكلامنا في مطلق القيمي، والمأخوذ بالعقد بالفساد. وإلغاء الخصوصية مشكل.

(١) حاشية المحقق الإصفهاني ٣٩٩/١.

(٢) وسائل الشيعة ٣٧/٢٣-٣٨، الباب ١٨ من أبواب العتق، رقم: ٥.

(٣) المحقق الإيرواني في حاشية المكاسب: ١٠١.

الأقوال في يوم القيمة

وهل الواجب قيمة يوم التلف، أو يوم القبض، أو يوم الأداء، أو أعلى القيم من يوم قبض العين إلى يوم التلف، أو يوم الأداء، أو من يوم التلف إلى يوم الأداء؟ أقوال.

المشهور يوم التلف

المنسوب إلى المشهور هو يوم التلف.

وذلك: لأن العين كانت في يده، وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدي، فعليه أداء العين، فلما تلفت - وكانت قيمية - قامت القيمة مقام العين، فعليه دفع قيمته يوم التلف حتى يكون قد دفع بدل العين التالفة.

وكصحيح ابن بكير في الرهن إذا هلك وكان هو والدين سواء في القيمة ليس عليه شيء.^(١) فلو كان الضمان بالمثل لم يحكم الإمام عليه السلام بأن لاشئ عليه عند التساوي، بل كان عليه دفع المثل. فالتهاثر بينهما يدل على أن الضمان بالقيمة. ويشكل: بأن التعدي عن مورد الرواية إلى مطلق المأخوذ بالعقد الفاسد، يحتاج إلى الدليل، على أنه يدل على ضمان القيمة في المثليات أيضاً، وهو خلاف الإجماع. وكالأخبار في اللقطة، كصحيحة علي بن جعفر عن أخيه: عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها، فيأتي صاحبها... قال عليه السلام: هو ضامن لها

(١) وسائل الشريعة ٣٩١/١٨ الباب ٧ من أبواب الرهن، رقم: ٣.

ووجه القول بوجوب دفع قيمة يوم القبض، هو: أن مقتضى صحيحة أبي ولاد وغيرها أن المأخوذ بالبيع الفاسد منزل بمنزلة المغصوب، لأن معنى الغصب أن يكون مال الغير في يده بدون إذنه، غير أنه في الغصب يترتب الإثم، وهو لا يترتب في الأخذ بالبيع الفاسد.

ووجه القول بقيمة يوم الأداء، هو: أن العين - وإن تلفت بوجودها الخارجي - موجودة في الذمة بوجودها الاعتباري، وحيث يريد أداء البدل كان عليه دفع قيمة يوم الأداء حتى تبرء ذمته.

ووجه القول بأعلى القيم من حين القبض إلى يوم التلف، هو: أن العين كانت بجميع حيثياتها في عهدة الضامن، ومن ذلك حيثية المالّية، فهو ضامن لهذه حيثية في تمام المدة، ولا يخرج عن ضمانها إلا بأداء أعلى القيم فيها.

والأجر له، إلا أن يرضى صاحبها فیدعها والأجر له.^(١)

والاستدلال بها - بعد تقييد إطلاقها بالإجماع على أن المثل في المثلي والقيمة في القيمي - تام.

٥. صحيحة أبي ولاد. والحاجة إلى التمسك بها واضحة خلافاً للشيخ، فإن إطلاقها في الغصب - بأن يعطي «قيمة بغل يوم خالفه» مع التمكن من المثل - دليل على الضمان بالقيمة في غير الغصب بالأولوية، ولا أقل من المساواة.

(١) وسائل الشيعة ٤٥٥/٢٥، الباب ٢ من أبواب اللقطة، رقم: ١٤.

ووجه القول بأعلى القيم من يوم القبض إلى حين الأداء هو: أن العين كانت مضمونة بجميع حيثياتها في الخارج وفي الذمة، ومن ذلك حيثية المالية، فلا يخرج من العهدة إلا بدفع أعلى القيم الحاصلة في تلك المدة. ووجه القول بأعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء، هو: أن العين ما دامت موجودة كانت مضمونة بعينها، فلما تلفت وجب البذل وهو المالية أي القيمة، فالمناط هو أعلى القيم من حينه إلى حين الأداء.

الأصل ضمان التالف بقيمة يوم التلف

وقد قوى الشيخ قدس سره القول بقيمة يوم التلف، قال:
ومما ذكرنا ظهر أن الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف...
وذلك، لما تقدّم من أن القيمة هي البذل للعين التالفة، فكما لو كانت العين موجودة وجب عليه دفعها إلى المالك، يكون الواجب عليه دفع قيمتها يوم التلف، وإلا لم تتحقق البدلية [١].

[١] وخالف السيد، فقال: بأن مقتضى القاعدة هو كون العين في العهدة إلى حال أداء العوض والخروج عن العهدة، ولازم ذلك كون المدار على قيمة يوم الدفع.^(١)
وكذا المحقق الخراساني^(٢)

ووجه الخلاف - كما صرح به - هو القول ببقاء العين على العهدة، ومقتضى ذلك دفع ما هو قيمته كذلك، وليست إلا قيمة يوم الدفع.

(١) حاشية المكاسب ٤٩٥/١ - ٤٩٦.

(٢) حاشية المكاسب: ٢٣.

ثم استدرك قائلاً:

نعم، لو تمّ ما تقدّم عن الحلّي^(١) في هذا المقام من دعوى الإنفاق على كون المبيع فاسداً بمنزلة المغصوب... بل يمكن أن يقال...
وحاصله: إنه إن تمّ هذا الإجماع، نزل المأخوذ بالعقد الفاسد بمنزلة المغصوب في الحكم بالضمان، وقد قام الدليل في الغصب أنه بقيمة يوم الغصب لو تلف، فالواجب دفع قيمة يوم القبض لا يوم التلف.

القول بضمان يوم القبض لصحيحة أبي ولّاد

بل يستكشف من صحيحة أبي ولّاد - بناءً تامة دلالتها - أن المراد من إطلاقات الضمان هو يوم القبض، والآ

والحاصل: إن الشيخ يقول بأنّه بمجرد التلف تنتقل العين إلى القيمة وتشتغل الذمة بها فالملاك قيمة يوم التلف. والمحقّقان المذكوران يقولان ببقاء العين في عالم الاعتبار على العهدة، فالملاك قيمة يوم الأداء، لأنّ هذا مقتضى أدلة الضمان كحديث اليد وغيره، ولا ينافي ذلك شيء من الأخبار، كما هو صريح السيّد، وإذا وجد المقتضي وعدم المانع، فلا وجه لرفع اليد عن ذلك.

لكنّ الكلام كلّه في وجود العين على العهدة اعتباراً، فإنّ أهل العرف - وهم الذين أقيمت عليهم أدلة الضمان - لا يفهمون منها ذلك، بل المرتكز في أذهانهم اشتغال الذمة بدفع العين أو بدلها يوم تلفها، لا أنها باقية على العهدة مع التلف، فلامقتضي لما ذكرنا، بل هو منافٍ لظواهر الأخبار المذكورة وغيرها، فالمانع أيضاً موجود. فتدبّر.

(١) كتاب السرائر في الفقه ٤٧٩/٢.

يلزم أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب، غير واجب التدارك عند التلف...

وهذا مما لا يلتزم به، إذ لا يمكن القول بأن الغصب أهون من سائر موارد الضمانات، بل الغاصب يؤخذ بأشَقِّ الأحوال. وتلخص:

أنه إذا كان المأخوذ بالعقد الفاسد بمنزلة المغصوب، وكانت الصحيحة دالة على أن على الغاصب دفع قيمة يوم القبض لو تلف المغصوب، كانت النتيجة وجوب دفع قيمة يوم الضمان لو تلف المأخوذ بالعقد الفاسد. فهل تدلُّ صحيحة أبي ولاد على ما ذكر أولاً؟

الكلام حول صحيحة أبي ولّاد

صحيحة أبي ولّاد

كما في التهذيب قال: اكرتيت بغلاً إلى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت إلى قرب قنطرة الكوفة خُبرت أن صاحبي توجه إلى النيل^(١)، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خُبرت أنه توجه إلى بغداد، فأتبعته فظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه، ورجعت إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، وأردت أن أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل.

فتراضينا بأبي حنيفة، وأخبرته بالقصة وأخبره الرجل.

فقال لي: ما صنعت بالبغل؟

فقلت: قد رجعته سليماً.

قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً!

قال: فما تريد من الرجل؟

(١) بلدة صغيرة في ضواحي الكوفة.

قال: أريد كرى بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً.

فقال: إنّي ما أرى لك حقّاً؛ لأنّه اكتراه إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النيل وإلى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكرى، فلمّا ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى.

قال: فخرجنا من عنده، وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفة، وأعطيته شيئاً وتحلّلت منه.

وحججت تلك السنة، فأخبرت أبا عبدالله عليه السّلام بما أفتى به أبو حنيفة، فقال:

في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءًها وتمنع الأرض بركتها.

قال: فقلت: لأبي عبدالله عليه السّلام: فما ترى أنت؟

قال: أرى له عليك مثل كرى البالغ ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة، وتوفّيه إياه.

قال: قلت: جُعلت فداك، قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟

قال: لا، لأنّك غاصب.

فقلت: أرايت لو عطب البغل أو أنفق، أليس كان يلزمني؟

قال: نعم، قيمة بغل يوم خالفته.

قلت: فإن أصاب البغل كسراً أو دبراً أو عقراً؟

فقال: عليك قيمة ما بين الصّحّة والعيب يوم تردّه عليه.

قلت: فمن يعرف ذلك؟

قال: أنت وهو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين

عليك فحللت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك.

قلت: إنني أعطيته دراهم ورضي بها وحللتني.

قال: إنما رضي فأحللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجع إليه وأخبره بما أفتيتك به، فإن جعلك في حل بعد معرفته، فلا شيء عليك بعد ذلك...» الخبر^(١).

محل الاستشهاد على قيمة يوم القبض

قال الشيخ قدس سره:

ومحل الاستشهاد فيه فقرتان...

الفقرة الاولى: قوله:

أرأيت لو عطب البغل أو أنفق، أليس كان يلزمني؟

قال عليه السلام: نعم، قيمة بغل يوم خالفته.

وفي كيفية معنى جواب الإمام عليه السلام احتمالات، قال الشيخ:

فإن الظاهر أن «اليوم» قيد للقيمة، إما بإضافة «القيمة» المضافة إلى «البغل» إليه

ثانياً، يعني قيمة يوم المخالفة للبغل...

وأشكل المحقق الخراساني بما محضه:

يلزم أن يكون حين التلفظ طرفاً لهذا على حدة ولذلك كذلك، وهذا

(١) التهذيب ٢١٥/٧. والصحيحة في وسائل الشيعة ٢٥٥/١٣ عن الكافي.

يستلزم أن ينظر إليه في ذلك الحين بالنظرين المتباينين.^(١)

أي: إن الإنسان عندما يتلفظ بلفظ يقصد المعنى الموضوع له اللفظ، والمعنى المقصود هنا عبارة عن حيثية الإضافة بين «القيمة» و«البغل»، فكان لفظ القيمة طرفاً بالاستقلال للإضافة إلى البغل، فلو قصد مرةً أخرى إضافة لفظ القيمة إلى «اليوم» بالاستقلال كذلك، لزم أن ينظر إلى اللفظ الواحد بنظرتين استقلاليتين متباينتين. والجمع بين المعنيين المتباينين في الاستعمال الواحد غير معقول.

وعلى الجملة، فإنه لا يعقل في الإستعمال الواحد أن يكون المضاف واحداً والمضاف إليه متعدداً، كلٌ بالاستقلال.

وكما أفاد شيخنا الاستاذ قدس سره:^(٢) إن كل مستعملٍ للفظ في معناه، يلحظ اللفظ والمعنى ثم يستعمله فيه، فكل استعمال مسبوق باللاحظ، واللاحظان الاستقلاليان للفظ الواحد غير معقول.

أقول:

إن عبارة الشيخ وإن كانت موهمةً لما ذكر، ولكن ليس مراده ذلك. وأيضاً، ليس مراده أن تضاف «القيمة» إلى «البغل» و«البغل» إلى «يوم» على أن يكون للبغل قيمٌ مختلفة بحسب الأيام، فعليه دفع قيمة يوم المخالفة أي الغصب. بل مراده أن يلحظ القيمة والبغل، ثم يجمع بينهما في اللاحظ بنحو التركيب ويضاف المجموع إلى «اليوم» بعد لحاظه مستقلاً. فالقيمة مضافة

(١) الحاشية على المكاسب: ٢٣.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٤٠٤/١.

إلى البغل، ومجموعهما مضاف إلى اليوم. ويشهد بأن هذا مراده كلامه بعد ذلك إذ قال:

فيكون إسقاط حرف التعريف^(١) من البغل للإضافة...

مضافاً إلى أن لازم إضافة «القيمة» إلى «البغل» و«اليوم» كلٌ بالاستقلال، أن تُقرأ الجملة: قيمةٌ بغلٍ يومٍ خالفته، وهو مستبشع جداً. فالإشكال مندفع.

وعلى الجملة، إن المحتمل في الجملة أربعة أنحاء: الأول: أن تضاف القيمة مرتين، مرةً إلى البغل، واخرى إلى اليوم. والثاني: أن تضاف «القيمة» - بوصف كونها مضافةً إلى «البغل» - إلى «اليوم».

والثالث: أن تضاف إلى البغل، ويضاف مجموع المضاف والمضاف إليه إلى الملحوظ معاً بنحو التركيب إلى «اليوم».

والرابع: أن يكون من تتابع الإضافات، فالقيمة مضافة إلى البغل، والبغل مضاف إلى اليوم.

وكلها باطل.

أما الأول، فقد عرفت الوجه في بطلانه.

وأما الثاني، فوجه بطلانه هو: لزوم اجتماع اللّحاظ الآلي والاستقلالي في الشيء الواحد، وهو المضاف، لأن «القيمة» المضافة إلى «البغل» متضمنة للإضافة الملحوظة باللّحاظ الآلي، لكنّ إضافتها إلى «اليوم»

(١) هذا بناءً على نسخة التهذيب الفارقة لحرف التعريف.

يستلزم لحاظها بالِّلحَاط الاستقلالي، فيلزم اجتماع اللَّحَاطين في لفظ «القيمة» وهو محال.

وأما الثالث - وهو الذي حملنا عليه كلام الشيخ، وكان قوله: فيكون... قرينةً عليه - فيتوجَّه عليه:

إن مجموعهما متضمَّن للمعنى الحرفي وهو الإضافة، ولا يعقل أن يكون المعنى الآلي مضافاً أو جزء مضاف، للزوم الاجتماع كما تقدَّم.

فهذا ما يرد على كلام الشيخ بعد توجيهه ودفع إشكال الأكابر عنه. وأما الرابع - ويحتمل أن يكون مراداً للشيخ كذلك، بأن يريد من قوله «ثانياً» أي: مع الوساطة - فيستلزم تحديد الأعيان الخارجيّة المستقرّة بالأزمنة، وهو باطل.

وتلخّص: عدم تمامية كلام الشيخ مطلقاً.

والتحقيق هو:

قراءة «يوم» بالفتح على الظرفيّة لنفس القيمة، ولمّا كان معنى «القيمة» أمراً حديثاً فهو صالح لأن يكون عاملاً، ولفظ القيمة مضاف إلى «البغل»، لأن قيمة الأشياء تختلف باختلاف ما تضاف إليها القيمة. ويؤيده نسخة الكافي: «قيمة البغل يوم خالفته»^(١).

ويجوز الرّابع، بأن نقرأ: قيمة بغل يوم خالفته، لإمكان الجواب عن الإشكال بأن الأعيان الثابتة لا تقدّر بالأزمنة، بأنّه ليس على إطلاقه، فقد تتفاوت قيمة العين لا بحسب ذواتها بل بحسب أوصافها في الأزمنة

المختلفة، فيصح أن يقال: قيمة بغلٍ يوم كذا بكذا، بلحاظ سمنها، وقيمتها يوم كذا بكذا بلحاظ هزالها، وهذا محتمل في الصحيحة، لأن من الجائز قريباً أن تختلف أوصاف البغل بعد خمسة عشر يوماً من اكترائه عن أوصافه التي كان عليها في ذلك اليوم، وحينئذٍ تختلف قيمته، فيكون ضامناً لقيمة يوم المخالفة وهو يوم الاكتراء.

وبهذا التقريب يمكن تصحيح كلام الشيخ قدس سره.

وأما قوله:

وإما بجعل «اليوم» قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل.

أي: بأن تقرأ الكلمة: قيمة بغلٍ يومَ خالفته.

فغير معقول، لأن الاختصاص إنما حصل من الإضافة، وهو معنى حرفي، والمعنى الحرفي جزئي، ولا يعقل تقييده. هذا أولاً.

وثانياً: إنه يعتبر في العامل في الظرف أن يكون معنى حديثاً، والمعنى الحرفي لا يقبل لأن يكون عاملاً في الظرف. والسرف في ذلك هو أن الظرف متضمن للحكم بثبوت المظروف فيه، والمعنى الحرفي لا يعقل أن يحكم به أو يحكم عليه.

وأما ما احتمله جماعة:

من تعلق الظرف بقوله: «نعم» القائم مقام قوله عليه السلام «يلزمك» يعني:

يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل.

أي: إن «يلزمك» بمعنى أنت ضامنٌ، لأن العين المستأجرة أمانة شرعية بيد المستأجر، فإذا خالف مضمون العقد تحقق الضمان في آن المخالفة، وهو هنا وقت وصوله إلى قرب قنطرة الكوفة، وإذا كان ضامناً، فقيمة أي يوم هو ضامن؟ قال عليه السَّلام: يوم خالفته. وهذا نصُّ عبارة صاحب الجواهر رحمه الله:

احتمال تعلُّق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله عليه السَّلام: نعم، فيكون المراد: يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب، بمعنى أنها تتعلَّق بك ذلك اليوم، وحينئذٍ فحدّ القيمة غير مبين فيه، فلا ينافي ما دلَّ على قيمة يوم التلف الذي عرفت أنه الأصح^(١).

وحاصل ذلك: أنَّ هذا الاحتمال في العبارة إن كان - ولو في أقلِّ تقدير - عقلاً، تسقط العبارة عن الظهور في ضمان يوم الغصب، فلا تصلح لأن تكون قرينة لرفع اليد عن مقتضى الإطلاقات.

قال الشيخ:

فبعيد جداً، بل غير ممكن، لأنَّ السائل إمَّا سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة...

وهذا عجيبٌ جداً وبعيد عن مقامه الجليل...

لقد سأل السائل: أرايت لو عطب البغل أو أنفق، أليس كان يلزمني؟ فهو كان يعلم بأصل الضمان، أمّا أيُّ مقدارٍ وقيمة أيُّ يوم؟ فليس في سؤاله دلالة عليه أصلاً...

وفقه الحديث: إنهما ترافعا إلى أبي حنيفة، فأفتى بأنه يضمن البغل ولا يلزمه الكراء - وهذا مبني على قاعدة: «الخراج بالضمان» - لكن الإمام عليه السلام أمره بدفع الكراء في مقابل كل سيره، إذ قال: «أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً...» فقال الرجل: «قد علفته بدراهم فلي عليه علفه؟» كأنه يرى جعل العلف في مقابل ما عليه من الكراء، فقال الإمام عليه السلام: «لا، لأنك غاصب».

لقد حاول أبو ولاد التخلص من دفع الكراء بكونه ضامناً للبغل لو عطب أو أنفق، أخذاً بما أفتى به أبو حنيفة، فهو في مقام الاعتراض على الإمام عليه السلام، لا السؤال عما يلزمه كما استظهر الشيخ؟ فأجاب الإمام عليه السلام، بتقرير أصل الضمان وأنه يستقر عليه يوم المخالفة، أما القيمة فيمكن أن تكون قيمة يوم التلف. والإنصاف: أن هذا الاحتمال وجيه، خلافاً للشيخ القائل ببعده بل عدم إمكانه.

فالصحيحة إلى هنا غير ظاهرة في ضمان يوم الغصب.

الفقرة الثانية، قوله عليه السلام:

أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا، فيلزمك.

قال الشيخ:

فإن إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه، لعدم الاعتبار، فلا بد أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة...

ومقصوده تنزيل «يوم الاكتراء» على «يوم المخالفة» لعدم الاعتبار بيوم الاكتراء. وذلك: لأن البغل في يوم الاكتراء أمانة شرعية، ولا يوجب تلفه الضمان، فلا جدوى لإثبات قيمة البغل في هذا اليوم من حيث هو، فلا بد من أن يراد منه يوم المخالفة، لأن المخالفة قد تحققت في نفس يوم الاكتراء أو بعده بساعات. ومن المعلوم عدم اختلاف قيمة البغل في هذه المدة القليلة، فمراد الإمام عليه السلام من «قيمة البغل حين اكتري...» هو «يوم المخالفة»، فدلّت الرواية على أن الضمان بقيمة يوم الغصب لا التلف، فهي حينئذٍ مقيدة لإطلاقات الضمان.

أقول:

ولكنّ هذا الاستظهار مخدوش، والشيخ نفسه ملتفت إلى ذلك وسيتعرّض له.

قال:

وأما قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إحصاء العيب: عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه، فالظرف متعلّق بـ«عليك» لا قيد للقيمة...

أقول:

هذا الإشكال إنما يتوجّه بناءً على وجود كلمة «يوم» وهي نسخة الكافي، وهي غير موجودة في نسخة التهذيب المصحّحة كما قال صاحب الجواهر^(١) وحاصله: أن الواجب دفع الأرش بقيمة يوم ردّ البغل إلى المالك، فالملاك يوم الردّ، لا يوم القبض ولا يوم المخالفة ولا يوم التلف.

ويندفع: بأن ظاهر «عليك» هو الحكم التكليفي، وهو: الوجوب، فالمراد أنه يجب عليك دفع ما بين الصحة والعيب في يوم ردّ البغل إلى مالكه، وليس «يوم» قيداً للقيمة حتى يكون بمعنى الضمان، هكذا أجاب رحمه الله.

على أن الجملة السابقة قد دلت على ضمان يوم المخالفة، فلو دلت هذه الجملة على أنه يوم الردّ، لزم أن يكون ضمان الكلّ بيوم المخالفة وضمن الجزء بيوم الردّ، وهذا تهافت، إذ لا يعقل التفاوت في القيمة بين الكلّ والجزء، فهذه قرينة على أن الملاك في تلف الكلّ أو الجزء هو يوم المخالفة.

قال قدس سرّه:

ويحتمل أن يكون قيداً لـ «العيب»، والمراد: العيب الموجود في يوم الردّ... ولا يتوجّه عليه الإشكال: بأنه يعتبر في العامل في ظرف الزمان أن يكون فيه معنى الحدئية، لإمكان دعوى تحقّقه في «العيب»، وكيف كان، فالأمر سهل.

وحاصل الكلام: إن احتمال كون «يوم» قيداً لـ «العيب» وأن المراد: العيب الموجود في يوم الردّ، لاحتمال ازدياد العيب في يوم الردّ فهو المضمون دون العيب القليل الحادث أولاً، لا يجعل يوم الردّ هو الملاك للضمان، إذ كما يحتمل ازدياد العيب، كذلك يحتمل تناقصه إلى يوم الردّ. وعليه، فالعبرة بالعيب الموجود حال حدوثه، لأن المعيب لو ردّ إلى الصحة أو نقص، لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع، على مقتضى الفتوى.

وإذا سقط هذا الاحتمال أيضاً، تعيّن تعلق «يوم» بـ«عليك»، ولا منافاة بين الجملتين، والمراد هو يوم المخالفة.
أقول:

قد تقدّم أنّ هذا البحث يتأثّر بالنظر إلى نسخة الكافي، أو على نسخة التهذيب: «عليك ما بين الصّحة والعيب تردّه» بناءً على أنّ يرجع الضمير إلى «ما» الموصولة.

لكنّ عدم سقوط ضمان ما حدث من العيب وارتفع، لا دليل عليه، لأنّ ثبوت الأرش هو مقتضى قاعدة على اليد وغيرها ممّا يدلّ على وجوب أداء ما أخذ كما أخذ، فإذا حدّث فيه عيب أو نقص، وجب عليه تداركه، أمّا لو كان سليماً حين الأداء، فقد أدّى ما أخذ ولم يكن عليه شيء. وبهذا يمكن جعل «يوم» قيداً لـ«العيب»، وما ذكره الشيخ مندفع، والله العالم.

وبالجملة، فإنّ كلمة «القيمة» متكرّرة في الصحيحة ثلاث مرات، غير أنّ المضافة إليه مختلف، فمرة أضيفت إلى يوم المخالفة، حيث قال عليه السّلام: «نعم قيمة يوم خالفته». وفي الثانية إلى يوم الردّ، قال: «قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه»، وأضيفت في الثالثة إلى يوم الاكتراء، إذ قال: «بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى كذا...».

فأرجع الشيخ «يوم الاكتراء» إلى «يوم المخالفة» كما تقدّم، لكنّه وقع في الإشكال في الموضوع الثاني، لعدم صحّة إرجاع «يوم الردّ» إلى «يوم المخالفة»، فأفاد رحمه الله أنّ المراد من «عليك» هو الحكم التكليفي - أي الوجوب - لا الحكم الوضعي، و«يوم تردّه» قيد للحكم المذكور وليس قيداً

لـ«القيمة»، على ما سبق بيانه. ثم تعرض لاحتمال كونه قيداً لـ«العيب» فيعود الإشكال. ثم أجاب: باحتمال ارتفاع العيب ونقصانه في يوم الرد وأن الفتوى عدم سقوط الضمان، قال: فتعين تعلق «يوم» بـ«عليك».

والمحقق الخراساني أرجع الضمير في «ترده» من حيث المعنى إلى ما به التفاوت وهو الأرض، إذ هو مذكر ولا يصلح لأن يرجع إلى «القيمة». وهذا على ما قواه من أن العين التالفة باقية اعتباراً في ذمة من أتلف، ومقتضى ذلك عدم الخروج عن العهدة إلا بدفع القيمة، وليس إلا قيمة يوم الدفع.

ولكننا لم نوافقه على ذلك.

ومن أن المتعارف رد الأرض يوم رد العين. وهذا أيضاً لا يمكن المساعدة عليه.

ولنا بحث مع الشيخ رحمه الله في موضعين:

أحدهما في قوله: فتعين تعلقه بقوله عليه السلام: «عليك».

فقد ذكرنا أنه سواء كان «عليك» حكماً تكليفاً أو وضعياً، فإن كلا الحكمين ثابتان عليه من قبل بمجرد إصابة العيب، فلا معنى لأن يجعل «يوم الرد» قيداً لـ«عليك».

والثاني في قوله: لأن المعيب لو رد إلى الصحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع، على مقتضى الفتوى.

فإن ظاهر كلامه الاتفاق على ذلك، والحال أنه ليس كذلك، لاختلاف الأقوال فيه، بين قائل بعدم الضمان مطلقاً، وقائل بثبوت ذلك، وقائل

بالثبوت إن كان العيب من الأول وبعده إن كان حادثاً بعد ذلك ثم ارتفع.
والقول الثالث هو الحق.

ووجه القول بالضمان مطلقاً هو: إن السمن الذي عاد إلى البغل - مثلاً - بعد هزاله، ليس عين السمن الذي كان عليه حين أخذه بل مماثل له، أما الذي زال فقد اشتغلت به عهدة الآخذ، وأما الذي حدث فهو ملك للمالك لكونه نماءً في ملكه، ولا معنى للخروج عن العهدة بدفع الملك إلى مالكه، بل على الآخذ أن يتدارك ما حَدَث في يده من العيب وإن ارتفع، لأن المفروض اشتغال ذمته به.

وهذا ما يستفاد من كلام العلامة رحمه الله.

وفيه: إنّه لا دليل عليه إلا قاعدة اليد، فإن مقتضى «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» أداء نفس ما أخذ، والمفروض أن جزءاً مما أخذ زائلاً، فالأخذ ضامناً له، ودفع المماثل - حتى لو كان ملكاً له - لا يعدّ أداءً له، وحيث أن الزائل لا يعود فهو ضامن للقيمة.

لكن الحديث لا يعتمد عليه بوجه من الوجوه، لأنّه حديث عامي، وهم يروونه عن سمرة بن جندب وهو شقي خبيث، فالقاعدة بما هي غير معتبرة، إنما الدليل هو الإجماع، وهو دليل لبي، والقدر المتيقن هو أنه إذا تسلم الشيء صحيحاً سالماً وجب عليه أداؤه كذلك، سواء كانت صحته حين الأداء بفعلٍ من الآخذ أو بفعلٍ من الله كما في مثال السمن، أما لو تسلمه كذلك وكان حين أدائه معيباً وجب عليه دفع الأرش، فالقول بالضمان مع كونه سالماً حين الأداء كما تسلمه، لا دليل عليه.

ما يوهن الاستدلال على اعتبار يوم القبض

ثم إن الشيخ - بعد أن استظهر من الصحيحة كون الملاك قيمة «يوم المخالفة» وإليه أرجع «يوم الإكتراء» - تعرّض لما يوهن ذلك، فقال: نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة بأنه: لا يبعد أن يكون مبنى الحكم في الرواية...

وحاصله: إن التعبير بيوم المخالفة إنما جاء لخصوصية في مورد الرواية وهي قلة المدّة، فإن البغل وغيره من الحيوانات - مثلاً، لا يختلف قيمتها في مدّة خمسة عشر يوماً - لا لكون الملاك هو يوم المخالفة ليؤخذ به في سائر الموارد حتّى فيما لو طالت المدّة، ويكون السرّ في التعبير بذلك هنا دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوامّ من أن العبرة بقيمة ما اكترى به البغل وإن نقص بعد ذلك.

ثم أيد هذا الاحتمال فقال:

ويؤيده التعبير عن «يوم المخالفة» في ذيل الرواية بـ «يوم الإكتراء». فإن فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيث أنه يوم المخالفة.

ثم ضعف هذا التأييد: بأن الملاك هو «يوم المخالفة»، إلّا أن في التعبير بعد ذلك بـ «يوم الاكتراء» نكتة، وهي التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة. ثم أمر بالتأمل.

ووجهه: أنه لو لم يكن للتعبير بـ «يوم الإكتراء» دخل، وإنما جيئ به

لمجرّد النكته المذكورة فالعبرة بيوم المخالفة فقط، لقال عليه السّلام: أو يأتي بشهود يشهدون أن قيمة البغل كذا وكذا، لكنّه قال: «قيمة البغل يوم اكترى»، فيظهر أنّ ليوم الاكتراء دخلاً في المطلب وليس للتنبيه على سهولة إقامة الشهود على القيمة، بل فيه إشعار بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيث أنه يوم المخالفة، فالصحيحة غير صالحة لرفع اليد بها عن إطلاقات الضمان، بل هي باقية على قوّتها.

قال الشيخ:

ويؤيده أيضاً قوله عليه السّلام في ما بعد في جواب قول السائل: ومن يعرف ذلك؟... فإنّ العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل، ثم لا وجه لقبول بيّنته...

فقوى الإشكال في كون الملاك يوم المخالفة بما جاء في الصحيحة من قول الإمام عليه السّلام: «إمّا أن يحلف فيلزمك أو يرد الحلف عليك فيلزمه أو يأتي بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا». فإنه يفيد كون زمام الأمر بيد المالك، فإمّا يحلف أو يرده أو يقيم الشهود؟ فلماذا يقبل قوله مع كونه مخالفاً للأصل. هذا أولاً.

وثانياً: إن كان منكراً فعليه الحلف ولا تطلب منه البيّنة، وإن كان عليه إقامة البيّنة، فلا وجه لأنّ يحلف أو يردّ الحلف، فكيف أجري في حقّ المالك ما على المدّعي وعلى المنكر معاً؟

قال:

وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف... خلاف الظاهر.

لأنَّ «الحلف» و«ردَّ الحلف» و«البينة» ونحوها عناوين تناسب الترافع، فلا بدَّ من حمل «الحلف» على المعنى الترافعي، وحمله على المعنى العرفي خلاف الظاهر. وهذا كلام متين.

لكنَّ الإشكال - من كلتا الجهتين - يرتفع بناءً على القول باعتبار يوم التلف، قال:

وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف، فإنه يمكن أن يوجَّه اليمين على المالك...

إنه لما وقع الجمع في الصحيحة بين وظيفة المدَّعي ووظيفة المنكر، وجمعهما غير معقول وغير مشروع، فإنه تحمل بدلالة الاقتضاء على صورتين من الترافع، يُتصوَّران على القول باعتبار يوم التلف دون القول بيوم المخالفة، فالصحيحة تفيد أن المالك قيمة يوم التلف.

الصورة الاولى: أن يتَّفقا على أن قيمة البغل سابقاً كذا، لكنَّ الغاصب يدَّعي تنزُّلها في يوم التلف والمالك منكر، فيكون قول المالك موافقاً لاستصحاب بقاء القيمة على ما كانت عليه.

والصورة الثانية، أن يتَّفقا على عدم تنزُّل القيمة، غير أنَّ المالك يدَّعي أن القيمة كانت ثلاثمائة درهم مثلاً، والغاصب يقول بل كانت قيمتها مائتين، فعلى المالك إقامة البينة على ما يدَّعيه من القيمة الإضافية.

فظهر أن ما جاء في الصحيحة يتوجَّه على القول بأنَّ المالك هو يوم التلف، وأمَّا توجيهه على القول بكونه يوم المخالفة فبعيد، قال:

وأما على تقدير كون العبرة بيوم المخالفة، فلا بدّ من حمل الرواية على ما إذا اتَّفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له، وادّعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة. ولا يخفى بعده.

ومراد من «قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة» هو الصُّورة الأولى. ومن «اللاحق له» هو الصُّورة الثانية، وإن كانت العبارة غير وافية به. أمّا في الصُّورة الأولى، فالمالك منكر. وأمّا في الثانية، فالمالك يدّعي. وما ذكره حقّ، فإنّه بناءً على الاتحاد بين «يوم المخالفة» و«يوم الاكتراء» يكون تنزّل القيمة بعيداً، وأمّا أن تكون قيمته قبل المخالفة بسنة - مثلاً - فلا بعد، كما لا يخفى.

هذا بيان مطلب الشَّيخ رحمه الله، فأقول:

أولاً:

لفظ الصحيحة هو: «فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال عليه السَّلام: عليك قيمة ما بين الصَّحَّة والعيب يوم تردّه عليه. قلت: فمن يعرف ذلك؟...» وقوله: «فمن يعرف ذلك؟» بعد كلام الامام عليه السَّلام ظاهر في السؤال عمّن يعرف «قيمة ما بين الصَّحَّة والعيب» لا من يعرف قيمة البغل. وثانياً:

إنه - بناءً على أن «من يعرف ذلك» أي: من يعرف ما بين الصَّحَّة والعيب - يمكن توجيه كلتا الصُّورتين، بأنَّ يقال:

في الاولى: أن يتَّفقا على أن قيمة صحيح البغل ثلاثمائة درهم، فيدّعي الغاصب أن قيمة المعيب مائتان، فعليه دفع مائة درهم، والمالك ينكر المائتين

ويقول قيمته معيياً مائة، فهما متفقان على قيمة الصحيح ومختلفان في قيمة المعيب، والمنكر هو المالك وعليه الحلف أو رده.

وفي الثانية: أن يتفقا على أن قيمة المعيب مائة درهم، فيقول الغاصب أن قيمة الصحيح مائة، فيجب عليه دفع مائة درهم، ويقول المالك بل قيمته ثلاثمائة، فيجب على الغاصب دفع مائتين. فالمدعي هو المالك وعليه إقامة البينة.

وعلى هذا، تصبح الصحيحة أجنبية عن مورد البحث تماماً.
وثالثاً:

لفظ الصحيحة: «إما أن يحلف... أو يأتي بشهود»، وظاهره أن كليهما في عرض واحد والمالك مخير بينهما، فحمل الرواية على أنها ناظرة إلى تعدد الصورة بلا وجه، ولذا قال المحقق الخراساني:

يمكن أن يقال: إن الإمام عليه السلام إنما يكون بصدد الإشارة إلى مالا يقع معه الخصومة، لا في مقام بيان موازين الحكومة لدى التشاجر والمخاصمة، حيث أن الإنسان يحصل له الاطمينان بحلف خصمه غالباً لو لم يكن دائماً. فكان مراده من الحلف أو الرد: الحلف في صورة اطمينانه بمقدار القيمة دون صاحبه، والرد في صورة العكس، فيحصل للجاهل منهما الاطمينان بحلف الآخر. فتدبر^(١).

والحاصل، فلو كانت دلالة الاقتضاء مقتضية لتعدد الصورة، كذلك تقتضي حمل «الحلف» على المعنى العرفي لا المصطلح في باب الترافع، فما المرجح لما ذكره؟

ورابعاً:

إنَّ «الحلف» و«إقامة البينة» يكون عند الحاكم، وليس في الصحيحة ذكرٌ منه، ولو كان المورد من قبيل الترافع لما أرجع الإمام عليه السلام الأمر إليهما، بل أمر بالتحاكم إلى الحاكم الشرعي. وهذا يكشف عن أنَّ الحمل على ما قلناه أولى من الحمل على ما ذكره الشيخ.

حمل الصحيحة على التعبد

ثم قال الشيخ:

وأبعد منه حمل النص على التعبد، وجعل الحكم في خصوص الدابة المنصوبة أو مطلقاً مخالفاً للقاعدة المتفق عليها نصاً وفتوى، من كون البينة على المدعي واليمين على من أنكر، كما حكى عن الشيخ في بابي الإجارة والغصب. لقد استبعد الشيخ كذلك ما قد يقال من أنه في مورد الغصب بل مطلقاً يتمكن المالك المدعي - بناءً على ما تقدّم - من الحلف بدلاً عن إقامة البينة، فتكون الصحيحة مخصصة لعموم قاعدة: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

وفيه:

أولاً: إنَّ حكم هذه القاعدة كغيرها من العمومات القابلة للتخصيص. وثانياً: إنه ليس في الرواية تعيين للحلف، بل إنها تُخَيِّر المالك بينه وبين إقامة البينة.

وثالثاً: إنه قد نسب العلامة إلى جماعة - كما في الجواهر^(١) - عدم انحصار طريق وصول المالك إلى حقه في مورد الغصب بإقامة البيّنة، بل له الحلف كذلك، وهو منقول عن الشيخين أيضاً.^(٢)

وعلى الجملة، فإنه لا مانع من تخصيص القاعدة بمورد الغصب حتى وإن لم يقل به أحد، بل هو في غاية القوة.

القول بضمان أعلى القيم والاستشهاد له بالصحيحة

قال

وأضعف من ذلك الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف...

قال الشهيد الثاني^(٣) باعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف، ولو قال بأعلى القيم من يوم الغصب ومن يوم التلف لكان له وجه. لأن الإمام عليه السلام قال: «قيمة بغل يوم خالفته». وبمقتضى القرينة العقلية من عدم إمكان القول بأن ضمان المغصوب أسوأ حالاً من سائر الموارد، يتعين أعلى القيم بين اليومين.

والمراد من أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، هو زيادة قيمة البغل وتنزّلها منذ الغصب إلى التلف، فهو ضامن لأعلى القيم في جميع الأزمنة بين اليومين.

(١) جواهر الكلام ٢٢٣/٣٧.

(٢) المقنعة: ٦٤١، النهاية: ٤٤٦.

(٣) مسالك الأفهام ٢٠٩/٢.

قال الشيخ:

لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب.
أقول:

قال في الجواهر في قوله عليه السّلام: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته»: «اللهم إلاً أن يقال: إنه بناءً على تعلّق الظرف بالفعل المستفاد من قول «نعم» يكون المراد: أن ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف، فيضمن الأعلى منه حينئذٍ، بل إن جعل متعلقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً، لعدم معقوليّة ضمان القيمة مع وجود العين، فيكون الحاصل أنه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة.

ثم قال: إلاً أن ذلك كله كما ترى تجشّم...^(١)

وشيخنا الأستاذ قرب هذا القول ثم أجاب عنه. قال:

ويمكن أن يقال: في تقريب الاستدلال المذكور من أن العين مضمونة في جميع الأزمنة، أن المراد كون العين في العهدة في جميع الأزمنة وهي أمر فعلي مستمر من حين وضع اليد عليها إلى أن تؤدّى أو تُتدارك بديلها، وعهدة العين بلحاظ ماليّتها، وما لا مالية له لا عهدة ولا خسارة له، فإنّ حيثيّة ردّ العين لمراعاة جهة ملكيتها، وحيثيّة عهدها وغرامتها بلحاظ حيثيّة ماليّتها.

ومن الواضح أن عهدة العين في كلّ زمان بلحاظ ماليّتها في ذلك الزمان لا بلحاظ ماليّتها سابقاً أو لاحقاً، إذ العين المنسلخة عن الماليّة في ذلك الزمان ليس لها عهدة في ذلك الزمان، فجميع تلك الماليّات في قطعات الأزمنة في

عهدة ذي اليد، وتسقط جميع هذه العهديات، إمّا بأداء العين المجعول غايةً للعهدة أو بتداركها، وتداركها بأداء القيمة العليا تدارك للجميع، إذ الكل داخل فيها، وليست للعين ماليات متجددة بل مالية واحدة مستمرة تزيد وتنقص. والجواب: ما ذكرنا سابقاً من أن عهدة العين ما دامت موجودة غير مقتضية للتدارك، لعدم معقولية ذلك، بل المالية التي هي تتبع العين في العهدة مالية أدائية لا مالية تداركية، والمالية التالفة بتلف العين هي التداركية لانقطاع التكليف بأدائها وهي المالية حال التلف، وسائر الماليات غير تالفة بتلف العين بل بتنزل القيمة السوقية، فلا تدارك لها من حيث تدارك العين التالفة بماليتها^(١).

والميرزا الاستاذ^(٢) - قدس سره - ذكر وجهاً آخر لدلالة الصحيحة على هذا القول، وتقريبه:

إن كل قيد يكون في الموضوع أو في ملابسات القضية، فله دخل في الحكم، فلو قال: أكرم زيدا العالم عند مجيئه في يوم الجمعة، كان لكل من هذه الخصوصيات دخل في وجوب الإكرام، إذ لو لا تأثيرها في الملاك لما أخذت في موضوع الحكم، ولذا لو علم بالقرينة بعدم دخل بعضها رفع اليد عنه وكان الدخل لما عداه.

وعلى هذا، فإن قوله عليه السلام: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته» ظاهر في أن المخالفة تمام العلة للضمان ولا دخل لـ«اليوم»، وكل جزء من أجزاء أزمنا

(١) حاشية المحقق الإصفهاني ٤٢١/١ - ٤٢٢.

(٢) منية الطالب ١٥٠/١ - ١٥١.

كون البغل في يد الآخذ مصداقاً للمخالفة، نعم، حدثت المخالفة من ذلك اليوم، وحينئذٍ، فإنَّ مورد الضمان يكون أعلى قيم البغل الذي وصل إليه في بعض أزمان المخالفة، وسائر مراتب قيمته مندكة في تلك المرتبة، فالواجب دفع أعلى القيم في تلك المدة.

أقول:

إنَّ هذا الوجه وإنَّ كان غير بعيد، لكنَّ دلالة الصحيحة على اعتبار المخالفة أول الكلام، والقول بأعلى القيم غير معقول كما سيظهر.

تكميل

لقد كنت وعدت بذكر الفوائد المستخرجة من صحيحة أبي ولاد، وقد حان وقت الوفاء بذلك، وهي اثنا عشر فائدة، وينبغي ضبطها جيداً، لأنني لم أجد أحداً من الأساطين تعرّض لها. فأقول:

١- إنه إن تعددت الإنتفاعات من العين المستأجرة بحسب تعدّد المقاصد، وجب أن يتعدّد الكرى كذلك، وذلك قوله عليه السّلام: «أرى له عليك مثل كرى البغل...» ولم يقل: كرى البغل ذاهباً من الكوفة وعائداً إلى الكوفة.

٢- إن الواجب في هذا الفرض أجرة مثل العين المستأجرة، ولذا عبّر عليه السّلام بـ«المثل». فهذا هو الملاك لا ما يقوله الأجير ولا ما يقوله المالك.

٣- لو كان للعين منافع متضادة، فهل المالك يملكها كلّها أو يملك الجامع فيما بينها أو يملك كلّاً منها في ظرف عدم الآخر؟ قال في العروة^(١): لو استأجر دابةً لحمل متاع معيّن شخصي أو كلّي على وجه التقييد فحملها غير ذلك المتاع أو استعملها في الركوب، لزمه الأجرة المسماة واجرة المثل لحمل المتاع الآخر أو للركوب. ودعوى: أنه ليس للدابة في زمان واحد منفعتان متضادتان... مدفوعة: بأن المستأجر بتفويته على نفسه واستعماله في غير ما يستحقّ كأنه حصل له منفعة أخرى.

والوجه في ذلك: كونه مالكا لكل واحدة من المنافع على انفراد.
وقال الميرزا الاستاذ رحمه الله في تعليقه^(١) بوجوب أعلى القيمتين
من الأجرة المسمّاة وأجرة المثل.

ووجه ذلك: أن المالك يملك الجامع بين المنافع، فلو جعله متخصصاً
بخصوصية في حيز الإجارة، فإن كانت المنفعة الأخرى مساوية مع هذه
المنفعة في القيمة، فقد أخذ الأجرة المسمّاة، وإن كانت أدون، فقد حصل
على الزائد بالعقد، وإن كانت أكثر قيمة استحقها لكونه مالكا للجامع.

والتحقيق: أن كليهما ضعيف، لمنافاتهما للبرهان وللصحيحة. أما
البرهان، فقد ذكرنا في كتاب الإجارة^(٢): أن ركوب الدابة أو سكنى الدار،
وأمثال ذلك، هي أفعال المستأجر ولا معنى لأن يقال بكونها ملكاً للمالك.
وبعبارة أخرى: ليست هذه بمنافع للعين حتى يملكها المالك بل هي من
عوارض المستأجر، وإنما المنفعة هي حيثية قابلية العين لأن ينتفع بها
المستأجر، كأن تكون الدابة قابلة للركوب أو حمل المتاع عليها، وأن تكون
الدار قابلة للسكنى فيها، وهكذا، والإجارة: تسليط المستأجر على العين لأن
ينتفع بها. وعلى هذا، فلما سلط المستأجر على الدابة لأن ينتفع من حيثية
المتخصصة بخصوصية الركوب - مثلاً - استحق الأجرة في مقابل تلك
الخصوصية، وأما سائر الخصوصيات فباقية على ملك المالك، وليس له
المطالبة بشيء في مقابلها، ولا معنى لأن يقال بملكه للجامع.
وأما ما ذكره السيد، ففيه:

(١) حاشية العروة للميرزا ٧٨/٥.

(٢) درس السيد الجدل قدس سره كتاب الإجارة في الحوزة العلمية بمدينة مشهد المقدسة.

إن الملكية إنما تتعلق بالأمر الممكن، واعتبار الملكية للممتنع وجوده غير معقول، ولذا لا يعقل اعتبار الملكية للمنافع المتضادة بصورة الاجتماع، لامتناع اجتماعها، بل كلُّ منها مملوكٌ للمالك في ظرف عدم الآخر، فهو مالك للركوب في ظرف عدم الحمل، وكذا العكس، كما لا يعقل أن تكون كلُّ واحدة مملوكةً في عرض الأخرى.

وعلى هذا، فلو استأجر الدابة للركوب مثلاً امتنع الاستفادة منها للحمل، وإذا امتنعت الاستفادة امتنعت الأجرة المسماة، وإنما له أجرة المثل بالنسبة إلى الحمل، لكون هذه المنفعة في ملك المالك. وهذا ما تدلُّ عليه الصحيحة، إذ لم يأمر الإمام بوجوب دفع الأجرة المسماة إلى قصر بني هبيرة، وإنما أمره بدفع أجرة المثل إلى النيل، فقال: «عليك مثل كرى...».

٤- إن قول أبي حنيفة: «فضمن قيمة البغل وسقط الكرى...» مبني على قاعدة «الخراج بالضمان»، لكن هذه القاعدة - على تقدير ثبوتها - لا تدلُّ على ما ذكره، وقد نص الإمام عليه السلام على بطلان فتواه، وقد تقدّم البحث عنها.

٥- الإفتاء بغير ما أنزل الله يوجب غضبه جلّ وعلا، والحرمان من بركات الأرض والسماء.

٦- إن ضمان الإلتاف جارٍ في جميع الموارد، أمّا ضمان التلف فلا، فلو تلف الشيء عند المستأجر لم يضمن، وكذا المرتتهن والوكيل. أمّا في الغاصب، فهو موجود كذلك، وذلك قول الإمام عليه السلام «نعم» في جواب السؤال: «أرأيت لو عطب...»

٧- الضمان الثابت هو ضمان القيمة، لا ضمان المثل كما عن جماعة من المتقدمين، أو يعتبر بقاء العين التالفة في عهدة الضامن، كما عن جماعة من المتأخرين، فالقولان على خلاف ما في الصحيحة، ولذا كان المختار أنه يضمن القيمة السوقية حين التلف.

المراد من القيمة عندنا: قيمة البغل حال كونها صحيحة ذات أوصاف موجبة لرقّي قيمتها، وقد استفدنا ذلك من قوله عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفت»، فهو ضامن لتلك الأوصاف الدخيلة في القيمة، خلافاً للشيوخ إذ حمل الرواية على يوم المخالفة وإن رجع عن ذلك.

٨- إنه ليس للغاصب شيء على المالك في مقابل ما أنفقه على العين المغصوبة، ولذا لما قال «فلي عليه علفه؟ قال عليه السلام: لا، لأنك غاصب» وليس الأمر في الإجارة والرهن كذلك، وكأنّ أبا ولاد قد قاس الغصب على الرهن، لأنه كان قد سأل الإمام عليه السلام: «عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهناً بماله، أله أن يركبه؟ قال عليه السلام: إن كان يعلفه فله أن يركبه، وإن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه»^(١).

٩- إن عليه الأرش يوم الردّ، وقد دلّ عليه قوله عليه السلام «يوم تردّه».

١٠- الميزان في الترافع حول الأرش الحلف أو البيّنة. قال عليه السلام: «إمّا أن يحلف... أو يأتي صاحب البغل بشهود...» بأن يكون الحلف على الغاصب وإقامة البيّنة على المالك، أو أنّ الغاصب مخير بين الحلف وإقامتها.

١١- إن كان تحليل المالك الغاصب عن علم ورضا واختيار، فلا شيء على الغاصب، وأمّا إن كان لا عن اختيار ورغبة، فالضمان على حاله، ولذا لما

(١) وسائل الشيعة ٣٩٧/١٨، كتاب الرهن، الباب ١٢ رقم ١.

قال أبو ولاد: «إني أعطيته دراهم ورضي بها وحلّني» قال عليه السّلام: «إنما رضي فأحلّك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم. ولكن أرجع إليه...». وبعبارة أخرى: كلّ قضية حقيقية فالحكم فيها يدور مدار الموضوع حقيقة، فلو قال أكرم كلّ عالم، فأكرم زيد بتوهم أنه عالم ثم انكشف كونه جاهلاً، لم يتحقّق الامتثال. بخلاف القضايا الخارجية الشخصية، فالعناوين فيها نوعاً دواعي ولا أثر لتخلّف الداعي، ولذا لو أذن له بأكل طعامه بتوهم كونه رحماً له، فأكل وتبيّن العدم، لم يكن الأكل ضامناً للطعام.

وهناك قسم ثالث من القضايا، وهي القضية الخارجية التي أخذ فيها عنوان الموضوع بمثابة القضية الحقيقية، فهنا يكون ضامناً كذلك، وما نحن فيه من هذا القبيل.

١٢ - إن الإبراء من الإيقاعات لا العقود، قال عليه السّلام: «فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك».

انتهى البحث عن صحيحة أبي ولاد.

الاستدلال لأعلى القيم بوجه آخر

قال الشيخ:

نعم، استدّلوا على هذا القول بأنّ العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته، وفيه...

فذكر ثلاث شقوق:

أحدها: أن يراد وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلفت فيه، وهذا مسلّم، لأنّه قيمة يوم التلف، ولا يكون تدارك العين إلّا بدفع قيمتها في ذلك اليوم، لكنّ المفروض أنها لم تتلف فيه.

والثاني: أن يراد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلاً وإنّ تنزّلت بعد ذلك وأرجع العين سالمةً، وهذا مخالف للإجماع بقسميه كما في الجواهر^(١) على أنه خلاف البرهان، لأن القيمة إنما كانت بدلاً عن العين، فلو وجبت عليه مع إرجاعها سالمةً، لزم الجمع بين المبدل والبدل، وهو محال.

والثالث: أن يراد إستقرار القيمة المرتفعة بمجرد الارتفاع مراعى بتلف العين، فإن أرجعها سالمةً فلا ضمان، وهذا وإن لم يخالف الاتفاق إلّا أنه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل...

هذه عبارته رحمه الله في هذا الشقّ، والتحقيق أن يقال:

إن أُريد من استقرار القيمة عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، أن يكون التلف شرطاً متأخراً لضمان تلك القيمة، فهو مردود بوجهين: أحدهما: إن الشرط المتأخر معناه تحقق المشروط فعلاً قبل مجئ شرطه. وهذا لا يعقل، لأن الشرط دخیل إما في تأثير المؤثر وإما في تمامية قابلية القابل، فما لم يتحقق لا يعقل تحقق الأثر. وأما القول بأنه شرط بوصف التعقب كما عن بعض الأكابر، فقد بينا فساده في الاصول ولا نتعرض له هنا.

والثاني: إن القول بكون الشرط المتأخر شرطاً بوصف التعقب لو تم، يستلزم تحقق البذل بلا مبدل، لأنه إذا ضمن القيمة المرتفعة مشروطاً بتعقب التلف، يكون ضامناً عند ارتفاعها لبذل التالف، والحال أن التلف غير متحقق، وهذا غير معقول.

وإن أُريد من كونه مراعى بالتلف، أن يكون التلف جزءاً للموضوع، بأن تكون القيمة المرتفعة مضمونة - وإن تنزلت فيما بعد قبل التلف - تعبداً، فهذا يحتاج إلى دليل شاغل، والأصل البراءة كما في كلام الشيخ رحمه الله. وبما ذكرنا ظهر أن في الشق الثالث احتمالين، فالشقوق أربعة.

الاستدلال لأعلى القيم بقاعدة لاضرر

ثم قال:

عدا ما حكاه في الرياض^(١) عن خاله العلامة قدس الله تعالى روحيهما من قاعدة نفى الضرر الحاصل على المالك. وفيه نظر...

أي: فيكون الدليل على ضمان أعلى القيم عند التلف قاعدة لا ضرر.
قال في الجواهر: «وذلك لأن عدم تمكنه منها حين ارتفاع القيمة ضرر عليه وتقويت لتلك المنفعة العليا».

ثم أشكل عليه بقوله:

إلا أنك قد عرفت فيما تقدّم اقتضاء القاعدة المزبورة ضمان الأعلى مع فواته وإن ردّ العين نفسها، وهو مخالف للإجماع بقسميه...^(١).
وما ذكره متين جداً، لكن يضاف إليه:

إن التنزّل بعد الترقّي لا يعدّ ضرراً وخسارة، لأن ذلك إنما يقال لو توجه الضرر إلى رأس المال، وتنزّل القيمة بعد ترقّيها يعود إلى المنفعة لا رأس المال. والحاصل: إن المقام من عدم النفع لا من الضرر.

سلمنا، ولكن أي شيء كان ينشأ منه الضرر عند ارتفاع القيمة، حتى ينتفي بالقاعدة، بناءً على أنها لرفع الموضوع الضّرري؟ أو أي حكم شرعي كان مترتباً عند ارتفاع القيمة حتى ينتفي بها، بناءً على أن مفادها رفع الحكم الضّرري؟ غاية ما في الباب أن يكون لهذه الحالة حكم يتدارك به الضرر، وقد تقرّر في محله أن هذه القاعدة نافية للموضوع أو الحكم الضّرري على القولين، لا مثبتة لحكم شرعي.

توجيه الاستدلال

قال الشيخ:

نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة: بأن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان...

أي: إن العين قد ارتفعت قيمتها في أثناء المدّة، وكان من بيده العين حائلاً بينها والمالك فلم يمكنه الانتفاع بها حتى تلفت، والحيلولة سبب من أسباب الضمان، فعليه دفع بدل العين حين التلف والمقدار الكذائي من القيمة.

والحاصل: إن مناط الضمان هو الحيلولة، وللعين في كلّ زمان من الأزمنة من أوّل الغصب إلى حين التلف قيمة حال الغاصب دون سلطنة المالك عليها، فإن ردّت العين سالمةً إليه فلا مال سواها يضمن، وأمّا ارتفاع القيمة السوقيّة في الأثناء، فهو أمر اعتباري لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالاً. وبعبارة أخرى: إزدياد المائيّة لا يعدّ مالاً عرفاً حتى تشمله أدلة الضمان، لأنّ موضوعها هو «المال». وإن تلفت استقرّت المرتبة العالية في ذمّة الغاصب، لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متضادّة، حيث أنه يضمن الأعلى منها.

أقول:

إنّ المناطق في سببّيّة الحيلولة للضمان هو انقطاع سلطنة المالك على ملكه وإزالة يده عليها مع تعذّر ردّها إليه، وهذا المناطق غير متحقّق هنا، لتمكّن الغاصب من ردّ العين إلى المالك. هذا أولاً.

وثانياً: إنّ الضمان عبارة عن التعهّد بالبدل، ومائيّة القيمة الراقية لا بدل لها حتى تضمن.

وثالثاً: جعل ردّ العين تداركاً للمائيّة الراقية الفائتة غير معقول، لأنّ معنى التدارك أن يكون الشيء المتدارك به واجداً للفائت، والعين غير واجدة للقيمة الراقية الحاصلة في الأثناء.

فما ذكره لتوجيه الاستدلال المتقدّم، غير وجيه، والله العالم.

الاستدلال لأعلى القيم بالحيلولة

قال:

ولأجل ذلك استدلل العلامة في التحرير^(١)... ونقول في توضيحه: إنَّ كلَّ زمانٍ من أزمانه الغصب... فتأمل.

أقول:

وهذا الوجه ضعيف جداً، لأنَّ الكلام في ضمان أعلى القيم الحاصلة للعين في أثناء الغصب مع نزول قيمتها عنه في وقت التلف، وأين هذا من أنه لو استمرت الحيلولة إلى زمان التلف وكانت العين فيه في أعلى القيم؟ وبعبارة أخرى: إنه لو كانت العين باقيةً وأراد ردّها إلى المالك، فليس عليه إلّا ردّها ولا يقول أحدٌ بضمان أعلى القيم كذلك.

وبعبارة أخرى: المفروض في محلّ البحث وقوع التلف في زمن تنزّل القيمة لا في زمان كونها في أعلى القيم، وحينئذٍ، فلا وجه لضمان أعلى القيم، لأنه إن كان مع وجود العين، وجب عليه دفعه إليه مع ردّها عليه، وهذا لا يقول به أحد، وإن لم يكن ضامناً له فكيف يضمّنه إذا تلفت؟

وعلى الجملة، فإنّ ظاهر عبارته لا يناسب مقامه الرفيع قدّس سرّه، فلا بدّ من تأويل كلامه، بأنّ يقال:

لا شبهة في أنّ العين مضمونة مادامت موجودة، لقاعدة اليد، فلو ترقّت ماليتها ضمنت بمراتبها بتبعها، سواء بقي الترقّي أو زال في الأثناء وتنزلت القيمة، فإنّ ردّ العين وارتفع الضمان بالنسبة إليها فلا متبوع حتى يبقى التابع، فهو غير ملزم بدفع القيم الزائدة، وإنّ تلفت بقي ضمان القيم المرتفعة بتبع بقاء ضمان العين.

هذا غاية ما يمكن أن يقال لإصلاح كلامه رحمه الله.

لكن فيه:

أولاً: إن ضمان العين عبارة عن ردّها ودفع بدلها إن تلفت، فضمان بدل التالف ضمانٌ حادث، ولم تكن القيم المرتفعة تابعةً للبدل حتى يجب دفعها. وبعبارة أخرى: لقد كان ضمان القيم تابعاً ل ضمان العين، أمّا العين فقد تلفت وأما البدل القائم مقامها فلم تكن القيم تابعةً له. وثانياً: إنه لا معنى ل ضمان الماليّات، لأن ضمان الشيء بدفع قيمته ولا قيمة للقيمة.

وثالثاً: إنه ليست الماليّات من الأوصاف الوجوديّة حتى يقال بأنه إذا تنزّلت القيمة فقد زال وصف خارجي - كالسّمْن والوبر ونحوهما - ويكون مضموناً للمالك، بل هو وصفٌ اعتباري عقلائي.

الاستدلال لأعلى القيم بقاعدة الاشتغال

قال:

واستدلّ في السرائر وغيرها^(١) على هذا القول بأصالة الاشتغال... وقد يجاب: بأنّ الأصل في المقام البراءة....

فأرجع الشيخ الشك إلى دوران الأمر بين الأقل والأكثر، والقدر المتيقّن قيمة يوم التلف، والتكليف بدفع الزائد عليه مشكوك فيه والأصل البراءة. وقد كان الأولى أن يقول: أنه يشكّ في أصل الاشتغال بالقدر الزائد والأصل عدمه. والأمر سهل.

(١) السرائر ٢/٤٨١، الرياض ٢/٣٠٤، المناهل: ٢٩٩.

لكن مبنى استدلال ابن إدريس هو - كما ذهب إليه جماعة من المتقدمين والمحقق الخراساني من المتأخرين - أن كل تالفٍ فهو باقٍ اعتباراً في ذمة المتلف، ودفع البدل في القيمات هو لتعذر المثل، فلو ترقّت قيمة العين التالفة، اشغلت الذمة ببذل أعلى القيم، فلو دفع قيمة يوم التلف وكانت أقل منه، وقع الشك في الفراغ ومقتضى القاعدة الاشتغال.

لكن المبنى غير صحيح، فإن الاعتبار المذكور وإن لم يكن مانعاً منه ثبوتاً، إلا أن أدلة الضمان منزلة على ما هو المتفاهم عرفاً.

الاستدلال لأعلى القيم بالاستصحاب

قال الشيخ:

نعم، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد. توضيحه: إن المستفاد من حديث على اليد كونه ضامناً للعين، ولما كانت الغاية عبارة عن الأداء، فهي ما لم تؤدّ ثابتة على العهدة، سواء كانت باقية أو تالفة، فلو تلفت العين ووقع الشك في المسقط عن الذمة هل هو أعلى القيم أو أدناها، فإنه مع دفع الأدنى يشك في تحقق الأداء والخروج عن العهدة، ومقتضى الاستصحاب هو العدم وبقاء الضمان، فيجب دفع الأعلى. وفيه:

أولاً: إنه لما كانت الذمة مشغولة بالعين، فإذا تلفت وجب عليه دفع القيمة بعنوان البدل ومن أجل الخروج عن العهدة، وذلك يتحقق بدفع قيمة يوم الأداء لأعلى القيم، نعم، لو كانت العين باقية في الذمة حتى مع تلفها، وكان دفع القيمة بعنوان المسقط لِمَا في الذمة، كان للاستصحاب مجال، ولكنه خلاف التحقيق.

وثانياً: قد ذكرنا سابقاً أنَّ مقتضى الحديث أداء ما أخذ، إلا أنه مقيد عقلاً بإمكان الأداء، إذ لا معنى لجعل «حتى تؤدى» أعم من الممتنع أدائه، وعليه، فلا معنى لاعتبار بقاء العهدة مع امتناع الأداء، ولذا تشتغل الذمة ببذل المأخوذ حين التلف، فيجب دفع قيمة يوم التلف لا غير.

وثالثاً: لو فرض الشك في أنَّ ما يدفع من القيمة هو مسقط لما في الذمة أو أنه بدل، لم يجز التمسك بالاستصحاب لعدم إحراز الموضوع.

الاستدلال لأعلى القيم بآية الاعتداء

وربما يقال^(١): بدلالة آية الاعتداء على أعلى القيم، بتقريب: أن «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ»^(٢) كناية عن ضمان المعتدي، ومادام الإعتداء موجوداً فالضمان موجود، ولما بلغت القيمة إلى أعلى القيم كان طبعي الاعتداء صادقاً، فثبت الضمان بالعين التي قيمتها كذا، ومقتضى «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ» أخذ العين منه بمالها من القيمة الراقية، فإن رد العين سقط الضمان، لأنه بردها خرج عن الاعتداء، ولا موضوع لقوله «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ» سواء كانت العين حين الرد بتلك القيمة أو نازلة عنها. أما لو تلفت، فالمفروض أنَّ العين بمالها من القيمة الراقية مورد للضمان، فالواجب عليه دفع أعلى القيم.

وفيه:

أولاً: قد ذكرنا سابقاً أنه يحتمل أن تكون «ما» موصولة، والمعنى: فاعتدوا عليه بمثل الذي اعتدى به عليكم، ويحتمل أن تكون مصدرية،

(١) حاشية الإيرواني: ١٠١ الحجرية.

(٢) سورة البقرة: ١٩٤.

والمعنى: بمثل اعتدائه.

وثانياً: أنَّ الآية في مقام بيان حكم التقاص ولا ربط لها بمسألة الضمان.

القول بيوم البيع

ثم إنه حكى عن المفيد والقاضي والحلي^(١): الاعتبار بيوم البيع... ولم يعلم له وجه.

لو اشترى شيئاً ولم يعين الثمن بل فوضه البائع إلى حكم المشتري، كان البيع باطلاً. إنما الكلام فيما لو تلف الشيء في يد المشتري، فالمحكي عن الجماعة أنَّ عليه دفع قيمة يوم البيع إلى المالك، قال الشيخ: «لم يعلم له وجه، ولعلهم يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان البيع والقبض. فافهم». ولعل الأمر بالفهم للإشارة إلى أنَّ القائل بالاعتبار بيوم القبض لا يفرق بين ما كان فساداً بسبب التفويض إلى حكم المشتري، وما كان بسبب آخر كالغرر وغيره.

ولعله - كما قال السيّد^(٢) - للإشارة إلى أنَّه لا دليل على حمل «يوم البيع» على «يوم القبض» إلا أنه لا مناص من ذلك صوتاً لكلامهم عن الخطأ. أقول:

قد قلنا في قاعدة «ما يضمن بصحيحه...» بالنظر إلى كلام شيخ الطائفة من أنَّ «المشتري دخل على أنَّ يكون مضموناً عليه» أنَّه إذا كان العقد فاسداً فلا يجب دفع البذل المسمّى بل يتعين عليه دفع المثل أو القيمة. وقد أجبنا

(١) انظر: مختلف الشيعة ٥/ ٢٤٣ - ٢٤٤.

(٢) حاشية المكاسب ١/ ٥١٢.

عن إشكال الشيخ بأنه ليس من أدلة الضمان الدخول على أن يكون مضموناً عليه، بتقريب كلام شيخ الطائفة بأن نفس الإقدام على المعاملة دليل على الالتزام بالمعاوضة بين الثمن والمثمن، وأنه لا يعطى المعوض مجاناً.

وبعبارة أخرى: إن المعاملة متضمنة ارتكازاً لاشتراط وجود العوض للمبيع، والمشتري ملزم بدفع العوض بمقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»^(١). ولما كان البيع فاسداً ولم يستقرّ العوض المسمى، فلا محالة يجب عليه دفع العوض الواقعي من المثل أو القيمة.

فعلى ذلك يقال هنا: إن نفس البيع متضمن للشرط الواجب الالتزام به بمقتضى الحديث المتقدم، فقولهم باعتبار يوم البيع هو بلحاظ أنه في هذا اليوم دخل على أن يكون المال مضموناً عليه، فالملاك هو يوم البيع وإن حصل القبض بعد حين. ولعلّ هذا هو الوجه في الأمر بالفهم.

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠ رقم ٤، ويوجد في مواضع أخرى.

مسائل متعلقة بالقيمة

لا اعتبار بزيادة القيمة بعد التلف

قال الشيخ:

ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال، إلا أنه تردّد فيه في الشرائع، ولعله....

لو تلفت العين فزادت القيمة قبل أن يؤدي، بمعنى أنها لو كانت موجودة لكانت القيمة كذا، لم يضمن الزيادة على جميع الأقوال في يوم الضمان.

إلا أن المحقق يقول: ولا عبرة بزيادة القيمة ولا نقصانها بعد ذلك - أي التلف - على تردّد.

فقال في الجواهر: منشؤه التردّد في كون الواجب في القيمي المثل أو القيمة^(١).

أقول: في المسألة ثلاثة أقوال، فعن جماعة أن الواجب في القيمي هو المثل، غير أنه سقط عن الذمة بأداء القيمة، فدفعها إسقاط للمثل. وقال آخرون: بأنه بمجرد تلف القيمي يقوم البدل مقام العين وهو القيمة.

وقال المتأخرون ومنهم المحقق الخراساني: إذا تلفت العين اعتبر بقاؤها في العهدة.

قال الشيخ:

ولعلّه - كما قيل - من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله... وقد تقدّم أنه مخالف لإطلاق النصوص والفتاوى.

أي: إذا كان ما في الذمّة هو المثل، كما هو أحد القولين أو العين كما هو قول المتأخرين، ودفع القيمة إنما هو لإسقاط ما في الذمّة، كان الواجب دفع القيمة الزائدة، وهذا هو المختار عند السيّد إذ قال معلقاً على كلام الشيخ رحمه الله: قد عرفت أنه مقتضى التحقيق الموافق للمستفاد من الأدلّة، والإجماع على خلافه ممنوع، وعلى فرضه غير كاشف في الظاهر.^(١)

ومقتضى الدقّة هو:

إنه لو ترقّت القيمة بعد التلف واستمرّت كذلك إلى حين الأداء، فعلى القول باستقرار العين في العهدة اعتباراً، يجب عليه دفع الزيادة. أمّا على القول باستقرار المثل في الذمّة، فلا فرق بين زيادة القيمة أو نقصانها، بل عليه دفع قيمة يوم الأداء.

ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة

قال الشيخ:

ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة، وأمّا إذا كان بسبب الأمكنة... فالظاهر اعتبار محلّ التلف...

(١) حاشية المكاسب ٥١٢/١.

أقول:

إنَّ اختلاف مالِيَّة الشيء تتبع كثرة الراغبين فيه وقتلهم، وكثرة الشيء في السَّوق وقتلته، ولذا لو حمل المأخوذ بالبيع الفاسد إلى مكانٍ يكثر الراغبون فيه أو يقلَّ نظيره في السَّوق، فتلف في ذلك المكان أو الوقت، ضمن تلك القيمة. وبذلك يظهر أنَّ تشخُّص القيمة ليس بالزمان وحده ولا المكان كذلك، بل بالزمان والمكان معاً، والله العالم.

ارتفاع القيمة بسبب الزيادة في العين

قال الشيخ:

ثم إنَّ جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة السَّوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس، وأمَّا إذا كان حاصلًا من زيادة في العين، فالظاهر...
لو حصلت في العين نماءات فزادت قيمتها كالسَّمن والوبر، فالظاهر عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم إنَّ تلفت العين وإنَّ تنزَّلت القيمة، وفي الجواهر^(١): لو تجددت صفة مثل أن سمت فزادت قيمتها ثم هزلت فنقصت قيمتها، أو تعلَّمت صنعة فزادت قيمتها، ردَّها وما نقص بفوات الأولى، بلاخلافٍ أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه.

(١) جواهر الكلام ١٠٧/٣٧.

الكلام في بدل الحيلولة

لقد كان بحثنا إلى الآن في المأخوذ بالعقد الفاسد، وأنه إذا تلف يضمن،
ثم وقع الكلام في أنه قيمة أي يوم يضمن؟
وأما إذا أخذ الشيء بالعقد الفاسد ولم يتلف، فما هو حكمه من حيث
الضمان؟

تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف
قال الشيخ:

ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر - من ضمان المثل أو القيمة -
حكم تعذر الوصول إليه وإن لم يهلك...

توضيحه: إنه إن كانت العين موجودة فعليه ردّها، وإن كانت تالفة،
فالحكم ما ذكر. أما إن كانت موجودة لكن الوصول إليها متعذر، كما لو
سُرقت أو غرقت أو ضاعت أو أُبقت، فالحكم وجوب دفع بدل الحيلولة.

عدم اختصاص بدل الحيلولة بتعذر الوصول

ولا يختص الحكم بالأمثلة المذكورة، فلو أقر بأن ما في يده لزيد ثم أقر
بأنه لعمره، وجب عليه دفع بدل الحيلولة لعمره. وكذا لو شهد الشاهدان
على أن ما في يد زيد هو لغيره فحكم الحاكم، ثم رجعا، وجب عليهما دفع

بدل الحيلولة لزيد. وكذا في القصاص، فلو أطلق القاتل من يد الولي، وجب عليه الدية. وكذا لو أخذ ما بيد الغاصب قهراً عليه، كان على القاهر دفع بدل الحيلولة.

ثم إن المال المتعذر الوصول إليه، تارة: هو باق على حاله من المالِية والملكية للمالك، وأخرى: المالِية زائلة والملكية محفوظة. كالصَّبغ على الجدار، وثالثة: المالِية والملكية زائلتان، كما لو انقلب الخَلْ بيد الغاصب خمرًا، لكن للمالك حق الاختصاص، ورابعة: لا مالِية له ولا مالِكية ولا حق الاختصاص والأولوية، كما لو أعتق أحد الشركاء نصيبه من العبد، فإنه يسري العتق إلى حصص البقية، ويغرم المعتق حقهم.

وهل يقيّد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدّة طويلة يتضرر المالك من انتظارها، أو لو كانت قصيرة؟ وجوه.

مورد بدل الحيلولة في تعذر الوصول

قال الشيخ:

ظاهر أدلة ما ذكر من الامور الاختصاص بأحد الأولين، لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير كما يظهر من إطلاقهم أن اللوح المنصوب...

أقول:

من النصوص في المسألة:

كتبت إلى أبي محمد عليه السّلام: رجل دفع إلى رجلٍ ديةً [وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره]، فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب

عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقَّع عليه السَّلام: هو ضامن لها إن شاء الله»^(١).

سألت أبا الحسن عليه السلام: عن رجلٍ استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعةً، وقال الآخر: إنما كانت لي عليك قرضاً. فقال عليه السلام: المال لازم له إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعةً^(٢). وعن أبي عبد الله قال: سألته عن القصَّار يسلم إليه الثوب واشترط عليه يعطيني في وقت؟

قال عليه السلام: إذا خالف وضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن^(٣).

دليل وجوب بدل الحيلولة

إنما الكلام في دليل الفقهاء على وجوب بدل الحيلولة، فقد استدلوا بوجوه:

١ - قاعدة السلطنة

قال الشيخ:

فإن تسلَّط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده تقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذُّر نفسه، نظير ما تقدَّم في تسلَّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذَّر في المثلي.

(١) وسائل الشيعة ١٩ / ٨١، كتاب الوديعة، الباب ٥ رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩ / ٨٥، كتاب الوديعة، الباب ٧ رقم: ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٩ / ١٤٣، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، رقم: ٧.

أقول:

وفي هذه العبارة احتمالات أربعة:

١- إن من شئون السُّلْطنة على المال جواز المطالبة ببدله، كما هو الحال في المثلي المتعذر، كما تقدّم في محله بالتفصيل.
وفيه:

أولاً: إذا تعذر المثل فالبدل بدلٌ للتالف لا المثل.

وثانياً: لو سلّمنا، فهو حيث لا وجود للمثل، أمّا فيما نحن فيه فالتعذر هو الوصول.

وثالثاً: إن أخذ البدل يستلزم الجمع بين البدل والمبدل، وهذا لا معنى له.

٢- إن مقتضى سلطنة الرّجل على ماله هو جواز مطالبته للتوصل إلى أخذ بدله.
وفيه:

إنه لا معنى لبقاء السُّلْطنة على هذا المال، لتعذر الوصول إليه، والسُّلْطنة على أخذ بدل الشيء غير سلطنته على نفس الشيء ولا دليل على ثبوتها.
٣- إن للمال حيثية الشخصية والنوعية والمالية، ومقتضى الحديث التسلّط على كلّ الحيثيات الثلاثة، فإذا تعذر الوصول إليه، كان له الأخذ بحيثية المالية وهو أخذ البدل.

وفيه: إن المالية ليست من الصفات الخارجية الوجودية كي تكون من الامور المسلّط عليها، بل هي أمر اعتباري عقلائي. هذا أولاً.

وثانياً: سلّمنا، لكنّ السُّلْطنة على مالية الشيء غير السُّلْطنة على قيمته القائمة بالدرهم والدينار.

٤- إن مقتضى الحديث أن يكون المالك مسلطاً على جميع أنحاء الانتفاعات بماله، وبدل الحيلولة بدل لهذه السلطنة، ولو كان مثلياً وجب دفع المثل لينتفع به.
وفيه:

إن سلطنة المالك على جميع منافع ماله وانتفاعاته منه حكم وضعي شرعي، وجعل البديل للحكم الشرعي غير معقول، نعم، يكون بدلاً عن كون الغاصب حائلاً بين المالك وانتفاعاته من العين، لكن هذا لا يتوقف على تعذر الوصول إليه، بل يجب عليه دفع البديل سواء تعذر الوصول إليه أو لا. وتلخص: أن لا وجه للتمسك بدليل السلطنة مطلقاً.

٢- قاعدة اليد

قال المحقق الخراساني:

لا يخفى أن السلطنة على المال لا يقتضي جواز المطالبة بالبديل عند تعذر ردّ عينه. نعم: لا يبعد أن يكون جوازها من آثار الضمان والعهدة، فيكون قضيتها وجوب ردّ العين مع التمكن وجواز المطالبة ببديل الحيلولة مع التعذر في زمان وبالبديل مع التعذر مطلقاً،...^(١)

أقول:

إن قاعدة اليد مغية بالأداء، والعهدة إن كانت حكماً وضعياً، فكل حكم وضعي فيحتاج إلى مصحح، وهو هنا مفقود، لأن المفروض تعذر الوصول

(١) الحاشية على المكاسب: ٢٥.

إلى العين، فكيف يؤذيها؟ وإن كانت حكماً تكليفيّاً، فيجب عليه الأداء، فكلّ تكليف مشروط بالقدرة ومع العجز فهو ساقط، نعم، يكون عاصياً، وذلك أمر آخر.

ولو قيل: إن مقتضى ضمان اليد أن يخرج عن عهدة بدل الانتفاعات، وهو أجرة المثل لتلك المنافع.

قلنا: إن هذا ثابت في ذمة الغاصب، سواء تعذر الوصول إلى العين أو لا، ولا ربط له ببذل الحيلولة.

فظهر عدم تمامية الاستدلال.

اللهم إلا أن يقال: إن مقتضى الحديث أنه إن أمكن أداء الشيء فهو، وإن تلف فعليه دفع البدل، لكن لا موضوعية للتلف بل المناط انقطاع يد المالك عن الشيء وخروجه عن استيلائه عليه، فيعمّ صورة تعذر الوصول إليه، وتبقى مشكلة الجمع بين البدل والمبدل.

لكن الحديث ضعيف للغاية، ونحن لا نعتمد على قاعدة اليد إلا في موارد الإجماع، فإن قام الإجماع على بدل الحيلولة فيما نحن فيه فهو، وإلا فالاستدلال ساقط.

وعلى الجملة:

المال المأخوذ من المالك غصباً أو بيع فاسد، وتعذر الوصول إليه ولم يمكن رده، لغرق أو سرقة، فالفتوى على وجوب دفع بدل الحيلولة، وقد استدلل له تارة: بقاعدة السلطنة، وقد بينا عدم تمامية الاستدلال بها، وأخرى بقاعدة اليد، ولكن لا وجه له، ويشكل بلزوم الجمع بين العوض والمعوض. وقد أجاب الشيخ عن هذا الإشكال بأن بدل الحيلولة هو بدل السلطنة، لا

بمعنى الحكم الشرعي الوضعي بل بدلاً عن الاستيلاء الخارجي، ولذا قال المحقق الخراساني: نعم...

وتوضيح كلامه:

إن معنى الحديث: أن على ذي اليد الأخذ ما أخذت يده، فعلى عهده ردّ العين ما دامت موجودة، وخروجها عن القدرة على الردّ غير مخرج لها عن الملكية، نظير المفلس، فإن عجزه عن أداء الديون غير مسقط لها عن عهده، فالعهدة باقية وإن تعذر الوصول إلى العين، ومن لوازم العهدة أنها إن تلفت وجب عليه دفع المثل أو القيمة، وكذا لو كان الوصول إليها متعذراً، فإنه بمثابة التلف، وعليه دفع بدل السلطنة الخارجية إلى المالك.

ثم يقع الكلام في أنه يملك البدل أو يجوز له الانتفاع به؟ إن قلنا: يملك، لزم الجمع بين العوض والمعوض، لأن المفروض أن المتعذر الوصول إليه ما زال في ملكه، ولذا قال ليس هنا ملكية مطلقة لعدم دلالة دليل عليه - كما في ملكية بدل التالف - بل أن له السلطنة على التصرفات في البدل بجميع أنحاء التصرفات حتى المتوقعة على المالك.

وفيه: إن مستند قاعدة اليد حديث عامي^(١) رَوَاهُ عَنْ سَمُرَةَ بْنِ جَنْدَبٍ اللَّعِينِ، وَإِنَّمَا نَقُولُ بَضْمَانُ الْيَدِ حَيْثُ قَامَ الْإِجْمَاعُ وَدَلَّتِ النُّصُوصُ عَلَيْهِ، وَأَمَّا فِي غَيْرِ ذَلِكَ فَلَا نَقُولُ بِهِ، وَعَلَيْهِ، فَالْقَدَرُ الْمُتَيَقِّنُ - بَعْدَ تَسْلِيمِ مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ وَالْمُحَقِّقُ الْخُرَاسَانِيُّ فِي الْقَاعِدَتَيْنِ - هُوَ إِبَاحَةُ التَّصَرُّفَاتِ، وَلَا دَلَالَةُ لِهَمَّا عَلَى التَّصَرُّفَاتِ الْمُتَوَقَّفَةِ عَلَى الْمَلِكِ.

(١) مستدرک الوسائل ٨/١٤، کتاب الوديعة، الباب ١ رقم: ١٢.

٣- قاعدة لا ضرر

بتقريب: إن صبر المالك ضرر عليه، والقاعدة تقتضي وجوب البدل. أو إن عدم الحكم بوجوب البدل من ناحية الشارع ضرري ترفعه القاعدة، ويثبت النقيض وهو وجوب دفع البدل.

أو إن المالك إذا طالب بملكه، يكون جواز امتناع الأخذ عن دفع بدل الحيلولة ضررياً على المالك ترفعه القاعدة فيجب دفعه.

أما التقريب الأول، فيتوقف على تمامية دلالة الحديث على ثبوت البدل ووجوب تدارك الضرر - كما عليه بعضهم -، ولكنه خلاف التحقيق كما ذكرنا في محله.

وأما التقريب الثاني، فيتوقف على القول بأن حديث لا ضرر يرفع الحكم الضرري لا الموضوع الضرري. وتوضيح ذلك: إن في مفاد القاعدة قولين. أحدهما: أنها تدل على انتفاء الموضوع الضرري، وانتفاؤه شرعاً ليس إلا بانتفاء حكمه، لأن ثبوت الموضوع تشريعاً إنما يكون بثبوت حكمه وانتفاؤه بانتفاء حكمه. وهذا مختار المحقق الخراساني. وعلى هذا القول لا وجه للاستدلال بالقاعدة في المقام، لأن دفع البدل لم يكن له حكم حتى ينتفي. والآخر: أنها تدل على انتفاء الأحكام التي ينشأ منها الضرر، وعلى هذا القول أيضاً لا يتم الاستدلال بالتقريب المذكور، لأن القاعدة بناءً عليه ناظرة إلى الأحكام المجعولة ورافعة لما كان ينشأ منها الضرر، وليست ناظرة إلى مورد عدم جعل الحكم ليتبدل بها إلى وجوب الجعل.

فظهر عدم تمامية التقريب الثاني على كلا القولين في حديث لا ضرر.

وأما التقريب الثالث، فيتم بناءً على دلالة الحديث على نفي الأحكام الضرورية، فيرتفع الجواز إن كان مجعولاً، ولكن الجواز غير مجعول، بل إنه عبارة أخرى عن عدم وجوب دفع البدل.

وتلخص: عدم تمامية الاستدلال بالقاعدة لوجوب دفع بدل الحيلولة مطلقاً.

٤ - الإجماع

والاستدلال به غير تام حتى لو كان محصلاً، فكيف بالمنقول؟

٥ - النصوص

وهذا بعضها:

عن محمد بن الحسن [الحسين] قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل دفع إلى رجلٍ ودیعة [وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره] فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف آخره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله.^(١)

ووجه ذلك: إن يده لم تكن مأذونة في وضع الوديعة في دار جاره.

عن الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن القصار يسلم إليه الثوب واشترط عليه يعطيني في وقت.

قال عليه السلام: إذا خالف وضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن^(٢).

(١) وسائل الشيعة ١٩ / ٨٢، كتاب الوديعة الباب ٥ رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩ / ١٤٣، كتاب الإجارة، الباب ٢٩ رقم: ٧.

ووجه ذلك: إن يده في ذلك الوقت أمانية ولا توجب الضمان إن لم يكن تفريط، ولذا لو ترافعا وادّعى المالك التفريط تقدّم قول القصار، وأمّا بعد الوقت فليست يده مأذوناً فيها.

ثم إن كان الضياع أو السرقة مقروناً عادةً باليأس من الوصول إلى العين، وجب تقييد النصوص بصورة حصول اليأس وسقط الاستدلال، وأمّا إن كانت مطلقة، أمكن الاستدلال بها لوجوب بدل الحيلولة، لأن «الضمان» هو «الكفالة» وهي خسارة و غرامة و ندامة - كما في الخبر - فعلى الضامن ردّ العين في حال الإمكان وإلا فعليه الغرامة، وهي دفع البدل [١].

[١] واستدلّ لوجوب دفع بدل الحيلولة بوجوه أخرى:

منها: آية الاعتداء، لأن الغاصب قد حال بين المالك وملكه، وهذا اعتداء، وقد دلّت الآية على جواز الاعتداء عليه كذلك، بأن يؤخذ منه مقدار من المال بدلاً عن حيلولته.

وفيه: أن الآية المباركة لاتدلّ على الضمان، كما نصّ على ذلك السيّد الجّد وغيره.

وأيضاً، فإنّ الأخذ بالعقد الفاسد لا يعتبر معتدياً خصوصاً مع الجهل. ومنها: قاعدة الإتلاف، بتقريب: أن الضامن قد أتلّف باستيلائه على مال الغير سلطنته على ماله، ومن أتلّف مال الغير فهو له ضامن، فعليه أن يرفع إليه بدل سلطنته الفائتة.

وفيه: ما أفاده السيّد الجّد من أنّ هذه القاعدة مصطادة ممّا ورد في الموارد المختلفة، فليست بقاعدة شرعية منصوص عليها.

والمهمّ هو أنّ تقويت السلطنة ليس بتقويّة للمال.

ومنها: حكم العقل بقبیح الظلم، ووضع اليد على مال الغير ومنحه من الانتفاع به ظلم، فهو قبيح. وحينئذٍ يحكم العقل برفع هذا الظلم وجبره وهو إنما يتحقّق بأخذ مالٍ منه يدلاً عمّا فعل.

وفيه: إنّ هذا الدليل يختصّ بمورد الغصب ولا يعمّ المأخوذ بالعقد الفاسد.

المراد من التعذّر

قال الشيخ:

ثم الظاهر عدم اعتبار التعذّر المسقط للتكليف... لكن ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذّر، وهو الأوفق... فتأمل.

أقول:

كان الكلام السّابق في إمكان الوصول إلى العين وعدم إمكانه واليأس منه أو رجاء الوصول إليها، والكلام هنا في «التعذّر» وأن المراد منه التعذّر العرفي أو العقلي المسقط للتكليف؟ فالفرق بين الباحثين أنه ربما يكون

ومنها: إن أخذ بدل الحيلولة جمع بين الحقيّين، قال الشيخ: يظهر من إطلاقهم أن اللّوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزع غرق مالٍ لغير الغاصب، انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل. ويؤيده: أن فيه جمعاً بين الحقيّين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين، فإن تسلّط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده، يقتضى جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذّر نفسه. ينظر ما تقدّم في تسلّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذّر في المثلي. نعم، لو كان زمان التعذّر قصيراً

جداً بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة والتدارك على أداء القيمة، أشكل الحكم. وفيه: إنه ليس للمالك إلا المال المتعذر الوصول إليه، فدعوى أن له حقاً آخر في ذمة الضامن لا دليل عليها، لأن الجمع بين الحقين فرع ثبوت حق زائد على المال، وإثباته بعنوان الجمع بين الحقين إثباتٌ للمدعى بالمدعى، وهو محال.

الوصول إلى العين معلوماً أو مرجواً لكن يتعذر التحصيل، أو يكون معلوم الوصول لكن وصولاً قهرياً.

وبما ذكرنا يندفع اعتراض السيد^(١) بأن هذا الكلام تكرر لما سبق. هذا، وقد اختار الشيخ أولاً اعتبار التعذر العرفي، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعي في مقدماته، لم يسقط وجوب دفع بدل الحيلولة في زمان السعي. ثم نقل عن بعض الفقهاء التعبير بالتعذر، قال: وهو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزامه برد العين. ثم أمر بالتأمل. ولعل وجه التأمل هو: تقدّم القواعد المثبتة لبذل الحيلولة على أصالة عدم تسلط المالك على الأزيد من إلزامه برد العين.

وأما التحقيق في المقام فهو النظر في القاعدة المستدل بها على وجوب بدل الحيلولة، وتوضيح ذلك هو إنه:

إن كان الدليل على وجوب بدل الحيلولة قاعدة لا ضرر، بمعنى أن صبر المالك إلى زمن حصول العين ضرر عليه ولا بد من تداركه، فلا يعتبر التعذر بل يثبت بدل الحيلولة مع إمكان التحصيل، لأن المناظ ضرورة صبر المالك. وإن كان قاعدة اليد - بأن مدلول «على اليد» كون المال على عهدة

الضامن، وأنه لا تسقط العهدة بتعذر الوصول إلى العين - فإن العهدة ثابتة إلى حين الأداء، ومع عدم إمكان الأداء يكون التعذر الخارجي بمثابة تلف العين، وكأن المناط انقطاع يد المالك عن ملكه، ولا فرق فيه بين الانقطاع إلى الأبد أو في زمان، والظاهر على هذا اعتبار التعذر العقلي.

وإن كان قاعدة السلطنة، فإن كان بمعنى أن مطالبة البدل من شئون السلطنة، فيجب البدل، سواء تعذر الوصول أو لا، وإن كان بمعنى وجوب بدل الحيلولة في المورد الذي يتعذر الوصول والتحصيل، فلا يجب إلا في هذه الحال.

وأما النصوص، فالقدر المتيقن كون التعذر بالمعنى العقلي.

هل يلزم المالك بأخذ البدل؟

قال الشيخ:

ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقاً للضامن فلا يجوز للمالك الامتناع...

إذن، فرق بين البدل الواقعي وبدل الحيلولة. ففي الأول، يلزم الضامن المالك بأخذ البدل ولا يجوز له الامتناع من الأخذ. وفي الثاني، للمالك أن يمتنع من الأخذ ويصبر إلى زوال العذر. قال: كما صرح به الشيخ في المبسوط،^(١) ويدل عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم.

وما ذكره في بادئ النظر جيد، لأن مقتضى إطلاق قاعدة السلطنة أن له أن لا يتصرف في ماله كما له التصرف فيه، فهذا حق ثابت للمالك بالنسبة إلى

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٨٧/٣.

أمواله، بخلاف بدل التالف، فالحق هناك للضامن، بأن يلزم المالك بالأخذ وليس له الامتناع.

إلا أنه لا يخلو من تأمل، لأنه يتوقف على أن يكون عدم التصرف في المال أو بدله من شئون السلطنة، وهذا غير صحيح، لما ذكرنا في الأصول من أن قولهم في معنى القدرة والسلطنة على الشيء أن له إرادة فعله وإرادة تركه كلام صوري، بل الصحيح أن السلطنة والقدرة على الشيء هي أنه إن شاء فعل وإن لم يشأ لم يفعل، لأن عدم لا ينشأ من الإرادة، والعدميات لا تدخل في حيزها، فمعنى الحديث: أن له القدرة على التصرف في ماله، وليس معناه القدرة على ترك التصرف فيه.

فلا مناص من أن يحمل كلامه على أن العين لما كانت موجودة في الخارج وهي ملك له، فسلطنته عليها باقية ولم تنتقل إلى البدل في ذمة الضامن، حتى يقال بأن للضامن الحق في إلزام المالك بأخذ البدل من أجل الخروج عن العهدة.

إلا أن هذا الذي ذكره الميرزا الاستاذ رحمه الله^(١) أيضاً في توجيه عبارة الشيخ رحمه الله، يتناسب مع بعض المباني لا كلها، فإن كان المدرك لبدل الحيلولة قاعدة لا ضرر، لكون صبر المالك ضرراً عليه، كان له أن يطالب ببطل الحيلولة دفعاً للضرر، وله أن لا يطالب، وإن كان قاعدة اليد على ما ذكرنا، اشتغلت ذمة الضامن بالبدل كمالو تلفت العين، ويضمن المثل أو القيمة، وله حينئذ أن يلزم المالك بالأخذ وليس للمالك الامتناع. وإن كان الإجماع، فالقدر المتيقن صورة مطالبة المالك. وإن كان قاعدة لا ضرر، من جهة أن

عدم حكم الشارع بدفع البدل ضرر على المالك، اشتغلت ذمته وكان له إلزام المالك كذلك.

وعلى الجملة، فإنه لا دلالة لقاعدة السلطنة على ما ذكر، بل الدليل عليه غيرها من القواعد والأدلة المستدل بها لوجوب بدل الحيلولة.

خروج العين عن التقويم في حكم التلف

قال الشيخ:

وكما أن تعذر رد العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم.
أقول:

كأن المقصود أن المراد من بدل الحيلولة لا يختص بما إذا تعذر الوصول إلى العين، بل يعم الحكم ما لو خرجت العين عن التقويم وأصبحت بلا قيمة، كما لو اصطاد سمكة فغصبها الغاصب وأرسلها في البحر، أو غصب الكوز - مثلاً - وكسره، فإنه يخرج من التقويم وإن كانت أجزاؤه ملكاً للمالك، ففي مثل هذه الموارد تنتفي المالية ولكن الملكية موجودة فتنتقل إلى بدل الحيلولة.

هل البدل ملك لمالك العين أو مباح له؟

ثم قال الشيخ:

ثم إن المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف... ولعل الوجه فيه أن التدارك لا يتحقق إلا بذلك. ولولا ظهور الإجماع وأدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون له بإحاطة مطلقة...

أقول:

هذه مسألة مهمة جداً، لأن المفروض بقاء العين على ملك المالك، فمن جهة قام الإجماع بين المسلمين على أن المال المبدول يملكه المالك، ومن جهة يلزم اجتماع العوض والمعوّض، قال المحقق الثاني: إن هنا إشكالاً، فإنه كيف يجب القيمة ويملكها الآخذ وتبقى العين على ملكه؟ وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه^(١).

وقال الشهيد الثاني:

إن هذا لا يخلو من إشكالٍ من حيث اجتماع العوض والمعوّض على ملك المالك من دون دليل واضح. ولو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلزلاً وتوقف تملك المغضوب منه للبدل على اليأس من العين وإن جاز له التصرف، كان وجهاً في المسألة^(٢). واستحسنه في محكي الكفاية^(٣).

قال الشيخ:

ولولا ظهور الإجماع وأدلة الغرامة في الملكية، لاحتملنا أن يكون له إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين. وحكي الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي في أجوبة مسائله.

لكن الشيخ نفسه أجاب عن إشكال المحقق والشهيد الثانيين: بأن ما

(١) جامع المقاصد ٦/٢٦١.

(٢) مسالك الإفهام ٢/٢١٠.

(٣) كفاية الأحكام: ٢٥٩.

يأخذه المالك بعنوان بدل الحيلولة ليس عوضاً، ليلزم اجتماع العوض والمعوّض، بل هو غرامة، وهي لا تلازم المعاوضة، قال:

هل تدخل العين في ملك الضامن بدفع البذل؟

وعلى أيّ حال، فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه ودخول العين في ملكه، وليست معاوضةً ليلزم الجمع بين العوض والمعوّض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البذل له. ثم قال رحمه الله:

الذي ينبغي أن يقال...

وملخصه: إنّ بدل الحيلولة إنما يدخل في ملك المالك، إذا ذهبت العين على وجه التلف العقلي الحقيقي أو العرفي المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفاً.

وأما مع بقائها خارجاً وإنما انقطعت سلطنة المالك عنها، فلا يملك البذل بل تكون تداركاً للسلطنة الفاتنة، فالعين باقية على ملك المالك بلا إشكال، وله السلطنة المطلقة على بدل الحيلولة بلا إشكال كذلك، إنما الكلام في جواز التصرفات المتوقفة على الملك فيه، وأنها هل تستلزم الملك من حين الإباحة أو يكفي فيه حصول الملك آنأماً قبل التصرف؟

التحقيق هو النظر في الأدلة

أقول:

لكنّ التحقيق هو النظر في مقتضى أدلة وجوب بدل الحيلولة.

فإن كان بدليل قاعدة اليد، فإن بدل الحيلولة إنما هو للخروج عن عهدة مالية العين التي حُرِم المالك منها بفعل الضامن، ولازم ذلك أن يدخل البدل في ملكه بدلاً عن المالية الفائتة.

وإن كان بدليل قاعدة لا ضرر، بأن يكون صبر المالك إلى حصول العين ضرراً عليه فيتدارك ببذل الحيلولة، فهذا لا يقتضي الملكية، لحصول الغرض - وهو تدارك الضرر - بإباحة بدل الحيلولة له يتصرف فيه كيف شاء. وإن كان بدليل قاعدة السلطنة، بأن يقال بأن الضامن قد تسبب في انقطاع سلطنة المالك على ملكه، فعليه دفع البدل عن هذا الانقطاع - وهو مختار الشيخ - فيقال فيه:

إنه لما تعذرت العين، وكان البدل بدلاً عن السلطنة، وهي سلطنة مطلقة، فما معنى إباحة البدل؟

إن هذه الإباحة ليست كإباحة الأرض الموات، ولا كإباحة الطعام للضيف، وإنما هي إباحة يستحقها المالك على الضامن في مقابل انقطاع تصرفاته عن ملكه كما أفاد، وعليه، فإن البدل ملك للضامن، وللمالك أن يتصرف فيه، وهل يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذنه؟

وبعبارة أخرى: إن جميع التصرفات في الشيء - سواء المتوقفة على الملك وغير المتوقفة عليه - متوقفة على الملك، فالتصرف إما يكون هو المالك للشيء فيتصرف فيه كيف شاء، وإما يكون مأذوناً في تصرفاته من المالك.

وبعبارة ثالثة: إن إباحة التصرف المطلقة مسببة دائماً عن الملكية، فالقول بالإباحة كذلك بدون الملكية التزام بالمسبب بلا سبب، وهو محال.

إذن، سواء كان الدليل على وجوب بدل الحيلولة هو قاعدة اليد أو الضرر أو السلطنة، لا يعقل إباحة التصرف في ملك الغير إلا مسبباً عن الملكية.

وبيان آخر:

لقد اختار الشيخ أن بدل الحيلولة بدل عن السلطنة، وهو يقتضي إباحة جميع التصرفات، لكن مقتضى قاعدة اليد هو ملكية البدل ولولا الملكية لما صدق عنوان البدل، وأمّا قاعدة السلطنة، فإن السلطنة إمّا مضافة إلى العين، فإن بدل الملك هو الملك، وإمّا مضافة إلى التصرفات، فهي حكم وضعي شرعي، وقد انتفى هذا الحكم بتعذر موضوعه وهو العين، فتكون السلطنة ساقطة بسقوط موضوعها، وحينئذ لا معنى للبدل عن الحكم الشرعي. وإن كان مراده من السلطنة القدرة على التصرف في المال خارجاً، فإنه إذا انتفت القدرة الخارجية بفعل الغاصب كان عليه دفع ما يتدارك به تلك القدرة، لأن يدفع ما هو بدل عن مالية العين.

فالقول بالإباحة إستناداً إلى قاعدة السلطنة ممنوع.

ولو تنزلنا عن ذلك، ووافقنا الشيخ فيما ذهب إليه من الإباحة، لكن القول بإباحة التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع والعتق ونحوهما، فيه: إن الإباحة معلولة للملكية، بل التصرفات غير المتوقفة على الملك موقوفة على إذن المالك - وهذا خارج عن البحث - أو انتقال البدل إلى مالك العين على وجه الملكية حتى يتصرف فيه كيفما شاء، ألهم إلا أن يدعى خروج ما نحن فيه عما يدل على عدم جواز بيع مال الغير أو عتقه أو غير ذلك

من أنحاء التصرف في مال الغير بدون إذنه، إمّا تخصيصاً أو تخصّصاً، ولكن قد تقدّم أن لا دليل على الإباحة. ولو سلّمنا وجود هكذا دليل، ودار أمره بين التخصيص للأدلة العامة أو التخصّص بأن يكون ملكاً، فقد تقرّر تقدّم التخصّص، فسقط القول بالإباحة.

وتلخص:

أولاً: لا معنى لبدل السلطنة.

ثانياً: سلّمنا، لكنّ الدليل القائم على الإباحة للتصرفات إمّا يكون مخصّصاً للعمومات، وإمّا يكون مخرجاً للمورد تخصّصاً بأن يدلّ على الملك، والتخصّص هو المقدم.

كيفية الملكية بناءً على الملك

وعلى القول بالملك، فهل هي ملكيّة دائمة أو موقّعة؟

قال الميرزا الاستاذ: إنها ملكية موقّعة^(١)، وقد سبقه إلى ذلك الشهيد

الثاني^(٢).

وتقريب ما أفاده الاستاذ هو: إنّ ظاهر ترتب الحكم على العنوان هو الموضوعيّة له، فيدور الحكم مداره حدوثاً وبقاءً، لكون الملاك قائماً بالعنوان وعلّة تامّة للحكم، وإذا انتفت العلّة انتفى المعلول، إلّا أن يقوم دليل على كون العنوان واسطة في الثبوت، كالدليل القائم على محرمة حليلة الابن، فإنه إذا طلقها بقيت على المحرمة للأب، فعنوان الحليلة واسطة في

(١) منية الطالب ١/ ١٥٨.

(٢) مسالك الافهام ١٢/ ١٨٦.

الثبوت وليس علة تامّة، وما دلّ على أنّ الماء المتغيّر نجس، فلو زال التغيّر بنفسه لم تزل النجاسة، فالتغيّر واسطة في الثبوت. فهذه مقدّمة.

ومقدمة ثانية: إنّ الملكية من الأمور القابلة للدوام والانقطاع نظير الزوجيّة والوقف على الأولاد مثلاً، فإنه في الحقيقة ملك لهم، فيمكن أن يكون موقّناً كاشتراط كونهم طلبة العلم، فإذا زال عنهم هذا العنوان خرج المال عن ملكهم.

وعلى ما تقدّم: إنّ ملكيّة بدل الحيلولة كانت تداركاً للعين المتعدّرة الوصول، فهو مرتّب على عنوان التعذّر، ومتى زال هذا العنوان بالوصول إلى العين زالت الملكية.

ولو قيل: نحتمل أن يكون العنوان واسطة في الثبوت، فإذا تيسّر الوصول إلى العين وشككنا في بقاء الملكية على البدل، كان المرجع استصحاب الملكية، فالقول بالملكيّة الموقّته باطل.

قلت: قد تقرّر في محله اعتبار وحدة الموضوع في القضيتين، ومع عدم إحراز وحدته لا يجري الاستصحاب. والمفروض هنا هو الشك في العنوان، فلا يجري استصحاب الملكية.

من يملك العين المضمونة؟

ثم قال الشيخ:

وعلى أيّ تقدير، فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكيها.

أقول:

وذهب المحقق التستري إلى أنها تدخل في ملك الضامن، وحتى أنها لو كانت تالفة حقيقة، فإنها إنما تلفت بعد دخولها في ملك الضامن آناءً، بل حكى عن بعض الأساطين جريان الربا أيضاً لو كانت العين ذهباً وقد دفع البديل من الذهب، ومع اتحاد الجنسيتين يعتبر الاتحاد في الوزن، ووافقه عليه. وتقريبه: إن مقتضى أدلة الضمان الدالة على وجوب تدارك العين هو التدارك المطلق، أي: على الضامن تدارك العين بجميع حيثياتها، ومنها حيثية الملكية، وإذا أعطي المالك البديل فقد تداركت الملكية، ولازم ذلك انقطاع علة الملكية عن العين وخروجها عن ملكه، فتدخل في ملك الضامن، إذ لا يحتمل أحد أن تصير من المباحات.

وربما يؤيد بما عن سدير عن أبي جعفر عليهما السلام: في الرجل يأتي البهيمة. قال عليه السلام: يجلد دون الحد ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها، لأنه أفسدها عليه، وتذبح وتحرق إن كانت مما يؤكل لحمه، وإن كانت مما يركب ظهره غرم قيمتها وجلد دون الحد، وأخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف فيبيعها فيها...»^(١).

فإن ظاهره أنه بعد أن غرم القيمة يصير مالكا للداة، ولذا يبيعها ويكون الثمن له.

والحاصل: إن غرامة العين مقتضية لأن تدخل العين في ملك الغارم. وذهب بعض مشايخنا إلى العدم^(٢).

(١) وسائل الشريعة ٢٨/٣٥٨، كتاب الحدود أبواب نكاح البهائم، الباب ١ رقم: ٤.

(٢) منية الطالب ١/١٥٩.

وتقريبه هو: إنَّ الغرامة تارةً: تدارك للعين التالفة، واخرى: لأوصافها وثالثة: لماليتها، ورابعةً: لتعذر الوصول إليها... وللغرامة أنحاء أخرى.

والغرامة بما هي لا تقتضي البدلية، نعم، قد تكون البدلية لازم التغريم، ولو تنزّلنا وسلّمنا أن الغرامة بذاتها تقتضي البدلية، لكن البدلية لا تستلزم الملكية حتّى في مورد التلف، لأنّ الغرامة بدل عن المألية لا الملكية، لأنّ ملكية الضامن للتالف بعد التلف لا تصح، وأمّا قبل التلف آنأماً، فتححتاج إلى سبب، إذ لا معنى للملكية بلا سبب، وكون الغرامة هي السبب مستحيل، لأنّها مسببة عن التلف، فهي متأخرة عنه، فلو كانت الغرامة المتأخرة سبباً للملكية لزم تقدّم المعلول على علته.

وبيان آخر: إذا كان تعذر المألية للغير سبباً للغرامة، وكانت الغرامة سبباً لخروج العين عن ملك الغير، يلزم من كون الشيء ملكاً للغير عدم كونه ملكاً له، واستلزام الشيء لعدم نفسه محال.

فالضامن عليه دفع الغرامة، ولو كانت بدلاً فليست إلا بدلاً عن مألية العين لا عنها بجميع الحيثيات، فلا تكون بدلاً عن الملكية، فالعين لا تكون ملكاً للضامن.

وأما الرواية، فإنّ الدليل على ملكية قيمة البهيمه ليس «يغرّم قيمتها»، بل إطلاق كلمة «بييعها».

وأما نصوص الضمان، فقد اشتملت على كلمة «يضمن»، فعلى الضامن دفع البدل، أمّا أن تكون العين المسروقة - مثلاً - ملكاً للضامن في مقابل دفع البدل، فلا دلالة فيها عليه.

وعلى الجملة، فملكية الضامن للعين باطلة بالبرهان، ولا أقل من عدم الدليل عليها.

الكلام في نماءات المبدل والبذل

ويقع الكلام حينئذ في ملكية النماءات، والانتفاعات المترتبة على المال المبذول بدلاً.

أما على مبنى الشيخ من أن ما يبذله الضامن هو بدل عن السلطنة الفاتنة وليس بخارج عن ملكه، فالنماءات له، وهو واضح، بل له التبديل، بأن يسترجع ما بذل ويعطي ما لا آخر.

وأما على القول بملكية المالك المال المبذول بدلاً، فنماءاته تابعة له. وأما الانتفاعات، فهي للمالك، على كلا القولين.

ثم إن الأجزاء الباقية من العين بعد زوال وصفها بفعل الضامن، ملك للمالك بلا إشكال ولا كلام.

وكذا حق الإختصاص فيما لو كان خلاً فانقلب خمرأ مثلاً.

وهل يضمن الغاصب - مثلاً - أجره مثل الانتفاعات الفاتنة من العين؟

أما الانتفاعات والنماءات الفاتنة قبل أداء الغرامة، فهي داخلة في حيز الضمان، وعلى الضامن دفع أجره المثل، وأما ما فات منها بعد أداء الغرامة، فهل هي مورد الضمان على كلا القولين أو لا كذلك أو فيه تفصيل؟

إن كانت العين ملكاً للضامن، فلا ضمان، لأنها حصلت وتلفت في ملكه، وإن كانت باقية على ملك المالك، فالشيخ على عدم الضمان، وهو مشكل. لأن المفروض على مسلكه أن ما يبذله الضامن بدل عن الحيلولة دون السلطنة فقط، فالعين باقية على ملك المالك بجميع حيثياتها، فما وجه عدم الضمان للنماءات الفاتنة؟ وبعبارة أخرى: إن نفس المالك لوجوب دفع

بدل الحيلولة عن السُّلْطَنَة، يقتضي وجوب دفع البدل عن الحيلولة دون الانتفاع بالنماءات.

وأما على القول بأن البدل غرامة مخرجة عن الضمان وهي ملك للمالك، فالوجه هو القول: بأن البدل المبذول هو غرامة للعين بجميع جهاتها وحيثياتها، ومن ذلك كونها ناميةً، وبذلك قد خرج عن ضمان العين على النحو المذكور، فلا وجه لأن يكون بعد ذلك ضامناً للنماءات. هذا بالنسبة إلى النماءات.

الكلام في الانتفاعات

وأما الانتفاعات الفائتة من الركوب ونحوه، فإن كانت قبل دفع الغرامة، فلا إشكال في الضمان، وأما ما كان منها بعد دفع الغرامة، فعلى القول بالملكية للعين لا شيء عليه، لأنها حادثة في ملكه، وأما على القول بعدم الملكية فيحتمل الضمان وعدمه، والتفصيل بين القول بكون بدل الحيلولة غرامة أو بدلاً عن السُّلْطَنَة، أو بين الانتفاعات الفائتة والنماءات التالفة، وجوه.

والتحقيق: إن كان بدل الحيلولة غرامةً يخرج الضامن ببذله عن عهدة العين المتعذرة، فالانتفاعات والنماءات كلها متعلقة بالعين غير المضمونة، فكما يخرج عن عهدة العين بحيث لو تلفت لم يكن عليه شيء، كذلك النماءات والانتفاعات، بل عدم العهدة بها أولى.

وإن كان بدل الحيلولة بدلاً عن السُّلْطَنَة، فالتفصيل بين الانتفاعات الفائتة، فلا يضمنها، لتبدل سلطنته عليها بالسُّلْطَنَة على بدلها، فلا وجه لضمانها، والنماءات التالفة، فإنه يضمنها، لأن العين على ما كانت

عليه من الضمان بحيث لو تلفت لكان ضامناً لها، والنماءات تبع لها، فيضمنها إن تلفت.

هل يكفي فوات بعض المنافع؟

قال الشيخ:

ثم إنه قد تحصل مما ذكرنا أن تحقق ملكية البدل أو السلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكيها، إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بدل البدل غرامة وتداركاً، أما لولم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكية، فالتدارك لا يقتضي ملكه ولا السلطنة المطلقة على البدل.

وحاصله: إن محط البحث في بدل الحيلولة هو ما إذا صدق عنوان «التدارك» على بدل البدل، وذلك يكون فيما إذا فات معظم الانتفاعات، وأما إذا لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام المالية^(١) فلا يكون مورداً للبحث، فلو تلف وصف من أوصاف العين مما لا يتقوم به مآليتها وجب عليه التدارك، ولكنه ليس بدلاً للحيلولة ليقضي الملك أو السلطنة. وقوله:

ولو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذٍ، لم يسبغ انكشاف^(٢) ذلك عن انتقال العين إلى الغارم...

إشارة إلى رواية سدير المزبورة، حيث عبّر الإمام عليه السلام بالغرامة. يريد أن مورد الخبر خارج عن صغريات البحث، لأن قوام مالية الدابة

(١) قوام الملكية سهو من قلمه الشريف، والصحيح: قوام المالية.

(٢) «انكشاف» سهو من قلمه، والصحيح: كشف.

- وهو إماكن الركوب وحمل الأمتعة عليها - موجود، فمن أمره عليه السّلام بدفع الغرامة ينكشف انتقال العين إلى الغارم، وهذا ما ذكرناه سابقاً.

حكم خروج العين عن التقويم مع بقاءها على الملكية
قال:

هذا كلّ مع انقطاع السّلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها^(١) السابقة،
أما لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية...
أقول:

لو خرجت العين عن التقويم وهي موجودة تحت السّلطنة على صفة الملكية لماكلها، كما في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب عن جهل بالموضوع، فعلم بذلك قبل المسح، فهل يجوز له المسح بالرطوبة التي هي ملك للغير مع عدم المائيّة لها؟

وكذا لو خاط الثوب بخيط ثم علم بكونه للغير، فهل تجوز الصّلاة في الثوب مع عدم المائيّة للخيط؟

قال الشيخ: يجب دفع بدل مالية العين، والعين باقية على ملك المالك، لأنّ ما يدفعه قيمة الأوصاف والأجزاء التالفة لا العين، حتّى يتوهم كون الغرامة موجبةً للملكية للضّامن.

لكنّ العبارة لا تخلو عن مسامحة، لأنّ المائيّة هي للعين، والأوصاف والأجزاء واسطة في الثبوت، وليس ما يبذله قيمة لها.

(١) كذا والصحيح: مائيّتها.

قال:

فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك ولو بذل القيمة...
ثم أورد كلام العلامة في القواعد: في ما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة:
ولو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب، ثم يضمن
الغاصب النقص. ولولم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة^(١).
وأضاف في جامع المقاصد: ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك
المالك، كما سبق من أن جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعبت
القيمة أخذها ولم تدفع العين^(٢).
وعن المسالك: إنه إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج
بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة^(٣).
ثم نقل الخلاف عن مجمع البرهان، وأنه اختار عدم وجوب النزاع بل
قال: يمكن أن لا يجوز وتتعين القيمة، لكونه بمنزلة التلف، وحينئذ يمكن
جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط، إذ لا غصب فيه يجب رده، كما قيل
بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب، الذي حصل العلم به بعد
إكمال الغسل وقبل المسح^(٤).
وعن صاحب الجواهر^(٥) أنه استجود كلام الأردبيلي ترجيحاً لاقتضاء
ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته عوضاً شرعاً.

(١) قواعد الأحكام ٢٠٧/١.

(٢) جامع المقاصد ٣٠٤/٦-٣٠٥.

(٣) مسالك الأنفهام ٢٠٧/٢-٢٠٨.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٥٢١/١٠.

(٥) جواهر الكلام ٨٠/٣٧.

ثم ردّ عليه قائلاً:

إنه لا منشأ لهذا الاقتضاء، وأدلة الضمان قد عرفت أن محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليّتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته. أقول:

إنه بين «الرطوبة» و«الخيط» فرق، لأن الرطوبة في حدّ نفسها في معرض الزوال، ويتعذر الوصول إليها ولا تقبل الردّ بخلاف الخيط والخشبة ولما كان الضامن قد دفع قيمة الماء، فما هو وجه الإشكال في جواز المسح بها؟ إن كان من جهة التصرف في ملك الغير، فإن الروايات الدالة على المنع موضوعها هو «المال» لا «الملك»، فعن الإمام المنتظر عجل الله فرجه: لا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه^(١).

وفي رواية عن رسول الله صلى الله عليه وآله: فإنه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه^(٢).

والمفروض أن لا مالية للرطوبة.

وإن كان من جهة أن المسح بالرطوبة إتلاف لملك الغير، فالرطوبة في معرض التلف ولا مالية لها.

وتلخص: جواز المسح بهذه الرطوبة، وفاقاً للأردبيلي وصاحب الجواهر قدس سرهما.

(١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٦، كتاب الغصب، الباب ١ رقم: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ١٠، كتاب القصاص، الباب ١ رقم: ٣.

فإن قلت:

ففي الرواية عن العبد الصالح عليه السلام: أن مختصات الملوك ملك للإمام عليه السلام ما لم يكن غصباً، قال: «لأن الغصب كله مردود»،^(١) فالرطوبة يجب ردّها ولا يجوز المسح بها. قلت:

أولاً: صدق «الغصب» على هذه الرطوبة الباقية أول الكلام.

وثانياً: سلّمنا، لكن لا يمكن ردّها، فلا يشملها النص.

وأما لو خاط ثوبه بمال الغير، ففي المسألة تفصيل:

لأن الخيط إما هو مال أو لا، وعلى التقديرين، فإما يمكن نزع بلا تلف فيه وفي الثوب، وإما يتلف الخيط، وإما يتلف الثوب، والبحث تارة من حيث الصلّة فيه، وأخرى من حيث وجوب نزع الخيط. فالصور ثمانية، فأقول: إن لم يكن للخيط مائة بالفعل، وجب عليه دفع القيمة بالنسبة إلى مجموع الخيط، والمختار أن الغرامة لا توجب الخروج عن الملك، فهو ملك وليس بمال، فيقع البحث في أنه يجوز الصلّة في هذا الثوب أو لا؟ وهل يجب نزع الخيط أو لا؟

إن لم يكن نزع موجباً لتلفه ولا للثوب، فإنه وإن لم مالا، لكنه ملك للمالك أو له فيه حق الاختصاص، فيجوز للمالك المطالبة به، وعليه نزع وتسليمه إلى المالك مضافاً إلى الغرامة.

وإن كان نزع موجباً لتلف شيء من الثوب، فيجب ردّه تكليفاً على الضامن من باب أن الغصب كله مردود أو غير ذلك، لكن حديث لا ضرر يرفع هذا الحكم التكليفي.

(١) وسائل الشيعة ٥٢٤/٩، كتاب الخمس، أبواب الأنفال، الباب ١ رقم: ٤.

إن قلت:

قد أقدم الغاصب على ضرره، فلا تجري القاعدة.

قلت: لا نصّ على قاعدة الإقدام، وحديث لا ضرر مطلق.

سلمنا، ولكن ليس ما نحن فيه صغرى لقاعدة الإقدام، لأن موضوعها هو الإقدام على الضرر، لا ما لو أقدم على عملٍ مستلزم للضرر، وما نحن فيه من هذا القبيل.

على أننا قد ذكرنا أن البحث أعمّ من مورد الغصب، فلا موضوع للإقدام على الضرر في كثير من الموارد.

والحاصل، عدم وجوب النزع في هذه الصورة وإن طالب به المالك. وإن كان نزعه موجبا لتلف الخيط فقط، وجب نزعه وتسليمه للمالك لأن له حق الاختصاص به.

ثم إن الصلاة في هذا الثوب الذي لا مائة للخيط، لا مانع عنها على جميع التقادير، لأن موضوع الروايات المانعة من التصرف هو «المال».

فإن قلت:

قد ثبت وجوب الردّ في بعض الصور، وهو ينافي الصلاة فيه.

قلت:

وجوب الردّ لا فورية له. وعلى فرضه، تصحّ الصلاة بالترتّب.

هذا كله لو لم يكن للخيط مائة.

وأما إن كان الخيط مالا عرقا.

فإن كان إخراجه غير موجب لتلفه ولا للثوب، فلا محالة يجب ردّ مال

الغير إليه، ولو نقصت ماله على أثر الخياطة غرم.

وإن كان إخراج الخيط موجباً لتلفه دون الثوب، فلا حق للمالك في مطالبة الخيط، لأن المالك غير مسلط على إتلاف ماله، فنزعه غير جائز لأنه تبذير للمال، فتقع الشركة بين الغاصب والمالك، والمالك مالك للخيط ولزيادة قيمة الثوب الحاصلة بخياطته بخيطه، فهما شريكان في مالية الثوب. فإن قصدا الإفراز - والمفروض عدم إمكانه هنا - بيع الثوب وأخذ كل حصته، فيعطى قيمة الثوب المجرد للغاصب والباقي للمالك.

وإن كان موجباً لتلف الثوب، سواء تلف الخيط أو لا، فللمالك السلطنة على الخيط وله المطالبة به، لكن نزاع الخيط موجب للضرر على الغاصب، فإن تقدم قاعدة لا ضرر على قاعدة السلطنة بالحكومة - كما هو التحقيق - سقط حق المطالبة بالنزع، وأما على مبنى الشيخ - القائل بالتعارض بين القاعدة وانتفاء السلطنة عن المالك - فإنهما يتعارضان ويتساقطان وتكون النتيجة الشركة أو وجوب دفع بدل الحيلولة.

إن قلت:

ففي نهج البلاغة: الحجر الغصب في الدار رهناً على خرابها^(١) فيجب عليه إخراج الحجر وتسليمه إلى صاحبه وإن هدمت الدار، فكذلك الخيط يجب نزعه وإن تلف الثوب.

قلت:

هذا الكلام في مقام بيان الآثار السيئة المترتبة على الغصب ولزوم الاجتناب عن الغصب، لا في مقام بيان الحكم الشرعي.

إن قلت:

(١) وسائل الشريعة ٣٨٦/٢٥، كتاب الغصب، الباب ١ رقم: ٥.

فعن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام:
 في رجلٍ اُكْتَرى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلاً
 وأشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك. فقال عليه
 السلام: عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه
 الغارس، إن كان استأمره في ذلك. وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء
 وله الزرع والغرس، ويقلعه ويذهب به حيث شاء^(١)

وعن أبي عبدالله في حديث: ليس لعرق ظالم حق.^(٢)
 وفيما نحن فيه: ليس له أن يصلّي في الثوب.
 قلت:

هذه النصوص موردها وجود المأثية للشيء، والمفروض هنا عدمها،
 فلا تصلح للاستدلال في مفروض البحث.

وأما الصلاة في الثوب في هذه الصور، فلا تجوز، كما هو واضح.
 ثم إن الشيخ بعد أن ذكر الموارد الثلاثة لوجوب تدارك ما ذهب من
 المالك، وهي:

تلف العين حقيقةً، وتعذر الوصول إلى العين كما لو غرقت، وذهاب
 الأجزاء أو الأوصاف التي تخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء الملكية،
 قال:

ولا يخفى أن العين على التقدير الأول خارج عن الملكية عرفاً.
 والسّر في هذا التعبير هو أنه قد يمكن اعتبار الملكية بالدقة العقلية، كما

(١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٧، كتاب الغصب، الباب ٢ رقم: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٣٨٨، كتاب الغصب، الباب ٣ رقم: ١.

لو ألقى مقداراً من الماء الذي هو ملك للغير في حوضٍ من الماء، فإنَّ الأجزاء المنتشرة منه والمستهلكة في الحوض ملك لمالكها بالدقة العقلية، لكنها خارجة عن الملكية عرفاً.

قال:

وعلى الثاني: السُّلْطَنَةُ على البَدَل بدل عن السُّلْطَنَةِ المنقطعة عن العين، وهذا معنى بدل الحيولة.

فهو مالٌ متعذر الوصول، والبَدَل بدلٌ عن السُّلْطَنَةِ على مسلك الشيخ.

قال:

وعلى الثالث: فالمَبْذُول عوض عما خرج بذهابه عن التَّقْوِيم لا عن نفس العين...

وهذا مثل الرطوبة الباقية من الوضوء بماء الغير على الأعضاء، والخيط الذي هو للغير وقد خيط به الثوب، والخشبة التي هي للغير في السفينة، والآجر الذي هو ملك للغير في البناء... وهكذا.

هل يبقى حق الأولوية بعد خروج العين عن الملكية؟

ثم قال:

إنَّ هنا قسمين رابعاً، وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه، كما لو صار الخلُّ المغصوب خمرًا...

والذي في عبارة الفقهاء العصير العنبي المنقلب خمرًا، وهذا أولى، والأمر سهل.

وقد وقع الخلاف بينهم في وجوب ردِّ هذه العين مع دفع قيمتها إلى المالك.

فعن القواعد^(١): الإشكال في وجوب الردّ.

قال الشيخ: ولعلّه: من استصحب وجوب ردّها، ومن أن الموضوع في المستصحب ملك المالك، إذ لم يجب إلّا ردّه ولم يكن المالك إلّا أولى به.

وعن جماعة منهم الشهيدان والمحقق الثاني^(٢) وجوب الردّ.

وأما الاستصحاب، فقد أجاب عنه بأنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي، أي: إنّ تشخيص الموضوع بيد العرف وليس بالدقة العقلية، والمستصحب هنا نفس الموجود الخارجي وقد كان الحكم بوجوب الردّ مترتباً عليه، والآن إذا شك في الوجوب استصحب الحكم لبقاء الموضوع. قال: ويؤيده أنه لو عاد خللاً ردّت إلى المالك، بلا خلاف ظاهر.

أي: لو لم تكن علاقة بين المالك وهذا الموجود الخارجي، لما وجب ردّه إليه، بل جاز ردّه إلى غيره أو أخذه لنفسه، وهذه هي الأولوية وحقّ الاختصاص.

وملخص كلام الشيخ: أن ما خرج عن المالّة والملكيّة يردّ على من كان يملكه لأولويّته به.

فأقول:

إنّ القول ببقاء الأولوية بعد زوال الملكيّة، يبتني على أنّ تكون الملكيّة ذات مراتب، والأولوية بالشيء هي المرتبة الضعيفة منها.

وبعبارة أخرى: واقع الملكيّة هو اختصاص الشيء بالشخص، والاختصاص ذو مراتب، والملكيّة هي المرتبة الشديدة، والأولوية هي

(١) قواعد الأحكام ٢٠٦/١.

(٢) الدروس الشرعية ١١٢/٣، مسالك الإفهام ٢١٤/٢، جامع المقاصد ٢٩٢/٦.

المرتبة الضعيفة، فلو زالت المرتبة الشديدة بانقلاب الخل خمراً، لم يكن زوالها مستلزماً لزوال المرتبة الضعيفة، ومع الشك في زوالها يستصحب بقاء الاختصاص، ولذا قال الشيخ في القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلّي: أنه لو زالت المرتبة الشديدة من الحُمْرة يقيناً واحتمل بقاء المرتبة الضعيفة منها، أمكن استصحاب بقاء الحمرة.

والتحقيق خلاف ذلك، لأن «الملكيّة» و«الحق» ليسا من المقولات التسع، بل هما أمران اعتباريان، والأمور الاعتباريّة لا تقبل الشدّة والضعف، بل هي قائمة بنفس المعبر، ويدور أمرها بين الوجود والعدم. وبعبارة أخرى: المراتب إنما هي في الأعراض التسعة - لا كلّها، فلا تعقل في مقولة الإضافة والنسبة - والملكية ليست منها.

وربما يقال: الأوليّة بالعين الخارجيّة من آثار الملك لها، وإذا زالت الملكية فلا مانع من بقاء أثرها، ولو شككنا في بقائها تستصحب. وفيه: إن أوليّة الإنسان بملكه حكم تكليفي مترتب على ملكيته له، فهو أولى بالتصرّف فيه من غيره، والحكم يرتفع بارتفاع موضوعه، لأنّ هناك أوليّة وضعيّة به زائدة على الملكية، حتى يقال ببقائها بعد زوال الملكية، وهذا معنى كلام العلامة في القواعد، وهو متين جداً.

وعلى الجملة، فإنّ الأوليّة قد تكون مجعولة بنفسها كما في المباحات الأوليّة، وهذا لا إشكال فيه، وأمّا الأوليّة الباقية بالنسبة للشيء بعد زوال الملكية عنها، فلا دليل عليها كما عرفت.

والميرزا الاستاذ يقول:

وإنما الكلام في القسم الثالث في أن حق الإختصاص بهذا الباقي هل هو للمالك أو للضامن أو لمن يسبق اليه ففيه وجوه أقواها الأول، وذلك لأن

حق الاختصاص إنما هو مرتبة ضعيفة عن الملكية تكون منشأ ضعفه، إما لقصور في الإضافة أو في أحد طرفيها بأن لا يكون الطرف قابلاً لأن يتعلق به إضافة الملكية، والحق والملك مشتركان تحت جامع واحد وهو الواجدية، وحينئذ نقول: هذا الباقي بعد التلف كان قبله متعلق الإضافة الملكية التي هي إضافة شديدة، وبعد التلف لمكان قصور هذا الباقي عن أن يتعلق بها الإضافة الشديدة تزول عنها الشدة وتبقى الإضافة بمرتبة ضعيفة وهي الحق والحق لم يحدث للمالك بعد زوال الملكية من كتم العدم حتى يسأل عن سببه، نظير حدوث الاستحباب بعد زوال الوجوب، بل هو عين تلك الإضافة الثابتة قبل تلف التالف لكن بمرتبة ضعيفة منها، فلا يحتاج إلى سبب جديد.^(١)

وقد تقدّم ما فيه، لأن الملكية أمر اعتباري، والاعتبارات ليست من الأعراض لتكون قابلة للشدة والضعف.

كما تقدّم ما في التقريب الثاني.

وقد قرّب ثالثاً: بأن من الضروريات كون الإنسان أحقّ بملكه، فهناك حقّ للمالك في ملكه مضافاً إلى الملكية.

وفيه: إن اعتبار الأولوية مقارناً لاعتبار الملكية لغو.

ورابعاً: إنه بعد الفحص الطويل لم نظفر بدليل لملكية الأرض الموات بالحيازة إلا الرواية: «لليد ما أخذت»^(٢). وهذه الّلام تفيد الاختصاص، ففي

(١) المكاسب والبيع ١/ ٣٨٣ - ٣٨٤.

(٢) وسائل الشريعة ٢٣/ ٣٩١، أبواب الصيد، الباب ٣٨ رقم: ١: محمد بن يعقوب بإسناده عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: أن أمير المؤمنين قال في رجل أبصر طيراً فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل فأخذه: للعين ما رأت ولليد ما أخذت.

كُلُّ شَيْءٍ يَقَعُ بِيَدِ الْإِنْسَانِ سَبِيحَانٌ وَمُسَبَّحَانٌ: أَحَدُهُمَا الْيَدُ وَهُوَ سَبَبُ الْإِخْتِصَاصِ، وَالْآخَرُ الْبَيْعُ - مَثَلًا - وَهُوَ سَبَبُ الْمِلْكِيَّةِ، وَإِذَا زَالَتِ الْمِلْكِيَّةُ لَزُوالُ الْمُقْتَضَى لَهَا بِقِيَّتِ الْأُولَوِيَّةُ لِبَقَاءِ الْمُقْتَضَى لَهَا.

وفيه: إِنَّ الْخَبَرَ الْمَزْبُورَ إِنَّمَا هُوَ فِي الْمَبَاحَاتِ وَلَا عِلَاقَةٌ لَهُ بِغَيْرِهَا. وخامساً: إِنَّهُ لَا خِلَافَ - كَمَا ذَكَرَ الشَّيْخُ - فِي رَدِّ الْخَمْرِ إِذَا عَادَ خَلًّا إِلَى الْمَالِكِ، وَهَذَا يَكْشِفُ عَنْ وَجُودِ الْأُولَوِيَّةِ بِالْخَمْرِ إِجْمَاعًا، وَإِلَّا فَلَا وَجْهَ لَوْجُوبِ الرَّدِّ عَلَى الْمَالِكِ.

وفيه:

أَوَّلًا: قَالَ فِي الْجَوَاهِر^(١): إِنَّهُ بِصَبْرٍ وَرْتِهِ خَمْرًا خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الْمَالِكِ وَصَارَ الْمَثَلُ فِي ذِمَّةِ الْغَاصِبِ لِأَنَّهُ تَلَفَ أَوْ بِمَنْزِلَتِهِ، فَإِذَا صَارَ خَلًّا لَا دَلِيلَ عَلَى عَوْدِهِ إِلَى مِلْكِ الْمَالِكِ، بَلْ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْمَبَاحِ، يَمْلِكُهُ مَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ أَوْ يَكُونُ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ أَوْلَى بِهِ.

وثنائياً: هَذَا الْإِجْمَاعُ لَيْسَ بِالْإِجْمَاعِ الْكَاشِفِ عَنْ رَأْيِ الْمَعْصُومِ عَلَيْهِ السَّلَامُ.

وتلخص: عَدَمُ الدَّلِيلِ عَلَى الْأُولَوِيَّةِ مُطْلَقًا.

وَأَمَّا وَجُوبُ الرَّدِّ، فَقَدْ قَالَ الْمُحَقِّقُ الْخُرَاسَانِي: إِنَّ الْمَوْضُوعَ بِمُقْتَضَى عَلَى الْيَدِ هُوَ نَفْسُ الْعَيْنِ لَا بَعْضُ عَنَاوِينِهَا، وَهِيَ حَقِيقَةٌ بَاقِيَةٌ، فَلَا إِشْكَالَ فِي صَحَّةِ اسْتِصْحَابِ وَجُوبِ أَدَائِهَا أَصْلًا، مَعَ أَنَّ اسْتِصْحَابَ حَقِّ الْإِخْتِصَاصِ

الذي حصل للمالك قبل دفع القيمة وبعد الانقلاب بلا إرتياب، فإن البحث في ارتفاعه بدفعها لافي حدوثة بسببه فتأمل^(١)

وحاصله: إن موضوع قاعدة اليد نفس العين المأخوذة، ولم يكن عنوان الملكية وغيرها دخيلاً في الموضوع، والمفروض بقاء العين، ومع الشك في وجوب ردّها يجري الاستصحاب.

وفيه:

إن كان مفاد حديث على اليد هو الحكم التكليفي تمّ كلامه بلا كلام، لأن الأفعال الخارجية من الأخذ والرؤية واللمس وغيرها إنما تتعلق بالموجودات الخارجية ولا تدخل العناوين في حيزها. وأمّا بناءً على إفادته للحكم الوضعي فلا. وبعبارة أخرى: إن معنى «على» في هذا الحديث يختلف عنه في مثل «عليه الوضوء» ونحوه من الموارد، فهنا يفيد الحكم الوضعي وهو الضمان لا الحكم التكليفي كما في تلك الموارد، ولذا يجب دفع المثل أو القيمة إذا تلف المأخوذ استدلالاً بالحديث وغيره من الأدلة، ولو كان حكماً تكليفاً لسقط بعدم القدرة عليه.

وأيضاً: لو سقطت العين عن المالّة مع وجودها، لم يخرج عن العهدة برّدّها، وهذا يكشف عن دلالة الحديث على الحكم الوضعي، فلو كان مفاده الحكم التكليفي لكفى ردّ العين وخروج عن العهدة.

وقول المحقّق الخراساني: إن استصحاب حق الاختصاص... ردّ على كلام الشيخ بأنّ موضوع الاستصحاب عرفي، لأنّه لما صار الخلّ أو العصير خمراً ولم يدفع الضامن الغرامة، كان يجب الردّ بلحاظ حق الاختصاص، فلو شك في وجوبه بعد دفع الغرامة، استصحب وجوب الردّ.

(١) الحاشية على المكاسب: ٢٥.

ولكنه مردود، لعدم ثبوت حق الاختصاص بوجه من الوجوه كما عرفت.

وتقريب كلام الشيخ هو: إن الحكم الشرعي وتعيين الموضوع له بيد الشارع، إلا أن العرف يشخص الموضوع من ظاهر الدليل المشتمل على الموضوع والحكم، فما شخّصه العرف واستظهره هو الذي يجري فيه الإستصحاب وتقتضي الأدلة بقاءه عند الشك. وعليه، فكما يرجع إلى العرف في معنى قوله عليه السلام: «ماء البئر إذا تغير ينجس»، إذ يفهم منه كون التغير علّة لعروض النجاسة على ذات الماء، ثم لو زال التغير من قبل نفسه ووقع الشك في بقاء النجاسة - من حيث أنه هل كان التغير سبباً للنجاسة حدوثاً وبقاءً أو حدوثاً فقط - تستصحب النجاسة. كذلك في ما نحن فيه، فإن وجوب الردّ للعين الخارجية كان مسبباً عن الملكية، ومع الشك في أن الملكية سبب لوجوب الردّ حدوثاً وبقاءً أو حدوثاً فقط، يجري استصحاب وجوب الردّ بعد زوال الملكية.

وقد وافقه شيخنا الاستاذ^(١) وأفاد بما حاصله: إن الملكية في المقام حيثية تعليلية، أي: إنه قد ترتب بعلّة الملكية وجوب الردّ على العين، لأنه يجب ردّها بقيد كونها ملكاً، فإذا كانت علّة وشك في بقاء الحكم بعد زوالها، استصحب الحكم، بخلاف ما إذا كانت قيداً، فإنه بعد زوالها يزول الحكم بتبعها، ولا مجال للإستصحاب.

والتحقيق: إن العناوين المأخوذة في موضوعات الأحكام على ثلاثة أقسام:

(١) حاشية كتاب المكاسب ١/ ٤٤٤.

أحدها: إنه عنوان مشير فقط ولا دخل له أصلاً، مثل: أكرم زيداَ الجالس.
والثاني: إنه عنوان يدور الحكم مداره حدوثاً وبقاءً، مثل: تعطى الزكاة
للمسكين، صلّ خلف العادل، المسافر يقصر، المقيم يتمّ، وهذا هو الأكثر.
والثالث: إنه علّة حدوث الحكم، مثل: الماء إذا تغير ينجس.

إذن، فلا بدّ من استكشاف كيفية الموضوع من الدليل، فإن كان العنوان
هو الملاك للحكم، دار الحكم مداره لا محالة، كما في: صلّ خلف العادل
ونحوه، وإلا يلزم كون الحكم بلا ملك إذا زال العنوان، وكذا السّفر بالنسبة
إلى قصر الصّلاة، وهكذا.

ولو شككنا في عنوان مأخوذ في حيّز الحكم أنه هو الملاك ليدور
مداره حدوثاً أو بقاءً أو ليس هو الملاك له، لم يجر الاستصحاب أصلاً.
وهذه هي القاعدة الكلية.

وحينئذ نقول: إنه لا أقلّ من الشك في كون «الملكيّة» هي «الملاك»
لـ«وجوب الردّ»، وحينئذ لا يجري الاستصحاب، لعدم إحراز الموضوع.
وهذا هو الجواب الصّحيح عن كلام الشيخ والوجه الذي أفاده شيخنا
الاستاذ قدّس سرّهما.

هذا أولاً.

وثانياً: ما هو الدليل على وجوب الردّ؟

إن كان أخبار: «لا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غير إلاً بإذنه» بتقريب
أن الإمساك تصرّف، وإذا حرم فيجب الردّ. فلا شبهة في أن الموضوع فيها هو
«المال»، وما سقط عن المائيّة - وإن كان ملكاً - فلا دليل على حرمة التصرف
فيه، ولذا جازت الصّلاة في الثوب المخيط بالخيط الذي هو ملك للغير، كما
تقدّم، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وإن كان ما ورد في بعض أخبار الأنفال من أن صوافي الملوك للإمام إذا لم يكن غصباً، «لأن الغصب كله مردود»^(١) ففيه:

أولاً: البحث لا يختص بالغصب، بل يجري في موارد كثيرة، كما ذكرنا من قبل، فالدليل أخص من المدعى.

ثانياً: إن هذه الرواية إنما تنطبق على شيء مضاف إلى المالك، بالإضافة الملكية أو المالية أو الحقيقة. وفيما نحن فيه: لا إضافة ملكية ولا مالية والحقيقة أول الكلام.

وإن كان قاعدة اليد، فقد تقدم ما فيه.

إذن، لا دليل على وجوب الرد حتى يستصحب.

وأما قول الشيخ:

ويؤيده أنه لو عاد خللاً ردت إلى المالك، بلا خلاف ظاهر.

وقد تقدم منا وجه التأييد، وعدم تمامية الاستدلال بالإجماع صغرى

وكبرى.

فقد أجاب شيخنا الاستاذ عن ذلك^(٢) بما تقرّبه: تارة: يقع البيع على

الخمير، وهذا فاسد بلا كلام. وأخرى: يشتري الخل، فيكون سبباً مصححاً

لاعتبار الشارع الملكية، ثم ينقلب الخل خمراً، فيحصل الرفع للاعتبار

الشرعي وبذلك تنتفي الملكية، فإن زال المانع بعود الخل خمراً أثر المقتضي

أثره وتترتب الملكية.

فظهر أن الدليل على فتواهم بوجوب الرد في هذه الصورة هو قاعدة

المقتضي والمانع، لا الأولوية كما ذكر الشيخ.

(١) وسائل الشريعة ٣٨٦/٢٥، كتاب الغصب، الباب ١ رقم ٣.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٤٤٥/١.

وعندنا أن حق الأولوية ثابت، وذلك ببيان آخر:
 إن الدليل القائم على أن «الليد ما أخذت» ظاهر في أن الإحاطة بالشيء
 والسلطنة التامة عليه توجب الاختصاص، ولذا كانت اللام موضوعة
 للاختصاص، فإذا جاءت الملكية الشرعية أفادت السلطنة والاختصاص
 كذلك، ولما كان اجتماع المثليين محالاً، فإن أقواهما يبقى ويسقط الآخر، ثم
 لو زال المماثل الأقوى عاد المماثل الضعيف ليؤثر أثره.
 وعلى هذه القاعدة نقول: إذا زالت الملكية عادت اليد لتؤثر أثرها وهو
 الإختصاص والأولوية.
 وأيضاً: يمكن أن يستكشف من الإجماع المدعى كون الأولوية بعد
 زوال الملكية من الارتكازات العقلانية.
 وهكذا يتم القول بثبوت الأولوية بعد سقوط الوجوه الخمسة
 المذكورة في كلمات الأعظم، والله العالم.

حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع البدل

قال الشيخ:

ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع، خروج الغارم عن عهدة العين
 وضمانيها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواء للسوق أو الزيادة المتصلة
 بل المنفصلة كالثمرة، ولا يضمن منفعه...

وحاصله: عدم الضمان للعين وللنماءات مطلقاً وللمنافع وارتفاع
 القيمة بعد دفع بدل الحيلولة، ثم أشار إلى كلمات بعض الفقهاء واختلافهم
 في المسألة.

أقول:

إن بدل الحيلولة - بناءً على كونه بدلاً عن السلطنة كما هو مختار الشيخ - باقي على ملك الضامن، وإنما للمالك أن يتصرف فيه بدلاً عن تصرفاته في ملكه، وعلى هذا، فالعين مضمونة لعدم تدارك مآلتها، وهي قوام الضمان، إذ مالا مالية له لا ضمان له، وكل عين مضمونة فنماءاتها مطلقاً ومنافعها كلها مضمونة. نعم، يمكن أن يقال بعدم ضمان المنافع الفائتة، لكونها متداركةً ببذل الحيلولة المدفوع لتدارك السلطنة، أما النماءات وارتفاع القيمة، فالضمان بالنسبة إليها ثابت على هذا المبنى بلا ريب.

فقوله رحمه الله بعدم الضمان ينافي ما اختاره في المقام. وأما على ما هو التحقيق من أن بدل الحيلولة غرامة، فهو بدلاً عن مالية العين، فإذا تداركت المالية خرجت العين عن كونها مضمونة، ولو تلفت لم يترتب ضمان التلف، وإذا لا ضمان للعين، كذلك لا ضمان بالنسبة إلى النماءات وارتفاع القيمة.

وربما يقال:

كما أن الغاصب حال دون العين المتعذر الوصول إليها، كذلك حال دون النماءات والمنافع، والحيلولة ملاك دفع البذل، فعليه دفع بدل الحيلولة عن هذه أيضاً.

نقول:

إن الحيلولة إنما تكون سبباً لدفع البذل لو كانت العين تحت الضمان، فلو دفع البذل عن الحيلولة دونها خرجت يده عن كونها يد ضمان، وكل عين خرجت عن يد الضمان فلا أثر لنماءاتها ومنافعها.

وتلخص: ثبوت ضمان النماءات وغيرها على مسلك الشيخ، وعدم ثبوته على المسلك المختار، فالحق مع القائلين بالعدم، والله العالم.

حكم ارتفاع القيمة قبل دفع البدل

وأما حكم الضمان لتلك الأمور قبل دفع البدل، فقد تعرض له بقوله: ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم... يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة... قبل الدفع... لكن مقتضى القاعدة ضمانه له... وحاصله: إن ظاهر كلام بعض الفقهاء^(١) وجوب دفع قيمة يوم التعذر لا قيمة يوم الأداء.

قال: لكن مقتضى القاعدة ضمان ارتفاع القيمة وغير ذلك، لأن العين باقية على عهده، فلا بد من لحاظ ارتفاع القيمة، فبين التعذر والتلف فرق، ولذا مع التلف تتعين القيمة وليس للمالك الامتناع من أخذ القيمة، بخلاف صورة تعذر العين، فإن عليه دفع قيمة يوم الأداء بدلاً عن العين والأمر المذكورة.

قال: والحاصل: إن قبل دفع القيمة تكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر، والحكم بضمان النماءات والمنافع وعدم الضمان لارتفاع القيمة، تناقض. فعطف التعذر على التلف مخالف لمقتضى القاعدة.

قال السيد: مقتضى ما قدمناه من كون نفس العين في العهدة بعد التلف حتى في القيميات ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل بعد التلف أيضاً، فلا

(١) المحقق في المختصر النافع ٢/٢٥٦، والعلامة في تحرير الأحكام ٢/١٣٩.

فرق بين التلف والتعذر في ذلك^(١).

لكن لا دليل على بقاء العين التالفة اعتباراً في الذمة وإن كان ممكناً عقلاً. هذا أولاً.

وثانياً: سلّمنا، لكن ارتفاع القيمة بالنسبة إليها قضية يمتنع فيها التالي بامتناع المقدم، إذ لو كانت العين التالفة موجودة لكان لها هذه القيمة المرتفعة، لكنها غير موجودة فليس لها تلك القيمة.

والحاصل: إنه لا معنى لأن توصف العين التالفة بارتفاع القيمة، لأنها سالبة بانتفاء الموضوع، بخلاف العين المتعذرة، فيمكن وصفها بذلك، وهي مورد الضمان، وكذلك النماءات والمنافع وارتفاع القيمة، كما ذكر الشيخ.

حكم ما لو ارتفع التعذر ولمكن ردّ العين

قال الشيخ:

ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر ردّ العين وصار ممكناً، وجب ردّها إلى مالِكها...

وحاصله: إن دفع بدل الحيلولة إنما أخرج العين عن الضمان، بمعنى أنه لو تلفت بعد دفعه، لم يكن عليه دفع قيمتها، وأما إذا تمكّن من ردّ العين، فإن عموم «على اليد» يقتضي وجوب ردّها فوراً.

إن قلت: لقد سقط بسبب التعذر وجوب الردّ، فإذا صار ممكناً يستصحب عدم وجوب الردّ.

قلت: إن كل تكليف غير مقيد بوقت ترتّب على موضوع، فإنه يستمرّ

(١) حاشية المكاسب ١ / ٥٣١.

بحسب الأزمنة، ولو تعذر امتثاله في قطعة من الزمان لعذر عقلي، فلا وجه للقول بسقوطه كليةً، لأن المفروض وجود الملاك للحكم ووجود الموضوع المترتب عليه، ولذا لو ارتفع العذر بقي التكليف على حاله، لوجود المقتضي وعدم المانع. وهذه قاعدة عامة مقررة، وعلى ذلك، فإن التكليف برّد العين المرتفع في وقت تعذره باقي على حاله، فإذا ارتفع العذر وأمكن الرّد وجب، فلا يجوز استصحاب سقوط وجوبه في تلك الفترة.

قال: بل مقتضى الاستصحاب والعموم هو الضمان المدلول عليه بحديث على اليد.

أقول:

وهذا صحيح على مسلكه من أن البدل بدلٌ عن السلطنة، وأن الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية. وذلك: لأنه إذا دفع بدل السلطنة ثم شك في أنه يخرج بذلك عن ضمان العين أو لا، استصحب بقاء الضمان. وأيضاً: فإن الضمان حكم وضعي منتزع من قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت» الذي أفاد وجوب الرّد تكليفاً، والمفروض عدم خروج العين عن يده، ومقتضى عموم الحديث وجوب الرّد، وأما ما لم يرّد العين فالعهدة باقية.

إنما الكلام في إثبات وجوب الرّد بمجرد ارتفاع التعذر، وإن لم تكن العين في اليد، بناءً على ما هو التحقيق من أن بدل الحيلولة بدل عن المالية، والضمان حكم وضعي مستفاد من كلمة «على» في حديث «على اليد»، وأن البدل يكون ملكاً للمالك. وذلك: لأنه لما أعطى البدل خرجت العين عن المالية، وما لا مالية له لا ضمان له، وإذا خرجت العين عن الضمان، فلا وجه للقول بوجوب ردّها.

والحاصل: إن وجوب الردّ أثر الضمان، والضمان يعود إلى المالّة، والمالّة قد تداركها بدفع بدل الحيلولة، فلماذا يجب الردّ؟ وما معنى التمسك بالإستصحاب أو العموم؟

اللهم إلا أن يقال: بأن الضمان هو الكفالة، أي تعهد ردّ العين أو بدلها، فإذا تعذر ردّها ودفع الضامن البديل، صار مالك العين مالكا للبديل بعنوان أنه بدل عن العين المتعذرة، لأن البدليّة إنما تصدق حيث لا يتمكّن من العين، وأمّا مع التمكن من العين فلا مجال للبديل، وعلى هذا، فإن مالكيّة المالك للبديل يكون موقّتا بزمان تعذر العين، كما أن ارتفاع الضمان بدفع البديل موقّت، وأن الضمان للنماءات والانتفاعات وارتفاع القيمة موقّت.

ومن هنا يظهر: أنه لو كان الدليل على الضمان هو العمومات الواردة في المال المسروق أو الضائع ونحو ذلك، فإن دلالتها على ذلك محدود بصدق عنوان «المسروق» و«المحروق» و«الضائع»، وإلا، فلا معنى للضمان والكفالة، والله العالم.

هل يعود البديل إلى ملك الضامن بمجرد التمكن من ردّ العين؟
قال:

وهل الغرامة المدفوعة تعود ملكيّةها إلى الغارم بمجرد طرّو التمكن، فيضمن العين من يوم التمكن ضمّانا جديداً... أو أنها باقية على ملك مالك العين، وتكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر... وأمّا الضمان وعهدة جديدة، فلا؟ وجهان، أظهرهما الثاني، لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة...

وتوضيح الوجه الثاني هو: إن العين المتعذرة في عهدة الضامن من أجل اليد عليها، فما دام لم تصل إلى المالك فالضمان باق.

ولا يقال: يعود البدل بمجرد التمكن.

لأن بدل الحيلولة كان بدلاً عن العين المتعذرة، وهي في عهدة الضامن، ولا أثر لمجرد التمكن، لأن البدل إما هو بدل عن السلطنة على التصرفات كما عليه الشيخ، وإما هو بدل عن مالئة العين كما هو التحقيق، وعلى كل تقدير، لا يعود البدل ما لم يُرد المبدل - وهو العين - إلى المالك.

وعلى الجملة، فإن العين ما لم تعد إلى يد المالك خارجاً، أو لم يقدر المالك على التصرفات الخارجية فيها، لا يخرج البدل عن بدليته، فلا يكفي مجرد التمكن من العين لأن يعود البدل إلى الضامن، كما أنه لا يوجب عود سلطنة المالك على العين، حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض والمعوّض كما ذكر الشيخ.

قال الشيخ:

فإن دفع العين، فلا إشكال في زوال ملكية المالك للغرامة...

ويتحصّل مما ذكر: إنه إن دفع الضامن العين إلى المالك زالت ملكيته عن الغرامة، بلا إشكال، لأن البدل إن كان بدلاً عن السلطنة فيكون مباحاً للمالك، فالمفروض رجوع السلطنة، وبذلك ترفع الإباحة، وإن كان بدلاً عن مالئة العين وهو ملك لمالكها، فقد تقدّم أن التعذر كان هو الموضوع لكون البدل ملكاً للمالك بدلاً عن ملكه، فإذا زال التعذر وعادت العين إلى المالك، لم يصدق على المدفوع عنوان بدل الحيلولة، وحينئذ تستفي الملكية، لأن الحكم يدور مدار عنوان موضوعه دوران المعلول مدار علته، فإذا زال، نظير ما إذا وقف داره على ولده الساكنين في البلد، فمن خرج عن البلد خرج عن تلك الملكية الخاصة، لأنها كانت تدور مدار ذلك.

فسواء كان بدل الحيلولة بدلاً عن السلطنة أو عن المالية، فإنه بمجرد عود العين إلى المالك يعود البدل إلى الضامن.

وأما النماء المنفصل، فعلى القول الثاني، تكون النماءات في ملكه، سواء المتصلة أو المنفصلة، ولو تلف شيء منها فقد تلف في ملكه ولا ضمان عليه.

وأما بناءً على القول الأول، فللمالك التصرف بالنماءات بأنحاء التصرف، فيقع الإشكال في التالف، أما المتصل، فيمكن القول بعدم ضمانه لأن نماءات بدل الحيلولة ليست نماء العين المضمونة، وأما المنفصل الذي له وجود خارجي، فهو ضامن له،

فإطلاق القول بعدم الضمان في المنفصل غير تام.

وتنقيح المقام هو:

إن كان بدل الحيلولة بدلاً عن السلطنة، فهل بمجرد تمكّن الغاصب من ردّ العين ترتفع سلطنة المالك عن البدل، أولاً إلا بعد رجوع العين إليه خارجاً؟

وليس المراد من السلطنة - التي كان البدل بدلاً عنها - السلطنة الفاتنة من المالك على ملكه، وإلا يلزم أنه لو أرجع الغاصب العين إلى المالك وجب عليه دفع شيء بدلاً عما فات عنه من السلطنة، وهذا ما لا يقول به أحد، لأن مقتضى حديث على اليد ردّ العين، لا ردّها مع شيء زائد، بل المراد أصل السلطنة، فالتوهم المذكور ضعيف للغاية كما قال الشيخ.

قال الشيخ: أظهرهما الثاني...

فإنه ما لم تعد سلطنة المالك على العين برجعها إليه خارجاً لا يعود

ملك البدل إلى الضامن، ومجرد التمكن من إيصال العين إلى المالك لا يصدق عليه عنوان السلطنة الخارجية، ولو فرض الشك، جرى استصحاب بقاء سلطنة المالك على البدل بعد التمكن وقبل الرجوع خارجاً. هذا على مبنى الشيخ.

وأما على مبنى أن البدل بدلٌ عن المالّة وهو ملك لمالك العين، فيمكن أن يتمسك بالاستصحاب كذلك.

ولقائل أن يقول: إن المالك إنما يملك البدل عوضاً عن مالّة العين الساقطة بسبب تعذر الوصول إليها لأن المال ما تميل النفوس إليه، والشيء المتعذر الحصول لا يمتل إليه النفوس - ومع التمكن من الحصول على العين، تعود المالّة إليها وتصير بمثابة المال الغائب، وحينئذٍ، يرجع البدل إلى الغاصب.

إلا أنه يجاب عنه: بأن لازم عود البدل إلى الضامن بمجرد التمكن من ردّ العين إلى المالك، أن لا يكون ضامناً للعين لو تلفت في البين، لفرض زوال الضمان الأول وعدم تحقق ضمان جديد، وهذا مما لا يلتزم به.

ولو قيل أيضاً: بأن الضامن قد خرج عن الضمان بدفع البدل ولم يتحقق ضمان آخر، فلو تمكّن من ردّ العين وعادت المالّة إليها بذلك، ورجع البدل إلى الضامن - لأنه كان بدلاً عن المالّة وقد عادت - فما الدليل على وجوب تسليم العين إلى المالك؟

وبعبارة أخرى: لقد كان وجوب ردّ العين إلى المالك على أثر الضمان، والمفروض ارتفاع الضمان بدفع البدل وكونه ملكاً للمالك، وعدم تحقق ضمان جديد، فلماذا يجب ردّ العين خارجاً إلى مالکها؟

وأيضاً: وجوب إرجاع العين إلى المالك إنما هو لأجل الضمان، فهو موقوف عليه، لكنّ الضمان منوطٌ بالبدل، فلو كان دفع بدل المائِية متوقفاً على إرجاع العين لزم الدور، فلانص من القول بعود البدل بمجرّد التمكن. والجواب عن ذلك كلّ يظهر مما تقدّم في حديث على اليد، فقد قلنا بأنّ «على» تفيد الضمان، والضمان هو الكفالة لغةً وعرفاً، وللکفالة اقتضاءان: ردّ العين، فإنّ تعذّر فالبدل عن المائِية، فإرجاع العين هو مقتضى القاعدة والذمة به مشغولة، والبدل كان بدلاً عن مائِية تلك العين المضمونة ما دامت متعذّرة، وبمجرّد التمكن منها يتوجّه إليها الحكم بوجوب الردّ بمقتضى القاعدة، فإذا رُدّت عاد البدل إلى الضامن.

قال الشيخ:

ولولم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة أولاً... نعم، للمالك مطالبة عين ماله... أقول:

إن كان بدل الحيلولة عوضاً عن العين، بأنّ تقع بينهما المعاوضة القهرية شرعاً - كما قال بعضهم - جاز له أن يطالب بالبدل ولا يدفع العين إلا بعد وصول البدل إليه، لأنّ هذا مفهوم العوضيّة، فلكلّ منهما المطالبة بعين ماله. ولكنّ الصحيح بقاء العين على ملك مالکها والبدل بدّل عن المائِية، فللمالك أن يطالب بعين ماله، وليس للضامن المطالبة بالبدل، لأنها كانت بدلاً عن مائِية ما في عهده، وما لم يخرج عن العهدة بدفع العين، لم يجز له المطالبة بالبدل.

وربما يقال: إنّ وجوب ردّ العين إلى مالکها على الضامن يلازم كونه ضامناً فعلاً للعين، والضمان للعين إنما يكون حيث يرجع إليه بدل الحيلولة،

إذ لو كان ملكاً لمالك العين لا رتفع الضمان عن الضامن. فالقول بعدم رجوع البذل إلى الضامن بمجرد تمكنه من إيصال العين وبقائه على ملك مالك العين الملازم لعدم الضمان، والقول بوجوب رد العين الملازم لكونه ضامناً، جمع بين المتناقضين.

وأيضاً: وجوب إيصال العين إلى مالكها متوقف على الضمان، والضمان متوقف على رجوع البذل، فلولم يرجع فلا ضمان، فرجوع البذل إلى الضامن يتوقف على إيصال العين وإيصال العين يتوقف على الضمان، والضمان يتوقف على رجوع البذل، فرجوع البذل يتوقف على رجوع البذل. وهذا دور.

أفاده الميرزا الاستاذ في الدورة الثانية^(١).

والجواب ظاهر مما تقدم، فإن وجوب إيصال العين إلى مالكها مسبب عن الضمان الأول، فكان الواجب عليه رد نفس العين، ثم يكون الواجب عليه دفع البذل في فرض تعذر العين، فإذا تمكن من رد العين أثر الضمان الأول أثره، فلا مانع من الجمع بين القولين ولا دور.

وأما التمسك باستصحاب بقاء ملك المالك على البذل، واستصحاب عدم استحقاق الضامن له، فمن الواضح أنه متأخر عن الدليل، وقد قال المحقق الخراساني: الظاهر أن الغرامة المدفوعة لا تعود إلى ملك الغارم بمجرد حدوث تمكنه من رد نفس العين ما لم يردّها، حيث إن العرف الحاكم في باب كيفية الغرامات إنما يكون بناؤهم على العود بالرد لا بالتمكن^(٢).

(١) المكاسب والبيع ١/ ٣٨٨.

(٢) الحاشية على المكاسب: ٢٦.

وهذا عجيب جداً، لأن بناء العرف على عدم عود الغرامة إلى الضامن ما لم تسلم العين إلى المالك، لا أنها تكون ملكاً للضامن.

وقال شيخنا الاستاذ: إن التعذر لا يسبب ملكية الغرامة، بل هو سبب استحقاق المالك للغرامة ووجوب دفعها على الضامن، وبمجرد الدفع يسقط الوجوب ويصل الحق إلى صاحبه ويملك المالك البدل، فالقول برجوع البدل إلى الضامن بمجرد التمكن من رد العين، بلا وجه^(١).

والتحقيق:

إنه بمجرد التمكن من رد العين يرجع البدل إلى ملك الضامن، أما وجوب دفع بدل الحيلولة، فالدليل عليه ليس إلا النصوص، ففيها: «ضاع» أو «سرق» أو «غرق» أو «هلك». والجامع بين هذه العناوين هو عدم إمكان الوصول إلى الشيء، لأن الشيء إذا «هلك» لا يعود حقيقة، وإذا «ضاع» أو «سرق» ونحو ذلك لا يعود عادة، فالجامع بين هذه العناوين - إذ جاءت في سياق واحد - هو ما ذكرناه، وهذا الجامع موجب للضمان والكفالة، ويستفاد أيضاً من ورودها في سياق واحد: أن الذي يضمنه الغاصب هو مالية ملك الغير، لأن الشيء يخرج عن ملك المالك ويكون ملكاً للضامن إذا دفع بدل الحيلولة، لأن الهالك لا يملك، ويشهد بكون المضمون هو المالية التعبير في بعض النصوص بـ «الغرامة» و «القيمة» و «الشن».

فالمستفاد من وحدة السياق في النصوص: أنه لو غصب مال الغير وتعذر الوصول إليه، ضمن الغاصب ماله وهو باق على ملك المالك غير خارج عن ملكه، نعم، هو ملك بلا مالية، فالغرامة غرامة العين المسروقة...

ثم إذا أمكن الوصول إلى العين تبدل العنوان الجامع وعادت المالّية إلى ملك المالك، وإذا عاد المبدل إلى المالك عاد البدل - وهو بدل الحيلولة - إلى الضامن، ولا وجه لبقائه بيد المالك بل هو خلف.

هل للضامن حبس العين إلى أن يأخذ البدل؟

ومما ذكرنا يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة كما اختاره في التذكرة...^(١) وعن التحرير^(٢): الجزم بأن له ذلك... أقول:

هذا متفرّع على ما سبق، ونحن بناءً على المختار من أنه بمجرد التمكن من ردّ العين يعود البدل إلى الضامن، نبحت عن حكم الطرفين، ولكن الشيخ لما قال بأن بدل الحيلولة بدل عن السلطنة، فلامحالة يجوز للمالك حبسه إلى أن تصل العين إليه، فهل للمالك أن يحبس الغرامة إلى أن تصل إليه العين؟ وهل للضامن حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة؟ فنقول:

قد ذكرنا أن للبائع أن لا يسلم المبيع حتى يقبض الثمن، وكذا المشتري، فله أن لا يسلم الثمن حتى يقبض المبيع، وفي خيار الفسخ حيث يستحق كل منهما ما كان يملكه يحكم عليهما بإرجاع كل منهما ما لصاحبه وتسلمه ما لنفسه، والظاهر أن قولهم بذلك مستند إلى كونه من المرتكزات عند العرف، لأن المتعاملين إذا تبادلوا المالين في معاملة، ثم أرادا الفسخ، لم يدفع كل منهما مال صاحبه إلا بأخذ ما هو له منه، ولكن لا دليل شرعي على ذلك، ولذا جاز

(١) تذكرة الفقهاء ٢/٣٨٥، إيضاح الفوائد ٢/١٧٨، جامع المقاصد ٦/٢٦١.

(٢) تحرير الأحكام ٢/١٤٠.

لكلّ منهما المطالبة بماله الذي بيد الآخر، ولو امتنعا من التسليم رجع الأمر إلى التقاصّ، وذاك أمر آخر.

هذا بالنسبة إلى العين وبدل الحيلولة.

أما في النماءات، فالنماء المنفصل الموجود لبذل الحيلولة يرجع مع البذل إلى الغاصب، بناءً على كونه بدلاً عن السّلطنة، وهو ملك لمال العين بناءً على كون البذل بدلاً عن المائيّة. وأمّا النماء المنفصل غير الموجود، فلا ضمان بالنسبة إليه على كلا المسلكين.

الكلام في شروط المتعاقدين

البلوغ * القصد * الاختيار
* إذن السيد لو كان العاقد عبداً
* أن يكونا مالكين أو مأذونين.

مسألة

المشهور بطلان عقد الصبي

قال الشيخ:

المشهور كما عن الدروس والكفاية^(١) بطلان عقد الصبي، بل عن الغنية^(٢) الإجماع عليه وإن أجاز الولي، وفي كنز العرفان^(٣) ... وعن التذكرة^(٤) أقول:

المشهور المعروف - بل المحكي عليه الإجماع - هو بطلان عقد الصبي حتى مع إذن الولي، وصاحب الجواهر رحمه الله أيضاً على أن الصبي محجور عليه بقول مطلق^(٥).

والمباحث المرتبطة بالصبي تارة: تتعلّق بالاعتقادات، كما ذكر السيّد

(١) الدروس ٣/ ١٩٢، كفاية الأحكام: ٨٩.

(٢) غنية النزوع: ٢١٠.

(٣) كنز العرفان في فقه القرآن ٢/ ١٠٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢/ ٧٣.

(٥) جواهر الكلام ٢٢/ ٢٦١.

الطباطبائي أنه يجب على الصبيّ الاصول الاعتقاديّة بحسب استعداده^(١). ومن العجائب قول بعضهم: بأنّ اعتقادات الصبيّ ملغاة كمعاملاته ولا أثر لها، إذ لا شبهة في أنّ الصبيّ إذا أدرك المعارف واعتقد بالاصول الدينيّة يعدّ من المسلمين، بل إنه المستفاد من بعض النصوص. ومن أقوى الشواهد على ذلك إسلام أمير المؤمنين، فإنه أوّل من أسلم وإسلامه أوّل الإسلام، وإن قيل: بأنّ ذلك من خصائصه عليه السّلام.^(٢)

واخرى: تتعلّق بعباداته من حيث المشروعيّة وعدمها وإن لم تكن واجبةً عليه، والحق هو القول الأوّل، غير أنّ حجّه لا يكفي عن حجة الإسلام. ولولا خروج البحثين عن محلّ الكلام لتعرّضنا لهما بالتفصيل. والكلام في معاملات الصبيّ، فأما الأحكام الوضعيّة المتعلّقة بنفسه، فلا ريب في تلّبسه بها، فإنّه يكون مالكاً سواء بالإرث والوقف، ويكون ضامناً. أمّا الأحكام الوضعيّة المتعلّقة بغيره، من البيع والصّلع والهبة وغيرها من المعاملات، فقد وقعت موقع الخلاف، فنقول:

هل يصحّ منه البيع ويترتب عليه الأثر بإذنٍ من وليّه أو أنّ قصده للبيع كالاقتداء وإنشائه للضيعة كالاقتداء؟ وبعبارة اخرى: هل محجوريّة الصبيّ كمحجوريّة المجنون بمعنى اللغويّة المحضّة، أو أنها بمعنى عدم الاستقلال له؟

(١) حاشية المكاسب ١٠/٢.

(٢) جواهر الكلام ١٨٢/٣٨.

أدلة القول بالبطلان مطلقاً

ولنذكر أولاً ما استدلّ به لقول المشهور وبعض الأقوال في المسألة، وقد استوعبها جدنا في حاشيته بالتفصيل^(١)...

الوجه الأول: قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٢) بتقريب: إن الإبتلاء هو الاختبار، و«حتى» غاية لذلك، فإن كانوا على رشدٍ فادفعوا إليهم أموالهم، فكان دفع المال إلى اليتيم منوطاً بالبلوغ والرشد، لاشتمال الآية على مفهوم الغاية الدالّ عليه «حتى»، ومفهوم الشرط الدالّ عليه «إن»، فليس له حقّ التصرف في أمواله قبل البلوغ، بل يعتبر الرشد فيه بعد بلوغه.

وقد أورد على الاستدلال^(٣): بأن مقتضى الشرط في ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ أن الصبي إذا كان رشيداً يدفع إليه ماله وإن لم يبلغ. وبعبارة أخرى: هذا الشرط يرجع إلى صدر الآية لا إلى مدخول «حتى»، بقرينة عود الضمير في «منهم» إلى «اليتامى».

الوجه الثاني الروايات:

منها: عن أبي جعفر عليه السلام: الغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك.^(٤)

(١) غاية الآمال: ٣١٩.

(٢) سورة النساء: ٦.

(٣) انظر: المكاسب والبيع ١/ ٣٩٦-٣٩٧.

(٤) وسائل الشيعة ١٧/ ٣٦٠، كتاب التجارة، الباب ١٤ رقم: ١.

ومنها: عن أبي عبدالله عليه السَّلام: أنه سئل عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده؟ قال: احتلامه^(١).

ومنها: عن أبي عبدالله عليه السَّلام: إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها وجاز أمرها في مالها وأقيمت الحدود التامة لها وعليها^(٢). هذا، مضافاً إلى أخبار رفع القلم:

كقول أمير المؤمنين عليه السَّلام: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ^(٣). فذهب المشهور إلى أن كل قول أو فعل له أثر وضعي، لا يترتب عليه الأثر إذا صدر عن الصبي، فقبول الهدية - مثلاً - مشروط بالقبض، فقبض الصبي لا قبض، فلا تتحقق الهدية وإن وصلت إلى يده، والحيازة تابعة للقصد، وقصده كلاقصد، وكذا التسمية في الذبح، وهكذا في البيع والإجارة وغيرهما من المعاملات، سواء كانت في أمواله أو بالوكالة عن غيره.

ولابدّ من النظر في الأدلة لنرى مدى دلالتها، ويقع البحث في مسائل: إحداها: أن يستقلّ الصبي كالبالغين في جميع الأمور. ولا خلاف ولا كلام في عدم كونه كالبالغين، وهذا هو القدر المتيقن من الأدلة.

(١) وسائل الشيعة ١٨/ ٤١٢، كتاب الحجر، الباب ٢ رقم: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/ ٤١١، كتاب الحجر، الباب ٢ رقم: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١/ ٤٥٥، أبواب مقدّمة العبادات، الباب ٤ رقم: ١٠.

والثانية: أن يتصرّف في أمواله بإذن من الولي ويكون تصرّفه نافذاً.
 والمشهور: عدم الجواز.
 والثالثة: أن يتصرّف في مال غيره، بأن يُنشئ العقد وكالة عن المالك بإذن من وليّه أو بدون إذن منه.
 والرابعة: إنه لا أثر لقوله ولا فعله، لا في أموال نفسه ولا أموال غيره قليلاً كان أو كثيراً.

وهذا ظاهر عبارة الشيخ إذ قال بعد قوله: والعمل على المشهور:
 والحاصل: إن مقتضى ما تقدم... عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعبر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً ووكالةً والقبض والإقباض، وكلّ التزام على نفسه من ضمان أو أقرار أو نذر أو إيجار...

النظر في الاستدلال بالكتاب

ولا ريب في أنه لا خصوصيّة لليتيم، بملاحظة الحكم والموضوع.
 والإبلاء - كما في تفسير الصّافي وغيره^(١) - هو الإختبار، وهو يكون في حال الصّغر وآلا يلزم منع المالك من التصرف في أمواله بلا دليل.
 ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾، كناية عن البلوغ.
 لكنّ البلوغ وحده لا يجوز أن يدفع إليه ماله، بل يشترط الرشد، وهو ما دلّ عليه قوله:

(١) تفسير الصّافي ٣٩١/١.

﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، أي: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ في حال بلوغهم حدّ النكاح، ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ ليتصرّفوا فيها كيفما يشاؤون.

فمقدّم القضية الشرطيّة مركّب من قيدين.
هذا تقريب الاستدلال بالآية المباركة على بطلان جميع تصرّفات الصبي مطلقاً.
وفيه نظر:

لأن غاية ما يمكن أن تدلّ عليه الآية: أن الصبي لا تدفع إليه أمواله لأن يتصرّف فيها كيفما شاء، أمّا أن لا يجوز له شيء من التصرفات في أمواله حتى مع إذن الولي، فلا دلالة لها عليه، وكذا لا تدلّ على المنع من تصديده للتصرّف في مالٍ لغيره بإذنٍ منه والقبول لهيةً وهديةً مثلاً:
إن غاية ما تدلّ عليه الآية عدم جواز تصرفاته في أمواله، أمّا في أموال غيره مع الإذن من المالك، وكذا في أمواله مع الإذن من وليه، وكذا في أخذ شيء وقبوله، فالآية ساكتة عن ذلك.
فهو في أمواله فقط غير مستقلّ في التصرف.

الاستدلال بالروايات

(الطائفة الاولى) استدلت جماعة منهم: الشيخ والسيد في الغنية وابن إدريس والعلامة^(١) بحديث رفع القلم، ففي الوسائل:

(١) المبسوط ٣/٣، الغنية: ٢١٠، السرائر ٣/٢٠٧، التذكرة ٢/١٤٥.

عن الصّدوق بإسناده عن ابن ظبيان قال: أتني عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها.

فقال علي عليه السّلام: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ. وفي الرواية بعدها:

عن الغلام متى تجب عليه الصّلاة؟

أنه إذا احتلم فقد وجبت عليه الصّلاة وجرى عليه القلم.^(١)

وفي المستدرک: عن سليمان المروزي عن الرضا عليه السّلام إنه قال: وإنّ الصبي لا يجري عليه القلم حتى يبلغ^(٢)...

قال الشيخ بعد أن ذكر روايات رفع القلم:

ثم إنّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين أقول:

والإنصاف عدم إمكان المساعدة على ذلك، لأنّ ظاهر ما يصدر عن الشارع من الوضع والرفع هو أن يكون تشريعياً، فالمراد هنا رفع قلم التشريع في قبال وضعه، لأنّه لا يؤخذ، إذ المؤاخذه إن كانت دنيوية كالحدّ، فالرواية عامّة غير مختصّة بها، وعلى فرضه فالمورد غير مخصّص. لكنّ ظاهر كلام الشيخ أن المراد المؤاخذه الاخروية.

(١) وسائل الشيعة ٤٥/١، في علائم البلوغ، أبواب مقدّمة العبادات، الباب ٤، رقم ١١ و ١٢.

(٢) مستدرک الوسائل ٨٧/١، أبواب مقدّمة العبادات، الباب ٤ رقم ٩.

وأيضاً، فإن الظاهر من الرفع هنا هو رفع التكاليف الإلزامية، والمراد منه في هذه الروايات هو «الدفع»، فالمعنى أن الصبي غير مكلف بشئ من الأحكام الإلزامية المكلف بها البالغ.

والحاصل: إنه ليس ظاهر الرواية عدم ترتب شيء من الآثار على أفعال الصبي، كما ذكر الفقهاء، ولا أنها تفيد عدم المؤاخذه، كما ذكر الشيخ، بل ظاهرها أن ما وضع على البالغ من التكاليف الإلزامية غير موضوع على الصبي. ويمكن أن يقال في الآية أن المعنى: راقبوا يتامى في شئونهم، فإذا بلغوا النكاح فهم مستقلون في أفعالهم وهم المسؤولون عنها، فإن أنستم منهم رشداً قبل البلوغ فادفعوا إليهم أموالهم. فتدل الآية على أن الصبي الرشيد تفوض إليه أموره.

ولكن قد ورد في تفسير الصافي^(١) عن القمي عنه عليه السلام قال: من كان في يده مال بعض يتامى، فلا يجوز أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتلم، فإذا احتلم وجبت عليه الحدود وإقامة الفرائض، ولا يكون فإذا أنس منه رشداً دفع إليه المال فإذا كان كذلك دفع إليه ماله.

فهو ظاهر في الرشد بعد البلوغ.

وعن تفسير العياشي عن عبدالله بن سنان قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام: متى يدفع إلى الغلام ماله؟ قال: إذا بلغ وأونس منه رشده ولم يكن سفياً^(٢).

(١) تفسير الصافي ٣٩١/١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩ / ٣٧٠، كتاب الوصايا، الباب ٤٦ رقم: ٢.

وهذا مثل سابقه.

وعلى الجملة، فقد تقدّم عدم دلالة الآية على المدعى، فلو توكل الصبي عن غيره في شئ من العقود والإيقاعات لم تمنع الآية عن ذلك، إذ الآية إنما دلّت على أن لا يجوز له أن يتصرّف في ماله بإذن من الولي أو في مال غيره بإذن مالكه.

ثم ذكرنا حديث رقم القلم، فقد استدّل به المشهور، وهو عدّة روايات، ذكرنا بعضها، ومنها عن علي عليه السلام:

إنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفيق ذكرنا بعضها، والصبي الذي لم يبلغ: عمدهما خطأ، تحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم^(١).

وتقريب الاستدلال:

إن فعل المجنون والصبي والنائم لا يترتب عليه شيء، ففعلهم فعل، وقصدهم قصد، لا يكتب شيء من أقوالهم وأفعالهم بقول مطلق، لأن القلم هو ما تشير الآية المباركة إليه من ﴿وَإِنَّ عَلَيْكُمْ لَحَافِظِينَ * كِرَامًا كَاتِبِينَ﴾^(٢) والآية ﴿إِنَّ رُسُلَنَا يَكْتُبُونَ مَا تَفْكُرُونَ﴾^(٣) فالمراد قلم كتابة الملكين، فهما لا يكتبان شيئاً من أقوال وأفعال الثلاثة، فلا يترتب على شئ من ذلك أثر من الآثار الشرعية بل هو كأن لم يكن.

(١) وسائل الشريعة ٢٩ / ٩٠، كتاب القصاص، الباب ٣٦ رقم: ٢.

(٢) سورة الإنفطار: ١٠.

(٣) سورة يونس: ٢١.

النظر في الطائفة الاولى

قال الشيخ:

وأما حديث رفع القلم، ففيه...

أجاب الشيخ بثلاثة وجوه، وهي:

أولاً: المراد من القلم قلم المؤاخذه، لا قلم جعل الأحكام الوضعية منها والتكليفية.

وثانياً: المشهور على أن الأحكام الوضعية مجعولة بنفسها، فلم لا يقال بأن المرتفع قلم الأحكام التكليفية، وأما الأحكام الوضعية فتابعة لموضوعاتها، وتدور مدارها، فكما يكون الصبي محدثاً إلا أن وجوب الوضوء بعد البلوغ، ويكون ضامناً للشيء إذا غصبه في حال صباه لكن وجوب الأداء بعد البلوغ، كذلك لو أجرى عقد البيع، فالملكية تحصل له قبل البلوغ إلا أن وجوب الوفاء يكون بعده، أو أجرى عقد النكاح، فالزوجية تتحقق له إلا أن وجوب النفقة - مثلاً - بعد البلوغ، وهكذا.

فالأحكام الوضعية تترتب على أفعال الصبي، غير أن آثارها التكليفية تتوقف على البلوغ.

وثالثاً: إنه يجوز أن يكون الفعل أو القول الصادر من غير المكلف موضوعاً لأحكام البالغين، كما لو أنجس الطفل المسجد، فإنه يجب على البالغين إزالة النجاسة، وعليه، فلو عقد الصبي البيع لم يترتب عليه الأثر فعلاً إلا أنه يصير موضوعاً لوجوب الوفاء عليه بعد بلوغه، إذ لا فرق في كون الفعل موضوعاً لحكم البالغين، بين أن يكون البالغ هو أو غيره، ولذا يجب عليه تطهير المسجد بعد بلوغه إن لم يبادر غيره إلى ذلك.

أقول:

إنَّ رفع المسبَّب برفع سببه، وإنَّ المؤاخذه مسبَّبة عن المعصية، وهي ترك الواجب أو فعل الحرام، فإذا كان المراد قلم المؤاخذه، كان المعنى عدم صدور المعصية من الصبي، أي: إنه لا يجب ولا يحرم عليه شيء، وحينئذٍ يكون الحديث أجنبيًّا عن العقود والإيقاعات ويخرج عن البحث.

وبعبارة أخرى: رفع القلم كناية عن رفع الأحكام الإلزامية، فلا دلالة للحديث على بطلان عباداته المستحبة. أما العقود والإيقاعات، فلا ربط للحديث بها حتى يستدلَّ على بطلانها من الصبي.
هذا أولاً.

وثانياً: إنَّ هذا الرِّفْع تشريعي، وهو إنما يتعلَّق بالتكليف، فإنه القابل للوضع فيقبل الرِّفْع. نعم، إنما يتم الرِّفْع حيث يكون المقتضي للحكم ثبوتاً أو إثباتاً متحققاً. وبعبارة أخرى: إنما يصدق الرِّفْع إذا كان المرفوع ثابتاً خارجاً أو ملاكاً أو بحسب العمومات في مقام الإثبات، وعلى كلِّ حال، فإنَّ الرِّفْع إنما يتعلَّق بالتكليف، ولذا جاء التعبير عن التكليف بالكتابة في مواضع من الكتاب المجيد، كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾^(١) وقوله: ﴿قُلْنَا كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ...﴾^(٢) وأمثال ذلك، حيث جاء الحكم التكليفي في حيِّز الكتابة، فالقلم قلم التكليف، وهو مرفوع عن الصبي، أي لا يكتب عليه، لأنَّ العقاب - سواء كان بحكم العقل، أو كما قال ابن سينا: هو على أثر الوعيد، أو كما قال الفلاسفة: إنه على أثر إفاضة الصُّور الاخرية على الأعمال - لا علاقة له بالتشريع.

(١) سورة البقرة: ١٨٣.

(٢) سورة البقرة: ٢٤٦.

ولمّا كان الرفع تشريعياً، فهل هو رفع لخصوص التكاليف الإلزامية أو للأعمّ منها ومن غير الإلزامية؟

الظاهر هو الأول، لأنّ الرفع يقابل الوضع، والوضع لا يصدق إلا في الإلزاميات [١]، وعلى هذا، فالحديث أجنبى عن محلّ الكلام.

وعلى الجملة: فإنّ الشيخ ذكر أنّ المراد قلم المؤاخذه، ولعلّه لأنّه المرفوع عن المجنون والنائم وهما غير مكلفين، فمقتضى وحدة السياق أنّ يكون هو المراد في الصبيّ كذلك، فالرفع عنهم عقلي لا شرعي.

لكنّ الرفع تشريعي، وهو إنما يصدق حيث يمكن الوضع، والوضع إنما يتعلّق بالتكليف، فلو سلّمنا مقتضى وحدة السياق، فإنّ قوله: «لا قلم جعل الأحكام» غير صحيح، لأنّ «رفع القلم» سواء كان إخباراً أو إنشاءً لرفع المؤاخذه، كناية عن رفع سببها، وهو المعصية، والمعصية فرعٌ للأمر أو النهي الإلزامي، فيرجع إلى رفع التكليف، وعليه، يكون الحديث أجنبياً عن العقود والإيقاعات ومطلق الأحكام الوضعية.

[١] وهذا البيان هو الصحيح، وأمّا ما عن بعض الأصحاب من أن ظاهر كلمة الرفع وجود الثقل وهو في التكاليف الإلزامية دون المستحبات. فيرد عليه: أن كلمة الرفع تستعمل سواء في الثقل والخفيف، إذ لم يثبت أخذ الثقل في مفهوم الرفع، ومن هنا جوز بعض مشايخنا دام بقاء رفع الحديث المستحبات كالواجبات. لكنّ مقتضى بيان السيّد الجدّ عدم رفع المستحبات كما لا يخفى.

على أن ظاهر الحديث هو أن ما شرع للبالغين غير مشرع لغيرهم، وما شرع للعقلاء غير مشرع للمجانين، وما شرع لليقظين غير مشرع للنائمين، فهو غير مرتبط بالأحكام الوضعية التي لا دخل للعقل والبلوغ واليقظة فيها، لأنها أحكام تترتب على موضوعاتها، أعم من أن يكون عاقلاً أو مجنوناً، بالغاً أو صبيّاً، نائماً أو مستيقظاً.

وتلخص: عدم تمامية الاستدلال بهذا الحديث لاعتبار البلوغ في العقود والإيقاعات.

فإن قلت:

قد ورد في خبر أبي البخترى: «المجنون والصبي عمدهما خطأ تحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم»^(١) وظاهره كون رفع القلم مسبباً عن أن «عمدهما خطأ»، فيفيد أن قصدهما لا قصد، فهو ظاهر في أن كل أمر قصدي يصدر عن المجنون والصبي لا يترتب عليه الأثر الذي يقصد منه، فيعمّ العقود والإيقاعات ونحوها من الأحكام الوضعية المعتبر فيها القصد، فيدل على اعتبار البلوغ في البيع.

قلت:

أولاً: هذه الرواية تشتمل على جملتين، الأولى اسمية والثانية فعلية، وفي كل واحدة منهما حكم مستقل، لأن الثانية متفرعة على الأولى، وإن ذكر ذلك الشيخ فيما سيأتي.

وثانياً: إن لسان قوله: «عمدهما خطأ» لسان الحكومة، ومعنى ذلك

ترتيب آثار المنزل عليه على المنزل، مثل: «الطواف بالبيت صلاة» وحينئذٍ، فما هو أثر الخطأ حتى يترتب على العمد؟ إنه ليس رفع القلم من آثار الخطأ منهما حتى يترتب على العمد.

وثالثاً: إن غاية ما تدل عليه هذه الرواية ترتيب أثر الخطأ على العمد منهما، ولا دلالة لها على أن القصد منهما كلا قصد، وهذا هو المدعى. هذا تمام الكلام على حديث رفع القلم.

النظر في الطائفة الثانية

(الطائفة الثانية) واستدل أيضاً بالخبر عن حمزة بن حمران عن حمران، قال:

سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود...؟ فقال: إذا احتلم... قلت: فالجارية متى...؟ قال عليه السلام: إن الجارية ليست مثل الغلام، إن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع وأقيمت عليها الحدود التامة... والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ...^(١).

وعن أبي الحسين الخادم بئاع اللؤلؤ عن أبي عبد الله عليه السلام: قال سأله أبي - وأنا حاضر - عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال عليه السلام: حتى يبلغ أشده.

(١) وسائل الشيعة ٤٣/١، أبواب مقدمة العبادات، باب ٤ رقم ٢.

قال: وما أشدّه؟

قال: احتلامه^(١).

وعنه: عن اليتيم متى يجوز أمره؟

فقال عليه السّلام: حين يبلغ أشدّه.

قلت: وما أشدّه؟

قال: الاحتلام.

قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة لا يحتلم أو أقل أو أكثر.

قال: إذا بلغ ثلاث عشرة سنة كتب له الحسن وكتب عليه السيّ وجاز

أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً^(٢).

وعن عبد الله بن سنان... عن قول الله عزّ وجلّ ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ﴾ قال:

الاحتلام.

قال فقال: يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة ونحوها.

فقال: لا، إذا أتت عليه ثلاث عشرة... جاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو

ضعيفاً.

فقال: وما السفيه؟

فقال: الذي يشتري الدرهم بأضعافه.

قال: وما الضعيف؟

(١) وسائل الشريعة ١٨/ ٤١٢، كتاب الحجر، الباب ٢ رقم: ٥.

(٢) مستدرک الوسائل ١/ ٨٨ أبواب مقدّمة العبادات، الباب ٤ رقم: ١٢.

قال: الأبله^(١)

وعن الصدوق: قال أبو عبدالله: إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها وجاز أمرها في مالها...^(٢)

قال الشيخ:

لكن الإتيان: أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف، لأن الجواز مرادف للمضي...
ويؤيده: ظاهر إضافة «الأمر» إلى «الشخص».

قال:

فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولي غير ماض بل موقوف.

أي: إن لعقد الصبي صحة تأهلية، فكما يتوقف بيع الفضولي على إجازة المالك، فإذا أجاز جاز البيع، كذلك بيع الصبي، يتوقف على إجازة الولي، فإذا أجاز جاز، فاستدلال المشهور بهذه الروايات على أن قصد الصبي كلاً قصداً مردود، لأنها تدل على عدم الجواز بنحو الاستقلال.

قال:

ويشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: إلا أن يكون سفياً...

(١) وسائل الشيعة ١٩ / ٣٦٣، كتاب الوصايا، الباب ٤٤ رقم: ٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٤١١، كتاب الحجر، الباب ٢ رقم: ٣.

أقول:

وحاصل الكلام: إنه إن كان الأمر راجعاً إلى الغير - كأَنْ يكون الصبيّ وكيلاً في بيع مال الغير - فهذا خارج عن الروايات الظاهرة في كون الأمر امره موضوعاً، وإن كان الأمر أمر الصبيّ، فهو موقوف على إذن الولي، والروايات لا تنفي صحّة عقده إذا كان بإذنه، وإنما تنفي استقلاله في التصرف، ويشهد له الاستثناء المذكور، فلا دلالة للروايات على سلب عبارته.

فإن قلت:

قد دلت الأخبار على أنه إذا كان بالغاً جاز أمره، وهذا واضح، أمّا عدم جواز أمره في حال الصغر، فيمكن أَنْ يكون للغويّة معاملته، أو لوجود المانع وهو الاستقلال، أو لعدم الشرط وهو إذن الولي.

وبعبارة أخرى: عدم جواز أمره في حال صغره يمكن أَنْ يكون لفقد عقده للشرط وهو إذن الولي، أو لوجود المانع عنه وهو استقلاله، كما يمكن أَنْ يكون من جهة أَنْ قصده كلاً قصد. أمّا السّفيه، فقد علم من الخارج انتفاء الشرط في معاملته، فلا يصلح لأن يكون شاهداً على أَنْ الموجب لعدم الجواز في الصبيّ فقدان الشرط كذلك.

وعلى الجملة، فإنّ الروايات بالنسبة إلى سبب عدم جواز أمر الصبيّ مجملة، فلا ظهور لها ليستدلّ بها على سلب عبارته أو لتوقف عقده على الإذن.

قلت:

قد تقرّر في الاصول: أَنَّ المخصّص المنفصل إن كان مجملاً يؤخذ بالقدر المتيقّن منه، ويبقى العام على حجّيته في الزائد عنه ويتمسك به، إذ

لا ترفع اليد عن الحجة إلا بالحجة.

وفيما نحن فيه: مقتضى عمومات البيع من ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) و﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢) ونحوهما هو جواز بيع الصبي، لكن الروايات المذكورة تخصص تلك العمومات بالقدر المتيقن منها، وهو ما لو كان الصبي مستقلاً في تصرفه في ماله، وما زاد عنه - وهو ما لو كان مع إذن الولي، أو كان تصرفه في مال غيره بإذن مالكه - فمشكوك فيه، فيتمسك بالعام. إن قلت:

لا إشكال في أن للولي أن يتصرف في مال الصبي بالاستقلال، فالقول بجواز أمر الصبي في ماله بإذن وليه يستلزم اجتماع المثلين في جواز الأمر - غاية الأمر أن أحد المثلين بنحو الإطلاق والآخر بنحو التقييد - وهو محال. فالبرهان العقلي مانع من التمسك بالعام في الزائد عن القدر المتيقن. قلت:

إن كان ترتب الأثر على تصرف الولي في مال الصبي أمراً وضعياً، توجه الإشكال بلزوم اجتماع المثلين، ولكنه حكم شرعي، وتصرف الصغير في ماله حكم وضعي لكونه مالاً حقيقةً، فالإشكال المذكور مندفع. والتحقيق:

تارة: يوكل الولي الأمر إلى الصبي ويجعله مختاراً في أموره يفعل ما يشاء، فهذا لا يجوز، لأنه على خلاف الكتاب كقوله تعالى: ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَى...﴾

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٢.

والسنة، وهو ما ورد في الروايات من أنه لا يجوز أمر الصبي حتى يبلغ. وأخرى: يكون للولي نظرة، وكل معاملة صدرت من الصبي وكانت بنظرة من الولي، فهذا لا مانع عنه، كما هو الحال بالنسبة إلى السفه تماماً. والعلم عند الله.

النظر في الطائفة الثالثة

قال الشيخ:

وكيف كان، فالعمل على المشهور، ويمكن أن يستأنس له أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة من أن «عمد الصبي وخطأه واحد»... فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطئ وإيقاعاتهم.

وأجاب عن سؤالٍ مقدّر حاصله: اختصاص تلك الأخبار بباب الجنائيات، وأن في ذيل بعضها قوله: «تحمله العاقلة»، بأن لا إشعار في صحيحة محمد بن مسلم بل في غيرها بالاختصاص، ولذا تمسك بها الشيخ في المبسوط وابن إدريس في السرائر^(١) على أن إخلال الصبي المحرم بمحظورات الإحرام لا يوجب الكفارة عليه ولا على الولي، لأن عمده خطأ. فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطئ وإيقاعاتهم.

وخلاصة كلامه:

أولاً: الأخبار مطلقة، أما ما لا ذيل له فواضح، وأما ما اشتمل في ذيله

(١) انظر: المبسوط ٣٢٩/١ والسرائر ٦٣٦/١ - ٦٣٧.

على: «تحمله العاقلة» فهو حكم رتبته الشارع في مورد خاص، والعام الوارد في مورد خاص باق على عمومته، لأن المورد غير مخصص.

وثانياً: إن معنى قولهم: «عمد الصبي وخطأه واحد» هو عدم ترتب الأثر على عمد الصبي.
أقول:

وما قاله سهو من قلمه الشريف، ولا بد من ذكر الأخبار، فإنها على ثلاثة أقسام، منها ما فيه من أن «عمد الصبي خطأ»، ومنها ما جاء فيه: «عمد الصبي وخطأه واحد»، ومنها ما اشتمل على «تحمله العاقلة»، وإليك النصوص:
عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عمد الصبي وخطأه واحد^(١).

عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: أن علياً كان يقول: عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقلة^(٢).

عن أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: إنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفقه والصبي الذي لم يبلغ: عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم^(٣).

المستدرك عن علي عليه السلام: ليس بين الصبيان قصاص، عمدهم خطأ يكون فيه العقل^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٤٠٠ كتاب الديات، أبواب العاقلة، الباب ١١ رقم: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ٤٠٠ كتاب الديات، أبواب العاقلة، الباب ١١ رقم: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢٩ / ٩٠ كتاب القصاص، الباب ٣٦ رقم: ٢.

(٤) مستدرك الوسائل ١٨ / ٢٤٢ كتاب القصاص، الباب ٣٣ رقم: ٢.

المستدرك عن دعائم الاسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: ما قتل المجنون المغلوب على عقله والصبي، فعدهما خطأ على عاقلتهما.^(١)

مقدمات التحقيق في المقام

ولنقدّم اموراً:

١- إن الأحكام الشرعية على أنحاء:

فتارة: يترتب الحكم على الموضوع الواقعي، ولا دخل فيه لحالٍ وصفةٍ للمكلف، فهو حكم يترتب على موضوعه على جميع التقادير، مثلاً: من احتمل أجنب، من أتلف ضمن، فلا دخل للكبر والصغر، والعمد والخطأ ولا غير ذلك.

وأخرى: يترتب على صفةٍ خاصة، مثل: من أفطر في شهر رمضان عامداً كفر. ومن تظلل في حال الإحرام عمداً كفر... وهكذا... فالصفة الخاصة من المكلف دخيلة في ترتب الحكم على الموضوع.

وثالثة: يكون للمكلف صفتان لكل حكم، مثلاً: التكلم في الصلاة إن كان عن عمدٍ فحكمه البطلان، وإن كان عن سهو فالسجدة. والفرق بين القسمين الأخيرين واضح، لأن الحكم في الأول ينتفي بانتفاء موضوعه، فلو أفطر لا عن عمدٍ لم يبطل صومه ولا كفارة عليه، وأمّا في الثاني، فالصفتان موضوعان وقد جعل لكل منهما حكم.

(١) مستدرك الوسائل ١٨/ ٤١٨ كتاب الديات، الباب ٨، رقم ٤.

٢- إن الحكومة على نحوين:

فتارة: تكون بلسان النفي، مثل: لا شك لكثير الشك، لا ربا بين الوالد والولد، فهو نفي للموضوع لساناً ونفي للحكم لباً، فهو شك وربا ولكن لا أثر له شرعاً.

واخرى: تكون بلسان الإثبات، مثل: الطواف بالبيت صلاة، سين بلال شين عند الله، ومعنى ذلك: أن أثر المنزل عليه مترتب على المنزل، فيعتبر أن يكون المنزل عليه ذا أثر حتى يتم التنزيل.

٣- إن الظهور الإطلاقي متوقف على إحراز أمرين:

أحدهما: كون المتكلم في مقام البيان. والآخر: أن لا ينصب قرينة، وإلا لم ينعقد الإطلاق. ولهذا، لو احتف الكلام بما يصلح للقرينة لم ينعقد الإطلاق، بل يمكن أن يكون وجوده لإفادة كونه في مقام الإجمال لا البيان.

٤- وحدة الحكم لشيئين يتصور في موردين:

أحدهما: أن يتوجه الحكم إلى الجامع ويكون الشيئان فردين له، ويكونان سيان حكماً. فيقال: هذان حكمهما واحد، أي لا مدخلية لخصوصية الفردية في الحكم، بل هو للجامع وينطبق عليهما لكونهما فردين له. والآخر: أن يختلف حكم الشيئين ثم يرتفع الحكم الخاص بأحدهما عنه لعارض.

إذن: القول بأن هذين حكمهما واحد منحصر بالموردين المذكورين، وقولهم: «عمد الصبي وخطؤه واحد» من قبيل الثاني، فمعناه: أن الحكم المختص بصورة العمد يرتفع في صورة الخطأ.

٥ - إن القصد في المعاملة عبارة أخرى عن الإرادة، وشرطيّة الإرادة فيها عقلية، لأن المعاملة أمر إنشائي، والإنشاء أمر اختياري، ولا يعقل تحقّقه بلا قصد وإرادة.

٦ - إن الحكومة إن كانت بلسان النفي للشيء، أفادت انتفاء ما كان يترتب عليه في حال وجوده من الآثار، فمفاد: لا شك لكثير الشك، هو انتفاء أثر الشك لأن لعدم الشك أثر. وإن كانت بلسان الإثبات، اعتبر أن يكون للمنزل عليه أثر حتى يترتب على المنزل، كما في: المعتدّة الرجعية زوجة. أي يترتب بالرجوع أثر الزوجية وهو وجوب النفقة مثلاً، وكذا في: الطّواف بالبيت صلاة، فإنّه يعتبر في الطواف ما يعتبر في الصّلاة وهو الطّهارة. وذلك، لأنّ الحكومة من قبيل الاستعارة، كقولهم زيد أسد، أي في الشجاعة.

٧ - إنه إذا لزم تخصيص الأكثر في مورد امتنع انعقاد الظهور العمومي والظهور الإطلاقي، لأنّ المولى عند بيان العام أو المطلق يريد تأسيس قاعدة كلية، وذلك يكون بما إذا كان بنحو الموجبة الكلية، فلو جاء المخصّص أو المقيد كان الخارج بنحو الموجبة الجزئية، وأمّا لو قيد أو خصّص بكثرة بحيث يكون الباقي تحت العام أو المطلق جزئياً، كان منافياً لضرب القاعدة التي يقصد التمسك بها في الموارد المشكوكة. وعليه، فلو وقع في مورد من كلام المولى خروج الأكثر، كشف عن عدم إرادته تأسيس القاعدة الكلية فيه.

التحقيق

وبعد المقدمات نقول:

قد وصف الشيخ ما دلّ على أن عمد الصبي وخطؤه واحد بالإستفاضة، والحال أنه ليس إلا رواية واحدة، وهي صحيحة محمد بن مسلم، وأمّا بقية الروايات فموردها الجنایات.

فأمّا ما عدا الصّحيحة، فلا يصلح للاستدلال على بطلان عقد الصبي، إذ لا إطلاق لتلك النصوص، لاشتغالها على قوله «تحمله العاقلة»، لأنّه قرينة على أن المراد هو الجنایة، ولا أقل من صلاحيتها للقرينة، فلا مجال لدعوى انعقاد الظهور بالإطلاق. هذا أولاً.

وثانياً: لو كان مراد الشارع إسقاط عمل الصبي عن التأثير مطلقاً لقال: عمد الصبي كلا عمد، كما قال في «لا شك لكثير الشك». لكنّ الجملة إثباتية والمقصود منها الحكومة، بتنزيل عمد الصبي منزلة الخطأ. أي كما لا أثر لخطأ الصبي كذلك لا أثر لعمده، وهذا المعنى خاصّ بباب الجنایات.

وثالثاً: القول بدلالة الروايات على سلب عبارة الصبي وأن قصده كلا قصد، يستلزم تخصيص الأكثر، فلا يترتب الأثر الشرعي على قصده الإقامة عشرة أيام في مكان لو بلغ في الأثناء، أو قصد السفر وبلغ في الأثناء... وهكذا...

فدعوى العموم والإطلاق في روايات عمد الصبي وخطؤه واحد تحمله العاقلة، لتشمل العقود، مردودة بوجوه.

وأمّا الصّحيحة، فلا تخلو عن أن يكون المراد أن الأثر هو للعنوان

الجامع بين العمد والخطأ، كما في قولنا: «الإخلال بالركن في الصلاة مبطل لها سواء كان عن عمدٍ أو خطأ» حيث أنَّ الحكم - وهو البطلان - مترتب على عنوان «الإخلال بالركن» الجامع بين الخطأ والعمد، أو أن المراد أنه وإن كان للعمد والخطأ حكمان مختلفين، إلا أنهما في الصبيَّ بحكم واحد.

ولكنَّ المعنى الأول غير مرادٍ من الصحيحة يقيناً، لعدم الأثر للعنوان الجامع هنا، والمعنى الثاني أيضاً غير مرادٍ، إذ لا أثر لكلٍّ من عمد الصبي وخطئه على الإنفراد في العقود، حتى يكون عمده بمنزلة خطئه في ذلك الأثر.

وعلى هذا، تكون الصحيحة أيضاً مختصةً بباب الجنایات، لأنَّ لعمد الصبيَّ وخطئه فيها حكمان مختلفين، فكان حكم عمده فيها حكم خطئه... فهي أجنبية عن العقود والإيقاعات. [١].

[١] وأما القول باختصاص الأخبار بباب الجنایات، لأنَّ الذيل «تحمله العاقلة» قرينةً على إرادة ذلك حتى في غير المذيل، ومع قطع النظر عن هذه القرينة، فإن المتعارف في التعبير بكلمتي العمل والخطأ هو باب الجنایات وباب كفارة الإحرام، وهذا التعارف يوجب صرف الكلمتين عن الظهور في العموم.^(١)

فلا يخفى ما فيه، أما الأول، ففيه أنه خلاف المبنى في باب الإطلاق والتقييد، فقد تقرّر عدم جمیل المطلق على المقيّد إن كانا مثبتين، وأما الثاني، ففيه أنه خلاف المبنى في منشأ الإنصراف، فقد تقرّر أن الإنصراف لا يكون إلا في مورد خفاء الصدق.

فإن قلت:

إن قوله عليه السّلام في الصّحيحة كناية، فكأنّه قال: عمد الصبيّ وخطأ واحد في عدم ترتّب الأثر على العمد.
قلت:

إذا كانت كنايةً كذلك، فلا يعقل أن تكون عامّة، لأنّ عمد الصبي وخطئه في الجناية واحد في ترتّب الأثر، فكون الصحيحة عامّة للعقود والجنایات يستلزم الجمع بين المتناقضين، وإذ لا عموم لها، فإما هي دالة على الوحدة في ترتّب الأثر أو على الوحدة في عدم ترتّب الأثر، فتكون مجملة.

على أنّه يرد على القول بأنّ عمد الصبي وخطئه واحد في عدم ترتّب الأثر على العمد، بأنّ العمد لم يكن ذا أثر شرعي، لأنّ اعتبار الأثر كان من العقل.

وتلخص:

سقوط الاستدلال بالصحيحة، وكذا بغيرها من النصوص، على سلب عبارة الصبي في العقود والإيقاعات، وكون قصده كلا قصد. [١].

[١] وقد أجب عن الاستدلال بهذه النصوص بوجهين آخرين يرجعان إلى فقه

تلك النصوص بالنظر إلى العمد والخطأ:

أحدهما: إن التنزيل إنما يصحّ حيث يكون الموضوع ذا أثر على كلا التقديرين، كالقتل مثلاً، فهو ذو أثر في حال العمد والخطأ، أمّا في المعاملات، فلا يترتب الأثر إلّا

مع القصد، وإذلاً أثر في صورة الخطأ فلامعنى للتنزيل.^(١)

وقد أجيب: بأنه يعتبر في تنزيل الشيء بمنزلة الشيء وجود المصحح للتنزيل ولا يعتبر وجود الأثر، بل يصحّ التنزيل في عدم الأثر، فيكون العمد منزلاً بمنزلة الخطأ في عدم الأثر.

وأورد عليه: بأنّ التنزيل لا يصحّ إلاّ بلحاظ الأثر، كما في تنزيل الطواف بمنزلة الصّلاة، فإنه بلحاظ الطّهارة. ولو سلّمنا بما ذكر، فلا بدّ وأن يكون عدم الأثر لعنوان الخطأ، لكنّ عدم الأثر في المعاملات هو للعنوان المقصود من المعاملة وليس للخطأ. فهذا الجواب مردود.

بل الصحيح في الجواب هو: إنّ «العمد» و «الخطأ» لا يختصّان بالموارد التي تنقسم المسبّبات فيها إلى ما يكون ترتبه قهرياً وما يكون ترتبه قصدياً، فقد استعمل اللفظان في موارد ليست من هذا القبيل، كما في الخبر:

عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام قال: سألته عن الرجل يخطئ في أذانه وإقامته، فذكر قبل أن يقوم في الصّلاة، ما حاله؟ قال: إن كان أخطأ في أذانه مضى على صلاته، وإن كان في إقامته انصرف فأعادها وحدها، وإن ذكر بعد الفراغ من ركعة أو ركعتين، مضى على صلاته وأجزأه ذلك.^(٢)

(١) حاشية المكاسب للصفهاني ١٨/٢ - ١٩.

(٢) وسائل الشيعة ٤٤٢/٥ الباب ٣٣ من أبواب الأذان والإقامة، رقم: ٥.

النظر في الاستدلال برواية أبي البختری

قال الشيخ:

بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار... إستظهار المطلب من رفع

فقد أطلق عنوان الخطأ في الأذان والإقامة مع عدم ترتب المسبب على السبب قهراً أو قصداً.

الوجه الثاني: إن لسان الأخبار هو الاتحاد بين العمد والخطأ، وهذا إنما يضح حيث يكون لصورة العمد حكم ولصورة الخطأ حكم مغاير لحكم العمد كما هو الحال في القتل. أما في المعاملات، فإنه ليس للمعاملة الخطائية حكم بالنسبة إلى البالغين، كي يصح القول بأن معاملة الصبي كمعاملة البالغ في الخطائية^(١).

وأجيب: بأن ظاهر عمد الصبي خطأ هو: إن عمد الصبي كلاعمد.

وهذا واضح الاندفاع، إذ ليس الخبر ظاهراً فيما ذكر.

بل الجواب الصحيح هو أن الخطأ مما ارتفع بحديث الرفع، وقد تقرر في محله إن حديث الرفع يفيد جعل الحكم الظاهري بالنسبة إلى (ما لا يعلمون) ويرفع الحكم الواقعي بالنسبة إلى (الخطأ) و(النسيان) و(ما اكروهوا عليه) و(ما اضطروا اليه)، فمدلول حديث الرفع هو جعل عدم الحكم إماً ظاهراً وإماً واقعاً، وعليه، يكون للخطأ أثر شرعي، والشارع ينزل عمد الصبي بمنزلة خطئه في الحكم.

(١) مصباح الفقاهة ٢٥٥/٣.

القلم، وهو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البختری... فإن ذكر رفع القلم في الذيل...

أقول:

إن الشيخ - بعد أن استظهر سابقاً من حديث رفع القلم عدم المؤاخذة الأخروية - يريد استظهار سلب اعتبار قصد الصبي من رفع القلم الوارد في ذيل خبر أبي البختری المتقدم قريباً، إذ قال عليه السلام: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم»، بتقريب أن قوله: «رفع عنهما القلم» بعد «عمدهما خطأ تحمله العاقلة» ليس إلا للدلالة على رفع قلم المؤاخذة عنه، دنيوية وأخروية، نفسية ومالية، فقد رفع عنه قلم المؤاخذة بقول مطلق - لا خصوص المؤاخذة الأخروية - وذلك: لأن رفع القلم إما هو علة لتحمل العاقلة، أو هو معلول له،

أما كونه علة، فلأنه لما رفع القلم مطلقاً عن الصبي، لم يكن عليه إن قتل قصاص ولا دية، ولكن هذا ينافي ما دلّ على أن دم المسلم لا يذهب هدرأً، كخبر أبي عبيدة قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمى فقأ عين صحيح فقال عليه السلام: إن عمد الأعمى مثل الخطأ، هذا فيه الدية في ماله، فإن لم يكن له مال فالدية على الإمام... ولا يبطل حق امرئ مسلم^(١).

والخبر عن أمير المؤمنين في حديث: «فأنا وليه والمؤذي عنه ولا أبطل دم امرئ»^(٢).

(١) وسائل الشيعة ٢٩/ ٨٩، الباب ٣٥ من أبواب القصاص رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩/ ٣٩٣، الباب ٢ من أبواب العاقلة رقم: ١.

فلا محالة يكون عليه شيء «تحمله العاقلة»، فكان «رفع القلم» علّة لقوله «تحمله العاقلة»، وإلا لكان رفع القلم بقولٍ مطلق بلا ربط بالسابق. وأما بيان كون «رفع القلم» بقولٍ مطلق معلولاً لقوله «عمدهما خطأ»، فقد ورد في كلام الشيخ، قال: يعني أنه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع وفي الواقع رفع القلم عنهما.

وعلى كلّ تقدير، يكون المرفوع قلم المؤاخذه بقولٍ مطلق، أي: ارتفاع المؤاخذه عن الصبي والمجنون شرعاً من حيث العقوبة الاخروية والدينية المتعلقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية، وعدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمّد إليها، مما لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمّد لترتبت عليه غرامة أخروية أو دنيوية.

كان هذا شرح مطلب الشيخ، وبه يظهر اندفاع ما أورده البعض من أنه لا عليّة ولا معلوليّة بل النسبة هي الترادف^(١). أقول:

أولاً: إن كانت القضية قضيةً شخصية، لم يكن وجه لرفع القلم إلا بأن يكون علّة أو معلولاً لقوله «عمدهما خطأ»، فما ذكره الشيخ إنما يصحّ لو كانت القضية في الرواية شخصية، ولكنها ليست كذلك، بل هي كليّة كما هو واضح، فقد أفاد الإمام عليه السّلام حكمين كليّين بالنسبة إلى الصبيّ والمجنون لا ربط لأحدهما بالآخر، أحدهما: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة» والآخر: إنه «قد رفع عنهما القلم».

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢٢/٢.

وثانياً: إنّه لولا المقدّمة الخارجيّة التي ذكرناها - وهي أن دم المسلم لا يذهب هدراً - لم تكن لرفع القلم بقولٍ مطلقٍ عليّةٌ له «تحمله العاقلة» أصلاً ولا دية على أحد أبداً، وأمّا بالنظر إليها، فلماذا تتعيّن الدية على العاقلة، فلتكن على بيت المال كما في الأخبار المذكورة، فأين العليّة؟

وثالثاً: إن القلم المرفوع هو قلم التكليف، وقوله عليه السّلام في الرواية: «وقد رفع عنهما القلم» علةٌ لقوله عليه السّلام: «عمدهما خطأ»، فليس علةٌ ولا معلولاً لقوله: «تحمله العاقلة»، لأنّه لمّا كان لا تكليف عليه لا قصاصاً ولا دية، فقد جعل الشّارع عمدهما خطأً، وحينئذٍ تحمله العاقلة. وهذا هو التحقيق في معنى الرّواية.

الكلام في حكم إتلاف الصّبي

قال الشيخ:

ثم إن مقتضى هذه الفقرة بناءً على كونها علةٌ للحكم: عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكي عن بعض، إلّا أنّ يلتزم بخروج ذلك من عموم رفع القلم. ولا يخلو عن بعد. لكن هذا غير وارد على الاستدلال... أقول:

هذا في الحقيقة إيراد على ما أفاده من جواز أن يكون «رفع القلم» بقولٍ مطلقٍ علةٌ له «تحمله العاقلة» ومعلولاً له، بأنّه إذا كان علةٌ يلزم عدم ضمان الصّبي فيما لو أتلف مال الغير، وهذا ممّا لا يلتزم به. فاضطرّ إلى أخذه معلولاً له، فيختصّ رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل، فيخرج مثل الإتلاف.

لكنْ يرد عليه: أنه أراد أن يجعل «رفع القلم» الوارد في ذيل خبر أبي البخري قرينةً على أن المراد من أخبار رفع القلم المذكورة سابقاً، هو رفع قلم المؤاخذه بقولٍ مطلق، فيتوجّه الإشكال المزبور على تلك النصوص، لأنّ تقييد رواية أبي البخري حتى يخرج مثل الإلتاف لا يوجب تقييدها، لأنّ تقييد المطلق يبتني على التنافي بينهما بالسلب والإيجاب، وهو هنا مفقود، فيعود الإشكال بالنظر إلى تلك النصوص، لأن ضمان الإلتاف ثابت على الصبي ويجب عليه دفع المثل أو القيمة بعد البلوغ. أمّا ثبوت الضمان، فلعموم أدلته، وأمّا حديث الرّفع، فيرفع التكليف، وأمّا «عمدهما خطأ» فلسانه على التحقيق لسان الحكومة - الإثباتية من قبيل «الطواف بالبيت صلاة» خلافاً للشيخ إذ استظهر منه الحكومة السلبية من قبيل «لا شك لكثير الشك». والحكومة إنما تكون حيث للمنزل عليه أثر، ولا أثر لخطأ الصبي. والحاصل: إن عموم: من أتلف مال الغير فهو له ضامن، يشمل الصبي، فالضمان ثابت عليه.

لكنْ يجب عليه دفع المثل أو القيمة بعد البلوغ، لأن الحكم يبقى إذا كان موضوعه باقياً، والمفروض هنا بقاء الضمان.

ثبوت بعض العقوبات للصبي

قال:

ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي، كالتعزير.

أقول:

هذا إشكال آخر على القول بأن المرفوع قلم المؤاخذة بقولٍ مطلق، فإنه يعمّ التعزير، ولكنّ التعزير على الصبيّ ثابت في موارد كالسرقة^(١)، وتخصيص نصوص رفع القلم بغيره مستهجن، لأنّ ظاهرها كون الصغر علّة تامّة لعدم المؤاخذة مطلقاً.

والقول: بأنّ حديث رفع القلم امتناني، ورفع التعزير - وهو تأديب للصبي - خلاف الامتنان، فلا يرتفع التعزير بحديث رفع القلم. وبعبارة أخرى: خروج التعزير تخصّصي.

مندفع، بأنّ هذا الاستظهار في مثل حديث الرفع له وجه، لأنه يشتمل على كلمة «عن أمتي» فسياقه سياق الامتنان، فأما حمل «الرفع» أينما كان على ذلك فغير صحيح.

وقد دفع الشيخ الإشكال بما حاصله: إنّ مفاد حديث رفع القلم هو رفع الموضوع على البالغين، وهو القتل والرّجم ونحوهما، والتعزير يختص بالصغير، فلا يشمل الحديث.

وفيه: إنه يبتني على أن يكون رفع القلم معلولاً لعمد الصبي خطأ، أمّا لو كان علّة فإن العلّة تعمّم، وحينئذٍ تقع المعارضة بينه وبين أدلّة التعزير. والصحيح أن يقال: إنّ معنى الحديث: إنّ كلّ حكم ثابت على طبيعي الإنسان على نحو العموم فهو مرفوع عن الصبي، فلا يرفع ما كان موضوعاً لخصوص الصبي، والتعزير من هذا القبيل، فهو خارج بالتخصّص.

(١) وسائل الشيعة ٢٨ / ٢٩٣، الباب ٢٨ من أبواب حدّ السرقة.

خلاصة البحث

قال الشيخ:

والحاصل: إن مقتضى ما تقدّم من الإجماع... والأخبار... عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود... أقول:

محصل كلام المشهور في المقام هو: إن مقتضى وحدة السياق أنه كما لا يترتب الأثر على أقوال وأفعال المجنون والنائم، كذلك لا يترتب على أقوال وأفعال الصبي، بل كلّها لغو.

ولكن المهم هو النظر في حدّ دلالة الأدلة:

أما الآية المباركة، فالقدر المسلم من دلالتها أنه لا يسلم إلى الصبي شيء من أمواله، وليس للوليّ إيكال أمر التصرف فيها إليه، أو يستقلّ في التصرف تحت نظارة الولي. وأمّا أن يتصرف في أمواله بإذن من الولي، أو في أموال الغير بإذن من المالك وإن لم يأذن الولي، فلا دلالة في الآية للمنع عن ذلك. وأمّا الروايات، فلا يدلّ شيء منها على سلب الاعتبار عن قصد الصبي كما عرفت.

وحينئذٍ، فالمرجع العمومات من «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» ونحوه.

كلام العلامة في قبض الصبي وتصرفات أخرى

وقال العلامة:

وكما لا يصحّ تصرفاته اللفظيّة، كذا لا يصحّ قبضه، ولا يفيد حصول

الملك في الهبة وإن اتهب له الولي، وللغيره وإن أذن الموهوب له بالقبض، ولو قال مستحقّ الدين للمديون: سلّم حقّي إلى هذا الصبيّ، فسلم مقدار حقّه إليه، لم يبرأ عن الدين وبقي المقبوض على ملكه، ولا ضمان على الصبيّ؛ لأنّ المالك ضيّعه حيث دفعه إليه، وبقي الدين لأنّه في الذمّة ولا يتعيّن إلّا بقبض صحيح، كما لو قال: إرم حقّي في البحر، فرمى مقدار حقّه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلّم مالي إلى الصبيّ أو ألقيه في البحر؛ لأنّه امثل أمره في حقّه المعيّن، ولو كانت الوديعة للصبيّ فسلمّها إليه ضمن وإن كان بإذن الولي؛ إذ ليس له تضييعها بإذن الولي.

وقال أيضاً: لو عرض الصبيّ ديناراً على الناقد لينقذه أو متاعاً إلى مقوم ليقومه فأخذه، لم يجز له ردّه إلى الصبيّ، بل على وليّه إن كان. فلو أمره الوليّ بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للوليّ، وإن كان للصبيّ فلا، كما لو أمره بالبقاء مال الصبيّ في البحر، فإنّه يلزمه ضمانه. وإذا تباع الصبيّان وتقابضا وأتلف كلّ واحدٍ منهما ما قبضه، فإن جرى بإذن الوليّين فالضمان عليهما، وإلّا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيّين. ويأتي في باب الحجر تمام الكلام.

ولو فتح الصبيّ الباب وأذن في الدخول على أهل الدار، أو أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن المهديّ، فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه انتهى كلامه رفع مقامه.^(١)

النظر فيه

أقول:

تارة: يكون القبض والإقباض في مال الصبي نفسه، واخرى: في مال الغير. وعلى كل تقدير، تارة: يكون بإذن الولي، واخرى: بدون إذنه. وأيضاً:

تارة: يكون القبض والإقباض تمام السبب، نظير الحيازة، واخرى: جزء السبب، نظير قبض أو إقباض الثمن في بيع الصرف والسلم، وثالثة: هما شرط في تأثير المقتضي، نظير الهبة. وأيضاً:

القبض والإقباض تارة: يتعين به الكلّي في الخارج، واخرى: هو تسليم الشيء الخارجي، كوجوب تسليم كل من المتعاملين العوض للآخر. وهذا بيان الحكم في الفروع المذكورة:

إن قوله تعالى ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ يدل على أن الصبي ممنوع من القبض والإقباض وسائر أنحاء التصرف في أمواله بالاستقلال وإن لم تكن في حوزة الولي، فلا خصوصية لقوله ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾.

وأما إذا كان بإذن من الولي، فلا دلالة للآية على المنع عنه، فمقتضى العمومات هو الجواز والنفوذ إن كان بإذن منه، ولكن ذلك لا ينافي بقائه تحت نظارة الولي.

وأما إن كان القبض والإقباض في مال الغير بإذن منه، وهذا الإذن عبارة عن توكيله، فلا دليل على البطلان، وإن لم يكن بإذن الولي.

وإن كان القبض والإقباض تحصيلاً للمال، كقبض الزكاة والهبة وحيازة الأرض ونحو ذلك، فلا دليل على المنع، بل تعمه أدلة الجواز كتاباً وسنةً. وإن كان المال كلياً يتعين بالقبض والإقباض، كما لو كان له دين في ذمة الغير، فإن كان بالاستقلال لم يصح، للآية الكريمة، وإن كان بإذن من الولي صح، للعمومات.

وكذا إن كان تسليمًا للمال خارجاً.

هذا كله بالنظر إلى الآية.

وأما الروايات المستدل بها على المنع، فقد عرفت عدم دلالة شيء منها على ذلك.

المختار في المسألة

وتلخص:

إن المنع الذي تدل عليه الآية ليس إلا صورة واحدة، وهي تصرف الصبي في ماله بدون إذن من وليه، وأما فيما عدا هذه الصورة، فلا دلالة للآية، بل المرجع عمومات النفوذ.

النصوص الخاصة الدالة على المختار

بل عندنا نصوص خاصة - بالإضافة إلى العمومات - نشير إلى بعضها:
عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تزوج رسول الله صلى الله عليه وآله

أم سلمة، زوجها إياه عمر ابن أبي سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم^(١).
 عن يونس بن عبد الرحمن عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن
 رجل عليه كفارة إطعام عشرة مساكين، أيعطي الصغار والكبار سواءً والنساء
 والرجال، أو يفضل الكبار على الصغار والرجال على النساء؟
 فقال عليه السلام: كلهم سواء^(٢).

ولا يخفى الفرق بين الإطعام والإعطاء، ففي الإطعام يساوي الصغيران
 كبيراً واحداً. أما في الإعطاء فكلهم سواء، وفي كلا الموردين قبض من
 الصبي.

وعن أبي بصير قال قلت لأبي عبد الله: الرجل يموت ويترك العيال،
 أعطون من الزكاة؟ قال: نعم، حتى يبلغوا^(٣).

وعن أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام: ذرية الرجل المسلم إذا
 مات، يعطون من الزكاة والفطرة كما كان يعطى أبوه حتى يبلغوا^(٤).

وعن يونس بن يعقوب قال:

قلت: لأبي عبد الله عليه السلام: عيال المسلمين، أعطيتهم من الزكاة...
 قال: لا بأس^(٥).

وعن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

(١) وسائل الشريعة ٢٠/٢٩٥، الباب ١٦ من أبواب عقد النكاح، رقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢/٣٨٧، الباب ١٧ من أبواب الكفارات رقم: ٣.

(٣) وسائل الشريعة ٩/٢٢٦، كتاب الزكاة، أبواب المستحقين، الباب ٦ رقم: ١.

(٤) وسائل الشريعة ٩/٢٢٧، كتاب الزكاة، أبواب المستحقين، الباب ٦ رقم: ٢.

(٥) وسائل الشريعة ٩/١٦٨، كتاب الزكاة، أبواب زكاة الذهب والفضة، الباب ١٤ رقم: ٤.

قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل مسلم مملوك ومولاه رجل مسلم وله مال يزكيه، وللمملوك ولد صغير حرّ، أيجزي مولاه أن يعطي ابن عبده من الزكاة؟ فقال: لا بأس به^(١).

وهذه النصوص ظاهرة في دفع الزكاة والكفارة والطعام... إلى نفس الصغير.

وقال صاحب الجواهر:

لا يخفى أن المراد من إعطاء الأطفال في النَصّ والفتوى الإيصال إليهم على الوجه الشرعي المعلوم بالنسبة إليهم، فإذا أراد الدفع إليهم من سهم الفقراء مثلاً، سلّم بيد وليهم، لأن الشارع سلب أفعالهم وأقوالهم^(٢). وهذا خلاف ظواهر النصوص.

ولو قيل:

إنه يعتبر في انعقاد الظهور الإطلاقي للكلام كون المتكلم في مقام البيان من جميع الجهات، أمالو كان في مقام البيان من جهة معينة انعقد ظهوره في تلك الجهة ولم يكن له إطلاق من جهة غيرها، مثال قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾^(٣)، فإنه ناظر إلى جهة الحرمة الثابتة من حيث الإحرام، فإذا أحلّ المحرم جاز له الصيد لكن من ذلك الحيث لا من جميع الحيثيات، ولم لا يكون الجواز المستفاد من هذه الروايات من حيث الإعطاء وعدمه إلى

(١) وسائل الشريعة ٢٩٤/٩، كتاب الزكاة، أبواب المستحقين، الباب ٤٥، رقم: ١.

(٢) جواهر الكلام ٣٨٤/١٥.

(٣) سورة المائدة: ٢.

الصغير، أما اعتبار كونه بإذن من الولي أو عدم اعتباره فليست في مقام البيان بالنسبة إليه؟

وعلى الجملة: قد دلت النصوص على جواز الإعطاء إلى الصبي، وأما دلالتها على جوازه حتى مع عدم إذن الولي، فتتوقف على إحراز كونها في مقام البيان من هذه الجهة.
أقول:

أولاً: إن النصوص المزبورة ظاهرة في الإعطاء إلى الصبي مباشرة من دون التقييد بإذن من أحد.
وثانياً: إنه لا دليل على شرطية إذن الولي في التملك.

عدم الفرق بين الأشياء اليسيرة والخطيرة

قال الشيخ:

ثم إنه ظهر مما ذكرنا: أنه لا فرق في معاملة الصبي بين أن تكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة، لما عرفت من عموم النص والفتوى، حتى أن العلامة في التذكرة...

أقول:

قد عرفت مختارنا في المقام في قبال ما ذهب إليه المشهور، قال الشيخ: بأن مقتضى عمومات أحاديث رفع القلم وغيرها هو عدم الفرق بين أن تكون معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة، حتى أن العلامة في التذكرة في

كتاب الحجر^(١) حكى عن أبي حنيفة أنه لا فرق بين الشيء اليسير والكثير في المنع من تصرف غير المميز. وعن أحمد: يصح تصرف غير المميز في الشيء اليسير، لأن أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبي وأرسله. قال العلامة: وفعله ليس حجة، وجاز أن يكون قد عرف أنه ليس ملكاً للصبي فاستنقذه منه.

ومراده: كون العصفور ملكاً لغير الصبي، وقد أذن مالكه لأبي الدرداء في إرساله.

نقد تفصيل المحدث الكاشاني

قال الشيخ:

وبه يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني من أن الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة، دفعاً للخرج. وهذه عبارته في كتاب المفاتيح: الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به منه في الشيء الدون دفعاً للخرج في بعض الأحيان^(٢) أقول:

والبحث في جهات:

الاولى: في شراء شيء يسير من الصبي هو ملك له، أو بيع شيء يسير منه يشتريه بماله، من دون إذن من الولي.

(١) تذكرة الفقهاء ٢ / ٨٠.

(٢) مفاتيح الشرائع ٤٦٣.

والثانية: أن يكون ذلك بإذن من الولي.

والثالثة: أن يكون أجيراً بإذن من الولي في البيع والشراء للغير في الأشياء اليسيرة، أو يكون وكيلاً عن الغير بإذن من الولي في بيع أو شراء شيء يسير من أموال الموكل.

أما في الجهة الأولى، فلا شبهة في أن قوله تعالى ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَى...﴾ يدل على محجورية الصبي في تصرفاته وإن كان في ملكه، حتى في الأشياء اليسيرة.

وأما في الجهة الثانية والثالثة، فقد تقدّم عدم الدليل على المنع، ومقتضى العمومات والإطلاقات هو الجواز. وتوضيح ذلك: أنه قد ظهر سابقاً أن لا دليل تام في المسألة إلا الآية المباركة، وهي لا تدل على أكثر من عدم جواز تصرفات الصبي في أمواله بالاستقلال، فلو تصرف في أمواله لا بالاستقلال بل بإذن من وليه، أو تصرف لا في أمواله بل في مال غيره بإذن منه أو وكالة عنه، فلا دليل على المنع عن ذلك.

نعم، يعتبر في كل ذلك أن تكون معاملته عقلانية، لأن العمومات من ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ونحوه إمضائية، وهي لا تعمّ المعاملة غير العقلانية.

وأما بناءً على المشهور، فربما يقال بأن مقتضى النظام الاجتماعي أن يقوم كل فرد بما ينبغي أن يقوم به، ولا يهمل أحداً ولا يكون عاطلاً عن العمل، وعليه، فإن البالغين يقومون بالأمور المتعلقة بهم، فلو اختص بهم القيام بالأعمال اليسيرة الممكن صدورها من غيرهم، لزم وقوعهم في الحرج وتعطيل الصبيان عن العمل، ولعلّ هذا وجه نظر المحدث الكاشاني.

أو أن مراده: إنه لما كانت العادة جاريةً على بيع وشراء الأشياء اليسيرة من الصبيان، فإنَّ الفتوى ببطلان معاملاتهم فيها موجبة للخرج على الناس لاحتياجهم إلى تلك الأشياء.

وأما استدلال أحمد بن حنبل للجواز بفعل أبي الدرداء - لكونه من الصحابة، وهم يقولون بحجية قول الصحابي وفعله والعياذ بالله - وجواب العلامة عن ذلك، فقد تقدّم ذكره.

وقال صاحب المقابس بعد نقل كلام العلامة: والأولى أن يجاب بما ذكره أولاً وبعدم ثبوت النقل واحتمال الإستيذان من الولي وتسليم الثمن إليه، أو إرادة الصبي في العرف وإن كان بالغاً في الشرع، ولا عموم في حكاية القضية.^(١)

وعلى الجملة، فإن الاستدلال بفعل أبي الدرداء باطل، كبرى وصغرى. وأما أصحابنا، فقد ذكروا للجواز أربعة وجوه: الأول: ما تقدّم عن المفاتيح، مع تقريب له منّا.

والثاني: ما في المقابس عن كاشف الغطاء مستدلاً بتداوله في الأمصار والأعصار السابقة واللاحقة من غير تكبير بحيث يعدّ مثله إجماعاً من المسلمين كافة. قال: لكن ينبغي تخصيصه بما هو المعتاد في أمثال هذه الأزمنة.^(٢)

والثالث: ما في المقابس^(٣) أيضاً من أنه يمكن أن يستأنس لذلك - مضافاً إلى السيرة المستمرة وقضاء الحاجة والضّرورة في كلّ من المعاملة ودفع

العوض وأخذه منه بما رواه الشيخ في الموثق عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبدالله عليه السّلام عن شهادة الصبي والمملوك؟ فقال: على قدرها يوم أشهد، تجوز في الأمر الدون ولا تجوز في الأمر الكبير.^(١)

وعنه: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الذي يشهد على الشئ وهو صغير قد رآه ثم صغره ثم قام به بعد ما كبر.

فقال: تجعل شهادته نحواً من شهادة هؤلاء^(٢).

قال: وقريب منه موثقة ابن أبي يعفور...^(٣)

قال: فإذا شرّع الفرق في الشهادة، فلا يبعد في المعاملة التي...

والرابع: رواية السكوني، التي ذكرها الشيخ أيضاً:

عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله...

عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعةً بيده، فإنه إن لم يجد يسرق^(٤)

وفي هذه الرواية قد نهى النبي صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام

الصغير، فما وجه الاستدلال بها للجواز؟

قال شيخنا الاستاذ رضوان الله عليه: إن النهي هنا تنزيهي،^(٥) فالرواية

دالة على الكراهة. وقد سبقه المحدث الكاشاني إلى ذلك.

(١) وسائل الشيعة ٢٧/ ٣٤٤ كتاب الشهادات، الباب ٢٢ رقم: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧/ ٣٤٣ كتاب الشهادات، الباب ٢١ رقم: ٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧/ ٣٤٧ كتاب الشهادات، الباب ٢٣ رقم: ٨.

(٤) وسائل الشيعة ١٧/ ١٦٣ كتاب التجارة، الباب ٣٣ رقم: ١.

(٥) حاشية كتاب المكاسب ٢/ ٢٥.

وقال الاستاذ: لو كانت المعاملة باطلة لم يقل «لأنه إن لم يجد سرق». وتوضيحه: إنه مع عدم المقتضي للصحة لا وجه للتمسك بالمانع، فالتمسك بالمانع يكشف عن وجود المقتضي، فيحمل النهي على الكراهة، لا سيما وأنه في سياق النهي عن كسب الإماء الجائز بالضرورة على كراهة. أقول:

أما الوجه الأول ففيه: إن الحرج إنما يرفع التكليف عن مورده، فهو مرتفع في كل مورد يكون متعلقه حرجياً للفرد المكلف، لأن التكليف إنما يتوجه إلى الفرد والنوع لا تكليف له حتى يرتفع بالحرج النوعي. وأما الوجه الثاني، فقد أجاب عنه صاحب المقابس بقوله:

وأما السيرة والضرورة، فالتمسك بهما في مقابل الآية والرواية وفتوى الإمامية وغيرهم من العامة، خروج عن جادة الصواب وعدول عن طريقة الاحتياط. ويمكن التخلص عن المشقة والحرج بما يأتي عن قريب.

ثم قال: قلت: المتداول فيما بينهم ذلك في المعاطاة خاصة دون الصيغة، وفي الأشياء اليسيرة دون الخطيرة، في صورة تعيين الكيفية وقد يتفق في غير ذلك، إلا أن الغالب الذي يمكن فيه استنباط الإجماع ما ذكر فيقتصر عليه، ولما كان بناء المعاطاة على المراضاة كيف اتفقت... وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعيين القيمة... فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء...^(١)

وما أفاده متين جداً.

وأما الوجه الثالث، ففيه: إنَّ الانتقال -بتنقيح المناط- من شهادة الصبي في الأشياء اليسيرة إلى تصرفه بالاستقلال في ماله اليسير، ممنوع جداً، لدلالة الآية على عدم جواز تصرفه في أمواله بالاستقلال مطلقاً، كما تقدم. نعم، يتم ذلك في تصرفاته فيها مع إذن الولي وفي تصرفاته في أموال الغير مع إجازته أو وكالته، ولعلَّ السيرة قائمة عليه أيضاً.

وأما الوجه الرابع، ففي النهي عن كسب الغلام ثلاثة احتمالات: أحدها: أن يكون النهي متوجّهاً إلى الغلام نفسه، بأن يكون منهيّاً عن الاكتساب.

والثاني: أن يكون متوجّهاً إلى الولي، بأن يكون النبيّ صلى الله عليه وآله قد نهى الولي عن أن يورد الغلام غير البالغ في أعمال الكسب، لأنه يمكن أن يسرق أموال الناس إن لم يجد.

والثالث: أن يكون متوجّهاً إلى المكلّفين، أي: نهاهم النبيّ عن أن يأخذوا من الغلام ما اكتسبه وحصل بيده، لجواز كونه سرقة. وقد اختار الشيخ هذا الوجه.

وفي قوله: «لأنه إن لم يجد سرق»، احتمالان: أحدهما: أن لا يجد ما يكتسب به، بأن لم يستأجره أو لم يستخدمه أحدًا للعمل، فإنّه يبادر إلى السرقة.

والآخر: أن لا يتتفع ولا يربح في الكسب الذي هو مشغول به، فيبادر إلى السرقة.

والأوّل هو الظاهر.

وقوله عليه السَّلام: «الذي لا يحسن صناعةً بيده» بمثابة الشرط، من قبيل: «المكلَّف المسافر يقصّر» ويفيد الحصر، بأن يكون الحكم منحصراً بالغلام الذي هذا حاله، كما أن قصر الصَّلَاة حكم المكلَّف الذي في حال السفر.

هذا ما يتعلّق بفقه الحديث.

وأما كَيْفِيَّة الاستدلال، فإن كان «الكسب» بالمعنى المصدري - كما في الاحتمالين الأولين - فالنهي ليس تحريماً ليدلّ على الفساد، وإنما هو تنزيهي، والكراهة دائماً تناسب الجواز الوضعي، وذلك: أولاً: لأنّ هذا النهي في سياق النهي عن كسب الإماء، وهو مكروه وليس بحرام.

وثانياً: إنّ نواهي رسول الله صَلَّى الله عليه وآله كثيرة، والغالب عليها الكراهة، واستعماله فيها شائع جداً.

وثالثاً - وهو العمدة - إنه لو كانت معاملة الصبيّ فاسدة ولا مقتضي فيها للصحة، لم يكن للتمسك بالمانع وجه، وقوله عليه السَّلام: «إنه إن لم يجد سرق» بيان للمانع، فذكر المانع يدلّ على وجود المقتضي للصحة. وأيضاً، فإنّ ظاهر هذا التعليل هو الكسب البدني، كأن يكون أجيراً، وأمّا في غيره كأنّ يسلم إليه المال لأنّ يبيعه، فلا دلالة على الفساد.

ورابعاً: مقتضى قوله عليه السَّلام: «الذي لا يحسن صناعةً بيده» التفصيل بينه وبين الذي يحسن، ولو كانت معاملة الصبي في حدّ ذاتها فاسدة لم يفرّق بين من يحسن ومن لا يحسن. نعم، الذي ينهى عنه هو معاملة الذي «لا يحسن» نهياً تنزيهياً.

وإن كان «الكسب» بمعنى المكتسب، كما احتمل الشيخ قائلاً: «محمول على عوض كسبه، من التقاط أو أجرة عن إجارة أو قعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي أو عن عملٍ أمر به من دون إجازة فأعطاه المستأجر أو الأمر أجرة المثل، فإن هذه كلها ممّا يملكه الصبيّ...» فمع التسليم بذلك وغضّ النظر عمّا تقدّم منه من عدم الاعتبار بقبض الصبيّ وإقباضه. يكون معنى الحديث: الاجتناب عمّا اكتسبه الصبيّ، لإمكان كونه سرقة، فاحتمال كونه سرقةً هو المنشأ للنهي.

ولكنّ القول ببطلان معاملة الصبيّ مطلقاً، أي: يحرم تملك ما بيده، سواء احتمل السرقة أو لا، ولزوم لغوية هذا التعليل قرينة على عدم كون النهي تحريمياً، فما لم يحتمل فيه السرقة صحيح، وما احتمل فيه فالاجتناب راجح.

والحاصل: دلالة الحديث على الكراهة مطلقاً، سواء كان كسبه من المحقّرات أو من غيرها، ومن قال باختصاص النهي بالمحقّرات احتاج إلى مقيّد من إجماع أو غيره.

نقد تفصيل صاحب الرياض

قال الشيخ:

نعم، ربما صحّ سيد مشايخنا في الرياض هذه المعاملات إذا كان الصبيّ بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف، من جهة استقرار السيرة واستمرارها على ذلك.

أقول:

ذهب إلى هذا التفصيل كاشف الغطاء^(١) وصاحب الرياض^(٢) وغيرهما، فهم يقولون ببطلان معاملته إن لم يكن بمنزلة الآلة، سواء كان بإذن من الولي أو لم يكن، في مال نفسه أو مال الغير بإذنه. أما إن كان بمنزلة الآلة فصحيحة، لأن الفعل حينئذٍ لذي الآلة لا للصبي. والظاهر أن الأصل في ذلك هو المحدث الكاشاني، فإنه بعد أن اختار الصحة في المحققات، قال: وكذا فيما كان الصبي فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهلية^(٣).

وفي المقابس عن كاشف الغطاء الاستدلال بتداوله في الأعصار والأمصار السابقة واللاحقة من غير نكير، بحيث يعدّ مثله إجماعاً من المسلمين كافة. قال: لكن ينبغي تخصيصه بما هو المعتاد في هذه الأزمنة، فإنه الذي يمكن دعوى الإجماع عليه من هذه الأمة^(٤).

لكن في المقابس: ظاهر المشهور البطلان. وكأنه لأن قصد الصبي كلاً قصد وعمله كالعدم، فجميع أقواله وأفعاله ملغاة ولا يترتب عليها أثر ولا تثبت له حتى حيثية الآلية.

التحقيق في المقام

وتفصيل الكلام وتحقيق المقام هو:

إن المعاملة على ثلاثة أنحاء:

(١) كشف الغطاء: ٤٩ - ٥٠.

(٢) رياض المسائل ١/ ٥١١.

(٣) مفاتيح الشرائع ٤٦/٣.

(٤) مقابس الأنوار: ١١٣.

تارة: هي إباحة بعوض معيّن، واخرى: هي معاملة معاطائيّة، وثالثة: هي معاملة تمليكيّة إنشائيّة باللفظ.

فإن كانت بالنحو الأوّل - كما هو المتداول في الدخول إلى الحمام، حيث يبيع صاحب الحمام التصرف في الماء بعوض معيّن يوضع في المكان المخصّص له وإن لم يكن حاضراً - فالتحقيق أنها معاملة صحيحة، سواء كانت من الكبير أو الصبيّ إذا كان بمنزلة الآلة، لكونه آلة لإظهار الرضا ممّن له الأمر. ويدلّ عليه - بالإضافة إلى مفهوم التوقيع الشريف عن صاحب الأمر: لا يحلّ لأحد... الدالّ على الحليّة التكليفيّة - عموم قوله تعالى ﴿وَأُفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أي العقود، وهذا عهد من صاحب المال، بأنّ يجوز التصرف في ماله بعوض خاص.

وإن كانت بالنحو الثاني، فقد قلنا بأنّ المناط في المعاطاة هو إيصال المال إلى الغير بقصد التمليك، والإيصال يتحقّق بإعطاء المالك بنفسه أو بواسطة شخص آخر. وكون الصبيّ آلة في مجرد الإيصال وفعلية المعاملة بعد الإنشاء من البائع، لا مانع عنه.

وأما قول الشيخ:

ودعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبيّ. مدفوعة: بأنّه إنشاء لباحة لشخص غير معلوم، ومثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها.

فعجيب جداً، لعدم ارتباطه بالبحث، لأنّ الشخص غير المعيّن يكون

نكرة، والنكرة بما هي كذلك لا يحكم عليها بشيء، ولا يترتب عليها أمر وضعي، لأن النكرة لا تعين لها لا ماهية ولا هوية، وقد بينا هذا في بحوثنا كراراً. ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، وإنما يعطى المال للصبي لأن يكون واسطة في الإيصال لكلّي الآخذ، وكون الآخذ غير معلوم غير مضر بصحة البيع، نظير ما تقرر في الواجب الكفائي.

فكون الصبي آلة في المعاملة المعاطاة لا مانع عنه.

وإن كانت بالنحو الثالث، فعلى القول بأن عمد الصبي كلاء عمد، - لأحاديث «عمد الصبي خطأ» لأنها كناية عن لازم الخطأ وهو نفي العمد - لا يترتب الأثر على إنشاء الصبي، لأن الإنشاء يتوقف على القصد، والمفروض سلب الاعتبار عن قصده، ولكن التحقيق عدم تمامية الاستدلال بالأحاديث على ذلك:

أما أولاً: فلأن الكناية خلاف الأصل.

وأما ثانياً: فلأن جعل هذه الأحاديث من باب الكناية بالنحو المذكور بعيد عن الصواب جداً.

ولذا قلنا بأن هذه الأحاديث معناها أن أثر الخطأ يترتب على العمد، وهو مختص بمورد وجود الأثر على الخطأ بما هو خطأ، فتكون أجنبية عن مباحث المعاملات.

وإن قلنا بأن مدلول أحاديث رفع القلم هو: أن كل أمر وضعي يراد ترتبه على عمل الصبي، سواء كان من قبل نفسه أو كان آلة، فهو مرفوع، أمكن القول بالبطلان. ولكن قد تقدم أن تلك الأحاديث غير ظاهرة في هذا المعنى.

إذن، الصبي الذي يقدر على إنشاء الصيغة، يصح أن يكون آلة في إنشائها في مال نفسه بإذن وليه أو في مال غيره بإذن المالك أو توكيله، للعمومات. فإن قلت:

مقتضى إطلاق الرواية عن حمران عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: «لا يجوز أمر الغلام في الشراء والبيع»^(١) ومفهوم ما دلت عليه النصوص من أنه «إذا بلغ الحلم جاز أمره»^(٢) عدم جواز كون الصبي آلة، بل عدم جواز معاملاته في أمواله بإذن الولي وفي أموال غيره بإذن المالك.

ويؤيد الإطلاق خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر^(٣) وعبيد بن زرارعة عن أبي عبد الله في رجل وهب ماله إلى أولاده، قال: «... لأن الوالد هو ولي أمر الصغار...»^(٤) فإنه يفيد أن قبض الصبي لا قبض كما ذكر العلامة^(٥).

وعن علي بن رثاب عن موسى بن جعفر عليه السلام: عن رجل مات وله ممالك وجواري، «فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم»^(٦) فإن ظاهر إطلاقه عدم كفاية الإذن من القيم.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١١١.

(٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٦٠، كتاب التجارة، الباب ١٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٩ / ١٧٨، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٤ رقم: ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٩ / ١٨٠، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٤، رقم: ٥.

(٥) تذكرة الفقهاء ٨٠ / ٢.

(٦) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٦١، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع، الباب ١٥ رقم: ١.

وعن علي بن يقطين عن موسى بن جعفر عليه السلام في رجل أوصى إلى امرأة وولد صغير قال عليه السلام: الوصاية للمرأة: ^(١) ومن المعلوم أن الوصاية بمثابة الوكالة بعد الموت، فهذا الخبر يدل على عدم جواز تصرف الصبي في مال غيره بالوكالة عنه.

قلت:

إن كلمة «الأمر» مضافة إلى «الغلام»، بمعنى كون زمام أمر الصبي بيده، فالرواية ظاهرة في عدم استقلال الصبي في تصرفاته وأنها بدون الإذن غير نافذة، فلا إطلاق للرواية حتى تدل على المنع من التصرف في ماله بإذن وليه أو في مال غيره بإذن أو وكالة منه، لأنه إذا وقع كذلك كان صادراً في الحقيقة من الولي والمالك، ولذا قال فخر المحققين: إن العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر منه، فيكون صحيحاً ^(٢) فإذا كان الصبي آله كان أولى بالصحة.

وأما رواية الهبة، فإن قبض الولي قبض المولى عليه، فعدم ذكر قبض الصبي لا يدل على عدم صحته بإذن من الولي.

وأما رواية علي بن يقطين في الوصاية، فمعارضة بخبر تزويج ابن أم سلمة أمه من رسول الله صلى الله عليه وآله، لأنه إذا جازت وكالة الصغير في النكاح جازت في البيع والشراء بالأولوية، إلا أن يחדش فيه بضعف سنده، وأنه يمكن أن يكون من خصائصه صلى الله عليه وآله، فيجواب عن رواية ابن يقطين بجواز الفرق بين الوكالة في الحياة والوكالة بعد الممات.

(١) وسائل الشيعة ١٩/ ٣٧٥، كتاب الوصايا، الباب ٥٠ رقم: ٢.

(٢) إيضاح الفوائد ٥٥/ ٢.

وحينئذٍ، فَإِنَّ العمومات من ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وغيرها محكمة، إلا صورة الاستقلال، وصورة التفويض الكلّي من الولي، فإن هاتين خارجتان بمقتضى قوله تعالى ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَىٰ...﴾. والله العالم.

مسألة

اشتراط قصد المتعاملين

قال الشيخ:

ومن جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفّظان به... فلا يقع من دون قصدٍ إلى اللفظ كما في الغلط أو إلى المعنى... كما في الهازل، أو قصد معنى يغاير مدلول العقد...

أقول:

إنّ المعاملة بالصيغة استعمال اللفظ في المعنى إنشاءً، ولا ريب في اعتبار صدور اللفظ عن إرادة وقصد، ولكنّ هذا لا ربط له بالمتعاقدين، بل الوجود الخارجي للعقد لا يتحقّق إلّا بها.

وكذلك قصد المعنى باللفظ، بأن يجعل اللفظ وجوداً تنزلياً للمعنى، وهو قولهم: أن للشيء وجودات ومنها الوجود اللفظي، ولكنّ هذا القصد أيضاً لا ربط له بالمتعاقدين، بل هو مقوم استعمال اللفظ في المعنى.

ومجرّد استعمال اللفظ في المعنى أعمّ من الإنشاء والإخبار - والفرق بينهما هو حيثيّة الحكاية الموجودة في الإخبار دون الإنشاء، وإلّا،

فإن استعمال اللفظ في المعنى إنشاء دائماً - غير كافٍ، بل لابد من القصد. ولكن هذا أيضاً لا ربط له بالمتعاقدين.

والذي يتعلق بالمتعاقدين أن يقصدا مدلول العقد، خلافاً للمحقق الخراساني، فإنه جعل هذا أيضاً من مقومات العقد إذ قال: لا يخفى أن كل واحد من القصد إلى اللفظ وإلى المعنى الاستعمالي وإلى هذا المعنى - أي قصد المدلول - من مقومات العقد، لا يكاد يتحقق بدون واحد منها...^(١)

فإن إرادة مدلول العقد من التمليك وغيره من شئون المتعاقدين، ولا علاقة لذلك بلفظ العقد.

وعلى الجملة، فإن العقد بالحمل الشائع لا يصدق إلا مع القصد، وجعل ذلك من شرائط المتعاقدين بلحاظ أن المتعاقد عنوان وصفي، وكل عنوان وصفي فهو متوقف على وجود المبدء له، فماله دخل في المبدء يكون دخیلاً في العنوان الوصفي، ولذا كان القصد من شرائط المتعاقدين بما هما متعاقدان، ولا يصدق عليهما ذلك إلا إذا صدر منهما المبدء أي العقد.

إن قوام العقد بالقصد، وليس المراد قصدهما اللفظ في مقابل ما يصدر من النائم والساهي والغافل، ولا اللفظ الصادر من دون قصد استعمال اللفظ في المعنى، كما يصدر من الهازل، ولا اللفظ المستعمل في المعنى بقصد السؤال والإستفهام، ولا الاستعمال الإخباري، بل المراد أن يقصد اللفظ ويستعمله في معناه بنحو الإنشاء الجدّي قاصداً تحقق المعنى في نفس

الأمر، من الملكية والزوجية ونحوهما... فالمعتبر قصد المدلول، فلو كان جاهلاً للمعنى بالكلية لم يعقل منه تمشي القصد.

وعلى الجملة، فإنه يشترط أن يقصد تحقق مدلول العقد في الخارج، لأن العقود تتبع القصد - كما تسالم عليه الكل -.

ولا يبعد الاستدلال لاشتراط القصد في البيع بهذا المعنى بقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١)، لأنه ما لم يقصد المدلول جداً لم يصدق عليه عنوان التجارة، فإن من لم يقصد المعنى لم يتجر.

هذا مضافاً إلى أن اشتراط قصد المتعاملين من الاعتبارات العقلانية.

وهل الجاهل بصحة البيع الذي يريد إيجاده يتمشى منه القصد؟ إن قلنا - كما عليه المشهور - بأن الملكية أمر واقعي يتحقق بآلية الصيغة، فمن كان جاهلاً بكون العقد الذي يجريه سبباً لتحقيق ذلك الأمر الواقعي كيف يعقل أن يقصد إيجاده به؟ ولو كان عالماً بأن عقده هذا لا يؤثر في تحقق الملكية الواقعية، لفقده بعض الشروط الشرعية، فلا يتمشى منه القصد بطريق أولى.

إذن، لا بد من أن يعلم من قبل بمؤثرية عقده في حصول الملكية، حتى يتمشى منه القصد.

التحقيق في المسألة

ولكن التحقيق أن الملكية - وغيرها من الوضعيات - يستحيل أن تكون من الأعراض المتأصلة التي لها ثبوت واقعي، وإنما هي أمور اعتبارية، تقوم

بالاعتبار العقلاني أو بالاعتبار الشرعي، وقد يتطابق الاعتباران وقد يختلفان بمعنى عدم اعتبار الشارع على طبق اعتبار العقلاء، لا بمعنى تخطئته لهم في اعتبارهم كما قيل.

وبعبارة أخرى: إن الشارع تارة يمضي اعتبار العقلاء، ويعتبر على طبق اعتبارهم، وأخرى لا يمضي، لأن الشرائط الشرعية جاءت لتخطئة العقلاء في اعتبارهم كما قيل، لأن قوام الاعتبار بالمعتبر، فإذا حصل الاعتبار للشيء فذلك الشيء ثابت في وعاء الاعتبار ومتحقق حقيقة، غير أن الاعتبار الآخر قد يوافقه وقد يخالفه.

وعلى هذا المبنى، فإن القصد يتمشى مع الجهل بالصحة والفساد للعقد الصادر، بل مع العلم بالفساد أيضاً له أن يعتبر الملكية ويتمشى منه القصد، وقد بينا هذا المطلوب بالتفصيل في أوائل المعاطاة.

قول صاحب المسالك بعدم تحقق القصد من الفضولي

قال الشيخ:

ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره كما صرح به في المسالك حيث قال: لأنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. وفيه... أقول:

كلام صاحب المسالك مخدوش: بأن المكره قاصد للمدلول - إلا أنه ليس عن طيب النفس - ولذا لو رضي بعد ذلك صح، ولو كان غير قاصد للمدلول لما كان العقد حتى يؤثر الرضا اللاحق.

وكذا الفضولي، غير أنه لم يتحقق إسناد العقد إلى من هو بيده، لأنه غير قاصد للمدلول، ولذا يتم الإسناد بالإجازة اللاحقة ويترتب الأثر على العقد. فقوله: «إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله» مردود. وأما كلام الشيخ في الجواب، فمخدوش كذلك، ولا مناص من حمله على ما ذكرناه.

كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين
قال الشيخ:

ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه^(١) كلاماً في هذا المقام في أنه هل يعتبر تعيين المالكين اللذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة إليهما أم لا؟

مقدمات التحقيق فيه
أقول:

ينبغي تقديم أمور:

الأول: كل من المتعاقدين، كالبائع والمشتري، إما أصيل أو وكيل أو فضولي. وعلى كل تقدير، يكون المبيع والمشتري شيئاً شخصياً موجوداً في الخارج أو كلياً في الذمة أو يختلفان. فهل بناءً على اعتبار تعيين المالكين، يعتبر ذلك في جميع الأقسام المذكورة أو في بعضها؟

(١) مقابس الأنوار: ١١٥-١١٦.

الثاني: البيع عبارة عن مبادلة مال بمال بنحو التملك، فهل يعتبر أن يحل كل من العوضين في محل الآخر كما لعله المشهور، وقد كان الميرزا الاستاذ يقول بأن البيع هو المبادلة بين طرفي الإضافة، أو لا يعتبر كما عليه المحقق الخراساني، فيصح أن يعطي الدرهم لشخص لأن يشتري به خبزاً فياً كله؟

الثالث: لا ريب في مالية العين الخارجية، أما الكلّي، فقد قالوا: بأنه ما لم يضاف إلى ذمة ليس بمال، بل ربما يقال بأنه ليس بملك، لأن الملكية أمر اعتباري ثبوتي، وكل ثابت فيحتاج إلى محل موجود يثبت فيه، فإما يكون شيئاً شخصياً خارجياً أو كلياً موجوداً بوجود اعتباري في ذمة شخص. ولكن الأمر يعود إلى تعريف المال، فإن كان المال ما يبذل بأزائه شيء، فالكلّي بالنسبة إلى سائر الناس على حدّ سواء، ولذا لا يبذل شيء بأزائه إلا إذا أضيف إلى الذمة. وإن كان المال ما تميل إليه الطباع وترغب فيه، فالكلّي مال. والقول بأنه ما لم يضاف ليس بملك، يستلزم بطلان بيع السلم، وهو كما ترى.

فالصحيح أن يقال: الكلّي ما لم يضاف إلى ذمة لا يقابل بالمال ولا يصح تملكه.

الرابع: العقود على أقسام، ففي العقود المعاوضيّة، العوضان ركن ولا بدّ من اعتبارهما وذكرهما، وأما غيرهما، فيحتاج اعتباره إلى الدليل، كما أن الركن في النكاح الزوجان فقط، ولذا يصح عقد النكاح لو لم يذكر المهر، وفي كل عقد يتعلّق بالأشخاص كالوقف والشركة والمضاربة والسبق والرماية والوصية فالشخص هو الركن.

الخامس: إن المتعاملين إما شخصان متعينان معلومان في الخارج، كأن يقول: بعت هذا من زيد بكذا. وإما شخص خارجي يشار إليه إجمالاً، كأن يقول: بعت هذا الشيء بالثمن المعين لمالكه، وإما هو شخص وطرفه كلي مثل: الوقف على من في المدرسة، وإما هو كلي بقيد الوحدة، كأن يقول: بعت لرجل واحد، كما يقال: جثني برجل واحد. وإما هو مردّد، كأن يزوّج المرأة من أحد الشخصين.

لكنّ الأخير لا يعقل، لأن المردّد لا وجود له ولا ماهيّة، بل هو مساوق للمعدوم بالحمل الشائع.

السادس: إن الاعتبار يتعلّق تارةً بالجواهر، كأن يعتبر زيدا أسداً، وأخرى بالمقولة العرضية، كقولهم: فلان قلبه أبيض، وثالثة: بمقولة الإضافة، كاعتبار البنوة لزيد المستلزم لاعتبار الأبوة لعمر، لأنّ قوام هذه المقولة بالطرفين، ولا يعقل اعتبار الإضافة لشيء بدون الطرف، كما أنّ وجود أحدهما خارجاً بدون طرفه غير معقول، إذ المتضائفان متكافئان في القوّة والفعلية، ولذا يكون الكلّي المضاف إلى الذمّة مضافاً إلى المالك أيضاً، لأن المالكية والمملوكية متضائفان، وإلا يلزم وجود الملك بلا مالك، وهو مستحيل. ومن هنا يظهر الفرق بين «المال» و«الملك»، إذ المال يمكن وجوده بلا مالك، كالجواهر في معادنها، فإنها أموال يبذل الشيء بأزائها، لكنّ الملك بلا مالك غير معقول.

شرحه

إذا عرفت هذه الامور نقول:

إن صاحب المقابس يشترط في البيع أمرين:

أحدهما: تعيين المالكين، فلو كان وكيلاً أو ولياً عن اثنين في بيع واحد، وجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء من نفسه أو غيره.

والآخر: أن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما، كما لو كان عند كل من الموكلين من الحنطة بمن من الحنطة، فوكلاه في أن يبيع مالهما، فقال: بعت مناً من الحنطة بمن من الحنطة، وكذا لو وكلاه بنحو الإطلاق، بأن يبيع لهما أو يشتري العين الخارجية أو في الذمة، فيقول: بعت حنطة في ذمة أحد موكلي بدراهم في ذمة موكلي الآخر.

واستدل على الإشتراط: بأنه لو لا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الأمر، وأن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان، ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك. وفساد ذلك ظاهر.

فأشكل السيد بأن: وجه الاستدلال واحد لا اثنان^(١).

والظاهر المغايرة بين لزوم بقاء الملك بلا مالك، وعدم حصول الجزم بشيء من العقود والأحكام، فلو باع متاعاً كلياً في ذمة أحد الموكلين بلا تعيين، يلزم أن يكون الملك بلا مالك، ولو باع متاعاً خارجياً بأن أخرجه عن

ملكه بلا تعيين للمشتري، كان ملكاً بلا مالك، ولو لم يضاف الكلّي إلى ذمّة لم يعقل الجزم لعدم المالّة بل الملكية كما قيل.

وحاصل كلام صاحب المقاييس: إنه يعتبر تعيين المالك في النية، هذا ثبوتاً، وأما إثباتاً، فإما يتلفّظ بذلك وإما يكون التعيين بإنصراف الإطلاق، فقوله «بعت» أي هو البائع بالأصالة، وقوله «بعتك» ينصرف إلى المخاطب. ثم ذكر أنه لو لم يعيّن المالك في عالم الثبوت تلزم ثلاثة محاذير: الأول: بقاء الملك بلا مالك.

والثاني: عدم تحقق الجزم بالعوضين.

والثالث: لزوم الإبهام، ولا دليل على صحة العقد المبهم، لانصراف الأدلة إلى الشائع المعهود.

وإني أذكر أربعة أمثلة، ثم أعرّض للمثال الذي أفاده رحمه الله: لو قال: بعت هذا المال بعشرة دراهم، من دون إضافة الدراهم إلى ذمّة، فهذا تمليك بلا مالك، والملك بلا مالك غير معقول، لما تقدّم. ولو قال: بعت الحنطة بدراهمك العشرة. كان غير معقول كذلك، لأن الحنطة غير مضافة فلا جزم بالعوضيّة.

ولو قال وهو وكيل عن جماعة: بعت لموكلّي كذا بكذا، لم يصح كذلك، لعدم تعيّن الموكل، وقد تقدّم أن الإبهام مبطل للعقد.

ولو قال وهو وكيل عن اثنين في البيع والشراء: بعت حنطة موكلّي بحنطة موكلّي، بطل، لعدم تميّز البائع عن المشتري.

قال صاحب المقاييس:

وعلى هذا، فلو شرى الفضولي لغيره في الذمة، فإن عيّن ذلك الغير،
 تعيّن ووقف على إجازته، سواء تلفّظ بذلك أم نواه.
 أي: فهو صحيح، لأن المفروض تعيّن كلّ ما يعتبر تعيّن في العقد، غير
 أنّه وقع فضولة، فيتوقف على إجازة المشتري له.
 قال: وإن أبهم مع قصد الغير بطل...

كأن يقول: اشتريت هذا المتاع بكذا الغيري، من غير تعيين له لا ثبوتاً ولا
 إثباتاً. ووجه البطلان: عدم تعيّن أحد المالكين، ولا يوقف إلى أن يوجد له
 مجيز، لا اعتبار التعيين بحسب النية في حين العقد.
 قال: وجميع ما ذكر... وأما إذا لم يتوقف التعيّن على التعيين...
 أقول:

وهذا هو المثال الخامس، كأن يقول: «بعت هذا المتاع المعين الخارجي
 بهذه الدراهم العشرة» ففي هذه الصورة: المالكان والعوضان متعيّنان في
 نفس الأمر، وامتنياز البيع عن الشراء حاصل.
 فهل يجب -بالإضافة إلى التعيّن -التعيين لفظاً، بأن يقول مثلاً: بعت هذا
 المتاع الذي هو لزيد أو لنفسي، بهذه الدراهم التي هي لك، أو يأتي بالإطلاق
 المنصرف إليه؟

أو لا يجب مطلقاً؟

أو التفصيل بين التصريح بالخلاف، فيبطل، وعدمه فيصح؟
 أوجه.

قال في المقابيس: أحوطها -لكن في نقل الشيخ: أقواها -الأخير،
 وأوسطها الوسط، وأشبهها للأصول الأول.

ولعل مراده من الشبه للأصول: أن العقلاء لا يكتفون في المعاملات المتعارفة المعهودة بالتعيين الواقعي، بل يصرحون بالمالكين ويعينونهما لفظاً أو بالإطلاق المنصرف.

ووجه عدم الوجوب مطلقاً هو: إن البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، وفي قوله: «بعت هذا المتاع بهذه الدراهم العشرة» قد تحققت المبادلة كذلك، ولا يلزم من هذا القول محذور، من لزوم وجود المالك بلا مالك، أو عدم الجزم، أو الإبهام، فلا يلزم التعيين.

ووجه التفصيل: أنه يصح أن قال: «بعت هذا المتاع بهذه الدراهم» أما لو قال: «بعت هذا المتاع الذي هو لعمر» مع كونه لزيد، فقد صرح بخلاف الواقع، وحينئذ يبطل.

قال:

وفي حكم التعيين ما إذا عيّن المال بكونه في ذمة زيد مثلاً.
وهذا واضح.

ثم ذكر على الأوسط فروعاً هي:

لو باع مال نفسه عن الغير، وقع عنه ولغى قصد كونه عن الغير.
وذلك: لأن المال لنفسه في نفس الأمر، والمفروض عدم وجوب تعيين المالك، فلو باعه وكالة عن الغير وقع البيع عن نفسه، لتحقق المبادلة، ولغى قصد كونه عن الغير.

ولو باع مالاً هو لزيد في نفس الأمر وكالة عن عمرو، فإن كان وكيلاً عن زيد في البيع صح عنه، وإن لم يكن وكيلاً عنه وقف على إجازته لكونه فضولاً.

ولو اشترى شيئاً معيناً خارجياً لنفسه بدراهم في ذمة زيد، فإن لم يكن وكيلاً عن زيد، وقع البيع عن نفسه وتعلق المال بذمته. وإن كان وكيلاً، فمقتضى الاشتراء لنفسه، أن يقع الشراء لنفسه ويكون هو المالك، ومقتضى كونه بدراهم في ذمة زيد، أن يقع لزيد ويكون المالك، وكل من المقتضيين يمنع الآخر عن تأثيره، وإذا تمانعا تساقطا وبطلت المعاملة.

ويحتمل صحته عن نفسه، لأن المفروض أنه وكيل في الشراء له، فلم يعمل بالوكالة بل وقع الشراء لنفسه، فكان المقتضي لوقوعه عنه بلا مزاحم. ويحتمل صحته عن الموكل، لتعين العوض في ذمة الموكل، فقصد كون الشراء لنفسه لغو، كما في المعين.

قال رحمه الله:

ولا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة والتسمية.

ويفرق بينهما على الأخير.

ويبطل الجميع على الأول.

هذا تمام كلام المقابس مع توضيحه.

مناقشة الشيخ فيما أفاده صاحب المقابس

قال الشيخ:

مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر...

وعلى هذا، فالقصد إلى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك، إلا أن ملكية

العوض وترتب آثار الملك عليه، قد يتوقف على تعيين المالك... فصَحَّ على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقاً غير معتبر...

النظر فيها

أقول:

ذكر الشيخ قبل مناقشة الوجوه الثلاثة أمرين:

أحدهما: إن مقتضى المعاوضة هو التبادل بين العوضين، وكان الميرزا الاستاذ يقرّب هذا المعنى، بأن حقيقة البيع هي التبادل بين طرفي الإضافة. وقال المحقق الخراساني: البيع هو التملك بالعوض.^(١)

وقد حقّقنا في محلّه: إن البيع في اللّغة مبادلة مالٍ بمالٍ، وليس تبادل مالٍ بمالٍ، إذ ليس في هيئة المفاعلة صدور المبدء من الطرفين، بل إنها تفيد أن المبدء الصّادر متوجّه إلى طرفٍ، كقولك: «خاطب القوم مخاطبةً»، فإن الخطاب متوجّه إلى القوم، ولا يصدر منهم خطابٌ، و«جادل زيد عمراً» مع سكوت عمرو، و«كاتبته فلم يجبني». فالمبادلة عبارة عن صدور المبدء من طرفٍ ناظراً إلى آخر، سواء صدر من الآخر كذلك أو لا. والهيئة التي يعتبر فيها الصدور من الطرفين هي التبادل.

وزمام الأمر في البيع بيد البائع، أي: إنه يجعل البدل لمتاعه ويعاوضه به، فيكون تملكه بعوضٍ، ومقتضى ذلك وقوع الثمن في موقع المثلّث ودخوله في ملك مالكة عوضاً عنه، أمّا أن يدخل المثلّث في ملك من خرج الثمن عن كيسه، فلا دليل عليه، ولذا يصحّ أن يقول: «اشتر بمالي متاعاً

(١) الحاشية على المكاسب: ٣.

لنفسك» فإنه بيع حقيقة، ولا نوافق على ما قاله الميرزا الاستاذ في مثله، فالبيع مبادلة مالٍ بمالٍ، أعم من أن يدخل كلٌّ منهما في ملك مالك الآخر أو لا يدخل.

فظهر ما في كلام الشيخ في الأمر الأول، والتفصيل موكول إلى موضعه. والثاني: إنَّ القصد إلى العوض المعين خارجاً يغني عن تعيين المالك، وإن كان العوض كلياً، فإن وقوعه عوضاً يتوقف على تعيين المالك، فكان تعيين المالك ذا دخل في تحقق العوضيّة لا في أصل المعاملة.

والحاصل: إنَّ الكلّي ما لم يضاف إلى الذمة فلا ملكيّة له، وإن أضيف إلى ذمة مردّدٍ بين شخصين فصاعداً، فهذا غير معهود، ولا يعامل معه معاملة الأموال عند العقلاء. فلا يلزم تعيين المالكين في المعاملة، وإنما يلزم ذلك حيث يتحقّق به عنوان العوضيّة. وعليه، فلو قال: بعت عبداً بألف، كان باطلاً، لأنه لم يضاف «العبد» و«الألف» إلى شخص أو ذمة، والعبد المطلق لا يباع والألف بدون الإضافة لا يشتري به شيء. أمّا لو قال: بعت عبداً عن موكّلي زيد بألفٍ من موكّلي عمرو، فلا إشكال فيه، لتحقيق التعيين. أقول:

لكنَّ الشَّيْخَ لم يتعرّض لسائر الموارد التي بحث عنها صاحب المقابس، كما لو قال: بعت رجلاً، أو بعت عن أحد موكّلي.

لقد كان المهمّ عند صاحب المقابس هو: أن التملك عنوان إضافي لا يتحقق بلا متعلّق، فلا يعقل التملك بلا مالك، والمردّد والمبهم بما هما كذلك يساووان المعدوم - كما ذكرنا - فلا يعقل وقوعهما طرفاً للملكيّة وإنَّ

لم يكن الشيء كلياً، والشيخ لم يتعرض لهذه الموارد وإنما اكتفى بمورد بيع الكلّي. والعلم عند الله.

بقية المناقشة والنظر فيها

قال الشيخ:

وأما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معينين، فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقية،... فلا حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما وإليهما العوضان...

أقول:

إن البيع معاوضة بين المالين في الملكية، والملكية أمر إضافي لا يعقل تحقّقه في الخارج بلا طرف، فالملكية بلا مالك غير معقولة. والقول بأن العوضين يدخل كلّ منهما بالملازمة العقلية في ملك مال الآخر، لا معنى له، فإن حقيقة المعاوضة إنشاء تمليك هذا بهذا، ولا يعقل دخول الشيء في ملك أحد بعنوان المعاوضة بلا إنشاء لها، فلا وجه لدعوى الملازمة العقلية. وعلى هذا، فإن أراد من قوله: «فلا حاجة إلى التعيين...» أن لا حاجة بقول مطلق حتى في النية، فهذا لا معنى له، إذ لا بدّ من أن يقصد المملّك طرفاً لتمليكه.

فظهر سقوط ما ذكره من الملازمة العقلية، وما ذكره من عدم الحاجة إلى التعيين.

بل التحقيق أن بيع المالك وإنشائه المعاوضة بين المالكين، يلازم عقلاً

قصده دخول ملكه في ملك مالك العوض، فهو إدخال من المالك وليس دخولاً، لأن الدخول بلا تمليك غير معقول، إذ ليست الملكية أمر ثبوتياً واقعياً حتى يقع التبادل فيه، كما هو الحال في المكان مثلاً، إذ يقال: قام هذا بدلاً عن ذاك في مكانه وسد مسدّه وحل محلّه، بل هي أمر إنشائي اعتباري، وإذا اعتبر، فهل يعقل أن يعتبر الملكية وينشئها بلا طرف؟ كلا. نعم، لا حاجة إلى التعيين التفصيلي بل يكفي التعيين بالقصد الإجمالي. ولو كان صاحب المقابس يرى لزوم تعيين المالك تفصيلاً ورد عليه الإشكال.

وبما ذكرنا ظهر ما في كلامه السابق من أن القصد إلى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك، فإنه إن أراد الإغناء مطلقاً، ورد عليه ما تقدّم، وإن أراد الإغناء عن تعيينه تفصيلاً، فالحق معه، لكنّ صاحب المقابس لا يدعي لزوم النية التفصيلية خاصة لطرف الإضافة بل عبارته أعم منها ومن الإجمالية. هذا كله على مسلكه.

وأما على المختار من أن البيع تمليك بعوض - وما في القاموس من أن البيع مبادلة بمال^(١) متين جداً - أي أن البائع يبذل ما عنده بالعوض الخارجي، ويقتضي ذلك أن يقوم العوض مقام المبيع وإن كان لغير المشتري، فلو باع شيئاً بعوض شيء، فلا يلزم أن يكون المشتري مالاً لذلك الشيء، ولذا لو لم يعين المشتري لم يقع البيع.

(١) القاموس المحيط «بيع».

قال الشيخ:

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... أقول:

أما لغوية قصده عن الغير، فواضحة.

وأما استظهار وقوعه عن البائع، ففيه: إن قوله: «بعت متاعي عن زيد» قاصداً لوقوع البيع عن نفسه، مستلزم للتناقض كما لا يخفى، وأما إن لم يكن قاصداً لذلك، فكيف يعقل أن يخرج الإنسان ملكه عن نفسه بلا قصدٍ لذلك بل مع قصد كونه عن الغير؟
فالتحقيق بطلان هذا البيع.

وبعبارة أخرى:

إن كان البيع مبادلة مال بمال، بأن تكون حقيقة البيع هي حفظ الإضافة ووقوع المبادلة بين طرفي الإضافتين وهما المالان، فلا شبهة في أن جعل الثمن طرفاً لإضافة البائع يستلزم لحاظ الإضافة، والإضافة لا يعقل لحاظها إلا بلحاظ طرفيها، فالبائع المالك موردٌ للْحَاط لا محالة. وهذا هو حقيقة المعاوضة لأنَّه من لوازمها.

وبهذا يظهر أيضاً عدم تمامية قوله: فلا حاجة...

نعم، لا حاجة في مقام الإثبات.

وإن كان البيع إنشاء تملك عين بعوض - كما هو المختار عنده -، فلا يعقل تملك الشيء لأحدٍ من غير تعيينٍ له، لأنَّه أمر إضافي ولا يعقل إنشاؤه بلا طرف.

إذن، لابدّ من تعيين المالك في مقام الثبوت ولو إجمالاً بالنية.
وقال السيد^(١) معلقاً على قول الشيخ: والظاهر وقوعه عن البائع:
إنه لا معنى للغوية قصد الغير وإنه راجع إلى التناقض ويبطل من هذه
الجهة.
أقول:

لو باع الشيء الذي هو ملك له قاصداً لأن يبيعه عن نفسه وهو لا يريد
التصريح بذلك، فيذكر عنوان الغير توريةً لئلا يفهم كونه له، صحّ البيع ووقع
عن نفسه. أمّا لو باعه عن الغير محضاً وأخرج نفسه تماماً، كان باطلاً بلا ريب،
إذ لا معنى لأن يبيع الرجل مال نفسه عن الغير فضولةً. ولو باع عن نفسه وعن
غيره معاً بطل، للزوم التناقض.
فصور البيع ثلاثة، وهو في واحدٍ منها فقط صحيح.

قال الشيخ:
إلا أن يقال: إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا يعقل إذا فرض قصده
للمعاوضة الحقيقية، لِمَ لا يجعل هذا قرينةً على عدم إرادته من البيع المبادلة
الحقيقية أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في ملكية المبيع... وحيثُذ، فيحكم بطلان
المعاملة، لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي.
أقول:

قد انتقض قوله: فيحكم بطلان المعاملة لعدم قصد... بمعاملة

(١) حاشية السيد ٣٢/٢.

الفضولي الغاصب حيث حكم بصحة معاملته، مع عدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي^(١).

ولكن يمكن الفرق: بأن المعاملة الواقعة من الغاصب صادرة عن المالك الإدعائي، ثم إذا لحقتها الإجازة من المالك الأصلي صحت، وأما فيما نحن فيه، فقد جعل الغير مالكا إدعائياً إلا أن المعاملة غير صادرة عنه ولا علاقة للمالك الحقيقي بها. فالنقض غير وارد.

وبذلك يظهر وجه البطلان، ولعلّه مراد الشيخ من قوله: لعدم قصد المعاوضة...

ولكن الأظهر عندي - وإن لم ينبّه عليه أحد - أن مراده هو: أن المقصود - من قول المالك «بعت مالي عن غيري» - دخول الثمن في ملك الغير، بدليل قوله بعد ذلك: ومن هنا ذكر العلامة وغيره في عكس المثال المذكور أنه لو قال المالك للمرتهن: «بعه لنفسك» بطل...

والحاصل: إن سبب البطلان عدم دخول العوض في المحل الذي خرج عنه المعوض، على مسلكه رحمه الله في المعاوضة الحقيقية من لزوم دخول كل من العوضين في المحل الذي خرج منه الآخر.

لكن التحقيق هو: إن البيع مبادلة مالٍ بمالٍ بنحو التملك، أي: هو التملك بعوض، بأن يدخل الثمن العوض في محل المبيع المعوض، أما اشتراط أن يدخل المعوض إلى المحل الذي خرج عنه العوض، فلا دليل عليه، ولذا لو باع العين الموقوفة - حيث يجوز بيعها - بعوض، كان العوض

وقفاً، ولو باع الزكاة كان زكاةً. فالوجه في الحكم ببطلان البيع في المثال المذكور هو عدم دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه. وأما في المثال الثاني، وهو ما لو دفع مالاً إلى من يريد أن يطعمه وقال: اشتربه لنفسك طعاماً، فالمعاملة صحيحة، لأن الثمن يدخل في ملك بائع الطعام، فكان تمليكك للطعام بعوض يدخل في ملكه، وإن لم يدخل الطعام في ملك من خرج الثمن من كيسه.

وعلى الجملة، فإنه إنما يبطل البيع في كل مورد لا يدخل الثمن في الموضع الذي خرج عنه المثل، لما ذكرنا من أن البيع هو التملك بعوض. فالحق هو الفرق بين المثاليين المذكورين في كلام العلامة وغيره.

ثم قال الشيخ:

لكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة ولغوياً القصد المذكور، لأنه راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لاجعله أحد ركني المعاملة.

أقول:

تقريب الحكم بالصحة هو: إن الواقع في حيّز البيع في قوله: «بعت هذا عن غيري» هو المال، وأما حيثية الإضافة فلا تقع في حيّز البيع، وأدعاء كونه ملكاً للغير لا يضرّ بوقوعه بل يكون ملغى.

هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري؟

قال:

ثم إن ما ذكرنا كله حكم وجوب تعيين كل من البائع والمشتري من يبيع له ويشترى له. وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب والقابل لخصوص البائع، فيحتمل اعتباره إلّا... ويحتمل عدم اعتباره إلّا... أقول:

كان الكلام فيما إذا تعيّن العوضان بالوجود الخارجي أو الثبوت في الذمة، حيث ذكر صاحب المقابس ثلاثة وجوه، وفيما إذا لم يتعيّن لا خارجاً ولا في ذمة قال بأنه لا بدّ من تعيين الذمة ولا يصحّ البيع مع الإبهام والتردد، وذكر لذلك أدلة مقتضى الإنصاف تماميتها، والشيخ وافقه على ذلك إلّا أنّه جعل تعيين المالكين مقدّمة لتعيين العوضين.

ثم يقع الكلام في تعيين الموجب لخصوص المشتري، فذكر الشيخ وجهين كما سيأتي توضيحه.

ولا يخفى أنّ هذا البحث يفترق عمّا وقع البحث عنه سابقاً من اشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول، إذ قلنا هناك: إن البيع التزام في التزام، فلولا التطابق لما تحقّق هذا المفهوم، فقول المحقق الخراساني قدّس سرّه:

لا يخفى أن العقد لما كان أمراً ربطياً بين الإثنين لم يكّد يتحقّق إلّا إذا تواطأ وتوافقا بحسب القصد. فلو قصد أحدهما تملك الآخر نفسه وقصد الآخر تملك غيره وكالة أو فضولاً لم يتواطأ على واحدٍ، فلا عقد بينهما،

بل من كل واحدٍ منهما إيقاع - نعم، ربما يقال بأنه يكفي قصد أحدهما ما يقصد الآخر إجمالاً في البيع وإن لم يعرفه تفصيلاً، إذ لم دليل على تعيينه كما في النكاح بالنسبة إلى تعيين الزوج والزوجة، كما أن دليل نفي الفور دلّ على لزوم تعيين العوضين فيه وعدم كفاية توافقهما على ما عينه أحدهما بحسب قصده، وبالجملّة: اعتبار تعيين ما توافقا عليه شيء آخر، والذي لا بدّ منه في تحقّق العقد التواطؤ على واحدٍ بحسب القصد...^(١)

في غير محلّه، لأنّ التطابق المذكور قد بحث عنه الشيخ مشروحاً، وهو أمرٌ ثبوتي واقعي، وأمّا هنا، فيستدلّ بظاهر الكلام، فهو ناظر إلى مقام الإثبات، ومحطّ البحث هو: إن قول البائع «بعتك» ظاهر في إرادة البيع من خصوص المخاطب، فهل للمشتري أن يقول: «قبلت لغيري» أو لا؟ وجهان: أحدهما: اعتبار أن يكون المشتري هو المخاطب، ولا يصحّ منه القبول لغيره، لأنّ البائع إنما قصد تملك متاعه للشخص المعين بكاف الخطاب مثلاً، وعلى المشتري أن يرتب الأثر على ما قصده البائع، إلّا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكلّ من المتخاطبين...

والآخر: عدم اعتبار ذلك، وللمشتري أن يقبل لغيره إلّا فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين، كما في النكاح والوقف الخاص والهبة والوكالة والوصية، حيث تلحظ في هذه الموارد خصوصيات الأفراد.

مختار الشيخ

قال الشيخ:

والأقوى هو الأول، عملاً بظاهر الكلام الدالّ على قصد الخصوصية وتبعية العقود للقصود.

وتوضيحه: إن كاف الخطاب هي في القضايا الخارجية دائماً إشارة إلى الشخص المعين، فلا تشمل الغائب وغير المعين، وهذا الظهور حجة على المقصود، والعقود تابعة للقصود، وعليه، لا بدّ أن يقبل المشتري لنفسه، ولو قبل لغيره بطل، لانتفاء شرط التطابق، إلّا أن تقوم القرينة من الخارج على عدم إرادة الظاهر، كما في غالب البيوع والإيجارات، حيث لا خصوصية للشخص، بل المقصود الانتفاع بالمعاملة، فيسقط ظهور كاف الخطاب وينعقد للكلام ظهور ثانوي في أن المراد هو الأعم من الشخص أو وليّه أو موكله.

وتلخص:

أولاً - إن نظر الشيخ هنا إلى مقام الإثبات بعد الفراغ عن مقام الثبوت في محله سابقاً.

وثانياً - إن المتبع هو ظهور الكلام، فإن قامت القرينة الخارجية على أن مقصود البائع هو المعاوضة على ملكه وأخذ العوض بلا نظير خاص بالنسبة إلى المشتري، فحينئذ يسقط ظاهر كاف الخطاب وينعقد للكلام ظهور آخر ويكون هو المتبع، وإلّا لم يجز للمشتري أن يقبل لغيره، بل عليه الأخذ بالظاهر، كما هو الحال في النكاح والهبة ونحوهما.

وهذا هو مراد الشيخ لا ما ذكره بعض الأكابر^(١) من أن ركني المعاملة في النكاح ونحوه هما الشخصان، ولا ما ذكره البعض الآخر من أن الوكيل في المعاملة البيعية يصدق عليه عنوان المشتري، أما في النكاح فلا يصدق عليه عنوان الناكح.

التحقيق في المسألة

وبعد:

فإن هذا المبحث مقدّمه للتطابق المعتبر في الإيجاب والقبول الذي بحث عنه في شرائط العقد، وفيه جهات من البحث:

الجهة الاولى:

هل يلزم أن يقصد ويعين الموجب من يريد تملكه أو تزويجه أو الوصية إليه؟

إنه يشترط تعيين الشخص - زائداً على تعيين العوضين - في كل معاملة يكون لتعيين الشخص فيها أثر، كما في بيع السلم وبيع النسيئة، حيث لا يباع أو يشتري الشيء نسيئةً أو سلماً إلا ممن يعرفه وثيق به ويعتمد عليه، وكذا في الزواج كما هو واضح، وفي الوصية، إذ لا يوصى إلا إلى من كان ديناً عاقلاً قادراً على تنفيذ الوصية، وفي الوقف، إذ لا يوقف إلا على من يتحقق به الغرض من الوقف.

فالقاعدة الكلية هي أنه في كل مورد يختلف الغرض والمقصد بحسب

الأشخاص، فلا بدّ من تعيين الشّخص، سواء - سواء في النكاح والبيع والهبة وغيرها - في النّيّة والقصد، حتى يحصل التطابق. وأمّا إذا لم يكن لتشخصّ البائع أو المشتري دخل في الغرض، فلا يشترط التعيين، كما في البيع النقدي حيث يذهب الإنسان إلى السّوق لشراء ما يحتاج إليه، فإنّه يشتريه من أيّ أحدٍ وجده عنده، وكذا البائع، فإنّه يعرض متاعه للبيع من أيّ أحدٍ اشتراه، لأنّ غرضه الكسب والانتفاع ليس إلّا... وفي هذه الحالة يحصل التطابق قهراً.

الجهة الثانية:

في مقام الإثبات، لا بدّ من تعيين الموجب والقابل في كلّ موردٍ يكون لخصوصيّة الشخص دخل، بأنّ يتلفّظ بالصّيغة ويصرّح بكونه موجباً أو قابلاً لنفسه أو لموكّله وغير ذلك، بحيث يكون كلامه ظاهراً في المقصود ويتحقّق التطابق بين الإيجاب والقبول، وأمّا مع عدم الدخل فلا، لأنّ إقامة الدليل إنما هي حيث يكون للمدلول أثر، ومع عدم الأثر للمدلول يكون ذكر الدليل لغواً.

الجهة الثالثة:

إنّ كاف الخطاب في العقود ظاهرة في الشخص، فلو قال «بعتك» كان المخاطب هو المباع له لأنها أداة إشارة، والمشار إليه دائماً جزئي، والإشارة إلى الكلّي بما هو كلّّي لا معنى له، فلا بدّ من رعاية الظهور الأوّلي فيها إلّا مع التصريح بالخلاف، كأن يقول: بعتك بما أنت وكيل، وهكذا في سائر

العقود... وعليه، فلو قال «بعتك» فقال: «قبلت لموكلّي» بطل، لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

نعم، في كل مورد لم يكن لخصوصية الأشخاص دخل، يسقط ظهور الكاف وينعقد للكلام ظهور ثانوي في الأعم من الشخص وموكله مثلاً، كما هو الحال في غالب البيوع والإجازات.

ويتم شرح الجهات وتكميلها ضمن أمور:

الأمر الأول

إنه يعتبر في مقام الثبوت ونفس الأمر أن يكون كل من الموجب والقابل قاصداً على وجه التعيين للآخر في جميع العقود، حتى يتحقق التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو قصد بيع الشيء من شخص بعينه فقبله لموكله بطل، لعدم التطابق، وكذا لو قبل القابل من غير البائع، كأن يقول: قبلت لنفسي عن موكلك، وهكذا.

نعم، من الممكن أن يقصد البيع من الأعم من شخص المخاطب وموكله.

الأمر الثاني

إن ما ذكر معتبر في مقام الإثبات كذلك حتى تتم الدلالة وتقوم الحجة، وإلا فلا تترتب الأحكام والآثار.

الأمر الثالث

تارة: يتمخض الغرض في المبادلة بين المالين ولا تلحظ خصوصية

الأشخاص لعدم مدخلية ذلك في الغرض، وأخرى: الخصوصية دخيلة مع المبادلة وعدمها، ففي السلم والنسيئة تراعى الخصوصيات في الموجب والقابل، وأوضح من ذلك النكاح والوصية والهبة والوكالة والحوالة والوقف.

الأمر الرابع

لا ريب في لزوم اتباع الظهور في مقام الإثبات، فليس للقابل أن يقبل لموكله البيع بالإيجاب الظاهر في تمليك نفسه كقوله: بعتك فيقول: قبلت لموكلي، أو يقبل لنفسه البيع الظاهر في تمليك موكله كقوله: بعته موكلك فيقول: قبلت لنفسي... وهكذا.

فكاف الخطاب من أظهر مصاديق ما هو ظاهر في إرادة المخاطب، إلا في المورد الذي قامت القرينة على عدم الخصوصية للمخاطب وانعقد فيه الظهور في الأعم منه ومن موكله مثلاً، كما هو الحال في البيوع المتعارفة.

فالمناط هو الظهور ويجب اتباعه حتى يحصل التطابق بين الإيجاب والقبول، ولا ترفع اليد عنه إلا بالقرينة القطعية، وليس المناط كون العوضين ركناً في النكاح كما قيل أو قيل بأنه في البيع يعبر عن الوكيل في الشراء بالمشتري ولا يعبر عنه في النكاح بالناكح والزوج.

الأمر الخامس

لو شك الموجب في أن القابل أصيل أو وكيل وأن الخصوصية الأفراد دخلاً أولاً، فهل يصح منه الخطاب إليه بضمير المخاطب؟ وبعبارة أخرى: إذا

كان لخصوصية الأفراد دخل، ولم يحرز الموجب كون القابل أصيلاً ليخاطبه بكاف الخطاب، فهل يصح خطابه كذلك؟

إنه لا يصح ذلك، لأن هذا الضمير ظاهر في كونه أصيلاً، بل عليه أن يقول: بعث هذا لمن تريد أن تشتري له.

وكذا لو شك القابل في أن إيجاب الموجب بالأصالة أو الوكالة، فعليه أن يقول: قبلت البيع، بأن تكون اللام للعهد، أي البيع الذي قصده الموجب، أعم من كونه بالأصالة أو الوكالة.

وبالجملة، فإنه يعتبر إحراز التطابق بين الإيجاب والقبول، وهو متوقف على العلم بكونه أصيلاً أو وكيلاً، فعليه أن يأتي بالصيغة بما يعم الحاليتين.

الأمر السادس

إنه في المعاملات المتعارفة المقصود بها المبادلة بلا دخل لخصوصية الأشخاص، لو قال: بعثك هذا المتاع بكذا، فقبل المشتري، ثم لما طالبه بالثمن قال: أنا وكيل، لم تسمع دعوى الوكالة منه، بل عليه دفع الثمن. هكذا قالوا.

والسرف في ذلك هو: أن كاف الخطاب تسقط عن الظهور في المعاملات المتعارفة، أما تاء المتكلم في «قبلت» فباقية على ظهورها، ويترتب الأثر على هذا الظاهر ويلزم بدفع الثمن.

ولعل هذا وجه تأمل الشيخ كما سيأتي.

النظر في القول بالفرق بين البيع والنكاح

ثم إنَّ الشيخ نقل عن بعض الفقهاء وجهين للفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح، وأشكل عليهما، أمَّا الوجه الأول فهو:

إن الزوجين في النكاح كالمعوضين في سائر العقود، وتختلف الأغراض باختلافهما، فلا بدَّ من التعيين وتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد.

فأشكل عليه الشيخ بوجهين. قال:

إن كون الزوجين كالمعوضين إنما يصحَّ وجهاً لوجوب التعيين في النكاح لا لعدم وجوبه في البيع. مع أنَّ الظاهر أن ما ذكرنا من الوقف وإخوته كالنكاح... فلا بدَّ من وجه مطرد في الكل.

أقول:

إمَّا إشكاله الأول فيندفع:

بأن تعيين الطرفين في النكاح هو لعلَّة كونهما ركنين في العقد، فلولا تعيينهما لم يتم العقد، وهذا المعنى مفقود في البيع، فينتفي المعلول بانتفاء علَّته.

وأمَّا إشكاله الثاني فيندفع:

بأنَّ ذكر النكاح من باب المثال، وإلا فإنَّ الركنية في الهبة والوصية والوقف والوكالة موجودة كذلك، وما ذكر فيه جارٍ فيها بتنقيح المناط.

وأمَّا الوجه الثاني، فهو:

إن معنى قوله: بعثك كذا بكذا، رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، والمشتري

يطلق على المالك ووكيله. ومعنى قولها: زَوَّجْتُكَ نَفْسِي، رضاها بكونه زوجاً،
والزوج لا يطلق على الوكيل.

فأشكل عليه الشيخ بقوله:

إن معنى «بعتك» في لغة العرب... هو مَلَكَتْكَ بَعْوَضَ، ومعناه جعل المخاطب
مالكاً، ومن المعلوم أن المالك لا يصدق على الولي والوكيل والفضولي.

الأولى في الفرق

ثم قال الشيخ:

فالأولى في الفرق ما ذكرنا: من أَنَّ الغالب في البيع والإجارة هو قصد
المخاطب لا من حيث هو بل بالاعتبار الأعم من كونه أهلاً أو عن الغير. ولا ينافي
ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل. فتأمل. بخلاف النكاح
وما أشبهه، فَإِنَّ الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث أنه ركن للعقد.
أقول:

هذا الفرق هو الصحيح، فَإِنَّ الغالب في البيع هو المبادلة بين المالين،
ولا يلحظ شخص البائع والمشتري، بخلاف النكاح والوصية والوقف
وشبهها، فَإِنَّ الملحوظ فيها الأشخاص بأنفسهم، وقد تقدّم منا ذلك أيضاً.
وقد أشكل السيد على قوله: «ولا ينافي ذلك... فتأمل» قائلاً:

لعلّ الوجه أنه إذا كان الغالب في مثل البيع ما ذكر من قصد المخاطب
بالعنوان الأعم، فظهور إرادة المشتري الخصوصية يكون ملغى، ومع ذلك

فلوجه لمراعاته في مقام التنازع، وعدم سماع دعوى المشتري من جهته، فالمنافاة بين هذا الوجه وعدم سماع قول المشتري حاصلة، ولا وجه لمنعها، فتدبر.^(١)

والحق أن تأمل الشيخ إشارة إلى ما تقدّم منا من أن كاف الخطاب إنما تسقط عن الظهور في البيوع المتعارفة، وأما سقوط «تاء المتكلم» فلا دليل عليه، بل هو ظاهر في الأصالة. وبهذا يظهر وجه اندفاع كلام السيد رحمه الله.

قال الشيخ:

بل ربما يستشكل في صحّة أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الأصل، كما لو قال: «زوّجتك» مريداً له باعتبار كونه وكيلاً عن الزوج... ولعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها... بخلاف البائع والمستأجر. فتأمل حتى لا تنوهم رجوعه إلى ما ذكرنا سابقاً واعتراضنا عليه. أقول:

وما ذكره متين جداً، وتوضيحه:

إنه يلزم دائماً في استعمال الألفاظ رعاية القوانين المتبعة في المحاورات العامة، وكلّ لفظٍ أريد استعماله في غير معناه الحقيقي الموضوع له، فلا بدّ وأن يكون استعماله في المعنى المجازي الذي صحّ استعماله فيه في المحاورات عند عموم أهل اللسان وكان متعارفاً عندهم.

وعليه، فإن استعمال كاف الخطاب في البيع في الأعم من المعنى الحقيقي والتنزيل - كالوكيل - متعارف وشائع عند أهل اللسان في محاوراتهم. وأما في غير البيع، كالنكاح والوصية وشبههما من الموارد التي تلحظ فيها الأشخاص، فلا، حتى مع القرينة القطعية، لعدم كون ذلك شائعاً متعارفاً بين أهل المحاورة.

مسألة

اشتراط الاختيار

قال الشيخ:

ومن شرائط المتعاقدين: الاختيار، والمراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس، في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس، لا الاختيار في مقابل الجبر. أقول:

قد تقرّر سابقاً اشتراط قصد مدلول العقد، والكلام الآن في اشتراط الاختيار.

وليس المراد الإرادة والقصد المقابل للجبر، بل المراد قصد مدلول العقد ووقوع مضمونه عن طيب نفس، [١].

[١] ظاهر السيّد رحمه الله أنّ الصّادر من المكره ليس بعقد، فهو باطل لعدم شمول العمومات والإطلاقات له. وبعبارة أخرى: لا مقتضي للصحة في عقد المكره.

وذهب المحقق الخوئي^(١) إلى أن لعقد المكره اقتضاء الصحة كعقد غيره،

في مقابل الكراهة.

دليل هذا الشرط

وقد استدلل الشيخ لاعتبار الاختيار بوجوه، قال:

ويدل عليه - قبل الإجماع - قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١).

وقوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه^(٢).

وقوله عليه وآله السلام: في الخبر المتفق عليه بين المسلمين: رفع - أو وضع

لشمول آية الحل وآية الوفاء بالعقود له، غير أن كونه مكرهاً عليه هو المانع للأدلة الدالة على ذلك.

ونتيجة ذلك: أنه لو أمكن المناقشة فيما يستدل به للمنع، كان مقتضى القاعدة هو القول بصحة عقد المكره.

ويناقش: بأن الإطلاقات والعمومات المذكورة منزلة على ما عليه العقلاء في معاملاتهم، لوضوح أن الأدلة الواردة في أبواب المعاملات إمضائية وليست تأسيسية، فهي مقيدة بالسيرة العقلانية القائمة على عدم ترتيب الأثر على عقد المكره، كما أنها مقيدة بالحديث المعمول به عن رسول الله صلى الله عليه وآله من أن «الناس مسلطون على أموالهم».

(١) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٢) عوالي اللآلي ١١٣/٢ رقم: ٣٠٩.

- عن أمتي تسعة أشياء - أو ستة - ومنها: ما أكرهوا عليه^(١). وظاهره وإن كان رفع المؤاخذه إلا أن استشهد الإمام... [١].

[١] لم يتعرض السيد الجدل لكيفية الاستدلال بهذه الأدلة، وهذا شرح ذلك بنحو

الإجمال:

أما الإجماع، فقد قدم عليه الشيخ الآية والرواية، ولعله للتنبيه على عدم كونه الإجماع الحجة الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام.

وأما الآية، فتقريب الاستدلال بها: أن «الباء» سببية، والاستثناء محمول على الاتصال لأنه الأصل، فيكون التقدير: يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بسبب من الأسباب، فإنه باطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم.

وعقد المكروه ليس بتجارة عن تراض، فهو باطل.

فإن قيل: إنه إذا كان الشرط في صحة البيع هو الرضا، فإن من يبيع شيئاً من باب الإضرار - كأن يكون لدفع ضرر - فاقد للرضا كذلك، والحال أن معاملته صحيحة بالاتفاق.

فالجواب: فرق بين الإضرار والإكراه، لأنه في حال الإكراه يكون مكرهاً على البيع نفسه، بخلاف حال الإضرار، فإن العدو - مثلاً - يطالبه بالمبلغ الكذائي، وليس بمكروه له على البيع.

وبالجملة، فإنه فرق بين «الإكراه» و«الكره».

فإن قيل: إنه إن كان المستثنى هو التجارة فقط، يلزم تخصيص الأكثر.

(١) وسائل الشريعة ١٥ / ٣٦٩، كتاب الجهاد، أبواب جهاد النفس، الباب ٥٦ رقم: ١.

فالجواب: هذا إن كان التجارة هو خصوص البيع، وليس كذلك.

وأما حديث: لا يحلّ ... ، فتقريب الاستدلال به، أن المعنى: لا يحلّ لأحد أن يتملك أو يتصرف في مال المسلم إلا بطيب نفس منه.

ومن المعلوم أن المكروه لا طيب نفس له، فلا يحلّ التصرف في ماله المأخوذ منه، وإذا كان التصرف في ذلك محرماً، فالعامله باطلة.

وأما حديث الرفع، فتقريب الاستدلال به هو: إن الرفع في هذا الحديث وإن كان ظاهراً في المؤاخذه الأخروية، إلا أن استشهاد الإمام عليه السلام به في رفع بعض الأحكام الوضعية يشهد لعموم المؤاخذه فيه المطلق الإلزام بشئ:

ففي صحيحة البنظري عن أبي الحسن عليه السلام: في الرجل يستكره على اليمين، فيحلف بالطلاق والعناق وصدقة ما يملك. أيلزمه ذلك؟

فقال عليه السلام: لا. قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا.^(١)

قال الشيخ: والحلف بالطلاق والعناق وإن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، 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 المؤاخذه والعقاب الاخروي.

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٢٢٠ كتاب الأيمان، الباب ١٢ رقم: ١٢.

فإن قيل: إن الحلف على الطلاق والعناق باطلٌ وإن كان لا عن إكراه - كما ذكر - لكنَّ المانع عن تصريح الإمام عليه السلام بذلك والسبب في استدلاله بحديث الرفع، هو التقيّة. وإذا حملت الرواية على التقيّة لم يتم الاستدلال بحديث الرفع لرفع الأحكام الوضعية^(١).

فالجواب: إن التقيّة هي في تطبيق حديث الرفع على المورد، لا في بيان حكم المورد، وذلك لا يضرّ باستدلال الشيخ رحمه الله.

هذا، ولكنَّ الميرزا رحمه الله قرّب الاستدلال وقصر المسافة فقال:

وأما حديث الرفع فبناءً على ما بيّنا مفاده في الأصول من أنَّ الرفع رفع تشريعي ولا يحتاج إلى التقدير، فدلالته على المقصود واضحة، ولا يتوقّف التمسك به على ضمّ استشهاد الإمام على رفع أثر الحلف بالطلاق إذا كان الحالف مكرهاً، لما بيّنا من دلالة بنفسه مع قطع النظر عن الخارج. وعلى أيّ حال، المناقشة في الاستشهاد بحمل نفس الاستشهاد على التقيّة غير صحيحة لأنَّ الظاهر أنَّ الإمام في استشهاده بحديث الرفع بيّن الحكم الواقعي وإنّما اتقى في تطبيق الحديث على المورد ففي بيان الكبرى لا تقيّة، فبدل الحديث على رفع الآثار الوضعية كرفع الآثار التكليفيّة في حال الإكراه.

ونظير المقام ورد عن الصادق عليه السلام في قوله ذاك إلى الأمام، إن صمت صمنا وإن أفطرت أفطرتنا، فإنَّ الظاهر من هذا الحديث أنّه لم يتقّ في ثبوت الهلال بحكم إمام المسلمين بل في تطبيق الإمامة على المنصور الذي أمر الأمام بإفطار آخر يوم الصيام.

(١) حاشية المكاسب للمحقق إلامرواني.

مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المكره^(١). بضميمة عدم الفرق.
أقول:

هنا مقدمات:

الإخبار والإنشاء عبارة عن استعمال اللفظ في المعنى وإيجاده باللفظ، فتارةً: يكون الاستعمال كذلك بداعي الحكاية عما في نفس الأمر، واخرى: بداعي الإنشاء. وبعبارة اخرى: قولنا «بعت» لفظ مشتمل على المادة والهيئة، فالمادة تدلّ على المعنى الحدتي، والهيئة تدلّ على إسناد المادة إلى المتعلق، فإن قصد من استعماله الحكاية صار خبراً، وإن قصد منه الإيجاد صار إنشاءً.

كما أن الإشكال عليه: بأن مقتضاه بطلان البيع عن إضطرار مع عدم إمكان الالتزام به، غير وارد. لأن الحديث حديث ورد في مقام الامتنان، فلا امتنان في رفع أثر المعاملات الصادرة عن اضطرار. هذا مع أن الاضطرار إلى العاملة عبارة عما يكون نفس المعاملة اضطرارية، وأما إذا كانت العاملة ممّا يدفع بها الاضطرار، فلا يدلّ الحديث على رفعها، كما أنه لو كان الخطأ أو النسيان متعلقاً بأمر آخر غير نفس المعاملة وصدرت المعاملة عن عمد والتفات، فهذه لا ترتفع بالحديث.

وعلى أي حال، سواء قلنا برفع الآثار الوضعية أيضاً كرفع الأحكام التكليفية كما هو ظاهر استشهاد الأمام بالحديث أم لم نقل به، بأن يحمل نفس الاستشهاد على التقية، فعدم مضي المعاملة إذا كانت كراهية، لا إشكال فيه، لأن الأكره موجب لفقد الرضا، مع أن رفع الآثار الوضعية به في الجملة لا إشكال فيه. وتمام الكلام في الأصول^(٢).

(١) وسائل الشريعة ٨٦/٢٢، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٢) منية الطالب ١ / ١٨٤.

وأيضاً: فالإخبار والإنشاء تارةً يكونان بداعي الحقيقة، واخرى: بداعي التخيل فيكونان مجازاً.

وأيضاً: الإخبار والإنشاء الحقيقيان تارةً: يكونان عن رغبة وطيب نفس، واخرى: يكونان عن الإكراه، فهو يخبر عن الشيء أو ينشؤه عن إكراه. وبعد:

فإن الإكراه تارةً: يكون على نفس الشيء، كأن يقول: بعني وإلا قتلتك، واخرى: لا يكون على نفس الشيء، بل يكرهه على دفع مالٍ إليه فيبيع داره كي يعطيه، حتى يدفع عن نفسه ما أوعده عليه من الضرر، وثالثة: يبيع كتابه مثلاً ليشترى به طعاماً لعياله.

الكلام على الاستدلال بآية التجارة عن تراض

وعليه، فإن كان معنى قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ هو الرضا النفساني المقابل للكرهية، فالبيع الواقع منه في جميع الصور المذكورة باطل، لأن بيع داره أو كتابه في الصورتين الثانية والثالثة قد وقع عن كرهٍ منه ولم يكن عن شوقٍ ورغبة، فيكون باطلاً كما في الصورة الأولى. مع أن البيع فيهما صحيح إجماعاً.

وأما إن كان المعنى هو الرضا العقلاني، كان البيع صحيحاً في جميع الصور حتى الأولى، لوجود الرضا العقلاني فيها.

وبذلك ظهر عدم تمامية الاستدلال بالآية المباركة على بطلان بيع المكروه، لأن الغرض من البيع هو دفع ما أوعده عليه، وبيع الشيء لهذا الغرض المهم أمر عقلاني يصدر عن الرضا.

ولا يتوهم وجود الفرق بين الإكراه على بيع نفس الشيء دفعاً للضرر، والإكراه على بيع شيء مقدّم لدفع الضرر، لعدم الفرق في الكراهة الطبيعية بين الموردين.

وبعبارة أخرى:

إنه إن كان معنى الرضا في الآية هو الميل والرغبة الإنسانية، كان اللازم بطلان بيع داره لأداء دينه أو للإتفاق على عياله، لعدم الميل الطبيعي في ذلك، لكنّه ليس بباطل، فليس الرضا في الآية بالمعنى المذكور، فيكون المعنى هو الرضا العقلاني وإن كان مقروناً بالكراهة الطبيعية. هذا بالنسبة إلى الآية المباركة.

الكلام على الاستدلال بحديث لا يحلّ

وكذا الكلام في الاستدلال بحديث لا يحلّ، فإنّ كلّ ما ذكرناه في الآية المباركة آتٍ في هذه الرواية الشريفة.

وبالجملة، فإن من يبيع الشيء عن كره، تكون تجارته عن تراضٍ وطيب نفس، لأن عقله يحمله على البيع دفعاً للضرر، فالاستدلال بالآية المباركة والرواية الشريفة للبطلان، في غير محله.

الكلام على الاستدلال بحديث الرفع

نعم، يدلّ حديث الرفع على بطلان ما وقع عن الإكراه، مع كونه عن الرضا العقلاني، لأنّ رفع الموضوع تشريعاً يكون برفع حكمه.

والحاصل:

صحّة الاستدلال بحديث الرفع دون الآية المباركة، ورواية:

«لا يحلّ...».

هذا تقرير كلام بعض الأكابر على الاستدلال بالآية والرواية [١].

[١] وهذا نصّ كلام المحقّق الإصفهاني في هذا المقام:

إعلم أنّ الشّيء إنّما تتعلّق به الإرادة المحرّكة للعضلات، إذا كان فيه جهة ملائمة لقوة من القوى، فينقذ بسببها الشوق في النفس، فيتأكّد إلى أنّ يصير علّة تامة لحركة العضلات، وهذه الملائمة ربّما تكون بالإضافة إلى القوى الطبيعية، كقوة الباصرة في المبصرات، وقوة السّامعة للنعماّت، وقوة الذوق في المذوقات الطيبة وهكذا، وربّما تكون بالإضافة إلى القوة العاقلة، وربّما يجتمع فيه جهتان من الملائمة الطبيعيّة والعقليّة، كما أنّه ربّما تلائم القوة الطبيعيّة دون العقليّة كشرّب السكّنجبين للمريض، فإنّه يلائم القوة الذوقيّة وينافر القوة العاقلة، وربّما يلائم القوة العاقلة وينافر القوة الطبيعيّة كشرّب الدواء، فإنّه يلائم القوة العاقلة من حيث كونه دافعاً للمرض، وينافر القوة الذوقيّة لمرورتها، فإذا اشتد الشوق العقليّ وغلب على الكراهة الذوقيّة فلا محالة يشربه، وإلّا فيتركه، فما من فعل إرادي إلّا ويصدر إمّا عن شوق طبعي أو عن شوق عقلي، وليس الطيب والرضا ما وراء الإرادة ومبادئها، فالطيب طبعي تارة وعقلي أخرى، فالفعل الصّادر عن إكراه صادر عن طيب عقلي غالب على الكراهة الطبيعيّة وإلّا لما صدر.

صحة الاستدلال بما تقدّم

ويمكن الجواب عما ذكر بأن: كل فعل صادر من الإنسان فله علة غائية، ويكون تصوّرها هو الداعي لصدوره، وتلك الغاية قد تكون موافقة للرغبة الطبيعية وقد تكون مطابقة للميل العقلاني، وعلى كل تقدير، فإنه لا يلزم وقوع البيع عن الرغبة الطبيعية بل يكفي الميل العقلاني، لكنّ المهمّ هو أنّ العقلاء لا يفعلون الفعل إلا بداعي الحصول على الفائدة المترتبة عليه، والفائدة المترتبة على البيع قد يكون أداء الدين أو إعاشة العيال، وقد تكون التخلص من إكراه الظالم.

ثم إنّه من الواضح أنّ مناهضة صحة المعاملات لا ينحصر في الطيب الطبيعي، ضرورة أنّ البيع الذي دعت إليه الحاجة الضرورية صحيح، وإن كان مكروهاً طبعاً، بل ولو كان لدفع مال أكثر عليه، فإنّه لا شبهة في صحة البيع إذا كان لدفع ضرر الغير بدفع الثمن الذي أكثر عليه دفعه.

فيعلم أنّ المناط مجرد الطيب الأعم من الطبيعي والعقلي، فعقد المكروه غير فاقد لما هو موجود في غيره من الشرط وهو الطيب، وإنّما لا ينفذ لوجود المانع المفقود في غيره وهو كونه مكروهاً عليه، فالمناط هو الإكراه لا الكره.

وعليه، فلا يصح الاستدلال على فساده بقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ قَرَاضٍ﴾ أو «لا يحل إلا عن طيب... الخ» لوجود الرضا والطيب، بل الصحيح الاستدلال بمثل حديث الرفع وأخبار طلاق المكروه وأشباهاها.^(١)

وبعبارة أخرى: الدّاعي تارةً هو الفائدة المترتبة على نفس البيع،
 وأخرى: هو الجري على طبق الإكراه.
 فالآية والرواية دالتان على اشتراط أن تكون التجارة عن تراض بها بما
 هي تجارة، لا على اشتراط الرضا في أمر آخر تكون التجارة مصداقاً له،
 والبيع عن إكراه ليس تجارةً بما هي تجارة.
 فالاستدلال تام والإشكال مندفع.

الاستدلال بما ورد في طلاق المكره

وأما الاستدلال بما ورد في طلاق المكره لبطلان بيع المكره، فلعدم
 الفصل، ومن تلك النصوص:
 عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن طلاق المكره
 وعتقه.

قال: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق.
 فقلت: إني رجل تاجر أمر بالعشّار ومعني مال.
 فقال: غيّبه ما استطعت وضعه مواضعه.
 فقلت: فإن حلفني بالطلاق والعتاق.
 فقال: إحلف له...^(١)

وعن يحيى بن عبدالله بن الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال:
 «لا يجوز الطلاق في استكراه...»^(٢)

(١) وسائل الشيعة ٢٢ / ٨٦، كتاب الطلاق، الباب ٣٧ رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢ / ٤٦، كتاب الطلاق، الباب ١٨ رقم: ٦.

وعن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السّلام: «لو أنّ رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسلطان، فقهره حتّى يتخوّف على نفسه أن يعتق أو يطلق ففعل، لم يكن عليه شيء»^(١)

قول جماعة بأنّ المكره غير قاصد لمدلول اللفظ

قال الشيخ:

ثمّ إنه يظهر من جماعة - منهم الشهيذان - أنّ المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله... وليس مرادهم أنّه لا قصد له إلّا إلى مجرّد التكلّم... فالمراد بعدم قصد المكره عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج...

ثمّ إنه استشهد بأمور، كحكمهم بعدم وجوب التورية في التفصي عن الإكراه، وصحّة بيعه بعد الرضا، واستدلالهم له بالأخبار الواردة في طلاق المكره (قال): وغير ذلك مما يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع وعدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام.

الكلام حول ما ذكره الشيخ

أقول:

وهذا الكلام يناقض بظاهره ما تقدّم منه من أنّ المراد من الاختيار هو «القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس «في مقابل الكراهة». وقال

(١) وسائل الشيعة ٨٦/٢٢، كتاب الطلاق، الباب ٣٧، رقم: ٢.

أيضاً: «فالمراد بعدم قصد المكره: عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج». ولذا قال السيد: هذا ما وعدنا من كونه مناقضاً لما ذكره في أول العنوان من أنه قاصد لوقوع المضمون إلا أنه لا بطيب النفس، فلا تغفل. والحق ما قلنا من أن مراده عدم الرضا. فتدبر^(١)

ورفع المحق الخراساني المناقضة بأن علق على قول الشيخ: «هو القصد إلى وقوع أثر العقد» بقوله:

أي القصد إلى وقوعه شرعاً لو كان ملتفتاً إلى اعتبار الطيب في تأثيره، وأما القصد إلى وقوعه عرفاً والتوسل بإنشاء مضمونه إلى تحققه كذلك مما لا بد منه في تحقق العقد، ولا يكاد يكون إنشاء مضمون عقد بدون هذا القصد.^(٢)

أقول:

إنه لا يمكن المساعدة على هذا الكلام، لوضوح أن بيع المكره لا يترتب عليه الأثر مطلقاً حتى من أهل الديانات الاخرى، فلا معنى لأن يكون مراد الشيخ ما ذكره.

وقال الميرزا الاستاذ:

مراد الشيخ هو أن ظاهر حال من يقول «بعت» أن يكون عن طيب نفس،

(١) حاشية المكاسب ٥٠ / ٢.

(٢) الحاشية على المكاسب: ٢٧ - ٢٨.

وهذا الظهور مفقود في بيع المكره^(١).

والأصل في هذا الكلام هو المحقق النراقي، إذ قال بأن ظاهر حال المتكلم كونه قاصداً لمعنى كلامه، وهذا الظهور منتفٍ عن المكره^(٢). والإنصاف أن تفسير كلام الشيخ إذ قال: «فالمراد بعدم قصد المكره عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج، وأن الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج» وقال أيضاً: «المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد ومضمونه في الواقع وعدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام» بما ذكره الميرزا الاستاذ، غير صحيح.

والذي أراه ارتفاع التناقض بالنظر إلى ما أفاده الشيخ رحمه الله في أوائل الكتاب، من أن لفظ البيع ظاهر فيما هو المؤثر في الملكية. وهذا هو المعنى الحقيقي له. (قال) وعليه، فلا مجال للتمسك بإطلاق «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» لنفي شرطية أو مانعية شيء، وإنما يتمسك بالإطلاق المقامي، لأنه لما كان يخاطب العرف، فلا يقصد من «البيع» إلا ما يراه العرف بيعاً. وقد ذكرنا هناك أن هذا إنما يتم بناءً على كون الملكية أمراً واقعياً، فيكون «البيع» موضوعاً للملكية الواقعية. وحينئذ يفسر كلامه هنا: بأن المكره قد أنشأ البيع وقصد المدلول ولكنه لا يقصد ترتب الملكية الواقعية على إنشائه.

(١) منية الطالب ١/ ١٨٦.

(٢) مستند الشيعة ٢/ ٣٦٤.

وبذلك يرتفع التناقض.

كما أن التناقض يرتفع بما تقدّم منّا من أنّ البيع الصادر من المكره ليس مصداقاً للتجارة عن تراض، بل إنّما يبيع من أجل التخلّص من الوعيد، فهو غير قاصدٍ لوقوع مضمون البيع بالمعنى المذكور خارجاً. وتوضيحه على مسلكنا هو:

إنّ الملكية ليست من الأمور الواقعية، بل هي أمر اعتباري قائم بنظر المعترف، فالبايع يعتبرها بما أنه أحد العقلاء، ثم إنّ الشارع قد يعتبر على طبق اعتبارهم وقد لا يعتبر، ولذا قلنا في محلّه: إن ما ذهب إليه المشهور - من أنّ للملكية واقعية، ونظر الشارع والعقلاء طريق إليها، والشارع إذا رأى فساد العقد في موردٍ فهو يخطئ العقلاء في نظرهم واعتبارهم - غير صحيح، وكذا قولهم بالآية العقود.

فالبيع موضوع لإنشاء التمليك، وهو حقيقة في الإنشاء الصادر من المالك، والتمسك بالإطلاقات اللفظية تام بلا إشكال.

وعلى ما ذكرنا، فالقول بأن المكره غير قاصد لتحقيق مضمون العقد في الخارج، غير صحيح، لأنّه قاصدٌ له ومعتبرٌ للملكية، وليس هناك خارج ما وراء نفس المعترف، غير أنّه يريد التخلّص من الإكراه ولا يقصد التجارة، وهذا وجه الاستدلال بالآية والرواية لعدم صحة العقد الواقع منه.

وعلى الجملة، فإن التناقض يرتفع بالنظر إلى كلام الشيخ سابقاً على مسلك المشهور والمختار عنده، بحسب ما بيّناه، لكنّ المبنى غير صحيح. ويرتفع على مسلكنا في حقيقة الملكية، على ما أوضحناه.

كما ظهر أيضاً صحّة الاستدلال بالآية والرواية على بطلان عقد المكره واندفاع ما أورد عليه.

والحاصل هو أنّنا نوافق الشيخ فيما أفاد، إلّا في حقيقة الملكية، وسيأتي مزيدٌ من التوضيح لذلك إن شاء الله.

حقيقة الإكراه

قال الشيخ:

ثم إن حقيقة الإكراه لغةٌ وعرفاً...

أقول:

ذكر للإكراه أربعة شروط:

أحدها: حمل الغير على ما يكرهه. أي: يكون إكراه لا كره، فيخرج ما إذا باع لأداء دينه مثلاً، فإنه مكروه له، ولكن لم يحمله أحد على ذلك. والمراد من «الغير» هنا غير الحاكم الشرعي، كما لو حكم على المفلس ببيع أمواله ليدفع حق الغرماء، أو على أحد المترافعين فامتنع من عليه الحق فأكرهه على دفع الحق، أو على المرتتهن الممتنع، أو على المحتكر حيث يكرهه على بيع الطعام، ففي جميع هذه الموارد إكراه لكن البيع صحيح. فالمراد من الحامل هو المكره الذي لا ولاية له.

وهل المراد من المكره من له وجود واقعي أو الأعم منه والوجود الاعتقادي؟ فلو قيل له كذباً: أنّ السلطان يأمر بك ببيع دارك وإلّا فعل بك كذا، فباع معتقداً صدق الخبر، هل يعتبر بيعه باطلاً؟ فيه إشكال، من عدم وجود

الرّضا، فلا يشملُه آية التجارة ورواية لا يحلّ ما امرئ إلا بطيبة نفسه، ومن عدم شمول حديث الرفع له، لعدم كونه مكرهاً في الواقع.

الثاني: إقتران الحمل بالوعيد من المكره، فلو حمّله على البيع قائلاً: إن لم تبع دارك خربت بالزلزلة، أو إن لم تبع متاعك تتضرر، وأمثال ذلك، لم يصدق الإكراه الموجب لبطلان البيع.

فإن قلت: لم لا يكون باطلاً وهو غير راضٍ بالبيع، فلا تشملُه الآية والرواية؟

قلت: المناط أن يكون راضياً بالتجارة بما هي تجارة، ولا يبعد صدق ذلك إن كان الإكراه لا من الحامل.

الثالث: أن يكون الوعيد مظنون الترتّب على ترك الفعل، والمراد من ذلك هو الظنّ النوعي وإلا فلا شبهة في كفاية الخوف العقلاني.

الرابع: أن يكون الوعيد مضرّاً بحال الفاعل أو متعلقه نفساً أو عرضاً أو مالا، فلو أوعدّه على ما لا يضرّه كذلك، أو أوعدّه على فوٍتٍ نفع منه، لم يكن بيعه باطلاً.

وأضاف السيّد قيّداً خامساً، فقال:

لا بدّ في صدق الإكراه من كون الضّرر المتوعّد به ممّا لم يكن مستحقّاً عليه... فلو قال: إفعل كذا وإلا قتلتك قصاصاً، وكان مستحقّاً له عليه، أو وإلا طالبتك بالدين الذي لي عليك. ونحو ذلك، لا يصدق عليه الإكراه.^(١)

ولكن الظاهر عدم الحاجة إليه، لأن اقتضاء القصاص ومطالبة الدين موجود، فيكون ترك البيع سبباً لفعليّة المطالبة، وفي ذلك فوات للنفع لا الوقوع في الضرر.

هل يعتبر عدم إمكان التفصي؟

قال الشيخ:

ثم إنه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب ضرراً آخر كما حكى عن جماعة أو لا؟ أقول:

هل عدم إمكان التفصي عن الضرر، بدفعه بشفاعة شفيح - مثلاً - فلا يبيع أصلاً، أو بإيجاب البيع الصوري توريةً، كأن يقصد الإخبار لا الإنشاء مثلاً، شرط آخر من شروط تحقق الإكراه كما عن جماعة كالشهيد الثاني والمحقق النراقي أو لا؟

شرح كلام الشيخ

ولنشرح كلام الشيخ ثم ننظر في المسألة.

قال: الذي يظهر من العمومات والإطلاقات كحديث الرفع ونحوه وفتاوى الأصحاب، عدم اعتبار العجز عن التورية، لأن حمل عموم رفع الإكراه وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه - كالرواية في

أَنْ يَحْلِفَ كَذِباً^(١) - ومعاقدة الإجماعات والشهادات المدعاة في حكم المكروه، على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة، بعيد جداً.

قال: بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد، كرواية قضية عَمَّار وأبويه رضوان الله عليهم، حيث أكرهوا على الكفر فأبى أبواه فقتلوا، وأظهر لهم عَمَّار ما أرادوا، فجاء باكياً إلى رسول الله صَلَّى الله عليه وآله، فنزلت الآية ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْثَرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾^(٢). فقال له رسول الله: إِنْ عَادُوا فَعَد^(٣)، ولم يَنْبَهِه على التورية.

قال: مع إمكان دعوى أَنَّ القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفاً.

قال: وربما يستظهر من بعض الأخبار: عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية أيضاً في صدق الإكراه، مثل رواية ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أبو عبدالله: لا يمين في غضب ولا في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في إكراه.

قال قلت: أصلحك الله فما فرق بين الجبر والإكراه؟

قال عليه السلام: الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب، وليس ذلك بشيء^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٢/ ٨٦، الباب ٣٧ من أبواب الطلاق.

(٢) سورة النحل: ١٠٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٦/ ٢٢٥، كتاب الأمر والنهي، الباب ٢٩، رقم: ٣.

(٤) وسائل الشيعة ٢٣/ ٢٣٥، كتاب الأيمان، الباب ١٦، رقم: ١.

وجه الاستدلال:

إن الجبر من السلطان لا يقبل التخلّص، لكنّ الإكراه من الزوجة والأم والأب يمكن التخلّص منه عادةً، ومع ذلك عبّر عنه الإمام بالإكراه، فهو ظاهر في صدق عنوان الإكراه مع إمكان التخلّص.

ثم قال:

لكنّ الإنصاف: إن وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقّق إلا مع المعجز عن التفصّي

بغير التورية...

أي: إنه إن أمكنه التخلّص من الضّرر بغير التورية، كأن يستعين بشخص يكون شفيعاً عند الحامل المكره مثلاً، فترك ذلك وأقدم على البيع كما حمّله المكره عليه، كان البيع صحيحاً، لأنّه يعتبر في البيع الإكراهي أن يكون الداعي عليه خوف ترتب الضّرر المتوعّد به على ترك البيع، ومع القدرة على التفصّي لا يكون الضّرر مترتباً على ترك المكره عليه بل على تركه وترك التفصّي معاً، فدفع الضّرر المتوعّد به يحصل بأحد الأمرين: من فعل البيع المكره عليه والتفصّي، فهو مختار في كلّ منهما، ولا يصدر كلّ منهما إلا باختياره، فلا إكراه. فلا يكون البيع باطلاً.

قال:

وليس التفصّي من الضّرر أحد فردي المكره عليه... لأنّ الفعل المتفصّي به مسقط عن المكره عليه لا بدّل له، ولذا لا يجري أحكام المكره عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

وهذا منه دفع توهم، فلو كان التفصّي بغير التورية من الضّرر أحد فردي

المكره عليه، لوقع كل من التفصّي والبيع مكرهاً عليه، فيبطل البيع إن اختاره، لكنّ الفعل المتفصّي به ليس بديلاً عن البيع، بل هو رافع لموضوع الإكراه على البيع، فلو باع مع ترك التفصّي كان مختاراً فيه فلا يقع باطلاً.

لكنّ هنا توهم آخر، وهو أنه إذا كان ترك التفصّي مع التمكن منه مؤدياً إلى صحّة البيع، فليكن ترك التورية كذلك، فلماذا الفرق؟

فقال:

وما ذكرنا وإن كان جارياً في التورية، إلا أنّ الشارع رخص في ترك التورية بعد عدم إمكان التفصّي بوجه آخر، لما ذكرنا من ظهور النصوص والفتاوى، وبعد حملها على صورة العجز عن التورية. مع أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه، خصوصاً في قضية عمّار...

وعلى الجملة، فالفارق هو النصوص.

لكنّه رجع عن ذلك:

قال:

لكنّ الأولى أن يفرّق بين إمكان التفصّي بالتورية وإمكانه بغيرها، بتحقيق الموضوع في الأول دون الثاني...

يعني: إنّ المناط هو أن يقوم المكره بفعل يكون سبباً لأنّ يعتقد المكره بأنّه قد فعل ما أكره عليه ولم يمتنع منه، وذاك الفعل إمّا البيع حقيقة أو صورةً بالتورية، وكلّ منهما لو وجد فقد وجد عن إكراه، فلو باع بيعاً حقيقياً - مع

إمكان التورية - فهو أحد الأمرين المكروه عليهما، فموضوع الإكراه مع إمكان التورية موجود، لكنّه مع إمكان التخلص بغير التورية غير متحقّق. هذا تمام شرح كلام الشيخ.

التحقيق في المقام

ولنذكر قبل بيان الحقّ في المقام مقدّمات:

١- إنّ التجارة عبارة عن إنشاء البيع بقصد التملك، فلو أنشأ بلا قصد فتلك صورة التجارة.

٢- إن إنشاء خفيف المؤنة، فالإنسان قد ينشئ التمني أو الترجي أو الإستفهام لقلقة لسانٍ وبلا حقيقة، ويُنشئ الأمر وليس عنده إرادة حقيقةً للمأمور به، وذلك، لأنّ الإنشاء نحو من أنحاء استعمال اللفظ، فقد يكون بداعي حقيقة الأمانة في النفس فيقول: ليت، وقد لا يكون، وهكذا في الترجي والإستفهام والأمر والنهي.

٣- إنما يمكن الإكراه على فعل الإنسان، أمّا الامور الباطنية - كالشوق والحب والإرادة والتصور والفكر - فلا يعقل الإكراه عليها.

فعلى هذا: لو أكره على البيع، فهو يريد من المكروه إنشاء البيع بقصد التملك، لكنّ الذي يقع في حيز الإكراه هو الإنشاء، وأمّا كونه بقصد التملك فلا، فهو بالنسبة إلى القصد الباطني ليس مكروهاً عليه، وحيثنذ، يتحقّق التخلص من الإكراه بصرف الإنشاء، وأمّا الزائد عليه فليس بمكروه عليه.

٤ - المناطق في المعاملات هو الرضا الأعم من الطبيعي والعقلاني، ولذا يصح البيع لغرض إعاشة العيال وأداء الدين، وهذا هو المراد من آية التجارة ورواية لا يحل... إنما الكلام في أن الرضا العقلاني يكون منشأ لإنشاء البيع فقط أو لقصد التمليك أيضاً؟ إنه لا وجه لأن يكون منشأ لقصد التمليك، لأن قصد التمليك لم يدخل في حيز الإكراه، فلا معنى لأن يقال بأن التخلص من الإكراه يدعو إلى قصد التمليك.

٥ - لا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون قصد التمليك هو اعتبار الملكية من البائع أو أنه إيجاد للملكية الواقعية، فلا يتعلق به الإكراه، سواء كانت الملكية أمراً اعتبارياً أو حقيقةً واقعياً.

إذا عرفت ما تقدم، فنقول:

لو أنشأ الإنسان البيع من دون أن يقصد التمليك حقيقةً، فقد أوجب صورة التجارة، ولم يوجد حقيقة التجارة، فهو نظير ما إذا قال ليت كذا ولعل كذا من دون أن يكون متمنياً أو مترجياً حقيقةً، وما إذا أمر بشيء امتحاناً، فإنه صورة الأمر وليس بأمر.

وعليه، فإن التمكّن من التخلص بالتورية أو بوجه آخر، إنما يرتبط بإنشاء البيع، وأما من لم يقصد حقيقة التمليك فلا يختلف الحال بالنسبة إليه، لأن من يقدر على عدم إيجاد البيع الحقيقي لا يحتاج إلى التخلص من الضرر لا بالتورية ولا بغيرها، لأن المفروض تخلّصه من ذلك بإنشاء البيع صورةً.

والحاصل: إن دخل عدم التمكّن من التخلص بالتورية في حقيقة الإكراه، يرجع إلى حيثية إنشاء البيع، فإنه إن أمكنه ذلك لم ينشئ البيع، وأما

دخل عدم التمكن منه في قصد التمليك الذي هو البيع حقيقةً فلا، والبحث عن ذلك فيه لغو.

فإن قلت:

إن كان إنشاء البيع بلا قصدٍ للتمليك بيعاً صورياً، فكيف تقولون بأنه إن رضي بعد ذلك ترتب الأثر عليه؟

قلت:

قد ذكر الشيخ في المباحث الآتية إيراداً وأجاب عنه: بأن العقد الواقع عن الإكراه لا ينقلب عملاً وقع عليه، إلا أن الرضا اللاحق يؤثر في النقل والانتقال.

وتوضيحه: أنا في البيع نحتاج إلى أمرين، أحدهما: الإنشاء، والآخر: قصد التمليك، فلو أنشأ مكرهاً ثم رضي بذلك، فإن رضاه هو قصد التمليك، وبذلك يتم النقل والانتقال.

فإن قلت:

كان الإنشاء عن إكراه، فكيف يكون مؤثراً بتعقب الرضا؟

قلت:

حديث الرفع امتناني، وعدم تأثير الإنشاء مع مجئ الرضا الباطني وقصد التمليك جداً بعده، خلاف الامتنان.

وتلخص:

إن من الممكن التخلص من الضرر بعدم قصد التمليك، أعم من إمكانه بالتورية أو بوجهٍ آخر.

ثم اعلم، أن الأثر هو للمقيّد والقيد، أي: إنشاء البيع بقيد أن يكون بقصد التملك، فالمركب بما له من الوحدة التركيبية هو ذو الأثر، والمركب من الداخل والخارج خارج.

وعليه، فإذا أنشأ البيع وقصد التملك لدهشة غافلاً عن إمكان التورية، وعن إمكان عدم قصد التملك، فقد وقع عن الإكراه، ولا يكون بيعه تجارة عن تراض.

عدم اعتبار العجز في الإكراه الرفع لأثر المعاملات

قال الشيخ:

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الإكراه المسوّغ للمحرّمات، ومناطه توقّف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه. وأمّا الإكراه الرفع لأثر المعاملات، فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة، وقد يتحقّق مع إمكان التفصي...

أقول:

قد فرّق الشيخ في مناط الإكراه بين المحرّمات والمعاملات، فلو أكره على شرب الخمر، وكان بإمكانه أن يتخلّص منه بأن يسكب الخمر على بدنه مثلاً، فيتخيّل المكروه أنه شربه، وجب عليه ذلك ولم يكن معذوراً لو شرب، فالإكراه إنما يسوّغ المحرّمات فيما إذا عجز عن التفصي وتوقّف دفع الضرر المتوعّد به على ارتكاب المكروه عليه.

وأما الإكراه الرفع لأثر المعاملات (قال): فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة، وقد يكون مع إمكان التفصي

ثم إنه ضرب لذلك مثلاً، قال:

مثلاً: من كان قاعداً في مكان خاص خالٍ عن الغير متفرغاً لعبادة أو مطالعة، فجاءه من أكرهه على بيع شيء مما عنده، وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره وهو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له في الخارج خدَم يكفونه شر المكره، فالظاهر صدق الإكراه حينئذٍ، بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء.

بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، وتوقف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمه بدفعه وطرده، فإن هذا لا يتحقق في حق الإكراه، ويكذب لو ادّعاه، بخلاف الأول إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل.

أقول:

تارة: التفصي بالامر الخارجي يؤدي إلى أن يرفع المكره اليد عن إكراهه، واخرى: يؤدي إلى أن لا يتمكن المكره من أعمال ما توعد به. وبين الصورتين فرق، ففي الاولى يرتفع موضوع الإكراه، وفي الثانية لا يترتب ما توعد به.

أمّا في الاولى، فما دام لم يتحقق التخلص لم يرتفع الإكراه، وإمكان رفع الموضوع لا يرفعه، فلو وقع البيع في هذه الحالة فقد صدر عن الإكراه. وأمّا في الثانية، فإنه لو لم يبادر إلى التخلص مع إمكانه وأراد البيع في هذه الحالة، لم يكن بيعه عن إكراه.

هذا، ولكن كل هذا البحث صغروي، ولذا نقول:

تارة: التخلص ممكن وهو عقلائي ولا مانع له عنه، واخرى: يوجد المانع عن التخلص إما طبيعياً وإما عقلياً. ففي الصورة الثانية، ليس التمكن

من التخلّص مانعاً عن صدق عنوان المكره عليه على بيعه، وفي الصّورة الاولى، يكون التمكن من التخلّص مانعاً عن كون بيعه إكراهياً.

وبعبارة أخرى: قولنا: بيع المكره باطل، هو في صورة البيع جرياً على الإكراه، وأمّا وقوع البيع في ظرف الإكراه، فليس بمبطل له.

والحاصل: إنه يعتبر في الحكم ببطلان البيع أمران: وجود الإكراه ووقوع البيع جرياً عليه، وإلا فلو باع باختياره في ظرف الإكراه لم يكن باطلاً. فإذن، إذا كان التخلّص عقلياً وموافقاً لطبعه، وأقدم على البيع تاركاً للتخلّص، كان البيع صحيحاً، لظاهر الحال، ولذا لو ادّعى أنه لم يقصد التملك كذب في دعواه وأخذ بظاهر حاله، وأمّا إن لم يكن عقلياً أو كان له محذور طبعي عنه، فإنّ التمكن منه غير مانع عن كون بيعه إكراهياً.

قال الشيخ:

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور في الرواية، والرافع لأثر المعاملات هو الإكراه الذي ذكر فيها أنه قد يكون من الأب والولد والمرأة. والمعيّار فيه عدم طيب النفس فيها...

أي: إن الأحكام الشرعية التكليفية هي الحدود الإلهية، ويجب رعايتها ومراقبتها والمحافظة عليها، فلا يجوز المخالفة لشيء منها إلا إذا أُجبر عليها الإنسان، أو اقتضت الضرورة ذلك. وأمّا الأحكام الوضعية، فهي مرتبطة بنظم الاجتماع وحال الناس، وقد رفع ما استكره عليه منّة على العباد، ولذا قال عليه السلام في جواب ابن سنان: الجبر من السلطان، والإكراه من... ولا شيء في ذلك...

فالجبر هو المسوّغ في المحرّمات، والرافع للأثر في المعاملات هو الإكراه.

قال الشيخ:

فقد تلخّص مما ذكرنا: أنّ الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي.

أي: إنّ النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق، وعطف «ما اضطرّوا إليه» على «ما استكروهوا عليه» في حديث الرفع، من قبيل عطف الخاصّ على العام، لأنّ «ما استكروهوا» أعمّ من الجبر والإلجاء، و«ما اضطرّوا» خاصّ بالضرورة.

قال:

ولو لوحظ ما هو المناط في رفع كلّ منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه، كانت النسبة بينهما العموم من وجه. لأنّ...

أي: لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو الضّرورة، وهو أعمّ من أن يكون من الغير أو لا، كالجوع والعطش، والمناط في رفع الحكم الوضعي هو عدم طيب النفس، وهو أعمّ من أن يكون هناك ضرورة أو لا.

ولكنّ النسبة بين المنطين بالنظر الدقيق هو التباين، لأنّ المناط ما ينشأ الحكم من ناحيته، والضّرورة في المحرّمات مناط ارتفاع الحرمة، واقتراح الإكراه بها من قبيل اقتراح ما ليس بمناطٍ بالمناط. أمّا في المعاملات، فالأمر بالعكس، إذ لو اقترنت الضّرورة بعدم طيب النفس، لم يكن لها - أي للضرورة - أثر، بل المناط مجرد عدم طيب النفس.

وتلخص من جميع ما ذكرنا:

إن وجه بطلان بيع المكره هو: أن آية التجارة دلت على انحصار المعاملة الصحيحة بالتجارة عن تراض، فلا بد من قصد التمليك مع الرضا وطيب النفس، وحيث يريد التخلص من الضرر بالبيع، لا يكون المقصود هو التجارة عن تراض، لأن المتحقق منه هو المعاملة من أجل التخلص من الضرر المتوقع به، سواء لم يقصد التمليك أو قصده عن كره. نعم، لو أمكنه عدم قصد التمليك وكان ملتفتاً إلى ذلك فباع قاصداً، لم يصدق عليه عنوان الإكراه، وأما إذا لم يكن ملتفتاً أو كان مندهشاً فهو صادق كما لا يخفى.

ثم إن ارتفاع الضرر إما بالتخلص أو بالبيع، فيكون ترتب الضرر بترك أحد الأمرين، ولكن، لو كان عنده محذور عقلائي أو طبعي عن التخلص، صدق عليه أنه باع مكرهاً، أما لو لم يكن عنده محذور عن ذلك ولم يقدم عليه، كان ظاهر حاله الرضا بالبيع، فلو ادعى عدم الرضا لم يقبل منه.

لو أكره على أحد الأمرين

قال الشيخ:

إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه، فكلّ منهما وقع في الخارج لا يتّصف بالتحريم، لأنّ المعيار... أما لو كانا عقدين أو إيقاعين... فقد استشكل غير واحد... لكنّ المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال... وإن كان الأقوى...

أقول:

قد اتَّفَق الكلُّ على أنه لو أكره على أحد المحرِّمين لا بعينه، فكلُّ من المحرِّمين وقع في الخارج لا يتَّصف بالحرمة، لأن المعيار في رفع الحرمة دفع الضرر المتوَعَّد به المتوقف على فعل أحد الأمرين لا بعينه.

وأما لو أكره على أحد العقدين، كما لو أكره على أحد البيعين، أو الإيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد استشكل بعضهم في أن ما يختاره من الخصوصيتين بطيب نفسه ويرجِّحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه، هل يصدق عنوان المكروه عليه باعتبار الجامع المشترك أم لا؟ وعن العلامة في القواعد الحكم بوقوع الطلاق وعدم الإكراه^(١).

والحاصل: وجود الخلاف في المعاملات، وعدم وجوده في المحرِّمات.

قال الشيخ: لكن المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال، من جهة مدخلية طيب النفس في اختيار الخصوصية.

ثم وافق جماعة في أن الأقوى تحقُّق الإكراه لغةً وعرفاً، والبرهان على ذلك هو: أنه يكره على إيجاد فعلٍ في الخارج، وكلُّ شيء ما لم يوجد لم يتشخَّص، فإذا تحقَّق أحد الفردين ووجد خارجاً، كان مكروهاً عليه لا محالة. نعم، الفرد المتحقِّق خارجاً مركَّب من الجهة الاختيارية وهي حيثية الخصوصية، والجهة الإجبارية وهي الحيثية المشتركة. ثم قال:

(١) قواعد الأحكام ٥١/٢.

وتظهر الثمرة فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة، فإنه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك...

فالأثر المترتب على الخصوصية، لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك بين الأمرين، الذي ليس بمحرّم أو ليس له أثر أو له أثر لا يرتفع بالإكراه. فهنا ثلاثة موارد، وقد ضرب لكلّ مثالاً:

الأول: لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، فالقدر المشترك هو الشرب وهو ليس بمحرّم، لكنّ إحدى الخصوصيتين مباحة والآخرى محرّمة، فلو اختار خصوصية الخمر لم يرتفع تحريم الخمر، لأنه مختار فيه، وإن كان مكرهاً في القدر المشترك أي الشرب.

والثاني: لو أكرهه على بيع صحيح كبيع الكتاب أو فاسد كبيع آلة لهو، فإنه لا يرتفع أثر الصحيح وهو وقوع البيع، لأنه مختار فيه، وإن كان مكرهاً في الجنس ولا أثر له وهو البيع.

والثالث، قال:

ومن هنا يعلم أنه لو أكره على بيع مالٍ أو إيفاء مالٍ مستحق، لم يكن إكراهاً، لأن القدر المشترك بين الحق وغيره إذا أكره عليه لم يقع باطلاً...

وقد استدلل له السيّد بالخبر عن محمّد بن الحسن الأشعري قال: كتب بعض موالينا إلى أبي جعفر عليه السّلام معي: إن امرأة عارفة أحدث زوجها فهرب من البلاد، فتبع الزوج بعض أهل المرنّة، فقال: إمّا طَلّقت وإمّا رددتك. فطلّقها، ومضى الرجل على وجهه، فما ترى للمرأة؟

فكتب بخطه: تزوّجي يرحمك الله»^(١).

قال السيّد:

بحمله على ما إذا كان يجب عليه الرجوع، أو كان الغرض الردّ لأخذ النفقة أو نحو ذلك.^(٢)

ثم قال الشيخ:

ولو أكرهه على بيع مالٍ أو أداء مالٍ غير مستحق، كان إكراهاً، لأنه لا يفعل البيع إلاّ فراراً من بدله أو وعيده المضرّين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر... والفرق بين المثالين هو: أنّ الضّرر المترتب في الأوّل دنيوي وفي الثاني أخروي، لكنّ الأمر دائر في الثاني بين المباح والمحرم، فهو خارج عن الغرض.

النظر في كلام الشيخ

أقول:

كان ما تقدّم شرح كلمات الشيخ رحمه الله، وقد ذكر خمسة أمثلة، ولا يخلو كلامه من خلط. و توضيح ذلك:

تارة: يكون الإكراه على الجامع والكلّي الحقيقي، كأنّ يكره على بيع الدار وهو يملك دارين. واخرى: يكون الإكراه على بيع هذه الدار أو تلك، فيحتمل أن يكون الإكراه على بيع كلّ منهما في ظرف عدم بيع الاخرى، أو يكون على بيع كليهما مع رفع اليد عن الإكراه على بيع كلّ منهما، أو يكون على الجامع الانتزاعي وهو أحدهما.

(١) وسائل الشيعة ٥٧/٢٢، كتاب الطلاق، الباب ٢٦ رقم: ٤.

(٢) حاشية المكاسب ٥٩/٢.

وقد ذكرنا في بحث الواجب التخييري أنه قيل في تعريفه: أن الملاك في كل من الفردين يضاد الآخر، فإذا تعلّق بكلّ أمر ولا يمكن الجمع بينهما كان الواجب تخييرياً. فأوردنا عليه: بأنه لو كان هكذا يلزم لغوّة كليهما، وإذا ترك كليهما استحقّق العقابين. وقيل: كلّ منهما واجب ووجوبه مشروط بترك الآخر. فأوردنا عليه باستحقاق العقابين بترك كليهما. وقيل: الواجب هو أحدهما لا بعينه. قد أوردنا عليه بأنه غير معقول. وقيل: بأن الواجب هو الجامع الانتزاعي، وهو أحدهما... وأوردنا عليه بأنه غير معقول كذلك. [١]

وكان المختار بأنه: مصلحتان ملزمتان، وفي قبالتها مصلحة أخرى - هي مصلحة التسهيل - منعت عن وجوب كليهما.

وبالجملة، فرق بين الإكراه على الكلّي الحقيقي، والإكراه على الأفراد بنحو التريد.

وأيضاً، فرق بين أن يكون للجامع بين الأفراد أثر بما هو جامع، وأن يكون الأثر للأفراد، إمّا منها أو لأحدها.

وأيضاً، قد يكون للكلّي أثر ولأحد الفردين أثر أكثر، كأن يكرهه على البيع أو الشهادة بالزور، أو يكرهه على شرب النجس، ويدور الأمر بين الماء النجس والماء النجس المغصوب، أو يكرهه على شرب النجس أو الشهادة بالزور.

[١] قد ذكرنا أقوال المحقّقين الخراساني والإصفهاني والنائيني والعراقي وأقوالاً

أخرى في تعريف الواجب التخييري في الجزء الثالث من كتابنا (تحقيق الأصول).

وأيضاً، قد يكون الكلّي المكره عليه بنحو التضييق، ويكون بين أفراده عرضيّة، كأن يقول: بع الآن، وقد يكون موسّعاً ويكون بين أفراده طوليّة، كأن يقول: بع اليوم.

ويختلف الحال في الأفراد العرضيّة والطوليّة، من حيث أنها قد تكون متساوية وقد تكون مختلفة، كأن قال: بع دارك اليوم، فكان أحد البيوع في وقت النداء، أو كان أحد البيعين مورد النهي من والده.

والجامع بين الأقسام هو:

إن مورد الإكراه إمّا تكليفي وإمّا وضعي، وفي كلّ منهما: الإكراه إمّا على الجامع وإمّا على أحد الأمرين، وعلى التقادير: إمّا يكون لأحد الفردين أثر زائد أو لا.

فرووس الأقسام ثمانية.

ونحن نبين أولاً أحكام هذه الأقسام بالتفصيل، فإنّ المحقق الخراساني لم يتعرّض للتفاصيل أصلاً، والسيد وشيخنا والميرزا الاستاذ ذكروا بعض الأقسام ولم يفوا البحث حقّه.

أما الإكراه في الحكم التكليفي، فإنّ أكرهه على الكلّي الحقيقي، كأن يكره على شرب المسكر وهو ذو أفراد كثيرة وكلّ منها حصّة من الكلّي، بل إن نسبة الكلّي إلى الأفراد نسبة الآباء إلى الأبناء، فإنّ كلّ فردٍ مكره عليه، فلو أتى بأي منها على الإكراه وإن كان مختاراً في الخصوصية.

وأما الأفراد الطولية، بأن كان الإكراه في سعة من الوقت، ففي الإقدام على الشرب فعلاً إشكال، لعدم الضرورة المبيحة له، فلا يكون مكرهاً عليه كما لا يخفى.

وعلى الجملة، فإن الأفراد العرضية في الضرورة على حد سواء، وليست الأفراد الطولية كذلك، ففي المبادرة إلى الشرب مع سعة الوقت من قبل المكره إشكال، لعدم الضرورة بقول مطلق فيه.

ولو كان لأحد الأفراد - مطلقاً - خصوصية زائدة، كأن يكون مغسوباً بالإضافة إلى نجاسته، فاختيار هذا الفرد غير جائز، لكون المكلف من حيث الجامع - وهو شرب النجس - مكرهاً عليه، وأما من حيث التصرف في مال الغير بدون إذنه فلا.

وتفصيل الكلام يتم ضمن مباحث:

- ١ - أن يكون الإكراه على الجامع الحقيقي ويكون ذا أثر، أو يكون الإكراه على أحد أمرين كل منهما ذو أثر، وكلاهما تكليفي أو وضعي.
- وفيه ثمان صور.
- ٢ - أن يكون الإكراه على أحد الفردين، ولأحدهما أثر دون الآخر.
- ٣ - أن يكون الأمران مختلفين، فأحدهما وضعي والآخر تكليفي.

المبحث الأول

أن يكون الإكراه على الجامع أو أحد الفردين ويكونان تكليفيين أو وضعيين، وكلاهما ذو أثر.

فإن كان الوقت مضيقاً، والأثر على نسقٍ واحد، كان كل منهما لو وجد وجد مكرهاً عليه، سواء كان الإكراه على الجامع أو أحد الفردين. نعم، بينهما

فرق من حيث أن الخصوصية غير داخله في حيز الإكراه على الأول، وهي داخله على الثاني، لكن الشيخ لم يفرق، والأمر سهل.

وإن كان الأثر مختلفاً، بأن كان لأحدهما أثر زائد، لم يدخل الزائد في حيز الإكراه، كأن يكون منهياً عنه من والده أو مغصوباً أو في وقت النداء، وإذا لم يكن في حيز الإكراه لم يجز له اختياره. وكذا لو كان أحد الفردين أهم شرعاً من الآخر، كأن اكراه على الكذب أو قتل النفس المحترمة، إذ يقع التزاحم ويتقدم أخف المحذورين في الارتكاب على الآخر.

وإن كان الوقت موسعاً، يتسع لكليهما أو أحدهما، فقد فرق الميرزا^(١): بأنه: إن كان الإكراه على أحد المحرمين، لم يجز له المبادرة، بل عليه أن يصبر حتى آخر الوقت، لعدم الإكراه على فرد أول الوقت، وأما لو كان على أحد البيعين، وكان وقت أحدهما موسعاً والآخر مضيقاً، فله أن يبادر.

وفيه نظر، لأن المحذور مترتب على تركهما معاً، والذي يحقق ذلك هو الترك في آخر الوقت، وحينئذٍ لا يكون البيع في أول الوقت مكرهاً عليه، إلا أن يقال بأن يبيعه حينئذٍ لا عن طيب نفس بل جبراً على الإكراه.

أما لو كان المكروه عليه هو الجامع، فليس له أن يبادر مطلقاً، لأن المحذور يترتب على ترك الفرد الأخير.

المبحث الثاني

أن يكون الإكراه على أمرين أحدهما تكليفي والآخر وضعي، وكلاهما

ذو أثر، كأن يقول: بع دارك أو اشرب هذا المسكر، فالأمر مردّد بين المباح والحرام. وعليه أن يبيع ويجتنب المسكر. وبيعه باطل، لعدم كونه عن طيب نفس.

المبحث الثالث

أن يكون الإكراه على كلّی، لأحد الفردين أثر تكليفاً أو ضعاً دون الآخر، أو لكليهما أثر لكنّ أحدهما يرتفع مع الإكراه دون الآخر.

ذكر الشيخ أمثلة من غير بيان للفرق بينها، فنقول:

تارة: يكون الإكراه على الكلّي الطبيعي الذي له فردان أحدهما مباح والآخر حرام، أو أحدهما بيع ذو أثر والآخر بيع بلا أثر.

واخرى: يكون الإكراه على أحد أمرين، أحدهما مباح أو ذو أثر، والآخر حرام أو لا أثر له.

فلو أكره على الكلّي الطبيعي كالشرب وأحد فرديه حرام والآخر مباح، لم يجز له إيجاد الكلّي في ضمن الحرام، لعدم كونه مكرهاً على الخصوصيّة. ولو أكره على الكلّي كالبيع، وأحد فرديه صحيح ذو أثر كبيع الدار، والآخر فاسد لا أثر له كبيع آلة القمار، فأما الكلّي فلا أثر له، لأنّ الجامع بين ماله الأثر وما لا أثر له لا يعقل أن يكون ذا أثر، وأما الخصوصيتان فليستا داخلتين تحت الإكراه، فلو أوجد الجامع في ضمن الفرد الصحيح، كان البيع صحيحاً نافذاً، لأنه غير مكره عليه.

وقال شيخنا الاستاذ: إنه لا بدّ أن يوجد الكلّي مقارناً لاحدى

الخصوصيتين، وهذه اللائحة تفيد الإضرار، فلو أوقع البيع الصحيح فقد أوقع أحد الفردين المضطرب إليهما، فيكون باطلاً.

ثم أجاب: بأن هذا الإضرار مقدّم لرفع المحذور المتوعد به، كما لو اضطرب لبيع داره ليؤدي دينه، فالبيع صحيح نافذ^(١).

ولو أكره على شرب أحد الكأسين، أحدهما حرام والآخر مباح، فالخصوصيتان داخلتان تحت الإكراه، لكن خصوصية الكأس المحرم لها بدل وليست الضرورة بالنسبة إليها مطلقة، فليس بمكره عليها ولا يجوز له شربه.

ولو أكره على أحد البيعين، أحدهما صحيح والآخر فاسد، قال الشيخ: لو باع البيع الصحيح وقع صحيحاً لعدم كونه مكرهاً عليه بخصوصه. قال المحقق الخراساني: ظاهره أن ترتب الأثر على أحد الأمرين اللذين أكره على أحدهما دون الآخر يمنع عن وقوعه مكرهاً عليه، فلو اختاره لترتب عليه أثره. وأنت خبير بأن اختلافهما في الترتب وعدمه لا يوجب تفاوتهما في الوقوع كرهاً، ضرورة أن الفرض أنه لو لا الإكراه لما اختار واحداً منهما واختار أحدهما لا محالة عن داع آخر مطلقاً اختص بالأثر أم لا، كما لا يخفى. وبالجمله: يكون الإكراه على أحد الأمرين كافياً في وقوع ما اختاره مكرهاً عليه مطلقاً، كان لواحدٍ منهما بخصوصه أثر أو كان لخصوص أحدهما. نعم، يمكن أن يقال: إن دليل ذي الأثر في الفرض أظهر، ففيما لو أكره مثلاً على مباح أو محرم، أو عقد فاسدٍ أو صحيح، يقدم دليله على دليل

(١) حاشية كتاب المكاسب ٥٠ / ٢.

رفع الإكراه كما يقدّم لذلك دليل رفعه على دليله في غير مقام^(١)

وكذا قال شيخنا الاستاذ رحمه الله^(٢).

فهما قائلان بفساد البيع، لأن ترتب الأثر على الأمرين أمر، والإكراه على أحدهما أمر آخر، ومناط الفساد هو الإكراه وهو فيهما على حدّ سواء.

أقول:

هنا مقدّمات:

١ - البيع الصادر من العاقل الملتفت ظاهر في أنه قاصد للملك بطيب

النفس.

٢ - الإكراه بوجوده الخارجي لا يوجب بطلان البيع، لأنه قد يبيع في

ظرف الإكراه عن داع شخصي نفساني، فيقع صحيحاً، فالإكراه الموجب للبطلان هو ما يكون سبباً للبيع ويتحقق ذلك جرياً على الإكراه.

٣ - لو باع الشيء مكرهاً عليه مع تمكنه من التفضي، لكنه تركه لمحذورٍ

أو صعوبة، لم يكن بيعه عن الإكراه وإن كان مقترناً به.

وبعد:

فتارة: المكره له غرض واحد لكنه يُردّد بين الأمرين، ولما كان الغرض

الواحد لا يعقل أن يترتب على أمرين متباينين، فلا بدّ وأن يتعلّق بالجامع

بينهما - وإن كان بعيداً - ويترتب عليه، ويكون هو المكره عليه، ولا يدخل

(١) حاشية المكاسب: ٢٨.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٥٠ / ٢.

الخصوصيتان تحت الإكراه، وحيثُذ، فلو اختار المكلّف البيع الصحيح، كان صحيحاً، والحق مع الشيخ.

واخرى: يكون للمكره غرضان، وكلّ منهما قائم بأمرٍ أحدهما ذو أثر والآخر لا أثر له، فيكره على أحدهما فقط لعدم إمكانه الإكراه على كليهما، والمكلّف قادر على التفصّي من المحذور بفعل ما لا أثر له، فلو اختار البيع الذي له أثر، وقع البيع صحيحاً كذلك.

نعم، لو كان المكره جاهلاً بفساد أحد البيعين إمّا موضوعاً أو حكماً، وكان يعتقد بصحة الفردين، فاختار البيع الصحيح المؤثر، وقع باطلاً، وإن كان الذي أوقعه صحيحاً في نفس الأمر.

فقول المحقّقين المذكورين بالفساد مطلقاً في غير محلّه.

ثم إنّ الأمثلة الأربعة التي ذكرها مختلفة جداً:

فتارة: الأمر يدور بين ماله الأثر وما لا أثر له.

واخرى: الأمر يدور بين أمرين يرتفع أثر أحدهما بالإكراه دون الآخر.

وثالثة: الأمر يدور بين ماله الأثر وما لا يترتب عليه الأثر بالإكراه

ويترتب بغير الإكراه.

ورابعة: الأمر يدور بين ماله أثر تكليفي وماله أثر وضعي.

وليته ذكر الخامس وهو:

أن يدور الأمر بين ماله أثر يرتفع بالإكراه وما يتوقّف ترتب الأثر عليه

على إجازة المالك، وحكمه حكم ما لو دار الأمر بين أمرين مباحين، لأنّ بيع

مال الغير فضولةٌ ليس بمحرّم.

أما حكم ما لو أكره على أمرين لهما أثر لكن أثر أحدهما يرتفع بالإكراه ولا يرتفع أثر الآخر به، كما لو تردّد أمر المفلس الذي عليه بيع ما يملك، أي الجامع بين بيع دار سكناه وبيع متاع آخر، لكن أثر بيع داره يرتفع بالإكراه، لأن دار السكنى مستثناة، دون المتاع، فالبيع في طرف الدار منعقد، لأن خصوصية بيع هذه الدار لم تكن مورداً للإكراه.

ولو أكره على أحد أمرين متباينين، كخصوصية بيع المتاع وخصوصية أداء الدين، فلو باع المتاع، قال الشيخ: هو صحيح، ووافقه الميرزا الاستاذ، لأن كلاً منهما ليس بعدلٍ للآخر، إذ البيع يمكن الإكراه عليه فيرتفع بحديث الرفع، أما الرضا بأداء الدين فلا، فلو باع صحّ.

لكن التحقيق - وفاقاً للمحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ - هو البطلان، لأنه كاره للبيع ولأداء الدين كليهما، فبيعه وقع عن الإكراه، والقابلية للارتفاع لا أثر لها.

لو أكره أحد الشخصيين على فعلٍ واحد

قال الشيخ:

ثم إن إكراه أحد الشخصين على فعلٍ واحد - بمعنى إلزامه عليهما كفاية وإيعادهما على تركه - كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين، في كون كل منهما مكرهاً.

أقول:

قد يكون الفعل واحداً بالوحدة الشخصية الخارجية، وقد يكون واحداً

بالوحدة السنخية الطبيعية. وعلى كل منهما، إما هو في الوضعيات وإما هو في التكليفات. وعلى التقادير، إما يكون إكراههما على نسقٍ واحدٍ من حيث السعة والضيق، وإما يكون زمان أحدهما مضيّقاً والآخر موسّعاً.

فالأقسام ثمانية، فنقول:

كل طلب شرعي أو عرفي يكون من أحد الشخصين على نحو الكفاية، هل هو من كل منهما بتقدير أن لا يأتي به الآخر، أو أن المطلوب من كل منهما الإتيان بالعمل في ظرف عدم تحققه، أو أن المطلوب منه صرف الوجود من الفردين كما هو المختار عند الميرزا الاستاذ؟

وتظهر الثمرة فيما إذا أتيا كلاهما بالفعل، فالمطلوب على المبنى الأول غير متحقق، وهو على الثاني متحقق.

والمهم هو صورة ما إذا تركا الفعل، فإن كليهما يقعان في الضرر المتوعد به.

تفصيل المطلب

وتفصيل المطلب هو:

إن كان الفعل الواحد من التكليفات، كأن يقول: على أحدهما شرب المسكر - سواء كان المسكر موجوداً خارجاً أو أريد طبيعي المسكر - فإن كان الوقت مضيّقاً أو موسّعاً لكليهما، فإن كان أحدهما المعين عالماً بأن صاحبه سيقدم على الفعل، لم يكن مضطراً إلى الإرتكاب، فلا يجوز له ذلك، وإن كان عالماً بأنه لا يقدم فهو مضطّر ومكره، والحكم مرتفع عنه. نعم،

لا يجوز له المبادرة في سعة الوقت. وإن كان كل واحد منهما يحتمل إتيان الآخر بالفعل ويحتمل تركه له والوقت ضيق أو أخراً حتى ضاق الوقت، كانا مخيرين وكل منهما ارتكب كان مباحاً له ذلك.

أما لو كان الوقت لأحدهما مضيقاً وللآخر موسعاً، فإن كان التضيق في أول الوقت، لم يجز لمن هو في سعة المبادرة إلى الفعل، فإن جاء به من ضاق وقته، انتفى الموضوع بالنسبة إليه، ولأ تعين الفعل عليه - أي الذي هو في سعة. وإن كان التضيق في آخر الوقت، فالذي في سعة لا يبادر، فإذا ضاق وقته وكان كلاهما في الضيق، فالتفصيل المذكور من العلم والاحتمال.

وإن كان الفعل من الوضعيات:

فقد يكرهان كفايةً على بيع شيء موجود عندهما كالحنطة مثلاً، بنحو الوحدة الطبيعية النوعية، فبالنظر إلى ما ذكرنا من أنه:

أولاً: يعتبر في البطلان أن يكون البيع مستنداً إلى الإكراه، لا أن يكون بطيب النفس المقارن للإكراه.

وثانياً: المبادرة في سعة الوقت غير جائزة في التكليفات، وجائزة في الوضعيات.

وثالثاً: معنى إكراه أحد الشخصين كفايةً، ارتفاع المحذور عن كليهما بفعل أحدهما، ووقوعهما في المحذور لو ترك كلاهما الفعل المكروه عليه، كما هو الحال في الواجبات الكفائية.

وبعد:

فإنه إن علم أحدهما بأن صاحبه سيبيع الحنطة بطيب نفس منه، فباع،

كان بيعه صحيحاً نافذاً، وإن لم يعلم، فإن كان الوقت لكليهما على نسق واحد، كان البيع - من أيهما كان - إكراهياً مستنداً إلى الخوف من المحذور، وإن كان الوقت لأحدهما ضيقاً وللآخر موسعاً، فإن باع من ضاق وقته في أوله، كان بيعه إكراهياً باطلاً، أما الآخر، ففي مبادرته إلى البيع إشكال، لأنه يرى أن صاحبه لا يخلو من أحد حالين، إما يبيع، فلا تجوز له المبادرة لانتفاء الموضوع، وإما لا يبيع، فيتعين البيع عليه ويقع باطلاً، فأني وجه للمبادرة؟ وإن كان ضيق الوقت في آخره، فمن كان في سعة فباع، كان بيعه باطلاً. وقد يكرهان كفايةً على بيع متاع واحدٍ شخصيٍّ خارجيٍّ، كأني يكون كلُّ منهما وكيلاً مستقلاً عن المالك في بيع المتاع، أو يكونا وليين على الصَّغير المالك للمتع، أو يكونا وصيين على ذلك المال، أو يكون أحدهما أصيلاً والآخر وكيلاً في البيع.

فإن كانا وكيلين في بيع المتاع وقد أكرها على البيع والموكل راض بذلك، فالبيع الواقع من أيٍّ منهما صحيح نافذ، لأن من يعتبر رضاه - وهو المالك - ليس مكرهاً، ومن أكره لا يعتبر رضاه، وإن لم يكن المالك راضياً، كان البيع من أيهما فضولياً يتوقف على الإجازة، وليس بباطل.

وإن كان أحدهما أصيلاً والآخر وكيل، فأكرها على البيع، وقع البيع فاسداً من أيهما كان، لأن الوكيل وجود تنزيلي للمالك، فكأنه مكره واحد على بيع واحد.

وعلى التقديرين، لا فرق بين سعة الوقت وضيقه...

وإن كانا وليين، فأكرها على بيع مال الصَّغير، أو وصيين فأكرها على بيع

ثالث الميت، فحيث أن المناط هو الرضا من الولي والوصي، فإن لم يكن البيع بمصلحة الصغير أو الميت، كان البيع من كل من الوليين أو الوصيين باطلاً، وإن كان على المصلحة، فإن بيع أحدهما مع علمه بأن صاحبه سيبيع، يقع صحيحاً نافذاً.

صور تعلق الإكراه

قال الشيخ:

واعلم أن الإكراه قد يتعلق بالمالك والعاقد كما تقدم، وقد يتعلق بالمالك

دون العاقد... وقد ينمكس...

أقول:

للمكره صور أربع:

الصورة الأولى: أن يكون المكره هو المالك العاقد. وقد تقدم بطلانه.

الصورة الثانية: أن يكون المكره هو المالك، دون العاقد، كأن يكره على

توكيل شخص في بيع ماله، والعاقد غير مكره على البيع، فلو باع الوكيل

دخل في عقد الفضولي. كذا قال الشيخ. ولكن لنا كلمتان:

الأولى: هل المالك - إذا أراد الإجازة - يجيز الوكالة أو البيع؟ لا ريب في

قابلية البيع للإجازة، وأما قابلية الوكالة لها، فمشكلة، لأن الوكالة نيابة،

والمفروض عدم تحققها واقعاً، فلا شيء حتى تتعلق به الإجازة.

والثانية: الإجازة إنما تؤثر في العقود، وأما في الإيقاعات فلا تؤثر

بالإجماع، فلو أكره على التوكيل من أجل الطلاق، فوقع الطلاق فضولة، لم

تؤثر الإجازة في الطلاق، وهل تؤثر في الوكالة في هذا الفرض؟ قد يقال بتأثيرها، لخروج الفرض عن معقد الإجماع، بناءً على تأثير الإجازة في أصل الوكالة.

الصورة الثالثة: أن يكون المكره هو العاقد دون المالك، والمكره هو المالك، كأن يقول: بع داري وألا قتلتك، قال الشيخ: الأقوى الصحة، لأن العقد هنا من حيث أنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود عند المكره إذا كان عاقداً، والرضا المعتبر عن المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضي لاحقاً.

واحتمل في المسالك عدم الصحة^(١)، نظراً إلى أن الإكراه يسقط حكم اللفظ، كما لو أمر المجنون بطلاقها 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.

قال الشيخ: وهو حسن.

الصورة الرابعة: أن يكون المكره هو العاقد دون المالك، والمكره غير المالك، كأن يوكل زيداً في بيع ماله، ثم يكرهه الثالث على البيع، قال في المسالك:

في صحته وجهان، من تحقق الاختيار في الموكل المالك، ومن سلب عبارة المباشر.

(١) مسالك الأنهام ٢٢/٩.

قال الشيخ:

وربما يستدلّ على فساد العقد في هذين الفرعين بما دلّ على رفع حكم الإكراه.

فأجاب قائلاً: وفيه ما سيجئ من أنه إنما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لولا الإكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لولا الإكراه (قال): ومما يؤيد ما ذكرنا: حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، ومن المعلوم أنه إنما يتعلّق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمرّ وهو النقل والانتقال. وأمّا التلفّظ بالكلام الذي صدر مكرهاً، فلا معنى للحقوق الرضا به، لأنّ ما مضى وانقطع لا يتغيّر عمّا وقع عليه ولا ينقلب.

وهنا إشكال آخر تعرّض له الشيخ بقوله:

نعم، ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور...

وتوضيحه: إنه يعتبر في العقد أمور، أحدها: أن يستعمل اللفظ في معناه ويقصد. والثاني: أن يقصد المعنى الحقيقي لا المجازي. والثالث: أن يكون القصد بالنسبة إلى تحقق مضمون العقد جدياً.

وكُلّ عقد صدر عن الاختيار فمحمول على الجهات المذكورة، بمقتضى السيرة العقلانيّة القائمة على الأخذ بظاهر الحال. وأمّا من صدر عنه العقد عن الإكراه، فلا طريق لإحراز الأمور المذكورة المفيدة لظهور الحال. ثم أجاب بقوله:

اللهم إلّا أن يُقال: إنّ الكلام بعد إحراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغياً أو مورياً ولو كان مكرهاً، مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً. فتأمل.

ولعل وجه التأمل. أَنَّ المستند في هذا الأصل هو بناء العقلاء، وقيامه هنا غير محرز.
أقول:

أما الإشكال السابق، فهو من صاحب الجواهر، قال:
الوجه البطлан، لرفع ما أكره، ومنه رفع قابليتها للتأثير والالبقي حكمها،
بل الظاهر عدم العبرة لرضاه بعد ذلك، وإن قلنا بالاكْتفاء به في المكره على بيع
ماله، ضرورة وقوع الصيغة فاسدة، فلا يجدي الرضا المتعقب^(١).
فأجاب الشيخ بما حاصله: إنَّ الرضا اللاحق يؤثر في مضمون العقد
وهو النقل والانتقال.

وفي التعبير بالنقل والانتقال مسامحة، كما لا يخفى.
وأيدّه المحقق الخراساني في الحاشية: بأنَّ حديث الرفع مسوق
للامتنان، وارتفاع صحة عقد العاقد المكره خلاف الامتنان، فلا يجري^(٢).
والأولى أن يقال: إن ظاهر قوله عليه السلام: «رفع ما استكرهوا عليه»
هو رفع الأثر المرتبط بالمكره، وعقد العاقد المكره لا أثر له بالنسبة إليه، فلا
موضوع لحديث الرفع هنا.
وعلى الجملة:

إن كان المكره هو المالك وكان هو العاقد، فالعقد باطل إلا بالرضا اللاحق.
وإن كان المكره هو المالك دون العاقد، يكره على التوكيل، كما هو
الواقع كثيراً في النكاح، فحيث أن الوكالة غير متحققة يكون العقد الحاصل

(١) جواهر الكلام ٢٢/٢٧٠.

(٢) حاشية المكاسب: ٢٨.

فضولياً، فلو رضي فيما بعد فما هو متعلق الرضا؟ هل يجيز العقد بما أنه عقد فضولي؟ هذا ممكن، لكنه يريد الرضا بما وقع عليه الإكراه وهو التوكيل، فهل يؤثر؟

إنه لا يؤثر. لأن الإجازة اللاحقة، إما كاشفة - كما هو عليه المشهور - والمراد من الكشف هو أن يكون العقد مؤثراً من حين وقوعه، وإما ناقلة، والمراد كون الإجازة مؤثرة من حينها، ولكن لا معنى للإجازة بالنسبة إلى الوكالة مطلقاً، أما على الكشف، فلأن الشارع اعتبر الملكية - مثلاً - من حين العقد بشرط تعقب العقد بالرضا والإجازة، والوكالة - وهي إما الإذن في العقد أو الاستنابة فيه - لا ربط لها بعالم الاعتبار الشرعي كي يجري فيها الكشف، فالرضا اللاحق بالوكالة المكروه عليها لا أثر له. وأما على النقل - وهو مقتضى القاعدة، لكون الرضا الجزء الأخير للعلّة التامة، والكشف على خلاف القاعدة - بأن يكون المالك راضياً من هذا الحين، فلا أثر له كذلك، لأن المقصود تصحيح الوكالة المكروه عليها، وهذا ما لم يحصل.

إذن، لا طريق لتصحيح الوكالة مطلقاً. نعم، العقد نفسه يمكن تصحيحه من باب الفضولي. أما لو كانت الوكالة المكروه عليها في إيقاع من الإيقاعات، فلا طريق لتصحيحه أصلاً.

وإن كان المكروه هو العاقد دون المالك لكن المكروه هو المالك، كأن يقول: بع مالي وإلا قتلتك، أو وكل زيداً للبيع فأكره الوكيل على البيع من قبل شخص ثالث.

فقد أشكل صاحب الجواهر: بأن العقد الإكراهي يسقط عن القابلية للتأثير بالإجازة اللاحقة.

والجواب عنه هو: إن ظاهر «رفع ما استكروها عليه» هو رفع الأثر المرتبط بالمكره، ولا أثر لعقد العاقد المكره بالنسبة إليه حتى يرتفع بالحديث، فلا موضوع للحديث. نعم، لو كان هناك أثر للوكيل العاقد بنذر وشبهه، رفع الحديث عنه كفارة حنث النذر، ولكن هذا لا علاقة له بالعقد الصادر منه، بل لو استحقَّ بالعقد أجرة المثل، فإنه لا يرتفع بالحديث، لأنه امتناني ورفع الاجرة خلاف الامتنان.

وأشكل صاحب المقابس^(١): بأنَّ القصد إلى المعنى - ولو على وجه الإكراه - شرط في الاعتناء بعبارة العقد، والعاقد عن إكراه غير قاصد. وبعبارة أخرى: إنه يعتبر بالإضافة إلى استعمال اللفظ في المعنى قصد المعنى الموضوع له اللفظ، والمكره لم يحرز قصده ولا يجري في حقّه أصالة القصد الجارية في أفعال المختار.

فأجاب الشيخ رحمه الله: بأنَّ الكلام بعد إحراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغياً أو مورثاً ولو كان مكرهاً، مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً. فتأمل.
أقول:

والإنصاف أن هذا الجواب لا ربط له بما نحن فيه.
فالأقوى هو البطлан في الفرعين، لكون البيع الصادر من الوكيل مستنداً إلى الإكراه لا نيابة عن الموكل، ولم يحرز منه القصد، وليس هناك ظهور حال، فلا طريق لتصحيح البيع الصادر منه.

(١) مقابس الأنوار: ١١٤.

فروع

الإكراه على بيع واحدٍ غير معيّن من عبيدين

قال الشيخ:

لو أكرهه على بيع واحدٍ غير معيّن من عبيدين فباعهما أو باع نصف أحدهما.

ففي التذكرة: إشكال...

أقول:

لو أكرهه على بيع واحدٍ غير معيّن من العبيدين، فتارة: يكون الإكراه بقيد الوحدة العددية، وأخرى: بالوحدة المفهومية الكلية، أي اللابشرط. فلو باع العبيدين فقد خالف الإكراه على الفرض الأول وكان صحيحاً. وعلى كلّ منهما تارة: توجد الملازمة في البيع بين العبيدين، فلا يشتري أحدهما وحده، وأخرى: لا ملازمة، وعلى تقدير اللابشرطية، قد يكون بيع كليهما من جهة رضاه بذلك، وقد يكون من جهة الملازمة بينهما. وأيضاً: يمكن وقوع بيعهما معاً ويمكن تدريجاً.

صور المسألة

١. فإن كان الواحد لا بشرط، فأكره على بيع أحدهما وكان يمكنه ذلك لعدم الملازمة، لكنّه باع كليهما تدرّجاً، قال الشيخ قدّس سرّه:
الظاهر وقوع الأوّل مكرهاً دون الثاني، مع احتمال الرجوع إليه في التعمين، سواء ادّعى العكس أم لا.

أقول:

ومقتضى القاعدة أن يقال: بمجرد بيع الأوّل يخرج عن الإكراه، ويكون بيع الثاني صحيحاً، لكونه بطيب نفس منه كما هو ظاهر الحال. بل لو ادّعى كون الثاني عن إكراه فدلّ بالملازمة على أن بيع الأوّل بطيب نفس منه، صحّ البيع في كليهما.

قال الشيخ:

٢. ولو باعهما دفعةً، احتمل صحة الجميع، لأنه خلاف المكره عليه، والظاهر أنه لم يقع شيء منهما عن إكراه، وبطلان الجميع، لو فوّع أحدهما مكرهاً عليه ولا ترجيح. والأوّل أقوى.

أقول:

وفيه: إن بيعهما دفعةً في الواحد اللا بشرط ليس خلاف المكره عليه، لأنّ اللا بشرط يجتمع مع ألف شرط. نعم هذا التعليل في محله لو كانت الوحدة عددية. وعليه، فهل يقبل الإنشاء الواحد لأن يكون إكراهياً من حيث وعن طيب نفس من حيث، أو لا؟

وجه القبول هو: إنَّ هنا تمليكين - لأن الملكية من الأمور ذات الإضافة، فإذا تعددت الملكية تعددت التملك - وإن كان التعبير واحداً، وإذا تعدد التملك كان أحدهما باطلاً لكونه عن إكراه والآخر صحيحاً لكونه عن طيب نفس منه، والمرجع في التعيين هو القرعة.

٣. ولو كان بين العبدین ملازمة، لعدم المشتري لأحدهما وحده، فربما يقال: ^(١) بأن الإكراه على أحدهما يستلزم الإكراه على كليهما. وهو سهو، لأنه قد أكره على أحدهما، والمحذور يترتب على تركه، إلا أنه قد اضطر بسبب خارجي لبيع كليهما، لأن الإكراه سري إلى ذلك، فكان بيع أحدهما عن الإكراه وبيع الآخر عن الإضطرار. أما ذاك فباطل كما هو واضح، وكذا المضطر إلى بيعه، لأنه بحكم المكره عليه، لتقوم بيع المكره عليه ببيعه.

٤. وإن كان الواحد بالوحدة العددية، فباع كليهما تدرجاً، كان بيع الأول مكرهاً عليه، وارتفع بذلك موضوع الإكراه، فبيع الثاني صحيح. ولو ادعى كون الثاني عن الإكراه، صحَّ بيع كليهما، لأنَّ لازمه كون الأول عن طيب نفس منه وقد ارتفع به الإكراه.

وقال في المقابس: لو باع بعقدين، فالأول هو المكره عليه دون الثاني، إلا أن ينوي عكس ذلك فيتبع ويصدق فيه، لأنه أبصر بنيته ^(٢).

وخالفه الشيخ فقال: مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادعى العكس أم لا.

(١) حاشية المحقق الخراساني: ٢٨.

(٢) مقابس الأنوار: ١١٧.

ولا وجه لهذا الاحتمال، إلا ما صرح به سابقاً من أن المكره من لا يقصد تحقق مضمون العقد في الخارج، فلما أوجد البيعين ولم يقصد تحقق مضمون أحدهما، لزم الرجوع إليه في التعيين، لأن ذلك لا يعلم به إلا من قبله.

ولكن التحقيق: أنه لا وجه - على جميع التقادير - لاحتمال كون بيع الثاني مكرهاً عليه، لأن الإكراه قد ارتفع ببيع الأول، سواء قصد تحقق مضمونه في الخارج أو لا.

نعم، لو باع الأول واشترط عليه المشتري بيع الثاني أيضاً منه وإلا يفسخ، أمكن توهم فساد بيع الثاني كذلك، لكونه وقع فراراً من الوقوع في محذور الإكراه. لكنه يندفع: بأن البيع الإلزامي مقدّم للتخلص من الضرر - كبيع الدار لأداء الدين أو لإعاشة العيال - صحيح، كما تقدّم سابقاً.

٥. ولو باع العبدین دفعةً، كان بيعه مبيناً لما أكره عليه ومخالفاً لغرض المكره، فيكون بيعه صحيحاً وفاقاً للشيخ. واحتمال بطلان الجميع بلا وجه.

٦. هذا، وقد اختلف الفقهاء فيما لو أكره على بيع أحد العبدین - بالوحدة اللابشرط - فباعهما معاً، على أقوال:

صححة بيعهما. وهو مقتضى إطلاق كلام الشيخ.

بطلان أحدهما وصحة الآخر والتعيين بالقرعة. احتمله السيد^(١).

بطلانهما إذا استلزم أحدهما بيع الآخر. قاله المحقق الخراساني^(٢).

(١) حاشية المكاسب ٢/ ٦٤.

(٢) الحاشية على المكاسب: ٢٨.

والميرزا الاستاذ وافق الشيخ على صحتها جميعاً^(١).

والشيخ الاستاذ^(٢) قال ببطلانها مطلقاً، وأنه لا يمكن القول بصحتها، لأن هذا البيع يتضمن بعضه الإكراه عليه. والرجوع إلى القرعة في غير محلّه، لأن القرعة لكل أمر مجهول عندنا متعين في الواقع، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، والقول بأن الواحد المعين صحيح والآخر فاسد، فتعيين بلا معين، وأن أحدهما لا بعينه صحيح باطل، لأن الواحد لا بعينه لا ماهية له ولا وجود.

وإذا لا وجه للصحة لا لكليهما ولا لأحدهما، فالبطلان.

والمختار عندنا صحتها جميعاً، في الواحد بقيد الوحدة، مطلقاً، أي سواء استلزم بيع أحدهما بيع الآخر أو لا، باع الآخر عن رغبة منه أو لا. وقد تقدّم برهاننا على ذلك.

وأما في الواحد اللابشرط، فالحق هو التفصيل بين صورة استلزام بيع أحدهما لبيع الآخر وصورة عدم الاستلزام.

فعلى الثانية: يكون الإنشاء الواحد لبيعهما معاً قد صدر عن الإرادة، وهي غير منبعثة عن الإكراه، لعدم الإكراه إلا على أحدهما.

لكن إذا كان الدليل على بطلان بيع المكروه هو آية التجارة عن تراض، فإن هذا الإنشاء غير ناشئ عن الرضا، لأن أحدهما مكروه عليه.

إلا أن يقال: بأنه إن كان ملتفتاً إلى أن بيع أحدهما الذي هو راضٍ ببيعه

(١) منية الطالب ١/ ١٩٥.

(٢) الحاشية على المكاسب ٢/ ٥٤.

رافع للإكراه، فباعهما معاً، كان بيعه لهما عن طيبة نفس منه فيكون صحيحاً، ويختصّ البطلان بما إذا لم يكن ملتفتاً إلى ذلك.

وأما على الأولى، فهو وإن كان مكرهاً على بيع الواحد، إلا أنه مضطر إلى بيعهما معاً لسبب من الأسباب، فربما يقال: بأن الإكراه على أحدهما يسري إلى الآخر، فكلاهما مكره عليه، لأن معلول المعلول معلول. ولكن هذا سهو، لأن بيع الثاني هو من جهة الاضطرار واللابدية، وهذا غير الإكراه، فالالتزام بالصحة في أحدهما والبطلان في الآخر هو الصحيح.

هذا، والمرجع للتعين هو القرعة، لأن المختار عندنا في قاعدة القرعة هو عدم اعتبار تعين الواقع، بل الملاك كون المورد مشكلاً، كما يرجع إلى القرعة في تعيين السهام في الملك المشاع مع عدم التعين الواقعي. وكذا فيما لو تزوج بالمرأتين في اليوم الواحد، فحق المضاجعة في الليلة الأولى يعين بالقرعة. وأيضاً: لو طلق إحدى زوجاته، فالقرعة هي التي تعين، فالقرعة لكل أمر مشكل، وما نحن فيه من هذا القبيل.

الإكراه على معين فضمّ غيره إليه

قال الشيخ:

ولو اكراه على بيع معين فضمّ إليه غيره وباعهما دفعةً، فالأقوى الصحة في غير ما اكراه عليه.

أقول:

لو اكراه على بيع زيد، فضمّ إليه عمراً وباعهما دفعةً، فالمختار عند الشيخ هو الصحة في عمرو والبطلان في زيد.

ولكن لا بدّ من التفصيل، فقد يستلزم بيع المكره بيع الآخر غير المكره عليه، كما لو كان أمّاً وطفلاً، بناءً على القول بسراية الإكراه، وقد تقدم الجواب عن ذلك، إلا أنه لو كانت الضميمة بدون ملازمة، ولا أمانة في البين، فلا يحمل على الإكراه.

مسألة النصف

قال الشيخ:

وأما مسألة النصف، فإن باع النصف بقصد بيع النصف الآخر امتثالاً للمكره... فلا إشكال في وقوعه مكرهاً عليه. وإن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضاً إكراهاً، لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر. أقول:

إلا أن هنا شبهةً، وذلك أنه لو باع النصف لرجاء أن يقنع المكره به، لم يكن بيعه جرياً على الإكراه، بل بداعٍ نفساني منه، فكيف يقال بكونه أيضاً إكراهاً؟

فالتحقيق هو التفصيل بين الفرضين.

الإكراه على الطلاق

قال الشيخ:

قال في التحرير: لو اكراه على الطلاق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق. ونحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع... وعن بعض الأجلة...

أقول:

في الإنشاء بقوله: «هي طالق» امور، أحدها: التلفّظ، والآخر: استعمال اللفظ في معناه، والثالث: قصد تحقق المضمون. والمكره على الطلاق يريد كلّ هذه الامور، ولكنّ الذي يخلّص من الإكراه هو التلفّظ، وحديث الرفع الظاهر في رفع أثر الإكراه، يفيد ارتفاع أثر التلفّظ.

هذا تقريب كلام المسالك^(١).

وعن بعض الأجلة^(٢): التفصيل بين صورة علم المكره بكفاية التلفّظ وأن له تجريده عن القصد، وصورة عدم العلم بذلك، ففي الأولى لو قصد المعنى يقع الطلاق ويترتب عليه الأثر.

وعلى هذا يحمل كلام العلامة في التحرير^(٣).

وأورد عليه الشيخ: بأنّ مرجع ذلك إلى وجوب التورية على العارف بها المتفطن لها، إذ لا فرق بين التخلّص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلّم به لاغياً. وقد عرفت أنّ ظاهر الأدلّة والأخبار الواردة في طلاق المكره وعتقه هو عدم اعتبار العجز عن التورية.

أقول:

قد تقدم منّا الكلام على التورية ولا نعيد.

(١) مسالك الإفهام ٢٢/٩.

(٢) كشف اللثام ١١٩/٢.

(٣) تحرير الكلام ٥١/٢.

صور المسألة والنظر فيها

قال الشيخ:

وتوضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور...

أقول:

ونحن نذكر الصور الست ونبين مرام الشيخ ونتكلم على ذلك:

الصورة الاولى

أن لا يكون للإكراه دخل في الفعل أصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه من طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه. ولا يخفى بداهة وقوع الطلاق هنا، وعدم جواز حمل كلام العلامة عليه، ولا معنى لجعله أقرب وذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك، لأن من له طيب نفس بتحقيق المضمون، وهو يحصل من الإنشاء باللفظ، ولا يعقل الرضا بالمعلول دون العلة، فهو راضٍ بإنشائه أيضاً.

الصورة الثانية

أن يكون الداعي للطلاق هو الإكراه، بضميمة شيء آخر اختياري للفعل، كالعجز عن النفقة مثلاً.

وفي هذه الصورة أيضاً حكم الشيخ بوقوع الطلاق، قال: لا ينبغي التأمل في ذلك.

أقول:

هنا صورتان، إحداهما: أن يكون كل منهما بوحده مستقلاً في التأثير، لكنهما اجتماعاً صدفةً. والاخرى: أن لا يكون كذلك، بل يكون كل منهما

جزءاً للعلّة. وهنا وجوه: الصّحة في الاولى والبطلان في الثانية، والبطلان مطلقاً، والصّحة كذلك.

تقريب البطلان: إن الإكراه يقتضي البطلان والداعي النفساني يقتضي الصّحة، والصّحة وعدمها متناقضان، والمتناقضان لا يجتمعان، ولا معنى لأن يؤثر أحدهما دون الآخر، فكلاهما غير مؤثر، فالإيقاع الواقع بعنوان الطلاق لا دليل على صحته، بل أصالة الفساد جارية فيه.

وإن شئت فقل: إن الداعي النفساني يقتضي التأثير، والإكراه مانع عن ذلك، وإذا اجتمع المقتضي والمانع لم يعقل تحقق الأثر.

وتقريب الصّحة: إن الإكراه عبارة عن الحمل على ما تكرهه النفس الإنسانيّة، ولكن المفروض وجود الداعي النفساني على الطلاق والرضا به، ومعه لا موضوع للإكراه، فالطلاق الواقع صحيح.

إذن، لا يمكن المساعدة مع إطلاق كلام الشيخ، فإما البطلان مطلقاً وإما التفصيل.

وهنا صورة ثالثة، وهي أن لا يكون الإكراه سبباً مستقلاً ولا جزءاً للعلّة بل مبدئ للرضا وحصول القصد، كما لو أكرهت المرأة زوجها على الطلاق وكان سوء خلقها باعثاً على الرضا بطلاقها، فلو طلقها والحال هذه كان صحيحاً.

الصورة الثالثة

أن يكون وقوع الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوعد به، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره - بالكسر - 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.

الصورة الرابعة

أن يكون الداعي على الفعل شفقةً دينيةً على المكروه - بالكسر - أو على المطلقة أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة لثلاً يقع الناس في محرم.

قال الشيخ:

والحكم في الصورتين لا يخلو عن إشكال.
أقول:

لا يبعد تحقق الإكراه في الصورة الثالثة، إذ لا فرق بين أن يكون الضرر متوجهاً إلى المكروه - بالكسر - أو المكروه - بالفتح.

أما في الرابعة، فلا بد من القول بالصحة، لأن الغرض الديني إنما يترتب على الطلاق الصحيح، وقد وقع منه عن الرضا والقصد.

الصورة الخامسة

أن يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكروه أن التخلص من الضرر المتوعد به لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة، لغفلته عن أن التخلص غير متوقف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق وحصول البينونة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة ويوقع الطلاق قاصداً. وهذا كثيراً ما يتفق للعوام.

الصورة السادسة

أن يكون توطين نفسه وإعراضه عن زوجته من جهة جهله بالحكم الشرعي، فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلق قاصداً

لوقوعه، لأنَّ القصد إلى اللَّفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البينونة يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضي نفسه بذلك ويوطنها عليه. وهذا أيضاً كثيراً ما يتَّفَق للعوام.

قال الشيخ:

والحكم في هاتين الصّورتين لا يخلو عن إشكال، إلّا أنَّ تحقّق الإكراه أقرب. أقول:

والتحقيق في الصّورتين أنه إن كان قاصداً حقيقةً، فالطلاق صحيح، والعلم عند الله.

هل الرضا بعد العقد يوجب الصّحة؟

قال الشيخ:

ثم إنَّ المشهور بين المتأخّرين أنه لو رضي المكره بما فعله صحَّ العقد... أقول:

المشهور المعروف بين الأصحاب بل ادّعي عليه الإتِّفاق هو التأثير بالصّحة والنفوذ، ودليلهم على ذلك: إنه عقد حقيقي، فإذا رضي به اجتمعت فيه جميع شرائط الصّحة، ويترتب عليه الأثر الشرعي.

أدلة المانعين

واستدلّ المخالفون بسنّة وجوه:

الأوّل: إنه يعتبر في نفوذ العقد مقارنته الرّضا وطيب النفس.

أجاب الشيخ: هذه دعوى خالية عن الشاهد مدفوعة بالإطلاقات. لكن يمكن أن يقال: إن الرضا وطيب النفس شرط بالضرورة، والأصل في الشرط أن يكون مقارناً، فالعقد الذي لا يقارنه طيب النفس، فمقتضى الأصل بطلانه.

أو ربما يقال: بأن الإطلاقات منصرفة إلى الشائع المتعارف من العقود، وهو العقد المقارن بالرضا، فما لم يقترن به لم تشمل الإطلاقات.

والثاني: إن مفهوم العقد لا يصدق مع عدم طيب النفس، فلا يكون مورداً لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

أجاب الشيخ: بأنه يستلزم أن لا يكون عقد الفضولي عقداً حقيقة. ولكن لقائل أن يقول: العقد هو العهد، والعهد لا يتحقق إلا بطيب النفس، وما كان فاقداً لطيب النفس غير محقق لمفهوم العقد بمعنى العهد.

والثالث: إنه يعتبر في صدق العقد طيب نفس العاقد.

أجاب الشيخ: بأنه يستلزم أن لا يصدق العقد على بيع المكره بحق ولا يكون صحيحاً، لكن بيع المكره بحق كالمحتكر عقد صحيح.

وأيضاً: لو أكره المالك وكيله على إجراء صيغة عقد بيع ماله، كان صحيحاً بلا ريب، ولو كان رضا العاقد شرطاً لما كان صحيحاً.

والرابع: قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ الدال على اعتبار كون العقد ناشئاً عن التراضي، فلولم يكن كذلك دخل تحت المستثنى منه ويكون باطلاً.

أجاب الشيخ: بأن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي، إن

كانت بمفهوم الحصر فلا دلالة فيها عليه، لأن الاستثناء منقطع، فهو بمعنى «لكن» وغير مفرغ، لأنه لو كان مفرغاً احتمل إفادته للحصر، لكنه منقطع غير مفرغ، فلا دلالة في الآية على الحصر.

والخامس: حديث الرفع، فإن «رفع ما استكروهوا عليه» وإن كان لسانه لسان الحكومة إلا أنه بحسب النتيجة مخصص - وكذلك كل حاكم، وكذا العكس - فهو مخصص للآية «أزفوا بالعقود»، وعلى هذا، فعقد المكره قد خرج عند تحققه من تحت العام، وإذا خرج لا يعود، فالرضا اللاحق لا يؤثر. أجاب الشيخ: بأنه إنما خرج بوصف كونه مكرهاً عليه، فإذا لحقه الرضا لم يكن بالعقد المكره عليه، فتشمله الآية المباركة.

والسادس: إن المكره غير قاصد للمعنى، فعقده كعقد الهازل، فكما أن الهازل لو رضي بعد ذلك لا يؤثر، كذلك عقد المكره. وأجاب الشيخ: بأن عقد المكره ليس تلفظاً محضاً ليكون كعقد الهازل بل إنه قاصد للمعنى، وهو محل البحث.

التحقيق في المقام

والمشهور تأثير الرضا اللاحق، وقد خالف أو توقف جماعة، والتحقيق أن يقال:

كل متكلم فظاهر حاله أنه قد استعمل اللفظ في المعنى الموضوع له، فإن كان حاكياً، فظاهر حاله التصديق بالمضمون، وإن كان منشأً، فظاهر حاله إيجاد المضمون وقصده له حقيقة، فإذا أمر بشيء فظاهر حاله البعث حقيقة

لأنه في مقام الامتحان، وعن هنا تحمل الألفاظ الصادرة من الأشخاص على مقتضى ظاهر الحال إلا إذا دلت الأمارات والقرائن على خلاف ذلك، ولذا لو تلفظ ثم قال لم أقصد المعنى، كان مدعياً وعليه الإثبات.

أما المكره، فظهور الحال منتف عنه، ولا يحمل كلامه على المعنى الظاهر فيه إلا بالقرينة الخارجية، فقد يتحقق البيع حقيقةً من المكره، أو يبيع قاصداً للمعنى بسبب غفلته عن إمكان التفضي.

فمورد البحث هو العقد الصادر مع قصد المعنى في ظرف الإكراه، فهل إذا رضي بعد ذلك يترتب الأثر على هذا العقد أو لا؟

قال الشيخ بأنه يؤثر، لأنه عقد حقيقي واجد لجميع شرائط الصحة إلا طيب النفس، فإذا لحقه طيب النفس أثر أثره.

فإن قلت:

الرّضا شرط في تأثير العقد، وكل شرط فلا بد وأن يكون مقارناً للمشروط، لأنه من أجزاء العلة التامة، وما لم تتم العلة لم تؤثر، فالرضا المتأخر لا يؤثر.

وبعبارة أخرى: كل موردٍ قام فيه الدليل على تأثير الشرط المتأخر يكون الشرط هو التعقّب المقارن لا نفس ما يقع متأخراً، أما في طيب نفس المكره، فلا دليل على تأثيره إن جاء لاحقاً، ومقتضى القاعدة اعتبار كونه مقارناً.

قلت:

إن مورد البحث هو ما إذا قصد التمليك، والقصد أمر قائم بالنفس ولا

يزال باقياً - بخلاف اللفظ فإنه ينعدم - وهذا هو حقيقة العقد، وطيب النفس وإن لم يكن مقارناً له عند حدوثه فهو مقارنٌ له بقاءً، فتجتمع شرائط العقد الصحيح ويكون مؤثراً. نعم، هذا يتم بناءً على النقل لا الكشف.

وأما تأييد الشيخ الصحة بالرضا اللاحق بفحوى صحة عقد الفضولي، بتقريب أنه إن دلت الأدلة على تأثير إجازة المالك بيع الفضولي، فهي تدل على تأثير الرضا منه في بيع نفسه بالأولوية.

فالإنصاف عدم تماميته، لأن الفضولي يقصد التملك حقيقة وبالأصالة، إلا أن الشارع اعتبر رضا المالك في تأثير العقد، فإذا جاء الرضا أثر العقد أثره. أما في بيع المكره، فإن التملك ليس هو المقصود بالأصالة، بل المقصود التخلص من الضرر المتوعد به، فبينهما فرق واضح.

النظر في أجوبة الشيخ عن أدلة المانعين

ولننظر في أجوبة الشيخ عن أدلة المخالفين:

لقد أجاب الشيخ عن الوجه الأول: بأنها دعوى خالية عن الشاهد مدفوعة بالإطلاقات.

أقول:

اقتران واقع العقد والعهد النفساني بالرضا وطيب النفس هو الشرط، وأما دعوى اعتبار اقتران صيغة العقد بذلك، فخالية عن الشاهد، كما ذكر الشيخ، وقد تقدم منا بيان اقتران العقد بالرضا المتأخر.

وأجاب عن الاستدلال بأية التجارة: بأن دلالة الآية على اعتبار وقوع

العقد عن التراضي، إمّا بمفهوم الحصر المدلول عليه بـ«الآ» الاستثنائية، وإمّا بمفهوم الوصف، بتقييد التجارة بكونها «عن تراض». (قال): ولا حصر، لأن الاستثناء منقطع، وهو غير مفيد للحصر، ومفهوم الوصف - على القول به - مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وتوضيحه: إنّ الباء في «بالباطل» سببية، فالمعنى: إنّ تصرف بعضكم في أموال البعض الآخر بالسبب الباطل حرام. والسبب الباطل في الروايات: الرّبا والقمار. ويحتمل أن المراد ما ليس بحق، فما في الروايات من باب ذكر المصداق.

وفي كلمة «التجارة» قراءة ثان، الرفع، فيكون فاعلاً لكان التامة، وحيث أن التجارة عن تراض ليست من مصاديق الأسباب الباطلة، فالاستثناء منقطع لا محالة. (قال) وهذا الاستثناء غير مفرغ، بأن يكون للإستثناء المنقطع قسمان، المفرغ وغير المفرغ، والمفرغ يمكن تأويله بحيث يفيد الحصر، فهو منقطع محض، وحينئذ لا يفيد الحصر.

وبناءً على قراءة الفتح، فالتقدير: إلّا أنّ تكون الأموال أموال تجارة عن تراض، والاستثناء منقطع كذلك.

ولا دلالة على الحصر عن طريق المفهوم، لأن القيد غالبي كما في الآية ﴿وَرَبَّائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾^(١).

أقول:

الإنصاف أن «عن تراض» قيد لا وصف، ولا يخفى الفرق، وإذا كان قيداً، فإن الأصل في القيود هو الإحترازية.

وأما ما ذكره في الإستثناء، فقد قال السيد: بأن المستثنى منه هو «ولا تأكلوا أموالكم بينكم» وقوله «بالباطل» بيان لعلّة الحكم. فالمعنى: كلما ليس بتجارة عن تراض فهو في نظر الشارع باطل^(١).

وعلى هذا يكون الاستثناء متصلاً وهو حسن، إلا أن الجزم به مشكل. إلا أن في الاستدلال بالآية عن طريق قيدية «عن تراض» وأن ظاهر التقييد هو الإحترازية، كفاية.

وببيان آخر:

إن جميع الاستثناءات المنقطعة مآلها إلى الإنصال، مثلاً قوله تعالى: «لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيًا * إِلَّا قِيلًا سَلَامًا سَلَامًا»^(٢) ظاهره الانقطاع ولكن ليس كذلك، بل لما كان قوله: «لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيًا» يوهم عدم وجود المتكلم أو الكلام هناك، استثنى بقوله «إِلَّا قِيلًا سَلَامًا سَلَامًا» لدفع التوهم المذكور، وأن هناك متكلماً وكلاماً وهو ليس إلا سلاماً سلاماً.

وآية التجارة كذلك، فقد يتوهم منها أنها ناهية ومانعة من أن يتاجر الناس فيها بينهم بأموالهم، فجاء الرد بأن المتاجرة الممنوعة هي التي تكون بالباطل، أما التي تكون عن تراض فلا مانع عنها.

وبعبارة أخرى: إن «إلا» ظاهرة في الإخراج، فالآية تستثني عن «أموالكم» ما كان تجارة عن تراض، وقوله «الباطل» بيان لعلّة لتحريم ما عدا التجارة عن تراض.

(١) حاشية المكاسب ٢/ ٧٣.

(٢) سورة الواقعة: ٢٥.

إذن، يتم الاستدلال بالآية على كلا الوجهين.

وأما حديث الرفع، فيدلّ على عدم ترتب الأثر على بيع المكره، إمّا تخصصاً، بأنّ بيعه ليس ببيع، فلا تعمه الآية «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» فلا مجال لدعوى شمولها له بطيب النفس لاحقاً. وإمّا تخصيصاً، وكلّ فرد خرج عن تحت العام لا يمكن أن يعود ويدخل تحته، لأن ما وقع لا ينقلب عمّا وقع عليه.

وبالجملة، فبيع المكره خارج عن الآية على كلّ تقدير.

أجاب الشيخ: بأنّ المرفوع هو المؤاخذه، الأعم من الدنيوية والاخروية.

(قال) والحكم بوقوف عقده على رضاه، راجع إلى أن له أن يرضى بذلك، وهذا حق له لا عليه.

أي: إنّ المرتفع هو المؤاخذه، وما كان له فليس بمؤاخذه عليه حتى يرتفع. أو إنه لما كان حديث الرفع امتنانياً، فهو لا يرفع الحكم الذي له، لأنّ رفعه خلاف الامتنان.

ثم قال:

نعم، قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ. وهذا إلزام لغير المكره، والحديث لا يرفع المؤاخذه والإلزام عن غير المكره.

والوجه في ذلك هو: إنّ الطرف الآخر - وهو المشتري - قد قبل البيع عن طيب نفس عنه من المكره، وهو لم يكن في قبوله مكرهاً حتى يرتفع بالحديث، فيكون ملزماً بعدم الفسخ.

ثم قال:

وأما إلزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه، فهو من توابع الحق الثابت له بالإكراه...

يعني: المفروض لزوم البيع من ناحية المشتري، فليس له التصرف في الثمن ولا في المبيع وليس له الفسخ، ولكن إذا طالت المدة جاز إلزام المكره باختيار البيع أو فسخه، وهذا الإلزام لا يرتفع بحديث الرفع، لأنه من توابع الحق الثابت له بالإكراه. أي: إن الإكراه يرفع ماله الثبوت - ولو بالثبوت الاقتضائي بمقتضى العمومات - وأما ما يثبت بعد الرفع، فمتأخر عن الرفع بمرتين، ولا يعقل أن يرتفع.

ثم قال:

ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلاً.

يعني: إن الذي ذكرنا - من توقف البيع من حيث التأثير على رضاه اللاحق حقاً له لا عليه - واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، لكون الرضا - بناءً عليه - مؤثراً من حينه.

قال:

وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل.

أي: ربما يقال إنه بناءً على كاشفية الرضا عن تحقق البيع وثبوت الملكية للمشتري من حين العقد. يكون حقاً عليه لا حقاً له.

فأفاد بأن الأمر ليس كذلك بعد التأمل، وذلك، لأن معنى الكاشفية ليس المرآتية، بأن يكون الرضا مرآة لتحقيق البيع في حين العقد، فهذا باطل، بل

المراد من الكاشفية هو الكشف الحكمي، بمعنى تعبد الشارع عند الرضا اللاحق بترتيب آثار البيع من حين العقد، أو يكون المراد من الكاشفية الكشف الحقيقي، أي: إن العقد يؤثر في الملكية من حين صدوره بلحاظ تعقبه بالرضا. لكنه على كل حال مختار في الرضا وطيب النفس وعدمه. هذا جواب الشيخ أولاً. وقد تعمّدنا شرح كلامه، لأن البعض قد غفل عن مرامه فأورد عليه بما لا وجه له.

وأما جوابه عن الاستدلال بالحديث ثانياً، فهو:

إن أثر العقد الصادر من المالك - بمقتضى العمومات والإطلاقات ومع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه - هو السببية التامة لنقل المال، ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه بمقتضى حديث الرفع، فيثبت له حينئذ السببية الناقصة، إذ يكون العقد بالنظر إلى الحديث جزءاً للعلّة التامة، وطيب النفس هو الجزء الآخر، فالسببية الناقصة لم تكن من قبل وإنما حدثت بالحديث، فكيف يعقل ارتفاعها به؟

إن رفع ما استكرهوا عليه نظير رفع الخطأ والنسيان، فكما أن الأثر الذي يترتب على العمل بقيد كونه عن نسيان - كوجوب سجدة السهو على المتكلم عن نسيان - لا يرتفع بحديث الرفع، كما أن الأثر المترتب على الفعل بقيد العمد، كوجوب الكفارة على من أفطر عمداً، كذلك، فإنه لا معنى للتمسك بحديث الرفع لعدم وجوب الكفارة على من أفطر سهواً.

كذلك الكلام في فقرة ما استكرهوا عليه، فإن البيع كان سبباً مستقلاً للنقل والانتقال، فإن كان عن إكراه، سقط عن تلك السببية ووجد له السببية الناقصة، وهذه السببية لا ترتفع بحديث الرفع، لكونها وجدت به.

قال:

وبعبارة أخرى: اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفي بهذا الحديث، والمدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك، وهذا غير مرتفع بالإكراه. فأشكل عليه بقوله:

إن مقتضى حكومة الحديث على إطلاقات «وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس، فكان المعنى: أحل الله البيع المرضي به، وحينئذٍ، فبأي دليل يستند القول بتأثير الرضا اللاحق بعد تقييد العمومات بالرضا السابق؟ وإذ لا دليل عام ولا خاص، فيرجع إلى أصالة الفساد.

فقال:

اللهم إلا أن يقال: إن العمومات والإطلاقات مقيدة - بمقتضى الكتاب والسنة والإجماع والعقل - بالمعاملة الواقعة عن الرضا، وهو أعم من المقارن واللاحق، فلا يبقى مجال للاستدلال بحديث الرفع لعدم تأثير البيع عن إكراه، إذ يعتبر أن يكون هناك أثر ليرفعه الحديث، أما البيع بما هو بيع فلا أثر له، وأما البيع مع الرضا فلا يرتفع، وأما البيع الذي يلحقه الرضا، فقد أفادت العمومات المتقيدة ترتب الأثر عليه.

قال:

فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه والرضا به لاحقاً، ولازمه - بحكم العقل - كون العقد المكروه عليه بعض المؤثر التام، وهذا أمر عقلي غير مجمول، فلا يرتفع بالإكراه.

وما في بعض النسخ من قوله: «إلا أن يقال...» إلى لفظة «من اللاحق» باطل، وليس في نسختنا المصححة، والكلام اللاحق قرينة على بطلان تلك الجملة.

وقد أورد بعض الأعظم على كلام الشيخ قدس سرّه بأنه يبتني على قانون انقلاب النسبة، وهو تخصيص العام بأحد المخصّصين، ثم لحاظ النسبة بينه وبين المخصّص الآخر. ولكن التحقيق - كما تقرّر في باب التعادل والتراجع - أنه لو جاء عام وخاصان، فإنهما يخصّصان العام في عرض واحد، لا أن يخصّص أحدهما ثم تلحظ النسبة بين العام والمخصّص الآخر. مثلاً: لو قال أكرم العالم، ثم قال: لا تكرم الرومي وقال: لا تكرم النحوي، فلا يخصّص العام بالرومي أولاً وتكون النتيجة لا تكرم الرومي من العلماء، ثم تلحظ نسبته إلى لا تكرم النحوي، حتى تكون النسبة العموم والخصوص من وجه، بل المخصّصان يردان على العام في وقت واحد، والنسبة بين كلّ منهما والعام هي العموم والخصوص المطلق، كما لا يخصّص العام بأحد الخاصين فقط فلا يبقى موضوع للمخصّص الآخر.

وفيما نحن فيه، يوجد العام وهو «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» والخاصان وهما: حديث الرفع، وحديث: لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفسه. والشيخ يريد تخصيص الآية بحديث لا يحلّ، ثم يقول بأن لا موضوع لحديث الرفع. وهذا ما يصطلح عليه بانقلاب النسبة، وقد تقرّر بطلانه.

أقول:

قد أوضحنا في بحث التعادل والتراجيح بطلان انقلاب النسبة، ومورده ما إذا كان عام ومخصّصاً، كالمثال المذكور. ولكن لا يخفى الفرق بين الحاكم والمخصّص، إذ الحاكم رافع للموضوع والمخصّص هو ما يرفع الحكم مع انحفاظ الموضوع، والحاكم دائماً في رتبة متأخرة في نظام التشريع، لكونه شارحاً للأدلة وناظراً إليها، وإذا كان كذلك، فلا يجعل في عرض المخصّص.

وفيما نحن فيه: حديث الرفع لسانه لسان الحكومة، وحديث لا يحلّ مخصّص، فيتقدّم حديث لا يحلّ ويخصّص العام وهو الآية المباركة، فيعتبر في البيع الرضا، وهو أعمّ من المقارن والمتأخر، وحينئذٍ لا يبقى موضوع لحديث الرفع.

وهذا هو الوجه الصحيح لما أفاده الشيخ، وليس من باب انقلاب النسبة حتى يرد عليه الإشكال.

فإن قلت:

فكما أن الرضا أعم من المقارن واللاحق، كذلك الإكراه المرفوع بحديث الرفع، فإنه أعم من الإكراه المستمر والإكراه الذي انقطع بالرضا لاحقاً.

قلت:

إنّ حديث الرفع مسوق للامتنان، ومقتضى الامتنان أن يكون البيع الإكراهي المتعقب بالرضا مؤثراً، فلا يعقل الإطلاق في الحديث، بل يكون منحصراً بالإكراه المستمر.

ولو فرض أن الحديثين مخصصان للعام في عرض واحد، لم يكن لحديث الرفع أثر كذلك، لأنه قد اختص بالإكراه المستمر، وقد خص العام به، وأما الإكراه الذي انقطع بالرضا فباق تحت العام ويترتب عليه الأثر. فالتحقيق في الجواب عن الاستدلال بحديث الرفع أن يقال: إن مفاد هذا الحديث هو: أن كل حكم يكون مترتباً على البيع لولا الإكراه، فهو مرتفع بالإكراه، وهذا الرفع التشريعي امتناني، فيختص بما إذا كان الإكراه مستمراً، ولا ربط لحديث الرفع بمورد الإكراه المنقطع بالرضا اللاحق، بل هو باق تحت العمومات.

هل الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟

قال الشيخ

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 النقلية هو الثاني.

أقول:

مقتضى القاعدة أن يكون الرضا ناقلاً، لأن الملكية إنما تحصل من حين الرضا، سواء كان الرضا مقتضياً أو كان الإكراه مانعاً، ولذا كان على المشتري أن يدفع أجرة مثل المنافع التي استوفاه من المبيع إلى حين تحقق الرضا. هذا هو مقتضى القاعدة، لكن الشيخ اختار الكشف، بتنقيح المناط من النصوص الواردة في بيع الفضولي، كرواية عروة البارقي ورواية محمد بن

قيس وغيرهما، فكما ينكشف هناك بالإجازة - إنكشافاً حكيمياً - مالكيّة المشتري من حين العقد، كذلك هنا في بيع المكره إذا رضي المالك لاحقاً. وعلى هذا، فلا يجب دفع أجرة المثل.

قال:

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 ... لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل. وفيه...

أقول:

وحاصل إشكال الشيخ هو: إن المنشأ ليس للملكيّة من حين العقد، بل إنه أوجد ما يكون سبباً للملكيّة الشرعيّة، فإن كان سبباً تاماً لها ثبتت فعلاً، وإن لم يكن كذلك، فإنّها تتحقّق عند تماميّة.

قال: 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 الصّرف والسّلم والهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ - غير منافٍ لمقتضى الإيجاب، ولم يكن تبعيضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة.

وحاصل ذلك: إن البيع بما هو بيع لا يفيد الملكيّة من حينه، بل هو سبب للملكيّة الشرعيّة، وإنما يترتب عليه الأثر إذا تمت سببيّته.

قال:

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك وإن كان بعد الرضا إلا أن حكمه بذلك لما كان من جهة إرضائه للرضا بما وقع، فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله. قلت: المراد هو الملك شرعاً، ولا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعي بالملك.

أقول:

توضيح الإشكال:

حكم الشارع بالملكية بتحقيق الرضا متأخر، أما المحكوم به وهو الملكية فمن حين العقد، لأن حكم الشارع بالملكية جاء على طبق رضا المالك، والذي رضي به المالك هو الملكية من حين العقد، فالشارع قد حكم الآن بالملكية من ذلك الحين.

وتوضيح الجواب:

إنه لا معنى لأن تتخلف الملكية الشرعية عن حكم الشارع، بأن تكون الملكية قبل حكمه. وذلك، لأن الملكية أمر اعتباري، ونسبة الاعتبار إلى المعبر نسبة الإيجاد والوجود، وهما حقيقةً واحد، ويختلفان بتعدد النسبة، فكما لا معنى لأن يكون الإيجاد فعلياً والوجود قبل أو بعد، كذلك التملك وهو اعتبار الملكية، فإنه والملكية شئ واحد، فلا يعقل أن يكون الاعتبار متأخراً والملكية متقدمة.

وربما يتوهم من كلام الشيخ أنه يريد أن البائع غير قاصد للملكية

الفعليّة، والحال أنّ الموجب والقابل يقصدان الملكيّة من حين العقد، وقد عرفت أنّ لا مجال لهذا التوهم.

ثم أقول:

إنّ الملكيّة والتملك أمر واحد حقيقةً ومتعدّدان اعتباراً، ولكن هل أنّ متعلّق التملك هو طبيعة الملكيّة أو الملكيّة من الحين؟ لا إشكال في أنّ المنشأ هو طبيعة الملكيّة، إلّا أنّه لما كان الإنشاء بالفعل كانت الملكيّة بالفعل. بل مقتضى الدقّة هو: إن الزّمان - وهو من المقولات التسعة ويعبر عنه بـ«متى» - لا يعرض على الأمور العرضيّة، فكيف بالأمور الاعتباريّة كالملكيّة، وإنما الشخص نفسه زماني فيقع فعله في الزمان، والزمان ليس عارضاً على الملكيّة، وإنما يعرض متعلّق الملكيّة، كقولنا: منفعة العين في الزّمان الفلاني.

وتحصّل:

إنّ البائع يعتبر الملكيّة، فإن كان له موضوعيّة للاعتبار الشرعي، جاء الاعتبار الشرعي على طبقه، وإلا فلا. وربما يكون سبباً للاعتبار الشرعي بضميمة أمر آخر.

هذا، وتوهم كون الكشف هو مقتضى القاعدة، مندفع:

أمّا أولاً، فلأنّ البائع لا يقصد إيجاد الملكيّة من حين العقد، وإنما ينشئ طبيعة الملكيّة، غير أنّ الإنشاء لما كان فعليّاً يكون المنشأ كذلك، لأنّه قد أنشأ الملكيّة المقيّدة بكونها من حين العقد، نظير الطلب، فإنه إنشاء لطبيعة الطلب لا الطلب الفعلي، ولذا لا يدلّ الأمر على الفور.

وأما ثانياً، فلأن اعتبار الشارع الملكية هو بعد الرضا، وحيث أن اعتبار الملكية متحد مع الملكية، فلا يعقل تقدّم الملكية على حكم الشارع.

قال الشيخ:

وإن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد...

أقول:

إن كان مقصوده هو التنظير من جهة أن الفسخ من الحين لا من الأصل، فنعمًا هو، لكن لا يخفى الفرق بين الرضا والفسخ من جهة أخرى، فإن الفسخ يكون بعد العقد التام المؤثر في الملكية من حيث جميع الآثار، ولكن لما كان العقد جائزاً، فإنه يحل العقد كما تحل البيعة من الحين. فالرضا ليس عدل الفسخ، بل هو عدل الرد، كما أن عدل الفسخ هو الإمضاء.

فمقصود الشيخ مجرد التشبيه والتنظير من جهة ما نحن فيه، لا من جميع الجهات.

قال:

ثم على القول بالكشف، هل للطرف غير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا؟
أقول:

يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله، لكن الغرض من التعرض لهذا هنا هو أن الطرف المقابل يحتمل نفوذ العقد ولزومه في نفس الأمر، لاحتماله

رضا البائع فيما بعد، فيكشف رضاه عن تأثير العقد من حين صدوره، فليس له أن يفسخ، لعدم كونه من العقود الجائزة، وليس الأمر كذلك على القول بالنقل.

لكنَّ البحث عن جواز التصرف من الطرف المقابل في المال الذي دفعه وعدم جوازه، وجواز الفسخ وعدمه، يأتي على النقل والكشف معاً.

مسألة

إذن السيد لو كان العاقد عبداً

قال الشيخ:

ومن شروط المتعاقدين: إذن السيد لو كان العاقد عبداً...

أقول:

أي: لو أراد العبد بيع مالٍ له - بناءً على تملكه - أو لغيره وكالة عنه سواء المولى أو غيره، أو أراد شراء شيء بمالٍ له أو في ذمته، لا يجوز له إلا بإذن سيده. أي: لا يصح ذلك على جميع التقادير. أما حكم تصرفاته تكليفاً، فذاك بحث آخر قد نتعرض له.

الدليل على هذا الشرط

والدليل على ذلك:

أما كتاباً، فقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(١)

«والشيء» عام.

وَأَمَّا سَنَةٌ، فَعَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ وَأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ قَالَا: الْمَمْلُوكُ لَا يَجُوزُ نِكَاحُهُ وَلَا طَلَاقُهُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ. قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ زَوْجَهُ، بَدَّ مِنَ الطَّلَاقِ؟ قَالَ: بَدَّ سَيِّدُهُ ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ أَفْشَى الطَّلَاقِ^(١).

وقوله «لا يقدر على شيء» ليس قيداً احترازياً ليقسم العبد إلى من يقدر ومن لا يقدر، بل هو بيان للحكم الشرعي. أي: ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً، من حاله أنه لا يقدر شرعاً على شيء، ومعنى «لا يقدر» عدم التمكن على فعلٍ بوحده واستقلاله وأنه محتاج إلى غيره في القيام به، و«الشيء» إن كان عبارة عن المشيئ وجوده، كان دليلاً على قول من يقول بأن العبد لا يجوز له حتى تحريك يده والتكلم بلسانه إلا بإذن مولاه، لكونهما مملوكين له، ولكن لا يبعد أن يكون المراد هو المتفاهم منه عند العرف.

وعلى الجملة، فالآية والرواية دالتان على عدم استقلاله في العمل وعدم ترتب الأثر على معاملاته مطلقاً بدون إذن سيده، ومقتضى ذلك، أنه لو صدر منه شيء من غير مدخلية السيد فهو شرعاً بمنزلة العدم، وحينئذ يقع الكلام في تأثير الإجازة اللاحقة.

هذا شرح كلام الشيخ رحمه الله.

التحقيق

ولكن المستظهر من الآية شيء آخر، فقد تكرر قوله تعالى: ﴿لَا يَقْدِرُ﴾ مرّتين. أمّا في الثاني وهو «الأبكم» فالعجز تكويني، وأمّا في الأول، فهو من

(١) وسائل الشريعة ٢٢/١٠١، كتاب الطلاق، الباب ٤٥ رقم: ١.

شئون المملوكيّة، وذلك، لأنّه ليس في القرآن قيد أو وصف توضيحي، بل جميع ألفاظ القرآن حتى حروفه وأدواته إنّما جاءت للدلالة على معنى، وقد ورد في الآية «عبدًا مملوكًا» فما هي النكته في كلمة «مملوكًا» مع وضوح كون العبد مملوكًا؟

الظاهر أنّه وصفٌ يتفرّع على القدرة على شيء، وقد جيئ به للدلالة على أنّ هذا العجز ليس تكوينيًا بل هو عرضي بلحاظ مملوكيّته، وعلى هذا نقول:

إنّ هذه الآية تدلّ على أنّه ليس للعبد أن يتصرّف في نفسه وماله كما يتصرّف المالك الحرّ في نفسه وأمواله، لأنّه مملوك. وأمّا الاستدلال بها على عدم جواز التصرّف في أموال المولى، وفي أموال غير المولى من سائر الناس، فغير تام، لأنّ التصرّف في مال الغير إلّا بإذنه غير جائز لغير العبد أيضاً، فأنحصرت دلالة الآية على عدم صحّة تصرّف العبد في نفسه وماله إلّا بإذن من سيّده.

ولا أعهد أحداً تنبّه إلى ما ذكرناه في الآية.

حكم إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيّد

قال الشيخ:

وأما مع الإجازة اللاحقة، فيحتمل عدم الوقوع... إلّا أن الأقوى هو لحقوق

إجازة المولى...

أقول:

قد ذكر في وجه عدم وقوع بيع مال الغير بالوكالة: إن الإجازة إنّما تتعلق

بمضمون العقد وهو انتقال مال الغير بعوض، وهذا ليس منوطاً برضا المولى لكونه أجنبياً، وإنما للمولى أن يجيز إنشاء العبد، لكن المفروض أن هذا الإنشاء - لما كان بدون إذن المولى - ساقط عن الاعتبار وكان بمنزلة العدم، والإجازة اللاحقة لا تخرجه عن العدم، لأن الشيء لا ينقلب عما وقع عليه. وفي وجه تأثير الإجازة ووقوع البيع: إن الآية لا تدل على لغوية إنشاء العبد مطلقاً، إنما دلت على لغويته إن كان بلا إذن سابق أو لاحق، ومع لحوق الإجازة يكون الأثر مترتباً على الإنشاء، بشمول العمومات والإطلاقات له، ولو شككنا في أن الآية المباركة تنفي الصحة مطلقاً أو في خصوص عدم لحوق الرضا، وجب الأخذ بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه، لكون المخصص منفصلاً دائراً أمره بين الأقل والأكثر، فيخصص بالقدر المتيقن وهو الإنشاء الخالي من الرضا سابقاً ولاحقاً، ويتمسك بالعام في الزائد، وهو ما لو لحقه الرضا، كما تقرر في الأصول.

وقال بعض الأكابر:

إن الرواية أناطت الصحة بالإذن، والإذن هو الترخيص، ولا يعبر بالترخيص إلا عما كان مقدماً، والرضا اللاحق ليس بإذن، فالرواية دلت على عدم تأثير الرضا اللاحق^(١).

وفيه:

إنه لم يكن في الآية تعرض للإذن، والرواية إنما وردت في مورد الآية وسياقها، وقد استشهد بها فيها، فالمراد من الآية والرواية: عدم استقلال

(١) حاشية كتاب المكاسب للمحقق الإصفهاني ٦٨/٢.

العبد في تصرّفاته، فما صدر منه باستقلاله لأثر له. ومن المعلوم أنّه مع الإذن اللاحق لا يكون مستقلاً، فيترتب الأثر على إنشائه.

تأييد وقوع البيع بالصحيحة السابقة

قال:

ويؤيد إرادة الأعم من الإجازة: الصحيحة السابقة، فإن جواز النكاح يكفيه لحوق الإجازة، فالمراد بالإذن هو الأعم، إلا أنه خرج الطلاق بالدليل...

أي: إن الصحيحة قد ذكر فيها النكاح، ونكاح العبد من الأمور التي تلحقها إجازة المولى، ويكشف ذلك عن أن الإنشاء لم يكن لغواً بل كان قابلاً للإنفاذ بالإجازة.

فإن قيل:

إن كان كذلك فليكن في الطلاق أيضاً، والحال أن الإجازة اللاحقة لا تؤثر فيه.

أجاب:

بأن الطلاق قد خرج بالدليل. وسيأتي أن الإجازة في الإيقاعات غير مؤثرة.

فإن قيل:

يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.

أجاب:

لا يلزم ذلك، لأن الكلام مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق،

ويرشد إليه التعبير عن السؤال بقوله: بيد من الطلاق؟

وأشكل بعض الأكابر:

بأنه إذا كان الكلام مسوقاً لبيان عدم استقلال العبد في الطلاق، فهو غير ناظر إلى كفاية الرضا على إطلاقه، فلا يصح الاستدلال بالصحيحة على تأثير الإجازة اللاحقة في البيع، لكونها حينئذٍ مجملة^(١).

وفيه:

إنه قد تقرّر في الأصول أنه متى كان العام موضوعاً للحكم، لزم ذكر المخصّص معه - إن كان له مخصّص - حتى لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، أمّا إذا لم يكن كذلك، فلا يلزم لعدم لزوم المحذور المذكور. وكلام الشيخ إشارة إلى هذه القاعدة، لأن العام هنا هو «الإذن» ولم يكن المقصود ترتيب حكم عليه، بل الكلام مسوق لبيان أمر آخر.

وبعبارة أخرى: ذكر العام في مقام بيان حكم أمرٍ آخر من غير أن يذكر المخصّص له، لا يلزم منه محذور تأخير البيان عن الوقت الحاجة، وما نحن فيه من هذا القبيل.

فإشكال السيّد رحمه الله مندفع.

أمّا إشكاله الآخر فوارد، قال ما نصّه: والتحقيق أن الصحيحة ساكتة عن حكم لحق الإجازة، بل الاستفادة منه أن العقد بلا إذن باطل، والقدر المتيقّن منها بلا إذن مطلقاً لا سابقاً ولا لاحقاً، فلا ينافي الدليل الخارج على أحد الأمرين كما في النكاح والطلاق، حيث دلّ الدليل على صحّة

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٨٧/٢.

الأول بالإجازة وعدم صحّة الثاني بها.^(١)

أقول:

ويرد على الشيخ أيضاً، أن في الصحّحة: «لا يجوز... إلّا بإذن سيّده» أي: يجوز بإذن سيّده، وحينئذٍ، يكون الحكم متوجّهاً إلى العام وهو «الإذن»، فيعود الاشكال بلزوم تأخير البيان عن وقت الحاجة، على ما تقرّر في الأصول.

تأييد وقوع البيع برواية: إنه لم يعص الله

قال الشيخ:

ويؤيد المختار بل يدل عليه: ما ورد في صحّحة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازته، معللاً به أنه لم يعص الله تعالى وإتما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز...

أقول:

نصّ الرّواية عن زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام قال: سألت عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده.

فقال: ذاك إلى سيّده، إن شاء أجازته وإن شاء فرّق بينهما.

قلت: أصلحك الله، إن الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد ولا تحلّ إجازة السيّد له.

فقال أبو جعفر عليه السّلام: إنه لم يعص الله وأُتِمَّ عصى سيّده. فإذا أجازَه فهو له جائز^(١)

ويفسّرُها ما عن زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام:

قال: سألتُه عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها، ثمّ اطّلع على ذلك مولاه؟ قال: ذاك لمولاه إن شاء فرّق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلّا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً، وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل. فقلت لأبي جعفر عليه السّلام: فإنّ أصل النكاح كان عاصياً، فقال أبو جعفر عليه السّلام: إنّما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله، إنّما عصى سيّده ولم يعص الله، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه^(٢).

وذكر الميرزا القمي ترك الاستفصال في ما يدلّ على العموم، فقال:

ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال، ينزل منزلة العموم في المقال، نقله في التمهيد عن جماعة من المحققين^(٣).

وفيما نحن فيه، السّؤال عن تزوّج العبد، وهو قد يكون بعقد العبد على نفسه، وقد يكون بعقد الغير له وكالة أو فضولة. فأجاب الإمام عليه السّلام بأنّه إذا أجاز سيّده جاز، ويستكشف منه صحّة نكاحه على نفسه وأنّ إنشائه مؤثر وليس بلغو. ثم من ترك الإمام الإستفصال يفهم عدم انحصار الإجازة

(١) وسائل الشيعة ٢١/ ١١٤، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٢٤ رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١/ ١١٥، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٢٤ رقم: ٢.

(٣) قوانين الأصول: ٢٢٥.

بما لو عقد له غيره، بل يشمل ما إذا عقد هو لنفسه، فإذا كانت الإجازة مؤثرة في عقده لنفسه، حيث أن الإنشاء منه ومضمون العقد له، كانت مؤثرة في عقد الغير له - حيث الإنشاء من غيره - بالأولوية.

وإذا ثبت هذا في النكاح، فهو ثابت في غيره من العقود.

وهذا توضيح تقريب الاستدلال بالرواية.

وقد أشكل الميرزا الاستاذ على الأولوية المزبورة:

بأن ترك الإستفصال وإن كان مفيداً للتعميم في باب النكاح ونحوه، إلا أنه للتعدي إلى غير مورده لا يفيد، لأنه لو فرض بأنه صرح بأن نكاح العبد يصح بالإجازة ولو باشره بنفسه، لما أمكن التعدي إلى مورد وكالة العبد لغيره أو إجرائه الصيغة وإيجاده العلقه فضولاً. لأن صحة نكاحه لنفسه وإن استلزم تصحيح جهة إصداره أيضاً، حيث أن الإجازة يرجع إلى ما يتعلق بمضمونه بالمولى، فصحة جهة إصداره إنما لوحظ معنى حرفياً إذا دلّ الدليل على صحة النتيجة بالإجازة، فيدل على صحة جهة الإصدار، لأنها من مقدمات حصول النتيجة. إلا أن هذا الدليل لا يمكن أن يدل على صحة جهة الإصدار إذا لوحظت معنى اسمياً، وعقد العبد لغيره فضولاً أو وكالة جهة توقفه على إجازة المولى هو جهة إصداره، وإلا فمضمونه غير راجع إلى المولى، ولم يدل دليل على أن الإجازة أيضاً كالإذن في جهة الإصدار كما لعله لا يخفى.

أقول:

هذه الشبهة إنما تتوجه بالنظر إلى الرواية: «إن شاء فَرَّقَ بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما». أمّا في الرواية الأولى فيقول عليه السلام: «ذاك إلى سيّده إن شاء أجازَه» أي: أجاز تزوّجه، والتزوّج هو الإنشاء، وهو السبب، فيكون مؤثراً بالإجازة اللاحقة.

إلا أنّ الميرزا أجاب بوجه آخر فقال: إلّا أنّ يقال: إن الأخبار الدالة على صحّة نكاح العبد إذا أجازَه المولى، الواردة في ردّ حكم الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي، ظاهرة في إعطاء قاعدة كليّة وهي: إن كلّ ما رجع جهة الصّحة إلى إذن السيّد فإجازته كإذنه.^(١)

قال الشيخ:

مع أنّ تعليل الصّحة بأنه: لم يعص الله تعالى... في قوّة أن يقال: إنه إذا عصى الله بعقد، كالعقد على ما حرّم الله تعالى... كان العقد باطلاً... أمّا إذا لم يعص الله وعصى سيّده، أمكن رضا سيّده فيما بعد...

أي: إذا كان العقد محرّماً بالذات، كنكاح المحارم أو كالعقد الواقع في العدة... فإنه يكون باطلاً والله لا يرضى به، أمّا العبد، فلم يرتكب المحرّم بالذات، فلم يعص الله وإنما عصى سيّده. وهذه العلّة المذكورة في الرواية تعمّم الحكم إلى سائر الموارد، فلا يختصّ الحكم بالنكاح، بل يعمّ البيع وغيره من العقود، فلو باع بدون إذن من سيّده - وكان بيعه ممّا لم ينه عنه

الشارع - كان عاصياً للسيد. فسواء كان رضاه شرطاً للصحة أو كان عدم رضاه مانعاً، يكون رضاه موجباً للصحة.

وقد أخذ الميرزا الاستاذ هذا البيان من الشيخ، وجعله الجواب عن الإشكال في الأولوية...

والحاصل: إنه لو أنشأ عقد النكاح لنفسه، أو أنشأ هو لغيره وكالة عنه، أو أنشأ الغير له بتوكيل منه، فمقتضى الصحة في جميع هذه الصور أنه لو رضي السيد بذلك فيما بعد صح، لأن المنساق من الزاوية إعطاء قاعدة كلية مفادها الفرق بين معصية الله فيقع باطلاً، ومعصية السيد فيكون صحيحاً إذا رضي به سيده. وإذا صح ذلك في النكاح صح في غيره من العقود كالبيع. وقال صاحب الجواهر ما حاصله^(١):

إنه لا حاجة لإجازة المالك ولا موضوع لهذا البحث فيما إذا أنشأ العبد البيع للغير، لأنه إن كانت الحاجة إليها من جهة أن إنشائه تصرف في ملك السيد، فكان منهياً عنه لحرمة التصرف في ملك الغير، فإن النهي في المعاملة لا يوجب الفساد، خصوصاً النهي الناشئ عن معصية السيد، وإن كانت الحاجة لتصحيح مضمون العقد وهو ملكية الغير للشيء، فإن مضمون العقد لا يربط له بالسيد المالك حتى تؤثر إجازته في صحته.

بل إن هذه المعاملة صحيحة حتى مع نهي السيد عنها، فلا مجال للشك في صحتها إن وقعت من دون إجازة منه، بل صحتها في هذه الصورة ثابتة بالأولية.

فأجاب الشيخ:

بأن الروايات ناطقة بأن الصحة من جهة ارتفاع كراهة المولى وتبدلها بالرضا، فهي دالة على أن رضا المولى شرط. فالقول بأن الروايات تدل على أن معصية السيد لا تقدح بصحة العقد، في غير محله.

وأفاد: بأن مفاد تلك النصوص في إناطتها صحة عقد العبد بإجازة السيد هو عدم استقلال العبد في تصرفاته مطلقاً، فلا فرق بين أن يكون عقده لنفسه أو لغيره.

أقول:

تقريب كلام صاحب الجواهر هو:

إن مدلول النصوص هو أن لعقد العبد صحة تأهلية من حيث السببية لوقوع المضمون، غير أن ترتيب المسبب بالإجازة للعقد وعدم ترتيبه بعدمها، فإذا كان العقد للغير لم يكن لمضمونه ربطاً بالمالك، كما لا ربط له بالعبد. وحينئذٍ، لا يكون العقد الواقع كذلك مشمولاً للنصوص، لكونها ظاهرة في العقد لنفسه، وأن المولى إن شاء فرّق بينهما وإن شاء أجاز، وحينئذٍ، تؤثر الصحة التأهلية أثرها ويصح العقد.

هذا بالنسبة إلى الروايات.

وأما الآية المباركة، فقد تقدّم منا عدم دلالتها على عدم صحة عقد العبد إن كان لغيره. وبعبارة أخرى: لا دلالة لها على البطلان في غير العقد لنفسه، وخلاصة ما قلناه هو: إن عدم قدرة العبد على شيء متفرّع على كونه مملوكاً، وحينئذٍ، يكون عدم نفوذ عقده في خصوص ما يرتبط بمملوكيته، وهو ما إذا كان العقد لنفسه فقط.

وأما ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله من أن العبد بتصرفه في لسانه قد عصى سيده لكونه مملوكاً له، فقد أجاب عنه الشيخ بوجوه:

أولاً: منع حرمة مثل هذه التصرفات، للسيرة المستمرة على مكاملة 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 - قاذحة في صحة العقد، غير صحيح، لأن مقتضاه أن يكون التكلم الذي هو معصية لله تعالى مفسداً، مع أن حرمة العقد من حيث أنه تحريك للسان لا يوجب فساده إجماعاً.

فرعٌ

لو أمر العبد بأن يشتري نفسه من مولاه

قال الشيخ:

لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه، صحّ ولزم... وعن

القاضي: البطلان...

أقول:

لو أمر العبد أن يشتري نفسه له من مولاه، فباعه مولاه، فهل يصحّ أولاً؟

قال الشيخ بالصحة واللزوم، بل لم ينقل الخلاف^(١) إلا عن القاضي ابن

البرّاج.

الدليل على الصحة واللزوم

واستدلّ الشيخ: بأن بيع المولى في هذا الفرض رضاً منه، فلم يكن

تصرّف العبد بدون رضاه، بناءً على كفاية الرضا وعدم اشتراط الإذن

الصريح. قال: بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمني.

فإن قيل:

العبد في زمن الإيجاب كل على مولاه ولا يقدر على شيء، فلا قابلية له للقبول، فلا ينعقد البيع.
أجاب الشيخ:

بأن هذا غير قادح، لأن هذا الشرط ليس على حد غيره من الشروط المعتبرة في كل من المتعاقدين بما هما متعاقدان، من أول الإيجاب إلى آخر القبول، كالعقل والبلوغ وغيرهما، بل هو نظير إذن مالك الثمن في الإشتراء بماله، حيث يكفي تحقّقه بعد الإيجاب وقبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فضولاً.

والحاصل: إن الشروط المعتبرة في المتعاقدين على قسمين، فقسم يعتبر فيهما بما هما متعاقدان، فلا بد أن تكون متوفرة فيهما من أول الإيجاب إلى آخر القبول، كالعقل وغيره، وقسم يعتبر فيهما من جهة انتزاع عنوان العاقد من العقد، فهو شرط للعقد فيشترط في المتعاقدين لتحققه بهما، وقصد كل من المتعاقدين للمدلول من شروطهما، ولكنه في الحقيقة من شروط صحة العقد وتأثيره، فلولم يكن قاصداً للشراء، فقليل له: بعثك متاعي هذا، فانقذح في ذهنه قصد المدلول وهو الشراء بعد الإيجاب من البائع، صحّ، لتوفر الشرط في العقد.

الجواب عن دليل القول بالبطلان

وعن القاضي الاستدلال للبطلان باتّحاد الموجب والقابل، والعقد لا يتحقّق مع اتّحادهما.

أجاب الشيخ:

أولاً: بالنقض، بأنّه لو تمّ ذلك لاقتضى المنع من الصّحة لو أذن له السيّد سابقاً.

وثانياً: بالحلّ:

أمّا أولاً: بمنع الاتّحاد في الخارج، فالمالك موجب والعبد قابل.
وأمّا ثانياً: بمنع قدح الوحدة الاعتباريّة.

لو أمر العبد بأن يشتري نفسه من وكيل المولى

قال الشيخ:

فإنّ أمره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن جماعة^(١)... لا يصح... وربما

قيل^(٢) بالجواز...

أقول:

في المسألة قولان:

دليل القول بالبطلان هو: إنّ المولى لم يأذن بذلك.

ودليل القول بالجواز هو: إنّ الذي صدر من العبد هو التصرف في

(١) جامع المقاصد ٤/ ٦٨ وغيره.

(٢) جواهر الكلام ٢٢/ ٢٧١.

لسانه، ولكنّ هذا الفعل المحرّم لا يوجب بطلان اشترائه، لأنّ النهي لا يستلزم فساد المعاملة.

وأجاب الشيخ بما تقدّم: من أنّ الأدلة إنما أفادت عدم استقلال العبد في التصرفات، ولا تدلّ على حرمة التصرف في لسانه.
وهذا هو الصحيح.

بيع الفضولي

مسألة

في عقد الفضولي

قال الشيخ:

ومن شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع...
واختلف الأصحاب وغيرهم في بيع الفضولي.
أقول:

مبحث عقد الفضولي لا يختص بالبيع، بل يجري البحث في مطلق عقود، موجباً أو قابلاً.

والفضولي أعم من أن يعتقد كون المال ملكاً له فيبيعه وهو ليس بملك له، أو يعلم بكونه ملكاً للغير فيبيعه لملكه كما يفعل الوكيل، أو لنفسه كما هو فعل الغاصبين.

وقد تكون الفضولية في حيثية أخرى غير الملكية، كأن يبيع العين المرهونة لزيد عند عمرو بدون إذن من المرتهن، أو يبيع المفلس المال بدون إذن الغرماء، أو يتزوج بنت أخ زوجته - المنوط صحة الزواج منها بإذن الزوجة - بدون إذن منها، إلى غير ذلك من الأمثلة.

قال الشيخ:

ففقّد الفضولي لا يصحّ، أي: لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم، وهذا مراد من جعل الملك وما في حكمه شرطاً، ثم قرع عليه... فاعتراض جامع المقاصد^(١) عليه بأنّ التفريع في غير محلّه، لعلّه في غير محلّه. أقول:

إن من شرائط المتعاقدين الملكيّة ولو لاها لم يصح العقد، والصحة عبارة عن تأثير المقتضي أثره، وفي بيع الفضولي لا تترتب الملكيّة للبائع أو المشتري، لأنها تترتب إلاّ أنها غير لازمة. وبعبارة أخرى: اللزوم يقابل الجواز، فكّل عقد ليس لأحد المتعاملين حلّه فهو لازم، وكلّ عقد يكون لأحدهما ذلك فهو جائز. أمّا في بيع الفضولي، فلا تحصل الملكيّة لأنها تحصل وللمالك حلّ العقد. فلا مناص من القول بأنّ مراد الشيخ من «اللزوم» هو «فعليّة الأثر» - أي: إنّ لبيع الفضولي صحّة تأهليّة، بأنّ يكون مؤثراً في الملكيّة بإجازة المالك - وليس مراده اللزوم المصطلح.

المراد بالفضولي

قال الشيخ

والمراد بالفضولي كما ذكره الشهيد^(٢) هو الكامل غير المالك للتصرف ولو كان غاصباً...

(١) جامع المقاصد ٦/ ٣٨.

(٢) غاية المراد: ١٧٧.

أقول:

الفضول لغة - كما في المفردات^(١) - من الفضل، وهو الزيادة عن حدّ الوسط، فإن كانت الزيادة في الأمور الممدوحة عبّر بالفضل. وعليه: يصحّ وصف العقد نفسه بالفضولي، لأنه خروج عن الحدّ الوسط، أي الميزان الشرعي، ويصحّ وصف العاقد به، لأنه قد خرج عن الحدّ، وليس في أحدهما مسامحة.

وهنا بحثان:

هل يجري البحث في الإيقاعات؟

الأول: هل يجري بحث الفضولي في الإيقاعات؟

قال الشيخ:

بعد اتفاقهم على بطلان إيقاعه كما في غاية المراد.

أقول:

لم يدع الاتفاق على بطلان إيقاع الفضولي بقولٍ مطلق، إلا الشهيد في كتابه المذكور.

وقال كاشف الغطاء بجريانه فيها لو لم يكن إجماع.

[١] وهذه عبارة الشهيد: اختلف علماؤنا في كلّ عقدٍ صدر عن الفضولي... بعد

اتفاقهم على بطلان الإيقاع، وعلى عدم الزوم العقود على أقوال...

(١) المفردات في غريب القرآن «فضل».

وقال بعض مشايخنا^(١): إن كان فعل الفضولي على خلاف القاعدة، فلا بدّ من الاقتصار على ما جاء في النصوص، وهو البيع والنكاح فقط، وإذ لا نصّ في الإجارة والهبة والصّحّ وغيرها من العقود، فما الدليل على التعديّ لسائر العقود؟ وإن كان على القاعدة، فلا بدّ من القول بصحّته في الإيقاعات أيضاً إلا ما خرج بالدليل، مثل ما قيل في طلاق العبد، للرواية عن زرارة عن

وهذه عبارة كاشف الغطاء في شرح القواعد: وبعد إمعان النظر في الأدلّة، يعلم أن منها ما يقضي بصحّة الفضولي في جميع العقود والإيقاعات وما يتبعها ممّا شرط فيه القرية أولاً، إلا ما دلّ الدليل على خلافه...^(٢)

وفي غاية الآمال - بعد إيراد عبارة الشهيد -: قال المحقق الأردبيلي في شرح قول العلامة في الارشاد: والراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن ما لفظه: والظاهر عدم القول به - يعني الفضولي - في العتق، لقولهم لاعتق إلا في ملك. ويمكن الجواز والتأويل كما لا يبيع إلا فيما يملك. انتهى. ويستفاد منه أن عدم جواز الفضولي في العتق الذي هو من جملة الإيقاعات، لم يكن واضحاً مسلماً عند الفقهاء رضي الله عنهم. وسنذكر من كلام صاحب الجواهر عن قريب ما يلوح منه الشك في عدم جواز الفضولي في الطلاق.

لكن العبرة بما أفاده الشهيد...^(٣)

(١) حاشية الإصفهاني ٧٥/٢.

(٢) شرح القواعد ٨١/٢.

(٣) غاية الآمال: ٣٥٢.

أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام: «فبيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد. قال الله تعالى ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ أفشيء الطلاق»^(١)

كما أن بعض العقود لا يجري فيها الفضولي، مثل الوقف - بناءً على كونه منها - إذ يعتبر فيه المباشرة، لا اعتبار قصد القرية فيه وهو لا يتمشى من الفضول كما لا يخفى.

لكن مسلک الشيخ كون عمل الفضولي على القاعدة، فلا بد من جريانه في الإيقاعات.

وعن بعض الأصحاب الاستدلال لبطلان إيقاع الفضولي: بامتناع التعليق في الإيقاعات^(٢).

ويمكن تقريره: بأن الإيقاع والوقوع كالإيجاد والوجود، وكما أن الإيجاد والوجود أمر واحد بالذات وتعددهما بالاعتبار، كذلك الإيقاع والوقوع ولا انفكاك بينهما، فإذا صدر الإيقاع ولم يتحقق مضمونه لكونه معلقاً، فالإيقاع غير متحقق.

ويؤيده ماورد من النصوص في بعض الموارد الخاصة، مثل الطلاق، قال رسول الله صلى عليه وآله: الطلاق بيد من أخذ بالساق^(٣) بناءً على ظهوره في المباشرة. وفي العتق، كالخبر عن أبي عبدالله قال رسول الله صلى عليه وآله: لا عتق إلا بعد ملك^(٤).

(١) وسائل الشيعة ٢٢/ ١٠١ كتاب الطلاق، الباب ٤٥ رقم: ١.

(٢) انظر: حاشية المحقق الإصفهاني ٧٥/ ٢ - ٧٦.

(٣) مستدرک الوسائل ١٥/ ٣٠٦، كتاب الطلاق، الباب ٢٥ رقم: ٣.

(٤) وسائل الشيعة ٢٣/ ١٥، كتاب العتق، الباب ٥ رقم: ٢.

التحقيق هو التفصيل

والتحقيق أن لا نقول بالمنع مطلقاً ولا بالصحة كذلك بل التفصيل. وذلك: لأن في العقود دليلاً عاماً هو عبارة عن قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بناءً على إفادته صحة العقود مطلقاً، وأما في الإيقاعات فلا يوجد دليل عام، والآية المباركة لا تشملها، لأن «العقود» جمع «العقد»، وهو في الحقيقة التزام في التزام وعهد مربوط بعهد، والإيقاع ليس كذلك.

لكن الإيقاع، قد تكون الفضولية فيه في نفس المضمون، وقد تكون في حيثية أخرى غير مضمون الصيغة، ففي العتق: تارة يعتق المالك عبده، وأخرى: يريد عتق عبده المرهون. وفي التدبير: له أن يقول لعبده أنت حرّ دبر وفاتي، أما لو قال هذا لعدد غيره توقّف على إجازة المالك، وفي الوصية في الزائد عن الثلث، يتوقف المضمون على إذن الوارث، وفي الطلاق، يطلق الحرّ زوجته بلا توقف على رضا أحد، لكن العبد إذا طلق زوجته توقف على إذن مولاه.

فأما الإيقاع من قبيل القسم الأول، فلا تجري الفضولية فيه، وأما الإيقاعات التي يكون عدم تحققها منوطاً بحيثية أخرى، كتعلق حق يمنع من وقوعه، فالحق جريانها فيه، لأن كل مالك فله أن يعتق عبده، خرج منه ما إذا تعلّق حق الغير به، كأن يكون مرهوناً عند شخص، فإنه يتوقف صحة عتقه على إجازة المرتهن، فإن لم يجز وقع التخصيص في العام - أعني: كل مالك فله أن يعتق عبده - وإن أجاز المرتهن وشككنا في التخصيص، كان المرجع هو العام.

والحاصل: إنه لا بدّ من التفصيل بين الإيقاعات المنوطة صحتها برضا من بيده الأمر، والإيقاعات التي لا تقع، بسبب تعلّق حقّ الغير، فالفضوليّة جارية في القسم الثاني دون الأوّل.

هل يشمل البحث الرضا الباطني؟

البحث الثاني: هل يشمل الفضولي: ما إذا تحقّق رضا المالك بالتصرّف باطناً من دون إذن منه صريحاً أو فحوى، أو لا يشمل؟
قال الشيخ:

فالظاهر شموله... وإن كان يقوى في النفس - لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب - عدم توقّفه على الإجازة اللاحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد.

دليل الشمول

أقول:

وقد استدلّ للشمول: بأنّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرّف ومسلطاً عليه بمجرد علمه برضا المالك.

ثم أيد ذلك: باشتراط الفقهاء في لزوم العقد: كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو وليّاً، وفرّعوا عليه بيع الفضولي، وظاهر ذلك أنّ الفضولي هو من لم يكن مالكاً أو مأذوناً من قبل المالك أو وليّاً على المالك، سواء تحقّق رضا المالك وطيب نفسه بالعقد أو لا، علم الفضولي بذلك أو لا.

ثمَّ أيد ذلك بحديث عروة البارقي، المروي في كتب العامة والمستدل به في كتب الخاصة لصحة الفضولي.

أدلة الشيخ على عدم الشمول

ثم إنَّ الشيخ اختار عدم الشمول، واستدل له بخمسة وجوه:
الأول: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) فإنه عام لجميع العقود، خرج عنه بالتخصيص ما لم يُجزه المالك وما لم يرض به، ومع الشك في خروجه إن كان بالرضا المقارن فالأصل عدم التخصيص، فيرجع إلى العام ويكون صحيحاً مؤثراً.

والثاني: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢)، إذ النهي عن الأكل كناية عن الفساد، واستثناء التجارة عن تراض كناية عن صحة الأكل بالتجارة عن تراض، وبيع الفضولي المقرون برضا المالك من مصاديق المستثنى.

والثالث: رواية: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.^(٣) بتقريب: إنه بإطلاقه يدل على حلية ما يأخذه المشتري له من الفضولي، والحلية لا تنفك عن صحة العقد.

والرابع: ما دل من النصوص^(٤) على أن علم المولى بنكاح العبد

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٣) عوالي اللآلي ١١٣/٢ رقم: ٣٠٩.

(٤) وسائل الشيعة ١١٧/٢١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبد والإماء.

وسكوته إقرار منه، ومن ذلك: ما أخرجه الشيخ عن الحسن بن زياد قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت رجلاً مملوكاً، فتزوّجت بغير إذن مولاي، ثم أعتقني الله بعد، فأجدّد النكاح؟ قال فقال: علموا أنك تزوّجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً. قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك.

وما أخرجه الكليني عن معاوية بن وهب، قال: جاء رجل إلى أبي عبد الله، فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، وإني تزوّجت امرأة حرةً بغير إذن مولاي، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدّد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال له عليه السلام: أكانوا علموا أنك تزوّجت امرأة وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عني ولم يغيروا عليّ. قال فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم. اثبت على نكاحك الأول.

والخامس: رواية عروة البارقي^(١) حيث أقبض المبيع وقبض الدينار، لعلمه برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة، لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض، وتقرير النبي له على ما فعل دليل على جوازه، والجواز لا ينفك عن الصحة. قال:

ثم لو سلم كونه فضولياً، لكن ليس كلّ فضولي يتوقف لزومه على الإجازة، لأنه لا دليل على توقفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة. قال: مع أنه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع

(١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٢٤٥، كتاب التجارة، الباب ١٨ رقم: ١.

المذكور آنامًا، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات.
 واستشهد لذلك: بأن 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...
 وعلى الجملة، فهذا الفرض ليس من مصاديق الفضولي.

الكلام على الدليل الأول

وأشكل السيد على الاستدلال بآية الوفاء، قال:
 لأن المراد من قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ليس وجوب الوفاء على كل
 أحد بالنسبة إلى كل عقد صادر من كل أحد، بل هو نظير قوله تعالى ﴿وَلْيُوفُوا
 نُذُورَهُمْ﴾ ونحوه خطاب بالنسبة إلى من صدر منه العقد، فيكون المعنى: أوفوا
 بعقودكم الصادرة منكم، ومن المعلوم عدم صدور العقد من المالك ولو
 بالواسطة، فمثل عقد الوكيل والمأذون مشمول؛ لأنه صادر عن الموكل
 والآذن بالواسطة، بخلاف ما نحن فيه.^(١)

أقول:

لم يذكر دليلاً على دعوى أن ليس المراد من الآية أن يفى كل أحد بعقد
 كل أحد.

ثم إن ما ذكر من اعتبار الصراحة في العقود التي هي أسباب لترتب الآثار

من الملكية والزوجية وغير ذلك، متين، لأن السبب - بما هو سبب - لا بد وأن يكون صريحاً واضحاً بجميع قيوده الدخيلة في السببية، أو تكون هناك قرائن تجعل الكلام بمنزلة الصراحة، فلا يؤثر الرضا الباطني بأن يكون ماله ملكاً للغير، بل لا بد من ذكر السبب، وهو الإنشاء الخاص ببيعاً أو هبةً - مثلاً - بكل وضوح.

وأما اعتبار الوضوح والصراحة في الشروط الخارجية الدخيلة في ترتب المقتضى على المقتضي، فلا دليل عليه.

والميرزا الاستاذ^(١) قد وافقه على أن المراد «أوفوا بعقودكم» قال: أما قوله عز من قائل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فلأن مقابلة الجمع بالجمع يقتضي التوزيع، أي: كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده.

كما في «وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ» أي: كل يفي بنذره.

ووافقه أيضاً على ضرورة الصراحة.

ولكنه خالفه في التفصيل المزبور، وحكم بضرورة الصراحة وعدم كفاية الرضا الباطني، حتى في موارد مانعية تعلق حق الغير التي قال السيد بكفايته فيها، واستدل على ذلك بما حاصله: إن إجازة العقد يحتاج إلى التنفيذ والاستناد، وهو أمر إيقاعي، وكل إيقاعي يحتاج إلى دليل وأمرة عليه، ولا يتم الاستناد والتنفيذ بمجرد الرضا الباطني.

وفيه:

صحيح أن الجمع إذا أسند إلى الجمع يقتضي التوزيع، لكن فيما إذا كان الجمع المسند إليه مضافاً إلى الفاعل، ففي «وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ» «النذور» مضاف إلى الضمير الراجع إلى فاعل «الوفاء»، وكذا في «فَاتُوا بِكِتَابِكُمْ» ونحو ذلك. أما إذا لم يكن الجمع الثاني المسند إليه مضافاً إلى الفاعل، فلا يقتضي التوزيع أبداً، فليس معنى قولك: «ايتوني بالكتب» أن يأتي كل واحد بكتابه. والآية تقول: «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وليس فيها إضافة، فلا دلالة فيها على ما ذكر في معناها.

وأما أن التنفيذ أمر إيقاعي، فصحيح، ولكن ما الدليل على اعتبار التنفيذ في العقود؟ إن الإجازة كاشفة عن الرضا، وهو الشرط المعتبر في ترتب الأثر، ومتى كان الرضا حاصلًا فالعقد صحيح. ثم أقول:

إن إسناد «أوفوا» بالعقد، هو بمناسبة أن حقيقة العقد العهد، وأنه يجب الوفاء به، ولما كان الوفاء بعهد الغير غير واجب، فالمراد أن على كل أحد أن يفي بعهده، فالقول بأن المعنى: «بعقودكم» هو الصحيح، لكن البرهان عليه ما ذكرناه لا ما ذكره الميرزا الاستاذ.

ثم إن الإضافة على نحوين، فقد تكون صدوريةً، بأن يصدر شيء من الإنسان فيسند إليه، كأن تضاف «العقود» - سواء كان «العقد» مصدرًا أو اسم مصدر - إلى الفاعل، لكونها صادرةً منه، وقد لا تكون صدوريةً، وإنما تحصل الإضافة ولو بأدنى ارتباط، كما في: غلام زيد، جلّ الفرس، وهكذا.

وعليه، فلو قال لغيره لا على وجه التوكيل: أنا راضٍ بأن تبيع داري، فباعها، أسند البيع وأضيف إلى المالك بلا إشكال، فيكون مصداقاً لقوله

تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ كذلك، ولو لم يتلفظ بالرّضا وكان حاصلًا في باطنه. فلا استدلال بالآية المباركة لكفاية الرّضا الباطني تام، والمناقشات مندفة.

ويشهد بما قلناه ما روي عن الحميري: أنه كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام: أن بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجانب ضيعة خراب للسلطان فيها حصّة، واكرته ربما زرعوا تنازعوا في حدودها، وتؤذيهم عمال السلطان، وتعرض في الكلّ من غلات ضيعته، وليس لها قيمة لخرابها، وإنما هي باثرة منذ عشرين سنة، وهو يتخرج من شرائها لأنه يقال: إن هذه الحصّة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان، فإن جاز شراؤها من السلطان، كان ذلك صوناً وصلاً له وعمارة لضييعته، وأنه يزرع هذه الحصّة من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامرة، وينحسم عن طمع أولياء السلطان، وإن لم يجز ذلك عمل بما تأمره به إن شاء الله. فأجابه: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضاً منه.^(١)

الكلام على الدليل الثاني

واستدلّ الشيخ ثانياً بآية التجارة عن تراض. وقد أشكل بأن المراد: إلا أن تكون تجارة منكم. بأن تكون صادرة عن المالك، فلا يتم الاستدلال^(٢).

(١) وسائل الشريعة ١٧/ ٣٣٧، كتاب التجارة أبواب عقد البيع الباب ١ رقم ٨.

(٢) حاشية السيد ١٠١/ ٢، منية الطالب ١/ ٢١٠.

وهو بظاهره دعوى بلا دليل. ولكن يمكن تقريبه: بأن التراضي تفاعل، وهيئة التفاعل موضوعة لصدور المبدء من الطرفين، وكلمة «عن» موضوعة للتجاوز، بأن يبيع البائع عن رضا ويشترى المشتري عن رضا. إذن، فالتجارة التي يترتب عليها الأثر هي الصادرة منكم عن الرضا.

ويرد عليه:

أما نقضاً، فبعدم تمامية الاستدلال بالآية لو أجاز المالك البيع الفضولي بصراحة، لعدم كونه صادراً عن المالك، وكذا لو قيل له: أبيع دارك؟ فأخبر عن رضاه بذلك.

وأما حلاً، فإن استثناء التجارة عن تراض، من الأكل بالباطل، والمقابلة بينهما، ظاهر في دخل الرضا وشرطيته في صحة المعاملة وحلية الأكل، وكلمة «عن» الظاهرة في التجاوز، تفيد هنا ترتب الصحة والحلية على التجارة الواقعة عن الرضا، والمفروض تحقق الرضا المقارن في بيع الفضولي. فالاستدلال تام. هذا أولاً.

وثانياً: إن الظاهر كون «التجارة» اسم مصدر، وهو صادق هنا يقيناً، بمناسبة اقترانه بالرضا الباطني.

وتحصل: أن التجارة عن الرضا الباطني تجارة عن تراض، لا سيما بالنظر إلى ما أفاده الشيخ سابقاً من أن قوله «عن تراض» قيد وارد مورد الغالب، إذ الدلالة حينئذٍ أوضح.

فإن قلت:

يعتبر في العقود أن تكون إنشائية في جميع جهاتها حتى الشرائط.

قلت:

لا دليل على ذلك، بل اللفظ كاشف عن الرضا الذي هو المناط وطريق إليه، فلا موضوعية له حتى يعتبر. [١].

الكلام على الدليل الثالث

واستدل الشيخ ثالثاً بحديث: لا يحل...

وقد أشكل فيه بوجوه:

أولاً: بأن هذه الحلية تكليفية، فهو أجنبي عن البحث.

[١] بقي الاشكال: بأن كلمة «منكم» - في الآية المباركة - كما يحتمل أن تكون قيداً

لـ «التراض» ، يمكن أن تكون قيداً لـ «التجارة».

وأيضاً، فإن ظاهر قوله تعالى في صدر الآية ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم﴾ هو إضافة

الأموال إلى الأشخاص، فقوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ أَيْ: فِي تِلْكَ الْأَمْوَالِ.

فتكون الآية - صدرأ وذيلأ - ظاهرة في الاستناد.

ولكن الاستناد لا يتحقق بمجرد الرضا.

ومع التنزل عن ظهور الآية فيما ذكر، فلا أقل من الإجمال، فيسقط الاستدلال.

لكن العمدة في هذا الكلام عدم تحقق الاستناد بالرضا، وقد تقدّم في كلام السيد

الجدّ كفايته للاستناد، فلا استدلال تام.

ثانياً: إن الحديث مسوق لإفادة مجرد شرطية طيب النفس، كما في: «لا

صلاة إلا بطهور»، ولا دلالة للحديث على الحلية - إن كانت وضعيّة - في كل

موردٍ كان فيه طيب نفس، كما لا تدلُّ الرواية على تحقق الصَّلاة في كلِّ موردٍ من موارد الطَّهارة.

ثالثاً: لو سلَّمنا الدَّلالة، كان مقيداً بما يدلُّ على اعتبار الصَّدور.

والجواب:

أما الوجه الثالث، فقد ظهر ممَّا تقدَّم أنَّ لا دليل على اعتبار الصَّدور. وأما الوجه الثاني، فمتين، إذ هناك فرق بين: «لا صيام إلا صيام شهر رمضان»، و«لا صيام إلا بإدراك الفجر متطهراً»، فإنَّ لفظة «الباء» تفيد الشرطيَّة، والحديث كذلك، فطيب النفس شرط لما يوجب ارتفاع النقيض، أي: كون المال مضافاً للمسلم سببٌ لعدم حلَّيته لغيره، فإنَّ كان هناك طيب نفس منه، ارتفع السَّبب وانقلب عدم الحلَّية إلى الحلَّية. فطيب النفس شرط للحلَّية، وحينئذٍ يعمُّ الحديث بإطلاقه ما نحن فيه، والحلَّية ملازمة للصَّحة.

الكلام على الدليل الرابع

واستدلَّ الشيخ رابعاً بما دلَّ على أن علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه، وتقريب الاستدلال هو:

إنه إنَّ كان سكوت المولى بعد العقد دالاً على الرِّضا والإقرار، فهو في صورة التقدُّم أو المقارنة دالٌّ بالأولوية.

وأشكل عليه: ^(١)

بأنَّ سكوت المولى أمانة على الرِّضا، فلا يكون دليلاً على مدَّعى الشيخ

وهو كفاية الرضا.

وهذا عجيب جداً، فإن الشيخ في مقام الاستدلال على كفاية الرضا باطناً وعدم لزوم إنشائه. نعم، لابد من العلم به أو قيام الأمانة عليه. بل الوارد على الشيخ هو: إن الفضولية هنا من ناحية حق المولى، فإذا سكت كان سكوته إقراراً منه، فالاستدلال بنصوص المسألة لكفاية الرضا في مطلق الفضولي غير تام.

الكلام على الدليل الخامس

واستدل الشيخ خامساً برواية عروة البارقى.

وهذا عجيب منه، لأن الإقباض والقبض خارجان عن المعاملة، والرضا بأصل المعاملة غير كاشف عن الرضا بذلك. على أنه يحتمل أن يكون عروة وكلاماً مفوضاً من قبل النبي صلى الله عليه وآله. فالاستدلال في غير محله [١].

[١] هذا هو الجواب الصحيح، وأما قول المحقق الخوئي في الاشكال على هذا الاستدلال بأن: إقباض عروة المبيع وقبضه الثمن مع تقرير النبي صلى الله عليه وآله ذلك، لا يدل إلا على رضاه صلى الله عليه وآله بهما فقط لا على رضاه بأصل البيع أيضاً، ضرورة أنه لا ملازمة بين جواز القبض والإقباض وبين صحة البيع، إذ قد يكون البيع أقول:

ثم إن الشيخ يريد نسبة القول بكفاية الرضا الباطني إلى الفقهاء، فاستشهد ببعض كلماتهم.

وهذا أيضاً في غير محلّه، فالرّضا معتبر عندهم، ولكن لا تدلّ كلماتهم على كفاية مطلق الرّضا حتى الرّضا الباطني.

وأما قوله: مع أنه يمكن الاكتفاء...

فعجيب جداً، إذ لم يكن الكلام في تقدّم الرضا وتأخّره، وإنما هو في اعتبار إنشاء الرّضا أو كفاية الباطني منه بلا إنشاء.

وأما قوله: ثم لو سلّم فضولياً...

فمتين.

وكذا قوله:

صحيحاً ولا يجوز القبض والإقباض، كبيع الوكيل الذي هو وكيل في أصل المعاملة فقط، وقد يجوز القبض والإقباض مع فساد المعاملة، كما كان أحد مأذوناً فيهما من قبل المالك لا في أصل المعاملة. إذن، فرضا النبي صلى الله عليه وآله بالقبض والإقباض لا يدلّ على صحّة ما أنشأه عروة من البيع.^(١)

ضعيف، لأنّ الرّضا بالقبض والإقباض كان بعد البيع، فقد تعلّق بالمعاملة وما ترتّب عليها، وهذا ظاهر من الرواية جداً.

ثم إنه لو أشكل في عقود غير المالك، فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيّد ولو لم يأذن له، لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، وعدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

(١) مصباح الفقاهة ٢/٦١٣.

إلا أنه لا وجه لتخصيص المطلب بالعبد، بل في كلِّ موردٍ تكون
الممنوعة لتعلّق حق الغير، كبيع العين المرهونة مثلاً، يكون الرضا الباطني
من الغير كافياً، كالمرتهن في المثال.
ويقع الكلام في أقسام بيع الفضولي.

أقسام

بيع الفضولي

الأوّل

أن يبيع مع عدم سبق منع المالك

قال الشيخ:

ثم اعلم أن الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه، وعلى الأول: فقد لا يسبقه منع من المالك، وقد يسبقه المنع. فهنا مسائل ثلاث.

المسألة الأولى

أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، وهذا هو المتيقن من عقد الفضولي. والمشهور الصحة...
أقول:

قد استدلل للصحة أولاً بالقاعدة المستفادة من العمومات والإطلاقات، ثم بالنصوص الخاصة. ولكن المهم هو القاعدة، لأن النصوص في موارد مخصوصة، ويشكل التعدي عنها إلى غيرها، والبحث لا يختص بعقد دون عقد، ولذا قدم الشيخ الكلام على القاعدة.

قال:

لعموم أدلة البيع والعقود، لأن خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم

العقد والبيع عنه... فلم يبق الكلام إلا في اشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه، ومرجع ذلك كله إلى عموم «حَلَّ البيع» ووجوب الوفاء بالعقد...»

وجه الاستدلال بالعمومات والإطلاقات

أما وجه الاستدلال بأية الوفاء فهو: إن مفهوم «العقد» هو العهد المرتبط بعهد آخر، وليس لشيء من إذن المالك أو الصدور منه أو الوكالة عنه، دخل فيه، فالآية المباركة مطلقة من تلك الجهات، وقد أمر بالوفاء بعموم العقود، والأمر بالوفاء يدل على الصحة.

وأما وجه الاستدلال بأية الحل فهو: إن الموضوع فيها هو «البيع» بما هو بيع، من غير تقييد بكونه صادراً عن المالك أو عن وكيله أو بإذن منه، وغير ذلك.

نعم، قد وقع تخصيص الآيتين - بالأدلة الأربعة - برضا المالك، فما كان من العقود - بيعاً أو غيره - في ملك الغير من دون رضاه سابقاً أو لاحقاً، فهو باطل ولا يحل التصرف فيه، وأما في الزائد عن ذلك فيؤخذ بالعمومات، لما تقرّر من أن كلّ مخصّص منفصل إذا دار أمره بين الأقل والأكثر، يؤخذ منه بالأقل ويتمسك في الأكثر بالعام، فالصورة المذكورة خارجة من تحته يقيناً، وغيرها فباق تحته، ومن ذلك ما إذا لحقت إجازة المالك بيع الفضول.

فهذا مقتضى القاعدة في المسألة.

قال الشيخ:

وإلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم: بأنه عقد صدر عن أهله وقع في محله. يعني: إن العاقد الفضولي واجد لجميع الشرائط المعتبرة في العاقد من البلوغ والعقل وغيرهما، فهو أهل لأن يصدر منه البيع، والمبيع قابل للبيع وليس فيه شيء من الموانع من كونه وقفاً مثلاً، فهو صالح شرعاً لأن يقع عليه البيع.

الإشكال على الاستدلال

وقد أشكل عليه بأربعة وجوه:

الأول:

إن الدليل الدال على شرطية الرضا يقتضي كونه سابقاً على البيع أو مقارناً له، لأن الشرط ما يكون دخيلاً في الأثر، أي يتوقف حصوله على وجوده، فما لم يوجد لا يتحقق الأثر. فالإجازة المتأخرة غير مؤثرة، ولا تصل النوبة إلى فرض الدوران بين الأقل والأكثر والتمسك بالعام.

فإن قيل:

إن إجازة المالك بعد العقد تكشف عن أنه لو اطلع عليه حين العقد لأجاز، والرضا التقديرى كاف.

قلت:

أولاً: ليس الأمر كذلك في كل مورد، فقد يكون كارهاً لذلك بشدة، ثم يتبدل رأيه ويرضى.

وثانياً: لا دليل على كفاية الرضا التقديرى.

والثاني:

سَلَّمْنَا عدم دلالة الدليل على لزوم المقارنة، لكن نقول: إن لم يكن عندنا إلا مخصص واحد، كان مخصصاً بمضمونه للعام، وإن كان متعدداً وبعبارات مختلفة، لزم جعل المضمون الجامع بين الكل مخصصاً، فلو كان بعضها مشتملاً على حد المخصص ودالاً على تعيينه، فلم يكن بالنظر إليه دائراً بين الأقل والأكثر، وجب الأخذ بذلك اللفظ ورفع اليد عن العام بحسبه.

وبناءً على هذه القاعدة، فإن من بين ما يكون مخصصاً لآية الوفاء وآية الحل: قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ الظاهر في اعتبار صدور التجارة عن التراضي وانبعائه عنه، وهذا لا يعقل إلا مع تقدم الرضا، وإذا خصصت الآيتان بآية التجارة، فما عدا التجارة المتقدم فيها الرضا لا يجب الوفاء به وليس بحلال.

الثالث:

إن «البيع» في «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» ظاهر في بيع الشخص، أي: بيعكم، فلو حل بيع كل أحد لكل أحد اختل النظام الاجتماعي في العالم ووقع الهرج والمرج، وظاهر «العقد» في «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هو عقد الشخص نفسه، أي: بعقودكم، إذ لا معنى لأن يجب الوفاء على كل أحد بعقد غيره، وكذا «التجارة» في «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» أي: تجارتكم. وظاهر هذه الإضافات هي الإضافة الصدورية، والإجازة اللاحقة من المالك لمعاملة الفضولي لا توجب تحقق هذه الإضافة وصدق صدور المعاملة منه، فهو بيع لم يصدر

من المالك، وبإجازة المالك لا يكون صادراً عن المالك، لأن الشيء لا ينقلب
عمّا وقع عليه.

فالبيع الصادر من الفضولي الملحق بالإجازة، لا يكون مشمولاً
للآيات الثلاث، فلا يترتب عليه مداولها.

الرابع:

إذا ورد عام أزماني ثم جاء المخصّص بخروج فردٍ من الموضوع في
بعض الأزمنة، جاز التمسك به في غيره. فلو قال: أكرم العلماء في كل يوم، ثم
قال: لا تكرم هذا العالم في يوم الجمعة، جاز التمسك بالعام لإكرام العالم في
يوم السبت.

أمّا لو قال: أكرم العلماء، ثم قال: لا تكرم هذا العالم في يوم الجمعة، ثم
شك في إكرامه يوم السبت، لم يجز التمسك بالعام وإنما يستصحب عدم
جواز الإكرام.

هذه هي القاعدة المقررة في الأصول.

وما نحن فيه من قبيل الثاني، فأية الوفاء دلّت على وجوب الوفاء بكل
عقد، وقد قام الإجماع على عدم وجوب الوفاء بعقد الفضولي إذا لم يجز
المالك، فلو أجاز بعد العقد وشك في وجوب الوفاء به، استصحب عدم
الوفاء، ولم يجز التمسك بالعام.

التحقيق في المقام

أقول:

والتحقيق عدم ورود شيء مما ذكر.

وهنا مقدمات:

الاولى: إنه ليس بين الفاعل وما يقع عليه الفعل إلا الفعل، فإن نسب المبدء إلى الفاعل سمي بالمصدر كالإيجاد، وإن نسب إلى ما وقع عليه سمي باسم المصدر كالوجود، فالمصدر واسم المصدر واحد في الحقيقة والتعدد اعتباري، وكذا التملك والملكية، فإن المبدء إذا نسب إلى المالك يقال: التملك، وإن نسب إلى الشيء المملك يقال: الملكية، ومن هذا القبيل الإنشاء والمنشأ، والتأثير والأثر، وغير ذلك.

الثانية: إن الموجودات على أقسام، فمنها: الجوهر، وهو ما لا يحتاج في تحققه إلى موضوع، ومنها: العرض، وهو ما يحتاج في تحققه إلى موضوع، ومنها: الوجود الذهني، وهو على قسمين، أحدهما: الوجود التصوري، والآخر: الوجود الاعتباري، وهو ما يخترعه الذهن ويبدعه.

والملكية ليست من الجواهر والأعراض، إذ ليس في الخارج غير الشخص ومتاعه، بل هي أمر اعتباري كالزوجة ونحوها.

والمعتبر للملكية تارة: هو الشخص، وأخرى: العقلاء، وثالثة: هو الشارع، وربما يتحقق الاعتبار من الشخص في مورد ولا يعتبر العقلاء والشارع، كبيع الطير في الهواء، وربما يعتبر الشخص والعقلاء، والشارع لا يعتبر كالبيع الغرري، وربما يعتبر الكل، كبيع زيد داره وغير ذلك من البيوع.

الثالثة: إن الأمر الاعتباري يتقوم دائماً بالمعتبر، والقول بأن العقد سبب وآلة، مجاز، وإلا فليس للفظ بيع واشترت دخل في تحقق الملكية، لأن اللفظ أمر خارجي، والملكية أمر اعتباري نفساني، ولا يعقل أن يكون الأمر

الاعتباري مسبباً للأمر الخارجي. نعم، اللفظ مبرز للاعتبار، وبهذه المناسبة يعبر عنه بالآلة والسبب مجازاً.

فالرضا بالبيع شرط للاعتبار وجزء للموضوع الشرعي.

الرابعة: كل عقد صادر من الوكيل، فإن صدوره ينسب إلى العاقد الوكيل لأنه الفاعل له، ولا ينسب إلى الموكل المالك، إلا كنسبة الحدث إلى اسم المصدر.

وقد تحصل مما ذكرنا:

إنه لا يعقل أن يكون الاعتبار في وقت، والمعتبر في وقت آخر، لأنهما واحد حقيقة.

وإنه في كل مورد لم يتطابق اعتبار الشارع مع اعتبار العقلاء - كما في البيع الغرري - فالملكية العقلانية متحققة، لأن الاعتبار العقلاني موجود. وعلى هذا:

فما جاء في أول الإشكالات من أن الرضا شرط للملكية - متقدماً أو مقارناً - صحيح، لكن الجواب هو أنه شرط للملكية الشرعية، وهو متقدم عليها، فالإشكال مندفع.

وبه يظهر الجواب عن الإشكال الثاني.

وأما الثالث ففيه:

إن غاية ما ذكر اشتراط استناد البيع أو العقد أو التجارة إلى المالك، وإلا فلا حلية ولا يجب الوفاء، ومن الواضح أن الإجازة تفيد الاستناد، ويترتب أثر الحلية وغيرها. وأما اعتبار الصدور - صدور البيع أو العقد أو التجارة - منه، فلا دلالة عليه في الآيات. وأيضاً: لو اعتبر ذلك، يلزم بطلان ما وقع وكالة أو إذناً عن المالك.

وأما الرابع:

فإن صاحب الكفاية قَسَمَ المسألة إلى أربعة أقسام، ففي قسمين أجاز التمسك بالعام، وذهب في الثالث إلى استصحاب حكم المخصّص، وأما في الرابع، فلا التمسك بالعام ولا استصحاب حكم الخاص.

ففي مثل «نَسَاؤُكُمْ حَزْتُ لَكُمْ فَأَتُوا حَزَّتْكُمْ أَتَى شِئْتُمْ» و«فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ» يتمسك بالعام بعد زمان الحيض.

وكذا في ما لو قال: أكرم العلماء في كل يوم، ثم قام الإجماع على حرمة إكرام زيد العالم في يوم خاص، فإنه يتمسك بالعام في غيره.

ولو لم يكن العام مقيداً بزمان، لكنّ الخاص مقيد، فلا يتمسك بالعام في غير زمان التقييد، ولا يستصحب حكم الخاص.

وأما لو لم يكن أحدهما مقيداً بزمان، فإنه يستصحب حكم الخاص في غير اليوم الذي قام الدليل على عدم إكرامه فيه.

وقد جعل ما نحن فيه من هذا القبيل.

فنقول:

لو قال أكرم العلماء الذين في المدرسة، ثم قام الدليل في يوم الجمعة على عدم إكرام زيد، وكان السبب في عدم إكرامه عدم كونه في المدرسة، فإنه يتمسك بالعام لإكرامه في يوم السبت، لأن عدم إكرامه يوم الجمعة لم يكن من باب التخصيص، وإنما كان للخروج الموضوعي.

وما نحن فيه من هذا القبيل.

وذلك، لأن عدم وجوب الوفاء بعقد الفضولي ما لم يأت الإجازة من

المالك، إنما هو لعدم كون العقد مرتبطاً به، فعدم وجوب الوفاء به ليس للتخصيص بل لعدم الموضوع، لأن الموضوع في الآية «عقودكم». وكذا آية الحل، فإن الموضوع «بيعكم» وبيع الفضولي ما لم يجز المالك ليس كذلك، فليس حلالاً لعدم الموضوع لا للتخصيص. فظهر مما ذكرنا:

سقوط جميع الإشكالات، وأن الاستدلال بالقاعدة تام. [١].

[١] إن ما ذكره السيد الجدل هنا ناظر إلى ما أفاده شيخه الميرزا - ولم يصرح باسمه تأذّباً - فإنه قد أشكل بوجوه على استدلال الشيخ بالعمومات، لكنه قرّب الاستدلال بها بطريقة أخرى، ثم استدل للمدعى بالسيرة العقلية أيضاً على مسلكه، فلاحاجة بعد ذلك إلى الاستدلال بالنصوص الخاصة، كخبر عروة البارقي وغيره، وهذا نص كلامه بتمامه:

وأما الثاني: أعني تقريب مطابقة صحة الفضولي مع القواعد محاذياً مع ما هو المختار من اعتبار الاستناد والرضا، فبيانه يتوقف على مقدّمة، وهي إنه لا إشكال أن باب العقود والإيقاعات إنما هو باب الإيجاد والإنشاء، لكن الإيجادات تنقسم على قسمين: فمنها ما يتعلق بالأمور الخارجية التي موطن وجودها وعالم تحققها هو الخارج، ومنها ما يتعلق بالأمور الاعتبارية التي لا وعاء لوجودها إلا عالم الاعتبار. وبين القسمين فرق، إذ في الخارجية يترتب وجودها على إيجادها بلامهلة ولا يعقل التفكيك بينهما، فإذا تحقق الكسر يتحقق الانكسار أو تحقق التسخين يتحقق التسخن.

وأما في الاعتباريات، ففيها مرحلتان: مرحلة وجود المنشأ في موطن الإنشاء، وهذه المرحلة كالخارجيات لا ينفك المنشأ فيها بوجوده الإنشائي عن الإنشاء، ومرحلة تحقق المنشأ في عالم الاعتبار، وهذه المرحلة يمكن انفكاكها عن الإنشاء، وذلك فيما إذا توقف تحققه على أمر آخر من اعتباره ممن بيده الاعتبار، إذ ليس كل منشئ ممن بيده الاعتبار، وعلى هذا، ففي مثل ملكتك السماء أيضاً يتحقق المعنى الإنشائي بالإنشاء، لكنه لا تحقق له في عالم الاعتبار.

إذا ظهر ذلك فنقول: أما الخارجيات، فلا يخلو إما أن تقبل النيابة كالضرب ونحوه أو لا تقبل النيابة، وعلى كلا التقديرين، فشيء منها لا يقبل الفضولي، أما ما ليس قابلاً للنيابة فواضح، إذ كلما تحقق يكون مستنداً إلى مباشرة محضاً. وأما ما يقبل النيابة، فإن كان ياذن من الغير سابقاً على وقوعه، يكون مستنداً إلى الآذن، وإن لم يكن مع سبق الإذن، فلا يصير بالإذن اللاحق مستنداً إلى الآذن. كما إذا ضرب ضارب وأنت تجيز ضربه بعد العلم بصدوره، وذلك، لأن ضربه هذا له جهتان، وهما جهة صدوره عن الفاعل بالمعنى المصدري وجهة صدوره وتحقيقه في الخارج بمعنى الاسم المصدري، وإذا استنابه في ضربه يستند الضرب إلى المنوب عنه، وإذا أجازاه بعد صدوره لا يستند إليه بالإجازة، لامتعائه المصدري ولا معناه الاسم المصدري، أما معناه المصدري، فلاستحالة انقلابه عما وقع عليه، والمفروض أنه صادر عن الفاعل، ولا يعقل أن يصير بالإجازة مستنداً إلى المجيز. وأما المعنى الاسم المصدري، فلتحققه حين الإيجاد من غير تراخ وتوقف في تحققه على أمر مترقب، والشيء الواقع لا يعقل

أن يتقلب عمّا وقع عليه، ففي مثله يستحيل تأثير الإجازة المتأخرة، فلا يتمشى فيه الفضولي بوجه من الوجوه.

وأما الاعتباريات، فما لا يقبل منها النيابة أيضاً لا يقبل الفضولي، والقبال منها للنيابة، فبالنسبة إلى المعنى المصدري، لا تؤثر الإجازة المتأخرة في استناد إلى المجيز كما في المعنى المصدري من الخارجيات، وبالنسبة إلى المعنى الاسم المصدري، تكون هي قابلة للإجازة بخلاف الخارجيات، وذلك لإمكان تخلف وقوعه عن وقوع المعنى المصدري، لأجل توقفه على أمر مترقب من اعتبار ممن بيده الاعتبار أو إجازة أو نحو ذلك، وعلى هذا، فيصير المعنى الاسم المصدري الواقف لولا الإجازة متنفذاً بالإجازة وتكون الإجازة منفذاً له.

ومنه يظهر، أن الإجازة لابد من أن تقع على عقد متحقق بحيث تؤثر في نفوذه وترتيب الأثر عليه، لأن تكون هي بنفسها مما يترتب عليه الأثر، كان في البين عقد أم لا، ويترتب على ذلك أنه يعتبر في مورد تأثير الإجازة أمران:

أحدهما: أن يكون ترتب الأثر على متعلق الإجازة متوقفاً على الإجازة، بحيث لولاها لما ترتب عليه الأثر، فلو كان هو بنفسه مما يترتب عليه الأثر، كانت في البين إجازة أم لا، لكان خارجاً عن مورد الفضولي، وذلك كأداء الدين والزكوات والأخماس من المتبرع، حيث أن نفس تأديتها يوجب تخلية ذمة المديون منها، بلا توقف منها على إجازة المديون، فلا يقع فيه الفضولي ولا يصير بالإجازة مستنداً إلى المجيز.

ثانيهما: أن تكون الإجازة تنفيذاً لفعل الفضولي ولم تكن مما يترتب عليه بنفسه الأثر

ولو لم يكن فعل فضولي في البين، ولو كان كذلك لكان خارجاً عن باب الفضولي، وذلك كما في مثل الرجوع وجميع العقود الإذنية التي يكفي فيها الإذن، حيث أن الإجازة فيها رجوع أو إذن.

إذا تبين ذلك، فنقول: إذا كان مصبّ الإجازة هو المعنى الاسم المصدري لا المعنى المصدري لعدم قابليّته لأن يلحقه الإجازة، يكون مرجع الشك في صحة الفضولي إلى الشك في اعتبار صدور المعنى المصدري عمّن يعتبر إجازته، فإنه لو كان صدور المعنى المصدري منه معتبراً في صحة العقد لم يكن الفضولي صحيحاً، ولو لم يكن معتبراً، لما كان مانعاً عن صحة الفضولي.

وحيث رجع الشك إلى اعتبار صدور المعنى المصدري عمّن له الإجازة، زائداً عن اعتبار استناد المعنى الاسم المصدري إليه يدفع اعتباره بالاطلاقات، حيث أنه بعد الإجازة يستند العقد أو التجارة وكل ما كان من نظائر ذلك موضوعاً لحكم في عام من العمومات مثل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» ونحوه إلى المجيز، وبعد استناده إليه وكون الشك في الصحة ناشياً عن الشك في اعتباره، حيث صدور المعنى المصدري عن المجيز يدفع اعتباره ببركة الاطلاقات والعمومات، ولا يلزم حينئذ المحذور الذي أوردناه على مسلك المصنف قدّس سرّه، من أنه مع عدم الاستناد لا دلالة في العمومات، وظهر الفرق البين بين المسلكين، وتبين فساد التمسك بالعمومات على المسلك الأول دون المسلك المختار بما لا مزيد عليه. هذا إذا انتهت التوبة إلى الشك في اعتبار استناد الإنشاء إلى من له الإجازة زائداً عن اعتبار استناد المنشأ إليه. ويمكن دفع الشك في

ويقع البحث بعد ذلك في الأدلة الخاصة:

الاستدلال بقضية عروة البارقي

قال الشيخ:

وقد اشتهر الاستدلال عليه بقصة عروة البارقي... فإن بيعه وقع فضولاً وإن وجهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي. هذا، ولكن لا يخفى أن الاستدلال بها يتوقف...

أقول:

هذه القصة غير واردة من طرفنا، لكن الاستدلال بها في كتبنا مشهور. تقول الرواية: إن النبي صلى الله عليه وآله دفع إلى عروة ديناراً وقال له: اشتر لنا به شاة للأضحية، فاشترى بالدينار شاتين، ثم باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبي بالشاة والدينار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: «بارك الله لك في صفقة يمينك»^(١).

اعتباره بالتمسك ببناء العقلاء، بأن يقال: إن المعتبر عندهم في أبواب المعاملات هو استناد المعنى المنشأ، والاسم المصدري إلى من بيده الإجازة، ولا يعتبرون استناد المعنى المصدري إليه^(٢).

(١) مستدرك الوسائل ١٣/٢٤٥، كتاب التجارة، الباب ١٨ رقم: ١.

(٢) المكاسب والبيع ٩/٢ - ١٢.

والذي فعله عروة أمران: شراء الشاتين، وبيع أحدهما. وكلاهما وقع فضولاً. أما البيع فواضح، وأما الشراء، فلأن النبي أمره بشراء شاة واحدة. ولكن المهم تقريره صلى الله عليه وآله لما فعل.

يقول الشيخ: بإمكان إخراج الشراء عن الفضولي، بدعوى إحرازه رضا النبي الأكرم. وأما البيع، بأن أقبض إحدى الشاتين وقبض الثمن، فقد ذكر فيه أربعة احتمالات:

١- أن يكون فعله حراماً، لأنه تصرف في مال الغير قبل إجازة النبي.

ولكنه مناف لتقريره صلى الله عليه وآله. فالإحتمال مردود.

٢- أن يكون فعله جائزاً في نفس الأمر، لأن الإجازة المتأخرة تكشف بالكشف الحقيقي عن صحة بيعه.

قال الشيخ: وسيجئ ضعفه.

فهذا الإحتمال أيضاً مردود.

٣- أن لا يكون فعله فضولياً، لكونه مقروناً برضا النبي صلى الله عليه وآله، وكل معاملة اقترنت برضا المالك فهي ليست فضولية.

٤- أن يكون فعله فضولياً، لكنه كان يعلم برضا النبي بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً، حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة.

وهذا الإحتمال بعيد جداً، إذ لا شاهد له في القصة أصلاً.

ويبقى الإحتمال الثالث. وعليه يسقط الاستدلال بالخبر، قال الشيخ:

خصوصاً بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة، وقد

تَقَدَّمَ أَنَّ الْمَنَاطَ فِيهَا مَجْرَدُ الْمَرَضَاةِ وَوُصُولُ كُلِّ مِنَ الْعَوَظِينَ إِلَى صَاحِبِ الْآخَرِ وَحَصُولُهُ عِنْدَهُ بِإِقْبَاضِ الْمَالِكِ أَوْ غَيْرِهِ...

أقول:

قد أشرنا إلى أن الحديث عامي.

قال ابن رشد: روي أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ دَفَعَ إِلَى عُرْوَةَ الْبَارِقِي [١] دِينَاراً وَقَالَ: اشْتَرِ لَنَا مِنْ هَذَا الْجَلْبِ شَاةً. قَالَ: فَاشْتَرَيْتَ شَاتَيْنِ بَدِينَارٍ وَبَعْتَ أَحَدِي الشَّاتَيْنِ بَدِينَارٍ. وَجِئْتُ بِالشَّاةِ وَالْدِينَارِ وَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَذِهِ شَاتُكُمْ وَدِينَارُكُمْ. فَقَالَ: اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِهِ^(١).

[١] هو في جميع المصادر العامة الراوية للخبر: «عروة». فما في بعض كتبنا نقلاً عنهم من أنه «عرفة» سهو. ثم إن قوله رحمه الله «الحديث عامي» إشارة إلى ضعفه سنداً، فالرجل لا توثق له وإن كان من الصحابة.

هذا، وقال ابن حجر العسقلاني في فتح الباري في شرح صحيح البخاري. قوله: عن عروة. هو ابن الجعد، أو ابن أبي الجعد، وقد تقدم بيان الصواب من ذلك في ذكر الخيل من كتاب الجهاد.

قوله: أعطاه ديناراً يشتري له بهاشاة. في رواية أبي لبيد عند أحمد وغيره عن عروة بن أبي الجعد قال: عرض للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ جَلْب، فأعطاني ديناراً... قوله: فباع إحداهما بدينار. أي: وبقي معه دينار. وفي رواية أبي لبيد: فلقيني رجل فساومني...

وهو في مسند أحمد بن حنبل: ... عن عروة بن أبي الجعد البارقى.
 قال: عرض لرسول الله صلى الله عليه وآله جلب، فأعطاني ديناراً وقال:
 أي عروة، إئت الجلب، فاشترلنا شاةً، فأتيت الجلب فساومت صاحبه
 فاشتريت منه شاتين بدينار. فجئت أسوقهما - أو قال: أقودهما - فلقيني
 رجل فساومني فبعته شاةً، فجئت بالدينار وجئت بالشاة فقلت: يا رسول الله،
 هذا ديناركم وهذه شاتكم. قال: و صنعت كيف؟ قال: فحدثت الحديث.
 فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه...^(١)

وفي كتاب البخاري عن شبيب بن غرقدة قال: سمعت الحَيَّ يحدثون
 عن عروة أنَّ النبي صلى الله عليه وآله أعطاه ديناراً يشتري له به شاةً، فاشترى

قوله: فدعاه بالبركة في بيعه. في رواية أبي ليبيد عن عروة فقال: اللهم بارك له في
 صفقة يمينه. وفيه: أنه أمضى له ذلك وارتضاه.

واستدل به على جواز بيع الفضولي، وتوقف الشافعي فيه، فتارةً قال: لا يصح، لأنَّ
 هذا الحديث غير ثابت. وهذه رواية المزني عنه. وتارةً قال: إنَّ صحَّ الحديث قلت به.
 وهذه رواية البويطي.

وقد أجاب من لم يأخذ بها بأنها واقعة عين، فيحتمل أن يكون عروة كان وكيلًا في
 البيع والشراء معاً. وهذا بحث قوي يقف به الاستدلال بهذا الحديث على تصرف
 الفضولي. والله أعلم.^(٢)

(١) مسند أحمد ٣٧٧٤.

(٢) فتح الباري في شرح صحيح البخاري ٤٩٥/٦.

له به شاتين، فباع احدهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه. وكان لو اشترى التراب لربح فيه.^(١)

والكلام أولاً في شرائه، وهنا احتمالات:

أحدها: أن يكون النبي صلى الله عليه وآله قد أمر عروة بشراء شاة واحدة، كما هو ظاهر اللفظ، من دون تقييد بكون شرائه بالدينار، إذ ليس في رواية أحمد كلمة «به».

وبناءً على هذا الاحتمال يكون شراؤه الشاتين كليهما فضولياً.

والثاني: أن تكون الشاة في ذلك الزمان بقيمة دينار، فأعطاه رسول الله ديناراً لأن يشتري له به شاة.

فشراؤه للشاتين فضولي كذلك.

والثالث: أن يكون قد أمره بشراء طبعي الشاة من غير تقييد بالوحدة، فشراؤه الشاتين حينئذٍ لا يكون فضولياً.

والرابع: أن يكون قد أمره بشراء شاة واحدة بالدينار، لكنه فهم من هذا الكلام جواز شراء الشاتين، من جهة أن رضاه بالشاة الواحدة بالدينار يستلزم رضاه بالشاتين بالدينار الواحد.

فشراؤه على الأولين فضولي، وعلى الأخيرين خارج عن الفضولي.

ثم الكلام في القبض والإقباض:

ولا يخفى أن حرمة القبض والإقباض في معاملة الفضولي قبل الإجازة تكليفية وليست بوضعية، فلو أحرز الفضولي رضا المالك باطناً بالقبض

والإقباض ارتفعت الحرمة، ولكن لا تخرج المعاملة بذلك عن الفضولية. وأما قبض الثمن من المشتري، فقد ذكرنا في بحوثنا أن القضايا على نحوين: القضايا الحقيقية، والدواعي فيها هي العناوين الكلية، وهي تابعة لمصاديقها، فلو تخلف المصدق لم يتحقق الموضوع. والقضايا الخارجية، وليس الدواعي فيها هي العناوين، وتخلف المصدق لا يضر بتحقيق الموضوع. وقبض الثمن من قبيل الثاني كما هو واضح؛ وقد دفع المشتري الثمن إلى عروة باعتقاده أنه البائع حقيقة، وتخلف الداعي لإعطاء الثمن - من جهة أن عروة كان فضوليًا - لا ينافي رضا المشتري بدفع الثمن وتحقق المعاملة بينهما. إلا أن هذا لا يخرج المعاملة عن الفضولية.

فظهر أن إقباض عروة لما كان عن علم منه برضا النبي صلى الله عليه وآله كان جائزاً، وكذا قبض الثمن من المشتري، لأن المفروض رضاه بالمعاملة، لكن المعاملة - مع ذلك كله - فضولية.

وأما استظهار وقوع المعاملة على جهة المعاطاة، فلا منشأ له إلا قول النبي صلى الله عليه وآله: «بارك الله لك في صفقة يمينك»، ولكن الاستشهاد بهذه الجملة على المدعى غريب جداً، لأن هذا دعاء يقال لمطلق المعاملة وإن كانت بالصيغة [١].

[١] وقد سبقه السيّد إذ قال في حاشيته: لم أفهم وجه هذه الدعوى، ولم أدر من أين هذا الظهور. ^(١) وتعقبه المحقق الإصفهاني بقوله: قلت: الظاهر استظهاره رحمه الله

وتلخص:

إن هذه القصة - بعد تسليم سندها - مما يصح الاستدلال به على صحة معاملة الفضولي كما عليه الأصحاب.

الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس

قال الشيخ:

واستدل له أيضاً - تبعاً للشهيد في الدروس - بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام... وجميع ما ذكر فيها من الموهنات موهنة إلا... أقول:

من قوله: صلى الله عليه وآله: بارك الله في صفقة يمينك. لشيوع إطلاق صفقة اليمين وصفقة اليد على البيع والبيعة، لحصولهما في المتعارف بضرب إحدى اليدين على الأخرى. وفي الدعاء: أعوذ بك من صفقة خاسرة، أي: بيعة خاسرة. وقوله: من نكث صفقة الإمام. أي بيعته. ونهى رسول الله عن الاستحطاط بعد الصفقة، أي بعد البيع. وفي الخبر: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب البيع.^(١)

أقول: الحق ما ذكر السيد الجد، فإن هذا الدعاء كان يقال في كل بيع، ولا دلالة فيه على وقوع البيع في جميع تلك الموارد بالمعاطاة. ويشهد بذلك ورود الدعاء بلفظ «قبضة يمينه» فليس وضع اليد على اليد. والأمر في البيعة كذلك، فقد كانوا يتلفظون بصيغة البيعة ويضعون اليد في اليد، فراجع.

(١) حاشية الإصفهاني ٨٥/٢.

الصحيحة - كما رواها المشايخ - هي عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني. فقال: خذ وليدتك وابنها.

فناشده المشتري.

فقال: خذ ابنه - يعني الذي باع الوليدة - حتى ينفذ لك ما باعك.

فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني.

فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني.

فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه.^(١)

وقد أشكل على الاستدلال بها بوجوه، قال الشيخ: جميعها موهونة.

قال: إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد، من جهة ظهور

المخاصمة في ذلك.

إذن، فهذه الرواية قضية في واقعة ولا يتم الاستدلال بها لسائر الموارد.

نقد الإشكال في الاستدلال

أقول:

ظاهر الفقهاء عدم تأثير الإجازة بعد الرد، لأنه بالرد ينتفي الموضوع، إلا

أن للبحث في ذلك مجالاً، كما سيأتي إن شاء الله.

(١) وسائل الشريعة ٢١/٢٠٣ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبد، الباب ٨٨ رقم: ١.

والكلام فعلاً في الصغرى، بناءً على ما ذهبوا إليه، فهل الصَّحيحة ظاهرة في الإجازة المسبوقه بالردّ من جهة المخاصمة في ذلك؟

الجواب: إنّ المخاصمة ظاهرة في عدم الإجازة، وعدم الإجازة ليس برّد، لوجود الوساطة بين الرضا والكراهة.

سَلَمْنَا دلالة عدم الرضا على الكراهة، لكنّ الكراهة الباطنيّة ليست ردّاً وفسخاً، لأنّ الفسخ أمر إنشائي إمّا بالقول وإمّا بالعمل.

على أنه يحتمل أن تكون مخاصمته لاسترجاع الثمن الذي أكله الولد، فلا دلالة فيها على الردّ والفسخ.

وتلخّص: سقوط استظهار كون الإجازة بعد الردّ من المخاصمة.

واستظهر ذلك أيضاً: من قول الإمام عليه السّلام: «الحكم أن تأخذ الوليدة» الظاهر في علمه بفسخ المالك برّد البيع، وإلّا لقال: خذ الوليدة إن لم ترد البيع.

وفيه: كان المالك يتوهم عدم جواز أخذ الوليدة، والأمر مع توهم الحظر يدلّ على الجواز، كما تقرّر في الأصول، إذ للمالك ما لم يجز البيع أن يأخذ ملكه، إمّا يبيّز أو لا، فلا يدلّ إطلاق الحكم بالأخذ على أنه قد ردّ، بل كان الإمام على علم بأنه لم يرد، فأجاز له أخذ الوليدة لينظر في أمره.

واستظهر الردّ ثالثاً من أخذ الوليدة، فإنّه ردّ للبيع وفسخ له عملاً.

وفيه: ليس في الرواية أخذ الوليدة. نعم، قد أذن له بذلك. سَلَمْنَا، لكنّه ليس بفسخ عملي، لأنّ الفسخ عملاً إنما يكون حيث توجد الملازمة بين ذاك العمل وانحلال العقد، بأن لا يعقل بقاؤه، كما لو باع المبيع في زمن الخيار،

فإنه ملازم بالضرورة مع انحلال العقد الأول، لأن ملكية الثاني للمبيع تضاد ملكية الأول له، واجتماعهما غير معقول، وليس ما نحن فيه من هذا القبيل، لأنه لم يجز البيع ولم يفسخ، وأخذ الوليدة لا يلزم الفسخ، وإنما يأخذها ليتأمل وينظر في الأمر. وبعبارة أخرى: أخذها لا ينافي بقاء العقد، لإمكان الإجازة بعد الأخذ.

ورابعاً: مناشدة المشتري للإمام عليه السلام وإلحاحه عليه في فكاك ولده، يكشف عن فسخ العقد من قبل المالك.

وفيه: إنما ناشد الإمام عليه السلام فكاك ولده، وهذا لا يكشف عن الفسخ، بل إنه أراد من الإمام أن يعلمه ماذا يفعل حتى يجيز المالك البيع، ولذا قال الإمام: خذ ابنه حتى ينفذ البيع.

وخامساً: إن أخذ الولد مع عدم الرد غير جائز، لأنه حرّ والحرّ لا يجوز حبسه، فكان الأخذ إمّا من جهة اطلاع المالك على أن المشتري قد أقدم على الشراء ثم استيلاد الجارية، عالماً بكون البائع فضولياً، فيكون الوليد ابن زنا وهو رقّ فيرجع إلى المالك، أو من جهة كون الوليد نماءً للجارية مع فرض جهل المشتري والوطني شبهة، وعليه حينئذٍ دفع قيمته يوم الولادة.

فالأخذ - ولو بجعله رهينة للقيمة - كاشف عن ردّ البيع وبطلانه، وإلا لم يجز له أخذ الولد.

وفيه: إنه ما دام لم يجز البيع ولم يرد، فالوليدة ملك له، وكذا ابنها لكونه نماءً لها، فإن كانت الإجازة ناقلة، استحقّ القيمة حتى بعدها، لضمان المشتري جميع التصرفات إلى حين الإجازة، وإن كانت كاشفة، كان له أخذ

الولد لكونه نماءً لملكه. وعلى كل حال، فإن أخذ المالك الوليدة من المشتري لا يكشف عن رد البيع.

وتلخص: عدم تمامية دعوى تحقق الرد، ولا دلالة في شيء مما ذكر على ذلك [١].

[١] وحاصل الكلام: دعوى ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوق بالرد، وهذا خلاف الإجماع القائم على عدم التأثير. أما السيد الجد، فلا يعتبر هذا الإجماع، ومختاره تأثير الإجازة بعد الرد - كما سيأتي -.. مضافاً إلى رفع الإشكال من ناحية ألفاظ الرواية المستظهر منها المخالفة للإجماع. وأما غيره من الأكابر، فمنهم من دفع الإشكال: بأن المسلم من كون الرد مانعاً عن الإجازة هو ما إذا كان صريحاً، لا في مثل المقام الذي ليس إلا إظهار الكراهة. مع أن هذا الإجماع لا يكون كاشفاً قطعاً.^(١)

ففي هذه العبارة وجهان: أحدهما اعتبار الصراحة في الرد، والرواية ليست كذلك. والآخر إنكار كاشفية الإجماع عن رأي المعصوم عليه السلام.

ومنهم: من ذكر الوجه الأول، وحمل الألفاظ على معنى لا ينافي الإجماع، من قبيل ما أفاد السيد الجد، ثم قرب ذلك بوجه برهاني أيضاً.^(٢)

ومنهم: من اعتمد على الفقرتين الصريحتين في صحة عقد الفضولي بالإجازة اللاحقة، وهما: قوله عليه السلام: «خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذك البيع» وجملة: «فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه» ورفع اليد

(١) حاشية السيد اليزدي ١١١/٢.

(٢) حاشية الإصفهاني ٨٦/٢-٨٧.

واب عن موهنات الاستدلال

وأما الموهنات:

فإن الشيخ لم يتعرض لها ولكنه قال: «هي موهنة» وهو كذلك، ولو تم شيء منها لم تصلح الرواية للاستدلال على صحة بيع الفضولي بالنحو الكلي.

فالأول:

إنه لما جاء المالك وادّعى عند الإمام أن ولده باع وليدته بغير إذنه، قال عليه السلام: «خذ وليدتك وابنها»، فحكم له قبل أن يسمع من المدّعى عليه وأن يطالبه البيّنة. وهذا خلاف موازين القضاء.

والجواب:

قد كان المدّعي والمدّعى عليه حاضرين عند الإمام، ولما طرح المالك دعواه سكت المشتري ولم ينكر ولم يدّع كون الولد وكيلاً عنه مثلاً، وسكوته إقرار بما قال، وكان حكم الإمام على الموازين.

بهما عن ظهور الألفاظ المتنافية للإجماع المدّعى.^(١)

ومنهم: من قال في آخر الكلام: لما كان ظاهر نقل أبي جعفر عليه السلام حكم علي عليه السلام صحة عقد الفضولي وقابليّته للحقوق الإجازة به، فالاستدلال به خال عن المناقشة، وإنّ نوقش في نفس هذه القضية الشخصية من جهات.^(٢)

(١) كتاب البيع للإراكي - بحوث الشيخ الحائري اليزدي ٢٩٨/١.

(٢) منية الطالب ٢١٥/١.

فإن قلت:

لقد قال الإمام: «الحكم أن تأخذ وليدتك وابنتها». فلو كان بيع الفضولي يصح بالإجازة اللاحقة من المالك لقال له: الحكم أنك مخير بين إجازة المعاملة وردّها، فقله ذاك الكلام دون هذا، دليل على بطلان بيع الفضولي، فالصحيحة دالة على فساد معاملة الفضولي.

قلت:

في الرواية كما في وسائل الشيعة: «خذ وليدتك وابنتها» والأمر في مورد توهم الحظر يدل على الجواز، فليس حكماً قطعياً حتى يقال إنه على خلاف الموازين، بل هو المراد بناءً على لفظ: «الحكم أن تأخذ...» أيضاً، إذ لا استفاد منه إلا الترخيص والجواز.

والثاني:

أخذ الوليدة على القاعدة، لأنها ملك له، وما لم يجز البيع فهي باقية على ملكه، أما الابن الحرّ بالوطني عن شبهة لجهل المشتري، فبأي ميزان يجوز له حبسه؟ نعم، على والده دفع قيمته يوم الولادة، وهذا أمر آخر.

والجواب:

قد كان للمالك الحق في مالّية هذا الولد، ولكل ذي حق أن يأخذ حقه، فكان أخذه له رهينة للوصول إلى حقه، ولا إشكال في ذلك.

فإن قيل:

أليس كان من الجائز أن يجيز المالك البيع، فيكون البيع صحيحاً نافذاً، فلماذا أمر بالأخذ ولو لأجل القيمة؟

قلت:

أما بناءً على النقل، فالقيمة لا تسقط بالإجازة اللاحقة، بل على المشتري دفعها، وأما بناءً على الكشف، فالاستحقاق لها موجود، غير أنها تسقط بالتعبد الشرعي، لكونه كشفاً حكماً.

فاستحقاق قيمة الولد يوم الولادة ثابت على كل تقدير، فله أخذه رهينة للوصول إليها في حال عدم الإجازة.

والثالث:

إنه قد ذكر في كتاب القضاء والشهادة أن ليس من وظائف القاضي أن يعلم أحد الطرفين طريق الوصول إلى حقه ويرشده إليه، فما جاء في الصحيحة من قول الإمام عليه السلام للمشتري لما ناشده: «خذ ابنه الذي باعك الوليدة» موهن للاستدلال بها.

قلت:

فرق بين أن يقوم القاضي في أثناء المخاصمة بفعل يتنافى مع موازين القضاء، وبين أن يقوم بذلك من أجل رفع الخصومة وحصول الصلح بينهما، وما في الصحيحة من قبيل الثاني لا الأول.

والرابع:

مقتضى القاعدة أن يطالب من عليه الحق أو المدين، فإن نكل أجبر وحبس. فأمر الإمام عليه السلام المشتري بحبس ولد المالك الذي باعه الوليدة بدون إذن أبيه مقدّمة لإرسال ابنه، ما وجهه؟

والجواب:

الأمر من الإمام عليه السلام بأخذ الإبن البائع يدُلّ بالالتزام على أنه قد طالبه قبل ذلك فامتنع، والممتنع يحبس حتّى يؤدّي ما عليه، ولا يضرّ بذلك كون الأخذ بداعي المقدّميّة.

الاستدلال بفحوى صحّة عقد النكاح

قال الشيخ

وربما يستدلّ أيضاً بفحوى صحّة عقد النكاح من الفضولي في الحرّ والعبد... أقول:

من النصوص في نكاح الفضولي:

عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام: إنه سأله عن رجل زوّجته أمّه وهو غائب.

قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوّج قبل وإن شاء ترك...^(١)

وعن زرارة عن أبي جعفر قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده.

فقال: ذاك إلى سيّده... فإذا أجازاه فهو له جائز...^(٢)

استدلّ جماعة من الأصحاب بهذه النصوص، من جهة أن تملك بضع

الغير - كما في كلام الشيخ - إذا لزم بالإجازة، كان تملك ماله أولى بذلك، لا سيّما مع شدّة اهتمام الشارع في عقد النكاح، لأنّه يكون منه الولد.

(١) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٨٠، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح، الباب ٧ رقم: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢١ / ١١٤، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٢٤ رقم: ١.

توهين الاستدلال بالنص الوارد في الرد على العامة

قال الشيخ:

إلا أنها ربما توهن بالنص الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه، بالصحة في الثاني والبطالان في الأول... سبحانه الله ما أجور هذا الحكم وأفسده، فإن النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه.

والرواية المشار إليها مطوّلة، وهي:

عن العلاء بن سيابة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكّلت رجلاً بأن يزوّجها من رجل، فقبل الوكالة، فأشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوّجها، ثم إنّه أنكرت ذلك الوكيل، وزعمت أنّها عزلته عن الوكالة، فأقامت شاهدين أنّها عزلته.

فقال: ما يقول من قبلكم في ذلك؟

قال: قلت: يقولون: ينظر في ذلك، فإن كانت عزلته قبل أن يزوّج فالوكالة باطلة، والتزويج باطل، وإن عزلته وقد زوّجها فالتزويج ثابت على ما زوّج الوكيل، وعلى ما اتفق معها من الوكالة إذا لم يتعدّ شيئاً ممّا أمرت به واشترطت عليه في الوكالة.

قال: ثم قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها ولم تعلمه بالعزل؟

قلت: نعم يزعمون أنّها لو وكّلت رجلاً وأشهدت في الملاء وقالت في الملاء: إشهدوا أنّي قد عزلته، أبطلت وكالته بلا أن يعلم بالعزل، وينقضون

جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصّة، وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل، ويقولون: المال منه عوض لصاحبه، والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد.

فقال عليه السلام: سبحان الله، ما أجور هذا الحكم وأفسده؟ إن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه وهو فرج، ومنه يكون الولد. إن علياً عليه السلام أتته امرأة تستعديه على أخيها. فقالت: يا أمير المؤمنين، إنني وكّلت أخي هذا بأن يزوّجني رجلاً وأشهدت له ثمّ عزلته من ساعته تلك، فذهب فزوّجني ولي بيّنة أني قد عزلته قبل أن يزوّجني، فأقامت البيّنة، فقال الأخ: يا أمير المؤمنين إنها وكّلتني ولم تعلمني أنها عزلتني عن الوكالة، حتّى زوّجتها كما أمرتني.

فقال لها: ما تقولين؟

قالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين.

فقال لها: ألك بيّنة بذلك؟

فقالت: هؤلاء شهودي يشهدون.

قال لهم: ما تقولون؟ فقالوا: نشهد أنها قالت: إشهدوا أني قد عزلت أخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً، وإنني مالكة لأمري قبل أن يزوّجني.

فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر؟

فقالوا: لا.

فقال: تشهدون أنها أعلمته بالعزل كما أعلمته الوكالة؟

قالوا: لا.

قال: أرى الوكالة ثابتة، والنكاح واقعاً. أين الزوج؟

فجاء فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها.

فقلت: يا أمير المؤمنين، أحلفه أنني لم أعلمه العزل ولم يعلم بعزلي إياه

قبل النكاح.

قال: وتحلف؟

قال: نعم يا أمير المؤمنين، فحلف فأثبت وكالته وأجاز النكاح.^(١)

فبناءً على هذا النص، يعترض الشيخ - على الفقهاء المستدلّين - بما

حاصله: أن مقتضى حكم الإمام عليه السلام هو أن صحّة المعاملة الماليّة

الواقعة في كلّ مقام، تستلزم صحّة النكاح الواقع بطريق أولى، وحينئذٍ، فلا

يجوز التعدي من صحّة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحّة البيع،

والاستدلال بصحّة النكاح على صحّة البيع، لأنه مخالف لحكم الإمام

ومطابق لحكم العامة، حيث عكسوا وحكموا بصحّة البيع دون النكاح.

أقول:

ما هي الفحوى؟ وما هو تنقيح المناط؟

إذا أحرز ملاك الحكم في موضوع، ثم علم بوجوده في موضوع آخر،

بحيث يكون كلاهما من مصاديق الملاك الواحد، حكم على الثاني بنفس

حكم الأول، ويسمّى في الإصطلاح بتنقيح المناط.

أمّا لو كان الملاك في الموضوع الثاني أقوى منه في الأول، فيسمّى

بالفحوى والأولوية.

(١) وسائل الشيعة ١٩ / ١٦٣ - ١٦٤ كتاب الوكالة، الباب ٢ رقم: ٢.

وعلى الجملة، فإن الموضوع في الحقيقة هو الملاك، والحكم يترتب عليه، وأمّا مع احتمال دخل خصوصية المورد في الملاك، فالتعدي عنه إلى غيره قياس وهو غير جائز.

ثم إن النكاح على أنحاء: الزواج الدائم، والزواج المنقطع، ونكاح ملك اليمين، والتحليل، عدم ذكر المهر، تقدّم القبول على الإيجاب، النكاح بنحو الاستدعاء... فهل يدل كثرة أنحاء النكاح على أهمية ملاكه أو على السهولة؟

وأهمية الشيء قد تكون من جهة الإهتمام بشأنه بحد ذاته، وقد تكون من جهة دفع محذور أهم.

ولا يبعد أن يكون الحكمة في التوسعة في أسباب النكاح وتشريعه على أنحاء متعدّدة، هي الفرار من الوقوع في الزنا، وإذا كان لخصوصية هذه الحكمة دخل في الملاك، فلا مجال للتعدي عنه إلى غيره.

وتلخص مما ذكرنا:

أولاً: إن التعدي من النكاح يتوقف على إحراز كون الملاك الذي اقتضى قبول الفضولي فيه، أقوى منه في غيره من العقود، ولكن لا طريق لنا إلى إحراز ذلك، فلا يجوز التعدي.

وثانياً: إن الحكمة في الإهتمام بالنكاح والتي اقتضت التوسعة في أسبابه، هي الفرار من محذور الوقوع في الزنا، وهذا المعنى غير موجود في سائر العقود، فلا يجوز التعدي منه إليها.

بحوث مهمّة

بقي الكلام في أمور:

الأول: في بيان وجه الأولوية كما في كلام الأصحاب.

والثاني: في بيان ما يمكن أن يكون الوجه عقلاً لما ذهب إليه العامة في هذه المسألة؟

والثالث: في بيان الوجه في نفي الشيخ الأولوية.

والرابع: في فقه الحديث.

في وجه دعوى الأولوية

أما الأمر الأول:

فقد ذكر الفقهاء القائلون بالأولوية وجهين:

أحدهما: النكاح تمليك للبضع، والبيع تمليك للمال، والبضع أهم من

المال، فإذا صحّ فيه عقد الفضولي، كان في البيع صحيحاً بالأولوية.

هذا، ولا يجوز أن ينسب إليهم القول بملكيّة البضع على وجه الحقيقة،

إذ لا إشكال في عدم التمليك الحقيقي للبضع في النكاح، وأنّ المهر إنما يدفع

إلى المرأة في مقابل الزوجية، وليس عوضاً عن البضع، غير أن من آثار

الزوجية هو التسلّط على البضع والانتفاع به، فهم يريدون من «تمليك

البضع» معنى «التسليط»، فإذا جرى في التسليط على البضع حكم، جرى في

سائر العقود بالأولوية.

إلا أن دعوى الأولوية بهذا الوجه مندفة:

أولاً: بالنقض بالإجارة، حيث أن المالك الموجر مسلط للمستأجر على منافع داره، ولكن لا يصح القول بأن الحكم الذي يجري في الإجارة أولى بأن يثبت في تملك الدار مثلاً.

وثانياً: قد تقدّم أن التعدي يتوقف على إحراز الملاك، فلو أحرز أن أهمية المسبب أي التسليط على البضع - بما هو مسبب - هو الملاك لأن يجري حكم الفضولي في النكاح، صحّ التعدي إلى المال وجرى الحكم فيه بالأولوية، أما إذا كانت التوسعة في السبب خاصة بمورد التسليط على البضع، لم يجز التعدي أصلاً.

إذن، فرق بين عليّة الشيء للحكم وبين موردية له، والذي عندنا هو موردية النكاح لجريان الفضولية فيه، ولم نحرز أن للتسليط على البضع عليّة حتى يقال: إذا ثبت شيء لعلية السلطنة على البضع، فثبوته بطريق أولى بالسلطنة على المال.

الوجه الثاني: ما ورد في النصوص من شدة الاهتمام بأمر النكاح، كصححة الحداد قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل من مواليك يقرؤك السلام وقد أراد أن يتزوج امرأة، وقد وافقته وأعجبه بعض شأنها، وقد كان له زوج فطلقها على غير السنة، وقد كره أن يقدم على تزويجها حتى يستأمرك فتكون أنت تأمره.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: هو الفرج وأمر الفرج شديد، ومنه يكون الولد، ونحن نحتاط، فلا يتزوجها.^(١)

(١) وسائل الشريعة ٢٥٨/٢٠ كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح، الباب ١٥٧ رقم: ١.

وعن مسعدة بن زياد عن جعفر عن آبائه: إن النبي صلى الله عليه وآله قال:

لا تجامعوا في النكاح على الشبهة...^(١)

وعن العلاء بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث، قال:

إن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه...^(٢)

إلى غير ذلك.

فإذا ثبت حكم في النكاح ثبت في البيع بالأولوية.

فنقول:

إن موارد الفرق بين النكاح والبيع من حيث التوسعة والتضييق في الأحكام عديدة، فالمعاطاة جارية في البيع وغير جارية في النكاح، والبيع الموقت غير مشروع على المشهور، ولكن النكاح الموقت مشروع بالإجماع، والنكاح الغرري صحيح، أما البيع الغرري فباطل، والخيار والإقالة جاريان في البيع، وغير جاريين في النكاح...

وهذه الاختلافات بين النكاح والبيع وغيره من العقود، كاشفة عن وجود ملاكات للأحكام مجهولة عندنا، وقد تقدّم أنّ التعدي يتوقف على إحراز الملاك، ولولاه فلا يجوز.

فظهر: عدم جواز التعدي، لا من باب أنّ النكاح تملك للبضع والبيع تملك للمال، والبضع أهم، فإذا جرى الفضولي فيه جرى في غيره بالأولوية،

(١) وسائل الشيعة ٢٠/٢٥٨، كتاب النكاح، الباب ١٥٧ رقم: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠/٢٥٩. وقد تقدّم نصّه الكامل قريباً.

ولا بالنظر إلى النصوص الواردة في شدة اهتمام الشارع بالنكاح. ولكن يمكن أن يقال بذلك - خلافاً لبعض الأكابر - من جهة الفرق بين المقتضيات والشرائط، أما في المقتضيات، فما لم يحرز الملاك لم يجز التعدي، كمسألة المعاطاة وجريانها في البيع دون النكاح، ومسألة التوقيت في النكاح وعدم جريانه في البيع. وأما الشرائط، فقد يتم التعدي فيها، فالتراضي بين المتعاملين شرط في النكاح والبيع معاً، ولما كان الرضا المتأخر في النكاح - على أهميته - مؤثراً، جاز التعدي منه إلى البيع، والقول بكفايته فيه بالأولوية. ولعل هذا مراد المستدلين بالأولوية.

في الفرق بين البضع والمال وأما الأمر الثاني:

قد فرّقوا بين البضع والمال، بأن البضع ليس له عوض والمال له عوض، وهذا التعليل موجود في النص أيضاً، فعن العلاء بن سبيبة، قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلاً بأن يزوجه... ثم إنها أنكرت ذلك الوكيل وزعمت أنها عزلته.

فقال عليه السلام: ما يقول من عندكم؟

قال قلت: يقولون ينظر في ذلك، فإن كانت عزلته قبل أن يزوجه، فالوكالة باطلة والتزويج باطل...

قال عليه السلام: يعزلون الوكيل عن وكالتها ولم تعلمه بالعزل؟

قلت: نعم... وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة وفي غيره لا يبطلون الوكالة... ويقولون: المال منه عوض لصاحبه والفرج ليس له عوض إذا وقع منه ولد...^(١)

وقوله: «إذا وقع منه الولد» إما كناية عن التصرف، أو أن الانتفاع الاستيلادي لا عوض له.

ثم إن من المعلوم أن العامة يعملون بالقياس ويفتون بالاستحسانات والاعتبارات، وفي المعاملة التي أوقعها الوكيل المعزول الذي لم يبلغه العزل وجهان، من أنها معاملة وقعت ممن بيده الأمر، فتقتضي الصحة، ومن أنه قد أوقعها في حال العزل عن الوكالة، فهي - أي المعاملة - غير مستندة في واقع الأمر إلى المالك، فيقتضي الفساد، فعمدوا إلى الاستحسان، من حيث أن المال له عوض، فلو كانت المعاملة فاسدة، فقد أخذ كل من المتعاملين عوض ما أعطاه، فكان المدرك لفتياهم - بعد دوران أمر المعاملة بين الصحة والفساد - هو الاستحسان، فأفتوا بصحتها ورتبوا عليها الأثر لما ذكر. أما في النكاح، فحيث أنه لا عوض للبضع، يلزم من القول بصحته أن يتسلط عليه الطرف الآخر بلا عوض، فكان مقتضى الاستحسان أن يقال بالفساد.

وحاصل ذلك: الأخذ بالاحتياط في المعاملة المالية، والأخذ بأصالة الفساد في النكاح.

فقال الإمام عليه السلام: «إن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه، وهو فرج ومنه يكون الولد»^(٢).

(١) وسائل الشريعة ١٩ / ١٦٣ - ١٦٤، كتاب الوكالة، الباب ٢ رقم: ٢. وقد تقدم في الكتاب بكامله.

(٢) وسائل الشريعة ٢٠ / ٢٥٩، كتاب النكاح، الباب ١٥٧ رقم: ٣.

على أنه لا وجه للتمسك بأصالة الفساد في الشبهات الحكمية إلا بعد الفحص عن الحجة، وقضاء أمير المؤمنين عليه السلام حجة حتى عند العامة، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله «أقضاكم علي»^(١)، وقد قضى في مثل المسألة بصحة النكاح إذ خاطب الرجل بقوله: «خذ بيدها بارك الله لك فيها»^(٢).

في كلام الشيخ بعد الخبر
وأما الأمر الثالث:

قال الشيخ بعد الخبر: «وحاصله: أن مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع... فدل على أن صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى».

وهذا غريب جداً، إذ ليس في الرواية دلالة على الأولوية المذكورة أصلاً، بل الإمام عليه السلام يقول: إذا كان وجود العوض للمال مدركاً للاحتياط، فإن النكاح أولى وأجدر بالاحتياط. وبعبارة أخرى: إن كنتم بصدد الاحتياط في الفتوى، فإن النكاح أولى بذلك من المال، لأن الفرج أهم.

(١) حديث متفق عليه بين الخاصة والعامة.

(٢) وسائل الشيعة ١٩ / ١٦٤، كتاب الوكالة، الباب ٣ رقم: ٢.

في وجه جعل الاحتياط في النكاح

وأما الأمر الرابع:

فقد قال الشيخ:

بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السّلام الاحتياط في النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله... ويمكن أن يكون الوجه في ذلك... أقول:

ما ذكره هنا أيضاً غريب، لأن من يفتي بفساد النكاح منهم - أي من العامة - إن كان أهلاً لأن يقلّد في نظر المرأة، وتزوّجت على فتواه، فنكاحها في الظاهر جائز وليس بزنا، وإن كان في الواقع وطياً بالشبهة. وإن لم يكن أهلاً للتقليد، فما نحن فيه - حيث يبحث عن صحّة هذا النكاح في نفس الأمر وفساده - والمورد السابق - حيث تزوّجت بفتواه - سيّان ولا فرق بينهما.

والكلمة الأخيرة هي: إن أخذهم هنا بالإستحسان - بعد بطلانه من الناحية الكبرى - فاسد، لأن قولهم بأن المال له عوض والبضع ليس له عوض، باطل، لأن المهر في النكاح - وإن لم يكن عوضاً عن البضع - يسدّ مسدّ العوض له، كما أن المال يسدّ مسدّ العوض للمال. ولو أرادوا من هذا الكلام أن المرأة إذا زنت فلا تستحقّ عوضاً، فكذلك الخمر - مثلاً - لا يستحقّ في مقابلة العوض.

وتلخص:

إن الاستدلال بفحوى صحّة عقد النكاح من الفضولي لصحّة سائر العقود منه، صحيح بلا إشكال.

الاستدلال بروايات المضاربة

قال الشيخ:

ربما يؤيد صحة الفضولي بل يستدل عليها بروايات... مثل موثقة جميل...
أقول:

قد أيد صحة بيع الفضولي أو استدل عليها بروايات كثيرة وردت في
مقامات خاصة:

منها: ما ورد في المضاربة، كرواية جميل الموثقة عن أبي عبدالله عليه
السّلام: في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربةً،
فذهب فاشترى غير الذي أمره.

قال: هو ضامن، والربح بينهما على ما شرط^(١).

ولا يخفى أنّ المضاربة هي: أن يدفع الرجل المال - والمعروف
المشهور باعتبار الذهب والفضة - لغيره على أن يعمل، والربح بينهما على ما
اتّفقا عليه من النسبة، ومن أحكامها أنه إن خسر فهي على المالك فقط وإن
ربح فبينهما. ولعلّ السّر في عدم توجّه شيء من الخسارة إلى العامل هو كونه
أميناً - والأمانة إمّا مالكيّة كما في الوديعة، وإمّا شرعيّة كما في الإجارة
والمضاربة والرهن - والأمين لا يضمن مع عدم التفريط والتعدّي، فليس
على العامل شيء إن تلف المال أو خسر في المعاملة، أمّا إذا خالف المالك
فيما أمره به فهو ضامن.

(١) وسائل الشريعة ١٩/١٨، كتاب المضاربة، الباب ١ رقم: ٩.

وللمخالفة أربعة أنحاء، أن يخالف في المال المشتري، كأن يأمره بشراء شيء خاص فيشتري غيره، أو ينهاه عن شراء شيء معين بصراحة لكونه في معرض الخسران، أو لكونه مال يتيم وإن كان البائع وليه، أو يشترط عليه العمل في البلد، فيخرج إلى مكان آخر.

والذي في الرواية المخالفة من النحو الأول.

وروى زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام:

في المضاربة إذا أعطى الرجل المال ونهى أن يخرج بالمال إلى أرض أخرى، فعصاه فخرج به.

فقال: هو ضامن والريح بينهما.^(١)

فوقعت المخالفة من النحو الرابع.

وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام.

في الرجل يعطي المال فيقول له: انت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها. قال: فإن جازها وهلك المال فهو ضامن. وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه. وإن ربح فهو بينهما.^(٢)

قال الشيخ:

فإنها إن أقيمت على ظاهرها... وإن حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة

بعد ظهور الربح... اندرجت المعاملة في الفضولي...

(١) وسائل الشيعة ١٩/١٨، كتاب المضاربة، الباب ١ رقم: ١١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩/١٦، كتاب المضاربة، الباب ١ رقم: ٢.

أقول:

قد خالف العامل - في رواية جميل - ما أمره به المالك، ولذا كان ضامناً إن خسر، ولكن ليس فيها تعرض لإجازة المالك للمعاملة، فظاهرها عدم توقف ملك الربح على إجازة المالك. فإن أبقيت الرواية على ظاهرها خرجت عن بحث تأثير الإجازة اللاحقة لمعاملة الفضولي، وكان الحكم بملكية الربح تعبدياً.

وبعبارة أخرى: كونه ضامناً إن خسر، وإن ربح فهو بينهما، لا يجتمعان، لأنه إن كان الربح بينهما فهي مضاربة فلا ضمان على العامل، وإن كان ضامناً فهي ليست مضاربة ولا يكون الربح بينهما، فالرواية محمولة على التعبد. قال الشيخ: لكن فيها استيناس لحكم المسألة، من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره. هذا هو الاحتمال الأول في الرواية.

والإحتمال الثاني: أن يكون المالك راضياً بالمعاملة - الواقعة على خلاف رأيه - بعد ظهور الربح كما هو الغالب، وحينئذٍ تدرج المعاملة في الفضولي، ويتم الاستدلال بها لما نحن فيه. وفيه نظر، لأنه إذا اندرجت المعاملة في الفضولي استندت إلى المالك ويكون الربح كله له.

لا يقال: يكون الربح لهما، إذ يعطى العامل من باب أجره العمل. لأن العمل إن كان بأمر من المالك فهو محترم ويستحق عليه الأجرة، لكن المفروض أن هذا العمل لم يكن بأمر منه، فلا يستحق شيئاً، ولو فرض استحقاقه فأجرة المثل.

وفي المقابس: ووجه الإستدلال بها أنَّ العامل لم يكن وكيلاً في تلك المعاملة، فلو بطل عقد الفضولي لبطل عقد العامل هنا أيضاً، فوجب ردَّ كلِّ إلى صاحبه، ولم يجز تقسيم الربح بينهما كما دلَّت عليه الرواية، فهي محمولة على تحقق الإجازة مع الربح كما هو الغالب دون الخسران، وإنَّما قسَّم الربح بينهما بناءً على إطلاق عقد المضاربة...^(١) وفيه:

إن صحَّ الحمل المذكور، فلماذا الضَّمان إنَّ اتفقت الخسارة؟ ثم إنه لا فرق بين أن يقال: أنَّ الغالب رضا المالك في صورة ظهور الربح، أو يقال: إنَّ الأدلة الأربعة على صحَّة الفضولي بالإجازة اللاحقة، تقيّد إطلاق «الربح بينهما» فيختصَّ الحكم بصورة الرضا لاحقاً. وفي الرواية احتمالان آخران: أحدهما: الحمل على كفاية الرضا الباطني المقارن، كما هو مختار الشيخ.

والآخر: الحمل على الاختلاف في مصداق ما به الربح، لأنَّ الغرض من المضاربة هو تحصيل الرِّبح، والغالب فيها أنَّ لا يكون للمالك نظر خاص في المال المشتري والمباع، ولا في مكان المعاملة وزمانها، بل يفوِّض الأمر إلى العامل في كلِّ ذلك، فلو اتَّفَق أنَّ عيَّن المالك مصداقاً لما يحصل به الربح فأمر العامل بشرائه، فاشترى العامل غيره لكونه المصداق لذلك برأيه، فإنَّ حصل الربح بما اشتراه العامل فهو بينهما، لأنَّ الكبرى الكلية منطبقة عليه، وإنَّ خسر فهو ضامن، لعدم كونه مأذوناً في الخصوصية.

(١) مقابس الأنوار: ١٢٦.

وهذا الوجه هو الأظهر في رواية جميل، وبذلك تخرج عن مسألة الفضولي.

ولو اتفق اختلافهما في مكان المعاملة أو زمانها، لم يقدح فيها، لأن الزمان والمكان خارجان عن المعاملة المقررة فيما بينهما، وعليه، فكون الربح بينهما على القاعدة، ويبقى الإشكال في كونه ضامناً إن خسر، فلا بد من حمله على الاشتراط كما في الخبر:

عن أبي عبد الله عليه السلام: كان للعباس مال مضاربة، وكان يشترط أن لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً، فإن فعلتم، فأنتم ضامنون فأبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله فأجاز شرطه عليهم^(١).

وتلخص:

عدم تمامية الاستدلال بروايات المضاربة.

الاستدلال بروايات الاتجار بمال اليتيم

قال الشيخ:

ومن هذا القبيل: الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم وأن الربح لليتيم، فإنها إن حملت على صورة إجازة الولي... كان من أفراد المسألة... ومنها: عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في مال اليتيم قال: العامل به ضامن ولليتم الربح إذا لم يكن للعامل مال...^(٢)

(١) وسائل الشريعة ١٩/١٨، كتاب المضاربة، الباب ١، رقم: ١٢.

(٢) وسائل الشريعة ١٧/٢٥٧، كتاب التجارة، أبواب ما يكتب به، الباب ٧٥ رقم: ٢.

ومنها: عن ربعي عن أبي عبد الله عليه السّلام قال في رجل عنده مال اليتيم.

فقال: إن كان محتاجاً وليس له مال فلا يمَسّ ماله، وإن هو اتّجربه فالربح لليتيم وهو ضامن.^(١)

ومنها: عن العياشي عن زرارة و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: مال اليتيم إن عمل به الذي وضع على يديه ضمن، ولليتيم ربحه. قالوا: قلنا له: قوله: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ قال: إنما ذلك إذا حبس نفسه عليهم في أموالهم فلم يجد لنفسه فليأكل بالمعروف من مالهم.^(٢)

ومنها: عن منصور الصيقل قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن مال اليتيم يعمل به. قال فقال:

إذا كان عندك مال وضممته فلك الربح وأنت ضامن للمال، وإن كان لا مال لك وعملت به فالربح للغلام وأنت ضامن للمال.^(٣)

ومنها: عن أبي الربيع قال: سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم وهو وصيه، أيصلح له أن يعمل به؟

قال: نعم، كما يعمل بمال غيره، والربح بينهما.

قال قلت: فهل عليه ضمان؟

قال: لا، إذا كان ناظرًا له.^(٤)

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٥٧، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٥ رقم: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٥٨، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٥ رقم: ٥.

(٣) وسائل الشيعة ٩ / ٨٩، كتاب الزكاة، أبواب من تجب عليه الزكاة الباب ٢ رقم: ٧.

(٤) وسائل الشيعة ٩ / ٨٩، كتاب الزكاة، أبواب من تجب عليه الزكاة، الباب ٢ رقم: ٦.

صور المسألة في الأخبار

وتفيد هذه الروايات صوراً: أن يكون العامل هو الولي وعنده مال، فيقترض مال اليتيم ويتجر به. والحكم فيها الضمان إن خسر وإن ربح فهو له. وأن يكون هو الولي ولا يكون ذا مال، فالربح لليتيم والخسارة على الولي. وأن يتجر به الولي مضاربة، فالربح بينهما وليس عليه الضمان إن خسر إذا كان ناظرأ له.

هذا، وقد حمل جماعة من الفقهاء رواية أئجار غير الولي على صورة إجازة الولي لاحقاً، فتكون من أفراد معاملة الفضولي. وعن آخرين العمل بإطلاقها، فتخرج عن البحث. قال الشيخ: لكن يستأنس بها بالتقريب المتقدم.

قال الشيخ:

وربما احتمل دخولها في المسألة من حيث أن الحكم بالمضي إجازة إلهية لاحقة للمعاملة. فتأمل.

وعلى الجملة، فالصور أربع، أما الصور المتعلقة بالولي، فخارجة عن البحث، لأن الولي غير محتاج إلى الإجازة، وأما أئجار غير الولي، فحمل الجماعة على صورة الإجازة اللاحقة بلا دليل، بل الحكم تعبد محض. وأما الاحتمال الأخير، فقد أمر فيه بالتأمل مشيراً إلى ضعفه، لأن الإجازة الإلهية هي التعبد، لأن المعاملة فضولية وقد أجازها الله.

على أن مورد الكلام هو تأثير الإجازة اللاحقة من المالك.

وتحصل: إن الاستدلال بهذه النصوص لصحة الفضولي مشكل.

تأييد المطلب برواية ابن أشيم

قال الشيخ

وربما يؤيد المطلب أيضاً برواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي دفع إليه مال ليشترى به نسمةً ويعتقها...

وهذا نص الرواية:

عن ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام: عن عبدٍ لقوم مأذون له في التجارة، دفع إليه رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمةً وأعتقها عني وحجّ عني بالباقي، ثم مات صاحب الألف، فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي يحجّ عن الميت.

وبلغ ذلك موالي أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً، فاخصموا جميعاً في الألف، فقال موالي العبد المعتق: إنما اشتريت أباك بماننا. وقال الورثة: إنما اشتريت أباك بماننا. وقال موالي العبد: إنما اشتريت أباك بماننا.

فقال أبو جعفر عليه السلام: أمّا الحجّة، فقد مضت بما فيها لا ترد، وأمّا المعتق، فهو ردّ في الرق لموالي أبيه، وأيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقاً^(١).

ويمكن أن يتوهم كون المال ملكاً للعبد من جهة يده عليه، ومن ملك أمراً ملك الإقرار به، وهو يقرّ بأنه قد أعتق العبد بعد أن اشتراه بذلك المال، فلماذا يعود رقاً؟

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٨٠ - ٢٨١، كتاب التجارة أبواب بيع الحيوان، الباب ٢٥ رقم ١.

ولكنّه يندفع بما قرّره في الأصول من أن ما اشتهر من حجّة مثبتات الأمارات ليس على كليّته، بل قلنا بأنّ اليد برزخ بين الأمانة والأصل، فليس مثبتاتها بحجّة. وعليه، فلمّا كان العبد مقرّراً بعدم كون المال ملكاً له، كان مقرّراً ببطلان شراء أبيه، لوقوعه بمال الورثة - لانتقال الدراهم إليهم ببطلان وكالة العبد عن أبيهم بموته -

ولو قيل بصحة الشراء، لقاعدة اليد، ولازمها الإذن منهم.

قلنا: بأنّ مثبتات قاعدة اليد ليست بحجّة.

وإذا بطلت المعاملة، عاد العبد المشتري رقاً.

وأما وقوع الحجّة على وجه الصحة، فحكمٌ تعبدي.

قال الشيخ:

بناءً على أنه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنة لإجازة البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامة البيّنة عليها كافيةً في تملك البيع.

أقول:

وهذا وجه تأييد المطلب بالرواية، وتقريبه:

إنه إن أقام الورثة البيّنة على وقوع الشراء بمالهم وطالبوا بالعبد، كانت مطالبتهم إياه متضمنةً لإجازتهم المعاملة الواقعة، فالإجازة اللاحقة مؤثرة في صحتها [١].

[١] وفي المقابض: وجه الاستدلال: إنه عليه السلام اكتفى في الحكم بتملك

العبد بثبوت كون الشراء وقع بماله، فلو لم تكن إجازة المالك للفضولي كافيةً في صحة

العقد، لم يكن كذلك، لعدم استلزام العام للخاص^(١).

فصاحب المقابس والشيخ والسيد الجدّ على أنّ الرواية مؤيدة، بل الأول عبّر بالاستدلال.

لكنّ أكابر المحشّين على كتاب المكاسب بحثوا عن الرواية في ثلاثة جهات: الأولى: جهة السند، فقد نصّ السيد والميرزا وغيرهما على ضعف سند الرواية، لضعف راويها «موسى بن أشيم» إما لكونه من أصحاب أبي الخطاب، وإما لعدم وثاقته في كتب الرجال، نعم، احتمال الاعتماد عليه لرواية ابن محبوب عنه.

والثانية: جهة الدلالة، فقد قال الميرزا: يمكن التمسك بخبر ابن أشيم بوجهين: الأول: دلالة حكمه عليه السلام برّد المملوك رقاً لمولى العبد المأذون، إذا أقام البيّنة على أنّ عبده اشترى أباه من ماله، فإن دعواه ملكيّة الأب المشتري وأنه اشترى من ماله، متضمّن لإجازة البيع، فالحكم بكونه له بعد البيّنة متوقف على صحّة البيع بالإجازة، وهو المطلوب.

الثاني: دلالة حكمه عليه السلام برّد المملوك رقاً لورثة الدافع لو كانوا هم يقيمون البيّنة، بالتقريب المتقدم، بناءً على أنّ يكون الدافع وكلّ العبد المأذون في البيع. فإنه تبطل وكالته بموته ويكون شراء العبد المأذون بعد موته فضولياً في المال المدفوع إليه المنتقل إلى ورثة الدافع بعد موته.

(١) مقابس الأنوار: ١٢٦.

التأييد برواية الحلبي

قال الشيخ:

ومما يؤيد المطلب أيضاً صحة الحلبي...

وهذا نصّها:

عن الحلبي: سألت أبا عبدالله عليه السّلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثم ردّه على صاحبه، فأبى أن يقبله إلاّ بوضيعة.

قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإنّ جهل فأخذه فباعه أكثر من ثمنه، ردّ على صاحبه الأول ما زاد^(١).

أقول:

إن حقيقة الإقالة فسخ العقد وأنّ يعود كلّ من العوضين إلى صاحبه،

قال: ولا يخفى أنّ كلّ واحدٍ من التقريبيين خلاف ظاهر الخبر^(٢).

والثالثة: قولهم أنها مخالفة للقواعد.

وقد ذكر الميرزا المخالفة من ستّة وجوه. ثم أجاب عنها.

والمهمّ مع ذلك قوله أنّ الرواية قابلة للحمل على المدّعي.

فصحّ قول الشيخ ومن تبعه صلاحيتها للتأييد، وهذا هو المقصود.

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٧١، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ١٧ رقم: ١.

(٢) منية الطالب ١ / ٢١٨، المكاسب والبيع ٢ / ٣٠ - ٣١.

فعلى البائع أن يرجع الثمن الذي أخذه بلا نقیصة، ولذا قال الإمام علیه السلام: لا یصلح له...

فإن جهل الحكم فأخذ الثوب فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ على صاحبه الأول ما زاد.

دلّت الصحیحة على صحّة المعاملة الثانية، وألا لم یملك الثمن حتى یردّ المقدار الزائد على المشتري الأول، فما الدلیل على صحّتها؟
إنه ليس فی الزوایة قرينة على رضا المشتري الأول بالمعاملة الثانية، بل إنه قد ردّ الثوب وبطلت معاملته فی الظاهر وإن لم تبطل فی الواقع. نعم، لو كان عالماً بأن الثوب له لكان راضياً باطناً ببيعه من غيره، ولكن الرضا التقديرى - ولا سیما الباطنى - لا أثر له. كما أنه لا وجه لأن یحتمل أن فی ردّ الثوب إجازةً ضمنيةً بأن یبيعه من أي أحد شاء، على أنه قد ردّه بعنوان الإقالة، فلا یبقى موضوع للإجازة.

فما وجه صحّة المعاملة الثانية بعد الإقالة الفاسدة؟
لقد أجاز الميرزا الاستاذ - فی الدّورة الاولى من بحثه - عود الضمیر فی «صاحبه» إلى «الثوب».^(١)

ولكنّ الإنصاف أن الضمیر یرجع إلى المشتري الأول، وإرجاعه إلى الثوب خلاف الظاهر جداً.

ويمكن شرح القضية على نحوین:

الأول: أن نقول: إن ردّ الثوب بقصد الإقالة، ظاهر فی جعله تحت اختیار

البائع بعنوان أنه ملك له، فله أن يفعل به ما شاء، فإذا باعه فقد وقع عن رضا من المشتري الأول، فهو بيع صحيح، غير أنه يردّ عليه ما زاد من الثمن.

وعلى هذا، فالرّواية خارجة عن مسألة الفضولي.

والثاني: أن نقول: بأنه قد ردّ الثوب واعتقد أنه قد خرج عن ملكه، فلمّا وقعت المعاملة الثانية وأراد البائع ردّ الزائد إليه، علم المشتري الأول بكونه مالكا للثوب، فإذا أخذ الزائد دلّ أخذه على رضاه، وكان إجازةً عمليّةً بالمعاملة الثانية. وبهذا تدخل الرّواية في المسألة [١].

[١] وحاصل كلام الميرزا في الدورة الاولى أن كون الخبر من الفضولي محلّ

كلام. وأمّا في الدورة الثانية، فاختار خروجه بلا كلام. (١)

وقال السيّد - في التعليق على قول الشيخ: فإن الحكم برّد ما زاد...: هذا بناءً على ما هو الظاهر من كون المراد من ردّه على صاحب الإقالة بوضعية فإنّها باطلة حينئذٍ، ويبقى الثوب على ملك المشتري لعدم صحّة الإقالة بزيادة أو نقيصة وإن كان على وجه الإشتراط، لأن مقتضى الفسخ بها رجوع كلّ من العوضين إلى مالكة، فلا يكون هناك سبب لملكيّة البائع ما نقص في صورة الوضعية، ولا لملكيّة المشتري ما زاد عن الثمن في صورة الزيادة.

ويمكن - على بعدٍ - أن يحمل على شرائه ثانياً من المشتري بوضعية، وحينئذٍ، فيكون المراد من عدم الصلاح الكراهة ومن ردّ الزيادة ردّها على وجه الاستحباب،

التأييد برواية عبدالله

قال الشيخ:

ويمكن التأييد له أيضاً بموثقة عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام...
أقول:

كذا في النسخ، والصحيح: عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام، وهذا نص الرواية:

فلا دخل لها بالفضولي أصلاً، إذ يكون الثوب حينئذٍ للبائع، لأنه رجع إليه بالشراء من المشتري بوضعية ولا دخل له بصاحبه الأول وهو المشتري.^(١)

وقد ذكر المحقق الإيرواني الاحتمال الثاني، فقال: ظاهر التعبير بلفظ «لا يصلح» في الصحيحة، وظاهر تعليق ردّ ما زاد على بيع ما أخذه بأكثر مما أخذ، دليل الكراهة، وأن ردّ ما زاد على وجه الاستحباب. فتدلّ على صحّة الإقالة بوضعية... فالصحيحة دليل لابن الجنيد القائل بصحة الإقالة بوضعية... فلا تصلح للتأييد.^(٢)

أقول: فرجع الأمر إلى دلالة «لا يصلح» على الكراهة، وهي أوّل الكلام، فإنّ الظهور الأوّلي لكلمة «لا يصلح» و«لا ينبغي» و«لا أحبّ ذلك» ونحوها في كلام المعصوم عليه السلام في المعاملات هو النهي الدالّ على الفساد، وفاقاً لشيخنا الاستاذ دام بقاءه في مختلف بحوثه الفقهيّة والاصوليّة، إلّا إذا قامت القرينة على الخلاف، وللتفصيل موضع آخر.

(١) حاشية السيد ١٢١/٢.

(٢) حاشية الأيرواني ٢٢٢/٢.

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق ويشرط عليه أنك تأتي بما تشتري، فما شئت أخذته وما شئت تركته. فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت. قال عليه السلام: لا بأس^(١).

تقريب الاستدلال هو: إن الإمام لم يستفصل، وترك الاستفصال يدل على العموم، لأن في القضية ثلاثة احتمالات:
الأول: أن يكون السمسار قد اشترى لصاحب الورق فضولةً، فما أجازة صحيح ومالا فغير صحيح.

والثاني: أن يكون صاحب الورق قد أذن له بالشراء مع جعل الخيار لنفسه، بأن يفسخ المعاملة فيما كرهه.
والثالث: أن يكون قد أقرض السمسار الورق، فاشترى لنفسه، ثم جاء بالمتاع وباع من صاحب الورق ما رضي به.

وعدم استفصال الإمام في هذه القضية الشخصية، يكشف عن أنها بأي وجه وقعت صحيحة، وقد عرفت أنها تدخل في مسألة الفضولي بناءً على الأول.

وأما في المقام، فقد بنى شيخنا الاستاذ الأمر على اختلاف النسخة في الرواية، ففي وسائل الشيعة «يقتله»، فتكون الرواية من الفضولي، وفي الكافي والفقيه والتهذيب «يقبل» فتكون خارجة عن البحث. فتدبر.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٧٤، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود الباب ٢٠ رقم: ٢.

لكنّ دلالة ترك الاستفصال على العموم إنما هي حيث تكون
المحتملات على حدّ سواء، ولا ظهور للقضية الخارجية في أحدها. ولكنّ
ظاهر الرواية هو: الإذن في الشراء لصاحب الورق، وحينئذٍ، لا دلالة لجواب
الإمام على العموم، فلا مجال لاحتمال الفضوليّة في هذه المعاملة.

التأييد برواية إنه لم يعص الله

قال الشيخ:

وربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالّة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن
مولاه، معلاًّ بأنّه لم يعص الله وإنما عصى سيّده.

أقول:

مذهب العامة بطلان إنشاء العبد وإنّ أجاز المولى بعد، وكأنّهم يريدون
أنّ إجازة المولى لا توجب انقلاب الشيء عمّا وقع عليه...
أجاب الإمام عليه السّلام: بأنّ العبد لم يعص الله وإنما عصى سيّده، فإذا
أجاز جاز.

وأفاد بتمثيله في ذيل الرواية أنّ المراد المعصية الوضعية لا التكليفيّة.
والحاصل: إنه قد أتى بما ليس مرخصاً فيه من قبل المولى، فإذا لحقه الرضا
منه ترتب عليه الأثر. بخلاف ما إذا كان معصيةً لله، أي لم يكن مشروعاً، كالنكاح
في العدة مثلاً، وهذا ما لا ينقلب عمّا وقع عليه، وهذا مراد الشيخ من قوله:
إنّ المانع من صحّة العقد إذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع
العقد باطلاً، وهو عصيان الله تعالى. وأمّا المانع الذي يرجى زواله كعصيان
السيد، فبزواله يصحّ العقد، ورضا المالك من هذا القبيل.

وتوضيحه:

إنه قد تقرر في الأصول الفرق بين قولنا: أكرم زيداً لعلمه، وقولنا: أكرم زيداً لأنه عالم، ففي الأول - حيث يحتمل أن يكون العلم الذي يختص به هو العلة لوجوب إكرامه - لا يتعدى إلى غيره من العلماء. أما في الثاني - حيث جئنا بالجملة علة للحكم - فيتعدى، لظهوره في أن علة إكرامه هو كونه أحد مصاديق العالم، فكل من كان عالماً فيجب إكرامه.

وعلى هذا نقول: قوله عليه السلام: لأنه لم يعص الله، كبرى كلیة ظاهرة في أن كل ما لم يكن فيه عصيان لله فهو قابل لأن يقع صحيحاً وليس فاسداً من أصله.

وعقد العبد كذلك، فليس فاسداً من أصله، وإنما قد عصى سيده لعدم ترخيصه فيه، فإذا حصل الرضا لاحقاً فلا عصيان فلا فساد.

فيتم الاستشهاد لمسألة الفضولي بهذه الأخبار.

وأشكل السيد رحمه الله^(١): بأن هذا الاستدلال إنما ينفع لأحد قسمي الفضولي فقط، وهو ما إذا كان المانع حق الغير، كما لو وقع العقد فضولاً للرجل على بنت أخت زوجته، فإنه لا يكفي رضا البنت، بل يشترط في صحة العقد رضا الزوجة. وأما القسم الآخر وهو: أن يبيع مال الغير، أو يزوج بنته بغير إذن منه، فلا يتم الاستدلال له بهذه الأخبار.

وبالجملة، فهذا الاستدلال أو التأييد أخص من المدعى.

ولكن يمكن الجواب: بأن مدلول الأخبار أن ما كان فساداً بالذات - وهو

معصية الله - فلا يقبل الصّحة، وما كان فساد به بالعرض، فيقبل الصّحة، وهذا أعمّ من أن يكون من هذا القسم أو ذاك.

قال الشيخ:

هذا غاية ما يمكن أن يحتج ويستشهد به للقول بالصّحة...

الاستدلال برواية اخرى

أقول:

واستدل السيد وشيخنا الجد^(١) برواية اخرى، وهي:

عن مسمع بن يسار قال قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: إنني كنت استودعت رجلاً مالاً، فجحدنيه، وحلف لي عليه، ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حلّ، فأخذت المال منه وأبيت أن أخذ الربح، وأوقفت المال الذي كنت استودعته، وأتيت حتى استطلع رأيك، فما ترى؟

فقال عليه السّلام: خذ الربح وأعطه النصف وأحلّه. إن هذا رجل تائب والله يحبّ التّوابين^(٢).

وجه الاستدلال:

إن أخذ الربح ظاهر في رضاه بالمعاملات التي أجراها على ماله فضولةً.

(١) حاشية السيد ١٢٢/٢، غاية الأمال: ٣٦١.

(٢) وسائل الشيعة ٨٩/١٩، كتاب الوديعة، الباب ١٠ رقم: ١.

نعم، قد كانت المعاملات لنفسه لا لصاحب المال، ولكن إذا صحَّ الفضولي في هذا القسم، فصَحَّت فيما لو باع لصاحب المال فضولة ثابتة بالأولوية القطعية.

ولا بأس بهذا الاستدلال.

الفهرس

٥	ضمان القيمي بالقيمة
٧	التاسع
٧	ضمان القيمي بالقيمة
١٠	الأقوال في يوم القيمة
١٠	المشهور يوم التلف
١٢	الأصل ضمان التالف بقيمة يوم التلف
١٣	القول بضمان يوم القبض لصحيحة أبي ولّاد
١٥	الكلام حول صحيحة أبي ولّاد
١٥	صحيحة أبي ولّاد
١٧	محّل الاستشهاد على قيمة يوم القبض
١٧	الفقرة الاولى: قوله:
٢٣	الفقرة الثانية، قوله عليه السّلام:
٢٩	ما يوهن الاستدلال على اعتبار يوم القبض
٣٤	حمل الصحيحة على التعبد
٣٥	القول بضمان أعلى القيم والاستشهاد له بالصحيحة
٣٩	تكميل
٤٤	الاستدلال لأعلى القيم بوجه آخر

- ٤٥..... الاستدلال لأعلى القيم بقاعدة لا ضرر
- ٤٦..... توجيه الاستدلال
- ٤٨..... الاستدلال لأعلى القيم بالحيلولة
- ٤٩..... الاستدلال لأعلى القيم بقاعدة الاشتغال
- ٥٠..... الاستدلال لأعلى القيم بالاستصحاب
- ٥١..... الاستدلال لأعلى القيم بآية الاعتداء
- ٥٢..... القول بيوم البيع
- ٥٤..... مسائل متعلقة بالقيمة
- ٥٤..... لا اعتبار بزيادة القيمة بعد التلف
- ٥٥..... ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة
- ٥٦..... ارتفاع القيمة بسبب الزيادة في العين
- ٥٧..... الكلام في بدل الحيلولة
- ٥٩..... تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف
- ٥٩..... عدم اختصاص بدل الحيلولة بتعذر الوصول
- ٦٠..... مورد بدل الحيلولة في تعذر الوصول
- ٦١..... دليل وجوب بدل الحيلولة
- ٦١..... ١ - قاعدة السلطنة
- ٦٣..... ٢ - قاعدة اليد
- ٦٦..... ٣ - قاعدة لا ضرر
- ٦٧..... ٤ - الإجماع
- ٦٧..... ٥ - النصوص
- ٦٩..... المراد من التعذر
- ٧١..... هل يلزم المالك بأخذ البدل؟
- ٧٣..... خروج العين عن التقويم في حكم التلف

- هل البدل ملك لمالك العين أو مباح له؟ ٧٣
- هل تدخل العين في ملك الضامن بدفع البدل؟ ٧٥
- التحقيق هو النظر في الأدلة ٧٥
- وبيان آخر: ٧٧
- كيفية الملكية بناءً على الملك ٧٨
- الكلام في نماءات المبدل والبدل ٨٢
- الكلام في الانتفاعات ٨٣
- هل يكفي فوات بعض المنافع؟ ٨٤
- حكم خروج العين عن التقويم مع بقاءها على الملكية ٨٥
- هل يبقى حق الأولوية بعد خروج العين عن الملكية؟ ٩٢
- حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع البدل ١٠١
- حكم ارتفاع القيمة قبل دفع البدل ١٠٣
- حكم ما لو ارتفع التعذر وأمكن ردّ العين ١٠٤
- هل يعود البدل إلى ملك الضامن بمجرد التمكّن من ردّ العين؟ ١٠٦
- هل للضامن حبس العين إلى أن يأخذ البدل؟ ١١٣
- الكلام في ١١٥
- شروط المتعاقدين ١١٥
- مسألة ١١٧
- المشهور بطلان عقد الصبي ١١٧
- أدلة القول بالبطلان مطلقاً ١١٩
- النظر في الاستدلال بالكتاب ١٢١
- الاستدلال بالروايات ١٢٢
- النظر في الطائفة الأولى ١٢٦
- النظر في الطائفة الثانية ١٣٠

النظر في الطائفة الثالثة.....	١٣٥
مقدمات التحقيق في المقام.....	١٣٧
التحقيق.....	١٤٠
النظر في الاستدلال برواية أبي البخري.....	١٤٤
الكلام في حكم إتلاف الصبي.....	١٤٧
ثبوت بعض العقوبات للصبي.....	١٤٨
خلاصة البحث.....	١٥٠
كلام العلامة في قبض الصبي وتصرفات أخرى.....	١٥٠
النظر فيه.....	١٥٢
المختار في المسألة.....	١٥٣
النصوص الخاصة الدالة على المختار.....	١٥٣
عدم الفرق بين الأشياء اليسيرة والخطيرة.....	١٥٦
نقد تفصيل المحدث الكاشاني.....	١٥٧
نقد تفصيل صاحب الرياض.....	١٦٤
التحقيق في المقام.....	١٦٥
مسألة.....	١٧١
اشتراط قصد المتعاملين.....	١٧١
التحقيق في المسألة.....	١٧٣
قول صاحب المسالك بعدم تحقق القصد من الفضولي.....	١٧٤
كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين.....	١٧٥
مقدمات التحقيق فيه.....	١٧٥
شرحه.....	١٧٨
مناقشة الشيخ فيما أفاده صاحب المقابس.....	١٨٢
النظر فيها.....	١٨٣

١٨٥	بقية المناقشة والنظر فيها
١٩١	هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري؟
١٩٣	مختار الشيخ
١٩٤	التحقيق في المسألة
١٩٦	ويتم شرح الجهات و تكميلها ضمن امور:
١٩٩	النظر في القول بالفرق بين البيع والنكاح
٢٠٠	الأولى في الفرق
٢٠٣	مسألة
٢٠٣	اشتراط الاختيار
٢٠٤	دليل هذا الشرط
٢٠٩	الكلام على الاستدلال بأية التجارة عن تراض
٢١٠	الكلام على الاستدلال بحديث لا يحل
٢١٠	الكلام على الاستدلال بحديث الرفع
٢١٢	صحة الاستدلال بما تقدم
٢١٣	الاستدلال بما ورد في طلاق المكره
٢١٤	قول جماعة بأن المكره غير قاصد لمدلول اللفظ
٢١٤	الكلام حول ما ذكره الشيخ
٢١٨	حقيقة الإكراه
٢٢٠	هل يعتبر عدم إمكان التفضي؟
٢٢٠	شرح كلام الشيخ
٢٢٤	التحقيق في المقام
٢٢٧	عدم اعتبار العجز في الإكراه الرافع لأثر المعاملات
٢٣١	لو أكره على أحد الأمرين
٢٣٤	النظر في كلام الشيخ

٢٣٧	وتفصيل الكلام يتم ضمن مباحث:
٢٤٣	لو أكره أحد الشخصيين على فعلٍ واحد
٢٤٤	تفصيل المطلب
٢٤٧	صور تعلق الإكراه
٢٥٣	فروع
٢٥٣	الإكراه على بيع واحدٍ غير معيّن من عبيد
٢٥٤	صور المسألة
٢٥٨	الإكراه على معيّن فضمّ غيره إليه
٢٥٩	مسألة النصف
٢٥٩	الإكراه على الطلاق
٢٦١	صور المسألة والنظر فيها
٢٦٤	هل الرضا بعد العقد يوجب الصحة؟
٢٦٤	أدلة المانعين
٢٦٦	التحقيق في المقام
٢٦٨	النظر في أجوبة الشيخ عن أدلة المانعين
٢٧٧	هل الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟
٢٨٣	مسألة
٢٨٣	إذن السيّد لو كان العاقد عبداً
٢٨٣	الدليل على هذا الشرط
٢٨٤	التحقيق
٢٨٥	حكم إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيّد
٢٨٧	تأييد وقوع البيع بالصحيحة السابقة
٢٨٩	تأييد وقوع البيع برواية: إنه لم يعص الله
٢٩٦	فروع

٢٩٦.....	لو أمر العبد بأن يشتري نفسه من مولاه.....
٢٩٦.....	الدليل على الصحة واللزوم.....
٢٩٨.....	الجواب عن دليل القول بالبطلان.....
٢٩٨.....	لو أمر العبد بأن يشتري نفسه من وكيل المولى.....
٣٠١.....	بيع الفضولي.....
٣٠٣.....	مسألة.....
٣٠٣.....	في عقد الفضولي.....
٣٠٤.....	المراد بالفضولي.....
٣٠٥.....	هل يجري البحث في الإيقاعات؟.....
٣٠٨.....	التحقيق هو التفصيل.....
٣٠٩.....	هل يشمل البحث الرضا الباطني؟.....
٣٠٩.....	دليل الشمول.....
٣١٠.....	أدلة الشيخ على عدم الشمول.....
٣١٢.....	الكلام على الدليل الأول.....
٣١٥.....	الكلام على الدليل الثاني.....
٣١٧.....	الكلام على الدليل الثالث.....
٣١٨.....	الكلام على الدليل الرابع.....
٣١٩.....	الكلام على الدليل الخامس.....
٣٢٣.....	أقسام.....
٣٢٣.....	بيع الفضولي.....
٣٢٥.....	الأول.....
٣٢٧.....	المسألة الأولى.....
٣٢٨.....	وجه الاستدلال بالعمومات والإطلاقات.....
٣٢٩.....	الإشكال على الاستدلال.....

٣٣١	التحقيق في المقام
٣٣٩	الاستدلال بقضية عروة البارقي
٣٤٥	الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس
٣٤٦	نقد الإشكال في الاستدلال
٣٥٠	الجواب عن موهّنات الاستدلال
٣٥٣	الاستدلال بفحوى صحّة عقد النكاح
٣٥٤	توهين الاستدلال بالنصّ الوارد في الردّ على العامّة
٣٥٨	بحوث مهمّة
٣٥٨	في وجه دعوى الأولويّة
٣٦١	في الفرق بين البضع والمال
٣٦٣	في كلام الشيخ بعد الخبر
٣٦٤	في وجه جعل الاحتياط في النكاح
٣٦٥	الاستدلال بروايات المضاربة
٣٦٩	الاستدلال بروايات الاتّجار بمال اليتيم
٣٧١	صور المسألة في الأخبار
٣٧٢	تأييد المطلب برواية ابن اسيم
٣٧٥	التأييد برواية الحلبي
٣٧٨	التأييد برواية عبدالله
٣٨٠	التأييد برواية إنه لم يعص الله
٣٨٢	الاستدلال برواية اخرى

كتاب التبع

مِنْ لِحْمَاتِ

الْحَقِيقَةُ الْحَقُّ الْعَظِيمُ وَالْأَمْرُ فِي الْفَلَا
لِجَمْعِ الْإِنْسَانِ الْكَبِيرِ وَالْأَمْرُ الْعَظِيمُ
الْأَمْرُ الْحَقُّ الْكَبِيرُ الْكَبِيرُ الْكَبِيرُ
الْأَمْرُ الْحَقُّ الْكَبِيرُ الْكَبِيرُ الْكَبِيرُ
الْأَمْرُ الْحَقُّ الْكَبِيرُ الْكَبِيرُ الْكَبِيرُ

الجنة والبراري

تَقْرِيرُ وَكْرَج

رَبِّهِ عَلَى الْحُسَيْنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ

كتاب البيع

من البحوث

الفقيه المحقق العظمى والأصولي الفقيه

الرجع الذي الكين واستر الله العظمى

السيد محمد هادي الحسيني المياني

الطبعة سنة ١٣٩٥ هـ

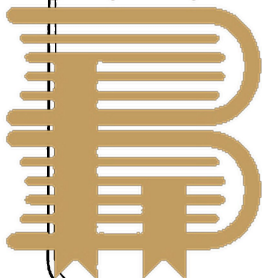
تقديم وشرح

السيد علي الحسيني المياني

الجزء الرابع

مركز البحث في الإسلام

شبكة كتب الشيعة



shiabooks.net

رابطه بديل < mktba.net

سرشناسه: حسینی میلانی، علی، ۱۳۲۶ -

عنوان قرارداد: کتاب البیع شرح

عنوان و نام پدیدآور: کتاب البیع: من ابیحات الفقیه المحقق العظیم والاصولی الفد المرجع الدینی الکبیر و آیه الله العظمی السید محمد هادی الحسینی المیلانی / تقریر و شرح علی الحسینی المیلانی.

مشخصات نشر: قم: الحقائق، [۱۳] -

مشخصات ظاهری: ج ۴.

شابک: 978-900-5348-29-3 ج ۲؛ 978-600-5348-72-9 ج ۳؛ 978-600-5348-76-7 ج ۴

وضعیت فهرست نویسی: فیا

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی بر اساس جلد دوم: ۱۳۸۸.

یادداشت: ج ۲ (چاپ اول: ۱۳۸۸).

یادداشت: ج ۳ و ۴ (چاپ اول: ۱۳۹۲) (فیا).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: میلانی، محمد هادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳. کتاب

البیع. شرح

موضوع: خرید و فروش (فقه)

شناسه افزوده: میلانی، محمد هادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳.

کتاب البیع. شرح

رده بندی کنگره: ی ۱۳۰۰ ۲۰۲۱ ۸ ک ۹ م ۱ / ۱۹۰ BP

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۹۳۴۲۵۸



✽ اسم کتاب: کتاب البیع - من أبحاث آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني / ج ۴

✽ تقریر و شرح: السید علی الحسینی المیلانی

✽ نشر: الحقائق

✽ الطبعة: الأولى - ۱۴۳۴

✽ المطبعة: ستاره - قم

✽ الكمية: ۱۰۰۰

✽ السعر: ۱۱۵۰۰۰ ریال

✽ رد مک: ۷ - ۷۶ - ۵۳۴۸ - ۶۰۰ - ۹۷۸

حقوق الطبع محفوظة للمركز

✽ عنوان مرکز النشر: قم، شارع صفاییه، مقال «صدوق فرض الحسنه دفتر تبلیغات»، هاتف: ۷۸۳۷۳۲۰ - ۲۵۱

✽ عنوان مرکز التوزيع في طهران شارع مجاهدين، تقاطع «أسر دار»، ساحة الأطباء «ساختمان پزشكان»، شقة رقم ۹، منشورات مركز ستر الشفافي، هاتف: ۷۷۵۲۱۸۶ - ۲۱ (خطوط)

✽ عنوان مرکز التوزيع في طهران شارع «بهدلوان»، شارع «شهيد گلستان»، زاوية شارع «ناطق بوری»، بناية زمره «ساختمان زمرد»، الطابق الثاني، رقم ۶۳، منشورات آفاق، هاتف: ۲۲۸۱۷۳۵ - ۲۱

✽ عنوان مرکز التوزيع في مشهد: شارع الشهداء، خلف حديقة نادري «باغ نادری»، زقاق الشهيد خوراکیان، بناية «گنجینه کتاب»، در شر نور الكتاب، هاتف: ۲۲۱۲۶۲ - ۵۱۱ - ۹۱۵۱۱۹۹۸۶

✽ عنوان مرکز التوزيع في اصفهان: شارع «جهانباغ پاتین»، مقابل ملعب «نخعي» الرياضي، مركز الحوزة العلمية التخصصي للحوزة العلمية في اصفهان، هاتف: ۲۲۲۳۱۳۳ - ۳۶۱

✽ عنوان مرکز التوزيع في تبريز: شارع الامام الحسيني، قرب دوار «ساعت»، سوق «بزرگ تربيت»، الطابق الأسفل، رقم ۲۶، منشورات «مدای نسر»، هاتف: ۲۵۲ - ۵۵۴ - ۱۱۱

✽ عنوان مرکز التوزيع في زنجان: محطة «همت نیر»، محطة الباصات، معرض الكتاب «گلستان»، هاتف: ۲۲۲۰۹۹۰ - ۲۶۱

✽ عنوان مرکز التوزيع في كرمشاه: شارع «بابا ابراهيم»، بجانب مدخل جامعة الرازي الأصلي، مكتبة «الحافظ حاتف: ۲۲۸۰۸۴ - ۸۳۱

الموقع: www.al-haqaeq.org - البريد الإلكتروني: Info@al-haqaeq.org - الرسائل النصية: ۹۸۱۰۰۰۰۱۴۱۴



أدلة القائلين

ببطلان معاملة الفضولي

قال الشيخ:

واحتجَّ للبطلان بالأدلة الأربعة: أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾. دلَّ بمفهوم الحصر أو سياق التحديد...

الاستدلال بآية التجارة

وتقريب الاستدلال بالآية:

إما بلحاظ دلالتها على الحصر، إذ تدلُّ الآية على أنَّ الحكم بحرمة الأكل يختصُّ بما عدا التجارة عن تراض، فمعاملة الفضولي - لكونها غير ناشئة عن التراضي - غير داخلة في المستثنى، فهي باطلة.

وإما بلحاظ دلالتها على تقييد التجارة بكونها عن تراض، وهذا التقييد يفيد التحديد، ومفهومه أن التجارة لا عن تراض باطلة.

فالآية دالة على بطلان معاملة الفضولي بتقريبين.

الجواب

قال الشيخ:

وفيه: أن دلالة على الحصر ممنوعة، لانقطاع الإستثناء... ضرورة عدم كون

التجارة عن تراضٍ فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه.

أي: إن هذا الاستثناء منقطع، لأن المتصل ما يكون المستثنى من أفراد المستثنى منه وخارجاً عن حكمه، كما في أكرم العلماء إلا زيداً، فزيد من أفراد العلماء إلا أنه خرج عن حكم وجوب الإكرام، والتجارة عن تراض لم تكن من أفراد الباطل حتى يكون إخراجها استثناءً متصلاً، فهو منقطع بمثابة القضية المستقلة، وإذا لم يكن الاستثناء متصلاً، فالآية غير دالة على الحصر. أقول:

إن أداة الاستثناء ظاهرة في الإخراج وهو فرع الدخول، فالمعنى حينئذٍ: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالأسباب المتداولة بينكم. وقوله «بالباطل» بيان للعلّة، كما ورد في الخبر أيضاً^(١). فالمعنى حينئذٍ: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالأسباب المتداولة بينكم لأنها باطلة، إلا التجارة عن تراض.

فالاستثناء متصل، والاستدلال تام.

هذا بالنسبة إلى التقريب الأول. وأمّا الثاني، فقد أجاب عنه الشيخ بوجه:

قال الشيخ:

وأما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو - مع تسليمه - مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى، ككونه وارداً مورد الغالب... أقول:

هذه الجملة مشتملة على وجهين:

الأول: ما أشار إليه بقوله «مع تسليمه».

والثاني: حمل القيد على الغلبة.

وقد تقدّم منه الوجهان في بحث سابق حول دلالة الآية إذ قال: دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إمّا بمفهوم الحصر وإمّا بمفهوم الوصف، ولا حصر كما لا يخفى، لأن الاستثناء منقطع غير مفرغ، ومفهوم الوصف - على القول به - مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾^(١).

فقوله هنا: مع تسليمه، إشارة إلى الخلاف في حجية مفهوم الوصف.

فهذا هو الجواب الأول.

وأما الجواب الثاني، فتوضيحه: إنه إن كان «عن تراضٍ» قيداً ووصفاً للتجارة، إفادته الحصر والتحديد عن طريق المفهوم إنما هي فيما لو تكن له فائدة غيره، بحيث إذا لم يحمل عليه تلزم اللغوية من ذكره، لكن لهذا القيد فائدة أخرى وهي الدلالة على الغلبة، لأن الغالب في التجارة وقوعها عن التراضي كما هو في «اللاتي في حجوركم» حيث أنه قيدٌ وارد مورد الغالب، لأن الربيبة محرم سواء كانت في الحجر أو لا.

وحينئذٍ، فلا دلالة لهذا القيد على التحديد، بأن تكون التجارة ناشئة عن

التراضي وإلا فهي فاسدة.

وعلى الجملة، فدلالة هذا القيد على التحديد أول الكلام، للبحث

الكبروي في مفهوم الوصف. هذا أولاً.

وثانياً: لو سلمنا، فلا دلالة عليه من الناحية الصغرى.

أقول:

أما الوجه الأول، فعلى المبنى.

وأما الوجه الثاني، ففيه:

إن الأصل في القيود الموضوعية، فمتى ذكر موضوع وقيد كان ظاهراً في كون القيد جزءاً للموضوع ودخلاً في الملاك، ورفع اليد عن ذلك بالحمل على الغلبة يحتاج إلى قرينة من الخارج، وكذلك الحال في الآية ﴿وَرَبَائِكُمْ﴾، فإنه لو لا الدليل لكان القيد احترازياً، لكن الحمل في آية التجارة لا دليل عليه، فالقيد احترازي.

قال الشيخ:

مع احتمال أن يكون «عن تراض» خبراً بعد خبر له «تكون» على قراءة نصب «التجارة»، لا قيداً لها...

وتوضيحه: إن «التجارة» في الآية قرأت - في القراءات المشهورة - على وجهين: الرفع، على أن «تكون» تامة. والنصب على أنها ناقصة. وعلى الثاني، يحتمل أن يكون «عن تراض» خبراً ثانياً لكان الناقصة لا قيداً ووصفاً للتجارة، وحينئذ يكون المعنى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن يكون سبب الأكل تجارة، وتكون - أي التجارة - عن تراض مطلقاً، أي سواء كان الرضا سابقاً أو لاحقاً.

فلاستثناء متصل، والمستثنى متعدّد، لأنه واحد مقيد بالقيد.

وهذا هو الوجه الثالث، وقد ذكره بعنوان «الاحتمال» من باب إذا جاء

الاحتمال سقط الاستدلال للبطلان، بل يكون دليلاً على الصحة.
أقول:

إن هذا الاحتمال لا يناسب شأنه الرفيع، لأن لازم ما ذكر صحة حمل كل من «التجارة» و«عن تراض» على إسم «تكون»، وهو الضمير العائد على الأموال. ولكن حمل «التجارة» على «الأموال» صحيح، أما حمل «عن تراض» على «الأموال» فغير صحيح، وعدم صحة حمل «عن تراض» بانفراده على اسم كان، يكشف عن عدم كونه خبراً لكان الناقصة.

مضافاً: إلى أن ما ذكره غفلة عن كلمة «عن» الظاهرة في التجاوز، فإنها قرينة على كون التراضي وصفاً للتجارة، ومع وجود هذا الظاهر يسقط كل احتمال على الخلاف.

قال الشيخ:

مع أن الخطاب لملاك الأموال، والتجارة في الفضولي إنما تصير تجارة المالك بعد الإجازة، فتجارته عن تراض.

وهذا هو الوجه الرابع.

وتوضيحه: إن الخطاب لأصحاب الأموال، لأن ظاهر «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً» هو: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَتَكُمْ، فالتجارة المضافة إلى ملك الأموال هي المستثناة، وعلى هذا، فكل تجارة كانت مضافة إلى المالك وهو راضٍ بها فهي صحيحة والأكل بسببها حلال، ومعاملة الفضولي بإجازة المالك بعدها تكون مضافة إليه - أي إلى المالك - وكاشفةً عن رضاه بها. فالآية دالة على صحتها لا على بطلانها.

أقول:

وهذا الوجه متين، وهو الجواب عن الاستدلال بالآية للبطلان [١].

[١] وخلاصة الكلام: أنه إن كان الاستدلال عن طريق مفهوم الحصر، فإن الجواب بتوقفه على انقطاع الاستثناء غير مقبول، لأنه متصل وليس بمنقطع. وإن كان عن طريق مفهوم الوصف، فإن الجواب الأخير هو الصحيح، فالاستدلال بالآية على بطلان الفضولي ساقط.

أقول: إن الأصل فيما ذكره الشيخ في الجواب هو المحقق صاحب المقابس، قال: وكذلك انقطاع الاستثناء كما نص عليه جمع من المفسرين، والحمل على البيان والانصال تكلف مقتض لمخالفة الآية للواقع، لعدم انحصار حلية الأكل في جهة التجارة، فبناء الاستدلال على ذلك باطل لا وجه له. (١)

لكن الأكابر كالمرزا والإصفهاني والخوئي ذهبوا إلى اتصال الاستثناء، وأجاب المحقق الإصفهاني عما ذكر في المقابس: بأن الظاهر ليس بتحريم التصرف في مال الغير، بل بتحريم التصرفات الواقعة بين بعضهم مع بعض، فلذا قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ﴾، فمورده التصرفات المعاملية ولو كالقمار المبني على نوع معاملة ومعاوضة (٢).

فأشكل عليه شيخنا دام بقاءه: بأنه ينافي الأخبار الواردة بذييل الآية، بتمسك

(١) مقابس الأنوار: ١٢٨.

(٢) حاشية الاصفهاني ٩٧/٢.

الإمام عليه السّلام بها في حرمة أخذ المال باليمين الكاذبة ونحو ذلك ممّا ليس من المعاملات.

ولكنّ يمكن الجواب عنه: بأنّ ذلك تطبيق من الإمام عليه السّلام، ومن المعلوم أنّ التطبيق غير التفسير. هذا أولاً. وثانياً: الظاهر أنّ تطبيق الإمام عليه السّلام ناظر إلى صدر الآية المباركة، ولا ربط له بتمامها صدرّاً وذيلاً.

ثم قال دام بقاءه: إنّ استهجان تخصيص الأكثر في المقام لا يرتفع إلّا بالتزام أمرين: أحدهما: أنّ تكون «التجارة» أعمّ من «البيع». والآخر: أنّ تختصّ الآية بالمعاملات.

فمنع الأول: بأنّه يخالف اللغة والعرف. والثاني: بأنّه يخالف تطبيق الإمام الآية على ما ليس بمعاملة، فعن سماعة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل ممّن يكون عنده الشئ يتبلّغ به وعليه دين، أيطعمه عياله حتى يأتي الله عزّ وجلّ بميسرة فيقضي دينه أو يستقرض على ظهره...؟ قال: يقضي دينه ولا يأكل أموال الناس إلّا وعنده ما يؤدّي إليهم حقوقهم. إنّ الله عزّ وجلّ يقول: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١)

ويمكن الجواب عن الثاني: بأنّه تطبيق من الإمام عليه السّلام لصدر الآية، ولا علاقة له بالبحث. وبه يجاب عن الأول. فتأمّل.

وتلخص: إن الإلتزام باتّصال الاستثناء لامحذور فيه.

هذا كلّ بناء على الإستدلال بمفهوم الحصر.

الاستدلال بالروايات

قال الشيخ:

منها: النبويّ المستفيض... لا تبع ما ليس عندك، فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه، لعدم تملكه، فيكون مساوفاً للنبويّ الآخر...
الحديث المذكور من روايات العامة، وهو قوله صَلَّى الله عليه وآله
لحكيم بن حزام لَمَّا سَأَلَهُ عَنْ حَكْمِ الْبَيْعِ بِهَذِهِ الصُّورَةِ:

وأما بناءً على الاستدلال بمفهوم الوصف - على القول به - فإن ما ذكره الشيخ في الجواب غير وارد إلّا الوجه الأخير.

وقد أوضحه المحقق الخوئي بقوله: إنّ الخطاب في الآية المباركة لمالّك الأموال، فيشترط وقوعها - أي التجارة - برضاها. ومن البين الذي لا ريب فيه أن التجارة الصادرة من الفضولي لا يطلق عليها أنها تجارة المالك إلّا بعد إجازته، فإذا أجازها صارت تجارةً عن تراض.^(١)

فأورد عليه شيخنا دام بقاءه: بأنّ الصادر من الفضولي لم يكن تجارةً بل هو صورة التجارة، فكيف تنقلب الصورة إلى الحقيقة بلحوق الإجازة؟

ويجاب عنه: بأنّ الذي يصدر من الفضول تجارة لا صورة تجارة، لكن لا يطلق عليها أنها تجارة المالك إلّا بإجازة منه. كما أن تجارة الوكيل لا يصدق عليها ذلك إلّا بتوكيل المالك، فالمعاملة منبعثة عن المالك بإجازته وعن الموكل بتوكيله... وهكذا.

روى أحمد بن حنبل عن حكيم قال: قلت يا رسول الله، يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق. فقال صلى الله عليه وآله: لا تبع ما ليس عندك^(١).

وروى عنه: قلت يا رسول الله، الرجل يطلب مني المتاع وليس عندي، أفأبيعه له؟ قال: لا تبع ما ليس عندك^(٢).

وروى النسائي عنه قال: سألت النبي صلى الله عليه وآله فقلت: يا رسول الله، يأتيني الرجل...

قال صلى الله عليه وآله: لا تبع ما ليس عندك^(٣).
وروى ابن ماجه نحوه^(٤).

وقد روي هذا الحديث بطرقنا كذلك، فقد روى الصّدوق عن الصّادق عن آبائه عليهم السّلام في مناهي النبي صلى الله عليه وآله قال: ونهى عن بيع ما ليس عندك^(٥).

وروى الشيخ عن سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلفٍ وبيع، وعن بيعين في بيع،

(١) مسند أحمد ٤٠٢/٣.

(٢) مسند أحمد ٤٠٢/٣.

(٣) سنن النسائي ٢٨٩/٧.

(٤) سنن ابن ماجه ٣٧٧/٢.

(٥) وسائل الشيعة ٤٦١٨، الباب ٧ من أبواب العقود، رقم: ٥.

وعن بيع ما ليس عندك...^(١) [١]

[١] أقول: إن ألفاظ هذا الحديث عن حكيم بن حزام - قال ابن الأثير: هو من مسلمة الفتح، وكان من أشرف قريش ووجوهها في الجاهلية والإسلام، وكان من المؤلفة قلوبهم^(٢) - في كتب العامة مختلفة، ففي مسند أحمد في لفظ: «ليس عندي ما أبيعه. ثم أبيعه من السوق» وفي آخر: «ليس عندي، فأبيعه له»، وأخرجه أصحاب السنن بلفظ: «ليس عندي، أبيعه منه ثم أبتاعه له من السوق» كذا قال ابن حجر،^(٣) ولكن هو عند الترمذي «ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه».^(٤) وفي اسد الغابة بترجمة حكيم، بإسناده عن الترمذي «أبتاع له من السوق ثم أبيعه منه؟».^(٥) ولذا قال شارح الترمذي: أبتاع له من السوق. بتقدير همزة الإستفهام. وقال في لفظ «ثم أبيعه»: لم يقع هذا اللفظ في رواية أبي داود ولا في رواية النسائي ولا في رواية ابن ماجه.

فظهر أن الحديث المستدل به هو اللفظ الذي نسبه ابن حجر إلى رواية أصحاب السنن. وأما لفظ الترمذي وغيره، فلا إشكال فيه حتى يتعلق به النهي، ولذا قال السيد الجذ بأنّه سهو كما سيأتي. وقول شارحه: «ومقصود السائل أنه هل يبيع ما ليس عنده ثم يشتريه من السوق ثم يسلمه للمشتري الذي اشترى له منه»^(٦) خلاف الظاهر جداً.

(١) وسائل الشيعة ٤٦/١٨، الباب ٧ من أبواب العقود، رقم: ٢.

(٢) اسد الغابة ٥٨/٢ - ٥٩.

(٣) فتح الباري في شرح البخاري ٤ / ٢٧٨.

(٤) سنن الترمذي ٣ / ٥٣٤.

(٥) اسد الغابة ٥٨/٢ - ٥٩.

(٦) تحفة الأحوذ في شرح الترمذي ٤ / ٣٦١.

حديث: لاتبع ما ليس عندك

وتقريب الاستدلال هو:

إنَّ حكيم بن حزام كان دَلَّالاً، وبيع الدَّلال لأموال الناس على ثلاثة أنحاء:

أحدها: أن يسلِّمه المال ويأمره ببيعه. ويصدق على هذا كون المال «عنده».

والآخر: أن يكون المال في المستودع ويؤكِّله ببيعه. وهذا صادق عليه كذلك.

هذا، وقال ابن حجر: قال ابن المنذر: وبيع ما ليس عندك، يحتمل معنيين: أحدهما: أن يقول: أبيعك عبداً أو داراً معيّنة وهي غائبة. فيشبهه بيع الغرر. ثانيهما: أن يقول: هذه الدار بكذا، على أن أشتريها لك من صاحبها أو على أن يسلِّمها لك صاحبها. قال: وقصة حكيم موافقة للثاني.^(١)

وفي شرح الترمذي: وفي معنى ما ليس عنده في الفساد، بيع العبد الأبق وبيع المبيع قبل القبض، وفي معناه بيع مال غيره بغير إذنه، لأنه لا يدري هل يجيز مالكة أم لا. وبه قال الشافعي. وقال جماعة: يكون العقد موقوفاً على إجازة المالك، وهو قول مالك وأصحاب أبي حنيفة وأحمد. كذا في المراقبة.^(٢)

(١) فتح الباري ٤ / ٢٧٨.

(٢) تحفة الاحوذى ٤ / ٣٦٠.

والثالث: أن يقول له المشتري: بعني كذا، فتارةً: يبيعه المتاع - المأذون أو الموكل في بيعه - ويسلمه إياه بعينه. وأخرى: يبيعه ما في ذمة شخص وكالة عنه مثلاً، وثالثة: يبيعه مال الغير - بلا إذن أو وكالة - فضولياً.

وقوله صلى الله عليه وآله: «لا تبع ما ليس عندك» إشارة إلى النحو الثالث أو خصوص الصورة الثالثة من صورته. والنهي في المعاملة إذا كان ناظراً إلى واقع المعاملة يدل على الفساد، فبيع الفضولي باطل.

التحقيق فيه والجواب عنه

لكن أقول:

إن «ما» الموصولة أعم من العين الشخصية والكلي في الذمة.

و«ليس عندك» أي: ليس زمام أمره بيدك.

فإن كان أصيلاً أو وكيلًا، فزمام أمر الشيء بيده، وإلا فهو فضولي، سواء باع العين أو الكلي في الذمة. ويعم الحديث ما إذا باع شيئاً في ذمته، لأن الإنسان لا يملك ما في ذمته، وإن جاز تملكه لغيره حالاً أو مؤجلاً، وما إذا باع عيناً كلية من دون إضافة لها إلى ذمته أو ذمة الغير.

وحينئذ يقع البحث عن بيعه للشيء وهو ليس عنده، فهل يبيع الشيء في ذمته ثم يشتريه من السوق ويسلمه، أو يبيعه من غير أن يضيفه إلى ذمته فيظن المشتري وجود الشيء عنده في الخارج، فيشتريه من السوق ويسلمه، أو يبيعه الشيء الموجود خارجاً بعينه؟

الظاهر: عدم إرادة العين الشخصية، خلافاً للشيخ، بل المبيع عين كلية،

مع إضافتها إلى ذمته أو ذمة غيره أو بدون إضافة مطلقاً؟

إن كان بلا إضافة مطلقاً، فالمعاملة باطلة، لأن الكلي بما هو كلي لا مالية له حتى يباع، بل نسبته إلى البائع والمشتري على السواء، وإنما تتحقق له المالية إذا أضيف إلى الذمة.

وإن باعه مضافاً إلى ذمته، كان من بيع السلف، وهو جائز عند الخاصة والعامة، إلا أن العامة يقولون بجوازه إن كان إلى مدة، فلو كان حالاً فهو عندهم باطل لعموم حديث: لا تبع ما ليس عندك. وأصحابنا يقولون بجوازه مطلقاً للنصوص، كصحيحة عبدالرحمن قال:

سألت أبا عبدالله عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده، فيشتري منه حالاً. قال: ليس به بأس.

قلت: إنهم يفسدونه عندنا.

قال: وأي شيء يقولون في السلم؟

قلت: لا يرون به بأساً، يقولون هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح.

فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود...^(١).

فالقائلون بالبطلان يقولون بدلالة الحديث على بطلان الفضولي، لأنه يبيع ما ليس زمام أمره بيده، سواء كان المبيع عيناً خارجية أو كلياً في الذمة، خرج عنه السلم فقط.

ثم هل الحديث يدل على بطلان ما إذا باع الشيء لنفسه فقط، أو يعم

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٤٦، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود الباب ٧ رقم ١.

البيع لمالكة أيضاً؟

الظاهر الأول - كما هو المستفاد من الأحاديث التي ذكرناها - فالحديث خارج عن البحث، لأن مورد الكلام أن يبيع الرجل ملك الغير عن مالكة فضولة، فيجيز المالك البيع لاحقاً... فلا استدلال به في غير محله.

جواب الشيخ والنظر فيه

وقال الشيخ في الجواب:

أولاً: إن الظاهر من الموصول هي العين الشخصية... ومن البيع البيع لنفسه... وحينئذٍ، فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه... وإما أن يراد... فلا ينافي أهليته لتعقب الإجازة من المالك...
وثانياً: سلمنا دلالة النبوي على المنع، لكنها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدم...

أقول:

أما أن الموصول ظاهر في العين الشخصية. فلا نوافقه عليه كما عرفت.
وأما أن البيع بيع لنفسه، فهو الظاهر بالنظر إلى نصوص العامة كما تقدم - بخلاف نصوصنا فهي عامة - وعليه، فإن أريد من بيع الفضولي مجرد الإنشاء، أي المعنى المصدرى، كان دالاً على عدم بيع الفضولي لنفسه، لكونه منهياً عنه والنهي إرشاد إلى الفساد. وإن أريد المعنى الاسمي، أي حقيقة الملكية وواقع المبادلة، فإن إيجاده في ملك الغير يتوقف على رضا مالكة، فإذا لحقه الرضا تحقق حقيقة البيع وترتب عليه الأثر. وعليه، فلا يعم

الحديث بيع الفضولي المتعقب بالإجازة من المالك.

نعم، بناءً على عموم الحديث - لبيع ما في ذمته وما في ذمة الغير كما ذكرنا - لا مناص من تخصيصه بالأدلة الدالة على الجواز وحاصل الكلام هو:

إنه قد استدل القائلون بالبطلان بهذا الحديث: بأنه يدل على بطلان بيع ما ليس بملك له، إلا إذا وكيلاً أو مأذوناً من المالك، لأن النهي يدل على الفساد، ومقتضى إطلاقه هو البطلان، سواء أجاز المالك أو لا.

وأجاب الشيخ: بأن المنهي عنه هو بيع مال الغير لنفسه، ومعنى النهي عدم النفوذ، ولكن ينفذ بالإجازة اللاحقة.

إلا أن «ما» الموصولة تطلق على كل شيء، ولا ظهور لها في العين الشخصية.

إلا أن يقال: إن الصلة «ليس عندك» قرينة على أن المراد ما ليس حاضراً عندك - وهو العين الشخصية التي للغير، ولا وكالة أو إذن عنه - وعلى عدم شمول الحديث لما في ذمته أو في ذمة غيره وهو قادر على تسليمه، لأن الإنسان إذا باع الكلّي في ذمته صدق عليه القول بأنه باع ما عنده، أي ما هو واجد له ومسّط عليه.

فالمنهي عنه في الحديث بيع العين الشخصية للغير، وبيع الكلّي الذي لا قدرة على تسليمه، وهذا هو المستفاد من بعض الأخبار أيضاً^(١)، وكذا بيع

(١) إشارة إلى روايات بيع البطّيح ونحوه مما ليس في أوانه حالاً، وسائل الشيعة ٢٩٤/١٨، الباب ٥ من أبواب

الكلي من دون إضافة له إلى ذمته أو ذمة غيره، لعدم المالية له كما تقدّم.
 لكنّ مورد الرواية - كما نقلنا من كتب العامة - هو بيع الشيء ثمّ ابتياعه من السوق، ومثل هذا البيع يحتمل فيه أن يبيع الشيء كلياً في ذمته، مع قدرته على شرائه وتسليمه إلى المشتري، وهذه الصورة لا إشكال فيها. إلّا أن في الرواية كلمة «ابتياعه له» والمراد إمّا هو بيع الشيء كلياً في المعين وليس عنده، ثمّ شراؤه من السوق لنفسه ليسلمه المشتري وفاءً ببيعه، أو شراء الشيء للمشتري فضولةً عنه. والظاهر هو الأول، وهو باطل قطعاً، وإذا كانت الرواية ظاهرة فيه، فهي خارجة عن بحث الفضولي، ولا أقلّ من إجمالها، فتسقط عن الاستدلال.

وأما ما في أسد الغابة،^(١) فالظاهر أنه سهو [١].

[١] وأما المحقق الإصفهاني، فقال: لا دلالة له على بطلان الفضولي حتى مع الإجازة، سواء أريد من البيع ما هو تملك إنشائي أو ما هو تملك حقيقي (قال) فإن المراد إنّ كان هو التملك الإنشائي، فهو قابل للصحة والفساد، والنهي عنه للإرشاد إلى فساد ما هو تملك إنشائي مضاف إلى من ليس عنده المبيع، فلا معنى لدلالته على فساد إذا كان مضافاً إلى من عنده المبيع، فإنه من بيع من كان عنده لا من ليس عنده.

وإن كان هو التملك الحقيقي، فليس له نفوذ وفساد، بل أمره دائر بين الوجود والعدم، فإنّ الصحة والفساد من أوصاف الأسباب، فالنهي إرشاد إلى عدم وقوعه ممّن

(١) أسد الغابة في معرفة الصحابة ٤ / ٢٧٨.

ليس عنده المال لامتن عنده. والملكية الحقيقية المتحدة ذاتاً مع التملك الحقيقي.

إنما توجد إذا أضيف سببها إلى المالك، فتوجد الملكية الحقيقية من المالك. فهو بيع حقيقي ممن عنده المال.^(١)

وحاصل المراد: أن النهي إن كان متوجهاً إلى البيع الإنشائي الصادر ممن ليس عنده وهو الفضول، فهو دال على فساد هذا الإنشاء، فهو غير متوجه إلى الإنشاء المنظم إليه إجازة المالك، لأنه حينئذ إنشاء من عنده، فليس دالاً على الفساد. وإن كان متوجهاً إلى البيع الحقيقي، فإن التملك الحقيقي عين الملكية - للإتحاد بين المصدر واسم المصدر - والملكية في بيع الفضولي إنما تتحقق بإجازة المالك، فلا يوجد البيع الفضولي حتى يتوجه إليه النهي.

وقد أورد عليه شيخنا بوجوه:

أحدها: إنه لا معنى لتقسيم البيع إلى الإنشائي والحقيقي، فإن البيع أمر واحد صادر من المنشئ له، فإن كان أهلاً لهذا الإنشاء بالنسبة إلى الشيء المبيع، فهو مورد لإمضاء العقلاء والشارع من هذه الجهة، وإن لم يكن فلا.

والثاني: إن البيع الإنشائي الصادر من الفضول هو تلفظه بكلمة «بعث» - التي هي الوجود الحقيقي للكلمة، والوجود الجعلي للبيع، أي المبادلة بين المالكين - ومن المعلوم أن هذا الأمر الخارجي التكويني لا يعقل استناده إلى المالك بالإجازة اللاحقة منه. فقوله: «والنهي عنه للإرشاد...» فلا معنى لدلالته على فساد إذا كان مضافاً...» غير صحيح على مسلكه في حقيقة الإنشاء.

(١) حاشية المكاسب للإصفهاني ١٠٢/٢.

والثالث: قوله: البيع الإنشائي يقبل الصحة والفساد، وأمّا الحقيقي فأمره دائر بين الوجود والعدم، غير صحيح. لأنّ البيع الحقيقي هو التملك عند العقلاء، ولكنّ الشارع قد لا يعتبر ما يعتبره العقلاء، فيكون فاسداً، كما هو الحال في البيع الربوي مثلاً.

أقول: هذه إشكالات شيخنا الأستاذ على كلام المحقق الإصفهاني في المقام، فتأمل. وتعرض لجواب المحقق الإيرواني، فإنه قال: «المراد من نفي البيع في الأخبار نفي أحكامه بما هي أحكامه، وحكم البيع بما هو بيع هو التأثير في حصول النقل على وجه الاستقلال وبنحو العلية التامة المستفادة من دليل «أحلّ» و«أوفوا».

ونفي هذا الأثر الاستقلالي لا يستدعي نفي التأثير الناقص والتأثير على سبيل جزء العلة على أن يكون الجزء الآخر إجازة المالك، فإذا لم يقتض حكم به بمقتضى أدلة صحة الفضولي. فهذا الجواب لا ينفي وقوع البيع لنفس الفضولي أيضاً إذا أجاز المالك، وإنما ينفي استقلاله في التأثير حتى في حقّ المالك.^(١)

فأورد عليه شيخنا دام بقاءه: بأن آية الحلّ والوفاء، لا يفيدان السببية التامة لاعتبار رضا المالك أيضاً بلحاظ آية التجارة، وإذا كانا يفيدان السببية الناقصة، فإن الأخبار تكون دافعة لهذه السببية.

أقول: ولعلّ مراد هذا المحقق هو: أن البيع الموضوع في آية الحلّ، والعقد الموضوع في آية الوفاء، هو ما كان جامعاً للشرائط العقلانية ومنها رضا المالك، فالآيتان تفيدان السببية التامة. فتأمل.

(١) حاشية المكاسب للإيرواني ٢٢٨/٢.

بقي الكلام في بعض الروايات:

رواية الصفار

منها: رواية الصفار عن الإمام العسكري عليه السلام، وفيها: لا يجوز بيع ما ليس يملك^(١).

ولكنها - بالنظر إلى متنها صدرأً وذيلأً - خارجة عن مسألة الفضولي، كما لا يخفى على من راجعها.

رواية الحميري

ومنها: رواية الحميري أن صاحب الزمان عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله: «إن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضأً منه»^(٢).

ولكنها - بالنظر إلى متنها - دالة على صحة الفضولي، لأنه قال عليه السلام «أو رضأً منه» أي من المالك.

وبما ذكرنا يظهر ما في بعض كلمات الشيخ في الجواب عن الروایتين. نعم، قد أجاب في آخر البحث عن رواية الصفار بما أجبنا.

ولنا أن نجيب عن هذه الرواية: بأن المراد اشتراط استناد البيع إلى المالك، ومن المعلوم تحقق ذلك بالإجازة اللاحقة منه.

(١) وسائل الشريعة ٣٣٩/١٧، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع، الباب ٢ رقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ٣٣٧/ ١٧، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع، الباب ١ رقم: ٨.

صحیحة محمد بن مسلم

ومنها: صحیحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام قال: سألته عن شراء أرض الذمة...

فقال: لا بأس بها فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدي عنها كما يؤدون. قال: وسأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضهم وأهل الاستان يقولون: هي أرضنا. فقال عليه السلام: لا تشتريها إلا برضا أهلها.^(١)

وجواب الشيخ: بأنّ الحصر في مقابلة عدم رضا أهل الأرض رأساً على ما يقتضيه السؤال. لا ربط له بالاستدلال، لأنّ «الباء» في «برضا أهلها» سببية، والسبب لا بدّ أن يقارن المسبب وإن كان متقدماً عليه رتبة، فالرضا المتأخر غير مؤثر.

بل التحقيق أن يقال: أن الابتياح عبارة عن انتقال المال إليه ودخوله في ملكه، وبالرضا يتحقّق هذا المعنى ويكون مسبباً عنه.

صحیحة محمد بن القاسم

ومنها: صحیحة محمد بن القاسم بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن الأوّل: عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، وكتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيهما المال أم يمنعها؟

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٧٠ كتاب التجارة الباب ٢١ رقم ٨، و ١٧ / ٣٣٤، الباب ١ رقم ٣.

قال قل له: ليمنعها أشد المنع، فإنها باعتها ما لم تملكه^(١).

وجواب الشيخ: بأنه لا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنه باع ما لا يملك... في غير محله، لأن وجه الاستدلال هو أن الرواية بمعنى: «لا تبع ما ليس عندك» فهي دالة على بطلان البيع.

فالتحقيق أن يقال: إن الأثر يتبع العلة التامة، وهي تملك المالك، ولا بد فيه من الإنشاء منه، أو إظهاره بإجازة تملك الفضولي، إذ بذلك يستند التملك إلى المالك. فقول الإمام بأنها باعت ما لم تملكه، يعني: إن البيع الصادر منها غير مؤثر، ولذا لا تعطى الثمن الذي هو بدل عن المال.

وعليه، فغاية ما تدل عليه الرواية هو أن بيعها غير مؤثر بالفعل، ولا نظر فيها إلى تأثير الإجازة أو عدم تأثيرها، فلا دلالة لها على عدم تأثير الإجازة اللاحقة، كما لا دلالة على تأثيرها.

الاستدلال بالإجماع

قال الشيخ:

الثالث: الإجماع على البطلان، ادّعاء الشيخ في الخلاف... وادّعاء ابن زهرة في الغنية، وادّعى الحلّي.
أقول:

ليس مرادهم من دعوى الإجماع في الموارد المختلفة اتفاق العلماء كلهم، بل مرادهم من الإجماع على المسألة هو أنها مصداق للقاعدة المتفق

(١) وسائل الشريعة ١٧ / ٣٣٣، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع، باب ١ رقم: ٢.

عليها، وإلا، فإن المشهور بين الفقهاء صحة معاملة الفضولي بالإجازة اللاحقة من المالك [١].

الاستدلال بحكم العقل بعدم جواز التصرف في مال الغير

قال الشيخ:

الرابع: ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، فإن الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف... ولا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً. والجواب...

[١] ولذا ذكر الشيخ عدم الظن بالإجماع بل الظن بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء، كالقديمين والمفيد والمرتضى والشيخ نفسه في النهاية التي هي آخر مصنفاته - على ما قيل - وأتباعهم إلى الصحة، وإطباق المتأخرين عليه، عدا فخرالدين وبعض متأخري المتأخرين.

وما أفاده السيد الجّد أحد الأجوبة، وهو الجواب المعتمد في الإجماعات المتعارضة خاصة، كما بين في محله.

وكيف كان، فإنه ليس بالإجماع الحجّة الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام، وإلا لوجب رفع اليد عن ظواهر ما استدّل به للجواز، ضرورة أن جميع الاستظهارات تسقط أمام رأي المعصوم.

فما جاء في تقرير بحث المحقق الخوئي من أن هذا الإجماع لا يقاوم الأدلة^(١) سهو من قلم المقرّر.

الجواب

أقول:

أجاب الشيخ بأربعة وجوه، بعضها إنكار الصغرى، وبعضها إنكار الكبرى، وبعضها - على فرض التسليم بالصغرى والكبرى - نفي فساد المعاملة.

أما إنكار الصغرى، فإن العقد الذي يجريه الفضولي ليس تصرفاً خارجياً بأن ينتفع من ملك الغير، أو تصرفاً اعتبارياً بأن يخرج عن ملك مالكه، وإنما هو مجرد الإنشاء متوقفاً لإجازة المالك.

وأما إنكار الكبرى - لو فرض كونه تصرفاً -: فبأن هذا التصرف مما استقل العقل بجوازه، فهو مثل الاستضاءة والاصطلاء بنور الغير وناره.

وتوضيح ذلك:

تارة: يكون الفضاء الذي فيه النور - مثلاً - ملكاً للغير وهو لا يجيز الاستضاءة في ذلك الفضاء، فهنا يحرم الاستضاءة، لصدق عنوان التصرف في ملك الغير.

وأخرى: لا يكون الفضاء الذي فيه نور الغير ملكاً له، فلا استضاءة جائزة ولا أثر لعدم رضاه حتى لو نهى عنه، وذلك لعدم المالئة لهذا النور، فلا يكون تصرفاً في المال.

ومن هنا نقول: بأن الاستظلال بحائط الغير لا مانع منه، ولكن لا يجوز

الاستغلال بخيمة الغير إلا بإذنه، لأنه قد حاز الفضاء الذي تحتها فكان ملكاً له.

فالوجه لإنكار الكبرى ما ذكرناه، لأنه مما استقلَّ العقل بجوازه. وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن المفروض كون الفضولي حرّاً، والحرّ له أن يتصرّف في لسانه تصرّف الملاك في ما يملكون، فإذا أنشأ البيع لم يتصرّف في مال الغير.

وأما إنكار الفساد على فرض التسليم، فقد قال الشيخ: مع أن تحريره لا يدلّ على الفساد.
أقول:

قد اشتهر أن النهي عن السبب لا يدلّ على الفساد، أمّا النهي عن المسبب فيدلّ عليه. لكن التحقيق تبعاً لشيخنا الاستاذ قدس سرّه هو: إن الحرمة في المعاملات إمّا تكليفية وإمّا وضعيّة، لأنه إن كان النهي متعلقاً بذات المعاملة، إمّا من حيث المتعلّق، مثل: لا تبع الخمر، أو من حيث الكيفيّة مثل: لا تبع المكيل والموزون جزافاً، أو من حيث المتعاقدين مثل: لا ينكح المحرم، كانت الحرمة وضعيّة، أي: إرشاداً إلى الفساد. وإن كان النهي لا بالذات بل بالعرض، كأن يكون المنهية عنه ملازماً مع ترك واجب، كالنهي عن البيع وقت النداء، أو فعل محرّم، كما لو أجرى صيغة البيع في أثناء الصلاة، فإنه يلازم كلام الآدمي في الصلاة، كانت الحرمة تكليفية، وهي لا تدلّ على الفساد، بل قيل بالدلالة على الصحة.

وعليه، فعلى فرض التسليم بالصغرى والكبرى، فإنّ معاملة الفضولي

غير فاسدة، لأنه نهى قد تعلق بالمعاملة الملازمة للتصرف في مال الغير المحرم على الفرض، فهو عرضي لا ذاتي، وقد عرفت عدم دلالة على الفساد. [١]

[١] أقول: لا يخفى أن وجوه الاستدلال بالعقل مذكورة في المقابس^(١) بالتفصيل مع الجواب عن كل منها. ولعل الوجه الأهم منها هو هذا الذي قدمه الشيخ، وهو استدلال عقلي محض من دون حاجة للاستدلال بالتوقيع الشريف، ويبتني على أمور أربعة، لو فقد الواحد منها لسقط:

الأول: أن يكون بيع الفضولي تصرفاً في مال الغير.

والثاني: أن يحكم العقل بأن التصرف في مال الغير بدون إذنه ظلم، ولا شك في أن الظلم قبيح.

والثالث: أن يكون كل ما حكم العقل بقبحه حراماً عند الشارع، فالبيع الفضولي حرام شرعاً.

الرابع: أن يكون الحرمة موجبة للفساد.

أما الأمر الأول، فقد أوضح السيد الجدّ كيفية عدم كون البيع تصرفاً في مال الغير، فلاحاجة للبحث في أن بيع الفضولي مطلقاً أو أنه بقيد التوقع لإجازة المالك - كما في عبارة الشيخ - ليس تصرفاً في مال الغير، كما لا حاجة أيضاً للتفصيل الذي ذكره شيخنا دام بقاءه في الدرس.

ثم قال:

مع أنه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك، ولا ينكره القائل بالصحة، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقلة. أي: لو فرض وجود النهي عن البيع فضولاً، فمعناه: لا تبع مال الغير مستنداً إلى نفسك فإنه لا يترتب عليه أثر، لكنّ البيع الذي تلحقه إجازة المالك ليس مستنداً إلى الفضولي، لأنّ الإجازة تسنده إلى المالك. أمّا إذا كانت الإجازة ناقلة، فواضح.

وأما إذا كانت كاشفةً حكماً، بأن تكون الإجازة شرطاً متأخراً كاشفاً عن تأثير العقد من حينه، فكذلك.

وكذلك لو قيل بأنّ الإجازة أمانة على تأثير العقد من حينه.

فعلى جميع التقادير يصح بيع الفضولي، لكنّه على النقل واضح جداً. قال الشيخ:

وحينئذٍ، لامجال للبحث عن أنّ هذا التصرف ظلم عقلاً أو لا، كما في كلام المحقّق الإصفهاني^(١). نعم، إنما يحتاج إليه بناءً على كون البيع تصرفاً، فبناءً على كونه ظلماً تصل النوبة إلى جريان قاعدة الملازمة بناءً على القول بتماميتها. لكنّ الاستاذ دام بقاءه يرى أنّ النهي كتاباً وسنةً عن الظلم مولوي لا إرشادي، فلا حاجة إلى القاعدة. ويبقى الكلام في دلالة النهي على الفساد، ولكلّ من الأكابر مبناه الخاصّ في المسألة، فراجع.

ومما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري، بناءً على أن العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لانفس القصد المقرون بهذا العقد.

أي: لأن هذه الحرمة غيريّة، والحرمة الغيريّة لا تدلّ على الفساد، كما لا توجب العقاب.

أدلة أخرى والكلام حولها

قال الشيخ

وقد يستدلّ للمنع بوجوه أخر ضعيفة أقواها... ويضعف...

أقول:

ذكر وجهين، أحدهما: إن القدرة على التسليم معتبرة في صحّة البيع، والفضولي غير قادر عليه. والثاني: إن الفضولي غير قاصد حقيقةً إلى مدلول اللفظ كالمكره.

وأجاب عن الأول: بأنّ هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً، بل يكفي تحقّقه في المالك.

وتوضيحه: إن القدرة على التسليم شرط لتحقق النقل والانتقال، فيكون شرطاً فيمن يتحقّق ذلك - أي النقل والانتقال - بواسطة وهو المالك لا العاقد. ولو كانت القدرة على التسليم شرطاً في العاقد، لكانت شرطاً في الوكيل، وللزم بطلان عقد الوكيل مطلقاً، لعدم توفّر الشرط فيه. وهذا ما لا يقول به أحد.

وعلى الجملة، فإنّ الشرط إمكان وصول المال إلى مالكة - وهو

المشتري -، ولذا لو أمكن للمشتري أن يتسلم المال ولم يمكن التسليم من البائع، صحّ البيع. ومن هنا يظهر أن اعتبارهم للقدرة على التسليم هو من باب المقدّمة لحصول النقل والانتقال ووصول المال إلى مالكة.

لكنّ الصحيح - مع أنّ المستدّلين بهذا الوجه من أكابر الفقهاء - أن يقرب الوجه ببيان آخر، بأنّ يقال: يعتبر في البيع أنّ لا يكون غررياً، ولمّا كان المشتري جاهلاً بأنّ المالك سيجزأ أو لا، فالبيع بالنسبة إليه غرري، بل الفضولي البائع للمال عن مالكة لا يدري هل ستأتي الإجازة أو لا؟ وإذا كان غررياً فهو باطل.

وحينئذٍ، يكون الجواب: إنّ الموجب للغرر المبطل هو الجهل بهويّة المبيع، وأمّا الجهل بلحوق الإجازة فلا يوجب الغرر، فلا يشمل أدلّة النهي عن بيع الغرر.

وأجاب عن الثاني: بأنّ المعتمد في العقد هو هذا القدر من القصد المتحقّق من الفضولي والمكره، لا أزيد منه.

فإنشاء المعنى وقصده كافٍ في تحقق العقد، بدليل الإجماع على صحّة نكاح الفضولي وبيع المكره بحق.

وهنا أيضاً نقول: بأنّ مقصود المستدلّ ليس لغويّة ما يصدر عن الفضولي حتى يجاب بما ذكر، بل الظاهر أن مراده: إن العقد هو العهد، وإذا كان المبيع ملكاً للغير لم يكن للعاقدة عهد حقيقة، فلا يقع العقد، فهو باطل. ويكون الجواب حينئذٍ: بأنّ العهد يتمشى من العاقدة، وإن كان عالماً بعدم اعتبار العقلاء والشارع لعقده ومجرّد عهده.

الثاني

أن يُبيع مع سبق منع المالك

المسألة الثانية

بيع الفضولي مع سبق منع المالك

قال الشيخ:
والمشهور أيضاً صحته.
أقول:

قد تلوح من كلمات بعضهم المخالفة للمشهور، كحمل العلامة قول النبي صلى الله عليه وآله: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»^(١) على أنه نكح بعد منع مولاه وكرهته^(٢)، وإذا كان هذا هو الحكم، ففي البيع كذلك. واحتمال المحقق الثاني فساد بيع الغاصب للمالك، نظراً إلى القرينة الدالة على عدم الرضا، وهي الغصب^(٣).

(١) سنن البيهقي ١٢٧/٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٨٨/٢.

(٣) جامع المقاصد ٦٩/٤.

دليل المنع

وما يمكن أن يكون دليلاً على المنع وجهان:

الأول: عدم الدليل على الصّحة، لأنّ دليل صحّة الفضولي هو حديث عروة البارقي ورواية ابن أشيم، وهما مختصّان بغير صورة سبق المنع.

والثاني: وجود الدليل على عدم الصّحة، وهو: إن العقد إذا وقع منهياً عنه، فإنّ المنع الموجود بعد العقد - ولو آنأماً - كاف في الردّ، فلا تنفع الإجازة اللاحقة، بناءً على أنه لا يعتبر في الردّ سوى عدم الرّضا الباطني بالعقد، على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد، لأن الحلف عليه أمانة عدم الرّضا.

الجواب

قال الشيخ:

لكنّ الأقوى عدم الفرق.

أي: بين صورة عدم المنع وصورة المنع.

وأجاب رحمه الله عن الوجهين:

أما عن الأوّل، فبعدم انحصار دليل الجواز بلحوق الإجازة في رواية عروة، وكفاية العمومات، من الآيات الكريمة وغيرها، فإنها تشمل ما لو سبق المنع من المالك.

قال:

مضافاً إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمّد بن قيس، إذ لم يسأل

الإمام عمّا إذا كان الأب قد منع ولده من البيع من قبل أولاً.

وقد تقدّم منّا الإشكال في هذا الاستدلال، فإنّ الرواية ظاهرة في مجرد عدم الإذن، فلا دلالة على العموم. إلّا أن يقال: بأن كلامه هذا معناه عدم تحقق شرط الصّحة وهو الإذن، وعدم تحقق شرطها أعمّ من النهي سابقاً.
قال:

وجريان فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه، مع ظهور المنع فيها - ولو بشاهد الحال - بين المولى والعبد.

والإنصاف: عدم وجود هكذا شاهد حال. إلّا أن يريد أن العقلاء على أنّه ليس للعبد الإقدام على فعلٍ ما لم يأذن مولاه، وهذا يكشف عن عدم رضا المولى بفعلٍ من العبد قبل الإذن منه، لكونه من العقلاء. وهو كما ترى.
قال:

مع أن رواية إجازته صريحة في عدم قبح معصية السيّد.
وكانه يريد أن معصية المولى أعمّ من النهي وعدم الإذن، وإلا فإنّ المستفاد من الرواية أنّ فعل العبد ذاك مخالف لوظيفة العبوديّة.
قال:

مع جريان المؤيّدات المتقدّمة، من بيع مال اليتيم والمغصوب ومخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال الصريح في منعه عمّا عداه.
وتقرّبه: إنّ تصرّفات الأجنبي في مال اليتيم بدون الإذن من الولي - المنهي عنها شرعاً - تكون شرعيّة إذا لحقها الإذن، فيستكشف من هذا أنّه لو سبق النهي من المالك ثم أجاز فهي صحيحة، لوحدة الملاك.

لكن فيه: إن العقد إذا وقع منهياً عنه، فإن المنع يسدّ مسدّ الردّ، فيكون فسخاً عند القائلين بالمنع، فالتأييد المذكور لا يفيد.

وأما عن الوجه الثاني: فبأنه لم يدل دليل على كونه فسخاً لا تنفع بعده الإجازة.

أقول:

كان الأولى أن يقول: إن النهي طلب لعدم الإيجاد، والردّ رفع الموجود، فالنهي السابق لا يدل على الردّ.

وسياتي تحقيق أن الردّ لا أثر له.

قال:

وما ذكره في حلف الموكل غير مسلم، ولو سلّم، فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع وعدم تسليمه له.

أي: الذي نقوله هو أن عدم الرضا باطناً ليس بردّ، بل لا بدّ من الإظهار، والإقدام على الحلف إظهار للردّ، ولذا ينفسخ. [١]

[١] ولم يتعرّض قدّس سرّه للجواب عن الحديث الذي استند إليه العلامة رحمه الله، ولعلّه لوضوحه، فإنّه حديث عامي، ومرسل، ولم يعمل الأصحاب لو قلنا بالإنجبار به. على أنّه في مورد عدم الإذن والكلام في سبق المنع، فهو خارج عن البحث.

الثالث

أن يبيع لنفسه

المسألة الثالثة

بيع الفضولي لنفسه

قال الشيخ:

والأقوى فيه الصحة وفقاً للمشهور.

أقول:

بيع الفضولي لنفسه يكون غالباً من الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع، كما لو كان الشيء أمانةً عند رجلٍ فمات، فظن الوارث أنه من جملة تركته، فباعه، وكما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة.

وقد ذهب المشهور إلى صحة معاملة الفضولي مع منع المالك، وأن المالك إذا أجاز أسندت المعاملة إليه وإن قصدها الفضولي لنفسه، كما في المسألتين السابقتين.

دليل الصحة

وقد استدَلَّ الشَّيْخُ للصَّحَّةَ قائلاً:

للعُومَاتِ المُتَقَدِّمَةِ بِالتَّقْرِيبِ المُتَقَدِّمِ، وَفُحْوَى الصَّحَّةِ فِي النِّكَاحِ، وَأَكْثَرُ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْمُؤَيَّدَاتِ، مَعَ ظُهُورِ صَحِيحَةِ ابْنِ قَيْسٍ المُتَقَدِّمَةِ.

أقول:

أَمَّا الْعُومَاتِ، فَالاستدلال بها يتوقف على عدم وجود الدليل على البطلان. كما لا يخفى.

وَأَمَّا الْفُحْوَى، فَإِنَّ إِجَازَةَ الْمَوْلَى فِي مَا وَرَدَ فِي نِكَاحِ الْعَبْدِ لِنَفْسِهِ أَفَادَتْ صَحَّةَ نِكَاحِهِ، وَهَذَا غَيْرُ مَا نَحْنُ فِيهِ، فَإِنَّا نَبْحَثُ عَنْ صَحَّةِ عَقْدِ الْفُضُولِيِّ لِنَفْسِهِ بِالْإِجَازَةِ مِنَ الْمَالِكِ، وَوُقُوعِ الْعَقْدِ لِلْمَالِكِ. وَكَذَا مَا وَرَدَ فِي إِجَازَةِ الزَّوْجَيْنِ لِلْعَقْدِ الْوَاقِعِ بَيْنَهُمَا فَضُولِيًّا.

فَمَا وَرَدَ فِي النِّكَاحِ أَجَنْبِيٍّ عَمَّا نَحْنُ فِيهِ، فَكَيْفَ يَتِمُّ الْفُحْوَى؟
إِلَّا أَنْ يُقَالَ: بِأَنْ مُرَادَهُ أَنَّهُ إِذَا صَحَّ عَقْدُ الْفُضُولِيِّ بِالْإِجَازَةِ لِمَنْ لَيْسَ لَهُ الْعَقْدُ، فَصَحَّتْهَا بِهَا لِمَنْ لَهُ الْعَقْدُ ثَابِتَةً بِطَرِيقٍ أُولَى. وَهُوَ كَمَا تَرَى.

وَأَمَّا الْمُؤَيَّدَاتِ، فَالإنصاف عدم تَمَامِيَةِ التَّأْيِيدِ بِهَا هُنَا.

وَأَمَّا رَوَايَةَ مُحَمَّدَ بْنِ قَيْسٍ،^(١) فَوَجْهُ شَهَادَتِهَا لِمَا نَحْنُ فِيهِ هُوَ: أَنَّ الْبَائِعَ قَدْ بَاعَ الثُّوبَ لِنَفْسِهِ وَبَقِصَدَ دُخُولِ الثَّمَنِ فِي مَلِكِهِ، لَكِنِ الْإِمَامُ عَلَيْهِ السَّلَامُ حَكَمَ بَرْدَ الزَّائِدِ عَلَى الثَّمَنِ إِلَى الْمُشْتَرِيِّ الْأَوَّلِ الَّذِي أَقَالَ مُعَامَلَتَهُ وَدَخَلَ الزَّائِدُ فِي مَلِكِهِ بِرِضَاهِ الْآلَاحِقِ.

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، كتاب النكاح، الباب ٨٨، رقم: ١.

وجوه للقول بالبطلان والجواب عنها

قال الشيخ:

وجوه تظهر من كلمات جماعة، بعضها مختصّ ببيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة...

أقول:

فذكر وجوهاً:

منها: إطلاق ما تقدّم من النبيين: «لا تبع ما ليس عندك» و«لا بيع إلا في ملك» وغيرهما، بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه.

والنبي الأول موجود في رواياتنا أيضاً كما تقدم. أمّا الثاني فهو عامي، ولم نعثر عليه عندنا، رواه أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:

«ليس على رجل طلاق في ما لا يملك، ولا عتاق في ما لا يملك، ولا بيع في ما لا يملك»^(١).

وظاهر الحديث. وقوع ذلك في ملك الغير، إلا أن يقال برفع اليد عن مقتضى السياق في خصوص البيع.

أجاب الشيخ:

بأن مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرّض فيها لوقوعه وعدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

ومنها: بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، وهذا غالباً مفقود في المغصوب، وقد تقدّم عن المحقق الكركي أنّ الغصب قرينة عدم الرضا.

وأجاب الشيخ بوجوه:

الأول: إنّ الكلام في الأعم من بيع الغاصب كما تقدّم.

الثاني: أن الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة وتملك الثمن، كما قد يرضى ببيع غيره.

الثالث: إن سبق منع المالك وعدم رضاه الباطني غير مؤثر كما عرفت.

المهم منها وجهان: الأول

أقول:

لكنّ المهم من أدلة البطلان الوجهان الآتيان:

أحدهما:

إن 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.

توضيحه: إنّ البيع عبارة عن مبادلة مالٍ بمالٍ والمعاوضة بينهما، والمعنى الحقيقي للمعاوضة أن يدخل كلٌّ من المالين الواقع عليهما المعامله في المحلّ الذي خرج منه الآخر، وإلا لم يصدق عنوان البيع، لكنّ الفضولي

إنما قصد البيع لنفسه، ومعنى ذلك: خروج المثلث عن ملك مالكة ودخول الثمن في ملك الفضولي، فلم يدخل العوض في المحل الذي خرج منه المعوض، فالمعاوضة الحقيقية غير متحققة.

جواب الشيخ والكلام حوله

قال الشيخ:

والجواب عن ذلك - مع اختصاصه بالغاصب - أن قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له، لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر غير الحقيقي حقيقة، نظير المجاز الادعائي في الأصول.

فأجاب بوجهين:

الأول: إن هذا الوجه يختص بالغاصب، لأنه يعلم بأن المبيع ليس له، فهو لا يتمشى منه قصد المعاوضة الحقيقية، لكن الكلام في الأعم من الغاصب.

والثاني: إنه يقصد المعاوضة الحقيقية على مبني ادعاء كونه مالكا حقيقيا.

وقد فهم المحقق الخراساني من كلام الشيخ أن الغاصب عندما يبيع المال إنما يقصد المعاوضة لعنوان المالك، غير أنه يدعي كون نفسه المصدق للعنوان. لكن دعواه باطلة، أما بيعه كذلك فصحيح، وهذه عبارته

في التعليق على قول الشيخ: إذ لا يعقل دخول أحد العوضين... قال: قد مر في باب المعاوضة: 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 قاصداً إلى ما هو البيع وما هو المعاوضة بهذا المعنى. وأما بناءً على ما أفاده من اعتبار ذلك في قوامه، فالتفصي عن هذا الإشكال بما ذكره - مع أنه غير سديد، إذ لا يكون بيع الغاصب مترتباً على هذا البناء - غير مفيد، إذ الدخول لو كان معتبراً كان هو الدخول حقيقة ولو عرفاً، ومجرد البناء على المالكية لا يوجب ذلك، وإنما يوجب قصده إلى دخول عوضه في ملكه ويدعوه إلى قصد تملكه بنفسه وشخصه لا بما هو المالك، فلا يكون بذلك قاصداً إلى المعاوضة. نعم، لو كان مجرد ذلك البناء مملكاً ولو بنظر العرف، كان موجباً للقصد إلى المعاوضة، وليس كذلك كما هو واضح.^(١)

فنقول:

قد أجيب عن الإشكال بوجه:

الأول: أن لا يقصد المعاوضة أصلاً. وهذا باطل كما هو واضح.

والثاني: أن يقصد المعاوضة بين المالكين، ويدخل الثمن في ملك المالك ثم يغصبه منه. وهذه المعاملة صحيحة بلا إشكال.

والثالث: أن يقصد المعاوضة بين ملك الغير والثمن، بأن يدخل الثمن في ملك نفسه لكونه مالكاً ادعائياً للمبيع. وهذا جواب الشيخ.

والرابع: أن يبيع المال عمّن هو المالك الحقيقي له ويدّعي كون نفسه المصدق له. ذكره المحقق الخراساني.

والخامس: أن يبيع المال لنفسه لكن بما أنه مالك له، بنحو الحيثية التقييدية. وهذا أيضاً ذكره الشيخ في المباحث الآتية.

والسادس: أن يبيع بقصد المبادلة بين طرفي الإضافة للعوضين، بعد أن ادّعى الطرفية لنفسه بالنسبة إلى المبيع وكان بيده مدّة من الزمن، كما هو مبني الميرزا الاستاذ في حقيقة البيع.

أقول:

فأما جواب الشيخ من أن معاوضة الفضولي مبنية على ادّعاء كونه مالكا حقيقة. ففيه: أن الغاصب لا يدّعي ذلك، ولا شاهد على ما ذكره الشيخ. ولو فرض دعواه ذلك، فهل الإجازة من المالك تفيد الملكية الحقيقية له أو الادّعائية للفضولي؟

وأما ما ذكره المحقق المذكور. فالظاهر أنه خلاف الواقع، إذ ليس للفضولي الغاصب هكذا قصد وادّعاء، كما أفاد هو رحمه الله.

وأما احتمال أن يكون بيعه بنحو الحيثية التقييدية - وقد ذكره الشيخ - ففيه: إن هذه الحيثية ادّعائية، والمالك إنما يجيز لأن يكون الثمن له، فلا تطابق بين الإجازة والمعاملة الواقعة.

وأما احتمال وقوع البيع على مسلك الميرزا الاستاذ، من أن الغاصب إنما يغصب الإضافة الملكية وينسبها إلى نفسه، فيقع التبادل بين

الإضافتين. [١] ففيه: إن هذه الإضافة لا واقعية لها وإنما هي ادعاء محض، والمالك لا يجيز هذا التبادل.

[١] وهذه عبارة الميرزا: التحقيق أن يقال: كما لا يبعد أن يكون هو مراده، وإن كانت العبارة قاصرة عن تأديته: بأن المسروق من المالك هو تلك الإضافة، أي أن الغاصب يغصب الملكية فيأخذ مال المالك بجعل نفسه مالكا، أي يعتبر علاقة الملكية بينه وبين المغصوب، فكأنه سرق و غصب الخيط الذي كان بين المالك والمال الذي يعبر عنه بالملكية، فمن أول الأمر ينزل نفسه نفس المالك أي يعتبر نفسه مالكا فيكون جميع تصرفاته في ما بيده من مال الغير الذي منه بيعه إياه في ملكه بادعاء واحد وهو غصبه الملكية. وبعبارة أخرى: أصل الملكية عبارة عن إضافة اعتبارية تعتبر ممدودة بين المالك وبين المال، وهي قد تكون ممضاة من الشارع وقد لا تكون ممضاة منه، وما يعتبر منها بين المالك والمال ممضاة، وما يعتبر منها بين غير المالك سواء كان غاصبا أو جاهلا غير ممضاة من الشارع. لكن تحقق البيع العرفي من البائع الفضولي لا يتوقف على إمضاء ما يعتبره من الملكية، بل هو يتمشى منه بنفس اعتبار الملكية عدوانا أو جهلا، ولذا نرى الغاصب يقصد بيع ما بيده من مال المغصوب حقيقة ويعامل معه معاملة سائر أملاكه.

وهذا الذي ذكرناه وإن كان بعيداً عن عبارة المصنف التي يذكرها بعد في قوله «إن قصد المعارضة الحقيقة مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقياً وإن كان هذا الجعل لاحقيقة له...» خصوصاً بقرينة ما ذكره بقوله «نعم لو باع لنفسه من دون بناء

وأما ما ذكره السيّد^(١) من أنّ البيع مبادلة مالٍ بمال، والإضافة إلى المالكين خارجة عن حقيقة البيع، والفضولي إنما يقصد المبادلة بين المالكين، فالبيع متحقّق. ففيه: إن المبادلة لا بدّ وأن تتحقّق في جهة جامعة مشتركة بين الشئيين، وهي - في البيع - في الملكية، وحينئذٍ يعود الإشكال بأن ملكيّة الفضولي إدعائيّة والمالك لا يجيز تلك الملكية.

التحقيق في الجواب

وإذ عرفت أنّ شيئاً من هذه الوجوه [١] لا يدفع الإشكال، فالحق في الجواب ما نذكره بعد الإشكال الآتي وهو: إنّ العقود آلات وأسباب لتحقق الملكية. ولا يعقل أنّ يكون بيع الفضولي مال الغير سبباً لتحقق الملكية

على ملكيّة المثلّمن ولا اعتقاد له كانت المعاملة باطلة» حيث أنّ الظاهر منه احتياج تمشي قصد البيع عن الغاصب إلى تنزيله نفسه منزلة المالك حين البيع، ولذا أورد عليه بإمكان عدم تحقق هذا البناء منه حين البيع. لكن مراده قدّس سرّه هو ما ذكرناه، ولا بدّ من تنزيل العبارة عليه.^(٢)

[١] ومن الوجوه ما ذكره المحقق الإيرواني، وهذا نصّ كلامه بطوله:

إعلم أنّ الملكية علاقة اعتباريّة بين المالك والمملوك تشبه العلاقة الحسيّة

(١) حاشية المكاسب ٣٩ / ٢.

(٢) المكاسب والبيع ٤٦ / ٢ - ٤٧.

الواقعية، - سواء كانت واقعية في نفس الأمر أو في الاعتبار العقلائي - وكيف يقصد الفضولي ذلك مع علمه بعدم صلاحية بيعه للسببية؟

الحاصلة بين السلطان والمسلط عليه، وبين المستولي والمستولى عليه استيلاءً خارجياً، فكأنما هناك حبلٌ واصل بينهما، أحد طرفي هذا الحبل متصل بالمالك، والآخر متصل بالمملوك، كدابة تقودها بمقودٍ أحد جانبيه بيدك والآخر مربوط بالدابة، فكل الممالك وملأهم في عالم الوهم والإعتبار كذلك، وهذه الملكية والاعتبار الوهمي قد تتغير بتغير المالك مع حفظ إضافتها إلى جانب المملوك، كما تعطي في مثال الدابة المقود عن يدك إلى غيرك.

ويعبر عن هذا في المقام بالهبة، فيقوم مالكٌ ويجلس مالكٌ آخر مكانه، مع انحفاظ إضافة الملكية في جانب المملوك، وقد تتغير بتغير المملوك مع حفظ إضافتها إلى المالك كما في مثال الدابة، بأن تحل رسن الدابة من رأس دابتك وتربطه بدابة صاحبك، بإزاء أن يحل صاحبك رسن دابته ويربطه بدابتك، مع بقاء الممسكين في أيديكما، ويعبر عن هذا في المقام بالبيع، فالبيع أن يأخذ كل من العوضين ملكية صاحبه ويعطيه ملكية نفسه. وهذا:

تارة: يكون مع انحفاظ الإضافة إلى المالكين كما في ما ذكرناه من المثال، وكما في أغلب البيوع.

وأخرى: يكون مع نقل هذه الإضافة أيضاً، إمّا من المالكين جميعاً أو من أحدهما، فيكون التبادل في العينين في ملكيتهما مع انتقال الملك من مالكة الأصلي إلى غيره، فيكون هذا ثالث الأقسام، ومتضمناً لمعنى البيع والهبة جميعاً. فكان لنا هبة ساذجة، وبيع ساذج، ومركّب من الأمرين.

أما الهبة الساذجة: فهي تبديل مالك بآخر مع حفظ المملوك.

وأما البيع الساذج: فهو تبديل مملوك بآخر مع حفظ المالك الأصلي، بمعنى أنّ كلّاً من المالكين يأخذ مملوكية الآخر ويعطيه مملوكية نفسه.

وأما المركّب من الأمرين: فهو تبديل المالكين أو أحدهما مع تبديل المملوكين، فيأخذ الثمن مملوكية المبيع وكذا العكس.

وبهذا يحصل معنى البيع، ويكون مالك الثمن غير مالك المبيع وبالعكس، وبذلك يتم معنى الهبة، هذا إذا قصد تبديل المالكين من الجانبين.

وأما المقام - أعني بيع الغاصب مال المغصوب منه لنفسه - فهو من تبديل أحد المالكين مع حفظ الآخر، فكان الحاصل بإنشاء منحلّ إلى بيع وهبة من جانب واحد.

ومن هنا ظهر أنّ حقيقة البيع والمعاوضة والمبادلة، غير متقومة بقصد دخول العوض في ملك مالك المعوّض.

وإن تعاسرت من هذا قلنا: فلا أقلّ من أن يكون ما يصفه الغاصب أو كلّ بائع مال

ولا يتوهم جريان هذا الإشكال في بيع الفضولي للمالك، لأنه من الممكن أن يقصد تحقق الملكية على تقدير إجازة المالك، ونظيره بيع الضرف معلقاً على القبض، إذ لا مانع من تعليق المضمون على أمر يتوقف عليه - بخلاف ما إذا كان التعليق على أمر خارجي -

وهذا الإشكال أهم من الإشكال السابق وأقوى ولم يتعرض الشيخ له. والجواب عنه بعد مقدمة، هي:

إن من البيوع ما لا يعقل حصول الملكية به، كبيع العمودين لمن ينعق عليه، فلو اشترى الولد أحد عموديه وانعق عليه، كان الشراء علّة للنعق، فكيف يعقل أن يملكه آنامًا - كما عن الفقهاء - فيقع الفصل بين العلّة والمعلول؟

وكبيع الدين على من هو عليه، فقد قام الإجماع على أنه يسقط الدين عن ذمة المدين بمجرد البيع، وذلك، لأنّ علّة السقوط هو عدم الملكية، والمانع عن الشيء مانع عن حدوثه، فالملكية لما في ذمته - ولو آنامًا - مستحيلة.

غيره لنفسه، أو مشتري 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...^(١)

أقول: قد تعرّض له شيخنا في الدرس وأورد عليه بعدة وجوه من الإشكال.

وكبيع العبد في الشدة من سهم «في الرقاب»، فإنه لا يكون ملكاً لأحد. وفي بيع الشيء لمن له خيار الفسخ في مقابل سقوط الخيار، هل يصير السقوط ملكاً للبائع؟

إن هذه بيوع حقيقة، ولكن لا ملكية فيها للثمن أو للمبيع، ولذا لا بد من فهم حقيقة الملكية، فنقول:

إن الملكية أمر اعتباري، وكل أمر اعتباري فهو ناشئ من نفس المعتبر وقائم به، ولا يعقل أن يكون مسبباً ممّا في الخارج، ولذا لا يصح أن يقال: البيع آلة أو سبب للملكية.

ثم إنه للبائع اعتبار وللعقلاء اعتبار وللشارع أيضاً اعتبار، وهذه الاعتبارات قد تتطابق وقد لا تتطابق، وحيث لا يتطابق اعتبار الشارع مع اعتبار المتبايعين والعقلاء، فهو هناك لا اعتبار له، لأنه يخطئ العقلاء في اعتبارهم - كما في كلمات بعض الأكابر -.

وعليه، ففي جميع الموارد المذكورة يوجد البيع حقيقة، لوجود الاعتبار الملكي من البائع، غير أن الشارع لم يمض اعتباره.

والغاصب أيضاً يبيع ما بيده على وجه الحقيقة، لأنه يعتبر الملكية للمشتري من قبله، غير أن العقلاء والشارع لا اعتبار لهم، ويرون بطلان بيعه. وبما ذكرنا يظهر الجواب عن كلا الإشكالين.

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أن البيع هو إعطاء الشيء لا مجاناً، أعم من أن يأخذ شيئاً في مقابله أو لا يأخذ بل يسقط مثلاً - لأن البيع مبادلة، والمفاعلة أعم بخلاف التفاعل - وأن الملكية أمر اعتباري، فإذا باع، فقد اعتبر الملكية من

قبله للمشتري، أعم من أن يعتبر الشارع في مورده الملكية أو لا يعتبر، ولذا يقع البيع والشراء حقيقة للولد - في بيع أحد العمودين - وتحقق الملكية في اعتبار المتبايعين، لكن الشارع لا يعتبرها، ويكون أثر عدم اعتباره حرية العبد المشتري، وكذا في بيع الدين على من هو عليه، وأثره سقوط ما في الذمة، لأن الإنسان لا يملك ما في ذمته، وفي بيع الشيء في مقابل الحق من أجل سقوطه. وهكذا.

الوجه الثاني

قال الشيخ:

ومنها: أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع، كان منافياً لصحة العقد... وإن تعلقت بغير المقصود، كانت بعقد مستأنف لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشأ.

أقول:

إن البائع عندما يبيع الشيء - سواء كان مالكا له حقيقة أو ادعاء - يرى نفسه مالكا له، إلا أن اعتقاده أو علمه بذلك ليس مقوماً للمعاملة بل هو أمر خارجي، وكذا المشتري لما يدفع الثمن، لكن علمه أو اعتقاده بذلك ليس مقوماً للمعاملة، وكل منهما يملك المال لا بقيد كونه ملكاً له للطرف المقابل. وعلى هذا، فإن قصد الفضولي لأن يدخل الثمن في ملكه بدلاً عن المثل، غير مقوم للمعاملة، لأن هذا القصد لا دخل له بمفهوم البيع، بل هو يملك المال الذي بيده للمشتري في مقابل الثمن المعين، كما أن علمه بكون

المال لغيره لا دخل له في مفهوم البيع، فالذي وقع هو تملك المال في مقابل الثمن، وإذا أجاز المالك هذا ترتب الأثر على البيع ودخل الثمن في ملكه. وعلى الجملة، فإن الذي يجيزه المالك هو ما تحقق به مفهوم البيع - وقد عرفت أن لا دخل للاعتقاد والعلم والقصد في المفهوم - وبذلك يستند البيع إليه ويدخل الثمن في ملكه. فالإشكال على ما حققناه مندفع.

جواب الميرزا القمي

قال الشيخ:

وقد أجاب المحقق القمي^(١) رحمه الله عن هذا... بأن الإجازة في هذه الصورة مصححة للبيع... بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه.

يريد رحمه الله أن الإجازة بمثابة عقد جديد بين المالك والمشتري، نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه، كما لو باع الولد مال أبيه ثم ملكه بالإرث، ويكون هذا البيع تارة للمالك فضولياً ثم إذا ملكه هو أجازته، فإنه في الحقيقة معاملة جديدة، لأنه يجيز البيع حينئذ لنفسه. وأخرى يبيع لنفسه، فإذا أجازته بعد أن ملك الشيء وقعت المعاملة له حقيقة. والفرق بين الصورتين، تبدل العقد بكلا طرفيه في الأولى، وفي طرف الإيجاب فقط في الثانية. وعليه، فإن تنظيره صحيح وله صورتان، لا صورة واحدة كما في

تعليقة السيد رحمه الله^(١).

مناقشة الشيخ

قال الشيخ:

وفيه: أنَّ الإجازة على هذا نصير - كما اعترف - معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشتري، لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور... فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد وبدء الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً، فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه وقبول المشتري، وهذا خلاف الإجماع والعقل.

أما كونه خلاف الإجماع، فواضح.

وأما كونه خلاف العقل، فلأن القبول فرعٌ للإيجاب، والفرعية تقتضي المغايرة مع المتفرع عنه، ولا يعقل الاتحاد بينهما. أقول:

مضافاً إلى أنَّ تبدل الشيء يعني أن ينقلب عما هو عليه، وانقلاب الشيء عما وقع عليه محال.

جواب الشيخ

قال الشيخ:

فالأولى في الجواب: منع مغايرة ما وقع لما أجزى...

وحاصله:

إن دعوى المغايرة هي من جهة توهم دخل القصد في البيع، لأنَّ البائع الفضولي قصد تملك الثمن، والمشتري قصد تملك الثمن للبائع، والإجازة لم تتعلق بما قصده، فلا تكون مؤثرة فيبطل البيع.

ولكنَّا قد ذكرنا: أنَّ القصد غير دخيل في مفهوم البيع وحقيقته، والذي تعلقت به الإجازة هو نفس المعاوضة الواقعة بينهما، والقصد أمر خارجي وهو لغو لا أثر له.

وبعبارة أخرى: هنا قصدان، أحدهما: قصد أصل المعاوضة والمبادلة بين المالين، بأنَّ يقوم كلُّ منهما مقام الآخر. والآخر: لازمه، وهو قصد أخذ الثمن لنفسه، وهذا خارج عن إنشاء المعاوضة والبيع، كما أن دعواه الملكية للمال خارجة عن ماهية المعاملة. فإذا أجاز المالك تعلقت إجازته بالقصد الأول وهو أصل المعاوضة، وحينئذٍ يقوم الثمن المأخوذ من المشتري مقام المال الذي دفعه الفضولي إليه، ولما كان المال قد خرج من ملك المالك، فالثمن يدخل في ملكه، ولا ربط للقصد الثاني بالإجازة. فظهر أن ما أنشأ هو المجاز وما أجز هو المنشأ.

الإشكال عليه بما لو كان الفضولي مشترياً

قال الشيخ:

ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير، فقال للبائع الأصل: تملكك منك أو ملكك هذا الثوب بهذه الدراهم...

توضيحه: لو غصب الدراهم واشترى بها ثوباً من المالك الحقيقي له وقال: تملكك هذا الثوب بهذه الدراهم، فأنشأ التملك ونسبه إلى نفسه، فإن أجاز مالك الدراهم ما أنشأه الغاصب كان على خلاف مقتضى المعاوضة، إذ يدخل الثوب في ملك الفضولي مع خروج الدراهم عن ملك المالك المجيز، وإن أجاز المعاملة لنفسه، كان على خلاف المنشأ، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز والمجاز غير منشأ.

وعلى الجملة، فإن الإشكال يندفع إن كان الفضولي بائعاً، وأما إن كان مشترياً، فإن قال: قبلت، فذلك. وأما إن قال: تملكك أو قال ملكك عاد الإشكال.

وبهذا استشكل العلامة حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر فأشكال، من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد^(١).

ولا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته. لأنه حينئذ يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصيلاً أو نائباً، ولذا يجوز مخاطبته وإسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائباً، أما الفضولي فهو أجنبي عن المالك ولا يمكن ذلك الاعتبار بالنسبة إليه.

جواب صاحب المقابس

قال الشيخ

وقد تفتن بعض المعاصرين^(٢) لهذا الإشكال في بعض كلماته، فالتزم تارة

(١) تذكرة الفقهاء ١/ ٤٦٢.

(٢) مقابس الأنوار ١٣١ - ١٣٢.

ببطلان شراء الغاصب لنفسه... واخرى: بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين... وفيه...

فأمّا الجواب الأول، ففيه: إنه مخالف للفتاوى وأكثر النصوص المتقدمة في المسألة، كما اعترف به أخيراً.

وأما الجواب الثاني، ففيه: أن حقيقة العقد في تملك هذا منك بهذه الدراهم، ليس إلا إنشاء تملكه للثوب، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي للثوب، بل يتوقف على إنشاء جديد.
أقول:

هكذا أشكل الشيخ على جواب صاحب المقابس، لكنني أظن أن مراده: إن قوله «تملكت» إنشاء لمعلول المعاوضة، أي: إنه يكشف إناءً عن العلة، فلما قال الغاصب: تملكت، فقد أبرز قبوله للمعاوضة، وإجازة المالك حينئذ إمضاء للمعاوضة.

جواب الشيخ والكلام حوله

قال الشيخ:

فالأنسب في التفصي أن يقال...

توضيحه: إن الفضولي - سواء كان بائعاً لنفسه، قال بعث أو ملك، أو كان مشترياً، قال: قبلت أو تملك أو ملك - على كل تقدير، لا يتصدى البيع أو الشراء بما هو هو، بل إنه يبيع أو يشتري من حيث أنه مالك للمبيع أو الدراهم، وهذه الحيثية تقييدية، وكل قضية كانت مشتملة على الحيثية

التقييدية فتلك الحيثية هي الموضوع للقضية. وعليه، فالبيع أو الشراء صادر من المالك، ولما جاءت الإجازة من المالك الأصيل، فالمعاملة تسند إليه، ويدخل المبيع أو الثمن في ملكه.
أقول:

لكنّ هذا الجواب غريب جداً وبعيد عن مقامه العلمي:
أما أولاً: فإن الغاصب يشتري أو يبيع لنفسه لكونه معتقداً أنه المالك للدرهم أو الثوب، فالحيثية تعليلية لا تقييدية.
وأما ثانياً: سلّمنا، لكنّ هذه الحيثية التقييدية ليست واقعية، بل يبيع أو يشتري من حيث كونه مالكاً إدعائياً جعلياً، ومثل هذه الملكية لا يقبل الإجازة والتنفيذ من المالك الحقيقي أصلاً.

توضيحه: إن الحيثية التقييدية قد تكون تمام الموضوع، مثل: أكرم زيداً لكونه عالماً، فتمام الموضوع هو العلم ولا خصوصية لزيد، وقد تكون جزء الموضوع، مثل: أكرم العالم العادل، فإن العدالة جزء الموضوع، وكذا العلم، فلا يجب إكرام كل من كان عالماً أو عادلاً، بل يجب إكرام الجامع بينهما.

فإن كانت الحيثية فيما نحن فيه تمام الموضوع، بأن يكون البيع أو الشراء للمالك، لم يكن المقصود كلّي المالك الأعم من الحقيقي والإدعائي، لأن المالك الحقيقي لا يجيز المعاملة لكلّي المالك، وليس خصوص المالك الإدعائي، لأن المجيز لا يجيز معاملته كذلك بالأولوية، وأما أن يكون المقصود هو المالك الحقيقي، فهذا خلف.

وإن كانت جزء الموضوع، بأن يكون هو البائع أو المشتري بقيد أنه

المالك، فلا شبهة في أنها ملكية ادعائية، ولا معنى لتعلق الإجازة من المالك الحقيقي بها.

والميرزا الاستاذ رحمه الله كان يرى أن لكل من البائع والمشتري إضافة ملكية لما بيده، والبيع هو التبديل بين طرفي الإضافتين، بأن يُضاف الثوب إلى المشتري وتضاف الدراهم إلى البائع، فالإضافة محفوظة والتبديل إنما يقع بين طرفيها وهما المالان.

والإضافة تارة واقعية، وأخرى اعتقادية، وثالثة ادعائية. وعلى كل تقدير فإنه بالتبادل بين طرفي الإضافة يصدق عنوان البيع، وإمضاء الشارع للواقعية وعدم إمضائه للاعتقادية والادعائية لا أثر له، لأن الإمضاء وعدمه خارجان عن حقيقة البيع.

فعنوان «البيع» صادق على معاملة الفضولي بائعاً أو مشترياً، وتحقق به المبادلة بين طرفي الإضافة، وإذا لحقته الإجازة من المالك الحقيقي أسندت المعاملة إليه وترتب الأثر عليها.

ولكن لا يمكن المساعدة مع ما ذكر بوجه، لأن الإضافة لا تخرج عن واقعها أبداً، فإن كان المالك الأصلي يجيز المبادلة بين طرف الملكية الحقيقية وطرف الملكية الادعائية، كان ما ينتقل إلى الفضولي ملكاً له، كما يملك طرفه في المعاملة ما ينتقل إليه، فلا ينتقل شيء إلى المالك الأصلي. وإن كان يجيز خصوص ما صدر من المالك الإدعائي وهو الفضولي، فلا يصل إليه - أي إلى المالك الأصلي - شيء، وهذا غير مقصود له.

التحقيق في الجواب

والتحقيق في الجواب عن الإشكال ما ذكره شيخنا الاستاذ^(١)،

وتوضيحه:

إن هيئة «التفعل» مطاوعة لـ «فعل»، فقوله: «تملكت» قبول لـ «ملك»
وحيث، لا فرق بين «قبلت» و «تملكت»، فكما يندفع الإشكال في الأول بما
ذكره الشيخ من أن خصوصية الإسناد إلى نفسه خارجة عن حقيقة المعاوضة،
ولا ربط لها بالبيع، كذلك الخصوصية في الثاني، فإنه لا يفيد إنشاءً جديداً من
ناحية الفضولي حتى يقع الإشكال.

وأما لو قال: «ملك»، فإن كان يقصد إنشاء الملكية لنفسه، فهنا إنشاء
تمليك من طرف البائع للمشتري الفضول، وإنشاء تمليك من الفضول
لنفسه، وكلاهما إيجاب ولا قبول في البين، فليس بعقد بيع، وإن كان يقصد
المطاوعة لما يفعله البائع، فلا يبقى فرق بين ملكت وتملكت. [١]

[١] والخلاصة: إن السيد الجد يوافق الشيخ قدس سرهما في الرد على كلام
المحقق القمي في حل الإشكال، وفي جوابه عنه. ثم إن الشيخ قد اعترف بعدم تمامية
الجواب فيما لو كان الغاصب مشترياً، فذكر جواب المحقق التستري عن الأشكال في
هذا الغرض ورد عليه، ثم ذكر الجواب الصحيح عنده، فوافقه السيد الجد في الرد على
كلام المحقق وخالفه فيما ذكره في الجواب عن الإشكال. ثم تعرض لحله بناءً على
رأي الميرزا في حقيقة البيع وصرح بعدم موافقته على المبنى، وجعل الجواب

قال الشيخ:

مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكاً للفضولي. ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد، وتبعه غير واحد من أجلاء تلامذته. وذكر بعضهم في ذلك وجهين...

وهذه عبارة شرح القواعد كما نقلها السيّد:

ولو أجازاه المالك على نحو ما قصده الغاصب به، احتتمل رجوعه إلى هبةٍ وبيع معاً كقوله: اشتر بمالي لنفسك كذا. وأمّا مع قصد الغاصب تملك

الصحيح ما ذكره المحقق الإصفهاني (رحمه الله تعالى)، وذكر أموراً علمية يبتني عليها حلّ الإشكال.

وبقي جواب المحقق العراقي الذي تعرّض له شيخنا دام بقاءه في البحث، وهو: إنّ حقيقة البيع جعل علاقة البدلية بين العوضين، فإذا أنشأ البائع البيع جعل بإنشائه علاقة البدلية بين ماله وما سيدفعه المشتري بعنوان الثمن، وأمّا الغاصب، فإنّه يتوهم صيرورة الثمن ملكاً له، ولا ربط لهذا التوهم بالإجازة، بل إن المالك الأصلي إنما يجيز البدلية المجعولة، وبذلك يدخل الثمن في كيسه.

وأورد عليه: بأنّ جعل علاقة البدلية من الامور القصدية. وأيضاً: فإن البدلية لا بدّ وأن تكون في جهةٍ. وعلى هذا، فلا بدّ وأن يقصد المتعاملان البدلية بين العوضين في جهة واحدة معينة، وثبت هذا المعنى في معاملة الفضولي لنفسه أول الكلام.

نفسه ثم البيع فلا بحث في رجوعه إلى ذلك. ولو باع المالك عن غيره فأجاز، صحَّ البيع عن المجيز.^(١)

أما الوجه الأول فملخصه: إن إجازة المالك بيع الفضولي أو شرائه تتضمن انتقال ملك المالك الأصلي إلى الفضولي حين البيع أو الشراء، فالإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق وقاضية بتمليكه المبيع أو المشتري، ليقع البيع أو الشراء في ملك الفضولي. نظير ما يدل عليه الاستدعاء في قوله: «أعتق عبدك عني» والترخيص في قوله: «بع مالي عنك» أو «اشتر لك بمالي كذا»، فإن مقتضى دلالة الاقتضاء هو التملك آنأما قبل العتق أو البيع والشراء. فكما تصحَّ المعاملة في تلك الموارد، فهي صحيحة في بيع الفضولي لنفسه، أو شرائه، فإن المعاملة تقع للفضولي بإجازة المالك الأصلي.

وأما الوجه الثاني فملخصه: إن البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، وأما اشتراط أن يدخل العوض في المكان الذي خرج منه المعوض ويقوم مقامه، فلا دليل عليه كما ذكرنا مراراً، فتصحَّ معاملة الفضولي بإجازة المالك الأصلي ويدخل العوض في ملكه.

والفرق بين الوجهين هو: أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة بين الفضولي وطره، فعلى الوجه الأول يرجع الملك إلى الفضولي، لأنه قد ملك المال آنأماً، وعلى الثاني يرجع إلى مالكه الأصلي دون الفضولي.

(١) حاشية المكاسب ١٤٧/٢. وفي شرح القواعد المطبوع ٨٥/٢: «ولو أجازه مع القصد لنفسه على نحو ما

الاشكال عليه

قال الشيخ:

وفي كلا الوجهين نظر.

وتوضيح الجواب عن الوجه الأول هو:

إنه لو قال: «أعتق عبدك عني» صحّ العتق، لقاعدة السلطنة، غير أنّ القائل - إن لم يقيد العتق بالمجانّة - يكون ضامناً لقيمة العبد - المعينة أو قيمة المثل - لقاعدة الإتلاف، فإنّها تعمّ إعدام ماليّة الشيء.

وأما لو قال مشيراً لملكه: «بع هذا لنفسك» فإنّه ترخيص في البيع فقط، وهو ليس من المملكات الشرعيّة، وقاعدة السلطنة ليست مشرّعة، فدلالة القول المذكور على الملكيةّ آنأما لا دليل عليها.

هذا أولاً.

وثانياً: لو فرض دلالة الترخيص على الملكيةّ بقاعدة السلطنة - أو غيرها - فإنما هي في الترخيص السابق، وكلامنا في بيع الغاصب لنفسه وتأثير الإجازة اللاحقة من المالك الأصلي، ولا يعقل انقلاب الشيء عمّا وقع عليه.

وتوضيح الجواب عن الوجه الثاني هو:

إن ما ذكر خلاف معنى المعاوضة.

نعم، لما بنى الفضولي على ملكيّة ذلك المال - عدواناً أو اعتقاداً - قصد بالمعاوضة رجوع البدل إليه، فالإجازة من المالك الأصليّ إنّ رجعت إلى

نفس المبادلة، أفادت دخول البديل في ملك المجيز، ودخوله في ملك الفضولي مخالف لحقيقة المعاوضة. وإن رجعت إلى مبادلة الفضولي منصفة إلى بنائه على تملك البديل، فهي - وإن أفادت دخول البديل في ملكه - إلا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه الفضولي من التملك وإمضائه له، غير أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة بالنسبة إلى البناء، بأن يوجب الملكية على أثر الإجازة اللاحقة.

التحقيق في المقام

أقول: هنا أمور:

الأول: الملكية أمر اعتباري وليست من الأعراض وإلا لوقع التفاوت في معروضها، وكل عاقد فإنما يبرز اعتباره النفساني، ولا يعقل أن يبرز اعتبار غيره، غير أنه قد يكون اعتباراً من العقلاء والشارع على طبق اعتبار العاقد وقد لا يكون، فلو باع مال الغير تحقق منه الاعتبار، لكن العقلاء لا يعتبرون الملكية بعقده، والشارع كذلك لا يعتبر، ولو باع مال غيره بيعاً غررياً، كان للعقلاء أيضاً اعتبار، ولكن الشارع لا يعتبر الملكية بالبيع الغرري.

وقد ذكرنا هذا المطلب مراراً.

الثاني: إن كان البيع معاوضةً من الجانبين، كما عليه الشيخ، أو كما عليه الميرزا الاستاذ رحمه الله، كان قوله: «اشترى بمالي لنفسك طعاماً» باطلاً، لعدم دخول الطعام إلى المحل الذي خرج منه المال، وكذا: «بع طعامي لنفسك»،

لعدم دخول الدراهم في المكان الذي منه الطعام.

وإن كان البيع هو التملك بعوض، أعم من قيام المبيع مقام الثمن وعدم قيامه، صحّ الإنشاء في المثال الأول دون الثاني.

وإن كان البيع عبارة عن التملك بإزاء شيء، أو: التملك بالعوض، كما عليه المحقق الخراساني^(١) وشيخنا الاستاذ، إذ كان يقول: إعطاء الشيء لا مجاناً^(٢) - وإن خالفته في التعبير بالإعطاء - والسيد إذ يقول: إنه تملك عين بعوض^(٣)، ومرادنا إنها عبارة عن مجرد اعتبار كون هذا في مقابل ذاك، من دون نظر إلى من ينتقل إليه أو عنه، فلا يُعتبر دخول أحد العوضين في محل الآخر مطلقاً، وقد ذكرنا سابقاً الأمثلة وهي كثيرة.

الثالث: إن النسبة مدلول الهيئة، فهي خارجة عن مفهوم المادّة واردة عليها، وما يكون من عوارض المادّة يعرض عليها ولا يختلف باختلاف النسب والهيئات، لأنها خارجة كما تقدّم عن مفهوم المعروف أعني المادّة. إذا عرفت هذه الامور فنقول:

إن قال الفضولي لمالك الدراهم: «بعثك هذا الثوب بدراهمك» كان إسناد البيع إلى نفسه بقاء المتكلّم، وإلى طرفه بكاف الخطاب، صحيحاً، وكذا إسناد القبول إلى المشتري بقوله قبلت أو تملك. وعلى الجملة، فإنّ المفهوم اللغوي للبيع في الإنشاء المذكور متحقّق، غير أنّ ترتّب الأثر عليه

(١) الحاشية على المكاسب: ٣.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١١٨/٢.

(٣) حاشية المكاسب ٢٩٨/١.

في نظر الشارع يتوقف على إجازة المالك الحقيقي للمبيع، فلو لحقته الإجازة صحَّ البيع للفضولي - على القول بأن البيع هو التملك لا مجاناً كما هو المختار - ودخل الثمن في ملكه، ويشهد به صحيحة محمد بن قيس. فإن أجاز المالك الأصلي البيع قاصداً وقوعه لنفسه لا للفضولي، أثرت الإجازة في أصل البيع، ولغى إسناد الفضولي إياه لنفسه بتاء المتكلم، لما ذكرنا من خروج النسبة عن حقيقة البيع. هذا إذا كان الفضولي بائعاً.

وأما لو كان مشترياً لنفسه بدراهم الغير، من غير فرق بين قبلت وتملكت كما تقدم، فإن أجاز المالك الأصلي الشراء للفضولي، أثرت إجازته وترتب الأثر، وإن أجازته لنفسه لغا إسناد طرف الفضولي إليه بكاف الخطاب، لما تقدّم كذلك.

الإشكال بما لو علم المشتري بالحال
قال الشيخ:

ثم إن مما ذكرنا... يظهر اندفاع إشكال آخر في صحة البيع لنفسه مختصراً بصورة علم المشتري، وهو... أقول:

قد أجاب الشيخ عن الإشكال السابق: بأن الغاصب إنما يبيع من حيث كونه هو المالك، وهذه الحيثية تقييدية، وحينئذٍ، فالموضوع نفس الحيثية والأثر مترتب عليها، ولا فرق بين أن تكون واقعية أو اعتقادية أو ادعائية. فالبايع يبيع من حيث كونه مالكا في جميع هذه التقادير، ومن ذلك بيع

الغاصب.

يقول الشيخ: مما ذكرنا هناك يظهر اندفاع إشكال آخر مختص بصورة علم المشتري بكون البائع غاصباً، وحاصل الإشكال هو: إنه إذا كان عالماً بذلك لا يكون قبوله للبيع عن قصد حقيقي، ولا يدفع الثمن بعنوان المعاوضة، بل يدفعه للغاصب ليكون ملكاً له. فإذا كان الثمن ملكاً للفضولي بتمليك من المشتري الأصيل من دون قصد لوقوع المعاوضة والمبادلة بين المالكين، كان بيع الفضولي لنفسه باطلاً في هذه الصورة.

ويكشف عن عدم تحقق حقيقة البيع في هذه الصورة، حكم الفقهاء بأنه لو رد المالك الحقيقي البيع، لم يكن للمشتري الرجوع إلى البائع الغاصب بالثمن، ولا موضوع لإجازة المالك، ولو فرض صدور الإجازة لذلك لاحقاً، كانت إجازته إنفاذاً لبيع بلا ثمن، وهذا ليس بعقد. والحاصل: أنه في هذه الصورة لا تتحقق المعاوضة الحقيقية، والكاشف عن عدم تحققها حكم الأصحاب بما ذكرناه، فالبيع باطل. وقد ظهر بتقريبنا لمراد الشيخ أن ما ذكره بعض الأكابر^(١) في تعليقه، توهّم.

ووجه الاندفاع هو: إن الغاصب إنما يبيع بعنوان أنه المالك، والمشتري إنما يقبل ويسلّطه على الثمن بنفس العنوان، فالحيثية تقيديّة، فيندفع الإشكال. الواقع في هذه الصورة من جهة الاختلال من ناحية القبول - بالبيان

(١) حاشية كتاب المكاسب للمحقق الخراساني: ٣٢ حجرية.

المذكور الذي اندفع به الإشكال من جهة الخلل في ناحية الإيجاب.

توجهه بناء على النقل

ثم إنَّ الشيخ تصدَّى لتوجيه حكم الفقهاء بأنَّ المالك لو ردَّ، فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن، فقال:

هذا الإشكال - بناءً على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردِّ المالك وبقائه، وبعد تسليم أنَّ الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقدير ردِّ والإجازة لا التسليط المراعى بعدم إجازة البيع - إنما يتوجَّه على القول بالنقل... وأما على القول بالكشف فلا يتوجَّه إشكال أصلاً... فذكر وجوهاً:

الأوَّل: عدم تسليم أنَّ ما نقل عنهم هو قول جميعهم.

وهذا حق، فإنَّ جدِّي المرحوم الشيخ المامقاني رحمه الله قد ذكر الأقوال في المسألة بالتفصيل، فعن جماعة: له استرجاع الثمن مع بقاءه وآلاً بدله، وعن آخرين: ليس له الاسترجاع مطلقاً، منهم العلامة والشهيد والمحقق الثانيان، ومنهم من فصل بين بقاءه فيسترجع وآلاً فليس له المطالبة بالبدل.

والثاني: عدم التسليم بأنَّ الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط أي: سواء ردَّ المالك الأصلي أو أجاز، فيحتمل أن يكون الوجه هو التسليط المراعى بعدم إجازة البيع، فلو أجاز المالك فقد تحقَّق العقد وكان الثمن له.

والثالث: إنه لو سلم ما تقدّم، فإنّما يتوجّه الإشكال على الفقهاء على القول بكون الإجازة ناقلة، حيث أن تسليط المشتري البائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة. وأمّا على القول بصحة عقد الفضولي بشرط تعقّبه بالإجازة من المالك فلا إشكال، لأن الثمن الذي سلّمه المشتري البائع هو في الواقع للمالك الأصلي، فإذا أجاز لزم رجوعه إليه.

التحقيق في المقام

فأقول:

قد ذكرنا سابقاً أن لا دخل لكون البيع لنفسه أو لمالكة أو عن موكله وغير ذلك، في حقيقة البيع، وهو - كما تقدّم - التملك بعوض، أي: لا مجاناً. هذا أولاً.

وثانياً: عندما يكون البائع والمشتري عالين بكون المبيع مغصوباً، فأَيّ موقع للحيثية التقيديّة؟ وأي أثر لجعل نفسه مالكا؟

ثم إنّه - في صورة علم المشتري بالغصب وتسليمه الثمن - لا يخلو الثمن عن أن يكون دراهم خارجيّة أو دراهم في الذمة فيسلّمه المصدق. فلو وقع البيع بالدراهم الخارجيّة وسلّمها المشتري، فإن ردّ المالك الأصلي البيع وكانت الدراهم باقية، كان له استرجاعها، وإن لم تكن باقية، فإن كان بالتلف السماوي، لم يكن للمشتري المطالبة، لأنه قد سلّط الفضولي العاقد باختياره، فلا تكون يده بيد ضمان، - ولعلّ هذه الصّورة هي مراد من يفتي

بعدم الرجوع إذا ردَّ المالك - وإن كان بفعلٍ من الغاصب، فهو ضامن، لقاعدة الإلتلاف.

وإن أجاز المالك الأصلي، فإن كانت الدراهم موجودة، جاز للمشتري أخذها، سواء على القول بالنقل أو الكشف، وإن كانت تالفةً عنده، فعلى الكشف يأخذ المشتري البديل، سواء كان التلف قهرياً أو بالعمد، لكونه ملكاً للمالك الأصلي. وعلى النقل، فالدراهم حين التلف لم تكن ملكاً للمالك وإنما يملك من حين الإجازة، وحينئذٍ له مطالبة المشتري بالبديل.

وأما إن كان الثمن كلياً وما دفعه المشتري مصداقاً، فإن ردَّ، فكما تقدّم في الدراهم الخارجيّة. وإن أجاز، وقد تلف المصداق، فإن المصداق لم يكن ملكاً للمالك الأصلي، فله أن يطالب المشتري بالثمن.

قال الشيخ:

إن ما ذكره في الرياض^(١) من أن بيع الفضولي لنفسه باطل، ونسب إلى التذكرة نفي الخلاف فيه. في غير محلّه. إلا أن يريد ما ذكرناه. أقول:

إن مسألة بيع الفضولي لنفسه هي أن يبيع مال الغير ويأخذ الثمن لنفسه، والذي ادعى العلامة عدم الخلاف في بطلانه هو: ما إذا باع مال الغير فضولياً ثم اشترى ما باعه وأجاز المعاملة التي أوقعها. فما في الرياض سهو من قلمه الشريف.

بقي أَمْران

١. هل بين العين والدين فرق؟

٢. هل تجري مسألة الفضولي في المعاطاة؟

١ - عدم الفرق بين العين والدّين

قال الشيخ:

الأوّل: إنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي، بين كون مال الغير عيناً أو ديناً في ذمة الغير.
أقول:

إنّ الكلّي الطبيعي - بما هو - لا يقبل الوقوع في حيّز المعاملة، بأنّ يباع بشيء أو يشتري به شيء، إلّا إذا أضيف إلى الذمة، فإنّه يحصل له التعيّن ويصحّ أن يكون ثمناً أو مثمناً.

والتعيّن لما في الذمة يكون بالقصد النفساني، والألفاظ مبرزة للقصد ودالة عليه.

والملكيّة لا تحصل بدون السبب الإنشائي، إذ لا أثر لمجرّد القصد.
فإنّ كانت معاملة الفضولي بالعين الخارجيّة، كأن قال: بعثك هذا المتاع بهذه الدراهم، أمكن للمالك الأصلي الردّ والإجازة كما هو واضح. أمّا لو كان أحد العوضين كلياً، لزم أن يضيفه إلى الذمة، فإن كانت في عالم اللفظ، كأن يقول بعثك هذا المتاع بدراهم في ذمة زيد، فنعمّا هو، وإلّا ففي القصد.

وإذا كان فضولياً عن الغير بشيء في الذمة، فلا فرق بين أن يسند البيع إلى طرفه، كأن يقول: بعث هذا المتاع لك بدراهم، فيكون كلّي الدراهم في ذمته، أو يسند الكلّي إليه، كأن يقول: بعث هذا المتاع بدراهم في ذمتك. لأن إسناد البيع إلى شخص وكون الكلّي في ذمة ذلك الشخص متلازمان.

ولولم يضاف في عالم اللفظ، ولم يقل بعث متاع زيد، ولم يقل بدراهم في ذمة زيد، لكنّه كان قاصداً لبيع متاع الغير فضولة أو شراء شيء له كذلك، وتعيّن الكلّي في عالم القصد النفساني، فطالبه الطرف المقابل بالمتاع أو الدراهم، فاعتذر بكونه فضولياً وأنه قد قصد الغير فلم يصدّقه، فما هو الحكم؟ لا يخفى أن ظاهر الحال كون العقد لنفسه، وقصده الغير وإن كان لا يعلم إلا من قبله، دعوى على خلاف الظاهر، فعليه الإثبات، وحيث لا موقع للبيّنة، رجع الأمر إلى يمين الطرف الآخر على عدم علمه بكونه فضولياً، فإذا حلف أخذ الدراهم، - ولكن لا يجوز للفضولي التصرف في المتاع حينئذٍ، إذ المفروض ردّ المالك الأصلي والفضولي يعلم ويعترف بعدم ملكيته له - لوقوع العقد له ظاهراً كما عن جماعة، بل عن آخرين: وقوعه له واقعاً، كالمحقق في الشرائع إذ يقول: «إذا اشترى العامل من ينعق على ربّ المال، فإن كان بإذنه صحّ... وإن كان بغير إذنه وكان الشراء بعين المال بطل، وإن كان في الذمة وقع الشراء للعامل»^(١)، لكن مقتضى القاعدة هو الوقوع له ظاهراً، لظاهر الحال، فإنه محكم، إلا أن تقوم القرينة على عدم كون المعاملة له.

قال الشيخ:

وحيث عرفت أن قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلّي إلى ذمّة ذلك الغير، كما أن إضافة الكلّي إليه يوجب صرف البيع أو الشراء إليه وإن لم يقصده أو لم يصفه إليه، ظهر من ذلك التنافي...

أقول:

قد ذكرنا أن كلّ من يسند إليه البيع يكون الكلّي في ذمّته، وكلّ من يضاف إليه الكلّي تكون المعاملة له، فبينهما تلازم. وعليه: فلا يصحّ إضافة البيع إلى غيره وإضافة الكلّي إلى نفسه أو قصده من غير إضافة، كما لا يصحّ العكس، لوجود التنافي بين الإضافة إلى الغير والإضافة إلى النفس.

لو جمع بين نفسه وذمّة الغير

قال:

فلو جمع بين المتنافيين، بأن قال: «اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمّتي». أو: «اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمّة فلان» ففي الأوّل، يحتمل البطلان... ويحتمل إلغاء أحد القيدتين وتصحيح المعاملة...

أقول:

وجه البطلان في الأوّل، هو عدم تحقّق المعاوضة، لأنّ المعاوضة الحقيقية عند الشيخ قيام كلّ من العوضين مقام الآخر في الملكية، وهذا غير حاصل. واحتمل الصّحّة بإلغاء أحد القيدتين من «لفلان» فتصحّ المعاملة

لنفسه، و«في ذمتي» فتصحّ المعاملة للغير. فأشكل السيّد: بأنّ الظاهر قصده لمعنى القيدين جدّاً، ولما كان قصد المتنافيين محالاً، فالوجه هو البطلان لذلك^(١).

وأما على المختار في حقيقة البيع من أنه التملك بعوض، كما في شراء العبد في زمن الشدّة من الزكاة ونحو ذلك ممّا ذكرنا سابقاً، فالمعاملة صحيحة وواقعة للغير، وعليه دفع الدراهم.

وقال الميرزا الاستاذ: إنّ قوله «في ذمتي» أي أنا ضامن للدراهم^(٢) فيقع للغير بعد إجازته، وهو ضامن لولم يؤدّ.

ويمكن تصحيح المعاملة - بناءً على ما ذكره الشيخ سابقاً من الحيثيّة التقيديّة - فيقال: بأنّه لما يقول «اشتريت هذا لفلان بدراهم في ذمتي» يبني على أن يكون فلان مالكاً لما في الذمّة، ولكنّه في نفس الأمر هو المالك لما في ذمته، فالمعاملة واقعة له لا لفلان.

لكنّ وجه الصحّة هو ما تقدّم على المختار في حقيقة البيع.

بقي شرح قوله:

فكما أنّ تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الكلّي بإضافته إلى ذمّة شخص خاصّ. وما الوجه في الإغناء؟

إن ذلك من جهة الملازمة، وهي إمّا بين العلة والمعلول أو بين

(١) حاشية المكاسب ٢ / ١٥٩.

(٢) منية الطالب ١ / ٢٣٠ - ٢٣١.

المعلولين لثالث. والظاهر إن المراد - بناءً على ما ذهب إليه الشيخ في حقيقة البيع - هو أنه إذا باع أو اشترى، فقد قصد المعاوضة، وقصدها يلزم أن ينتقل ما في الذمة إلى حيث خرج منه العوض، ومن هنا كان أحد المتلازمين يغني عن الآخر.

وأما على المختار في حقيقة البيع، فلا ملازمة في البين، ولذا لا يوجد الإغناء بل لابد من القصد. نعم، إذا لم يعين الذمة في مقام الإثبات، فظاهر الحال أنه ذمة نفسه والبيع له لا للغير.

قال:

وفي الثاني يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته... ويحتمل الصحة بإلغاء قيد ذمة الغير...

أقول:

لم يحتمل البطلان هنا، بل ذكر وجهين للصحة، بأن يكون الشراء للمالك بوجه وللفضولي نفسه بآخر. أما الأول، فبجعل الكلّي بمثابة العين الخارجية للغير، فيكون شراءً فضولياً للغير، فإذا أجاز وقع له بعد البناء على تملكه في ذمة الغير اعتقاداً. وأما الثاني، فبالغاء قيد ذمة الغير، بقريته قوله: «لنفسى» الظاهر في كون الشراء لنفسه.

لكن الذي قرره الشيخ وتلامذته في محله هو: إناطة انعقاد ظهور الكلام الواحد بتماميته، فما لم يتم الكلام لم ينعقد له الظهور، وإذا تم انعقد ظهوره بلا دخل فيه لتقدم وتأخر الكلمات. فقوله أولاً: «اشتريت هذا لنفسى» لا يصلح لأن يكون قرينةً توجب إلغاء قيد ذمة الغير.

بل إنه قصد أمرين: أحدهما «لنفسى» والآخر «في ذمة فلان»، فعلى مبنى الشيخ: إن كان مدعياً لملكية ما في ذمة الغير، يكون قاصداً للمعاوضة، فيتوقف على إجازة الغير، وإن لم يكن مدعياً لذلك، فلا مناص من القول بالبطلان، لأن المتنافيين لا يجتمعان، والكلام الواحد ليس له إلا ظهور واحد، ولا يعقل دلالة الظهور على ثبوت كلا المتنافيين.

وأما على مبنى المختار، فالصحة بلا كلام، فإذا أجاز الغير وقع الشراء للفضولي لا للغير.

حول كلام العلامة

قال الشيخ:

ثم إنه قال في التذكرة...

أقول:

هذا نص عبارة العلامة في التذكرة: لو اشترى فضولياً، فإن كان بعين مال الغير، فالخلاف في البطلان والوقف على الإجازة... وإن كان في الذمة لغيره وأطلق اللفظ، قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صح ولزمه أداء الثمن، وإن ردّ نفذ عن المباشر... وإنما يصحّ الشراء لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، وإنما وقف على الإجازة، لأنه عقد الشراء له، فإن أجاز له لزمه وإن ردّ لم يضره من اشتراؤه، ولا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا...^(١).

ومحلّ الكلام ما لو اشترى شيئاً للغير والتمن في الذمة وأطلق اللفظ، أي لفظ الذمة، فلم يصفها إلى نفسه أو غيره، يقول العلامة: فإن أجاز الغير صحّ ولزمه أداء الثمن، وإن ردّ نفذ الشراء عن الفضولي المباشر له، والحاصل أن الشراء صحيح على التقديرين. أمّا وجه الصحة، فلأن الفضولي قد تصرف في ذمة نفسه لا في مال غيره، وأمّا وجه التوقف على الإجازة، فلأن المفروض شراؤه للغير، فإن أجاز له ولمه وأسند إليه، فكان المشتري له وعليه الثمن، وإن ردّه لزم الفضولي وعليه الثمن والمشتري له.

والمهمّ هو صحة الشراء واقعاً في صورة ردّ الغير ووقوعه للفضولي، فقد أشكل عليه بقوله:

وظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الردّ للمشتري واقعاً... لكن... تطبيق هذا على القواعد مشكل... والأوفق بالقواعد إمّا البطلان لو عمل بالنية... وإمّا صحّته ووقوعه لنفسه لو ألغى النية...

توضيحه:

هل إنّ الفضولي لما اشترى المتاع بالدرهم في ذمّته، قد جعل الدرهم في ذمّته بالأصالة أو بما أنه نائب عن الغير فضولاً؟ إن كان بالأصالة، فلا مجال للإجازة أصلاً، لأنه إن كان يقصد الشراء للغير بدرهم نفسه، فهذا باطل، لعدم حصول المعاوضة الحقيقية، وإن ألغى قيد الشراء للغير، وقع الشراء لنفسه ولا ربط للغير به حتى يحتاج إلى إجازته.

وإن كان بجعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، فقد أشكل بقوله:

ففيه - مع الإشكال في صحة هذا لو لم يرجع إلى الشراء في ذمة الغير: أن

الآلزام من هذا أن الغير إذا ردّ هذه المعاملة وهذه النيابة أن تقع فاسدة من أصلها، لا أنها تقع للمباشر.

وتوضيحه:

إن هنا إشكاليين:

أحدهما: إنه وإن كان ظاهر كلمة العلامة «لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره» جعل الدراهم في ذمة نفسه، لكنّ هذا لما كان باطلاً - لأنه ينافي حقيقة المعاوضة - فلا بدّ من إرجاعه إلى الشراء للغير في ذمة الغير.

والثاني: أن الآلزام من هذا، أن الغير إذا ردّ هذه المعاملة وهذه النيابة أن تقع فاسدة من أصلها، فلا تقع للمباشر الفضولي لكونه نائباً، ولا للغير لأنه ردّ المعاملة.

ما أفاده الميرزا

أقول:

وللميرزا الاستاذ قدس سرّه هنا مطلب، وقد خفي على كثير من حضّار مجلس بحثه، نتعرّض له بعد ذكر مقدّمة، وهي:

إن من أنواع البيع: بيع المرابحة، وبيع المواضعة، وبيع التولية.

فبيع المرابحة هو: أن يخبر البائع المشتري عن سعر شراء الشيء ثم يتفقاً على ربح معين.

وبيع المواضعة هو: أن يخبر المشتري عن سعر الشراء وينقص منه مقدّاراً.

وبيع التولية هو: أن يفوض أمر الشيء إلى الغير ويقبل بالسعر الذي اشتراه لنفسه، بأن يقول له: وليتك المبيع بما اشتريته.
قال الميرزا:^(١) إن شراء الفضولي للغير بدراهم في ذمته، يشبه بيع التولية.

وانما قال «يشبه» لأن بيع التولية في طول شراء الإنسان لنفسه، فلو أريد تحقّقه بإنشاء الشراء، لزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى، وذلك لو كان جائزاً في المعنيين في عرض واحد، ففي المعنيين المترتبين - كما نحن فيه - غير معقول، فشراء الفضولي للغير بدراهم في ذمته ليس ببيع التولية، ولا هو شراء متضمّن لبيع التولية - كما توهم - وانما يشبهه، بمعنى أنه يشتري المتاع لنفسه على أن يكون للغير على تقدير إجازته، فإن أجاز الغير المعاملة، فقد قبل بالشرط ويكون المتاع له وعليه دفع الثمن، وإن رذّها، كانت للفضولي المباشر لها.

قال الميرزا: وهذا هو مراد العلامة رحمه الله، وهو صحيح واقعاً لا ظاهراً.

ثم إن السيد حاول تطبيق كلام العلامة على القواعد فقال:

الظاهر أن مراده جعل الثمن كلياً في الذمة، من غير التفات إلى كونه في ذمة نفسه أو غيره، إلا أنه قصد كون الشراء للغير من غير أن يذكره في اللفظ، وعلى هذا، فيكون قوله «للغير» خبراً بعد خبر. وأما احتمال كون مراده جعله في ذمة نفسه، فهو منافٍ لما حكم به من الصحة للغير إن أجاز، وكون الأداء

(١) انظر: منية الطالب ١ / ٢٣١ - ٢٣٢ وفيه «من قبيل» بدل «يشبه».

واجباً على ذلك الغير؛ لأنَّ لازم ذلك إما البطلان أو الصحة مع كون الثمن على المباشر إن قلنا بصحة الشراء للغير بمال نفسه، كما أنَّ احتمال كون المراد جعله في ذمَّة ذلك الغير، بأنَّ يكون قوله «ل للغير» قيداً لذمَّته لاخبراً بعد خبر، منافٍ لما ذكره بقوله «لأنَّه تصرف في ذمته، لا في مال غيره»، إذ مراده أنَّه تصرف في ذمَّة نفسه، لا في ذمَّة غيره كما هو واضح.

والحاصل: أنَّ الظاهر من مجموع العبارة ما ذكرنا، من أنَّ المراد الشراء في الذمَّة، بمعنى عدم كون الثمن عيناً خارجياً من غير تعيين لذمَّة النفس أو الغير، ومن غير التفات إلى ذلك، لكن مع قصد كون الشراء للغير، وحينئذٍ، فيمكن تطبيقه على القاعدة أيضاً، بدعوى أنَّ مقتضى شراء شيء في الذمَّة كون المباشر ملزماً به، والحكم بكونه في ذمته لا من جهة الانصراف، بل من باب الحكم العرفي بذلك، وإنَّ أغمض عن الانصراف أيضاً، إلا إذا عيَّن كونه في ذمَّة الغير، فحينئذٍ ينصرف إلى ذلك الغير، أو قصد كون الشراء لذلك الغير، فحينئذٍ يجوز له أن يَمْضيه، ويكون الثمن في ذمته، ومع عدم إمضائه فالحكم العرفي إلزام المباشر.^(١)

وحكى الشيخ الجدَّ عن بعض معاصريه وجهاً لا بأس به، قال:

قال بعض المعاصرين: وقد يدفع بأنَّ المراد أنَّ الشراء قد وقع بكلي قابلٍ لأنَّ يكون في ذمَّة المشتري أو في ذمَّة المعقود له، فإنَّ أجازة المعقود له كان في ذمته وإلا ففي ذمَّة المشتري، لأنَّ مقصود البائع هو العنوان الشامل هماماً، وأنَّ المبيع قد خرج عن ملكه بالثمن المزبور على كلِّ حال،

والمشتري قد أقدم على ذلك أيضاً، ولذا أطلق اللفظ ولم يقيد بأنه للغير، وإنما كان ذلك من قصده الذي لم يثبت كونه من الشخصات للعقد، وحينئذٍ فلولاً لإجماع عليه لم يكن بأس بالتزام صحته لاندرجاه في العمومات، وإنكار شمولها له مع تسليم شمولها للفضولي وغيره ممّا لا ينبغي الالتفات إليه.

ودعوى أنه لا معنى لخروج المبيع عن ملك مالكة وتردّه بين الفضولي ومن وقع له العقد، إذ لو صحّ وقوعه للفضولي لم يحتج إلى إجازة، ووقع له. كالاتجاه في مقابلة النص والإجماع، مع منع بطلان التالي، إذ المحتاج إلى الإجازة إنما هو وقوعه لغيره لاله.

ثم قال: ولو باع كلياً في ذمة الغير أو مردّداً بين الذمتين على الوجه المزبور، فالظاهر أنه كالشراء به، مع جمعه لباقي الشرائط من القبض في المجلس وغيره. ولعلّه لبعد ذلك لم يتعرّض له الفاضل وغيره والأمر سهل.^(١)

أقول:

صحيح أن قصد من له العقد - أعم من النفس والغير - ليس من الشخصات، إلا أن الإشكال هو أن العقود تابعة للقصد، فإذا أنشأ الشراء أو قبله للغير وردّ الغير المعاملة، يكون ثبوت الشراء لنفسه - قهراً عليه - من صغريات ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد. والعلم عند الله.

٢ - هل تجري مسألة الفضولي في المعاطاة؟

قال الشيخ:

الثاني: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي، بين البيع العقدي والمعاطاة بناءً على إفادتها للملك...

أقول:

حقيقة المعاطاة الإعطاء والأخذ، فإعطاء المالك إيجاب وأخذ المشتري قبول، ودفعه الثمن أداء لما في الذمة. وفيها أقوال: أحدها: إنها تفيد الملك، إذ التملك اعتبار نفساني، فبالإعطاء يظهر هذا الاعتبار - كما يظهر باللفظ في البيع العقدي - وتكون المعاطاة مفيدة للملكية من الأول.

والثاني: إنها تفيد الملكية اقتضاءً وبالتصرف أو التلف تصير فعلية.

والثالث: إنها تفيد الإباحة.

فبناءً على القولين الأولين، تجري مسألة الفضولي، إن كان دليل صحة المعاطاة وإفادتها للملك هو النص، وأما إن كان السيرة، فالقدر المتيقن كونها من المالك نفسه.

والدليل على الجريان: ما أشرنا إليه من أن الإعطاء والأخذ يقومان مقام الإنشاء اللفظي، فالإعطاء إيجاب والأخذ من المشتري قبول، فلو وقع كلاهما أو أحدهما في مال الغير فأجازه المالك، ترتب عليه الأثر.

الجواب عن الإشكال في الجريان بناءً على الملك

قال الشيخ:

وتوهم الإشكال فيه من حيث أن الإقباض الذي يحصل به التملك محرم،
لكونه تصرفاً في مال الغير فلا يترتب عليه أثر. في غير محله...
والجواب عن ذلك وجوه:

أحدها: إنه قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولي
لغيره في الذمة.

والثاني: إنه قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك، بناءً على ظاهر كلام
المشهور - وإن خالف الشيخ - من أن العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن
كونها فضوليّة.

والثالث: إنه قد يكون المالك راضياً بالإقباض و غير راضٍ بالتمليك،
فلا يكون تصرفه في ملك الغير محرماً.

والرابع: إن النهي في المعاملة لا يدلّ على الفساد. وقد أوضحنا ذلك
سابقاً، وملخصه:

إنه قد تقع المعاملة بعنوانها في حيز النهي مثل: لا تبع غريباً، فالنهي
يدلّ على الفساد بلا كلام، وقد تكون الحرمة من حيث انطباق أمر كلي أو من
جهة الملازمة مع ترك الواجب، مثل نهى الوالد عن البيع، والنهي عن البيع في
وقت النداء. فالنهي لا يدلّ على الفساد. وما نحن فيه من قبيل انطباق كلي
عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، فلا يكون البيع فاسداً.

والخامس: إنه لو دلّ النهي على الفساد، لدلّ على عدم ترتب الأثر

المقصود وهو استقلال الإقباض في السببية، فلا ينافي كونه جزء سبب. وبيان ذلك: إن الإعطاء مضافاً إلى البائع من حيث صدوره منه، ومضاف إلى المشتري من حيث أخذه للشيء، والذي تعلّق به النهي هو التصرف من حيث الإسناد والإضافة إلى البائع، لا من حيث وصول الشيء إلى الغير. وبعبارة أخرى: هذه الحرمة والفساد تتعلّق بالحيثية الصدورية، لا من حيث كونه مجازاً من المالك.

وأشكل الميرزا الاستاذ في جريان الفضولي في المعاطاة: بأن البيع عبارة عن تبادل طرفي الإضافتين، مع حفظ الإضافة للطرفين، فإن كان البيع عقدياً صادراً من المالكين، فلا إشكال، إذ البائع يبدّل طرفي الإضافة والمشتري يقبل ذلك، وإن كان صادراً من الفضولي، فإن المالك الأصلي - لكون زمام الأمر بيده - إذا أجاز أسندت المبادلة - المنشأة فضولياً - إليه. أما إن كان معاطاة، فإن كان من المالك الأصلي، فقد أوجد التبدل عملاً ولا إشكال فيه، وأما إن كان من الفضولي، فإن التبدل الحاصل بواسطته مكاني لا ملكي، وحيث أنه ليس ملكياً فلا تؤثر فيه الإجازة. [١]

[١] هذا محصل كلامه في الدورة الاولى. (١)

وهذا نص كلامه في الدورة الثانية قال:

وتوضيحه يتوقف على بيان امور:

الأول: إنه قد تقدم مراراً: أن البيع إمّا يراد بالمعنى المصدري، أعني المعاملة الخاصة من حيث صدورهما عن الفاعل، بحيث يكون جهة صدورهما ملحوظاً، وإمّا يراد منه معنى الاسم المصدري، وهو نفس تلك المعاملة بلا حيث إسنادها إلى الفاعل، بل من حيث هي هي.

الثاني: إن البيع القولي يتصور فيه المعنيان معاً دون الفعل. أمّا في القولي، فلأنّ آلة الإنشاء، أعني كلمة (بعت) المركبة من الهيئة والمادة الواردة هيئتها على مادّتها، يصحّ أن يُراد من البيع الوارد عليه الهيئة بالمعنى المصدري، كما يصحّ أن يراد منه المعنى الاسم المصدري، وذلك لوجود لفظ صالح لكللا المعنيين. وأمّا في الفعل، فلأنّه ليس في البين دالّ يمكن أن يُراد منه المعنى المصدري تارةً والاسم المصدري أخرى، بل ليس في البين إلّا فعل خارجي تكويني، وهو ذاك الفعل المعطائي الذي هو مصداق للبيع والتملك الصادر عن الفاعل والقائم به بالقيام الصدوري.

الثالث: الإجازة في البيع الفضولي القولي يمكن أن يتعلّق به في عالم التصوّر بالبيع بالمعنى المصدري، ويمكن أن يتعلّق بمعنى الاسم المصدري، ومعنى تعلّقه بالأول هو صيرورة البيع الصادر عن الفضولي من حيث صدوره عنه بيعاً للمجيز، ولازم تعلّقه بالثاني هو صيرورة نفس الصادر عن الفضول هو بيع المجيز، لكن المطابق بالوجدان هو تعلّق الإجازة بمعنى الاسم المصدري، وذلك لأنّ المعنى

وفيه:

إن البيع عبارة عن التبديل بعوض، وتبديل طرفي الإضافة من ملازمات البيع، والتبديل بعوض لا فرق فيه بين العقد والفعل.

ما يستدل به للجريان

هذا. وقد استدل الشيخ لجريان الفضولي في المعاطاة بعموم «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ».

والوجه في ذلك: إنَّ المعاطاة - كما ذكرنا - بيع فتشمله الآية، غير أنَّ بيع الفضولي لا يترتب عليه الأثر - بالأدلة الأربعة - إلا برضا المالك، وهو يحصل بالإجازة اللاحقة.

قال:

ويؤيده رواية عروة البارقي...

أقول: الوجه في استظهار وقوع معاملته بالمعاطاة ليس إلا الغلبة وهي أوَّل الكلام، ولا يتوهم ظهور «بارك الله لك في صفقه يمينك» في ذلك، لأن هذا الدعاء من النبي صَلَّى الله عليه وآله إشارة إلى أصل المعاملة.

المصدرى فعلٌ تكويني وله إضافة إلى الفاعل المباشر تكويناً، وهذا غير قابل لأن يرتبط إلى المجيز بسبب الإجازة... فعلى هذا، فطبع الإجازة المؤثرة يقتضي تعلّقها بمعنى الاسم المصدرى.^(١)

واستدل السيد رحمه الله^(١) بترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس على جريان الفضولي في المعاطاة.

أقول: إذا تمّ هذا في الصحيحة، أمكن إجراؤه في رواية عروة أيضاً.
قال الشيخ:

وربما يستدلّ على ذلك: بأن المعاطاة منوطة بالتراضي وقصد الإباحة أو التملك، وهما من وظائف المالك، ولا يتصور صدورهما من غيره... وفيه...
أقول:

هذا الاستدلال من صاحب المقابس^(٢)، وحاصله: إن التراضي الذي هو مناط المعاطاة لا يتمشى إلا من المالك. واستشهد بكلام الشهيد الثاني بأن قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك. قال: والمعاطاة مشروطة أيضاً بالقبض والإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقروناً للأمرين، ولا أثر له إلا إذا صدر من المالك أو بإذنه.

وأجاب الشيخ بما حاصله: إن المدلول قصد التملك، وهذا يتمشى من الفضولي، وأما اعتبار مقارنة الرضا من المالك للقصد المذكور، فلا دليل عليه. نعم، لو كان قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ظاهراً في اعتبار نشوء العقد عن التراضي، لكان لما ذكر وجهه، لكننا قد ذكرنا سابقاً أن الآية لا تدلّ على أكثر من اعتبار الرضا، على أنه لو اعتبر ذلك لكان معتبراً في العقد

(١) حاشية المكاسب ١٦١ / ٢.

(٢) مقابس الأنوار: ١٣٨.

القولِي أيضاً، لكنَّ أحداً لا يقول به، ففي المعاطاة كذلك، لأن بيع الفضولي عقد عملي.

قال: إلّا أن يُقال: إن مقتضى الدليل المقارنة، خرج عنه بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول. لكنك قد عرفت أنَّ عقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة.

ثم قال ما حاصله: نعم، لو قلنا: بأن المعاطاة ليست معاملة ولا أثر لها، وإنما جاز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة على أثر رضا المالك بملكيّة كلٍّ من الطرفين لمال صاحبه مطلقاً أو مع وصول المالكين أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوع المعاطاة من الفضولي، ولم يبق موضوع لإجازة المالك. نعم، الواقع منه إيصال المال، والمفروض أنه لا مدخل له في المعاملة، فإذا رضي المالك بملكيّة من وصل إليه المال تحقّقت المعاطاة من حيث الرضا، ولم يكن إجازة لمعاطاة سابقة.

قال: لكنَّ الإنصاف أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة، وإنما قصدتهم إلى العقد الفعلي. هذا كلّه على القول بإفادة المعاطاة الملك.

هل يجري بناءً على الإباحة؟

قال الشيخ:

وأما على القول بالإباحة...

أي: إنه بناءً على القول بإفادة المعاطاة الإباحة وإن قصد المالك المملكيّة - وهو المشهور - يمكن القول ببطلان الفضولي، لأن إفادة المعاملة - المقصود بها

الملك - للإباحة خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين، وهو القدر المتيقن مما دلّ على الإباحة، كالسيرة العقلانية.

مع أنّ حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن، والآثار الأخر - مثل بيع المال على القول بجواز التصرف الموقوف على الملك - إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية لا ترتب أبداً، فإذا أجاز المالك حدثت الإباحة من حين الإجازة.

قال: أللهم إلا أن يقال بكفاية وقوع الإجازة مع الإباحة الواقعية إذا كشف عنها الإجازة. فافهم.
أقول:

إنه على القول بإفادة المعاطاة للإباحة وأنها إباحة مالكية - بمعنى أن إعطاء المالك ماله للطرف المقابل رضاً منه بالتصرف فيه، لأن التسليط عليه مع العلم بعدم إمضاء الشارع التملك كاشف عن ذلك - يكون جريان الفضولي في المعاطاة على القاعدة. نعم، لا يجوز للأخذ بالمعاطاة شيء من التصرفات المتوقفة على الملك، لأن المفروض عدم إباحتها. فقوله: أللهم إلا أن يقال... في غير محله، للقطع بعدم ذلك.

وعلى الجملة، فإن كلام الشيخ ينحلّ إلى ثلاثة مطالب:
أحدها: إمكان القول بالبطلان، لأن الإباحة خلاف القاعدة. وهذا غير صحيح.

والثاني: عدم ترتب الآثار المتوقفة على الملك. وهذا صحيح.

والثالث: قوله: إلا أن يقال... وهذا غير صحيح.

وإن كان المراد من الإباحة هي الإباحة الشرعية، بمعنى أنَّ المالك وإن أعطى ماله بقصد التملك، إلّا أن الشارع حكم بإفادته للإباحة، فهذا على خلاف القاعدة، فيصحَّ المطلب الأول، وكذا الثاني. وأمّا الثالث، فإنه إن قلنا بأنَّ الإباحة الشرعيّة هي بتبع الرضا الدالّ عليه الإعطاء بقصد التملك، تمّ ما أفاده المحقق الخراساني^(١) من أن الإجازة اللاحقة كاشفة عن أن الشارع قد حكم بالإباحة من أول الأمر، وإن قلنا بأن الإباحة الشرعيّة حكم شرعي في موضوع تعاطي المالكين، فلا كاشفيّة، لعدم الموضوع. ولعلّه إلى ما ذكرناه أشار بأمره بالفهم.

(١) الحاشية على المكاسب: ٣٣.

القول
في الإجازة

يقع الكلام في الإجازة:

في حكمها، وذلك أنها إمارة كاشفة عن حصول الملكية في زمان العقد أو أنها نافذة، مؤثرة في تحقق الملكية.

وفي شروطها، هل تعتبر فيها الفورية؟ هل هي مشروطة بعدم الرد؟ وهل يعتبر تعلّقها بتمام المبيع؟ هل يعتبر مطابقتها مع العقد في جميع الجهات أم لا؟

وفي المجيز، وأنه هل يعتبر فيه البلوغ والعقل وسائر الشرائط المعتبرة في العقد أو لا تعتبر؟ وعلى الأول، هل يعتبر وجود الشرائط حين العقد أو حين الإجازة؟

وفي المجاز، إذ يشترط أن يكون العقد واجداً لجميع شرائط الصحة إلا الرضا...

فههنا بحوث:

البحث الأول في حكم الإجازة

قال الشيخ:

أما حكمها: فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي... على قولين، فالأكثر على الأول...

هل الإجازة كاشفة أو ناقل؟

أقول:

قد ذكرنا أن الكشف هو أن تكشف الإجازة اللاحقة لعقد الفضولي عن تحقق الملكية للمشتري شرعاً من حين صدور العقد منه. وهذا ما يعبر عنه بالكشف الحقيقي، أو تكشف عن ترتب آثار الملكية له شرعاً من حين العقد. وهذا ما يعبر عنه بالكشف الحكمي.

وقد استدلل للكشف الحقيقي في جامع المقاصد^(١) والروضة^(٢) بعموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) بتقريب: إن «أوفوا» كناية عن اعتبار الشارع

(١) جامع المقاصد ٧٤/٤.

(٢) الروضة البهية ٢٢٩/٣.

(٣) سورة المائدة، الآية: ١.

الملكيّة بسبب العقد، وهو حكم لـ«العقود». فالموضوع التام هو العقد، فلو كان الرضا مؤثراً في حدوث الملكية، يلزم أن يكون الوفاء بالعقد مع شيء زائد، وهو خلاف ظاهر الآية.

الاحتمالات في الكشف

ولا يبعد أن يكون هذا أحد احتمالات صاحب الجواهر حيث يقول: إنه من قبيل الأوضاع الشرعية، بمعنى أن الشارع قد جعل نقل المال في الزمان السابق عند حصول الرضا في المستقبل^(١).

وتقريب كلامه: إن متعلق الرضا هو الملكية، وهي أمر اعتباري مقترن بعلته وشرطه في موطنه، فلا يعقل أن تكون العلية للرضا اللاحق.

والاحتمال الثاني للكشف الحقيقي: ما جاء في تقرير بحث المحقق الرشتي، قال: إن الإجازة وإن لم تكن كاشفة عن الرضا الفعلي في السابق، إلا أنها كاشفة عن الرضا التقديري ولو بعد الرد... ولعل هذا المقدار من الرضا نظير الإذن المستفاد من شاهد الحال، كاف في صحة العقد...^(٢)

والإحتمال الثالث: كما عن جماعة من أعظم القدماء والمتأخرين - هو: إن شرط تأثير العقد ليس الرضا الخارجي للمالك بل الأعم منه ومن صفة التعقب المقارن للعقد، فالإجازة المتأخرة تكشف عن تحقق التعقب في نفس الأمر الذي هو شرط التأثير.

(١) جواهر الكلام ٢٢/٢٨٦.

(٢) بغية الطالب في شرح المكاسب ١/٢٧٣.

وهو مختار شيخنا الأستاذ والميرزا الأستاذ.

والإحتمال الرابع - كما هو صريح جماعة بل نسب إلى المشهور - هو: أن الإجازة المتأخرة شرط متأخر، فالعقد الواقع قد أثر مشروطاً بحصول الإجازة المتأخرة، فإذا تحققت انكشف مؤثرته في حينه.

والإحتمال الخامس هو ما يعبر عنه بالكشف الانقلابي، قال في الجواهر: أن يكون الرضا المتأخر مؤثراً في نقل المال في السابق وإن امتنع عقلاً...

والإحتمال السادس ما عن الميرزا الشيرازي في تصوير الشرط المتأخر من أنه شرط بوجوده الدهري، فلا تأخر للشرط^(١)

وتوضيحه: إنه يعتبر في الرضا المقارنة، والرضا في المقارنات إما زمانياً وإما دهرى، لأن المتفرقات في دعاء الدهر مجتمعات، والتقدم والتأخر يكون في وعاء الزمان. فبالرضا المتأخر ينكشف اقتران العقد بالرضا حقيقة.

ويمكن التعبير عن مراده: بأن العقد الواقع في زمان متصل بزمان الإجازة مؤثر في الملكية.

والإحتمال السابع: ما عن شريف العلماء - كما حكاه الشيخ - من أن الإجازة اللاحقة تكشف عن أن الشارع قد تعبدنا بأن نرتب آثار الملكية

(١) انظر: المكاسب والبيع ٨٩/٢. وقد جاء فيه: أن الميرزا الشيرازي رحمه الله ما كان راضياً بنسبة هذا الوجه إليه.

جميعها أو ما يمكن منها من حين العقد.
والإحتمال الثامن: ما ذكره السيد، من أن الإجازة تكشف عن وجود
خصوصية في نفس الأمر مجهولة عندنا.
هذه هي الاحتمالات في الكشف.

أدلة القول بالكشف

الدليل الأول

قال الشيخ:

واستدلّ عليه كما عن جامع المقاصد والروضة: بأن...

أقول:

هذا هو الوجه الأول للقول بالكشف، وقد ذكرناه، وظاهره التناقض،
لأنه إذا كان تمام السبب، فلا يبقى شيء لأن يتبين بالإجازة، فلا بدّ من توجيه
كلامهم: بأن المراد لا يخلو عن أحد ثلاثة وجوه:

أحدها: أن يقال إنّ اللّام في «العقود» للعموم، فالآية تعمّ كلّ من صدر
عنه العقد، لكنّ عقد الفضولي غير المتعقّب بالإجازة خارج عن تحت العام
بالتخصيص، فيبقى تحته عقد المالك الأصلي وعقد الفضولي المتعقّب بها،
فلو عقد الفضولي عقداً ولا ندري هل سيتعقّب الإجازة أو لا، تكون الإجازة
اللاحقة كاشفةً عن كونه من الأفراد الباقية تحت العام.

ولكنّ هذا الوجه غير مجد، لما تقرّر في الاصول من أنه إذا ورد
المخصّص تقيّد الباقي تحت العام بنقيض الخاص، وآلا يلزم الإهمال وهو

مستحيل. وهنا: إذا خرج غير المتعقب بالإجازة فالباقى تحت العام هو العقد المقيّد بلحوق الإجازة، وعليه، فلو كان العقد الذي تقع بعده الإجازة في علم الله مؤثراً في الملكية شرعاً لكونه تمام السبب ولا دخل للإجازة اللاحقة فيها، كان المتاع بمجرد العقد وقبل الإجازة ملكاً للمشتري، وحينئذٍ، فإن كانت ملكية المالك الأصلي للمتاع باقية، يلزم اجتماع الملكيتين على المملوك الواحد وهو محال، وإن كانت زائلة، يلزم تحقق الملكية للمشتري بدون رضا المالك، وهو خلاف الضرورة، على أنه يلزم أن يكون المشتري مالكا للمتاع إذا علم بأن المالك الأصلي سيجيز البيع ولو بعد مدة.

وإن كان للإجازة اللاحقة دخل في تحقق الملكية للمشتري، لزم أن لا يكون العقد تمام السبب، وهذا خلف.

والثاني أن يقال: إنه بالإجازة اللاحقة ينكشف اقتران العقد برضا المالك.

وفيه: إنها دعوى بلا دليل، فقد لا يكون راضياً ثم يرضى فيجيز. والثالث أن يقال: لو باع الإنسان ملكاً له، لم يكن حيثية صدور العقد منه جزءاً للسبب المملك، ولكن مفاد آية الوفاء هو وجوب الوفاء بعقودكم، فالإسناد لازم.

وعليه، فلما لم يكن بيع الفضولي مصداقاً للآية، لعدم كون العقد مستنداً إلى المالك، فإنه يحتاج إلى الإجازة لتكون مصححة للإسناد، فالقول بأن العقد تمام السبب وبالإجازة يتبين تماميته، معناه: أن الإجازة تفيد إسناد العقد إلى المالك، ليصدق عنوان «عقودكم» حتى يجب الوفاء.

وفيه: إن لم يكن للإسناد إلى المالك مدخلية في تأثير العقد وإفادته الملكية، وأنه لا دخل له إلا في الحكم بوجوب الوفاء مثلاً، يلزم أن يجتمع في المتاع الملكيتان المتناقضتان أو ارتفاع ملكية المالك بلا سبب، وإن كان له المدخلية في تأثير العقد، فليس العقد سبباً تاماً للملكية، بل يحتاج إلى الإجازة المتأخرة.

وتحصل سقوط الدليل الأول من أدلة الكشف.

قال الشيخ:

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 كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟ أقول:

هذا التقرير موجود في شرح اللمعة^(١)، وهو واضح الإندفاع بما ذكره الشيخ.

هل الشروط الشرعية كالعقلية؟

قال الشيخ:

ودعوى أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية... مدفوعة: بأنه لا فرق... هذه الدعوى من صاحب الجواهر، وخلاصة كلامه هو^(٢): إن الشروط

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٢٢٩/٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٨٧/٢٢.

الشرعية تختلف في الأحكام عن الشروط العقلية، فالشرط العقلي لا يعقل تأخره ولا بدّ من مقارنته مع المشروط، وليس الشرعي كذلك، فقد يتقدّم المشروط على الشرط، كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة على قول، وكغسل العشاءين لصوم اليوم الماضي على قول، بل قد يتقدّم المعلول على العلة في الشرعيّات، مثلاً: عيد الفطر سبب لوجوب زكاة الفطرة، والحال أنه يجوز إخراجها في ليلة الفطر، ويوم الجمعة سبب لاستحباب غسل الجمعة، مع جوازه في يوم الجمعة إن كان معذوراً عنه فيه.

وعلى الجملة، فالعلل والشرائط الشرعية ليست كالعلل والشرائط العقلية، لأن المعلول في العقلية يترشح من العلة، فلولا تقدّمها لما كان الترشح، وكذلك الشرط، فإنه ما يقرب المعلول إلى علته، بمعنى أنّ به تمامية عليّة العلة أو تمامية قابلية المعلول، فلا يعقل تأثير العلة في المعلول لولا الشرط، فلا يعقل تأخره عن العلة. لكنّ هذه البراهين غير جارية في العلة الشرعية أو الشرط الشرعي.

أجاب الشيخ: بعدم الفرق، ودعوى الفرق كدعوى أن التناقض الشرعي بين الشيئين لا يمنع اجتماعهما، لأن النقص الشرعي غير العقلي.

قال: فجميع ما ورد ممّا يوهّم ذلك - كالموارد المذكورة من تقدّم المعلول أو المشروط - لا بدّ فيه - بدلالة الاقتضاء - من التزام أن المتأخر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب والشرط هو الأمر المتنزّع من ذلك.

لكن القول بذلك فيما نحن فيه - بأنّ يقال إنّ الشرط تعقّب الإجازة ولحوقها بالعقد، وهذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة - غير ممكن،

لمخالفته للأدلة الأربعة. مضافاً إلى أن لازم ذلك جواز تملك طرف المعاملة مع الفضولي المال الذي يأخذه وتصرفه فيه إن علم بلحوق الإجازة من المالك، وهذا مما لا يلتزم به.

ألهم 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 المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله وأنه لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس منه.

أقول:

ليس مراد صاحب الجواهر من الفرق جواز أن يكون المشروط قبل الشرط، كأن تتقدّم صلاة الجمعة المشروط وجوبها بالزوال على الزوال، أو تتقدّم الملكية بالإرث المشروطة بالموت على الموت، فليس مراده من «الشرائط» الشرائط المفعولة شرعاً لتحقيق نفس المشروط التكليفي أو الوضعي.

تقريبه:

إن «السبب» عبارة عما في ذاته اقتضاء المسبب وترشحه منه. و«الشرط» عبارة عما يصحح سببية السبب أو يتمّ قابلية القابل لقبول أثر السبب، فتأثير السبب شأني وفعليته متوقّفة على وجود الشرط، ومثاله المعروف ببوسة الحطب المقصود حرقه، فإنها ذات مدخلية في قابلية الحطب للإحتراق، ومحاذاة النار للحطب شرط في فاعلية النار. و«الجزء» عبارة عما له دخل في تمامية السبب إذا كان مركّباً.

و«المانع» عبارة عما عن السبب الأقوى المانع عن تأثير السبب الآخر.
هذا في التكوينات.

وأما في التشريعات، فالوضعيات كالملكية والزوجية ونحوها امور اعتبارية - وليس لها وجود خارجي مثل المقولات - ممن بيده الأمر، فالمتاع إذا وقعت عليه معاملة لا يتغير شيء من أوصافه، وإنما تعتبر الملكية للمشتري، وكذا الكلام في الزوجية وغيرها، وجميع هذه الأمور قائمة بنفس من بيده الاعتبار.

ثم إنه لا يعقل تأثر الامور النفسانية من الخارج، ولا أثر للخارج فيها مطلقاً، لا بنحو السببية ولا بنحو الشرطية ولا بنحو المانعية.

وأما التكليفات، فإن كان الحكم التكليفي هو إرادة المولى، فالكلام الكلام، لأن الإرادة أمر نفسي. وإن كان الحكم عبارة عن نفس الإنشاء، فإن فاعل الإنشاء هو الحاكم، فلا ربط للخارج به مطلقاً كذلك.

نعم، إن الاعتبار - سواء في التكليفات أو الوضعيات - تابع للملاك الموجود في الامور الخارجية، فهو المنشأ للاعتبار والإرادة.

وبعبارة أخرى: إن نسبة الأحكام التكليفية والوضعية إلى الامور الخارجية نسبة الأحكام إلى موضوعاتها، والموضوع هو الواجد للملاك. والملاك تارة على إطلاقه وأخرى مقيد بقيد، فالحج عن الاستطاعة هو الواجد للملاك فهو واجب، فالمستطيع موضوع وجوب الحج، والمسافر موضوع وجوب القصر، وهكذا... فمعنى قولنا: وجوب القصر مشروط

بالسفر، هو إن موضوع هذا الوجوب عبارة عن المسافر، كما أن المستطيع موضوع وجوب الحج.

فالإرادات تابعة للملاكات، وهي قائمة بالأفعال على إطلاقها أو مقيدة بالقيّد.

والأحكام الوضعيّة كذلك، مثلاً: الملكيّة تعتبر في الموضوع الخاص، إمّا مطلقاً أو مقيداً بقيّد، والملاك هو المصحح للاعتبار.

ولذا قرّرنا في الاصول: أن السببيّة والجزئيّة والشرطيّة والمانعيّة غير قابلة للجعل، لا بالأصالة ولا بالتبع، فإنه إن رتب الحكم على الموضوع، كان جعل السببيّة للموضوع لغواً، وإن لم يرتب لم تحصل السببيّة له أبداً. وكذلك الشرطيّة للشيء، فإنها منتزعة من كون الشيء قيداً للمأمور به، لأنه إن كان قيداً للمأمور به، كان جعل الشرطيّة له لغواً، وإن لم يكن لم يتحقّق الشرطيّة له أبداً... وحينئذ نقول: إن غسل الجمعة في هذا اليوم ذو ملاك، وهذا الملاك موجود في غسل يوم الخميس من المعذور، أو فقل: الغسل بنفسه ذو ملاك، وكونه في يوم الجمعة دخیل في ترتب الملاك، فكذلك يوم الخميس للمعذور.

وفي زكاة الفطرة، ذكرنا في محله إنها واجبة على من يدرك يوم العيد، فليس ظرف وجوبها يوم الفطر خاصّة، وعليه، فالإشكال مندفع من أصله، وأمّا على القول بأنّه واجب مشروط بيوم العيد، فنقول: بأن الملاك المقتضي لدفعها يوم العيد قد يتحقّق في اللیل.

وكذا الكلام في غسل المستحاضة.

وأما في بيع الفضولي، فإن بيعه ذو ملاك فاعتبرت الملكية في مورده، ولكن فعليّة الملاك موقوفة على الإجازة، فإن لحقت انكشفت فعليته، وإلا فالفعليّة غير حاصلة فيبطل.

وحاصل ما تقدّم:

إن الأحكام التكليفيّة إرادات تشريعيّة مولويّة، والإرادة أمر نفساني قائم بالنفس، وما في النفس فعلته هو النفس، ولا يعقل أن يكون الأمر الخارجي علّة للأمر النفسي، فقولنا: ذلك الشمس سبب لوجوب الصّلاة، ليس بمعنى ترشّح الوجوب من الدلوک.

والأحكام الوضعيّة أمور اعتباريّة قائمة بنفس المعبر، فقولنا: عقد البيع سبب للملك، ليس بمعنى ترشّح الملكية من العقد، إذ لا يعقل ترشّح الأمر الاعتباري من الأمر الخارجي.

نعم، يكون الأمر الخارجي موضوعاً للاعتبار الشرعي، فالصّلاة بعد الدلوک موضوع للوجوب، والمتاع الموجود في الخارج موضوع للملكيّة. ثم إن الحكم مطلقاً يتبع الملاك القائم بالموضوع، فتارةً يقوم بالموضوع بما هو، وأخرى بموضوع بما هو متّصف بوصف خاص، فما كان من قبيل الثاني، فإن الحكم لا يثبت إلا بتحقيق الوصف المعبر في الموضوع.

وعليه، فالمتاع الذي باعه الفضولي لا يعقل أن يكون - بما هو وبلا قيد - موضوعاً لاعتبار الملكية للمشتري، بل بقيد رضا المالك، ولكن هذا القيد أعم من المقارن واللاحق.

فظهر الفرق بين الأسباب الشرعيّة والعقليّة، فما ذكره صاحب الجواهر

متين جداً ويتم الكشف بناءً على ذلك.

إلّا أنا إذا التزمنا بكون الإجازة المتأخرة كاشفةً عن كون العقد في الزمان المتقدم المتصل بزمانها موضوعاً للاعتبار الشرعي، فلا بدّ من الالتزام بكون النماءات الحاصلة للمتاع في البين ملكاً للمشتري.

دعوى أنّ الشرط هو وصف تعقّب الإجازة

قال الشيخ:

ومما ذكرنا ظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام...

توضيح ما ذكر: إن آية التجارة اعتبرت الرضا في حين العقد، وكذا حديث لا يحلّ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى: قام الدليل على أنّ الإجازة كاشفة عن الرضا، وأنه إذا تحقّقت الإجازة يرتب أثر العقد من حينه، فيقتضي دليل الاقتضاء الالتزام بأن تعقّب العقد برضا المالك هو الشرط، وهذه صفة مقارنة للعقد، وإن كان نفس الإجازة متأخرة عنه.

كلام السيّد

وأشكل السيّد عليهم بقوله:

أولاً: إنه خلاف ظاهر الأدلة.

وثانياً: إنّ العدول عن شرطية الإجازة إليه من جهة التفصّي عن تأخر الشرط، وهذا كَرّ على ما فرّ منه، وذلك، لأنه إذا جعلت الإجازة المتأخرة شرطاً يلزم ما ذكروا إذا جعل الشرط وصف التعقّب، ومن المعلوم أنّ هذا

الوصف ليس أمراً اعتبارياً كأنياب الأغوال، بل له منشأ انتزاع صحيح وهو الوجود المتأخر، فالألتصاف الآن بالتعقّب مشروط بوجود متأخر فإنه لولاه لم يصح الاعتبار.

وإن شئت فقل: إن التعقّب الذي هو شرط أمر واقعي، إذ لا بد من تحققه ولو لم يكن هناك من يعتبره، وهو موقوف على الوجود المستقبلي، فإذا لم يعقل الشرط المتأخر فلا فرق بين أن يكون المشروط العقد أو الملكية أو وصف التعقّب. وهذا واضح جداً.^(١)

وأجاب الميرزا الاستاذ عنه بقوله:

وأما كاشفيتها عن وصف التعقّب، فهذا لإشكال فيه. وتوهم أن التعقّب ليس مقارناً للعقد لأنه منتزع عن أمر متأخر، وما لم يتحقّق منشأ انتزاعه كيف يتحقّق المنتزع - فاسد. فإن عنوان التعقّب والسبق وما يرادفهما في المعنى كاللحوق والقبليّة والبعديّة، من الأمور التي تنتزع من نسبة الزماني إلى الزمان، فإذا اجتمع شيان في زمانٍ واحدٍ ينتزع عن اجتماعهما التقارن، وإذا وقعا في زمانين فتنتزع القبليّة من السابق والبعديّة من اللاحق. وهكذا يصحّ هذه العناوين في نفس أجزاء الزمان، فيقال لليوم إنه بعد أمس وقبل الغد، مع كون أمس والغد معدومين.

وبالجملة: عنوان التعقّب صحيح ومقارن مع العقد. إلا أنك قد عرفت أن الدليل لا يساعد على كون هذا العنوان الانتزاعي شرطاً.^(٢)

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢ / ١٧٠.

(٢) منية الطالب ١ / ٢٣٨.

توضيحه: إن الأمر الانتزاعي من الامور الإضافية، والأمر الإضافي هو ما إذا لوحظ لوحظ معه شيء آخر، فلا يمكن لحاظ الأبوة إلا مع لحاظ البنوة، ولكن منشأ انتزاع الأبوة هو الأب فقط، والبنوة هو الابن فقط. فالعقد بما هو في نفس الأمر موصوف بالتعقب وملحوق بالإجازة. نعم، توصيفه بذلك مستلزم للمحاطها.

كلام الإصفهاني

وأشكل شيخنا الاستاذ عليهم بقوله:

التحقيق كما ذكرناه في محله: إن عنوان السابقة واللاحقة والتقدم والتأخر متضائفان ولاعلية بين المتضافين، فعنوان السابق ينتزع من العقد وعنوان اللاحق ينتزع من الإجازة المتأخرة، وليس للإجازة دخل في انتزاع السابق والملحوق والتعقب، بل العنوانان متلازمان، لكن حيث إنهما عنوانان متضائفان، فلا بد من أن يلاحظ كل من معنويهما بالقياس إلى الآخر تحقيقاً للتضائف لا للعلية. والذي يرد عليه حينئذ: ليس إلا أن المتضافين متكافئان في القوة والفعلية، فلا يعقل فعلية عنوان الملحوق في العقد وعدم فعلية اللاحق في الإجازة بسبب عدم فعلية معنونه...^(١)

وهذا الإشكال وارد، لأن حقيقة الإضافة هي النسبة، فالفوقية تنتزع من السقف الذي هو بالنسبة إلى تحته فوق وبالنسبة إلى السماء تحت، والنسبة إنما تتحقق حيث يتحقق الطرفان.

وعليه، فعلى القائلين بهذا القول إِمَّا من الالتزام بكون البيع بحيث يكون من شأنه أن ينتزع منه عنوان المتعقّبية، أو بكون البيع واقعاً في زمانٍ متّصل بزمان الإجازة المتأخّرة، كما قاله صاحب الجواهر رحمه الله.

فالقول بالعقد المتعقّب بما هو متعقّب، فاسد.

كلام الخراساني

وقال المحقق الخراساني:

إِنْ ما يتخيّل أنه سبب متصرّم أو شرط غير موجود بعدُ أو متقدّم، لا يكون إلّا في الاعتبار التي تكون واقعيتها بمنشأ انتزاعها وتحقّق ما يصحّ به افتراءها ولا يكون لها تحقّق في الخارج إلّا بتحقيقه ووجوده، كالزوجة والملكيّة والحرية والرقية والوجوب والحرمة. إلى غير ذلك من الاعتبارات التي ليست من المقولات التي تكون محمولة بالضميمة وموجودة في الخارج ولو في الموضوع، حيث يتخيّل فيها أنّ الأمور المتقدّمة عليها أو المتأخّرة عنها صارت مؤثّرة فيها في غير واحدٍ من المقامات، كما أشرنا إليها إجمالاً.

وإلّا في الأفعال الخارجيّة...

أمّا الأول، فلأنّ العلّة حقيقة، والذي يوجب اعتباراً من تلك الاعتبارات واقعاً ليس إلّا لحاظ ما هو منشأ الانتزاع وتصور ما به يصحّ الاختراع، فلا يكون دخل ما يسمّى سبباً كالعقد أو شرطاً كالقبض في الصرف أو غيرهما - مقارنةً كان للأثر أو مقدّماً أو مؤخّراً - إلّا بلحاظه واعتباره ووجوده

في الذهن، فيقارن المؤثر لأثره لابوجوده في الخارج كي لا يقارن له. و من الواضح أنه كما يصح اختراع اعتبار بلحاظ ما يقارنه، يصح بلحاظ أمر سابق أو لاحق، بل ربما لا يكاد يصح بلحاظه مع مقارنته، ضرورة أن حسن فعل أو قبحه أو مطابقته لغرضه إنما يكون بلحاظ لحوق شئ أو سبقه، بحيث لولاه لما كان يتّصف بأحدهما أو بالمطابقة للغرض كما لا يخفى...^(١) أقول:

هذا الكلام في الحقيقة دفع للإشكال على قول الجماعة، وقد ذكره في كتاب الفوائد أيضاً.

وأفاد شيخنا الاستاذ قدس سره: أنه إذا قلنا بأن الملكية من الاعتبارات لامن المقولات الواقعية حتى الانتزاعية، فلا استحالة، إذ لا وجود واقعي للملكية بل وجود اعتباري فلا وجود له إلّا في أفق الاعتبار، فلامانع من اعتبار الملكية للمالك الأصلي إلى حال الإجازة، ومن اعتبار الملكية في السابق حال الإجازة لمن عقد له الفضول، فزمان الاعتبارين متعدد ولا زمان للمعتبر إلّا بلحاظ العنوان لا الحقيقة، فالملكية في الزمان السابق قد اعتبرت حال الإجازة، فلا انقلاب في الحقائق...

وقد بنى شيخنا الاستاذ العلامة في تعليقه المباركة على الكتاب على أنّ مضمون العقد نحو مضمون إذا تحققت علته التامة لا بد من اعتباره من حين صدور العقد، وإن كان وعاء الاعتبار زماناً حال تمامية العلة بالإجازة، نظراً إلى أن العقد إن كان مثل الإجازة وعقد التمتع، فمضمون العقد ملكية

منفعة الدار من أول السنة - مثلاً - إلى آخرها أو زوجية المرأة في تلك المدة، فلا بد من اعتبار هذا المضمون عند تحقق الإجازة، وإلا فملكية المنفعة من حين الإجازة، أو الزوجية من حين الإجازة بعد مضي مدة منهما ليس تمام مضمون العقد... وإن كان العقد مثل البيع والنكاح الدائم، فمضمون العقد هي الملكية المرسلة غير المحدودة من حيث المبداء والمنتهى، وكذلك الزوجية اللامؤقتة من حيث البداية والنهاية...

قلت: أما الإجازة وعقد التمتع، فتحقيق القول فيهما: أن اعتبار الملكية السابقة فعلاً واعتبار الزوجية السابقة فعلاً، إن كان صحيحاً عند العرف والعقلاء بالعقد عليهما من الأصيلين، صح اعتبارهما بإجازتهما، وإلا فلا إجازة لا تكون أقوى تأثيراً من مباشرة العقد من الأصيل... وأما إذا كانت الملكية في الإجازة غير محددة بالزمان بل كانت المنفعة محددة بالزمان، فلا انقلاب في الملكية حتى عنواناً... وعلى هذا، فاعتبار الملكية بالإضافة إلى المنفعة السابقة على حال الإجازة لغو، فلا يعقل أن يتحقق حين تمامية العلة بالإجازة، بل العلة التامة إنما تؤثر في المورد القابل وهي المنفعة الباقية حين الإجازة،

وأما عقد البيع والنكاح الدائم، فتحقيق الأمر فيهما: إن الملكية في البيع المتعلقة بالعين، وكذا الزوجية المتعلقة بالعين من دون ملاحظة توقيت فيها، على أي حالٍ مرسلة مطلقة غير محدودة...^(١)

اشكال الميرزا على المحقق الخراساني

وقال الميرزا الاستاذ: ^(١) قد وقع الخلط على المحقق المذكور بين القضية الخارجية والقضية الحقيقية.

توضيحه: القضية الخارجية عبارة عما كان موضوعها الشخص الجزئي المعين. والحقيقية عبارة عما كان موضوعها الكلّي الطبيعي الموجود بصرف الوجود، وهذا يشمل الأفراد المحققة الوجود والمقدرة الوجود، أي التي ستتحقق في المستقبل.

وأفاد الميرزا الفرق بين القضيتين: بأن الموضوع في الخارجية هو الشخص المعين، والخصوصيات المأخوذة فيه كلّها دواعٍ ولحاظات، وإن كانت الدواعي قد تتخلف، كمالو وهب الشئ لشخص بداعي الرحمة فظهر عدم كونه رحماً له، كما هو الحال في سائر أفعال الإنسان، فإنها تابعة للدواعي واللحاظات وقد يتخلف الداعي. أمّا القضية الحقيقية، فإن الموضوع فيها هو الكلّي الطبيعي، والخصوصيات كلّها قيود للموضوع.

هذا، ولمّا كانت الأحكام الشرعية قضايا حقيقية، فإن جميع الخصوصيات المأخوذة فيها قيود ولا ربط لللاحظ بها، وعليه، فلمّا دلت الأدلة على اعتبار رضا المالك، فإن هذه الخصوصية دخيلة في موضوع الحكم بالملكية، ولا يعقل ترتّب الحكم قبل تمامية الموضوع بجميع خصوصياته المعبرة.

أقول:

ثم إنَّ المحقق الخراساني أورد على نفسه: بأنَّ اللَّام في «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تنوب مناب المضاف إليه، أي عقودكم، فوجوب الوفاء حكم العقد المضاف إلى المالك، وهذه الإضافة إنما تتحقَّق بإجازته خارجاً، ولمَّا كانت الإجازة متأخرة فالملكيَّة أيضاً متأخرة، فالكشف باطل.

فأجاب:

بأنَّ الملكيَّة أمر اعتباري، وليست من الأعراض حتى تحتاج إلى موضوع في الخارج لتتعلَّق به، بل متعلِّقها في وعاء الاعتبار، ولذا يمكن اعتبار الملكيَّة للمعدوم. وعلى هذا يمكن أن يعتبر في زمان الإجازة الملكيَّة في زمان العقد.

والحاصل:

إنَّ الإشكالات على بيان المحقق الخراساني ثلاثة:

الأوَّل: لا يعقل لحاظ الملكيَّة واعتبارها، والحال أن مصلحة هذا الاعتبار قائمة بإجازة المالك خارجاً، ولمَّا كانت الإجازة كذلك متأخرة فالملكيَّة متأخرة.

والثاني: إنَّ جعل اللَّحَاط شرطاً يناسب القضايا الشخصية لا الكلية، وما نحن فيه من قبيل الثاني.

والثالث: ما أشكل به على نفسه بلزوم اجتماع المالكين في ملك واحد في زمان واحد، وأجاب عنه.

ولكن الميرزا الاستاذ أشكل على الجواب:

بأن المناط في التضاد بين الملكيتين هو بين المعتبرين لا الاعتبارين، ونظير ما أفاده قدس سره في هذا المقام ما أفاده صاحب الفصول في الخروج عن الدار المغصوبة^(١)

الدليل الثاني

قال الشيخ:

وبأن الإجازة متعلقة بالعقد، فهي رضا بمضمونه، وليس إلا نقل العوضين من حينه.

أقول:

هذا الدليل يتركب من أربع نقاط:

الاولى: إن الفضولي ينشئ التمليك من حين العقد.

والثانية: إن المالك يجيز العقد على ما قصده الفضولي.

والثالثة: قد دلّ الدليل على صحة العقد بالإجازة.

والرابعة: فإذا وجدت الإجازة خارجاً كشفت عن تأثير العقد من حينه.

وجوه الجواب: الأول

أجاب الشيخ عنه بثلاثة وجوه: قال:

أولاً:.... إن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى تتعلق والرضا بذلك...

بل هو النقل مجرداً من ملاحظة وقوعه في زمان...

أقول:

يتضمّن هذا الجواب أموراً:

أحدها: إنما ينشئ الفضولي طبيعي التملك، والزمان ظرف له، وحيث أنّ التملك والملكيّة واحد، فهو ظرف للملكيّة لا قيد له.

وقد توهم^(١) من كلامه إرادة التملك المهمل، وحيث أن الإهمال غير معقول، فالمراد هو التملك المطلق.

وفيه: إنّ الإهمال الزماني في الملكيّة لا معنى له، لأنها ليست أمراً زمانياً، بل مراده أن المنشأ نفس المعنى، وهو مطلق إطلاقاً طبيعياً من حيث الأفراد والأحوال.

والثاني: إنه كما أنّ الشارع إذا أمضى العقد الصادر من المالك، وقع النقل من زمانه، كذلك إذا أمضى إجازة المالك، فإنه يقع النقل من زمان الإجازة.

والثالث: إنّ مقتضى القبول - في مطلق العقود - ليس وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنه ليس إلّا رضاً بمضمونه، فلو كان مضمون الإيجاب هو النقل من حينه وكان القبول رضاً بذلك، كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر عليه من حين الإيجاب، لأن الموجب ينقل من حينه والقابل يتقبّل ذلك ويرضى به. والحال أن ترتّب الأثر - أي الملكية - قبل القبول غير معقول.

قال:

ودعوى: أن العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه. مدفوعة: بأنّ سببته للملك ليست إلّا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه...

(١) حاشية المكاسب للمحقق الايرواني ١/ ١٢٤.

أي: ولو قيل: فرق بين الإجازة والقبول، فنلتزم بتحقيق الملكية قبل الإجازة، لأن الإجازة إنفاذ للسبب أي العقد المركب من الإيجاب والقبول، وأما القبول فتتميم للسبب، فما لم يأت القبول فلا سبب للملكية.

فالجواب: هو أن الأثر كله للإيجاب، لأن البائع هو الذي يحقق المعاوضة ويجعل الثمن عوضاً لمتاعه، وأما القبول فهو مطاوعة له ورضاً به نظير الفعل والانفعال، وعليه، فلو كان معنى الإيجاب التملك مقيداً بهذا الزمان، فالقبول مطاوعة له، فلا بد من الالتزام بتحقيق الملكية قبل القبول.

والرابع: إن لازم القول بأن معنى الإيجاب التملك من حينه، هو أن يكون معنى فسخ العقد انحلاله من حين العقد لا من حين الفسخ، وهذا باطل بالضرورة.

وذلك، لأن العقد سبب لحدوث الملكية، وهي أمر مستمر بطبعه، والفسخ سبب لزوال الملكية، بمعنى أن به ينقطع استمرارها. وملخص كلامه:

إن الفضولي ينشئ التملك لا بقيد الزمان، بل الزمان ظرف، والإجازة إنشاء لمجرد التملك كذلك، وظرف إمضاء الشارع هو بعد الإجازة، فالنتيجة النقل لا الكشف.

ثم نقض قولهم بقضية الإيجاب والقبول، بأن الإيجاب لو كان بمعنى التملك من حينه، مع أن القبول هو الرضا بفعل الموجب، لزم تحقق الملكية قبل مجئ القبول. وهذا باطل.

وأجاب عن قول صاحب الجواهر - بأن العقد مركب من الإيجاب

والقبول، فالقبول جزء للسبب، وما لم يتحقق السبب لا يتحقق الملكية - بأن السببية هنا ليست بمعنى الترشح، بأن ترشح الملكية من العقد، بل بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه، فلو كان مقتضى الإيجاب التملك من حينه والقابل يتقبل هذا المعنى، لكان هو مورد إمضاء الشارع أيضاً، ولثبت التملك قبل القبول.

ونقض أيضاً بقضية الفسخ، فلو كان مقتضى الإيجاب التملك من حينه لكان مقتضى الفسخ زوال التملك من ذلك الحين، والحال أن حل العقد من حين إنشاء الفسخ.

أقول:

أولاً: إن المنشأ طبعي التملك، وله إطلاق ذاتي يشمل الآن الأول، فلو قال المستدل هذا وتمسك بالإطلاق المذكور لكفاه.

وثانياً: لازم قوله: إن الزمان ظرف لا قيد، أنه لو قال الفضولي: ملكتك هذا من هذا الحين فلحقت الإجازة به، هو التسليم بالدليل، والحال أنه باطل كذلك.

وثالثاً: إن القبول - كما تقدم - هو الرضا بفعل الموجب، وعليه، فللمستدل أن يقول: الإيجاب هو التملك من حينه والقبول رضاً به، والاعتبار الشرعي يأتي بعد القبول، لأن موضوعه الفعل والانفعال من كليهما.

قال الشيخ:

والحاصل إنه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك: رضيت بكون مالي

لزيد بازاء ماله... وغير ذلك من الألفاظ التي لا تعرّض فيها لإنشاء الفضولي فضلاً عن زمانه، وكيف، وقد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها...

أقول:

والإنصاف عدم إمكان المساعدة على ما ذكر، لأن رضا المالك بكون ماله لزيد والزوجة بالتمكين، إن كان عن جهل بوقوع العقد، لا يعتبر بيعاً أو تزويجاً، ولو كان الرضا بنتيجة العقد كافياً لاعتبر بيعاً أو تزويجاً. فالقول بكفايته يختص بصورة العلم بوقوع العقد، فيكون قوله كذلك أو تمكينها كناية عن الإجازة.

فما ذكره سهو من قلمه الشريف.

هذا كله في الجواب الأول.

الوجه الثاني

قال الشيخ:

وثانياً، إنا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً... ولا جزء سبب...

لكن نقول: لم يدل دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه...

وحاصله بعد التسليم بما ذكر:

إن المستفاد من «وَأَخْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أن عقد الفضولي الذي

لم يكن له أثر حين صدوره، قد انقلب عما كان عليه وصار مؤثراً بالإجازة اللاحقة.

توضيحه:

إن مبنى الشيخ في الأحكام الوضعيّة هو: أنها ليس لها وجود خارجي ولا تشريعي، بل هي منتزعة من الأحكام التكليفيّة، فمن: اغسل ثوبك بالماء من كذا، ينتزع نجاسة الثوب به وطهارته بالماء، ومن: يحلّ لك هذا المال، ينتزع الملكية، وهكذا.

ثم إن الأمر بالوفاء إنما يتوجّه إذا أسند العقد إلى المالك، لأن الموضوع هو «عقودكم» وذلك يتحقّق بالإجازة.

وإذا جاء الأمر بالوفاء بعد الاستناد بالإجازة انتزع منه الملكية، فلا يعقل الملكية من حين العقد.

وهذا الجواب متين جداً على مسلكه.

ولكنّ التحقيق: هو أن الملكية أمر قابل للجعل التشريعي كغيره من الأحكام الوضعيّة - ما عدا الأربعة، وهي السببيّة والجزئيّة والشرطيّة والمانعيّة - لما قرّرنا في الاصول، من أن هذه الأحكام من سنخ الاعتبار النفسانيّة، إذ للنفس بقوّتها العاملة أن تعتبر.

وإذا كانت الملكية أمراً مجعولاً من الشارع، فهي وإن كانت تتحقّق للمالك بعد الإجازة منه بحسب الأدلّة، ولكنّ الأمر الاعتباري متعلّقه في وعاء الاعتبار، وهو مرآة للخارج، فيمكن أن يكون مطابقه معدوماً بالحمل الشائع، ولا يلزم أن يكون موجوداً بالفعل.

فالجواب الثاني - على التحقيق - ضعيف.

الوجه الثالث

قال الشيخ:

ثالثاً: سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي والعرفي... لكن نقول بعد الإغماض... إنّ هذا المعنى على حقيقته غير معقول...

أي: لو سلّمنا بما قاله جماعة من أن معنى الإجازة لغة وعرفاً هو إنفاذ مضمون العقد، وهو الملكية من أول الأمر، وأن الشارع قد أمضى هذا المعنى، يرد عليه الإشكال من وجهين:

أحدهما: ما أشار إليه بكلمة «بعد الإغماض» وحاصله: إنّ الإنفاذ والنفوذ، والإمضاء والمضي، والإجازة والجواز... واحد في الحقيقة، فلا يعقل أن المالك يُنفذ الآن والنفوذ من حين العقد. وكذلك إمضاء الشارع. وعليه، فالكشف غير تام.

قال: إنّ إجازة العقد نظير قبول الإيجاب، فكما أنّ القبول إنفاذ مضمون الإيجاب في حين القبول، كذلك الإجازة، فإنها إنفاذ لمضمون العقد في حينها. ثم أمر بالتأمل، للإشارة إلى الفرق بين الإجازة والقبول، لكون القبول مطاوعة وليس إنفاذاً.

والثاني: لو سلّمنا أنّ المالك قاصدٌ لنفوذ مضمون العقد من حينه، وأنّ الشارع أيضاً قد أمضى ذلك، لزم الالتزام بأمرٍ غير معقول، وهو أنّ ينقلب العقد من عدم المؤثرية في حينه إلى المؤثرية، وانقلاب الشيء عمّا وقع عليه محال.

وعليه، فلا مناص من حمل الدليل الشرعي - بعد التسليم بدلالته على ذلك - على التعبد بترتيب ما أمكن من الآثار، وهذا نقل حقيقي في حكم الكشف (قال) ولم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الاستاذ شريف العلماء قدس سره.

والحاصل: عدم تمامية الكشف بمعنى تحقق الملكية وترتب الآثار من حين العقد.

هذا كله بحسب القواعد والعمومات.

الاستدلال بالروايات للقول بالكشف

قال الشيخ:

وأما الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس: الكشف... فتحتمل الكشف الحكمي.

صحيحة محمد بن قيس

وهي عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير، فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني. فقال عليه السلام: خذ وليدتك وابنها، فناشده المشتري، فقال عليه السلام: خذ ابنه - يعني الذي باع الوليدة - حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ

البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني. فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه^(١).
أقول:

وجه الدلالة على الكشف هو: إجازة المالك الأول بيع الابن الذي وقع فضولياً، فقد جاء في الصحيحة: «حتى ينفذ لك ما باعك»؛ فهي ليست ناقلةً وإلا لكان البائع هو المالك الأول بالفعل وبالإجازة ينكشف وقوع البيع السابق على وجه الصحة.

ويؤيد ذلك عدم التعرض في الصحيحة للغرامة، لأن مقتضى القاعدة فيما إذا أولد الحرّامة عن شبهة أن يدفع الغرامة - أي قيمة الولد لو كان عبداً - لسيدّها، وليس ذلك إلّا لصحة عقد الفضولي الواقع سابقاً، إذ لو كانت الإجازة ناقلة لوجب عليه دفع الغرامة، لكونها - على هذا - ملكاً للمشتري من الحين، فكان تصرفه فيها بالاستيلاء موجباً للضمان وهو قيمة الولد.

ولا يخفى إن قضية عدم دفع الغرامة تتناسب مع الكشف الحقيقي والحكمي معاً، لكنّ ظاهر «حتى ينفذ ما باعك» و«أجاز بيع ابنه» هو الكشف الحقيقي، على ما ذكرناه بشرح كلام المحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ. وعلى الجملة، فالصحيحة دالة على الكشف دون النقل، والكشف الحقيقي دون الحكمي.

قال الشيخ:

وكذا الأخبار التي بعدها.

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، كتاب النكاح، الباب ٨٨، رقم: ١.

رواية عروة البارقي

أقول:

من الأخبار قضية عروة البارقي^(١).

فإن صفقة اليمين كناية عن المعاملة، وقد دعا له النبي صلى الله عليه وآله في معاملته التي وقعت فضولياً، وهي بيع إحدى الشاتين بعد أن اشتراها للنبي، فإن كان قد أمره بشراء شاة واحدة، كان في شرائه أيضاً - حيث اشترى شاتين - فضولياً.

فلولم تكن معاملته بدعاء النبي الدال على رضاه وإجازته صحيحة من الأول، لكان أخذه الثمن - من المشتري لاحدى الشاتين - محرماً، لكونه تصرفاً في مال الغير، فدلّت القضية على الكشف.

صحيحة أبي عبيدة

قال الشيخ:

نعم، صحيحة أبي عبيدة... ظاهرة في قول الكشف...

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجها وليّان لهما وهما غير مدركين.

قال عليه السلام: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا.

(١) مستدرک الوسائل ٢٤٥/١٣، باب نوادر ما يتعلق بأبواب عقد البيع وشروطه، الباب ١٨، رقم: ١.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر.

قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي.

قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أترثه؟

قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك، وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج. ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟

قال: لا، لأن لها الخيار إذا أدركت.

قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك.

قال: يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام، والمهر على الأب

للجارية.^(١)

أقول:

الوليّان اللذان زوّجاهما ليسا بوليّين شرعيّين، بقريّة قوله فيما بعد:

«فإن كان أبوها...» فالتزويج كان فضوليّاً.

ومحلّ الاستدلال هو: «فإن كان الرجل الذي... قال: يعزل ميراثها منه...»

وتقريب ذلك:

إنّ السبب في عدم انتقال التركة كلّها إلى الورثة هو احتمال أن تدرك

الزوجة وترضى بالتزويج، فيكون رضاها كاشفاً عن صحّة العقد الواقع

فضوليّاً.

(١) وسائل الشريعة ٢٦/٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، رقم: ١.

توضيحه:

لو كان للزوج أبوان ولهما نصيبهما من التركة، وللزوجة الربع مما ترك، لكنّا لا ندري هل سترضى بالتزويج أو لا، وعلى تقدير الرضا يكون الربع لها في نفس الأمر، وحيث يحتمل أن يكون الربع في الواقع للزوجة، فانهصار الوارث بالأبوين غير محرز، والأصل عدم تملكها لما زاد عن نصيبهما، فالربع يعزل حتى يتبين الأمر.

فإن قلت: نستصحب عدم تحقّق إجازة الزوجة بعد بلوغها.
قلت: هذا أصل مثبت، لأن من لوازمه العادية الانحصار بهما.
وبما ذكرنا يظهر ما في كلام الشيخ رحمه الله، من أن العزل كأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة.
وأما تنظيره ما نحن فيه بعزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل.
ففيه: إن الحمل لا يستحق بما هو حمل شيئاً من الإرث، لأن الإرث مشروط بالولادة. وأما فيما نحن فيه، فإن الزوجة يحتمل كونها من الوراث في نفس الأمر بناءً على الكشف، فالتنظير في غير محله.
وتلخص: إن العزل بناءً على الكشف على القاعدة.
وأما بناءً على النقل، فلا يمكن تصحيح العزل:

أما أولاً: فلأنها إذا أدركت وأجازت التزويج، صارت زوجة - إن صحّ ذلك - وأما قبل ذلك فلا يحتمل كونها من الورثة، وحينئذٍ يقطع بالانحصار بالوالدين، فلماذا لا تدفع التركة كلّها إليهما؟ فإنه ينافي قاعدة السّلطنة وقاعدة إيصال الحق إلى ذي الحق.

وأما ثانياً: فإنها لما أجازت صارت زوجةً، والوالدان قد انتقلت إليهما التركة كلّها، فلا يبقى شيء حتى يعزل للزوجة، ولا دليل على مطالبتها الربع حينئذٍ من الورثة.

ثم إنَّ الشيخ لم يحتمل في هذه الصحيحة الكشف الحكمي - كما احتمله في الصحيحة السابقة - والسرف في ذلك هو: إنه ما لم تأت الإجازة - في الكشف الحكمي - لا يترتب أيُّ أثر، فإذا جاءت كانت هي الموضوع للتعبّد الشرعي بترتيب الآثار، فلو اريد ترتيب الأثر توجّه ما توجّه بناءً على القول بالنقل.

وأما بناءً على ما اخترناه من الانقلاب الاعتباري - تبعاً للمحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ - فإن اعتبار الملكية للشيء الواحد كلّ في الزمان الواحد لزيد وبكر محال، لأن ملكيته لكلّ منهما يلازم عدم ملكية الآخر، وهكذا لو كان الاعتباران في زمانين والمعتبر واحد، كأن يوصي في وقتٍ بأن هذا لزيد بعد وفاتي، ويوصي في وقتٍ آخر بكونه لعمر، إذ لا يعقل اجتماع الملكيتين في الزمان الواحد.

ثم إنَّ المحقق الخراساني قال ^(١): يصح أن تعتبر ملكية الشيء في يومٍ معيّن من الأيام السابقة لزيد، ثم يعتبر في يوم اللاحق له ملكية الشيء نفسه لعمر في نفس ذلك اليوم، وذلك، لأن الاعتبار خفيف المؤنة.

وأشكل الميرزا الاستاذ رحمه الله ^(٢): بأن اجتماع المعبرين - وهما

(١) حاشية كتاب المكاسب: ٣٥.

(٢) منية الطالب ١ / ٢٤٠.

الملكيّتان - في الزمن الواحد غير معقول.

أجاب شيخنا الاستاذ رحمه الله^(١): كلّ موجود - سواء كان جوهرًا أو عرضاً أو اعتبارياً - لا يعقل انعدامه في ظرف وجوده، لأن الشيء لا ينقلب إلى نقيضه. هذا صحيح، لكنّ اعتبار الملكية لشيء لعمره اعتبارٌ لارتفاع ملكيّة زيد وثبوت ملكية عمرو، وهذا لا محذور فيه.

فعلى مبنى الانقلاب - وهو القول بأنّه ما لم تأت الإجازة فلا شيء في نفس الأمر - تكون التركة للوالدين، فإذا أدركت الزوجة وأجازت النكاح وتحقق اعتبار الشارع الزوجيّة من أوّل الأمر، وأثر ذلك ملكيتها للربع، ومقتضى الاحتياط هو العزل حتى يتبيّن الأمر.

فالصّحيحة تنطبق على الكشف الحقيقي وعلى الكشف الانقلابي على الوجه الصحيح المختار. [١]

[١] وبقي الكلام حول ما نسب إلى الميرزا الشيرازي وما ذهب إليه المحقق

الرشتي.

أما الأوّل، فعن الميرزا توضيحه: بأن أهل المعقول قالوا بأن المتغيّرات في وعاء الزمان ثابتات في عالم الدهر، ومرادهم من هذه العبارة أن لكلّ ماهيّة نحويّن من الوجود، وجود تفصيلي يختصّ بها الذي به موجوديّة الماديّة في عالم الزمان بنحو البسط والنشر، وهو يتكثّر بتكثّر المهيّات، ووجود واحد جمعي في عين وحدته وجود كلّ الماهيّات، فتكون الكلّ موجودةً به على نحو الجمع واللفّ وهو المعبر عنه

بعالم الدهر، فالأمر المتأخر وإن كان متأخراً بالوجود التفصيلي الزماني لكنه مقارن مع المتقدم بحسب وجوده الجمعي الدهري، فهو شرط بهذا الوجود، فلا تأخر للشرط. قال الميرزا: وقد نسب هذا الوجه إلى الميرزا الشيرازي، وهو لم يرض بهذا النسبة.

قال: وكيف كان، فهذا الوجه لا يصلح الشرط المتأخر، لاجتماع الزمانيات في عالم الدهر على نحو الترتب، نظير اجتماع الخطّ المختلف الألوان بجميع ألوانه المختلفة تحت نظر واحد، حيث أنّ الألوان المختلفة مجتمعات في النظر واللاحظ على ما هي عليه من الترتب، كما لا يخفى.^(١)

وأما الثاني، فحاصله أن المعتبر في صحّة البيع عن المالك رضاه ولو تقديرًا، بحيث لو علم به لرضي به، والإجازة المتأخرة كاشفة عن هذا الرضا التقديري، بحيث يحرز بها أن المالك لو كان مطلعاً على بيع ماله لكان راضياً به حين البيع. وقد أوردوا عليه بوجهين:

أحدهما: إن الإجازة غير كاشفة دائماً عن الرضا حين البيع، فقد لا يكون راضياً به في حينه ثم يرضى حين الإجازة. والآخر: إنّ الرضا التقديري غير كافٍ.

الثمرة

بين الكشف والنقل

الثمرة بين وجهي الكشف الحقيقي

قال الشيخ:

أما الثمرة على الكشف الحقيقي بين كون نفس الإجازة شرطاً وكون الشرط تعقّب العقد بها ولحوقها له، فقد يظهر...

أقول:

ذكر الشيخ أن كاشفة الإجازة على ثلاثة وجوه، وقد قال بكلّ منها قائل: أحدها، وهو المشهور: الكشف الحقيقي، والتزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً...

والثاني: الكشف الحقيقي، والتزام كون الشرط تعقّب العقد بالإجازة، لا نفس الإجازة، فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط.

والثالث: الكشف الحكمي، وهو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان، مع عدم تحقّق الملك في الواقع إلّا بعد الإجازة.

فللكشف الحقيقي وجهان، وعقد الفضولي في كليهما صحيح، غير أن ترتيب الأثر عليه موقوف على الإجازة، فإذا علم المشتري بإجازة المالك

فيما بعد، كان له التصرف فيما اشتراه من الفضولي، على الوجهين بلا فرق،
 فالثمرة منتفية. فما السرّ في تعبيره: «فقد يظهر...»؟
 لعلّ هذا التعبير بلحاظ أن الإجازة المتأخرة إن كانت شرطاً بنحو
 توجب الانقلاب، فإنّ التصرف غير جائز، وإلا، فقد أشكل المحشون على
 هذه الثمرة.

الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي

قال الشيخ:

وأما الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي مع كون نفس الإجازة شرطاً،
 فإنه يظهر...

ففيما لو باع الفضولي جارية الغير، فوطئها المشتري قبل إجازة مالكها،
 فأجاز المالك البيع، فعلى الكشف الحقيقي يكون الوطء حراماً ظاهراً
 وحلالاً واقعاً. أمّا الحرمة، فلأنها مقتضى الاستصحاب الاستقبالي لعدم
 الإجازة، وأمّا الحلّة، فلكشف الإجازة عن وقوع وطئ المشتري في ملكه.
 وعلى الكشف الحكمي، فالحرمة ظاهراً وواقعاً، لأنّ الشارع لا يعتبر
 الحلّة ولا يرتّب آثارها إلا بعد إجازة المالك، والمفروض وقوع الوطئ
 قبلها، فكان حراماً.

وأما على النقل، فالحرمة واضحة جداً.

وأما على الكشف الانقلابي، فكذلك، لأنّ سبب الانقلاب هو الإجازة، فما
 لم تصدر عن المالك فلا انقلاب، وعليه، فالأمة غير داخلة في ملك المشتري.

فانحصرت الحلية الواقعية بالكشف الحقيقي على الوجهين فيه.

هذا بالنسبة إلى الحكم التكليفي.

قال الشيخ:

ولو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي والحكمي... ويحتمل...

أقول:

أما على النقل، فلا تصير أم ولد، كما لا يخفى.

وأما على الكشف الحقيقي، فهي أم ولد، لما تقدّم من كونها ملكاً له في

الواقع.

وأما على الكشف الحكمي، فيحتمل عدم تحقق الإستيلاد، لعدم تحقق

حدوث الولد في الملك، وإن حكم بملكيتها للمشتري بعد ذلك، لعدم الدليل

على أن الولد المتكوّن - من وطن المرأة المحكومة بأنها ملك - يوجب كون

المرأة أم ولد، لأن الذي قام عليه الدليل هو: الأمة التي هي ملك إذا ولدت فهي

أم ولد، وهذا لا يشمل الأمة التي هي في حكم الملك.

هذا شرح كلام الشيخ، وقد وافقه بعض الأكابر عليه.

لكن الظاهر أن القائل بالكشف الحكمي يرى ترتيب جميع آثار الملك

على الأمة بإجازة المالك، ومن جملة الآثار أنها إذا ولدت فلا يجوز بيعها وإن

لم تكن للمشتري، بناءً على هذا القول ولم يكن ولدها حادثاً في ملكه. فإذن،

لا فرق بين الكشف الحكمي والحقيقي في عدم جوازه بيع هذه الأمة.

وأما بناءً على الكشف الانقلابي، فليست بأم ولد.

قال الشيخ:

ولو نقل المالك [أم] الولد عن ملكه قبل الإجازة، فأجاز...

أقول:

في أكثر النسخ «أم الولد» وفي بعضها «الولد».

لو باع المالك الأصلي أم الولد عن ملكه قبل أن يجيز عقد الفضولي عليها ثم أجاز، فبناءً على الكشف الحقيقي يبطل بيع المالك الأصلي، لانكشاف وقوعه في ملك الغير، على كلا الوجهين في هذا الكشف. أي: إن إجازته تكشف عن وقوع عقد الفضولي على وجه الصحة، ونتيجة ذلك بطلان بيعه لأم الولد.

هذا قول الشيخ أولاً، ثم قال:

مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد.

أي: فيكون عقد الفضولي باطلاً.

وقال السيد: بل يتعين كونه بمنزلة الرد.^(١)

لكن الرد عبارة عن أن ينشأ المالك عدم قبوله لعقد الفضولي قولاً أو فعلاً، وبيع المالك الأمة بلا التفاتٍ لبيع الفضولي لها لا يصدق عليه عنوان الرد، وقوله بفوات محل الإجازة، غير مقبول. وسيأتي التحقيق في المسألة. وقد نصّ الشيخ على البطلان جزماً في المباحث الآتية حيث قال: نعم، لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثر التام هو

العقد الملحق بالإجازة، كانت التصرفات مبنيةً على الظاهر، وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هي وتصح الإجازة^(١).

وقال الميرزا الاستاذ قدس سره^(٢): إن بطلان هذا البيع دوري، لأن بطلانه يتوقف على صحة عقد الفضولي، إذ لا يعقل كونها ملكاً للمشتري من الفضولي والمشتري من المالك الأصلي معاً، لكن صحة بيعه موقوفة على وقوعه في محله، وهذا متوقف على بطلان بيع المالك. ومن هنا كان يفتي بصحة بيع المالك وبطلان عقد الفضولي.

أقول:

ونظير هذا الدور يتوجه على صحة بيع المالك، لأن صحته منوطة بملكيته حين البيع، وكونه مالكاً كذلك يتوقف على بطلان عقد الفضولي، ولكن بطلان عقده موقوف على صحة بيع المالك؛ فصحة بيع المالك دورية.

نعم، لا ريب في صحة بيع المالك بناءً على النقل، لأنه بيع واقع في ملكه حقيقة، والإجازة بعده لاغية.

وأما على الكشف الانقلابي، بأن تعتبر الملكية من أول الأمر بالإجازة المتأخرة، فربما يتوهم صحة البيع، لأنه واقع في ملكه حقيقة، لكنه إذا أجاز عقد الفضولي دلت إجازته على اعتبار زوال ملكية نفسه، وهذا يلزم اعتبار زوال ملكية المشتري منه، فيبطل البيع.

(١) المكاسب ٣ / ٤٧٩.

(٢) منية الطالب ١ / ٢٤٢.

والتحقيق في المقام أن يقال:

إن مقتضى الأدلة الدالة على الكشف هو مؤثرية عقد الفضولي وترتب الأثر عليه بإجازة المالك لاحقاً، إن لم يكن قد صدر منه ما ينافي مقتضى إجازته، فلو صدر منه قبلها ما ينافي مقتضاها سقطت عن التأثير وبطل عقد الفضولي. وما نحن فيه من هذا القبيل، فهو بيع صادر من أهله وواقع في محله، وحينئذٍ لا دليل على مؤثرية بيع الفضولي، بل مقتضى عموم «لا بيع إلا في ملك» بطلانه.

ولو قيل: بأنه مخصص بما دلّ على صحة عقد الفضولي، وترتيب الأثر عليه بإجازة المالك.

قلنا: القدر المتيقن من تلك الأدلة هو ما إذا لم يصدر من المالك قبل الإجازة ما ينافي مقتضى إجازته، فترفع اليد عن العام بقدره ويرجع إليه في الزائد عنه.

والحاصل: صحة بيع المالك الأصلي وفاقاً للميرزا، لكن بهذا الدليل لا بما أفاده.

هذا كله بناءً على غير الكشف الحكمي.

قال الشيخ:

وبقي صحيحاً على الكشف الحكمي...

أقول:

قد ذكرنا أن الكشف الحكمي هو تعبد الشارع - إذا أجاز المالك - وحكمه بترتيب آثار المعاملة من حين العقد، وعليه، فإن بيع المالك صحيح،

لأنه واقع في ملكه، لكن إجازته لبيع الفضولي بعد ذلك، المستتبعة لترتيب الآثار على بيع الفضولي، توجب عليه دفع قيمة الأمة إلى المشتري منه، لأنه مقتضى الجمع بين جعل الشارع العقد ماضياً من حين وقوعه - كما هو مقتضى القول بالكشف الحكمي - ومقتضى صحة بيعه الواقع في ملكه قبل جعل الشارع، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم.

ولكن على ما ذكرناه من صحة البيع وبطلان عقد الفضولي، لا يبقى حق للمشتري حتى يجب على المالك الأصلي الجمع بين الحقيين.

كما لا مجال للتنظير بالفسخ، فإن الفسخ حل للعقد، فإذا فسخ كان للطرف المقابل الحق في استرداد ملكه. أما فيما نحن فيه، فلا يوجب حقاً للمشتري على الفضولي ليطالب به أو يبدله.

هذا على نسخة أم الولد.

وأما على نسخة «الولد» وهي المناسبة لكلام الشيخ في ضابط الكشف الحكمي، بلحاظ كون الولد نماءً للأمة، فلو باع المالك الأصلي الولد قبل الإجازة لبيع الفضولي الأمة، فأجاز بيعها، كان البيع صحيحاً، لأن متعلق الإجازة هو الأمة، فتترتب الآثار شرعاً بالإجازة على بيعها، ومتعلق بيع المالك الأصلي هو الولد، وقد وقع بيعه في ملكه، وليس عليه دفع قيمته لتبعية الولد لأمه، لأن التبعية منوطة بتحقق حدوثه في ملك المشتري والمفروض عدم تحققه فيه.

الثمرة بين الكشف والنقل

قال الشيخ:

ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف والنقل مواضع:

منها: النماء، فإنه على الكشف - بقولٍ مطلق - لمن انتقلت إليه العين، وعلى

النقل لمن انتقلت عنه، وللشهيد الثاني في الروضة عبارة...

الثمرة الاولى

أقول:

هذه الثمرة لا كلام فيها. وأمّا عبارة الروضة فهذا نصّها: «وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفةً، فالنماء المنفصل المتخلّل بين العقد والإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع. ولو جعلناها ناقلةً فهما للمالك المجيز»^(١).

أمّا بناءً على الكشف فعبارته على القاعدة، أمّا بناءً على النقل، فهما - أي نماء المبيع والثمن - للمالك المجيز، بأي وجه؟

ذكر صاحب مفتاح الكرامة وجهاً، والسيد جمال الخونساري في حاشية الروضة وجهاً آخر.

وتقريب ما ذكره الأول: أن يبيع الفضولي شاةً للغير بشجرة من مالها الأصيل، فإن نماءات الشاة لمالكها الأصيل، كما أن نماءات الشجرة لمالكها، أمّا بيع الفضولي، فموقوف على إجازة مالك الشاة، بخلاف مالك الشجرة

فإنه قد سلمها على أن تكون ملكاً لمالك الشاة على تقدير إجازته للبيع، وحيث أن المفروض تحقق الإجازة منه، فهو مالك لنماءات الشجرة بتسليط من مالكةا حسب شرطه الضمني في المعاملة، ولنماءات الشاة لكونه مالكةا لها إلى حين الإجازة على النقل.

فهذا وجه قول الشهيد الثاني: إن نماءات المبيع والتمن للمالك المجيز. ولا يرد عليه الاعتراض: بأن المشتري لم يملك الثمن ونمائه مجاناً. لما أشرنا إليه من أنه قد اشترط ضمناً بأن لمالك الشاة الثمن ونمائه إن أجاز، وإن رد فكل ذلك يرجع إليه.

وتقريب ما ذكره الثاني: إنه إن كان البائع فضولياً، فإن نماءات المبيع ملك وإن كان المشتري فضولياً، لأن نماءات المال المجعول ثمناً ملك لمالكة تبعاً له، وله أن يجيز أولاً، وإن كان كلاهما فضولياً، فنماءات كل من العوضين لمالكة، فالمالك في قوله: «للمالك المجيز» كلياً طبعي ينطبق على كلا المالكين. وهذا متن من الأول.

الثمرة الثانية

قال الشيخ:

ومنها: إن فسخ الأصل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف...

أقول:

لو كان البائع فضولياً والمشتري أصيلاً، ففسخ المشتري الأصل قبل

إجازة المالك الأصل، فعلى الكشف لا أثر للفسخ، لأنه لما قبل إيجاب الفضولي تم العقد ولزم البيع، فكان المتاع في نفس الأمر خارجاً عن ملك الأصل وداخلياً في ملك المشتري. وأما على النقل، فالفسخ يكون مؤثراً، لأن ملكية المشتري لا يتحقق إلا بإجازة المالك الأصل، والمفروض وقوع الفسخ قبلها، نظير فسخ الموجب قبل قبول المشتري.

وقد اعترض على تأثير الفسخ بناءً على النقل: بأن قبول المشتري يتعلق بإيجاب الفضولي، والإجازة لها دخل في حصول الملكية بالعقد الواقع بينهما، والملكية أمر وضعي لا مدخل لاختيار المشتري فيه، بل أمره بيد الشارع، فالثمرة منتفية.

وأجاب الشيخ بأنه: قد تسالموا على اشتراط عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب، وهو هنا عقد الفضولي وإجازة المالك الأصل، بل يشترط عدم وقوعه قبل تحقق الشرط لصحة العقد، كالقبض في الهبة والوقف والصّدقة، وإلا بطل العقد.

وعلى الجملة، فإن الفسخ لا يؤثر إن كان بعد تمامية الأجزاء وترتب أثره، وأما قبل ذلك، فيؤثر، فيكون مبطلاً بناءً على النقل، فالثمرة ثابتة. ثم قال: فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ، بإطلاقات صحة العقود ولزومها. ولا يخلو عن إشكال.

هذا شرح هذه الثمرة.

أقول:

أولاً: إن ما ذكره بناءً على الكشف معللاً: بأن العقد تام من طرف الأصل،

فالأثر متحقق. إنما يتم في الكشف الحقيقي، أما في الحكمي، فإن ترتبه يتوقف على الإجازة من المالك الأصيل وحكم الشارع بترتيب الآثار تعبدًا، فتخلل الفسخ مبطل بناءً على الكشف الحكمي أيضاً، فكان على الشيخ أن يقول: مبطل له على القول بالنقل والكشف الحكمي.

وثانياً: ما الدليل على عدم جواز الإبطال على القول بالكشف؟ إن العقد عبارة عن العهدين المتلازمين، فإن كان الدليل قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾^(١) فالناقل كذلك، وإن كان قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ - وهو الذي يستدل به في البحوث - فقد تقدم أن مفاد الآية: أي عقودكم، وذلك إنما يتحقق بالإجازة، وأما قبلها، فالعقد الواجب الوفاء به غير متحقق، وعليه، ففسخ الأصيل مؤثر بناءً على الكشف أيضاً، ويتنفي الموضوع للإجازة من المالك. [١]

[١] فالفسخ مبطل على كلا القولين، فالثمرة منتفية.

وذهب الميرزا رحمه الله إلى انتفاء الثمرة من جهة أخرى وهي: أن ليس للأصيل الفسخ على كلا القولين، فإنه بعد أن ذكر أموراً قال:

إذا تبين هذه الأمور، فاعلم أن الأقوى عدم تأثير الفسخ في البطلان مطلقاً ولو على القول بالكشف، وذلك لما تقدم سابقاً من أن الإجازة تكون موجهة لاستناد العقد

وهذا هو السرّ في تسالمهم على تأثير فسخ الموجب قبل قبول القابل. وثالثاً: دعوى تسالم الأصحاب على جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل تحقّق شرط صحّة العقد، عجيبة جداً من مثل الشيخ قدّس سرّه، لأنّ من المسلّمات الفقهيّة أن القبض في بيع الصّرف وبيع السّلم شرط لصحّة العقد، وأنه لا يجوز لأحدهما الفسخ قبله.

الصادر من الفضول إلى المجيز بعد الفراغ عن صدوره عنه، لأنها موجبة لتحقيق العقد، كيف؟ ولو كان كذلك، لكان اللازم بطلان الفضولي، حيث أن الإجازة لا تكون إيجاباً ولا قبولاً، فالعقد تحقق من الأصيل والفضول، لكن في جانب الأصيل يكون استناده إلى الأصيل أيضاً تاماً، لمباشرته له لنفسه، وفي طرف الفضول لا يكون مستنداً إلى المالك، ويحتاج في استناده إليه إلى ما يوجب استناده وهو الإجازة، وخطاب وجوب الوفاء الذي هو خطاب وضعي في قوّة نفوذ العقد ويتعلّق بكلّ من البائع والمشتري على نحو الانحلال، فيكون كلّ منهما متعلّقاً لذاك الخطاب مستقلاً، وإذا كان العقد تاماً بين الأصيل والفضول ولم يكن يتعلّق الخطاب بوجوب الوفاء بالأصيل معلّقاً على تعلّقه بالآخر، يكون وجوب الوفاء من ناحية الأصيل تاماً موضوعاً وحكماً، فلا ينتظر تعلّق الوجوب إليه إلى تعلّقه بالطرف الآخر، بل مادام بقاء موضوعه يجب عليه الوفاء إلى أن يرتفع الموضوع برّد الطرف الآخر، فمالم يتحقّق الرّد يكون الأصيل ملزماً بالوفاء، سواء أجاز الآخر أم لا. فظهر أن هذه الثمرة التي ذكروها للنقل والكشف لا يرجع إلى محضّل^(١).

الثمرة الثالثة

قال الشيخ

جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل... وأما على القول
بالكشف فلا يجوز...

أقول:

لوبياع جارية له من فضولي، جاز له وطؤها بناءً على النقل، لأنها ملكه.

أقول: ولعل ما أفاده السيد الجدّ قدّس سرّه ناظر إلى كلام شيخه هذا أيضاً، فهو في الوقت الذي يردّ على القول بالثمرة، يردّ على القول بعدم مؤثرية الفسخ. أما على النقل، فلأنه يرى أنّ الحكم بوجود الوفاء بالعقد في الآية الكريمة وإن كان تكليفاً مولوياً لا وضعياً، إلّا أنه يدلّ بالدلالة الالتزامية على إمضاء الشارع هذا المعنى الوضعي الحاصل بين الطرفين، وإلّا لم يعقل الحكم بالوفاء به^(١). وعليه، فالفسخ مؤثّر. وأما على الكشف، فلما تقرّر من أنّ اللّام في الآية تنوب مناب المضاف إليه، أي: عقودكم. فالعقد الذي يجب الوفاء به هو العقد المضاف إلى المالك المستند إليه بإجازته، والمفروض عدم تحقق ذلك، فلا يجب الوفاء به.

وكذا لو زوّجت المرأة نفسها من فضوليّ، جاز لها التزويج من الغير. فلو حصلت الإجازة في المثالين كانت لاغية، لعدم قابلية المحلّ. وربما احتتمل عدم جواز التصرف على القول بالنقل أيضاً، ولعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ 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، لإمكان الإجازة، سيّما على القول بالكشف^(١).

فالثمرة منتفية.

ولكن الشيخ أجاب: بأن الإجازة - على القول بالنقل - لها مدخل في تحقق العقد، لكونها شرطاً للعقد أو جزءاً، فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يتحقّق الموضوع لقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فلا يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين، فيجوز التصرف بناءً على النقل.

قال: وأمّا على القول بالكشف، فلا يجوز التصرف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة، فالثمرة مترتبة.

ثم نقل عن بعض المعاصرين له التصريح بجواز التصرف مطلقاً، أمّا على النقل، فواضح، وأمّا بناءً على الكشف، فلأنه يحتمل الإجازة وعدمها، فله استصحاب عدم الإجازة في المستقبل، كما أنّ احتمال الإجازة لا يمنعه من الأخذ بقاعدة السلطنة، لأنّ الشيء ملك له، وكانت له السلطنة عليه، فمع الشكّ يستصحب بقائها فله التصرف فيه.

نعم، إذا حصلت الإجازة بعد التصرف عملاً بالاستصحاب، كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال المال إلى المجيز، فيأخذ المال مع بقاءه وبدله مع تلفه.

فالثمرة منتفية.

قال الشيخ: هذا صحيح على مذهب المعاصر في الكشف، من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة، لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين.

وأما على المشهور في معنى الكشف، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، وقد تحقق، فيجب على الأصل الالتزام به وعدم نقضه. والحاصل: إن عقد الفضولي مؤثر تأثيراً تاماً، لأن الملكية - عند الشيخ - من الأحكام الوضعيّة المنتزعة من التكاليف، وإذا تحققت الملكية وجب على الأصل الالتزام بذلك، فليس له التصرف، فإن رد المالك العقد كان فسخاً من طرف الأصل، وإن أجاز كان إمضاءً له من طرف الفضولي، وكل تصرف من الأصل يعد نقضاً للعقد وهو غير جائز.

إن حكم الأصل هنا حكم بائع الحيوان، إذ يجب عليه الالتزام بمقتضى العقد ولا يجوز له نقضه بالتصرف في الحيوان، لخروجه عن ملكه، وحكم مالك المال الذي باعه الفضولي حكم مشتري الحيوان، إذ هو بالخيار إلى ثلاثة أيام، فإن رده لعقد الفضولي فسخ وإجازته إمضاء.

وأيضاً، فكما لا يجوز لبائع الحيوان التصرف في مدة الخيار في الحيوان إن علم بفسخ المشتري، كذلك، ليس للأصل التصرف في المال

الذي دفعه إلى الفضولي، إن علم بعدم إجازة المالك.

هذا شرح مراد الشيخ، والعجب من بعض الأكابر كيف لم يلتفت إلى مرامه، فأورد عليه بما لا وجه له.

ثم تعرّض الشيخ لتوهم قد يحصل من كلامه وهو: إنه إذا كان على الأصيل الالتزام بمقتضى العقد، ولذا لا يجوز له التصرف فيما انتقل عنه، فإن مقتضاه دخول عوضه في ملكه وجواز تصرفه فيه تصرف المالك في أموالهم، وهذا معنى المبادلة بين المالكين بسبب العقد، فلماذا لا يجوز له التصرف فيما انتقل إليه بواسطة الفضولي؟

فقال: بأنه توهم فاسد، لأن الواجب على الأصيل - بآية الوفاء - هو العمل بما التزم به على نفسه، وهو خروج ماله عن ملكه، وأما دخول البديل في ملكه، فليس مما التزمه على نفسه، بل ممّا جعله لنفسه.

والحاصل: إنه قد توجه بالعقد إلى الأصيل الحكم بوجوب الوفاء به، ومعنى الوفاء به الالتزام الكامل بمقتضاه عملاً، وكما أن التصرف فيما بذله حرام لخروجه عن ملكه، كذلك التصرف فيما انتقل إليه، لكونه ملكاً للغير، فتصرفه مطلقاً مخالف لمقتضى الآية فهو غير جائز.

ودعوى: أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة ودخول البديل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فتصرفه لا يعدّ نقضاً لما التزمه، إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقاً.

مدفوعة: بأنه إنما التزم بخروج المال عن ملكه برجاء أن يدخل بدله في ملكه بإجازة المالك، والتوقع أمر والتعليق أمر آخر، وما نحن فيه من قبيل

الواجب المعلق، حيث أن الوجوب فعلي والواجب معلق، وليس نظير المال المنذور حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه.

وهذا شرح كلمات الشيخ في مقام إثبات هذه الثمرة.

التحقيق

والتحقيق أن يقال:

إما أن يكون موضوع وجوب الوفاء عند الشيخ نفس العقد من غير تقييد - في قبال القول بأنه العقد بقيد التعقب بالإجازة - إذ قال: «وأما على المشهور من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطاً، لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به نفس العقد من غير تقييد»^(١)، ولذا فرعوا عليه وجوب الوفاء حتى مع العلم بعدم لحوق الإجازة. نعم، أثر الإجازة ترتب الأثر على العقد وهو النقل والانتقال. أما بناءً على القول المقابل، فيجوز للأصيل التصرف في ماله، إذا علم بعدم لحوق الإجازة أو لم يعلم بعدم لحوقها، وينحصر عدم جواز تصرفه بما إذا علم باللحوق، لتحقيق الموضوع في هذه الصورة.

وإما أن يكون الموضوع عنده هو العقد المؤثر بالإجازة المتأخرة، بأن ينقلب العقد بها إلى المؤثرية، إذ قال: «وإنما هي من المالك محدثة للتأثير في

العقد السابق وجاعلة له سبباً تاماً حتى كأنه وقع مؤثراً»^(١).

ونحن نتكلم على كلا الوجهين، فنقول:

أما على الأول، فلازمه أن تدل آية الوفاء على وجوب الوفاء بـ«عقودكم» -أي: عهودكم- وإن لم يكن للطرف المقابل عهد، بل يجب على الأصيل -المتعامل مع الفضولي- الالتزام ببيعه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك، فإن ردّ كان فسخاً للعقد من طرف الأصيل.

ولكنّ التعبير عن «العهد» بـ«العقد» إنما هو حيث يكون هناك عهدان مترابطان مشدود أحدهما بالآخر، فلو كان العهد من طرف واحد فقط لم يصدق عليه عنوان «العقد»، ولا يكون موضوعاً لوجوب الوفاء.

ولو قيل: بأنّ هنا عهدين، أحدهما من الأصيل والآخر من الفضولي، فموضوع الآية متحقق.

قلنا: اللازم تحقق العهد ممّن له الأهلية لذلك، بأنّ يكون مالكاً أو وكيلًا أو وليًا، وهو مقتضى ظاهر آية الوفاء وآية التجارة، والفضولي ليس بأهل للعهد.

بل إنّ الشيخ قد نصّ في بحث الإستصحاب^(٢) على أنه ربما يقيد الحكم موضوعه، ومثّل بـ«لا تضرب أحداً» فإن «الأحد» أعم من الحيّ والميت، ولكن لما كان ظاهر إسناد الضرب هو اعتبار الحياة، يلزم تقييد «الأحد» بـ«الحي» ويكون هو المراد.

(١) المكاسب ٤٠٥/٣.

(٢) فرائد الأصول: ٣٢٦.

وما نحن فيه من هذا القبيل، فالعقد في الآية وإن كان مطلقاً يعم ما إذا كان مع الفضولي الأجنبي عن المالكين، ولكن لا يعقل تعلق وجوب الوفاء بالأجنبي، بل المراد خصوص من له الأهلية لذلك، فلا يكون الموضوع في الآية مطلقاً، بل يتقيد بالعقد المركب من عهدين ليس أحدهما فضولياً. وعلى ما ذكرنا، فلا تقتضي الآية عدم جواز تصرف الأصيل قبل إجازة المالك.

وأما على الثاني:

فأولاً: إن عقديّة العقد إنما هي حيث يكون العقد مؤثراً عند العقلاء، فإن «العقود» في الآية المباركة عنوانٌ للعقود المتداولة بين الناس، وقد أمضاها الشارع بقوله «أو فؤا»، ولكن هذا الإمضاء يختصّ بالعقود التي لها السببية العقلانية للأثار المعينة لكل منها.

وعليه، فلا ريب في أن عقد الفضولي ليست له سببية أصلاً، فلو أنشأ البيع لم يصدق على إنشائه عنوان «البيع» المجعل موضوعاً في الأدلة، لعدم كونه سبباً مؤثراً في النقل والانتقال عند العقلاء، وهكذا لو أجر أو صالح أو وهب...

وثانياً: إن «الوفاء» عبارة عن ترتيب المقتضى على المقتضى، وهذا هو المراد في جميع موارد استعمال هذه المادة، من الوفاء بالندراً أو اليمين أو العهد أو الوعد... وفي القاموس: الدراهم الوافية، أي: الكاملة العيار^(١). وعليه، فلمّا كان من الواضح المعلوم أن إنشاء الفضولي بما هو غير

(١) القاموس المحيط: «وفى».

واجب الوفاء، فلا بدّ من تقييده، فالقول بأنّ العقد من غير تقييدٍ يجب الوفاء به غير صحيح.

وثالثاً: قد صرح الشيخ في موضع بأنّ وجوب الوفاء ليس تكليفاً محضاً، بل هو دالٌّ على ترتّب أثر النقل والانتقال على العقد، وأمّا اللزوم فيستفاد من إطلاقه.

وما ذكره هنا ينافي كلامه هناك.

فعلى هذا كله:

أما على الوجه الأوّل - بأنّ يكون العقد الواقع بين الفضولي وطرفه الأصل مؤثراً، والإجازة شرط متأخر يكشف عن صحّة العقد وترتب الأثر عليه - فإنّ الأصل إنّ علم بعدم لحوق الإجازة، جازله التصرف في ماله، وإنّ شك في لحوقها، فهو شاكٌّ في وجوب الوفاء، وله أن يتمسك باستصحاب بقاء سلطنته، أو بالبراءة عن وجوب الوفاء. نعم، لو علم بلحوق الإجازة لم يجز له التصرف.

وأما على الوجه الثاني، فهو يعلم بعدم مؤثرية العقد فعلاً، غير أنّه يحتمل لحوق الإجازة، ومع الاحتمال يجوز له التصرف.

والحاصل: إنّ عبارات الشيخ في بيان الكشف على المشهور على وجهين، وعلى كليهما يجوز للأصيل التصرف، كما يجوز على النقل. فالثمرة منتفية.

ثم إنّ فيما ذكره في دفع الدعوى المذكورة وتنظير ما نحن فيه بمسألة النذر، نظراً.

وذلك لأنه: إن كان موضوع وجوب الوفاء هو العهد الإنشائي، فالحق معه، لعدم كون الإنشاء معلقاً على الإجازة كما ذكر، ولكن الموضوع هو العهد الجدّي الواقعي، ولا إشكال في كونه مقيداً بمالكية العوض، وهي منوطة بالإجازة، فالعهد الحقيقي الباطني معلق، وقد قدّمنا جواز التصرف إلا إذا علم بلحوق الإجازة.

حكم المال المنذور قبل حصول الشرط

ويبقى الكلام في جواز التصرفات في المال المنذور قبل حصول الشرط، ولا بأس بذكر صور المسألة والتعرض لحكم بعضها، فنقول:

إن النذر على قسمين: نذر النتيجة مثل: «لله عليّ إن كان كذا فمالي هذا صدقة»، ونذر الفعل، كقوله: «لله عليّ إن كان كذا أن أتصدق بمالي هذا»، وعلى كلّ منهما، تارة: يكون الشرط فعلاً اختيارياً للشخص، كأن يقول: «لله عليّ إن سافرت غداً فمالي هذا صدقة»، أو «أن أتصدق بمالي هذا»، وأخرى: أن يكون غير اختياري بقولٍ مطلق، كقوله: «لله عليّ إن ولدت هذه ولداً ذكراً فمالي هذا صدقة»، أو «أن أتصدق بمالي هذا»، وثالثة: أن يكون غير اختياري لكن يمكنه المنع عنه، مثل: «لله عليّ إن سافر زيد غداً فمالي هذا صدقة»، أو «أن أتصدق بمالي هذا».

وعلى كلّ التقادير، فقد يكون الشرط قيداً لنفس النذر، وقد يكون قيداً للمنذور.

فالأصوَر اثنا عشر.

ومن النصوص في الباب:

صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول: يوم آتيها فهي حرة، ثم يبيعها من رجلٍ ثم يشتريها بعد ذلك.

قال عليه السلام: لا بأس بأن يأتيتها، قد خرجت عن ملكه^(١).

عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: قال قلت: رجل كان عليه حجة الإسلام، فأراد أن يحج، فقيل له: تزوج ثم حج. فقال: إن تزوجت قبل أن أحج فغلامي حر، فتزوج قبل أن يحج. فقال: أعتق غلامه. فقلت: لم يرد بعثقه وجه الله. فقال: إنه نذر في طاعة الله والحج أحق من التزويج وأوجب عليه من التزويج.

قلت: فإن الحج تطوع.

قال: وإن كان متطوعاً فهي طاعة لله. قد أعتق غلامه^(٢).

فهاتان روايتان في نذر النتيجة.

ويقع البحث في المنذور والشرط، والشرط تارةً فعل اختياري لنفسه، واخرى: فعل لغيره، وثالثةً أمر خارج عن القدرة.

أما المنذور - سواء كان بنحو نذر النتيجة أو موضوعاً للفعل - فإن كان مطلقاً، كأن يقول: لله عليّ إن كان كذا فمالي هذا صدقة. أو أن أتصدق بمالي هذا، كان ملازماً للالتزام بحفظ المال وإبقائه، إما لكون الالتزام داخلياً في

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٩٤، كتاب العتق، الباب ٥٩ رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٠٥، كتاب النذر والمهد، الباب ٧ رقم: ١.

النذر، أو هو عهد مقارنٌ له. فالتصرّف في المال قبل حصول الشرط غير جائز على كلّ تقدير، سيّما إذا كان الشرط موشكاً على التحقق، فضلاً عما إذا كان يعلم بتحقيقه فيما بعد.

مضافاً إلى ما عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في حديث: ما جعل لله فلا رجعة فيه^(١)،

وفي آخر عن صفوان عن أبي عبدالله عليه السلام:
وما جعلته لله فف به^(٢).

والى أن تصرّفه - مع احتمال تحقق الشرط - عدم مبالاة بالمصلحة الملزمة عند المولى، فهو تجرّ عليه.

وإن كان مقيداً، كأن يقول: «الله عليّ إن فعلت كذا فمالي هذا صدقة إن بقي على ملكي»، جاز له التصرف، ويشهد به الخبر السابق في الأمة، حيث كان النذر مقيداً بكونها أمةً له، ولذا قال عليه السلام: لا بأس، لقد خرجت عن ملكه.

هذا في المنذور.

وأما في الشرط: فإن كان الشرط فعلاً اختيارياً لنفسه، فقد يكون النذر زجرياً، كأن يقول: «الله عليّ إن شربت التتن فمالي هذا صدقة»، وهذا على نحوين، فتارةً: ينحلّ إلى نذرين، فينذر ترك التتن، والتصدّق على تقدير الشرب، وعلى هذا، تجب عليه كفارة النذر إن شرب والتصدّق معاً، وأخرى:

(١) مستدرک الوسائل ٤٨/١٤، کتاب الوقوف والصدقات، الباب ٣، رقم: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٣٩٢/٢٢، کتاب الإيلاء، أبواب الكفارات، الباب ٢٣، رقم: ٣.

لا ينحل، كأن يقول: «الله عليّ التصدق بمالي هذا إن شربت التتن» وعلى هذا، يجوز له الشرب، فإذا شرب تصدّق وإلا فلا.

وقد يكون النذر شكريّاً، كأن يقول: «الله عليّ إن زرت الحسين عليه السلام أن أتصدّق بمالي هذا»، والكلام فيه كالكلام في سابقه.

وإن كان الشرط فعلاً لغيره، كأن يقول: «الله عليّ إن سافر زيد غداً أن أتصدّق بمالي هذا، أو فمالي هذا صدقة، فإن أمكنه منعه من السفر، جاز له التصرف بالمال، لانتفاء الموضوع، وإلا، فلا يجوز له التصرف.

وإن كان الشرط فعلاً غير اختياري، كأن يقول: «الله عليّ إن ولدت هذه ولداً ذكراً أن أتصدّق بمالي هذا، أو فمالي هذا صدقة» لم يجز له التصرف في المال.

هذا موجز الكلام في النذر بمناسبة المقام.

قال الشيخ:

ولأجل ما ذكرنا... قال في القواعد^(١)...

لو زوّج الفضولي امرأة من رجل، لم يجز للرجل التزوّج بأَمّ المعقودة وبناتها والتزوّج بالخامسة - إن كان عنده ثلاثة زوجات - حتّى تفسخ المرأة. قال: وفي الطلاق نظر، لترتبه على عقد لازم، وهذا ليس كذلك.

ولو زوّج الرّجل فضولياً من امرأة، لم يحل للمرأة نكاح رجلٍ آخر، إلا إذا فسخ المعقود له. قال: والطلاق هنا معتبر.

أقول:

جريان الطلاق مشكل، لأنه بيد من أخذ بالساق، وهذا ليس بزواج. أَللَّهُم
إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إجراؤه الطلاق يدلُّ بالدلالة الإلزامية على إمضائه التزويج الواقع
قبله. والله العالم.

ثمرات ذكرها كاشف الغطاء

قال الشيخ:

ثُمَّ إِنَّ بَعْضَ مُتَأَخِّرِي الْمُتَأَخِّرِينَ ذَكَرَ ثَمَرَاتٍ أُخْرَى لَا بَأْسَ بِذِكْرِهَا...
لَوْ مَاتَ الْأَصِيلُ قَبْلَ الْإِجَازَةِ، فَعَلَى الْكَشْفِ لَا يُوجَدُ مَوْتُهُ خِلَافًا
بِالْمُعَامَلَةِ، لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ الشَّيْءُ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ، فَإِذَا أَجَازَ الْمَالِكُ انْتَقَلَ الْمَالُ
إِلَى وَرَثَةِ الْمَيِّتِ. أَمَّا عَلَى النُّقْلِ فَلَا، لِعَدَمِ بَقَاءِ الْمَحَلِّ قَابِلًا.
وَكَذَا قَالَ فِيمَا لَوْ ارْتَدَّ الْأَصِيلُ ارْتِدَادًا فِطْرِيًّا، أَوْ مِلِّيًّا وَكَانَ الْمُبِيعُ عَبْدًا
مُسْلِمًا أَوْ مُصَحَّفًا شَرِيفًا.

الثمرة الاولى الفرع الأول

أقول:

هذه هي الثمرة الاولى، وفيها فرعان:
أما الفرع الأول، فتفصيل الكلام فيه هو: إنه لو مات أحد المتبايعين،
فَالصُّورَةُ أَرْبَعُ:

١- أن يموت الأصيل قبل إجازة المالك.

٢- أن يموت المالك قبل إجازة نفسه.

وكلّ منهما، فالعوض الذي يجب عليه دفعه، إمّا هو مالٌ خارجي قد سلّمه، وإمّا هو دين في ذمّته.

أمّا إن مات الأصيل والمال خارجي، فالحكم واضح على الكشف، لأنّ الإجازة تكشف عن دخول المال في ملكه من حين العقد، فينتقل إلى ورثته بموته. وأمّا على النقل فوجوه ثلاثة:

أحدها: ما هو مقتضى مسلك الميرزا الاستاذ في البيع، من حفظ إضافة المتبايعين ووقوع المبادلة بين طرفي الإضافتين، وذلك، أن الأصيل قد التزم بكون ماله بدلاً عن مال المالك، فلمّا مات انتقل المال مع خصوصيّة الالتزام المذكور إلى ورثته، فإذا أجاز المالك انتقل إليه مال الأصيل كما التزم به. وعليه، فالثمرة منتفية.

ولكنّا لم نوافق على الكبرى، ولا الصغرى يمكن الموافقة على ما ذكره فيها، لأنّ الإلتزام أمرٌ نفساني، وليس من أعراض العين الخارجيّة، وليس حقّاً مجعولاً، لعدم كون عقد الفضولي سبباً تامّاً - على النقل - ليحدث حقّاً.

الثاني: ما هو مقتضى مسلك صاحب الجواهر - الذي سنذكره فيما بعد مفصلاً - من كفاية كون المجيز مالاً حين الإجازة، فلا أثر للإجازة أصلاً، إلّا أنه بعد أن انتقل مال الأصيل الميت إلى الورثة، يكون لهم الحق في أن يجيزوا البيع الواقع من مورّثهم، فإذا أجاز المالك وأجازوا، ترتّب الأثر وحصلت المبادلة بين المالكين.

وأمّا بناءً على اعتبار كون المجيز مالاً حين العقد، فلا أثر لإجازة

الورثة، وتكون إجازة المالك بلا أثر كذلك.

وهذا هو الوجه الثالث.

وإن مات الأصيل والعوض في ذمته، فعلى الكشف، إن أجاز المالك فالمتاع للورثة وعليهم أداء الدين، وعلى النقل، فلا أثر للإجازة، والعقد باطل، لانعدام العوض بانعدام الذمة.

وإن مات المالك قبل إجازته، والذي وقع عليه العقد في ماله فضولاً عين خارجية، فلا موضوع للإجازة، لكن العين لما انتقلت إلى الورثة صاروا هم الطرف للمعاملة الفضولية، فلهم الإجازة بناءً على كفاية المالكية في حين الإجازة، فإذا أجازوا ترتب الأثر على العقد.

وإن مات المالك قبل إجازته والعوض في ذمته، بطل العقد على القولين. فهذه هي صور المسألة، وقد ظهر ترتب الثمرة على بعض وعدمه على بعض، وترتبها في بعض على قول وعدمه على آخر. هذا كله في الفرع الأول.

الفرع الثاني

وأما الفرع الثاني - حيث الموضوع هو الارتداد، عن فطرة مطلقاً، أو عن ملة مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً - فقد حكم كاشف الغطاء بالصحة على الكشف دون النقل، فالثمره مترتبة. وسيظهر من كلامنا لزوم اعتبار القيد المذكور في الفطري أيضاً.

وما ذهب إليه يبتني على أن المرتد الفطري تنتقل أمواله إلى ورثته

بارتداده، ولا يدخل شيء في ملكه وإن اكتسب. وأيضاً يبتني على اعتبار قابلية التملك للطرفين حين الإجازة على النقل.

أقول:

والتحقيق صحة معاملات المرتد الفطري وملكيته، وتفصيل الكلام بناءً عليه هو:

إن المرتد إما هو الأصل وإما المالك، والارتداد إما فطري وإما ملبّي، وعلى التقادير، فالمال إما خارجي وإما دين في الذمة. فالصور ثمان.

فإن ارتد الأصل عن فطرة قبل أن يجيز المالك، والعوض دراهم معينة، وأجاز المالك، فعلى الكشف يكون المالك المجيز مالاً للدراهم من حين العقد، والمتاع ملك للأصيل، غير أنه ينتقل بارتداده إلى الورثة، فالمعاملة صحيحة. وأما على النقل، فالمتاع ملك للأصيل من حين الإجازة، لكن الدراهم منتقلة إلى الورثة، فإن انضمت الإجازة منهم صح البيع وأبطل. ولا يخفى أن ملكية الأصيل للمتاع مبني على التحقيق، ومشروط بأن لا يكون عبداً مسلماً أو مصحفاً على المشهور، وقيل: يملك إلا أنه يجبر على البيع.

وإن كان عوض ديناً في ذمته، فالحكم على الكشف واضح، إذ المتاع للورثة وذمته مشغولة، وعلى النقل - إن لم يكن المتاع عبداً مسلماً أو مصحفاً - يملك الأصيل - على المبني - وذمته مشغولة.

فالإجازة على كلا القولين مؤثرة والمعاملة صحيحة، والثمرة منتفية. وإن ارتد المالك عن فطرة قبل الإجازة، وكان المال ديناً في ذمته، فعلى الكشف ينكشف كون المتاع له، وهو بعد الارتداد ملك للورثة، وذمته

مشغولة. وعلى النقل، يملك على المبني، وذمته مشغولة.

فالإجازة صحيحة على كلا القولين، فلا ثمرة.

وإن كان المال عيناً خارجيّة، فأما على الكشف، فالمتاع ملك له منتقل إلى الورثة، والعين الخارجيّة ملك للطرف المقابل. وأما على النقل، فيتوقف ترتّب الأثر على الإجازة على انضمام إجازة الورثة.

هذا إن كان الارتداد عن فطرة.

وأما إن كان عن ملّة، فإن المرتد المملّي كسائر الناس في بيع وشراء ما عدا العبد المسلم والمصحف الشريف، ولذا يقع البحث فيه في خصوصهما، لأنّ المشهور - بل المدعى عليه الإجماع - أنه لا يملكهما، وقيل: يملك ويجبر على البيع. [١]

[١] وقال المحقق الإصفهاني - في التعليق على قول الشيخ: مع كون المبيع عبداً مسلماً -: سيجنى - إن شاء الله تعالى - أن مدرك الحكم قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ والنسبي: الاسلام يعلو ولا يعلو عليه. ومفادهما مختلف بالدقّة، فإن الملكية ليست سبيلاً على المسلم للكافي، فإن مقتضى التعدي بحرف الاستعلاء فيما لا يتعدى بها بطبعه كون التعدي متضمناً للغلبة، والظفر والضرر ممّا يتعدى بها. ومن الواضح أن ملكية الكافر للمسلم ليست غلبة ولا ظفراً ولا ضرراً عليه، بل سلطنة الكافر على أنحاء التصرفات في العبد ضرر عليه، ومفاد البيع هو التملك، والملكية تجامع المحجورية عن التصرفات شرعاً، فالآية حينئذٍ تقتضي نفي السلطنة لانفي الملكية. فلا فرق حينئذٍ بين الكشف والنقل.

فإن وقع أحدهما الخارجي في حيز المعاملة فضولياً، فالإجازة صحيحة مطلقاً، لأنه - على الكشف - ينكشف مالكية المرتد، لكونه مسلماً حين العقد، فيكون بسبب ارتداده كسائر المالكين من الكفار ويجبر على البيع أو غيره ليخرج عن ملكه. وعلى النقل، تكون الإجازة جائزة بل واجبة، وبها يخرج عن ملكه. فالمعاملة صحيحة على القولين.

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 أنه لا يجوز العلو حدوثاً وبقاءً، يجب إزالة ملكه عن المسلم. وإن كان مفاده عدم حصول العلو، فهو دليل على عدم حصول الملك بأي سبب كان، إختيارياً كان أو اضطرارياً. وحينئذ، يتفاوت الكشف والنقل في ذلك.^(١)

أقول:

إذا كان نفس ملكية الكافر عين مولويته وسيادته على المسلم وهو علو عليه، فإنه حينئذ سبيل عليه، وهو ما نفتته الآية المباركة، فلا يبقى فرق بينها وبين الزواية. هذا، وسيجى ما ذكرناه في كلام السيد الجذ في الكتاب.

(١) الحاشية على المكاسب ٢/ ١٦٨ - ١٦٩.

وإن وقع أحدهما الكلّي في حيّز المعاملة فضوليّاً، فإن كان عنده مصداق ذاك الكلّي، صحّت الإجازة وأجبر على بيعه على كلا القولين، وإن لم يكن عنده المصداق، فالإجازة باطلة على كلا القولين، لتعذر تحصيله وتسليمه، وإن كان يملكه بناءً على الكشف.

فظهر عدم ترتب الثمرة إن ارتد أحدهما عن ملةٍ مطلقاً.

ولو فرض شراء الفضولي العبد أو المصحف من مالكة المسلم بدراهم في ذمة مسلم ثم ارتد المشتري له عن ملة فأجاز، أو باع الفضولي العبد أو المصحف عن مالكة المسلم من المشتري الأصيل بدراهم في ذمته، فارتد المشتري عن ملة ثم أجاز، فالإجازة على الكشف صحيحة، ويجبر المشتري على البيع، وأما على النقل فباطلة.

والضابطة الكلية في المرتد الملى هي:

إنه لو ارتد من انتقل عنه العبد المسلم أو المصحف ثمناً أو مثنياً في الخارج عن ملة، فالإجازة صحيحة على القولين، ولو ارتد من ينتقل إليه أحدهما، فعلى الكشف صحيح وعلى الناقل باطل.

أما لو كان في الذمة، سواء في ذمة من انتقل عنه أو إليه، فالإجازة باطلة على القولين.

وهذا تمام الكلام في الثمرة الاولى.

الثمرّة الثانية

قال الشيخ:

وكذا لو انسلخت قابليّة المنقول بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه...

الثمرة الثانية: لو تلف أحد العوضين أو عرضت عليه نجاسة وهو مائع فسقط عن المالِية.

أقول:

والكلام تارة: في التلف، واخرى: في خروجه عن المالِية.

أما في صورة التلف، فلو تلف المبيع فضولياً قبل الإجازة، فإن كان تلفه قبل التسليم، فلا موضوع للإجازة، لأن كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال صاحبه، بل المشهور ذلك في الثمن أيضاً. وإن كان التلف بعد القبض - كأن يكون المتاع أمانة عند شخص فباعه الفضولي إيّاه، فعلى الكشف: تصحّ الإجازة، وبها ينكشف كون المشتري مالكا له من حين العقد، فالتلف واقع في ملكه. وعلى النقل: لا تصحّ، لأن المفروض كون المتاع تالفاً، والتالف لا يباع.

فالثمرة هنا مترتبة.

وأما في صورة الخروج عن المالِية، كما لو كان مائعاً قد عرض عليه النجاسة - أو انتقل إلى النجاسة، كما في الجواهر عن كاشف الغطاء، بأن يكون خلأً فينقلب خمراً - فإن عروض النجاسة على ثلاثة أنحاء: فقد تعرض والمالِية العقلانيّة والشرعيّة محفوظة، وقد تعرض والمالِية العقلانيّة موجودة، دون الشرعيّة، كالدهن المتنجّس على القول بعدم جواز بيعه، وقد تعرض ويسقط المال عن المالِية مطلقاً، وهذا محلّ البحث هنا.

فلو سقط عن المالِية مطلقاً قبل الإجازة، فعلى الكشف تصحّ الإجازة، لوجود المالِية حين العقد فتؤثر الإجازة أثرها، وعلى النقل، فالمالِية في حين

الإجازة مفقودة، فلا تؤثر لعدم شرط الملكية.

ولو سقط عن المالية الشرعية فقط، فالكلام كالصورة السابقة.

ثم إن الميرزا الاستاذ^(١) أورد على كاشف الغطاء - في حكمه بترتب الثمرة في الصورتين - بما توضيحه:

إنه يعتبر في الحكم بوجوب الوفاء بالعقد إستناده إلى المالك، بأن يصدق عنوان «عقودكم»، ولولاه لم يجب الوفاء، هذا من جهة. ومن جهة أخرى: يعتبر في العقد الواجب الوفاء به أن يكون متعلقه موجوداً ذا مالية، وإلا فلا يجب الوفاء به.

وحيث أن الإجازة وفاءً بالعقد وتنفيذ له، فيعتبر أن يكون موردها واجداً للجهتين المذكورتين، فلو فقد أحدهما لم تؤثر. وعليه، فإن الإجازة - مع فرض تلف أحد العوضين أو سقوطه عن المالية - غير مؤثرة، من غير فرق بين الكشف والنقل، فالثمره منتفية.

أقول:

والأولى أن يقال:

إن الشرط إما هو الإجازة المتأخرة، أو وصف تعقب العقد بالإجازة، وهذا على وجهين، أحدهما: اشتراط أن يكون العقد متعقّباً بما يفيد الرضا، والآخر: أن يكون متعقّباً بما يفيد الإسناد والتنفيذ. فهذه ثلاثة وجوه. والإشكال المذكور إنما يرد بناءً على الوجهين الأول والثالث فقط، أما على الثاني، فلا مجال له.

قال الشيخ:

وفي مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد.
والمقصود من «في مقابله» هو الجواز بناءً على النقل، والبطلان بناءً
على الكشف.

وذلك: فيما لو باع الفضولي الثمرة قبل بدو صلاحها، - وبيع الثمرة قبل
ذلك باطل - فبدا صلاحها بعد العقد وقبل إجازة المالك، فعلى النقل يصح،
لأن العقد جزءٌ للسبب، وقد جاء الجزء الآخر له - وهو الإجازة - في ظرفٍ قد
تحقق فيه بدو الصلاح، فيؤثر أثره. أما على الكشف فلا يصح، لأن البيع قد
وقع باطلاً.

وفي مقابله أيضاً: ما لو كان العقد مقروناً بفقد الشرط ثم حصل، كما لو
باع الفضولي مصحف الغير من كافرٍ، فأسلم الكافر قبل الإجازة، فعلى النقل،
يصح، لأن الشرط - وهو إسلام مالك المصحف - متوفر في حين تأثير
الإجازة، وأما على الكشف، فهو باطل، لفقد الشرط في حين العقد.

قال الشيخ:

وربما يعترض على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدلة في اعتبار استمرار
القابلية إلى حين الإجازة على الكشف... وفيه...

أقول:

هذا الاعتراض من صاحب الجواهر^(١) وعبارته مفصلة، وحاصلها:
اعتبار قابلية المتعاقدين للمعاملة، والعوضين لأن يتعامل عليهما، مستمرة

من حين العقد إلى حين الإجازة. ففي الموردين الأولين لا قابلية في حين العقد، وفي ما يقابله القابلية موجودة حال الإجازة دون حال العقد. فأجاب الشيخ: بأنه لا دليل على اعتبار استمرار القابلية ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، ثم نقض الاعتراض بما هذا توضيحه:

إنه لو باع شخص مال غيره فضولياً لزيد، ثم باع زيد ذلك المال لعمره معتقداً ملكيته له، لأنه قد اشتراه من ذي اليد، ثم باعه عمرو من بكرٍ لأنه يرى نفسه مالكا... وهكذا، ثم بان واقع الحال وظهر أن المال لم يكن للبائع الأول، فقد اتفقت كلمة الأصحاب على أن المالك الأصلي لو أجاز البيع الأول الصادر فضولياً، فجميع البيوع المتأخرة صحيحة، مع أن أكثر القائلين بذلك يرون الإجازة المتأخرة كاشفةً عن تحقق الملكية حين صدور البيع.

فإذن، لما أجاز المالك البيع الأول خرج المتاع عن ملكه بإجازته وصار ملكاً لزيد، فليست إجازته بالنسبة إلى البيوع المتأخرة واقعةً مع استمرار قابليته، وزيدٌ بعد أن باعه لعمره، خرج عن ملكه النفس الأمري - بناءً على الكشف - فلم يكن مستمراً على قابليته، وهكذا عمرو وغيره...

وقال الميرزا الاستاذ^(١): إنه بإجازة المالك تنكشف ملكية زيد وينكشف ببيعه من عمرو خروج المال عن ملكه، وهكذا، فهي انكشافات متعاقبة متتالية بعضها ينكشف عن بعض، وكلها بسبب الإجازة. والخروج عن القابلية تارة: يكون قبل الإجازة، فلا تنفع الإجازة حينئذٍ، وأخرى: يكون

بإجازة المالك، وهذا لا بأس به، إذ ينكشف بها خروج المال في نفس الأمر عن ملك مالكة، لكونها شرطاً متأخراً، أو لكون العقد متصفاً بصفة التعقب بالإجازة من المالك.

بل كان الميرزا يقول بصحة جميع تلك البيوع على القول بالنقل أيضاً، لأن إجازة المالك تؤثر في حصول الملكية لزيد وفي خروج المال عن ملكه إلى عمرو... وهكذا.

ولكن يرد عليه: بأن تأثير الإجازة في ملكية زيد للمال وخروجه عن ملكه معاً غير معقول، لأن الشيء الواحد لا يمكن أن يؤثر في الآن الواحد أثرين متناقضين، إلا أن يدعى المغايرة بين أن الملكية وأن الخروج عن الملك.

وأجاب السيد عن نقض الشيخ، فقال:

ما ذكره المصنف رحمه الله من أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية. فيه: إنه إنما يكون كذلك مع عموم الأدلة، وهو ممنوع. والقياس على مالو وقعت بيوع متعدّدة على ماله فأجاز الأول. كما ترى إذ الفرق واضح بينه وبين مانحن فيه، فإن في هذا الفرض الاستمرار متحقق إلى حين الإجازة مع قطع النظر عنها، وإنما يستكشف عدم الملكية من جهتها، وهذا لا مانع منه، وإنما الممنوع عدم بقاء الملكية إلى حين الإجازة مع قطع النظر عنها وعن مقتضاها.^(١)

وكذا الميرزا الاستاذ، وقد أوضحنا كلامه، وأضاف صحة البيوع على

النقل، وقد تقدّم الإشكال عليه.

ولكنّ الإنصاف عدم تمامية إشكاليهما على الشيخ، لأنّ بإجازة المالك ينكشف مالكيّة زيد المال في الزمان الأوّل، وأنّ عمراً ملكه في الزمان الثاني، وأنّ خالداً ملكه في الزمان الثالث، وهكذا، وإن ارتفع ملكيّة زيد للمال إنما هو ببيعه لعمرو، لأنّه بالإجازة، فالقابليّة منسلخة بواسطة غير الإجازة، فما ذكره مردود، ونقض الشيخ على صاحب الجواهر وارد.

لكن أقول:

إن تسالم الأصحاب على صحّة البيوع المتعدّدة، صحيح على مسلك الكشف، لأنّ صحتها منوطة بإجازة المالك، إذ بها تنكشف الملكيات المتعاقبة لكل واحد من المتعاملين في وقته، وأمّا بناءً على النقل، فإنّ إجازة المالك لبيع الفضولي من زيد إنما تفيد ملكيّة للمال في حين الإجازة، لكن بيعه المال من عمرو قد وقع قبل الإجازة بمدة، فيدخل في مسألة ما إذا باع الرجل مالاً ثم ملكه، وهو باطل، فكيف تصحّ تلك البيوع كلّها على النقل؟ هذا مطلب.

والمطلب الثاني، قال في الجواهر: يمكن دعوى ظهور الأدلّة في اعتبار القابليّة حاله - يعني الكشف - كالنقل أيضاً، وإنه لولا الرضا لكان مالكا، بل لا بدّ من اتّصالها من حين العقد إلى حال الإجازة.

فأقول:

إن كان صاحب الجواهر يدّعي ظهور الأدلّة في اعتبار اتّصال القابليّة من حين العقد إلى حال الإجازة، كان الإشكال عليه بأن لا ظهور للأدلة في ذلك

واردًا، لكنّه يدّعي ظهورها فيما ذكره في الجملة الاولى.

وأما قوله في الجملة الثانية: «بل لا بدّ من اتّصالها...» بإشارة إلى البرهان العقلي. وتوضيحه: إنّ السبب المؤثر في الملكية المَجْعُول موضوعاً للأمر بالوفاء، مركّب من جزئين: العقد والإجازة، وهو «عقودكم» كما ذكرنا مراراً، وتأخر الإجازة لا يضرّ على مبنى صاحب الجواهر - من أنّ الشروط الشرعيّة تختلف عن العقليّة - وإذا لحقت تمّ السبب، فلا يعقل عدم قابليّة المسبب عند تحقق السبب.

وبهذا يندفع نقض الشيخ، لا بما ذكره السيّد والميرزا الاستاذ كما عرفت.

نعم، لا يتوجّه البرهان المذكور على مبنى أنّ الشرط هو وصف التعقّب، وعلى مبنى الانقلاب الاعتباري الذي اخترناه.

قال الشيخ:

وكما يشعر بعض أخبار المسألة المتقدّمة، حيث أنّ ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة.

أقول:

لا يبعد أنّ يكون إشارة إلى موثقة جميل عن أبي عبدالله عليه السلام: في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير الذي أمره. حيث قال عليه السّلام: «هو ضامن...»^(١).

ومقتضى ترك الاستفصال عن حياة بائع المتاع الآخر، عدم اعتبار حياة

المتعاقدين إلى زمان الإجازة.

هذا ظاهر هذه الرواية.

والى الرواية في اتّجار الأجنبي بمال اليتيم، حيث حكم الإمام عليه السّلام بأنّ الربح كلّهُ لليتيم^(١). وحملها الشيخ على إجازة الولي.

وهي تدلّ على عدم الاعتبار، لترك الإمام الاستفصال كذلك.

وفي الاستدلال بالخبرين نظر، لأنّ الاستفصال إنّما يحتاج إليه فيما لا تكون حجةً، والاستصحاب حجةً على الحياة، فلا يكون ترك الاستفصال دليلاً على عدم اعتبارها.

وأما قوله: «وصريح الآخر» إشارة إلى رواية ابن أشيم في العبد المأذون الذي دفع إليه مال ليشترى به نسمةً ويعتقها ويحجّه عن أبيه...^(٢).

ومن الواضح دلالة إقامة البيّنة على إجازة المعاملة الواقعة فضوليّةً، والحال أنّ أحد المتعاقدين ميّت، فلا يعتبر حياتهما عند الإجازة.

لكنّ الإنصاف أنّ هذه الرواية أجنبية عمّا نحن فيه، لأنّ الكلام فيما لو مات أحد المتعاقدين بعد العقد وقبل الإجازة، وفي الرواية قد وقع الموت قبل العقد.

قال الشيخ:

مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين... فإنّ موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد...

(١) وسائل الشيعة ٩ / ٨٩، كتاب الزكاة، أبواب من تجب عليه الزكاة، الباب ٢ رقم: ٨

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٨٠، كتاب التجارة، الباب ٢٥ رقم: ١.

أقول:

هذا ردّ من الشيخ على صاحب الجواهر، إذ قال في هذه الرواية أنها قضية في واقعة، ولا دليل على التعدي عنها إلى غيرها.
يقول الشيخ: يتعدى عنها بمقتضى الفحوى.

وهذا عجيب جداً، لعدم ثبوت الأولوية للنكاح إلا في موردٍ خاص، كما هو مقتضى التعليل في قوله عليه السلام: «إن النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه، لأنه الفرج ومنه يكون الولد». فالحق مع صاحب الجواهر القائل بعدم جواز التعدي عن موردها.

قال الشيخ:

مضافاً إلى إطلاق رواية عروة، حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن موت الشاة أو ذبحه وإتلافه.

أي: فلا يشترط استمرار قابلية العوضين إلى حين الإجازة.

أقول:

إن ترك الاستفصال يدلّ على العموم حيث يكون للشيء القابلية للجهتين عادةً، ولكن الشاة لا تتلف في مثل هذا الزمن القصير عادةً، وأمّا الذبح فيحتمل، ولكنه يندفع بالاستصحاب وهو حجة، ومع وجود الحجة لا مجال للاستفصال، فلا يتم التمسك بتركه.

قال الشيخ:

نعم، ما ذكره أخيراً من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة... وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

أقول:

فالشيخ يوافق هنا صاحب الجواهر حيث قال بالنسبة إلى ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً: إنه «أوضح فساداً».

وهذا الإشكال على كليته غير وارد، بل لا بدّ من التفصيل، وذلك: لأنهم اختلفوا في أن الشروط في عقد الفضولي، هل يكفي توفرها في حين العقد وإن فقدت حين الإجازة، أو في حينها وإن كانت مفقودة حين العقد، أو يعتبر توفرها حين العقد وحين الإجازة معاً، بأن تكون هي بشخصها مستمرة إلى حين الإجازة، أو يكفي توفرها في الحينين وإن انقطعت في البين؟

وجوه أربعة.

ثم إن الشروط منها ما يتعلّق بالعقد، كالإنشاء والقصد والتنجز... ومنها ما يتعلّق بالمتعاقدين، كالبلوغ والعقل ونحوها، ومنها ما يتعلّق بالعوضين، كالمالّة العقلانيّة والشرعيّة، والقدرة على التسليم، والعلم بالوزن والكيل فيهما، وغير ذلك.

التحقيق

فالتحقيق أن يقال:

أما شروط العقد بما هو عقد، فلا بدّ من توفرها حين العقد، لأنها مقومات، ولا وجه لأنّ يعتبر استمرارها، نعم، يعتبر الإنشاء والقصد في الإجازة، لكن اعتبار ذلك فيها غير اعتبارها في العقد.

وأما شرائط المتعاقدين، فمنها ما يعتبر فيهما بما هما منشآن للعقد، كالعقل والبلوغ على المشهور، فلا بد من توفره في الفضولي، ومنها ما يعتبر فيهما بما هما عاقدان، كما لو عقد فضولياً ثم جنّ فأجاز المالك، فالعقد صحيح، وكما لو عقد الفضولي على مال المفلس، ثم خرج المالك عن الحجر وأجاز، فالعقد صحيح، وكما لو عقد الفضولي على مالٍ ومالٍ جاهل بالعوض فعلم به حين الإجازة، فالعقد صحيح، وكما لو عقد الفضولي على مالٍ ومالٍ مكره على البيع، فأجاز عن الاختيار، فالعقد صحيح.

بل لو عقد الفضولي على عين، فاشتراها رجلٌ وأجاز العقد، فالعقد صحيح، وسيأتي البحث عن ذلك بالتفصيل.

وأيضاً، لو باع الفضولي ملكاً لزيد وهو جاهل بذلك، وباعه من عمرو ثم اشتراه منه، وعلم ببيع الفضولي وأجازه، كان العقد صحيحاً.

وعلى الجملة، لا يعتبر استمرار شرائط المتعاقدين من حال العقد إلى حال الإجازة، سواء على الكشف والنقل.

والكلام في شرائط العوضين، بأن لا يكون أحدهما رهناً أو أم ولد أو وقفاً، وهكذا، يختلف على القولين، فالقائل بالكشف يرى اعتبارها حين العقد، والقائل بالنقل يرى اعتبارها حين الإجازة، وأما اعتبار استمرارها كما عليه الشيخ وكذا قول صاحب الجواهر، فلا يمكن المساعدة عليه، ولو استمر وجودها بحسب العادة من حين العقد إلى حين الإجازة، وقع العقد صحيحاً على القولين.

وملخص الكلام: شرائط العقد وجودها ضروري في حينه، وفي المتعاقدين - أي من يضاف إليه العقد - هي معتبرة حين الإجازة دون العقد، وفي العوضين بناءً على الكشف حين العقد، وعلى النقل حين الإجازة.

نعم، المالية وإن كانت من شرائط العوضين، إلا أنها ترجع بالمآل إلى تحقق مفهوم البيع، فلا بد من وجودها فيهما حين العقد، على كلا القولين.

ثمرات اخرى

قال الشيخ:

وربما يقال بظهور الثمرة في تعلّق الخيارات وحق الشفعة واحتساب مبدأ الخيارات ومعرفة مجلس الصّرف والسّلم والأيمان والنذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري.

أقول:

قوله: ربما يقال، قد يشعر بعدم موافقته على الثمرة في هذه المواضع. مثال الخيار: ما لو كان الغبن أو العيب في المتاع حين عقد الفضولي، وكان زائلاً في وقت الإجازة، فبناءً على الكشف، الخيار ثابت، وبناءً على النقل لا خيار، لعدم الموضوع. وأمّا خيار المجلس فيتبع مقتضى الدليل، فإن كان المدلول مجلس النقل والانتقال، كان حين العقد على الكشف وحين الإجازة على النقل، فالثمرة مترتبة كذلك، وإن كان المدلول ما لم يفتقر البيعان، فإن «البيع» ظاهر في التلبس بالمبدء وهو يكون بالإضافة، وهي على كلّ تقدير حين الإجازة، لأن نسبة البيع إلى المالك إنما تتحقق بإجازته، فالثمرة منتفية.

ومثال الشفعة: ما لو كان زيد وعمرو شريكين على الإشاعة في ملك، فباع الفضولي حصّة زيد من بكر، وباع عمرو حصّته من خالد قبل إجازة

زيد، فأجاز زيد، فأما على الكشف: يكون بكر مالكا لما اشتراه من الفضولي فيكون شريكاً لعمر و في الملك وله الأخذ بالشفعة، ويبطل شراء خالد. وأما على النقل: فخالد يأخذ بالشفعة ويبطل شراء بكر.

ومثال احتساب مبدأ الخيارات، فخير الحيوان ثلاثة أيام، ومبدؤها على الكشف حين العقد، وعلى النقل حين الإجازة.

وقد يتوهم ظهور الثمرة في خيار المجلس، بأن يكون مبدؤه على الكشف مجلس العقد وعلى النقل مجلس الإجازة.

لكن الحق: أن الملكية لا تثبت، لا في هذا المجلس ولا ذاك، لأن الخيار للبيع، وهو من أسند البيع إليه، وفي عقد الفضولي بيع ولا انتساب، وعند الإجازة انتساب ولا بيع. نعم، لو استمر مجلس عقد الفضولي حتى أجاز المالك فيه، كان المجلس مجلس البيع والانتساب معاً.

اللهم إلا أن يقال: بأن الإجازة بنفسها عقد، فيكون حينها هو المبدء بناءً على النقل. لكن هذا الاحتمال موهون جداً، لأن الإجازة مصححة لانتساب عقد الفضولي إلى المالك.

وعلى الجملة، فإن موضوع هذا الخيار هو مجلس البيع المنتسب إلى المالك، فيعتبر أن يكون العقد والإجازة في مجلس واحد.

وأما خيار الغبن والعيب والرؤية، فقد يقال^(١): إن كان المتاع في وقت العقد سالماً وواجداً للأوصاف وبقيمة عادلة، ثم حدث العيب أو حصل الغبن أو فقد الوصف، فعلى الكشف لا يثبت الخيار، وعلى النقل يثبت. فالثمرة مترتبة.

وكذا في العكس، فلو باع الفضولي المتاع معيباً أو لا بقيمة عادلة ثم زال العيب أو الغبن عند الإجازة، فعلى الكشف يثبت الخيار وعلى النقل لا يثبت، وهكذا بالنسبة إلى خيار الرؤية.

ولكنّ ظهور الثمرة في الصورتين، إنما هو بقطع النظر عن عروض بعض الخصوصيات الموجبة لانتفاء الثمرة، ولذا، فإن الحق أن يقال في هذه الخيارات: تارة: يبحث عن هذه الخيارات في بيع الفضولي مال الغير بلحاظ كونها من آثار التملك، بأن الإنسان إذا ملك شيئاً معيباً بالشراء أو اشتراه بأكثر من قيمته أو كان فاقداً لوصفٍ من أوصافه، ثبت له الخيار، فتكون الثمرة ظاهرة على ما ذكر.

وتارة: يبحث بالنظر إلى الأدلة، فإن الموضوع فيها هو «البيع» لا «الملكية»، فإن كان الموضوع هو البيع المضاف إلى المالك بما هو مضاف، فالمدار على الإجازة على القولين، وإن كان لا بما هو مضاف، فالمدار على العقد على القولين.

ولكنّ التحقيق هو: أن الموضوع في الخيار ليس الملكية المحضة، ولا البيع بما هو بيع، بل البيع المضاف بما هو مضاف. [١]

[١] وبما ذكر يظهر الجواب عما أفاده المحقق الإصفهاني من ابتناء الثمرة على المختار في حقيقة الخيار، بأنه إن كان متعلق الخيار هو العين، فالثمره مترتبة، وإن كان متعلقة هو العقد، فهي متفية. فراجع. (١)

وفي خيار الحيوان، ظاهر الروايات: أن مبدء الثلاثة أيّام هو حين بيع من يضاف إليه الحيوان بالشراء، على المشهور من أن خيار الحيوان للمشتري فقط. وقيل: هو للبائع أيضاً إن كان الثمن حيواناً. فمن له الخيار هو من أضيف إليه البيع بما أنه هكذا، ومن المعلوم أنّ هذا العنوان لا يتحقّق إلا حين الإجازة، لأن البيع قبلها مضاف إلى الفضولي الأجنبي عن المتاع، فالمبدء هو الإجازة على القولين، فلا ثمرة.

ومن الخيارات: خيار تأخير الثمن، فإنّ المشتري إذا أخر إقباض الثمن إلى ثلاثة أيّام، كان للبائع حلّ العقد. قالوا: مبدء الثلاثة أيّام بناءً على الكشف هو العقد، وبناءً على النقل هو الإجازة.

ولكنّ، حيث أنّ ظاهر الحديث ثبوت الخيار له «البائع» أي لمن أضيف إليه البيع، وهذا العنوان لا يتحقّق إلا بالإجازة. فالثمرة منتفية، وهذا نصّ أحد أخبار المسألة:

عن علي بن يقطين أنه سأل أبا الحسن عليه السّلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن.

قال: فإنّ الأجل بينهما ثلاثة أيّام، فإن قبض بيعه وآلاً فلا بيع بينهما.^(١) ومثال معرفة مجلس الصّرف والسّلم حيث يشترط في الأوّل قبض الطرفين في مجلس المعاملة، وفي الثاني قبض الثمن فيه، فلو باع الفضولي مال الغير صرفاً أو سلماً، فعلى الكشف: يعتبر القبض في مجلس العقد، فإذا حصل صحّ العقد وإن لم يحصل في مجلس الإجازة. وعلى النقل: في

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٢، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٩ رقم: ٣.

مجلس الإجازة وإن لم يحصل في مجلس العقد. هذا على ما ذكروا. ولكن مقتضى نصوص أن يكون البيع «يداً بيد»^(١)، هو التقابض والأخذ في حين البيع، وعلى هذا، فلو باع الفضولي والمالك حاضر في المجلس وحصل الأخذ والقبض يداً بيد، فالبيع صحيح ولا ثمرة. ولو باع والمالك غير حاضر وحصل القبض بين الفضولي والطرف ثم أجاز المالك، دلت إجازته على إمضاء البيع والتقابض الواقع عليه، سواء قلنا بالكشف أو النقل، غاية الأمر، تكون الملكية من حين العقد على الأول، ومن حين الإجازة على الثاني. وإن لم يحصل التقابض بينهما، فالعقد باطل وإن حصل في حين الإجازة، لأن المدار على القبض في زمان البيع لا في زمان الإنتساب والاستناد.

وتحصل عدم الثمرة هنا.

ومثال الأيمان والنذور، كما لو نذر أن يتصدق بجميع ماله في يوم الجمعة، فباع الفضولي شيئاً من أمواله في يوم الجمعة، وأجاز المالك ذلك يوم السبت، فعلى الكشف: لا يجب التصديق بذلك المتاع، لأنه قد خرج عن ملكه، وأما على النقل: فيجب، بل تحرم عليه إجازة البيع، لتعلق النذره وبغيره مما يملك - فلا يجوز بيعه.

وتلخص: عدم الثمرة في الموردين الأول والأخير من الموارد المذكورة. أما الكلام في العقود المترتبة على الثمن أو المثمن، فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٣٧، أبواب أحكام العقود، الباب ٢، رقم: ١.

تنبيهات

الإجازة

التنبية الأول

الخلاف في الإجازة في حكمها الشرعي

قال الشيخ:

إنَّ الخلاف في كون الإجازة كاشفةً أو ناقلَةً... في حكمها الشرعي...
أقول:

ليس البحث والخلاف بين العلماء في كون الإجازة كاشفةً أو ناقلَةً، في مفهومها اللغوي ومعناها وضعاً أو انصرافاً في حال الإطلاق، بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة رضا المالك والعمومات الدالة على لزوم البيع ووجوب الوفاء بالعقد.

وبعبارة أخرى، ليس البحث في لفظ «الإجازة» الوارد في النصوص، كصحيحة محمد بن قيس إذ قال عليه السَّلام: «أجاز بيع ابنه»، وفي رواية: «إن شاء أجاز نكاحهما» من حيث أنَّ مفهومه يقتضي الكشف أو النقل، بأنَّ يقال: إن كان معناه التنفيذ فيدلُّ على الكشف، وإنَّ كان معناه الرضا بالفعلية فيدلُّ على النقل. بل البحث في أنه إذا أجاز المالك العقد ورضي بمضمونه الواقع بواسطة الفضولي، فما هو مقتضى الأدلة الشرعية؟

فهل يعتبر الشارع ثبوت البيع من حين العقد فهو الكشف اصطلاحاً، أو يعتبره من حين صدور الإجازة من المالك فهو النقل؟
 وكلام الشيخ قدس سرّه هنا لا ينافي قوله في الوجه الثالث من وجوه الإشكال على المحقق والشهيد الثانيين: «سَلَمْنَا دَلَالَةَ الدَّلِيلِ عَلَى إِمْضَاءِ الشَّارِعِ لِإِجَازَةِ الْمَالِكِ عَلَى طَبَقِ مَفْهُومِهَا اللَّغْوِيِّ وَالْعَرَفِيِّ...»^(١) كما لا يخفى.

وعليه فقول الشيخ:

فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف، أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل. ففي صَحَّتْهَا وجهان.

عجيب جداً، والتحقيق ما قاله المحقق الخراساني معلقاً على قوله:
 الأول: ان الخلاف في كون الإجازة كاشفة بل بعد الفراغ عن أنها إمضاء ما وقع من العقد بمضمونه والإتفاق على إنفاذه والرضا به، وقع الخلاف في أنَّ قِضِيَّةَ الْأَدَلَّةِ تأثيره شرعاً من حينه أو من حينها، فلو قصد المجيز إمضائه كذلك فلا إشكال في صَحَّتْهَا ولو على القول الذي لا يوافقه، ولو قصد لا كذلك فلا ينبغي الإشكال في فسادها ولو على القول الذي يوافقه. فليس المناط في صَحَّتْهَا وفسادها مطابقتها لما هو المختار من القول بالكشف أو النقل أصلاً. فلا وجه لما فرّع بقوله رحمه الله: فلو قصد المجيز الإمضاء من حين العقد... الخ، كما لا يخفى، حيث يظهر منه احتمال إناطة الصحة على كلِّ

قوله بموافقة الإجازة له، بل الوجه أن يفرع ما فرعناه، فتفطن^(١).

وتوضيح ذلك هو: إن الفضولي يقصد في البيع - مثلاً - المبادلة بين المالين مطلقاً، أي غير مقيد بزمانٍ دون زمان، فهو في إنشائه للعقد لا يريد الملكية من حين الإنشاء، وزمان الإنشاء ظرف له لا قيد للمنشأ، فإن كانت الإجازة رضاً بمضمون العقد جازاً أن يقال: هذا العقد مجاز، وتحقق الموضوع للحكم الشرعي بثبوت الملكية من حين العقد أو الإجازة على القولين، وإن كانت إمضاءً للعقد من حين الإجازة، لم تكن رضاً بمضمون العقد الصّادر من الفضولي، فتكون باطلة على القولين.

فظهر أنه ليس في المقام وجهان، بل وجه واحد، وهو أن تكون الإجازة رضاً بمضمون العقد حتى يصدق أنه عقد مجاز.

التنبيه الثاني في ما يُشترط في الإجازة

هو يشترط اللفظ الصريح؟

قال الشيخ:

إنه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الدالّ عليه على وجه الصراحة العرفيّة...

اشترط أولاً اللفظ الصريح مثل: أمضيت ورضيت وشبه ذلك، ثم لم يستبعد الكناية، لظاهر رواية عروة البارقي، ثم استظهر كفاية الفعل الدالّ على الرضا عرفاً، كالتصرّف في الثمن.
أقول:

قد استدلّ لاعتبار اللفظ: بأنّ الإجازة كالبيع في استقرار الملك، فكما يعتبر فيه اللفظ كذلك الإجازة.

وفيه: إنه يشبه المصادرة كما قال الشيخ، وذلك:
أولاً: لا يعتبر في إفادة البيع للملك أن يكون باللفظ.
ثانياً: لو سلّمنا، فإن قياس الإجازة على البيع باطل.

وبأنَّ الإستقرار في النواقل الإختيارية اللازمة كالبيع وشبهه، يقتضي اعتبار اللَّفظ، ومن المعلوم أنَّ النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة.

وهذا الوجه يتشكل من كبرى وصغرى، كما هو واضح. وفيه:
أولاً: لا نسلّم الكبرى.

وثانياً: لو سلّمنا، فإنَّ المعتبر فيه اللَّفظ هو السَّبب للنقل والانتقال والمقتضي لترتب الأثر، لكنَّ الشرط دخيل في ترتب المقتضى على المقتضي، ولا دليل على اعتبار اللَّفظ فيه.

هل يكفي الفعل؟

بل الدليل قائم على حصوله بالفعل، كما في صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السَّلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت، فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنّت أنه يلزمها ففزعته منه، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج. أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال عليه السَّلام: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضاً منها.

قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟

قال عليه السَّلام: نعم. ^(١)

وجه الاستدلال: إنَّ توكيلها في حال السكر ساقط عن الاعتبار، فكان

(١) وسائل الشيعة ٢٠/ ٢٩٤، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح، الباب ١٤ رقم: ١.

تزويجها فضوليًّا، فلمَّا أفاقت وأقامت معه، كان فعلها ذلك إجازةً منها للتزويج.

وثالثًا: مقتضى العمومات من آية الحَلِّ والوفاء والتجارة: عدم اعتبار اللَّفْظ في الرِّضَا والإجازة.

بل تكفي الدلالة الالتزامية، كما في الخبر عن أمير المؤمنين في العبد الذي تزوّج بدون إذن مولاه أنه قال: إِنْ شئتَ فَرَقَ بينهما. فقال الرجل لعبدته: يا عدوّ الله طَلِّقْ.

وجه الاستدلال: إن قوله لعبدته: «طَلِّقْ» يدلُّ بالملازمة على إقراره وقبوله للتزويج، وحينئذٍ، يكون الأمر بيد العبد، لأنَّ الطلاق بيد من أخذ بالساق. فدلت الرواية على كفاية الدلالة الإلزامية على الرِّضَا والإجازة.

بل تدلُّ صحيحة معاوية بن وهب على كفاية السَّكوت، قال: جاء رجل إلى أبي عبدالله عليه السَّلام فقال: إني كنت مملوكًا لقوم، وإني تزوّجت امرأة حرةً بغير إذن موالي، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين اعتقت؟

فقال عليه السَّلام له: أكانوا علموا أنك تزوّجت ... ؟

فقال: نعم وسكتوا عني ...

فقال: سكوتهم عنك مع علمهم إقرار منهم...^(١)

وتلخص: عدم اعتبار اللَّفْظ مطلقًا، بل يكفي الفعل، بل يكفي الرِّضَا المدلول عليه بالدلالة الالتزامية.

هل يكفي الرِّضَا؟

(١) وسائل الشيعة ١١٧/٢١، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٢٦ رقم: ١.

قال الشيخ:

بل لولا شبهة الإجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين، تعيّن القول بكفاية نفس الرضا إذا علم بحصوله من أيّ طريقٍ.
أقول:

قد مال الشيخ إلى القول بكفاية الرضا الباطني لولا الإجماع، ثم أجاب عن الإجماع بعدم تحقّقه وأن دون دعواه في المسألة خرط القتاد.
ثم وقع في الإشكال من جهة أنّه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ، وكفاية مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارناً للعقد أو سابقاً، وحينئذٍ، لا تبقى المصادقية لبيع الفضولي، ومن جهة: أنه لو كان مجرد الرضا ملزماً، كان مجرد الكراهة فسخاً.
والتحقيق أن يقال:

إن الرضا الباطني في التصرفات الخارجية غير المتعلقة بالمعاملات، -بأنّ يُعلم برضا الشخص ولو بشاهد الحال وإذن الفحوى- يكفي، وأمّا في المعاملات فلا، بل لابدّ من إظهاره وإبرازه بشكلٍ من الأشكال، ليصدق عنوان «الإجازة».

ومن العجيب قول المحقق الخراساني بكفاية الإنشاء القلبي [١] قال:

[١] وقد أجاد شيخنا دام بقاءه في الكلام على هذا الرأي بالنظر إلى مبنى المحقق الخراساني في حقيقة الإنشاء، أمّا في الكفاية - في بحث الإنشاء والإخبار - فقد نصّ

إعلم 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، فلحقوق الرضا بالعقد كافٍ في تأثيره كما في عقد المكره، حيث يكفي في تأثيره بمجرد لحوقه. وإن كان لتصحيح إسناد العقد إلى المجيز مع ذلك، كما في العقد على ماله بدون إذنه، فالظاهر أن مجرد لحوق الرضا لا يصحح الاستناد، بل لابد في صحته من إنشاء إمضاء العقد وإجازته. نعم، في كفاية إنشائه قلباً ولزوم إنشائه ولو بفعلٍ أو بلفظ وإن لم يكن بدال ولو كناية أو لزوم إنشائه بلفظ دال ولو بالكناية، وجوه. لا يبعد أن يكون أوجهها كفاية الإنشاء القلبي.^(١)

والإجازة في المعاملات، قد تكون من باب رفع اليد عن الحق، كإجازة المرتهن لبيع الراهن العين المرهونة، أو الغرماء لبيع المفلس ماله، والمولى لبيع العبد أو نكاحه، والزوجة لتزويج زوجها ببنت أخيها أو أختها، والورثة

على أنه الاستعمال بقصد إيجاد المعنى. فكان الإنشاء متقوماً بالاستعمال، ولا يوجد الاستعمال في الإنشاء القلبي. وأما في الفوائد فقال بأن الإنشاء قولٌ يقصد به ثبوت المعنى في نفس الأمر. ولا يوجد القول في الإنشاء القلبي. والحاصل: إن ما ذكره هنا ينافي كلامه في حقيقة الإنشاء في كتابيه.

أقول: هذا، إن كان مراده من «الإنشاء القلبي» هو الإنشاء المقابل للإخبار. فتأمل.

في الوصية بما زاد عن الثلث، وأمثال ذلك، ففي هذه الموارد، تكفي الإجازة بأي نحو من الإنحاء، لأن المقصود أن تزول مزاحمة الحق مع التصرف، فإذا رضي صاحب الحق صحّت المعاملة.

أما في إجازة المالك لبيع الفضولي، فيعتبر تحقق عنوان «عقودكم» بإضافة المعاملة إلى المالك، كما ذكرنا مراراً، ومن الواضح عدم صلاحية العقد اللفظي الذي أنشأه الفضولي لتحقيق الإضافة، لأنه قد صدر وانعدم، والمعدوم لا يعرض عليه العارض فكيف بالإضافة؟ نعم، العقد المعنوي - الذي هو عبارة عن العهد مع الطرف المقابل - يمكن إضافته إلى المولى، بأن يرضى به ويمضيه فيكون متلبساً به ومضافاً إليه بالدلالة الالتزامية، أو يرضى بذات العهد منسلخاً عن كونه صادراً عن الفضولي، فينتسب إليه، ليصدق عنوان «عقودكم».

وبالجملة، يعتبر في إجازة المالك أمران: الرضا بمضمون العقد الواقع من الفضولي، وإضافته إلى المالك.

هذا، ولا دليل على اعتبار أن يكون الرضا المضاف إنشأً وإن كان المشهور ذلك، بل يكفي كونه بصيغة الإخبار.

وتلخص: عدم كفاية الرضا الباطني، بل يحتاج إلى الإظهار الدال على الرضا مع الإضافة وإن كان بصورة الإخبار.

التنبيه الثالث في حكم الإجازة بعد الردّ

قال الشيخ:

من شروط الإجازة أن لا يسبقها الردّ، إذ مع الردّ يفسخ العقد فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، والدليل عليه بعد ظهور الإجماع... أن...

الأدلة على اعتبار عدم سبق الردّ

واستدل لذلك بوجوه:

الأول: الإجماع.

والثاني: إن الإجازة تجعل المجيز أحد طرفي العقد، وقد تقرّر أن من شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطها عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة. وإن شئت فقل: إن كان الفضولي موجباً فالإجازة بمثابة القبول، وإن كان قابلاً فالإجازة بمنزلة الإيجاب المتأخر، وكما أن الردّ لا يدع مجالاً للإيجاب أو القبول، ويجعل الردّ خارجاً عن كونه طرفاً للعقد، كذلك الإجازة بعد الردّ، فإن الردّ المتخلّل يخرج المجيز عن كونه أحد المتعاقدين.

والثالث: قاعدة السلطنة.
وقد أمر الشيخ هنا بالتأمل.

النظر في تلك الأدلة
أقول:

أما الإجماع، فإنه إنما يكون حجة إذا كشف عن رأي المعصوم، وهو هنا ليس كذلك، لاحتمال استناد الفقهاء إلى الوجوه المذكورة.
وأما الوجه الثاني، فلا دليل علمي عليه، كما سيظهر.
وقد قرّره المحقق الخراساني فقال: العقد الصادر من الفضولي له القابلية لأن ينتسب إلى المالك، فلو ردّ المالك زالت القابلية، قال: ولو شك في زوالها فالأصل الفساد بعد سقوط التمسك بآية الوفاء، لأنه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. وهذه عبارته:
الظاهر أن اعتبار ذلك إنما هو لأجل أن الإجازة مع سبقه لا توجب صحة إسناد 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 التمسك بالعمومات يكون من باب التمسك بالعام فيما اشتبه صدقه عليه، فإن المراد من العقود في الآية عقود من لهم الولاية على العقد، كما مرّت إليه الإشارة، لا لأجل التعبد به على خلاف القاعدة، فإنه

من البعيد جداً اعتبار أمر زائد في الفضولي، ومع ذلك لا يكاد يتحقق الإجماع ولو من اتفاق الكل، لاحتمال أن يكون ذهاب الجلّ بل الكل إلى ذلك لذلك. فتفطن^(١)

وفيه:

إن الإجازة ليست جزءاً للعقد بل هي شرط له، ولا يجوز جعلها بمثابة الجزء وإجراء حكمه عليها، للفرق الواضح بين «الجزء» و«الشرط»، وقد ذكرناه سابقاً، وكم من فرق بين «الإجازة» و«الإيجاب» أو «القبول»، لو سلمنا بتمامية المطلب هناك؟ والقابلية المذكورة من ذاتيات العقد، فهي لا تنفك عن العقد حتى بعد الرد. ودعوى: أن الرد رافع ومانع للقابلية. أول الكلام.

وأما الوجه الثالث، ففيه: إنه لا تحصل علاقة للطرف الآخر بمال المالك بمجرد قبوله لإيجاب الفضولي مثلاً، ولعلّه لذا قرّبه الميرزا الاستاذ بأن المتاع له القابلية الذاتية للإضافة إلى الغير، لكن الفضولي لما باعه من المشتري حصلت له قابلية الإضافة إليه خاصة، وأثر الإجازة إيصال هذه الإضافة التأهيلية إلى مرحلة الفعلية، بمقتضى قاعدة السلطنة، لكن هذه القاعدة تقتضي رفع تلك الإضافة، وإذا ارتفعت فلا يبقى ما يلحقه الإجازة. والإنصاف: عدم إمكان المساعدة على ما أفاده الميرزا، وذلك، لأن القابلية الذاتية لا يمكن لأحد رفعها، وأما هذه القابلية الخاصة، فإنها معلولة لعقد الفضولي، ولا يعقل انفكاك المعلول عن علته، فلا يمكن رفعها كذلك. وبعبارة أخرى: كل ما بالغير لا بد وأن ينتهي إلى ما بالذات، وهذه القابلية

لَمَّا كَانَتْ بِسَبَبِ الْعَقْدِ فَالْأَمْرُ يَنْتَهِي إِلَيْهِ، وَمَا دَامَ مَوْجُوداً فَهِيَ مَوْجُودَةٌ، وَالْمَالِكُ لَا يُمْكِنُهُ رَفْعُ الْعَقْدِ.

وَلَوْ تَنَزَّلْنَا عَمَّا قُلْنَاهُ، فَإِنَّ الْقَابِلِيَّةَ مَصْحَحَةٌ لِتَحَقُّقِ مَوْضُوعِ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ، أَيْ: إِنَّهَا مُعَدَّةٌ لِلْإِجَازَةِ الَّتِي هِيَ مَوْضُوعُ الْمِلْكِيَّةِ لِلْمَشْتَرِي، وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ السَّيْطَرَةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَرْتَفِعَ بِقَاعِدَةِ السَّلْطَنَةِ.

وَأَشْكَلُ السَّيِّدِ عَلَى الْإِسْتِدْلَالِ بِالْقَاعِدَةِ الْمَذْكُورَةِ قَائِلاً: إِنَّ قَاعِدَةَ السَّلْطَنَةِ مُتَعَارِضَةٌ، لِأَنَّ مَقْتَضَاهَا جَوَازُ أَنْ يُجِيزَ بَعْدَ الرَّدِّ، لِأَنَّهُ مَقْتَضَى سُلْطَنَتِهِ عَلَى مَالِهِ^(١).

وَهَذَا الْإِشْكَالُ وَإِنْ كَانَ وَارِداً عَلَى ظَاهِرِ عِبَارَةِ الشَّيْخِ، لَكِنَّهُ يَنْدَفِعُ بِمَا نَقُلْنَاهُ عَنِ الْمِيرْزَا الْإِسْتَاذِ بِقَطْعِ النَّظَرِ عَمَّا أوردنا عليه.

قال الشيخ:

نعم، الصحيحة الواردة في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة بعد الرد، إلا أن يقال...

وهذا نصّها: عن محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر قال: قضى أمير المؤمنين في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي، باعها ابني بغير إذني. فقال: خذ وليدتك وابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه... فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه^(٢).
ووجه الاستدلال واضح.

(١) حاشية المكاسب ٢/ ٢١٠.

(٢) وسائل الشريعة ٢١/ ٢٠٣، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبد والإماد، الباب ٨٨ رقم: ١.

قال: أللهم إلا أن يقال: إن الردّ الفعلي - كأخذ المبيع مثلاً - غير كافٍ، بل لابدّ من إنشاء الفسخ...

وعبارته بظاهرها وإن كانت توهم عدم تحقّق الردّ بالفعل مع أنه قال بتحقّق الإجازة به، لكنّ ما ذكره في جواب الدعوى يوضّح مراده، وذلك: أن من الأفعال ما هو متعيّن في إفادة الردّ أو الفسخ، كعقد العبد المبيع أو مضاجعة الأمة المبيعة أو تصرّف ذي الخيار في المال المبيع وأمثال ذلك، فإن هذه الأفعال لا تحتلّ إلا الفسخ أو الردّ، ولكنّ مجرد أخذ المبيع لا يدلّ على الردّ كدلالة تلك الأفعال. مثلاً: لو سلّم المبيع خيارياً إلى المشتري قبل أن يقبض الثمن، فأخذ منه المبيع، فإنّ هذا الأخذ قد يكون من أجل الثمن، فلا يدلّ على الفسخ. ولعلّ أخذ الوليدة المبيعة فضولياً من هذا القبيل، فلا تصلح الصّحيحة للاستدلال على جواز الإجازة بعد الردّ.

وفيه:

إنّ الأخذ في الصّحيحة ظاهر بالقرائن الحاليّة في الردّ.

وتلخص:

إنّ الإجازة بعد الردّ مؤثّرة جزماً.

التنبيه الرابع في أنّ الإجازة تورّث أو لا

قال الشيخ:

الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله، فموضوعها المالك... فلو مات المالك لم يورّث الإجازة...

وحاصله: إنّ الإجازة حكم من الأحكام الشرعية لا من الحقوق، فلا تنتقل إلى الوارث بالموت، فالإجازة لا تورث. نعم، المال ينتقل بالإرث، وللوارث حينئذ أن يجيز أو لا يجيز.

أقول:

ويقع البحث في إجازة الوارث بيع الفضولي من حيث الكشف والنقل، بأن يقال: بأنّ إجازته تكشف عن صحة البيع من حين العقد؟ كلاً، لا يصحّ هذا القول، إذ يلزم من وجود هذه الإجازة التي هي من آثار ملكية الوارث للمال، عدم الملكية له، وما يلزم من وجوده عدمه فهو محال.

قال:

والفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمل.

أقول:

قال السيّد رحمه الله:

فإنّه لو قلنا يارث المال فلا ترث الزوجة إذا كان المبيع مما تُحرّم منه، بخلاف ما لو قلنا يارث حق الإجازة، فإنّها ترثه على أحد الوجوه أو الأقول. وأيضاً بناءً على الأول، ليس لكلّ من الورثة إلا الإجازة في مقدار ماله من العين، بخلافه على الثاني، فإنّه يمكن أن يقال يرث كلّ واحد منهم الإجازة والردّ بالنسبة إلى تمام المبيع على حسب ما ذكره في إرث حق الخيار، فإنّ منهم من قال هناك بأنّ كلّ واحد يرث ذلك الخيار، فله الفسخ والإمضاء بالنسبة إلى تمام المبيع. نعم ذكر بعضهم هناك أنّ كلّ واحد منهم يرث حق الخيار بالنسبة إلى مقدار إرثه من العين، وبعضهم أنّ الخيار يرثه المجموع من حيث المجموع، فليس لواحد منهم الفسخ مستقلاً، لا في الكل ولا في البعض.

والحاصل: أنّه بناءً على الثاني يجري الخلاف المذكور في باب إرث الخيار، بخلافه على الأول، فإنّ الإجازة تابعة لمقدار إرثه من العين قولاً واحداً.^(١)

وما أفاده متين جداً.

التنبيه الخامس

هل إجازة البيع إجازة لقبض الثمن أو المثل؟

قال الشيخ:

إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن ولا لإقباض المبيع...

اشتغال كلام الشيخ على مطالب
أقول:

عدم كونها إجازة للقبض والإقباض هو حيث يكون لهما أحكام مستقلة عن البيع، وذلك: لأن القبض والإقباض قد يكونان هما السبب، كما في المعاطاة، وقد يكونان جزء السبب، كما في الصرف والسلم، وقد يكونان شرطاً في تحقق مضمون العقد، كما في الرهن والهبة والوقف، وقد يكونان متفرعين على البيع ولهما أحكام خاصة، كما في البيع، فإنه إذا تم العقد فعلى البائع تسليم المثلثن وعلى المشتري تسليم الثمن، فلو تلف المبيع المعين قبل الإقباض انفسخ البيع، وكذلك الثمن المعين على المشهور.

والمقصود من العبارة المذكورة هو القسم الرابع، يقول الشيخ: إجازة المالك البيع ليست إجازة لقبض الفضولي الثمن وإقباضه المبيع، لأن القبض

والإقباض أمران تكوينيان خارجان عن البيع متفرعان عليه، فإجازة البيع ليست إجازةً لهما. فهذا مطلب.

المطلب الثاني، قال:

ولو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع، مضت الإجازة...
والمراد من مضي الإجازة هو ترتب الأثر، فلو أجاز القبض والإقباض صريحاً أو فهم إجازتهما، ترتب على ذلك عدم ضمان الطرفين بالنسبة إلى الثمن والمثمن. فهذا معنى إجازتهما.

هذا في قبض الثمن المعين.

والمطلب الثالث، قال:

وأما قبض الكلّي وتشخصه به، فوقعه من الفضولي على وجهٍ نصّحه الإجازة يحتاج إلى دليل...

وحاصله: إن أدلة مصححية الإجازة دلت على مؤثرية إنشاء المعاملة فضولةً بالإجازة، وأما دلالتها على تأثير مطلق الإنشائيات حتى تعيين الكلّي في المصداق بالإجازة، فغير واضح.

والمطلب الرابع، قال:

فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً كما في الصّرف والسّلم...

أي: في الموارد التي يكون القبض جزء السبب، كالصّرف والسّلم، تكون إجازة العقد إجازةً للقبض، وألا تلزم لغوية الإجازة

والمطلب الخامس، قال:

ولو قال: أجزت العقد دون القبض، ففي بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض

وجهان.

أي: إن إجازة العقد وعدم إجازة القبض في الصّرف والسّلم متناقضان لكونه جزءاً فيهما، فلا بدّ من رفع اليد عن أحدهما، فإمّا يقال حينئذٍ ببطلان العقد أو ببطلان ردّ القبض ولغوئته وصحة العقد. هذا توضيح ما ذكره الشيخ في هذا التنبيه.

التحقيق في المقام

ويتمّ بيان الحق في المقام ضمن امور:

أحدها: إن التكوينيّات على أنحاء:

فمنها: ما هو متقومّ بالمباشرة ولا يقبل الوكالة والنيابة، كأكل الطعام وشرب الماء ونحوهما.

ومنها: ما يقبل الاستنابة، كالوديعة، فإنها استنابة في حفظ المال. والقبض من هذا القبيل، وكلّما يقبل الوكالة والنيابة فهو قابل للإجازة. نعم، الوكالة تفيد الانتساب إلى الموكل حدوثاً والإجازة تفيد بقاءً. وعليه، فلا فرق بين العين الخارجيّة والكليّ في الذمّة، لأنّه كما تجري الوكالة في كليهما كذلك الإجازة،

ومنها: ما ينتزع منه عنوان قابل للاستنابة، كقوله: قبّل عني يد فلان، فإن

التقبيل فعل تكويني خارجي ينتزع منه عنوان التعظيم القابل للنيابة.

والثاني: كلّ مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه، وهذه قاعدة

مسلمة، فإن كانت حكماً شرعياً تعبدياً، لم تقبل الإسقاط، فلا وجه لقول الشيخ: «لأن مرجع إجازة القبض إلى إسقاط...». وإن كانت إشارة إلى أمرٍ

متعارف بين الناس، لأن إقباض كل من المتعاملين ملكه للآخر شرط ضمنى لهما، وتخلّف الشرط موجب للخيار، كان ما ذكره صحيحاً، لأن لكل شرط أن يسقط شرطه.

والإنصاف عدم تمامية المعنى الثاني، لأن ظاهر «فهو من مال بانه» إنفساخ البيع وبطلانه، ولو كان المراد ثبوت الخيار بتخلّف الشرط كانت العبارة «فهو أن يفسخ»، ولذا لا خلاف بين الأصحاب في بطلان البيع بالتلف قبل القبض، وقال العلامة: إن مقتضى ذلك أن المال يرجع آنأماً إلى ملك البائع فيتلف عليه.

ثم إن هذا الحكم لا يختص بالمبيع، بل الثمن كذلك، فإنه إذا تلف قبل القبض بطل البيع.

وبما ذكرنا ظهر أن لا وجه لقول الشيخ: «لأن مرجع...»، بل قد ذكر هو في أحكام القبض: «إن الضمان حكم شرعي لا حق مالي، فلا يقبل الإسقاط»^(١).

والثالث: إن المناط قبض المالك، ولا يعقل أن يضاف قبض الفضولي إلى المالك قبل إجازته للبيع، لأن ما به الانتساب والإضافة إليه هو الإجازة، ولا يعقل تحقق النسبة قبل تحقق ما به الانتساب.

وعليه، فلو قبض الفضولي قبل الإجازة وتلف، بطل البيع. فتوهم كون التلف في ملك المالك بالإجازة اللاحقة بناءً على الكشف، في غاية البطلان. والامور المذكورة تتعلق بالقبض بما هو شرط، وقد عرفت أن إجازة البيع لا تدل على إجازة القبض إلا إذا صرح أو فهم بالقرائن.

والرَّابِع: إن كان القبض جزءً للسبب - كما في الصَّرف والسَّلم - فإنَّ إجازة البيع لا تنفك عن القبض، لأنَّ الإجازة تعلَّقت بكلِّ السبب ومنه القبض. نعم، هذا يختصُّ بما إذا كان المالك عالماً ببيع الفضولي، وعالماً بالمسألة، وإلا فلا تكفي إجازة البيع.

والخامس: إنَّ قوام بيع الصَّرف والسَّلم هو القبض في المجلس، فلو أجاز العقد دون القبض، قال الشيخ: وجهان. قال جماعة بالبطلان، لأنَّ ردَّ القبض يناقض إجازة البيع، وإجازته كالعدم، والتحقيق أنَّ يقال:

إنَّ مقتضى الخبر عن أبي جعفر عن أمير المؤمنين عليهما السَّلام: «لا يبتاع رجل فضةً بذهبٍ إلاَّ يداً بيد، ولا يبتاع ذهباً بفضةٍ إلاَّ يداً بيد»^(١) كون القبض في الصَّرف والسَّلم من وظائف المتعاملين، أي الفضولي وصاحبه، ولا ربط له بالمالك، فلو قبض المالك لم يكن مؤثراً.

وعليه، فلو أجاز البيع دون القبض، وكان قوله: دون القبض، قرينةً على عدم إرادة معنى الإجازة، كانت إجازته لاغيةً، وإنَّ كان قاصداً لمفهوم اللَّفظ وملفتاً إلى دلالاته التصديقيَّة، كان ردُّه للقبض لاغياً، لعدم ارتباط القبض بالمالك وجوداً وعدماً كما تقدَّم، لا سيَّما إنَّ فَصْلَ بين الإجازة وردَّ القبض.

تنبيه

كان البحث في هذا التنبيه يدور حول «قبض الفضولي» للثمن إن كان بائعاً أو للمثمن إن كان مشترياً، وقد ذكرنا التحقيق في المسألة. وأمَّا لو كان الواقع خارجاً هو «قبض الطَّرف الأصيل» بائعاً أو مشترياً لمال المالك، فأجاز

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٨، كتاب التجارة، أبواب الصرف، الباب ٢ رقم: ٣.

المالك البيع وردَّ القبض ثم تلف المال، لم يكن من مال مالكة، لكونه تلفاً بعد القبض، لأنَّ المناط هو تحقُّق القبض خارجاً والمفروض حصوله، سواء رضي المالك بذلك أو لا.

وفي هذه المسألة صور كثيرة - قد تبلغ الاثنتي عشرة صورة - يطول المقام بشرحها، ولكنَّ مجملها هو:

إنَّ أجاز المالك البيع وردَّ القبض والإقباض، فالقبض والإقباض للمالك وإلى المالك أو من الفضولي وإلى الفضولي؟ وأيضاً: هل التلف قبل إجازة البيع أو بعدها؟ وأيضاً: الثمن والمثمن كلِّي أو عين خارجيَّة؟ وأيضاً: يقع البحث على الكشف أو النقل. [١]

[١] ملخص كلام الشيخ رحمه الله في أصل المسألة: أن إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن ولا لإقباض المبيع إلا إذا فهم إجازتهما من إجازة البيع، وذلك في قبض الثمن المعين دون الكلِّي في الذمة.

وملخص كلام السيّد الجَدِّ رحمه الله: أنَّ القبض ليس من الأفعال المتقوِّمة بالمباشرة، بل هو من الأفعال القابلة للوكالة، وحكمه حكمها، فكما تجري في العين الخارجيّة والكلِّي في الذمة، كذلك القبض. فلا يتم تفصيل الشيخ رحمه الله.

هذا، وفي المسألة خلاف بين المحشّين الأعلام، والأصل فيه هو وجود المحذور الثبوتي من تعلّق الإجازة بالقبض وعدم وجوده. وأمّا في مقام الإثبات، فإن المرجع هو الارتكاز العقلاني.

التنبيه السادس في أن الإجازة على الفور أو لا؟

قال الشيخ:

الإجازة ليست على الفور...

أقول:

هذا إذا علم بوقوع البيع على ماله، وأما مع الجهل بذلك، فلا موضوع لهذا البحث.

واستدل لعدم الفورية بعمومات البيع وخصوص صحيحة محمد بن قيس وغيرها، فهي مؤثرة وإن وقع الفصل بينها وبين البيع.

والقول بالفورية في بعض الموارد له دليله الخاص، مثلاً: في خيار الغبن إذا علم به وبحكمه، قالوا بالفورية، فلو لم يأخذ بالخيار سقط حقه. وكذا في عيوب الزوج والزوجة، التي يجوز فسخ النكاح بها، فلو علم بالموضوع والحكم ولم يفسخ فوراً يسقط حقه. وفي الشفعة كذلك.

والدليل على سقوط الحق في هذه الموارد -إن لم يأخذ به على الفور- هو ظهور الحال.

وأما فيما نحن فيه، فمقتضى ظاهر الحال أن يفكر في الأمر، ولربما استغرق ذلك وقتاً، وعليه العمومات وسائر الأدلة.

حكم ما لو لم يجز ولم يرد

قال الشيخ:

ولو لم يجز المالك ولم يرد حتى لزم تضرر الأصل...

وهذا مبني على ما تقدم من عدم جواز تصرف الأصل فيما أخذ وأعطى، بناءً على الكشف عند الشيخ ومطلقاً عند الميرزا الاستاذ، حتى تأتي الإجازة أو الرد. قال الشيخ: فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين.

أقول:

أما الإجبار، فلا وجه له أصلاً، لأن الإجبار إنما يكون حيث يستنكف من عليه الحق من أدائه كحق النفقة مثلاً، أو يرتكب محرماً كالاحتكار فيجبر على البيع، ولا يثبت للأصيل الحق بواسطة معاملة الفضولي على المالك ولا على ماله، ولم يرتكب محرماً، حتى يجبره الحاكم على أحد الأمرين.

وأما ثبوت خيار الفسخ للأصيل، فوجهه - على ما ذكره الشيخ - تضرره بعدم تصرفه فيما انتقل عنه وإليه على القول بالكشف، للزوم العقد بالنسبة إليه، فكان لزومه ضررياً فيتدارك بالخيار، نظير خيار الغبن عند الشيخ وجماعة، إذ لزوم العقد يكون ضررياً فيرتفع للزوم ويصير العقد جائزاً قابلاً للفسخ.

قل:

لا تجري قاعدة لا ضرر مع الإقدام على الضرر، ولذا لا تجري في الغبن مع العلم به والإقدام عليه.

وفيه:

أولاً: كثيراً ما يقع البيع مع جهل أحد المتبايعين بكون صاحبه فضولياً، بل اعتماداً على يده واعتقاداً بملكيته، ولذا كان من مسائل الفضولي بيع الغاصب.

وثانياً: إذا علم بكون صاحبه فضولياً، فإنه لا يحتمل مماطلة المالك في الإجازة أو الرد، لأن ذلك خلاف العادة، وعدم هذا الاحتمال لا يكون إقداماً على الضرر.

وثالثاً: إنه مع علمه بكون البائع فضولياً، فإن شرطه الضمني إجازة المالك فوراً، ومع هذا الشرط لا يكون مقدماً على الضرر حتى لا تجري القاعدة، بل مع تخلفه يثبت له خيار الفسخ.

فإن قلت:

يتصور جعل الخيار في البيع ونحوه، أما في النكاح فكيف يتصور؟

قلت:

أما على مبنى الشيخ في قاعدة لا ضرر، فالمماطلة محرمة، فيجبر على تركها. وأما على مبنى صاحب الكفاية فيها، فهي إضرار، والإضرار حرام، فيجبر على تركه.

فإن قلت:

ففي البيع كذلك، لأن عدم تصرف الأصل ضرر، ومماطلة المالك إضرار، فالقاعدة جارية.

قلت:

إنما يتحقق عنوان «الضرر» و«الإضرار» إذا لم يثبت للأصيل خيار الفسخ، أما مع ثبوته، فلا مجال للتمسك بالقاعدة.

نعم، هي جارية في النكاح، لعدم الخيار فيه. [١]

[١] واختلفت أنظار المحشّين في هذا الفرع بالنظر إلى قول الشيخ: «فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك» الظاهر في عدم الأولوية بين الأمرين. فالسيد على تقدّم الإجبار على الخيار، قال: الظاهر أنه يتعيّن الإجبار أولاً، فإن لم يكن أو لم يختَر أحد الأمرين فلا لأصيل الخيار. فالحكم بالخيار من أول الأمر لا دليل عليه^(١)

والمحقق الخراساني على ابتناء الحكم على مفاد قاعدة لا ضرر وأن المتعين على مسلكه هو الخيار، قال: وجه التردد أو التخيير: أن المنفي بقاعدة نفي الضرر هو الحكم الضرري عنده. وأمّا بناءً على ماهو المختار من أن المنفي هو حكم الأمر الضرري بنفي نفسه، فالمتعين تداركه بالخيار، حيث كان العقد من طرف الأصيل لازماً، فإذا صار ضررياً انقلب جائزاً فلا مجال لاحتمال الإجبار.^(٢)

والمحقق الخوئي على أنّه لا إجبار ولا خيار، قال: والظاهر أنه لا دليل على إجبار الطرف على الإجازة أو الردّ، ولا ثبوت الخيار للطرف الأصيل. أمّا الأول، فلعدم الدليل عليه... وأمّا ثبوت الخيار، فهو أيضاً لا دليل عليه بعد شمول العمومات لذلك العقد. وليس في البين إلّا تضرّر المالك الأصيل لينفي لزوم العقد بدليل نفي الضرر. وفيه: إن الضرر على تقدير تسليم كونه مدركاً لثبوت الخيار، إنما يكون في مورد يكون حادثاً لا موجوداً من الأول. فإن إقدام الأصيل على المعاملة الفضوليّة ضرر عليه من الأول.^(٣) أقول:

وقد تعرّض السيد الجدّ لقاعدة الإقدام، وأجاب عن التمسك بها في المقام.

(١) حاشية المكاسب ٢ / ٢١٤.

(٢) الحاشية على المكاسب: ٤٠.

(٣) مصباح الفقاهة ٤ / ٢٢٧.

التنبيه السّابع

هل تعتبر مطابقة الإجازة للعقد؟

قال الشيخ:

الأقوى التفصيل...

أقول:

قد فصل الشيخ بين الجزء والشرط.

فلو أوقع الفضولي العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها، فالجواز، كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز أحدهما. وأما ضرر تبعض الصفقة على المشتري فيجبر بالخيار.

ولو أوقع العقد على شرط فأجازه المالك مجرداً عن الشرط، فعدم الجواز...

قال:

ولو انعكس الأمر بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط وأجاز المالك مشروطاً، ففي صحّة الإجازة مع الشرط إذا رضي به الأصيل، أو بدون الشرط لعدم وجوب الوفاء به إلا إذا وقع في حيز العقد، أو بطلان الإجازة، لأنه إذا لغا الشرط لغا المشروط. وجوه. أقواها الأخير.

هذا كلامه رحمه الله.

التحقيق في المقام

والتحقيق أن يقال:

تارة: يكون المبيع مركباً من أجزاء، سواء المركب الحقيقي كالحيوان، أو الاعتباري كالدار، أو الانضمامي كأن يكون المبيع عدة أشياء.

واخرى: يكون المبيع مقيداً بخصوصية خارجة عن ذاته لكنها مصنفة له، كوبر الإبل، وشعر الشاة، ودهن البقر، وهكذا.

وثالثة: يكون المبيع مقيداً بصفة عارضة من الكم والكيف وغير ذلك من العوارض.

فهناك التزام، والمملتزم به إما مركب من أجزاء، وإما حصة خاصة من الطبيعي، وإما موصوف بصفة خاصة.

ورابعة: يكون المبيع مشروطاً بشرط، فهنا التزام مع التزام، فإنه لما يقول: بعثك هذا بشرط أن تخط لي ثوباً، فقد التزم بتملك الشيء، ومعه التزام آخر عملي.

فإن باع الفضولي الشيء المركب من أجزاء، فأجاز المالك بعضه دون بعض، فلا إشكال في صحة الإجازة، وللطرف المقابل خيار تبعض الصفقة. وإن باع حصة من الطبيعي فأجاز المالك حصة غيرها، بطلت الإجازة، لاختلاف المبيع والمجاز والمغايرة بينهما، لكن العقد صحيح، ويمكن أن تلحقه الإجازة على طبق المبيع بعد ذلك.

وإن باع عيناً شخصية غائبة موصوفة بصفة مصنفة، ثم كان الفرد

الخارجي مغيراً للمبيع، فالعقد باطل ولا موضوع للإجازة، إذ لا وجود لما عقد عليه.

وإن باع المتاع الكلّي بصفةٍ معيّنةٍ من اللون أو الوزن مثلاً، فأجاز بغير ذلك الوصف، فالإجازة بالنسبة إلى أصل المتاع مؤثرة، وللطرف المقابل أن يطالب بالصفة، وليس له خيار الفسخ.

وإن باع المتاع الشخصي بصفةٍ معيّنة، فأجاز المالك بغيرها، فللمشتري خيار تخلف الوصف.

وإن باع مشروطاً بشرط، فتارةً: يكون شرطاً للمالك على الأصيل، واخرى: يكون شرطاً على المالك. إن كان الأول، فأجاز المالك بلا شرط، صحّت الإجازة، لأنّ له إسقاط الشرط، خلافاً للشيخ. وإن كان الثاني، صحّت كذلك، وللمشتري خيار تخلف الشرط.

ولو انعكس الأمر، فإن قبل الأصيل الشرط، فلا إشكال، وإن لم يقبل، فإن كانت الإجازة معلقة على الشرط، سقطت الإجازة، وإلا بأن كانت إجازة للعقد والزام للشرط، فللطرف أن لا يقبل بالإلزام، وللمالك أن يرجع عن إجازته.

ولو كان الشرط الذي أضافه المالك شرطاً على نفسه، فإن كان لزوم الشرط منحصراً بأن يكون في ضمن العقد، لم يجب عليه الوفاء، وإن قلنا بوجوب الوفاء بالشرط مطلقاً، لعموم المؤمنون عند شروطهم، وجب عليه الوفاء به.

القول في المجيز

ويتمُّ بيانُ أمور:

الأمر الأول

اعتبار كون المجيز جائر التصرف

قال الشيخ:

يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائر التصرف بالبلوغ والعقل

والرشد...

أقول:

قد ذكرنا غير مرة، أن موضوع الحكم بوجوب الوفاء هو العقد المستند إلى المالك، فقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أي: بعقودكم، وأنه يتحقق الاستناد بالإجازة. وعليه، فيشترط وجود شرائط المتعاقدين في حال الإجازة، ولا فرق في ذلك بين القول بالكشف والنقل، لأن عنوان الكشف أو النقل يرتبط بحصول نتيجة العقد من الملكية والزوجية وغيرهما، ولا علاقة لهما بانتساب العقد واستناده إلى المالك المتحقق بالإجازة.

وعلى الجملة، فما لم تأت الإجازة لم يستند البيع إلى المالك، لأن الاستناد إليه معلول لإجازته - سواء كانت الملكية حاصلةً للمشتري بناءً على الكشف أو غير حاصلة بناءً على النقل - وإذا تم الاستناد بالإجازة، كان المالك هو البائع، فيشترط أن تتوفر فيه شرائط المتعاقدين في حين الإجازة.

حكم مالو أجاز المريض

قال:

ولو أجاز المريض بني نفوذها على نفوذ منجزات المريض.

أقول:

أي: هذه المسألة من فروع مبحث منجزات المريض، وهو أنه لو باع المريض في مرض الموت هل يترتب الأثر على معاملته أو يتوقف فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة؟ فعلى القول الأول، تؤثر إجازته كسائر الناس، وعلى الثاني: تكون مؤثرة في حدود ثلث أمواله، ويتوقف تأثيرها في الزائد عنه على إذن الورثة.

قال السيد رحمه الله:

يمكن أن يقال بناءً على الكشف يمضي إجازته من غير توقف على إجازة الورثة إذا كان البيع في حال صحته، بدعوى أنه محجور من التصرفات في ماله حال المرض بما زاد على الثلث، والإجازة ليست منها، بل هي شرط لنفوذ التصرفات، فهي نظير القبض الموقوف عليه صحة المعاملة، كالوقف والصرف والسلم، ولا يبعد عدم الحجر بالنسبة إليه، فإذا وقف في حال الصحة، ثم أقبضه في حال المرض، أمكن أن يقال بعدم توقفه على الإجازة من الوارث، فتأمل وراجع، فإني لم أر من تعرض للمسألة، وغرضي إبداء الاحتمال.

نعم، مقتضى ما يمكن أن يستفاد منهم من أن كل تصرف يوجب نقصاً

في المال كان من المريض موقوفاً على الإجازة هو ما ذكره المصنّف، فإنّ الإجازة كذلك ولو على الكشف، بمعنى الشرط المتأخّر، نعم على الكشف الحقيقي المحض، بحيث لا يكون للإجازة مدخل إلا كونها علامة لا ينبغي الإشكال في عدم الحجر، فتدبّر.

وفيه:

إنه ليس للفضولي تصرّف حتّى تكون الإجازة تنفيذاً له، بل هي تنفيذ للعقد الواقع من الفضولي، ومن حين التنفيذ ينتسب العقد إليه - غير أنّ هذا العقد قد أثر من قبل بناءً على الكشف وأفاد الملكية للمشتري، وهذا أمر آخر - وإذا تمّ الانتساب والاستناد، فقد تحقّق منه التصرّف المالي، فما ذكره السيّد مردود.

ثمّ قال السيّد:

وأما المفلس إذا أجاز في حال حجره ما أوقعه الفضولي في حال عدم الحجر، فهل هو محجور فيها إذا كانت مضرّة بحال الغرماء ففيه إشكال، ومقتضى ما ذكره - من أنّه لو اشترى بخيار، وفلس والخيار باقٍ كان له الإجازة والفسخ؛ لأنّه ليس بابتداء تصرّف - كون المقام كذلك، فإنّ الإجازة على الكشف ليست بابتداء تصرّف، فتدبّر.^(١)

وفيه:

إنه سهو من قلمه، لأنّ الخيار حلّ العقد ولا ربط له بالمال. وأمّا الإجازة فحقّ متعلّق بالمال وتصرّف مالي، وليس للمفلس التصرّف المالي وإن كان

قد أوقع الفضولي عقداً عليه في حال الغنى. والله العالم.

الأمر الثاني

هل يشترط وجود مجيز حين العقد؟

قال الشيخ:

هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد...؟ قولان...

فالأقوى: عدم الاشتراط.

مثاله: ما لو باع الفضولي مال اليتيم لغير مصلحة، إذ لا تؤثر إجازة اليتيم لصغره، ولا إجازة وليه، لعدم المصلحة في البيع. وعلى الجملة، فإن العقد وقع في وقت لا يوجد المجيز له، فهل يصح أو لا بل يشترط وجوده في حينه، وإن إجاز اليتيم إذا بلغ أو وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع؟

القول بعدم الاشتراط

اختار الشيخ عدم الاشتراط، ولعله المشهور. ويصح البيع بإجازة اليتيم إذا بلغ، أو حدثت المصلحة في البيع فأجاز الولي، ولذا قيد الشيخ تبعاً للشهيد والمحقق الثاني^(١) بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة، خلافاً للعلامة إذ أطلق المثال فقال: بيع مال اليتيم. ورجح العلامة البطلان لاشتراط ذلك^(٢).

(١) الدروس: ١٩٣/٣، جامع المقاصد ٧٣/٤.

(٢) قواعد الأحكام ١/١٢٤.

واستدل له بوجهين:

أحدهما: إن صحة هذا البيع في هذه الحال ممتنعة، وكل بيع ممتنع فهو ممتنع إلى الأبد، فلا تؤثر الإجازة لاحقاً.

وثانياً: لزوم الضرر على المشتري، لامتناع تصرفه في المال المأخوذ ولا في الثمن المدفوع، وذلك للزوم البيع على الأصل، كما تقدم في التنبيهات.

الكلام حول دليل الاشتراط

أقول:

إن ما ذكر في الوجه الأول - من امتناع صحة هذا البيع، أي: عدم إمكانها - عجيبٌ من مثل العلامة على جلالة قدره في العلم والفضيلة.^(١) ولذا لا بد من تقريبه بأن يقال: إنه يشترط في صحة عقد الفضولي القابلية للتأثير بالإجازة بناءً على الكشف، والبيع الواقع على مال اليتيم على خلاف المصلحة، ليس له القابلية لأن تنكشف صحته بالإجازة ويترتب عليه الأثر الشرعي، والإجازة اللاحقة لا توجد فيه القابلية، لأن الشيء لا ينقلب عما وقع عليه، وهذا الممتنع بالفعل ممتنع إلى الأبد.

وهذا غاية ما يمكن أن يقال في تقريب الوجه الأول.

(١) هذا الاستدلال من المحقق الثاني في جامع المقاصد، ولكنه لما كان استدلالاً لمختار العلامة فإنه ينسب إليه محالة.

والعلامة محيي مذهب الامامية وله الحق الكبير على هذه الطائفة. منه قدس سره.

وأما الوجه الثاني، فواضح.

لكن يرد على الأول: إن امتناع ترتب مقتضى على المقتضي يستند دائماً إما لعدم الشرط أو لوجود المانع، أو كليهما. وما نحن فيه من قبيل الثالث، لعدم تمامية العلة - لأنها مركبة من وجود المقتضي والشرط وعدم المانع - إذ المقتضي وهو العقد موجود، لكن الشرط وهو الرضا من المالك مفقود، والمانع وهو عدم المصلحة موجود، وعلى هذا، فإن الامتناع هنا وقوعي - وليس ذاتياً من قبيل اجتماع الضدين - وإذا وجد الشرط وارتفع المانع أثر المقتضي أثره وتحقق المقتضي، بناءً على أن الشرط المتأخر هو الإجازة اللاحقة أو وصف التعقب، على ما تقدم بالتفصيل في مسلك الكشف، وكذا على مسلك الانقلاب الاعتباري، وكل ما تقرّر في وجود الشرط فهو جارٍ في ارتفاع المانع أيضاً.

هذا أولاً.

وثانياً: إن مقتضى الأخبار الواردة في تزويج الصغار فضولاً، هو العموم لصورة وجود ولي النكاح وإهماله الإجازة إلى بلوغهم وصورة عدم وجود الولي... كما ذكر الشيخ.

ويرد على الثاني:

إن كان الأصل عالمياً بكون البائع فضولياً، فقد أقدم على الضرر، وإن لم يكن عالمياً بذلك، تدارك الضرر بالخيار. وهذا الجواب على مبنى العلامة من لزوم البيع بالنسبة إلى الأصل تام.

وقال شيخنا الاستاذ - أخذاً من المحقق الخراساني في قوله مستشكلاً

على الشيخ في مقدمات الإنسداد: بأن أدلة نفي الضرر والعسر والحرص لا ترفع وجوب الاحتياط، لأنه حكم عقلي، وتلك الأدلة لا ترفع الأحكام العقلية^(١) - بأن الضرر هنا ينشأ من أن كلاً من العوضين يحتمل أن يكون لهذا أو ذاك، وإذا دار أمر الشيء بين أن يكون ملكاً للشخص فيجوز له التصرف فيه أو يكون لغيره فلا يجوز، فالعقل حاكم بوجوب الاحتياط، وقاعدة لا ضرر لا ترفع هذا الحكم العقلي.

وتلخص: عدم إمكان المساعدة مع العلامة رحمه الله.

الأمر الثالث

هل يشترط كون المجيز جائز التصرف حال العقد؟

قال الشيخ:

لا يشترط.

إنما الكلام فيما إذا كان جائز التصرف حال الإجازة، فهل تؤثر إجازته مطلقاً أو فيه تفصيل أو لا حاجة إليها في بعض الموارد؟

وبعبارة أخرى: عدم جواز التصرف في حال العقد، إما لعدم كونه مالكاً، أو لكونه محجوراً عليه، أو لكون المال محجوراً عليه، ككونه مرهوناً. فلو كان مالكاً حين الإجازة، أو ارتفع عنه الحجر، أو عن المال، هل تكون إجازته مؤثرة؟

فالكلام يقع في مسائل:

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢/ ٢٠٤.

المسألة الأولى لو كان محجوراً عليه حال العقد وارتفع الحجر حال الاجازة

قال الشيخ:

الأقوى صحة الإجازة.

أقول:

لو كان المالك حين عقد الفضولي محجوراً عليه لصغيرٍ أو لجنونٍ أو غيرهما، فارتفع الحجر في حين الإجازة - بأن أفاق أو كان بالغاً - فأجاز العقد، صحّت الإجازة.

وكذا لو كان المال محجوراً عليه حين البيع، فارتفع عنه الحجر حين الإجازة.

قال الشيخ: بل لا حاجة إليها، إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير، كما لو باع الراهن ففكّ الرهن قبل مراجعة المرتهن.

والسرّ في ذلك: وجود المقتضي وهو العقد، ووجود الشرط وهو الرضا، وارتفاع المانع وهو الرهن، فيكون المقتضي مؤثراً ولا حاجة إلى أن يجيز بيع نفسه.

والظاهر أن الأمر كذلك لو باع المفلس شيئاً من أمواله بلا إذن من الغرماء، ثم حصل له المال فأدى دينه أو أبرأ الغرماء ذمته، فإنه لا يحتاج إلى إجازة بيعه، لما ذكرنا.

وكذا في خيار الشرط، إذا شرط عليه عدم التصرف، فباع، ثم أسقط الشرط، فإنه يصح بيعه، لما ذكر، ولا يحتاج إلى إجازة منه.

إشكالان من المحقق الإصفهاني

وهنا إشكالان من شيخنا الاستاذ^(١) يصعب حلّهما.

وقد كان الميرزا الاستاذ يرى صحّة بيع الرهن على ما ذكر، على كلا القولين من الكشف والنقل. أما شيخنا الاستاذ فقال: بأنه إنّما يصحّ على النقل، دون الكشف، وذلك: لأنّ فك الرهن إنّما حصل الآن، فكيف تكون الطلقة التي هي شرط الملكية من حين العقد؟

وبعبارة أخرى: سقوط حق الرهن، معلول لفك الرهن، فكيف يكون هذا الحق ساقطاً من قبل، بلحاظ حصول الفك وأداء الدين فيما بعد؟

هذا هو الإشكال الأوّل.

والثاني - وهو الأدق - هو: إنّ آية الوفاء بعمومها تشمل الرهن والبيع، ففي الوقت الذي باع الرّاهن العين المرهونة، كان مقتضى وجوب الوفاء بالبيع نفوذه، ومقتضى الوفاء بالرهن عدم نفوذ البيع، ولا يجمع بين المتناقضين. لكنّ لما كان الرهن مقدّماً فقد وجب الوفاء به، فيكون البيع

باطلاً، ولا تؤثر الإجازة فضلاً عن عدم الحاجة إليها.

وبعبارة أخرى:

إن كان المالك نفسه محجوراً عليه، ثم ارتفع الحجر عنه وأراد إجازة العقد الواقع على ملكه في حال الحجر، فأما على النقل، فلا إشكال في تأثير إجازته، لكونه واجداً للشرائط ويترتب الأثر من حينها، وأما على الكشف، فمقتضاه أن يكون المال ملكاً للمشتري من الفضولي في حال جنون المالك مثلاً، وهذا غير معقول.

ولكن مقتضى الدقة في أدلة الحجر هو أن المجنون لا يمكنه التصرف في ملكه، وهكذا السفه والضعف، أما أن يتصرف غيره في ماله، بأن يبيعه له مثلاً، فيصبح المجنون بإجازته حال العقل مالكاً للثمن، فلا دليل على عدم الجواز، وعدم الملكية.

بل مقتضى العمومات مالكيته للثمن، لأنه لما عقل وأجاز، استند البيع إليه، وبذلك يصدق عليه عنوان المتجر والمتعاقد، فتشمله آية التجارة وآية الوفاء.

وبهذا البيان تكون الإجازة مؤثرة على كلا القولين.

وأما إن كان المال محجوراً عليه، ولم يجز للمالك الواجد للشرائط التصرف في ملكه لتعلق حق الغير به، كأن يكون مرهوناً مثلاً، فلو باعه المالك فضولياً هل يقع البيع صحيحاً؟

إن آية الوفاء قد شملت بعمومها عقد الرهن الواقع على هذا المال قبل أن يقع عليه البيع، فلا تشمله الآية وآلا يلزم اجتماع المتناقضين، وإذا خرج

عن تحت الآية، فلا يوجب أداء دينه وفك الرهن شمولها له حتى يجب الوفاء به.

هذا بالنسبة إلى آية الوفاء.

وأما آية الحل، فهي مقيدة ببيع العين غير المرهونة، فلا تكون شاملة لهذه العين، وخروجها عن الرهن لا يوجب دخولها تحت الآية.

فلا مناص من القول ببطلان البيع الواقع على العين المرهونة، على كلا القولين.

هذا هو الإشكال.

مقدمات الجواب

والجواب عنه يظهر بعد ذكر أمور:

أحدها: إن خروج البيع في المسألة من تحت آية الوفاء، إنما كان على أثر لزوم الجمع بين النقيضين أو التزاحم بين البيع والرهن، فهو تخصيص لبي والمخصص هو حكم العقل.

والثاني: إن المخصصات اللبية لا تغير الملاك ولا تضيق الموضوع - بخلاف المخصصات اللفظية، فلو قال «أكرم العلماء إلا النحويين» دل على عدم وجود ملاك الإكرام في النحويين، وعلى تقيّد الموضوع، فموضوع وجوب الإكرام هم العلماء غير النحويين - ولذا يجوز التمسك بالعام في الشبهات المصادقة للمخصص إذا كان لبياً، بخلاف المخصص اللفظي، إذ تقرّر عدم جواز التمسك بالعام معه، والسر في ذلك هو تقيّد

الموضوع كالمثال المذكور، ومع الشك في أن زيداً العالم نحوي أولاً، لم يجز التمسك بالعام، لعدم إحراز الموضوع، وأمّا في المخصّص اللّبي، فإنّ الموضوع لا يتضيق كما ذكرنا، أي لا يتقيّد بقيدٍ سلبي، فلو قال: «أكرم كلّ جيرانك» وعلمنا بحكم العقل بخروج العدو من الجيران، فإنه مع الشك في عداوة أحدهم يتمسك بالعام ويجب إكرامه، لعدم تقيّد الموضوع بأن لا يكون عدوّاً.

والثالث: التزامه إنما هو في مقام فعلية أثر الخطاب، مع كون الخطاب محفوظاً، ولذا لو ارتفع التزامه أثر التزامه أثره. مثلاً: لو اجتمع الأمر والنهي في موردٍ وقدّما النهي، سقط الأمر عن الفعلية لا بالكلية، بل يبقى محفوظاً، ولذا لو صلّى في المكان المنصوب جاهلاً بغصبيته صحّت صلاته، ولو كان التزامه في أصل الخطاب لكانت باطلة. وكذا في التزامه بين الواجب الموسع والمضيق، فإنه يتقدّم المضيق، ولكنّه لو أتى بالموسع جاهلاً بالواجب المضيق، صحّ عمله، لأنّ الخطاب موجود.

والرابع: إنه لا وجه لرفع اليد في التزامه بأزيد من مقدار المزامحة.

الجواب

إذا عرفت هذه الامور نقول:

إنّ وجوب الوفاء يتوجّه إلى العقد من حين صدوره، ولا يزال مستمرّاً بمقتضى إطلاقه، ومادام الرهن موجوداً فالوفاء به واجب، والتزامه بينه وبين البيع موجود كذلك، لكنّ خروج البيع عن تحت الآية بالتخصيص

اللَّبِّي لا اللَّفْظِي. وعليه، فالملاك في البيع محفوظ والخطاب بوجوب الوفاء به موجود، غير أنه لا يصل إلى الفعلية مادام الرهن، وهو يصل إليها إذا ارتفع الرهن.

ولو تنزلنا، فإنه مع حفظ الملاك في البيع، إذا ارتفع الرهن نعلم بوجوب الوفاء به عن طريق اللّم.

وعلى هذا يتم صحة بيع العين المرهونة.

وأما آية الحل، فلا شك في تقيدها بالعين غير المرهونة، ولكن بغير المرهونة حدوداً وبقاءً، ومع ارتفاع الرهن يقع الشك في التقييد، فالتمسك بالآية تام.

ولكن هذا كله مبني على القول بالنقل، وهو مراد الشيخ أيضاً، وقد قال في بيع الرهن: مقتضى ما ذكرنا: كون سقوط حق الرهانة - بالفك أو الإبراء أو الإسقاط - ناقلاً ومؤثراً من حينه، لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه^(١). بل التحقيق صحة البيع على الكشف أيضاً، بأن يكون سقوط حق الرهانة كاشفاً عن تحقق البيع في حينه، فنقول:

قال المحقق الثاني^(٢): كلّ ماله دخل في سببية السبب فهناك النقل لا الكشف. ومثل بالقبض في الصّرف والسّلم، فإنه في آن القبض تحصل الملكية، لأنه يكشف عن الملكية من حين العقد لو فرض وقوع الفصل بينه وبين القبض.

(١) المكاسب ٤ / ١٦٤.

(٢) جامع المقاصد ٤ / ٧٤.

وفيما نحن فيه، سقوط حق الرهانة دخيل في تحقق الملكية، فلو قلنا بتحققها حين البيع - كما هو مقتضى الكشف - يلزم تقدّم المعلوم على العلة، وهو محال. أما على النقل، فالبيع صحيح والملكية حاصلة بلا إشكال. وقال بعض الأكابر^(١): لو باع الزاهن وأجاز المرتهن، أمكن الصحة بناءً على الكشف، لأن إجازة المرتهن تنفيذ لبيع الراهن. وهذا سهو، لأن بيع الزاهن واقع في ملكه وتنفيذه بيد المرتهن، بل هو أجنبي عنه، إذ ليس له إلا حق الرهانة.

فالصحيح أن يقال:

إنه - وإن لم يمكن تصحيح البيع على الكشف بأية الوفاء - يمكن تصحيحه بأية الحل. بتقريب: إنه ليس المقصود من كاشفية الإجازة أماريتها وطريقتيها، بل المقصود كون الأثر حين العقد، بمعنى أننا ننتقل بالملازمة من الإجازة إلى تحقق الملكية حين العقد، وعليه، فإن أية الحل مطلقة تعم بيع العين المرهونة، لكن أدلة الرهن تدل على المنع من بيعه، والقدر المتيقن من مانعيتها وجود حق الرهانة حدوثاً وبقاءً، وأما إذا كان مرتفعاً بقاءً، بأن كان البيع متعقباً لارتفاعه، فالدليل قاصر عن المانعية، فتؤثر الآية أثرها في الصحة من حين العقد، أي يكون البيع مشمولاً لها من حينه.

فإن قلت:

أدلة مانعية الرهن ليست مجملة حتى يؤخذ بالقدر المتيقن، بل هي مطلقة كذلك.

قلت:

إن تلك الأدلة ظاهرة في أنَّ المانعية بلحاظ حفظ حق المرتهن، فلا إطلاق لها لتشمل المورد الذي لا يضيع فيه حقه، فيقتضي آية الحل تحقق البيع من حين العقد، وهذا هو الكشف كما ذكرنا.
وتلخص: صحة البيع على الكشف والنقل معاً.

المسألة الثانية

لو لم يكن مالكاً حين العقد فكان مالكاً حين الإجازة

قال الشيخ:

أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد، سواء كان هو البائع أو غيره.

أقول:

المسألة الثانية: ما لو كان المالك حين العقد غيره حين الإجازة. ولها صور، كأن يبيع الفضولي مال الغير فيهبه المالك إلى آخر ثم يجيز المتَّهب البيع، أو يموت المالك ويجيزه الوارث، وهكذا.

لو باع الفضولي شيئاً ثم ملكه وأجاز

لكن المسألة في كتب الأصحاب هي ما لو باع الفضولي مال الغير ثم ملكه - أي الفضولي نفسه - فأجاز، قال الشيخ: وهذه تتصور على صور... والمهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك وأجاز.

قال الشيخ:

فقد اختلفوا فيها، والأقوى هو الأول.

أي: الصَّحَّة، كما هو ظاهر المحقق في كتاب الزكاة،^(١) إذ حكم بصحَّة بيع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة، وكذا رهنه، فيما عدا الزكاة، كما لو باع الأربعين شاةً، فإنه يصح في التسعة والثلاثين منها دون الأخيرة، لكونها حصَّة الفقراء.

ولو اغترم حصَّة الفقراء، بأن دفع إليهم ثمن الشاة، صحَّ البيع فيها، وهل يحتاج إلى الإجازة من المالك البائع؟ ظاهر الشيخ: لا. قال المحقق: وفيه إشكال، لأن العين مملوكة للفقراء، وإذا أذى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً، فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفه، كما لو باع مال غيره ثم اشتراه.

هذا، ولا يخفى كثرة الأقوال في كيفية تعلق الزكاة:
فالمشهور هو مشاركة الفقراء الأغنياء في الأعيان الزكويَّة على الكسر المشاع.

والقول الآخر: على الكلِّي في المعين.

وقيل: إنَّ الزكاة مثل حق الرَّهانة، فكما أنَّ الرَّاهن ممنوع من التصرّف في العين المرهونة إلا إذا ارتفع الحق، كذلك في العين الزكويَّة، وكما أنَّ الرَّاهن إذا فكَّ الرهن بعد البيع وقبل مراجعة المرتهن، يلزم بيعه ولم يحتج إلى إجازة جديدة، كذلك بيع الزكاة. وقد احتمل الشيخ أن قول شيخ الطائفة هنا مبني على هذا القول.

وقيل: إنها مثل حقَّ الجنائية، فالعبد إذا جنى كان لوليِّ الدم قتله أو

استرقاقه، لكن للمالك بيعه.

وقيل: إنها حق مالي، فحق الفقراء يتعلق بمالية العين.

وقيل: إنها في الذمة.

وقد ذكرنا الأقوال وناقشناها جميعاً في كتاب الزكاة.

وقال السيد: ^(١) مستشكلاً على المحقق واحتمال الشيخ ابتناء قول شيخ الطائفة هنا على المبنى المذكور في الزكاة: بأنه حكم جاء تعبداً بالصحيحة عن عبدالرحمن البصري عن أبي عبدالله عليه السلام: رجل لم يزك إبله وشاته عامين، فباعها، على من اشتراها أن يزكها لما مضى؟

قال عليه السلام: ولحم تؤخذ زكاتها ويتبع البائع أو يؤذي زكاتها البائع ^(٢).

أقول:

ويبقى أن الفرع الذي عنوانه المحقق - تبعاً للشيخ - هو بيع الزكاة ورهنها، والصحيحة موضوعها البيع فقط، إلا أن يقال بأن إلحاق الرهن من باب تنقيح المناط، لما تقرر في الزكاة من التخيير بين دفع العين ودفع قيمتها، وإذا اختار القيمة، فله بيع العين أو رهنها، فلا فرق بين البيع والرهن. وكيف كان، فالقول الأول هو: صحة البيع فيما لو باع مال غيره ثم اشتراه وأجاز.

(١) حاشية المكاسب ٢ / ٢٢٤.

(٢) وسائل الشيعة ٩ / ١٢٧، كتاب الزكاة، زكاة الأنعام، الباب ١٢ رقم ١.

قال الشيخ: وبهذا القول صرح الشهيد في الدروس^(١)، وهو ظاهر المحكي عن الصيمري^(٢).

والقول الثاني هو: البطلان. حكاه الشيخ عن المحقق الثاني في تعليق الإرشاد، قال: ومال إليه بعض المعاصرين، يعني صاحب الجواهر^(٣)، تبعاً لبعض معاصريه وهو صاحب المقابس^(٤).

دليل القول بالصحة

قال الشيخ:

للأصل والعمومات.

أقول:

مراده من الأصل أصالة عدم التقييد، بأن يقال: أنا نعلم بسببية البيع للملكية، ونشك في تقيده بأن لا يكون ملك الغير فيباع ثم يشتري، والأصل عدم التقييد.

ويرد عليه: أنه أصل مثبت.

أو أصالة الصحة، بأن يقال: إن مقتضى الأصل في الشك في حكم هذا البيع هو الصحة.

لكن التمسك بأصالة الصحة في الشبهة الحكمية - كما نحن فيه - عبارة

(١) الدروس الشرعية ٣/ ١٩٣.

(٢) حكاه في مقابس الأنوار: ١٣٤.

(٣) جواهر الكلام ٢٢/ ٢٩٨.

(٤) مقابس الأنوار: ١٣٤.

أخرى عن التمسك بالعمومات. نعم، لو كانت موضوعية، بأن يشك في أن هذا العقد واجد للشرط أو لا، فيتمسك بقاعدة الفراغ ويحكم بالصحة. أو كما لو عقد الوكيل فشك في صحته، فيتمسك بقاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به، ويحكم بالصحة.

وعلى هذا، فجعل الأصل دليلاً في مقابل العمومات، لا وجه له.

دليل البطلان

واختار المحقق التستري البطلان، بل استظهر من العلامة عدم الخلاف في البطلان من الخاصة والعامة. واستدل بوجوه: قال الشيخ: يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح وجامع المقاصد.

الأول:

إنه باع مال الغير لنفسه. وقد مر الإشكال فيه.

توضيحه: في مسألتنا جهتان، بيع الفضولي لنفسه، وإجازة نفسه. أما ما تقدم فهو: بيع الفضولي لنفسه، وهو غالباً بيع الغاصب، ثم إجازة المالك. فيرد على ما نحن فيه ما ورد على تلك المسألة.

قال: وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك.

توضيحه: قد ذكر هناك خمسة وجوه للبطلان، أحدها: عدم رضا المالك. والثاني: إنه إما من المالك وإلى المالك، وإما من الفضولي وإلى الفضولي، وإما من المالك إلى الفضولي، وإما من الفضولي إلى المالك. وكلها باطلة. وثالثها: الفضولي يبيع لنفسه، والأصيل يملكه الثمن، والحال أنه لا يملكه لعدم كون المبيع له.

وهذا الوجه هو المقصود بعدم جريانه هنا، لا كما توهم البعض.
هذا هو الوجه الأول.

الجواب عن الوجه الأول

قال الشيخ:

وفيه: أنه قد سبق أن الأقوى صحته. وربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات
الجارية هناك، مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

الثاني:

إنه يعتبر في البيع أن يكون البائع مالكاً راضياً قادراً على التسليم، فإذا
أجاز المالك بيع الفضولي انتسب البيع إليه، وصار هو البائع حقيقةً، وهو في
هذه الحالة راضٍ بالبيع وقادر على تسليم المبيع. هذا في بيع الفضولي
للمالك. وأمّا فيما نحن فيه - حيث يبيع لنفسه - فالملكية عند البيع منتفية،
وكذا الرضا بأن يكون ماله ملكاً للغير، لأنه يبيع ملك الغير، وكذا القدرة على
التسليم، لكون المال ليس له، ولما يجيز البيع، فإجازته غير محققة للانتساب
إليه، لوجوده من حين العقد، ولا إلى المالك الحقيقي، لأنه باع لنفسه.

الجواب عن الوجه الثاني

قال الشيخ:

وفيه: إن الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا... وأمّا القدرة على
التسليم، فلا نضايق من اعتبارها في المالك حين العقد...

وحاصله: إن البحث في جهتين، أما في جهة الرضا، فلا يحتاج إلى رضا المالك حين البيع ولا كونه مالكا، والمفروض وجودهما حين الإجازة، وهو كاف. أما في جهة القدرة على التسليم، فاعتبارها في المالك حين العقد لازم، وهذا مسلّم، لكنه كلام آخر، لا يقدر إلتزام به في صحة البيع المذكور، لأن الكلام بعد اجتماعه للشروط المفروغ عنها.

أقول:

وما أفاده في القدرة على التسليم عجيب جداً، لأن المالك الأصلي ليس هو البائع، ولا يترقب منه التسليم، فالقول بكفاية قدرته على ذلك حين العقد في صحة البيع، في غير محله.

إلا أن يقال: مراده اعتبار كون المالك حين الإجازة مالكا حين العقد، بأن تكون ملكيته مستمرة من ذلك الحين، لا سيما بناءً على الكشف، لأنه إن لم يكن المجيز مالكا حين العقد، يلزم أن تحصل الملكية للمشتري وينتقل إليه المال ممّن لا قدرة له على التسليم، وبما أن القدرة على ذلك شرط في الطرفين، فليس للمشتري أيضاً القدرة على تسلّم المال وتحصيله، فالمعاملة باطلة، للحديث المشهور: نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر^(١).

إذن، يعتبر أن يكون المالك في وقت العقد والإجازة واحداً، وقادراً على التسليم في حين العقد، حتّى لا يكون بيعه غررياً.

لكن يرد عليه حينئذ، أن القدرة على التسليم من علل التسليم، فيعتبر وجوده إذا استحق الطرف التسلم، وأما قبله، فلا دليل على اعتباره، ولذا يصحّ

بيع الصّرف والسّلم -المعتبر فيه القبض - مع عدم القدرة على التسليم حين العقد، إذ اللازم القدرة عليها حين الإقباض، وكذا بيع الراهن، فإنه في حين البيع لا قدرة له على التسليم لكون العين بيد المرتهن، وهو مع ذلك صحيح بإجازة المرتهن لاحقاً أو بفك الرّهن. وأيضاً، لو أن المالك باع شيئاً معتقداً القدرة على تسليمه، فبان عجزه عن ذلك في حين العقد وتجددت له القدرة بعد ذلك، صحّ منه البيع بالاتفاق. ومن هنا يظهر أن معنى النبوي هو أن كل بيع عجز البائع عن تسليم المبيع في حين استحقاقه فهو غرري.

وعلى هذا، فالفضولي إذا باع شيئاً لا يقدر على تسليمه حين العقد - لعدم سلطنته عليه - فكان قادراً على ذلك حين الإجازة، كان بيعه صحيحاً. ويمكن أن يقال في توجيه العبارة أيضاً: إن الشرط هو القدرة على التسليم الموثوق بها، فيكفي أن يكون البائع الفضولي في حين العقد على وثوقٍ بقدرته على تسليم المبيع في حين الإجازة.

الثالث:

إن إجازة الفضولي البيع الواقع منه، تكشف - بناءً على الكشف - عن كون المبيع ملكاً للمشتري من حين العقد، فهو خارج عن ملكه قبل أن يدخل فيه بالإجازة.

الجواب عن الوجه الثالث

قال الشيخ:

وفيه: منع كون الإجازة كاشفةً مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد، حتّى لو كان المجيز غير مالك حين العقد...

وتوضيح ذلك:

إنّ هذا البيع الواقع من الفضولي تشمله آية الحلّ، وكذا آية الوفاء، لأنّ الإجازة اللاحقة توجب الإضافة والانتساب، إلّا أنّ مجرد ذلك لا يكفي لتحقيق الملكية للمشتري، لأنّ قابليّة المورد شرطٌ وبدونها لا تتحقّق، وهذه القابليّة إنّما تكون إذا كان الشراء من المالك، وهذا غير حاصل هنا كما لا يخفى.

وعلى الجملة، فإنّ العمومات شاملة، لكنّ انكشاف الملكية في نفس الأمر يتوقف على قابليّة المورد، وهي لا تكون إلّا حين شراء الفضولي من المالك الأصلي.

فإن قلت:

المفروض أنّ الفضولي يقصد حين البيع الملكية المطلقة للمشتري، الشاملة لمليكيّته حين العقد، وهو حين الإجازة يمضي تلك الملكية التي أنشأها بلا نقصان، فلا الملكية الحاصلة بالعقد تختصّ بمليكيّة حين الإجازة، ولا الإجازة تختصّ بالمليكيّة المتأخّرة عن حين العقد، فكيف يعقل كون الملكية من زمان الشراء لا العقد؟

قلت:

كلّ ذلك صحيح، لكنّ الاعتبار الشرعي أمرٌ آخر غير ما يقصده ويعتبره البائع، فقد ذكرنا مراراً أنّ للبائع اعتباراً وللشارع اعتبار، واعتباره منوطٌ - بالإضافة إلى قصد البائع - بقابليّة المورد، وهي لا توجد إلّا حين شراء الفضولي من المالك الأصلي.

فعلى هذا، لا مجال لتوهم أن ما نحن فيه نظير ما إذا خَصَص المالك الإجازة بزمانٍ متأخر عن العقد، فكما يبطل ذاك فهذا باطل. وذلك، لأنه قياس مع الفارق، فإن تخصيص المالك الإجازة كذلك مع قابلية المورد باطل، وأما ما نحن فيه، فتخصص من الشارع من جهة عدم قابلية المورد.

مضافاً إلى أنا قد قدمنا أنه لو باع الفضولي ملك الغير ومات المالك قبل الإجازة، كان لكل من الورثة أن يجيز البيع في حصته، فهل تكشف إجازته عن الملكية من حين العقد؟ كلا، بل من حين الإرث، وآلا فلا معنى للورثة، ولا موضوع لإجازته. فكما ينكشف هناك الملكية من حين الورثة، كذلك الكشف هنا، فإنه من حين الشراء من المالك الأصلي. وتلخص: تمامية جواب الشيخ قدس سره.

وقد أورد عليه بوجهين:

أحدهما: أن بيع المالك الأصلي المال من الفضولي رد لبيعه الواقع بينه وبين المشتري، وإذا بطل فلا موضوع للإجازة اللاحقة منه. ذكره بعض الأكابر^(١).

وفيه: إن هذه الشبهة مرجعها إلى الوجه السادس، الذي سيجيب عنه الشيخ بما ملخصه:

أولاً: ليس للمالك حل عقد الفضولي وإبطاله.
ثانياً: إن مجرد بيعه من الفضولي ليس ردّاً لبيعه.

والثاني: ليس لكاشفة الإجازة عن الملكية في حين العقد دليل خاص، وإنما يستفاد ذلك من شمول العمومات، فهي تدل على حلية العقد من زمانه وعلى وجوب الوفاء به من ذلك الحين، فالملكية حاصلة من حين تحقق العقد، لكن هذا المعنى غير صادق في هذه المسألة، لأن حصول الملكية للمشتري من الفضولي من حين العقد محال، لأن الفضولي لم يكن مالكا في ذلك الوقت، والمالك الأصلي لم يجز ذلك البيع، فكيف تحصل من دون المملك؟ وإذا استحالت ملكيته فهي غير مشمولة للعمومات، وما خرج من العام لا يندرج تحته. فالقول بحصول القابلية لشمولها عند تحقق الشراء من المالك الأصلي غير تام.

وهذا تقريبا ما ذكره السيد^(١).

وفيه:

أولاً: ليس عدم الشمول من أول الأمر خروجاً، ولذا يكون الشمول في الزمان المتأخر ضرورياً، كما في البيع مع خيار المجلس، فإن العمومات لا تشمل ما دام المجلس، فإذا افرقا كان الشمول حتمياً. وقد أفاد المحقق الخراساني هذا المعنى في الكفاية.

وما نحن فيه من هذا القبيل.

ثانياً: قد تقرر في الأصول أنه لو دار الأمر بين تخصيص الحكم وتخصيص العام، قدم تخصيص الحكم. مثلاً: لو قال: أكرم العلماء إلا زيدا المسافرين، فشك في وجوب إكرام زيد إذا رجع من السفر، وجب الإكرام

لشمول العام له، وإنما خرج من ذلك حال السفر.
وما نحن فيه من هذا القبيل.

الرابع:

إنه يلزم - بناءً على الكشف - اجتماع المالكين على الشيء الواحد في الزمان الواحد، لأن المشتري قد ملك المبيع من حين العقد، لكن المالك الأصلي أيضاً يملكه من ذلك الحين، ولولا ملكيته له لما راجعه الفضولي لأن يشتره منه. واجتماع المالكين على الملك الواحد محال.

الجواب عن الوجه الرابع

قال الشيخ:

قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد، لا من حين العقد.
وحاصله:

أن الكاشفة منوطة بقابلية المحل لشمول العمومات، وما لم يشتر الفضولي المال من المالك فالقابلية غير حاصلة، وعليه، فالملكية منحصرة في هذا الزمان بالمالك، فلا إشكال مندفع.

ثم إن الشيخ أضاف إلى الإشكال: أن هنا مالكاً ثالثاً وهو الفضولي، لأن ملك المشتري لا بد وأن يكون عن ملكه، وإلا لم تنفع إجازته في ملكه من حين العقد.

وما ذكره صاحب المقابس في الجواب عما لو قيل بلزوم هذا الإشكال

في مطلق بيع الفضولي، من أن مالكيّة المالك في سائر البيوع استصحابيّة، بخلاف ما فيه فإنها حقيقة. قال الشيخ: إنه لا يضمن ولا يغني... وحاصله:

إن الإجازة والبيع كليهما يتوقّفان على الملكيّة الواقعيّة، وهي الشرط في التأثير فيهما شرطية واقعية لا علميّة، ولذا لو أجاز بالاستناد إلى استصحاب الملكيّة ثم تبين عدمها، سقطت الإجازة عن الاعتبار. وعليه، فإجازة المالك في مطلق بيع الفضولي تكشف عن ملكيّة المشتري، لكن ملكيّة المشتري تستلزم عدم مالكيّة المالك، فيلزم من صحّة الإجازة عدم صحتها.

ثم قال الشيخ:
والتحقيق أنّ الإشكال إنما نشأ من الإشكال الذي ذكرناه سابقاً في كاشفيّة الإجازة على الوجه المشهور، من كونها شرطاً متأخراً يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.
أقول:

قال الميرزا الاستاذ^(١) في الجواب عن إشكال المقابس: بأن اجتماع المالكين ليس في العرض بل في الطول ولا مانع منه، وذلك: لأن ملكيّة المشتري إنما حصلت بإجازة المالك الأصلي، فهي في طول ملكيّته. قال: وأدّل دليل على إمكان الشيء وقوعه، وذلك في قولهم: العبد يملك، وهو وما يملكه لمولاه.

وفيه:

إن العبد مملوك لمولاه، وكل ما يملكه العبد مملوك للمولى باتباعه، وليس ما نحن فيه من هذا القبيل، لأن هنا ملكيتين مستقلتين، وهما عرضيان لا طوليان.

التحقيق

والتحقيق في المقام هو:

إن إجازة المالك الأصلي تفيد انتساب بيع الفضولي إليه، والانتساب لا يحتاج إلى الملكية الفعلية، بل يكفي فيه الملكية حين العقد، فلما وقع البيع صار المشتري مالكا للمتعاقب في الواقع، وإن كان في الظاهر ملكاً للمالك الأصلي، فإذا أجاز انكشف انتفاء ملكيته من حين العقد.

وهذا هو الجواب الحق عن الإشكال في مطلق بيع الفضولي.

وأما الإشكال فيما نحن فيه بلزوم اجتماع الملكيتين، فيندفع بما ذكره الشيخ في الجواب عن الوجه الثالث، من ضرورة قابلية المحل لتأثير المقتضي، نظير ما ذكرناه من إجازة الوارث للبيع الواقع على المال في حياة مورثه فضولياً.

الخامس:

إن الإجازة شرط متأخر، أي: إن العقد في حينه يؤثر مشروطاً بالإجازة اللاحقة، فالمال ملك للمشتري في نفس الأمر، وحينئذ، يكون شراء الفضولي المال من المالك الأصلي متوقفاً على إجازة المشتري لأنه المالك

في الواقع، فيلزم توقف إجازة كل من المشتري والفضولي على إجازة الآخر. وذلك، لأن إجازة الفضولي للبيع الأول متوقفة على شرائه المال من المالك الأصلي، وصحة الشراء متوقفة على إجازة المشتري الأول. لكن إجازة المشتري الأول متوقفة على أن يكون مالكا، وملكيته متوقفة على صحة بيع الفضولي منه، وصحته متوقفة على إجازته - أي الفضولي -.

وهذا دور.

وأيضاً: بيع المالك يتوقف على إجازة المشتري الأول، وإجازته متوقفة على ملكية، وهي متوقفة على إجازة الفضولي، وهي متوقفة على البيع. فتوقف البيع على نفسه.

وهذا دور.

وأيضاً: يلزم عدم تملك المالك الأصلي شيئاً من الثمن والمثمن، أما الثاني، فلأنه قد باعه، وأما الأول، فلأن الفضولي يملكه من المشتري الأول بالإجازة بعد الشراء، هذا بالنسبة إلى ثمن البيع الأول. وأما ثمن البيع الثاني فهو للمشتري الأول، لكونه المالك الحقيقي للمال بناءً على الكشف، كما تقدم.

وأيضاً: يلزم تملك المشتري الأول للمال بالمجان إن اتحد الثمنان، أي الثمن الذي دفعه للفضولي في البيع الأول، والثمن الذي ملكه بالبيع الثاني، وإن كان الثمن في البيع الثاني أزيد، ربح المشتري الأول الزيادة، وإن كان أقل، كان بعض المال بالمجان لا كله.

الجواب عن الوجه الخامس

قال الشيخ:

والجواب عن ذلك: ما تقدّم في سابقه من ابتئانه على وجوب كون الإجازة كاشفةً عن الملك من حين العقد، وهو ممنوع...

وأما بناءً على أن الملكية الحاصلة للمشتري الأول هي من حين شراء الفضولي المال من المالك الأصلي، فلا يلزم شيء من المحاذير المذكورة. وهذا هو مسلك الشيخ في الكشف.

السادس:

إن من المعلوم أنَّ للمالك أن يجيز بيع الفضولي أو يرده، لكن الرد لا يتوقف على الإنشاء، بل إن الفعل الملازم لعدم التمكن من الإجازة كافٍ لإفادة الرد، وبيع المالك المال من الفضولي فعلاً يصادّ البيع الأول الواقع من الفضولي، ويوجب دخول ثمنه في ملك المالك الأصلي، وحينئذٍ يستحيل إجازة البيع الأول، لأنها تستلزم أنَّ يملك الثمن فيه، فيكون للمال الواحد ثمنان، وهذا محال، وإذا استحالت الإجازة فقد تحقّق الرد للبيع الأول.

الجواب عن الوجه السادس

قال الشيخ:

والجواب: إن فسخ عقد الفضولي هو إنشاء رده، وأما الفعل المنافي لمضيّه... فليس فسخاً له، خصوصاً مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي...

وحاصله: إن كان المراد من كون العقد الثاني الواقع بين المالك الأصلي

والفضولي فسخاً للبيع الأول: أنه إبطال لأثر العقد الأول في الجملة، فهو مسلم، لأنه قد يخرج العقد الأول بالعقد الثاني عن قابلية الاجازة. كما لو زوّجت المرأة المعقودة فضولاً نفسها من رجلٍ آخر. وإن كان المراد أنه إبطال للعقد رأساً فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك.

وبقيت شبهة وهي: إن الفضولي قد باع مال الغير لنفسه، لكنه في حين الإجازة مالك للمال، فلا مطابقة بين الإجازة والبيع.

وتندفع: بأن الإضافة إلى المالك لا دخل لها في حقيقة البيع. فأشكل الميرزا الاستاذ: بأن الإضافة قوام البيع، لأنه عبارة عن تبديل مالٍ بمالٍ، بمعنى وقوع المبادلة بين طرفي الاضافتين، وهما المال والضمن، فينتقل المال إلى المشتري بدلاً عن الثمن والضمن إلى البائع بدلاً عن المال، ولذا اعتبر الشيخ في البيع حلول كلٍّ من العوضين في محلّ الآخر.

وفيما نحن فيه: قد وقع التبديل فضولاً بين المال المضاف إلى المالك والضمن المضاف إلى المشتري، ولما وقع البيع بين المالك والفضولي انقطعت إضافة المال عنه وحدثت بذلك إضافة للمال إلى الفضولي، فإجازته للبيع الأول بلا أثر، لأن الإجازة تنفيذ، لكن البيع قد وقع بين المشتري الأول والمالك الأصلي ولم يكن له علاقة بالفضولي حتى ينفذه.

والجواب عن ذلك هو: أنا قلنا - تبعاً لكاشف الغطاء والمحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ - بأن البيع تملك للمال بعوضٍ، سواء حلّ العوضان كلٌّ في محلّ الآخر أو لا. وعليه، فالبيع قابلٌ للتنفيذ من قبل الفضولي.

السَّاعِ^(١): الروايات الدالة على بطلان هذا البيع:

منها: الخبر المستفيض عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وآلُهُ إِذْ قَالَ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(٢).

وهذا النهي حكم وضعي.

الجواب عن الاستدلال بالنبوي

قال الشيخ:

فإنَّ النهي فيها إمَّا لفساد البيع المذكور مطلقاً بالنسبة إلى المخاطب وإلى المالك، فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي. وإمَّا لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقاً، فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقاً ولو ملكه فأجاز...

أقول:

والظاهر هو الثاني كما ذكر.

لكنَّ ظاهره يشمل بيع السلم، لأنه يبيع ماليس عنده، مع أنه صحيح بلا كلام.

وكذا بيع الكلبي، مع أنه صحيح عندنا خلافاً للعامة.

إذن، لا بدَّ من رفع اليد عن إطلاقه. هذا أولاً.

وثانياً: إنَّ البيع عبارة عن التملك والتملُّك، والنهي عنه إرشاد إلى عدم

(١) ليس في مقابس الأنوار عنوان «السَّاعِ» نعم، قد استدُلَّ بالأخبار على القول بالبطلان.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٧، أبواب أحكام العقود الباب ٧ رقم: ٢.

تحقق ذلك، وهذا فيما نحن فيه مسلم، فقد قررنا أن معاملة الفضولي لا تفيد الملكية ولا يترتب عليها الأثر إلا بالإجازة بعد التملك بالشراء من المالك، سواء قلنا بالكشف أو النقل.

فالحديث أجنبي عما نحن فيه.

الجواب عن الاستدلال برواية يحيى بن الحجاج

ومنها: رواية يحيى بن الحجاج، التي وصفها صاحب المقابس بالصحيحة، وعبر الشيخ عنها بالمصححة إليه، مشيراً إلى تصحيح المحقق المذكور، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن الرجل يقول اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة وبعينها أربحك كذا وكذا.

قال عليه السلام: لا بأس بذلك، اشتريها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها^(١).

وهذا النهي وضعي كذلك، أي: لا أثر للإيجاب قبل الشراء.

وهذا المعنى ثابت فيما نحن فيه، فإن الإيجاب والقبول، أي البيع الأول لا أثر له عند القائلين بالصحة وإنما يترتب الأثر بعد أن يشتري ويجيز، فلا استدلال به للبطلان في غير محله.

الجواب عن الاستدلال برواية خالد بن الحجاج

ومنها: رواية خالد بن الحجاج، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٢، أبواب أحكام العقود، الباب ٨ رقم: ١٣.

قال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟

قلت: بلى.

قال: لا بأس به، إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام^(١).

قال الشيخ:

بناءً على أن المراد...

أقول:

ذكر ثلاثة وجوه، والأظهر من بينها هو الثاني.

إلا أن هنا وجهاً رابعاً هو المختار عندنا، بأن يكون المعنى: الكلام الواحد الذي صدر من الفضولي هو محرّم للمال وضعاً، أي لا أثر له قبل أن يشتريه من مالكه، وهو المحلّل له، أي: الموجب لترتب الأثر بعد أن يشتريه. وعليه، فالتمسك به للبطلان ساقط.

الجواب عن الاستدلال بصحيفة محمد بن مسلم

ومنها: صحيفة محمد بن مسلم، قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال له: ابتع لي متاعاً لعلّي اشتريه منك بنقدي أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله. قال: ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعد ما يملكه^(٢).

دلّ بالمفهوم على أن الشراء قبل الملك فيه بأس، أي: لا أثر له، وحينئذٍ يفسد البيع.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٠، أبواب أحكام العقود، الباب ٨ رقم: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٠، أبواب أحكام العقود، الباب ٨ رقم: ٦.

وفيه - بقطع النظر عما في إطلاقها كما تقدم - إن مسألتنا من هذا القبيل، فإن الفضولي يشتري المال من المالك الأصلي ويتملكه، ثم يجيز البيع الواقع أولاً، فيكون ممّا لا بأس به. نعم، لو كان الكشف بالمعنى الذي اختاره صاحب المقابس، كان الاستدلال بها للبطلان في محله.

الجواب عن الاستدلال بصحیحة منصور

ومنها: صحیحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتريه منه. قال: لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما يشتريه^(١). وفيه:

إن ظاهر الصحیحة عدم وقوع حقيقة البيع - أي النقل والانتقال - إلا بعدما يشتري المتاع. ونحن نقول بهذا المعنى في مسألتنا، فالاستدلال بها للبطلان بلا وجه. هذا، بقطع النظر عما في إطلاقها كذلك.

الجواب عن الاستدلال بصحیحة معاوية بن عمار

ومنها: صحیحة معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب مني بيع الحرير، وليس عندي منه شيء، فيقاولني عليه واقاوله في الريح والأجل حتى نجتمع على شيء، ثم أذهب فأشتري الحرير فأدعوه إليه.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٥١، أبواب أحكام العقود، الباب ٨ رقم: ٨

فقال: أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ مَبِيعاً هُوَ أَحَبُّ إِلَيْهِ مِمَّا عِنْدَكَ، أَيْسْتَطِيعُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَيْهِ وَيَدْعَكَ، أَوْ وَجَدْتَ أَنْتَ ذَلِكَ، أَتَسْتَطِيعُ أَنْ تَنْصَرِفَ عَنْهُ وَتَدْعَهُ؟
قلت: نعم.
قال: لا بَأْسَ^(١).

وهذه الصَّحِيحَةُ أَجْنَبِيَّةٌ عَمَّا نَحْنُ فِيهِ وَالِاسْتِدْلَالُ بِهَا عَجِيبٌ، لِأَنَّ صَرِيحَهَا الْمَقَاوِلَةَ، وَكَلَامُنَا فِي الْبَيْعِ، فَهِيَ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَجْرَدَ الْمَقَاوِلَةَ لَا يُوجِبُ الْإِلْزَامَ وَالِاتِّزَامَ، وَهَذَا مَفَادُ الصَّحِيحَتَيْنِ السَّابِقَتَيْنِ أَيْضاً.

الجواب الأخير عن النصوص

ولو تَنَزَّلْنَا عَنْ جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ، فَهَذِهِ النُّصُوصُ مَحْمُولَةٌ عَلَى التَّقْيَةِ، لَكُونِهَا مَعَارِضَةً بِمَا عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ وَإِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرَّجُلِ لَيْسَ عِنْدَهُ، فَيَشْتَرِي مِنْهُ حَالاً.

قال: لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ.

قلت: إِنْ هُمْ يَفْسُدُونَهُ عِنْدَنَا.

قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: وَأَيُّ شَيْءٍ يَقُولُونَ فِي السَّلَمِ؟

قلت: لَا يَرُونَهُ بِأَسْأً، يَقُولُونَ هَذَا إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا كَانَ إِلَى غَيْرِ أَجَلٍ وَلَيْسَ عِنْدَ صَاحِبِهِ فَلَا يَصْلَحُ.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٠، أبواب أحكام العقود، الباب ٨ رقم ٧.

قال عليه السّلام: فإذا لم يكن إلى أجلٍ كان أجود وأحقّ^(١).

وعن صفوان عن عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يأتيني يريد مني طعاماً وليس عندي أ يصلح أن أبيعهُ إياه وأقطع له سعراً...

قال: لا بأس بذلك^(٢).

وملخص الكلام:

أما روايات: «لا تبع ما ليس عندك»، فالنهي فيها وضعي، أي: لا أثر لبيع ما ليس عندك، وهو أعمّ من الكلّي والشخصي، فلا مناص من تقيدها بما دلّ على الجواز في الكلّي، فيختصّ بالشخصي. لكنّ الفضولي عندما يشتري المال من المالك الأصلي يكون مالكاً، فليس من بيع ما ليس عندك.

وأما الروايات الواردة في بيع العين الشخصية، فقد ظهر عدم دلالتها على البطلان في مسألتنا، وحملها على التقية بدعوى كونها بسياق ما ورد في بيع الكلّي كما في كلام الشيخ، خلاف الظاهر.

وأما الروايات في بيع الكلّي، فهي خلاف ما عليه المذهب، فتحمل على

التقية.

بل من الجائز الاستدلال بالروايات المذكورة كلّها على صحّة بيع الفضولي الذي أجازه بعد تملك المبيع، وهو أولى من الاستدلال بها على الفساد.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٦، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٩، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، رقم: ٢.

وتبقى إشكالات:

أحدها: ما ذكره صاحب المقابس في الإشكال على الشهيد، قال: وما يظهر من الشهيد رحمه الله من حمل نحو هذه الأخبار على ما إذا أراد اللزوم بمجرد الانتقال لا بالإجازة بعده، فبعيد ظاهر، فإنه لو كانت الإجازة كافية لما نهى عن البيع قبل ذلك، ولم يؤمر بفعله بعده، مع أن التسليم كان يحصل بعده وهو في حكم الإجازة، لأنها تحصل بالفعل كما تحصل بالقول...^(١) فاعترضه صاحب المقابس قائلاً:

وقد أورد الشيخ هذا الإشكال وأجاب عنه فقال:

وما قيل: من أن تسليم البائع للمبيع بعد اشترائه إلى المشتري الأول مفروض في مورد الروايات وهي إجازة فعلية. مدفوع...

وحاصل الجواب هو: إن الإجازة - وإن كانت أعم من القول والفعل - غير التسليم، والذي في هذه الروايات هو التسليم للمال باعتقاد أن البيع الواقع مملّك فيجب تسليم المال لصاحبه، ولا ربط لذلك بالإجازة المالكية المعبر فيها اختيار المالك بأن يجيز أو يرد. وهذا جواب متين لا غبار عليه.

والثاني ما طرحه الشيخ نفسه وأجاب عنه، حيث قال:

نعم، يمكن أن يقال: إن مقتضى تعليل نفي البأس في رواية خالدة... ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل، وهذا محقق فيما نحن فيه... لكن الظاهر بقرينة النهي عن مواجهة البيع في الخبر المتقدم: إرادة اللزوم من الطرفين...

أقول:

وهذا الجواب عجيب جداً - بقطع النظر عما قررنا في البحوث السابقة من أن هيئة المفاعلة غير موضوعة لصدور المبدء من الطرفين، فقد وردت في صدوره من الطرف الواحد مثل: خاطب القوم، ساعد الفقير، وارى الميت إلى غير ذلك، فجعل الخبر المتقدم المتضمن للمواجهة قرينةً على المدعى، في غير محله - فإن الرواية صريحة في عدم اللزوم من ناحية الأصيل. والتحقيق في الجواب: بالإضافة إلى ما ذكرنا سابقاً من عدم اللزوم من طرف الأصيل أيضاً، هو: إن الرواية ظاهرة في الردع عن جعل المقابلة السابقة بيعاً، فهي أجنبية عن معاملة الفضولي.

والثالث: قوله أيضاً:

إن ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع، وعدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الإجازة...

وفيه:

إنه لو رتب الحكم على الموضوع ثم ورد القيد، فهل يرجع القيد بحسب ظاهر اللفظ إلى الموضوع أو إلى الحكم؟

ففي الرواية: «لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» فهل قوله «قبل...» قيد لـ «لا تواجهه» أو لـ «البيع»؟

هذا أولاً.

وثانياً: القبلية الزمانية قد تكون دخيلة في الحكم كقولك: لا تدخل الدار قبل زيد، وقد لا تكون كذلك، كقولهم: لا أثر للمقتضي قبل شرطه، إذ المعنى عدم تأثير المقتضي بدون شرطه.

والرواية من هذا القبيل، إذ المراد أن المعاملة مشروطة بالملكية وأنه لا أثر للبيع من غير المالك، لأن القبليّة الزمانيّة دخيلة في الحكم. وعليه، فإنّ الفضولي بعد ما اشترى المال من المالك الأصلي حصلت له الملكية، ولمّا أجاز البيع السّابق تحقق استناده إليه فكان البيع من المالك، فيترتب عليه الأثر، والإطلاق بالنسبة إليه محال.

وعلى الجملة، فإنّ ظاهر الروايات دوران الفساد مدار عدم الملكية، فإذا حصلت الملكية انتفى الفساد.

قال الشيخ:

فيقوى في النفس: أنها وما ورد في سياقها في بيع الشخصي أيضاً... اريد بها الكراهة أو وردت في مقام التقيّة... لكنّ الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الرواتين المتقدّمتين الواردين في بيع الشخصي، وعموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلّي، خلاف الإنصاف... فتدبرّ.

أقول

إن اعتماده للقول بالبطلان في البيع الشخصي -بالإضافة إلى الرواتين - على عموم التعليل، عجيب جداً، فإنّ التعليل في صحيحتي محمد بن... مسلم ومنصور بن حازم - بعد حملهما على التقيّة كما اعترف هو أيضاً - صوري، فكيف يستدلّ به؟

فإن قيل:

لعلّ المتاع الذي طلب الرجل شرائه كان عيناً شخصيّة غير أنّ الراوي عبّر بالنكرة، وعدم استفصال الإمام يدلّ على العموم.

قلت:

يلزم من ذلك استعمال لفظ البأس في أكثر من معنى، بأن يكون في بيع الشخصي دالاً على الحرمة الوضعيّة، وفي الكلّي على الكراهة ومحمولاً على التقية. [١]

النظر في رأي الشيخ

قال الشيخ:

فالأقوى العمل بالروايات والفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

أقول:

أي: عملاً بالروايتين في بيع الشخصي. وأما ما ورد في بيع الكلّي، فقد وافق على حمله على التقية.

[١] ولعلّ الشّيخ رحمه الله قد أشار بالأمر بالتدبر إلى ما أفاده السيد رحمه الله، وإن اختلفت كلمات الأكابر في وجهه، قال الشيخ المحقّق الإصفهاني: لا يخفى أنه لا يمكن التبعض في التعليل، بحمله على التقية أو الكراهة في بعض موارد وهو الكلّي، وبإبقائه على حاله في الشخصي، خصوصاً مع أن مورده الكلّي، فبالقائه في مورده المنصوص وإبقاؤه في غيره، في غاية البعد. ولعلّه أشار رحمه الله إليه بالأمر بالتدبر، فيقوى احتمال الكراهة مطلقاً لئلا يقع في كلفة ما لعلّه لا يتمكّن من تحصيله مقدمة للوفاء في الكلّي وتثميماً للمعاملة في الشخصي. (١)

وفيه:

أما صحيحة يحيى بن الحجاج، فالجواب عن الاستدلال بها على بطلان بيع ما لا يملك هو: أنه يحتمل قوياً أن يكون البطلان من جهة كون بيع الثوب والدابة مع الريح قبل شرائهما بيعاً غريباً، لعدم العلم بقيمة الشراء. فهي أجنبية عما نحن فيه.

هذا أولاً.

وثانياً: لو سلمنا أنه نهى عما لا يملك، لكنّ المواجهة هي تثبيت البيع لعدم سلطته على ملك الغير، وهذا لا ينافي استيجاب البيع بعد حصول سلطته على المال بشرائه من مالكة ودخوله في ملكه.

وبعبارة أخرى: هذا النهي وضعي، أي: المواجهة على ملك الغير لا أثر لها، فإذا دخل في ملكك جازت المواجهة وترتب الأثر عليها.

وأما رواية خالد بن الحجاج - أو ابن نجيح - المعتبرة بابن أبي عمير، فالجواب هو: إن محصل فقهاء أن الاستدعاء غير ملزم، بل الملزم هو الكلام المعاملي، فلا ربط لها بما نحن فيه. هذا أولاً.

وثانياً: لو سلمنا، فلعلّ النهي من جهة لزوم الغرر لا من جهة بيع ما لا يملك، ولا أقل من الإجمال.

قال الشيخ:

ومما يؤيد المنع - مضافاً إلى ما سيأتي عن التذكرة والمختلف من دعوى الاتفاق - رواية الحسن بن زياد الطائي... فإنها ظاهرة بل صريحة في...

وهذا نصّ الرواية قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني كنت رجلاً مملوكاً، فتزوجت بغير إذن مولاي، ثم اعتقني الله بعد، فأجدد النكاح؟

فقال: علموا أنك تزوّجت؟

قلت: نعم. قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً.

قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك»^(١).

وتقريب الاستدلال هو: إنّ علّة البقاء بعد العتق على التزوّج الذي وقع فضولياً، هو إقرار المولى المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حرّاً مالكاً لنفسه وتصرّفاته مسوّغةً للبقاء على تزوّجه وعدم الحاجة إلى التجديد، لم يحتاج إلى استفصال الإمام عن أن المولى لمّا علم سكت أم لا، للزوم العقد على كلّ تقدير.

فكذلك في بيع الفضولي ما لا يملك، فإن شرائه لما باعه وإجازته للبيع غير مؤثّر.

وفيه:

إن بين مورد الرواية ومحلّ البحث بوناً بعيداً، لأنّ شرط صحّة البيع هو رضا المالك، سواء كان المالك الأصلي أو الفعلي وهو الفضولي، بخلاف مورد الرواية، فإن الشرط إجازة المولى مادام المتزوّج عبداً، وله أن يجيز أو لا يجيز، وأمّا بعد صيرورته حرّاً فقد تبدّل العنوان، واشتراط إجازة المولى حينئذٍ باطل.

الواجب هو الاقتصار على مورد الروايات

قال الشيخ:

ثم إنّ الواجب على كلّ تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات...

(١) وسائل الشيعة ٢١/١١٨، الباب ٢٦ من أبواب أحكام العبيد والإماء رقم: ٣.

أقول:

إن مورد الروايات هو البيع الجزمي، وهذا معنى «المواجهة» في قوله عليه السلام: «لا تواجهه البيع»، وكذلك معنى: «لا تبع ما ليس عندك»، إذ المنهي عليه هو البيع الشائع المتعارف، وهو البيع الثابت المستقر. أما لو باع منوطاً بالإجازة ومرتقياً لها فهو ليس بموردٍ لها. وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة^(١) نافياً للخلاف في فساد.

فروع لا حاجة للبحث عنها

ثم ذكر الشيخ عدّة فروع لا حاجة للبحث عنها، لوضوح النظر في بعض كلماته ممّا ذكرناه في مناقشاتنا لكلماته السابقة. وهذا تمام الكلام في المسألة الثانية.

المسألة الثالثة

مالو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف
فبان كونه جائز التصرف

وفيها أربع صور:

الصورة الأولى: (أن يبيع عن المالك وينكشف كونه ولياً على البيع)

قال الشيخ:

فلا ينبغي الإشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولي.

أقول:

وفي المقابس^(١): لوجود المقتضي وعدم المانع. وذلك لأنه في واقع الأمر ذو ولاية على البيع، والاعتقاد بالخلاف لا دخل له في حقيقة العقد ولا يوجب تغيير الواقع عما هو عليه، فالعقد صادر من أهله وواقع في محله، فلا يحتاج إلى الإجازة.

وعن القاضي ابن البراج الإشكال في خصوص بيع وشراء العبد: أنه إذا

أذن السيد لعبده في التجارة فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن سيده ولا علم به أحد، لم يكن مأذوناً في التجارة، ولا يجوز له شيء مما فعله، فإن علم بعد ذلك واشترى وباع جاز ما فعله بعد الإذن، ولم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوماً أن يبيعوا العبد والعبد لا يعلم بإذنه له، كان بيعه وشرائه منهم جائزاً، وجرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز^(١).

ويرد على ما ذهب إليه الشيخ تبعاً لصاحب المقابس: أنه مبني على طريقة العلم والاعتقاد إلى الواقع، وهذا يستلزم المحال بناءً على ما عليه المشهور - وهو المختار عند الشيخ - من أن الملكية أمر واقعي والعقد آلة لوجودها، لأن استعمال الآلة يحتاج إلى القصد، ومن يعتقد بعدم ولايته ويعلم بعدم آلية العقد الذي يجريه، كيف يعقل تسببه وتشبته به لإيجاد الملكية الواقعية؟

نعم، يندفع هذا الإيراد، بناءً على اعتبارية الملكية كما هو المختار عندنا، كما ذكرنا مراراً.

فالحق: عدم لزوم، بل يتوقف ترتب الأثر على الإجازة بعد العلم بالولاية أو الوكالة.

وأما المحكي عن القاضي رحمه الله، فيرجع إلى النظر في مدلول روايات اعتبار إذن المولى في تصرفاته في أمواله، وأنها ظاهرة في كفاية الرضا الباطني أو اعتبار إظهار الرضا أو إنشاء الإذن والترخيص الصريح؟ وجوه. ولعل فتوى القاضي هو الوجه الثاني، ويشهد بذلك قوله «فإن أمر السيد

قوماً...» وعليه، فلا ربط لكلامه بما نحن فيه.

وأما قول المحقق الخراساني هنا: يشكل فيما كان جواز تصرفه من جهة ولايته، كالأب والجد مثلاً: بأن منصرف أدلة نفوذ تصرفات الولي غير ما إذا كان تصرفه كذلك أي: باعتقاده أنه غير ولي وغير جائز التصرف. فتأمل^(١). فالظاهر منه الفرق بين موارد دخل الإذن في التصرف، كما في الوكيل والوصي، فالواقع كافٍ وإن اعتقد الخلاف، وموارد الولاية، فإنه يعتبر فيها التصرف لكون زمام الأمر بيده، بدليل انصراف الأدلة إلى هذا، فلو كان معتقداً بالخلاف لم يكن تصرفه بهذه الحيثية، فلا يترتب عليه الأثر. [١]

[١] أقول: هكذا بين السيد الجد رحمه الله مراد المحقق الخراساني، وترك الإشكال عليه بعدم الموجب للانصراف الذي ادّعاه، ولعله لوضوحه. ومنهم من فسر كلامه بنحو آخر فأشكل عليه بلزوم المحال، قال: فأدلة إثبات الولاية للأب والجد ونفوذ تصرفات الوكيل بعد كون مفادها جعل نفس الولاية ومالكية الأمر والمختارية في ذات الولي والوكيل، لا يعقل انصرافها إلى حال العلم بالولاية والوكالة، كما ادّعاه بعض الأساطين في حاشيته على هذا المقام من مكاسب شيخنا المرتضى رحمه الله...^(٢) أي: إن تقييد جواز التصرف بالعلم بجواز التصرف معناه أخذ علة الحكم في موضوع الحكم، وهو محال. لكن المحقق الخراساني لا يريد ذلك حتى يرد عليه الإشكال من هذه الناحية.

(١) حاشية المكاسب المحقق الخراساني: ٤٢.

(٢) كتاب البيع للشيخ الأراكي ١ / ٣٨١.

الصورة الثانية (أن يبيع لنفسه وينكشف كونه ولياً)

قال الشيخ:

فالظاهر أيضاً صحة العقد، لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدر. وفي توقفه على إجازته للمولى عليه وجه... فتأمل.

أقول:

لا يمكن المساعدة على ما ذكر، لأن البيع أمر إنشائي، والإنشاء لا يكون بلا قصد، بل هو تابع للقصد، فلا بد من المطابقة بينهما. هذا من جهة. ومن جهة أخرى: البيع مبادلة مال بمال، أو إنشاء تملك عين بعوض كما عليه الشيخ، أو التبديل بين طرفي الإضافتين كما عليه الميرزا الاستاذ. وعلى كل تقدير، فإن من يعلم بأن المتاع ملك للغير ويعتقد بعدم جواز تصرفه فيه، لا يتمشى منه قصد البيع لنفسه ودخول الثمن في ملكه جداً، نعم، يمكن قصد المعاوضة منه ادعاءً للملكية، ونتيجة ذلك قيام كل من العوضين مقام الآخر ادعاءً.

فالصحيح عدم صحة العقد.

وأما توقفه على إجازته للمولى عليه، فإنه إذا كان أباً أو جداً أو قتيماً، كان له أن يجيز البيع للمولى عليه بعد لحاظ المصلحة. وأما الوكيل في الواقع والجاهل بوكالته في البيع، فإنه بعد انكشاف الواقع ليس له أن يجيز، لأن المفروض كونه وكيلًا في البيع دون الإجازة.

إذن، لا بد من التفصيل.

هذا كله بناءً على المسالك المذكورة في حقيقة البيع.
وأما على مسلك الشيخ الكبير - وهو المختار - من أن البيع هو التملك
لا بالمجان، من دون لزوم قيام العوض مقام المعوض - وإن كان الظهور
الإطلاقي للبيع يقتضي ذلك - فالإجازة إن كانت من الموكل أو المرخص في
البيع، تقتضي صحة البيع ودخول الثمن في ملك الوكيل، وأما في مثل
الصغير ونحوه، فلا، لأنها على خلاف المصلحة.
فظهر مواقع النظر في كلام الشيخ رحمه الله في هذه الصورة.

الصورة الثالثة (أن يبيع عن المالك وينكشف كونه مالكا)

قال الشيخ:

المشهور الصحة... إلا أن الشهيد^(١) ذكر في قواعده: أنه لو قيل بالبطلان
أمكن، وقد سبقه في احتمال ذلك العلامة وولده...
لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتاً، فالمشهور الصحة، بل ربما استفيد
من كلام العلامة في القواعد^(٢) والإرشاد^(٣) - في باب الهبة - الإجماع...

(١) القواعد والفوائد ٢ / ٢٣٨.

(٢) إرشاد الأذهان ١ / ٤٥٠.

(٣) إرشاد الأذهان ١ / ٤٥٠.

وجوه البطلان والجواب عنها

وقد ذكر للبطلان ثلاثة وجوه:

الأول: إنه إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه.

والثاني: إنه وإن كان منجزاً في الصورة إلا أنه معلق. والتقدير: إن مات مورثي فقد بعته. كذا في الإيضاح^(١). والظاهر أن الصحيح: إن كان أبي حياً فقد بعته.

والثالث: إنه كالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده أن المبيع لغيره.

أجاب الشيخ:

أما عن الأول، فإنه يبيع عن أبيه من حيث أنه مالك، فهو قاصد في الحقيقة البيع عن المالك، لكنه قد أخطأ في التطبيق، فليس من بيع من لا يملك.

وأما عن الثاني، فبوجهين:

أحدهما: إنه يخالف مقتضى الدليل الأول.

وهذا الإيراد في محله كما لا يخفى.

والآخر: منع كونه في معنى التعليق... إلا أن يراد أن القصد الحقيقي إلى

النقل معلق على تملك الناقل وبدونه فالقصد صوري. لكن فيه حينئذٍ: إن هذا القصد الصوري كافٍ، أي: له الصحة التأهيلية، ولذا قلنا بصحة عقد الفضولي.

وأما عن الثالث، فبأنه ليس عابثاً بل الداعي العقلاني موجود. فهذه أدلة القول بالبطلان في مقابل المشهور، وأجوبة الشيخ عنها. ولكن ينبغي البحث في المسألة بالتفصيل، بذكر سائر الأقوال وأدلتها وأنظار المتأخرين عن الشيخ وبعض مشايخنا في المقام، فنقول:

تفصيل الكلام في المقام

في هذه المسألة أربعة أقوال:

- ١- إنه بيع صحيح ولازم، وهو المشهور.
- ٢- إنه باطل، احتمله العلامة والشهيد والفخر.
- ٣- إنه بيع فضولي، فيحتاج إلى الإجازة، وعليه الشيخ تبعاً للمحقق والشهيد الثانيين.
- ٤- إنه بيع خيارى، قواه صاحب المقابس.

دليل القول المشهور

إن حقيقة البيع صادقة هنا على جميع الأقوال، والخصوصية الشخصية للمالكين غير دخيلة في حقيقتها عند الكل، فهو بيع صحيح. وهو أيضاً لازم ولا يحتاج إلى الإجازة لما سيأتي.

دليل القول بالبطلان

وجوه ثلاثة ذكرناها.

تقريب الأول: إنه باع عن أبيه، أي إنه قد قصد وقوع البيع لأبيه وخروج الشيء عن ملك والحال أنه خارج عن ملك نفسه، فلو قلنا بصحة هذا العقد لزم أن لا تتبع العقود للقصود، وهو باطل.

وتقريب الثاني: إن هذا البيع لنفسه، وحيث أنه معتقد حياة أبيه يكون في الحقيقة معلقاً على موته بالتقدير المذكور.

وتقريب الثالث: إنه مع الاعتقاد بعدم كون المال له ولا سلطنة له على البيع، غير قاصدٍ للانشاء.

النظر في الأجوبة

أجاب الشيخ عن الأول: بأنه قد قصد نقل الملك عن الأب من حيث أنه مالك باعتقاده...

أقول:

يرد على قول الشيخ: أما قصد نقل الملك عن الأب، فلا يقدر في وقوعه، لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب من حيث أنه مالك باعتقاده...:

أولاً: الحيثية التعليلية عبارة عن ترتب الحكم على ذات الموضوع بعلة كذا. فالعلة واسطة في ثبوت الحكم للموضوع. والتقييدية عبارة عن ترتب الحكم على الموضوع بقيد انصافه بكذا، فهي جزء للموضوع ولا يصح القول بكونها تمام الموضوع.

فلو قيل: بعته عن أبي الذي كان مالكا، ليس بمعنى بعته عن المالك.

وثانياً: إن القضايا إما حقيقية، وهي التي يترتب الحكم فيها على صرف وجود الكلّي الطبيعي، فيعمّ الأفراد المحقّقة بالفعل والمقدّرة الوجود. أو خارجيّة، وهي التي يكون الحكم فيها مترتباً على الوجود الخارجي. والمقسم للحيثيّة التعليليّة والتقيديّة هو القضايا الحقيقيّة، أمّا في الخارجيّة

فالدواعي والعلل هي الحثّيات، ولا معنى للحيثيّة التعليليّة أو التقيديّة في القضايا الخارجيّة. ويرد عليه أيضاً:

إنّ القول بأن الحيثيّة تعليليّة والعلّة خارجة، أولى من جعلها تقيديّة. وأيضاً: إنه إذا كان المالك تمام الموضوع - كما هو صريح العبارة - فلماذا قال بعد ذلك بأنّ الأقوى وقوفه على الإجازة؟

وأجاب الشيخ عن الثاني: أولاً: إنه ينافي مقتضى الدليل الأوّل. وفيه: إنّ المقصود أنه باع مال الغير لنفسه، فلا منافاة.

وثانياً: إنّ لا تعليق في الإنشاء، وأنّما هو في ترتب الأثر الشرعي فإنّه المعلّق على موت الأب، وهذا لا ربط له بالإنشاء. وأجاب عن الثالث:

إنّ له الدّاعي العقلاني على الإنشاء، وربما كان برجاء الإجازة من الغير، فليس عابثاً.

وعلى الجملة، فإن ما يمكن المساعدة عليه من الوجوه هو الأوّل، ومن

أجله وافق المحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ فخر المحققين على القول بالبطلان، وملخص كلامهما^(١) بتقريب منا هو:

إن مورد البحث هو أن يبيع الولد عن أبيه ولأبيه، فكيف يقع صحيحاً عن نفسه ولنفسه، والحال أن العقود تتبع القصد؟
وأيضاً، كيف تؤثر إجازته البيع عن أبيه ولأبيه فيكون عن نفسه ولنفسه،
والحال أن من شرط الإجازة أن تكون على طبق ما وقع عليه المجاز؟
أقول:

تارةً: يبيع عن الغير وله بقصد كونه وكيلاً عن الغير، فهو فضولي في الوكالة، وأخرى: يبيع فيوجد المبادلة بين المالين بمالهما من الملكية في حدّ نفسهما. فإن كان الأول، فالبطلان بلا ريب. وإن كان الثاني، فالبيع صحيح لكنه موقوف على الإجازة. ووجه الحاجة إليها هو أن أثر الإجازة هو الرضا أو إسناد البيع، وهنا الإسناد حاصل، لكنّ رضاه بأن يكون الذي وقع لنفسه موقوف على الإجازة، نظير بيع المكره.
فالتحقيق هو التفصيل، بين ما هو باطل محض، وما هو صحيح لازم.

دليل القول بالصحة وعدم الحاجة إلى الإجازة

قال الشيخ:

ظاهر المحكي عن غير واحد^(٢): لزوم العقد وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة.

(١) حاشية الخراساني: ٤٢، حاشية الإصفهاني ٢/٢٤٣.

(٢) أنظر: مقابس الأنوار: ١٣٦.

فذكر دليلين:

أحدهما: إن المالك هو المباشر للعقد، فلا وجه لإجازة فعل نفسه.
والثاني: إن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل
المال المعين الذي هو في الواقع ملك نفسه وإن لم يشعر به، فهو أولى من
الإذن في ذلك فضلاً عن إجازته، وإلا توجه عدم وقوع العقد له.
أما الأول، ففيه: إن الإجازة ليست من أجل الاستناد، بل من أجل إظهار
الرضا كما في بيع المكره.

وقد أجاب عنه جامع المقاصد^(١): بأنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك
الآن، بل مع إجازة المالك.

قال الشيخ: هذا الجواب مندفع، بما ذكره جامع المقاصد بقوله: إلا أن
يقال: إن قصده إلى أصل البيع كاف.

قال: وتوضيحه: أن انتقال المبيع شرعاً بمجرد العقد أو بعد إجازة
المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يقدر قصد خلافه،
وإنما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود... مع أن عدم القصد المذكور
لا يقدر بناءً على الكشف، بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه.

لكن شيخنا الاستاذ أوضح عبارة جامع المقاصد بوجه آخر^(٢).

وأما الثاني، فقد أجاب عنه الشيخ بما حاصله:

إن حقيقة البيع نقل العين الخارجية إلى الغير بعوض، لكن هذا لا يكفي
لجواز تصرف المشتري فيه، لأن تصرفه منوط برضا المالك، فمن باع

(١) جامع المقاصد ٧٦/٤.

(٢) الحاشية على المكاسب ٢٤٥/٢.

معتقداً بأن المال ليس له - وإن كان في الواقع له - لا أثر لرضاه، لأنه إنما يؤثر حيث يعلم بكونه ملكاً له. وهذا وجه الحاجة إلى الإجازة، لأن الغرض من لزومها حصول الاستناد إليه بها.

وتوضيح ذلك هو: إن من الأمور ما موطنه الخارج، ومنها ما موطنه النفس بإيجادٍ منها. والأول: منه ما يترتب عليه الأثر بما هو، سواء قصد عنوانه أو لا، فإن حلية العصير العنبي بذهاب الثلثين، وحلية السمك بالموت في خارج الماء، سواء علم بذلك أو لا، نعم للعلم الطريقية في مقام ترتيب الأثر. ومنه ما يكون للعلم فيه الموضوعية، كما في أغلب محرمات الإحرام، وكما في التكلم في الصلاة مثلاً، بخلاف الاستدبار، فهو مبطل على كل حال، ومن هنا يظهر أنه يمكن أن يكون العلم في بعض خصوصيات الشيء الواحد طريقيّاً وفي بعضها الآخر موضوعيّاً، بحسب مقتضى الأدلة في كل منها.

هذا في القسم الأول وهو الأفعال الخارجية.

وأما الثاني - أي الأفعال النفسانية - فلا تحقّق لها إلا بالعلم، فما لم يعلم بالشيء لا يحصل له الرضا أو الحب أو البغض والتمني والترجي... بالنسبة إليه أبداً.

فمتى رتب الشارع الحكم على أمرٍ نفساني فلا بد من العلم به، ومتى رتب على أمرٍ خارجي، فالمتبع في ذلك هو الدليل.

وعلى هذا، فلما كان الإنشاء وكذا الرضا بالمنشأ من الأمور النفسانية، فلا بد من العلم، ومع عدم العلم لا يترتب عليه الأثر، فلو باع شيئاً أو أعتق عبداً وهو غير عالم بكونه ملكاً له، لم يترتب عليه الأثر، لأنه غير راضٍ بذلك.

نعم، الفرق بين العقود والإيقاعات، هو أن للعقود الفاقدة للعلم والرضا في حينها القابلية للصحة بلحوقه بها، بخلاف الإيقاعات، فما كان منها فاقداً للرضا المقارن لا يقبل الصحة.

وبعبارة أخرى: العقود لها الصحة التأهيلية والصحة الفعلية، وليس للإيقاعات إلا الصحة الفعلية.

دليل القول بالصحة مع الخيار

فالنقل والانتقال حاصل، غير أنه قابل للفسخ، بخلاف الإجازة، فإنه لولاها لم يتحقق النقل والانتقال. وأيضاً: الإجازة تتعلق بنفس العقد، أما الفسخ فيتعلق بأمر خارج عن العقد.

فقال صاحب المقابس^(١): إن لزوم هذا العقد ضروري.

وفيه: إن نتيجة جريان قاعدة نفي الضرر أن له أن يجيز أو يرد، لأن يَمْضِي أو يَفْسخ.

لا يقال: إن كان الملاك لترتب الأثر هو الرضا فتتوقف المعاملة على الإجازة، ففي بيع المعيب أو المغبون فيه وغير ذلك كذلك، فلماذا يقال هناك بالخيار وهنا بالإجازة؟

لما تقدّم من أن الحيثية في القضايا الخارجية تعليلية، فهو يشتري الشيء راضياً به لاعتقاده كونه سالماً ومساوياً للثمن، وهكذا... فالاعتقاد والرضا هناك حاصل.

قال الشيخ:

ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقف على القول بصحة عقد الفضولي، بل يجئ على القول بالبطلان، إلا أن يستند في بطلانه بما تقدم من قبح التصرف في مال الغير...

أقول:

إن أدلة القول بالبطلان هي: آية التجارة، فالبيع الواقع على ملك الغير ليس «عن تراض»، وآية الوفاء، إذ المعتبر فيها «عقودكم»، والحديث «لا تبع ما ليس عندك» وغير ذلك.

وهذه الأدلة لا تجري فيما نحن فيه، لأن المال مال البائع في نفس الأمر، واعتقاده بكونه للغير لا أثر له، فالآيتان وغيرهما من الأدلة شاملة له.

إلا أن يستدل على بطلان عقد الفضولي بأخبار «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره» لأن مفادها حكم عقلائي، والموضوع فيها الاعتقاد والعلم، وهو هنا معتقد بكون المال للغير، وهذا القبح العقلي يستلزم الحرمة الشرعية وهي تستلزم الفساد.

ولكن التحقيق عدم تمامية الاستدلال بهذه الأخبار على بطلان عقد الفضولي. كما ذكرنا في محله.

الصورة الرابعة (أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فينكشف أنه له)

قال الشيخ:

والأقوى هنا أيضاً الصحة... بمثل ما مر في الثالثة. وفي عدم الوقوف هنا وجه

لا يجري في الثالثة...

أقول:

لا حاجة إلى تكرار ما سبق. ويبقى ما أشار إليه بقوله: وفي عدم الوقوف... وتوضيحه:

إنه إنما أقدم على البيع في المسألة الثالثة لدعواه الملكية للشيء كما ذكر الشيخ في الغاصب، أو من باب المجاز من باب الأول والمشاركة، أو على تقدير موت مورثه كما ذكر الفخر، فهو هناك يبيع بانياً على كونه مالكاً. فهو في الصورة الثالثة يبيع عن الغير وللغير، والذي انكشف هو كون البيع عن نفسه ولنفسه، فهناك مخالفة بتمام المعنى بين الذي أنشأه وبين الحقيقة. بخلاف ما نحن فيه، حيث المخالفة ليست بتلك المثابة، فهناك يحتاج إلى الإجازة دون هذه الصورة.

ولكن التحقيق عدم الفرق بين الصورتين، وأنه لا بد من التفصيل.

القول

في المُجاز

واستقصاؤه يكون ببيان امور:

الأمر الأول اعتبار كون العقد جامعاً للشرائط

قال الشيخ:

يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك...
في هذا الأمر جهتان: إحداهما: اشتراط كون العقد جامعاً للشرائط،
والثانية: هل يشترط ذلك بقاء أو لا؟

ما هي الشرائط؟

أما الأولى، فالشرائط خمسة أقسام:

أحدها: شرائط العقد بما هو عقد، كالعربية والماضوية والموالة...

الثاني: شرائط المتعاقدين، كالبلوغ والعقل...

والثالث: شرائط العوضين، كالمالية والملكية والطلقية.

والرابع: رضا المالك.

والخامس: كون المشتري مسلماً إن كان المبيع مصحفاً أو عبداً مسلماً.

ولما نبحت عن أن الإجازة اللاحقة لعقد الفضولي من المالك تغني عن الرضا

المقارن أو لا، فإنه يشترط أن يكون العقد واجداً للأقسام الثلاثة الأولى المذكورة.

ولا يتوهم: كفاية الشرائط في الأصل لكونه أحد طرفي المعاملة حقيقة، ولذا يكون العقد لازماً في حقّه، وأمّا الفضولي فأجنبي عن المعاملة. قال الشيخ: وذلك، لأنّ العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه، وعلى أيّ حال، فيعتبر اجتماع الشروط عنده. ولهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين. [١]

[١] قال المحقق الإصفهاني: قوله: وذلك لأنّ العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه... هذا تعليل لعدم كفاية تحقق الشروط في الأصل فقط كشافاً ونقلًا، وأنه لا بدّ من تحققها في الفضول أيضاً في مرحلة تحقق العقد بينه وبين الاصل. توضيحه: أنّ الشرط له الارتباط بالسبب والمقتضي لا بالمسبب والمقتضى، فلا يكفي وجوده عند وجود المسبب فقط مع عدم إقتران السبب به، فالشرائط مربوطة بالبيع الانشائي الذي يتسبب به إلى الملكية دون البيع بالحمل الشائع. ومنه يعلم أنّ الإجازة سواء كانت شرط تأثير البيع الانشائي أو جزء السبب المؤثر لا يكفي تحقق الشرائط عندها، لا من حيث إنّ الشرط مربوط بالسبب لا بالمسبب، لأنّ فرض جزئيتها للسبب المؤثر يصحح ارتباطه بالسبب، بل من حيث إنّ ظاهر أدلة الشرائط ارتباطها بالبيع الذي لا بدّ من حمله^(١) على البيع الإنشائي، ومن المعلوم أنّ الإجازة ليست مقوّمه للبيع الانشائي، وإنّ كانت على فرض الجزئية مقوّمه للسبب المملك، ففرض الشرطية يوجب عدم ارتباطها بالبيع بالحمل الشائع، وفرض

وعلى الجملة، فإنه يشترط في عقد الفضولي المجاز من قبل المالك توفر الشرائط المذكورة فيه.

نعم، لو دلّ دليل على اعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء، أمكن القول بكفاية وجوده حين الإجازة، ولعلّ من هذا القليل القدرة على التسليم وإسلام المشتري المصحف والعبد المسلم.

شرطيتها للبيع يوجب عدم ارتباطها بالسبب المملك، بل بالبيع الانشائي الذي هو جزء السبب المملك.

كما أنه تبين مما ذكرنا: عدم الفرق بين لزوم تحقق الشرائط في كل من جزئي العقد حال تحققها في الجزء الآخر - كما في المثال الذي ذكره المصنف قدس سره - وعدم لزوم تحققه إلا حال وجود نفس الجزء، إذ هذا المعنى - وهو لزوم تحققها كما عرفت - معتبر في جزئي البيع الانشائي لا في جزئي السبب، فالإجازة سواء كانت شرطاً أو جزءاً غير داخلة في حقيقة البيع الانشائي، ليعتبر فيها ما يعتبر في البيع الانشائي.

نعم لو قلنا بأن الإجازة إما إيجاب متأخر لقبول الاصيل أو قبول لا يجابه - وكان العقد بينهما لا بين الأصيل والفضول - للزم الاكتفاء بحصول الشرائط في المجيز دون الفضول، إلا أن المبنى سخيّف جداً.

هل هي معتبرة بقاء؟

وأما الثانية، فقد قال الشيخ:

لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما... وأما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناءً على النقل، وأما بناءً على الكشف فوجهان، واعتبارها عليه أيضاً غير بعيد.

أقول:

لابد من ذكر أمور حتى يتبين التحقيق في هذا الأمر:
أولاً: من جملة شرائط المتعاقدين أن لا يكون العاقد مكرهاً عليه، ولكن عقد الفضولي المكره صحيح بالإجازة اللاحقة من المالك، فقوله باشتراط كون العقد المجاز جامعاً لجميع الشرائط، منقوض بالموارد المذكور.

وما اخترناه من تحقق العقد بالإجازة وأنها متممة لحقيقته لاموجبة لانتسابه، فإنما هو بالإضافة إلى العقد المعنوي الذي يعتبره الشارع أو العرف بين المتعاقدين المكلفين بالوفاء، لا بالإضافة إلى العقد الإنشائي الذي منزلته من العقد المعنوي منزله السبب لمسببه، والآلة لذي الآلة، وقد عرفت ارتباط الشرائط بالسبب، كما أن اعتبار الوفاء والحل - البديل للعقد مرتبطان بالعقد - الحقيقي المعنوي فتدبر.^(١)

وقد تعرض شيخنا دامت بركاته لهذا الكلام في البحث، وأورد عليه بوجوه، نكتفي بواحد منها وهو: أن ما ذكره من أن الشروط إنما تتعلق بالسبب والمقتضي، يصح في شرائط الأمور التكوينية، دون الاعتبارية.

وثانياً: قوله: نعم، لو دَلَّ الدليل... غير صحيح على إطلاقه، لأنه إنما يتم على النقل دون الكشف، لتحقق الملكية من حين العقد للمشتري والمفروض كونه كافراً، وتملكه للمصحف والعبد المسلم غير جائز. نعم، ذكر بعض الأكابر أن لا مانع من ملكية الكافر لهما، غير أنه يمنع من التصرف فيهما، فإن أسلم عند إجازة المالك ارتفع الحظر^(١). وفيه: إنه لو كان المناط عدم جواز التصرف لجاز تملكه لهما كافراً حين الإجازة أيضاً. هذا أولاً.

وثانياً: إن المستفاد من الأدلة عدم جواز ملكية الكافر للمسلم والمصحف، بل إن الملكية نفسها من «السبيل» الممنوع في الآية المباركة ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٢). إن قلت: إنه - بناءً على الكشف الانقلابي - يجوز أن يكون المشتري مسلماً حين الإجازة.

قلت: إن المناط بحسب المستفاد من الأدلة المانعة هو كفر المشتري حين ثبوت الملكية له، وهو هنا كذلك، فالعقد فاسد. وأما بالنسبة إلى القدرة على التسليم، فما ذكره تام بناءً على النقل، وأما على الكشف، فإن ترتب الأثر من حين العقد والحال أن لا قدرة عليه في ذلك الوقت ممنوع، بل الصحيح أن يقال: إن القدرة على التسليم شرط في المالك العاقد، وهذا المعنى يتحقق بالإجازة، فتكفي القدرة على التسليم في زمان

(١) حاشية المحقق الإصفهاني ٢/ ٢٥٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٤١.

الإجازة ولو على الكشف، وإن كان ظرف التسليم متأخراً، كما سيأتي في محله.

وثالثاً: قوله بعدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما حتى على النقل، عجيب، لأنه لو كان المشتري هو الفضولي والبائع هو الأصيل، وصار الأصيل عند الإجازة مفلساً مثلاً، فإنه على النقل يبطل العقد. إذن، لابد من التفصيل بين شروط المتعاقدين بناءً على النقل.

ورابعاً: قوله في شروط العوضين باعتبار بقائها على النقل، أما على الكشف فوجهان والاعتبار غير بعيد، يتنافى مع قوله سابقاً - ردّاً على صاحب الجواهر - بعدم اعتبار ذلك بناءً على الكشف، مستدلاً بفحوى خبر تزويج الصغيرين.

وغاية ما يمكن أن يقال في توجيه نفي البعد على الكشف هو: إن متعلق الإجازة هو البيع بالمعنى الاسم المصدري - لا الإنشائي - والبيع بالمعنى المذكور يتقوم بالعوضين، فمادام العوضان موجودين مع الشروط يكون العقد قابلاً للتنفيذ، وأما لو تلفا أو زال بعض ما يعتبر فيهما شرعاً، فلا شيء يتعلق به الإجازة، فلا بد من استمرار وجود العوضين كذلك.

لكن يرد عليه: إن متعلق البيع بالمعنى المذكور هو نفس ما تعلق به البيع الإنشائي وليس غيره، والمفروض تحققه حين الإنشاء، ولا حاجة إلى استمراره، وإنما اللازم استمرار البيع بأن لا يعرضه الفسخ أو الرد.

الأمر الثاني هل يعتبر كون المجاز معلوماً بالتفصيل؟

قال الشيخ:

وجهان، من كون الإجازة كالإذن السابق، فيجوز تعلّقه بغير المعين... ومن أن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد... أقول:

هل يشترط في العقد المجاز المعلوم للمجيز وقوعه، كونه معلوماً له بالتفصيل، من تعيين العوضين وتعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنس العقد من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها، أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع العقد بواسطة الفضولي على ملكه، قابل للإجازة منه؟ فهذا جهة.

والجهة الأخرى هي: ما لو جهل بأصل وقوع العقد. قال الشيخ: ومن هنا يظهر قوة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد ولا يكفي مجرد احتمال فيجيز على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه...

هل يكفي العلم الاجمالي أو يشترط تفصيلاً؟

أما في الجهة الاولى، فوجه كفاية العلم الاجمالي: هو أنَّ الإجازة كالإذن السابق، فإنَّ للمالك أن يوكل أحداً في ماله وكالة مطلقة ويخوله تخويله كاملاً، فكذلك الإجازة، من غير فرقٍ إلا في السبق واللاحق.

ووجه اشتراط العلم التفصيلي هو: إن الإجازة في الحقيقة ركن العقد. وكان الميرزا الاستاذ يفرق بين الإذن والإجازة، بأن الإذن يتعلق بما سيقع، فيمكن كونه مطلقاً غير معين، والإجازة تنفيذ لما وقع خارجاً وهو لا يقبل الإطلاق، فكما لا يتعلق الإذن بالمبهم، كذلك لا تتعلق الإجازة بالمبهم. وأيضاً: أثر الإجازة استناد العقد إلى المجيز فيكون هو العاقد، فإذا كان غير عالم بالتفصيل، كان العقد بالنسبة إليه غريباً. وأيضاً: لو جهل بالخصوصية - كأن يكون العقد مردداً بين البيع والصلح - احتمل وقوع التعليق في الإجازة، إذ يقول: إن كان بيعاً أجزته وإن كان صلحاً أجزته. [١]

[١] أقول: وهذا نص كلام الميرزا: لا يخفى أنه لا يجري في المقام ما يجري في الوكالة، فإنها تصح على نحو الإطلاق وإن لم تصح على نحو الإبهام. وأما الإجازة، فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الإطلاق، لأن عقد الفضولي وقع على شئ خاص، وهو لو كان مجهولاً عند المجيز فلا تشمله الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة، بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالأمر المبهم التي لا اعتبار بها عند العقلاء، مع أنها تندرج في عموم نهى

أقول:

ويضاف إلى ما نقلنا عن الميرزا الاستاذ من وجوه الفرق بين الإجازة والإذن: أن الإذن كما يمكن أن يكون كلياً، كذلك يمكن أن يكون على وجه التخيير، بأن يوكله مخيراً بين البيع والصلح. وأما الإجازة فلا يتعلّق بأمر كلي، لأنّ الواقع في الخارج جزئي، وأيضاً: لا يعقل أن يجعل المجيز نفسه مخيراً. وتقدّم لزوم الغرر، وقد كان الميرزا رحمه الله يقول بعدم اختصاص الغرر بالبيع، لأنّ الحديث: «نهى النبي عن الغرر».

ولكنّ يرد عليه: أنّ الموجود الخارجي يقبل التوسعة بحسب المحتملات في الصفات، فلو أجاز المعاملة الواقعة التي يجهل بخصوصياتها بأن يقول: أجزت المعاملة على أيّ صفة وقعت، كانت الإجازة صحيحة نافذة.

النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر. وبالجمله، مقتضى ما ذكرنا من أن الاستناد يتحقّق بالإجازة عدم صحّة تعلّقها بالأمر المبهم وتعلّقها بالأمر المشكوك بأن يجيزه على تقدير وقوعه، فإنها تقع لغواً وإنّ انكشف وقوعه، لما ذكره المصنف قدس سرّه من أن بالإجازة يخاطب المالك بالوفاء بالعقد فتشبه العقود، فبطلان التعليق فيها مستلزم لبطلانه فيها، فإن مجرّد الشباهة لا يوجب الإلحاق في الحكم بل لما ذكرنا من أن بها يتحقّق الاستناد، وهي من الإيقاعات، والإيقاع لا يقبل التعليق. ثم إنّ هذا كلّ بناء على بطلان التعليق مطلقاً، وأما بناء على صحّته إذا كان المعلّق عليه حاصلأً كما في المقام، وصحّته فيما إذا كان موضوعاً، يتعلّق الطلاق على الزوجيّة، فلا وجه لاحتمال البطلان ولعلّه لهذا أمر بالتأمّل.^(١)

(١) منية الطالب ١/ ٢٧٨، وانظر المكاسب والبيع ٢/ ٢١٦.

وبعبارة أخرى: الإجازة موجبة لإسناد المعاملة إلى المالك، فهو يبرز بها الرضا باستناد المعاملة إليه بأي صفة وقعت، ولا يلزم أي غرر. فما ذكره مندفع.

وأشكل شيخنا الاستاذ قدس سره فيما لو كان الجهل بمتعلق البيع هل هو الدار أو البستان مثلاً، - وإن أمكن إسراؤه إلى الجهل بعنوان المعاملة هل هو البيع أو الإجازة مثلاً -: بأن المعاملة قائمة بالمالك المجيز، وهو العاقد بحسب الحقيقة، فكما لو باع هو بنفسه أحد الأمرين كان باطلاً للزوم الغرر، كذلك لو باع الفضولي وأراد المالك الإجازة. [١]

[١] وهذا نص كلام المحقق الإصفهاني: وجه الصحة: اغتفار الجهالة في الإجازة كما في الإذن والتوكيل. ووجه الفساد مع عدم العلم التفصيلي كون الإجازة أحد طرفي المعاهدة الحقيقية وإن لم تكن أحد طرفي العقد الإنشائي. ويدل عليه ما أفاده قدس سره في الفرع الآتي من أن المخاطب بالوفاء هو العاقد بالحقيقة، وما لم تتحقق الإجازة من المالك لا يخاطب بالوفاء، فيعلم أنه بإجازته يكون عاقداً عليه الوفاء.

وربما يستند في اشتراط العلم التفصيلي إلى النهي عن الغرر، إمّا لكون الإجازة غررية والغرر منهي عنه مطلقاً، وإمّا لكون العقد المجاز غررياً من المجيز، وهو منهي عنه، ولو لم يكن الغرر في الإجازة منهيّاً عنه.

وتحقيق القول في ذلك يتبني على مقدمة: هي أن التوكيل تارة يتعلق بالمبهم المردد، وأخرى بالمجهول، وثالثة بتعميم الوكالة بحيث تسع كل ما يؤدي إليه نظر الوكيل واختياره.

ويمكن الجواب عنه:

بأن الوكالة تارة: تكون في صرف الإنشاء وإجراء العقد، ولا يشترط أن يكون الوكيل عالماً تفصيلاً بالخصوصيات، بل يكفي أن ينشئ الصيغة على ما اتفق عليه المتعاملان. واخرى: تكون في المعاملة، بأن يقول له: أنت وكيل عني في أمر هذه الدار، فهذه وكالة مطلقة، ولا يعتبر أن يكون الموكل عالماً بما فعل الوكيل بالتفصيل.

والاول في نفسه غير معقول؛ إذ المردد بما هو لا ثبوت له ذاتاً وحقيقة؛ ماهية وهوية، فالأذن فيه إذن في أمر غير معقول، فهو غير معقول من العاقل غير الغافل، وعلى فرض المعقولية فهو فيما نحن فيه مفروض العدم، لأن العقد الصادر من الفضول معين لا مردد واقعاً، فإجازته إجازة المجهول لا إجازة المردد.

والثاني وهو التوكيل في المجهول، كأن يوكله في البيع بما لا يعلم الموكل والوكيل أنه فضة أو ذهب مثلاً، فمثله غير نافذ من الموكل بالمباشرة فكذا بالتسبيب، ومثله إجازة بيع المجهول بهذا الوجه.

والثالث ما إذا فوّض الأمر إلى الوكيل وجعله مستقلاً في العمل بأي وجه يختاره، فكما أنه للموكل التصريح ببيع ماله بأدون من ثمن المثل، أو بهبة ماله، وليس التوكيل غررياً ولا المعاملة غررية، لا من حيث مباشرة الوكيل ولا من حيث تسبيب الموكل، وكذلك له هذا المعنى بالتعميم، فالمعاملة الصادرة من الوكيل إذا كانت في نفسها واجدة للشرائط تكون منتسبة إلى الموكل، فهذه المعاملة الصحيحة تسببية من الموكل وإن جهل الموكل بما فعله الوكيل، ومثل هذا التعميم هنا - مع كون المجاز عقداً

أما في الصورة الاولى، فيشترط أن يكون الموكل على علم بالخصوصيات ولا يلزم الغرر، وكذا المجيز إن كان الصادر من الفضولي مجرد الإنشاء.

خاصاً - وإن كان معقولاً نظراً إلى أنه يرضى بأي وجه أوقعه الفضول، بيعاً كان أو هبةً بضمن المثل أو بأنقص. إلا أن الفرق بين التوكيل والاجازة، أن الاقدام على المعاملة عمل الوكيل المستقل في أمرها، فيعتبر أن يكون عقلاً غير سفهاني من حيث كونها غررية خطيرة، ولا إقدام على المعاملة من الموكل كي يعتبر علمه لثلاً يلزم الغرر، فلا غرر في التوكيل، لا من حيث إن التوكيل عمل يعتبر أن لا يكون غررياً، ولا من حيث إن المعاملة المنتسبة إليه غررية.

بخلاف الاجازة؛ فإن الفضول أجنبي عن المال وعن التصرف في المال، فلا معنى لغرره وخطره، بل الاقدام على المعاملة من المجيز، فهو بإجازته مقدم على المعاملة، فهذا العقد الاجازي كعقده المباشري، فلا بد من أن يكون هذا الاقدام منه عقلاً غير سفهاني.

ومما ذكرنا تبين أن الاجازة كالاذن والتوكيل، وأنه لا يختص أحدهما بخصوصية من حيث غررية التوكيل والاجازة وعدمها، بل الفرق من حيث إن المعاملة مع الجهل غررية من المجيز دون الموكل، للوجه المتقدم.

وأما ما أفاده قدس سره - في المتن في وجه الفساد مع عدم العلم التفصيلي، بأن المعاهدة الحقيقية تحصل بين المالكين بالاجازة فيشبه القبول إلى آخر ما أفاد قدس سره - فوجبه من حيث كون المجيز طرف المعاهدة الحقيقية، فإن الاجازة كما حققناه سابقاً متممة لحقيقة المعاقدة، لا شرط تأثير المعاهدة الحقيقية المفروغ عن ثبوتها،

ولكنَّ بيع الفضولي من قبيل الصّورة الثّانية، إذ المفروض أن البيع الواقع منه جامع لجميع الشّرائط المعتبرة المذكورة في الأمر الأوّل، والإجازة أثرها إسناد المعاملة إلى المالك المجيز، وحينئذٍ، فالبيع الجامع للشّرائط قد أسند بالإجازة إلى المالك وكان بذلك هو العاقد حقيقةً.

إنّ المالك قد يكون جاهلاً بسنخ المعاملة الواقعة على ملكه، هل كانت بيعاً أو إجارة، وقد يكون جاهلاً بالمتعلّق، وقد يكون جاهلاً بكليهما. والقول بعدم كفاية العلم الإجمالي يبتني على ما ذكره المحقق الخراساني من أن العلم الذي هو أشرف الصفات يقبل الإبهام والتردد. ولكن التحقيق أنه لا يعقل تعلّق العلم بالمردّد، والعلم الإجمالي مركّب من العلم والجهل، فالعلم الإجمالي بمجئ زيد أو عمرو ينحلُّ إلى العلم بمجئ الإنسان والجهل بالخصوصية.

وعلى هذا، فلمّا يجيز المعاملة، يكون قد أجاز ما هو المعلوم عنده بالتفصيل، لأنّه أجاز أمراً مجهولاً، وإنما جهل بالخصوصيّة من حيث السنخ أو المتعلّق أو كليهما.

لكن اشتراط العلم التفصيلي إذا كان في طرفي العقد الانشائي الذي هو سبب للمعاقدة الحقيقية ولتأثيرها في الملكية، فإجرائه فيما يشبه القبول يحتاج إلى دليل، فالوجه ما ذكرنا من اشتراط العلم لئلا يلزم الغرر في الاقدام العقدي، وإجازة العقد إقدام عقدي إجازي في قبال الاقدام العقدي المباشري، فيعتبر أن لا يكون غررياً^(١).

وأما ما أفاده شيخنا الاستاذ فتقريبه: إن اللام «العقود» في آية الوفاء عوض عن المضاف إليه، أي «عقودكم» والإجازة أثرها الاستناد فلما أجاز يكون البيع بيعه، ولما كان جاهلاً بالعوضين مثلاً فهو بيع غرري. والجواب هو: إن المستند هو البيع الجامع لجميع الشروط المعتمدة، وحينئذ لا غررية في هذا البيع. هذا كله في الجهة الاولى.

حكم مالوجهل بوقوع العقد

وأما الجهة الثانية، فيرد على قول الشيخ: «لأن الإجازة وإن لم تكن من العقود... إلا أنها بمعناها...» وجهان: أحدهما: ما أورده شيخنا الاستاذ بقوله:

لا نسلم ذلك في حق من يضاف إليه العقد ولو بالإجازة، فإن قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» حيث لا وفاء لمن لا عقد له، لا يقتضي إلا إضافة العقد إلى المخاطب لا كونه عاقداً، حتى يجب أن تكون إجازته محققة لعقده، ولعله أشار قدس سره إليه بالامر بالتأمل.

وأما بناءً على ما قويناه من أن الإجازة محققة للعقد لا موجبة لإضافته إليه، فنقول: إن التعليق الممنوع هو التعليق في مرحلة السبب - أعني العقد الانشائي -، لا في مرحلة العقد المعنوي، كيف ودليله الاجماع والمتيقن منه ذلك.

ثم هذا أيضاً إذا علق إجازته على العقد، بأن يقول «إن باع فلان مالي فقد

أجزته» وأما لو لم يعلقها عليه بل أجازته وهو غير عالم به مترقباً لحصوله ولنفوذه بها فلا تعليق حينئذ، وإن كان هو أيضاً محل الكلام في محله، إلا أن الحق هناك ما ذكرناه هنا.

والثاني: ما أورده المحقق الخراساني إذ قال:

يمكن أن يقال: إنها وإن كانت في معناه إلا أن التعليق الممنوع ما إذا كان على ما ليس ممّا لا بدّ منه، ومن الواضح وقوع للعقد ممّا لا بدّ منه عقلاً فيها، مع أن المنع عن التعليق إنما هو بالإجماع، والقدر المتيقّن منه التعليق في نفس العقد لا فيما هو بمعناه. ولعلّه أشار إليه بأمره بالتأمّل^(١)

ولعلّ أمره بالتأمّل إشارة إلى ما ذكره.

الأمر الثالث في حكم العقود المترتبة

إذا باع الفضولي المال الواحد لأشخاص متعدّدة بأسعارٍ مختلفة في أوقاتٍ مختلفة، كان للمالك أن يجيز أيّاً من البيوع شاء ويكون هو النافذ والباقي باطل. وهذا خارج عن البحث.

ولو باع المال بمتاع، ثم وقعت العقود الفضولية المتعددة على المتاع، كان للمالك أن يجيز أيّاً منها شاء، بناءً على أن إجازة الثمن تستلزم إجازة البيع الفضولي الأول. وهذا أيضاً خارج عن البحث.

إنما الكلام في وقوع بيوع متعدّدة لها أوّل وآخر ووسط، فيما يجيز العقد الأوّل على ماله أو الآخر أو المتوسط بين العقدين على ماله، أو بين العقدين على الثمن، أو بين سابقٍ واقع على ماله ولاحقٍ واقع على الثمن، أو بالعكس.

قال الشيخ:

المجاز: إما العقد الواقع على نفس مال الغير وإما العقد الواقع على عوضه، وعلى كلّ منهما: إما أن يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره أو عقداً بين سابقٍ ولاحقٍ واقعين على مورده أو بدله أو بالاختلاف.

أقول:

قال السيّد: الغرض من عقد المسألة بيان حكم العقود المترتبة إمّا بالطبع - كما هو ظاهر عنوان الفقهاء - أو بمجرد الزّمان، كما هو ظاهر عنوان المصنّ، قدّس سرّه، وأنّ إجازة بعضها هل تقتضي صحّة البعض الآخر أو لا؟ ومجمل الكلام في ذلك: أن العقود المتعدّدة إمّا واقعة على مال الغير، أو على عوضه في كلّ طبقة، بأنّ يكون العوض في كلّ عقد معوضاً في العقد اللاحق...^(١)

لكنّ الظاهر أن مراد الشيخ: إن الواقع في حيّز البيع تارةً هو العوض، واخرى عوضه، أي بدل البدل.

قال:

ويجمع الكلّ فيما إذا باع عبداً لمالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار، وباع البائع الفرس بدرهم، وباع الثالث الدينار بجارية، وباع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثم بيع الدرهم بحمار، وبيع الرّغيف بعسل. فالبيع الأوّل الواقع فضولياً هو بيع العبد الذي هو ملك الغير بفرس، والبيع الآخر هو بيعه بدينار، وفي الوسط بيع العبد بكتاب الواقع بين البيعين الواقعين عليه والخمسة الباقية كلّها ابتداءً ببيع الفضولي الأوّل الفرس بدرهم وانتهاءً ببيعه الرغيف بعسل، واقعة على العوض.

فالواقع من الفضولي أربعة بيوع.

والمجموع ثمان صور، ولكنّها بالنظر إلى جعل العوض بمعنى بدل

البدل - كما تقدّم - اثنا عشر صورة، وكلّ واحدة متوقفة على سابقتها، وهذا هو المقصود من الترتب.

ولا يخفى أن البحث يبتني على كفاية مالكيّة المجيز حين الإجازة، وأما اشتراطها حين العقد، ففيه كلام كما تقدّم في محله.

وهو في جهتين:

احدهما: ما وقع على نفس مال المالك.

والثانية: ما وقع على عوضه وبدله.

حكم العقود الواقعة على مال المالك المجيز

قال الشيخ:

أما إجازة العقد الواقع على مال المالك...

أقول:

لو أجاز المالك العقد الأوّل وهو بيع العبد بالفرس، فبناءً على الكشف يكون المشتري للعبد مالكاً حين العقد ويصحّ بيعه بالكتاب، لأنه بيع واقع في ملكه، وكذا بيع المشتري منه إياه بدينار. وأما بناءً على النقل، فمالكيّة المشتري الأوّل للعبد - وهو الذي اشتراه بفرس - تتحقّق من حين الإجازة، وحينئذٍ، فإن قلنا بعدم اشتراط مالكيّة المالك المجيز حين العقد، صحّ بيعه العبد بكتاب، وإن قلنا بالاشتراط كان باطلاً.

ولو أجاز مالك العبد العقد الوسط - وهو بيع العبد بكتاب - كانت إجازته ردّاً للبيع الأوّل، وملزمة له بالنسبة إلى العقد المجاز ولما بعده - وهو

بيع العبد بالدينار - بناءً على الكشف، لكونه واقعاً في ملكه. وأمّا على النقل، فيبني على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه، كما أن قابلية مشتري العبد بالكتاب للإجازة - أي إجازة بيع العبد بالفرس - مبنية على ذلك أيضاً.

ولنا هنا كلمة وهي: إنه إن كان الثاني والثالث، أعني صاحب الكتاب والدينار يعتقدان بكون العبد ملكاً لفلانٍ توقّف على الإجازة، وإن كانا يعتقدان بكونهما مالكين، كان من صغريات مسألة ما إذا باع ملك الغير معتقداً بكونه ملكاً له، وقد قلنا هناك بعدم التوقف على الإجازة. هذا حال العقود السابقة واللاحقة على مال المالك المجيز.

حكم العقود الواقعة على عوضه

قال الشيخ:

وأما العقود الواقعة على عوض مال المجيز...

أقول:

وأما العقود الواقعة على عوض العبد، وهو الفرس - والمراد من العوض هو الأعم من العوض بلا واسطة أو معها - وهي: «بيع الفرس بالدرهم» وما بعده، فالسابقة على العقد المذكور يتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض وهو الفرس، أي المشتري من الفضولي في العقد الأول، وهذا واضح، وأمّا العقد اللاحق له، وهو بيع الدينار بجارية، فيلزم بلزوم العقد المذكور، لأنه بيع واقع في الملك.

وأما إجازة العقد الواقع على العوض - وهو بيع الدرهم برغيف - فهي ملزمة للعقود السابقة عليه كلها، لأن ملكية كل واحد مما وقع عليه البيع ملازم الملكية السابق عليه، وأما اللاحق للعقد المذكور فبيع الدرهم بالحمار، وبيع الرغيف بالعسل.

أما الأول، فإنه بعد أن أُجيز بيع الدرهم بالرغيف، فإن صاحب الرغيف مالك للدرهم فيبيعه بالحمار، نعم، يختلف الأمر بحسب الكشف والنقل، لأنه قد باع الدرهم بالرغيف قبل الإجازة، فعلى النقل يندرج تحت عنوان من باع شيئاً ثم ملكه، هل تؤثر إجازته أو لا؟

وأما الثاني، فمتمحّض في الفضولية ويتوقّف على إجازة مالك الرغيف.

قال الشيخ:

وملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعدّدة مترتبة على مال المعجز، فإن وقعت من أشخاص متعدّدة، كان إجازة وسط منها فسخاً لما قبله وإجازة لما بعده على الكشف، وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر. ولعلّ هذا هو المراد من المحكي عن الإيضاح والدروس...

أقول:

لو باع زيد مال المالك بعمره، وباع عمرو عين المال من خالد، وخالد من بكر... وهكذا، وأجاز المالك بيع عمرو مثلاً، كان فسخاً لما قبله وإجازة لما بعده على القول بالكشف.

قال بعض الفقهاء: وفي الثمن ينعكس.

مثلاً: لو باع زيد مال المالك بدينار، فباع الدينار بمتاع، ثم باع المتاع بدرهم، ثم باع الدرهم بعسلٍ، وأجاز المالك بعض العقود، كان ما قبله صحيحاً وما بعده باطلاً.

وقد عبّر الشيخ بالأشخاص المتعدّدة والشخص الواحد، والسرّ في ذلك أنه إذا تعدّدت العقود من الشخص الواحد لم تكن مترتبةً، بمعنى توقّف صحة اللاحق على صحة السابق، وإلا فليس المناط تعدّد الأشخاص.

ومراده من قوله: إن وقعت من شخصٍ واحدٍ، أن تقع العقود المتعددة المترتبة من شخص واحدٍ على مال المالك وبدله وبدل بدله، كالمثال الذي ذكرناه.

حكم ما لو علم المشتري بالغصب

قال الشيخ:

ثم إنَّ إشكالاً في شمول الحكم بجواز تنجّع العقود لصورة علم المشتري بالغصب، أشار إليه العلامة رحمه الله في القواعد^(١) وأوضحه قطب الدين والشهيد في الحواشي المنسوبة إليه...

أقول:

لو باع الفضولي مال المالك بدينار، وباع الدينار بجارية، فإن كان المشتري يعلم بأنَّ البائع غاصب، فقد سلّطه على الدينار، - ولذا لو تلف بيد الغاصب لم يكن له المطالبة به - والجارية ملك له، أي للغاصب، فلو قال المالك: أجزت بيع الدينار بالجارية، لم يكن للإجازة موقع، لأنه لم يكن

مالكاً للدينار، وإنما كان ملكاً للغاصب بتسليط من ماله، فقولهم في الأثمان: لو أجاز المالك بعضها صحّ وما قبله، منقوض بهذا المورد.

هذا هو الإشكال، وهو يجري على كلا القولين من الكشف والنقل. وتقريبه هو: لو باع الغاصب مال الغير لنفسه وكان المشتري عالماً بكونه غاصباً فسلمه الثمن، ثم اشترى به الغاصب متاعاً، لم يكن موقع لإجازة المالك شرائه المتاع، وذلك لعدم كون الغاصب ضامناً للثمن - وهو الدينار -، إذ مع فرض علم المشتري وتسليطه لا تجري قاعدة اليد، فلا مجال لضمان اليد، كما لا مجال للضمان المعاملي، لعلم المشتري بعدم تحقق المعاوضة، ولذا لو تلف الدينار بفعل من الغاصب لم يكن ضامناً، لأن مقتضى التسليط هو الترخيص في مطلق التصرف. وعليه، فهو مأذون في أن يشتري بالدينار - بعد أن يكون ملكاً له آنماً على المشهور - ويكون مالكاً له، فلا معنى بعد ذلك لإجازة المالك اشتراء الغاصب المتاع.

بل يسري الإشكال إلى أصل بيع الغاصب المال بالدينار، لأن الإجازة إنما تؤثر فيما لو انتقل الدينار إلى المالك المجيز، والحال أن المشتري قد سلط الغاصب على الدينار وأذن بالتصرف فيه، فخرج بذلك عن القابلية لأن يكون ثمناً، فإجازة المالك - والحال هذه - تستلزم كون المبيع بلا ثمن، وهو مستحيل.

قال الشيخ:

والمحكي عن الإيضاح^(١): ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع

علم المشتري، على كون الإجازة ناقلَةً... وظاهر كلامه: أنه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف. وهذا هو المتَّجه.

أقول:

وجه الإشكال بناءً على النقل هو: أن الأصحاب على أن المشتري - في فرض العلم بكون البائع غاصباً - إذا سلّم الثمن للغاصب، لم يكن له استعادته منه، وعليه، فإنّ المفروض خروج الدينار عن ملك المشتري، وهو غير داخل في ملك المالك، لأنه لم يجز البيع بعد، فلو قلنا بعدم ملكية الغاصب له أيضاً، لزم تحقّق الملك بلا مالك وهو مستحيل، فلا بدّ من الالتزام بتمليك المشتري الدينار للغاصب مجّاناً وإعراضه عنه، لأنه مجرد التسليط له عليه وإذن بالتصرّف فيه، حتى يحتاج إلى التملك آنأماً قبل شراء المتاع به كما عن المشهور، وعلى هذا، فلا موقع لإجازة المالك شراء المتاع بالدينار، لكونه في ملكه.

وأما على الكشف، فكلا العقدين صحيح، لدخول الدينار في ملك المالك من حين العقد بالإجازة اللاحقة منه، ولو سلّط المشتري الغاصب على الدينار، فقد سلّطه على ملك الغير - أي المالك - فلا أثر له. هذا ملخّص كلام فخر المحقّقين.

وقد أيّده الشيخ رحمه الله بلزوم الدّور على النقل. قال:

لأن إجازة مالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن، لأنه قبلها أجنبي عنه، والمفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل.

التحقيق ضمن بيان امور

أقول:

هنا امور:

الأول: قولهم بالبطلان لا يختص بالبائع الغاصب وإن مثلوبه، لأن المناط علم المشتري بعدم كون المتاع ملكاً للبائع، فيجري البحث فيما لو باع البائع معتقداً كون المتاع له، لكن المشتري يعلم بكون اعتقاده على خلاف الواقع.

والثاني: مورد البحث هو ما لو كان الثمن عيناً خارجية، أما لو كان في الذمة، كان للمالك إذا أجاز البيع أن يأخذ الدينار من المشتري، سواء على النقل والكشف، حتى لو كان قد دفع ديناراً إلى الغاصب، لأن تعيين ما في الذمة في الخارج موقوف على إجازة المالك.

والثالث: ما وجه استكشاف الفخر مالكية الغاصب للثمن من فتوى الأصحاب بأن ليس للمشتري استعادة الثمن الذي أعطاه الغاصب مع العلم بكونه غاصباً؟

كأن الوجه في ذلك: أنه لولا حصول الملكية للغاصب لكان للمشتري الاستعادة، بمقتضى حديث «الناس مسلطون على أموالهم»، فقولهم بعدم الاستعادة يكشف عن خروج المال عن سلطنة المشتري، والسبب في ملكية الغاصب له هو لزوم الملك بلا مالك، وهو محال.

والرابع: إن المعاملة بين المشتري والغاصب يحتمل: أن تكون مبنية على أن الغاصب يدعي الملكية للمتاع، والمشتري يدفع إليه الثمن، بانياً على

أنه - أي الغاصب - مالك للمتع الذي بيده. ويحتمل: أن تكون لرجاء المشتري تحصيل إجازة المالك. ويحتمل: أن يكون دفعه الثمن للغاصب لا بقصد المعاوضة، بل بغرض الوصول إلى المتاع ويكون هو الغاصب له بقاء. ويحتمل: أن يكون في مقام الإعراض عن ديناره مقدّمةً للحصول على المتاع. ويحتمل: أن يكون قد وهب الدينار على وجه الحقيقة وأخذ المتاع من الغاصب.

وفي هذه الاحتمالات يسلم المشتري الدينار ويسلّط الغاصب عليه. لا يقال: إنه بناءً على الاحتمال الثاني، إنما يسلم الثمن ويملكه للغاصب على تقدير عدم إجازة المالك، كما جاء في عبارة الشيخ إذ قال: «لعله لأجل التسلّط المراعى بعدم إجازة مالك المبيع».

لأن هذا المعنى غير معقول، لأن القيود في الأفعال الخارجية دواعي، لأن القيد عبارة عمّا لا يوجد المقيد بدونه، وما كان محققاً خارجاً لا يعقل تقييده، بل إنه يسلّط الغاصب بداعي رجاء إجازة المالك.

الخامس: إنه قد سلّط المشتري الغاصب على الثمن لأن يتصرّف فيه كيفما شاء، لا لأن يحتفظ به ويبقى عنده، فلو اشترى به شيئاً، فالمشهور على أن التصرف المتوقف على الملك يتحقق بالملكية - للمال المباح له - آنأماً قبل التصرف، حتى يقع في الملك، وعلى هذا، يكون ما اشتراه ملكاً له. لكن التحقيق عدم الحاجة إلى الالتزام بذلك، ولذا قلنا بأنه لو أعطى غيره درهماً ليشتري به خبزاً فإكله، كانت المعاملة صحيحة وإن كان المعطى له مالاً للخبز. ويدلّ عليه الخبر عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السّلام:

في الرجل يكون لي عليه الدراهم، فيبيع خمرًا وخنزيرًا ثم يقضي منها.
قال: لا بأس. أو قال: خذها^(١).

وعن محمد بن يحيى قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يكون لنا عليه الدين، فيبيع
الخمر والخنازير فيقضيها.

فقال: لا بأس به، ليس عليك من ذلك شيء^(٢).

السادس: ذكر صاحب الإيضاح عن الأصحاب القول بأن ليس
للمشتري استعادة الثمن وإن كان موجوداً وحتى لو استرجع المالك المتاع،
أما إذا تلف الثمن عند الغاصب، فقد أجمعوا على أن ليس للمشتري المطالبة
بالبدل. ولعل السر في قولهم بعدم الاستعادة هو إعراضه عنه، ولكن
الإعراض ليس من موجبات الخروج عن الملكية، إذ الملكية حكم وضعي
شرعي، فكما يكون وضعه بيد الشارع كذلك رفعه، وكما ليس للمكلف
دخل في وضعه، كذلك ليس له دخل في رفعه، فالقول بأن الإعراض عن
الملك مسقط للملكية ليس له دليل يعتمد عليه، نعم، الاستيلاء على المال
المعرض عنه مملك، ولذا قال العلامة رحمه الله:

«لو ترك دابة بمهلكة، فأخذها إنسان فأطعمها وسقاها وخلصها،
تملكها» ثم روى: ما رواه عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه
السلام قال: من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الأرض، قد كَلَّتْ وسيئها

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٣. كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٦٠، رقم: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٣، أبواب ما يكتسب به، الباب ٦٠ رقم ٤.

صاحبها لما لم يتبعه، فأخذها غيره، فأقام عليها وأنفق نفقةً حتى أحيائها، من الكلال ومن الموت، فهي له...^(١)

ويدلّ عليه أيضاً الخبر: «للبد ما أخذت»^(٢) الذي هو دليل مملكيّة الحيازة، فإنه مطلق يعمّ المال المعرض عنه. فهذا وجه قول المشهور.

السابع: ما ذكرنا من أن الثمن لو تلف عند الغاصب لم يكن للمشتري المطالبة ببدله بالاجماع، ثابت حتى بناءً على القول بعدم مملكيّة تسليط المشتري وأنه مجرد إباحة للتصرف، لعدم ضمان الغاصب. أمّا عدم جريان قاعدة اليد، فلأن موضوعها «ما أخذت» لا ما أعطيت كما في المقام، وأمّا عدم جريان الضمان المعاملي، فلعدم الموضوع، لأن الغاصب لم يلتزم بدفع عوض الثمن من ماله، ولأن المشتري جعل العوض على ذمة الغاصب.

وعلى الجملة، فإن إعطاء الثمن بمثابة الهبة الفاسدة، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

الثامن: إنه بناءً على مالكيّة الغاصب للثمن، لا يبقى موضوع لإجازة المالك على النقل والكشف، لاستحالة كون المبيع بلا ثمن كما قال الشهيد رحمه الله. وأمّا بناءً على إفادة التسليط الإباحة المطلقة، فما لم يشتري الغاصب بالثمن شيئاً يكون للإجازة مجال على القولين، وأمّا إذا اشترى، فلها مجال

(١) تذكرة الفقهاء ٢/ ٢٦٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣/ ٣٩١، أبواب السيد، الباب ٣٩ رقم ١ و ٢٥/ ٤٦١ كتاب اللقطة، الباب ١٥ رقم ٢.

على الكشف، والإباحة باطلّة، وكذا الشراء، لكونهما في ملك الغير. وأمّا على النقل، فالبيع الأوّل باطل والشراء صحيح للغاصب.

التاسع: إنه يرد على دعوى لزوم الدور، كما تقدّم عن الشيخ: أولاً: النقض بما صرح به في العقود المترتبة، من أن إجازة العقد الوسط على الثمن مؤثرة، مع أن إجازة المالك العقد الثاني متوقفة على ملكيته، وهي متوقفة على الإجازة، ولا دخل لعلم المشتري وجهله. وثانياً: النقض أيضاً، بما لو كان الثمن كلياً في الذمة، فإن الإجازة متوقفة على الملكية، وهي متوقفة على الإجازة.

وثالثاً: النقض أيضاً، بما لو باع الفضولي للمالك واشترى بالثمن متاعاً للمالك، فإن إجازة المالك متوقفة على الملكية، وهي متوقفة على الإجازة. ورابعاً: إن حلّ المسألة هو: إن بطلان الدور هو من جهة توقف كل من الشئيين على الآخر ثبوتاً، سواء مع الوساطة أو بدونها، وأمّا في مقام الإثبات والدلالة فلا يلزم الدور.

وهنا: إجازة العقد الثاني تدلّ بالالتزام على إجازة العقد الأوّل الذي يوجب الملكية للدينار، ويكون مقدّماً رتبةً على العقد الثاني الموجب لخروج الدينار عن ملكه، فلا دور.

نعم، لو قال الشيخ: إن إجازة المالك العقد الثاني متوقفة على ملكيته للدينار، وهو غير متمكن من ملكيته، لكونه تحت سلطنة الغاصب تملكاً أو إباحةً من المشتري، فلا أثر لإجازة العقد الثاني، لكان وارداً، لكنّه ليس من الدور في شيء.

العاشر: إنه لا يعقل الجمع بين القول بأن تسليم الثمن للغاصب تسليط

له عليه، والقول بتأثير الإجازة للمعاملة الواقعة بينهما كشفاً أو نقلاً.

الحادي عشر: قد يقصد الغاصب بتسليمه المتاع للمشتري التمليك له، لأن التمليك أمر اعتباري خفيف المؤنة، وقد لا يقصد، والمشتري يأخذ المتاع لأن يتسلط عليه، ويسلط الغاصب على الثمن، وهو - أي الغاصب - غير ضامن له، لما تقدّم من عدم جريان قاعدة اليد وغيرها، ولو أتلفه لم يضمّنه كذلك. ولا يتوهم جريان قاعدة من أتلف، لأنها قاعدة مصطادة من الحكم في موارد خاصّة، ولا وجه لحملها على الإطلاق إلا إذا كانت موارد مطلقّة، ولا إطلاق لموارد هذه القاعدة ليشمل ما نحن فيه. ولو شك فالأصل عدم الضمان.

هذا، والظاهر أن المشتري لا يقصد تمليك الغاصب الثمن، وإنما يعطيه إياه ليأخذ المتاع. نعم، باستيلاء الغاصب عليه يكون ملكاً له. وقد يكون تسليمه الثمن برجاء أن يرضي المالك ولو بدفع مال إليه، وهذا نادر.

وأندر منه كون التسليم بعنوان الوديعة.

فليس كلّ تسليم منه بتسليط.

الثاني عشر: إنه لا يعقل أن يكون المشتري قاصداً للمعاوضة الحقيقية مع العلم بكون البائع غاصباً يبيع لنفسه، ولذا تكون هذه المعاوضة صوريّة. ولا يتوهم: إن البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، والقصد وغير ذلك خارج عن مفهوم البيع وحقيقته. لأن المبادلة لابد وأن تكون في جهة، وهي الملكية، لكن الملكية الحقيقية مستحيلة، فهي صوريّة مجازيّة.

فإن قلت: إن البائع يدّعي الملكية فيبيع من حيث أنه مالك، فتقع

المعاملة للمالك كما تقدم عن الشيخ وكذلك المشتري، فإنه لما يسلم الثمن فإنما يسلمه في الحقيقة للمالك، وقد كان الميرزا الاستاذ يقرب هذا على مسلكه في حقيقة البيع.

قلت: قد تقدم الجواب عن ذلك بالتفصيل.

ولو سلمنا، فإن المشتري لا يقصد الحيثية التقييدية أصلاً، فهو لا يدفع الثمن للغاصب بعنوان أنه المالك، وإنما يسلمه الثمن ليأخذ منه المتاع. ولو فرض قصده ذلك أو برجاء إجازة المالك، فغاية الأمر أنه إن أجاز المالك كان الثمن له، وإن رد فلا يمكن للمشتري أخذ الثمن، لأنه قد أعرض عنه على تقدير عدم الإجازة.

القول

في الردّ

مسألة في أحكام الردّ

قال الشيخ:

لا يتحقّق الردّ قولاً إلا بقوله «فسخت» و «رددت» وشبه ذلك ممّا هو صريح في الردّ.

الردّ لمعاملة الفضولي يتحقّق بالقول والفعل. فإن كان بالقول، اشترط أن يكون صريحاً بالنصّ أو الظهور، كأن يقول: فسخت، أو رددت، وشبه ذلك، وإلا يستصحب بقاء اللزوم من طرف الأصيل، وقابلية العقد للإجازة من طرف المجيز.

هذا كلامه قدّس سرّه.

أقول:

لو عقد الفضولي على مال المالك، كان له الحق بأن يجيز أو يرد، والكلام الآن فيما يتحقّق به الردّ، ولم يبيّن الشيخ رحمه الله ماهيّة الردّ، غير أنه أشار إلى الفسخ.

حقيقة الردّ

وفيه: إن الردّ ليس الفسخ، لأنّ الفسخ إنّما يكون من العاقد، وهو هنا الفضولي، فقوله يتحقّق الردّ من المالك بـ«فسخت»، في غير محلّه.

وهل هو المنع من تحقّق الشيء بمعنى الدفع، أو بمعنى الرّفْع لأمر ثابت؟ وعلى الثاني، هل هو رفعٌ لأثر عقد الفضولي أو حلٌّ لأصل العقد؟ أمّا حلّ العقد وفسخه، فليس من شأن المالك كما عرفت.

والتحقيق: إنّ إجازة المالك أو ردّه لعقد الفضولي على ملكه، نظير إجازة الغريم أو ردّه لعقد المفلس على ماله، والمرتهن لعقد الرّاهن على المال المرهون، فإنّ الغريم أو المرتهن لا يمكنه فسخ العقد، وإنما يطالب الغريم بماله والمرتهن بحقه المتعلّق بالمال، وبذلك ينتفي موضوع العقد الواقع من المفلس أو الرّاهن.

وربما يتخيّل: [١] كما أنّ للمالك الحق في الإجازة لعقد الفضولي، فكذلك له الحقّ في رفعه، لحديث «الناس مسلّطون على أموالهم».

[١] قال المحقّق النّائبي: لازم السّلطنة على ماله صحّة جميع تصرّفات الوجوديّة والعدميّة، ولا إشكال في أنّ إنشاء تمليك من الفضولي تمليك إنشائي بوجوده الإنشائي، فللمالك رفعه بمقتضى سلطنته، فكما أنّ سلطنته على ماله تقتضي صحّة تمليكه الإنشائي، كذلك تقتضي ردّ ما أحدث بإنشاء غيره وهو المملكيّة الإنشائيّة، وعدم تمكّنه من إبطال التملك الإنشائي قسر سلطنته، وهو مناف مع عموم سلطنته،

وهو يندفع بالفرق بين السُّلْطَنَةِ على المال وخيار الفسخ، إذ الثاني يدور أمره بين الضدين، فإِذَا يَنْفُذُ الْعَقْدَ وَإِذَا يَحْلَهُ، وَالْأَوَّلُ يدور أمره بين النقيضين، فإِذَا أَنْ يَفْعَلَ وَإِذَا أَنْ لَا يَفْعَلَ. فالمالك بما له من السُّلْطَنَةِ إِذَا أَنْ يَجِيزَ أَوْ لَا يَجِيزَ. هذا، وقد ذكر الشيخ في البحوث السابقة: إِنَّ مَقْتَضَى سُلْطَنَةِ النَّاسِ عَلَى أَمْوَالِهِمْ تَأْثِيرَ الرَدِّ فِي قَطْعِ عِلَاقَةِ الْطَرَفِ الْآخَرَ عَنْ مَلِكِهِ^(١). وظاهره أَنَّ الرَدَّ عبارة عن رفع الأمر الثابت في المال على أثر عقد الفضولي، وهو علاقة المالك الأصل به، وتوضيح ذلك هو:

إِنَّ مَالَ الْمَالِكِ قَبْلَ عَقْدِ الْفَضُولِيِّ عَلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ الشَّائِنَةُ لِأَنْ يَكُونَ مَلِكًا لِلطَّرَفِ الْآخَرِ الْأَصِيلِ، وَقَدْ حَصَلَ لَهُ ذَلِكَ بِالْعَقْدِ، وَصَارَ مُسْتَعِدًّا لِلدَّخُولِ فِي مَلِكِ الْأَصِيلِ بِالْإِجَازَةِ مِنَ الْمَالِكِ، فَإِنْ رَدَّ الْمَالِكُ الْعَقْدَ بِمَقْتَضَى سُلْطَنَتِهِ عَلَى الْمَالِ، انْتَفَتْ هَذِهِ الشَّائِنَةُ وَزَالَتِ الْعِلَاقَةُ الْمَذْكُورَةُ بَيْنَ الْمَالِ وَبَيْنَ الْأَصِيلِ.

وهو مردود نقضاً وحلاً.

أَمَّا نَقْضًا، فَبِمَا تَقَدَّمَ عَنِ الشَّيْخِ فِي مُحَلِّهِ مِنَ الْقَوْلِ بِتَأْثِيرِ الْإِجَازَةِ بَعْدَ

فِيكَون سلطاناً على رد ما أنشأه الفضولي، كما أنَّ له إجازته. فيكون طرفا السُّلْطَنَةِ أمرين وجوديين، أعني الرَدَّ والإِجَازَةَ، كما في الخيار، لا الأمر الوجودي والعدمي، أعني الإِجَازَةَ وعدمها.^(٢)

(١) المكاسب ٣/ ٤٢٦.

(٢) المكاسب والبيع ٢/ ٢٤٢.

المنع والدفع، فلو كان الردّ بمعنى رفع العلاقة كما ذكر هنا، لزم أن تكون الإجازة مؤثرة بعد الردّ بالأولوية.

وأما حلاً، فإن حقيقة المطلب هو: إن للمال القابلية ذاتاً لأن تكون ملكاً للغير، وقد عيّن الفضولي «الغير» بالطرف الآخر الأصيل، فالقابلية ذاتية للمال، لأنها حصلت بعقد الفضولي.

الردّ عدم الإجازة

فالصحيح أن يقال: الردّ هو عدم الإجازة. ويشهد بذلك ما في صحيحة محمد بن قيس، فإنه لو كان الردّ رفع العلاقة أو فسخ العقد، فإنها قد ارتفعت وانفسخ العقد بأخذ الوليدة وابنها، وما كان موقع للإجازة بعد ذلك، لكن صريح الصحيحة في آخرها: «فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه»^(١) بل المعنى: أنه بأخذ الوليدة وابنها قد أظهر عدم قبوله للبيع، ثم لما رأى ذلك أجازته. والحاصل: إن «الرد» ليس «الدفع» ولا «الرفع» ولا «الفسخ» بل هو «عدم الإجازة».

ولو قيل: ما الفرق بين ما ذكرتموه وما ذكره الشيخ؟ قلنا: إنه إن كان الردّ هو الفسخ، كان محتاجاً إلى الإنشاء قولاً أو فعلاً، لكون الفسخ من الإنشائيات.

وأيضاً: لو باع المالك المال بعد عقد الفضولي من شخص آخر ثم ردّ العقد، فإن كان الردّ بمعنى الفسخ انحلّ عقد الفضولي، وإن كان بمعنى عدم

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، أبواب نكاح العبيد والإماء الباب ٨٨ رقم: ١.

الإجازة، أمكن للمشتري من المالك إجازة العقد الواقع من الفضولي، بناءً على كفاية المالكية حين الإجازة.

وأما قوله: لأصالة بقاء اللزوم... ففيه:

عدم جريان الاستصحاب هنا، إذ يشترط في المستصحب أن يكون حكماً شرعياً أو موضوعاً للحكم الشرعي، والقابلية ليست كذلك.

تحقق الردّ بالفعل المخرج عن الملك

قال الشيخ:

وكذا يحصل بكل فعلٍ مخرج له عن ملكه...

أقول:

فالفعل على قسمين:

الأول: ما إذا كان مخرجاً للمال عن الملك - كما لو كان من المأكولات فأكله، أو أعتق العبد أو باعه أو وهبه أو زوج الأمة ونحو ذلك - سقط العقد عن القابلية للإجازة، أما على النقل فواضح، إذ لا محل للإجازة، لفرض عدم المال بالإتلاف أو خروجه عن الملك، وأما على الكشف، فالمعتبر عند الشيخ والميرزا - في كاشفة الإجازة عن الملكية حين العقد - أن تكون من المالك، والمفروض عدم بقاء المال أو عدم بقاء مالكية المالك للمال، فالإجازة لاغية.

وبعبارة أخرى: إنه قد تقدّم مراراً أن في الإجازة جهتين: انتساب العقد إلى المالك ليصدق عنوان «عقودكم» ويجب الوفاء به، والرّضا بالعقد الواقع.

ولمّا كان المال خارجاً عن الملك لم يبق موضوع للانتساب وترتب وجوب الوفاء، فلا أثر للإجازة.

هذا محصل كلامه بتوضيح منّا.

أقول:

أمّا على النقل، فما ذكره تامّ بلا إشكال، لما أوضحناه.

وأما على الكشف، فإنّ كان المراد الكشف الحكمي، فكذلك، لأنّه عبارة أخرى عن النقل، لأنّه عبارة عن التعبد الشرعي بترتيب آثار الملكية من حين العقد، وإذا خرج المال عن الملكية - مثلاً - لم يبق محلّ للإجازة حتى يتعبد الشارع بترتيب الآثار من حين العقد.

وإن كان المراد الوجوه الثلاثة الأخرى من الكشف، ففيما ذكر بحث

ونظر، فنقول:

أمّا بناءً على الكشف الحقيقي - على كلا الوجهين فيه - فلو باع المالك المتاع قبل الإجازة ثم أجاز، كانت الإجازة مؤثرة وبطل بيعه، لأنّه قد وقع في ملك المشتري الأصيل، وكذا غير البيع من التصرفات المخرجة للمال عن الملك. فظهر ما في قول السيّد: صدر من أهله ووقع في محله، لأنّه قد صدر من غير أهله ووقع في غير محله. وكذا قول الميرزا الاستاذ: من له أن يبيع فله أن يجيز^(١)، لأنّه إذا باع ثم أجاز بيع الفضولي، فقد وقع البيع منه في مال الغير في نفس الأمر، فيكون باطلاً بناءً على الكشف الحقيقي.

وعلى الجملة، فإنَّ الإجازة على هذا المبنى مؤثرة، وقد يؤيد ذلك بصحيحة أبي عبيدة في تزويج الصغيرين، بتقريب: أنه كما أن الإجازة أثرت بعد موت الزوج، فهي مؤثرة بعد تلف أو بيع المال، لأنَّ الزوجين في النكاح ركنان، كما أن العوضين في البيع ركنان.

ولو قيل: بأنَّه لمَّا خرج عن ملك المالك ببيعه سقط بيع الفضولي عن قابلية الإضافة للمالك، فالإجازة اللاحقة غير مؤثرة لإضافته إليه، ليصدق «عقودكم» ويجب الوفاء به.

فالجواب: إنَّ لازم هذا إنكار الكشف من أصله، لكنَّ القائل به يقول إنَّ أثر الإجازة هو انتساب العقد الواقع من الفضولي بماله من المضمون إلى المالك في حين الإجازة، لأنَّ موضوع «عقودكم» يتحقَّق في حينها، فإنَّ هذا هو النقل.

وأما بناءً على الكشف الانقلابي - وأنه لا أثر للعقد الواقع من الفضولي، وإنما الشارع يعتبر من حين الإجازة من المالك الملكية التي كانت له، للأصيل المشتري من الفضولي - فقد وقع البيع في ملكه، وهو صحيح، ولو أتلَّف المال فهو غير ضامن له، لعدم الدليل على بطلان البيع والضَّمان للمال. نعم، يجب عليه دفع البدل عن انتفاعاته بالمال قبل التصرُّف المخرج له عن الملكية.

ولمَّا كان هذا المبنى هو المختار عندنا تبعاً للمحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ، فإنَّ الحق هو صحَّة المعاملات الواقعة من المالك بعد عقد الفضولي وقبل الإجازة، وأنه لا موقع للإجازة حينئذٍ.

ولا يخفى أنَّ البحث عن تأثير الإجازة وعدمه بعد الردَّ القولي أو وقوع

الفعل المخرج للمال عن الملكية، إنما هو على مبنى المشهور من عدم تأثير الإجازة بعد الرد، وقد تقدّم في محله الإشكال منّا على ذلك وأنّ المختار خلافه.

ولكنّ لما كان القول بالكشف على خلاف القاعدة، ولم يكن في موارد الأخبار المستدلّ بها عليه ولا مورد واحد وقع الردّ فيه من المالك بعد العقد وقبل الإجازة، وجب الاقتصار على مقتضى موارد تلك الأخبار، وكان القول بتأثير الإجازة بعد الردّ قولاً من غير دليل إلّا صحيحة محمد بن قيس. إلّا أنّ يقال بعدم ثبوت أخذ الوليدة وابنها في مجلس المرافعة عملاً. ولو سلّمنا، فهي قضية في واقعة لا يقاس عليها غيرها، والله العالم.

حكم مالو كان الفعل غير مخرج عن الملكية

قال الشيخ:

وأما التصرف غير المخرج عن الملك... فهو وإنّ لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه، إلّا أنه مخرج له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد... والثاني: ما إذا لم يكن الفعل الواقع من المالك على المال مخرجاً له عن الملكية، كما لو باع الفضولي الأمة واستولدها المالك قبل الإجازة، أو الدابة فأجرها قبله، فالشيخ على التنافي بين صحّة الإجازة وصحّة تلك التصرفات وأنهما لا يجتمعان، للتناقض بينهما، فإما القول بامتناع الإجازة أو القول ببطلان التصرف، أو حمله على غير وجهه بأنّ يقال: الواقع هو التحليل والإباحة لا الإجازة أو التزويج، وحيث لا سبيل إلى الأخيرين، لأنّ هذه

التصرّفات قد وقعت على وجهها صحيحةٌ ولا تنقلب عمّا وقعت عليه،
تعيّن الأول وهو القول بامتناع الإجازة.
أقول:

أمّا على النقل، فإن الدابة - مثلاً - باقية على ملكه، وله أن يوجرها وتكون
صحيحةً، فإن أجاز بيع الفضولي انتقلت الدابة من حين الإجازة إلى
المشتري، ولا تناقض بين الأمرين، لأن الإجازة تمليكٌ للمنافع على
المشهور، والبيع تمليكٌ للعين، غير أن للمشتري خيار الفسخ.

وفي الأمة المستولدة، إن قلنا بعدم قابلية أم الولد للتمليك إلى الغير
مطلقاً - كما عليه النص والفتوى - كانت الإجازة باطلةً، وإن قلنا بأن الممنوع
بيعها لا تمليكها، فالإجازة جائزة.

وفي الأمة المزوجة، تكون الإجازة مؤثرة ولا خيار للمشتري، وذلك:
لأن مفاد البيع غير مفاد التزويج، فلا منافاة، وللمشتري إقرار التزويج أو
إبطاله، فلم يتوجّه ضرر عليه حتى يثبت له الخيار.

قال أبو بصير سألت أبا عبدالله عليه السلام أنكح أمته حرّاً أو عبد قوم
آخرين.

فقال: ليس له أن ينزعها. فإن باعها، فشاء الذي اشتراها أن ينزعها من
الرجل فعل^(١).

وعن أبي الصباح عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: إذا بيعت الأمة ولها

(١) وسائل الشريعة ٢١/ ١٥٥، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبد والإماء، الباب ٤٧ رقم: ٦.

زوج، فالذي اشتراها بالخيار، إن شاء فرّق بينهما وإن شاء تركها معه^(١).
إن قلت:

إنه إن نزعها وجب عليه الصبر في مدة العدة وهو ضرر عليه، فيثبت له الخيار.
قلت:

أولاً: لا مناص من الصبر، لوجوب استبرائها.
وثانياً: لا ملازمة بين التزويج والوطيء.
وثالثاً: إن التزويج لا يوجب التفاوت في القيمة حتى يثبت له خيار تخلف الوصف.

وعلى الجملة، التزويج صحيح والإجازة مؤثرة، فيملكها المشتري، نعم، له إبطال التزويج.

هذا، ولو باع الفضولي دار المالك فرهنها قبل الإجازة، كانت الإجازة مؤثرة، غير أن تعلق حق المرتهن بها يعدّ عيباً عرفاً أو يوجب الغبن أو تخلف الوصف، فيثبت الخيار للمشتري.

ولو باع الفضولي عبد المالك، فجنى العبد جنائياً توجب تعلق حق أولياء المجني عليه به، فالإجازة مؤثرة أيضاً، لجواز بيع العبد الجاني خلافاً لشيخ الطائفة، ولكن تعلق الحق به موجب للخيار كذلك.
هذا كله على النقل.

وأما على الكشف، فقد تقدّم قول الشيخ بامتناع الإجازة، والظاهر

(١) وسائل الشيعة ٢١/ ١٥٧ أبواب نكاح العبد والإماء، الباب ٤٨ رقم ١.

-بقرينة قوله فيما بعد: نعم، لو قلنا...- ابتناؤه على الكشف الحكمي.
وما ذكره صحيح في مثال الاستيلاد، لأنَّ تعبد الشارع بملكيّة المشتري
الأمة - وهي ذات ولدٍ - غير معقول.

أما في مثال الدابة، فلا، لأن بيع الفضولي إنما وقع على الدابة، وأما
سلطنة المشتري على منافعها فحكم شرعي، فإذا أجاز المالك البيع، حكم
الشارع بترتيب آثار البيع من حين العقد، والآثار هي المنافع، ولمّا كانت
المنافع في حيازة الغير بالإجارة، وجب دفع بدلها، أي اجرة المثل، إلى
المشتري، سواء كانت أكثر من أجرة المسمى أو أقل.

فظهر أن لا تناقض بين الأمرين، غير أن على المالك دفع بدل المثل.
وكذا في تزويج الأمة، فإن الشارع يحكم بترتيب أثر البيع من حين
العقد، والأثر هو تفويض أمر زواجها إلى المشتري، إن شاء فرّق بينهما وإن
شاء تركها معه.

هذا بناءً على الكشف الحكمي، وقد ظهر أن التحقيق هو التفصيل بين
مورد الاستيلاد ومورد الإجارة والتزويج.

وأما على الكشف الانقلابي، فتصحّ الإجارة في الثلاثة، لأن كلاً من
الاستيلاد والإجارة والتزويج واقع في ملك المالك، فإذا أجاز البيع الواقع
من الفضولي على الأمة أو الدابة، يعتبر الشارع في حينها تحقّق الملكية
للمشتري من حين العقد، وحيث أن المالك قد أتلّف الأمة باستيلادها، فإنه
يضمن للمشتري قيمة المثل.

وكذا الحكم بالنسبة إلى منافع الدابة والأمة المزوجة.

وهنا شبهة نذكرها بعد كلمة قصيرة هي:

إنه لو ورد في مورد خاص حكم لا مقتضي له، وجب الالتزام بما يخرج عن اللغوثة، صوناً لكلام الحكيم عنها، وأما لو ورد عام وكان حكمه في مورد على خلاف القاعدة، وجب تخصيص العام.

وعلى هذا، فإن «قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن» المصطادة من النصوص، موضوعها «مال الغير» و«الإتلاف» متأخر عنه، لكن مقتضى الكشف الانقلابي أن تكون ملكية الغير للمال بعد الإتلاف، والحال أن القاعدة لا تشمل ولا دليل على ضمان هكذا مال.

وحينئذٍ، فالإجازة بلا أثر في الاستيلاد، وفي بيع الدابة تكون الإجازة مؤثرة، ويصح البيع، والمشتري مالك لها، لكنها مسلوقة المنفعة إلى نهاية مدة الإجازة مع الخيار.

قال الشيخ:

نعم، لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى واللبس، كان عليه أجرة المثل إذا أجاز. فتأمل.

أقول:

كأنه إشارة إلى سؤال وجواب.

أما السؤال، فهو عن الفرق بين إجازة الدار وسكنائها، حيث قلتم بصحة الانتفاع مع ضمان البدل، ولم تقولوا بذلك في الإجازة بل قلتم بالبطلان.

وأما الجواب، فهو إن البيع إذا وقع على الدار استتبع ملكية المنافع، فتنافيه الإجازة لوقوعها في ملك الغير فتكون باطلة، بناءً على الكشف الحكمي، بخلاف السكنى، فإن إجازة البيع لا تنافي ضمان المنافع.

قال:

ومنه يعلم: أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد ووقوعها بدونه، لأن التنافي بينهما واقعي. ودعوى...

وحاصله: الإشكال على بطلان بيع الدار أو الدابة، بعدم الدليل على اشتراط قابلية تأثير الإجازة من حين العقد، فليكن تأثيرها من حين انتهاء مدة الإجازة، نظير تأثير إجازة المالك الجديد في من باع شيئاً ثم ملكه، حيث الأثر من حين الملكية.

فأجاب: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه.

أقول:

إن معقد الإجماع هو حيث يوجد المقتضي مع عدم المانع، وأما حيث يوجد المانع مثل الإجازة كما نحن فيه، فهو خارج فالتأثير بعد الإجازة. هذا كله على الكشف الحكمي.

وأما على الكشف الحقيقي، فقد قال الشيخ:

نعم، لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة، كانت التصرفات مبنية على الظاهر، وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هي وتصح الإجازة.

أقول:

إن كان المراد من «العقد الملحق بالإجازة»: أن وصف الملحوقية هو الشرط لعقد الفضولي، فإنها ليست ملحوقية فعلية، لأن اللاحقية

والملحوقية عنوانان متضائفان، ولا يعقل أن يكون أحدهما فعلياً والآخر لا فعلياً له، لأن المتضائفين متكافئان في الفعلية والشأنية، فلا مناص من الإلتزام بأن عقد الفضولي الملحق شأناً مؤثراً.

وإن كان المراد من ذلك: أن الإجازة شرط متأخر. فهذا مستحيل، لأن الشرط ماله دخل في فعلية الأثر، فكيف يعقل أن يكون الأثر مترتباً على العقد بالفعل، لكن شرط التأثير غير حاصل بعد.

فتعين أن يكون المقصود هو الملحوقية الشأنية، بمعنى وقوع العقد في قطعة من الزمان متصلة بزمان الإجازة.

وإذا كان هذا هو المقصود من الكشف الحقيقي، فإن بيع المالك المال أو وقفه أو هبته أو إجارته أو غير ذلك، واقع في ملك المشتري، فهو باطل. هذا بيان مطلب الشيخ.

والتحقيق: إن مقتضى الأدلة هو شرطية رضا المالك بوجوده الخارجي في صحة عقد الفضولي وترتب الأثر عليه، ولا وجه لاعتبار الملحوقية الشأنية، وعلى هذا، فلو قام الدليل على الإجازة بنحو الكشف فهو مخصص للأدلة العامة، وقد تقرّر في الأصول فيما لو دار أمر المخصص بين الأقل والأكثر أن يؤخذ بالأقل، وحينئذ، فلو شك في شمول دليل تأثير الإجازة في عقد الفضولي - على الكشف - لموارد تصرف المالك في المال المبيع، كان مقتضى القاعدة عدم التأثير.

والحاصل: عدم الدليل على تأثير الإجازة في موارد التصرفات المخرجة عن الملك، وكذا في الاستيلاد. وأما في إجارة الدابة أو الدار وفي

تزويج الأمة، فلا إشكال في بيع الفضولي وتصرف المالك، لاختلاف متعلقيهما.

هذا كله في الفعل المخرج عن الملك وغير المخرج.

حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

قال الشيخ:

بقي الكلام في التصرفات غير المنافية لملك المشتري من حين العقد، كتعريض المبيع للبيع، والبيع الفاسد. وهذا أيضاً على قسمين...

١ - ما يقع مع الالتفات إلى وقوع العقد

القسم الأول: أن يقع التصرف المذكور حال إلتفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله، قال الشيخ:

فهو رد فعلي للعقد.

فلو باع المالك المتاع ببيع فاسد، كانت ملكيته للمتاع باقية، وله القابلية للانتقال إلى المشتري بالإجازة لبيع الفضولي، فإن كان ملتفتاً إلى وقوع عقد الفضولي عليه، كان بيعه بالبيع الفاسد رداً فعلياً للعقد، وهو يقوم مقام الرد القولي.

وقد استدلل لذلك بوجوه:

الأول: فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل كالوطي والبيع والعق، فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت

المؤثر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حين الحدوث القابل للتأثير بطريق أولى.
أقول:

قد تقرر في الأصول: أن الدلالة التصديقية تابعة للإرادة، وبه صرح المحقق نصير الدين الطوسي رحمه الله. وتوضيحه: إن دلالة اللفظ على المعنى ثابتة بالملازمة الوضعية بينهما، بلا دخل للإرادة وعدمها فيها، ولذا ينتقل ذهن من علم بذلك الوضع من اللفظ إذا سمعه إلى معناه. وأمّا إسناد الفعل إلى الفاعل والتصديق به فلا يكون بلا إرادة، بل هو تابع لها، فإذا قيل: قد ردّ فلان البيع، لم يصح إلا إذا كان ردّه له عن الإرادة.

وعلى هذا، فدعوى دلالة البيع الفاسد على إرادة الردّ ممنوعة جداً، لأن بيعه مع علمه بفساده لغو، فكيف يدلّ على الردّ لبيع الفضولي؟ ولو كان معتقداً بصحة بيعه، كان اعتقاده بذلك مانعاً عن تمشي الإجازة لبيع الفضولي منه، فكيف يكون دليلاً على الردّ؟
هذا في فرض وقوع البيع الفاسد.

وأما تعريض المال للبيع، فيمكن أن يكون بقصد البيع حقيقة، وأن يكون بقصد الاختبار، بأن يرى هل يشتري بأكثر من الثمن الذي باعه الفضولي به أو لا؟ وعليه، فإن مجرد التعريض لا يدلّ على الردّ، فقد لا يكون بقصد البيع حقيقة حتى يدلّ على ذلك، بل يحتمل أن يجيز بيع الفضولي. بل إن دلالة التعريض للبيع حقيقة على الفسخ والرد غير واضحة، لأن الدلالة إمّا مطابقة أو تضمنية أو التزامية، والتعريض ليس بمصداقٍ لواحدٍ من أقسام الدلالات.

وبعبارة أخرى: الدلالة هي الظهور لفظاً أو عملاً، ودلالة الظواهر دلالة تصديقية تابعة للإرادة كما تقدّم، وما لم يقصد بالتعريض الفسخ والردّ للبيع، لم تتم دلالاته عليه، لأنّ الردّ أمر إنشائي وهو لا يتحقق إلا بالقصد. والحاصل: عدم تمامية دعوى دلالة العقد الفاسد والتعريض للبيع على الردّ مطلقاً، سواء علم بفساد العقد أم لم يعلم، فلو أجاز بيع الفضولي بعد ذلك لكان مؤثراً.

والثاني: صدق الردّ عليه، فيعمّه ما دلّ على أنّ للمالك الردّ، وهو: ما عن زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام قال: سألته عن رجل تزوّج عبده امرأة بغير إذنه، فدخل بها، ثم أطلع على ذلك مولاه. قال عليه السّلام: ذلك لمولاه، إن شاء فرّق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما^(١).

لأنّ التفريق ردّ عملي للنكاح الواقع فضولياً. وما عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام إنه سأله عن رجل زوّجته أمّه وهو غائب.

قال عليه السّلام: النكاح جائز، إن شاء المتزوّج قبل وإن شاء ترك...^(٢). لأنّ الترك وإن كان عدم القبول، لكنّه ردّ عملي للتزويج الفضولي. لكنّ فيه ما ذكره الشّيخ من أنّه يمكن أن يقال: إن الإطلاق مسوق لبيان أنّ له الترك، فلا تعرّض فيه لكيفيّته، فالاستدلال ساقط.

(١) وسائل الشيعة ٢١/ ١١٥، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٢٤ رقم: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠/ ٢٨١، أبواب عقد النكاح، الباب ٧ رقم: ٣.

والثالث: إن المانع من صحّة الإجازة بعد الردّ القولي موجود في الردّ الفعلي، وهو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد. والجواب عنه ظاهر ممّا تقدّم. هذا كلّ في القسم الأوّل.

٢ - ما يقع مع عدم الالتفات إلى وقوع العقد

القسم الثاني: أن يقع التصرف المذكور مع عدم إلتفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله. قال الشيخ: فالظاهر عدم تحقّق الفسخ به.

وذلك: لأنّ الردّ وكذا الفسخ أمر إنشائي، ومع عدم الالتفات إلى بيع الفضولي لا يتحقّق الإنشاء.

ثم إنه ليس ما نحن فيه نظير إنكار الطلاق الذي جعلوه رجوعاً ولو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم، لوجود النصّ الخاصّ الأعمّ من العلم بالطلاق وعدمه هناك، ولولا النصّ لم يعقل كون الإنكار رجعةً، لأنّ الإنكار والرجعة متناقضان مفهوماً. والنصّ المشار إليه هو:

ما عن أبي ولاد الحنّاط عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن امرأة ادّعت على زوجها أنه طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً، يعني على طهر من غير جماع، بإشهاد شهود على ذلك. ثم أنكر الزّوج بعد ذلك. فقال عليه السلام: إن كان إنكار الطلاق قبل انقضاء العدة، فإن إنكاره

الطلاق رجعة لها^(١).

وعلى الجملة، فإنَّ قياس ما نحن على إنكار الطلاق، بلا وجه.
ثم تعرّض الشيخ لدعوى بعض معاصريه الاتفاق على اعتبار اللفظ في
الفسخ كالإجازة.
ثم قال:

والحاصل: إن المتيقّن من الردّ هو الفسخ القولي، وفي حكمه نفويت محلّ
الإجازة... وأمّا الردّ الفعلي... فقد عرفت نفي البعد عن حصول الفسخ به. وأمّا مجرد
إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقّق مفهوم الردّ - لعدم الالتفات
إلى وقوع العقد - فالإكتفاء به مخالف للأصل.

فأقسام الردّ أربعة:

الردّ القولي.

والردّ الفعلي. وهو على ثلاثة أقسام:

ما يفوت معه محلّ الإجازة، وما ينشأ به مفهوم الردّ، وما ينافي مفهومه
قصد بقاء العقد من غير تحقّق مفهوم الردّ.

والمتيقّن هو الردّ القولي. وفي حكمه القسم الأوّل من الردّ الفعلي، لأن
الدليل على عدم تأثير الإجازة بعد الردّ هو الإجماع، فيؤخذ منه بالقدر
المتيقّن. وأمّا الثاني، فحصول الفسخ به غير بعيد. وأمّا الثالث، فالإكتفاء به
مخالف للأصل، وهو استصحاب بقاء عقد الفضولي على ما هو عليه من
القابليّة للإجازة.

(١) وسائل الشيعة ٢٢ / ١٣٦ كتاب الطلاق، أقسام الطلاق، الباب ١٤ رقم: ١.

قال:

ثم إن الرد إنما يثمر في عدم صحة الإجازة بعده، وأمّا انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي، فلا يتوقف على الرد، بل يكفي فيه عدم الإجازة.

والظاهر أن الانتزاع بنفسه ردّ مع القرائن الدالة على إرادته منه، لا مطلق الأخذ، لأنه أعم. ولذا ذكروا أن الرجوع في الهبة لا يتحقق به.

أقول:

إن ما ذكره أخيراً إنما يتم بناءً على النقل، وأمّا بناءً على الكشف، فإنه إن علم بعدم الإجازة إلى الأبد جازله الأخذ، وأمّا إن علم بأنه سيجيز، فلا يجوز الأخذ، ولو شك في أنه سيجيز أو لا؟ أمكن التمسك بالاستصحاب القهقرائي للعدم، فيجوز الأخذ.

مسائل متفرقة

لو لم يجز المالك عقد الفضولي مع تسليمه المال إلى المشتري، وقع الكلام في حكم المالك مع المشتري بالنسبة إلى المال، وفي حكم المشتري مع الفضولي بالنسبة إلى الثمن.

حكم المالك مع المشتري

قال الشيخ:

لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقاءه، ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها على الخلاف... ومع التلف، يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده...

أقول:

أما انتزاع المال المبيع، فلقاعدة السلطنة.

وأما رجوعه بالمنافع المستوفاة، فلقاعدة الإلتاف، مضافاً إلى النص الخاص:

عن زرارة قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من

سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباهما من يزعم أنها له وأقام على ذلك البيّنة.

قال عليه السّلام: يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها^(١).

وعن زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السّلام: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجئ الرجل فيقيم البيّنة على أنها جاريته، لم تبع ولم توهب.

فقال: يردّ إليه جاريته، ويعوّضه بما انتفع. قال: كان معناه قيمة الولد^(٢). وعن جميل بن درّاج عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام، في الرجل اشترى جاريةً، فأولدها، فوجدت الجارية مسروقةً. قال: يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بقيمته^(٣).

وأما المنافع غير المستوفاة، فعن المشهور: الضّمان، وقد استشكل فيه الشيخ بأنّ المنافع غير المستوفاة - وإن كانت مالا - لا يصدق عليها الأخذ باليد، لكي تعمّها قاعدة اليد، ولم تتلف لكي تعمّها قاعدة الإتلاف.

ولكنّا قلنا في محله^(٤): بأن السّكنى والركوب ليسا من عوارض الدار والدابة ونحو ذلك، بل من عوارض الإنسان، وما كان من العوارض للإنسان، لا يعدّ من منافع العين الخارجيّة، بل منفعة الدار هي حيّثة قابليّتها للسّكنى،

(١-٣). وسائل الشيعة ٢١ / ٢٠٤ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد، والإماء الباب ٨٨ رقم: ٤ و ٢ و ٣.

(٤) كتاب الإجارة، وقد درّسه السيد الجد في الحوزة بمدينة مشهد المقدّسة.

ومنفعة الدابة قابليتها للركوب، لكون هذه الحيثيات قائمةً بالدار والدابة، ولما كانا باليد فحيثياتهما باليد كذلك.

كما قلنا هناك بأن المنافع الفائتة لها حظٌ من الوجود لكونها من قبيل عدم الملكة، فأخذ العين ضامن لجميع تلك المنافع التي لم يحصل لها الوجود في الخارج، لأن عدم تحققها خارجاً كان بتسبب من نفس الآخذ، فقول المشهور هو المختار.

وأما لو تلف المبيع فضولياً بيد المشتري، وجب عليه دفع القيمة، قيمة يوم التلف أو أعلى القيم من زمان وقع في يده؟ والمشهور الأول.

وبناءً على الثاني، لو كان المبيع قبل ذلك في ضمان آخر، وفرض زيادة القيمة عنده، ثم نقصت القيمة عنده، ووصل المبيع إلى يد الأخير ناقصة القيمة، اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه، بل الأول.

وذهب السيد والميرزا الاستاذ^(١) قدس سرهما إلى ضمان الصفة أيضاً، فلو كان المبيع شاةً وكانت مهزولة في يد المشتري وسمنت في يد الآخر، ثم هزلت وتلفت كذلك عند الثالث. فالذي تلفت عنده يضمن قيمة يوم التلف، والذي هزلت عنده يضمن قيمة السمن.

وفي فرض زيادة القيمة ثم نقصانها عند الثاني ووصولها ناقصةً إلى الثالث وتلفها بيده، صرحا بضمان الأول والثاني معاً زيادة القيمة. والظاهر أنه المشهور.

وكأن الوجه في ذلك: إن ضمان العين ضماناً بجميع خصوصياتها من القيمة والوصف والمنفعة.

وقد قلنا بالفرق بين المنفعة والوصف، لأنَّ المنفعة حيثية قائمة بالعين من أوَّل الأمر، فالضمان لها ثابت بتبع العين، بخلاف الوصف كالسَّمن، فإنه حادث ولا ضمان له.
هذا كلّهُ حكم المالك مع المشتري.

حكم المشتري مع الفضولي

قال الشيخ:
وأما حكم المشتري مع الفضولي... فهنا مسألتان ...
وفي حكم المشتري مع الفضولي، يقع الكلام في الثمن وفيما يغرّمه للمالك زائداً على الثمن. فهنا مسألتان:

١ - الكلام في الثمن

وهنا صورتان:
الاولى: أن يكون المشتري جاهلاً بكونه فضولياً
قال الشيخ:
إنه يرجع عليه بالثمن...

حكم ما لو كان المشتري جاهلاً بفضولية البائع
أقول:

لو باع الفضولي المال، وظاهر حاله أنه يبيع عن نفسه ولنفسه، فاشترى

منه المشتري جاهلاً بكونه فضولياً، ثم تبين ذلك فيما بعد، إمّا باعتراف البائع أو بحصول العلم للمشتري، أو بالتراجع بين المالك والمشتري، رجع المشتري على الفضولي بالثمن، وإن كان بشرائه منه مقراً بكونه مالكا للمبيع، لأن هذا الإقرار مبني على ظاهر اليد، وأما ريثها تسقط بتبين الخلاف.

هذا في صورة كون المشتري مقراً بملكية البائع استناداً إلى الظاهر. أما لو أقر بذلك بلسانه على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد - كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البينة من قبل المالك على فضولية البائع - لم يرجع بشيء، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز^(١).

ولو لم يعلم استناد الإقرار إلى اليد أو إلى غيرها، ففي الأخذ بظاهر الحال، من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالة على الواقع. قال الشيخ: وجهان.

أي: من أن اعترافه بذلك بعد قيام البينة بعيد جداً، فهو واقع قبله، فله أن يرجع بالثمن. ومن أن عموم: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز - الذي لم يخرج عنه إلا مورد العلم بالاستناد إلى ظاهر اليد - يقتضي الأخذ به، فليس له الرجوع بالثمن.

الثانية: أن يكون المشتري عالماً بكونه فضولياً.
وهنا صورتان.

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ١٨٤، كتاب الإقرار، الباب ٥ رقم: ٢.

حكم ما لو كان عالماً بذلك والثلث باق

الأولى: أن يكون الثلث باقياً.

قال الشيخ:

استرده، وفاقاً للعلامة...

واستدل له بثلاثة وجوه:

الأول: إنه لم يحصل من المشتري ما يوجب انتقال الثلث عنه شرعاً، لأن دفع الثلث مع العلم بكون البائع فضولياً ليس من الأسباب المملّكة الشرعية.

الثاني: النقض بأنه لو كان مجرد التسليط على الثلث موجباً للانتقال، لزم حصوله في البيع الفاسد كما لو كان غريباً، لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، والحال أن لكل منهما استرداد ماله بالاتفاق.

والثالث: إن الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك على المشهور، يستلزم تملك المالك للثلث، فإن تملكه البائع قبله يستلزم فوات محل الإجازة، لأن الثلث إنما ملكه الغير، فيمتنع تحقق الإجازة.

وقد أمر الشيخ هنا بالتأمل.

أقول:

وفي جميع الوجوه نظر:

أما الأول، فإن التسليط - بما هو - لا يوجب الانتقال، لكن إذا حَفَّ بالقرائن الموجبة للدلالة على التملك ترتب عليه الأثر.

وأما الثاني، فإنه قياس مع الفارق، لأن البحث في فرض العلم بالفضوليّة، وأما البيع الفاسد، فهو مع الجهل بالفساد.

وأما الثالث، فإن الحكم بصحة البيع وكون الثمن للمالك لو أجاز، مبني على الكشف، وبذلك يكون التسليط من المشتري البائع الفضولي على الثمن لغواً. نعم، يتم ما ذكر على القول بالنقل.

وأيضاً: لو كان الثمن كلياً في الذمة، فسلم مالا بعنوان أنه المصدق للكلي، كان التسليط مملكاً ولم يفت محل الإجازة، سواء على الكشف والنقل.

وأيضاً: قد ذكر الشيخ سابقاً أن تسليط المشتري مراعى بعدم إجازة المالك، فلو أجاز ملك.

هذا، ولا يبعد أن يكون أمره بالتأمل إشارة إلى ما ذكرناه. والتحقيق:

إن مورد البحث أن يبيع الفضولي عن نفسه ولنفسه والمشتري عالم بذلك، وفي الجواهر:

قيل: إنه لا يرجع بالثمن الذي دفعه إلى البائع بسوء اختياره ومع العلم بالغصب، ففي التذكرة: قال علماؤنا ليس للمشتري الرجوع إلى الغاصب وأطلقوا القول في ذلك، وفي تخليص التلخيص: أطلق الأصحاب كافة ذلك، بل عن الإيضاح أنه نسب عدم الرجوع مع بقاء العين فضلاً عن تلفها تارة إلى قول الأصحاب، وافرأى إلى نصهم، وفي جامع المقاصد: يمتنع استرداده العين عند الأصحاب وإن بقيت العين...^(١).

أقول:

البائع يملك المبيع بعوض، بأن يدخله في ملك المشتري ويدخل الثمن في ملك نفسه، فالعمدة فعل البائع والمشتري يطاوعه ويقبل، فهو يطاوعه على المبادلة التي يوجد بها بين المالكين في الملكية، ولكن المفروض علم المشتري بفضولية البائع، فهو يعلم بعدم تحقق هذه البدلية التي أنشأها البائع، وعليه، فإن مطاوعته له تكون هبة مشروطة، أو يكون تسليطه البائع على الثمن من باب الإعراض عن ماله، كما ذكر صاحب الجواهر.

فإن كان هبة، فالملكية حاصلة، وأما إن كان إعراضاً، فقد قدّمنا أن الإعراض ليس من المسقطات للملكية. نعم، قام الدليل على أن الاستيلاء على المال المعرض عنه من أسباب الملك - كما صرح العلامة - وهو عموم: للبد ما أخذت.

فما ذهب إليه الأصحاب هو المختار على الوجه الذي ذكرناه.

وهل يجوز للبائع التصرف في الثمن؟

قال الشيخ:

وجهان بل قولان، أقواهما العدم، لأنه أكل مالٍ بالباطل.

وتوضيحه: إن الثمن إنما دفع وفاءً بالعقد الواقع لا عن تراضٍ، فهو فاسد، ويدخل في المستثنى منه في آية التجارة.

فهذا وجه القول بعدم جواز التصرف.

ووجه القول بالجواز: ما ذكره المحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ

قدس سرهما، من أن البائع إنما يبيع المال بعنوان أنه مالك، والمشتري يقبل

منه لكونه مالكاً، لكن التسليط فعلٌ خارجي، وهو لا يتعلّق بالعنوان، وإنما يكون للشخص، فهو يسلّط شخص البائع على الثمن بداعي الوفاء بالعقد، والتسليط يستتبع جواز التصرف. وهذا هو الأقوى.

حكم ما لو كان الثمن تالفاً

الصورة الثانية: أن يكون الثمن تالفاً.

قال الشيخ:

فالمعروف: عدم رجوع المشتري. بل المحكي عن العلامة وولده و... الاتفاق عليه... ووجهه... أنه سلّطه على ماله بلا عوض. وقد أوضحه بما هذا شرحه ملخصاً:

إن ضمان البائع للثمن إمّا لعموم «على اليد ما أخذت» وإمّا لقاعدة الإقدام على الضمان، التي استدل بها شيخ الطائفة وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه، بتقريب: أن كلاً من المتبايعين قد أقدم على الضمان بالمسمّى، ولذا يدفع ماله في مقابل مال الآخر، وفاءً بضمانه، لكنّ المسمّى من طرف المشتري عبارة عن الثمن الخاص، وكلّ خاصّ فإنه مركّب من طبيعي وخصوصيّة، فإذا كان البيع فاسداً وزالت الخصوصية، كانت جهة الطبيعي محفوظة، فيكون ضامناً للكلّي الطبيعي.

فأمّا قاعدة اليد، فهي مخصّصة بفحوى ما دلّ على عدم الضمان في مورد الوديعة والعارية، حيث اليد موجودة ولا ضمان، فإذا كان دفع المال في

هذه الموارد غير موجب للضمان، فالتسليط على التصرف في المال وإتلافه له، ممّا لا يوجب الضمان بطريق أولى.
أقول:

لو سلّمنا الأولوية، فشمولها للإتلاف غير تام.
فالأولى أن يقال بعدم جريان قاعدة اليد في المقام، لأن موردها هو الأخذ المستتبع في حدّ نفسه للردّ، وهو غير ما نحن فيه، فالقاعدة غير شاملة للمقام، لأنها تعمّه فتخصّص بالفحوى.

ومن ذلك يعلم عدم جريان قاعدة من أتلف. فلائها قاعدة مصطادة من حكم الشارع بالضمان في موارد، وكلّ قاعدة من هذا القبيل فهي - من حيث الإطلاق والتقييد - تابعة للموارد، وعندما نراجع تلك الموارد نرى أنها في غير مورد الإذن، فلا تشمل ما نحن فيه، حيث أن المشتري بتسليطه البائع على الثمن يأذن له بالتصرف فيه بنحو الإطلاق حتى الإتلاف.

وأما قاعدة الإقدام، فقد أجاب الشيخ: بأنّ البائع لم يقدم على ضمان الثمن.

وقد كان الأولى أن يقال: بأنّ إقدام كلّ من المتبايعين كان على تضمين العوض المسمّى، وإذا فسد الخاصّ بما هو خاصّ، فلا وجه لبقاء ضمان الكلّي، حتى يجب دفع المثل أو القيمة.

فإن قلت:

إنّ المعاملة التي أوقعها الفضولي معاوضة حقيقية، وآلا لم تؤثّر الإجازة، وحينئذٍ، فلا مناص من ثبوت الضمان هنا، لثبوته في كلّ معاوضة حقيقية.

أجاب الشيخ بما حاصله:

إنَّ المعاوضة الحقيقية لها جهتان، جهة الإنشاء وجهة الواقعية، والضمان يرتبط بالجهة الثانية، كما أنَّ القابلية للحقوق الإجازة ترتبط بالجهة الاولى، فالضمان إنما يثبت في المعاملة الواقعة بين المالكين الحقيقيين، لأنه عبارة عن كون الشيء في عهدة الضامن وخسارته عليه وخروج المال عن كيسه، وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً، فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك.

والحاصل: إنه وإنَّ تحققت المعاوضة الإنشائية بين الفضولي والمشتري، لكن الضمان إنما يترتب على المعاوضة الحقيقية - وهي التي تقع بين المالكين - والمفروض عدم تحققها.

قال الشيخ:

ومما ذكرنا يظهر أيضاً: فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد، حيث إنَّه ضَمَّن البائع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به، وكذا البائع مع علمه بالفساد ضَمَّن المشتري بما يعلم أن المشتري لا يضمن به...

وجه الفساد: إن التضمين الحقيقي حاصل هنا، لأنَّ المضمون به مال الضامن، غاية الأمر أن فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان والتضمين في نظر الشارع، لأنَّ المفروض فساد، فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص، صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني أو استثمار عن مالكة، موجباً لضمانه.

وشيء منهما غير موجود فيما نحن فيه.

قال:

نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك - كالخمر والخنزير والحرّ - قوي إطراد ما ذكرنا فيه، من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرّح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد.

أقول:

وبه روايات عديدة.

وتلخص:

إنه لو كان البائع الفضولي بائعاً لنفسه والمشتري عالم بذلك، لم يكن له الرجوع عليه بالثمن، ولو تلف لم يكن البائع ضامناً للبدل. وأما لو كان بائعاً عن المالك، وهو إنما يسلمه الثمن لأن يوصله إليه، فقد قال الشيخ بثبوت الضمان، وإن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضوليّة.

قال: وكذا فيما لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري.

وكذا لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها.

حكم ما لو كان الثمن كلياً

ثم قال:

ولو كان الثمن كلياً فدفع إليه المشتري بعض أفرادهِ، فالظاهر عدم الرجوع،

لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً.

أقول:

التحقيق في المقام: إن المشتري من الفضولي لنفسه مع العلم بذلك، قد يكون بصدد الحصول على المال غير مبالٍ بالحكم الشرعي، وأخرى: هو ملتزم بالشرع غير أنه يقدم على الشراء برضاء أن يحصل على رضا المالك، وثالثة: هو من أهل الشرع والديانة، ويقدم على الشراء لغرض من الأغراض مع اليأس عن تحصيل رضا المالك.

هذه هي الصور ولا رابع لها.

أما في الصورة الأولى، فالظاهر عدم الإعراض عن الثمن وإن سلطه عليه، فله الرجوع فيه مادام موجوداً، ومع التلف، فلا ضمان على البائع، لعدم الدليل.

وأما في الصورة الثانية، فكذلك.

وأما في الصورة الثالثة، فالإعراض عن الثمن ثابت، وليس له الرجوع سواء كان موجوداً أو تلفاً.

نعم، بناءً على عدم الضمان في صورة تلف الثمن عند البائع، أشكل الحكم بعدمه فيما لو كان للبائع خيار الفسخ لدعواه المالكية فأخذ به واسترجع المبيع.

ويمكن الجواب: بأن تسليط المشتري البائع على الثمن ليتصرف فيه حتى أن يتلفه - وإن كان بظاهره مطلقاً - متضمن لشرط أن يكون المبيع بيده، فهو مسلط له عليه مادام المبيع بيده، وأما أن يكون البائع مسلطاً على الثمن مطلقاً وإن استرجع المبيع فلا.

أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ بِالْعَدَمِ، كَمَا قَالَ جَمَاعَةٌ بَعْدَ رَجُوعِ الْمُشْتَرِي عَلَى الْفُضُولِيِّ فِيمَا لَوْ اسْتَرْجَعَ الْمَالُكَ الْمَالُ وَالْثَمَنُ لَا يَزَالُ بَاقِيًا.

ثُمَّ إِنَّ السَّيِّدَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَفَادَ: بِأَنَّ الْمَنَاطَ فِي الضَّمَانِ قَاعِدَةُ احْتِرَامِ الْمَالِ إِلَّا أَنْ يَهْتَكَ الْمَالُكَ حَرَمَةَ مَالِهِ... وَحَيْثُ أَنَّ الْمُشْتَرِي فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَمْ يَهْتَكِ حَرَمَةَ مَالِهِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، فَالْبَائِعُ ضَامِنٌ^(١).

وفيه:

إِنْ دَلِيلُ الْقَاعِدَةِ الْمَذْكُورَةِ مُنْهَضٌ بِالْخَبَرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْمُسْلِمُ حَرَمَةَ مَالِهِ كَحَرَمَةِ دَمِهِ^(٢).

بِتَقْرِيْبٍ: إِنَّهُ كَمَا لَدِمَ الْمُسْلِمُ حَرَمَةَ فَتَثَبَّتْ لَهُ الدِّيَّةُ، كَذَلِكَ لِمَالِهِ حَرَمَةٌ، فَيُثَبَّتُ لَهُ الضَّمَانُ.

وَالْآخَرُ: فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيِّبَةِ نَفْسِهِ^(٣).

وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى مَا ذَكَرَ.

وَالْجَوَابُ:

أَمَّا الْحَدِيثُ الْأَوَّلُ، فَكَمَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ مِنْهُ مَا تَقَدَّمَ، كَذَلِكَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ النَّهْيُ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ، فَالْحَدِيثُ مُجْمَلٌ.

وَأَمَّا الْحَدِيثُ الثَّانِي، فَهُوَ ظَاهِرٌ فِي الْحُكْمِ التَّكْلِيفِيِّ.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢ / ٢٨٠.

(٢) وسائل الشريعة ٥٩٩ أبواب أحكام العشرة، الباب ١٥٢ رقم: ٩.

(٣) وسائل الشريعة ٤٢٥ / ٣ كتاب الصلاة، أبواب مكان المصلّي، الباب ٣ رقم: ٣.

والحاصل: عدم الدليل على القاعدة المذكورة.

ثم إن حكم الشيخ بضمان البائع - فيما لو سلطه المشتري على الثمن لإيصاله إلى المالك فتلف في يده - محمول على الإتلاف أو على التفريط في الحفظ أو التواني في الإيصال، وإلا فهو أمين والأمين لا يضمن.

٢ - الكلام فيما يغرمه المشتري

قال الشيخ:

إن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن، فإما أن يكون في مقابل العين... وإما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري...، وإما أن يكون غرامة لم يحصل في مقابلها نفع... أقول:

إن الغرامة التي يدفعها المشتري للمالك على ثلاثة أنحاء، كما ذكر

الشيخ:

١ - ما يدفعه في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن، إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين والثمن عشرة.

٢ - ما يدفعه في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكنى الدار ووطي الجارية والصوف واللبن والثمره.

٣ - ما يدفعه لا في مقابل نفع، كالنفقة على الحيوان المشتري أو تعمير الدار أو حفر بئر فيها وأمثال ذلك.

فهل للمشتري أن يرجع على البائع في هذه الغرامات؟

قال الشيخ:

المشتري إن كان عالماً، فلا رجوع في شيء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه.

وإن كان جاهلاً، فأما الثالث، فالمعروف... رجوع المشتري... أقول:

أما إن كان المشتري عالماً، فعدم الرجوع في شيء من الموارد الثلاثة واضح، لعدم الدليل عليه. وأما إن كان جاهلاً، فبين الموارد تفصيل.

هل يرجع المشتري فيما يغرمه لا في مقابل نفع؟

أما في الثالث، فالمشهور بل المدعى عليه الإجماع: الرجوع. وقد استدلل له بثلاثة وجوه:

الأول: قاعدة الغرور، فإن البائع مغرّر للمشتري وموقع إياه في خطرات الضمان ومتلف عليه ما يغرمه، والمغرور يرجع على من غره.

الثاني: قاعدة نفي الضرر، فإن مقتضاها وجوب التدارك على البائع للضرر المتوجّه إلى المشتري.

الثالث: إن البائع هو السبب لوقوع المشتري في الخسارة، وهو هنا أقوى من المباشر، فهو ضامن. أقول:

أما قاعدة الغرور، فليس بها حديث في الكتب الحديثية، وإنما أرسل في الكتب الفقهية عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: المغرور يرجع على

من غَرَّه. و«الغرور» هو الخديعة، قال تعالى: ﴿وَلَا يَغُرَّتْكُمْ بِاللَّهِ الْغُرُورُ﴾^(١)
 لكنَّ الكلام في الحديث فإنه مرسل، وتلقَّى الأصحاب له بالقبول لا
 يكشف عن عثورهم على سندٍ له، والظاهر أنَّ الفقهاء اصطادوا قاعدة الغرور
 من النصوص الواردة في موارد خاصَّة وقع فيها الخديعة عمداً أو سهواً،
 لصدق عنوان الغرر مع عدم العمد أيضاً كما في الجواهر^(٢) وكان الخادع
 ضامناً للضرر الذي وقع فيه المخدوع.

وهذا بعض تلك النصوص:

في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضي على الرجل: ضمنوا ما
 شهدوا به غرموا، وإن لم يكن قضي طرحت شهادتهم ولم يغرموا الشهود
 شيئاً^(٣).

وعن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السَّلام في شاهد الزَّور ما
 توبته؟

قال: يؤدِّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان
 النصف أو الثلث، إن كان شهد هذا وآخر معه.^(٤)

وعن إسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبد الله عليه السَّلام عن رجل نظر
 إلى امرأة فأعجبته، فسأل عنها ف قيل: هي ابنة فلان، فأتى أباه فقال: زوّجني
 ابنتك، فزوّجه غيرها، فولدت منه، فعلم بها بعد أنها غير ابنته وأنها أمة؟ قال

(١)

(٢) جواهر الكلام ٣٧/ ١٨٣.

(٣) وسائل الشيعة ٣٧/ ٣٢٦ كتاب الشهادات، الباب ١٠ رقم ١.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧/ ٣٢٧ كتاب الشهادات، الباب ١١، رقم ١ و ٢.

عليه السَّلام: ترد الوليدة على موالِها والولد للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد، يعطيه موالِي الوليدة كما غَرَّ الرجل وخدعه^(١).

وعن رفاة قال: سألت أبا عبدالله... قال: وسألته عن البرصاء. فقال عليه السَّلام: قضى أمير المؤمنين عليه السَّلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء: أن لها المهر بما استحَلَّ من فرجها، وإن المهر على الذي زوجها... لأنَّه دَلَّسها^(٢).

وعن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السَّلام قال: في كتاب علي: من زوَّج امرأة فيها عيب دَلَّسَه ولم يبيِّن ذلك لزوجها، فإنه يكون لها الصَّدَاق... ويكون على الذي زوجها ولم يبيِّن^(٣).

وعن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السَّلام: إنما يردَّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل. قلت: أرايت إن كان قد دخل بها، كيف يصنع بمهرها قال عليه السَّلام: المهر لها بما استحَلَّ من فرجها ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها^(٤).

وعن جميل عن أبي عبدالله عليه السَّلام: في الرجل يشتري الجارية من السَّوق فيولدها ثم يجئ مستحقَّ الجارية. قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة

(١) وسائل الشيعة ٢١ / ٢٢٠ أبواب العيوب والتدليس، الباب ٧ رقم ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١ / ٢١٢ أبواب العيوب والتدليس، الباب ٢ رقم ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢١ / ٢١٤ أبواب العيوب والتدليس، الباب ٢ رقم ٧.

(٤) وسائل الشيعة ٢١ / ٢١٣. كتاب النكاح، أبواب العيوب والتدليس، الباب ٢ رقم: ٥.

الولد التي أخذت منه^(١).

دلّت هذه النصوص على ضمان الغار إن كان عامداً في التغيرير أو لم يكن ولكن لم يبين. وأما ضمان من لم يكن ملتفتاً للمخالفة بين ظاهر حال الشيء والواقع، للضرر الذي وقع فيه المشتري - كما لو باع معتقداً بكون المال ملكاً له واشتره المشتري منه اعتماداً عليه، ثم ظهر أن المال لغيره - فمشكل، للشك في شمول إطلاق النصوص لهذه الصورة.

ثم إن استدلال الشيخ برواية جميل التي جعلها وجهاً آخر غير قاعدة الغرور، هو من جهة إلغاء خصوصية الولد، وأن المناط استيفاء المنفعة وإتلافها، وإلا فلو كان لقيمة الولد خصوصية لكانت الرواية أجنبية عما نحن فيه كما لا يخفى.

وأما قوله:

«إن في توصيف قيمة الولد بأنها اخذت منه، نوع إشعار بعلة الحكم، فيطرد في سائر ما أخذت منه»

فعجيب، لأن تعليق الحكم على الوصف إنما يشعر بالعلة فيما إذا كان الحكم مترتباً على نفس الموضوع، فالأخذ علة لأن يدفع قيمة الولد إلى المالك، وأما إطراد الحكم في سائر ما أخذ، فلا وجه له. فالرواية نظير ما لو قيل: أكرم كل العلماء الذين في المدرسة، حيث كانت العلة للإكرام كونهم في المدرسة، ولا يطرد الحكم بوجوب الإكرام لكل من في المدرسة وإن كان من العوام.

(١) وسائل الشيعة ٢١/ ٢٠٥. أبواب العيوب والتدليس، الباب ٨٨ رقم ٢.

وأما قاعدة نفي الضرر، فإنَّ مسلك الشيخ أن حديث لا ضرر نفي للحكم الشرعي الضرري، وتبعه الميرزا، خلافاً للمحقق الخراساني القائل بأنه نفي للحكم بلسان نفي الموضوع. والوجه فيما ذهب إليه هو إنَّ النفي التشريعي لا بدَّ وأنَّ يتعلَّق بالحكم، لأنَّه الذي وضعه ورفع به الشارع. وأيضاً، لأنَّ مورد نفي الحكم بلسان نفي الموضوع هو ما إذا كان للموضوع حكم، كما في: لا ربا بين الوالد والولد، ونحوه، لكنَّ ليس المقصود من الحديث رفع الحكم المترتب على الضرر، فالمراد نفي الحكم الضرري. وتطبيق ذلك على ما نحن فيه هو: أنَّ التعبّد كما يتعلَّق بإثبات الحكم، كذلك يتعلَّق بنفي الحكم، فعدم إلزام البائع بتدارك خسارة المشتري ضرر عليه، وإذا ارتفع عدم الإلزام بالقاعدة، ثبت نقيضه وهو الإلزام، فيجب عليه دفع الخسارة.

هذا تقريب الاستدلال بالقاعدة على مسلك الشيخ.

وفيه:

أولاً: إنَّ التعبّد بعدم الحكم إنما يكون فيما إذا ثبت الحكم في السَّابِق ولذا يستصحب، وأما إثبات الحكم عن طريق عدم الحكم بأنَّ يكون لا ضرر مشرعاً، فباطل.

وثانياً: إنَّ حديث لا ضرر حاكم على الأدلَّة الأولى لكونه ناظراً إليها، وهو لبّاً مخصَّص لها، وعلى هذا، فمفاده أن تلك الأحكام التشريعية إنَّ استلزمت الضرر فهي منتفية.

وثالثاً: إنَّه كما أنَّ عدم ضمان البائع ضرر على المشتري، فإنَّ إلزام البائع بدفع الخسارة ضرر عليه، فيقع التعارض.

فلا استدلال بقاعدة نفى الضرر هنا في غير محله.
وربما يتوهم: بأن قوله صلى الله عليه وآله: لا ضرر ولا ضرار في الإسلام،
كناية عن وجوب تدارك الضرر، فدلّ على وجوب التدارك على البائع.
وفيه:

أولاً: إن تدارك الضرر مؤكّد لثبوته وليس لا رافعاً له.
وثانياً: حمل لفظ الحديث على الكناية خلاف الظاهر.
وثالثاً: سلّمنا، ولكن ما الدليل على قيام البائع بالتدارك؟
نعم، يمكن التمسك بنفي «الضرار»، لكون البائع قد أضرّ بالمشتري،
فعليه التدارك، كما في النصوص كالخبر:
عن أبي الصباح الكناني، قال قال أبو عبدالله عليه السلام: من أضرّ بشئ
من المسلمين فهو له ضامن^(١).
لكن فيه:

إنه لم يكن البائع هو الموقع للمشتري في الضرر. نعم، البائع معدّ
والمعدّ غير السبب، ولا ينسب إلى المعدّ شئ حتى يكون ضامناً.

قول صاحب الحقائق بعدم رجوع المشتري

هذا، وقد ذهب صاحب الحقائق إلى عدم الضمان، واعترض على قول
الشهيد الثاني في الروضة بأن المشتري يرجع على البائع قطعاً^(٢)، بما

(١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٤١، أبواب موجبات الضمان، الباب ٨ رقم: ٢.

(٢) الروضة البهية ٣ / ٢٣٦.

حاصله: عدم وجود الدليل في النصوص على رجوع المشتري على البائع في هذا القسم من الخسارات، مع كونها في مقام البيان، ثم ذكر رواية زريق.^(١)
فأجاب الشيخ عن استدلال صاحب الحقائق بسكوت النص مع كونه في مقام البيان، فقال:

وأما السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الأخبار، فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك، كرواية زرارة... ورواية زريق...
أما رواية زرارة، فهذا نصها:

قلت لأبي عبدالله عليه السّلام: رجل اشترى جاريةً من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباهما من يزعم أنها له وأقام على ذلك البيّنة.

قال عليه السّلام: يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها^(٢).

وهذا نصّ رواية زريق:

قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السّلام يوماً، إذ دخل عليه رجلان - إلى أن قال - فقال أحدهما: إنّه كان عليّ مال لرجل من بني عمار، وله بذلك ذكر حقّ وشهود، فأخذ المال ولم استرجع منه الذكر بالحق، ولا كتبت عليه كتاباً، ولا أخذت منه براءة، وذلك لأنّي وثقت به وقلت له: مرّق الذكر بالحق الذي عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزقها، وعقب هذا أن طالبني بالمال ورآته وحاكموني وأخرجوا بذلك الذكر بالحق، وأقاموا العدول فشهدوا عند

(١) الحقائق الناضرة ١٨ / ٣٩٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢١ / ٢٠٤، من أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٨٨ رقم: ٤.

الحاكم فأخذت بالمال، وكان المال كثيراً فتواريت من الحاكم فباع علي قاضي الكوفة معيشة لي وقبض القوم المال. وهذا رجل من إخواننا إبتلى بشراء معيشتي من القاضي، ثم أن ورثة الميت أقرّوا أن المال كان أبوهم قد قبضه، وقد سألوه أن يرد علي معيشتي ويعطونه في أنجم معلومة، فقال: إني أحب أن تسأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن هذا، فقال الرجل - يعني المشتري - جعلني الله فداك كيف أصنع؟ فقال: تصنع أن ترجع بمالك على الورثة وترد المعيشة إلى صاحبها، وتخرج يدك عنها، قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة ثمن الثمار، وكل ما كان مرسوماً في المعيشة يوم أشتريتها يجب أن ترد ذلك إلا ما كان من زرع زرعه أنت، فإن للزارع إما قيمة الزرع، وإما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له ورد عليك القيمة، وكان الزرع له، قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء وغرس قال: له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه، قلت أرأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء، فقال: يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها ورد البناء والغرس وكل محدث إلى ما كان أو رد القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض أن يرد عليه كل ما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، ودفع النوائب عنها، كل ذلك فهو مردود إليه.^(١)

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٤٠ أبواب عقد البيع وشروطه، الباب ٣، رقم: ١.

جواب الشيخ

لم يذكر صاحب الحقائق إلا رواية زريق، فأضاف الشيخ رواية زرارة، وأجاب عن الخبرين بوجوه، فقال:

وفيه - مع أننا نمنع ورودهما إلا في مقام حكم المشتري مع المالك -: إن السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، مع أن رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع، مع أن البائع في قضية زريق هو القاضي... أقول:

إن ظاهر الحال يقتضي أن يذكر الإمام عليه السلام هذه الخصوصية كما ذكر سائر الخصوصيات، وإن السكوت في مقام البيان يعارض الدليل المقام على الضمان من قاعدة الغرور وغيرها. نعم، ما ذكره في رواية زرارة وجيه.

وأما ما ذكره في رواية زريق من أنه «إن كان قضاء القاضي باطلاً، فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف وتصرفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له»

ففيه: إن ما ذكره لا يناسب حكم الإمام عليه السلام بأنه «يجب على صاحب الأرض أن يرده عليه كل ما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس...» لأن وجوب الرد عليه إنما هو في صورة عدم علم المشتري.

ثم إنه يؤيد صاحب الحقائق ما جاء في الرواية من أن على مالك

الأرض، أن يردّ على المشتري ما صرفه في «دفع النوائب عنها» وغيرها، فلو كان للمشتري أن يرجع إلى البائع فيها، لزم جواز استيفائه كلّ ذلك من المالك والبائع معاً، وهذا ما لا يقول به أحدٌ.

والحاصل: إن الرواية دالة بالإلتزام على عدم رجوع المشتري على البائع.

والتحقيق أن يقال:

إن كان البائع ملتفتاً إلى أن ظاهر عمله مخالف للواقع، وأن المشتري سيغترّ بهذا الظاهر، فقاعدة الغرور جارية، وأما في غير هذه الصورة، فلا تجري أصلاً.

فإن قيل:

في روايات رجوع الشهود عن الشّهادة ما هو مطلق، ورواية جميل أيضاً مطلقة، ومثلها بعض الأخبار الأخرى.

قلت:

أولاً: هي مقيدة بما اشتمل من الأخبار على لفظ «الخديعة» ونحوها.

وثانياً: إنه وإن لم يكن الاختيار دخیلاً في مفاهيم الأفعال، لأنه ليس مدلول الهيئة ولا المادة، لكنّ الظهور الاقتضائي يقتضي صدور الفعل عن إرادة واختيارٍ للفاعل، وعليه، فحديث «المغرور يرجع على من غره» يختص بصورة العلم والاختيار.

هذا كلّ في القسم الثالث من الخسارة والغرامة.

هل يرجع المشتري فيما يغرمه في مقابل النفع؟

قال الشيخ:

وأما الثاني - وهو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع والنماء، ففي الرجوع بها خلاف، أقواها: الرجوع.

وقد استدل للرجوع بوجوه:

الأول: قاعدة الغرور، لأنه إنما انتفع بالمال لاعتقاده بكونه ملكاً له، ومنشأ هذا الاعتقاد هو اعتماده على يد البائع، فكان البائع قد غره على ذلك، فهو ضامن. نظير ما لو قَدَّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله، إذ اتفقوا على ضمان من قَدَّم، لقاعدة الغرور.

والثاني: قاعدة نفي الضرر، فإنَّ عدم رجوع المشتري على البائع فيما أخذ منه المالك، ضرر عظيم.

وفي الرياض^(١) الإشكال على كلا الوجهين، أمَّا قاعدة الغرور، فلا إطلاق لها، إذ لا دليل عليها إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر. وأمَّا قاعدة نفي الضرر، فلا تجري، لوصول العوض إلى المشتري.

وأجاب في الجواهر^(٢): بأنَّ لا مدخلية للضرر في قاعدة الغرور، بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر.

فأشكل الشيخ عليه: بأنَّ المباشر إنَّ كان آلة لسبب التلف، كالذي يجعل دهن الغير في الشمس الموجبة لذوبانها، أو بمنزلة الآلة كما في المكره على

(١) رياض المسائل ٢/ ٣٠٧.

(٢) جواهر الكلام ٣٧/ ١٨٣.

الإتلاف، فلا ريب في عدم الرجوع إلى المباشر، لقوة السبب عليه بحيث استند إليه عرفاً. ولكن المتلف فيما نحن فيه هو المشتري والبائع معاً لذلك، وأما في غير ذلك، فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود، فلا بد من الرجوع بالآخرة إلى قاعدة الضرر، أو الإجماع المدعى على تقديم السبب إذا كان أقوى، أو الأخبار الواردة في الموارد المتفرقة، أو كون الغار سبباً في تغريم المغرور.

فهو رحمه الله يفرق بين السببية على الفعل، فإنه يسند إلى فاعله إلا إذا كان آلة أو كالألة، بحيث يسند التلف عرفاً إلى السبب، والسببية بالنسبة إلى الأثر المترتب على فعل الغير وهو الضمان، فلا يرد عليه الإشكال بالتناقض. أقول:

لكن شيئاً من الوجوه الأربعة المذكورة، لا يدل على ضمان البائع الفضولي.

أما قاعدة نفي الضرر، فهي غير مشرعة، وإنما هي حاكمة على الأحكام المجعولة، فلا يصح القول بأن عدم الحكم بالضمان ضرري فيرتفع ويثبت نقيضه. هذا أولاً.

وثانياً: الضرر لغة هو النقص في النفس أو المال، وما يدفعه المشتري غرامة عن الانتفاعات ليس بضرر عليه ليرتفع بالقاعدة.

وثالثاً: قوله «بإضرار الغاربه» وهو إشارة إلى «لا ضرار» في الرواية. فيه: إن البائع لم يحمل المشتري على الانتفاع.

ورابعاً: إن رجوع المشتري على البائع ضرر عليه، فالقاعدة متعارضة.

فالحق: عدم صدق الضرر والإضرار.

وأما الإجماع والأخبار، فقد نصّ على أنهما غير واردين في ما نحن فيه، ثم قال: إلّا أنّ تحقّقهما في نظائر المسألة كاف. فالإجماع - على هذا - كاشف عن المدرك لا عن رأي المعصوم، والمدرك إمّا تقديم السبب إن كان أقوى كما عن الإيضاح^(١)، أو قاعدة الغرور.

فإن كان تقديم السبب لكونه أقوى، فهو في الريح العاصف الموجب للإحراق، والشمس الموجبة لإذابة الدهن، وفي أكل الحيوان للزّرع، فإنه ينسب الفعل إلى السبب، وفي المكره المسلوب عنه الاختيار، وفي شاهد الزور الذي كان السبب لتحقيق حكم الحاكم.

هذا، وليس ما نحن فيه من قبيل هذه الموارد، بل المباشر هو الضامن، كما عن زرارة في رجلٍ حفر بئراً في غير ملكه، فمرّ عليها رجلٌ فوق وقع فيها. فقال عليه السلام: عليه الضّمان، لأنّ كلّ من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان.^(٢)

أقول:

وهناك موردان آخران:

أحدهما: أنّ يدلّ السارق على موضع المال مثلاً.

ولا يقال هنا بضمان السبب وإن كان آثماً.

والآخر: أنّ يعدّ لإتلاف مال الغير، كأنّ يقدّم الطّعام لأنّ يؤكل، فيأكله اعتماداً على يد المقدّم.

(١) إيضاح الفوائد ٢ / ١٩١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٤٢، أبواب موجبات الضمان، الباب ٨ رقم: ١.

وهنا يكون الأكل ضامناً، فربما يقال برجوعه على السبب، لقاعدة الغرور. لكن التحقيق خلافه، لوقوع الأكل عن الاختيار والإرادة، والمعلول دائماً يستند إلى الجزء الأخير من العلة التامة وهو إرادة المباشرة. ولو قيل: إنه وإن لم يكن سبباً للفعل إلا أنه سبب للضمان. قلنا: الضمان حكمٌ وضعي شرعي، ولا معنى لأن يستند إلى الشخص. وإن كان قاعدة الغرور، فالمستند فيها هو حديث مرسل، وعمل الأصحاب إنما يكون جابراً إن أفاد الوثوق بالصدور، وإلا فلا يكون جابراً للضعف.

وأما الأخبار الواردة في الموارد المتفرقة، فمنها:

عن جميل عمّن أخبره

عن أحدهما عليهما السلام: في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم... ضمنوا ما شهدوا به وغرموا...^(١)

وعن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: في شاهد الزور... ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل^(٢).

وقد نصت على أن الشاهد هو الضامن، فلا تدلّ على ما ذكر الشيخ.

وعن إسماعيل بن جابر... ف قيل هي ابنة فلان، فأتى أباهما فقال: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها... قال عليه السلام: تردّ الوليدة على مواليتها، والولد

(١) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٢٦. كتاب الشهادات الباب ١٠ رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٢٨. كتاب الشهادات الباب ١١ رقم: ٣.

للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد، يعطيه موالى الوليدة، كما غرّ الرجل وخدعه^(١).

وعن جميل عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجنى مستحقّ الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه^(٢). ودلالتها على قول المشهور بالرجوع للغرور، تام.

وعن رفاة عن أبي عبدالله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين في امرأة... وهي برصاء، أن لها المهر... وأن المهر على الذي زوجها...^(٣). دلّت على الضمان للتدليس والغرور.

وبالجملة، فالقول بضمان الغارّ، استناداً إلى هذه النصوص كما هو المشهور لا بأس به، لكنها خاصّة بصورة الغصب، وبحثنا أعمّ من أن يكون البائع الفضولي غاصباً أو معتقداً للملكية عن جهل. نعم، المرسلة مطلقة، إلا أن يقال بظهورها في التعبير عن الإرادة.

والتحقيق: عدم تمامية الاستدلال بهذه النصوص، لأنها جميعاً واردة في مورد توجه الضرر على المغرور، وليس ما نحن فيه من هذا القبيل. ولا يتوهم العموم في الأخبار المشتملة على لفظ الخدعة ونحوها، إذ فيه:

(١) وسائل الشريعة ٢١ / ٢٢٠. أبواب العيوب والتدليس، الباب ٧ رقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢١ / ٢٠٥، أبواب العيوب والتدليس، الباب ٨٨، رقم: ٢.

(٣) وسائل الشريعة ٢١ / ٢١٢ أبواب العيوب والتدليس، الباب ٢ رقم: ٢.

أولاً: إن تلك النصوص واردة في خصوص الضرر المالي أو العرضي.
 وثانياً: إنه قد تقرّر في الأصول عدم كون الندرة في الوجود منشأ
 لانصراف المطلق، بل المنشأ للانصراف خفاء الصدق، فكل فرد خفي صدق
 المطلق عليه فهو منصرف عنه، ومن المعلوم خفاء صدق «الخدعة» في تلك
 الأخبار - إن كانت مطلقة - على المورد الذي لا خسارة فيه.

فسقط الاستدلال بقاعدة الغرور أيضاً، اللهم إلا في المنفعة التي لم يكن
 المشتري ينتفع بها بطبعه الأولي من المبيع لو كان ملكاً له، كأن يركب الدابة
 ويسافر بها للتنزه، فما يدفعه غرامة في مقابل هذا الانتفاع يجوز له الرجوع
 به على البائع.

ثم إن الميرزا الاستاذ قدس سره قد وافق الشيخ في كون الغار سبباً في
 تغريم المغرور، أي الضمان، ولكن قد تقدّم أن الضمان حكم وضعي
 شرعي، ولا معنى لأن يتسبّب أحد في ثبوته. نعم، يمكن تأويل ذلك: بأن
 المراد إيجاده المقدّمة لحكم الشارع بالضمان، كما في مثال تقديم مال الغير
 لأن يؤكل، ولكن لا دليل على ضمان من كان سبباً للضمان، إلا قاعدة الغرور
 كما عرفت.

واعلم: أن كل فعل يصدر من الفاعل المختار ينسب إلى المباشر له، إلا
 أن نسبة خصوصيات الفعل إليه تدور مدار علمه بها، لكون العلم من مبادي
 الإرادة، فإن كان عالماً بجميعها، صح القول بصدور الفعل المراد منه بماله من
 الخصوصيات، وإن كان جاهلاً ببعضها، لم يعقل أن يقال كذلك، لأنه خلف،
 وهذا من القضايا التي قياساتها معها.

وعليه، فلمّا كان آكل الطعام جاهلاً بكونه لغير المقدم له، لم يصح وصفه بالمتلف لمال الغير بما هو كذلك، إذ لا معنى لكون الشيء مراداً للفاعل مع كونه مجهولاً له، لكنّه - بمقتضى إطلاق قاعدة من أتلف - ضامن. نعم، قد أجمع الأصحاب على أنه لو غصب الغاصب مال الشخص ثم جاء به وسلمه إليه، فأخذه وأكله جاهلاً بالحال، كان الغاصب ضامناً للمال وإن كان المتلف هو المالك له، ولا يصدق عليه أن إتلاف مال الغير يوجب الضمان على إطلاقه. ويدلّ عليه النصوص في باب الضمان، الظاهرة في أن جهل المتلف يوجب ضمان السبب الموقع له في الإتلاف، بل لقد أسند «الإتلاف» فيها إلى «السبب» دون المباشر، ومن تلك النصوص:

عن الجلي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الشيء يوضع على الطريق، فتمرّ الدابة فتتفرّ بصاحبها وتعقره. فقال: كلّ شيء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه^(١).

وعن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام، قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله... أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب، فهو له ضامن^(٢).

وعن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن رجل دخل دار رجل، فوثب عليه كلب. في الدار فعقره. فقال: إن كان دعي فعلى أهل الدار أرش الخدش...^(٣).

(١) وسائل الشريعة ٢٩ / ٢٤٣. أبواب موجبات الضمان، الباب ٩ رقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٩ / ٢٤٥. أبواب موجبات الضمان، الباب ١٢ رقم: ١.

(٣) وسائل الشريعة ٢٩ / ٢٥٤. أبواب موجبات الضمان، الباب ١٧ رقم: ١.

وعن زرارة عن أبي عبد الله قال قلت له: رجل حفر بئراً في غير ملكه، فمرّ عليها رجل فوقع فيها. فقال: عليه الضمان، لأن كل من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان^(١).

فالمستفاد من هذه النصوص قاعدة مستقلة، وليس الضمان فيها من باب الغرور.

كما أن مورد قاعدة الغرور أن يقع الشخص عن خديعة في خلاف الواقع، وموضوع قاعدة نفي الضرر هو الخسارة، أما في قاعدتي اليد والإتلاف، فلا دخل للنفع والضرر.

ومما ذكرنا ظهر الإشكال في ظاهر كلام الشيخ عن المغرور:

فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير، فيشبه المكره في عدم القصد.

لأن «المكره» يغاير «المغرور» موضوعاً وحكماً.

أما موضوعاً، فلما تقدّم من أن الخصوصية إن جهلت لا تتعلق بها الإرادة ولا يصح القول بصدورها عن ذلك، لأن العلم من مبادي الإرادة، فالمغرور لا يعقل منه الإقدام على مال الغير بالسكنى والركوب وغير ذلك، مع الجهل بكونه مال الغير، وإنما الصادر منه الإرادة بالنسبة إلى نفس الفعل. بخلاف المكره، فإنه يعلم بكون الشيء ملكاً للغير، فالفعل صادر منه مع الخصوصية عن الإرادة الواقعة عن الإكراه.

وأما حكماً، فإن المكره كالألة كما نصّ عليه الشيخ، ولذا يكون المكره هو الضامن، بخلاف المغرور، فإنه هو الضامن كما تقدّم؛ وإنما يرجع على من غره.

(١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٤١. أبواب موجبات الضمان، الباب ٨ رقم ١.

اللهم! لأن يكون مراده من الشبه أن المغرور والمكره لا يكون منهما
القصد الطبيعي إلى إتلاف مال الغير.

ثم قال الشيخ:

هذا كله، مضافاً إلى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدمة بناءً...

والرواية هي: عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجئ
مستحق الجارية....

قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع
على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه^(١).

بناءً على أن حرية الولد منفعة راجعة إلى المشتري، وهو الذي ذكره
المحقق بقوله: وفيه احتمال آخر^(٢)، بناءً على تفسير المسالك^(٣).

قال الشيخ: وفيه تأمل.

ولعل وجه الإشكال في كون الولد منفعة.

وهذا كله في القسم الثاني.

هل يرجع في ما يغترمه في مقابل العين؟

وأما القسم الأول، وهو الغرامة في مقابل العين من زيادة العين على
الثمان الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة فتلف، فأخذ

(١) وسائل الشريعة ٢١ / ٢٠٥. الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء. الرقم: ٥.

(٢) شرائع الإسلام ٣ / ٢٤٦.

(٣) مسالك الإفهام ٢ / ٢١٣. الحجرية.

منه المالك عشرين، فهل يرجع على البائع في العشرين، أو العشرة الزائدة، أو لا يرجع أصلاً؟ وجوه.

قال الشيخ:

لا يرجع بعشرة الثمن، وإلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يفرّه في ذلك... أقول:

اختار الشيخ القول الثاني، بأن يرجع في العشرة الزائدة، للغرور، وأما في عشرة الثمن، فلا، لعدم الغرور.

ووجه القول بالرجوع بالعشرين، هو: أن سبب الضمان هو الأخذ باليد، فتجري قاعدة اليد، لكن اليد مسببة عن تغيير البائع، إذ لو كان يعلم بأن البائع فضولي لما أخذ.

والمستفاد من كلام الشيخ في الجواب عن هذا الوجه هو: إن هنا سببين ومسببين، فاليد سبب لضمان تمام العشرين، والغرور سبب لرجوع المغرور إلى الغار، لكن الغرور إنما كان في المقدار الزائد، لأن المشتري قد دفع الثمن وهو العشرة باختيار منه، فلو كان على البائع دفع العشرين لزم تضرره بالعشرة بلا سبب.

ووجه القول بعدم الرجوع على البائع هو: إن مفهوم الإقدام على الضمان يناقض مفهوم الغرور، لأن الغرور أن لا يكون الإنسان هو السبب لضمان نفسه، والإقدام أن يصير هو السبب لضمانه، فهما متناقضان، ومعنى الشراء هو الإقدام على الضمان، ومع الإقدام لا معنى للغرور، كما هو

شأن فاسد كل عقدٍ يضمن بصحيحه، فلو باع شيئاً بعشرة، في معاملة ربوية مثلاً، فتلف عند المشتري، وكانت قيمته يوم التلف عشرين، ضمن العشرين لا العشرة. نعم يفترق عما نحن فيه، بأن البائع هناك هو المالك، وهنا هو الفضولي.

أجاب عنه الشيخ:

أولاً: بأن المشتري إنما يقدم على ضمان الثمن، إلا أن الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام - مع فساد العقد وعدم إمضاء الشارع له - سبباً لضمان المبيع بقيمته الواقعية، والضمان المسبب عن هذا الإقدام لما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغرير البائع، كان المرتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقراً على الغار. فغرامة العشرة الزائدة وإن كانت مسببة عن الإقدام، إلا أنها ليست مقدماً عليها.

أما فيما نحن فيه، فإن المالك يأخذ تمام القيمة الواقعية، لكن المشتري مغرور من قبل البائع الفضولي بالعشرة فيرجع عليه، وليس هنا حكم من الشارع كما كان هناك.

أقول:

إن أول من قال بأن الإقدام سبب للضمان هو شيخ الطائفة، ثم قال بذلك غيره تبعاً له، وقد قلنا سابقاً: إن مقتضى الإقدام عبارة عن ضمان المشتري للمبيع، فإذا لم يمض الشارع المعاملة كان المبيع على عهده، فلو تلف وجب عليه دفع البدل الواقعي، وهو قيمة يوم التلف، فهو غير ضامن للثمن بل ضامن للعين المشتراة، ومن هنا قال المحقق الخراساني رحمه الله

بطبيعي الضمان، وقد فسرنا كلامه: بأن المشتري يضمن نفس المبيع، وخروجه عن العهدة بدفع الثمن خصوصية زائدة، فالعهدة بالنسبة إلى العين باقية، ومعنى ذلك: أنها إذا تلفت وجب دفع البديل الواقعي. فما في كلام الشيخ من أن ضمان الثمن المسمى سبب لوجوب دفع تمام القيمة، لا دليل عليه.

وثانياً: إن أسباب الضمان معينة، والإقدام على الضمان ليس من الأسباب الشرعية، فمعنى ما قاله شيخ الطائفة هو أن سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان، فالضمان يرجع إلى الاستدلال بقاعدة اليد.

وهذا الجواب متين جداً.

قال:

وكيف كان، فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابله نفع.

أقول:

إن كان المراد أن المشتري متضرر هنا بخلاف المسألة السابقة، فالأولوية تامة، وإن كان المراد أن البائع سبب للتغريم، فإنه لا فرق بين المسألتين من هذه الجهة، بل يمكن القول بالعكس، لكون الإتلاف هناك مستنداً إلى البائع بخلاف ما نحن فيه.

قال:

هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد. ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع أولى.

أقول:

والسرّ في ذلك هو إمكان القول في الصّورة الأولى بأنّه قد أقدم على الضمان بما للمال من القيمة، وأمّا في الثانية، فلا ضمان بالنسبة إلى المائيّة، فالرجوع في هذه أولى من تلك.

هذا كلّه فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفة.

حكم ما يغترمه بأزاء الأجزاء التالفة

قال الشيخ:

وأما ما يغرمه بأزاء أجزائه التالفة، فالظاهر أن حكمه حكم المجموع...

أقول:

والإنصاف هو التفصيل، فمن الأجزاء ما يوجب الإزدیاد في القيمة، كالسمن في الشاة، فإنه يوجب ازدياد قيمتها، لأنّه يبذل بأزائه قسطاً من الثمن، ومن الأجزاء ما يقسّط الثمن عليه، كالمنّ من الحنطة، فإن ثمنه يقسّم عليه، فلو تلف جزء منه رجع بقيمة ما تلف، بخلاف السابق، فإنه مغرور في كلّ ما به التفاوت.

حكم ما يغترمه بأزاء الأوصاف التالفة

قال:

وأما ما يغرمه بأزاء الأوصاف، فإن كان مما لا يقسّط عليه الثمن، كما عداوصف الصّحة من الأوصاف التي تتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبداً كاتباً

فنسي الكتابة عند المشتري، فرجع المالك عليه بالتفاوت، فالظاهر رجوع المشتري على البائع...

أقول:

ما ذكره متينٌ، إلا أن الإشكال في استثناء وصف الصحة، فإنه مثل كتابة العبد.

ولا يتوهم أن وجهه أن له قسطاً من الثمن، كما في خيار العيب حيث يختير المشتري بين الفسخ وأخذ الأرض.

فإنه فاسد، لأن الأرض عبارة عن ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، لأنه قسط من الثمن، ولذا لو اشترى الشيء بوصف الصحة فظهر معيباً، ثبت له الخيار أو الأرض، أما لو اشترى متناً من الحنطة فبان أنه أقل من المنّ فالعقد باطل، ولو باعه بعنوان أنه معيب فظهر صحيحاً، كان البيع صحيحاً، بخلاف ما لو اشترى متناً من الحنطة فبان أنه أكثر، فإن البيع بالنسبة إلى الزائد غير متحقق.

فاستثناء وصف الصحة في غير محله.

ثم إن ما ذكر من رجوع المشتري على البائع فيما يغرمه، إنما هو إذا كان البيع صحيحاً من غير جهة كون البائع فضولياً.

حكم ما يغترمه بسبب فساد البيع

قال الشيخ:

أما لو كان فاسداً من جهة أخرى، فلا رجوع على البائع.

وذلك: لأن الغرامة كانت على أثر فساد البيع، ولم تجئ من تغير البائع الفضولي، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعوى المالكية لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه.

أقول:

وتقريب ذلك: إن من القواعد المسلّمة استناد المعلول إلى ما بالذات، مثلاً: عدم دخول المشرك المسجد مستند إلى شركه لا إلى جنابته، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن غرامة المشتري مستندة إلى فساد العقد لا إلى تغير البائع.

ومن القواعد المسلّمة: لو كان هناك علّتان من سنخ واحد، فإن كانا مقارنين، أسند المعلول إلى كليهما، أمّا لو كانا في الطول، فإنه يسند إلى الأسبق منهما، فلو عرض المنجّسان معاً على الشيء أسندت النجاسة إلى كليهما، أمّا لو كان أحدهما أسبق من الآخر كانت مسندة إليه. وفيما نحن: الفساد أسبق العلّتين، فالغرامة مسندة إليه.

ومن القواعد المسلّمة البديهة: إنّ المعلول إنما يسند إلى الشرط إن كان مقتضي موجوداً، فيقال: هذا الحطب لكونه يابساً احترق، إنّ كانت النار موجودة، وإلا لم يصح الإسناد المذكور بل يسند إلى عدم المقتضي. وهنا إنما يصحّ إسناد الغرامة إلى البائع بشرط أن يكون غاراً إن كان البيع صحيحاً، ومع عدم صحّته لا يسند إلى تغير البائع.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في تقريب كلام الشيخ.

إِلَّا أَنْ هَذِهِ الْقَوَاعِدُ إِنَّمَا تَحْكُمُ فِيمَا لَوْ كَانَ الْمَعْلُولُ وَاحِدًا، وَإِذَا انْتَفَت وَحْدَةُ الْمَعْلُولِ سَقَطَ الْاسْتِدْلَالُ بِهَا. وَحِينَئِذٍ نَقُولُ: إِنَّ الْغَرَامَةَ هِيَ مَا يَدْفَعُ لِلْمَالِكِ فِي مَقَابِلِ تَلْفٍ عَيْنٍ مَالِهِ أَوْ مَنَافِعِهَا، فَالْغَرَامَةُ أَثَرُ التَّلْفِ، وَأَثَرُ الْغُرُورِ هُوَ رَجُوعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ فِيمَا دَفَعَهُ إِلَى الْمَالِكِ، لَكِنَّ الْغُرُورَ يَجْتَمِعُ مَعَ فُسَادِ الْبَيْعِ، وَلِكُلِّ مِنْهُمَا أَثَرُهُ الْخَاصُّ بِهِ، فَسَوَاءٌ صَحَّ الْبَيْعُ أَوْ كَانَ فَاسِدًا، كَانَ لِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ الْغَارِلِ. فَمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ لَا يُمْكِنُ الْمُسَاعَدَةُ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا قَوْلُ الشَّيْخِ:

إِنَّ كُلَّ مَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِهِ عَلَى الْبَائِعِ إِذَا أُرْجِعَ عَلَيْهِ، فَلَا يَرْجِعُ الْبَائِعُ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا رُجِعَ عَلَيْهِ... وَأَمَّا مَا لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِهِ عَلَى الْبَائِعِ... فَيَرْجِعُ الْبَائِعُ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا غَرَمَهُ الْمَالِكُ...

فَمَتَيْنِ. أَمَّا رَجُوعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ، فَلِلْغُرُورِ. وَأَمَّا عَدَمُ رَجُوعِ الْبَائِعِ عَلَى الْمُشْتَرِي، فَلِأَنَّ الْمَفْرُوضَ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَيْهِ، وَأَمَّا مَا لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِهِ عَلَى الْبَائِعِ - كَمَسَاوِي الثَّمَنِ مِنَ الْقِيَمَةِ - فَيَرْجِعُ الْبَائِعُ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا غَرَمَهُ الْمَالِكُ، لِحَصُولِ التَّلْفِ فِي يَدِهِ.

كَيْفِيَّةُ اسْتِغْثَالِ الذَّمِّ الْمُتَعَدِّدَةِ بِالْمَالِ الْوَاحِدِ

قَالَ الشَّيْخُ:

فَإِنْ قُلْتُ: إِنَّ كَلَّامَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي يَتَسَاوَيَانِ فِي حَصُولِ الْعَيْنِ فِي يَدِهِمَا الْعَادِيَةِ الَّتِي هِيَ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ، وَحَصُولِ التَّلْفِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي لَا دَلِيلَ عَلَى كَوْنِهِ سَبَبًا لِرَجُوعِ الْبَائِعِ عَلَيْهِ...

قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من البيدين... مع أن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمة واحدة...
وحاصله: إن هنا إشكالين:

أحدهما: إن المفروض كون التلف قهرياً، وحصوله في يد المشتري لا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه. نعم، لو كان المشتري متلفاً للعين رجع عليه البائع.

والثاني: إن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمة واحدة، فكيف يكون على كل واحدة من الأيدي المتعددة؟

الجواب عن الإشكال الثاني

فأجاب عن الإشكال الثاني بما حاصله:

إن معنى كون العين المأخوذة على اليد - كما في لفظ الحديث النبوي المشهور - كون عهدها ودركها بعد التلف عليه، فإذا تعددت الأيدي كان على كل منها الخروج عن العهدة بدفع البدل، فللمالك السلطة على الرجوع إلى أي الأيدي شاء، بمعنى أنه إذا استوفى أحدها سقط عن الباقي، كما لو كانت العين موجودة فأذاها أحدهم. والوجه في السقوط: إن مطالبة مادام لم يصل إليه المبدل ولا بدله، فأيتها حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي له شيء في ذمة واحد لم يكن بعنوان البدلية، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

قال:

ويمكن أن يكون نظير ذلك: ضمان المال على طريقة الجمهور، حيث

إنه ضمَّ ذمَّةً إلى ذمَّةٍ أخرى، وضمان عهدة العوضين لكلَّ من البائع والمشتري عندنا، وضمان الأعيان المضمونة على ما استقر به في التذكرة، وضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة، وقد حكى عن العلامة نفى المنع عن ضمان الاثنين على وجه الاستقلال. قال: ونظيره في العبادات: الواجب الكفائي، وفي الأموال: الغاصب من الغاصب.

والحاصل: إنَّ ضمان البدل ثابت على سبيل البدلية، بأنَّ كلَّ واحدٍ من الأيدي ضامن وللمالك الرجوع إلى أيِّ شاء، فإذا أذى أحدهم سقط عن الباقي.
أقول:

إنَّ البدلية هنا - حتَّى على نحو الواجب الكفائي - غير معقولة، أمَّا البدلية في النكرة كما لو قيل: جئني برجلٍ، فواضح أنَّ المراد هو الواحد على البدل لكلِّ الرجال. وأمَّا التنظير بالواجب الكفائي، فإن كان تعريفه: ما يجب على كلِّ مكلف الإتيان به إن لم يأت به غيره، كان معنى الضمان على سبيل البدلية أنه إن لم يضمن المشتري فالبايع هو الضامن، وإن لم يضمن البائع، فالمشتري هو الضامن، لكنَّ نتيجة ذلك أنَّ لا يكون أحدهما ضامناً، كما ذكر شيخنا الميرزا.

إلَّا أن يقال: بأنَّ الشيخ لا يريد البدلية في الضمان، كما ذكره شيخنا فأورد عليه بما ذكر، بل مراده البدلية في الأداء، بمعنى أنه إن لم يؤدَّ البائع فعلى المشتري أن يؤدِّي، وهكذا بالعكس.

لكنَّ فيه: أنَّ المكلفين في الواجب الكفائي إن اتوا بالعمل كلَّهم معاً، كأنَّ

صلّوا على الميت جماعةً، كانوا ممثلين ووقع العمل صحيحاً، أما فيما نحن فيه، فليس للمالك أن يأخذ البدل من البائع والمشتري كليهما.

هذا بناءً على تعريف الواجب الكفائي: بأنه عبارة عن وجوب الفعل على كل من المكلفين على تقدير أن لم يمثل الآخر^(١). بأن يكون المراد أن كلاً من الأيدي ضامن بشرط أن لا يؤدي الآخر، على ما ذكرنا، فيكون ضمان كل واحدٍ مشروطاً بعدم أداء غيره، وما لم يؤدّ أحدٌ فالكُل ضامنون.

وعرّفه بعض الأكابر من المشايخ^(٢): بأنه سنخ وجوبٍ مشوب بجواز ترك العمل على تقدير امتثال الآخر.

وعرّفه البعض الآخر^(٣): بأنه ما يجب على صرف وجود المكلف، وهو قابل للإلتحاق على الجميع وعلى الواحد.

وقد ذكرنا في محلّه أنه يمكن القول بأن الواجب في الواجبات الكفائية، هو الموضوع الخاص، فيجب على كل المكلفين تطهير المسجد مثلاً، فإذا طهره أحدهم انتفى الموضوع وسقط التكليف بانتفائه.

وكيف كان، فإن تنظيم المورد بالواجب الكفائي غير صحيح، إذ يمكن في الواجب الكفائي أن يمثل الكل دفعةً واحدة، كأن يصلّوا جماعةً على الميت، ولا يعقل اجتماع الكل على دفع البدل.

وأيضاً: لو لم يدفع أحدٌ من الأيدي المتعددة البدل، لم يجب دفعه على

(١) كفاية الأصول.

(٢) نهاية الدراية ٢ / ٢٧٩.

(٣) أجود التقريرات ١ / ٢٧٠ - ٢٧١.

كُلِّ مِنْهُمْ، لِأَن بَدَلَ الْوَاحِدِ وَاحِدٌ، بِخِلَافِ الْوَاجِبِ الْكَفَائِيِّ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَصْلُ أَحَدٌ عَلَى الْجَنَازَةِ كَانُوا جَمِيعاً أَثْمِينَ.

نعم، يمكن توجيه كلام الشيخ هنا بما ذهب إليه في الأصول من أن الأحكام الوضعية غير مجعولة بل هي منتزعة من الأحكام التكليفية. بأن يقال: إن الواجب تكليفاً على كل يد أن تؤدّي العين أو بدلها إن تلفت إلى المالك، فيكون الضمان منتزعاً من هذا الحكم، لأن في ذمة كل من الأيدي ضمان مال المالك، فالإشكال الثاني مندفع من أصله.

لكن التحقيق: أن الأحكام الوضعية أمور اعتبارية مجعولة، مضافاً إلى ما ذكرنا من استلزامه جواز أخذ المالك من كليهما إن أديا البذل في وقت واحد، وهو غير معقول.

وعلى الجملة، فإن الإشكال هو: أنه كيف يعقل أن تكون الأيدي المتعددة موجبة لضمان كليهما؟

إن الشيء الواحد ضمانه عبارة عن دفع بدله إذا تلف، فإذا تلف في اليد الأخيرة كيف يعقل ضمان الأيدي السابقة أيضاً والحال أن بدل الواحد واحد؟

إن تعدد الذمم يستلزم تعدد ما في الذمة، إذ لا يعقل تعدد المحل ووحدة الحال، فإما الذمة واحدة وإما المال التالف متعدد.

وجواب الشيخ: بأن كلاً منهما ضامن على سبيل البدلية، نظير الواجب الكفائي.

أقول:

قد عرفت ما فيه.

وقال صاحب الجواهر في كتاب الغصب بعدم اشتغال ذمة الأيدي المتعددة، وإنما تشتغل ذمة من تلف المال في يده، وأمّا الأيدي السابقة عليه فالحكم بالنسبة إليهم تكليفي^(١).

وفي أول كتاب الضمان^(٢) في الردّ على العامة القائلين بأن الضمان ضمّ ذمة إلى ذمة: بأنّ هذا يستلزم أن يكون الشيء الواحد في أكثر من ذمة وهو غير معقول؛ بل الضمان هو الانتقال من ذمة إلى ذمة.

وقال الميرزا: تعدّد الذمم لبدل واحد في عرض واحد غير معقول، لأنّ الذمة بمثابة المكان، ولا يعقل حلول الشيء الواحد في أمكنة متعددة^(٣).

وما ذكره مطابق للبرهان، فإنّ كون الشيء في المكان من خصوصيات الشيء، وخصوصية كونه في هذا المكان مباينة لخصوصية كونه في المكان الآخر، والمتخصّص بخصوصيتين متباينتين لا تعقل وحدته. فأجاب رحمه الله:

هذا الاشتغال طولي، فالأول اشتغلت ذمته بذات العين، والثاني: اشتغلت ذمته بالعين المضمونة بالبدل، فهو ضامن لبدل البدل، والثالث ضامن لبدل بدل البدل، وهكذا. نظير ما إذا طلب المديون الضمان من أحد، فإن المدين ضامن للعين، والثاني ضامن لما ضمنه المديون، ولذا لو أدى المدين الدين فلا شيء في ذمة الضامن، ولو أدى الضامن رجع على

(١) جواهر الكلام ٣٧/٣٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٦/١١٣.

(٣) منية الطالب ١/٢٩٩.

المدين، لأنه إنما ضمن بطلبٍ منه.
أقول:

وما ذكره خلاف البرهان:

أما أولاً، فلأن العين لو كانت بيد الجميع فتلفت بواسطة أحدهم، فالكُل يضمنون، إذ لا سبق ولحوق فيما بينهم.

وأما ثانياً: إذا وصلت العين إلى الثاني، فهو ضامن للعين نفسها، ولا معنى لضمان البديل فعلاً مع وجودها، فالقول بأنها مضمونة هو بمعنى الضمان على تقدير التلف، وعليه، فلا بدل حتى يضمنه الثاني.

فالتحقيق في الجواب عن أصل الإشكال هو بالنظر في قاعدة اليد.

وقد ذكرنا في معنى: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» أن كلمة «على» كما في ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ...﴾^(١) ونحوه، ظاهرة في ثبوت الشيء، فأما في التكليفات، فتدل على ثبوت الفعل على الذمة في عالم الاعتبار، كما في الآية المباركة المذكورة، ويعبر عنه بالحكم التكليفي. وأما الضمان، فحكم وضعي تدل عليه كلمة «على»، وهو في الإصطلاح عبارة عن التعهد بالمال، كما أن الكفالة هي التعهد بالنفس.

ثم إن الضمان يشمل كون المال في العهدة، واشتغال الذمة به، والعهدة اعتبار خاص، كما أن الذمة اعتبار خاص آخر، والفرق بينهما هو أن العهدة من العهد، فيقبل النقض، بخلاف الذمة فلا تقبل الارتفاع والنقض، فما لم يؤد الشيء فهو باقٍ في الذمة. وأيضاً، العهدة مرتبطة بالعمل، والذمة وعاء

(١) سورة آل عمران، الآية: ٩٧.

للشيء الثابت فيها. وأيضاً: ما كان موجوداً في الخارج لا يعقل أن تشتغل به الذمة، لكن يصح أن يكون في العهدة.

وعلى هذا، فمعنى الحديث: أن الشيء الخارجي المأخوذ باليد، يكون على عهدة الآخذ أن يؤديه إلى مالكه، لأنه ثابت في ذمته وهي مشغولة به، فما دامت العين موجودة فعليه أن يؤديها بنفسها، وإذا تلفت يؤديها بماليتها. فالعين على عهدة جميع الأيدي المتعاقبة، وعلى كل أداؤها بشخصها بالوجوب التكليفي ما دامت موجودة، وإذا تلفت وجب على الكل كفاً أداؤها بماليتها، وللمالك أن يرجع إلى من شاء منهم لأنهم كلهم مسئولون كما في قوله عز وجل: «إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً»^(١).

ويشهد بذلك الخبر:

عن عبدالله بن ميمون عن أبي عبدالله عليه السلام:
«من دعا أخاه ليلاً فهو ضامن له حتى يرجعه»^(٢)

فقد عبّر بـ«الضمان». ومن المعلوم أن المراد «العهدة».

وتلخص: أن لا منشأ للإشكال من أصله.

هذا كله في الإشكال الثاني.

الجواب عن الإشكال الأول

إن المشهور في الأيدي المتعاقبة على مال الغير المبيع فضولة إن لم تغر اليد السابقة اليد اللاحقة، أن للمالك الرجوع إلى أي منها شاء، وإذا تلفت باليد

(١) سورة الإسراء، الآية: ٣٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ٥٢ كتاب القصاص، الباب ١٩ رقم: ٢.

اللاحقة، كان للمالك أخذ البذل من السابقة ولها الرجوع فيه على اللاحقة، أما إذا أخذ المالك البذل من اليد اللاحقة، فليس لها الرجوع على السابقة. وإن كان تغريز من اليد السابقة، فبالعكس. ومحل البحث هو الصورة الاولى: قال الشيخ:

إن السابق اشتغلت ذمته بالبذل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بذل، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البذل والمبذل على سبيل البذل... توضيحه:

إن الحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» يدل على أن على كل يد ما أخذت، وقد أخذت اليد السابقة نفس العين، لكن اللاحقة أخذت العين المضمونة ببذلها، فيكون الضمان مختلفاً باختلاف المأخوذ. أشكل عليه المحقق الخراساني بأنه: لا سبق ولحوق في الضمان، لأن العين ما دامت موجودة، فالكل ضامن بالنسبة إليها ولا معنى لضمان البذل، وإذا تلفت، ضمنوا البذل في عرض واحد^(١). فقال الميرزا الاستاذ: بأن مراد الشيخ من قوله بأن اللاحق يضمن العين التي لها البذل هو: أن للعين حيثية المضمونية، كما أن الأول يضمن العين بمعنى لحوق حيثية وصولها إلى يده، فالمراد من «البذل» هو البذل التضميني لا الفعلي^(٢).

(١) حاشية المكاسب: ٤٦.

(٢) منية الطالب ١ / ٢٩٩.

أقول:

وقد أوردنا عليه بأنه خلاف البرهان.

وقال شيخنا الاستاذ قدس سره: إنَّ الحِثِّيَّات التي هي بالقوَّة وفيها سبق ولحوق، إذا وصلت إلى مرحلة الفعلية كانت على طبق حالها بالقوَّة^(١).

توضيحه:

إن كان بين الحِثِّيَّات والشُّون ترتب، بأنَّ كانت الثانية متفرعة على الاولى والثالثة على الثانية، فلا محالة تكون في مرحلة الفعلية كذلك وإلا يلزم الخلف.

وفيما نحن فيه: الغاصب حصل له حِثِّيَّة كون العين بنفسها مضمونة وبالبذل على تقدير التلف، فلما أخذها الثاني جاء على عهده بدل المضمون بالبذل، وهذه الحِثِّيَّة مترتبة على الاولى كما هو واضح، وهكذا الثالث...

فالسَّابِق اشتغلت ذمَّته بالبذل على فرض التلف، والثاني ببذل البدل...

وهذا على مبنى المشهور وعليه الشيخ.

ومقتضى التحقيق - تبعاً للمحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ - هو ما ذكرناه قريباً في معنى حديث على اليد.

فما ذكره الشيخ لا موضوع له أصلاً، إذ لا اشتغال للذمَّة ولا ضمان للبدل، وإنما هي العهدة، فإن كانت موجودة ردَّت، وإلا فتردَّ ماليتها إلى المالك.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣١٦/٢.

ويبقى الكلام في الدليل على أنه لو دفع اللاحق المائيّة لم يرجع، ولو دفعها السابق رجع على اللاحق، أما لو أتلّف اللاحق المال رجع عليه السابق فواضح، ولكن الكلام في التلف القهري.

قال السيّد في وجه رجوع السابق على اللاحق والمفروض عدم كونه السبب في التلف: بأنّ الوجه في رجوعه هو إبقاؤه - أي اللاحق - المال في يده، فهو بذلك يكون السبب في التلف قال:

والتحقيق ما أشرنا إليه سابقاً من أنه لا فرق بين الإتلاف والتلف وإثبات اليه في صدق سببيّة الضمان، وأن الوجه في جواز رجوع السابق إلى اللاحق أنه السبب في ضمانه، بمعنى استقرار العوض في ذمته، كيف؟ وإلا أمكنه أن يدفع نفس العين إلى المالك ليخرج من تبعه الضمان، فكما اعترف القائل بأن الرجوع على المتلف موافق القاعدة من جهة تسببيه للضمان، فكذا نقول بالنسبة إلى من أثبت اليه وإن لم يكن متلفاً.^(١)

أقول:

قد تقدّم أنّ حديث «على اليد» لا يدلّ على اشتغال الذم المتعدّدة. ثم قلنا بأنّ اليد اللاحقة إنّ كانت هي المتلفة، فمقتضى قاعدة «من أتلّف» الاستفادة من الموارد، اشتغال ذمّة من أتلّف مال الغير. وحينئذٍ، لو أتلّف اللاحق واشتغلت ذمته، كان السبب لخسارة اليد السابقة، ويجوز له الرجوع على اللاحق.

وبعبارة أخرى: على عهدة الأيدي كلّها ردّ المال إلى مالكه، فلو تلف

المال عند السَّابِق فهو على عهده، لأن ذلك مقتضى يده، فعليه ردّه بنفسه أو بمالّيته، أمّا الثاني الذي أتلف، فالمالّية على عهده، فلو دفع السَّابِق البذل، كان له الرجوع فيه على اللاحق.

وأما في صورة التلف، فالأيدي كلّها على نسقٍ واحد، وللمالك الرجوع إلى من شاء منهم، فلماذا تشتغل ذمّة من تلفت العين عنده، ويجوز للسَّابِق الرجوع إليه أو دفع البذل؟

وقول السيّد: بأنّ السَّبب إبقاؤه المال عنده وعدم ردّه إلى المالك، وأنّه لا فرق بين التلف والإتلاف في السببية لخسارة السَّابِق. فيه:

إنّ يد السَّابِق هي المقتضية لعهدته بردّ العين بنفسها أو بمالّيتها، وأمّا اللاحق، فإنّه لم يوجد المانع عن ترتب المقتضى على المقتضى، فلو ردّ المال لتحقّق المانع عن ذلك، لأنّه كان السَّبب، وسببية العدم لشيء محال. هذا أولاً.

وثانياً: إنّ السَّبب لخسارة السَّابِق هو نفسه، لعدم ردّه المال إلى مالكه، فلا وجه لرجوعه على اللاحق. وقال المحقق الخراساني:

إن الوجه في ذلك - أي في رجوع السَّابِق على اللاحق في البذل - هو ضمان ما كان في ضمان الآخر وعهده، وقضية مثل هذا الضمان بحسب الاعتبار وعند أهل العرف هو رجوع السَّابِق إلى اللاحق لو رجع إليه المالك^(١).

(١) حاشية المكاسب: ٤٨ الحجرية.

وفيه:

إن العرف إنما يرجع إليه في مداليل الألفاظ فقط، فالرجوع إلى العرف في المقام لا وجه له.

وذهب صاحب الجواهر^(١) إلى عدم الفرق بين التلف والإتلاف، فللسابق الرجوع - فيما دفعه إلى المالك - إلى اللاحق مطلقاً، وقد أورد الشيخ كلامه وأشكل عليه بوجوه.

قال الشيخ:

وربما يقال... إن ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك...

والحاصل:

أن الشيخ يرى - كما عرفت - أن ذمة اللاحق مشغولة بأحد الشئتين: بدل العين للمالك، أو بدل البدل للسابق، فإذا أخذ المالك البدل من السابق، تعين على اللاحق بدل البدل.

أما صاحب الجواهر فيقول: إن الذي اشتغلت ذمته هو الذي تلف المال بيده، وأما الأيدي السابقة فهم مكلفون بالأداء شرعاً، وليس عليهم ضمان، فلو رجع المالك على السابق ببطل العين التالفة، وقعت المعاوضة الشرعية القهرية بين ما دفعه السابق وما في ذمة اللاحق، فيجوز له الرجوع إليه فيه، لكونه مالكا لما في ذمته.

هذا وجه رجوع السابق على اللاحق.

وقد أشكل عليه الشيخ بقوله:

وأنت خبير...

بخمسة وجوه:

الأول: إن الدليل على اشتغال الذمة ليس إلا حديث على اليد، فإن كان مفاده الحكم التكليفي فلجميع الأيدي، وإن كان الضمان فكذلك، لأن المراد من «اليد» هو طبيعي اليد، فالحكم يأتي على الكل على السواء، فلا وجه للفرق بين اليد السابقة واللاحقة.

والثاني: إنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكر من الخطاب بالأداء والخطاب الذمي.

والوجه في عدم الفرق هو: إن الحكم بالنسبة إلى جميع الأفراد تكليفي، والحكم الوضعي منتزع من الخطاب التكليفي، أو أنه كما يرجع السابق على اللاحق كذلك العكس، سواء كان الاشتغال شرعياً أو ذمياً.

الثالث: إنه كيف يقال بأن السابق ذمته غير مشغولة، والحال أن المالك إذا رجع إليه وأبى من دفع البذل أجبره الحاكم على ذلك أو أخذ من ماله ودفعه إلى المالك، فلو لم تكن ذمته مشغولة لم يكن لحكم الحاكم أو فعله المذكور وجه؟ فمن ترتب هذا الأثر وغيره يستكشف أن ذمته مشغولة بملك المالك. والرابع: لا يوجد سبب لا شرعي ولا قهري للمعاوضة بين ما يدفعه السابق للمالك وما في ذمة اللاحق الذي حصل التلف عنده.

وقد أوضح شيخنا الاستاذ^(١) مرام صاحب الجواهر: بأن الشارع قد كلف السابق بالأداء، وليس المراد أداء البذل، لكونه في ذمة اللاحق، ولا أداء الدين الذي في ذمة اللاحق. لعدم الوجه في ذلك، فالمراد أن على السابق أن

يؤدي مائة العين بدلاً عما في ذمة اللاحق، وهذا عبارة أخرى عن المعاوضة الشرعية القهرية، فهي من ناحية التكليف المتوجه على السابق بالأداء.

والخامس: إن لازم ما ذكره أن لا يرجع الغارم من بين الأيدي اللاحقة إلا إلى من تلفت العين بيده، مع أن الظاهر خلافه، فإنه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد من الأيدي التي بينه وبين الذي تلفت عنده.

إلا أنه يمكن الالتزام بذلك، والقول بعدم رجوع السابق الذي دفع البدل إلا إلى الذي تلفت العين عنده.

وقال السيد بالمعاوضة بما حاصله^(١): إن الذي يعطيه السابق عوض عن العين التالفة فيكون مالكا لها، فيرجع إلى من تلفت عنده، لأخذ عوض العين التالفة.

إن قلت: كيف يعقل عروض الملكية على الشيء التالف؟

قلت: الملكية ليست من الأعراض الخارجية حتى يحتاج إلى الموضوع في الخارج، بل هي من الأمور الاعتبارية، والأمر الاعتباري يمكن تعلقه بالمعدوم إذا وجد المصحح العقلاني لذلك.

إن قلت: سلمنا، لكن الملكية أمر ثبوتي، وثبوت الشيء للشيء فرع ثبوت المثبت له، فلا يعقل اعتبار الملكية للشيء المعدوم.

قلت: يكفي لذلك الثبوت الاعتباري، والمفروض أن العين التالفة ثابتة اعتباراً في عهدة من تلفت عنده.

ويشهد بكون المالك مالكا لتملك العين التالفة أن بإمكانه أن يصلحها

(١) حاشية المكاسب ٢/ ٣١٥-٣١٦.

مع من اشتغلت ذمته به بل غيره أيضاً. وأيضاً: له أن يجعلها زكاةً للأيدي إن كانوا يستحقون. وأيضاً: لو باع العين وجعل لنفسه خيار الفسخ ثم تلفت العين عند المشتري، جاز له الأخذ بالخيار، والحال أن الفسخ حل البيع من حينه ورجوع العوضين إلى مالكيهما، فيرجع الثمن إلى المشتري والمطالبة ببذل العين التالفة منه.

فإن قلت: كان السابق مكلفاً بأداء البذل، أما كونه عوضاً عن العين بأن يملكها فبأي دليل؟

قلت: إن إعطاء البذل في باب الغرامات عبارة عن إعطاء العوض، ومعنى العوض أن يدخل المعوض في كيس من خرج عنه العوض، ولا فرق في المعاوضة بين إنشاء المعاوضة أو إعطاء العوض بما هو عوض، ولذا يكون المعطي لبذل الحيلولة عن ملك الغير مالاً كذلك الملك، ويترتب على ذلك أثر الملكية، فلو تسبب في فرار عبد الغير ودفع بدل الحيلولة إلى المالك، جاز له أن يعتق العبد في بعض الكفارات.

ثم قال:

نعم، يبقى شئ وهو: إن لازم هذا التوجيه جواز رجوعه إلى السابقين أيضاً، لأن المفروض أنه قام مقام المالك.

ويمكن أن يقال: إن الوجه في عدم جواز رجوعه إليهم لأنه السبب في ضمانهم، بمعنى استقرار العوض في ذمتهم، فمن هذه الجهة يحصل الفرق بينه وبين المالك.^(١)

والجواب عن هذا الوجه:

أولاً: إن ما يدفعه السَّابِق غرامة وليس معاوضةً حتَّى يملك العين التالفة، نعم، تسقط ملكية المالك بأخذ الغرامة، إذ لا وجه لبقائها بعد أخذها.
ثانياً: لو فرضنا كونه عوضاً في الملكية، فإنه لا يملك ما في ذمة اللاحق، بل يملك ما في ذمته أي: يملكه آنأماً فيسقط، لأنَّ الانسان لا يملك ما في ذمته.
وثالثاً: إنه يرد عليه ما أورده بقوله: نعم... وما ذكره في الجواب غير تام.
وتحصّل:

إن جميع ما ذكره الشيخ وصاحب الجواهر والسيد وغيرهم، لا يجدي في حلّ الإشكال.
والمختار هو:

إن كان الذي تلفت العين بيده هو المتلف لها، أمكن القول بأنَّ إتلافه سبب لتعيّن الخسارة على السَّابِقين، ولذا جاز للسَّابِقين الرجوع إلى خصوص من أتلف - لا إلى كلّ واحدٍ من اللاحقين، خلافاً للمشهور - لكونه السَّبب في تعيّن العين في البدل. وأمّا إن كان التلف سماوياً، فلا دليل لرجوع السَّابِق على اللاحق.
هذا كلّّه إذا تلفت العين في يد المشتري.

لو كانت العين باقيةً في الأيدي المتعاقبة

وأما إن كانت باقيةً، قال الشيخ:

يرجع المالك بها على من في يده أو من جرت يده عليها، فإنَّ لم يمكن انتزاعها ممَّن هي في يده، غرم للمالك بدل الحيلولة، وللمالك استردادها فيردّ بدل الحيلولة.

أي: لأنه إنما يملك بدل الحيلولة مادام غير متمكّن من العين.
فإن قلت: إن بدل الحيلولة إنما يكون حيث يتعذر الوصول إلى العين،
فإذا كان متمكّنًا منها لم يجز له أخذه.

فأجاب: إنه بمجرد تمكّنه من العين عند الثاني لا ترتفع سلطنته على
مطالبة الأول، لأن عهدة العين على الأول، فيجب عليه تحصيلها ولو ببذل
المال، ومع عدم تمكّنه منها دفع بدل الحيلولة. نعم، ليس للمالك أن يأخذ
مؤونة الاسترداد من الأول ليباشر بنفسه.

قال:

ولو لم يقدر على استردادها إلا للمالك وطلب من الأول عوضاً عن
الاسترداد... وجوه.

أقول:

والظاهر وجوب دفع الأجرة المتعارفة عليه.

مسألة

لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه

قال الشيخ:

فعلى القول ببطلان الفضولي، فالظاهر أن حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله، والحكم فيه الصحة...

أقول:

أورد عليه بوجوه:

الأول: إن الإنشاء أمر قصدي، وما قصد - وهو بيع المجموع - لم يقع، وما وقع - وهو صحة البعض لم يقصد - فهو باطل.

والثاني: إن التمليك أثر العقد، والعقد أمر واحد، فالقول بتحقيق التمليك في قسم من المبيع دون غيره، يستلزم تعدد العقد، والواحد لا يتعدّد.

والثالث: إن المناط في صحة البيع تعيين المال المجمعول ثمناً، وفيما نحن فيه مفقود، للجهل بما جعله ثمناً لملك شخصه، فالبيع غرري باطل.

ولنذكر الرواية قبل الجواب عن الإيرادات:

عن الصفّار: أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام: في رجلٍ.

باع قطاع أرضين، فيحضره الخروج إلى مكة، والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: إشهدوا أنني قد بعث فلاناً - يعني المشتري - جميع القرية التي حدّ منها كذا، والثاني والثالث والرابع، وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك، وإنما له بعض هذه القرية، وقد أقرّ له بكلّها؟ فوقع عليه السلام:

لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»^(١).

أما الإشكال الأول، فالجواب عنه هو:

إن هنا مملوكين، لتعدد المالكين، فهنا تملكين، لأن التملك والملكية واحد في الحقيقة، فهو قاصد للملكية المتعددة بإنشاء واحد. نعم، لم يقع جميع ما قصد، وهذا لا يضرّ، فالإشكال بأن ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع، مندفع.

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن الإشكال الثاني.

يقول العبد: علي بن آية الله السيد نور الدين نجل آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني:

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٣٩، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، رقم: ١.

هذا آخر ما قدّر للسيد الجدّ قدس سرّه من درسه في كتاب البيع، وقد كان ذلك في اليوم السابع عشر من شهر ربيع الثاني، سنة ١٣٩٥. حيث اشتد مرضه واستمر به حتى توفي في آخر شهر رجب من السنة المذكورة. وقد بذلت الجهد في تقرير كلامه وتبيين مرامه بقدر الإمكان، وشرحت مواضع منه لمزيد الفائدة ممّا استفدته منه ومن سائر الأساتذة الأعيان.

إلا أنه لا بدّ من التنبيه على السقط الواقع في الصفحة ١٧٥ من الجزء الأول، إذ الصحيح: وأشكل المحقق الخراساني بوجه آخر فقال معلقاً على قول الشيخ: فهو إنما يجدي...»: بل لا يجدي في ذلك إذا شك في تشريع أصل هذا النوع أيضاً، حيث أنه مسوق لبيان سلطنة المالك وتسألته قبلاً لحجّره، لا لبيان تشريع أنهاء السلطنة كي يجدي فيما إذا شك في تشريع سلطنته، فلا يجوز التمسك به على صحّة معاملة خاصّة وجواز تصرف خاص، مع الشكّ فيهما شرعاً. فافهم كي ينفعك في غير مقام.

وفي آخر الصفحة ٦٢ من الجزء الأول: «بحيث لو لم يقع...» والصحيح: بحيث لو لم يعمل يقع...»

وأما الأغلاط المطبعية القليلة غير المغيرة للمعنى فلا حاجة إلى التنبيه عليها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

الفهرس

أدلة القائلين.....	٥
ببطلان معاملة الفضولي.....	٥
الاستدلال بأية التجارة.....	٧
الجواب.....	٧
الاستدلال بالروايات.....	١٤
حديث: لا تتبع ما ليس عندك.....	١٧
التحقيق فيه والجواب عنه.....	١٨
جواب الشيخ والنظر فيه.....	٢٠
رواية الصفار.....	٢٥
رواية الحميري.....	٢٥
صحيحة محمد بن مسلم.....	٢٦
صحيحة محمد بن القاسم.....	٢٦
الاستدلال بالإجماع.....	٢٧
الاستدلال بحكم العقل بعدم جواز التصرف في مال الغير.....	٢٨
الجواب.....	٢٩

٣٣	أدلة أخرى والكلام حولها
٣٥	الثاني
٣٥	أن يبيع مع سبق منع المالك
٣٧	المسألة الثانية
٣٧	بيع الفضولي مع سبق منع المالك
٣٨	دليل المنع
٣٨	الجواب
٤١	الثالث
٤١	أن يبيع لنفسه
٤٣	المسألة الثالثة
٤٣	بيع الفضولي لنفسه
٤٤	دليل الصحة
٤٥	وجوه للقول بالبطلان والجواب عنها
٤٦	المهم منها وجهان: الأول
٤٧	جواب الشيخ والكلام حوله
٥١	التحقيق في الجواب
٥٦	الوجه الثاني
٥٧	جواب الميرزا القمي
٥٨	مناقشة الشيخ
٥٨	جواب الشيخ

- الإشكال عليه بما لو كان الفضوليّ مشترياً ٥٩
- جواب صاحب المقابس ٦٠
- جواب الشيخ والكلام حوله ٦١
- التحقيق في الجواب ٦٤
- الاشكال عليه ٦٧
- التحقيق في المقام ٦٨
- الإشكال بما لو علم المشتري بالحال ٧٠
- توجهه بناء على النقل ٧٢
- التحقيق في المقام ٧٣
- بقي أمران ٧٥
١. هل بين العين والدين فرق؟ ٧٥
٢. هل تجري مسألة الفضولي في المعاطاة؟ ٧٥
- ١ - عدم الفرق بين العين والدين ٧٧
- لو جمع بين نفسه وذمة الغير ٧٩
- حول كلام العلامة ٨٢
- ما أفاده الميرزا ٨٤
- ٢ - هل تجري مسألة الفضولي في المعاطاة؟ ٨٨
- الجواب عن الإشكال في الجريان بناءً على الملك ٨٩
- ما يستدلّ به للجريان ٩٢
- هل يجري بناءً على الإباحة؟ ٩٤

٩٧	القول.....
٩٧	في الإجازة.....
١٠٠	البحث الأول.....
١٠٠	في حكم الإجازة.....
١٠١	الاحتمالات في الكشف.....
١٠٣	أدلة القول بالكشف.....
١٠٥	هل الشروط الشرعية كالعقلية؟.....
١١١	دعوى أن الشرط هو وصف تعقب الإجازة.....
١١١	كلام السيد.....
١١٣	كلام الإصفهاني.....
١١٤	كلام الخراساني.....
١١٧	اشكال الميرزا على المحقق الخراساني.....
١١٩	الدليل الثاني.....
١١٩	وجوه الجواب: الأول.....
١٢٣	الوجه الثاني.....
١٢٥	الوجه الثالث.....
١٢٦	الاستدلال بالروايات للقول بالكشف.....
١٢٦	صحيحة محمد بن قيس.....
١٢٨	رواية عروة البارقي.....
١٢٨	صحيحة أبي عبيدة.....

- الثمرة..... ١٣٥
- بين الكشف والنقل..... ١٣٥
- الثمرة بين وجهي الكشف الحقيقي..... ١٣٧
- الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي..... ١٣٨
- الثمرة بين الكشف والنقل..... ١٤٤
- الثمرة الاولى..... ١٤٤
- الثمرة الثانية..... ١٤٥
- الثمرة الثالثة..... ١٤٩
- التحقيق..... ١٥٣
- حكم المال المنذور قبل حصول الشرط..... ١٥٧
- ثمرات ذكرها كاشف الغطاء..... ١٦١
- الثمرة الاولى الفرع الأول..... ١٦١
- الفرع الثاني..... ١٦٣
- الثمرة الثانية..... ١٦٧
- التحقيق..... ١٧٧
- ثمرات اخرى..... ١٨٠
- تنبيهات..... ١٨٥
- الإجازة..... ١٨٥
- التنبيه الأول..... ١٨٧
- الخلاف في الإجازة في حكمها الشرعي..... ١٨٧

- التنبيه الثاني ١٩٠
- في ما يُشترط في الإجازة ١٩٠
- هو يشترط اللفظ الصريح؟ ١٩٠
- هل يكفي الفعل؟ ١٩١
- التنبيه الثالث ١٩٦
- في حكم الإجازة بعد الرد ١٩٦
- الأدلة على اعتبار عدم سبق الرد ١٩٦
- النظر في تلك الأدلة ١٩٧
- التنبيه الرابع ٢٠١
- في أن الإجازة تورث أو لا ٢٠١
- التنبيه الخامس ٢٠٣
- هل إجازة البيع إجازة لقبض الثمن أو المضمن؟ ٢٠٣
- اشتمال كلام الشيخ على مطالب ٢٠٣
- التحقيق في المقام ٢٠٥
- تنبيه ٢٠٧
- التنبيه السادس ٢٠٩
- في أن الإجازة على الفور أو لا؟ ٢٠٩
- حكم ما لو لم يجز ولم يرد ٢١٠
- التنبيه السابع ٢١٣
- هل تعتبر مطابقة الإجازة للعقد؟ ٢١٣

- ٢١٤..... التحقيق في المقام
- ٢١٧..... القول
- ٢١٧..... في المجيز
- ٢١٩..... الأمر الأول
- ٢١٩..... اعتبار كون المجيز جائز التصرف
- ٢٢٠..... حكم مالو أجاز المريض
- ٢٢٢..... الأمر الثاني
- ٢٢٢..... هل يشترط وجود مجيز حين العقد؟
- ٢٢٢..... القول بعدم الاشتراط
- ٢٢٣..... الكلام حول دليل الاشتراط
- ٢٢٥..... الأمر الثالث
- ٢٢٥..... هل يشترط كون المجيز جائز التصرف حال العقد؟
- ٢٢٦..... المسألة الأولى
- ٢٢٦..... لو كان محجوراً عليه حال العقد
- ٢٢٦..... وارتفع الحجر حال الاجازة
- ٢٢٧..... إشكالان من المحقق الإصفهاني
- ٢٢٩..... مقدمات الجواب
- ٢٣٠..... الجواب
- ٢٣٤..... المسألة الثانية
- ٢٣٤..... لو لم يكن مالكاً حين العقد فكان مالكاً حين الإجازة

- ٢٣٤..... لو باع الفضولي شيئاً ثم ملكه وأجاز.
- ٢٣٧..... دليل القول بالصحة.
- ٢٣٨..... دليل البطلان.
- ٢٣٩..... الجواب عن الوجه الأول.
- ٢٣٩..... الجواب عن الوجه الثاني.
- ٢٤١..... الجواب عن الوجه الثالث.
- ٢٤٥..... الجواب عن الوجه الرابع.
- ٢٤٧..... التحقيق.
- ٢٤٩..... الجواب عن الوجه الخامس.
- ٢٤٩..... الجواب عن الوجه السادس.
- ٢٥١..... الجواب عن الاستدلال بالنبوي.
- ٢٥٢..... الجواب عن الاستدلال برواية يحيى بن الحجاج.
- ٢٥٢..... الجواب عن الاستدلال برواية خالد بن الحجاج.
- ٢٥٣..... الجواب عن الاستدلال بصحيفة محمد بن مسلم.
- ٢٥٤..... الجواب عن الاستدلال بصحيفة منصور.
- ٢٥٤..... الجواب عن الاستدلال بصحيفة معاوية بن عمار.
- ٢٥٥..... الجواب الأخير عن النصوص.
- ٢٥٧..... وتبقى إشكالات:
- ٢٦٠..... النظر في رأي الشيخ.
- ٢٦٢..... الواجب هو الاقتصار على مورد الروايات.

- ٢٦٣..... فروع لاحاجة للبحث عنها
- ٢٦٤..... المسألة الثالثة
- ٢٦٤..... ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف
- ٢٦٤..... فبان كونه جائز التصرف
- ٢٦٤..... الصّورة الأولى: (أن يبيع عن المالك وينكشف كونه ولياً على البيع)
- ٢٦٧..... الصّورة الثانية (أن يبيع لنفسه وينكشف كونه ولياً)
- ٢٦٨..... الصّورة الثالثة (أن يبيع عن المالك وينكشف كونه مالكاً)
- ٢٦٩..... وجوه البطلان والجواب عنها
- ٢٧٠..... تفصيل الكلام في المقام
- ٢٧٠..... دليل القول المشهور
- ٢٧١..... دليل القول بالبطلان
- ٢٧١..... النظر في الأجوبة
- ٢٧٣..... دليل القول بالصحة وعدم الحاجة إلى الإجازة
- ٢٧٦..... دليل القول بالصحة مع الخيار
- ٢٧٧..... الصورة الرابعة (أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فينكشف أنه له)
- ٢٧٩..... القول
- ٢٧٩..... في المُجاز
- ٢٨١..... الأمر الأوّل
- ٢٨١..... اعتبار كون العقد جامعاً للشرائط
- ٢٨١..... ما هي الشرائط؟

- ٢٨٤..... هل هي معتبرة بقاء؟
- ٢٨٧..... الأمر الثاني
- ٢٨٧..... هل يعتبر كون المجاز معلوماً بالتفصيل؟
- ٢٨٨..... هل يكفي العلم الاجمالي أو يشترط تفصيلاً؟
- ٢٩٤..... حكم مالو جهل بوقوع العقد
- ٢٩٦..... الأمر الثالث
- ٢٩٦..... في حكم العقود المترتبة
- ٢٩٨..... حكم العقود الواقعة على مال المالك المجيز
- ٢٩٩..... حكم العقود الواقعة على عوضه
- ٣٠١..... حكم ما لو علم المشتري بالغصب
- ٣٠٤..... التحقيق ضمن بيان امور
- ٣١١..... القول
- ٣١١..... في الرد
- ٣١٣..... مسألة
- ٣١٣..... في أحكام الرد
- ٣١٤..... حقيقة الرد
- ٣١٦..... الرد عدم الإجازة
- ٣١٧..... تحقق الرد بالفعل المخرج عن الملك
- ٣٢٠..... حكم مالو كان الفعل غير مخرج عن الملكية
- ٣٢٧..... حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

- ١- ما يقع مع الالتفات إلى وقوع العقد ٣٢٧
- ٢- ما يقع مع عدم الالتفات إلى وقوع العقد ٣٣٠
- مسائل متفرقة ٣٣٣
- حكم المالك مع المشتري ٣٣٤
- حكم المشتري مع الفضولي ٣٣٧
- ١- الكلام في الثمن ٣٣٧
- حكم ما لو كان المشتري جاهلاً بفضولية البائع ٣٣٧
- حكم ما لو كان عالماً بذلك والثمن باق ٣٣٩
- حكم ما لو كان الثمن تالفاً ٣٤٢
- حكم ما لو كان الثمن كلياً ٣٤٥
- ٢- الكلام فيما يغرمه المشتري ٣٤٨
- هل يرجع المشتري فيما يغرمه لا في مقابل نفع؟ ٣٤٩
- قول صاحب الحدائق بعدم رجوع المشتري ٣٥٤
- جواب الشيخ ٣٥٧
- هل يرجع المشتري فيما يغرمه في مقابل النفع؟ ٣٥٩
- هل يرجع في ما يغترمه في مقابل العين؟ ٣٦٧
- حكم ما يغترمه بأزاء الأجزاء التالفة ٣٧١
- حكم ما يغترمه بأزاء الأوصاف التالفة ٣٧١
- حكم ما يغترمه بسبب فساد البيع ٣٧٢
- كيفية اشتغال الذمم المتعددة بالمال الواحد ٣٧٤

- الجواب عن الإشكال الثاني ٣٧٥
- الجواب عن الاشكال الأول ٣٨١
- لو كانت العين باقيةً في الأيدي المتعاقبة ٣٩٠
- مسألة ٣٩٢
- لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه ٣٩٢