

كتاب التيسير

تأليف

شيخ الإسلام العلامة

إمام الحرمين محمد بن محمد بن إدريس

(رحمته الله)

إدريس

كتاب التيسير

كتاب البيع

تأليف

شيخ الفقهاء والمجتهدين

آية الله العظمى

الحاج الشيخ محمد علي الأراكي

- دامت بركاته -

- المجلد الأول -

هوية الكتاب

اسم الكتاب:	كتاب البيع	□
تأليف:	آية الله العظمى الأراكي - دامت بركاته -	□
الطبعة:	الأولى	□
المطبعة:	مؤسسة اسماعيليان	□
التاريخ:	١٤١٥ هـ . ق	□
الكمية:	٢٠٠٠ نسخة	□
محل التوزيع:	مؤسسة في طريق الحق (قم)	□
الصف والإخراج:	مؤسسة الإمام الصادق - عليه السلام - قم	□

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على أشرف البريّة أجمعين أبي القاسم محمّد، وآله الطاهرين، أئمة الخلق إلى يوم الدين، ولعنة الله على أعدائهم أبد الأبدين، وبعد.

البيع: - وهو في الأصل كما عن المصباح - : مبادلة مال بمال، والظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعمّ إبدال المنافع بغيرها.

أقول: يمكن المناقشة في هذا التعريف، بأنّ من مقوّمات هذا المفهوم - الذي يعبر عنه في العربيّة بالبيع والشراء، وفي الفارسيّة بـ (فروختن وخریدن) -: أن لا يكون الإعطاء مجّاناً، يعني يكون بإزائه عوض مالي، بخلاف مفهوم الهبة، فإنّ الاعتبار فيه أن يكون مجّاناً، وبلا عوض مالي، ولا يكفي في عدم المجّانية الوصول إلى غرض أخرويّ، كالأجر الأخروي، والقرب إلى الله، أو دنيوي، كصيرورة محبوب له ذا مال، وإلّا لما كانت الهبة مجّاناً، ضرورة أنّ العاقل لا يفعل فعلاً إلّا لأجل النيل إلى غرض، إمّا أخروي، كما في الهبة بقصد القرية، وإمّا دنيوي، كما في هبة

ماله رحمه أو صديقه، إذا كان لأجل صيرورتها ذا مال، ولو فرض خلوه عن الغرض رأساً، كان سفهياً باطلاً.

فعلى هذا، لو اشترى شيئاً لولده، أو صديقه بمال نفسه، على أن يكون المبيع ملكاً لهما بنفس هذا العقد، لا بتمليكهما بعد العقد، كان هذا خارجاً عن مفهوم البيع، فإنه وإن كان لغرض صيرورة محبوه مالاً للمبيع، لكنّه خال عن العوض الماليّ، فيكون مجّاناً. ومقتضى التعريف المذكور كونه بيعاً، إذ ليس فيه تصريح بأن يكون العوض داخلاً في ملك من خرج عن ملكه المعوض.

ويمكن الجواب: بأنّ مقتضى المبادلة هو دخول كلّ منهما في كيس من خرج عن كيسه الآخر.

وأيضاً: المراد بالعين الذي استظهر اختصاص المعوض به، لئلاّ يشمل الاجارة، ما يقابل المنفعة، لا الشخص الخارجي، فتشمل الشخص الخارجي والكلّي في ذمة البائع، كما في بيع السلف، والكلّي في ذمة الغير، أعني الدين إذا باعه صاحبه، إمّا على من هو عليه، وإمّا على غيره، والكلّي في الخارج، كبيع صاع من الصبرة، والكسر المشاع، كبيع نصف الدار، وظاهرهم عدم الخلاف في صحّة البيع في جميع هذه الأقسام. فهنا إشكال سارٍ في جميع هذه الأقسام، وإشكال خاص ببعضها. أمّا الإشكال الساري في جميعها، فهو أنّه لا شكّ في أنّ الملكية تكون من الأعراض، وكلّ عرض محتاج إلى المحل، وقسموا الأعراض باعتبار المحلّ إلى ثلاثة أقسام:

الأول: ما يكون ظرف العروض والاتصاف فيه هو الخارج، كالحرارة، والبرودة العارضتين على النار والماء في الخارج.

الثاني: ما يكون ظرف العروض والاتّصاف فيه هو الذهن، كالكلية العارضة على الطبيعة في الذهن.

الثالث: ما يكون ظرف عروضه الذهن، وظرف اتّصافه الخارج، كالأمر الاعتبارية، فإنّ الفوقية والتحتية مثلاً ليستا بموجودتين في الخارج، وإنّما يتعلّقهما الذهن، ويتزعهما من الجسمين الخارجين المستعلي أحدهما على الآخر، ولكنّ المتّصف بهذا الشيء الذي يعقله الذهن، هو الشيء الخارجي. فلو كانت الملكية من قبيل الأول، أو الثالث، لزم أن لا يتعلّق إلاّ بالشخص الخارجي، ضرورة أنّ غيره لا يكون موجوداً في الخارج حتّى الكسر المشاع، فإنّ لازم الوجود الخارجي هو التعيّن، والكسر غير معيّن، وإن كان من القسم الوسط، بأن يكون محلّه والمتّصف به أمراً ذهنياً لا خارجياً، لزم أن لا يتعلّق بالشخص الخارجي، فما وجه هذا التعميم في البيع مع انحصار الأعراض في هذه الثلاثة؟

وأما الإشكال الخاص ببعضها: فهو أنّ مقتضى مبادلة مال بمال أن يكون البائع مالكا للمبيع، حتّى يُبدّله بمال غيره، فكيف يصحّ بيع الكلّي في الذمة في بيع السلف مع فرض أن لا يكون البائع حين البيع مالكا، وذا مال أصلاً؟ نعم يحتمل أن يصير بعد ذلك مالكا وذا مال، لكن ظاهر التعريف أن يكون وقت البيع مالكا فعلياً.

فإن قلت: كما يمكن اعتبار الملكية في الشيء الخارجي، كذلك يمكن فيها في الذمة، فكما أنّ الأول مملوك فكذلك الثاني.

قلت: فيلزم أن يكون الشخص الفقير العديم المال ذا مال كثير لا يعدّ ولا يحصى فيكون مستطيعاً، ومن المعلوم أنّ العرف لا يعدّ مالكا وذا مال إلاّ من كان

بيده شيء خارجي من الأجناس التي تعدّ مالاً. وأمّا الدين: فهو بمنزلة المتاع، أو الورق الموضوع في الصندوق متى شاء أخرجه. وأمّا من تصوّر جنساً كلياً منها في ذهنه فلا يعدّونه بمجرد ذلك مالاً له، ما لم يكن في يده شيء منها، نعم يتصف جنس الحنطة مثلاً بالمالية ويقولون: إنّه مال ولكن لا يضيفونه إلى أحد، فلا يقال: إنّه مال لزيد وملك له مثلاً. وحاصل هذا الإشكال؛ عدم كون الكلي مالاً مضافاً إلى شخص وملكاً فيختصّ ببيع السلف.

وأيضاً مقتضى مبادلة مال بمال أن يصير كلّ من الطرفين ذا مال جديد، وسلمنا أنّ الكلي يكون ملكاً، لكنّه مسلّم فيما إذا اختلف المالك للكلي ومن يملك عليه، كما في بيع الدين على غير من هو عليه، لا فيما إذا اتّحدا كما في بيع الدين على من هو عليه، فإنّه لا معنى للملكية الشخص على نفسه شيئاً.

ويمكن أن يقال: إنّه لا يتصوّر معنى لقولهم: «الملك أمر اعتباري»، فإنّ معناه، أن تكون هنا نسبة بين المالك والمملوك، بحسب الواقع ونفس الأمر، ولا تكون هذه النسبة بين هذا المملوك، وبين غير المالك متحقّقة، وتكون وراء السلطنة فإنّهم جعلوها من أحكام الملكية. ولا يخفى أنّه ليس هنا أمر بهذه الصفة غير السلطنة.

فإن قلت: يمكن أن يكون هو الربط الذي يفترضه العقلاء بين المال ومالكة فتكون الملكية من الافتراضيات الصرفة كأنياب الأغوال.

قلت: لا شك أنّ من نسب المال إلى مالكة يعدّ في العرف صادقاً، ومن نسبته إلى غير مالكة يعدّ كاذباً، وهذا يدلّ على أنّ الملكية ليست بمجرد الفرض، وإلاّ لكان اللازم أن يعدّ من نسب المال إلى غير صاحبه مخالفاً لفرض العقلاء لا

كاذباً، فعده كاذباً يدلّ على أنّ للملكيّة واقعيّة وحقيقيّة، فيكون من قبيل الفوقيّة والتحتيّة والتقابل من الإضافات التي لها نفس امرية مُندَكّة في طرفيها فيعدّ من أخير بخلاف واقعها بالكذب.

ويمكن أن يقال: إنّ الملكيّة هي نفس السلطنة لا أنّها ملزوم لها.

وأما وجه تسمية السلطنة بالملكيّة فلعلّه لتشبيهها بالجدّة العقليّة، أعني: حياة المحيط بالمحاط، كالتمكّص والتعمّم والتنعل لأجل أنّها منه، ووجه الشّبه هو أنّه كما أنّ القميص، والعمامة، والنعل، يتحرّك بحركة لابسها ويكون تحت اختياره، فكذا المال أيضاً يكون تحت اقتدار صاحبه، يفعل فيه ما شاء، فشبه هذه السلطنة التي بين المالك والمال، بذاك التّهيوّ الخاصّ الذي بين المتكمّص والقميص، فأطلق على المشبه اسم المشبه به، أعني: الملكيّة من باب الاستعارة، فعلى هذا يرتفع جميع الإشكالات السابقة.

أما الأوّل: فلوضوح أنّ الملكيّة بهذا المعنى وإن كانت من الأعراض لكنّها متعلّقة بالخارج في المبيع الشخصي والكلّي في المعين والمشاع، وبالذهن في الذمّي والذين بقسميه.

وأما الثاني: فوجه اندفاعه، أنّ الشخص كما يقتدر على المال الموجود تحت يده، كذلك يقتدر على ما ليس تحت يده بالفعل يعني مهما أراد أن يحصله بضمن من ماله يمكنه تحصيله، ويمكنه أن يترك تحصيله فيصدق أنّه قادر ومسلّط على عشرين منّا من الحنطة مثلاً، ولو لم يكن تحت يده منها شيء، لكن بشرط أن يكون عنده من المال ما يقتدر به على شراء ذلك المقدار من الحنطة، فلو كان عادماً لهذا، لم يكن له اقتدار وسلطنة، فإذا أراد من له هذا الاقتدار أن يبيع هذا المقدار

من الحنطة في ذمته، ينتقل هذا الاقتدار منه إلى المشتري، بمعنى: أنّ للمشتري أن يحصل هذا المقدار من الحنطة بواسطة ثمن من مال البائع عند الأجل إن شاء، وله تركه إن شاء، بخلاف البائع، فيجب عليه تحصيله بهاله متى طالبه المشتري، فيكون بمنزلة الآلة، وينقص من قدرته بمقدار المبيع، فمن كان قادراً على مائة من الحنطة فقط، يصير بعد بيع عشرة أمانين منها قادراً على التسعين فقط، وهكذا ينقص من قدرته بنسبة المبيع، هذا في بيع السلف ونحوه.

وهكذا يقال في بيع الدين على من هو عليه، فإنّ المدين يملك ويتسلّط على تحصيل دينه من مال المديون، بحيث إن شاء أخذه، وإن شاء تركه، وبعد أن باعه على نفس المديون يصير هذا الاقتدار منه منتقلاً إلى المديون، بمعنى أنّ له أن يحصل مقدار الدين من مال نفسه، وله تركه وهو ليس كما قبل مجبوراً على التحصيل، فهذا عكس سابقه، فاندفع الإشكال الثالث أيضاً.

فإن قلت: يدفع هذا الذي ذكرت - من كون الملكية هي نفس السلطنة - القاعدة المجمع عليها، أعني قولهم: «الناس مسلّطون على أموالهم»^(١)، حيث إنّ مقتضاها بواسطة جعل السلطنة محمولاً، وحكماً للملكية، مغايرتها مفهوماً.

قلت: لا شك أنّ السلطنة تختلف باختلاف اللحاظات فربّ مال تثبت السلطنة عليه لشخص في نظر العرف دون الشرع، كالأموال المغصوبة، فإنّ أهل العرف يعدّون الغاصب ذا يدٍ ومتسلّطاً عليها، ويحسبون صاحبها الحقيقي عادماً

١- عوالي اللئالي : ٢٠٨/٣.

عوالي اللئالي: ٢٢٣/١.

لها وغير مالك لها. وربّ سلطنة تكون عند الشرع دون العرف، كالمشال المذكور، فإنّ الشرع يجعل التسلّط والملكيّة للمغضوب منه دون الغاصب.

فنقول: إنّ معنى القاعدة، هو إمضاء الشرع لطريقة العرف في لحاظهم السلطنة المالية، يعني أنّ ما يكون سلطنة وملكيّة في نظرهم، فهو سلطنة وملكيّة عندي أيضاً. غاية الأمر أنّه خرج ما خرج، فالموضوع هو السلطنة بلحاظ العرف، والمحمول هو السلطنة بلحاظ الشرع، هذا.

وربّما نفصّل بعضهم عن الإشكال الثالث؛ بأنّا لا نسلّم أنّ المعتبر في بيع السلم، أن يكون البائع مالكاً فعلاً حتّى يستشكل بأنّ الكلّي كيف يكون ملكاً بل نقول: إنّهُ نقل حاليّ لما يملكه بعد مدّة.

وفيه: ما لا يخفى فإنّ لازمه التعليق المبطل للبيع إجماعاً، فإنّه في معنى أنّي بعثك كذا من الخنطة، إن ملكته بعد المدّة، وأيضاً يلزمه أنّه لو فقدّه بعد المدّة كان البيع باطلاً من أوّل الأمر، مع أنّ من المعلوم أنّه يكون للمشتري حينئذٍ خيار تعذّر التسليم لا أنّه باطل.

قال المصنف - قدس سرّه الشريف -: «وأما الحقوق القابلة للانتقال كحقّ التحجير ونحوه، فهي وإن قبلت النقل، وقوبلت بالمال في الصلح، إلّا أنّ في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً من أخذ المال في عوضي المبايعة لغة وعرفاً، مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرّض لشروط العوضين، ولما يصحّ أن تكون أجرة في الإجارة في حصر الثمن في المال».

أقول: لا يخفى أنّ المفاهيم التي يمكن تحصيل معرفة حدّها بطريق القطع

من الرجوع إلى العرف، لا مسرح للتعبد في تعيين الحال فيما شك فيه من أفرادها بقول لغوي، ونحوه، ولا شك أنّ في العرف مفهوماً يعبر عنه في العربية بالبيع والشراء، وفي الفارسية بـ (خريد وفروش) كما لا شك في أنّ فيه مفهوماً يعبر عنه في الفارسية بـ (نان) وفي العربية بـ (خبز) فحينئذٍ لو شك في بعض الأفراد أنّه داخل في مفهوم البيع، أم لا كما فيما نحن فيه، أعني ما إذا جعل الثمن في البيع حقّ التحجير، فلا محيص إلّا عن الرجوع إلى العرف، وعرضهما على الذهن كراراً.

فإن وجد منها أنّه يصدق هذا المفهوم على ذلك الفرد بلا تأمل، وتكلف، علم أنّه من أفرادها، وإن وجد أنّها لا يطلقان عليه اسم البيع بدون التسامح علم أنّه خارج عنه.

وتنقيح المقام، يقتضي بيان الفرق بين الحقّ والمال، وبينه وبين الملك، وبينه وبين الحكم. فنقول: أمّا الفرق بينه وبين المال، فهو أنّ الحقّ عبارة عن السلطنة المتعلقة بالمال، وليس بهال كحقّ التحجير، فإنّ متعلّقه هو الأرض الموات، وهي مال الإمام - عليه السلام - والشخص المحجّر مسلّط عليها فإن شاء أحيّاها، وإن شاء تركها، وإن شاء، سلّط الغير عليها. ومثله حقّ الرهانة، فإنّ الرهن متعلّق بسلطنة المرتهن فلا يجوز للراهن التصرف فيه بدون إذن المرتهن، وللمرتهن إجباره على بيعه وأخذ الدين من ثمنه لو تعدّر عليه أداؤه عند حلول الأجل.

وبالجملة: الحقّ كالملك، في أنّه سلطنة متعلّقه بالمال، وليس نفسه المال، بل يصحّ تعلّقه بما يتعلّق بالمال، كحقّ الخيار، فإنّه سلطنة على العقد المتعلّق بالمال، بل يصحّ تعلّقه بنفس الغير، كتعلّق حقّ الولاية لولي الصغير بنفس الصغير ويصحّ تعلّقه بذمّة الغير كحقّ الأبوة المتعلّق بذمّة الولد، وحقّ الزوجيّة المتعلّق

لكل واحد من الزوجين بذمة الآخر، فإن الأب مثلاً له أن يحصل بواسطة جوارح ولده الأعمال الخاصة، كالإطاعة والتواضع والخدمة، وله ترك تحصيلها، لكن هذه الأعمال لا تعد في العرف مالاً كما في أعمال الأجير.

أما الفرق بينه وبين الملك: فهو أنها بعد اشتراكها في كونها سلطنة، ينفرد الأول بأن متعلقه إما أن يكون من سنخ المال، ولكن من مال غير من هو له، وإما أن يكون من غير سنخ المال كما مر.

وينفرد الثاني، بأن متعلقه لا يكون إلا من سنخ المال، لكن من مال من هو له، ولو كان لحقارته وقلة مقداره غير معدود في العرف مالاً، كالحبة من الخنطة، فإنتها أيضاً من سنخ المال.

وأما الفرق بينه وبين الحكم - أعني: الحكم الترخيصي، فإنه المحتاج إلى بيان الفرق بينه وبين الحق، لدوران الأمر بينهما في كثير من الموارد، لا الإيجابي والتحريمي، لعدم دوران الأمر بينهما وبين الحق في شيء من الموارد - فهو أن المجعول ابتداءً في الحق هو السلطنة، وفي الحكم هو الإباحة.

وإن شئت توضيح ذلك في ضمن المثال، فانظر إلى أن السلطان تارة يعطي منصب حكومة البلد الفلاني شخصاً، وتارة يجوز له التصرف فيه كيفما شاء، فالمجعول الابتدائي في الأول هو منصب الولاية والحكومة، وإن كان لازمه مجعولية إباحة جميع التصرفات، وفي الثاني هو الإباحة وإن كان لازمه أن يصير مسلطاً وقادراً. فكذا الشارع قد شرع في مسألة جواز شرب الماء مثلاً حكم الإباحة أولاً، إن كان لازمه أن يكون المكلف قادراً عليه، وفي مسألة الخيار مثلاً، قد جعل المكلف ابتداءً ذا يدٍ واقتدارٍ على العقد، وإن كان لازمه جواز الفسخ وإباحته.

وأسد من هذا أن يقال: إنَّ الحقَّ هو سلطنة شرّعت رعاية لحال المكلف، وإرفاقاً به، أو لكونه أهلاً لذلك، وبالجملة: فالداعي إلى تشريعه هو الرعاية من الشارع لحال المكلف، ولياقته للسلطنة كالمحجر، فإنّه لتحمله مشقة التحجير صار لاثقاً لأن يرفق به الشارع، ويجعل له سلطنة الإحياء، وكذا الأب، فإنّه لتحمله مشقات كثيرة في تربية الولد صار مورداً لموهبة الشارع، وجعل له الحقوق المقررة على الولد، ترفيهاً لحاله، وكذا الفقيه الجامع للشرائط، فإنّه لأجل تفقّقه وعلو رتبته صار لاثقاً لمنصب الولاية فأعطيه، ولأجل هذا الذي ذكرنا من أنّه روعي في تشريع الحقّ رفاهية حال المكلف، يجوز له إسقاطه، ويكون إسقاطه مؤثراً عند الشارع، وإن كان يمكن أن لا يمضي إسقاطه أيضاً، كما في حقّ الولاية.

وأما الحكم: فهو ترخيص من الشارع للفعل، لأجل خلوه بحسب نوعه عن المصلحة والمفسدة الملزمتين في نظره، من دون رعاية لرفاهية حال أحد من المكلفين أصلاً، ولذا لا يكون إسقاطه مؤثراً، لأنّ ما جعله الشارع لأجل خلوه الفعل عمّا يوجب وجوبه، أو حرمة، لا يعقل أن يكون للمكلف يد التصرف فيه أصلاً، نعم لو أدرجه في موضوع آخر لحقه حكمه من وجوب أو حرمة، كما لو نذر شرب الماء، أو عدم شربه، لكن ذلك يكون لأجل تبدل العنوان لا لإسقاط المكلف.

ثم إنَّ من الحقوق ما يكون متيقّن الحقيّة، وذلك كحقّ التحجير، وحق الخيار وحقّ الأبوة، ونحوها. ومنها ما يكون مردداً بين الحقيّة، والحكميّة، وذلك كثير في الغاية، منها جواز الرجوع إلى المطلقة الرجعية قبل انقضاء العدة الثابت للزوج، فإنّه يمكن أن يكون من الأحكام، بأن يكون الوجه في تشريعه خلوه ذلك

الفعل عمّا يوجب الوجوب والحرمة، ويمكن أن يكون من الحقوق، بأن كان الوجه رعاية حال الزوج، ومنها الجواز في العقود الجائزة بالأصل، إلى غير ذلك من الموارد التي لا تحصى كثرة، فإنّ تعيين الحال في تلك الموارد في غاية الإشكال.

ثمّ: الأفراد المتيقّنة للحقّ على أقسام:

أولها: ما كان قابلاً للنقل مجّاناً ومع العوض وللإسقاط، وذلك كحقّ التحجير فإنّ للمحجّر أن يسقطه وأن ينقله إلى غيره مجّاناً ومع العوض.

ثانيها: ما لم يقبل شيئاً من النقل والإسقاط، وذلك كحقّي الولاية والأبوة، فإنّ المجتهد ليس له إسقاط هذا المنصب عن نفسه، ولا نقله إلى الغير، وأمّا نصب القيم، فليس نقلاً بل تنزيلاً له منزلة نفسه، في مباشرة بعض التصرفات.

ثالثها: ما كان قابلاً للإسقاط، وغير قابل للنقل، كحقّ الشفعة على القول باختصاص ثبوته بصورة وحدة الشريك فإنّه إن أريد نقله، فإنّما أن ينقل إلى الأجنبي، أو إلى الشريك البائع، وشيء منهما لا يستقيم. أمّا الأول: فلأنّ معنى حقّ الشفعة أن يكون المالك مقتدرّاً على ردّ حصّة شريكه وضمّه إلى حصّة نفسه، وهذا المعنى مفقود في الأجنبي.

وأما الثاني: فلأنّ معنى الشفعة أن يكون أحد الشريكين مالكاً لردّ حصّة الشريك الآخر، وضمّه إلى حصّة نفسه، وهذا المعنى منتفٍ في الشريك البائع.

وأما على القول بثبوته في صورة تعدّد الشركاء أيضاً، فيمكن فرض النقل فيه، بأن ينقل أحد الشريكين من الثلاثة الشركاء اللذين بينهما حقّ الشفعة على التنصيف حصّة شفّعته إلى الآخر بالعوض أو مجّاناً.

وحاول بعضهم أن يجعل لهذه الأقسام رابعاً، وهو ما كان قابلاً للنقل مجزئاً، والإسقاط، وغير قابل للنقل بالعوض، وهو حقّ القسم على ما نقله عن العلامة - قدس سرّه - من المنع عن معاوضة إحدى الضرتين أو الضرات حقّ قسمها^(١) مع الأخرى، مع وضوح جواز الإسقاط، والنقل المجاني فيه.

وكيف كان، فما يمكن أن يقال به من الوجوه في هذا المقام ثلاثة:

الأول: أن تكون كلتا صورتني جعل إسقاط الحقّ وجعل نقله ثمناً خارجتين عن مفهوم البيع.

الثاني: أن تكون كلتا الصورتين داخلتين فيه.

الثالث: أن تكون الأولى خارجة والثانية داخلية.

مبنى الوجه الأول عدم (كذا) اعتبار مالية الثمن في مفهوم البيع، ومبنى الأخير عدم اعتبار ذلك مع اعتبار وصول العوض إلى يد البائع التي خرج عنها المعوض، ولا شكّ أنّه لا يصدق أنّه وصل شيء إلى يد البائع بإزاء ماله في صورة جعل الإسقاط ثمناً، ولكن يصدق في الصورة الأخرى ومبنى الثاني عدم اعتبار ذلك أيضاً، وإنّما المعتبر فيه هو المعاوضة وعدم المجانية، ولا شكّ في تحقّقه حتى في صورة جعل الثمن هو الإسقاط.

ويمكن أن يقال: بانصراف البيع عند العرف عن صورة جعل الثمن هو الحقّ إسقاطاً أو نقلاً، وأمّا كون هذا الانصراف وضعياً ناشئاً عن خروج هذا الفرد من الموضوع له أو اطلاقاً ناشئاً عن غلبة الاستعمال في غير هذا الفرد فغير معلوم، ولا أقلّ من الشكّ في كونها بيعاً، فيجري الأصل في نفي الآثار المختصة بالبيع

كخيار المجلس، واعتبار القبض في المجلس في الصرف ونحوهما من أحكامه الخاصة، وأمّا إنّه عقد صحيح يفيد انتقال المبيع إلى المشتري وإسقاط الحقّ أو انتقاله إلى البائع فيمكن التمسك له بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١)، فإنّه عقد وعهد بالبدئية، واختصاص العقود في الآية بالصحيحة يوجب الغاءها، وخلوها عن الفائدة، فإنّ العقود التي أحرز صحتها لا يُحتاج فيها إلى الرجوع بهذه الآية، والمشكوك منها لم يُحرز دخولها تحت العقود حتّى يشملها وجوب الوفاء، فلا يحصّ عن كون العقود مطلقة غير مقيّدة بالصحة، فهذا نظير استكشاف المصلحة والمفسدة من تعلق الأمر والنهي بفعل، فهما يتعلّقان بنفس الفعل، لا بالمقيّد باشتياله على مصلحة، أو مفسدة، حتّى لا يندرج تحت الأمر والنهي إلّا بعد إحراز وجود المصلحة أو المفسدة فيه.

ودعوى أنّ المتبادر من العقود هو العقود التي تكون تحت أحد من العناوين الخاصة كالصلح، والبيع، والإجارة، ونحوها، فلا تشمل ما كان خارجاً عنها، مدفوعة بأنّ هذا التبادر على فرض تسليمه، ناشٍ عن أنس الذهن بهذه العقود وعدم أنسه بغيرها، فهذا نظير ما إذا كان بعض أصناف جنس معدوماً أو قليل الوجود في بلد فأنس ذهن أهل هذا البلد بما سوى هذا الصنف يوجب انفهامهم من لفظ الجنس غيره.

والحاصل أنّ التبادر ليس من حاق اللفظ فليس مانعاً عن التمسك بل يمكن التمسك لصحة هذا العقد، بأنّه ﴿تجارة عن تراض﴾^(٢) لصدق التجارة

١- المائدة: ١.

٢- النساء: ٢٩.

والمعاملة عليه، وكذا بقاعدة التسليط على احتمال كونها مشرّعاً، فإنّ هذا أيضاً أحد من التصرفات، وأمّا كون الإيجاب في هذا العقد بلفظ البيع، فلا يقتضي فسادَه فإنّ الطرفين معلوم قصدهما وعملهما، وهو نقل المال بإزاء إسقاط الحقّ، أو انتقاله، إنّما الكلام في أنّ لفظ البيع أطلق على هذا العمل من باب التجوّز مع القرينة القطعية، أو من باب الحقيقة، فلا فرق بين وقوع إيجابه بلفظ البيع، أو بلفظ الصلح، أو بالفارسية، إلّا في مجرّد الشكّ في التصرف اللفظي، مع معلومية المراد في الأوّل، والقطع بعدمه في الآخرين.

فإن قلت: لازم ما ذكرت — من أنّ آثار العقدية وهو وجوب الوفاء يترتب على هذا العقد، وآثار البيعية لا يترتب — أن يكون البيع الفاسد كالبيع الربوي صحيحاً، من جهة أنّه عقد، وتشمله العقود وباطلاً من حيث البيعية.

قلت: الفرق بين ما نحن فيه، والبيع الربويّ مثلاً، هو أنّ البائع الربويّ معلوم أنّه عمل عملاً يسمّى في العرف بيعاً، وبعبارة أخرى معلوم أنّه أقدم على صنف خاص من البيع، وقد نهى الشارع عن هذا العمل المعلوم صدوره، وغيره لم يصدر من البائع.

وفي ما نحن فيه لم يعلم أنّه أقدم على البيع أم لا، وإنّما المعلوم أنّه أقدم على عقد ولم يثبت نهى الشارع عنه، فيصحّ التمسك على صحّته بعموم: ﴿أوفوا﴾ فلو فرض أنّه وقع بلفظ الصلح، كان بلا شبهة صحيحاً.

بقي الكلام في الأفراد المشكوكة للحقّ والحكم، المرددة بينهما وفي الأفراد المتيقّنة للحقّ، المرددة بين ما يقبل النقل، وبين ما لا يقبله.

أمّا الكلام في الأوّل: فنقول: لازم الحكم أن لا يجوز إسقاطه، ولازم الحقّ

بطبعه أن يجوز إسقاطه، ما لم يمنع عنه مانع، فمرجع الشك إلى نفوذ الإسقاط وعدم نفوذه والأصل عدم النفوذ وعدم السقوط، كحق الرجوع في طلاق الرجعية قبل انقضاء العدة فيشك أنه حكم حتى لا يؤثر إسقاطه، أو حق حتى يؤثر، فيحكم ببقائه بعد الإسقاط للاستصحاب.

إن قلت: لو فرضنا وقوع الإسقاط في أول زمان من الأزمنة بعد الطلاق، فلا مجرى للاستصحاب حينئذ.

قلت: هذا إسقاط لما لم يجب.

فإن قلت: فكيف يصح وقوعه واشتراطه في ضمن الطلاق.

قلت: فرق بين المقامين ليس هنا موضع تحقيقه ومحلّه باب الشرط.

فإن قلت: هذا الأصل مثبت، لأنك أثبتت الحكمة بواسطة استصحاب بقاء جواز الرجوع.

قلت: لسنا بصدد إحراز موضوع الحكمة، والحقيقة بهذا الأصل، بل المقصود مجرد إحراز حكمهما، وكذا الكلام فيما علم حقيقته، وشك في قابليته للإسقاط وعدمها.

وأما الكلام في الثاني: وهو ما علم الحقيقة، وشك في قبوله النقل وعدمه، فنقول: إن مقتضى الأصل فيه أيضاً عدم نفوذ النقل وعدم الانتقال، لكن يمكن الاستفادة الأصل والقاعدة على القبول من قوله - عليه السلام - : «ما ترك الميت من حق فلوارثه»^(١) وفي رواية: زيادة «أو مال» بعد قوله «من حق» وعلى الأول: فالمراد به

١- لم نعر عليها في كتب الأخبار، نقلها في الرياض: ١/ ٥٢٧، وفي الجواهر: ٢٣/ ٧٥، وفي مفتاح الكرامة: ٤/ ٥٩٠.

معناه الأعم الشامل للمال. وكيف كان، فمضمونه تأسيس القاعدة على أنّ كلّ حقّ ينتقل بالموت إلى الوارث، فيستكشف منه القابلية للنقل في جميع الحقوق، ضرورة أنّ الانتقال الفعلي الذي هو مضمون الرواية فرع القابلية، فيكون هذا أصلاً ثانوياً حاكماً على الأصل الأولي، غاية الأمر أنّه خرج منه ما خرج، فعلى هذا لو انتقلت تلك الحقوق بصيغة الصلح لا مانع من شمول دليل الصلح لها فيؤثر النقل.

قال - قدّس سرّه - : وأما الحقوق الأخر... إلى قوله: فافهم.

أقول: يعني وأما جعل الحقوق الأخر غير عمل الحرّ عوضاً في البيع وعدّ عمل الحرّ من الحقوق لشباهته بها، وإلاّ فهو ليس منها كحق الشفعة وحق الخيار، فإن لم تقبل المعاوضة بالمال، بأن كانت من الحقوق التي لا تقبل الإسقاط ولا النقل كحقي الولاية والأبوة، فإنّه لو كان قابلاً لأحدهما، لكان قابلاً للمعاوضة بالمال، غاية الأمر ليست معاوضة بيعيّة فلا اشكال، وكذا لو لم تقبل الانتقال. وإن كان قابلاً للمعاوضة في الجملة، بأن كان من الحقوق التي لا تقبل النقل ولكن تقبل الإسقاط كحق الشفعة على القول باختصاصه بشريك واحد، ضرورة أنّ الأجنبي ليس بشريك وأما الشريك البائع والمشتري، فلا يعقل أن يضمّا مالهما إلى نفسه، لأنّ البيع تمليك الغير. هذا تعليل لعدم جواز جعل مالا يقبل الانتقال ثمنًا، يعني أنّ البيع تمليك البائع المبيع للمشتري، وتمليك المشتري الثمن للبائع، واسقاط الحق ليس بتمليك شيء للبائع.

ولا ينتقض بيع الدين على من هو عليه. هذا الانتقاض مختص بصورة نقل الحق إلى من عليه الحق ولا يجري في صورة نقله إلى غيره، وكأنّه سقط من العبارة

في هذا المقام شيء، والمناسب أن تكون هكذا: «كحق الشفعة، فإنه لا يصح نقله إلى من هو عليه ولا ينتقض الخ». فيصير حاصل النقص: أنه كيف يمكن أن يقال بعدم صحة نقل حق الشفعة إلى من هو عليه مع صحة بيع الدين على من هو عليه؟ فأجاب بقوله: لأنه لا مانع من كونه أي: بيع الدين على من هو عليه، تمليكاً فيسقط، يعني لا مانع من أن تنتقل السلطنة على تحصيل الخطة مثلاً من مال المديون الثابتة للمدين، إلى نفس المديون، فيسقط الدين عن ذمته ويكون في خلاص منه بواسطة رجوع السلطنة والاختيار إليه. ولذا أي، لأجل عدم المانع من تمليك الدين لمن هو عليه. جعل الشهيد في «قواعده» الإبراء، إبراء المدين المديون عن الدين مردداً بين الإسقاط والتمليك^(١).

والحاصل: أنه يعقل أن يكون المديون مالكا لما في ذمته فيؤثر تمليكه السقوط والاستخلاص من حمل الدين؛ ولكن لا يعقل أن يتسلط المحقوق على نفسه. والسر في الفرق بين الحق وملك الكلّي في الذمة، حيث إنه لا يعقل في الأول النقل إلى من هو عليه وفي الثاني يعقل. أنّ الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد. مثلاً حق الشفعة نسبة وإضافة بين الشفيع والمشتري، وهو كونه أولى بالمال منه، فله مزاحمته، وكذا حق التحجير فإنه عبارة عن كون المحجر أولى من غيره بالإحياء وأن له مزاحمة غيره.

وبالجملة: فطرفا الحق، هو الشخصان الأولى والأولى منه، فلذا لا يعقل قيامهما بشخص واحد، ضرورة عدم معقوليّة أولوية الشخص بشيء من نفسه، بخلاف الملك فإمتها نسبة بين المالك والمملوك، وهو فيما لو كان المملوك شخصاً

خارجياً، عبارة عن السلطنة على التصرف فيه كيفما شاء، وفيما لو كان كلياً في ذمة الغير، عبارة عن السلطنة على تحصيله من مال من هو عليه، وعلى أي حال فطرفاه، هو الشخص المالك والمال. ولا يحتاج - في الفرض الأخير - إلى من يملك عليه، يعني: ليس طرفاه الشخصين، المالك والمملوك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه، فافهم.

بقي على تعريف المصباح إشكال - بعد تصحيحه عن ورود الإشكال عليه بشموله للإجارة، بجعل المال الأول عبارة عن العين - فإنه مع ذلك يشمل القرض، فإنه أيضاً مبادلة عين بمال، أعني: المثل في ما كان العين مثلياً والقيمة فيما كانت قيمية.

فإن قلت: إنه ليس من باب المبادلة، بل بذل مال للمقترض ليصرفه في حاجته، وأداء العوض بعد الأجل من باب الغرامة، ولهذا ليس أمر العوض باختيارهما وجعلهما، بل هو العوض الواقعي، أعني: القيمة في القيميات والمثل في المثليات كما هو الشأن في باب الضمانات.

قلت: فرق بين الغرامة الشرعية وهذا، فإن الآخذ في مورد الغرامة أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً من دون رضى صاحبه، ولا أداء عوضه، فيحكم عليه الشارع بأداء العوض النفس الأمري. وههنا قد وقع التراضي من الطرفين على أخذ المقترض مال المقرض والقصد من المقترض إلى أداء العوض، ومن المقرض إلى أخذه منه؛ وكون الداعي إلى ذلك التعاوض، قضاء حاجة المقترض، لا ينافي ذلك فإن البيع أيضاً لدفع الحاجة، فلا بدّ لدفع هذا الإشكال، من تقييد المال الثاني، بقولنا: «مقدّر أو مجعول»، بأن يكون أمره جعلاً وتقديراً إلى الطرفين لا أن يكون هو

العوض الواقعي ليس إلّا. هذا هو الكلام في تعريف «المصباح».

وأما الكلام في تعريف المصنف - قدّس سرّه - فنقول فيه:

إنّ لفظ الإنشاء مضرّ بهذا التعريف؛ إذ يلزم أن يكون انشاء البيع، إنشاء الإنشاء، وهو غير معقول؛ لكونه تحصيل الحاصل، إلّا أن يكون المراد: أنّ البيع هو نفس التملك الذي هو متعلّق الإنشاء. وفيه: على هذا أنّه لا يناسب [إلّا أن يكون المراد: الحصة من التملك الذي حصل من الانشاء؛ بنحو يكون الانشاء خارجاً، أخذ في التعريف لتعيين الفرد من التملك] ذكر الانشاء الذي هو من أسباب وجود البيع في تعريفه. ومع الإغماض عن هذا الإشكال، يستشكل فيه بالإشكال السابق وهو: الانتقاض بالقرض؛ ولو قال إنّ تملك عين بعوض مقدّر، سلم من الإشكالين.

وأما تعريف «المبسوط» ^(١) و «التذكرة» ^(٢) الذي جعل المصنّف - قدّس

سرّه - وجه عدول بعض عنه، هو المسامحة فيه، فالمسامحة فيه من وجهين:

الأوّل: ذكر لفظ الانتقال، والمناسب أن يذكر النقل، فإنّ البيع هو النقل، والانتقال من آثاره.

والثاني: التقييد بقوله: «على وجه التراضي» فإنّ التراضي من شرائط صحّة البيع، لا من مقومات مفهومه، فلا يناسب ذكره في تعريفه.

وأما عدم معقولية إنشاء البيع باللفظ - على تقدير تعريفه بالإيجاب والقبول

١- المبسوط: ٧٦/٢.

٢- التذكرة: ٤٦٢/١.

الدالّين على الانتقال الذي جعله المصنّف - قدّس سرّه - وجهاً لعدول صاحب «جامع المقاصد»^(١) عنه، فوجهه:

أنّه لابدّ وأن يكون متعلّق الانشاء مستقلاً باللّحاظ، فإن لوحظ لفظ الإيجاب والقبول مستقلاً، لم يكن مستعملاً، ضرورة أنّ اللفظ إنّما يكون مستعملاً إذا جعل مرآة وحكاية للمعنى ولم يلحظ مستقلاً، وإن لوحظ مستقلاً مع جعله مرآة، لزم الجمع بين اللحاظين المتباينين فيه في آن واحد، وهو محال.

ويمكن دفع ذلك، ودفع نظيره الوارد على تعريف المصنّف - قدّس سرّه - بـ: أنّهم قصدوا شرح البيع بمعناه الذي جرى عليه اصطلاح الفقهاء - رضي الله عنهم -، وما استعمل فيه مادة بعث الانشائي إنّما هو المعنى اللغويّ العرفي فهم يتسلّمون أنّ للبيع عند العرف، معنىّ قابلاً للإنشاء كالتمليك أو المبادلة، ولكن يقولون، للفقهاء فيه اصطلاح جديد وهو الإيجاب والقبول الدالّان على الانتقال أو انشاء تمليك عين بعوض، وهذا يتحقّق موضوعه بإنشاء المعنى العرفي بلفظه الدال عليه، وقبول هذا الإنشاء.

نعم لو قصدوا بذلك، شرح المعنى العرفي كان الإشكال حقاً، إذ من المعلوم، أنّ المنشئ بقوله «بعث» قد أوجد اللفظ وأنشأ المعنى، لا أنّه أنشأ الإيجاب والقبول أو الإنشاء.

فإن قلت: هذا قول بثبوت الحقيقة التشريعية للبيع وقد نفاه المصنّف - قدّس سرّه - سابقاً.

قلت: الحقيقة التشريعية هي التي عرفها المسلمون جميعاً، وما نحن فيه، ليس كذلك بل الفقهاء - من حيث هم فقهاء وأهل هذه الصناعة - قد اصطَلَحُوا عليه.

ثم إنَّ هنا إشكالاً وهو: أنَّ التملك لا يمكن حصوله بدون حصول الملكية، كما أنَّ الكسر لا يمكن حصوله بدون حصول الانكسار، ومن جملة مقدمات حصول الملكية القبول، فقبله لا ملكية فلا يتعلَّق تملك، فالموجب - مع أنَّه قاطع بذلك ضرورة أنَّ ناقلية القبول من الأمور الواضحة عند العرف والشرع - كيف يقصد إنشاء التملك بقوله: بعته، فإنه إن قصده منجزاً خالف قطعه، وإن علَّقه على مضيِّ القبول، لزم التعليق المبطل اجماعاً وإن علم بمضيِّه.

والجواب: يتوقف على تحقيق الفرق بين الإنشاء والإخبار بقول مطلق، فنقول: قد عرّفوا المعنى الإنشائي بأنَّه معنى يوجده اللفظ ويكون اللفظ آلة لإيجاده كالطلب والتمني والترجي والاستفهام، فإنَّها موضوع لها للألفاظ الخاصّة، لا باعتبار أنَّها صفات واقعيّة قائمة بالنفس. بل باعتبار أنَّها توجد بتلك الألفاظ بوجود اعتباري، فصيغة الأمر مثلاً، لا تكشف عن وجود الطلب الحقيقي في النفس، بل توجد الطلب الإنشائي، وهو ممكن الانفكاك عن الطلب الحقيقي، بمعنى: أنَّه يمكن خلْق الأمر عن حبِّ الفعل، كما في الأوامر الامتحائيّة. نعم غالباً لا ينفك عنه، وكذا الكلام في لفظ «ليت» ونحوه. ولهذا قالوا: إنَّ الإنشاء لا يحتمل الصدق والكذب. وهذا بخلاف الجملة الخبرية، فإنَّها حكاية عن ثبوت معناها في موطنه، وهو إمّا الخارج كما في «زيد قائم» وأمثاله، وإمّا النفس كما في «أطلب» الإخباري و«أعلم» وأمثالهما، فهي موضوعة للكشف والحكاية لا

للإيجاد. فإن طابق نسبتها للواقع، كانت صدقاً وإن خالفته كانت كذباً، فالإنشاء موجد للمعنى والإخبار كاشف عما في الواقع.

أقول: لا معنى لكون اللفظ علّة وموجداً لشيء من المعاني بحسب ذاته، ومن حيث إنه صوت معتمد على المخارج، فإنه لا سنخية بينه وبين شيء منها، ولا بحسب جعل الجاعل، فإنّ العلّية أمر واقعي، لا تقبل الجعل. نعم يمكن جعله بحسب تعهد الواضع أمانة على معنى، بأن يتعهد أنه متى أراد المعنى الفلاني، تكلم باللفظ الفلاني، من دون فرق بين الإنشاء والإخبار في ذلك أصلاً، فكما أنّ كلمة «زيد» أمانة على الجئة الخاصة، كذلك صيغة «إفعل» أمانة على الطلب، و«زيد قائم» أمانة وحكايةً لنسبة خاصة. نعم العنوان الثانوي للحكاية، وهو إلقاء المعنى في ذهن السامع، يوجد اللفظ لكنه أمر متزع من الحكاية.

وأما ما ذكره في تعريف الجملة الخبرية، من «أنّها حكاية عن ثبوت نسبتها في موطنها» فلعمري أنه بمجرد لا يكون محققاً للجملة الخبرية لتحقيق هذا المعنى في زيد القائم؛ ضرورة أنه لا زيادة بحسب المعنى لزيد قائم، على زيد القائم حتى تكون تلك الزيادة موجبةً لكونه جملة خبرية. نعم في الأول يحسن سكوت المخاطب عليه ويستريح، وفي الثاني ينتظر ولا يستريح.

لكن الشأن في بيان الشيء الذي وجوده في الأول يكون سبباً للاستراحة وعدم الانتظار، وعدمه في الثاني يكون سبباً للانتظار وعدم الاستراحة، ويعبر عنه بالتمام. فنقول: نسبة شيء إلى شيء تارة تكون مجرد تصوّرها، ليس إلّا، وإن توالي

نسب متكررة و لكن ما ازدادت بكثرتها إلاّ صرف التصور، ولم تغد السامع اطلاعاً، فحينئذ لا جرم لا يستريح المخاطب، بل ينتظر لأخذ المطلب، وذلك كقولنا: «زيد القائم العالم الشاعر التاجر» وهكذا. وتارة زيادة على التصور يظهر جزمه بوقوع تلك النسبة للمخاطب، أو يتجزم لو كان شاكاً أو قاطعاً بالخلاف، فحينئذ يستريح المخاطب من جانب المتكلم إذ أخذ منه ماعنده من الاعتقاد، ثم يتبع بنفسه الخارج، فإن وجده مطابقاً له، يحكم بصدقه وإلاّ يكذّبه، فالشيء الذي يوجد في الجملة الخبرية ولا يوجد في غيرها من النسب الناقصة، هو ذلك الجزم، فعلم أنه لو زيد في التعريف قيد «التمام» سلم من هذا الإشكال.

بقي الكلام: في أنه - على ما ذكرنا من عدم تعقل كون اللفظ موجداً للمعنى، وعدم الفرق في الأمارية، بين الخبر والإنشاء - فما الفرق أولاً بين مفردات الجمل ونسبها، وثانياً بين النسب الخبرية والإنشائية:

فقول: أما الفرق بين المفردات والنسب فهو: أن المفردات موضوعة أمانة على معانيها معرفة عن الوجود والعدم، ولهذا قولنا: «زيد موجود» مثلاً ليس بتأكيد، وقولنا: «زيد معدوم» ليس بتناقض، بخلاف النسب، فإنها موضوعة أمانة على الحالات و الصفات الموجودة فعلاً في النفس، حين التكلم، بحيث لو لم تكن موجودة، وتكلم بالفاظها أعني: الرابطة، لكان لفظها مهملاً وبلا معنى لا غلطاً أو مجازاً، كأن يكون القائل: «زيد قائم» بلا تجزيم، والقائل: «إضرب» بلا إرادة.

وأما الفرق بين النسب الخبرية والانشائية بعد اشتراكهما في كون كل منهما أمانة على الصفة الموجودة فعلاً وواقعاً وخارجاً، فهو:

أن هذه الصفة المحكيّة بالنسبة في النسب الخبرية، حاكية عن وقوع نسبة القضية المذكورة في الخارج، ولهذا تتصف بالصدق والكذب، و في النسب الانشائية ليست بحاكية عن ذلك، ولهذا لا تتصف بهما، فالتجزّم المدلول عليه بالنسبة في قولك: «زيد قائم» حاكٍ عن وقوع القيام لزيد في الخارج، والطلب المحكي بها في قولك «إضرب» لا يحكي عن وقوع الضرب للمخاطب، بل يقتضي إيجاده منه فيما بعد.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن قول المنشئ «بعت» كسائر الإنشاءات حاكٍ عن الصفة القائمة بالنفس الموجودة فعلاً، وهو هنا الرضا بكون هذا مالاً للمخاطب، وذلك مالاً لنفسه، والانتقال من اللوازم القهرية المتأخرة عن القبول، كما أن قوله: «زوّجت» حاكية عن رضاه الفعلي بالزوجيّة، وكذا الكلام في إيجاب سائر العقود، وليست موجدة لمعانيتها حتى يلزم الإشكال، وإن أجابوا بأنّ المنشأ هو التملك بنظر المنشئ، ولا مانع من حصوله بنفس الإيجاب، والمتوقف على القبول هو التملك بنظر العرف والشرع، وهو من آثار المنشأ لا نفسه. وقد عرفت أنّه لا معنى لذلك.

فإن قلت: على ما ذكرت من أنّه لو كان المنشئ خالياً عن الصفة المحكيّة بالنسبة، كان الإنشاء مهماً، يلزم أن تكون الأوامر الامتحانية - حيث إنّ الأمر بها خالٍ من الإرادة - مهماً.

قلت: الإرادة، كما تنشأ ملاحظةً عن المصلحة في المتعلّق، أعني: الفعل المراد كما هو الغالب، كذلك، قد يخلقها الشخص في نفسه لأجل المصلحة في

نفسها لا في متعلّقها. والشاهد على ذلك، أنّ المسافر في بلد الإقامة قد يريد الإقامة لا لمصلحة فيها، بل لأجل اتمام الصلاة الذي هو من أحكام نفس الإرادة، ولذا يدور مدارها وجوداً وعدمًا، سواء حصلت الإقامة عشراً أم لا، فكذلك الأمر في الأوامر الامتحانية، خالق للإرادة في نفسه لأجل مصلحة نفس الإرادة، لا في متعلّقها وهي امتحان العبد.

ولا بأس بصرف عنان الكلام، إلى إقامة البرهان على اختيارية الإرادة وإبطال حجة الخصم على اضطرابيتها. فقد احتجّ على مذهبه بأنّه لو كانت اختيارية فلا بدّ أن تكون مسبوقة بالإرادة لأنّ الفعل الاختياري ما كان كذلك، ثمّ نقل الكلام في الإرادة الثانية فهي أيضاً لا بدّ أن تكون مسبوقة بإرادة أخرى، وتلك الإرادة الثالثة بإرادة رابعة وهكذا إلى غير النهاية، وهذا تسلسل وبطلانه يقتضي بطلان ملزومه.

والجواب: أنّ الإرادة المنبثقة عن المصلحة في المتعلّق، تكون علّة وجودها هي تلك المصلحة، فإنّها تحدث في العالم بها حبّاً وشوقاً إلى الفعل، ثمّ لا يزال يكون هذا الحبّ والشوق شديداً وأكيداً، حتّى ينتهي إلى الإرادة، فهي لا تحتاج إلى إرادة أخرى. حتّى توجدّها.

وأما الإرادة المخلوقة لأجل المصلحة في نفسها، فهي تحتاج إلى إرادة أخرى كسائر الأفعال الاختيارية غير الإرادة ولكن تلك الإرادة الأخرى تنبعث عن المصلحة في المتعلّق، أعني: الإرادة الأولى، فاندفع التسلسل.

والبرهان على اختيارية الإرادة أنّه لا شك في أنّه كما أنّ من كان منشأ

وفاعلاً لفعلٍ يعد مقتدرًا عليه، كذلك من كان قادرًا على إيجاد المانع من فعل كان منشئه غيره أيضاً، يعدّ مقتدرًا عليه، فمن كان قادرًا على إيجاد المانع عن «إحراق النار لزيد» مثلاً، يُعدّ قادرًا على ذلك الفعل، أعني: «إحراق النار» فإنّ له أن يترك النار بحالها، فتحرق زيدا، وله أن يأتي بالمانع، فلا يحصل الإحراق. ولهذا يصحّ ذمّه على الترك. فكذلك نقول فيما نحن فيه: إنّ الشخص قادرٌ على إيجاد الإرادة المانعة المضادة للإرادة الأولى في نفسه.

فإن قلت: لا يوجد أحد الإرادة على خلاف المصلحة بل يوجد لها على طبقها أبداً.

قلت: نعم لا يوجد لها، ولكن لأجل عدم المصلحة لا لأجل عدم القدرة، بحيث لو كان فيها مصلحة، لأوجد لها. وبالجملة فهنا أمران: الأول: أن يكون عدم الإيجاد لأجل عدم القدرة، فهذا لا يصدر من الشخص ولو كان فيه ألف مصلحة. وذلك «كالطيران إلى السماء».

الثاني: أن يكون عدم الإيجاد لعدم المصلحة، بحيث لو كانت لأوجد. فيدور الإيجاد مدار المصلحة وجوداً وعدمًا، وهل ذلك إلّا للقدرة.

فعلّم أنّ الإرادة وإن كانت معلولة للمصلحة - إمّا بلا واسطة، إذا كانت المصلحة في متعلّقها، أو مع واسطة إرادة أخرى، إذا كانت المصلحة في نفسها - لكنّ ذلك لا ينافي مقدوريّتها، لإمكان إيجاد المانع عنها كما في «إحراق النار» فوجودها وعدمها تحت اقتدار الشخص. فتكون الأفعال المعلولة للإرادة مقدورةً أيضاً لمقدوريّة علّتها.

الكلام في المعاطاة

قال - قدّس سرّه -: إعلم أنّ المعاطاة على ما فسّره جماعة، أن يعطي كلّ من اثنين ماله عوضاً عمّا يأخذه من الآخر^(١).

أقول: هذا تفسير للمعاطاة المتعارفة، أعني: ما كانت المقابلة فيه بين العيين، ويمكن فرض تحقق الإيجاب والقبول فيه بالفعل بوجهين:

الأول: أن يكون الإعطاء من صاحب المعوّض إيجاباً والأخذ من صاحب العوض قبولاً، فيكون الإعطاء من صاحب العوض ايفاء لما ملّكه الآخر سابقاً بالأخذ.

الثاني: أن يكون الإعطاء من صاحب العوض مملّكاً وقبولاً؛ لا وفاءً لما ملّكه سابقاً.

وأما غير المتعارف من المعاطاة فيُتصوّر على وجوه:

الأول: أن يكون الإعطاء من أحدهما بإزاء التملك من الآخر، فيكون مقصودهما أن يستحقّ المعطي بسبب اعطاء هذا المال على الأخذ لإنشاء تملك ماله إيّاه.

وبعبارة أخرى: إيجاد مالٍ له في الخارج كما يستحق فيما لو أعطي بإزاء الخياطة أو نحوها من الأعمال أن يوجد الآخذ له في الخارج المال الخاص.

الثاني: أن يكون مقصودهما إيقاع المقابلة بين المال من أحدهما وإنشاء الإباحة من الآخر.

الثالث: أن يكون قصدهما إيقاع المعاوضة بين المال من أحدهما وإنشاء الهبة من الآخر.

وهذه الأقسام مشتركة في أنّ المقابلة فيها بين المال والفعل. ويمكن فرض هذه الأقسام في البيع العقدي أيضاً.

قال - قدّس سرّه - : وهو يتصوّر على وجهين:

أحدهما: أن يبيح كلّ منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر إلى تملكه.

الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك.

أقول: يعني أنّ الصورة التي تكون المقابلة بين المالين تنقسم باعتبار لحاظ العوضيّة على قسمين، وذلك لأنّ العوضيّة تارةً يلاحظ في الوجود، بأن يوجد أحدهما بدلاً عن الآخر، وتارةً تكون في المكان بأن يتقلّ كلّ منهما إلى مكان الآخر، وشيء من هذين لا يمكن في أبواب المعاملات، وإنّما الممكن فيها إمّا لحاظ العوضيّة في الملكية وإمّا لحاظها في الإباحة.

قال - قدّس سرّه -: (وربّما يذكر وجهان آخران) مضافين إلى الوجهين المتقدمين.

(أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطي شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه) مثل أن يكون غرضه أكل الدبس مثلاً، ولكن لما علم أنه لم يمكن له التوصل إلى هذا الغرض إلا بدفع الورق، دفعه ليتوصل إليه من دون التفات إلى أن الدبس يصير ملكاً له أو لا، ولكن يصير مباح الأكل له. وبعبارة أخرى: يقصد القدر المشترك بين العوضية في الملك والعوضية في الإباحة وهو مطلق العوضية المرددة بينهما.

(والثاني: أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع) فهانذا معلوم أن العوضية في الملكية، ولكن الملكية مرددة بين الحاصلة بالبيع أو بالصلح أو بالهبة المعوضة، لعدم الالتفات إليها.

(ويرد الأول) وهو ما كان المقصود فيه مطلق العوضية (بامتناع خلق الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض، أو غير ذلك من العنوانات الخاصة).

حاصله: أنه لا بد إما من قصد العوضية في الملكية وإما من قصد العوضية في الإباحة، ولا يمكن قصد العوضية المطلقة، ولكن الإنصاف أنه يمكن.

فإن قلت: إنه واقعاً راجع إلى أحد القسمين:

قلت: لا واقعية له سوى القصد، ومن المعلوم أنه كما يمكن قصد العوضية في الملكية وقصد العوضية في الإباحة كذلك يمكن قصد مطلق العوضية، بأن يقصد إعطاء هذا مقدمة لأخذ ذاك، لعلمه بأنه لا يمكن تناوله إلا بإعطاء المال من دون التفات إلى أن هذه المعاطاة مفيدة للملكية أو الإباحة، ولا أقل من إمكان صدوره عن بعض العوام، ونظير ذلك في إمكان قصد القدر المشترك من

دون قصد خصوصيّة أحد الفردين أو الأفراد، إنشاء مطلق الطلب المرّد بين الإيجاب والندب، فإنّه ممكن بأن يقول المولى: هذا الفعل مطلوب لي في الجملة، يعني أنّه ليس مساوياً للترك من دون نظر إلى أنّ هذا الطلب مانع من النقيض أم لا . كما لو تيقّن بأنّ فيه مصلحة ولكن لم يعلم أنّ المصلحة فيه شديدة ملزمة أم ليس كذلك.

(والثاني): وهو ما كان المقصود فيه مطلق الملك (بما تقدّم في تعريف البيع من أنّ التملك بالعوض على وجه المبادلة) بأن يكون هذا هو الفعل الأوّل والمقصود الأصلي لا الضمني (هو مفهوم البيع لا غير) وما يترأى كونه من التملك بالعوض على وجه المبادلة فيما سوى البيع - وهو الصلح والهبة المعوّضة - يعلم عند التأمل أنّه ليس من هذا القبيل، فإنّ الفعل الأوّل في المصلحة هو قرار التسالم بين المتصالحين، غاية الأمر إنّ تارة يبتنى على أن يكون هذا ملكاً للمتصالح مجّاناً، وتارة على أن يكون له مع العوض، وتارة على غير التملك، فيكون التملك فيه ضمّنيّاً وعلى وجه الابتناء لا أصليّاً أوّليّاً.

وكذا الهبة المعوّضة، فإنّ الفعل الأوّل فيها هو ما يعبر عنه في الفارسيّة بـ «بخشش»، ويعتبر في مفهومه «المجانّة» فيكون مقابلاً للتملك بالعوض على وجه المبادلة، غاية الأمر إنّ يشترط في ضمن الهبة الأولى أن يهب المتّهب أيضاً ماله للواهب، ولذا يكون للواهب خيار تخلف الشرط على فرض عدم أداء المتّهب، ولا يملكه بمجرد تملك المتّهب الهبة. ولو كان مبادلة لم يعقل ذلك. فعلم أنّه لا يمكن قصد القدر المشترك بين البيع والصلح والهبة المعوّضة، مع كون التملك بالعوض على جهة المقابلة هو الفعل الأوّل، بل يتعيّن أن يكون بيعاً.

فالمتصور فيما كان المقابلة بين العينين ثلاثة أوجه: الأول: أن يقصد التملك، الثاني: أن يقصد الإباحة، الثالث: أن يقصد مطلق العوضية.

ثم إن ظاهر كلمات المشهور بل صريحها: أن القسم الأول من المعاطاة الذي هو المتعارف - أعني: ما كان المقابلة فيه بين المالكين مع كون قصد المتعاطين التملك والتملك - مفيد لإباحة التصرف لكُل من المتعاطين فيما صار إليه إلى أن يتلف أحد العوضين أو كلاهما، فيحصل الملك حينئذٍ، فإنهم ذكروا في خلال شرائط البيع، أنه يفترق إلى الإيجاب والقبول اللفظيين. ثم ذكروا أنه لو كان خالياً منهما يفيد الإباحة. وهذا صريح في أن محل الكلام إنما يفترق البيع العقدي في مجرد عدم الاشتغال على الصيغة اللفظية.

لكن لما كان الحكم بإفادة المعاطاة الإباحة مع كون مقصود المتعاطين التملك و التملك مستبعداً، أراد صاحب الجواهر توجيه كلماتهم بالتصرف في الموضوع، فذكر: أن موضوع كلامهم هو ما كان مقصود المتعاطين فيه الإباحة. وأراد جامع المقاصد توجيهها بالتصرف في الحكم مع إبقاء ظاهر كلماتهم في الموضوع بحاله، فذكر: أن الموضوع وإن كان المعاطاة المقصود بها التملك والتملك، لكن المراد بالإباحة في كلامهم هو الملك المترزّل.

ولكنك عرفت أن كلماتهم صريحة غير قابلة للتوجيه، لا من جانب الموضوع ولا من جانب الحكم، فالمتعين حينئذٍ مطالبة الدليل على ما ذكره من الحكمين، أعني: عدم إفادة المعاطاة الزبورة الملكية، مع أنها بالطبع مقتضية لها، وإفادتها الإباحة، فلا بد من الكلام في أن حكم كل من الأقسام المذكورة للمعاطاة على حسب القواعد ماذا؟

فنقول: أمّا القسم الأول وهو المعاطاة المقابل فيها المال بالمال المقصود بها التملك، فحكمه قبل وجدان الدليل عدم النفوذ، فإن مقتضى الأصل في جميع ذوات الأسباب - أعني: الأشياء التي تحتاج في وجودها وتحققها إلى السبب كالملكيّة والزوجيّة ونحوهما - هو عدم التحقق ما لم يتيقّن وجود السبب، ففي أبواب المعاملات لو شكّ في اعتبار قيد في التأثير - كالعربية - وتقدّم الإيجاب على القبول، لابدّ من الاحتياط بمراعاة هذا القيد، وإلّا فالأصل بقاء مال كلّ أحد على ملكه، وكذا كلّ سبب لو لم يحتط فيه بمراعاة جميع ما احتل دخله في تأثيره، كان مقتضى الأصل عدم ترتّب الأمر المقصود عليه، فيعمل بهذا الأصل في كلّ مقام إلى أن يوجد دليل حاكم أو وارد عليه، فلا شكّ أنّ مقتضى الأصل الأوّل فيما لو شككنا في أنّ هذا القسم من المعاطاة مفيد للملكيّة كلّ من المتعاطين مال الآخر أم لا، هو عدم ذلك.

ولكن نقول: إنّ الدليل الحاكم على هذا الأصل موجود في المقام، وهو اطلاق قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١)، فإنّه لا شكّ في كونه وارداً في مقام الامتنان، والمناسب لمقام الامتنان أن يكون المراد بيان حلّيّة جميع البيوع، وبالجملة: فهذا الاطلاق وارد في مقام البيان، فيصحّ التمسك به للمقام.

فإن قلت: لا يمكن التمسك بهذا الاطلاق، إذ المشهور أنّ البيع ونحوه من ألفاظ المعاملات أسماء للصحيح منها، ومن المقرر في محلّه أنّ التمسك باطلاق الدليل إنّما هو بعد إحراز كون المقام مصداقاً لموضوعه، فلو قال المولى: أعتق رقبة، فموضوع التكليف - وهو عتق الرقبة - مفهوم مبين لا إجمال فيه، فلو تيقّن وجود

هذا الموضوع ولكن شكّ في اعتبار قيد خارج عنه كوصف الايمان في المكلف به،
نفيناها بالاطلاق، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإنّه مشكوك كونه مصداقاً للبيع
الصحيح، فلا يصحّ التمسك في حليته باطلاق الحليّة المعلقة على البيع
الصحيح.

وبالجملة فالآية على قول المشهور لا يضمن ولا يغني من جوع في شيء من
الأحوال، فإنّه ما دام وصف الصّحة محرراً لا حاجة إلى التمسك، وما دام مشكوكاً
لا يجوز التمسك.

قلت: لا شكّ في أنّ لفظ البيع عند العرف والشرع والعقلاء اسم لمفهوم
وجداني، وهو المبادلة الواقعية، الدائرة بين الوجود والعدم، وليس موضوعاً
للمركب من الإيجاب والقبول حتّى يكون دائراً بين الجامع لجميع الشرائط
فيتصف بالصّحة، وفاقدها فيتصف بالفساد، فمفهوم البيع عند الجميع متّحد،
والاختلاف بين العرف والشرع في بعض المقامات لا يرجع إلى الاختلاف في أصل
المفهوم، بل راجع إلى اختلاف أنظاريهما في مقام تشخيص المصداق، بمعنى أنّ
العرف لخسة مرتبته وضعة رتبته ربّما يشتبه عليه الأمر فيرى غير ما هو الفرد
للمبادلة فرداً لها، ولكنّ الشارع لعلّو رتبته وحده نظره لا يرى إلّا الأفراد الحقيقية
لهذا المفهوم، فهذا نظير مفهوم الإثنين، فإنّه متّحد عند الأحوال والصحيح العين،
وهو ما يقابل الواحد والثلاثة وما فوقها، ومع ذلك فالأحوال يحكم على الشيء
الواحد بأنّه اثنين، والصحيح العين يحكم بأنّه ليس كذلك، إلّا أنّ هذا ليس
لأجل اختلاف المفهوم عندهما، بل لأجل اختلاف حاستهما في الصّحة والسقم.

وإذا ثبت ذلك فنقول: من المقرّر في مقامه الذي أقيم عليه البرهان، أنّ

موضوعات الأحكام الشرعية الواقعة في الأدلة اللفظية محمولة على حسب الأنظار العرفية، لا على حسب الأنظار العقلية والتدقيقات الحكيمة.

وبعبارة أخرى لابد أن ينتزّل الشارع، وينزّل نفسه منزلة واحد من أهل العرف، ويتكلّم على قدر فهمهم الناقص، فلو قال: «الدم نجس» فلا بد أن يحمل على ما هو دم عند العرف، لا ما هو كذلك عند التدقيق العقلي، ولازم ذلك الحكم بطهارة اللون المتخلف لعدم كونه عند العرف دماً، وإن كان التدقيق العقلي يقتضي كونه أجزاء صغاراً من الدم، لاستحالة انتقال العرض.

والدليل على ذلك: أنّ غرض الشارع من تلك الخطابات تفهيم المخاطبين، فلو تكلّم على حسب نظره الشريف الدقيق العالي مع علمه بقلّة شعور المخاطب وقصور عقله، كان ذلك منه نقضاً لغرضه، فثبت أنّ حكم الحلية في الآية قد تعلّق بتوسّط العنوان على الأفراد العرفية، لا لأنّ البيع مقيّد بالعرفي، بل لأنّ الشارع نزّل نفسه منزلة واحد من أهل العرف فتكلّم بلفظ البيع، فوقع نظره على المصاديق العرفية، سواء كانت حقيقة أم لا، فحكم عليها بالحلية، فيكون معنى كلامه أنّ كلّ ما كان عند العرف وفي نظرهم بيعاً فهو بيع ونافذ عندي، فيستفاد من الآية قاعدة ثانوية معمول بها في كلّ مورد علم كونه بيعاً عند العرف وشكّ في اعتبار أمر زائد في تأثيره عند الشرع، ومنه ما نحن فيه.

ثمّ لابدّ لتوضيح الاستدلال بالآية من بيان المراد بالحليّة.

فنقول: يمكن حمله على أحد المعنيين:

الأوّل: الإباحة والجواز الذي هو من الأحكام التكليفية.

فإن قلت: لا يناسب هذا المعنى لمقام الامتنان، إذ لا امتنان في إباحة مجرّد

إنشاء البيع، وإثبات الامتنان في تجويز ما له دخل في نظام المعيشة وقضاء الحاجة، لا ما كان من قبيل الإنشاء المجرد.

قلت: يمكن جعل هذا الذي ذكرت قرينة على اضمحار لفظ الآثار في الآية، فيكون التقدير: أحل الله آثار البيع، فيرتفع الإشكال.

أو نقول: لفظ البيع يدلّ بالالتزام العرفي على الآثار، ألا ترى أنّه لو قال المولى لعبده: خذ هذا المال واجعله بضاعة لكسبك واكتسب به، فالمفهوم منه عند العرف ليس تجويز نفس إنشاء الكسب، بل تجويز التصرفات المالكية فيما يكتسب به وصيرورته ملكاً له.

الثاني: جعله نافذاً وبلا مزاحم في التأثير، ولا يبعد أن يكون إضافة الحلية إلى البيع قرينة على هذا المعنى، فإنّ حلية كلّ شيء على حسبه، فمعنى الحلية والحرمة في الأعمال التي يكون المقصود من الإقدام عليها الوصول إلى غرض هو كونها بحيث صار الفاعل بسببها نائلاً إلى غرضه، وكونها بحيث صار فاعلها محروماً عن غرضه، مثلاً حلية البيع كونه بحيث يترتب عليه الملكية، وحلية الصلاة في اللباس المتخذ من شعر المأكول اللحم كونها بحيث تبرأ الذمة، وهذا بخلاف الأعمال التي يكون مقصود الفاعل نفسها كالأكل والشرب ونحوهما، فإنّ عدم الحلية والحلية فيها بمعنى ترتب العقاب الأخروي عليها وعدم ترتبه.

فنقول في توضيح الاستدلال بالآية الشريفة: أمّا على تقدير حمل الحلية فيها على المعنى الثاني، فالاستدلال بها واضح، فإنّها بمدلولها المطابق تدلّ على نفوذ مطلق ما هو بيع عند العرف، ولا شك أنّ البيع المعاطاتي بيع عندهم.

وأما على التقدير الآخر - بكلا شقيه - فلا اشكال في أنّ الآية باطلاقتها تدلّ

على حلّية جميع التصرفات لكلّ من المتبايعين فيما صار إليه، ومن جملتها التصرفات المتوقّفة على الملك كالوطني والبيع والعتق، فلا بدّ في تلك التصرفات من الالتزام بواحد من ثلاثة أمور:

الأوّل: الحرمة وعدم الجواز.

الثاني: الحلّية مع عدم الملكية.

والثالث: الحلّية مع ثبوت الملكية.

ففي الأوّل تقييد لإطلاق الآية، وفي الثاني تخصيص لعموم قاعدة «لا وطني ولا بيع ولا عتق إلّا في ملك»، وفي الثالث جمع بين الدليلين، فيصير متعيّناً وإن كان لازمه طرح استصحاب بقاء المال على ملك مالكة الأصلي، لكن لا ضير فيه بعد وجود الدليل الحاكم عليه.

فإن قلت: حكومة الدليلين على الاستصحاب ممنوعة، إذ لا منافاة بينهما بمعنى أنّه ليس مفاد الدليلين مخالفاً للأصل، أمّا دليل حلّية التصرفات فواضح، وأمّا قاعدة «لا عتق ولا بيع ولا وطني إلّا في ملك» فمقتضاها عدم وقوع تلك التصرفات في غير الملك، وهو يحصل بثبوت الملك قبل هذه التصرفات آنأما، ولا يقتضي حصول الملك من حين البيع، فتعيّن القول بثبوت الملكية آنأما قبل هذه التصرفات، إذ فيه جمع بين الدليلين والاستصحاب.

قلت: لا شك أنّ أهل العرف يفهمون من قولهم: «لا وطني إلّا في ملك»، الملازمة بين حلّية الوطني والملكية، وأمّا بين فعليته والملكية على التقرير الذي ذكرت، فتدقيق عقلي خارج عن فهم العرف، فثبت دلالة الآية على جميع التقادير على صحّة البيع المعاطاتي ونفوذ.

وهكذا الكلام في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ اسْتِثْنَاءً مَنْقُطِعاً، لَكِنَّهُ فِي نَفْسِهِ قَضِيَّةٌ مُسْتَقَلَّةٌ دَالَّةٌ عَلَى جَوَازِ الْأَكْلِ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الْبَيْعَ الْمَعَاطَايَ تِجَارَةً، وَالْمَرَادُ بِالْأَكْلِ لَيْسَ هُوَ الْمَضْغُ، بَلْ مُطْلَقُ التَّصَرُّفَاتِ وَمَنْ جَمَلْتَهَا مَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَلِكِ، كَالْوَطِيِّ وَنَحْوِهِ، إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَ فِي الْآيَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ.

وَقَدْ يَسْتَدَلُّ لِلْمَقَامِ أَيْضاً بِقَاعِدَةِ التَّسْلِيْطِ: «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» وَتَقْرِيْبِهِ: أَنَّ مُقْتَضَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ ثُبُوتُ السُّلْطَنَةِ لِكُلِّ أَحَدٍ عَلَى أَمْوَالِهِ. بِمَعْنَى أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا كَيْفَمَا شَاءَ وَلَوْ كَانَ تَصَرُّفُهُ نَقْلاً إِلَى الْغَيْرِ بِالْبَيْعِ الْمَعَاطَايَ. وَلَا شَكَّ أَنَّ عَدَمَ جَوَازِ النُّقْلِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَنَافِي السُّلْطَنَةَ الْمَطْلُوقَةَ.

فَإِنْ قُلْتُ: الْمُسْتَفَادُ مِنَ الْقَاعِدَةِ إِنَّمَا هُوَ جَوَازُ أَنْوَاعِ التَّسَلُّطَاتِ الَّتِي مِنْ جَمَلَتِهَا التَّسَلُّطُ عَلَى النُّقْلِ؛ وَأَمَّا إِنْ سَبَبَ النُّقْلَ مَاذَا؟ فَهِيَ سَاكِتَةٌ عَنْهُ، فَالْقَاعِدَةُ وَارِدَةٌ فِي مَقَامِ تَشْرِيعِ نَوْعِ التَّصَرُّفِ لَا فِي مَقَامِ تَشْرِيعِ الْأَسْبَابِ.

قُلْتُ: إِذَا أَنْتَ تَسَلَّمْتَ دَلَالََةَ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ النَّوْعِ فَلَمْ امْتَنَعْتَ عَنْ دَلَالَتِهَا عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ الصَّنَفِ، فَلَوْ كَانَ مَشْرُوعِيَّةُ نَوْعِ النُّقْلِ مُسْتَفَادَةً مِنَ الْقَاعِدَةِ كَانَ مَشْرُوعِيَّةُ النُّقْلِ عَلَى وَجْهِ الْبَيْعِ الْمَعَاطَايَ أَيْضاً كَذَلِكَ.

لَكِنَّ الَّذِي يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: هُوَ أَنَّ الْقَاعِدَةَ وَارِدَةٌ فِي مَقَامِ تَشْرِيعِ السُّلْطَنَةِ عَلَى الْمَالِ لِلْمَالِكِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالِكُهُ بَعْدَ الْفَرَاغِ عَنْ مَشْرُوعِيَّةِ نَفْسِ التَّصَرُّفِ وَالْعَمَلِ، فَيُسْتَفَادُ مِنْهَا أَنَّ الْمَالِكَ أَحَقُّ بِأَعْمَالِ التَّصَرُّفَاتِ الْمَشْرُوعَةِ فِي مَالِهِ مِنْ غَيْرِهِ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ مَزَاحِمَتُهُ فِيهَا، وَلَهُ مَزَاحِمَةُ غَيْرِهِ.

فَإِنْ قُلْتُ: إِذَا كَانَ مَشْرُوعِيَّةُ نَفْسِ الْعَمَلِ مُسْتَفَادَةً مِنَ الْخَارِجِ كَانَتْ السُّلْطَنَةُ أَيْضاً كَذَلِكَ، فَلَا حَاجَةَ فِي إِحْرَازِهَا إِلَى الْقَاعِدَةِ.

قلت: نعم مشروعية نفس العمل مستفادة من الخارج، ولكن لم يعلم أنها ثابتة للمالك أو لغيره، مثلاً مشروعية وطى الجارية وعتق الرقبة ونقل المال إلى الغير مستفادة من الخارج، ولكن لم يعلم أنها ثابتة للمالك المال أم لغيره، فهذه القاعدة مفيدة أنها للمالك فقط.

فإن قلت: كون السلطنة في هذه الأمور مفوضة إلى المالك من الواضحات، فلا يصلح تأسيس القاعدة لأجله.

قلت: هذا على تقدير تسليمه ثابت في معدود من التصرفات، وأما كثير منها فلولاً القاعدة كان الأمر فيها مختلفاً، ولم يعلم أن المختار فيها من هو.

ومما يؤيد ما ذكرنا — من أن القاعدة ليست في مقام تشريع نوع التصرف ولا صنفه — أنه لو كانت كذلك للزم أن تكون شاملة لا يذاء المسلم بالسوط ونحوه ووطى العبد ونحوهما من التصرفات المالية الغير الجائزة، غاية الأمر أن تكون مخصصة بدليل حرمة تلك التصرفات و التزامه بعيد في الغاية فثبت عدم تمامية الاستدلال بالقاعدة للمقام.

وبالجملة: فهذه القاعدة قضية حيثية تتعرض لحيثية المالك، ومعناه أن المالك مسلط لا غيره، ولا منافاة بينها وبين أدلة حرمة التصرفات الغير الجائزة في المال أصلاً، فهي نظير قاعدة «لحم الغنم حلال» فإنها أيضاً تتعرض لحكم الغنم من حيث إنه غنم في مقابل الخنزير، يعني أنه ليس كالخنزير بل لحمه حلال، ولا منافاة بينها وبين أدلة حرمة بعض لحوم الغنم، كالمغصوب ونحوه.

ويمكن الاستدلال للمقام أيضاً بقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) فإنه

بعمومه يشمل البيع المعاطاتي، فإنه تعهد، فإنَّ التعهد فعل القلب، غاية الأمر إنه يحتاج إلى المظهر والمظهر في المقام هو الفعل، فبدل على وجوب الوفاء بهذا التعهد المتعلق بالتملك، فبدل على امضائه بطريق أولى.

ويمكن الاستدلال أيضاً بالسيرة، فإننا نقطع بجريان سيرة المتشريعة وطريقة المتدينين بهذا الدين في جميع الأعصار والأمصار، على عدم إجراء الصيغة في معاملاتهم اليومية، ويعاملون مع ما يصير بأيديهم بسببها معاملة الملكية، وهذا يكشف كشفاً قطعياً عن اطلاعهم على رضا الشارع الذي هو رئيسهم بهذا العمل.

ويمكن الاستدلال ببناء العقلاء أيضاً، فإن قاطبتهم مقدمون على هذا العمل على حسب طبيعتهم ومقتضى جبلتهم؛ ويمكن دعوى القطع بأن الأمر في زمان النبي والوصي أيضاً كان كذلك، وهذا بضميمة عدم ردع الشارع يدل على رضاه.

والفرق بين السيرة وبناء العقلاء: أنَّ الأول طريقة المتدينين من حيث هم متدينون كالصلاة والصوم ونحوهما، والثاني استقرار طريقة تمام العقلاء من المتدين وغيره على أمر بمقتضى طبيعتهم وكونهم مجبولين فيه.

ووجه حجّة الأول، كشفه القطعي عن رضا المعصوم، ضرورة كشف فعل الرعية عن رضا رئيسهم. ووجه حجّة الثاني، كشفه القطعي بضميمة عدم ردع الشارع عن رضاه، فإنه لو لم يرض لردع عنه كما ردع عن بيع الربا بالردع الشديد والمنع الأكيد الذي انتشر صيته في تمام العالم، فعدم ردعه دليل على رضاه بفعلهم. ولا يخفى أنَّ الموجود في المقام هو بناء العقلاء، والسيرة المدعاة لا تكون أمراً

آخر ورثته، فلا يصلح عدّهما اثنين.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ ما ذكره المشهور من إفادة البيع المعاطاتي الإباحة إلى أن يتلف أحد العوضين فيصير الثاني مملوكاً للآخر، لا ينطبق على القواعد؛ لأنهم إمّا أن يقولوا بدلالة هذه الأدلة على صحّة هذا البيع، وإمّا أن لا يقولوا بذلك، فعلى الأوّل يلزم القول بالملك، وعلى الثاني يلزم القول بعدم الإباحة وضمان التالف بالمثل أو القيمة.

أما عدم الإباحة؛ فلعدم الإباحة المالكية، فإنّ الصادر من المالك إنّما هو التمليك، وهو لم يقع، وعدم الدليل على الإباحة الشرعية.

وأما الضمان بالمثل أو القيمة، فلأنّ العوض مقبوض بالقبض الفاسد، نعم لو كان إجماع على ما ادّعوه من الأمور الثلاثة: أعني: عدم حصول الملكية من أوّل الأمر، وحصول الإباحة، وحصول الملكية بتلف أحد العوضين أو التصرف فيه، كان هو الحجّة، ولكن من المعلوم عدمه.

قال - قدّس سرّه - : «ولذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد، في مقام الاستبعاد: أنّ القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التمليك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة، منها: أنّ العقود وما قام مقامها لا تتبع القصد، ومنها: أن تكون إرادة التصرف من المملكات» إلى قوله: «والمقصود من ذلك كلّ استبعاد هذا القول».

أقول: هنا وجهان يحتمل أن يكون كلّ منهما مراد المشهور:

الأوّل: أن لا يفيد البيع المعاطاتي سوى الإباحة إلى أن يحصل التلف أو

التصرف، فيكون كلّ منهما سبباً مستقلاً لحصول الملكية.

الثاني: أن تكون الملكية الحاصلة من حين التلف أو التصرف مستندة إلى نفس البيع، فيكون حال التلف والتصرف حال القبض في المجلس في بيع الصرف في كونه شرطاً لتأثير البيع لا مملكاً.

فإن أرادوا الوجه الثاني، لم يخالفوا قاعدة «العقود تابعة للقصود» فإن مقصود المتبايعين ملكية كلّ منهما مال الآخر بسبب هذه المعاملة، وهو حاصل.

فإن قلت: كيف حصل مقصودهما والحال أن من قصدهما حصول الملكية من حين البيع، وهو غير حاصل؟

قلت: لا يمكن أن يكون التقيّد بالزمان مأخوذاً في الملكية، فالسبب - أعني: البيع - يؤثر عند تمامه، من دون دخل للزمان في شيء من المؤثر والأثر. نعم يبقى ثبوت الإباحة بين البيع والشرط بلا دليل، فالإشكال وارد عليهم من حيث إنّ ما وقع لم يقصد، لا من حيث إنّ ما قصد لم يقع.

وأما سائر الاستبعادات فسنة منها مبتنية على كون التلف أو التصرف مملكاً، وقد عرفت عدم كونها مملكين على هذا الوجه.

نعم الاستبعاد الثالث بعضه وارد، وهو لزوم تعلّق الزكاة والخمس بغير المال، إلّا أن يلتزم هذا القائل بعدم تعلّقهما ما لم يتلف أحد العوضين أو يتصرف فيه، وبعضه ليس باستبعاد، وهو لزوم تعلّق الإستطاعة والدين والنفقات والميراث بغير المال.

وجه عدم الاستبعاد، أمّا في الثلاثة الأول: فهو أنّ المكلّف بالحجّ وأداء

الدين والنفقات هو المتمكّن ولو باعطاء الغير ماله إيّاه، وليس المعتبر أن يكون ما به التمكّن مالاً لنفس المتمكّن، بل مباح التصرفّ له.

وأما في الأخير، فهو أنّ الإرث غير مختصّ بالأموال، بل يجري في الحقوق أيضاً، فأبى استبعاد في أن يكون حال الوارث بالنسبة إلى المأخوذ بالمعاطاة حال مورثه، بأن يباح له التصرفّ فيه ويصير ملكاً له بالتصرفّ فيه أو في عوضه أو تلف العوض؟

وبعضه غير وارد، وهو لزوم تعلّق الوصايا بغير المال، فإنّ الموصى به يصير ملكاً للموصي بواسطة التصرفّ فيه بالوصيّة، فتكون الوصيّة متعلّقة بالمال.

قال - قدّس سرّه -: «وثانياً إنّ تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فإنّهم أطبقوا على أنّ عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثّر في ضمان كلّ من العوضين بالقيمة» إلى قوله - قدّس سرّه -: «نعم الفرق بين العقود وما نحن فيه».

أقول: هذه النقوض كلّها مخدوشة: أمّا الأوّل^(١).

وأما الثاني: فلأنّ القائل بعدم إفساد الشرط الفاسد للعقد لا يقول: بتخصيص قاعدة - العقود تابعة للمقصود - بهذا المورد، بل يقول: إنّ العقد المتضمّن للشرط ينحلّ إلى عقدين منفصلين، وقع أحدهما وهو المشروط موافقاً لقصد المتعاقدين وفسد الآخر، وهو الشرط ولم يقع أصلاً، فلم يتخلف العقد عن القصد في شيء منهما فإنّ موضوع القاعدة العقود الصحيحة.

فإن قلت: إنّ مقصود المتعاقدين حصول المبادلة مقرونة بالشرط، وما وقع ليس كذلك، فحصل التخلف.

قلت: هذا راجع إلى منع مبنى القول بعدم الإفساد، وهو انحلال العقد إلى عقدين، فلازم من منعه القول بالإفساد، وإلاّ لزم مخالفة القاعدة المذكورة. ولازم من صحّحه - كالمشهور - هو القول بعدم الإفساد من دون مخالفة للقاعدة أصلاً.

وكذا الكلام في النقض الثالث، فإنّ القائل ببطالان العقد بالنسبة إلى ما لا يملك، وصحّته بالنسبة إلى ما يملك، يقول بانحلال البيع إلى بيعين وقع أحدهما على الخنزير مثلاً فبطل، والآخر على الغنم مثلاً، فصحّ، وعلى هذا لا يلزم مخالفة القاعدة أصلاً، ويجري هنا أيضاً، نظير الإشكال المتقدّم مع جوابه.

وأما الرابع؛ فلأنّ المصنّف - قدّس سرّه - قد استند في صحّة بيع الغاصب لنفسه، وعدم وقوعه باطلاً من الأصل: إلى أنّ الغاصب أراد إنشاء البيع جدّاً، ومعنى البيع مبادلة مال بمال، ومقتضى المبادلة أن ينقل كلّ من المالين من مالكة الواقعي إلى المالك الواقعي للآخر؛ فالغاصب قاصد اجمالاً أن ينقل الثمن إلى المالك الواقعي للمثمن، غاية الأمر ادّعائه أنّه هو المالك الواقعي للمثمن، وهذا الادّعاء خارج عن العقد، فهو كالفضولي، إلّا أنّ الفضولي يعيّن المالك الواقعي وهذا يقيه على اجماله. ولا يخفى أنّه بناءً على هذا المبنى لا يقع بإجازة المالك هذا البيع إلّا ما قصده المتعاقدان، فعده - قدّس سرّه - هذا المورد من موارد النقض لا يستقيم على مختاره.

وأما الخامس: فلأنّه إن قلنا: بأنّ الدوام في الدائم وصف وجودي مضاد للأجل في المنقطع، وأنّهما متضادان، غاية الأمر اشتراكهما في مطلق التزويج،

فحيثُذ لزم التخلّف، إذ ما قصد وهو المنقطع لم يقع وما وقع وهو الدائم لم يقصد.

وأما إن قلنا: بأنّ الدائم والمنقطع من باب الأقلّ والأكثر، بمعنى أنّ الدوام ليس أمراً وجوديّاً بل هو عبارة عن عدم الأجل وأنّ قصد التزويج المطلق، يصير العقد دائماً، ولا يحتاج إلى قصد عدم الأجل، إذ العدمي لا يحتاج إلى القصد والجعل، فلا يلزم التخلّف، إذ المفروض أنّ العاقد قصد التزويج وتلفّظ بلفظه الدال عليه ولم يذكر الأجل، فحصل الدائم لا محالة، لحصول علته وهو القصد واللفظ، وأما الأجل المقوم للمنقطع، فهو وإن حصل قصده لكن لم يحصل التلفّظ بلفظه، وعدم حصول المنقطع لأجل عدم التلفّظ بلفظه لا يعد تخلّفاً.

قال - قدس سرّه - : «فالقول الثاني: لا يخلو عن قوّة. وعليه فهل هي لازمة ابتداءً مطلقاً إلى قوله: «وجوه».

أقول: جواز رجوع كلّ في عوضه يتصوّر على نحوين:

الأوّل: أن يكون ذلك حقّاً ثابتاً له متعلّقاً بنفس العقد، بأن جعل الشارع زمام العقد بيده إن شاء حلّه وإن شاء تركه بحاله، وهذا المعنى هو المقصود في باب الخيارات.

الثاني: أن يكون ذلك حقّاً ثابتاً له متعلّقاً بالعين، فإن شاء يأخذها من الآخر ويدفع عوضها إليه وإن شاء يتركها في يده، أو حكماً متعلّقاً بها، بأن تكون جائز الاسترجاع، وإن كان على الأوّل مسلطاً على المال أيضاً وعلى الثاني مسلطاً على العقد أيضاً، لكن ذلك إنّما يكون بالملازمة وثانياً وبالعرض.

ويظهر ثمرة الوجهين فيما لو تلفت العين أو انتقلت بنقل لازم. فعلى الأول يجوز الرجوع وأخذ البذل - أعني: المثل في المثل والقيمة في القيمي - لأن متعلق الحق هو العقد وهو باق. وعلى الثاني لا يجوز ذلك؛ لأن موضوع السلطنة أو الجواز وهو العين قد انتفى، فانتهيا بانتفائه، ولا دليل على تعلّقها بالبذل.

قال - قدّس سرّه -: «أوفقها بالقواعد هو الأول، بناءً على أصالة اللزوم في الملك؛ للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي».

أقول: فإن قلت: إنّ الشك في بقاء الملكية بعد فسخ المعاطاة أو ترداد العين المأخوذة بها مسبّب عن الشك في تأثيرهما في زوالها، فالأصل الجاري في الثاني وهو أصالة عدم التأثير، مقدّم على الأصل الجاري في الأول، وهو أصالة بقاء الملكية، لما تقرّر في محلّه من حكومة الأصل السببي على الأصل المسببي وإن كان الأصل المحكوم موافقاً للأصل الحاكم، مثلاً: يقدم الأصل في الملاقى «بالفتح»، سواء كان استصحاب الطهارة أو النجاسة على استصحاب الطهارة في الملاقى «بالكسر». والسّر في ذلك أنّ الشك الذي هو موضوع للأصل المسببي يزول بواسطة إجراء الأصل السببي.

قلت: إنّ عدم التأثير ليس متيقّناً في زمان من أزمنة وجود الفسخ والتراد، أي مجموعيّتهما، بل الشك فيه سار إلى أوّل زمان مجموعيّتهما، فلا يجري الاستصحاب فيه وإن أريد استصحاب العدم الأزلي للتأثير، أعني: عدمه السابق على تحقق الفسخ أو التراد المذكورين، فهذا أصل مثبت، لأنّه لا بدّ بعد استصحاب هذا العدم من حمله على الموضوع الموجود حتى يفيد المقصود.

وبالجملة: فاستصحاب المحمول في القضية السالبة بانتفاء الموضوع ليصير

محمولاً في القضية السالبة بانتفاء المحمول، لا يتم إلا على القول بالأصل المثبت، كما في استصحاب عدم القيام في قولنا: «زيد ليس بقائم»، المقول قبل وجود زيد ليصير محمولاً في قولنا «زيد ليس بقائم» المقول بعد وجوده؛ فعلم أنّ الاستصحاب السببي غير جارٍ في هذا المقام، لأنّ استصحاب عدم التأثير على نحو السالبة بانتفاء المحمول ليس له حالة سابقة، وعلى نحو السالبة بانتفاء الموضوع أصل مثبت، وقد تقرّر في محله أنّه إذا لم يكن الأصل السببي جارياً بنفسه أو لمانع، فلا مانع من إجراء الأصل المسببي.

قال - قدّس سرّه -: «ودعوى أنّ الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر والمفروض انتفاء الفرد الأوّل بعد الرجوع والفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أوّل الأمر».

أقول: وبالجمله فالمستصحب فيما نحن فيه مردّد بين المقطوع الزوال والمشكوك الحدوث، فهذا نظير استصحاب وجود الحيوان المعلوم وجوده في الدار قبل ذلك بخمسة أيام، المردّد بين البق والفيل، فإنّ الأوّل مقطوع الزوال في هذه المدة والثاني مشكوك الحدوث من أوّل الأمر.

قال - قدّس سرّه -: «مدفوعة، مضافاً إلى آخر».

أقول: حاصل الدفع يرجع إلى جوابين:

الأوّل: منع كون المقام من قبيل مثال البق والفيل، فإنّ الملك أمر واحد في جميع الموارد، غاية الأمر إنّّه يحكم عليه تارة بجواز الرجوع وأخرى بعدم جوازه.

فإن قلت: اختلاف الحكم يشهد باختلاف الموضوع.

قلت: كما يمكن أن يكون اختلاف الحكم بسبب الاختلاف التبايني في الموضوع بحسب النوع أو الصنف، كذلك يمكن أن يكون بسبب اختلاف أحوال الموضوع الواحد أو أسبابه، كما في قول المولى لعبده: إن جاءك زيد بمصاحبة عمرو فأكرمه، وإن جاءك بمصاحبة بشر فلا تكرمه، فهاهنا أيضاً إذا كان سبب الملك هو الصيغة فلا يجوز الرجوع، وإذا كان السبب هو التعاطي والفعل فيجوز.

الثاني: أنه على فرض تسليم كون المقام من ذلك القبيل نقول: لا مانع من الاستصحاب فيما كان من هذا القبيل، إذ الاشكال إنما يتوجه لو كان المستصحب هو الفرد، وأما لو كان هو الكلّي الجامع، أعني: مطلق الحيوان في المثال ومطلق الملكية في المقام، فلا يتوجه، ولا يخفى أن المقصود بالاستصحاب في المقام على هذا التقدير إنما هو اثبات محفوظية الملك الحاصل بالمعاطاة بعد الرجوع، لا اثبات لزومه حتى يرد بأنه لا يتم إلا على القول بالأصل المثبت. نعم حيث إن الشك في بقاء الكلّي راجع إلى الشك في اقتضائه للبقاء إلى هذه المدة، للشك في تحققه في ضمن الفرد القصير البقاء أو طويله، فلا مجرى للاستصحاب فيه على رأي المصنّف - قدس سرّه - من عدم حجّية الاستصحاب مع الشك في المقتضي. وأما على التحقيق من دلالة أخبار «لا تنقض» على الحجّية في المورد المزبور، فلا مانع من جريانه.

ثم إن للسيد المحسّي - دام ظلّه - هنا كلاماً في تصحيح الاشكال الوارد على القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي الذي من موارده هذا المقام. وردّ جواب المصنّف - قدس سرّه - عنه ينبغي التعرّض له ببيان وبيان ما فيه. فنقول: أما القسم الثاني، فهو عبارة عمّا إذا كان الشك في تعيين الفرد الحادث أولاً

لكونه مرددًا بين القصير والطويل، وبعبارة أخرى بين المقطوع الزوال والمشكوك الحدوث كما نحن فيه، وكما لو شكَّ بعد الغسل مرةً في أنّ النجاسة الحادثة قبله هل هي الدم أو البول.

وأما الاشكال: فهو أنّ بقاء القدر المشترك مسبّب عن حدوث الفرد الطويل، وارتفاعه عن عدم حدوثه، فعند الشكّ يرجع إلى أصالة عدم حدوثه لا إلى أصالة بقاء القدر المشترك.

وأما جواب المصنّف - قدّس سرّه -: فهو أنّ ارتفاع القدر المشترك من آثار حدوث القصير لا من آثار عدم حدوث الطويل، وإنّما اللازم من عدم حدوثه هو عدم وجود ما هو في ضمنه من القدر المشترك في الزمان الثاني، وهذا غير ارتفاع القدر المشترك بين الأمرين، فالشكّ مسبّب عن أنّ الحادث هو الطويل أو القصير، لا عن أنّ الطويل حدث أم لا، وحيث لا أصل في السبب يعيّن أحد الأمرين، فيكون الأصل في المسبب سليماً عن الحاكم.

وأما ردّ المحسّي - دام ظلّه -: فهو أنّ الأمر في البقاء والارتفاع كذلك، لكن هذان العنوانان ليسا موضوعين للأحكام، بل الموضوع وجود الكلّي وعدمه، مثلاً: وجود الحدث وعدمه موضوعان للأحكام، لابقاؤه وارتفاعه من حيث هما هذان العنوانان، فالتعبير بالبقاء يراد به الوجود في الزمان الثاني، والارتفاع يراد به العدم في الزمان الثاني، ولا شكّ أنّ وجود الكلّي بوجود الفرد، وانعدامه بعدمه، فإذا حدث ما يزيل أحد الفردين، فالشكّ في الوجود ناشئ عن الشكّ في وجود الفرد الآخر والأصل عدمه، فيترتب عليه عدم الكلّي، فثبت أنّ استصحاب الكلّي في القسم الثاني غير جارٍ لحكومة الأصل السببي عليه.

ثمّ استشكل على نفسه: بأنّ أصالة عدم الطويل معارضة بأصالة عدم القصير، فيتساقتان، فيبقى الأصل المسيبي سالماً عن الحاكم.

فأجاب بأنّ أصالة عدم القصير لا يترتب عليها أثر شرعيّ حتى يجري ويعارض الأصالة الأخرى.

أقول: لا يتعلّل معنى لقوله: لا يترتب على هذا الأصل أثر شرعيّ، إذ لا شك أنّ عدم القصير إذا انضمّ مع عدم الطويل فيفيدان مجموعاً عدم الكلّي، ولهذا لو شكّ في وجود الكلّي يتمسك بعدمهما مجموعاً على عدمه وبوجود أحدهما على وجوده.

فإن قلت: إنّ العلم الإجمالي بعد حدوث ما يزيل أحد الفردين، ينحلّ إلى علم تفصيلي بعدم القصير، وشكّ بدوي في وجود الطويل، ومعه يتمّ ما ذكره المحشّي - مد ظله - إلّا أن يدعي اتحاد عنواني البقاء والارتفاع مع عنواني الوجود والعدم.

قلت: نعم هما متغايران مفهوماً، وموضوع الآثار هو الثاني، فالمراد بالحدوث هو الوجود في أوّل الأمر وبالبقاء هو الوجود في ثاني الحال، وبالارتفاع هو عدم فيه. لكنّ الانحلال ممنوع إذ العلم الإجمالي الثابت قبل المزيل باقٍ بحاله، والعلم التفصيلي والشكّ البدوي متعلّقان بما بعد المزيل، فهو نظير ما إذا وقع في واحد معيّن من الإثنين اللذين علم بنجاسة أحدهما لا بعينه نجاسة، أو وقع التطهير على واحد معيّن منهما، أو أتلف، وهذا لا يوجب رفع حكم العلم الإجمالي بالنسبة إلى الطرف الآخر، والانحلال الرافع لحكمه ما كان من أوّل الأمر.

وبالجملة: فحال ما بعد المزيل حال ما قبله في احتياج نفي الكلّي حدوثاً

إلى نفي فرديه جميعاً.

نعم فرق بينهما في مرحلة البقاء، فوجود الكلّي في كلّ آين من آنات ما قبل المزيل مسبّب عن وجود أحد فرديه، وعدمه عن عدمهما جميعاً، ووجوده في كلّ آين من آنات ما بعده مسبّب عن كون الحادث هو الطويل، وعدمه عن كونه هو القصير، فالأصلان بالنسبة إلى هذا الأثر، أعني: نفي الكلّي حدوثاً، متساوية الأقدام، فلا جرم إذا علم بوجود الكلّي في ضمن أحد الفردين لا بعينه - كما هو المفروض في محل البحث - وقع التعارض بين الأصلين، فيتساقطان، فيرجع إلى أصالة بقاء الكلّي. نعم لو فرض عدم التعارض بينهما في مورد، فالمرجع عند حدوث مزيل أحد الفردين إلى أصالة عدم حدوث الطويل، لا أصالة بقاء الكلّي، كما لو شكّ المحدث بالأصغر في تبدّل حدثه بالأكبر - كأن نام وشكّ في الاحتمال - فتوضّأ، فإنّ الأصل الجاري في القصير، أعني: الأصغر، أصالة الوجود؛ لأنّ الحالة السابقة فيه وجوديّة، وفي الطويل، أعني: الأكبر، أصالة العدم؛ لأنّ الحالة السابقة فيه عدميّة، فلا تعارض بينهما، فيحكم بمقتضى الأصلين (كذا) بكونه محدثاً بالأصغر قبل الوضوء، وبمقتضى الأصل الآخر بكونه خالياً عن مطلق الحدث بعده، ولا يجري استصحاب بقاء مطلق الحدث الثابت قبل الوضوء بعده. هذا كلّ بالنسبة إلى هذا الأثر الذي هو محلّ الكلام، أعني: نفي الكلّي.

نعم بالنسبة إلى الآثار الأخر التي ليست محلاً للكلام في هذا المقام يتعلّق معنّى لما ذكره، لكن لا مطلقاً، بل فيما إذا كان أثر القصير مع أثر الطويل من قبيل الأقلّ والأكثر، كما لو تردّد النجاسة الحادثة بين ما يكفي في تطهيره الغسلة الواحدة - كالدّم - وما لا بدّ في تطهيره من غسلتين - كالبول - فغسل الموضع مرّة،

فإن وجوب الغسلة الأولى مقطوع تفصيلي، فلا يقصد بالأصل نفيه، وإنما يقصد به نفي وجوب الغسلة الثانية، وهذا يترتب على أصالة عدم الطويل، أعني: البول، لا على أصالة عدم القصير، أعني: الدم. فلا تعارض بين هذين الأصلين في هذا الأثر وإن تعارضاً في نفي الكلّي.

ثم إن حديث الحكومة مسلم فيما إذا كان الكلّي الجامع من الأمور التي وضعها ورفعها من وظيفة الشارع من حيث إنه شارع، كالمليّة والطهارة والحدث، فإنها كما تكون موضوعات لأحكام كذلك تكون أحكاماً لموضوعات، فهي وإن كانت أموراً واقعية لا مجعولة للشارع من حيث إنه كذلك، لكنّ الكشف عنها وبيانها بيده ومن وظيفته، ومجرد ذلك كافٍ في شمول أخبار لا تنقض لها، فكما تستصحب الطهارة المتيقّنة عند الشكّ في زوالها ليرتّب عليها أحكامها، كذلك تستصحب الخليّة المتيقّنة عند الشكّ في انقلابها بالخمرية لترتّب عليها الطهارة؛ فإنّ لهذا الكلّي مرحلتين: مرحلة الحدوث، ومرحلة البقاء.

أما الأولى: فهي مسببة عن وجود أحد الفردين وعدمهما جميعاً، فلو تعارض أصلاً عدم القصير وعدم الطويل، بلحاظ العلم الإجمالي - كما فيما نحن فيه - فيكون استصحاب الكلّي بلا حاكم، ولو لم يتعارضاً، كان المرجع أصالة عدم الطويل كالمثال المتقدم. وأمّا مرحلة البقاء فهي مسببة عن كون الحادث هو القصير أو الطويل، وحيث لا أصل في السبب يعيّن أحد الأمرين، فيكون استصحاب بقاء الكلّي بلا حاكم.

وأما لو كان الكلّي الجامع من الأمور التي ليس وضعها ورفعها بيد الشارع

ولو بطريق الكشف كالحیوان، فلا إشكال في جریان استصحاب الكلّي في مرحلة الحدوث من دون حكومة لأصالة عدم الطویل علیه، حتّى مع فرض عدم التعارض، فإنّ هذا الأصل حينئذٍ أصل مثبت، لأنّ ترتّب عدم الكلّي على عدم الفرد ترتّب عقلي. وكذا في مرحلة البقاء، فإنّه لا أصل في السبب يعيّن أحد الأمرين، مع أنّه لو كان لكان أصلاً مثبتاً، فثبت أنّ القسم الثاني من استصحاب الكلّي جارٍ بلا إشكال. ولعلّ مرجع جواب المصنّف - قدّس سرّه - هو الجواب الذي ذكرنا.

ثمّ إنّ المحشّي - دام ظلّه - بعد هذا الاستشكال ذكر أنّه يمكن استصحاب الفرد، ولا حاجة إلى استصحاب الكلّي، لا بأن يستصحب خصوص الفيل أو خصوص البق، بل بأن يستصحب الفرد الواقعيّ المعلوم عند الله، المردّد عندنا بين الفيل والبقر المشكوك البقاء لا احتمال الفيليّة، ثمّ لا ترتّب الآثار الخاصّة لكلّ من الخصوصيّتين، للجهل بتحقيق موضوعها، بل ترتّب آثار القدر المشترك، لتيقنّها على كل تقدير.

فإن قلت: إذا استصحب الفرد الواقعي بعد حدوث المزيل، ثبت أنّه الفيل، فلا بدّ من ترتيب آثاره.

قلت: نعم، الفيليّة ملازمة لتحقيق الفرد في عالم الكون، لكنّ الاستصحاب لا يفيد أزيد من التعلّد بالآثر الشرعيّ للمستصحب، فاثبات الفيليّة به لا يتمّ إلّا على الأصل المثبت.

أقول: استصحاب الفرد في المقام معيوب، إذ معنى استصحاب الفرد المردّد أن يكون المستصحب هو الجزئيّ الخارجيّ الواقعيّ بجميع خصوصياته الخارجيّة، بحيث كانت الإشارة في قولنا: هذا مشكوك البقاء، منتهيةً عند الله إمّا إلى البق

وإما إلى الفيل، غاية الأمر عدم علمنا به، ولا شك أنه لابد أن يكون هذا المشار إليه - سواء هذا الفرد أم ذاك - مشكوك البقاء حتى يستصحب، كما لو علم بوجود شخص في الدار ولم يعلم أنه زيد أم عمرو، فشك في الزمان الثاني في بقائه - سواء كان زيدا أم عمروا - وما نحن فيه ليس كذلك، لأن البق مقطوع العدم، والفيل مشكوك الحدوث، ومشكوكية البقاء بعد الفراغ عن الحدوث، فشيء منها ليس مشكوك البقاء، فالمشكوك البقاء في المقام منحصر في الجامع المجرد في نظر العقل عن جميع الخصوصيات، فثبت صحة استصحاب الجامع وعدم صحة استصحاب الفرد.

وأيضاً حديث ترتيب أثر الجامع على الفرد المستصحب ليس على إطلاقه، وتوضيحه: أن ترتيب الأثر على الجامع يتصور على نحوين: الأول: أن يرتب عليه بلحاظ وجوده الاستغراقي بحيث يتسرى الحكم من الكلّي إلى الأفراد على سبيل الاستغراق، ويصير كل فرد فرد ذا حكم مستقل، نظير العام الاستغراقي، وذلك كقول المولى: أكرم العالم، فإن معناه أكرم كل عالم، نظير قوله أكرم العلماء.

الثاني: أن يرتب عليه بلحاظ صرف الوجود في مقابل العدم الأزلي، بحيث لا يتسرى الحكم إلى الأفراد، بل يُعدّ أجنيباً عنها، فلا يتفاوت الحال بين قلّتها وكثرتها، وذلك كقول المولى: إن كان الإنسان موجوداً في الدار فأعط فقيراً درهماً، فوجوب الإعطاء يدور مدار وجود الإنسان وعدمه، وعلى تقدير وجوده لا يتفاوت الحال بين وحدة الفرد المتحقّق في ضمنه وتعدّده، فاستصحاب الفرد يوجب التعبد بالآثار المترتبة عليه، والآثار المترتبة على الجامع بالنحو الأول، فلمّا كما عرفت يتسرى منه إلى الفرد. مثلاً لو شك في عالمية زيد بعد العلم بها في السابق فيستصحب ويرتّب عليه وجوب الاكرام المعلق على عنوان العالم، فيقال: هذا

عالم بمقتضى الاستصحاب، وكلّ عالم يجب اكرامه، فهذا يجب اكرامه، بالإشارة إلى الشخص.

وكذا لو قال المولى: يجب على الزوج نفقة زوجته، فشكّ في حياة زيد، يستصحب ويرتّب عليه وجوب النفقة المترتب عليه بتوسّط عنوان الزوج.

لكن استصحاب الفرد لا يوجب التعبّد بالأثر المترتب على الجامع بالنحو الثاني، فإنّ الجامع وإن كان عين الفرد في الخارج وفي عالم التكوين، لكنّ الاستصحاب لا يثمر إلّا التعبّد بأثر المستصحب لا شيء آخر أجنبيّ عنه في نظر العقل، وإن كان ملازماً له في الوجود الخارجي أو عينه فيه.

وأما إثبات الجامع بهذا الاستصحاب ثمّ ترتيب أثره عليه، فلا يتمّ إلّا على الأصل المثبت.

فعلم أن ترتيب أثر الجامع باستصحاب الفرد ليس على إطلاقه.

ثمّ إنّنا قلنا - تبعاً للمصنّف قدّس سرّه - بحسب النظر العرفي: إنّ الملك أمر واحد، والجواز واللزوم من أحكامه، لا من خصوصياته المنوّعة أو المقسّمة أو المفردة.

وقلنا أيضاً: إنّ الجواز يتصوّر على نحوين: الأوّل: أن يكون بمعنى جواز فسخ العقد، فيكون حقّاً متعلّقاً به، كما في العقد الخياري. الثاني: أن يكون بمعنى جواز تراّد العينين لا فسخ العقد، فيكون متعلّقاً بالملك، كما في الهبة الجائزة.

لكن للمحشّي الطوسي - قدّس سرّه - هنا كلام ينبغي التعرّض له ببياناه وبيان ما فيه، وهو: أنّه لو كان الجواز واللزوم بمعنى جواز فسخ العقد و عدمه،

فهما في الحقيقة يكونان حكمين متعلّقين بالعقد لا الملك، ولا يلزم إشكال، إذ لا يلزم اختلاف الحكم بدون اختلاف الموضوع، فإن الصيغة مثلاً موضوع وحكمه اللزوم، والتعاطي موضوع آخر وحكمه الجواز. وأما لو كانا بمعنى جواز تراّد العينين وعدمه، فيكونان حكمين متعلّقين بالملك، فلا بدّ من القول باختلاف الملك في الخصوصيّات المختلفة في اقتضاء اللزوم والجواز، فإنّ جعل الموضوع الواحد مورداً لحكمين مختلفين، جزاف يمتنع صدوره عن الحكيم تعالى شأنه، ولا يكفي مجرد اختلاف السبب بدون اختلاف في المسبّب. وأراد بذلك: الإشكال على ما ذكره المصنف - قدّس سرّه - من وحدانية الملك، وكفاية اختلاف السبب في اختلاف حكم المسبب، فصحّحه على الوجه الأوّل، واستشكّله على الوجه الثاني بما ذكر.

ومحصّل ما أفاد - قدّس سرّه -: لزوم اختلاف الملك على الوجه الثاني بالاختلاف التبايني الراجع إلى تعدّد وجوده، وعدم كفاية اختلافه في الخصوصيّة الاعتبارية، كالتسبّب عن السبب الخاص في رفع الجزاف.

وأنت خير بكفايته في ذلك، فيمكن أن يكون الشيء الواحد موضوعاً لحكمين باعتبار عروض صفتين اعتباريتين عليه على التبادل، كما في قول المولى: إن جاءك زيد بمصاحبة عمرو فأكرمه وإن جاءك بمصاحبة بكر فلا تكرمه، فعلم أنّ وحدة الملك مع اختلاف حكمه لا تلازم الجزاف.

وهذا الاختلاف في الصفة الاعتبارية لا يمنع عن استصحاب الفرد، بأن يقال: إنّ الملك المتسبّب عن المعاطاة لم يعلم أنّه متسبّب عن سبب مقتضاه الجواز، أو عن سبب مقتضاه اللزوم، فهو نظير الحيوان المردّد بين البقّ والفيل في

أنَّ أحد احتماليه مقطوع الزوال والآخر مشكوك الحدوث، إذ هذا المقدار من الاختلاف مغتفر في باب الاستصحاب، كيف ولو لم يكن مغتفراً لانسداد باب الاستصحاب رأساً، إذ لا يمكن أن يصير الشيء مشكوك البقاء مع عدم تغيير في ذاته وصفاته أصلاً من جهة من الجهات، فالمستصحب لا يمكن انفكاكه عن مثل هذا التفاوت.

ثم إنَّ المصنّف - قدس سرّه - أقام الدليل على نفي كون اللزوم والجواز من الخصوصيات المأخوذة في الملك، وقال:

(ويدلّ عليه مع أنَّ المحسوس بالوجدان) وبالرجوع إلى العرف، (أنَّ إنشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها) أي الجائزة (على نهج واحد). وبالجمله: فاللزوم والجواز ليسا عند العرف قسمين للملك، (أنَّ اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، فإمّا أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك، أو بحكم الشارع، فإن كان الأوّل كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفة بحسب قصد الرجوع وقصد عدمه، أو عدم قصده) بحيث كان كلّ من اللزوم والجواز دائراً مدار قصده. ولم يتخلّف عنه، (وهو بديهي البطلان؛ إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع وعدمه) وإلّا لزم تخلف العقد عن القصد في كثير من الموارد، فإنّا نقطع بأنَّ إنشاء الملك في البيع بالصيغة والمعاطاة على نهج واحد، فكان اللازم على هذا كونها لازمين، والحال أنَّ الثاني جائز، فيلزم التخلف فيه، وكذا الهبة اللازمة والجائزة.

(وإن كان الثاني لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ) إذ المفروض أنَّ ما قصده العاقد هو الملك المطلق، فحصل بعقده قهراً عليه الملك المقيّد بإحدى الخصوصيتين بجعل الشارع، (وهو باطل في العقود، لما تقدم أنَّ

العقود المصححة عند الشارع تتبع المقصود).

أقول: في هذا الدليل نظر، وتوضيح النظر يحتاج إلى بيان مدرك قاعدة «العقود تابعة للمقصود».

فاعلم أنه قد استفادت هذه القاعدة من قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ وقوله - عليه السلام -: «الصلح جائز بين المسلمين» وغيرهما من أدلة إمضاء العقود، فإن معنى إمضاء البيع مثلاً وترويجه^(١): ترتيب أثره المقصود للمتبايعين عليه، لوضوح أن عدم ترتيب الأثر المقصود وترتيب أثر غير مقصود كعدم الترتيب أصلاً، في كونه جعلاً لفعل المتبايعين فاسداً، أفترى أن يكون عدم ترتيب ضمان كلٍ من العوضين بالآخر - المقصود بالبيع - عليه، وترتيب الضمان بالمثل أو القيمة عليه امضاءً له؟

والحاصل: أنه يستفاد منها أن القاعدة في تمام العقود متابعتها للمقصود، إلا ما خرج بالدليل، وحيث أن فلو كان جعل كل من اللزوم والجواز من فعل المتبايعين، ولم يرتبه الشارع ورتب الآخر، كان ذلك منافياً لتلك الأدلة. وأما لو كان جعلهما بيد الشارع، وكان فعل المتبايعين جعل الملك المطلق فقط، فذلك ترتيب الأثر المقصود وشيء آخر غير مقصود، وهذا غير منافٍ للأدلة، إذ يصدق أن الشارع قد أمضى فعل المتبايعين، فترتب الزيادة غير مضرّ بامضاء فعلهما.

وقد اختار السيد المحمّسي - دام ظلّه - التفصيل بين النوعين من المعاملة والصنفين من نوع واحد، ففي الأول، جعل اللزوم والجواز بيد المالك، كالهبة والبيع، إذ من الواضح أن العرف يجوزون الرجوع في الأول دون الثاني، وفي الثاني

بيد الشارع، كالصنفين من البيع المختلفين في الجواز واللزوم، وهذا المقدار من الاختلاف غير مضر بتبعية العقود للقصود، وعلى فرضه فهو خارج من القاعدة بالدليل.

قلت: أما كون الاختلاف في النوعين من المعاملة بيد العرف، فمسلّم، لكن ليس منوعاً للملك، إذ ربّما يكون ذلك من باب معرفتهم حكم الملك وأنه يجوز الرجوع فيه في الهبة ولا يجوز في البيع، لا من باب معرفة قسمه وأنه ينقسم إلى قسمين: جائز وهو ما يحصل بالهبة ونحوها، ولازم وهو ما يحصل بالبيع ونحوه، فيكون هذا نظير معرفتهم حكم المبيع المعيب وأنه يجوز رده إلى بائعه.

وأما كون الاختلاف في الصنفين من النوع الواحد، كالجواز في المعاطاة بيد الشارع، فيرد عليه أنه إذا سلّمتم خروج هذا القسم من المعاملة عن تحت عموم أدلة الإمضاء - والمفروض أنّ إثبات أصل الملك بواسطتها - فمن أين تثبتون أصل الملك بالمعاطاة مثلاً؟

فإن قلت: إنّنا قلنا بتخصيص هذه الأدلة بالنسبة إلى خصوصيّة الملك، وأما بالنسبة إلى أصله، فلا مانع عن عمومها، فهذا نظير الفرض الثاني من الفرضين اللذين ذكرهما المصنّف - رحمه الله - وهو ما إذا كان جعل للزوم والجواز بيد الشارع، حيث تسلّمت التفكيك فيه بين أصل الملك، وخصوصيّة، بجعل الأوّل من العاقد وإثباته بهذه الأدلة، وجعل الثاني من الشارع وإثباته بدليل خارجي.

قلت: من المعلوم أنّ الصادر من العاقد في المقام إنشاء واحد، وهو إنشاء القدر المشترك الخاص، لا إنشاء، إنشاء القدر المشترك وإنشاء الخصوصية، حتّى يقال بعد الغاء الثاني ببقاء الأوّل تحت العموم، ألا ترى أنه لو أخبر مخبر

بوجود الإنسان في الدار، فظهر أنّ الموجود هو البقر، فلا يقال: إنّ صادق بالنسبة إلى القدر المشترك وكاذب بالنسبة إلى الخصوصية، بل يقال: إنّ كاذب في هذا الخبر. نعم لو أخبر بقضيتين كان مضمون الأولى وجود الحيوان والثانية كونه هو الإنسان، صحّ التفكيك، وهذا بخلاف الفرض الثاني، فإنّ الصادر من العاقد هناك هو إنشاء القدر المشترك المطلق، وكان إنشاء الخصوصية من جانب الشارع ابتداءً، هذا.

والحق ما ذكره المصنّف - قدّس سرّه - من كون اللزوم والجواز من أحكام الملك، لا من خصوصياته المأخوذة فيه، ويشهد به الرجوع إلى العرف، وعلى هذا فالاستصحاب جارٍ هنا بلا إشكال وإن قلنا بعدم جريانه في نحو مثال البقّ والفيل.

وقد استدلّ على لزوم المعاطاة أيضاً بقاعدة: «الناس مسلّطون على أموالهم وأنفسهم» حيث إنّ إخراج أحد المتعاطيين المأخوذ بالمعاطاة عن ملك الآخر بالاسترداد أو الفسخ، من دون رضاه وإطلاعه، منافي لسلطنة الآخر عليه، الثابتة بالقاعدة، وهذا أولى بشمول القاعدة من التصرفات التي تكون المالية معها محفوظة.

واستشكل عليه: بأنّ القاعدة تقتضي أنّ مال كلّ أحد ما دام مالاً له يكون تحت سلطنته، والمفروض فيما نحن فيه أنّ المأخوذ بالمعاطاة يصير بالاسترداد أو الفسخ مالاً لغيره. وبعبارة أخرى: اللازم في المقام على تقدير التأثير تخصيص القاعدة بانتفاء الموضوع لا تخصيصها بانتفاء الحكم مع بقاء الموضوع، فارتفاع الحكم لأجل ارتفاع موضوعه، لا لأجل وجود المخصّص.

وأجيب: بأنّ صيرورته مالاً للغير مترتبة على الفسخ أو الاسترداد، حاصلة بعدهما، فحينها يكون مالاً للمالك، فصدق أنّ الغير جعل مال المالك مالاً لنفسه، بالاسترداد أو الفسخ قهراً عليه، وعرفت أنّ منافاة هذا لسلطنة المالك أشدّ من غيره.

والحقّ أنّ الاستدلال بالقاعدة للمقام غير وجيه، وذلك؛ لأنّ الحكم فيها - أعني: الحكم على المال بكونه تحت سلطنة مالكه - حكم حيثي، لا حكم فعلي في جميع حالات الموضوع.

وتوضيحه: أنّ الحكم في القضية الإنشائية أو الإخبارية تارة يكون ناظراً إلى جميع حالات الموضوع والطوارئ اللاحقة له، ويفهم ذلك إمّا بالقرينة اللفظية، كقولك في جميع الحالات، أو الحالية، فحينئذٍ لو شكّ في ثبوت الحكم للموضوع عند طرؤ حالة عليه، يمكن التمسك في إثباته بتلك القضية، لأنّ المفروض أنّ مفادها ثبوت الحكم للموضوع على جميع التقادير والحالات. وتارة يكون مع قطع النظر عن جميع الطوارئ بحيث يكون مفاد القضية: أنّ الموضوع الفلاني لو خلّي وطبعه ومن حيث هو حكمه كذا، فلا ينافي هذا اتّصاف الموضوع بضدّ الحكم المذكور لأجل القاسر الخارجي، لأنّ فعلية هذا الحكم مقصورة على صورة خلوّ الموضوع عمّا يمنعه عن الجريان على مقتضى طبعه، فحينئذٍ لا يصحّ التمسك بالقضية عند الشكّ في عروض المانع أو منع العارض، وتسمّى تلك القضية قضية حيثيّة، ومثاله في الإنشاءات قوله - عليه السلام -: «لحم الغنم حلال»، فإنّ مفاده أنّه لو خلّي وطبعه ومن حيث هو يكون حلالاً، بحيث لا ينافيه دليل حرمة الغنم المغصوبة أو الموطوءة للإنسان.

ومن هذا القبيل القاعدة المذكورة، فإن مفادها أن المال من حيث إنه مال حكمه عدم جواز إدخال الغير إياه في ملكه من دون رضا صاحبه، فلا ينافيه كون المعاطاة سبباً لجوازه ومانعاً عن هذا الاقتضاء حتى يتمسك في نفيه بالقاعدة. ومثاله في الإخبارات قولك: الرجل خير من المرأة، فإن مفاده أن الرجل من حيث إنه رجل خير من المرأة من حيث إنها امرأة، فلو اتفق كون جميع النسوة في زمان أشرف وأفضل من جميع الرجال لأجل الحيثيات الخارجة، لم يكن منافياً لذلك.

فرع: لو اجتمع عنوانان كان لكلٍ منهما حكم حيثيٌّ وكان الحكمان متضادين، فلا يخلو: إما أن يكون أحد الحكمين اقتضائياً والآخر لا اقتضائياً، بأن يكون أحدهما الإباحة والآخر الوجوب أو الحرمة، أو يكون كلاهما اقتضائياً، بأن يكون أحدهما الوجوب والآخر الحرمة. فإن كان الأول، يقدم الاقتضائي على اللاقتضائي بحكم العقل، لأن المفروض أن أحد العنوانين قد حكم عليه بالإباحة لأجل خلوه عما يقتضي وجوبه وحرمة، فهو لا اقتضاء صرف، والآخر قد حكم عليه بالوجوب أو الحرمة لأجل وجود المصلحة المقتضية للوجوب أو المفسدة المقتضية للحرمة فيه، ولا تعارض بين اللاقتضاء والاقتضاء بالضرورة.

وكذا يكون الفارق هو العقل لو كانا اقتضائيتين ولكن كان أحدهما بالنسبة إلى الخصوصيات الفردية لا اقتضاء، بأن لا يعين دليله خصوص أحد الأفراد، والآخر اقتضاء كما في مورد اجتماع الأمر والنهي مع ثبوت المندوحة، كالصلاة في الدار الغصبية مع التمكن من المكان المباح، فإن وجوب الصلاة وحرمة الغصب وإن كانا اقتضائيتين لكن الأول بالنسبة إلى خصوصية هذا الفرد لا اقتضاء، لإمكان الكفاية عنه بغيره، والثاني اقتضائي، ولا تعارض بين الاقتضاء والاقتضاء الثابتين في الخصوصية الفردية أيضاً بالضرورة.

ومن هنا ظهر ضعف ما ذكره بعضهم: من موازنة مصلحة الواجب مع مفسدة الحرام، وترجيح الأقوى والأهمّ منها الشامل باطلاقه لصورة المندوحة، فإنّ المصلحة وإن كانت أضعاف المفسدة بكثير، لكنّها بالنسبة إلى الخصوصية الفردية لا اقتضاء، بمعنى إمكان إدراكها والتجنّب عن المفسدة الضعيفة في الفرد الآخر.

وأما لو كان كلاهما اقتضائياً بالنسبة إلى الخصوصية الفردية، بأن كان الوجوب متعلّقاً بجميع الأفراد كالحرمة، أو لم يتمكّن المكلف إلّا من الفرد الحرام، فحينئذ لا سبيل للعقل إلى ترجيح أحدهما، بل لابدّ من استفسار الحال من الشرع، فإن دلّ على أقوائية مصلحة الواجب أو مفسدة الحرام في نظر الشارع، وإلّا فالعمل على ما يقتضيه الأصول.

فإن قلت: حيث إنّ المفروض فيما نحن فيه هو الشك في مانعية العارض - أعني: حيثية كون المال مأخوذاً بالمعاطاة - فيمكن التمسك بأصالة عدم المانع في إثبات اللزوم.

قلت: فيكون الحاصل أنّ المال في حدّ ذاته بمقتضى القاعدة مقتضى لثبوت السلطنة، والمانع مفقود بالأصل، فتكون السلطنة ثابتة بالفعل، فالأثر المقصود ترتبه على الأصل المذكور فعلية الحكم الاقتضائي التي هي أثر عقلي لا يتم إثباته به إلّا على الأصل المثبت.

ويمكن أن يستدلّ على اللزوم في المقام بقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) بناءً على أنّ العقد بمعنى العهد، فيشمل المعاطاة، حيث يدلّ على لزوم الوفاء

بجميع العقود التي منها المعاطاة، وعدم جواز تصرف أحد المتعاقدين فيما صار إلى الآخر حتى بعد الفسخ أو التردّد، فيدلّ على عدم تأثيرهما ونفوذهما.

ويمكن الاشكال فيه، ولا بدّ من تقديم مقالٍ لتوضيح هذا الإشكال.

فاعلم أنّ لتخصيص العمومات عند العرف حدّاً فلا يعدّون من ارتكب التخصيص فيها - غير متجاوزٍ عن هذا الحد - لاغياً، فلو قال صاحب البستان المشتل على أنواع الفواكه لغيره: أدخل بستاني وأذنت لك في أكل كلّ ما شئت من الفواكه إلّا التفاح والرمّان، لا يكون كلامه هزواً وهجناً بخلاف ما لو كان المقصود الإذن في خصوص التفاح، أو فيه وفي الرمان، فإنّ اللازم حينئذٍ التصريح باسمهما، فالتكلّم بالعام ثم إخراج الأفراد منه واحداً بعد واحدٍ حتى لا يبقى غيرهما قبيح مستهجن. فلو رأينا في كلمات الشارع عامّاً يوجب حمله على ظاهره، هذا القسم من التخصيص، كان ذلك كاشفاً قطعياً عن أنّه كان في الكلام قيد متصل، فسقط ولم يصل إلينا، أو لم يكن و لكن كان الظاهر غير مراد، بل استعمل في غيره ممّا لا يلزم من إرادته هذا التخصيص المستبشع مجازاً بالقرينة الحالية المختفية علينا، فيصير ذلك سبباً لإجماله وموهوبته من حيث الدلالة وإن كان في غاية الاعتبار من حيث السند، كما في قوله - عليه السلام -: القرعة لكلّ أمرٍ مشكل.

فنقول: إنّ الآية الشريفة من هذا القبيل، فلو حملت على ظاهرها لزم ذلك التخصيص، بل يلزم أن لا يبقى لها مورد أصلاً، أو بقي ولكن كان فرضاً نادراً بحكم العدم، إذ العقود الفاسدة كثيرة، وأمّا الصحيحة فما منها إلّا يجوز ترك العمل بمقتضاه، إمّا بالفسخ كما في البيوع الخياريّة، أو بالاسترداد كما في الهبة وغيرها من العقود الجائزة والمعاطاة على قول كثير، أو بالإقالة كما في جميعها، أو

بالطلاق كما في النكاح، فيمكن أن يكون المراد بها العهود الالهية.

ويمكن أن يقال في دفعه: بأن معنى الوفاء بالعقد هو الجري على مقتضاه، فكل من المتعاقدين يلتزم بشيء في ذمته للآخر، فيصير الآخر ذا حق عليه، ولا يبرأ منه حتى يوفيه ويؤديه، فزمام العقد بيدهما، إن شاء ابقىانه وإن شاء يفسخانه بإقالة، فبالتقابل ينحل العقد وينعدم، فلا يبقى موضوع للوفاء، فلا يكون عدم وجوب الوفاء بعد التقايل من باب التخصيص وقصر الحكم، بل من باب التخصّص وقصر الموضوع.

وكذا عدم الوجوب في العقود الفاسدة، فإنّها أيضاً منحلة، لكن لا بحل المتعاقدين بل بحل الشارع الذي بيده اختيارهما واختيار عقدهما، فإن حل الشارع لم يقصر عن حل المتعاقدين لو لم يكن أعظم منه، ألا ترى أنّه لو عقد مرؤوسان لرئيس واحد وعهدا على أمر فأبطله الرئيس وحله، يكون العقد منحلّاً عند العرف، فخروج هذه العقود عن الآية أيضاً من باب التخصّص لا التخصيص.

وكذا الكلام في العقود المفسوخة بفسخ ذي الخيار؛ فإن الشارع جعل زمام العقد بيده، فيكون حله مستنداً إلى إذن الشارع، فيكون بمنزلة حل الشارع، فينحل به العقد كما ينحل بحل الشارع.

وبالجملة: ففي هذه الثلاثة (أعني: العقود المفسوخة بالتقايل، والعقود الفاسدة، والعقود المفسوخة بفسخ ذي الخيار) ليس في البين عقد حتى يكون واجب الوفاء، بل انهدم وانعدم بعد ما كان في السابق، وصار كأن لم يكن شيئاً موجوداً.

وأما العقود الجائزة كالهبة ونحوها، فلا يبعد أن يقال: بأن استرداد العين فيها سبب مستقل للتملك، نظير حيازة المباحات، فيكون حالها عند الاسترداد كحالها عند انتقال العين إلى مالكة الأصلي بصلح ونحوه، فكما أن الصلح لا ينافي الوفاء بالعقد الأول بل ربّما يؤكّده، فكذلك الاسترداد، فإذا انتقل المال إلى مالكة الأصلي بالاسترداد حصل الانحلال القهري للعقد لا محالة، فخرج هذه العقود بعد الاسترداد أيضاً من باب التخصّص لا التخصيص، فجميع ما زعم كونه تخصيصاً ظهر كونه تخصّصاً.

لكن يرد على هذا البيان إشكال، وهو: أنّه يلزم أن يكون التمسك بالآية في موارد الشك في الصّحة والفساد، وكذا في موارد الشك في اللزوم والجواز تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية، للشك في أنّ هذا العقد هل صار منحلّاً بحلّ الله تعالى أو بحلّ ذي الخيار أو بالاسترداد؟ حتّى لا يكون من مصاديق العام، أم لا حتى يكون منها؟ فإنّ الشك في صدور الحلّ من الله تعالى أو ممّن هو مختار من قبّله، أو كون الاسترداد سبباً للتملك، موجب للشك في صدق عنوان العقد على هذا العقد الخاص وعدمه، فيلزم أن تكون الآية غير نافعة في شيء من المواضع، فإنّ لكلّ عقدّ مقامين يحتاج إثبات كلّ منهما إلى دليل. الأول: الصّحة والفساد، والثاني: اللزوم والجواز، وعرفت أنّ الآية لا تفيد لشيء منهما.

ويمكن أن يقال: إنّ الأحكام الشرعية تتعلّق بها هي مصاديق لموضوعاتها في نظر العرف، فطريق العرف في تشخيص الموضوعات حجة ما لم يظهر من الشرع تخطيطه، فبه ثبت الحكم لكلّ ما أدّى إلى مصداقيّته للموضوع، فإذا نبّه الشارع على خطأ نظر العرف في الحكم بمصدقية شيء، فيصير هذا الشيء بعد

ذلك عند العرف أجنبياً عن الموضوع وخارجاً عنه من باب التخصّص، وإن كان قبل ذلك معدوداً عندهم من أفرادهم، بحيث كان إخراجهم من دون دليل تخصيصاً بلا تخصّص، وغير جائز عند الشرع بمقتضى تحكيمه لطريقهم، مثلاً أكل المازة يكون بمقتضى النظر العرفي من الأكل بالباطل، فإذا نبّه الشرع على أنّه ليس باطلاً بل يكون حقّاً، فيرجع عن اعتقاد دخوله ويبنى على خروجه، فيكون إخراجهم قبل هذا التنبيه من باب التخصيص وبعده من باب التخصّص.

وكذا البيع الربوي، حيث إنّهُ محكومٌ شرعاً بالدخول تحت عموم ﴿أحلّ الله البيع﴾ ويكون خروجه من باب التخصيص، بمقتضى النظر العرفي الحاكم بكونه بيعاً ما لم يثبت تخطّئته من الشرع، وأمّا بعده، فيكون خارجاً من باب التخصّص.

وكذا الكلام فيما نحن فيه، فكلّ عقدٍ ما دام مشكوك الصحة أو اللزوم يصحّ التمسك بالآية على صحّته أو لزومه، بمقتضى النظر العرفي الحاكم بكونه عقداً، فإذا ورد دليل من الشرع على فساده أو جوازه، يكون خارجاً من باب التخصّص لظهور عدم كونه عقداً بالبيان المتقدّم.

ثمّ إنّهُ قد اشتهر الاستدلال بهذه الآية على اللزوم وعدم تأثير الفسخ وفساده.

ويمكن تقريبه بناءً على كون الأمر بالسوفاء ارشادياً، بأن يقال: إنّ مفاد الآية أنّ ما اقتضاه العقود لمّا صار كائناً واقعاً، بحيث لا يزول بفسخٍ أو استرداد، بل يكونان لغوين بلا فائدة وأثر، فلهذا أوفوا بها كأن تعاملوا مع أعيانكم التي نقلتموها بها إلى غيركم معاملة سائر أمواله، واتركوا مخالفة الوفاء، كأن تفسخوها أو تنتزعوا الأعيان من يد هذا الغير بقصد رجوع الملك اليكم، لأنّه لغوٌ.

وأما بناءً على كونه تكليفيًا - كما هو الظاهر بل يمكن أن يقال إنه المتعين - لظهور أن وجوب الوفاء بمثل نذر الفعل كالتصدق وجوب تكليفيّ. ودعوى: إمكان كون الأمر بالنسبة إلى موردٍ تكليفيًا وإلى آخر ارشاديًا، مدفوعة: بأن المولوية في الأمر التكليفي ملحوظة و محفوظة، ولهذا يترتب عليه الثواب والعقاب، وفي الإرشادي غير ملحوظة، بل إنّما لاحظ المولى نفسه كآثارها عقل العبد، ولهذا لا يترتبان عليه، ومن الواضح عدم إمكان الجمع بين هذين اللحاظين في أمرٍ واحد ولو بالنسبة إلى موردين.

فيمكن أن يחדش فيه: بأن غاية ما تدلّ عليه الآية هو وجوب الوفاء وحرمة الفسخ، وقد تقرّر في محلّه أنّ النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد، فيمكن أن يكون الفسخ حراماً مؤثراً، نظير ما لو نهى الوالد عن الفسخ في مورد ثبوته، حيث إنّ الولد عاصٍ به ولكنه صحيح مؤثّر. وكذا لو نذر أن لا يفسخ أو حلف عليه.

ويمكن الجواب أولاً: بدعوى الإجماع القطعي على أنّه كلّما ثبت حقّ الفسخ في موردٍ لم يكن الفسخ فيه حراماً، فحرمة في هذا المقام تدلّ على فساده.

وأما التحريم في الصور المذكورة، فهو عارضي من جهة تلك العناوين الثانوية، لا أصلي من جهة نفس الفسخ.

وثانياً: بأن معنى الوفاء بالعقد هو المشي، والعمل الخارجي الأركاني على طبق القول، ومعنى ترك الوفاء هو العمل والحركة في الخارج على خلافه، فالوفاء بالوعد وعقد الأخوة هو الإتيان بالموعودية وترتيب آثار الأخوة وإتيان لوازمها في الخارج، وعدم الوفاء بهما هو ترك هذا العمل الخارجي، والوفاء بعقد البيع هو

ترتيب البائع آثار سلطنة المشتري للمبيع في الخارج، (أعني: تسليمه إيّاه إلى المشتري بعنوان أنّه ملكه)، وعدم الوفاء هو امتناعه من ذلك أو انتزاعه إيّاه من يد المشتري بعنوان أنّه ملك نفسه، وليس مجرد البقاء على العقد القلبي والالتزام الباطني في عقد وفاء به، ولا مجرد هدمه بل عقد خلافه تركاً للوفاء به، فمن رجع عن عقده القلبي في عقد وعقد خلافه، ثم رجع إلى الأوّل قبل صدور عملٍ منه على طبق العقد القلبي الثانوي، فأهل العرف لا يسمّونه بمجرّد ذلك مخالفاً للعقد.

فُعِلِمَ من ذلك أنّ الآية تفيد حرمة العمل الخارجي على خلاف العقد والقول، لا حرمة الفسخ ورفع اليد عن العقد القلبي حتى يرد ما ذكر.

ثم إنّ الآية تفيد باطلاقها حرمة انتزاع كلّ من المتبايعين ما دفعه إلى الآخر من يد الآخر بعنوان أنّه ملك نفسه دائماً حتّى بعد الفسخ، فيستكشف من ذلك حكم وضعي وهو فساد الفسخ، فإنّه لو كان الفسخ مملّكاً لما كان الانتزاع محرّماً، إذ لا معنى لحرمة انتزاع الملك من يد الغير، فحرمة الانتزاع وعدم ملكيّة الفسخ إمّا متلازمان، فينتقل من الأوّل إلى الثاني كما هو مقتضى القول بمجعليّة الحكم الوضعي مستقلاً، أو الثاني عين الأوّل كما هو مقتضى القول بتبعيّةه للتكليفي.

هذا هو الكلام في الفسخ، ومثله الكلام في التراد، فإنّ الآية تدلّ باطلاقها على وجوب ردّ العين المستردّة إلى الآخر بعنوان أنّه صاحبه، وحرمة إمساكه بعنوان أنّ نفسه مالكة، وهذا معنى فساد التراد، أو ملازم له.

وقد يستشكل على التمسك بالآية في إثبات الزوم: بأنّ الأحكام الشرعيّة تدور مدار موضوعاتها حدوثاً وبقاءً، فيتحقّق الحكم كلّها تحقّق الموضوع وينتهي

كلّما انتفى، ولا شك أنّ الفسخ لو كان مؤثراً كان العقد منحلّاً، فكيف يصحّ التمسك باطلاق «أوفوا» مع الشك في تأثير الفسخ؟ وهل هذا إلّا تمسك بالعام في الشبهة المصدّاقة؟ و التمسك بإطلاق الحكم فرع إحراز موضوعه، وبالجملة: فحال العقد حال الأمر، فكما أنّ الأمر يستمر إلى أن ينسخه الأمر، فينقطع حينئذ استمراره ولا يتمسك بإطلاقه مع اشتباه الحال، فكذا حال العقد بالنسبة إلى الفسخ.

بل يمكن أن يقال: إنّ مفهوم البيع كما يحتاج في حدوثه إلى العقد القلبي والالتزام من الطرفين، فكذا في بقاءه أيضاً يحتاج إلى بقاء العقد القلبي من الطرفين وثباتهما على الالتزام، فمع نكول أحدهما لا يبيع حقيقة، لا أنّه لا يعلم أنّه يبيع أم لا. والجواب: أنّنا لا نسلم كون العقد ممّا يقبل البقاء إن بنينا على أنّ المعاني الإنشائية توجد باللفظ والقصد، فإنّها على هذا توجد بوجود اللفظ والقصد وتنعدم بانعدامهما، وإنّما الباقي هو آثارها فالآية تفيد أنّ هذا المفهوم الآني الحصول إذا تحقّق يجب الوفاء به دائماً - والمفروض في المقام أن تحقّقه مقطوع والشك إنّما هو في ارتفاع حكمه بعد الفسخ - فيتمسك في بقاءه بإطلاق «أوفوا».

وأما إن بنينا على ما اخترناه سابقاً: من أنّها حالات قائمة بالنفس يكشف منها اللفظ أو الفعل كالبناء والالتزام القلبي، فهي وإن كانت ممّا تقبل البقاء إلّا أنّ تعليق الحكم على الموضوع القابل للبقاء يتصوّر على نحوين:

الأوّل: أن يجعل لبقاء الموضوع مدخلاً في بقاء الحكم، فكما يكون حدوثه منوطاً بحدوثه فكذا يكون بقاءه أيضاً منوطاً ببقائه بحيث يكون مرتفعاً بارتفاعه،

وذلك كما في قولك: كلّ كاتب متحرّك الأصابع، فإنّ هذا المحمول يدور مدار الوصف العنواني وجوداً وعدمًا، ففي هذا القسم لابدّ أولاً من إحراز بقاء الموضوع بعد حدوثه ثمّ التمسك في ثبوت الحكم بإطلاق الدليل.

الثاني: أن يجعل بقاء الموضوع ملقى في الحكم بحيث يدور الحكم وجوداً مدار حدوث الموضوع وعدمًا مدار عدم حدوثه من دون مدخلية للبقاء فيه أصلاً، فلا يتفاوت الحال بعد حدوثه بين أن يبقى أو يفنى، وذلك كما في قولك: الماء المتغيّر نجس، فإنّ النجاسة لا ترتفع بمجرد زوال التغيّر على المشهور وإن كان حدوثها منوطاً بحدوثه، ففي هذا القسم لا حاجة إلى إحراز البقاء، لصحة التمسك بإطلاق الدليل لإثبات الحكم عند الشكّ فيه، بل يكفي العلم بأصل الحدوث وإن كان البقاء مقطوع العدم.

فإن قلت: إنّ الظاهر من تعليق الحكم على الموضوع القابل للبقاء هو أن يكون من قبيل الأوّل، ولو تنزّلنا فلا أقلّ من الاحتمال، وهو كافٍ في سقوط الاستدلال، فعليك بإثبات أنّ التعليق في الآية من قبيل الثاني.

قلت: القرينة على كونه من هذا القبيل هو أنّ العاقد ما دام عزمه باقياً وبناءه ثابتاً لا يصدر منه خلاف الوفاء في الخارج حتّى يؤمر بالوفاء، وإنّما يصدر منه ذلك إذا رفع اليد عن عزمه ورجع عن التزامه وبناءه، فحينئذٍ يصحّ أمره بالوفاء، وليس المراد: أنّ خلاف الوفاء لا يعقل انفكاكه عن انحلال العزم القلبي، بل المراد أنّه وإن كان ممكناً مع بقاء العزم لكنّه لا يصدر في الغالب إلّا مع انحلاله، فدلّ هذا على أن ليس المراد بالآية: الأمر بالوفاء والنهي عن خلافه ما دام العزم باقياً والبناء ثابتاً، إذ قد عرفت أنّ التخلف في هذه الصورة قليل جداً

بحيث لا تصلح لورود النهي عنه، بل المراد بها: النهي عن خلاف الوفاء الناشئ عن انهدام العقد وانحلال البناء، فلا تتعرض الآية إلا لصورة انعدام العقد بعد حدوثه فكيف يكون لبقائه مدخل في الحكم المدلول عليه بالآية، فيصير المحصل: أنّ العاقد كلما أراد أن لا يعمل في الخارج على طبق عقده بواسطة ارتفاع بنائه القلبي، فهو مأمور بالمشي على طبقه ومنهي عن ضده.

ثم على الاستدلال بالآية إشكال آخر، وهو: أنها لا تدل على وجوب الوفاء بكل عقدٍ دائماً بل على حسبه، إن دائماً فدائماً وإن مؤقتاً فموقتاً، والمنشئ للملك قد ينشئ الملك الموقت كما في الإجارة، وقد ينشئ الملك آنأماً على سبيل الإهمال كما في البيع، فإن ملكية البائع للثمن والمشتري للمثمن غير مقيّدة بالدوام ولا بزمان معين بالضرورة، فيكون الوفاء بالبيع هو ترتيب آثار الملكية آنأماً، فكيف يستفاد من الآية وجوب الوفاء بالبيع دائماً، حتى يستكشف من شموله لما بعد الفسخ فساد الفسخ وعدم تأثيره.

وتوضيح الجواب عن هذا يتوقف على بيان مقدّمة وهي: أنّ تعلّق الطلب بالطبيعة بحسب مقام الثبوت يكون على أنحاء:

الأول: أن يكون بلحاظ صرف الوجود في مقابل العدم الأزلي، بأن يكون المطلوب مجرد إخراجها عن العدم وإدخالها في الوجود، وذلك كما في قولك: أعطني الماء، حيث إنّ من المعلوم أنّ المطلوب ليس جميع مياه العالم، بل ما يصدق عليه صرف الوجود، ولأزم هذا سقوط الطلب بالمرّة الأولى، لصدق الامتثال والخروج عن عهدة التكليف عليها، فلا يكون الإتيان بعدها امتثالاً.

الثاني: أن يكون بلحاظ الوجود الساري، بأن تكون الطبيعة مع كونها

بلحاظ صرف الوجود مطلوبة بلحاظ كلّ وجود أيضاً مطلوبة، فهي مع كلّ وجود اعتبرت، اعتبرت بصفة المطلوبة لا بدونها، كما أنّ النار بلحاظ كلّ وجود حارة، ولا تعتبر مع وجود بدون هذه الصفة، وذلك كما في قولك: تواضع للعالم، فإنّ من المعلوم أن ليس المراد: أوجد هذه الطبيعة فقط، بل المراد: أوجد كلّ فردٍ فردٍ منها، فهي بلحاظ كلّ وجودٍ مطلوبة بالاستقلال، ولازم هذا ملاحظة الامتثال وعدمه بالنسبة إلى كلّ فردٍ فردٍ.

الثالث: أن يكون بلحاظ عدّة وجودات من حيث المجموع، بأن يكون مورد الطلب ومناط الحكم هو الطبيعة بلحاظ هذا المجموع من حيث المجموع، لا هي بلحاظ صرف الوجود فقط، كقولك: تواضع للعالم، إذا كان بلحاظ خمسة معيّنين من العلماء مثلاً من حيث المجموع، بحيث كان الغرض دائراً مدار تواضع الجميع وجوداً وعدمًا. والفرق بين هذا والوجه الأوسط: أنّ الامتثال وعدمه ملحوظان هناك بالنسبة إلى كلّ فردٍ فردٍ وهنا بالنسبة إلى المجموع.

وأما إنّ أيّ هذه الوجوه هو المستفاد من القضية اللفظية التي علق الحكم فيها على الطبيعة، فالكلام فيه يحتاج إلى بيان أنّ ألفاظ الطبائع والكليات موضوعة لماذا؟

فنقول: المحكي عن السلطان — قدّس سرّه — وقبلة المشهور، أنّها موضوعة للطبيعة المهملة، أعني: المعنى المعرّي عن الاطلاق والتقييد، والوجود ذهنًا وخارجًا، والعدم، بحيث يصلح لكلّ واحدٍ منها، ولهذا لا يكون قولك: الإنسان موجود بديهيًا، ولا قولك: الانسان معدوم، تناقضًا.

ومن الواضح أنّ هذا المعنى الذي لا يقتضي في ذاته وجوداً ولا عدمًا لا

يكون منشأً للأحكام والآثار بالبديهة، فالعقل قاطعٌ بأنَّ هذه المعاني بما هي ليست مرادة في تلك القضايا، بل لابدَّ من كون قيد الوجود في البين حتَّى تقع الطبيعة مقيدة به موضوعاً للمحاولات، وقد عرفت أنَّ تقيّد الماهية بالوجود يتصوّر على ثلاثة أنحاء، ولكنَّ العقل ساكت في هذه المرحلة عن خصوص واحدٍ معيّن منها، بل حاكم بلبديّة الوجود في الجملة، فلا بدّ في إثبات واحدٍ معيّن منها من دليل آخر.

فنقول: ما دام لم يكن في اللفظ قيد، ولم يقم في البين قرينة، وبعبارة أخرى: إذا أحرز مقدّمات الحكمة، فأصالة الإطلاق حاكمة بتعيّن الأقلّ مؤونةً من هذه الوجوه، وهو كون الطبيعة بلحاظ صرف الوجود موضوعاً، فإنَّ أصل الوجود اعتباره مفروغ عنه، واعتبار كلّ من الوجهين الأخيرين لكثرة مؤونتهما يحتاج إلى دلالة زائدة، وأصالة الإطلاق تنفيها، فتعيّن الوجه الأول، ولهذا يتبادر عند العرف من إطلاق القضية هذا الوجه أيضاً.

وربّما يتبادر الوجه الثاني بمساعدة قرينة المقام، كما في قوله تعالى: ﴿أحلّ الله البيع﴾ حيث إنّ المتبادر حلّية جميع البيوع لا بيع ما؛ لكون المقام مقام اللطف والمثنة. ولا يخفى أنَّ المناسب له أن تكون الحلّية متعلّقة بجميع البيوع لا بيع ما أو بيع واحد غير معيّن.

أو بشهادة المناسبة بين الحكم والموضوع، بأن يكون الحكم بحيث ناسب التصاقه بالموضوع مع أي فرد اعتبر، بلا تفاوت في ذلك بين الأفراد أصلاً، كما في قولك: تواضع للعالم، فإنَّ المناسبة بين صفة الوجوب وتواضع العالم تقتضي أن يكون اتّصافه بها بلحاظ وجوده الاستغراقي، لا بلحاظ صرف الوجود في مقابل

العدم الأثري، ولهذا يحكم العرف بحصول الامتثال لكل فرد، ولهذا أيضاً يفهم العرف من قول المولى: **أهين الفاسق**، وجوب إهانة كل فاسق، لا الاكتفاء بإهانة ما لفاسق ما.

إذا عرفت هذا فنقول: إن من باع شيئاً وإن كان لم ينشئ إلا الملكية المطلقة لا المقيّدة بزمان خاص ولا بالدوام، إلا أنه لا شبهة في أن تسليمه العين إلى المشتري يعدّ وفاء، وعدم استردادها منه في الزمان الثاني أيضاً كذلك، وفي الثالث أيضاً كذلك وهكذا، وبالجملّة: ما دام لم يسترجعها يعدّ موفياً بالبيع، فإذا استرجعها في زمان يعدّ من هذا الحين، مخلفاً له، فوجوب الوفاء بالعقد يقتضي أن يكون الوفاء بجميع أفرادهِ ومراتبهِ - بالغة ما بلغت - واجباً، لا أن يكون وفاء ما به كافياً. وبالجملّة: فالآية الشريفة مساوقة لقول القائل بالفارسية (نا مردی نکن وبر طبق گفته خود رفتار کن) ولا شك أن العرف لا يفهم منه الاكتفاء بفرد ما لهذه الطبيعة، بل يفهم أنه ما دام يكون لها فرد يكون الاتيان بها واجباً.

نعم لو لم يكن للوفاء بالعقد في مورد أكثر من فرد واحد، كما لو نذر أن يصوم غداً، فانقطاع الوجوب بعد هذا الحين إنّما هو من باب أن لا يكون للطبيعة فرد آخر، فهو من باب قصر الموضوع لا قصر الحكم.

والحاصل: أن الاستفادة من الآية هو وجوب أن يسلم البائع المال إلى المشتري، ثم لا يسترجعه منه بعد ذلك بعنوان أنه ملك نفسه أبداً، فهي نظير «تواضع للعالم» في استفادة أن الوجوب ثابت للطبيعة بلحاظ وجوده الاستغراقي، لا بلحاظ صرف الوجود من جهة المناسبة الكائنة بينهما المقتضية لذلك.

ومما يستدلّ به على لزوم في كلّ مقام شكّ فيه، قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) ولا بأس بصرف عنان الكلام إلى تركيب الآية الشريفة قبل الخوض في تقريب الاستدلال وما فيه من النقض والإبرام.

فاعلم أنّ اسم «تكون» مستتر فيه راجع: إمّا إلى الأموال، والمعنى إلّا أن تكون أموالاً متجورة بها عن تراض، أو أموالاً مأخوذة عن تراض، وإمّا إلى المقدّر قبله، والتقدير والمعنى: بجهة من الجهات، إلّا أن تكون جهة التجارة عن تراض، أو جهة كائنة عن تراض. والظاهر أنّ قوله ﴿عن تراض﴾ قيد لقوله ﴿تجارة﴾ خرج به ما ليس كذلك، كبيع المكره.

فإن قلت: كيف والمكره راضٍ بالبيع، باعتبار أنّه يتوسّل به إلى دفع ما توجّه إليه من الضرر النفسي، أو العرضي أو المالي، نعم لا يكون راضياً بالبيع لو خلّي وطبعه وبعنوانه الأوّل.

قلت: نعم ولكنّ المراد بالتراضي في الآية رضاً خاصّاً، يعبر عنه في العرف بطيب النفس، جمعاً بينها وبين قوله -عليه السلام-: لا يحلّ مال امرئ إلّا عن طيب نفسه، والدليل على أخصية طيب النفس من مطلق الرضا: أنّ من أكره على شيء لا يقال في العرف: إنّهُ طيّب النفس بالنسبة إلى هذا الشيء، ولكن يقال: إنّهُ راضٍ به بعنوانه الثانوي.

ولا يتوهم أنّ طيب النفس عبارة: عن الرضا بالشيء بعنوانه الأوّل، لأنّه

يصدق على الملجأ أنه أقدم على العمل عن طيب نفس ، مع عدم رضاه به بعنوانه الأولي.

فإن قلت: على ما ذكرت من كون قوله ﴿عن تراض﴾ صفة لقوله ﴿تجارة﴾ يلزم أن يكون مفاد الآية، حصر سبب حلّ أكل مال الغير في التجارة، ومن الواضح عدم الانحصار ، لأنّ إذن المالك أيضاً سبب لحلّ الأكل، فتعيّن أن يكون قوله ﴿عن تراض﴾ خبراً بعد خبر، ليكون مفاد الآية أنّ سبب الحلّ منحصر في سببين: التجارة وطيب نفس المالك، ودخول بيع المكره في عموم التجارة غير مضّرٍ، لأنّه فرد نادر، والغالب المتداول في البيوع صدورها عن طيب النفس، فيمكن تنزيل قوله ﴿تجارة﴾ على الغالب.

قلت: أكل الشخص مال الغير يكون على نحوين: الأول: أن يكون بعنوان أنّه مال مالكة، والثاني: أن يكون بعنوان أنّه مال نفسه، والآية متعلّقة للثاني بقرينة المستثنى، وهذا أيضاً كان المتداول بين الأعراب في زمان الجاهليّة، حيث ينهبون أموال الناس، ويتخيّلونها مال أنفسهم، فمفاد الآية أنّ كلّ أكل مال الغير بعنوان المالية لنفس الأكل باطل حرام، إلّا ما كان سببه التجارة عن تراض، فجميع أقسام أكل مال الناس بعنوان ماليّتهم ليس داخلاً تحت الجملة المستثنى منها أصلاً.

وتقريب الاستدلال: أنّ الآية تدلّ على أنّ جميع أقسام أكل مال الناس بعنوان ماليّة الأكل - بأيّ سبب كان - ليس جائزاً عند الشرع، إلّا قسمًا من هذا الأكل يكون بسبب التجارة عن تراض، فيكون المحصّل أنّ أسباب جواز تملك مال الغير، والتصرّف فيه بعنوان المالكية منحصرة في التجارة عن تراض، فيفيد أنّ

ما سوى التجارة من الفسخ والتراد والقمار، وغير ذلك، لا يكون سبباً لجواز التملك، نعم خرج من هذا العموم الفسخ والتراد في موارد ثبوتها، فهما في غير هذه الموارد داخلان فيه.

ثم إن المصنف - قدس سره - عند الاستدلال على لزوم بقاعدة التسلط، وخبر «لا يحل مال امرئ...» ذكر إشكالاً ثم نبه في هذا المقام على عدم جريانه هنا.

أما الإشكال: فهو أن الحكم يبقى ما دام الموضوع باقياً، والقاعدة تفيد أن مال الناس ما دام مالا لهم يكون تحت سلطتهم، وأما حين الفسخ والتراد، فيحتمل أن يكون خارجاً عن مالتهم، ومع هذا الاحتمال لا مجال للتمسك بالقاعدة، ونظيره الكلام في الخبر، فإنه يفيد أن مال كل امرئ ما دام مالا له، لا يكون لغيره السلطنة عليه، ومع الشك في تأثير الفسخ والتراد في رفع المالية عنه يقع الشك في بقاء الموضوع، ومعه لا مجال للأخذ بعموم الحكم. والجواب عن هذا الإشكال قد تقدّم سابقاً.

وأما وجه عدم جريانه هنا: فهو أن الآية تدلّ على أن مال الناس ما دام مالا لهم، لا يكون لغيرهم تملكه بسبب من الأسباب، إلا بسبب التجارة عن تراض، وهذا صريح في نفي السببية للتملك عن الفسخ والتراد. ولازم هذا أن مالية الغير محفوظة ولا ترتفع بسببها.

نعم لو قلنا: بأن الفسخ إبطال العقد من الأصل، فيكشف عن عدم صيرورة المال مالا للغير من أول الأمر، فمع الشك في تأثيره في إبطال العقد يقع الشك في أصل تحقق الموضوع، وهو مالية المال للغير، لكن هذا القول ضعيف،

والمختار أنه إبطال العقد من حينه.

وعبارة المصنّف - قدّس سرّه - في هذا المقام في جميع النسخ هكذا: (والتوهم المتقدم في السابق جارٍ هنا) و يقيني أنّ لفظة «غير» سقطت من قلمه الشريف، وينادى بذلك التعليل الذي ذكره بعد هذه العبارة بلا فصل، بقوله: (لأنّ حصر مجوّز أكل المال في التجارة إنّما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل، لا لغيره) يعني: أنّ حصر مجوّز أكل المال في التجارة قرينة على أنّ الآية لا تتعرض إلّا لأكل مال الغير بعنوان المالكية له، فمفادها حصر مجوّز هذا القسم من الأكل في التجارة، وهذا يناسب أن يعلّل به عدم الجريان، لا الجريان، كما هو أوضح من أن يخفى.

نعم، هنا إشكال آخر ذكره المصنّف - قدّس سرّه - في مسألة بيع المكره، وهو أنّ دلالة الآية على الحصر ممنوعة، ومعه لا مجال للاستدلال بها في المقام.

وجه المنع: أنّ الاستثناء في الآية منقطع، وهو لا يفيد الحصر.

أمّا الأوّل: فلاّنّ المستثنى فيها هو التجارة عن تراض، وهو حقّ، فليس من جنس المستثنى منه الذي هو أكل المال بالباطل.

وأمّا الثاني: فلاّنّ أداة الاستثناء في قولك: ما جاءني القوم إلّا حماراً مثلاً، لم يخرج من المستثنى منه شيئاً، فإنّ الحمار ليس من القوم، بل إنّما أستعملت في مقام «لكن» فأتي بها لدفع توهم نشأ من سابقه، فإنّ عدم مجئ القوم يوهم عدم مجئ حمارهم، فالكلام مركّب من جملتين مستقلتين خاليتين عن أداة الحصر؛ كما في قولك: ما جاءني القوم لكن جاءني حمارهم، وعبارة المصنّف - قدّس سرّه - في تلك المسألة في وجه المنع هكذا: (لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرغ) والظاهر أنّ قوله

(غير مفرغ) قيد تقييدي، ولازمه إمكان كون المستثنى المنقطع مفرغاً، وهو غير صحيح؛ لأنّ المستثنى المفرغ هو الذي لم يذكر المستثنى منه قبله، بل يقدر قبله عام يعمّه، كما في قولك: ما جاءني إلّا حمار، فالتقدير: ما جاءني شيء إلّا حمار، ولازم هذا أن يكون متّصلاً دائماً.

ويمكن أن يقال: إنّ الاستثناء في الآية متّصل، فإنّ المنساق من هذه العبارة ونظائرها في العرف هو أن يكون القيد تعليلاً للجملة المستثنى منها، لا تقييداً لها، فيكون المستثنى منه في الحقيقة بلا قيد، فيكون معنى قوله: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً﴾ أن شيئاً من أموال الناس لا تأكلوه بوجه أنّه ملككم، فإنّ كلّها أكله بهذا الوجه باطل، إلّا أموالاً اشترىتموها منهم، إذ لو كان المراد بالجملة المستثنى منها: أن أكل مال الغير بهذا الوجه بالباطل غير جائز، لخرجت عن الافادة، وكانت من باب توضيح الواضح.

ويظهر الحال بملاحظة نظائر هذه العبارة في العرف، فمنها قول القائل: لا تسمع من الناس أقوالهم المزخرفة إلّا ما تنتفع به؛ حيث إنّ الاستفادة منها أنّ جميع أقوال الناس مزخرفة، ولهذا لا بدّ أن لا تسمع إلّا أقوالاً ينتفع السامع بها، وإلّا فعدم جواز سماع المزخرفات بكلّيته غير محتاج إلى البيان.

هذا، مع إمكان منع المقدّمة الثانية، وهو عدم إفادة المستثنى المنقطع الحصر، فإنّنا نقطع بأنّ قول القائل: ما جاءني القوم إلّا حماراً، يفيد حصر الجائي في الحمار، وأنّه ليس كجملتين مستقلتين، بل لعلّ الحصر فيه أبلغ من المتصل، حيث إنّ المتكلّم بصدد إفهام أنّه لم يبق شيء من أفراد جنس المستثنى منه إلّا و تلبّس بالحكم المذكور، حتّى إنّ احتياج في مقام الاستثناء إلى التعدي من الجنس إلى غير

الجنس.

وبعبارة أخرى: إنَّ عدم مجئ القوم مثلاً ، لازمه غالباً عدم مجئ متعلقاتهم ومربوطاتهم من الكلب والفرس والحمار وغير ذلك، فإلقاء كلام مذكور فيه عدم مجئهم، بمنزلة القاء كلام مذكور فيه عدم مجئهم مع تمام المربوطات بهم صريحاً، فكما أنَّ استثناء واحد من المربوطات يفيد الحصر في الثاني، فكذا في الأول.

ومن هنا يشترط في صحّة الاستثناء المنقطع أن يكون المستثنى مربوطاً بالمستثنى منه، ولا يكون أجنبياً صرفاً عنه، فيصح قول القائل: ما جاءني القطيع إلّا الكلب، ويستهجّن قوله: ما جاءني البختاريون إلّا حمار رجل من الأعراب، وعلى هذا يكون مرجع المستثنى المنقطع إلى المتصل في اللب.

فهذه الأدلّة التي ذكرناها، مقتضية لكون الملك الحاصل بالمعاطاة لازماً.

لكن أدعي الاجماع على عدم لزوم المعاطاة، وجواز رجوع كلّ من المتعاطين إلى عينه مع بقاء العينين.

ولابدّ لتوضيح حال هذا الاجماع من بيان طرق حجّة الاجماع، ووجوه اعتباره على حسب اختلاف الآراء، فقد اختلفت آراء المتقدمين والمتأخّرين في ذلك حتى افرقوا إلى ثلاث فرق:

فمنهم من ذهب إلى أنّ وجه اعتباره اشتماله على قول المعصوم، وهو الحجّة، وذلك بأن يكون وجوده -عليه السلام- في عداد المجمعين معلوماً، وإن لم يعلم شخصه بعينه، بحيث حصل الاطلاع القطعي على رأيه الشريف من الاتفاق، للعلم بكونه من جملة الآراء، كما لو علم اتفاق جميع الأمة أو جميع علماء الإسلام أو جميع أهل

الحلّ والعقد من أمة محمد ﷺ على رأي في زمان، حيث إنّ من المعلوم أنّ المعصوم -عليه السلام- واحدٌ من هؤلاء في ذلك الزمان، لامتناع خلوّ زمان عن وجوده الشريف، فيحصل الاطلاع القطعي من هذا الاتفاق على رأيه. وعلى هذا، فالميزان والمناط هو الاشتمال على قول المعصوم، فالمشتمل عليه حجة وإن بلغ في القلّة ما بلغ، والخالي عنه ليس بحجة وإن بلغ في الكثرة ما بلغ، ولهذا قال المحقق -قدس سرّه- في المعتبر: لو خلا المائة من فقهاءنا من قوله لم يكن قولهم حجة، ولو حصل في اثنين كان قولهما حجة، انتهى. وإن لم يطلق اسم الإجماع المصطلح إلّا على ما إذا حصل الاتفاق.

وهذا القسم من الإجماع كما يمكن فرضه بسيطاً - كما لو فرض انحصار علماء بلد المدينة في زمان الصادق -عليه السلام- في المائة، فاستفتى رجل لا يعرف الإمام بعينه من تمام المائة، فاتفقوا على فتوى - كذلك يمكن فرضه مركباً، كما لو فرض افتاء خمسين من المائة في المثال بفتوى، وخمسين آخرين بفتوى آخر، غاية الأمر أنّ الثاني يفيد العلم الاجمالي برأي الإمام والتفصيلي بنفي الثالث، وتحصيل هذا القسم من الإجماع وإن كان ممكناً في زمان الحضور كالمثال المذكور، ولكنّه في حال الغيبة قريب من الممتنعات.

وليعلم أنّ العامّة هم أوّل من أسّس هذا الأصل، وقالوا باعتبار الإجماع وأخذوه موضوعاً، وداخلاً في عداد الأدلّة الشرعيّة، واعتمدوا في ذلك على ما رواه عن النبي ﷺ: لا تجتمع أمتي على خطأ.

وأما الخاصّة، فلم يكونوا قائلين بحجّيته بهذا الوجه، لوضوح عدم وجه لذلك، ولكن لمّا لم يقدروا على مخالفة العامّة، ولم يكن بدّ لهم من متابعتهم،

تابعوهم في ذلك، ولكن لم يجعلوه حجة من حيث نفسه، ومن حيث الموضوعية، بل من حيث اشتماله على قول المعصوم - عليه السلام -.

ومنهم من ذهب إلى اعتباره من باب قاعدة اللطف؛ وتوضيحه: أنه متى حصل الاتفاق من جميع أهل عصر واحد على رأي، فإننا نعلم علماً قطعياً بمطابقة هذا الرأي لحكم الله الواقعي، وإلا لزم اجتماع تمام الأمة على الخطأ، وارتفاع الحق عمّا بينهم، ومقتضى اللطف أن لا يتركهم الإمام بهذا الحال، بل يتوسّل إلى إلقاء الحق فيما بينهم بأي وسيلة كانت، لتمكّنه من ذلك ولو بأن يظهر نفسه لذلك بحيث لا يعرفه أحد.

وهذا الوجه أيضاً حسن لو كان مبناه - وهو قاعدة اللطف - صحيحاً؛ فإنّه يحصل العلم عند الاتفاق البسيط في زمان على حكم - مع عدم ظهور الخلاف بعده بفاصلة قليلة بين المجمعين - بكون هذا الحكم حقاً مطابقاً للواقع، كما لو فرض اتفاق تمام أهل العصر على وجوب الدعاء عند الرؤية. وعند الإجماع المركّب من قولين مع عدم حدوث القول الثالث بين المجمعين، بكون الحق دائراً بينهما، غير خارج عنهما، كما لو فرض افتراق تمام أهل العصر إلى طائفتين: قائل بوجوب الدعاء عند الرؤية، وقائل باستحبابه، فيحصل العلم بعدم الحرمة.

لكن القاعدة مخدوشة، لأن مقتضى اللطف هو نصب الإمام بين الرعية، وقد منّ الله تعالى به على عباده في جميع الأزمنة، لكن إذا ساء حال الرعية، وبلغوا في الشقاوة إلى حيث غاب عنهم الإمام خوفاً من أذاهم، فارتفعت بذلك عنهم البركات، وانقطعت عنهم الفيوضات، فليس هذا خلاف اللطف من الله تعالى، بل هو شيء صنعه الرعية بأنفسهم بسوء حالهم، ولا يستند إلّا إليهم، ولا يكون إلّا

من جهتهم. فظهر أنّ اختفاء الحقّ بعد ذلك عن تمامهم في مسألة فرعية أيضاً لا يكون خلاف اللطف، إذ هو ليس بأعظم من سائر الفيوضات المنقطعة عنهم بسوء اختيارهم، فالطريقة المذكورة المنسوبة إلى شيخ الطائفة ومن تبعه، فاسدة بفساد مبناها.

ومنهم من ذهب إلى اعتباره من باب الحدس والكشف عن رضا المعصوم. وتوضيحه: أنّه إذا اتفق جمع كثير وجمّ غفير من العلماء المدققين والفضلاء المتبحرين - مع تشتّت آرائهم وكثرة اختلافهم في المواضع الأخر - في مسألة على رأي واحد، فهذا يكشف كشفاً قطعياً: إمّا عن وصول شيء من الإمام - عليه السلام - في ذلك إليهم ولو بطريق الانتقال من صدر إلى صدر، ضرورة كشف فعل الرعية عن رضا الرئيس. وإمّا عن وجود حجة قطعية وأصل معتبر على ذلك في أيديهم، بحيث لا يقبل الخدشة أصلاً، وإلاّ فمقتضى تشتّت آرائهم وتباين مذاقهم هو حدوث الخلاف فيما بينهم في هذه المسألة أيضاً لولا أحد الأمرين.

وبالجملة: فالعلم حاصلٌ من طريق الحدس بمعذورية العامل على طبق هذا الحكم، وسلامته عن الهلكة وإن احتمل كونه مخطئاً بحسب الواقع، وهذا الإجماع يختلف تحصيلاً حسب اختلاف الأشخاص في سرعة التصديق وبطئه، وحسن الظن بالمجمعين وعدمه، فربّما يحصله شخص من اتفاق ولا يحصله آخر من هذا الاتفاق بعينه.

ولا إشكال في حصول العلم من هذا الإجماع إذا كان بسيطاً، ضرورة أنّه إذا اتفق جمع كثير من أهل التدقيق والشعور من العلماء المتبحرين - المتشتّت مذاهبهم في مسائل كثيرة - على وجوب شيء مثلاً، فيعلم بطريق الحدس أنّ

وجوب هذا الشيء إمّا رأي الإمام أو مؤدّى طريق معتبر واجب الانباع.

وأما إذا كان مركّباً، فإن كان معلوماً من حال كلّ من الطائفتين أنّه لو ظهر خطأ قوله يذهب إلى قول الأخرى، ولا يختار الثالث، فهذا كالإجماع البسيط على نفي الثالث، فيورث العلم بعدمه، وإن لم يعلم ذلك من حالهم، بل كان اتفاقهم على نفي الثالث تقييداً ومن باب الافتاء بضدّه بحيث لو سئل عن كلّ من الطائفتين: هل تحتمل حقيقة الثالث على فرض بطلان مذهبك؟ لقال: نعم، فلا يورث العلم بعدم الثالث، فلهذا لا تعارض مع الأدلّة الدالّة على ثبوته.

إذا عرفت ذلك، فالإجماع فيما نحن فيه من هذا القبيل، إذ كلّ من القائل بالإباحة والقائل بالملك الجائر - لو فرض تصديقه بخطائه وبطلان مذهبه - فلعلّه يذهب إلى الملك اللازم، فنفيه اللزوم إنّما هو من باب الافتاء بضدّه، بحيث يدوم بدوامه ويزول بزواله ...^(١).

وقد يتوهم صحّة الاستدلال على عدم صحّة المعاطاة - فضلاً عن أن تكون لازماً - بالأخبار الدالّة على نهى النبي ﷺ عن بيع المنازلة والملازمة، وبيع الحصاة، بناءً على أحد تفسيريهما، وهو أن يكون المراد ما إذا وقع إيجاب البيع بأحد من هذه الأفعال، أعني: القاء المبيع، أو ملاسته، أو رميه بالحصاة، فإنّها على هذا مشعرة بأن وجه الفساد كون إنشاء البيع بالفعل دون القول.

وفيه مع إمكان أن يكون لهذه الأفعال بخصوصها دخلٌ في الفساد: أنّ هذه الأخبار مجمّلة، فلا يصحّ الاستدلال بها، إذ كما يحتمل أن يراد بها ما ذكر، يحتمل أيضاً أن يراد بها ما إذا قصد تعيين المبيع بهذه الأفعال بعد إنشاء البيع بغيرها،

فوجه الفساد على هذا هو لزوم الغرر، ولا ربط لها بما نحن فيه.

ومما يستدل به على عدم لزوم المعاطاة بل عدم صحتها وعدم فائدة لها أصلاً، قوله - عليه السلام - : «إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» الوارد في ذيل صنفين من الروايات في مقام التعليل.

الأول: ما أورده المصنّف - قدّس سرّه - من رواية خالد بن نجيع أو بُخيج أو حجاج، الواردة في باب بيع ما ليس عندك قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام - : الرجل يبيّثني فيقول: اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا. قال - عليه السلام - : «ليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ» قلت: بلى، قال: «لا بأس به، إنّا يحلّل الكلام ويحرّم الكلام»^(١).

الثاني: روايات المزارعة، منها ما في التهذيب عن ابن محبوب، عن خالد بن جرير، عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله - عليه السلام - : أنه سئل عن الرجل يزرع - أرض رجل آخر - فيشترط عليه: ثلثاً للبذر، وثلثاً للبقر، فقال: «لا ينبغي أن يسمّى بذراً ولا بقرّاً، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك، ولك منها كذا وكذا، نصف أو ثلث، أو ما كان من شرط، ولا يسمّى بذراً ولا بقرّاً فإنّها يحرم الكلام»^(٢).

حيث يفيد حصر المحلّل والمحرم في الكلام، ففي كلّ موردٍ كان المقصود بالعقد أو بالإيقاع، التحليل - كما في عقد النكاح - إنّما يفيد الكلام لا غير، وفي كلّ موردٍ كان المقصود به التحريم - كما في إيقاع الطلاق - إنّما يفيد الكلام لا

١- الوسائل: ج ١٢، باب ٨، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٧٦، ح ٤.

٢- المصدر نفسه: ج ١٣، باب ٨ في أحكام المزارعة والمساقاة، ص ٢٠١، ح ١٠.

غير، وفي كلّ موردٍ يقصد به التحليل والتحريم - كما في عقد البيع - حيث إنّ المقصود تحريم المبيع على البائع، وتحليله على المشتري، إنّما يحصلان بالكلام لا غير، فيفيد أنّ المعاطاة خالية عن الأثر والفائدة.

ثمّ إنّ المصنّف - قدّس سرّه - ذكر: أنّ هذه الفقرة - مع قطع النظر عن صدر الرواية - تحتل وجوهاً أربعة، بعضها تناسب الصدر، وبعضها لا تناسبه.

الأوّل: أن يكون المراد من الكلام اللفظ مع قطع النظر عن معناه، كما هو المتبادر من هذا اللفظ عند الاطلاق، فيكون المقصود عدم كفاية القصد المجرد في التحليل والتحريم بدون أمانة عليه أصلاً، ولا هو مع أمانة غير لفظية، وهذا الوجه وإن استظهره السيّد المحشّي، لكنّه لا يناسب لصدر إحدى الروايتين، لأنّ هذه الفقرة إنّما وردت تعليلاً للجواب.

وعلى هذا الوجه إنّما يناسب التعليل بها لو كان هنا إيجاب بيع، وكان السؤال عن صحّته من حيث وقوعه بغير اللفظ، حتى يقال في الجواب، إيجاب البيع بغير اللفظ باطل، أو إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام، لا فيما إذا لم يكن في البين إيجاب بيع أصلاً، بل كان الواقع هو المساواة كما هو مفروض السائل في الرواية الأولى، أو كان في البين إيجاب بيع ولكن لم يكن السؤال عن صحّته من الحيث المذكور، بل من حيث وقوعه بلفظ خاصّ، كما هو المفروض في الرواية الثانية.

الثاني: أن يكون المراد من الكلام هو اللفظ بملاحظة مدلوله ومعناه، كما يقال: هذا الكلام صحيح أو فاسد، ويكون المعنى: أنّ أنحاء الكلام التي يقصد بسببها النيل إلى غرض واحد تختلف حالها في التحليل والتحريم، يعني إيصال

المتكلم إلى غرضه وعدم إيصاله إليه، فإن المراد التحليل والتحريم الوضعيان، لا التكليفيان، فبعضها محلل وبعضها محرم، ألا ترى أن المرأة تقصد بقولها: متعتك نفسي، وبقولها: آجرتك نفسي أو آجرتك بضعي، شيئاً واحداً، وهو التزويج، ومع ذلك فالقول الأول محلل موصل لها إلى هذا الشيء، والقول الثاني محرم غير موصل لها إليه، ولا يخفى مناسبة هذا الوجه لروايات المزارعة، لأن الإنشاء الخالي عن تسمية البذر والبقر محلل، والإنشاء المشتمل عليها محرم، مع أن المقصود فيهما واحدلاً.

أما الرواية الأولى: فقد ذكر المصنف - قدس سره - أنه لا يناسبها هذا الوجه، إذ ليس هنا مقصود واحد حتى يكون تأديته بكلام محللاً وبآخر محزماً، بل كلام واحد، إن قصد به المقابلة يكون محللاً وإن قصد به مواجهة البيع يكون محزماً.

لكن يمكن أن يقال: إن الغرض هنا أيضاً واحد، وهو ملكية الثوب، فكلام يوصل المتكلم إلى هذا الغرض ولو بطريق المقدمة، وهو ما كان بعنوان المقابلة، وكلام آخر لا يوصله إليه، وهو ما كان بعنوان مواجهة البيع. بل يمكن دعوى: أن هذا المعنى هو المتبادر من أمثال هذه العبارة في العرف، كما يقال: الكلام يُعزَّز ويرفع ويحلل، والكلام يُذل ويخفض ويحقر؛ فإنه يفهم منه أن من تكلم في حضور السلطان مثلاً لأجل أن يحصل له بذلك عزة ورفعة وجلالة عنده، فرب كلام يوصله إلى هذا الغرض ورب كلام لا يوصله إليه بل يوصله إلى ضده.

الثالث: أن يكون المراد أن الكلام باعتبار وجوده محلل، وباعتبار عدمه محرم، أو بالعكس، فالأول كصيغة النكاح. والثاني كصيغة الطلاق، وهذا الوجه في غاية البعد، إذ لا شك أنه إذا قيل: الكلام محلل أو محرم، أو كلامك مضر لي أو

مورث للصداق لي، أو الطهارة شرط للصلاة، أو الحدث مانع عنها، أو نحوها مما علّق الحكم فيه على الطبيعة، فمفاهيم ألفاظ الكلام والطهارة والحدث ونحوها وإن كانت معاني نسبتها إلى الوجود والعدم على السويّة، لكن المتبادر من تلك القضايا: أنّ هذه الأشياء بلحاظ الوجود كذلك.

الرابع: أن تكون اللام في قوله: «الكلام» في الموضعين للعهد، فالأوّل إشارة إلى المقابلة والثاني إلى مواجهة البيع.

ويمكن أن يستظهر هنا وجه خامس، مبنياً على الوجه الثاني، وهو: أن يكون المراد بالكلام هو اللفظ مع مدلوله، بأن يقال: الظاهر من حال السائل أنّه سأل عن بطلان عمله لشبهة نشأت في ذهنه من كون العمل مندرجاً تحت عنوان «بيع ما ليس عندك» فأراد الإمام - عليه السلام -: أن يشرح له عمله بحيث يظهر أنّه لا يكون من مصاديق البيع المذكور، فقال: «أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك» يعني أليس كلامه غير دالّ على الالتزام بشيء من التحليل والتحرير، أعني: البناء والتعهد البيعي، يعني كلّما كان الأمر كذلك فلا بأس بالعمل المذكور، وقوله: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» في مقام تعليل هذا الحكم، ومعناه أن المحلّلية والمحرميّة وصفان خاصّان بالكلام الدال على التحليل والتحرير، فبعد تحقق هذا الموضوع يبحث عن تحقّقهما وعدمه لا قبله، فالبيع هو الكلام الدالّ على التحليل والتحرير، والنكاح هو الكلام الدالّ على التحليل، والطلاق هو الكلام الدال على التحريم، وهكذا سائر العقود، والمفروض في المقام عدم دلالة الكلام على التحليل والتحرير، وكونه من باب المقابلة، فلا يكون بيعاً فضلاً عن أن يكون بيع ما ليس عنده، فلا مجال للشبهة المذكورة، هذا كلّ مع ملاحظة هذه الفقرة

بانفرادها^(١).

وأما بملاحظتها مع سائر أجزاء الرواية: فالوجه الأول لا يناسبها، لأنه كما عرفت إنما يناسب جواباً عن السؤال عن البيع المنشأ بالقصد المجرد أو بالقصد المدلول عليه بغير اللفظ، لا عن المقابلة المذكورة لتوهم كونها من أفراد بيع ما ليس عنده.

وأما الوجه الثاني: فلا يستقيم المعنى معه إذ عليه يكون المحصل أن المقابلة محللة والبيع محرم، وكلاهما فاسد لأن المقابلة لا أثر لها شرعاً، لا وضعياً ولا تكليفاً، وأما البيع، فهو وإن كان محرماً في نفسه بالتحريم الوضعي، لكنه ليس محرماً لشيء، وحرمة التصرف في المبيع ليس من هذه الجهة، بل من جهة كونه تصرفاً في مال الغير، لبقائه على ملك مالكة، لفساد البيع.

وأما الوجه الثالث: فأحد وجهيه - وهو كون الكلام باعتبار الوجود محلاً وباعتبار العدم محرماً أو بالعكس - يكون من البعد بمكان لا يحتمله أحد.

وأما وجهه الآخر، فلا يستقيم المعنى معه، إذ عليه يكون المحصل: أن البيع بعد الملك محلل وقبله محرم، وقد عرفت أن البيع قبل الملك ليس محرماً لشيء.

وأما الوجه الرابع: فالكلام فيه كالكلام في الوجه الثاني، فلا حاجة إلى الإعادة.

١- في الهامش:

بيوسته به روز بحث وتكرار به شب
بی این همه تحصیل خیالی است عجب

تحصيل دوام خواهد وجد وطلب
تقوی وریاضات وعبادات وادب

فتعيّن الوجه الخامس الذي ذكرنا، وهو أن يكون المعنى: أن المحلّ والمحرم وإن كانا غير ثابتين فيما نحن فيه، لكنهما في موارد ثبوتها إنّما يحصلان بالكلام الدال على التحليل والتحریم، فكلّ مورد كان خالياً عن الكلام بهذا الوصف فلا مجال لتوهم كونه مصداقاً للمحلّ والمحرم، والمفروض أن ما نحن فيه كذلك، فلا يكون مصداقاً لبيع ما ليس عنده، ولهذا لا بأس به، فيكون وصف الموضوع الذي هو الكلام محذوفاً، بقرينة دلالة المحمول عليه، لوضوح أنّ الكلام الدال على التحريم لا يصلح للمحلّية، والدال على التحليل لا يصلح للمحرمة، والخالي عن كلتا الدالتين لا يصلح لشيء من المحلّية والمحرمة.

إذا عرفت ذلك، فاعلم أنّ هذه الفقرة لاشتغالها على كلمة «إنّما» المفيدة للحصر في الجزء الأخير، تفيد: أنّ المحلّ والمحرم منحصران في الكلام الدال على التحليل والتحریم، فيكون غيره من المعاطاة ونحوها بلا أثر.

لكن يمكن أن يقال: إنّ هذا المعنى لمّا كان بظاهره فاسداً قطعاً، لوضوح أنّ رضا المالك المستكشف بغير اللفظ محلّ للتصرف في ماله، وكذا إرسال التحف والهدايا محلّ للتصرف فيها، فلا جرم يلزم ارتكاب خلاف ظاهر، إمّا بأن يحمل الكلام على معناه الظاهري، مع التزام التخصيص بالنسبة إلى الموارد المذكورة، وهذا الوجه يلائم مطلب الخصم من عدم صحّة المعاطاة، إذ له أن يقول: إنّّه يقتصر في تخصيص هذا العام بالقدر المتيقن، فيكون عمومها بالنسبة إلى الموارد المشكوكة التي منها المعاطاة بلا معارض.

وإمّا بأن نلتزم بأنّ هذا الكلام مورده أبواب العقود، فعدم شموله لغيرها — كالموارد المذكورة — يكون من باب التخصّص، وهذا أيضاً لا يضرّ بمطلب

الخصم كما هو واضح.

وإما بأن نلتزم بأن ذكر لفظ الكلام من باب المثال، والغرض حصر المحلّل والمحرم في الدال ولو لم يكن أمراً لفظياً، وتخصيص الكلام من بين الدوال بالذكر، لكونه أظهرها وأشيعها. وهذا الوجه مشترك مع الوجه الثاني في كونه تصرفاً في معنى الكلام وصرفاً له عن المعنى الظاهري، لكن على هذا لا دلالة في الخبر على أنّ المعاطاة ليس محللاً ومحرمّاً؛ لوضوح كونها على هذا داخلًا في المحصور فيه، لا خارجاً عنه.

ولهذا يصير الخبر مجملًا، فلا يعارض العمومات الدالّة على صحّة المعاطاة ولزومها، ووجه اجماله كونه ذا احتمالات ثلاثة لا ترجيح لبعضها على بعض. وهذا هو المتعين في ردّ الاستدلال بالخبر، ولا سبيل فيه إلى التمسك في إخراج المعاطاة عن عموم الخبر بالإجماع القائم على إفادتها بالإباحة، إمّا مجردة وإمّا في ضمن الملك، وذلك لإمكان الخدشة في هذا الإجماع، بأن يقال: إنّ الإجماع - بناءً على طريقة المتأخرين من حجته من باب الحدس والكشف عن رضا المعصوم - إنّما ينفع لو لم يحتمل الفقيه خطأ المجمعين من جهة الاستناد إلى قواعد مخدوشة في نظره، إذ مع هذا الاحتمال يتنفي الوثوق الذي هو المناط في الحجّة، والإجماع فيما نحن فيه من هذا القبيل، إذ لعلّ القائل بالإباحة المجردة أستاذ فيها إلى أنّ التملك متضمّن للإباحة، فإذا فسد بقيت الإباحة، وأمّا القائل بالملك، فلعلّه استند إلى العمومات الدالّة عليه. وتوهم كون الخبر مجملًا، غير صالح لتخصيصها. وكلاهما مقطوع الفساد.

أما الأوّل، فلوضوح أنّ الرضا في ضمن التملك مقيد بالملكيّة، فيتنفي

بانتفائها.

وبعبارة أخرى: إنّ المالك لما توهم أنّ المال صار مالاً للمملّك له بسبب التملك، فلا محالة رضي بتصرّفه، لا أنّه راضٍ بالتصرّف في ماله.

وأما الثاني، فلاّنه بعدما كان الخبر واضح الدلالة غير مجمل - كما هو مفروض المجيب - فلا مجال للتمسك بالعمومات، فإذا سقط الإجماع عن الحجّة لذلك، كان مخالفته وتخطئة المجمعين سهلاً.

والإنصاف: أنّ الفقرة المذكورة من حيث المعنى أيضاً مجملة، إذ الظاهر منها هو الوجه الأول - كما لا يخفى - وهو لا يناسب الصدر كما عرفت.

وباقى الوجوه - حتّى الوجه الأخير - لا يفهمه العرف منها - كما لا يخفى - فسقط عن الاستدلال بها رأساً.

قال - قدّس سرّه -: (الظاهر أنّ المراد من مواجهة البيع ليس مجرد اعطاء العين للمشتري).

أقول: الإنصاف أنّ إيجاب البيع يشمل الإيجاب الفعلي، الحاصل في المعاطاة، بأن تكون العين حاضرة عنده حين المقابلة، فيقصد باعطائها إيجاب البيع، نعم لو كان حقيقة في خصوص القولي فقط، أمكن أن يقال: بأنّه لو كان المعاطاة صحيحاً لما كان وجه للاقتصار على ذكر البيع بالصيغة، بل كان اللازم أن يقول مثلاً: ولا تبعها منه باللفظ أو بالاعطاء.

قوله - قدّس سرّه -: (في نسبة الربح إلى أصل المال).

أقول: تعيين مقدار الربح في بيع المربحة يكون على نحوين:

الأول: أن يكون بتعيين نسبته إلى رأس المال كسراً، كأن يقول مشتري الدار

بالمائة مثلاً: بعثك الدار «بده يازده» يعني: بالمائة مع عُشرها.

الثاني: أن يكون بالتصريح بمقداره من دون تعيين نسبته الكسرية إلى رأس المال، كأن يقول المشتري المذكور: بعثك الدار برأس المال مع ربح العشرة.

وتصوير هذين النحويين في البيع بالصيغة، بالذكر في الصيغة، وفي المعاطاة، بالذكر في المقابلة السابقة ثم إيقاع المعاطاة مبنية عليها.

ولازم الأول زيادة الربح ونقيصته بظهور زيادة رأس المال، أو نقيصته بسبب انكشاف خطأ البائع في الإخبار بمقداره. ولازم الثاني عدم ذلك.

ثم إنهم قد اختلفوا في البيع على النحو الأول، فقليل: بكرهته، وقيل: بحرمة، ومستندهم في ذلك أخبار.

منها: مصححة الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «قدم لأبي متاع من مصر، فصنع طعاماً، ودعا له التجار، فقالوا: نأخذه منك «بده دوازده» قال لهم أبي: وكم يكون ذلك؟ قالوا: في عشرة آلاف الفين، فقال لهم أبي: فإنني أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفاً، فباعهم مساومة»^(١).

ومنها: الرواية التي أوردها المصنف، قال - قدس سره - : فإنّ ظاهره على ما فهمه بعض الشراح.

أقول: هذا بيان لوجه الإشعار، وتوضيحه: أنّ المراد بالمراوضة، هو المواصفة والمقابلة، والظاهر من قوله - عليه السلام - : «جعلته جملة واحدة»، جعله كذلك في نفس البيع، وهذا لا يستقيم في المعاطاة، لأنّه إذا وقعت المراوضة والمقابلة على البيع «بده دوازده» مثلاً، ثم وقعت المعاطاة بعدها متّصلة بها، فالظاهر ابتناء هذه

١- الوسائل: ج ١٢، باب ١٤ من أبواب أحكام العقود، ص ٣٨٥، ح ١.

المعاطاة على هذه المرافضة، وهذا بخلاف البيع بالصيغة، إذ فيه يمكن تبديل ما في المرافضة من نسبة الربح إلى أصل المال بجعل الثمن هو المجموع، فلو كان المعاطاة صحيحاً لكان حق الكلام أن يقول مثلاً: فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة، إمّا في نفس البيع إذا كان باللفظ؛ وإمّا في المقابلة التي هو مبتنٍ عليها إذا كان بالإعطاء.

والإنصاف عدم الإشعار؛ لعدم تعارف هذه التدقيقات في هذه الموارد. وأما الرواية الأخيرة، فالكلام فيه هو الكلام في الرواية الأولى فلا حاجة إلى الإعادة.

وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: الكلام في هذا المقام إمّا فيما إذا كان مقصود المتعاطين التمليك والتملك، كما اخترناه سابقاً، وإمّا فيما إذا كان مقصودهما الإباحة، كما اختاره في الجواهر، وعلى الأول، فإمّا أن يقال بتأثير المعاطاة للملك شرعاً، كما هو الموافق للقواعد، وإمّا أن يقال بتأثيرها للإباحة إلى أن يتلف أحد العينين، أو يتصرف فيه تصرفاً مغيّراً للعين، فحينئذٍ تؤثر الملك، فيكون حالها في اشتراط تأثيرها للملك بالتلف، أو التصرف، حال الصرف بالنسبة إلى القبض في المجلس كما هو أحد احتمالي القول بالإباحة. وإمّا أن يقال بعدم تأثيرها للملك، وتأثيرها للإباحة كما هو احتماله الآخر، فهذا هنا أربعة أقوال:

الأول: القول بالملك مع جعل محلّ الكلام ما إذا قصد بالمعاطاة التمليك.

الثاني: القول بالإباحة منجزاً، وبالمملك معلقاً على حصول واحدٍ من التلف

والتصرف مع جعل محل الكلام هو الصورة المذكورة.

الثالث: القول بالإباحة وعدم الملك مع جعل محل الكلام هو الصورة المفروضة أيضاً.

الرابع: القول بالإباحة وعدم الملك مع جعل محل الكلام هو ما إذا قصد بالمعاطاة الإباحة.

وكيف كان، فهل يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر في البيع مما سوى الصيغة - على جميع تلك الأقوال - أو لا يعتبر كذلك؟ أو هنا تفصيل بين الأقوال؟ توضيح ذلك يحتاج إلى الكلام فيه على كل واحدٍ من الأقوال على حدة.

فنقول: أما على القول الأول، فالظاهر بل المقطوع جريان جميع ما علق على مفهوم البيع في الكتاب أو السنة من الأحكام في المعاطاة، ضرورة أنها على هذا القول بيع عرفي، بل هذا هو المستند لهذا القول، حيث تمسك له بآية: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، فالقول باندراجها تحت عموم هذه الآية وعدم اندراجها تحت قوله: نهى النبي ﷺ عن البيع الغرري، أو قوله: البيعان بالخيار، مجازفة صرفة؛ بداهة عدم الفرق بين المقامين أصلاً، فلو كان هنا أظهرية في البيع بالصيغة، موجبة لانصراف المطلق إليه عرفاً، لكان في كلا المقامين. هذا هو الكلام فيما ثبت للبيع من الأحكام بالدليل اللفظي.

وأما ما ثبت له بالإجماع، فيمكن أن يقال بعدم جريانه في المعاطاة؛ إذ المتيقن من هذا المفهوم في كلمات المجمعين هو البيع بالصيغة، لعدم كون المعاطاة بيعاً عند بعضهم.

وأما على القول الثاني: فالكلام فيه كالسابق، إذ هذا القول أيضاً مستلزم

لكون المعاطاة بيعاً عرفياً، غاية الأمر اشتراط تأثيرها للملك بحصول أحد الملزمات، كاشتراط تأثير الصرف له بحصول القبض في المجلس، فحالتها بالنسبة إلى المطلقات الدالة على صحة البيع والمطلقات الدالة على اشتراطه بشيء على السواء.

وبالجملة: فحال هذا القول حال القول الأول، إلا أن هنا سؤالين: الأول: أنه ما الدليل على هذا الاشتراط؟ والثاني: أنه - على فرض تسليمه - ما الدليل على تأثير هذا البيع للإباحة فيما بينه وبين حصول شرطه؟

وأما على القول الثالث: فلا شك أن المعاطاة بيع فاسد، ضرورة أنه ليس معنى الفساد كون الشيء عادم الأثر وبلا فائدة، بل كونه عادماً لأثره المقصود منه، وإن كان موضوعاً لألف أثر آخر. فالبيع إذا لم يترتب عليه ما هو المقصود منه من المبادلة يصدق عليه أنه فاسد، وإن جعله الشارع موضوعاً لأثر آخر كالإباحة فيما نحن فيه - لو قلنا بها - والضمان في البيع الفاسد، وحيث إن من المقرر في محله: أن لفظ البيع اسم للمبادلة الواقعية باتفاق العرف والشرع، وافتراقهما في البيوع الفاسدة - حيث يسميها الأول بيعاً دون الثاني - إنما هو لأجل رؤية الأول إياها مبادلةً دون الثاني، فمخالفة العرف في ذلك للشرع كمخالفة الأحوال لصحيح العين - حيث يرى الواحد اثنين - في أنها ليس من جهة أن مفهوم اللفظ عنده غير مفهومه عند غيره، بل من جهة تطبيقه الكلي على ما ليس فرداً له، لتوهم كونه فرداً بواسطة الأحوالية، فلهذا لو أعلمه الشارع الذي هو مقر بمولويته وصحة نظره: بأن ما توهمه بيعاً لا بيع، يصير معترفاً بذلك، ويعدّ البيع الفاسد بعد ذلك أجنبياً عن البيع.

وبالجملة: فالبيع الفاسد لا يكون بيعاً عرفياً، فكما لا تفيد الأدلة اللفظية الدالة على إمضاء البيع وصحته صحته، بل يكون خارجاً عنها من باب التخصص، فكذا لا تفيد الأدلة اللفظية الدالة على اشتراط البيع بشيء، توقف تأثيره لأثره الذي يكون له بجعل الشارع على استجماعه لشرائط البيع، بل يكون خارجاً عنها أيضاً كذلك، ضرورة عدم الفرق في ذلك بين المقامين أصلاً.

ولو تنزّلنا عن ذلك، وقلنا: بأن البيع الفاسد بيع عرفي، فنقول: إنّ أدلة اشتراط البيع بل كلّ عقد بشرط، إنّها يفيد اشتراط صحته بهذا الشرط، وأنّه لا يقع بدونه بوصف الصحة، وأين هذا من اشتراط أثر جعله الشارع لذات العقد، مجردة عن وصفي الصحة والفساد بهذا الشرط، فهذا الأثر يترتب عليه وإن وقع فاسداً كما هو واضح.

ولو كان استناد هذا القائل في تأثير المعاطاة الإباحة فيما بينها وبين حصول أحد الملزمات إلى أنّ التملك مشتمل على الإذن، وأنّه إذا فسد التملك بقي الإذن، فعدم الاشتراط أوضح، إذ المناط على هذا يكون هو التملك كيفما حصل ولو خالياً عن جميع شرائط صحة البيع.

نعم، لو كان استناده في ذلك إلى الدليل اللبّي، كالأجماع والسيرة، فحيث لا لسان للدليل اللبّي حتّى يتمسك باطلاقه، فمقتضى كون هذا الحكم - أعني: حصول الإباحة بالمعاطاة مع كون قصد المتعاطيين التملك - خلاف الأصل، وأنّه يقتصر فيه على المتيقن، الاكتفاء في حصول الإباحة على صورة استجماع المعاطاة لجميع شرائط صحة البيع ممّا عدا الصيغة.

فإن قلت: يمكن التمسك باطلاق لفظ المعاطاة، الواقع في كلمات

المجمعين، الشامل لصورة الخلو عن الشرائط.

قلت: بل ظاهر كلماتهم هو ما إذا أُخلّ بالصيغة مع كون سائر الشرائط محفوظة.

وأما على القول الرابع: فلا شك في عدم شمول أدلة اشتراط البيع للمعاطاة، لأنها على هذا ليست بيعاً وإنما هي معاملة مستقلة، مفادها الإباحة العوضيّة، فلا بدّ من مراجعة دليل هذه المعاملة، فإن كان دليلها قاعدة التسليم، فيمكن التمسك باطلاق هذه القاعدة لعدم اشتراطها بشيء من شرائط البيع.

ولا يذهب عليك أنّه لا مجرى هنا للإشكال الذي أوردناه سابقاً على التمسك بهذه القاعدة لإفادة المعاطاة المقصود بها التملك للملك، من أنّ القاعدة إنّما تتعرض لحكم اقتضائي - بعد الفراغ عن كون نفس العمل مشروعاً - فمفادها: أنّ العمل لو لم يكن ممنوعاً من قبل نفسه فهو من قبل المالك مجوّز وبلا مانع شرعاً، لا أنّ للمالك أن يعمل في ملكه ما شاء، فموردها صورة عدم المانع، فمع الشك فيه لا مجال للأخذ باطلاقها.

وجه عدم الجريان: أنّه لا شك في أنّ الإباحة الغير المشروطة بإباحة أخرى - سواء وقعت باللفظ أو بالإعطاء أو بالإشارة أو بالكتابة أو غير ذلك - مشروعة ومجوّزة.

وأما في صورة الاشتراط: فكلّ من المالكين قد أباح ماله للآخر، غاية الأمر إنّهُ اشتراطها بالإباحة من الآخر وجعلها بإزائها، فالشرط والمشروط كلاهما مشروع، وليس في البين عمل غير مشروع، فلهذا تنهض القاعدة بإثبات جواز الإباحة المشروطة بإباحة أخرى للمالك، وهذا بخلاف التملك، فإنّ جوازه بغير

اللفظ ولو في صورة عدم الاشتراط بتملك آخر غير معلوم من الشرع، فلا تنهض القاعدة باثبات جواز التملك بغير اللفظ للمالك، لا منفرداً ولا مع اشتراطه بتملك آخر.

وأما إن لم يكن دليلها هذه القاعدة، بأن فرض عدم صحة التمسك بها، وكان دليلها الإجماع أو السيرة، فمقتضى القاعدة اشتراطها بجميع شروط البيع، إذ الأصل في كل معاملة هو الفساد وعدم التأثير إلى أن يثبت المخرج عن هذا الأصل، والمتيقن خروجه عنه في المقام بواسطة الإجماع أو السيرة، هو صورة استكمال جميع شروط البيع، فيبقى الأصل في غيرها سليماً عن المعارض.

ثم هذا كله إنما هو فيما لو كان مقصود المتعاطيين إباحة التصرفات الغير المتوقفة على الملك.

وأما لو كان مقصودهما إباحة التصرفات المتوقفة على الملك خصوصاً أو عموماً، فلا شك أنّ هذا عمل غير مشروع يخالف لما ثبت في الشرع من عدم تجويز هذه التصرفات قبل الملك، فلهذا لا تنهض بإثبات جوازه القاعدة المذكورة، بعد ما عرفت من أنها متعرضة لحيث تصرف المالك، بعد الفراغ عن مشروعية نفس العمل. نعم يمكن إثباته بالاجماع أو بالسيرة لو ثبت، فيلتزم بحصول الملك القهري أنا ما قبل هذه التصرفات، جمعاً بين الأدلة، ويكون مقتضى القاعدة حيثئذ هو الاشتراط، لأنّ هذا الحكم خلاف الأصل - كما هو واضح - فلا يمكن إثباته في أزيد من صورة اجتماع شروط البيع ممّا عدا الصيغة بالدليل اللّبي.

الأمر الثاني: المعاطاة قد تحصل بالإعطاء من الطرفين، كما هو مقتضى

معناها اللغوي، وحينئذٍ فقد يقصد إنشاء التملك، أو الإباحة بالعوض باعطاء المعوض وإنشاء قبولهما باعطاء العوض، فيكون الأخذ من الطرفين خارجاً عن العقد، وقد يقصد إنشاء التملك أو الإباحة بالعوض باعطاء المعوض وإنشاء القبول بأخذه، فيكون إعطاء العوض على وجه الإيفاء بالعقد وأخذه على وجه استيفاء الحق، وقد يحصل بالإعطاء من طرف واحد كما فيما وقع منها على وجه النسبة، وحينئذٍ، فيكون الإيجاب باعطاء المعوض والقبول بأخذه، فهذه ثلاثة أقسام.

لا اشكال في جوازها على القول الأول، ضرورة أن صدق البيع عليها عرفاً على هذا على السواء، فيكون حالها بالنسبة إلى عمومات صحة البيع أيضاً على السواء. وليس لفظ المعاطاة في آية أو رواية حتى يكون مفادها لغةً هو صورة حصول الإعطاء من الطرفين، فتكون غير هذه الصورة باطلة.

وكذا على القول الثاني، إذ على هذا أيضاً يكون صدق البيع عليها عرفاً على السواء، غاية الأمر إن حالها حال بيع الصرف في اشتراط حصول الملكية بها بأمر متأخر الحصول، فتشملها عمومات صحة البيع أيضاً على السواء.

وأما على القول الثالث: فلا شك أن جميع هذه الأقسام على هذا بيع فاسد، ومقتضى الأصل أن لا يكون لها أثر آخر غير ما قصده المتبايعان عند الشرع أيضاً، إلا أنه خرج عن هذا الأصل - بالإجماع أو السيرة - صورة حصول الإعطاء من الطرفين قطعاً، وأما الصورة الأخرى فلم يعلم خروجها، فيحكم فيها بمقتضى الأصل.

لكن الإنصاف: أن السيرة لو سلمت من مدعيها، كما تكون في الصورة

الأولى فكذا تكون في الصورة الثانية بلا فرق.

وأما على القول الرابع: فإن قصد المتعاطيان إباحة التصرفات الغير المتوقفة على الملك، فحيث إنه لا فرق في مشروعية الإباحة بين هذه الأقسام، فيكون شمول قاعدة السلطنة لها أيضاً على السواء.

وإن قصدا إباحة التصرف المتوقف على الملك، فحيث لا فرق في عدم مشروعية ذلك أيضاً بين هذه الأقسام، فهي مشتركة في عدم نهوض القاعدة المذكورة بإثبات جواز أحدها، ولو فرض ثبوت إجماع أو سيرة على إجمال هذه الأقسام، فالمتيقن منهما هو صورة حصول الإعطاء من الطرفين، فيرجع في غيرها إلى الأصل وهو عدم الجواز.

ثم يشكل الأمر في موارد لا تشتمل على إعطاء من أحد الطرفين أصلاً كما تعارف من شرب الماء من موضع السقي ووضع الفلّس في الموضع المعدّ له، ودخول الحمام ووضع الاجرة في الموضع المعدّ لها، بل ما تعارف بينهم من الاكتفاء في معاملاتهم بصرف المقابلة المشتملة على تعيين سعر المتاع والأمر بارسال مقدار معين منه، من دون صدور لفظ دالّ على الإيجاب والقبول أو اعطاء في مجلس المقابلة، بحيث يكون إرسال المتاع إلى صاحب الفلّس وإرسال الفلّس إلى صاحب المتاع بعد انقضاء المجلس بعنوان الوفاء بهذه المقابلة والعمل على طبقها، حيث إنّ تلك الموارد لا يمكن إدخالها في شيء من أبواب العقود من البيع والصلح والاجارة ونحوها، لخلوها عن الإيجاب والقبول رأساً.

ويمكن تصحيحها - مع عدم صدق شيء من تلك العناوين عليها - بأن يقال: لا شك أنّ الظاهر من قوله - عليه السلام -: لا يحلّ مال امرئٍ إلّا عن طيب

نفسه، هو حصول الحلية بمجرد طيب النفس، وأنه لا دخل لأمر آخر في ذلك أصلاً، فإن الظاهر من الاستثناء في كل مقام هو ثبوت نقيض حكم المستثنى منه للمستثنى، إن إثباتاً نفياً، وإن نفيّاً لإثباتاً، وحكم المستثنى منه في المقام هو عدم حصول الحلية، فيكون حكم المستثنى هو حصولها، وليس معنى هذه القضية أنّ لطيب النفس دخلاً في حصول الحلية، وأنه بحيث لا تحصل الحلية بدونها، حتى لا ينافي ذلك، لا اعتبار ألف أمر آخر في حصولها، وإن ذكر ذلك المصنّف - قدس سره - في الرد على من استدلّ بهذا الخبر على صحة العقد الفضولي بلا حاجة إلى حقوق الإجازة فيما إذا قارنه الرضا الباطني من المالك واقعاً.

ألا ترى أنّ معنى قول القائل: لا أجيئك إلا بواسطة زيد، أنّه بعد حصول هذه الوساطة ليس لي حالة منتظرة، غاية الأمر الالتزام باعتبار وجود المظهر في أبواب العقود، للعلم القطعي بعدم كفاية مجرد الرضا الباطني في باب النكاح، فكذا في غيره، فيصير المحصل: أنّ طيب النفس مع المظهر - بأيّ نحو وقع - يفيد الحلية بهذا النحو، فإن وقع على أن يتصرّف في ماله على أن يكون مالاً لملكه يصير حلالاً بهذا النحو، وإن وقع على أن يتصرّف فيه على أن يكون مالاً للمتصرّف إمّا مجاناً أو مع العوض، يصير حلالاً بهذا النحو، وحاصل ذلك هو كفاية المراضاة مع نصب أمانة عليها في حصول المعاملة وإن لم يكن في البين إنشاء تمليك وتملك أصلاً. ولا شك أنّ الأمانة على الرضا من كلّ من المالكين بالمعاملة الخاصة في تلك الموارد قائمة. فثبت أنّ هذه المعاملات صحيحة مع عدم صدق البيع عليها.

الأمر الثالث: لا اشكال في تمييز البائع عن المشتري في البيع بالصيغة، وأنّ البائع هو القائل: «بعت» والمشتري هو القائل: اشتريت أو قبلت.

وأما تمييزهما في المعاطاة، فقبل التكلم فيه لابد من تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري بحسب مقام الثبوت.

فنقول: لا شك أن البائع هو من يملك ماله للغير بالعوض، والمشتري هو من يقبل هذا الفعل، فالفعل الأولي للبائع هو التملك بالعوض، وإن كان يشتمل على التملك ضمناً، والفعل الأولي للمشتري هو القبول والتملك، وإن كان يشتمل على التملك ضمناً.

وأما الكلام في تشخيص مصداق هذين المفهومين في المعاطاة، وأن كلا منهما ينطبق على أي المتعاطيين، فهو أن يقال: أما فيما إذا كان أحد العوضين مسكوكاً والآخر جنساً، فلا شك أن التعارف قاض بأن معطي المسكوك متملك ومعطي الجنس مملك، وهذه الأمانة قوية بحيث يكون عند إعطاء المسكوك قبل الجنس أيضاً قائمة، فلا يقال: باع المسكوك واشتراه بالحنطة، بل يقال: باع الحنطة واشترها بالمسكوك.

وأما فيما إذا كان كلا العوضين مسكوكاً - كما في الصرف - أو جنساً، فهل المعطي أولاً هو البائع والمعطي ثانياً هو المشتري، أو الحال مجهول مع كون أحدهما في الواقع بائناً والآخر مشترياً أو ليس في البين بائع ولا مشتري واقعاً، بل حصل تملكان من المالكين، كل منهما في عرض الآخر، وجوه.

ربما يؤيد الأخير منها أن المتعارف أن المبدل للحنطة بالشعير مثلاً لو سئل عنه: هل بعت الحنطة؟ يقول: «نفروختم بلکه تاخت زدم به جو» وعلى هذا فيكون هذا القسم من المعاطاة معاوضة مستقلة، غير داخلة في شيء من العناوين المتعارفة.

واحتمل المصنّف - قدّس سرّه - أن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين.

وفيه نظراً، لأنّه إن أراد أنّ التملك والتملك قد حصلاً من كلّ واحد، بحيث يكون كلّ منهما في عرض الآخر، فهذا غير ممكن، ضرورة عدم إمكان حصول هذين العنوانين بفعل واحد في عرض واحد.

وإن أراد أنّ كلّاً منهما حصل من كلّ منهما، لكن حصول أحدهما أولاً وبالذات والآخر ثانياً وبالعرض، فهذا حال كلّ بائع ومشتري ولا اختصاص له بالمقام، فما وجه تخصيص هذا الاحتمال به.

الأمر الرابع: المعاطة بحسب قصد المتعاطين تتصوّر على أنحاء، ترتقى إلى ستّة عشر نحواً:

الأوّل: أن يقصد تملك المال بالمال، بأن يكون المالان متقابلين في الملكية.

الثاني: أن يقصد التملك بإزاء التملك، فتكون المقابلة بين التملكين لا المالين.

وجعل المصنّف - قدّس سرّه - ثمرة الوجهين في الإيجاب والقبول، حيث إنّ الإيجاب في الأوّل بإعطاء المعوّض والقبول بأخذه، فلو مات قبل إعطاء العوض مات بعد تمام العقد، وفي الثاني يكون الإيجاب بإعطاء المعوّض والقبول بإعطاء العوض، فلو مات قبله مات قبل تمام العقد.

وفيه نظراً، إذ كما يتصوّر في الأوّل كون القبول بأخذ المعوّض، يتصوّر كونه بإعطاء العوض كما هو واضح.

وأما الثاني فإن كان التملك المجعول عوضاً هو التملك الخارجي بخارجيته، فلازمه عدم تمامية العقد قبل وجوده، فلا محالة يكون القبول بالإعطاء، وإن كان هو التملك بالعهد، فالقبول حينئذٍ بالأخذ لا بالإعطاء؛ إذ التعهد إنما هو بالأول دون الثاني، فإن الثاني خروج عن العهدة، كما هو واضح.

وبالجملة: يكون حال المعاطاة حينئذٍ حال الإجارة، فكما أن هناك يحصل تملك الأجرة والعمل على العهدة قبل حصول العمل، فكذا هنا يحصل تملك المال والتملك على العهدة قبل حصول التملك. فعلم عدم الفرق في ذلك بين الوجهين.

الثالث: أن يقصد المقابلة بين المال والتملك.

الرابع: أن يقصد المقابلة بين التملك والمال.

هذا في المعاطاة المقصود بها التملك من الطرفين، وأما المعاطاة المقصود بها الإباحة من طرف واحد أو من الطرفين، فلها صور متعددة تحصل من ملاحظة كل من التملك وملك المال مع كل من الإباحة والمال في المباحية، ومن ملاحظة كل من الإباحة وإباحة المال مع كل من الإباحة، والمال في المباحية، والمال في الملكية.

وكيف كان، فالمهم بيان حكم تلك الأقسام، فنقول: أما صور المعاطاة المقصود بها التملك من الطرفين: فلا اشكال في صحة الصورة الأولى منها، سواء قصد القبول بالأخذ أو بالإعطاء، لأنها بيع عرفاً فتشملها أدلة صحة البيع.

وأما باقي الصور، فلا اشكال في عدم كونها بيعاً، لأنها ليست مبادلة مال بمال، ولا هبة؛ لأنها ليست تملكاً مجانياً.

نعم لو كان التعويض بنحو الاشتراط لم يناف المجانية، كما في الهبة المعوضة، فتكون حيثئذ من أفراد الهبة، فتشملها أدلتها، ولا صلحاً، لأنها ليس عنوانها الأولي هو التسالم، غاية الأمر كون متعلقه هو التملك بل عنوانها الأولي هو التملك.

وبالجملة: فلا اشكال في عدم شمول أدلة تلك الثلاثة لها، فيمكن التمسك لها بعموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾، بناء على عدم انصرافه إلى العقود المتعارفة. وكذا بعموم: المؤمنون عند شروطهم، بناء على عدم اختصاصه بالشروط في ضمن العقد، وعمومه للشروط الابتدائية.

وأما صور المعاطاة المقصود بها الإباحة من طرف واحد أو من الطرفين، فيشكل الأمر فيها من حيث اشتغالها على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقعة على الملك، فلا بد لتصحيحها من الالتزام إما بشبوت الإباحة الشرعية لجميع التصرفات بسبب الإباحة المالكية، وحصول المالكية القهرية آنأما قبل هذه التصرفات، ومن الواضح عدم دليل على هذه الإباحة الشرعية، وأما قاعدة السلطنة فهي على ما عرفت غير مشرعة.

أو بأن يقال: إن مقصود المبيع من قوله: أبحت لك أن تتصرف في مالي، توكيل المباح له في نقل المال إلى نفسه قبل هذه التصرفات حتى تكون واقعة في ملكه، أو توكيله في إيقاع البيع للمالك ثم نقل الثمن إلى نفسه، أو تملكه ماله لكن من حين إرادة أحد هذه التصرفات، ويكون المباح له بواسطة هذه التصرفات قابلاً لهذا التملك.

والالتزام بواحد من هذه الثلاثة أيضاً غير ممكن، إذ من المعلوم عدم قصد

المتعاطين في تلك الصور لشيء من هذه المقاصد.

هذا ولكن ظاهرهم عدم ورود مثل هذا الاشكال في مثل: أعتق عبدك عني، حيث صححوه بأن استدعاء العتق لما لم يكن صحيحاً شرعاً قبل الملك، فلهذا يكون مفاده بدلالة الاقتضاء: استدعاء التملك ثم العتق، فهذا الاستدعاء تملك والعتق الصادر من المالك بعد ذلك تملك ضمنى، كما أن تصرف ذي الخيار فسخ ضمنى.

وأنت خير بعدم الفرق بين المقامين أصلاً، فلو كان دلالة الاقتضاء في الثاني مسلّمة، فلا بد أن تكون كذلك في الأول أيضاً، فيقال: ترخيص العتق والبيع مثلاً لما لم يكن صحيحاً شرعاً قبل الملك، فلهذا يكون مفاده بدلالة الاقتضاء أحد الوجوه الثلاثة المتقدمة، بأن يقال مثلاً: إن المبيع قد ملك المباح له المال المقيّد بحين إرادة أحد هذه التصرفات بواسطة هذا الترخيص بدلالة الاقتضاء، والمباح له بقبوله لهذا الترخيص قابل لهذا الإنشاء، وليس هذا من التعليق المبطل في شيء، وإنما يكون منه لو كان التعليق في نفس الملكية، لا فيما لو كان في متعلّقها وهو المال، كما ذكره في الوكالة: من أن تعليق نفسها على أمر متوقّع الحصول مبطل لها، وتعليق متعلّقها غير مبطل، وإن كان ولا بد من منع هذه الدلالة في الأول، فلا بد من اطرادها في الثاني، ضرورة عدم تعقّل فرق بينهما، فتخصيص الأول بالاشكال وفرض الثاني سليماً عنه - كما وقع في كلام المصنّف قدّس سرّه - ممّا لا وجه له.

فالكلام في المقام تارة في الاستدعاء المذكور، وأخرى في الإباحة المذكورة.

أما الكلام في الأول: فهو أنّه إن بنينا على أن مفاد قوله: لا عتق إلا في ملك، أنّه لا بد أن يكون من ينسب إليه العتق مالكاً، سواء أجرى الصيغة بنفسه أو

بوكيله، وأمّا المعتق عنه، فيمكن أن يكون غيره، فيكون حال اشتغال الذمة بتحرير الرقبة حال اشتغال الذمة بالدين، فكما يؤثر في رفع الثاني أداء الغير تبرعاً، كذلك يؤثر في رفع الأول تحرير الغير تبرعاً، فالاستدعاء المذكور على طبق القاعدة.

وأما ما ذكروه: من حصول الملك آنأ ما ثمّ الانعتاق في مسألة شراء العمودين، فليس من جهة لزوم كون المعتق عنه مالكا، بل من جهة الجمع بين القاعدتين المسلمتين، ورفع المنافاة عمّا بينهما، أعني: قاعدتي صحة شرائهما، ونفي الملك عنهما بحمل الأول على اثبات الملك آنأ ما، والثاني على نفي الملك المستقر.

وإن بنينا على أنّ معناه أنّه لا يثمر العتق في رفع اشتغال الذمة بالتحرير إلّا في ملك، وأنّ مفاده لزوم كون المعتق عنه مالكا، فحال مسألة الاستدعاء حال مسألة الإباحة بلا فرق؛ فإنّ صحّحنا الأول، بأنّ قول المستدعي: أعتق عبدك عني - لكونه حكيماً لا يصدر منه الكلام الباطل - بمنزلة قوله: ملّكني إياه ثمّ أعتقه عني، فلا بدّ أن نصّح الثاني أيضاً، بأنّ قول المبيع: أبحت لك جميع التصرفات، أو فعله الدال على ذلك - لكونه حكيماً كذلك - بمنزلة قوله ملّكتك هذا المال عند ارادة التصرف المتوقّف على الملك، وإن أبطلنا الأول بمنع الدلالة المذكورة؛ لأنّ الغالب كون المتكلّم غير حكيم، فلا بدّ أن نبطل الثاني أيضاً لذلك.

وإن بنينا على أنّ معناه: أنّه لا بدّ أن يكون من ينسب إليه العتق مالكا للعتق ومن ييده اختياره، سواء كان مالكا للعبد أو وكيله أو مأذوناً من قبله. وأمّا المعتق عنه، فمسكوت عنه، فاستدعاء العتق من مالك العبد عن المستدعي صحيح شرعاً.

والظاهر من هذه الثلاثة هو المعنى الأول. وعليه فقد عرفت أن الاستدعاء صحيح من دون حاجة إلى ما ذكره.

وأما الكلام في الثاني: فيتوقف على بيان الحال في كل من العتق والبيع والوطي، فنقول:

أما العتق: فلا يصحّ من المباح له على الاحتمال الأول، لظهور أنه هو الذي ينسب إليه العتق وليس بهالك.

ولا ينتقض بالوكيل؛ فإنّ الوكيل بمنزلة لسان المالك، فعتقه ينسب حقيقة إلى المالك، وهذا بخلاف المأذون، فإنّ عتقه لا ينسب إلا إلى نفسه.

وأما على الاحتمال الثاني: فلا يصحّ أيضاً إن كان عن نفسه، ويصحّ إن كان عن المالك.

وأما على الاحتمال الثالث: فيصحّ وإن كان عن نفسه، ضرورة أنه صار مالكا للعتق بإباحة المالك.

وأما البيع فإن قلنا: بأنّ مفهومه المعاوضة، ومقتضى المعاوضة دخول كل من العوضين في ملك من خرج عن ملكه الآخر، وأنه لا يعقل تحقق هذا المفهوم بدون ذلك، فبيع المباح له إن كان للمالك يقع صحيحاً للمالك، بمقتضى الاجازة السابقة، وإن كان لنفسه، فهو أمر غير معقول، نعم لو كان في البين دليل خاص قوي على وقوعه للمباح له، فلا بدّ للجمع بين هذا الدليل وتلك القاعدة العقلية من القول بحصول الملك القهري آنأ ما قبل البيع.

وإن قلنا بأنّ المعتبر في مفهوم البيع عدم المجانية وأنّ تملك الولد أو الأخ أو الصديق مثلاً عوضاً أيضاً، فالبيع على أن يكون الثمن لأحدهم لا يكون مجاناً.

نعم إطلاق البيع ينصرف إلى دخول كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر، فحينئذٍ يبيع المباح له لنفسه، صحيح لأنّه من أفراد البيع، والمفروض أنّ المالك قد أذن فيه.

فعلم أنّ قوله: «لا يبيع إلّا في ملك» لا ربط له بالمقام؛ إذ على الأوّل يكون الحكم هو الفساد، للقاعدة المذكورة وإن لم يكن هذا الخبر في البين، وعلى الثاني يكون الحكم هو الصحة لما ذكر، من دون منافاتها لهذا الخبر، لأنّ المأذون من قبل المالك يجوز بيعه بلا خلاف.

ولكنّ المصنّف - قدّس سرّه - مع كون مبناه هو الأوّل قد صحّح بيع البائع الفضولي لنفسه كالغاصب، وحكم بانحلاله إلى قصد البيع الذي حقيقته نقل كلّ من المالكين من كلّ من المالكين الواقعيين إلى الآخر وإلى ادّعاء المالكية، فحكم بأنّ لحق الإجازة يجعله للمالك.

ولا يخفى أنّه لو سلم ذلك، فلا فرق بين ذلك البيع وبين المعاطاة التي يقصد بها إباحة جميع التصرفات، التي منها بيع المباح له لنفسه، فكما ينحل الأوّل فكذا تنحل الإباحة المذكورة أيضاً إلى إباحة أصل البيع وإلى إباحة كونه لنفسه، وكذا ينحل بيع المباح له لنفسه إلى قصد أصل البيع وإلى قصد وقوعه لنفسه، فكلّ من الإباحة والقصد المتعلّقين بوقوعه لنفسه باطل، فيؤخذ بالإباحة والقصد المتعلّقين بأصل البيع، فيقع البيع للمالك بإذنه.

والحقّ: أنّ الانحلال في المسألة الأولى ممنوع، إذ من الواضح أنّ الفضولي المذكور لم يصدر منه إلّا قصد واحد، متعلّق بمتعلّق خاص غير معقول، وهو البيع لنفسه، ولهذا إن تعلّق الإجازة بنفس ذلك، فقد تعلّقت بأمر غير معقول، وإن تعلّقت بالبيع للمالك، فقد تعلّقت بأمر أجنبي عمّا وقع وقصد.

وكذا الكلام في المسألة الثانية، فإن المبيع لم يقصد إلا شيئاً واحداً وهو إباحة بيع المباح له لنفسه، والمباح له أيضاً لم يقصد إلا شيئاً واحداً وهو إنشاء البيع لنفسه، فكلاهما متعلق بامرٍ غير معقول، فيلغيان، فإذا أوقع البيع للمبيع فلا بد من الإجازة الجديدة.

نعم على المبنى الثاني، فمصادق البيع قد تحقق في كلتا المسألتين، فالإجازة اللاحقة المتعلقة بالبيع للفضولي مصححة في الأولى، والإباحة المتقدمة مصححة في الثانية كما مر.

وأما الوطي: فإن قلنا بعدم لزوم الصيغة الخاصة في تحليل وطي الأمة، وكفاية مطلق المراضاة ولو كانت مستكشفة بالأمانة المعاطاتية، فلا إشكال، ضرورة أن التحليل أحد مجوزات وطي الأمة، كما أنه لو قلنا بلزوم صيغة «حللت» فلا إشكال أيضاً في عدم محللية الإباحة المذكورة للوطي.

الأمر الخامس: في جريان المعاطاة في سائر العقود.

ومحصل الكلام فيه أنه لا إشكال في إمكان المعاطاة في سائر العقود كما في البيع ولا في صدق عناوين تلك العقود على ما كان منها بالمعاطاة، كما كان باللفظ بلا فرق، ومقتضى ذلك دلالة أدلة صحة تلك العقود - كالإجارة والهبة والصلح ونحوها - على صحة المعاطاة فيها.

نعم، استثنوا من ذلك عقد النكاح، فحكموا بعدم جريان المعاطاة فيه.

ثم إن أخذنا بالقواعد المتقدمة الدالة على لزوم مطلق المعاطاة، فلا كلام، وإن أخذنا بالإجماع المتقدم على جوازه، فيلزم القول بعدم جريانها في الرهن، لأن الرهن وثيقة في الدين، ومن المعلوم أن تحقق هذا المفهوم متوقف على اللزوم من طرف الراهن، فيدور الأمر بين اللزوم من طرفه وعدم التحقق، ولازم ذلك عدم

تعقل المعاطاة المفيدة للجواز من الطرفين في الرهن.

وتأمل المصنّف - قدّس سرّه - في جريان المعاطاة الجائزة في الوقف، مستنداً إلى أنّ الجواز غير معروف في الوقف من الشارع. ثمّ إنّه - قدّس سرّه - أمر بعد ذلك بالتأمّل، ولعلّه أشار به إلى أنّ مجرد عدم معروفة الجواز غير مضرّ، إذ لا دليل على أخذ اللزوم في مفهوم الوقف، بل يظهر من بعض جعل القبض شرطاً في لزوم الوقف، ومقتضاه كونه جائزاً بعد العقد وقبل القبض، مع أنّ لازم عدم جريان المعاطاة في الوقف أن يكون جميع القناطر والخوانات ونحوها ملكاً للواقف أو ورثته، للقطع بعدم تداول ذكر الصيغة فيها، ووقفيتها أيضاً ممّا لا ينكر.

الأمر السادس: في ذكر الملزمات.

ولابدّ أولاً من تقرير الأصل، فنقول: أمّا على القول بإفادة المعاطاة للملك الجائز، فأصالة اللزوم الثابتة بالوجوه المتقدّمة هي المرجع عند الشكّ في اللزوم والجواز.

لكنّ المصنّف - قدّس سرّه - في بابي الاستصحاب وخيار الغبن من الرسائل والمكاسب قد ردّ على المحقّق الكركي - قدّس سرّه - المتمسّك في باب تلقّي الركبان على فوريّة الخيار بالعموم الأزمانى، لآية ﴿أوفوا بالعقود﴾ وأنّه يقتصر في تخصيصه على أوّل زمان الاطلاع على الغبن - بأنّه لم يؤخذ كلّ زمان في الآية فرداً مستقلاً، بحيث كان كلّ عقد في كلّ زمان موضوعاً مستقلاً لوجوب الوفاء، حتى لو خرج عقد في زمان يكون هو باقياً فيما بعد هذا الزمان تحت العموم، بل الزمان فيها أمر واحد مستمرّ، فليس كلّ عقد إلّا فرداً واحداً، فلو خرج عقد في زمان، فلا يفرق الحال فيه بعد ذلك بين أن يكون داخلياً أو خارجياً، ولا يكون دخوله حفظاً لظهور العام، ولا خروجه تخصيصاً زائداً، فلهذا لا مجرى في هذا العقد بعد

ذلك الزمان، لأصالة العموم، بل يؤخذ باستصحاب حكم المخصّص.

ولا يخفى أنّ هذا الإيراد غير مردود على المصنّف في هذا المقام، حيث تمسك عند الشكّ في اللزوم والجواز بأصالة اللزوم الثابتة بعمومات وجوب الوفاء بالعقد. توضيحه: أنّ المولى إن تعرّض لحال الزمان، بأن لاحظ كلّ جزء منه بلحاظ إجمالي، كما في قوله: أكرم العلماء في كلّ زمان، فلا شكّ أنّ هذا يوجب كون كلّ زمان فرداً مستقلاً، فالتمسك بالعموم عند خروج فردٍ في زمان بعد هذا الزمان جائزٌ.

وإن لم يتعرّض لحاله، فلا شكّ أنّه في نفسه أمر واحد مستمرّ، وحيث إنّ فإما أن يكون مقتضى أصالة الاطلاق هو تعلّق الحكم بالطبيعة، بلحاظ صرف الوجود، وإما أن يكون مقتضاها تعلّقه بها بلحاظ وجودها الساري المستمر باستمرار الزمان، كما في ﴿أحلّ الله البيع﴾ و﴿أوفوا بالعقود﴾ و﴿تواضع للعالم﴾ على ما مرّ الكلام فيه.

وعلى الثاني: فلو خرج فرد في زمان، فإما أن يكون خروجه من أوّل الأمر، أو من الوسط، أو من الآخر، فإن كان من أوّل الأمر كالبيع، حيث إنّ يكون فيه خيار المجلس من أوّله، فهذا يوجب أن يجعل مبدأ الاستمرار بعد هذا الزمان، ولا شكّ أنّ مراعاة ظهور العام يقتضي أن يجعل المبدأ أسبق مهما أمكن، فيكون المرجع عند الشكّ هو العموم، وإذا انقطع الاستمرار من الوسط، فقد وقع التصرف في ظهور العام، فلا يتفاوت الحال بعد ذلك بين ثبوت الحكم في الفرد وعدمه، فلا يصير التصرف بالأوّل أقل، ولا بالثاني أكثر، فيكون المرجع عند الشكّ هو استصحاب حكم المخصّص وإن انقطع من الآخر...^(١).

... فأصل كونه مضموناً وعدم كونه هدرأ معلوم، وأما أنه مضمون بالعوض المَجْعول المسمّى، أعني: العين الموجودة، أو بالعوض الواقعي، أعني: المثل أو القيمة، فغير معلوم. ومقتضى الاستصحاب ضمان الأول؛ لأنه كان عوضاً، فالأصل بقاء عوضيته، وعدم ضمان الثاني؛ لأنه لم يكن عوضاً، فالأصل بقاؤه على عدم العوضيّة. وقد تقرّر في محله أنّ تخالف الأصلين في طرفي العلم الاجمالي سبب لانحلاله، وموجب للتعبّد بأنّ المعلوم الإجمالي ثابت في أحدهما ومنفي في الآخر.

لكن في المقام اشكال، وهو أنّ الشك في أنّ العين الموجودة بدل أم لا، مسبّب عن الشك في جواز رجوع مالکها وعدمه، فإذا استصحب جواز رجوعه، ثبت عدم البدلية تعبدًا، فلا يبقى مورد لاستصحاب البدلية، فيبقى في البين أصلان: استصحاب جواز الرجوع، ومقتضاه عدم بدلية العين الموجودة، واستصحاب عدم بدلية المثل أو القيمة.

لكنّ المصنّف - قدّس سرّه - جعل الأول منهما حاكماً على الثاني، بمعنى أنّه إذا استصحب جواز الرجوع، لم يبق شكّ في بدلية المثل أو القيمة، فلا يبقى مورد لاستصحاب عدم بدليتهما.

ويمكن أن يقال: بأنّ مجرى الأصلين إمّا أن يكونا من قبيل الموضوع والأثر، بمعنى أنّ أحدهما موضوع والآخر أثره، وحيث إنّ فلا شك أنّ الأصل الجاري في الموضوع رافع للشك عن الأثر، فالعالمية المشكوكة لو استصحبت، لم يبق شك في وجوب الإكرام. وكذا لو استصحب الطهارة المشكوكة في الماء، لم يبق شك في طهارة الثوب النجس المغسول به. وكذا لو استصحب جواز الرجوع المشكوك لم يبق شكّ في عدم بدلية العين الموجودة.

وإما أن يكونا من قبيل سبيين، نعلم بثبوت أحدهما وعدم اجتماعهما، ولازم هذا العلم أنه لو كان أحد هذين السبيين معلوم الانتفاء، كان الآخر معلوم الثبوت، لا أن هذا الثبوت أثر شرعي لذلك الانتفاء. ومن المعلوم أن الاستصحاب يفيد التعبد بالآثار الشرعية لمجرأه، لا بلوازمه التي تكون معه في عرض واحد إلا على الأصل المثبت وإن كان لو حصل العلم بالملزوم حصل العلم باللازم.

وذلك كاستصحاب عدم التكليف، حيث لا يلزم منه ثبوت الإباحة، لأن قضية مضادة الأحكام الخمسة، وعدم خلوّ الواقعة عن أحدها، هو ثبوت الإباحة عند فقد الأربعة الأخر، لا أن ثبوت الإباحة أثر شرعي لفقدها.

وكذلك ما نحن فيه، فإن قضية العلم الإجمالي بأحد الأمرين من ضمان العوض الحقيقي، وضمان العوض الجعلي وعدم اجتماعهما، هو ثبوت الأول عند فقد الثاني، لا أنه من آثاره الشرعية. فثبت أن أصالة الجواز، التي أثرها الشرعي عدم ضمان العوض الجعلي، لا تكون حاكماً على استصحاب عدم ضمان العوض الحقيقي؛ وإنما يكون كذلك، لو كان ثبوت ضمان العوض الحقيقي أثراً شرعياً لعدم ضمان العوض الجعلي، نعم لو ثبت ذلك بالدليل لا بالأصل، كما لو فرض دلالة قاعدة التسليط على تسلط مالك العين الباقية على الرجوع، فحينئذ لا بدّ من الالتزام بثبوت ضمان العوض الحقيقي وطرح استصحاب عدمه.

ويمكن أن يقال: إنه لا محل لأصالة الجواز في العين الباقية، لأن معنى الرجوع فيها هو سلب الإباحة العوضية عنها، وهذا المفهوم لا يتحقق إلا بسلب الإباحة عن مقابلها وهو التالف.

وليس المراد بالرجوع في العين الباقية استردادها منفرداً، بل استردادها من حيث البدلية المتوقف على ردّ مقابلها، فالاعتدار عليه يتوقف على الاقتدار على ردّ

مقابلها.

وبعبارة أخرى: الرجوع هنا بمعنى التراجع فسلب الإباحة عن العين الموجودة يتوقف على إمكان سلبها عن التالف، وإمكان سلبها عن التالف يتوقف على إمكان إثباتها فيه، وهو غير ممكن، لأن الإباحة حكم تكليفي يقتضي موضوعاً مقدوراً، فبسبب التلف ينتفي الاقتدار على سلب الإباحة عن التالف، فينتفي بسببه الاقتدار على سلبها عن الموجود. وهذا بخلاف ما إذا كانت المعاوضة في الملكية فتلف أحد العوضين؛ فإنه يمكن لمالك التالف الرجوع، لإمكان اعتبار ملكية التالف له أنا ما يرجع إلى بدله.

والحاصل: أنه يمتنع إجراء أصالة الجواز التي هي حاكم على استصحاب ضمان العوض الجعلي، فيرجع إلى العلم الحاصل بأن التالف ليس بلا ضمان، لأن مال المسلم محترم، وحرمة ماله كحرمة دمه، وهذا الضمان المعلوم مردّد فيما نحن فيه بين العوض الجعلي والعوض الحقيقي.

وقد عرفت أن مقتضى الأصل في الأوّل ثبوت الضمان، وفي الثاني عدم ثبوته، وطرح الأصلين في طرفي العلم الإجمالي إنّما يلزم لو كان العمل بمضمونها مؤدياً إلى مخالفة العلم الإجمالي القبيحة عقلاً كما في أصالة الطهارة في كل من الانائين المعلوم نجاسة أحدهما فإنّ الطرح حيثئذٍ لازم لأنّ العمل بأحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح، وإما لو لم يؤدّ إلى ذلك، كما لو كان الأصل في أحد الانائين المذكورين هو الطهارة، وفي الآخر النجاسة، وكما في المقام حيث إنّ الأصل في العوض الجعلي هو الضمان، وفي العوض الحقيقي عدمه، فحيثئذٍ لا مانع من العمل بهما.

ثم إنّ المصنف - قدّس سرّه - بعد الحكم بحكومة أصالة الجواز على أصالة

ضمان العوض الحقيقي. قال - قدس سره - يعني مع الغض عن أصالة الجواز فحيث (إنّ ضمان التالف ببذله معلوم، إلّا أنّ الكلام في أنّ البذل هو البذل الحقيقي، أعني: المثل أو القيمة، أو البذل الجعلي، أعني: العين الموجودة، فلا أصل) في شيء من الطرفين، لثبوت العلم الإجمالي المذكور. لكنّك عرفت أنّ العمل بهذين الأصلين حيث لم يؤدّ إلى مخالفة العلم الاجمالي، فلا مانع منه. هذا كلّ هو الكلام في الإباحة المالكية عند التلف.

وأما الإباحة الشرعية: فإن قلنا بالأوّل إلى البيع، فالكلام فيها عند التلف هو الكلام في الملك الجائز من أوّل الأمر، فالمرجع عند الشك أصالة اللزوم، سواء كان العينان باقين أم تالفين، أم كان أحدهما باقياً والآخر تالفاً.

وإن قلنا بعدم الأوّل، وأنّ الملكية المتأخّرة على خلاف الأصل، فإن كان إحدى الإباحتين غير مربوطة بالأخرى شرعاً، فالمرجع عند الشك هو أصالة الجواز، فيرجع المالك في صورة بقاء العين إلى نفسها، سواء كانت العين الأخرى باقية أم تالفة، وفي صورة تلفها إلى بدلها كذلك، فإنّ الإباحة الشرعية لا تمنع عن الضمان، وإن كان إحداها مربوطة بالأخرى وبإزائها، كما هو الظاهر، فالكلام فيها هو الكلام في الإباحة المالكية في أنّ جريان أصالة الجواز مختصة بصورة بقاء العينين، وأنّه لا محلّ لها مع تلف إحداها، فيكون الباقي بعد ذلك هو العلم الإجمالي بضمن التالف، إمّا ببذله الحقيقي، وإمّا ببذله الجعلي، ومقتضى الأصل ثبوت الضمان في الأوّل، وعدمه في الثاني، فيعمل بكلا الأصلين.

قال - قدس سره -: ولو كان أحد العوضين ديناً إلى قوله: (لأنّ الساقط لا يعود).

أقول: قد يبحث عن جواز ولزوم هذا القسم من المعاطاة من جهة القواعد،

وقد يبحث عنهما من جهة إمكان الترادّ وعدم إمكانه.

أمّا الكلام في الأول، فهو أنّه لا شكّ أنّ القدر المتيقّن من الخروج عن تحت قاعدة اللزوم هو صورة كون العوضين عيّنين، فتبقى صورة كون أحدهما ديناً تحت القاعدة من أول الأمر.

أمّا الكلام في الثاني، فهو: أنّه كما يمكن نقل السلطنة على الدين من الدائن إلى المدين، كذلك يمكن نقلها من المدين إلى الدائن ثانياً، فليس دينيّة العوض كتلفه، فأصالة الجواز - لولا العمومات - ثابتة، لثبوت موضوعها، لا أنّها منفية لانتفائه.

قوله - قدّس سرّه - (فافهم).

أقول: لعلّه إشارة إلى أنّ الحكم بكونه كالتلف على هذا القول أيضاً ليس على إطلاقه؛ لأنّه إن تصرف المباح له في الدين تصرفاً متلفاً، كالإسقاط والحوالة والنقل، فحيثنّ يكون كالتلف، فتكون العين الموجودة بدلاً عن التالف بمقتضى استصحاب بدليّته، ولا مجرى لأصالة الجواز ليكون حاكماً عليه، وإن كان تصرفه هو الإبقاء فحيثنّ يمكن الترادّ، ولا مانع من استصحاب الجواز.

قوله - قدّس سرّه - (لامتناع الترادّ).

أقول: قد عرفت أنّه ليس المراد بالترادّ هو الترادّ الخارجي حتى يكون غير ممكن مع التلف، بل الترادّ في الملك، وهو ممكن معه، فيمكن هنا اعتبار ملكيّة المبيع من حيث كونه تالفاً للمالك الأصلي، ليرجع إلى عوضه وإن كان من حيث كونه موجوداً، ملكاً للمشتري؛ لكنّ العمومات مقتضية لعدم جواز الترادّ هنا، إذ المتيقّن من مخالفتها هو صورة عدم طريان النقل والانتقال على شيء من العيّنين.

ثمّ لو رجع العين إلى ملك البائع بسبب الفسخ، فهل يعود جواز الترادّ

أو لا؟ احتمال كلاً منهما المصنّف - قدّس سرّه - من أنّ الترادّ بعد الفسخ ممكن، فيستصحب جوازه، ومن أنّ الشك في جواز الترادّ هنا ناشئ عن الشك في الموضوع، إذ لا نعلم أنّ موضوع جواز الترادّ الثابت قبل البيع، هل هو العين المملوكة لمن انتقلت إليه بالمعاطاة مطلقاً، سواء لم تخرج عن ملكه أو خرجت وعادت حتى يكون ثابتاً بعد الفسخ، فيكون حكمه وهو جواز الترادّ أيضاً ثابتاً، أو هو العين المذكورة بشرط أن لا تخرج عن ملكه حتى يكون مرتفعاً بعد الفسخ، فيكون حكمه أيضاً مرتفعاً، فالمستصحب، أعني: جواز الترادّ مقطوع البقاء على تقدير أن يكون موضوعه العين المطلقة، ومقطوع الارتفاع على تقدير أن يكون هو العين المقيدة، وقد تقرّر في محله أنّ إحراز الموضوع لا بدّ منه في الاستصحاب، بمعنى اتّحاد موضوعي القضيتين المقطوعة والمشكوك.

ثمّ قوّى - قدّس سرّه - الوجه الثاني، أعني: عدم احراز الموضوع في هذا الاستصحاب، مستنداً إلى أنّه لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز الترادّ بقول مطلق.

ثمّ إنّ السيد المحشّي - دام ظلّه - أورد على الوجه الأوّل، أعني: استصحاب جواز الترادّ: بأنّه لا وجه لهذا الاستصحاب، إذ المفروض سقوط الجواز بنقل العين، فبعد العود، الأصل بقاؤه على السقوط إلّا أن يقال: إنّ العود بالفسخ يكشف عن عدم سقوطه بالنقل. وهو كما ترى. وبالجمله، فالمستصحب مقطوع الزوال والانقطاع.

لكن يمكن أن يقال: إنّ الاستصحاب هنا تعليلي ...^(١).

قال - قدّس سرّه -: (السابع: إنّ الشهيد الثاني - قدّس سرّه - ذكر في

المسالك وجهين) إلى قوله: (والظاهر أن هذا تفريع على القول بالإباحة).

أقول: لعل مراد الشهيد - قدس سره - أن الظاهر من أدلة خياري المجلس والحيوان - حيث إن مفادها «أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»، وأن «صاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام» - هو أن هذين الخيارين ثابتان في البيع الذي يكون مبناه على اللزوم لولاهما، فلهذا لا يجريان في المعاطاة على القول بالإباحة، سواء قلنا بأنها بيع عرفي فاسد شرعاً، أم قلنا: بأنها بيع عرفي صحيح شرعاً، وأن التلف أو التصرف فيها كالقبض في المجلس في الصرف والسلم، لاختصاص هذين الخيارين بالبيع الصحيح شرعاً، والمعاطاة على تقدير كونها كذلك يكون مع قطع النظر عنهما جائزة. فلا تشملها أدلتهم، وجعل مبدأ الخيارين فيها من حين حصول التلف أو التصرف، مناف لظاهر أدلتهم من كون مبدئهما من أول زمان المبايعة.

وأما خيار العيب والغبن، فمقتضى قاعدة الضرر المثبتة لهما جريانها في المعاطاة على كلا القولين فيما إذا ظهر العيب أو الغبن بعد حصول التلف أو التصرف، فإن الصبر على المعيوب أو المغبون فيه حينئذٍ ضرر، لا فيما إذا ظهر قبل ذلك.

نعم دليل التخيير بين الرد والارش في خيار العيب لا يشمل المعاطاة على الأول، لاختصاصه بالبيع الصحيح شرعاً، ويشكل على الثاني، لاحتمال انصرافه إلى البيع المبني على اللزوم.

الأمر الثامن: أعلم أن الفقهاء ذكروا لصيغة البيع شروطاً، كالعربية، والصحة مادة، وإعراباً، وتقدم الإيجاب على القبول، إلى غير ذلك مما يأتي إن شاء الله تعالى، ومرادهم أنها شروط للصحة لا للزوم.

ثم إنَّ المشهور ذكروا عقيب هذا المبحث مسألة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، ولفظ العقد الفاسد في كلامهم ناصٌّ في الفاسد من جهة اختلال شروط الصيغة، فإنَّ مقتضى الاتصال بهذا المبحث كونه إمَّا خاصاً به، وإمَّا شاملاً له ولغيره، ومع الغض عن ذلك، فهو ظاهر فيه بمقتضى الإطلاق.

وظاهر المحقّق والشهيد الثانيين كون الصيغة المختل بعض شروطها معاطاة، فيكون كلامهما مناقضاً لمقالة المشهور، إذ مقتضى الأوّل هو الضمان بالعوض الجعلي، ومقتضى الثاني هو الضمان بالمثل أو القيمة.

وتحقيق المقام: أنّه إن قلنا بأنّ تلك الشروط ليست شروطاً أصلاً، وأنّ الصيغة الفاقدة لجميعها بيع صحيح بمقتضى الإطلاقات السليمة عن المعارض ولازم بمقتضى القواعد المتقدّمة كذلك، فلا حاجة لنا إلى البحث في هذا المقام.

وإن قلنا باشتراط الصحّة بالجميع أو بال بعض. فإن بنينا على إفادة المعاطاة للملك الجائز، فلا معنى لجعل الفاقد لبعض تلك الشروط من هذا الباب، لمكان التنافي بين جعل الشرط شرطاً للصحّة، المقتضي لعدم ترتّب مقصود المتعاقدين على فاقده وترتّب الضمان عليه، وبين جعل الفاقد له مفيداً للملك، إذ الصادر من المتعاقدين ليس إلّا الرضا الباطني بملكيّة كل من المالين بازاء الآخر للمالك الآخر، والصيغة اللفظية على طبقه، والتقابض بعد ذلك، فالأوّل لا يصلح بمجرّده سبباً لحصول الملكيّة، بل يحتاج إلى المظهر بلا إشكال، والثاني فاسد بالفرض، والثالث إنّما وقع مبنياً على العقد وعلى وجه الوفاء به والعمل بمقتضاه، لا بقصد إنشاء الملكيّة، لوضوح أنّ المتعاقدين العالمين بصحّة الصيغة وحصول الملكيّة بها، لا يقصدان بالتقابض بعده إنشاء التمليك، لكونه تحصيلاً للحاصل باعتقادهما، ومن المعلوم أنّ التقابض المجرد عن قصد الإنشاء - ولو كان باعتقاد

الملكية خطأ - لا يفيد الملكية.

نعم لو قصدنا بالتقايض الإنشاء عند انكشاف فساد الصيغة لهما، فيقع صحيحاً من باب المعاوضة، لكن المعاوضة إنّما حصلت حينئذٍ بالتقايض، والصيغة فاسدة لم يترتب عليها شيء أصلاً، والكلام في كون الصيغة الفاسدة معاوضة.

وإن بنينا على إفادة المعاوضة للإباحة، فحينئذٍ وإن كان جعل الصيغة الفاقدة لبعض الشروط من هذا الباب له معنى، لكن ليس له وجه؛ إذ حصول الإباحة بالعقد الفاسد - على فرض تسليمه - مخالف للقاعدة، فيقتصر فيه على مورد المعاوضة الفعلي دون القولي، فإنّ الأوّل هو المتيقّن من دليله من الاجماع أو السيرة، فعلم أنّ القول باشتراط الشروط المذكورة في صحّة الصيغة لا يجمع جعل الفاقد لها معاوضة بكلا القولين فيها.

وربّما يجمع بين مقالة المشهور: من جعل تلك الشروط شروطاً للصحة وجعل المقبوض بفاقدها مقبوضاً بالعقد الفاسد، وبين كلامي المحقق والشهيد الثانيين، القائلين بكون الصيغة الفاقدة معاوضة، بأنّه قد لا يكون للمتبايعين بالصيغة الفاقدة رضاً آخر غير الرضا الحاصل في ضمن التمليك، و التقايض الواقع بينهما بعد العقد يكون مبنياً على زعم صحّة المعاملة، بحيث لو تنبّها على بطلان العقد لم يتقايضا، وقد يكون لهما رضاً آخر علاوة على الرضا في ضمن البيع، كأن يكون مقصودهما الأصلي إباحة تصرف كلّ في مال الآخر، فتوسّلاً إليه بالبيع، بحيث لو تبين لهما الفساد لم يمتنعا من التقايض فيحمل مقالة المشهور على الصورة الأولى، وكلامهما على الصورة الثانية.

وهذا الجمع لا يستقيم؛ لأنّه لو أريد بالرضا الزائد: إنشاء تمليك ثانوي بعد العقد في ضمن التقايض، فهذا لا يصدر ممّن يعلم بصحّة المعاملة؛ فإنّه تحصيل الحاصل باعتقاده. نعم يصدر ممّن تبين له فساد العقد أو أراد الاحتياط للشكّ في

الصحة، لكنّ المعاطاة حيثنذ إنّما تحصل بالتقايض لا بالصيغة.

وإن أريد أن يكون المعلوم من حالهما رضا كلّ منهما بتصرف صاحبه في ماله مجتأناً ولو على تقدير عدم حصول المعاملة أو فسادها، فهذا الرضا مضافاً إلى أنّه ليس فعلياً - بل تقديري، إذ المفروض زعم كلّ واحد ماله حقّاً لصاحبه بعد العقد، وفعلية هذا الرضا يتوقف على زعم مالية المال لنفسه - لا يترتب عليه آثار المعاطاة من اللزوم بالملزمات ونحوه، بل حاله حال الرضا بالتصرف المستكشف بشاهد الحال.

وإن أريد رضا كل واحد بتصرف الآخر في ماله بإزاء إباحة الآخر فلا شكّ أنّ هذا أيضاً ليس فعلياً، بل حاصل على تقدير فساد المعاملة.

ونحن وإن سلّمنا حصول المعاطاة بمجرّد الرضا من دون توقف على حصول الإنشاء بالفعل. وقلنا بأنّ قوله - عليه السلام -: «لا يحل مال امرئ إلى آخره»، يدلّ على تحقّق الحلية متى تحقّق طيب النفس، والإجماع في باب العقود والإيقاعات قام على مدخليّة الكاشف والمظهر في التأثير، وبه صحّحنا دخول الحمام، وشرب الماء من موضع السقي، ووضع الفلوس في المحل المعدّ له، لكون فتح باب الحمام ونحوه أمانة دالة على الرضا، لكن ذلك إنّما هو في الرضا الفعلي لا التقديري، لعدم صدق طيب النفس عليه. سلّمنا أنّ المعاطاة تحصل بالرضا التقديري أيضاً، لكن من أين علم من حال المتعاقدين إقدامهما على هذه الإباحة المعوّضة على تقدير فساد المعاملة؟ فلعلّهما يوقعان البيع ثانياً على الوجه الصحيح.

وذكر السيّد المحسّي - دام ظلّه - في مقام الجمع ما حاصله: أنّه تارة يكون مقصود المتعاقدين بالصيغة الفايدة: إنشاء خصوص الملكية اللازمة، ولهذا

اختارا البيع بالصيغة، كما هو الغالب في البيوع الخطيرة الواقعة بالصيغة، وتارة يكون مقصودهما إحداث مطلق التمليك، سواء كان لازماً أم جائزاً، كما في بعض البيوع التي لا اعتبار بشأنها، بحيث لا يبالون بأن يحصل الرجوع فيها أم لا، فعلى الأول: يكون العقد الفاقد فاسداً، والمقبوض به مقبوض بالعقد الفاسد. وعلى الثاني: يكون كالمعاطاة في إفادة الملك. والأولى حمل كلام المشهور على الصورة الأولى وكلام المحقق والشهيد الثانيين على الصورة الثانية.

ولكن لا يخفى أن هذا الجمع أيضاً غير مستقيم، لأنه إن لم يجعل تلك الشروط شروطاً للصحة، فلا كلام، ولكن المفروض تسليم ذلك، ومع هذا فما معنى قولكم: إنه يحصل بالصيغة الفاقدة المعاطاة والملكية الجائزة؟ وهل هذا إلا التهافت؟

فرعان: الأول: لا إشكال في أنه على القول بإفادة المعاطاة للملك المتزلزل نماءات المبيع للمشتري، ونماءات الثمن للبائع، متصلة كانت كالصوف على ظهر الغنم والسمن، أو منفصلة كاللبن والتاج، لأنّ النماء ملك لمن حدث في ملكه، فإذا رجع أحدهما في عينه انتقل العين إليه مع النماءات المتصلة دون المنفصلة.

وأما على القول بالإباحة، سواء كان مقصود المتعاطين التمليك أو الإباحة، فلا إشكال في إباحته للمباح له، لأنّ النماء تابع للعين.

وأما حكم الرجوع فيه، فإن احتمل كون إباحته لازمة، بأن يكون اللزوم من آثار عنوان نتيجة المباح، فلا يمكن التمسك على جوازه بقاعدة التسليط، لأنها متعرضة لحكم المال من حيث إنه مال، فالتمسك بها على جواز الرجوع، ينفع في مقام يعلم بعدم طريان عنوان على المال مقتضى لعدمه، لا في مقام يحتمل ذلك كما فيما نحن فيه، فإذا شك في زوال الإباحة بسبب الرجوع يستصحب بقاءها،

وعلى تقدير ثبوت الجواز - بإجماع أو سيرة - فهل النماء مستقل في الرجوع؟ بحيث يجوز الرجوع فيه دون العين وبالعكس، أو تابع للعين؟ بحيث إذا رجع في العين وحدها ارتجع نأؤها بتبعها قهراً، وإذا رجع في النماء وحده لم يرتجع، أو يتوقف ارتجاعه على الرجوع في العين؟ ثم الرجوع بعد ذلك في النماء، وجوه.

الثاني: حكى عن المحقق الثاني - قدس سره - في كتاب صيغ العقود ما حاصله: أن القرض يحتاج إلى اللفظ، والدفع على جهة القرض بدون اللفظ يكون معاطاة، ويفيد إباحة التصرف للمقرض. لكن لو تلفت في يده يستقرّ العوض في ذمته. والذي ينساق إليه النظر أن المعاطاة في البيع تفيد ملكاً متزلزلاً إلى أن يتلف إحدى العينين، فيصير لازماً، وهذا يقتضي أن يكون نداء المبيع قبل التلف للمشتري، وهذا بخلاف القرض بالمعاطاة، فإنّ نداء الحاصل في يد المقرض يكون للمقرض.

أقول: هنا سؤالان عن المحقق، الأول: أنه ما الفرق بين المعاطاة في البايين؟ حيث قلتم بإفادتها الملك في أحدهما والإباحة في الآخر، وإطلاقات البيع كما تشمل البيع المعاطاتي كذلك إطلاق القرض أيضاً يشمل القرض المعاطاتي، فمقتضى القاعدة أن تكون المعاطاة في القرض أيضاً مفيدة للملك. سلّمنا لكن كون النماء للمقرض مخصوص بصورة الرجوع في العين لا مطلقاً كما هو ظاهر كلامه.

الثاني: أن هذه الإباحة إن كانت مجّانية، فما معنى كون التلف في يد المقرض موجباً للضمان؟ وإن كانت معوضة، فالعوض لابد وأن يكون في ذمة المقرض، وليس عيناً خارجياً يجوز التصرف فيه للمقرض كما في البيع، فيلزم أن يكون المقرض مالكاً للعوض في ذمة المقرض، إذ لا يتصور إباحة التصرف إلا في

العين الخارجي، وحيثُذِ فما معنى قولكم بالإباحة وعدم حصول الملك للمقترض؟ وهل هذا إلا الالتزام باجتماع العوض والم عوض في ملك المقترض؟

قال - قدس سره -: (لكن هذا يختص بصورة القدرة).

أقول: إعلم أن الأصل الأولي في جميع ذوات الأسباب من العقود والإيقاعات وغيرها عند الشك في الحصول، هو الفساد وعدم الحصول، مثلاً: لو شك في انتقال المثلث إلى المشتري والمثلث إلى البائع بسبب فرد خاص من البيع، فأصالة عدم تغيير الحالة السابقة وبقيتها بحالها تقتضي عدم الانتقال، وكذا لو شك في انقطاع علاقة الزوجية بطلاق خاص، أو حصول الطهارة للمتنجس بغير البول بالغسل مرة واحدة.

لكن لو كان في دليل تأثير هذا السبب إطلاق وكان مقدمات الحكمة فيه مجتمعة، يحصل بذلك أصل ثانوي في البين يكون هو المرجع عند الشك في اعتبار أمر زائد على العنوان المأخوذ في الدليل في التأثير، وهو أصالة الإطلاق، وذلك كإطلاق لفظ الغسل الواقع في روايات تطهير المتنفس بغير البول من النجاسات، وعدم تقييده بمرتتين، وإطلاق دليل صحة البيع والعقد ولزومهما، فلو شك بعد صدق هذه العناوين في حصول التأثير لاحتمال اعتبار أمر آخر، يدفع هذا الشك بأصالة الإطلاق، فالأصل الأولي في المقام أصل عملي، وهو الاستصحاب، والثانوي أصل لفظي، ومن استدلل على عدم لزوم التعدد في غسل المتنفس بغير البول: بأصالة البراءة، فمراده بهذا الأصل أصالة البراءة (كذا)، إذ من المعلوم أن الغسل ليس مطلوباً نفسياً حتى يقع مجرى لأصالة البراءة.

وإذا ثبت تقييد إطلاق العنوان المأخوذ في الدليل بشيء - بإجماع ونحوه - فلا بد أن يقتصر فيه على المورد المتيقن.

فنقول: لو فرض حصول الإجماع على اعتبار وجود اللفظ في لزوم البيع، فالقدر المتيقن من مورده هو صورة قدرة المتبايعين على التلفظ بالمباشرة فعلاً، من دون مانع شرعي ولا عقلي، فيقع بيع العاجز عن التنطق - سواء كان عجزه لخرس أو لمرض في لسانه قابل للبرء وسواء كان قادراً على التوكيل أم لا، والقادر عليه، الممنوع منه لعذر شرعي كالناذر أن لا يتكلم في اليوم، أو عقلي كالخائف من عدو مكره - صحيحاً لازماً على حسب القواعد، وبيع الأخرس بإيجاد فعل دالّ عليه - كما يفعل في إفهام سائر مقاصده - صحيح لازم ولو كان قادراً على التوكيل، لأصالة الإطلاق، مضافاً إلى فحوى روايتين واردتين في كفاية ذلك في طلاقه.

ثم اعلم أنه كما أنّ في الأقوال صريحاً وظاهراً، كذلك في الأفعال أيضاً صريح وظاهر، والصريح منهما ما لا يحتمل الخلاف، والظاهر ما يحتمله، لكن نوع العرف لا يتحيرون في معناه، ولا يعتنون باحتمال الخلاف، ما لم يرد عليه دليل من الخارج.

فنقول: القدر المتيقن خروجه من تحت إطلاقات البيع هو ما إذا لم يقع الإنشاء بالقول أو الفعل الصريح أو الظاهر في معنى البيع، سواء وقع بالقصد المجرد، أو بالقصد المقرون بقول أو فعل له ظهور شخصي لا نوعي، وخروج ذلك إماماً من باب التخصيص بالإجماع، أو التخصيص لعدم صدق عنوان البيع عليه عرفاً.

وأما صور وقوع الإنشاء بصريح من القول أو الفعل أو الظاهر منهما، فجميعها داخلة تحت الإطلاق على نحو سواء، وفي عرض واحد، بلا ترتيب بينها، فكما يقع البيع بالصريح من القول والفعل، فكذا بالظاهر منهما ولو مع القدرة على الصريح.

بقي هنا أمران ينبغي التنبيه عليهما:

الأول: قراءة الحمد والسورة والأذكار والشهد والسلام في باب الصلاة مطلوب نفسي، بحيث إنّ المطلوب أولاً من كلّ مكلف هو الصلاة مع القراءة، غاية الأمر إنّ الشارع اكتفى في حق العاجز - كالأخرس - بالإشارة، فالإشارة في هذا الباب بدل عن القراءة، لا في عرضها، وهذا يقتضي أن يراعى في الإشارة الأشبه بالقراءة فالأشبه، بأن يأتي عوض كل حرف بإشارة قاصداً بدليتها عنه، لا أن يأتي بالإشارة لأداء المعاني ومفادات الألفاظ كما يأتي بها لأداء سائر المقاصد، بل في خبر السكوني زيادة « تحريك اللسان على الإشارة بالأصبع »، ولعلّه الموافق للقاعدة أيضاً بناء على كون حركات الشفه واللسان مقوِّماً للقراءة - كما هو ظاهر - فيلزم الإتيان بها عند تعذّر بقية الأجزاء.

وأما بناء على كونها مقدّمة لها، فالقاعدة تقتضي عدم لزومها، لأنّ وجوب المقدّمة فرع وجوب ذبيها، فيسقط بسقوطه، والأمر في المقام على عكس هذا الباب، فالإشارة هنا في عرض اللفظ، لا بدل عنه، فلا يلزم مراعاة أشبهيتها به، بل يؤتى بها لإفادة المقصود وهو البيع، كما يؤتى بها لإفادة سائر المقاصد.

الثاني: لو دار الأمر في بيع الأخرس بين الكتابة والإشارة، فمقتضى القاعدة - على ما عرفت - هو التخيير بينهما وعدم الترتيب، لكن ربّما يستظهر الترتيب بتقديم الكتابة من الرواية الواردة في طلاق الأخرس، حيث حكم الإمام بايقاعه بالكتابة، ففرض السائل عدم القدرة عليها، فحكم حينئذٍ بإيقاعه بالإشارة المفهومة، كما أفهم كراهته عن زوجته.

وأنت خير بأن الرواية غير ظاهرة في الترتيب. نعم يحتمله، لكن هذا الاحتمال معارض باحتمال أن يكون الاكتفاء بذكر الكتابة من باب الاكتفاء بذكر

أحد الأفراد.

نعم لو كان فرض عدم القدرة على الكتابة في كلام الإمام، كأن يقول: فإن لم يقدر على الكتابة فيوقعه بالإشارة، كان ظاهراً في الترتيب.

قال - قدس سره - : (أما الكلام من حيث المادة) إلى قوله: (ومع هذه الكلمات كيف يجوز أن يسند إلى العلماء) .

أقول: الإنصاف أن هذه الكلمات لا محصل لها. هذا .

ويمكن الخدشة في التفصيل المذكور في كلام العلامة بين الصريح والكناية: بأن الكناية أيضاً قد تكون صريحة، وذلك فيما إذا كان اللازم المستعمل فيه الكناية من اللوازم المساوية للملزوم. نعم فيما إذا كان لازماً أعم له، تكون الكناية ظاهرة.

نعم اللازم - مع قطع النظر عن كونه مساوياً أو أعم - قد يكون من اللوازم البعيدة، بحيث لا ينتقل نوع الأذهان منه إلى ملزومه إلا بالمداقة الأكيدة، وقد يكون من اللوازم القريبة، بحيث يحصل الانتقال منه إلى الملزوم لغالب الأذهان بسهولة.

قال - قدس سره - : (ولعل الأولى أن يراد باعتبار الحقائق في العقود) إلى آخره.

أقول: حاصل وجه الفرق بين ما إذا كان القرينة مقالاً وبين ما إذا كان حالاً، هو أن إفادة المطلب وهو البيع في الأول، منتبهة إلى الدلالة الوضعيّة، فيصدق أن البيع وقع باللفظ، وفي الثاني منتبهة إلى القرينة الحالية لا الدلالة الوضعية، فلا يصدق أنه وقع باللفظ.

لكنك خير بأن ذلك إنما يتم لو كانت القرينة الحالية بنفسها - مع قطع النظر عن اللفظ - مفيدة للمطلب، ومن المعلوم خلاف ذلك، بل إنما هي توجد

في اللفظ ظهوراً، بحيث تستند الدلالة على المطلب إلى نفس اللفظ، غاية الأمر إنّه يقال: إنّ محدث هذه الدلالة في اللفظ هو القرينة الحالية لا وضع الواضع.

والحق في المقام أنّه — بعد إحراز كون الظهور النوعي في البين — لا فرق بين اللفظ الصريح كـ «بعت»، والكناية كـ «أدخلته في ملكك»، أي: أوجدت في نفسي قرار دخوله في ملكك، فإنّ الدخول في الملك لازم للمبادلة، فيقال: بعتّه فدخل في ملك الغير، كما يقال: كسرتّه فانكسر، ولا بين الحقيقة والمجاز، كـ «بعت منفعة هذا الدار» في الإجارة، ولا بين الألفاظ التي وقع التعبير بها في لسان الشارع، وغيرها.

ثمّ الانتقال من اللازم إلى الملزوم في الكناية، وهي الكلمة المستعملة في اللازم لغرض الاستطراق والانتقال منه إلى الملزوم بحيث لو استعمل في الملزوم ابتداء كان مجازاً، ممّا لا إشكال فيه في القضايا الخبرية، كما في قولنا: زيد كثير الرماذ، فيحصل الانتقال منه إلى قضية أخرى ملزومة لهذه القضية، وهو قولنا: زيد جواد، ولهذا يكون الإخبار بالقضية اللازمة بمنزلة الإخبار بالقضية الملزومة، ولهذا يعدّ الإخبار بالقضية اللازمة في المثال مدحاً.

وأما القضايا الانشائية: فعلى القول بكون الإنشاءات موجدة لمعانيها، يشكل تصوير الكناية فيها، بأن يقصد من إنشاء اللازم إنشاء الملزوم، فإنّ الإنشاء على هذا إيجاد من اعتبار المتكلّم واللفظ، والمفروض أنّه لم يتحقّق إلّا بالنسبة إلى اللازم، فلا محالة يكون المنشأ به هو اللازم بدون الملزوم، لمكان المغايرة بينهما.

وأما على المختار من كونها كاشفة عن معانيها، فالكناية تكشف عن وجود اللازم في نفس المتكلّم، فيكشف عن وجود الملزوم فيها قبل ذلك، مثلاً قوله: أدخلت هذا العين في ملكك بعوض كذا، يكشف عن تحقّق جعل قرار الدخول المذكور في نفس المتكلّم، وهذا لا يمكن إلّا بعد تحقّق الجعل البيعي في نفسه،

فيستكشف من تحقق الجعل اللازم تحقق الجعل الملزوم.

وملخص الكلام في المقام: أنه قد عرفت أن الأصل في كل ذي سبب هو الفساد، إلا أن يكون إطلاق في البين، فيكتفى بكل ما صدق عليه العنوان إلى أن يعلم التقييد، فيقتصر فيه على المتيقن، ففي باب البيع إن بنينا على وجود إطلاق في البين - كما اخترناه - فلا نلتزم باشتراطه بشيء مما ذكره، لعدم دليل عليها يقاوم الإطلاق. نعم، لو سلمنا الإجماع على اعتبار اللفظ في اللزوم، قلنا به، لكن قد عرفت الخدشة فيه.

وإن بنينا على عدمه، فلا بد من الاختصار على القدر المتيقن من جميع الجهات، بأن يكتفى من جهة المادة على العربي وعلى خصوص لفظ البيع، لأنه الوارد في الكتاب والسنة، فيحتمل أن يكون لخصوصيته دخل، فلا يجزي مرادفاته، ولا مجازات قريبتها لفظ كلفظ العارية والصلح. ومن جهة الهيئة على الصحيح فلا يجزي الملحون الغير الخارج عن العربية كلفظ «بعت» بفتح الباء، فضلاً عما كان كذلك كلفظ «بعت» بالعين المعجمة، وعلى الماضي فلا يجزي المستقبل والأمر، وعلى ما إذا كان المتكلم عالماً بأن لفظة التاء في «بعت» في العربية بمنزلة الميم في «فروختم» في الفارسية.

وبعبارة أخرى: كان عالماً بوضعه المادي والهيئتي تفصيلاً.

مسألة

هل يشترط تقديم الإيجاب على القبول، أو لا؟

مجمل القول فيه: أنه إن بني على وجود إطلاق في البين، فينفى ذلك به.

وأما إن بني على عدمه، ففرق المحقق المصنف - قدس سره - بين ما إذا وقع القبول بلفظ «قبلت» فيشترط التقديم، وبين ما إذا وقع بلفظ «تملكت» أو

«اشتريت» فلا يشترط، وحاصل ما أفاده — قدّس سرّه — في بيان وجه الفرق: أنّه لا بدّ أن يشتمل القبول في باب البيع على إنشاء فعلي للملك بالعوض، وحصوله في «تملكت واشتريت» المتقدّمين واضح، وأمّا قبلت المتقدّم، فحيث لم يصدر من الموجب تمليك، فيكون معناه الرضا بما يفعله الموجب بعد ذلك، من إنشاء التمليك بالعوض، لا إنشاء للملك، بخلافه لو كان متأخراً، فإنّه حيث صدر التمليك من الموجب، فلا محالة يكون معناه قبولاً لتمليكه وتملكاً فعلياً.

وتنقيح المقام: أنّه إن كان اعتبار القبول في البيع من باب اعتبار مجرد الرضا، وأنّه لا يجوز التصرف في مال الغير بدون رضاه — بأن لا يكون تحقّق الإنشاء من المشتري معتبراً في مفهوم البيع، فإنّ البائع على هذا مستقلّ في إدخال ماله في ملك المشتري وإدخال مال المشتري في ملك نفسه، فكلاهما يحتاج إلى إمضاء المشتري ورضاه.

فإن قلت: كيف يمكن تملك مال الغير مع عدم حصول التمليك منه.

قلت: التملك ممكن الانفكاك عن التمليك، كما في تملك المباحات بالحيازة، غاية الأمر إنّ التملك هنا لما كان متعلّقاً بهال الغير، يحتاج إلى رضاه، وهذا هو الظاهر بحسب الصناعة، فإنّ مفهوم البيع — وهو مبادلة المال بالمال — إنّما يتحقّق من البائع، ولعلّه يكون المرتكز في الأذهان العرفية أيضاً، حيث يرون معظم قوام البيع من جانب البائع، ولا يرون من طرف المشتري إلّا مجرد إمضاء ورضاً — فحينئذ يلزم الاكتفاء بمجرد حصول الرضا — كيفما اتفق — سابقاً على الإيجاب، أو مقارناً له، أو لاحقاً ولو بفصل طويل، بل يلزم الاكتفاء بمجرد الإيجاب فيما إذا باع ولي الصغيرين مال أحدهما من الآخر، ويكون على هذا قول المشتري: بعني هذا بهذا، كافياً، لكونه كاشفاً عن الرضا، مع أنّه مجرد الاستدعاء

وطلب البيع، وليس فيه إنشاء التملك والتملك والتملك أصلاً.

وإن كان اعتباره من باب توقّف تحقق مفهوم البيع على تحقق الإنشاء من المشتري كما يتحقق من البائع - غاية الأمر إنه في الأول تملك مطابقاً وتمليك ضمناً، وفي الثاني بالعكس - فحيثئذ يكون قول: تملك أو اشتريت - سابقاً أو لاحقاً - كافياً؛ إذ القبول المأخوذ في مفهومهما متعلق بالملكية الخارجية، فيكون معنى تملك: هونت على نفسي وحملت أن يكون هذا ملكاً لي بإزاء أن يكون ذاك ملكاً لك.

فيحصل إنشاء التملك مطابقة بقوله: تملك هذا، وإنشاء التمليك ضمناً بقوله: بهذا، وهذا بخلاف لفظ «قلت» في باب العقود، فإن القبول فيه متعلق بالمعاملة الصادرة من الموجب، ألا ترى أنه يقال: قلت الصلح أو الإجارة أو النكاح؛ فهو انفعال ومطابقة من القابل للفعل الذي صدر من الموجب بالنسبة إليه، وحيثئذ فإن كان معناه مجرد الرضا وطيب النفس من المشتري بفعل البائع من دون أن يكون في البين إنشاء صادر من المشتري، فهو كما يمكن تحقّقه لاحقاً فكذا سابقاً، فإنه قد يرضى الإنسان بالفعل المستقبل، وإن كان معناه تحميل النفس وتصويرها متحمّلة لفعل البائع، بمعنى أن يصير القابل معاوناً ومساعداً للبائع، فحيثئذ لو وقع عقيب الإيجاب يكون المعنى لم أرّد تمليك هذا المال إليّ بإزاء ذاك، بل أخذته من البائع والتزمت به، فيكون الأخذ المتعلق بتمليك هذا بهذا، تملكاً مطابقاً وتملياً ضمناً، ولو وقع قبله يكون التزاماً بما لم يصدر من البائع بعد، على أن يكون نافذاً على تقدير حصوله من حين حصوله، وهذا وإن كان إنشاء حالياً للتملك والتملك، إلا أنه معلق ومشروط بحصول الإيجاب، والتعليق وإن كان ليس بمفسد للعقد عقلاً، إلا أن الاجماع قام على

مفسدته له.

فإن قلت: ما ذكرته بعينه جارٍ في الإيجاب المتقدم، فإن الملكية لا تحصل لأحدٍ من الطرفين إلا بعد القبول، فالتملك والتملك من الموجب في صورة التقديم، لا يمكن إلا على وجه التعليق.

قلت: هذا تعليق لأثر الإنشاء من الملكية على حصول القبول بجعل الشارع، كتعليقه على حصول القبض في المجلس في بيع السلم، لا تعليق لنفس الإنشاء من قبل المنشئ، إن قلنا بأن مفهوم البيع يتحقق بإنشاء البائع فقط، فإنه مبادلة مال بمال، وفاعل المبادلة هو البائع، غاية الأمر إنه لا يؤثر بدون رضا المشتري، فما يعتبر أن يتحقق من جانب المشتري إنما هو الرضا، لا لأجل تحقق مفهوم البيع به، بل لأجل نافذية البيع الصادر من البائع.

فإن قلت: بل قوام البيع بل كل معاوضة ومعاملة وعقد إنما هو بالطرفين، ومجرد إنشاء طرف واحد لا يحقق هذا المفهوم وإن كان الأثر مع تحقق هذا المفهوم بالالتزام الطرفين قد يكون متوقفاً على أمر آخر، كتوقف حصول الملكية في بيع السلم والصرف على القبض في المجلس، لكن المفهوم العقدي يتوقف على الالتزام من الطرفين، ولا يحتاج إلى مزيد من ذلك.

ويؤيد ذلك أن مفهوم الشراء في العربية ومفهوم «خريدن» في الفارسية، يعدّ عرفاً أمراً زائداً على مجرد الرضا بفعل البائع، وعلى هذا لابد أن يصدر من القابل في كل عقد إنشاء مناسب لهذا العقد، ففي عقد الهبة لابد من إنشاء التملك المجاني، وفي عقد الرهن من إنشاء قبول العلاقة التي أحدثها الراهن، وهكذا.

قلت: مفاهيم العقود مفاهيم عرفية، لاشريعة، لابد من أخذها من العرف لا الشرع، ولا شك أن [في] العرف لو قال أحدٌ لآخر: هل تبيع مالك الفلاني

مني؟ فقال الآخر: بعتك، يعدّ ذلك بيعاً من دون أن يرون لأخذ المستدعي المال مدخلية في تحقّقه، بل يرون المستدعي ملزماً بالقبول بمجرد الاستدعاء المذكور، وتعقبه بالقول المذكور، وهذا يدل على أنّ قوام البيع عندهم بطرف البائع فقط، غاية الأمر إنّ مع عدم الرضا، بيع غير مؤثّر.

ألا ترى أنّ عقد الوكالة متحقّق من طرف الموكل من دون حاجة إلى انشاء من طرف الوكيل.

وفي رواية سهل الساعدي أنّ الزوج قال للنبي ﷺ: زوّجنيها، فقال النبي ﷺ زوجتكها. وظاهرها الاكتفاء بمجرد إيجاب النبي، وعدم تعقّبه بإنشاء القبول من طرف الزوج.

ومفهوم الشراء وإن كان مفهوماً مغايراً لمجرّد الرضا، لكن لا دليل على لزومه مع ترتّب الأثر في الكتاب والسنة على مجرّد البيع، لا البيع والشراء.

والحاصل: أنّه إن قلنا بهذا، فالخطب سهل، فكما يجزي الرضا اللاحق من المشتري فكذا السابق بل هو أولى، بل لو حصل الرضا بعد الإيجاب بمدة كان كافياً، كما في الإجازة اللاحقة في البيع الفضولي، بل يكفي مجرّد قول «بعت» فيما إذا باع ولي الصغيرين مال أحدهما من الآخر.

وإنّما الإشكال والكلام فيما لو قلنا بأنّ عقد البيع لا يحصل بدون إنشاء القبول من المشتري، ووافقنا الإجماع على أنّ العقود مركّبة من الإيجاب والقبول الظاهر منه غير الرضا المجرّد، مع ملاحظة الإجماع الآخر على أنّه لا يكفي في باب العقود الإنشاء التعليقي، بل لابدّ أن يكون أنياً حالياً فعلياً، فإنّه لو حملنا القبول المحتاج إليه في تحقّق مفهوم العقد على القبول المطاوعي - وربّما يؤيد ذلك بما هو المتداول في القبول في أبواب العقود من تعليقه بفعل الموجب، فيقال: قبلت

المصالحة والإجارة ونحو ذلك - فحينئذ لا إشكال في قبلت المتأخر، وكذا في تملك واشترت المتأخرين، فإنه وإن كان مدلولهما الأولي هو إنشاء قبول الملكية وهو غير القبول المطاوعي، لكنه بوصف كونه متأخراً عن الإيجاب يصير منشأ لانتزاع القبول المطاوعي.

ويشكل الحال في قبلت المتقدم، فإنه وإن كان إنشاء للقبول المطاوعي بمدلوله الأولي، لكن هذا الإنشاء إنما يتحقق مبنياً على وجود الإيجاب، فإنه فرع وجوده، فيكون تعليقاً غير كافٍ بالإجماع.

وكذا الكلام في تملك واشترت المتقدمين، فإنها وإن كانا إنشاء فعلياً حالياً لقبول الملكية، لكن القبول المطاوعي إنما يحصل بهما على تقدير وجود الإيجاب، بحيث إذا وجد يكون المجموع من هذا الإنشاء والإيجاب منشأ لانتزاع القبول المطاوعي، فيكون إنشاء القبول المطاوعي، الذي هو مدلولهما الثانوي تعليقاً.

ولو حملنا القبول المحتاج إليه العقد على قبول الملكية بالعوض الراجع إلى التملك الابتدائي، والتمليك الضمني المدلول عليه بلفظة الباء العوضيّة، الداخلة على العوض، على عكس ما يحصل من البائع، فحينئذ لا إشكال في تملك واشترت المتقدمين والمتأخرين، لكونهما إنشاء فعلياً للتملك المذكور في كلا الحالين، وإن كان إنشاء القبول المطاوعي المدلول عليه بهما التزاماً تعليقاً، كما في صورة التقدم، لكن لا ضير فيه بعد أن ما هو المعبر هو إنشاء التملك لا القبول المطاوعي.

ولا إشكال أيضاً في قبلت المتأخر الغير المستعمل في معنى تملك مجازاً، فإنه وإن كان مدلوله المطابقي الأولي هو إنشاء القبول المطاوعي، لكنه إذا تعلق

بالتملك بالعوض - كما هو المفروض - يستلزم حصول التملك بالعوض من القابل قهراً، والمفروض أنّ إنشاء القبول المطاوعي فعلي، لكونه متأخراً فيكون إنشاء التملك الناشئ من قبله أيضاً فعلياً.

ويشكل الأمر في قبلت المتقدم، فإنّه إنشاء للقبول المطاوعي تعليقاً، فيكون ما ينتزع منه من إنشاء التملك بالعوض أيضاً تعليقاً. نعم لو استعمل في معنى تملك مجازاً، كان الحال فيه هو الحال في تملك، في أنّه يصير تملكاً حالياً، بالدلالة المطابقة، ومصدّقاً للقبول المطاوعي التعليقي بالدلالة الالتزامية.

قوله: (أو لأصل الرضا به) قال السيد المحشي - دام ظله -:

لم أفهم معنى هذه العبارة.

أقول: الحدس القطعي شاهد بأنّ العبارة كانت هكذا: (أولاً قبل الرضا به) فوق حرف القاف في خطأ المصنّف شبيهاً بالصّاد، وهذا الحدس حاصل بملاحظة خطه - قدّس سرّه - وضعف باصرته.

قال - قدّس سرّه -: (أقول حاصله أنّ الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً) إلى قوله: (وانضباط ذلك إنّما يكون بالعرف).

أقول: أمّا اعتبار الموالاة بين المستثنى والمستثنى منه فلقضية وحدة الكلام ذلك، بل الحال في سائر القرائن المتصلة كذلك، فإنّه لو أتى بها بعد فصل طويل، تكون قرائن منفصلة أجنبية عن الكلام السابق، ويكون هو مستقلاً عنها.

والحاصل أنّ مجرد تعليق الحكم على مركب لا يدل على اعتبار الموالاة بين أجزائه ما لم يعلم اعتبار الهيئة الاتصالية بينها، إمّا من العرف كما في لوائح

الكلام، أو من الشرع كما في الأذان والقراءة ونحوهما. وأما العقد فيمكن منع احتياج مفهومه إلى الطرفين أولاً، لأنه بمعنى العهد وهو ممكن الحصول من طرف واحد، كما في النذر ونحوه، ومنع اعتبار اتصال قبوله بإيجابه ثانياً، ضرورة صدق هذا المفهوم فيما لو صدر إيجابه من أحد الطرفين، وقال الآخر: إنني لا أقبل حتى أتأمل في صلاحه وفساده، فجاء بعد مدة وقال: قبلت، فإذا لم يعتبر الاتصال في صدق البيع والعقد عرفاً، كان العقد الخالي عن الموالاة داخلاً تحت إطلاق الحلية ولزوم الوفاء، المعلقين على البيع والعقد العرفيين.

مسألة

اعلم أنّ اعتبار التنجيز في العقد بأن يكون حالياً غير معلق على شرط، ممّا نقل عليه الاتفاق، لكن ما ذكروا في تعليقه عليل، فإنهم علّوه بأنه لا يعقل تحقق الإنشاء بدون الجزم، ولا يعقل تحقق الجزم إلّا مع عدم الترديد، فمع الترديد لا جزم، فلا إنشاء في البين أصلاً.

وأنت خير بعدم منفاة التعليق للجزم أصلاً، ألا ترى أنّ المخبر بقوله: إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود، معتقد وجازم بمفاد هذه القضية التعليقية، فالمنشئ إمّا أن يجعل التعليق متعلقاً بالمنشأ فتنشأ الملكية المقيدة بيوم الجمعة، فيكون يوم الجمعة قيداً وشرطاً للملكية المنشأ به، فلا تصير فعلية إلّا بعد حصوله، وإمّا أن يجعله متعلقاً بنفس الإنشاء، فينشأ في ظرف حصول المعلق عليه، لا بأن يكون هو ظرفه الواقعي فإنّ ظرفه الواقعي إنّما هو زمان التكلم، بل ظرفه الفرضي، فيفرض أولاً أنّ يوم الجمعة مثلاً متحقق فينشئ، فيكون هذا الإنشاء متحققاً في ظرف يوم الجمعة المتحقق في عالم الفرض، فيكون الإنشاء تابعاً ليوم الجمعة في التقديرية والفعلية، وعلى كلا التقديرين فالإنشاء صادر بطريق الجزم، غاية الأمر

إنَّ كَيْفِيَّةَ الْإِنْشَاءِ مُخْتَلِفَةٌ، مِنْ دُونِ فَرْقٍ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَعْلُوقُ عَلَيْهِ مَتَوَقَّعَ الْحَصُولِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ قِطْعاً كَيَوْمِ الْجُمُعَةِ، أَوْ احْتِمَالاً كَقُدُومِ الْحَاجِّ، أَوْ مُحْتَمَلِ الْحَصُولِ فِي الْحَالِ كَمَا فِي بَعْتِهِ إِنْ كَانَ مَالاً لِي، فَحَالِ الْمُنْشِءِ بِالْقَضِيَّةِ التَّعْلِيْقِيَّةِ حَالِ الْمَخْبَرِ بِهَا فِي حَصُولِ الْجُزْمِ، غَايَةِ الْأَمْرِ إِنَّ الْمَخْبَرَ يَجْعَلُ التَّعْلِيْقَ لِنَفْسِ الْإِنْخَبَارِ لَا لِلْمَخْبَرِ بِهِ، فَإِذَا قَالَ: إِنْ كَانَتْ الشَّمْسُ طَالَعَةً فَالنَّهَارُ مَوْجُودٌ، فَلَا إِشْكَالَ أَنَّ مَفَادَ هَذَا الْقَوْلِ لَيْسَ هُوَ الْإِنْخَبَارُ بِأَنَّ الْمُلَازِمَةَ بَيْنَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَوُجُودِ النَّهَارِ مَوْجُودَةٌ، فَإِنَّ الْقَضِيَّةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ طَرَفَيْهَا، فَكُلٌّ مِنْ زَيْدٍ قَائِمٌ، وَزَيْدٌ الْقَائِمُ مَوْجُودٌ، وَقِيَامُ زَيْدٍ مَوْجُودٌ، وَالرِّبْطُ الْحَاصِلُ بَيْنَ زَيْدٍ وَقِيَامِهِ مَوْجُودٌ قَضِيَّةٌ مُسْتَقَلَّةٌ غَيْرُ الْآخَرِ، بَلِ الْمَخْبَرُ بِهِ هُوَ وَجُودُ النَّهَارِ.

ثُمَّ لَوْ كَانَ التَّعْلِيْقُ رَاجِعاً إِلَى الْمَخْبَرِ بِهِ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْمُتَكَلِّمُ مَخْبِراً وَجَازِماً بِوُجُودِ النَّهَارِ الْمَعْلُوقِ عَلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ، وَهَذَا لَا يَصَحُّ إِلَّا بَعْدَ الْعِلْمِ بِفَعْلِيَّةِ الطُّلُوعِ، وَالْقَوْلُ الْمَذْكُورُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ بَلْ يَصَحُّ مَعَ الْقَطْعِ بِالْخِلَافِ فَلَا مَحَالَةَ يَكُونَ التَّعْلِيْقُ رَاجِعاً إِلَى نَفْسِ الْإِنْخَبَارِ، بِمَعْنَى أَنَّهُ يَفْرَضُ أَوَّلًا أَنَّ طُلُوعَ الشَّمْسِ مُتَحَقِّقٌ، فَيَجْزِمُ وَيَخْبِرُ بِوُجُودِ النَّهَارِ، فَيَكُونُ هَذَا الْجُزْمُ وَالْإِنْخَبَارُ وَاقِعاً فِي ظَرْفِ الطُّلُوعِ الْمُتَحَقِّقِ فِي عَالَمِ الْفَرَضِ.

نَعَمْ لَوْ اصْطَادَ أَحَدٌ مِنْ مَطَاوِي كَلِمَاتِهِمْ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَإِرْسَالَهُمْ إِيَّاهَا إِرْسَالِ الْمُسَلِّمَاتِ، أَنَّ أَصْلَ الْمَطْلَبِ كَانَ مُسَلِّماً بَيْنَهُمْ، غَايَةِ الْأَمْرِ إِنْتَهَمَ عُلُوُّهُ فِي بَعْضِ الْمَقَامَاتِ بِالدَّلِيلِ الْمَذْكُورِ فِي قِبَالِ الْعَامَّةِ، اسْكَاتاً لَهُمْ كَانَ الْأَمْرُ سَهْلاً. وَأَمَّا لَوْ لَمْ يَحْصُلِ ذَلِكَ وَاحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ تَمَامُ اعْتِمَادِهِمْ عَلَى هَذَا الدَّلِيلِ، فَالْأَمْرُ مُشْكَلٌ.

قال: وتفصيل الكلام أن المعلق عليه ... إلى قوله ثم التعليق.

أقول: مثال التقادير الأربعة فيما إذا كان الشرط مصححاً للعقد، أن يحتمل انقلاب الخمر بالخلّ في الحال أو في الاستقبال أو يقطع به في أحدهما ويعلق بيعه على ذلك، وليعلم أنّ تعليق البيع على المالية المحتملة أو المقطوعة المتحققة في الاستقبال بأن يقول: بعته إن صار ملكاً لي في الاستقبال، داخل في بيع ما ليس عندك فيشملة النهي عنه.

ومّا استدل به على بطلان التعليق في البيع: أنّ الأدلة الدالة على صحته ظاهرها ترتّب الأثر، وهو الانتقال، على البيع من حين وقوعه، فالتعليق مخالف لذلك.

وفيه: — مضافاً، إلى عدم جريانه في ما إذا كان الشرط محتمل الوقوع أو مقطوعه في الحال — أنّ الوفاء بكل عقد على حسبه، ألا ترى أنّ الوفاء بنذر صوم الغد هو الصوم في الغد، فالوفاء بالعقد المقتضي لحصول الملكية في المستقبل الالتزام بآثارها فيه.

واستدل على ذلك أيضاً بتوقيفية العقود، فلا بدّ أن يقتصر على المتيقّن وهو الخالي عن التعليق.

وفيه: أنّ بعد إحراز الإطلاقات في أبواب العقود لا وجه لذلك.

فلو احتمل استناد تمام المجمعين أو البعض المقوم للإجماع على هذه الوجوه الضعيفة ارتفع الوثوق عن هذا الإجماع، ولم يكن كاشفاً عن رأي المعصوم - عليه السلام - ولا بأس بصرف عنان الكلام إلى بيان إمكان التعليق في الإنشاء وعدمه.

فنقول: لا إشكال في وقوعه، كما في الواجبات المشروطة، والوصية والتدبير، لكن هنا إشكالان:

الأول: أنّ الإنشاء عبارة عن الإيجاد، ولازمه الفعلية، ولا يعقل التعليق فيه

كما في الإيجاد التكويني، فإنه دائر بين الوجود الفعلي والعدم الأصلي، ولا يعقل فيه الوجود التعليقي.

الثاني: أن الانشاء من المعاني الحرفية، ومن المقرر في محله أنها معان غير مستقلة باللاحظ، و من الواضح أن تقييد شيء يتوقف على لحاظه مستقلاً فكيف يكون الانشاء مع ذلك قابلاً للتعليق والتقييد، وللمحققين في التفصي عنها وجوه:

الأول: ما اختاره شيخنا العلامة - قدس سره - على ما في التقارير: من إرجاع القيود إلى المادة دون الهيئة، فليس نفس الإنشاء معلقاً على شيء أصلاً، وهذا نظير ما اختاره صاحب الفصول في الواجب المعلق، فإنه جعل للواجب ثلاثة أقسام:

الأول: الواجب المطلق المنجز، وهو ما لم يكن وجوبه ولا نفسه مشروطاً بشيء.

والثاني: الواجب المطلق المعلق، وهو ما كان القيد قيداً لنفس الواجب لا للوجوب.

والثالث: الواجب المشروط، وهو ما كان وجوبه معلقاً على شيء.

والترم بذلك للتفصي عن الإشكال في فروع كثيرة.

منها: وجوب الغسل للصوم قبل طلوع الفجر، مع أنه مقدمة للصوم، وهو لا يجب إلا بعد الطلوع، فالتزم بأن وجوب الصوم بالنسبة إلى دخول الليل مشروط، وبعد دخوله يصير مطلقاً، ومقدمات الواجب المطلق واجبة، والطلوع مبدأ للواجب وهو الصوم، لا للوجوب.

لكن شيخنا العلامة منكر للواجب المشروط رأساً، وملتزم بإرجاعه إلى

المعلق بإرجاع القيد إلى المادة دون الهيئة، ولا يخفى أنه على ذلك يصير معنى أكرم زيدا إن جاءك، أن إكرام زيد الجائي مطلوب لي، ومعنى مطلوبة المقيد ومحبوبته: كراهة الطالب عن عدمه، سواء كان بانتفاء قيده أو بعصيان المأمور مع وجود القيد، فيلزم أن يكون الأمر مبغضاً لعدم تحقق الإكرام المقيد بالمجيء في الخارج، سواء كان لعدم تحقق المجيء - غاية الأمر إن المأمور حيثئذ غير عاص - أو لعدم الإكرام مع تحقق المجيء، ومن المعلوم أن الحال في المثال وأمثاله ليس كذلك، فإنه ربما لا يحب الأمر عدم تحقق القيد في الخارج، فيحب أن لا يجيء زيد إلى منزله. نعم على تقدير تحقق القيد يحب الإكرام ويبغض تركه، فمتعلق الطلب والحب ليس هو المقيد حتى يسري إلى قيده.

وأيضاً يلزم على هذا أن يكون الجزم في الإخبار بالقضية التعليقية كقولنا: إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود، متعلقاً أيضاً بالمقيد فيكون المجزوم به في المثال هو وجود النهار المقيد بطلوع الشمس، وهذا لا يتحقق إلا بعد الجزم بالطلوع، ومن المعلوم أن الإخبار بذلك يصح مع القطع بعدم الطلوع فضلاً عن عدم العلم به.

الثاني: أن القيد راجع إلى المنشأ لا الأنشاء كالوجوب والملكية، فالمنشئ ينشئ فعلاً الوجوب المعلق أو الملكية المعلقة، كما ينشئ الوجوب والملكية المطلقين، فالوجوب والملكية على قسمين، والإنشاء في كليهما منجز.

ولا يخفى أن هذا إنما يستقيم على القول بأن المعاني الإنشائية معان لا واقعية لها سوى الفرض والاعتبار، وموجدها الألفاظ؛ فإنه على هذا كما أن الوجوب المطلق معنى إعتباري، فكذا الوجوب المعلق أيضاً ممكن الإعتبار. وأما على القول بأنها معان نفس أمرية حاصلة في النفس، والألفاظ أمارات عليها، فحالها حال

الموجودات الخارجيّة بعينها، فكما لا يعقل التعليق في الوجود الخارجي فكذا في الموجود في النفس. وكذا لا يستقيم هذا في الجزم في الإخبارات المعلقة، فإنّه صفة موجودة في النفس غير قابلة للتعليق، ألا ترى أنّ المخبر بقوله: إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود، جازم بهذه القضية فعلاً.

الثالث: لا إشكال في أنّ الخارج الصرف لا يتصرّف في النفس، ولا يوجد فيها طلباً وإرادةً أو جزماً، ألا ترى أنّه لو جاء زيد وكان في إكرامه ألف مصلحة ولكنك لم تلتفت إلى ذلك، لم يوجب ذلك تحقق الطلب والحب في نفسك، بل المتصرّف في النفس هو الوجود العلمي سواء طابق الخارج أو لا. ألا ترى أنّ من اعتقد بصلاح فعلٍ يتحرّك إليه، ويشغل بمقدمات وجوده ولو كان اعتقاده جهلاً مركباً.

فنقول: المتكلّم بأن جاءك زيد فأكرمه يرى مجيء زيد متحققاً في الخارج في عالم فرضه، وسره أنّ الصور الذهنية حاكية عن الخارج في النظرة الأولى، ولهذا قد يتكيّف الإنسان ببعض الخيالات بحيث إذا التفت بالنظرة الثانية أنّ ذلك مجرد الخيال ولا واقعية له، يزول عنه التكيّف، ففي المثال ما دام المتكلّم باقياً على النظرة الأولى يرى المجيء متحققاً في الخارج، كمن اعتقد بتحقيقه بالجهل المركّب فيحدث هذا العلم الجعلي الخيالي في نفسه حبّاً وطلباً فعليّاً للإكرام، لكن لا يؤثر هذا الطلب في المأمور ولا يحركه نحو المأمور به، لأنّ الطالب إذا انتقل إلى النظرة الثانية يرى ما تخيله واقعاً غير واقع، فلهذا يزول طلبه، ولهذا متى تحقق المجيء في الخارج يؤثر فوراً، فالتعليق على هذا ليس تقييداً واقعاً، ولكنه بحكم التقييد.

أما عدم كونه تقييداً، فلأنّ الفارض قد رأى الشرط متحققاً بالفرض، غاية الأمر إن اعتقاده محض الخيال، كما أنّ الجاهل المركب معتقد بوجود الشرط على

خلاف الواقع، والفرق بينهما: أنَّ الأول يزول اعتقاده بالنظرة الثانية والثاني لا يزول. أمّا كونه بحكم التقييد، فلأنَّ التأثير متوقّف على حصول الشرط في الخارج، وكذا المخبر ب: إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود، يفرض طلوع الشمس كأنّه متحقّق في الخارج وإن كان غير متحقّق فيه، فينقّذ له بسبب هذا الفرض الحاكي عن الخارج الجزم بوجود النهار من دون تعليق، لكن ينثلم هذا الجزم بالالتفات إلى جهة كون فرضه وخياله فرضاً وخيالاً، بخلاف ما لو كان الطلوع متحقّقاً في الخارج، فإنّ جزمه حينئذ لا ينثلم بالالتفات المذكور.

فظهر فساد توهم أنّه لا إرادة ولا طلب أصلاً قبل حصول الشرط في الواجب المشروط، حتّى يشكل الأمر في مثل وجوب الغسل قبل الفجر بأنّه: كيف تحقّق وجوب المقدمة مع عدم وجوب ذيه؟ وذلك لما عرفت من أنّ هنا إرادة ووجوباً مبتنية على فرض حصول الشرط، إلّا أنّ هذه الإرادة والوجوب ليست مؤثّرة بالنسبة إلى ذي المقدمة، لأنّ محله بعد حصول الشرط، وهو غير حاصل بالفرض، ألا ترى أنّ المرید لضيافة شخص على تقدير وروده عليه، لو علم بأنّه سيرد، يسعى في تحصيل مقدمات الضيافة من جمع الطعام وآلات الطبخ ونحوه، ومحركه إلى ذلك هو الإرادة المذكورة، بل لو علم بعدم تمكّنه من تحصيل هذه الأسباب لدى الورد، يعدّ تحصيلها قبله لازماً على نفسه، كما أنّه لو علم بتمكّنه في كلا الوقتين، يرى نفسه مخيّرًا.

وبالجملة: فحال هذه الإرادة حال الإيرادات المطلقة في البعث المذكور بلا فرق، هذا حال الإرادة الفاعلية المبتنية على فرض حصول الشرط.

و الإرادة الأمرية [أيضاً] كذلك، فإذا قال المولى: إن قدم زيد فأضفه، وعلم بتحقق القدم في المستقبل، تخيّر العبد بين جمع أسباب الضيافة قبله وبينه

بعده لو تمكن منه في كليهما، وتعين عليه الجمع قبله لو تعذر عليه بعده.

والشاهد على ذلك أنه لو ترك الجمع في الصورة الثانية، معتذراً بأنه غير واجب قبل القدوم وغير مقدور بعده، عُدَّ قبيحاً عرفاً، بل قد تؤثر هذه الإرادة في وجوب ذي المقدمة أيضاً، وذلك فيما إذا كان الشرط المعلق عليه متأخراً عن الواجب، كما لو قال: استقبل زيدا إن قدم. ومع ترتب هذه الآثار كيف تكون الإرادة قبل حصول الشرط عدماً. فيبقى الكلام في أنه يلزم على هذا أن يصح الإتيان بالوضوء قبل دخول وقت الفريضة بقصد الوجوب، بل يكون واجباً متعيناً لو علم بعذره بعده.

وكذا الغسل للصوم بالنسبة إلى دخول الليل ونظائرها، وتحقيق ذلك يذكر في محله من بحث الواجب المشروط إن شاء الله تعالى.

فتبين أن التعليق في الإنشاء لا مانع منه عقلاً، والإجماع على بطلانه في باب العقود إن احتمل استناد المجمعين فيه إلى توهم الامتناع العقلي ارتفع الوثوق منه، وإلا كان المتيقن منه صورة كون الشرط مشكوك الحصول في الاستقبال، فيبقى غيرها تحت الإطلاقات.

قال - قدس سره -: (ومن جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول).

أقول: المناط في ذلك أن لا يصدق المعاهدة مع التخالف، سواء كان في الثمن، كأن يقول الموجب: بعث هذا الفرس، ويقول القابل اشتريت هذا الحمار، أو في الثمن كأن يقول الموجب: بعث بعشرة دراهم، ويقول القابل: قبلت بدينار، أو في المشتري، كأن يقول: بعثك بدرهم في ذمتك، فقال آخر: قبلت، لا فيما إذا قال: بعثك بهذا الدرهم مشيراً إلى درهم في يد المخاطب، وكان لغيره

الحاضر في المجلس، فقال هذا الغير المالك: قبلت، فإنّ البيع مبادلة مال بمال، والمفروض تحقق الإنشاء من كل من المالكين الواقعيين، واعتقاد كون المخاطب مالكا غير مضر بعد عدم دخله في حقيقة البيع.

ولو قال أحدهما: بعت هذا العبد بمائة درهم، فقال الآخر: اشتريت نصفه بخمسين، رجّح المصنّف - قدس سرّه - البطلان، ووجهه أنّ ما تعلّق به الإيجاب هو المجموع من حيث المجموع، وما تعلّق به القبول هو النصف، والمجموع غير النصف.

ولا يخفى أنّ هذا مبني على عدم انحلال بيع الجملة بالجملة إلى بيع الأبعاض بالأبعاض، إذ على تقدير الانحلال كان البيع المذكور بيوعاً متعدّدة، لحق القبول بعضها ولم يلحق بالباقي، وحكمهم في مقام آخر بأنّه لو باع ما يملك وما لا يملك بصفقة واحدة فردّ المالك الآخر، صحّ البيع بالنسبة إلى ما يملك، وكان للمشتري خيار تبعّض الصفقة، مبنيّ على الانحلال، إذ على تقدير عدمه كان المتعيّن هو البطلان بالنسبة إلى ما يملك أيضاً، لعدم تعلّق إيجاب وقبول به، فالتفرقة بين المقامين لا وجه لها.

وهكذا الكلام فيما لو قال: بعتكما هذا العبد بمائة درهم، فقال أحدهما: اشتريت نصفه بخمسين، فإنّّه لو سلم الانحلال كان الإيجاب بمنزلة بعتك نصف العبد بخمسين، مخاطباً لكل واحدٍ مرّتين، فما وجه عدم الصحّة بالنسبة إلى القابل، ولو لم يسلمّ فما وجه القول بثبوت الخيار عند تبيّن كون بعض أحد العوضين مستحقّاً للغير وعدم الحكم بالبطلان من الرأس؟ ثم لو سلّم عدم الانحلال، فما وجه التفرقة بين هذا وبين ما لو قال كل منهما: اشتريت نصفه بخمسين، إذ كل واحد من القبولين قد تعلّق بما لم يتعلّق به الإيجاب.

وأما لو قال أحدهما: بعثك بشرط كذا، وقال الآخر: اشتريت بلا هذا الشرط، فيمكن أن يقال بالصحة فإن الشرط ليس من أركان العقد، وإنما هو التزام في التزام، فالعقد قد حصل؛ فإن تعقبه الإمضاء من الموجب أثر، ولهذا لو لم يف بالشرط في صورة قبوله صحّ البيع بالنسبة إلى التمام ويثبت الخيار للمشتري.

قال - قدس سرّه -: (ومن جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل منهما الإنشاء).

أقول: إن قلنا بأن مفهوم المعاهدة غير قائمة بالاثنين، ويكفي فيه الطرف الواحد وهو الموجب، فحينئذٍ من الواضح أنّه لا يشترط بقاء أهلية الموجب إلى تمام القبول، ولا بقاء أهلية القابل من أول الإيجاب إلى تمام القبول، بل يكفي كون الموجب في حال الإيجاب قابلاً وأهلاً، وإن لم يكن الطرف الآخر قابلاً وأهلاً في هذا الحال أو خرج عنه بعده، غاية الأمر إنّ نفوذه يحتاج إلى إمضاء من له الإمضاء، وإلا فالمعاهدة متحققة.

وأما إن قلنا بتوقف مفهومها إلى الإنشاء من الطرفين، فحينئذٍ يمكن الخدشة في بعض الأمثلة التي ذكرها المصنّف - قدس سرّه - وإن كان بعضها خالياً عن الخدشة، فإنّه لو مات أو جنّ القابل بعد تمام الإيجاب وقبل صدور القبول كان الإيجاب بلا قبول، فإنّ المجنون مسلوب العبارة شرعاً وعرفاً، وكذا لو صار مغمى عليه في هذا الحال، وكذا لو كان صغيراً في حال الإيجاب. وبالجمله: فمفهوم المعاهدة لا يصدق في هذه الموارد.

وأما لو كان محجوراً عليه من التصرفات المالية - لفلس أو سفه أو ورقّ - فلاّنه وإن كان ممنوعاً من التصرفات لكنّ الإنشاء يتمشّى منه، لصحة عقله، والسفيه هو من لم يكن خبيراً بإصلاح ماله وإن كان عاقلاً عالماً. وبالجمله فلا

شكّ في تحقّق مفهوم العهد منه، فإذا وقع في أحد طرفي العقد، تمّ به المعاقدة والمعاهدة، غاية الأمر إنّه غير مؤثّر و [غير] نافذ شرعاً، فلو لحقه إجازة الغرماء في الأوّل، أو الولي في الثاني، أو السيد في الثالث، فلا مانع من تأثيره، فإنّه عقد تامّ الأجزاء مع حصول الرضا به ممن يعتبر رضاه.

وأما المكره فيتمشّى منه أيضاً الإنشاء المعتبر في العقد، لوضوح أنّ المعتبر في العقد ليس هو الرضا بالعنوان الأوّلي وطيب النفس، بل يكفي مطلق الرضا وإن كان من باب الإلجاء والحاجة، كأداء دين أو نفقة عيال، فكما يحدث من هذه الأمور رضا بالمعاملة فكذا من دفع ضرر الظالم عن النفس أو العرض أو المال، وبالجمله، فعقده صحيح تامّ، لتحقّق مقدمات تحقّق الإنشاء والعهد في حقّه، وعلى هذا فصحته على وفق القاعدة لا على خلافها، كما ذكره المصنّف - قدّس سرّه - . بل القاعدة لولا النص كانت مقتضية للتأثير بلا ترقّب لحق الرضا.

فإن قلت: يمكن استفادة كون المكره مسلوب العبارة من حديث الرفع، كما استفيد ذلك في حق الصغير من حديث رفع القلم.

قلت: لا شكّ أنّ رفع الأمور المذكورة في ذلك الحديث إنّما هو على وجه الامتنان، ولا الامتنان في سلب العبارة عن المكره، بل اللائق به رفع التنجيز عن تأثير عبارته، فهذا الحديث لا يصلح لتقييد إطلاقات صحّة المعاملات أزيد من ذلك، فيكون عند حقوق الرضا عقداً صحيحاً شرعياً، بمقتضى الإطلاقات.

قال - قدّس سرّه -: (والأوّلان مبنيان على أنّ الأحكام الظاهرية المجتهد فيها) إلى آخره.

أقول: الكلام هنا تارة في المبنى، وأخرى في صحّة الابتناء فنقول: قد استشكل ابن قبة على التعبد بخبر الواحد بأنّه مستلزم لتحليل الحرام وعكسه،

وهذا الإشكال كما ترى لا اختصاص له بخبر الواحد، بل يجري في جميع الأمارات والطرق الظاهرية.

وقد نفّسي عنه بوجوه:

الأول: الالتزام بأنّه لا واقع إلّا ما أدى إليه ظن المجتهد بحسب طريقه، فحكم الله الواقعي الأوّلي يختلف باختلاف الظنون في حقّ الأشخاص، وهذا كما ترى تصويب باطل شرعاً وعقلاً، أمّا شرعاً: فلاّنه المتيقّن من الإجماع على بطلان التصويب، وأمّا عقلاً: فلاّنه مستلزم للدور، إذ على هذا يكون العلم سبباً لحدوث الحكم وقبلة لا حكم أصلاً، ومن المعلوم توقّف حصول العلم على ثبوت الحكم لكونه متعلّقه.

الثاني: إنّ الأحكام — على المذهب الحقّ — تابعة للمصالح والمفاسد الواقعية، ومن الواضح كون الحسن والقبح في الأشياء بالوجوه والاعتبار، وحيثنذ فلا مانع من أن يكون شيء بحسب ذاته — مع قطع النظر عن الطواري — مشتملاً على المفسدة المحرّمة، لكن إذا عرض عليه حالة تغيرت المفسدة بالمصلحة في إثباته، ولا شك أنّ كوننا ظانّين بصدق الراوي المخبر بحليّة الخمر مثلاً صفة من صفاتنا، وكون الخمر مما أخبر بحليّته الثقة حالة من حالاته، فيمكن أن يتغيّر باعتبار هذا العنوان الطارئ، المفسدة الكامنة في ذات الخمر، وانقلب بالخلو عن المفسدة والمصلحة، فتكون الحليّة حكماً واقعياً ثانوياً. وهذا الوجه هو الذي لو تمّ ربّما يقال بأنّه يفيد لهذا المقام، فإنّ من يجوز العقد بالفارسية بحسب مقتضى طريقه فهذا حكم واقعي ثانوي في حقّه، فيكون إيجابه أو قبوله بمنزلة إشارة الأخرس.

فكما أنّه لو لحق القبول أو الإيجاب الصحيح بإشارة الأخرس صار عقداً

صحيحاً مؤثراً في حق كليهما ، فكذا هنا ، لكن قد ادّعي الإجماع على بطلان هذا القسم من التصويب أيضاً ، وإن كان عن محذور الدور خالياً كما هو واضح .

الثالث : إنّ المصالح والمفاسد الكامنة في ذوات الأشياء غير متبدّلة بحال من الأحوال ، بل هي باقية على حالها أبداً ، فالأحكام الواقعية ثابتة غير منقلبة بشيء من الأحوال في حق شخص من الأشخاص ، لكن لا مانع لأن ينصب الشارع طريقاً وأمانة على هذه الأحكام ، لوضوح أنّ الاقتصاد على القطع في إدراكها ينجز إلى العسر والحرج ، فيمكن ذلك لتسهيل الأمر على المكلف ، فإن أصاب هذه الأمانة فهو المطلوب ، وإلاّ فالمكلف معذور في عدم الإتيان بالواقع .

وتظهر الثمرة بين الوجهين الأخيرين فيما لو انكشف خطأ الطريق وأدّاه إلى خلاف الواقع بعد العمل ، فعلى سببية الطرق وكون مؤدياتها أحكاماً واقعية ثانوية لا يلزم التدارك ، وعلى الطريقة وكون المؤديات أحكاماً عذرية يلزم ، ولا فرق في لزوم التدارك على الثاني بين ما لو انكشف الخطأ بالقطع أو بأمانة أخرى . وإن كان السيد المحسّي - دام ظلّه - فصل بينهما بلزومه في الأوّل وعدمه في الثاني ، وذلك لأنّ مقتضى جعل الأمانة الثانية طريقاً للواقع وكاشفاً عنه ترتيب آثار الواقع على مؤدّاه و آثار القطع على نفسها كيف ما كان ، ومن جملتها التدارك عند الفوات ، فلو طلق امرأةً بالفارسية لقيام أمانة على جوازها ، فانكشف خطأها بأمانة أخرى لم يجز له نكاحها ، وكذا لكل من كان حاله ذلك .

إذا عرفت ذلك فنقول : لا شك أنّه على الطريقة لو صدر الإيجاب أو القبول بالفارسية من يعتقد الجواز لأمانة ، وكان الآخر معتقداً للخلاف ، فالعقد بنظر الثاني باطل بالنسبة إلى كليهما ، لكونه بلا إيجاب أو قبول عنده ، وأمّا على

السببية فهل يصح العقد بالنسبة إليهما أو لا ؟

الحق هو الثاني، فإنَّ السببية وإن كانت مفيدة فيما لو كان العمل صادراً من واحد كالصلاة، فلو صَلَّى بلا سورة لقيام أمانة معتبرة على عدم وجوبها، كانت صحيحة، وإن انكشف الخطاء، وكالإيقاع، فلو طَلَّق امرأة بالفارسية كان الطلاق صحيحاً وكان طلاقه موضوعاً لحكم غيره ممن يرى عدم جواز الطلاق بالفارسية، لكن إفادتها فيما كان بين الاثنين، ومحتاجاً إلى الطرفين ممنوعة، فإنَّ مؤدى الطريق وإن كان له واقعية، لكن في حق من قام عنده الأمانة لا غيره، والفرق بين إشارة الأخرس والإيجاب بالفارسية على السببية : أنَّ الإشارة واقعي أولي في حق الأخرس في عرض القول في حق غيره، وليس بدلاً اضطرارياً عن القول، والإيجاب المذكور واقعي ثانوي في حق من قام عنده الأمانة بعد اشتراكه مع غيره في حكم واحد، غاية الأمر إنَّ الحكم الأولي قد انقلب في حقه بغيره، لكنّه باق بحاله بالنسبة إلى الطرف الآخر، بل الحال على الطريقة أسهل منه على السببية، فإنَّ من قام عنده الأمانة يعترف على الأول بصحة العقد للآخر، لأنّه يرى مؤدى طريقه حكماً واقعياً أولياً في حق كل أحد، ولا يعترف بها. بل بالبطلان على الثاني، إذ هو معترف بأنَّ حكم الله الأولي كان مشتركاً بينهما، وبعد قيام الأمانة انقلب في حقه وبقي بالنسبة إلى الآخر على حاله.

ثم هذا كله فيما إذا لا يتسرى النقص والعيب الواقع في أحد طرفي العقد إلى الطرف الآخر، كصورة الإخلال بالعربية أو الماضوية أو الصراحة. وأمّا لو تسرى منه إلى الآخر، فحيثنذ وإن قلنا بكون السببية مفيدة ورافعة للعيب، لا تجدي هنا، فإنَّ غايته رفع العيب عن طرف من قام عنده الأمانة، لكنَّ الطرف الآخر يبقى بحاله من العيب، فيكون العقد حيثنذ باطلاً بالنسبة إليه بلا إشكال.

نعم يكون صحيحاً بالنسبة إلى الأوّل وذلك كما إذا أّخر القابل القبول عن الإيجاب على وجه فات الموالاة بينه وبين الإيجاب وكان ممّن لا يعتبرها بينهما والموجب ممّن يعتبرها، فإنّ الموالاة وصف قائم بكلا الطرفين، إذ هي عبارة عن اتّصال الإيجاب بالقبول واتّصال القبول بالإيجاب، ومن الواضح أنّ انتفاء وصف الاتّصال في القبول يوجب انتفاء الموالاة في كليهما، فحالتها حال القاطع في الصلاة، فإنّه عبارة عن شيء ينقطع بسببه الهيئة الاتصالية للصلاة، فبتطل بسببه الأجزاء السابقة واللاحقة معاً لانتفاء الشرط في كليهما، بخلاف المانع فإنّه يمنع عن لحوق الأجزاء اللاحقة بالسابقة، وإلّا فالسابقة في حدّ نفسها صحيحة.

وكذا الكلام في الترتيب، فإنّه عبارة عن وصف كون الإيجاب سابقاً والقبول لاحقاً، ومن المعلوم تلازمهما وجوداً وعدماً، فلو قدم القبول من لا يعتبر الترتيب لزم اتّصاف الإيجاب باللاحقية، فالبناء على السببية لو سلم كونه مصحّحاً، فإنّها يصحّح سابقة القبول، لا لاحقية الإيجاب.

وكذلك التنجيز فإنّه لو علّق أحدهما إنشاء على أمر لعدم اعتبار التنجيز عنده وكان معتبراً عند الآخر، فإن كان إنشاء الآخر منجزاً لزم عدم التطابق، وإن كان معلقاً لزم التعليق المبطل عنده، والبناء على السببية إنّما يصحّح على فرضه تعليق الأوّل لا الثاني.

قال - قدّس سرّه - : (مسألة: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، وكان مضموناً عليه).

أقول: الضمان على قسمين: أحدهما ضمان الإتلاف. وهو مختص بصورة التفريط، فلا يثبت مع التلف السماوي، أو إتلاف الغير.

والثاني: ضمان اليد وهو ثابت مع التلف مطلقاً، وإن كان بفعل الغير، غاية

الأمر إنَّ الغير يكون حينئذٍ ضامناً أيضاً، والمقصود هنا إثبات الثاني، والاستدلال له بخبر الأمة المسروقة بتقريب: أنَّ الحكم فيه - بردَّ قيمة ولدها إلى سيدها - مبنيٌّ على ضمان اليد، إذ لم يصدر من المشتري إتلاف، وإنَّما وجد الولد حراً، فالحاصل إنَّما هو التلف لا الإتلاف، وضمان الولد الذي هو النماء يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى.

يمكن الخدشة فيه: أولاً: بأنَّ هذا الحكم فيما إذا كان أحد المتعاقدين سارقاً أو غاصباً، ولعلَّه لا يمكن تعديته إلى ما إذا كانا مالكيْن وكان الفساد ناشئاً من جهة الصيغة فقط.

وثانياً: بإمكان دعوى صدق الإتلاف عرفاً في مورد الرواية.

وأما قاعدة: كل عقد يضمن بصحيحه إلى آخره، فحيث لم يرد بها أية أو رواية وليست معقداً للإجماع، فلا يمكن التعويل عليها، ولا فائدة في بيان معناها...^(١).

ومقتضى إطلاق الحديث كون الآخذ متعهّداً للخسارات المتعلقة بالمأخوذ لكل من ورد عليه الخسران سواء كان مالكاً أم غيره.

ومن هنا أنَّه لو ترتبت الأيدي في الغصب وتلف المال في اليد الأخيرة صار الجميع ضامناً للمالك، بمعنى أنَّ له مطالبة ماله من أيِّها شاء، ثمَّ إذا رجع إلى واحد منها فليس للمرجوع إليه أن يرجع إلى سابقه، ولكن له الرجوع إلى لاحقته، ويستقر الضمان بالآخرة على اليد الأخيرة التي تلف المال عندها.

وسرَّ ذلك أنَّ المال حين كونه في اليد الأولى كان بوصف أنَّ خسارته لا ترد إلا على المالك، وإذا انتقل إلى الثانية صار بحيث يرد خسارته على اثنين، وهكذا

كلّما صار الأيدي أكثر صار الخسران وارداً على أكثر.

وكذا لو كان المأخوذ التالف مستأجراً كان الأخذ ضامناً للمالك والمستأجر، أو مرهوناً كان ضامناً للراهن والمرتهن.

ثم إن مفاد الحديث - على ما عرفت - هو أنّ العين الخارجي يكون في العهدة في كل حال، في حال وجوده وفي حال عدمه، ولا ينتقل إلى البدل أبداً، وحينئذٍ فلو تلف وكان قيمياً، فإن قلنا بعدم اعتبار القيمة السوقية، كان المعبر هو قيمة يوم الأداء، لأنّها القائمة مقام العين في هذا الحال، وإن قلنا باعتبارها، كان المعبر أعلى القيم من حين الأخذ إلى زمان الأداء؛ لأنّ العين بتمام ماليّتها كانت في عهدة الأخذ في تمام الأحوال، ومنها حالة كون المالمية مساوية لأعلى القيم، فإذا دفع الأعلى برأت ذمّته من الأدنى، لاندراجة تحت الأعلى، بل مقتضى هذا القول أنّه لو كانت العين موجودة تعيّن إضافة زيادة القيمة السوقية، المتتفة حين الأداء، الثابتة قبله وبعد الأخذ إليها.

ثم إن إطلاق اليد في الحديث شامل لليد الأمانى، ولكنّها خارجة بالمخرج، وهو ما دلّ على ثبوت اليمين على الأمين، والنهي عن اتهام من ائتمن، ضرورة أنّه لو كان ضمان الأمين من باب ضمان اليد الثابت مع التفريط وعدمه، لما احتيج إلى اليمين على عدم التفريط، بل كان لغوّاً، ولم يصدر من أحد اتهام من ائتمنه بالخيانة والتفريط حتّى يحتاج إلى النهي عنه.

ولا يبعد دعوى انصراف اليد عن يد تابع الظالم، فإنّه ليس المراد به الجارحة المخصوصة، بل هي كناية عن الاستيلاء والتصرف، لخصولهما بها غالباً، ولا شك أنّ الاستيلاء ينسب عرفاً إلى المتبوع، ويد التابع إنّما هو بمنزلة الآلة له، ولا استقلال له بنفسه.

والحاصل: أنَّ الظاهر أنَّ المراد باليد هنا هو المراد باليد المجعولة أمانةً للملكية، ولا شكَّ أنَّ يد التابع واستيلاءه لا يجعل عرفاً أمانةً على مالكيته بل على مالكية متبوعه، وكذا يد الطفل والمجنون، فإنه لا يعدّ عرفاً يداً.

نعم قاعدة ضمان الإتلاف شاملة لهذه الأيدي، لصدق «من أتلف» على التابع والطفل والمجنون، وكذا يد المأذون من قبل المالك، فإنَّ يده يد المالك.

وأما الكلام في مسألتنا، وهو المقبوض بالعقد الفاسد، فنقول: ربّما يفصل بين صورة جهل الدافع بالفساد - سواء كان القابض جاهلاً أم عالماً - فالضمان ثابت، ضرورة أنه لم يسلط القابض على ماله مجّاناً بل دفعه إليه بزعم أنه صار مالاً له بالمعاملة، فيكون الدفع على وجه الإيفاء بها، فالرضا بالتصرفات يكون مقيداً بالملكية، ومبنيّاً عليها لا محالة، والمفروض عدم الملكية واقعاً، فينتفي الرضا المقيد بها أيضاً، فيكون يد القابض على مال الغير بدون إذنه، ولو كان القابض عالماً بالفساد فالضمان أوضح.

وبين صورة علم الدافع بالفساد - سواء كان القابض جاهلاً أم عالماً - فلا ضمان، إذ المالك سلط القابض على ماله مع علمه بعدم صيرورته مالاً له، ولا عوضه مالاً لنفسه، فيكون التسليط بمنزلة إباحة جميع التصرفات حتى التلف مجّاناً، فحينئذٍ يكون له الرجوع إلى عينه ما دام باقياً، فإذا تلف ذهب من كيسه، فإن كان عين الآخر باقياً عنده، فللاّخر الرجوع إليه.

ويمكن أن يقال بثبوت الضمان في هذه الصورة أيضاً، إذ لا شكَّ أنَّ للمتعاقدين نظرين من جهتين: أحدهما من جهة تشرعهما، فيكون بيع الخمر مثلاً عندهما باطلاً لا محالة بهذا النظر. والثاني: من حيث كونها عرفيتين كسائر أهل العرف ممن لم يتحل هذه الشريعة، ولا شكَّ أنّهما بهذا النظر يعدّان البيع المذكور

بيعاً صحيحاً كسائر المعاملات، فيزعمون حصول المبادلة به، ألا ترى أنّ من يبيع الخمر بثمر فهو لم يدفع الثمن على وجه الإحسان وبلا عوض، بل يزعم أنّه دفع مالاً وأخذ مالاً، بل ربّما يفرح بزعم أنّ ما أخذه أكبر ممّا دفعه، وأنّه غبن الآخر، فدفع الثمن الواقع بهذا النظر إنّما يكون على وجه الإيفاء بالمعاملة ومبنيّاً على زعم ملكيّة الآخر. والحاصل أنّ الصورتين مشتركتان في أنّ الدافع لم يدفع مال نفسه إلى القابض، بل دفع مال القابض إليه. نعم لو دفع على وجه أنّه مال نفسه فهو أجنبي عن المعاملة، والكلام فيما إذا وقع التقابض على وجه الإيفاء بالمعاملة، فحال المتعاقدين في هذه المعاملات حال غير المشترعين من أهل العرف بعينه، فهما قد قطعاً النظر عن جنبه التشريع، ومشياً على طبق عرفيّتهما وما ارتكز في ذهنهما.

ثمّ إنهم عرّفوا المثلّي بما يتساوى أجزاؤه، كمّنين من الحنطة، حيث يتساوى نصفاهما وربعاها وثلاثاهما، وهكذا، والقيمي بما يكون بخلاف ذلك، لكن لا يخفى أنّ هذين اللفظين ليسا بموجودين في آية أو رواية حتّى يحتاج إلى معرفة معنيهما، وجعلهما موضوعين للحكم، فالأولى أن يقال: إنّ الأموال على قسمين: أحدهما ما يكون مماثلة في جميع الصفات التي يختلف باختلافها الرغبات والأغراض كثيراً شائعاً بحسب نوعه كالحنطة؛ والثاني ما يكون بحسب نوعه عديم المماثل في هذه الصفات، أو كان له هذا المماثل لكن كان نادر الوجود كالحيوان، ولا شكّ أنّ تدارك التالف في القسم الأوّل إنّما يكون بدفع مماثله، ضرورة أنّه أقرب إليه عند العرف من القيمة، ولا شكّ أنّ التدارك لا يحصل إلّا بدفع أقرب الأشياء إلى التالف، بخلاف القسم الثاني، فإنّ أقرب الأشياء إلى التالف فيه عرفاً هو القيمة، لا فرد آخر من نوعه، وعلى هذا فالقيميّة والمثلّيّة ربّما

تختلفان باختلاف الأزمان، فربّ قيمي في زمان يكون مثلياً في زمان آخر، كالظروف والأثواب، فإنّها كانت في الزمان السابق قيمية، وفي زماننا صار ما يجلب منها من الافرنج مثلياً، فعلى هذا لا يقع الشك في مثلية المال وقيميته، إذ هما متمايزان أبداً، وأما على كونها تعبديين مأخوذين من الشرع، فربّما يشكّ في شيء أنّه من أفراد المثلي أو القيمي، فهل هنا أصل يقتضي تخيير القابض بين دفع أيّهما شاء؟ أو تخيير المالك بين أخذ أيّهما شاء؟

ربّما يقال: إنّ أصالة اشتغال ذمة القابض بالبدل الواقعي يقتضي تخيير المالك، فبراءة ذمته إنّما يحصل بأنّ يسلم المثل و القيمة إلى المالك، ويقول له: خُذ أيّاً منهما هو البدل الواقعي من مالك.

ولكنّ الحق أنّه ليس هنا أصل يقتضي تخيير واحد من الطرفين، فإنّ البدل الواقعي في ذمة القابض واحد معيّن ليس له دفع غيره، ولا للمالك أخذ غيره، فلا محيص من الصلح القهري، أعني مصلحة ما في الذمة بالمثل أو القيمة.

ثمّ على ما ذكرنا لو وجد المثل في القيمي - أعني ما ليس له نوعاً مماثل في الصفات المذكورة في الغالب - هل التدارك حينئذٍ بدفع القيمة، أو بدفع المثل؟ وجهان: من أنّ التدارك كان عند العرف بحسب نوع الموارد بالقيمة، والظاهر أنّ هذا الحكم لا يزول في هذا المورد الشخصي، ومن أنّ دفع القيمة في الغالب إنّما هو من جهة تعذّر المثل الذي هو أقرب الأشياء إلى التالف، فإذا وجد كان هو المتعيّن، والظاهر هو الثاني، لكون المثل أقرب إلى التالف من القيمة.

ثمّ إنّك عرفت أنّ المعتمد في القيمي هو قيمة يوم الأداء - بناء على عدم الاعتبار بالقيمة السوقية - وأعلى القيم من يوم الأخذ إلى يوم الأداء - بناء على اعتبارها - إلّا أنّ ظاهر صحيحة أبي ولّاد هو اعتبار قيمة يوم الغضب والأخذ،

فيحتمل أن يكون ذلك لخصوصية في الغصب الذي هو موردّها، ويحتمل أن يكون لتخطئة الشارع طريقة العرف في تدارك التالف في جميع الموارد، وليس هذا من باب التعارض بين هذه الصحيحة والحديث النبوي، فإنّ الحديث ليس مدلوله اللفظي كون الاعتبار بقيمة يوم الأداء، بل استفيد من إطلاق كون العين في عهدة الآخذ الذي هو مضمونه أنّه لو طالب المالك العين وجب على القابض دفع العين. وأمّا إنّ دفع العين في صورة التلف إنّما هو بدفع قيمته يوم الأداء، فهو المطابق للمرتكز في أذهان أهل العرف.

ولا بأس بشرح بعض فقرات الصحيحة تيمناً.

فنقول: قوله: فقال: ما أرى لك حقاً، إلى آخره. مراد أبي حنيفة هو القاعدة المسلّمة بين العامّة من أنّ الخراج بالضمان، يعني: أنّ المنافع تكون لمن عليه ضمان التلف والارش، فالمكتري المذكور حيث إنّهُ اكترى البغل لأن يركبه في الطريق بين الكوفة والقصر، فخالف ذلك وركبه من طريق الكوفة إلى النيل، ثمّ منه إلى بغداد، ثمّ منه إلى الكوفة، فهو غاصب من أوّل الأمر، وكان ضمان التلف والارش عليه في تمام هذه المدّة، فصار مالكاً للمنافع في جميع المدّة، والمفروض أنّه أعاد البغل سالماً، فلم يبق للمالك حقّ عليه.

قوله: ذاهباً من الكوفة، إلى آخره. يظهر منه أنّه لم يكن بين الكوفة والقنطرة مسافة معتدّ بها، ضرورة أنّه لو كان بينهما هذه المسافة، كان اللازم احتساب كربي البغل إلى القنطرة من أجرة المسمّى، لا أجرة المثل، لأنّ الركوب إليها كان بحقّ، والمخالفة حصلت منها.

قوله: (فلى عليه علفه، فقال: لا، لأنك غاصب) إلى آخره، ومن الواضح أنّ جميع ما ينفق الغاصب على المغصوب قد ذهب من كيسه، وليس له حقّ مطالبتها من المالك.

قوله: (لو عطب البغل) إلى آخره، الظاهر أنّ المراد بعطب و نفق واحد، أي هلك، وهذا من السائل إشارة إلى تلك القاعدة المذكورة.

قوله: قيمة بغل يوم خالفته إلى آخره.

لو قرئ «بغل» بالـ «تنوين» صار نكرةً، فيلزم كفاية قيمة كل بغل، ومن المعلوم أنّه ليس بمراد، لوضوح اختلاف قيم البغال، فاللزام في كل بغل قيمة نفسه، لا قيمة غيره، فلا بدّ من إضافته إلى اليوم، فيكون اللام ساقطاً منه بالإضافة، فالمعنى: أنّ هذا البغل في يوم المخالفة، عليك أن تدفع قيمته.

قوله: يوم تردّه عليه إلى آخره. لابدّ من كونه ظرفاً للدفع المعلوم من سياق الكلام، يعني عليك أن تدفع الارش إلى المالك يوم ترد المال إليه، إذ لو كان ظرفاً للقيمة، لزم اختلاف قيمة العين في صورة التلف مع أرشها في صورة النقصان، حيث إنّ الأول بملاحظة يوم الغصب والمخالفة بمقتضى الفقرة السابقة، والثاني بملاحظة يوم الردّ، ومن المعلوم عدم الفرق بينهما في ذلك.

قال - قدس سرّه -: (إمّا بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً).

أقول: قد يضاف شيء واحد إلى شيئين في عرض واحد، ولا إشكال في وقوعه وإمكانه، فإنّ العطف على المضاف إليه ممكن بلا شبهة، كما في قولك: غلام زيد وعمرو، أو غلام زيد عمرو، بإسقاط العاطف.

إنّما الكلام في أنّه هل يمكن إضافة شيء أولاً إلى شيء ثمّ إضافته ثانياً بوصف كونه مضافاً إلى الأول إلى شيء آخر.

فتكون الإضافة الثانية في طول الأولى، بأن يعتبر مجموع المضاف والمضاف إليه في الإضافة الأولى شيئاً واحداً في طرف المضاف في الإضافة الثانية.

الحقّ أنّه أيضاً واقع، ومنه «حجّة إسلامنا» و «أطفال محلّتنا»، فإنّه ليس

المقصود إضافة الحجّة إلى الإسلام، وإضافة الإسلام إلى ضمير المتكلم، بل المقصود إضافة الحجّة المضافة إلى الإسلام إلى الضمير، وكذا ليس المراد إضافة الأطفال إلى المحلّة ثمّ إضافة المحلّة إلى الضمير، بل المراد إضافة الأطفال المضافة إلى المحلّة إلى الضمير.

وأما الاستشهاد بالصحيحة فمورده فقرتان منها:

الأولى: قوله: نعم قيمة بغل يوم خالفته.

والثانية: قوله: أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكرى كذا وكذا.

ويمكن أن يقال: إنّ التعبير بيوم المخالفة ويوم الإكتراء ليس لأجل تعيين القيمة المعتبرة من بين القيم المختلفة، إذ من البعيد اختلاف القيمة السوقية للبغل في هذه المدة القليلة، أعني: خمسة عشر يوماً، بل الممكن الوقوع في هذه المدة المحتاج إلى تعرّض حكمه هو حدوث العيب والنقص في البغل من هزال ونحوه، فالتعبير بيوم المخالفة لبيان أنّه لا بدّ أن تكون القيمة قيمة يوم الغضب الذي كان البغل فيه سالماً من جميع العيوب، لا قيمة يوم التلف ولا قيمة يوم الأداء، إذ ربّما حدث فيه بعد الغضب وقبل التلف عيب، فلو كان المعتر قيمة يوم التلف أو يوم الأداء، لزم أن يكون العيب الحادث بلا عوض، فعلى هذا لا تكون الصحيحة مؤيدة لأحد الأقوال، لعدم تعرّضه لحيث اختلاف القيمة السوقية أصلاً.

هذا مع أنّ هنا في هذه الفقرة احتمالاً مبنياً على أن يكون تصديق النفي بـ «نعم» وتكذيبه بـ «بلى» كما قرّر في النحو، وهو أن يقال: إنّ السائل لما صار مغروساً في ذهنه في مجلس أبي حنيفة أنّ ثبوت قيمة العين على العهدة ينافي مع ثبوت أجرة المنافع عليها، استبعد حكم الإمام - عليه السلام - بثبوت كرى البغل عليه

ذاهباً من القنطرة إلى النيل، ومنه إلى بغداد، وجائياً من بغداد إلى الكوفة، وقال: ليس على تقدير العطب يلزمني قيمة البغل؟ والإمام - عليه السلام - لم ينكر هذا المفروض، بل أراد رفع الاستبعاد مع تسليمه، بتقريب أنّه وإن كان على تقدير العطب تثبت في الذمّة قيمة البغل، لكن لا في يوم المخالفة لفرض وجوده فيه، بل في يوم العطب، ففي يوم المخالفة الذي هو زمان ثبوت الأجرة لا قيمة في البين، وفي يوم العطب الذي هو زمان ثبوت القيمة لا أجرة في البين، فلم يجتمعا في زمان واحد، فليس الاستبعاد في محلّه، فمعنى الكلام يصير هكذا: نعم على تقدير العطب لا يلزمك في يوم المخالفة قيمة بغلٍ. وعلى هذا يكون تنكير لفظة بغل في محلّه، لوقوعه في سياق النفي، ولا يحتاج إلى التكلف الذي ذكره المصنّف - قدّس سرّه - من إضافة القيمة المضافة إلى البغل إلى اليوم، وأيضاً لا مانع على هذا من حمل الظرف في قوله: «عليك تفاوت ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه عليه»، على ظاهره من كونه ظرفاً لقيمتي الصّحة والعيب، فلا حاجة إلى حمله على خلاف ظاهره من كونه ظرفاً للدفع كما هو اللازم على ما ذكره المصنّف - قدّس سرّه - لثلاث يلزم اختلاف صورتي التلف والعيب، من حيث إنّ الاعتبار في الأولى بقيمة يوم المخالفة، وفي الثانية بقيمة يوم الردّ.

ولا يخفى أنّه على هذا الاحتمال لا مجال لتوقّف شهادة الفقرة المذكورة لشيء من الأقوال، إذ المفروض أنّ السائل ليس في مقام الاستعلام عن حكم العطب حتّى يحمل الجواب على بيانه، فيكون شاهداً على واحد من الأقوال على وجه وغير شاهد على آخر، بل هو في مقام استبعاد حكم الإمام، فالجواب المناسب رفع استبعاده بالبيان المتقدّم، فيكون حكم القيمة اللازمة على تقدير العطب وأنها أيّ قيمة، مسكوتاً عنه في طرفي السؤال والجواب كليهما.

نعم يستفاد من نفي الإمام على تقدير العطب لزوم القيمة في يوم المخالفة

لزمها في يوم العطب، وأين هذا من كون الاعتبار بقيمة يوم العطب.

ثم مع الغض عن هذا الاحتمال وتضعيفه بأن الاستفهام في كلام السائل إنكاري، فهو بمنزلة الإيجاب، فيكون «نعم» الواقع في الجواب بمنزلة يلزمك، فالاحتمال الأول - المبني على كون احتمال ارتفاع القيمة السوقية للبغل في مدة خمسة عشر يوماً مرتفعاً من البين وهو أن يكون اعتبار يوم المخالفة والإكتراء للملاحظة سلامة البغل عن العيوب الحادثة فيه فيما بين هذا اليوم ويوم التلف لو حدثت، جارٍ بلا إشكال.

ثم إن قوله - عليه السلام - : «إما أن يحلف هو فيلزمك إلى آخره»، مشتمل على خلاف القاعدة من حيث الحكم بثبوت الحلف ورده للمالك مع ادّعائه للزيادة وإنكار الضامن لها، ومن حيث الجمع بين الحلف ومسموعية البيّنة في طرف واحد.

ولكن لا يخفى أنه بناء على ما ذكرنا من عدم اختلاف القيمة السوقية للبغل في تلك المدة يصير المالك منكراً، إذ النزاع في زيادة ونقص قيمة التالف أو أرش الجزء أو الوصف الفاتتين حيثنّذ يرجع إلى دعوى المالك: أنّ جميع العيوب الكائنة في العين التالفة أو الباقية أو بعضها حدثت في يد الضامن، ولم تكن ثابتة حين الأخذ، أو أنّ وصف الكمال حدث في يده ثم نسي بناء على مضمونية هذا الوصف كما يأتي. ودعوى الضامن في جميع هذه الصور ثبوت فوات جميع الأجزاء أو الأوصاف الفاتّة أو بعضها من حين الأخذ، وحيثنّذ فأصالة الصحة حين الأخذ أو في الأثناء تكون مع المالك، فيكون منكراً.

نعم لو ادّعى المالك: أنّ العيب الفلاني حدث في يد الضامن بعد ما لم يكن ثم زال، وقلنا بضمان هذا العيب، فأصالة الصحة حيثنّذ تكون مع الضامن،

لكن هذا القول ضعيف ومع منكرية المالك يكون الحكم الأول على طبق القاعدة كما هو واضح. وأما الحكم الثاني فيمكن أيضاً تطبيقه عليها بناءً على أن لا يكون مفاد دليل ثبوت اليمين على المنكر لزومه عليه، حتى يكون معارضاً لإطلاق دليل حجية البيّنة ومخصّصاً له، بل كان مفاده الاكتفاء بيمينه عن بيّنته.

ويمكن التطبيق على القاعدة مع اختلاف القيمة السوقية للبغل في تلك المدة أيضاً بأن يقال: التردد في كلام الإمام - عليه السلام - منزل على اختلاف الموارد، إذ ربّما يكون المدّعي هو المالك والمنكر هو الضامن وربّما يكون بالعكس.

فالأول كما إذا اتّفقا على أنّ قيمة حين التلف - أعني: تلف العين أو الجزء أو الوصف - مساوية لقيمة حين الأخذ، لكن ادّعى المالك أنّ قيمة حين الأخذ هو الثلاثون مثلاً، وادّعى الضامن أنّه العشرون، وكذا لو اتّفقا على أنّه العشرون لكن ادّعى المالك صيرورتها ثلاثين حين التلف، والضامن بقاءها بحالها، فالحكم بإقامة صاحب البغل الشهود منزل على هاتين الصورتين.

والثاني كما إذا اتّفقا على أنّ قيمة حين الأخذ هو الثلاثون لكن ادّعى الضامن صيرورتها عشرين حين التلف، والمالك بقاءها بحالها، والحكم بالحلف أو ردّه لصاحب البغل، منزل على هذه الصورة. وحيث إنّ المقام لم يكن مقام الترافع فالإجمال في الحكم لا بأس به.

وكيف كان فالصحيحة ليست بحجّة، لإجمالها، وعرفت أنّ المستفاد من قاعدة على اليد، أنّ العين في جميع الأحوال ثابتة في عهدة الأخذ ولا تنتقل أبداً بالمثل أو القيمة، فالضمان العرفي باق بحاله، وحيث إنّ الأمر لا يخلو من حالين:

إمّا أن يكون ارتفاع القيمة السوقية معتبراً أو لا ؟ فعلى الثاني، لو كانت العين موجودة في هذا الحال أي حال الأداء، وجب ردّها نفسها بلا زيادة بالفرض،

فالقائم مقامها عند التعذر هو قيمة هذا الحال بلا زيادة أيضاً.

وعلى الأول - كما هو المستفاد من إطلاق القاعدة، إذ هي بإطلاقها مفيدة لكون المال بجميع مراتبه من الشخصية والنوعية والمالية ثابتاً في العهدة في جميع الأحوال - يكون المعبر أعلى القيم من حين الأخذ إلى حين الأداء، فإنه إذا تعذر الخروج عن عهدة الشخصية والنوعية بواسطة التلف، فالخروج عن عهدة المالية باق بحاله، لإمكانه، والمفروض أن تعهد المالية كان ثابتاً من حين الأخذ إلى حين الأداء، لا إلى حين التلف، وذلك لإمكان اتصاف التالف بالمالية، فالمرء من الحنطة التالفة مال وإن لم يصح إضافته إلى أحد، فالخروج عن عهدة المالية إنما يحصل بدفع الأعلى المذكور، ولكن القطع باعتبار ارتفاع القيمة السوقية مع ذلك مشكل، لأن من المسلم عند الفقهاء: أنه لو كانت العين باقية وطالبها المالك، وكان قيمتها السوقية حين المطالبة أنقص منها حين الأخذ، يكفي رد نفسها، ولا يجب دفع ارتفاع القيمة السوقية معها، ويعلّلون ذلك: بأن المالية أمر اعتباري لا اعتبار به، مع وضوح فساده، فإنها وإن كانت أمراً اعتبارياً لكنه يعتني بها العقلاء كمال الاعتناء، فلا وجه لنفي الاعتناء بها، بل يمكن التمسك في اعتبارها في بعض الموارد بأدلة نفي الضرر، كما إذا كان الأخذ في فصل يكون مالية المأخوذ فيه ألفاً، فحبسه إلى فصل صار المالية فيه خمسمائة.

وبالجملة: فالإنصاف أنه لولا الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم، فالقول باعتبار ارتفاع القيمة السوقية ممّا لا مانع منه أصلاً، لكن حيث وقع التعليل المذكور في كلام المجمعين أشكل الأمر، إذ يحتمل أن يكون تمام استنادهم إليه ويحتمل أنه كان الحكم المذكور مسلماً عندهم، وبعد ذلك علّوه بهذا الوجه تأييداً وإسكاتاً للخصم.

قال - قدّس سرّه -: «نعم لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد» .

أقول: لا فرق بين هذا الاستصحاب وأصالة بقاء الاشتغال، إذ ليس المراد بالضمان إلاّ اشتغال الذمّة بالقيمة عند التلف، فكما أنّ الشك في الثاني مجرى للبراءة لكونه شكاً في الأقل والأكثر فكذا الأول.

قال - قدّس سرّه -: «فالظاهر اعتبار محلّ التلف، لأنّ مالّيّة الشيء إلى آخره» .

أقول: الظاهر أنّ الكلام في ذلك مبني على أنّه هل يكون للمالك في صورة وجود العين في محلّ، مطالبتها من الغاصب في محل آخر، أو لا ؟ بل لا بدّ أن يأخذها في المحلّ الأول، بنفسه أو بوكيله، فإن قلنا بالأوّل، كان له في صورة التلف مطالبة قيمة المحلّ الثاني، إذ هي بدل عن العين في هذا المحلّ الذي كان له استيفائها من الغاصب، وقد تعدّ، وإن قلنا بالثاني، فالمعتبر قيمة محلّ التلف لا غير.

قال - قدّس سرّه -: (وأما إذا كان حاصلًا من زيادة في العين، فالظاهر) إلى آخره.

أقول: الأصل في ذلك أنّ الأوصاف الكمالية الحادثة في العين في يد الضامن، الزائلة عنده، مضمونة عليه، سواء بقيت العين أم تلفت، كوصف الكتابة إذا تعلّمها العبد عند الضامن ونسيها عنده، وليس حالها كحال ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت الرغبة.

قال - قدّس سرّه -: (وأنّ العبرة بيوم فواتها).

أقول: تظهر ثمرة هذا القول فيما إذا حصل نسيان الصفة قبل تلف أصل العين وكان قيمة اليومين مختلفة، كما إذا نسي العبد الكتابة في يوم كان قيمته كاتباً المائة، ثمانون منها لنفسه والعشرون لكتابته، ثم تلف نفسه بعد ذلك في يوم كان قيمته كذلك الخمسين، أربعون منها لنفسه والعشرة لكتابته، فحينئذٍ لا بد أن يدفع أربعون لنفسه والعشرون لكتابته، وكذا الكلام بناء على اعتبار قيمة يوم الضمان أو أعلى القيم.

قال - قدس سره -: (ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليه).

أقول: الحكم بثبوت بدل الحيلولة لا إشكال فيه في صورة تعذر الوصول إلى العين بغرق أو سرقة أو ضياع ونحوها، فإن العين وإن كانت باقية لكنها تعد في العرف حينئذٍ تالفة، فتكون مشمولة للأدلة العامة، من قوله على اليد ونحوه، بناءً على ما عرفت من أن مفاده: أن العين في عهدة الآخذ في جميع الأحوال، وأن للمالك مطالبتها في كل حال، فإن وجدها موجودة يأخذها، وإلا يأخذ بدلها، مضافاً إلى الأخبار الخاصة الواردة في ضمان الودعي لو وضع الوديعة في بيت الجار فصاعت هناك.

وأما في صورة العلم بحصول المال بعد مدة كثيرة أو قليلة، أو رجاء حصوله، أو نحو ذلك مما لا يصدق معه التلف عرفاً، فيمكن التمسك لإثباته أيضاً بقاعدة على اليد، إذ العهدة المستفادة منها شاملة لحال تعذر التسليم فعلاً.

والفرق بين بدل الحيلولة وبدل التلف: أن الضامن ببذل الثاني يفرغ ذمته عن عهدة العين رأساً ويستريح، فله تفرغ ذمته ببذله في أي وقت شاء، وليس للمالك الامتناع من الأخذ، بخلاف بدل الحيلولة، فإنه حق ثابت للمالك زائداً

على عهدة أصل العين، إذ عهدها باقية بحالها وإن بذل هذا البذل، بمعنى أنه لو تمكّن الضامن منها في زمان، فللمالك مطالبتها منه، فلهذا يكون المالك هنا مخيراً عند بذل الضامن بين الأخذ والصبر إلى زوال العذر.

قال - قدس سره -: (وقال الثاني: إن هذا لا يخلو عن إشكال من حيث اجتماع العوض والمعوّض على ملك المالك).

أقول: العوض تارة يكون عوضاً في الملكية كما في باب المعاوضات، فإنها عبارة عن تبديل المالين، وصيرورة مال كلٍ من الطرفين مالاً للآخر، وحيثُ يلزم من اجتماع المالين في ملك أحد الطرفين في زمان واحد اجتماع العوض والمعوّض.

وأخرى يكون العوض تداركاً لما فات كما في باب الغرامات، فإن كان الفائت هو الملكية كما في صورة الإتلاف، فلا بدّ أن يتدارك بالملكية. وإن كان هو السلطنة الفعلية على المال، بمعنى تقلبيه وتقلّبه في وجوه التصرفات والانتفاعات كما فيما نحن فيه، فالتدارك إنّما هو بحصول سلطنة مثل تلك السلطنة للمالك على مال الضامن، ولكن حيث إنّ حصول سلطنة كذلك متوقّف على حصول الملكية لتوقف إباحة بعض التصرفات عليها، فلا بدّ من حصولها مقدّمة لتحقيق السلطنة المتدارك بها، وحيثُ لو اجتمعت هاتان السلطنتان في زمان واحد، لزم اجتماع العوضين، ولهذا لو عادت السلطنة الفائتة للمالك عادت السلطنة الحادثة إلى الضامن، واجتماع المملكتين لا يضّرّ بعد ما عرفت من أنّ الملكية الجديدة إنّما حدثت تبعاً للعوض، أعني: السلطنة، لا لحصول التدارك بنفسها وكونها نفس العوض.

قال - قدس سره -: (ولولا ظهور الإجماع وأدلة الغرامة في الملكية، لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة المطلقة في

المعاطاة على القول بها فيها، ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين).

أقول: الالتزام بعدم حصول الملكية من أول الأمر وحصول إباحة مطلق التصرفات حتى المتوقفة على الملك، لو كان للفرار من لزوم اجتماع العوضين على تقدير حصولها من أول الأمر، ففيه: - بعد ما عرفت من عدم لزومه - أنه لا فرق في لزومه - على تقدير تسليمه - بين صورة حصول الملكية من أول الأمر وبين صورة حصولها في آن عقلي، فليس الالتزام المذكور إلا كراً على ما قرّر.

وإن كان للجمع بين استصحاب بقاء ملكية الضامن للبدل وبين تدارك السلطنة الفاتئة المتوقفة على ملكية المالك له، ففيه: أن الاستصحاب لا يجري له هنا.

وتوضيح ذلك، أن مفاد «لا تنقض» هو النهي عن النقض العملي، سواء في الشبهات الموضوعية أو الحكمية، ولا شك أن النقض العملي فرع ثبوت عمل مشكوك في البين، كما أنه إذا شك في حياة زيد، فيشك في وجوب نفقة عياله، وعدم تقسيم أمواله بين ورثته، إلى غير ذلك.

وكذا إذا شك في بقاء الوجوب، فالشك العملي ثابت لا محالة، ولا شك أنه ليس فيما نحن فيه عمل مشكوك، إذ من المعلوم أن السلطنة ثابتة للمالك وغير ثابتة للضامن، فالبناء على عدم ملكية الضامن ليس فيه نقض عملي للملكية فلا يشمل النهي.

ثمّ بما ذكرنا من أنه إذا كانت السلطتان متقابلتين فلا يلزم من اجتماع المالكيتين اجتماع العوضين، يتبيّن الحال في بعض الفروع ...

فروع

الأول: لو مزج الغاصب المال مع ماله، فله صور أربع:

الأول: أن يمزج بالمجانس المماثل كالحنطة بمثلها.

الثاني: أن يمزج بالمجانس الأدون.

الثالث: بالأجود.

الرابع: بغير الجنس كالسمن بالدبس. فهل يحصل حينئذ الشركة في العين

أو في الثمن، أو يكون ذلك بمنزلة التلف فيرجع إلى البدل؟

لابد أولاً من التكلم في أصل الشركة بالمزج مع قطع النظر عن الغصب.

فنقول: قد عترفوا الشركة بآثار اجتماع حقوق متعددة للمالك متعددين في

مال واحد، فذكروا لها أسباباً، وعدّوا من جملة المزج. وظاهر هذا أن نصف كلِّ

من الخليطين ينتقل إلى مالك الآخر حتى تحصل الإشاعة الواقعية، وإلا فالمالان

متمايزان واقعاً، وهذا الانتقال لا دليل عليه إلا أن يكون في البين إجماع، ومقتضى

القاعدة عدم حصول الشركة في العين، فيباع ويكون الثمن مشاعاً، وعلى تقدير

الإجماع فالقدر المتيقن منه صورة الخلط بالمجانس المساوي، فيكون باقي الصور

على وفق القاعدة، هذا فيما إذا حصل الاختلاط لا بفعل أحدهما.

وأما لو كان مستنداً إلى فعل فاعل كما فيما نحن فيه أعني: مسألة الغصب،

فهو ضامن، ويكون للمالك الآخر أن يقول للغاصب: إذا أخذت مالي كان

مفروزاً غير متفرق الأجزاء، فأطلبه منك بوصف المفروزة، بإطلاق على اليد.

وحينئذٍ حيث امتنع ردّ ماله بعينه وجب ردّ الأقرب إليه، كما هو قضية تلك

القاعدة، ولا شك أن الأقرب في صورة المزج بالمجانس المساوي هو نفس العين

المرتب من عين المال ومثله، لا غيره من الأمثال؛ إذ هي مشتملة على صرف

المثلية من دون الاشتغال على شيء من عين المال، فيكون المتعين حينئذٍ فيما إذا مزج منّا من الحنطة بمنّ مثله، دفع منّ من هذين المتين لا من آخر مثلها.

وأما لو خلط بالأدون أو بالأجود، فهل يكون الأقرب حينئذٍ هو المال المركّب من العين والمخالف، أو المال المائل بتمامه؟ الظاهر أنّ المال حينئذٍ يعدّ تالفاً، إذ هو بوصف الجودة أو الرداءة غير موجود، فيرجع إلى المثل، ويكون هو الأقرب، وهذا فيما إذا خلط بغير الجنس أوضح، إذ السمن بعد الامتزاج بالدبس مثلاً يصير طبيعة أخرى غير السمن، فيتعيّن دفع سمن مثله.

ثمّ في هذه الصور الثلاث الأخيرة هل يكون عين مال المالك المخلوط بهال الغاصب باقياً على ملكه مع أخذه المثل؟ كما قلنا بذلك في بدل الحيلولة، فلا يجوز للغاصب التصرف في المخلوط، أو تحصل المعاوضة القهرية، فينتقل ماله المخلوط إلى الغاصب عوضاً عمّا انتقل من مال الغاصب إلى المالك من المثل.

الثاني: لو أحدث أحد في مال الغير مالاً، كأن يغرس في الأرض شجرة، أو وصف كمال، سواء كان أثراً لعمله، كأن يعلم العبد صنعة، أم لماله، كأن يصبغ الثوب بنيله، فلا يخلو إمّا أن يكون ذلك بغصب وعدوان، وإمّا أن يكون بحق، فإن كان الأوّل وغرس في الأرض شجرة، فلا إشكال في أنّ نفس الشجرة تكون للغاصب، ولكن للمالك إجباره على قلعها وتسوية الأرض بعده بطمّ الحفر، وبعبارة أخرى على جعلها مصفّاة كما كانت في السابق، وليس له مطالبة الأرض من المالك، إذ لاحق لعرق ظالم.

ولو كان غاصباً وأحدث في المال كمالاً وكان منشؤه عمله، كان المال مع وصف الكمال مالاً للمالك، وليس للغاصب فيه حقّ، لا بنحو الشركة ولا بنحو آخر، لأنّ منشأ حدوث الكمال عمله الغير المحترم، لكونه منهياً عنه، ولازم عدم

احترام العمل في نظر الشارع عدم ترتّب الماليّة على أثره لصاحب العمل في نظره.

ولو كان غاصباً وأحدث الكمال وكان منشأ حدوثه ماله، كما لو صبغ الثوب الغصبي بنيله، فحيث إنّ مال الغاصب محترم بلا إشكال، ولازم احترام المال هو ترتّب الماليّة على أثره الكمال لصاحب المال، كان للغاصب حقّ متعلّق بالعين الغصبيّة على نسبة تفاوت ما بين واجد الوصف وفاقده.

وأما كونه شريكاً في نفس العين على النسبة المذكورة فهو على خلاف القاعدة، لعدم تحقّق شيء من أسباب الشركة. وأمّا كونه مالكاً للوصف وكون المالك مالكاً للعين وحدها - وتظهر الثمرة فيما لو ارتفعت القيمة السوقية للوصف، فيملكه الغاصب بتمامه على هذا، ويكون بينهما بالنسبة على الشركة - فضعيف أيضاً، لأنّ الأوصاف الكمالية ليست بنفسها مالاً، وإنّما هي منشأ لزيادة مالية العين، فماليّة العين المخصوصة كذا، لا أنّ ماليّة أصل العين كذا وماليّة الوصف كذا، ولهذا لا يقسّط الثمن على الأوصاف بخلاف الأجزاء، فيحتمل قوياً أن يكون هذا من قبيل حقّ الزكاة المتعلّق بالإبل، فإنّ زكاة الخمسة الآبال شاة، مع كون الزكاة متعلّقة بعين المال الزكوي، لا بالذمّة. وحقّ الإرث للزوجة المتعلّق بالأبنية بدون الأراضي، حيث إنّ مع كونه متعلّقاً بالعين الخارجي، حكموا بأنّ للزوجة ثمن قيمة الأبنية، لا ثمن نفسها، إلى غير ذلك من الحقوق وهي كثيرة، ومعنى هذه الحقوق: أنّها ثابتة على عهدة المال الخارجي، بمعنى أنّ لصاحب الحق حبس المال حتّى يصل إليه حقّه، ففيما نحن فيه يكون للغاصب قيمة وصف على عهدة العين، ويكون الاعتبار حينئذٍ بقيمته يوم الأداء.

هذا كلّ هو الكلام في الغاصب وأمّا غيره، كمن أحدث مالاً أو كمالاً في ماله الذي اشتراه بالبيع الخياري قبل انقضاء مدّة الخيار، ثمّ فسخ العقد وعاد

المال إلى مالكه الأصلي، وكالمفلس إذا أحدث أحدهما فيما اشتراه ببيع النسيئة ثم
فلّسه الحاكم، فإنّ البائع أحقّ بالمبيع من سائر الغرماء. فالكلام فيه في صورة
إحداث وصف الكمال ما عرفت في الغاصب فيما إذا أحدث الكمال وكان منشؤه
ماله، من غير فرق هنا بين ما إذا كان المنشأ هو المال أو العمل، لأنّ الثاني هنا
محترم كالأول، وأمّا الكلام في صورة غرس الشجرة فهو ...^(١).

١- هنا بياض في الأصل. وقاعدة الاحترام الآتية من الأدلة التي تمسك بها لاثبات قاعدة ما لا
يضمن ... فهي من تنمة البحث السابق فلا تغفل.

قاعدة الاحترام

قد يقال: إنّ الحرمة إذا تعلّقت بالأفعال كانت ظاهرة في التكليف، وإذا تعلّقت بالأعيان كانت ظاهرة في الوضع نظير الحريم والحرم، فمعنى هذا المكان حريم البيت أو حرم عدم كون الإنسان في السعة المطلقة بالنسبة إليه، بل له لوازم يعدّ التخطّي منها تعدياً، وكما أنّ احترام الإنسان يقتضي عدم صدور فعل بالنسبة إليه غير مناسب لمقامه، يقتضي أيضاً أنّه إذا صدر ذلك الفعل وأمكن التدارك بالترضية والاعتذار وغيرهما كان التدارك حفظاً لاحترامه، فإذا صار مكان أو زمان محترماً بنظر الشارع كان قضية محترمية أيضاً لزوم الجبران على فرض صدور منافي الاحترام، غاية الأمر لا طريق للعرف إلى تشخيص ما يحصل به التدارك، وأمّا إذا صار الموضوع للاحترام الشرعي هو المال فالتدارك له بيد العرف ويعرف أنّ جبران المال دفع المثل أو القيمة.

لا يقال: اشتغال الكلام على حكمين قد أخذ في موضوع أحدهما الآخر كيف يتصوّر؟ فإنّ الاحترام الشرعي حكم وما دام لم يجعل هذا الاحترام الأوّل لم يتحقّق موضوع للاحترام الثانوي المتحقّق في فرض مخالفة الأوّل.

فإنّا نقول: يمكن ذلك إمّا بنحو القضية الطبيعية وإمّا بتنقيح المناط القطعي، وحينئذ فنقول: إذا وقع مال لأحد في يد آخر مبنياً على معاوضة فاسدة فإنّما يكون الدافع حال الدفع ملتفتاً بفساد المعاوضة، وإمّا يكون غير ملتفت، فإذا كان غير ملتفت فلا إشكال أنّه حينئذ ليس أمانة مالكية ولم يسلّط عليه المالك مجّاناً فاحترامه محفوظ، فنفس وقوعه تحت استيلاء غير مالكة مخالف لاحترامه فيجب تداركه وهو يكون بدفع نفسه حال وجوده، وبدفع بدله حال العدم ولو فرض كون تلفه في يد غير القابض الأول بل اعتور عليه أيدي آخرين وكان تلفه في يد غير القابض الأول، فإنّ نفس الوقوع تحت يده خلاف احترام حصل من قبله وإن كان معذوراً فيه لجهله ولا جبران له إلّا باعادة مثل العين أو قيمتها إلى المالك ولا فرق في ذلك بين العين والمنفعة وعمل الحرّ.

لا يقال: كما أنّ مال المالك محترم، مال الضامن أيضاً كذلك. لأنّا نقول: حيث إنّ سوق القضية لأجل الامتنان على النوع ناسب أن يلاحظ الاحترام في الأول لا الثاني، ومن هنا يعرف تقريب قاعدة لا ضرر، فإنّ عدم جعل الضمان في المقام حكم ضرري فقد ارتفع، إذ كما أنّ الضرر الحادث بوجود حكم منفيّ بارتفاعه، كذلك الضرر الجائي من قبل عدم حكم أيضاً منفيّ بارتفاعه، وارتفاع كلّ شيء نقيضه فيثبت وجود ذلك الحكم، إذ ليس مفاد القاعدة أن ليس الحكم الضرري حتّى يقال بعدم شموله لـ «اللاحكم»، بل مفاده أنّه لم يصدر من الشارع ما يوجب الضرر سواء كان هو الحكم أم السكوت في مقام الحكم، هذا إن قلنا بأنّ مفاد القاعدة نفي الأثر، وأمّا إن قلنا بأنّ مفادها نفي الموضوع أولاً بلحاظ الأثر فالأمر أسهل كما لا يخفى.

وأما الضمان في المسابقة الفاسدة فلأن الضامن هو الذي ألقى صاحبه في خطر الخسارة إذ لولا قراره الفاسد لما أقدم على عمل السبق، فإقدامه على القرار والعمل تفويت منه لاحترام المال، أعني: السبق.

هذا كله في صورة جهل الدافع بالفساد، وأما مع علمه فقد يقال بعدم الضمان نظراً إلى إذنه ورضاه، وكونه مقيداً بالملكيّة وهي غير حاصلة، مدفوع بأنه ليس مقيداً بالملكيّة الشرعية بل بالملكيّة المنشأة وهي حاصلة، وترتب على ذلك جواز التصرف وعدم وجوب الردّ إلى أن يرجع المالك عن إذنه.

فإن قلت: لم يصدر من المالك سوى التملك وقد أبطله الشارع وبعد بطلانه والفرض عدم إذن منه مستقلاً فأين الإذن؟

قلت: التملك المذكور له حيثيتان، فمن حيث إفادة الملكيّة غير مؤثر لاحتياجه إلى الصيغة الصحيحة، وأما من حيث إفادته الإذن فليس مشروطاً بشيء فلا مانع من تأثيره من هذه الجهة، ويظهر منه أنه في صورة الجهل يكون القيد هي الملكيّة الشرعيّة، فإذا انتفت انتفى الإذن، بمعنى أن الملكيّة المنشأة جعلت عبرةً للشرعية فارتبط الإذن بها، ولا يجري هذا في صورة العلم لمكان التفكيك.

لا يقال: يمكن الجبران بدفع مال من القابض إلى المالك بقدر الزمان الذي كان ماله في يد القابض إلى زمان التلف السماوي.

لأننا نقول: معنى الجبران إعادة سلطنة للمالك على مثل ماله بنحو السلطنة التي كانت له على ماله وهي أن لا يخرج عن تحت يده بغير اختياره وبغير تلف سماوي أو إتلاف من قبله، فإعطاء العين بذلك المقدار ثم الأخذ منه قهراً عليه لا يكون جبراً لما فات.

هذا غاية تقريب التمسك بقاعدة الاحترام، ولكنه مع ذلك مخدوش بأنّه أولاً: لا يتمّ في عكس القاعدة، فإنّ الهبة الفاسدة بقضيّة العكس لا توجب الضمان وقضيّة الاحترام هو الضمان، فإنّ التسليط والإذن إنّما كانا في تقدير الملكية فإذا انتفت انتفيا فبقى قضيّة الاحترام بحالها، وبالجملة الحيثية حيثيّة تقييدية لا تعليلية.

وثانياً: على فرض الغض عن ذلك والقول بأنّ الحيثية تعليلية فلا بدّ من الفرق بين المعاوضات والعقود الأخر بأنّ المالك هو الذي سلب الاحترام عن ماله في الثاني بتسليطه بلا عوض، ولم يسلب في الأوّل لأجل اعتبار العوضيّة فيه حسب الفرض.

فنقول حينئذ: لا فرق بين المتعاقدين في هذه الجهة وذلك لأنّه إن كان الإعطاء بعنوان العوضيّة رافعاً لسلب الاحترام من قبل المالك، فالأخذ بهذا العنوان أيضاً لابدّ وأن يكون كذلك من طرف الأخذ وإن كان عدم سلامة العوض المسمّى موجباً لصيرورة الأخذ سالباً للاحترام، فلم لا يصير من جانب المالك كذلك؟ فيقال: هو الذي سلب الاحترام عن مال نفسه بنفس إعطائه، فالتفكيك بينهما بملاحظة عنوان العوضيّة في طرف المالك وعدم سلامة العوض في طرف الأخذ لا وجه له، فتنتقح أنّ قاعدة الاحترام لا تنهض لإثبات القاعدة أصلاً وعكساً.

وأما قاعدة اليد فهي جارية في الأعيان بمعنى عدم توقّفها على وجود عقد فتجري مع اليد وإن كان إثباتها بتخيّل الماليّة بدون عقد في البين، بل وفي العقود الفاسدة التي لا ضمان في صحيحها كما في الهبة الفاسدة، إذ لا إذن من المالك إلّا

بعنوان المالكية والمفروض عدم حصولها ولا تتم أيضاً في الإجارة الفاسدة الواقعة على عمل الحرّ، فإنّ شمول القاعدة للمنافع إنّما هو بتبع شمولها للأعيان، وحيث لا يد بالنسبة إلى عين الحرّ لعدم جريان الغاية، أعني: «حتى تؤذيه» فيه اختصاصه بالأموال فلا تشمل منافعه. نعم يمكن أن يقال: في ما إذا كان الحرّ أجيراً لآخر أنّ الأخذ والتأدية صادقان بالنسبة إلى عين الحرّ.

وأما قاعدة الإتلاف، فإذا وقع عمل من شخص بأمر من آخر فالحكم بالضمان لقاعدة الإتلاف حسن، وأما إذا عمل نفس العامل عقيب إجراء الصيغة عمله بدون أمر من المعمول له بل بعنوان الوفاء بالعقد فلا يصدق الإتلاف حيثشذ، ومجرّد وصول نفع العمل إلى الغير لا يوجب ضمانه، كما لو سقي زرع شخص بماء غيره بسبب سماوي، ولا مجرى فيه لقاعدة الاحترام؛ لأنّ المالك هنا هو الفاعل وهو الذي أوجد خلاف الاحترام في عمله، وإن قيل: قضية الحرمة والاحترام عدم صيرورته بلا عوض، يقال: ما الدليل على تعيين العوض في ذمة المعمول له، ولم لا يكون في بيت المال؟ وإذن فالقاعدة هي الدوران مدار اليد والإتلاف وبدونها فلا ضمان.

ومحصّل المقام أنّه لا بدّ من ملاحظة سعة دائرة القاعدة وضيقتها ثمّ ملاحظة مساعدة المدرك لها ولو كان هو قواعد متعدّدة باجتماعها، فنقول: من جملة الموارد التي تكون الكلية الإيجابية مقتضية للضمان فيها هو عمل الحرّ الذي وقع تحت الإجارة الفاسدة، ومن جملة الموارد التي تكون الكلية السلبية موجبة لعدم الضمان فيها هو العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة.

فنقول: أمّا مفاد القاعدة فهو أنّ ما كان طبع العقد الصحيح ضمانه بمعنى

أن يكون الضمان من مدلوله المطابقي ففاسده أيضاً يوجب ضمانه، وكلّ ما لم يكن من طبع العقد - وإن كان الضمان ثابتاً، كان من جهة الحكم الشرعي - ففاسده لا يقتضيه.

وقد يقال: إنّ العين في الإجارة الصحيحة ليس عدم ضمانها بقضية طبع العقد؛ فإنّ مورد العقد إنّما هو المنفعة، والتسليط على العين حكم شرعي من باب توقّف استيفاء المنفعة عليه فلا اقتضاء لنفس العقد فيها، فلا بدّ من إحراز حكمها من قواعد أخرى، وعلى هذا فلو قيل بالضمان لأجل اليد لم يكن تخصيص في القاعدة، لكنّ الظاهر أنّه من اقتضاء نفس العقد وإن كان مورده المنفعة، لكنّ التسليط على العين أيضاً من اقتضاء طبعه، فمقتضى القاعدة بحسب عكسها هو عدم ضمانها في الإجارة الفاسدة. هذا بحسب المفاد.

وأما المدرك فيمكن أن يقال: إنّ تسليم العين المستأجرة بعد أنّه من الأمانة المالكية يكون استحقاق المدفوع إليه لاستيفاء المنفعة من باب الداعي لهذه الأمانة والإذن، نظير شراء الدواء بداعي الانتفاع، فالتخلّف إنّما هو من باب تخلف الداعي. والحاصل: يمكن أن تكون الحيثية أعني استحقاق استيفاء المنفعة تقييدية ويمكن كونها تعليلية، لكن بحسب مقام الإثبات الظاهر بحسب العرف هو الثاني فراجع.

وأما عمل الحرّ الذي وقع تحت الإجارة الفاسدة فمقتضى إيجاب القاعدة هو الضمان ولا يمكن التمسك باليد، لعدم تمثّشي الغاية، وهذا بخلاف المنافع في الأعيان المملوكة؛ فإنّ التأديبة بلحاظ تلك الأعيان، فيصحّ أن يقال على عهدة اليد جميع خسارات العين التي منها خسارات منفعه إلى أن تؤدّي تلك العين إلى

صاحبها، وأما في الحرّ فلا يتمشى ذلك كما هو واضح.

والإتلاف أيضاً لا يتحقق بمجرد إجراء الصيغة، أعني: قبول الإجارة إذ المفروض أنه باختياره وب عنوان الوفاء بعقده أقدم على الخياطة أو البناء مثلاً فالمتلف نفسه وبعد تمام زمان العمل انقضى ماله، فإنّ الموجود حالاً هو الأعيان التي هي مملوكة للمالك، والصورة أيضاً لا ربط لها بالخياط والبناء، إذ هي ليست إلّا تلك الأعيان بالشكل الخاص وهي مملوكة للمالك بالفرض.

وقاعدة «لا يحلّ مال امرء إلّا بطيب نفسه» لا تجري لذلك، لعدم وجود المال وهو العمل حال التصرف، وإنّما عمل عملاً وانقضى وزاد الماليّة في مال المالك من جهة عمله لكن لا تصرف في عمله أصلاً، بل في أعيان المالك.

بقي ما تمسك به شيخنا العلامة المرتضى - أعلى الله مقامه - وهو قاعدة الاحترام ونفي الضرر، وتقريب الأول أنّ عمل المسلم مال له وهو محترم، وقضية احترام العمل أن لا يبقى بلا أجر بل وقع مشكوراً ومأجوراً، ومن المعلوم عرفاً أنّ طرف الإضافة إلى العمل من يرجع نفعه إليه وإن اتفق من باب الاتفاق وبلا التفات من العامل، كما لو بنى بخيال دار نفسه فتيّس دار زيد مثلاً فإنّ أجر العمل الواقع على ملك الغير خروج أجره من كيسه؛ فإنّ هذا معنى المقابلة، فإنّ الأجر ما يقابل الشيء ويكون بحذائه، ولازم هذا في الأعمال المتصرّمة الغير القارة بالذات والباقية بالآثار إنّما هو خروج الأجر من كيس من دخل في كيسه أثر العمل، كما أنّه لا بدّ من ورود الأجر أيضاً في كيس العامل.

والحاصل: العرف يفهم من احترام العمل ما ذكرنا وهو أنّ عمل العامل إذا لم يتعلّق بأحد، كما إذا بنى بناءً في أرض مباحة لا تتعلّق بأحد بخيال أنّها أرض

نفسه فليس عدم إعطاء أحد أجر هذا العمل خلاف احترام من أحد، وأما إذا كانت تلك الأرض ملك شخص فإنّ انتفاع هذا الشخص بتلك البناء ولو كان تمام مادّته ملكاً لنفسه من دون اعتناء إلى عمل ذلك العامل، خلاف لاحترامه. هذا ما يتوهم.

وفيه أنّه بعد أن لا دخالة للمالك في حصول العمل وإنّما حصل بتمام اختيار من العامل بزعم استحقاق المالك فحال المالك بالنسبة إلى هذا العمل مع سائر الناس على وجه سواء، نعم من جانب الله حصل زيادة في ماله من جهة ذلك العمل، ومجرّد محترميّة العمل مع وصول نفعه إلى المالك من جانب الله لا يوجب تحميل أجرة على المالك الغير الدخيل بكلّ وجه.

والحاصل: عمل العامل محترم وصرفه نفسه باعتقاد فاسد، ومال المالك أيضاً محترم وبعد العمل يكون تمام تقلّب المالك في ماله بدون تصرّف في شيء من مال غيره، فقضيّة حرمة المال عدم خروجه عن ملكه بغير اختياره وخلاف احترام العمل مستند إلى خطأ اعتقاد العامل ولا ربط له بالمالك أصلاً، فلا وجه لتحميل أجرة عليه قضيّة لاحترامه بل هو خلاف احترام في مال المالك.

ومن هنا يعرف الكلام في لا ضرر حرفاً بحرف فإنّ مجرّد اتفاق وقوع العمل على ملك الغير لا يوجب نفى الحكم الضرري جعل ضمانه على عهدته المالك إذ هو مع غيره على حد سواء، مع أنّه أيضاً من أفراد القاعدة.

لكنّ الإنصاف الفرق بين ما لم يكن بين الطرفين قرار وما كان وكان العمل جرياً على ذلك القرار، وجه الفرق أنّ في صورة القرار لا شبهة أنّ أحدهما مسلّم والآخر متسلّم وهذا المعنى لا شبهة في وقوعه، غاية الأمر انفكاكه عن التأثير ولم

يكن نفس القرار متقيّداً بتأثيره وإلاّ لزم الدور، والعمل بالقرار ليس إلّا إتيان نقشته في الخارج، فكما كان في مرحلة الإنشاء تسليم وتسلم يكون في الوفاء الخارجي أيضاً تسليم وهو نفس إتيان العمل وتسلم وهو رضى الآخر بوقوعه.

وحيتئذ نقول: حرمة العمل مقتضية لضمان من تسلمه من عامله، لا يقال: هذا ينافي ما سبق من أنّ لحاظ العوضيّة إن كان في جانب المؤجر رافعاً للهتك فذلك من جانب المستأجر لأنّ تسلمه أيضاً مبنيّ على هذا اللحاظ، وإن كان عدم سلامة ما لحظا عوضيّته يوجب كون قبض القابض هتكاً كان إعطاء المالك أيضاً كذلك، وذلك لأنّ الضمان الذي يقتضيه الاحترام لا يدور مدار الهتك، فنقول: تسلمه ليس هتكاً كتسليم العامل لكن عدم تعقيبه بالأجر مستلزم للهتك هذا.

ومن هنا يعرف الكلام في لا ضرر فإنّه مع التسلم لا تشمل القاعدة المتسلم، فإنّه أقدم على العوض مع شموله للعامل ومع عدمه يتعارض الفردان منها، هذا بناءً على شمولها للعدميّات، وأمّا بناءً على عدمه كما لا يبعد - إذ لم يعلم منه إلّا أنّ الشارع ما أوجد الضرر لا أنّه إذا أوجد الضرر نفس المكلف فهو يدفع هذا الضرر - فلا ربط لها بالمقام.

ومن جملة موارد الحكم السلبي الهبة الفاسدة فمقتضاه عدم الضمان لو تلف في يد المتهب أو أتلّفه، ووجهه أنّ من المسلم أن لو قال المالك: ألق مالي في البحر فألقاه فلا ضمان، ومن المعلوم أنّ حكم الضمان على اليد والاحترام يستفاد منه الحقيقة، فإنّه جعل رعاية لجانب المالك فيكون منشأ لانتزاع الحق،

والحاصل: ليس حكماً صرفاً ويكون أيضاً قابلاً للإسقاط بدليل ما ذكرنا من مثال الإلقاء في البحر. وإذن فنقول: الواهب فعل فعلين في عرض واحد بدون تقييد أحدهما بالآخر وهما إنشاء ملكية المال للمتَّهب والإقدام على تضرره بهذا المال بأن يصير مكانه خالياً من العوض.

فإن قلت: يكون هذا الإقدام عقيب الإخراج وتبعاً له. قلت: بل يكون في عرضه، فإنه أقدم على إخراجه عن ملكه بلا عوض وهذا واقع ولو انفكَّ عن التأثير شرعاً فتأمل، فإنه لا فرق بين الإقدام على عدم الضمان والإقدام على الضمان، وقد مرَّ أن فيه بعد بطلان الخصوصية لا يبقى أصل الضمان.

ولكن قد ينظر المقام بالعقود التي تتبع بعض كما في الشروط الفاسدة وبيع ما يملك وما لا يملك بصفقة واحدة فيقال: إنه بنظر العرف وإن كان قد فعل فعلاً واحداً لكنه بنظرهم يعدّ فعلين في عرض واحد كما في تلك المقامات.

لا يقال: فلا بدّ من القول ببقاء أصل التملك بعد بطلان خصوصية المجانية، فإنه يقال: فرق بين التملك والإسقاط فإنَّ الأوّل يحتاج إلى أسباب خاصّة بخلاف الثاني.

بقي الكلام في العقود الضمانية في صورة علم الدافع بالفساد فلا شبهة في حصول الملكية العرفية لوضوح إمكان انفكاكها عن الشرعية كما في بيع الخمر، فالرضا مقيد بالمالية للدافع فلم يأذنه في ماله، إنّما الكلام في أنّه يصدق الغرور في ما إذا كان الثمن المسمّى أقلّ من العوض الواقعي أو لا يصدق أو يفرق بين ما إذا كان الفساد في إيجاب البائع فيصدق، وما إذا كان في قبول المشتري فلا يصدق، الظاهر عدم الصدق فإنّ معنى الغرور إراءة ما ليس بواقع واقعاً، وفي المقام

المشتري جاهل بأن الصيغة الفارسية مثلاً فاسدة والبائع العالم يجربها ويقرّ جهله، فالمشتري مغرور لجهله لا من قبل البائع. نعم لو كان البائع ممن يركن إليه فركن المشتري إليه وجعل إعماله لهذه الصيغة طريقاً إلى صحتها صدق الغرور حينئذ.

بقي الكلام في نقوض القاعدة، أحدها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ مع أنّ صحيح العارية غير موجب للضمان والظاهر أنّ الضمان هنا ضمان الإلتلاف لوجوب إرسال الصيد عليه شرعاً، فلا ربط له بعقد العارية.

الثاني: حمل المبيع مع أنّه لا يحكم بالضمان في الصحيح والأمر فيه غير خارج عن قسمين إمّا داخل في المبيع فالصحيح أيضاً موجب للضمان لوقوع جزء من الثمن بقباله، وإمّا خارج ويكون أمانة مالكية في يد المشتري فالفساد أيضاً لا يوجب الضمان لعين ما تقدّم في العين المستأجرة، نعم لو ثبت بالإجماع أنّه خارج عن المبيع وأنّ الفساد موجب لضمانه تمّ النقض.

الثالث: منافع المبيع من المستوفاة وغيرها مع عدم ضمانها في الصحيح وعدم الضمان في الصحيح غير مستند إلى العقد، فبالعقد يحصل التعاوض بين المالكين في الملكية، ومن توابع الملكية ملكية المنافع، فالحكم بالضمان في الفساد ليس نقضاً في القاعدة.

الرابع: الشركة العقدية الفاسدة، ومقتضى القاعدة فيها أيضاً عدم الضمان في الصحيح والفساد؛ لأنّ دفع أحد الشريكين المال المشترك إلى الآخر يكون على وجه الأمانة وتكون الشركة من قبيل الداعي لا القيد.

ثمّ إنّه قد يقال في صورة علم الدافع بالفساد بعدم الضمان [بيان أنّ] القيد للإذن إنّما هو المملكيّة الانشائية وهو حاصل.

فإن قلت: الصادر منه ليس إلّا التملك وإذا صار باطلاً فمن أين الإذن؟ قلت: التملك فعل واحد ذو جنبتين، فمن جنبه كونه تملكاً يحتاج إلى الأسباب الخاصّة ومن جنبه كونه إذناً لا يحتاج إلى سبب خاص.

وفيه: أنّ البيع عبارة عن مبادلة مال بمال فلا يخلو إمّا أن يقصد العالم بالفساد هذا المعنى جدّاً، وإمّا لا قصد له جدّاً، والثاني خارج عن محلّ الفرض، لأنّ الكلام في البيع الفاسد، والأوّل لا يمكن صحّته إلّا باختلاف النظر واللاحظ بمعنى أنّه ليس ببيع في نظر الشرع، وبيع ومبادلة بنظر العرف، نظير بيع الخمر حيث لم يدفع المال مجّاناً بنظرهم، وحينئذ فنقول: فقد رأى بهذا النظر إلى صيرورة ماله إلى صاحبه وبالعكس والتسليم والتسلّم أيضاً وقعا وفاءً بهذا المعنى، ولا شبهة أنّ الرضا على هذا لم يتحقّق في مال الدافع بعنوان أنّه ماله بل بعنوان أنّه مال القابض.

ربّما يقال في المقبوض بالبيع الفاسد بجواز التصرف إذا كان الدافع عالماً بالفساد للإذن فيه في ضمن التملك، ودعوى أنّ الإذن مقيد بالملكيّة وهي غير حاصلّة مدفوعة بأنّ القيد ليس إلّا المملكيّة في اعتبار البائع وهي حاصلّة؛ إذ المفروض أنّه أنشأها وبني على كون المشتري مالكاً وقد قبل هو أيضاً، نعم لو كان مقيداً بالملكيّة الشرعية صحّ دعوى عدم حصول القيد لكنّه ليس كذلك.

والحاصل: أنّ المقيد بقيد حاصل يكون كالملّك، والإذن في ما نحن فيه

كذلك، فإنّ قيده المملكيّة الواقعيّة بحسب اعتبار المتبايعين والمفروض بناؤهما عليها بحسب إنشائها.

فإن قلت: لم يصدر من البائع إلّا التملك وقد صار لغواً في حكم الشرع بالفرض فأين الإذن؟ قلت: هذا التملك له حيثيتان فهو إذن من حيثية وتمليك من أخرى، ولما كان التملك محتاجاً شرعاً إلى صيغة صحيحة والمفروض عدمها فهو غير مؤثر من هذه الجهة لعدم حصول شرطه، وأمّا من حيثية الأخرى فهي غير مشروطة شرعاً فيجوز العمل به، فإنّ الإذن مؤثر في جواز التصرف من غير اشتراط بصيغة خاصّة، فيشمله عموم ما دلّ على جواز التصرف مع الإذن وطيب النفس وإذا جاز التصرف فلا يجب الردّ إلى المالك فضلاً عن كونه فورياً، نعم لو رجع عن إذنه فطلبه وجب الردّ إليه فوراً فتدبّر.

أقول: محلّ الكلام ما إذا قصدا البيع جدّاً، وحيث إنّ البيع عبارة عن مبادلة مال بمال فلا بدّ من قصدهما إلى صيرورة كلّ من العوضين مالاً للأخر جدّاً، فإنّه إذا لم يتحقّق منهما هذا القصد جدّاً خرج عن البيع، ومفروض الكلام حصوله غاية الأمر بنحو الفساد، وأمّا إنّه كيف يمكن هذا القصد مع العلم بعدم الحصول فإنّ الإنسان لا يقصد أمراً يعلم بعدم حصوله؟ فيمكن تصويره باختلاف النظر في العرف والشرع، فربّ عقد يكون بنظر العرف بيعاً ويرتّبون عليه آثاره ولا يكون بنظر الشرع هكذا، بل المال باق بحاله الأوّل، فالقصد المعاملي مبنيّ على هذا النظر العرفي ولا فساد بهذا النظر بالفرض، فيتمشّى منه القصد جدّاً.

ألا ترى إلى الفساق الغير المبالين بأحكام الشريعة يبيعون الخمر ويشترونها

مع وضوح فساد في الشريعة؟ وهل ترى لا يتمشى منهم القصد فيرون صرف ما لهم بلا عوض؟ بل يتمشى منهم حقيقة قصد البيع وما ذاك إلا بجريهم على وفق نظرهم العرفي.

فإن قلت: فلم لا تقولون في ما لو قال أحد: الخمر حلال، إنه يكون على حسب النظر العرفي ولا ينافي مع اعترافه بالحرمة بحسب نظر آخر فلا يحكم بكفره وإنكاره الضروري؟ فإذا حكمتهم هنا بالكفر والإنكار علم أنه لا تلازم بين النظرين وأنه مع أحدهما ينتفي الآخر، وحيث إن البيع مع علم الفساد أيضاً واقع نلتزم فيه بأنه بناءً وعقد للقلب على كون ما ليس ببيع بيعاً كما في التشريع والجحود.

قلت: ليس البيع للخمر مثل البيع لما لا مالية له بنظر العرف ولو مع ادعاء المالية له وعقد القلب والبناء عليه، فراجع وجدانك فإنه أعدل شاهد في البين، والحاصل لا يلزم التناقض مع تعدد نظري الحاكم، وإذن فنقول: البائع في هذا النظر قد رأى انتقال ماله جداً إلى صاحبه فيدفعه إليه بعنوان أنه ماله ولا يراه مالا لنفسه حتى يتمشى منه الإذن.

فإن قلت: ما الفرق بين الهبة الفاسدة وهذا المقام؟ حيث حكمت هناك بأنه فعل في عرض واحد فعلين، أحدهما التملك والآخر رفع الضمان وقلت هنا: ليس التملك والإذن في عرض واحد بل الثاني في طول الأول.

قلت: الفرق يظهر بأدنى تأمل؛ فإن الواهب لا يرفع الضمان لأجل أنه صار مالا للمتهب بل يرفعه عن مال نفسه، فكما أن موضوع التملك مال نفسه فكذلك موضوع رفع الضمان، وأما في البيع فالتملك والإذن مترتبان بمعنى أنه

بعد ما ملكه للمشتري ورآه أجنبيّاً عن نفسه يرضى بكونه في يده من باب أنّه مالكة، فليس رضاه متعلّقاً بهال نفسه. والحاصل: لا يراه إلاّ آكلًا لمال نفسه لا لمال البائع، فالرضا مبنيّ على المالية، وقاعدة المبنيّ انتفاؤه بانتفاء المبنيّ.

نعم لو فرض أنّه لا يقصد البيع جدّاً وإنّما مقصوده الوصول إلى الثمن بهذه الحيلة فيوقع الصورة الخالية عن القصد تمّ حيثشذ القول بأنّ الإذن مقيد بأمر حاصل وهو التصرّف الخيالي الغير الجدّي لكنّ الأمر على خلاف ذلك.

ثمّ إنّ النهي عن عمل تارة يتعلّق بحدوثه بحيث لو حدث فبقاؤه غير مبغوض، وأخرى به حدوثاً وبقاءً بحيث كانت المبغوضية ثابتة لمطلق الوجود للطبيعة، نظير لوازم أصل الطبيعة كبرودة الماء وحرارة النار حيث إنّ القطرتين أكثر برودة من القطرة الواحدة، ومثله الخمر في الشرعيات حيث إنّ القطرتين منها أشدّ مبغوضية من القطرة الواحدة، وإذن فنقول: النهي المتعلّق بالتصرّف في مال الغير من القبيل الثاني، فوضعه في الصندوق كلّما ازداد طولاً ومكثاً تزداد المبغوضية من غير احتياج إلى جعل الإمساك في كلّ آن تصرّفاً مستقلاًّ حتّى يناقش بأنّه ليس في البين إلاّ تصرّف واحد ممتدّ. وحيثشذ فيصير حال التخلّص من الإمساك حال الخروج من الدار المغصوبة حيث إنّ منهّي عنه من الأوّل لأنّه أيضاً تصرّف لكنّ العقل يستقلّ بلزومه من باب لزوم أخفّ المحذورين عند دوران الأمر بينهما، فإنّه يدور أمر المكلف بعد وضع اليد على مال الغير بين إبقائه فيقع في المحذور الأشدّ وبين التصرّف التخليصي حتّى يقع في الأخفّ، ولا شبهة في تعيّن الثاني عقلاً؛ دفعاً للأفسد بالفاسد، وحيث إنّ هذا الوجوب عقليّ جاء من قبل هذا الدوران الذي نشأ من قبل سوء اختيار المكلف، فلو كان متوقفاً على مؤنة كثيرة فلا تنهض

لرفعها أدلة نفي الضرر، فإنها ناهضة لنفي الضرر في الأحكام الشرعية، والحكم الشرعي هنا لم يقع أحداً في الضرر؛ فإنه عبارة عن طلب ترك كل تصرف في مال الغير أخذاً وتخلصاً، وهذا لا يلزم ضرراً أما من حيث الأخذ فواضح وأما من حيث التخلص فلأن ترك التخلص ممكن بترك الأخذ، والطبيعة إذا كان له فردان أحدهما مقدور والآخر غير مقدور، صحّ توجه الطلب نحو الطبيعة، وإذا ارتفع المانع من شمول النهي من الابتداء لجميع أنحاء التصرف حتى التخلص فالضرر الجائي بعد ذلك من قبل الدوران الذي جاء من سوء اختيار المكلف مستند إلى جهل المكلف بالجهل البسيط ولا ربط له بالشرع.

وهذا نظير النهي عن شرب الخمر إذا توقّف ترك شربه في مكان مخصوص على بذل مال كثير، فالنهي من الأول لا مانع من تعلّقه بالمكلف على وجه الإطلاق حتى من الشرب في ذلك المكان، وليس في هذا ضرر إذ له أن لا يذهب إلى ذلك المكان، وأما إذا ذهب بسوء اختياره فالمال الكثير الذي يتضرر بدفعه مقدّمة لترك الشرب ضرر أوردته نفسه على نفسه ومستند إلى سوء اختياره ولم ينجئ من قبل حكم الشارع، إذ يكفي في عدم ضريّة الحكم عدم ضريّة إحدى الطرق لتحصيل المطلوب، فإذا استقرّ وتنجّز واستقرّ العقاب كان الضرر بعد ذلك مستنداً إلى نفس المكلف لدفع ضرر العقوبة الثابتة.

وليعلم أن لزوم الردّ في ما لم يكن مستلزماً لزيادة تصرف إذ ربّ إمساك إلى أجل يعدّ عرفاً أقلّ تصرفاً من الردّ كما لو استلزم الحمل إلى مكان بعيد يوجب نقصانه كعرج الدابة ونحوه، هذا.

فصل

هل يضمن منافع المقبوض بالعقد الفاسد الضماني كالبيع الفاسد مطلقاً أو لا مطلقاً أو تفصيلاً بين المستوفاة فتضمن وغيرها فلا؟ الظاهر الأول؛ لدلالة قاعدة اليد؛ إذ بعد عدم جواز أن يراد بـ «على» العهدة نظير العهدة في الديون بقرينة «حتى تؤديه» حيث يلزم اتحاد المغنى والغاية لا بد من الحمل على عهدة الخسارة، وأيضاً لا يبعد هذا المعنى من إضافة العهدة إلى العين، فإذا قيل: هذا الفرس على عهدتك، يعلم منه أن مناقصه وخساراته عليك، وكما أن من مناقص العين وخساراتها العرج والعمى والهلاك، كذلك منها كونه بلا استنفاع مدة يمكن فيها ذلك بإجارة واستيفاء فيكون على الآخذ عهدة ذلك أيضاً، ومن المعلوم عدم الفرق بين استيفاء الآخذ لها وعدمه مضافاً إلى قاعدة الإلتلاف في الصورة الأولى بل وفي بعض صور عدم الاستيفاء كما لو ربط الدابة ولم يركبها.

والحاصل: لا نحتاج في إدراج المنافع تحت ضمان اليد بتعميم الموصول في «ما أخذت» إليها حتى يقال: إنه خلاف الظاهر بل نقول باختصاصه بالأعيان، ولكن من جملة أنحاء خسارات العين خسارات منافعها، مضافاً إلى قاعدتي الاحترام وعدم الحل.

أما الأولى: فبتقريب أنه كما أن من شؤون الشيء الموجود حال الوجود بعض الأمور، كذلك من لوازم هذا الاحترام حال الوجود أيضاً كون تلفه على المتلف فلا يقال: كيف يمكن إسراء الحكم إلى حال عدم الموضوع، وأما الثانية: فيمكن إرجاعها إلى الأولى وذلك بأن يقال: المراد بالحل ما يقابل الاحترام وهو

كون الإنسان مطلقاً وبلا قيد من ناحية هذا المال وكون المال سائغاً وجائزاً ونافذاً بالنسبة إلى متصرفه ومن لوازم ذلك أن لا يوجب إتلافه شيئاً على متلفه، ومقتضى هاتين أيضاً عدم الفرق بين الاستيفاء وغيره كما هو واضح، هذا.

ولكن ما يخالف ذلك وأوجب مصير بعض إلى الخلاف: النبوي المروي من طرق أهل الخلاف المعداد من جوامع الكلم والكلمات القصار وهو قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(١) والمراد بالخراج ما يخرج من الشيء، أعني: منفعه، والباء إمّا للסיببية أو للمقابلة، والمراد بالضمان إمّا الأعمّ ممّا كان بجعل الشرع أو بجعل المتعاقدين فالمعنى أن المنافع تكون بإزاء أو بسبب الضمان الثابت على عهدة الشخص، فكلّمّا ثبت الضمان تملّك الضامن منافع المضمون أو ليس عليه ضمان المنافع ولو لم يملكها وهذا بعينه ما أفتى به أبو حنيفة حيث حكم بسقوط الكراء بضمان البغل، وقال الإمام - عليه السلام -: «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتحبس الأرض بركاتها»^(٢) وبالجملة أخبار الشيعة وإجماعهم على خلاف ذلك.

وإمّا خصوص ما أقدم عليه المتعاقدان مع إمضاء الشرع فيختص ذلك بالبيع الصحيحة، إذ البيوع الفاسدة كما ذكره شيخنا العلامة - أعلى الله مقامه - ليس الضمان فيها ممّا أقدم عليه المتبايعان، وإنّما هو حكم قهري من الشارع.

وإمّا خصوص كون تلفه من مال الإنسان، فالمعنى: كلّمّا كان تلف المال من كيس شخص فمنافعه في كيسه، فيطابق القضية المعروفة «من عليه الغرم فله الغنم». ويؤيده ما في بعض الروايات: «حيث سئل عن البيع الشرطي إذا جاء

١- انظر: كنز العمال: ٩٦٩٨/٤.

٢- الوسائل: ج ١٣، الباب ١٧، في أحكام الاجارة، ص ٢٥٥، ح ١.

المشتري بالثمن في رأس الأجل وكان في أثناء المدة للدار المبيعة غلة أو منفعة لمن تكون هذه الغلة؟ فقال: للمشتري ألا ترى أنها لو احترقت لكان من ماله»^(١) ولكن لازم هذا المعنى أن تكون منافع المبيع ما دام في يد البائع وقبل قبض المشتري للبائع، لأنّ تلفه من ماله، ولا يلتزم به أحد مضافاً إلى كونه خلاف ظاهر لفظ الضمان فإنّه لا يقال: الإنسان ضامن لأمواله مع كون تلفها من كيسه.

فإن قلت: يمكن إرادته بقرينة صدره حيث يحكى أنه: «ورد في جواب من سأل عن غلام ظهر كونه معيباً بعد مضيّ مدة من اشترائه ففسخه المشتري لعيبه وقد استخدمه في تلك المدة هل للبائع أجره ذلك الاستخدام؟ فقال: الخراج بالضمان». فيقال: إنّ اللام في كلمتي الخراج والضمان للعهد الذكري يعني هذا الاستخدام يكون بإزاء هذا الضمان الذي ثبت للمشتري بقبضه، ونتيجة هذا أن لا يجري هذا المعنى في غير البيع.

قلت: - مع أنّ كونه للعهد خلاف الظاهر؛ بل المناسبة المقامية بين الحكم والموضوع تقتضي إرادة الجنس ولا ينافيها السبق بالسؤال كما في قضية: «لا تنقض» - ليس في السؤال إلى هذا المعنى المتغير للمعنى الثاني إشارة فلم لا يكون المراد جنس الضمان ويكون ذكره من باب تطبيق الكلّي على فردّه باعتبار حصول الضمان المقدم عليه في مفروض السؤال أيضاً.

وعلى كلّ حال فما هو ظاهر هذه القضية وهو المعنى الأوّل غير معمول وليس لها بعده معنى آخر نافع بالمقام، إلّا أن يقال في مقام فهم أصل معنى

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٨، من أبواب الخيار، ص ٣٥٥، ح ١.

القضية وإن لم ينفع المقام: إنّ الظاهر منها بقرينة المقام هو المعنى الثاني حيث توهم السائل أنّ منفعة العبد وخدمته لو كان للمشتري كانت مجّاناً، فدفع هذا التوهم بأنّه إنّما ملك الخدمة بإزاء الثمن الذي جعله وتراضى هو والبائع عليه فلم يصّر له مجّاناً، والثمن وإن لم يقابل في مقام الجعل في قبال المنافع إلّا أنّ المنافع ملحوظة في جعله في قبال العبد ففي اللب قد أعطى مقداراً من الثمن بإزائها.

فإن قلت: المفروض استرداده هذا الثمن فمن أين الاستحقاق؟ قلت: يكفي في الضمان المعنى التعليقي بمعنى أنّه لو تلف العبد في تلك المدة كان مضموناً عليه بذلك الثمن ولم يكن له استرداده، بل ليس معنى الضمان إلّا هذا المعنى التعليقي، وعلى هذا فلا يستفاد منها الكليّة في جميع أفراد الضمان ولو مثل ضمان المقبوض بالسوم والمغصوب بواسطة سبق السؤال المشتمل على خصوص الضمان العقدي الذي أمضاه الشارع.

وأما المناسبة بين الحكم بثبوت الخراج وبين مطلق الضمان فلا نسلّمها، ألا ترى أنّ الارتكاز لا يساعد على استحقاق السارق والغاصب بمجرد ضمانهما العين شيئاً من منافعهما. فإذاً لا تنفع هذه القضية في المقام لعدم استنباط الكليّة منها.

وأما قاعدة الإلتاف والاحترام وعدم حلّ المال إلّا بطيب النفس فربّما يندش - مضافاً إلى عدم جريانها في صورة تلف المنافع تحت غير يد العاقد كما لو سرق منه سارق لعدم صدق الإلتاف وعدم اقتضاء الاحترام وعدم الحلّ أزيد من عدم كون إلتافه بلا عوض فلا يقتضي الضمان في الصورة التي ذكرنا - بأنّ المنافع

لا تسمى مالاً، فإذا كان قيمة الدار مائة وكراها عشرة لا يحسب مالية صاحب الدار مائة وعشرة، والسرّ في ذلك أنّ المنافع سبب اعتبار المالية في العين، ولهذا لو كانت العين مسلوقة المنفعة إلى آخر الدهر لم يبذل بإزاء العين شيء، ولو نقص من منافعه شيء نقص بذلك الحساب من ماليته. ألا ترى أنّ الدار المقومة بمائة لو ملكت منافعها إلى سنة بإجارة ونحوها ينقص من قيمتها أو يقوم بالمائة لكن مع الأجل؟ مع أنّه لو لم تكن منافعه مملوكة الغير لتقوم بالمائة الحالة.

فإن قلت: على هذا لو تلفت العين التي قيمتها مائة بعد استيفاء المنافع منها سنة فيلزم الاكتفاء بدفع المائة، إذ هي غاية ماليّتها حسب الفرض فيلزم عدم ضمان منافعها، قلت: كلاً وأين المائة المدفوعة في آخر السنة من المدفوعة في أولها؟ وهذا هو الفرق بين النقد والنسيئة.

فإن قلت: فيلزم على هذا ضمان تفاوت القيمة السوقية، قلت: فرق بين ما إذا كان التفاوت لصرف اختلاف الرغبات من دون تفاوت في نفس المال - فيمكن حينئذ القول بعدم الضمان لكونه اعتبارياً صرفاً - وبين ما إذا كان لأجل نقص في واقعية المال وما ذكرنا من هذا القبيل، فإنّ المال المسلوب المنفعة في أجل معيّن له نقص بحسب واقعه عن المال ذي المنفعة الحالة، وكذلك النسيئة لها نقص واقعي بالنسبة إلى النقد.

فإن قلت: فيلزم في ما إذا كان المغصوب نفس أحد النقدين وتأخر الأداء إلى سنة أن يجب أداء أزيد ممّا أخذ بملاحظة تأخير هذا الزمان ولا يلتزم به أحد، قلت: نلتزم بخروجه بالإجماع. اللهمّ إلّا أن يقال: غاية ما ذكرت كون المنفعة منشأ مالية العين ولا ينافي هذا أن يكون نفسها أيضاً مالاً، بل ربّما يقال: كيف يمكن

أن يكون شيء بلحاظه حصل المالية للمال غير مال؟ فلا محالة المالية الذاتية ثابتة للمنفعة والتبعية^(١) العرضية للعين.

وبالجملة: فإن ثبت: هذا فهو المقصود فيتمّ القواعد الثلاث مع الاستيفاء كما هو واضح، وكذا مع الاستيلاء بدون الاستيفاء، وأما مع عدم الاستيفاء والاستيلاء معاً — كما لو دخل تحت استيلاء ثالث — ففي شمولها حيثُذ منع واضح، وإلا يثبت المقصود بقاعدة اليد، إذ على تقدير عدم المالية الاستقلالية للمنفعة فهي كما عرفت منشأ مالية العين فبنقصها يرد النقص في مالية العين، والمفروض أن قاعدة اليد مقتضية لضمان جميع المناقص الواردة في مالية العين، وعلى كلّ حال تشمل قاعدة اليد الصورة الثالثة بهذا البيان كما هو واضح فتدبر جيداً.

فصل

لا تعرّض في أدلة الضمان في المضمونات لتعيين المثل في المثلي والقيمة في القيمي وإنّما المدلول عليه بها لزوم مطلق التدارك فيعيّنه العرف فيما له مثل في جميع الخصوصيات التي تختلف بها الرغبات نوعاً في المثل، لأنّه الأقرب إلى التالف، وفيما ليس كذلك في النقد الغالب في البلد فإنّه أقرب إلى مالية التالف، لأنّه بمنزلة نفس المالية، فلو تحقّق إجماع على قيمّة ما يعدّه العرف مثلياً كالكرباس أو بالعكس كان هذا تعبّداً شرعياً وتخطئة لنظر العرف، فيرجع في غير هذا المورد ممّا لم يثبت التخطئة إلى ما يعيّنه العرف وذلك للاقتصار في تخصيص ذلك العموم على المقدار المعلوم فإنّ الشبهة مفهومية.

وأما لو شككنا في تعيين نظر العرف في مورد فالتمسك بالإطلاق غير ممكن لأنه شبهة موضوعية فالمرجع الأصل العملي فنقول: تارة نقول بأن الحكم بالقيمة في القيميات من باب الإرفاق على الضامن فله لو ظفر أحياناً بالمثل دفعه، وأخرى نقول: لا يجوز له دفع المثل ولا للمضمون له مطالبته كالقيمة في المثلي، فإن قلنا بالأول فالمقام من باب دوران الأمر بين التعيين والتخير، فإعطاء المثل هو الخروج عن العهدة قطعاً، وإن قلنا بالثاني فالمقام من باب دورانه...^(١).

فصل

لو تعذر المثل في المثلي فهل للمالك مطالبة الضامن بالقيمة أو يجب عليه الصبر؟ الحقّ الجواز، لأنّ أداء القيمة يعدّ عرفاً وفاءً إذا كان بتراض منهما، فإذا طالب المالك فقد حصل رضاه فيجب على الضامن أن يرضى لأن يتحقّق مصداق الوفاء.

والحاصل: مصداق الوفاء في حقّه ممكن غاية الأمر بواسطة مقدورة وهي رضاه، فيجب تحصيلها مقدّمة لحصول الوفاء الواجب بمطالبة الدائن.

والحاصل: أنّ هنا مطلبين، الأول: جواز مطالبة المالك، والثاني: كون القيمة مصداقاً للوفاء، أما الأول فلقاعدّة سلطنة الناس على أموالهم، وأما الثاني فلكونه عند العرف كذلك مع التراضي، فيجب على الضامن لإمكانه، هذا.

وهل للضامن أيضاً دفع القيمة قبل مطالبة المالك فيجبر المالك على القبول؟ المسألة مبتنية على أنّ العين بواسطة تعذر المثل تصير قيمية، أو أنّ المثل الثابت في الدّمة يصير بالإعواز كالتالف فينقلب إلى القيمة فيضاف القيمة إليه لا

إلى العين، أو أنّ المثل مستقرّ في الذمّة إلى حين الأداء ولو في حال الإعواز فيكون دفع القيمة من باب الوفاء بغير المجانس؟

الحقّ هو الأخير، وذلك لأنّه بعد أن كان مفاد أدلّة تدارك المضمونات في المثليات كون تداركها المثل فلا يفرق فيه بين حال التمكن والتعذّر، فإنّ شيوخ المثل في المثلي يكون من قبيل الحكمة لحكم العرف على الحقيقة الكذائية بكونها مثلية من غير التقييد بكونها متمكّنة المثل، والفرض أنّ الوضع لا ينافيه التعذّر. والحاصل: أنّ هنا مصداقين للوفاء مصداقاً أولياً ذاتياً وآخر جعلياً، فالأوّل في المثليات هو المثل سواء في حال إمكانه أم تعذّره، والثاني هو القيمة، وقد عرفت احتياجها إلى التراضي، وكلّ منهما وفاء للمثل الثابت في الذمّة أو للعين الثابتة فيها على الوجهين في مفاد أدلّة الضمان.

وأما دعوى أنّ العين ما دام إمكان المثل مثلية وبعد الإعواز تصير قيمية، أو أنّ المثل الثابت في الذمّة يتلف بالإعواز فيثبت عوضه فيها وهو القيمة فكلاهما عريّة عن البيّنة.

أمّا الأولى فلما عرفت من أنّ الحكم بالمثلية والقيمية معلّق على نفس الحقائق من دون تقوّم بالإمكان والتعذّر، نعم الإمكان والتعذّر النوعيان حكمة لثبوت هذا الحكم والشاهد على ذلك العرف، وأمّا الثانية فلأنّها متوقّفة على جريان قاعدة اليد في المثل الثابت في الذمّة وهو ممنوع، لأنّه لا يصدق في المورد فردان من الغصب أحدهما بالنسبة إلى العين والآخر بالنسبة إلى المثل، بل فرد واحد بالنسبة إلى العين، وثبوت المثل إنّما هو من أثر غصب العين مع تلفها وقد عرفت عدم المانع من ثبوته حال التعذّر أيضاً، بل هو مقتضى القاعدة المذكورة في العين حيثنّذ كما عرفت.

ومن هنا يعرف أنّ القيمة في المقام ليست من باب بدل الحيلولة للمثل المتعذر نظير العين المتعدّرة، وذلك لانحصار المدرك فيه في قاعدة اليد، فإنّ بُعد المالك عن ماله ضرر عليه فيجب تداركه مع حفظ ماليته، وقد عرفت عدم جريان القاعدة في المثل في مقامنا، وأمّا قاعدة السلطنة فلا يثبت بها إلّا السلطنة على أخذ المال مع إمكانه وإلّا بدله على معنى البذل في المالية لا في الحيلولة، فاثبات بدل الحيلولة أمر زائد على السلطنة على المال وليس من شؤونها فتأمل.

ثمّ على فرض الشكّ في أنّ القيمة في المقام من باب انقلاب ما في الذمة إليها بأحد وجهيه أو من باب الوفاء بغير الجنس، فللمسألة صورتان، الأولى: صورة طرّو التعذر بعد التمكنّ منه في أزمنة تلف العين، و الثانية: صورة التعذر الابتدائي الحاصل من أول تلف العين، فلا إشكال في أنّ قضيّة الاستصحاب في القسم الأوّل بقاء المثل في الذمة وعدم انقلابه إلى القيمة، وأمّا في القسم الثاني فقد يقال في ما إذا كان قيمة يوم الإعواز عشرة مثلاً وقيمة يوم الدفع عشرين مثلاً بأنّ الأمر في مقام الأداء دائر بين الأقلّ والأكثر، فالأصل البراءة من الزائد، لكنّ الظاهر أنّ المورد مجرى لأصالة الاشتغال، لأنّ هذا الشكّ مسبّب عن الشكّ في أنّ الثابت في العهدة عند الإعواز أيّ من المثل أو القيمة، وهما متباثنان هذا، مضافاً إلى استصحاب القضية التعليقية الثابتة حال بقاء العين مع وجود المثل، أعني: كونها بحيث لو تلفت يثبت مثلها في الذمة.

مسألة

إذا تعذر ردّ العين فله صور، الأولى: أن يحصل اليأس من الظفر بها كأن تقع في وسط البحر، وهذا بحسب إطلاق أدلّة الغرامات وخصوص الأخبار

الواردة في المقام يكون بحكم التلف، فيكون للمالك أخذ البذل. والثانية: أن يكون التعذر موقتاً كما لو سرق وعلم التمكّن منه بعد ستة أشهر مثلاً، أو علم جفاف البحر بعد هذه المدة.

قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه - في هذه الصورة أيضاً يجب بذل العوض - لو طالب المالك وليس للضامن إلزامه، بل للمالك الصبر إلى زمان التمكّن من عين ماله - ويملكه المالك في صورة الأخذ مع بقاء العين على ملكه ولا يلزم اجتماع العوض والمعوّض، لأنّ المعوّض إنّما هو السلطنة الفاتئة دون ملكيّة العين، وتدارك السلطنة وإن كان بمثلها، لا الملكيّة لكن لما توقّف السلطنة التامة على الملكيّة لتوقّف بعض التصرفات عليها كان القول بها من هذه الجهة لا من باب أنّها ممّا يكون به التدارك.

ثمّ إذا تمكّن الغاصب من العين وجب عليه ردّها لعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»، وإذا تلفت العين قبل الردّ لم تكن مضمونة بضمان آخر لاستصحاب كونها مضمونة بالغرامة وعدم طرؤ ما يزيل ملكيّته عن الغرامة أو يحدث ضمناً جديداً، فإذا دفع العين إلى المالك زال ملكيّته للغرامة لعود السلطنة المبدلة فيجب دفعها أو دفع بدلها مع التلف أو الخروج عن ملكه بناقل لازم بل جائز.

واستشكل في هذا المقال شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - بأنّ السلطنة ليست من قبيل الأوصاف الفاتئة مثل الصّحة ونحوها وإلّا لزم تداركها في ما إذا ردّت العين بعد التمكّن منها كما يتدارك سائر الأوصاف إذا ردّت العين فاقدة لها، وتوضيح المقام أنّ قوله - عليه السلام - : «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه» إمّا يحمل الموصول فيه

على ظاهره من نفس العين المأخوذة فالمعنى ثبوت نفس العين في عهدة الضامن سواء في حال وجودها أم في حال تلفها، ومعنى عهدها في حال الوجود حيث ردّ نفسها إن أمكن وإلا ردّ بدلها، وحيث إنّ المفروض وجودها وعدم انقطاع ملكية المالك عنها وإنّما المنقطع سلطنة الانتفاعات بها في الوجوه المقصودة من الأملاك، فلا محالة كانت البدلية بالنسبة إلى هذه السلطنة. وأمّا العين فهي باقية على ملك المالك واعتبار البدلية بالنسبة إليها مستلزم لاجتماع العوض والمعوّض.

وكذا ليست البدلية بالنسبة إلى السلطنة على مطالبة نفس العين مع قطع النظر عن الانتفاعات بها وإلاّ لزم كون العين مباحة لغير المالك بعد بذل الغرامة، فيصحّ القول بأنّ الامتناع من أخذ البدل حقّ للمالك لبقاء هذه السلطنة بالنسبة إلى نفس العين فله أن يصبر إلى زمان التمكن منها.

ويندفع أيضاً توهم النقص بها إذا ردّت العين بعد التمكن منها فيجب بذل عوض القدر الفائت من السلطنة في الزمان الماضي، وجه الاندفاع أنّ الزمان الماضي ظرف للسلطنة لا قيد لها، فالمبدل هو مطلق السلطنة وهي تعود بعود العين، ومن هنا يظهر أنّه لو عاد التمكن من العين يجب على الغاصب ردّها فيأخذ الغرامة، ولو فرض الشكّ في هذا الوجوب التكليفي قال شيخنا المرتضى: لا يمكن استصحاب عدمه الثابت في حال التعذّر، لأنّ سقوط الوجوب إنّما كان بحكم العقل ومن باب العذر العقلي.

وهذا الكلام منه - قدّس سرّه - مبنيّ على عدم جريان الاستصحاب في الأحكام العقلية ولكن قد حقق في الأصول عدم الفرق وأنّه يجوز استصحاب الحكم الشرعي المستكشف من الحكم العقلي، وكما يستصحب وجود الحكم

يستصحب عدمه أيضاً، ووجه جريان الاستصحاب في الحكم المستكشف من العقل أنّ من الممكن أن يكون هنا ملاك أعمّ للحكم كان موجوداً مع وجود القيد الذي أخذه العقل ومع عدمه.

ثمّ قال - قدّس سرّه -: بل مقتضى الاستصحاب هو الوجوب، ومقصوده - قدّس سرّه - من هذا الاستصحاب هو استصحاب الوجوب الإنشائي المنكشف من إطلاق المادة في أدلّة الضمان الساقطة عن الدلالة بعد دفع البدل، إذ لا شبهة في أنّ القدرة إذا لم تؤخذ في موضوع الحكم شرعاً صارت من القيود العقلية ويحكم بإطلاق الحكم في مرحلة الإنشاء ومن حيث الأغراض المولوية في حال وجود القدرة وعدمها .

فنقول: قد أنشأ المولى حكماً قد تمّ مقتضيه من ناحية أغراضه ووصل النوبة إلى العقل، فإذا لم يكن عذر عقليّ صار ذلك الحكم الشأني الحيثي (كذا) حجة فعلياً، وإذا كان يسلب عنه الفعلية فنقول: نستصحب هذه المرتبة الحيثية من الحكم بعد دفع البدل إلى حال التعذّر ومنها إلى حال التمكن، والحكم بالفعلية حينئذ لوجود أسبابها العقلية ليس من الأصل المثبت، لأنّه من لوازم نفس الحكم.

فصل في بيع الصبي

المشهور كما قيل، بطلان عقد الصبي، وليعلم أولاً أنَّ هنا ثلاث مراحل لابدَّ من طيِّها والتكلُّم فيها:

المرحلة الأولى: الكلام في صرف الإنشاء الخالي عن الاستقلال في جهات النظر في المعاملة، فيتكلَّم في أنَّه هل هو بلا أثر فلا بدَّ من إجراء إنشاء آخر من الكبير مطلقاً حتَّى لو لحقه إذن الولي، أو له الأثر مطلقاً ولو لم يأذنه الولي، أو له الأثر مشروطاً بإذنه؟

المرحلة الثانية: الكلام في أنَّه هل له الأهلية في التصرفات الفعلية نظير الأهلية في الفضولي، حتَّى لا يؤثِّر تصرفه استقلالاً ولكن كان له أهلية التأثير بلحوق الإذن سابقاً أم لاحقاً، أو ليس له ذلك فلا تأثير في فعله من حيث إنَّه مضاف إليه، ولا يقبل أن يؤثِّر بعد الإذن وبواسطته أيضاً؟ نعم لو فرض أنَّه يخرج بواسطة إذن الولي عن كونه مضافاً إليه ويصير فعلاً للولي ومضافاً إليه فلا مانع من تأثيره حيثنَّذ من هذه الجهة ولا ربط له بموضوع البحث لأنَّه فعل الصبي.

المرحلة الثالثة: الكلام في أنَّه هل يكون كواحد من الكبار البالغين حتَّى يكون له الاستقلال في التصرف والاختيار التام بلا حاجة إلى إمضاء الغير أو ليس

كذلك؟

إذا عرفت هذا نقول: الظاهر أنه لا شبهة في المرحلة الأخيرة من حيث عدم ثبوت الاستقلال والاختيار التام له حتى يفعل في أمواله ما يشاء، وبعد هذا يقع الكلام في المرحلة الثانية في كونه ساقط التصرف رأساً حتى كان مسلوب العبارة أيضاً.

فنقول: عمدة ما في الباب الأخبار الدالة على توقف جواز أمر الصبي على بلوغ الأشد المفسر بالسن الكذائي، فربما يقال: من الأمور هو الإنشاء الصرف بعد إتمام تمام جهات العمل من ناحية الكبرين، فهذا أيضاً بحسب الإطلاق غير جائز، ومعنى عدم جوازه عدم ترتب الأثر المقصود المترقب منه عليه.

ولكن الانصاف انصراف الأمر عن مثل هذا، بل المراد هو الأمور التي لم يرض الشارع بتعطيلها وحملها الولي من التدبير في أموره وتمييز جهات الصلاح عن الفساد والإقدام في تحصيل جهات الصلاح وتبعيده عن جهات الفساد، والحاصل إدارة أمر معاشه، فيخرج عنه مجرد الإنشاء الخالي عن الدخل في الرتق والفتق والحل والعقد، وعلى هذا فيبقى إنشاؤه تحت القواعد وتشمله عمومات المعاملات من غير حاجة إلى إذن الولي، فيكون حال لسانه في إجراء الصيغة كحاله في سائر تكلماته مثل إنشاء السلام ونحوه، فكما لا يحتاج فيها إلى إذن الولي فكذا في هذا.

وبعد طي هذه المرحلة يبقى الكلام في أنه هل لعمله الذي باشر الصبي بنفسه رتقه وفتقه أهلية التأثير حتى يؤثر بعد تعلق إمضاء الولي به أو هو ملغى ولا ينفذ حتى مع إمضائه؟

فنقول: رجح شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - في مجلس الدرس الثاني، نظراً إلى

إطلاق الحكم في الأخبار المتقدم إليها الإشارة بعدم جواز أمر الصبيّ الشامل لحال إذن الولي، فلو كان لعمله أهلية كما في عمل الفضولي فلازمه أنّه لو أجازة الولي بأن يعمل في ماله كلّ ما يشاء جاز تصرفه كما هو الحال في الفضولي، وهذا مخالف لإطلاق الخبر النافي لنفوذ الأمر عنه بقول مطلق، هذا في الإذن الكليّ المتعلّق بنوع التصرفات.

وأما الإذن الشخصي المتعلّق بالقضية الشخصية التي لاحظها الوليّ فرآها صلاحاً وكذا الإمضاء اللاحق في القضية الشخصية، فإن صار هذا الإذن والإمضاء سبباً لإضافة العمل إلى الولي كما قيل في إجازة الفضولي فهو خارج عن مسألتنا خروجاً موضوعياً، لأنّ الكلام في عمل الصبيّ من حيث إضافته إليه، وإن لم يكونا سبباً لذلك بل كانت إضافة العمل إلى الصبيّ محفوفة مع ذلك فمقتضى إطلاق الأخبار أنّ العمل مهما صار عملاً للصبيّ فهو لا يمضى ولا ينفذ حتّى في حال وجود الإذن.

فانقدح أنّ ما ذكره شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - من أنّه يصدق عدم الجواز وعدم المضيّ مع الوقوف على الإجازة - كما يقال بيع الفضولي غير ماض بل موقوف - يكون مخالفاً للإطلاق. ثمّ استشهد - قدّس سرّه - لتأييد مرامه بالاستثناء الواقع في بعض الأخبار بقوله بعد الحكم بجواز الأمر إذا بلغ: «إلا أن يكون سفياً»^(١) حيث يستفاد منه أنّ السفاهة بعد البلوغ يكون حالها كحال الصباوة، فبعد القطع بأنّ البالغ السفية لا يكون مسلوب العبارة يعلم أنّ الصبيّ أيضاً كذلك.

وأنت خير بأنه إنَّما يحسن لو كان الاستدلال في المرحلة الأولى لأجل إثبات مسلووية العبارة، ولكن عرفت أنَّ الاستدلال يكون في المرحلة الثانية بعد الفراغ عن عدم كون الصبيّ مسلوب العبارة كالسفيه لأجل اثبات عدم تأثير عمله حتّى بعد رضا الولي، وعلى هذا لا ينفع الاستشهاد، إذ نقول في السفيه أيضاً يكون الأمر على هذا النسق، فعبارته غير مسلووبة، لكن لو باشر عملاً من بيع أو شراء أو غيرها من المعاملات فليس له شأنية المضيّ حتّى بعد إذن الولي.

اللهمّ إلّا أن يثبت إجماع هناك على خلاف ذلك، ومعه أيضاً لا ينشلم به ظهور الإطلاق الذي ادّعيناه، غاية الأمر يجب رفع اليد عن هذا الظهور في السفيه بدليل خارجي، هذا ما ذكره الأستاذ - دام ظلّه - .

لكن لا يبعد أن يقال: إنّ ما ذكر من استظهار نفي الجواز المطلق المستلزم لنفي الأهلية ...

الغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء حتّى يبلغ خمس عشرة سنة، فإنّ الظاهر أنّ ما يثبت بعد حتّى بقضية مفهوم الغاية نقيض الحكم في ما قبله، ولا شبهة أنّ ما يثبت بعده، أعني: حال البلوغ هو الجواز المطلق والاستقلال التام، فلا بدّ أن يكون المغيّ رفع هذا المعنى، وهو لا يقتضي أزيد من احتياج نفوذ أمره إلى إجازة الولي، فلا ينفي الأهلية.

ودعوى أنّ الثابت بعد الغاية حكم جزئي، إذ قد يطرأ مانع آخر كالجنون، وأيضاً قد يلاحظ التصرف في ماله وقد يلاحظ في مال غيره، لا يخفى بعدها، فإنّ الخبر ناظر إلى حيث الصباوة من دون نظر إلى الحيثيات الأخر.

ودعوى أنّه كما كان مقتضى الإطلاق في جانب المغيّ هو السلب الكلّي

كذلك مقتضاه في جانب المفهوم الإيجاب الكلّي، فيها أولاً: أنّ هذا المطلب مبنيّ على أنّ المفهوم يؤخذ من ذات المطلق لا منه بوصف الإطلاق، ويفرق بينه وبين العموم حيث سيؤخذ بعد لحاظه وهو كلام لا يخلو عن الخدشة كما قرّر في محله، وثانياً: أنّه على فرض تسليمه إنّما يجري في مفهوم الشرط دون الغاية فلا يستفاد من الثاني إلا رفع الحكم الكلّي المنتج للقضية الجزئية.

وعلى هذا فبعد ضمّ أنّ الأخبار بتماها تكون في مساق واحد لا يبعد أن يقال بالتفصيل بين الإذن في نوع التصرفات فلا يكفي، إذ يصدق عرفاً استقلاله في التصرف، وبين الإذن في القضية الواحدة الشخصية أو الرضا اللاحق فيها فيكفي، لعدم صدق الاستقلال معه، والله العالم.

فصل

هل يستفاد من هذه الأخبار عدم مشروعية عباداته على خلاف المشهور أو لا؟ الظاهر الثاني، وحينئذ فإطلاقات أبواب العبادات من قبيل «الصلاة خير موضوع»^(١) و «الصوم جنة من النار»^(٢) محكمة وإن كانت الخطابات التكليفية الواردة في أبوابها مقيدة بالبالغين فلا يمكن الأخذ بإطلاق موادّها للاقتران بما يصلح للقيدية، لكنّ الأخبار المتعرّضة لأجزاء الصلاة وشرائطها خالية عن ذكر شرطية البلوغ، وإنّما حكم برفع التكليف عن الصبيّ بمقتضى حديث رفع القلم، ومعلوم أنّ ظاهره رفع قلم المواخذة لا قلم جعل الأحكام، فهو إنّما يقيد مثل «أقيموا الصلاة»^(٣) دون مثل «الصلاة خير موضوع» فيبقى إطلاق مثله الذي لا

١- انظر: كنز العمال ١٨٩١٦/٧.

٢- الوسائل: ج ١، الباب ١، من أبواب مقدّمة العبادات، ص ٨، ح ٣.

٣- البقرة: ٤٣.

شبهة في إطلاقه من جهة الموضوع، وكذا الأخبار المبيّنة لأجزاء العبادة وشروطها الدالّة بإطلاقها على أنّ الجامع لتلك الأجزاء والشروط صلاة من غير فرق بين كون الفاعل بالغاً وعدمه.

ويتفرّع على ذلك أنّه لو صلّى في أوّل الوقت ثمّ بلغ في آخره أو في أثناء الصلاة لم يجب عليه الإعادة، لتحقّق حقيقة الصلاة عنه، ولولا دلالة الدليل في باب الحجّ على أنّ حجّ الصبيّ لا يكفي عن حجّة الإسلام لقلنا بالكفاية ثمّة أيضاً على حسب القواعد.

فصل

ومّا استدلّ به للبطلان وسلب العبارة حديث رفع القلم، وفيه أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذه لا قلم جعل الأحكام، ولعلّ سرّه أنّ الذي عيّن له الكاتبان ومحاسبانه من العبد يوماً فيوماً إنّما هو الحسنات والسيئات، فإنّها المتدرّجة وجوداً فيحتاج إلى المحاسبة، أمّا الوضعيات فلها وجود إنشائي قارّ ولا تتجدّد بتجدّد الأيام.

ومّا استؤنس به لسلب العبارة حديث «عمد الصبيّ وخطاؤه واحد»^(١) وفيه أيضاً أولاً: أنّ الظاهر منه تنزيل العمد منزلة الخطاء وتشبيهه به في الحكم، لا مجرد سلب حكم العمد وإلاّ لم يكن وجه لذكر الخطاء، بل كان ينبغي أن يقال: عمده كالعدم، فلا بدّ أن يكون مصبّ هذه القضية عملاً كان لعمده حكم ولخطائه حكم، فيحكم بأنّ عمده من الصبيّ بحكم الخطاء من غيره وهو كما في باب الجنایات فلا مساس له بالمعاملات ولا دخل له بمسألة سلب قصده وجعله

١- الوسائل: ج ١٩، الباب ١١، من أبواب العاقلة، ص ٣٠٧، ح ٢.

كلا قصد مطلقاً.

وثانياً: الظاهر منه ما إذا كان عنوان العمل محفوظاً مع كل من العمد والخطأ فلا يصح إجراؤه في عمل كان عنوانه متقوماً بالقصد ومع الخطأ يرتفع موضوعه فلا يتصور في موضوعه الخطأ، والأول كعنوان القتل، والثاني كعنوان العقد والإيقاع.

وبالجملة: فيختص الخبر بباب الجنایات، وبعد ما كان الظاهر من الخبر ذلك فلا يغير هذا الظهور ما وقع في ذيله من الاستشهاد بحديث رفع القلم، لأن مفاد الصدر والذيل أن عمد الجنایة يوجب القصاص والقصاص عقوبة، وحيث إن العقوبة مرتفعة عن الصبي فأوجب ذلك أن يجعل عمده بحكم الجنایة الخطائية، غاية ما في الباب يستفاد من هذا الذيل مطلب أعّم وهو أنه كلما يترتب على العمل العمدي ولو لم يكن لخطائه حكم أو لم يكن له القسم الخطائي عقوبة سواء كانت أخروية أم دنيوية وسواء تعلقت بالنفس كالقصاص أم بالمال كالدية فهذه العقوبة عن الصبي مرتفعة.

ويمكن أن يستفاد من هذه الرواية أن الدية في شبه العمد من باب العقوبة إذ لو لم يكن كذلك لكان المناسب أن يحكم على عمد الصبي بحكم شبه العمد حتى تكون الدية في ماله، فحيث حكم عليه بحكم الخطأ علم أن الدية في شبه العمد من باب العقوبة لا السببية الصرفة، ومن هنا يعلم أن الضمان الثابت بالاتلاف جار في الصبي، لأنه من السببية المحضة، ولهذا يتحقق مع الاتلاف في حال النوم والسهو.

إذا عرفت ذلك فنقول: بذل المال بإزاء المال ليس من العقوبة في شيء كما

هو واضح، فلا يشمل الخبز، وأما التعزير فإن علق على الصبي في دليل خاص لم يكن تخصيصاً في رفع القلم كما في حديث الرفع بالنسبة إلى الأثر المترتب على عنوان الخطاء، ووجهه أن العنوان المؤثر في إثبات شيء لا يعقل أن يكون رافعاً لذلك الشيء، فالصباوة كالخطاء إنها يكونان رافعين للحكم الثابت مع قطع النظر عن الصباوة والكبر، والخطاء والعمد، لا ما كان متقوماً بأحد الأمرين، إذ في أحدهما يكون الرفع برفع الموضوع وفي الآخر يكون العنوان واضعاً لا رافعاً.

فصل

ومما يمكن الاستدلال به لما أيدناه سابقاً من جواز تصرفات الصبي مع إذن الولي رواية السكوني عن الصادق - عليه السلام - «قال - عليه السلام - : نهى النبي ﷺ عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده»^(١) معللاً بأنه إن لم يجد سرق.

ويستفاد من هذه الرواية الشريفة بملاحظة مفهوم الوصف أن الصغير الذي يحسن الصناعة يجوز كسبه، ومن المعلوم أنه ليس المراد ما إذا كان بصرف إنشاء اللفظ منه مع صدور سائر إصلاحاته من غيره، بل الظاهر أنه المباشر للعمل والاكْتِسَاب مستقلاً، غاية الأمر لما كان الاستقلال الرأسي الغير المحتاج إلى إذن الولي مخالفاً للإجماع يقيد الإطلاق بصورة كون الاكْتِسَاب بالصناعة عن إذن من الولي، وكذلك الظاهر عدم اختصاص النهي بخصوص الولي بل متوجه إلى عامة الناس فيكون في جانب المفهوم كذلك فيكون الخطاب عاماً لجميع الكسبة الذين يعاملون مع الصبي بكسبه ويبيعونه الخبز وسائر المأكولات وغيرها من موارد الحاجات، فتدل الرواية على جواز ذلك، غاية الأمر تقييد ذلك أيضاً

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٣٣، من أبواب ما يكتسب به، ص ١١٨، ح ١.

بإذن الولي فهذا مؤيد لما استفدنا سابقاً من روايات حجر الصبي من أنّ المقصود بها نفي الاستقلال التام في التصرفات الغير المنافي لاحتياج نفوذها إلى الإذن. فإن قلت: لعل الرواية في مقام المنع من جهة العلة المذكورة، أعني: عدم مبالاته من السرقة وهذا لا ينافي وجود المانع من جهة أخرى وهي الصباوة. قلت: لو كان كذلك للزم التعليل بالصباوة لا باحتمال السرقة، وكونه علة لتأكد المنع لا لأصله خلاف الظاهر، فالإنصاف أنّ الرواية ظاهرة عرفاً في نفوذ تصرف الصبي وجواز كسبه الحاصل له من اعمال صنعته وجواز تقلبيه وتقلبه فيه بإيقاع المعاملات عليه، هذا.

ولكن يمكن أن يقال: إنه لا ينافي مع الحاجة في معاملته في كسبه إلى كون الولي واسطة في حلّ المعاملة وعقدها، كما لا ينافي ذلك أيضاً في أصل اعمال صنعته بأن كان الولي هو المتولّي والمباشر لإجارته وفصل أجرته مع من يعمل له. إلا أنّ الإنصاف ظهور الرواية في أنّه لو أجره الولي فأعطاه المستأجر الأجرة جاز له أخذها وكان قبضه قبضاً صحيحاً، وذلك لأنّ من البعيد في تلك الموارد التي يؤجر الأولياء الصبيان مباشرة نفس الأولياء لقبض مال الإجارة عن المستأجر، وكذلك توكيله للمستأجر في القبض من جانبه، فعدم التقييد في الرواية مع غلبته وكونها في مقام البيان من هذه الجهة دليل على نفوذ هذا التصرف منه غاية الأمر مع إذن الولي.

فصل في اعتبار القصد في تحقّق مفهوم العقد

لا شبهة في اعتبار القصد في تحقّق مفهوم العقد، فلو تكلم باللفظ من دون عمد إلى اللفظ لم يتحقّق العقد، وكذا مع العمد والقصد إليه لكن مجزئاً عن

الاستعمال، كما في ما يلقن الصبي مثلاً، وكذا مع القصد والاستعمال لكن مجرداً عن الجد بأن كان إنشاءً هزلياً بدون أن يقصد به التوسل إلى حصول المنشأ وهو النقل والانتقال في الخارج.

وقد نظر شيخنا المرتضى - قدس سره - الاستعمال الخالي عن الجد في الإنشاءات بالكذب في الإخبارات، فإن الكاذب يقصد اللفظ ويقصد المعنى بحسب الاستعمال، يعني يلاحظ معنى زيد قائم مثلاً مطابقاً للفظه ويعطي كل لفظ معناه لكن ليس له الجد في هذا المعنى، أعني: وقوع نسبة القيام إلى زيد في الخارج، والحاصل توجه القصد نحو هذا المعنى النسبي الاسنادي يكون على نحوين.

الأول: صرف إحضار الصورة في الذهن لغرض في نفس الإحضار ولو لإيهام على المخاطب وإيقاعه في الاعتقاد بخلاف الواقع.

والثاني: أن يكون مع ذلك مريداً حقيقة لهذه الصورة المحضرة وكان غرضه في نفس الصورة أعني: في وقوع النسبة الإسنادية أو لا وقوعها، والكاذب قد تحقق فيه الإرادة الصورية بالنسبة إلى النسبة الواقعية وانفك عن الإرادة الجدّية بالنسبة إليها، فيصير نظير الإنشاء الهزلي في أنّ المعنى الإنشائي متصور في الذهن لكن ليس المتكلم بصدد تحصيل هذا المعنى الإنشائي بأن كان غرضه قائماً بحصوله، فحال الحصول الخارجي في الإنشاء حال الحصول الخارجي السابق في الإخبار، فكما لو لم يكن المنشئ بصدد التوسل إلى الحصول الخارجي فقد انفكت الإرادة الاستعمالية عن الجدّية، كذلك المخبر إذا لم يكن بصدد إلقاء الحصول الخارجي السابق في ذهن المخاطب فقد انفكت الإرادتان في حقه.

والكاذب من هذا القبيل لأنّ ما صار بصدد إلقائه بحسب الإرادة الجدّية

ليس بخارجي بنظره وما هو خارجي كذلك ليس بصدد إلقائه، فهو وإن تعلق إرادته الجديّة بمضمون زيد قائم لكن على أنّه الواقع الجعلي لا على أنّه الواقع الحقيقي بنظره ولا نعني بالإرادة الجديّة في الإخبار إلّا الإرادة الحقيقيّة على طبق مضمونها على أنّه الواقع الحقيقي، غاية ما هنا من الفرق بين الإخبار الكاذب والإنشاء الهزلي أنّ المخاطب لا يعلم بحقيقة الحال وانفكاك الإرادتين في الأول لكنّه عالم به في الثاني، فلو فرضنا الإخبار الكاذب في مقام الهزل أيضاً صار شبيهاً بالمقام من هذه الجهة أيضاً.

ثمّ إنّ هل يعتبر تعيين البائع والمشتري في القصد أو لا؟ يظهر من كلمات بعض المحقّقين التفصيل بين ما إذا كان العوضان معيّنين، كأن يبيع هذه الحنطة الخارجية بهذا المبلغ الخارجي فحينئذ يصير كلّ منهما إلى مالك الآخر فلا يحتاج إلى تعيين الطرفين وبين ما إذا كانا كليّين كما لو كان أحد وليّاً على صغيرين أو وكيلاً عن كبيرين فباع متاً كليّاً من الحنطة ب درهم كليّ من النقد مردّداً في كلّ منهما بين نفسه وأحد الصغيرين أو الكبيرين، فحينئذ يعتبر التعيين مستدلاً بأنّ هذا القسم من المعاملة، خلاف الشائع المتعارف فلا تشمل الإطلاقات.

وقال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - : بأنّ تعيين المالكين ليس بمعتبر مطلقاً حتّى في مورد كون العوضين كليّاً من حيث نفسه، نعم حيث إنّ الكلّي المجرد عن الإضافة إلى ذمّة أحد ليس له الماليّة، والبيع مبادلة مال بمال، فمن هذا الحيث يعتبر تعيين الذمّة.

وتحقّق المقام أن يقال: لا إشكال في أنّه لو أوقع الإنسان المعاملة بين جنسين كليّين من دون إضافتهما إلى ذمّة أحد حتّى المرّد في المحصورين فلا يتحقّق عنوان المعاوضة ولا يتّصف الجنسان بالماليّة، أمّا الأول، فلأنّ المعاوضة

ليست هنا بصيرورة أحد المالين خليفة الآخر في المكان بل في الملكية، وبعد ما لم يفرض ملكيتهما لأحد فلا معنى لإيقاع المعاوضة بينهما، وأمّا الثاني، فالظاهر أيضاً عدم الإشكال في أنّ مفهوم عشرة أمانان حنطة مثلاً من دون لحاظ وجود معه إمّا في الخارج وإمّا في الذمة ليس متّصفاً بالمالية، ويعلم بالعرض على الوجدان.

وإذن فلا كلام في هذه الصورة، إنّما الكلام في صورة ترديد الذمة بين ثلاث ذمم مثلاً، فهل يجوز لشخص واحد مختار على الذمم الثلاث أن ينقل من إحداها مالاً وينتقل إلى إحداها مالاً ويكون اختيار تعيينه بيده فله أن يختار في ما بعد تعيين البائع في أيّهم شاء وكذلك تعيين المشتري؟

قد يقال بعدم المانع بحسب النظر العرفي مع قطع النظر عن المنع الشرعي وينظر المقام بما إذا كان متعلّق الملك الأحد المرّد بين الثلاث مثلاً كأن يملكه أحداً من الصّيعان الثلاث بلا تعيين في الواقع أيضاً وكذلك قد يصير متعلّقاً للأمر كما لو أمر بإكرام أحد الرجلين لا على التعيين بل قد يصير الأحد المبهم متعلّقاً للعهد كما في الأيادي المتعاقبة حيث إنّ واحداً منها على البذل متعهد للمال، وللمالك تعيين أيّهم شاء، فلا مانع إذن في جعل البائع والمشتري أحداً مبهماً ما بين الثلاث مثلاً، فإن كان واحد والياً على الثلاث كان هو المطالب وإلا كما في الوكيل عن الاثنين كان المشتري بالخيار في تعيين أيّهم شاء.

هذا ما يقال ولكنه في ما كان اختيار الذمم الثلاث بيد واحد كما في مثال الولي حسن وأمّا في غيره كما في الوكيل فمحل إشكال، لأنّه لا يمكن إلزام واحد من صاحبي الذمم، لأنّه ترجيح بلا مرجح. هذا كلّ في ما إذا كان العوضان كليّين، وأمّا في ما كانا معيّنين فهنا صورتان، الأولى: أن يكون البائع مطلعاً على الحال أعني: كون هذا المال لغير من ينقل إليه الثمن كما لو باع مال نفسه بعنوان

غيره لينتقل الثمن إلى هذا الغير أو باع مال الغير بعنوان نفسه لينتقل الثمن إلى نفسه كما في الفضولي الغاصب. الثانية: أن لا يكون كذلك بل باع مال الغير عن نفسه باعتقاد أنه لنفسه، أو باع مال نفسه عن الغير باعتقاد أنه لذلك الغير.

أما الأولى فقد يقال بأنه كيف يمكن من الملتفت بأن البيع مبادلة مال بمال وقضيته انتقال كل من المالكين إلى ملك من انتقل الآخر عن ملكه كما هو الحال في المبادلة المكانية، ولو فرض أنه ليس في حاق البيع ذلك فلا أقل من كونه متبادراً بالتبادر الإطلاقي، فمع كون الشخص قاصداً لتحقيق هذا المعنى كيف يقصد انتقال الثمن إلى غير مالك المثل، وهل هو إلا التهافت في القصد والتناقض فيه؟

وقد يدفع ذلك بدعوى أنه يدعي غير المالك مالاً فيدعي الغاصب نفسه مالاً للمبيع فيقصد انتزاعه من نفسه بعد هذا الادعاء، وكذلك في العكس يدعي مالكية الغير لمال نفسه فينزعه منه بعد هذا الادعاء، ولكنه لا تندفع غائلة الإشكال بذلك، ألا ترى أنك لو ادعت وجود زيد في دار عمرو لا ينقدح في نفسك جداً إرادة جلبه من دار زيد ولا تصير بصدد إثبات مقدمات ذلك كما [لا] تصير في حال قطعك، فكذلك كلما ادعت أن مال نفسك مال زيد لا يمكن أن ينقدح في نفسك قصد نزع إضافته عن زيد ولا تصير اعتبارية الملك فارقاً بين المقام والمثال، لأن الملك له نفس أمرية وصدق وكذب.

ودعوى أن المنشئ قاصد للنقل من صاحب الواقعي غاية الأمر إنه يدعي أنه صاحب ففي الحقيقة يلاحظ النقل بالنسبة إلى صاحب المال الواقعي، مدفوعة بأن الغاصب لا يبيع المغموب بقصد أن ينتقل الثمن إلى المغموب منه، وكان هو آخذاً له بتوسط ادعاء أنه صاحب.

والذي ينبغي أن يقال في حلّ هذه العويصة: أنّه لا تنافي بين جزئي القصد المزبور حتّى يحتاج إلى الذهاب تارةً إلى تصحيحه بالحقيقة الادّعائية، وأخرى إلى القول بأنّه لابدّ من رفع اليد عن أحد الجزئين وجعله ملغى حتّى يرد عليه أنّه لا وجه لرفع اليد عن خصوصيّة كونه لغير المالك، والأخذ بأصل المبادلة، لم لا يجوز العكس.

وجه عدم التنافي أنّك عرفت أنّ البيع يكون المتبادر منه ولو إطلاقاً هو النقل عن المالك الواقعي وبعد هذا الظهور ليس ما يصادمه إلّا ظهور كلمة للغير في كونه بلا واسطة لكن من الممكن بلا كثير عناية حملة على الأعمّ منه ومن الكون له مع الواسطة، وإذن فيرتفع التنافي رأساً، إذ نقول: نأخذ بظهور البيع في النقل عن المالك الواقعي، أعني: المغصوب منه في مسألة الفضولي ونفس العاقد في عكسها، وبعد انتقال الثمن إليه يغصبه منه كما غصب مثنه منه في الغاصب الفضولي أو ينتقل إلى الغير في البائع لمال النفس عن الغير بدون أن يكون في البين ادّعاء.

ويؤيد ذلك أنّ الغصّاب لا يدّعون أنّ أنفسهم مالكون لا حين المعاملة ولا بعدها بل يقرّون بغاصبيّتهم حتّى يرون الأموال التي حصلوها من النقود الغصبيّة أنّها أموال للمالكي تلك النقود وأنّهم غاصبوها كما كانوا غاصبين لأنّماها، وكذلك من يبيع مال نفسه عن زيد مثلاً يقال: إنّهُ أعطى الثمن لزيد كما أنّه لو أعطى نفس المثلثم أولاً إياه يقال: إنّهُ عطية هذا الشخص فهنا يقال بدّله بصورة النقد وأعطاه زيداً، فلو قلنا: إنّ تملك زيد يحتاج إلى سبب مستقلّ ولا يتحقّق بهذا القصد الضمني فهو مطلب آخر لا ربط له بقصد حقيقة المبادلة، فهذا القصد موجود ومؤثّر وذاك موجود غير مؤثّر شرعاً، هذا في الصورة الأولى.

وأما الصورة الثانية وهي ما لو قصد حقيقة المبادلة لاعتقاده أنّ هذا من مصاديقها فنقول: من قصد الخاص فقد قصد العام لعدم تعقّل وجود الخاص بدون العام، فأنّت إذا قصدت شرب هذا الخمر وكان ماءً فقد قصدت أصل شرب الخمر، أعني: المهمة الجامعة بين المرسلّة والمقيّدة ولا يحتاج في صحّة النسبة أن يضاف إلى المهمة حيثيّة انضمامها بالخصوصيّة فلا يحتاج أن يقال: قصد شرب الخمر المتخصّص بهذه الخصوصيّة بل يقال: قصد نفس شرب الخمر وليس لازمه سراية القصد إلى فرد آخر، إذ هو فيما لو كان المقصود هو المرسلّة لا ما إذا كان الجامع بينها وبين المقيّدة، فلا يسري القصد منها إلى سائر الأفراد إذا كان نسبة القصد إليها ثانياً وبالعرض وبتبعيّة المقيّد.

والحاصل: أنّ من قصد المبادلة المقيّدة بكون طرفها زيداً سواء كان بنحو تعدّد المطلوب أم بنحو وحدته، أعني: كان نظره صورة المالك منطبقاً على زيد أم كان في نظره من الأوّل شخص زيد بلا وساطة عنوان ففي كلتا الصورتين يقال إنّ لهذا القاصد قصدين، أصليّاً وتبعيّاً، فالقصد الأصلي متعلّق بالمقيّد والتبعي بالمهمة.

وبعد هذا نقول: إذا فرضنا أنّ المهمة يكون قصدها موجباً لوجودها في الخارج فلو فرض أنّ قصد شرب الخمر في المثال موجد له لزم في المثال أن يتحقّق في الخارج شرب الخمر، والبيع من المفاهيم التي يكون وجودها بالقصد ويكون القصد علّة تامّة لها، فهذا القصد التبعي بعد صحّة إضافتها ونسبتها إلى مهمة البيع يصير موجباً لوجود هذه المهمة في الخارج، ولازم وجودها الخارجي أن ينتقل المال من ملك مالکها الواقعي وينتقل ثمنه إلى ملك ذلك المالك.

ثم هذا كله في تعيين البائع من يبيع له والمشتري من يشتري له، وأما تعيين البائع لخصوص من يشتري له المشتري والمشتري لخصوص من يبيع له البائع، فاعلم أولاً أنه قد يستشكل على عبارة شيخنا المرتضى في هذا المقام بعدم الانتظام نظراً إلى أن المسألة راجعة إلى مرحلة الثبوت، واستدلالة - قدس سره - مرتبط بمرحلة الإثبات، فإنه بعد ذكر الوجهين في المسألة قال: الأقوى هو الأول عملاً بظاهر الكلام، فإن التمسك بالظاهر إنما ينفع لمقام الشك.

وهذا الإشكال مندفع عنه - قدس سره - ، لأن ظاهر عنوانه المسألة أن كلامه من الأول راجع إلى الإثبات بعد الفراغ من الكبريين في مرحلة الثبوت، أعني: أنه لو علم قصد أحد المتخاطبين لخصوص الطرف الآخر فتبين أنه قصد النيابة يبطل، ولو علم قصده للأعم منه ومن النيابة فتبين ذلك يصح، وبعد تمامية هاتين الكبريين ساق الكلام في مقام الشك ودوران الأمر بينهما، فإنه - قدس سره - استثنى في كل من الوجهين المذكورين في كلامه صورة العلم، فيعلم أن النزاع مفروض في صورة الشك مع التسالم في مورد العلم.

إذا عرفت ذلك فلتكلم في الكبريين المذكورين فنقول: قد يفرض الكلام في ما كان العوضان معيّنين وقد يفرض في ما كانا كليّين، أما القسم الأول: فقد أورد شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - تبعاً للسيد المحقق المحشّي - طاب ثراه - بأنه ما الفرق بين هذا الفرض والفرض المتقدم الذي يبيع البائع مال نفسه عن غيره؟ حيث رجّح شيخنا المرتضى فيه الصحة أخيراً بواسطة انحلال القصد إلى أصل المبادلة وقصد كونها للغير، فيؤثر الأول وتشمله العمومات ويلغو الثاني، فإن هذا الكلام جار هنا حرفاً بحرف، فينحلّ قصد البائع البيع من خصوص المشتري مع

كون المالك غيره إلى قصد أصل المبادلة وقصد كونها للمخاطب فيلغو الثاني ويؤثر الأول، فتأمل.

وأما القسم الثاني: فالمتجه فيه البطлан، لا لما تقدّم في الفرض المتقدّم، فإنّ الوجه فيه على ما ذكره شيخنا المرتضى هو أنّ الكلّي بدون الإضافة إلى الذمة أصلاً لا يعدّ مالاً، والكلّي المضاف إلى الذمة المردّدة غير معهود من العرف اعتبار ملكيته، فلا يتحقّق عنوان مبادلة مال بمال، وأمّا هنا فالكلّي مضاف إلى ذمة معيّنة واقعاً غير معلومة لدى البائع، فهو إمّا من باب جعل الثمن الفرد المنتشر وواحداً من صيعان الصبرة الذي قد ادّعي الإجماع على بطلانه مع عدم الجهالة فيه، وإمّا باطل من باب الغرر، فإنّ الذمم مختلفة في سهولة الاقتضاء وعدمها واليسار والإعسار.

فصل

ومن شروط المتعاقدين الاختيار، فعقد المكره غير نافذ، وتام الكلام في المقام في طي أمور:

الأول: في تصوير أنّه كيف يتصوّر من المكره - المفروض كراهته لنقل ماله - القصد الجدّي والتسبّب الواقعي إلى وقوع مضمون العقد؟ فنقول: إنّ كما أنّ للألفاظ المفردة طبعاً ثانوياً في فئاتها في المعاني الاستعمالية وكذلك المركّبات، كذلك للمركّبات - أعني: الجمل الخبريّة والإنشائية - أيضاً طبع ثانوي في الفناء في الأغراض التي وضعت لأجل إفادتها.

مثلاً: الجملة الخبرية وضعت لأجل أن تستعمل بغرض إعلام المخاطب بالمضمون، أو بغرض إعلامه بعلم المتكلّم، وكذلك الإنشائية وضعت لأجل أن يتسبّب ويتوسّل بسببها إلى تحقّق مضمونها في الخارج، فتفكيك كلّ من الجملتين

عمّا هو قضية طبعهما لا يصدر من المتكلّم بهما إلّا مع قيام داع في التفكيك المذكور كما في مقام الهزل، وأمّا بدون هذا الداعي فاللفظ أبداً جار على ما هو قضية طبعه، وهذا معنى أصالة الجذّ في عمّة الألفاظ.

فنقول: المكره لا داعي له إلى هذا التفكيك إلّا توهم أنّه يخلصه من مكروه طبعه وهو ما أكرهه عليه المكره من بيع داره مثلاً، وهو فاسد، فإنّ المحذور الذي يكون فعلاً محلّ ابتلاء المكره، ويتمهّد الحيلة للفرار عنه خروجه عن داره وبقاؤه بلا منزل ومسكن، ومعلوم أنّ هذا لا يحصل الفرار منه بتجريد اللفظ عن الجذّ، لأنّ المحذور المذكور حاصل على أيّ حال.

فإن قلت: يكفي في الداعي أنّ المال باق على ملكيّته على فرض التجريد وخارج عنه مع عدمه، فلعلّه يقدر على أخذ ماله بعد ذلك فيتمكّن منه على تقدير بقائه في ملكه.

قلت: هذا التمكن حاصل على أيّ حال، لأنّه قادر على التقدير الآخر على الردّ بواسطة عدم إمضاء عقده، هذا ما قاله شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - لكنّه كما ترى غير خال عن الخدشة، والأولى أن يقال: إنّه وإن كان متمكناً من عدم القصد ولم يكن إكراه بالنسبة إلى هذا الجزء الباطني، وبعبارة أخرى يعتبر في صدق عنوان الإكراه عدم إمكان التفصّي والتورية، وتجريد اللفظ عن معناه قسم من التفصّي فمع إمكانه لا يصدق عنوان الإكراه. لكنّه يكفي في إكراهيّة العقد حصول أحد أجزائه عن إكراه، ولا شبهة في حصول اللفظ عن الإكراه، فهذا الجزء يكون مرتفع الأثر فيبقى الجزء الباطني قصداً خالياً مجرداً عن المظهر اللفظي.

الأمر الثاني: لا فرق بين المكره والمضطرّ في أنّ كلاهما غير طيّب النفس

بالعنوان الأولي، وطيب النفس بالعنوان الثانوي، فإنه بعد ما يوازن في عقله بيع الدار مع الضرر المتوعد به يرضى نفسه عند الدوران بأخفها، كما أنه إذا لاحظ بيع الدار مع سقوط الشرف والاعتبار يختار عند الدوران أخفها، وما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - من عدم الطيب في المكروه دون المضطر لا يستقيم في هذا القسم، ومجرد كون العمل بتحميل الغير وتحريكه لا يوجب بعد بقاء الاختيار للإنسان بتحمل الضرر الموعد به، وإلا فما الفرق بين ما إذا أكره الإنسان أولاً على بيع الدار وبين ما إذا أكره على إعطاء ألف درهم لم يكن قادراً على دفعها بغير بيع الدار فيتصدى للبيع لأجل ذلك، مع أن الثاني من البيع الاضطراري بلا كلام؟

نعم هنا قسم آخر يمكن القول بعدم حصول الطيب فيه، وهو ما إذا كان قهرمانية المكروه مشغلة لقلب المكروه بحيث لا يبقى له حال تفكر العاقبة وموازنة المصلحة والمفسدة، فهو حين البيع وإن كانت تتحرك جوارحه عن إرادة وليس كحركة المرتعش لكن جوارحه مسخرة للقاهر ومقهورة تحت إرادته، وإن شئت قلت: إرادة الفاعل هنا مقهورة لإرادة الأمر القاهر، وشيخنا الأستاذ - دام ظله - حاول حمل كلام شيخنا المرتضى على هذا ولكنه بعيد غايته فراجع كلامه - طاب ثراه -.

الأمر الثالث: في بيان الفرق بين الإكراه الرافع لأثر المعاملات والمسوخ لارتكاب المحرمات، فاعلم أنه يعتبر في مفهوم الإكراه أمور، الأول: أن يكون هنا أمر، والثاني: أن يقترب أمره بإيعاد الضرر، والثالث: أن يكون مطلوبه مكروه طبع الفاعل ومخالف ميله، والرابع: أن يعلم أو يظن ترتب الضرر الموعد به على ترك العمل، والخامس: أن لا يكون طريق للتفصي ولو بالمحذور الأدون، فلو فرضنا أن المكروه كان له خلاف طبع آخر أخف من العمل المكروه عليه لو تحمله استراح

من تحمّل الأشد، مثلاً لو فرض في ما أكره على بيع الدار أنّه لو أظهر المطلب عند أحد رفقاءه يكفي عنه شرّ المكره فهذا الإظهار وإن كان صعباً عليه لكنّه أهون من بيع الدار، فلو تركه وباع لا يصدق أنّه مكره عليه، نعم لو كان صعوبة هذا الإظهار بمثابة البيع أو أشدّ صدق.

فنقول: قد أجروا حكم الإكراه في باب المعاملة ولو مع وجود الطريق المماثل أو الأشدّ للتفصّي، ولم يجوزوا ارتكاب المحرّم إلّا عند عدم إمكان التفصّي بكلّ وجه، فما وجه الفرق؟

الذي ذهب إليه شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - في الفرق أنّ الاختلاف إنّما هو في مقام التطبيق مع الاتفاق في مقام المفهوم، ففي كلا المقامين وجود المحذور الأخفّ مضرّ بالصدق، ووجود المماثل والأشدّ غير مضرّ، لكنّ المحذور في المحرّمات إنّما يلحظ بالنسبة إلى أغراض الشرع من غير نظر إلى أغراض الفاعل، ووجه ذلك أنّ الرفع المعلّق بعنوان ما استكروهوا عليه يراد به رفع الأثر الشرعي وهو التحريم في المحرّمات والمبادلة الواقعيّة في المعاملات، وقد عرفت أخذ المكروهية وعدم الملازمة للطبع في مفهوم الإكراه.

فالظاهر المنصرف إليه من رفع ما استكروهوا عليه اتّحاد ما يرفع وما يكره ولا يلائم الطبع من حيث السنخ، فإن كان المرفوع أثراً شرعياً كان المكروه من حيث الأثر الشرعي، وإن كان المرفوع غرضاً فاعلياً كان المكروه أيضاً من حيث غرض الفاعل، ولا شكّ أنّ غرض الشارع لا يزاحه إلّا ما كان هو أيضاً غرضاً للشارع، فلا بدّ أن يفرض المزاحمة في المحرّمات في مثل ما لو أكره على الزنا وأمكن التفصّي بالتقبيل، وأمّا الإظهار عند الرفيق فهو وإن كان في أعلى درجة من الصعوبة على

نفس الفاعل فلا يعدّ مزاحماً فلا بدّ من تحمّله ودفع ارتكاب الحرام بسببه، وهذا بخلاف باب المعاملة فإنّ المرفوع لمّا كان هو المبادلة وهو من أغراض الفاعل فلا جرم يلاحظ في مزاحماته ما هو من أغراض الفاعل.

وعلى هذا فلو فرضنا أنّ المكروهية في الحرام لم تكن راجعة إلى جهة التحريم الشرعي كما لو أكره على شرب الخمر وكان منزجراً لا من جهة زجر الشرع بل من جهة تنفّر النفساني من شربه فهو حينئذ خارج عن حديث الرفع ولا بدّ من تعيين حكمه من دليل آخر، أعني: قاعدة تراحم الغرضين، فإن كان الضرر الموعد به من قبيل القتل فلا بدّ من ارتكابه وهكذا.

ثم إنك عرفت اعتبار المكروهية في حقيقة الإكراه، فلو فرضنا أنّ الفاعل لا يكره المحرّم بوجه أصلاً بل يشتهيه، غاية الأمر مصادفة ذلك، أمر الأمر وإيعاده بالقتل على الترك فلا شكّ في خروج ذلك عن موضوع الإكراه، وأمّا حكمه فالحقّ أن يقال ببقاء الحرمة لو أتى بالفعل لا بقصد التوصل به إلى دفع الضرر الموعد به المفروض أهميته في نظر الشارع من ارتكاب الحرام المفروض، وذلك لأنّ الضرورة تتقدّر بقدرها، والنهي عن الحرام في صورة هذا القصد غير ممكن، لمنافاته مع استيفاء الغرض الأهمّ، وأمّا بدون هذا القصد فالمقتضي وهو المبعوضة الملزمة موجود والمانع أيضاً مفقود فلا وجه لعدم النهي، وقد ذكر مثل ذلك في الأصول في أوّل بحث المقدّمة.

لا يقال: ما ذكرت في باب المحرّمات من أنّه لا بدّ من الموازنة بين المكروه عليه والمتفصّل به وملاحظة الأهمّ منهما شرعاً لا يناسب مع سوق الرواية مساق المنة، إذ على هذا لا منة لأنّها في مقام ثبوت مقتضي الوضع ولا

مقتضي مع الدوران ووجود الأهم، فإن العقاب على المهم حينئذ قبيح فلا منة في رفعه.

لأننا نقول: إننا اعتبرنا ملاحظة أغراض الشرع في عنوان التفصلي لا في عنوان الجزاء، فلا يعتبر كون الجزاء المترتب الموعد به أمراً شرعياً بل أمراً نفسانياً طبيعياً منافراً للنفس وإن لم يكن فيه منافرة شرعية، ووجه الفرق بين المقامين حيث اعتبرنا في الأول أن يكون من الأغراض الشرعية وفي الثاني من الأغراض النفسية، أما الأول فلما ذكرنا من الانصراف المتقدم بيانه، وأما الثاني فلأنه مأخوذ في حقيقة الإكراه ذلك أي عدم الملائمة مع القوة النفسانية دون عدمها مع القوة العقلانية، كما أن عنوان الاضطراب أيضاً من جهة الضررات النفسية.

والحاصل: أن الإكراه والاضطرار شريكان في أن الضرر المخوف ترتبه على عدم الإقدام معتبر كونه ضرراً راجعاً إلى الإنسان إما في عرضه أو ماله أو نفسه، غاية الأمر إنه يعتبر في الأول أن يكون ذلك بقهر قاهر وتحريك أمر و في الثاني أن يكون من غير هذه الجهة.

فروع

الأول: إذا أكره على واحد من أمرين أو أمور فإن كان للقدر الجامع أثر فلا شبهة في ارتفاع ذلك الأثر ولا ينافي استناد الخصوصية إلى الاختيار، نعم لو لم يكن للقدر الجامع أثر كما لو أكرهه على شرب الماء أو الخمر، أو على البيع الصحيح أو الفاسد فاختار الخصوصية المؤثرة فلا شبهة في عدم الإكراه، وهذا لا شبهة فيه، إننا الكلام في ما إذا أكره على أمر موسع كما [لو] أكرهه على شرب الخمر في أحد الأنان الواقعة بين الطلوع والغروب، فهنا ثلاث صور، الأولى: أن يعلم بحدوث

طريق التفصّي لو صبر إلى آخر الزمان، والثانية: أن يشكّ، والثالثة: أن يعلم العدم. لا إشكال في عدم الإكراه في الصورة الأولى وهذا واضح، وأمّا الصورة الثانية فالظاهر أنّه شبهة مصداقية لعنوان الإكراه، وتوضيح ذلك أنّ هنا مطلبين، أحدهما شرط علمي في مفهوم الإكراه والآخر واقعي، فالأول قدرة الأمر على إيراد الضرر على المكروه (بالفتح) لو لم يفعل، فلو كان عاجزاً واقعاً، وعلم المكروه (بالفتح) قدرته كفى في صدق الإكراه، والثاني انحصار طريق زوال الضرر الموعد به في الفعل المكروه عليه وعدم طريق آخر للتفصّي عنه، وهذا شرط واقعي، فلو علم أنّ خدمه [يدفعون] عنه وكانوا في مكان قريب منه فأقدم لم يصدق الإكراه، والفارق بين المقامين هو الوجدان الحاكم في أمثلتهما، وعلى هذا فلا بدّ من الرجوع إلى الأصل، وأصالة عدم تحقّق سبب الزوال في ما بعد لا يثبت عنوان الإكراه فيبقى أصالة عدم تحقّق الإكراه جارياً، ومع الغضّ عنه فأصالة بقاء الحكم السابق من الحرمة في التكاليفيات والصحة في المعاملات جارية.

أمّا الصورة الثالثة: وهي صورة العلم بعدم حصول التفصّي إلى آخر زمان التمكن، فهل الإقدام في أول الزمان ووسطه داخل في الإكراه أو لا؟ الظاهر الثاني، وذلك لأنّ كلّ خصوصيّة من خصوصيّات أجزاء الزمان المقتضي للمبغوضية الاستقلالية أو الصحة موجود فيه.

ويدلّك على هذا أنّ لو فرضنا شخصين أحدهما شرب الخمر من أول ابتلائه به والآخر أراد الشرب فدافع نفسه ولم يشرب في اليوم الأول، وهكذا اتفق له ذلك في اليوم الثاني وهكذا إلى عشرة أيّام مثلاً فغلّبت نفسه في العاشر وشربها فهل تراهما متساويين في الدرجة والعقوبة والقرب والبعد؟ من الواضح أنّ الثاني

قد حفظ مطلوب المولى في تسعة أيام ويثاب على ذلك، وليس من باب صرف حسن السريرة بل من باب الطاعة الحقيقية وليست هذه الطاعة متحققة في الأول، وعلى هذا ففي كل زمان المقتضي التعيني على ترك الشرب فيه موجود والمفروض عدم الخوف على نفسه بشيء على تقدير الترك، فالإكراه في هذه الصورة منطبق قهراً على الجزء الأخير من الزمان.

فصل

المشهور بين المتأخرين بل عن الرياض تبعاً للحدائق أنّ عليه اتفاقهم أنّه لو رضي المكره بما فعله صحّ العقد، والكلام فيه من حيث اعتبار مقارنة الطيب وعدمه هو الكلام في الفضولي، حيث نصّحه على طبق القواعد، وإنّما الكلام من حيث حديث الرفع، فإنّه قد يقال: بعد ملاحظة إطلاق ﴿أوفوا﴾ و ﴿أحلّ﴾ وملاحظة تقييده بـ ﴿تجارة عن تراضٍ﴾ و «لا يحل مال امرئ النخ» يصير الأثر التأهلي لذات العقد والفعل له مقيداً بالطيب، فحكومة حديث الرفع إمّا يعتبر بالنسبة إلى الأثر الأول، وإمّا بالنسبة إلى الثاني، فان اعتبر إلى الأول فقد كان المحصّل أنّ ذلك العقد الصادر عن إكراه ليس له قابلية أن ينضمّ إليه الطيب، وإن اعتبر إلى الثاني فالمحصّل أنّ العقد الصادر عن إكراه ليس له الأثر الفعلي الثابت له لولا الإكراه عند انضمام الطيب إليه.

وتوضيح المقام أنّ هنا مبنيين، أحدهما: أن نقول: إنّ الرضا والطيب يجتمع مع الإكراه بمعنى أنّ الفعل بالعنوان الثانوي الحاصل بعد الإكراه صادر عن الرضا والاختيار كالرضا والاختيار الحاصلين بالعنوان الثانوي الحادث بالاضطرار، والثاني: أن نقول: إنّ الطيب مفهوم لا يصدق في ما إذا كان الاختيار والرضا من

جهة إكراه قوي.

فإن قلنا بالأول - ولا محالة يتعلّق حديث الرفع حيثنذ برفع الأثر الفعلي - فعند حصول الاجازة لا يمكن القول بالتأثير من جهة هذه الإجازة، لأنّ المفروض تحقّق الرضا الذي هو الشرط مع الإكراه أيضاً، بل اللازم القول بأنّ المؤثر هو عدم الإكراه الذي هو المانع، فإنّه كان موجوداً إلى الحال وارتفع من هذا الحين فيؤثّر العقد عند ذلك أثره، لفرض وجود شرطه وارتفاع مانعه، ولكن فيه أنّ عنوان الإكراه إذا تحقّق في شيء فهو ليس ممّا يقبل البقاء، بل حاله حال الأمر في أنّه يسقط بمجرد امتثاله وحصول مقتضاه في الخارج، فإذا عمل بمقتضى إكراه المكره وهو إتيان العقد فقد انتفى من هذا الحين ولا معنى لبقائه بعده، كما لا معنى لبقاء الأمر بعد الامتثال.

ثمّ إنّ العقد الذي صدر بالإكراه أيضاً لا ينسلب عنه عنوان كونه مكرهاً عليه في شيء من الأوقات، كما لا ينسلب عن الفعل الذي أتى به بعلية الأمر عنوان كونه مأتياً به بأمر الأمر، ولا يطرأ عليه عنوان ضد ذلك، والحاصل: العقد الصادر عن الإكراه لا يفرض فيه توارد الحالتين الإكراهية والاختيارية حتّى يقال بحفظ إطلاقات الأدلّة المحكومة عند طرق الحالة الثانية وارتفاع الأولى.

وإن قلنا بالثاني وهو عدم اجتماع الطيب مع الإكراه كما يشهد الوجدان والتبادر من كلمة طيب النفس مع أنّ الرضا الذي يحكم باعتباره العقل في حلّ مال الغير أيضاً لا يشمل مثل هذا الرضا الذي فرضنا تحقّقه في الإكراه من باب دفع الأفسد بالفاسد. وبالجملّة: المعتبر في العقود بحكم الشرع والعقل هو المعنى الذي لا يجتمع مع الإكراه وأخذ فيه عدم النشوء من جور جائر، فحيثنذ إمّا أن

يعتبر الحكومة بالنسبة إلى الأثر الشأني يعني أنّ العقد سقط عن أهلية التأثير ولو انضم إليه الطيب بسبب الإكراه، فيدلّ على عدم إفادة الإجازة اللاحقة، وإما أن يعتبر بالنسبة إلى الأثر الفعلي، يعني أنّ العقد بواسطة الإكراه سقط عن إفادة الأثر الفعلي عند اجتماع شرائطه التي منها الطيب، فيدلّ أيضاً على عدم إجداء الإجازة اللاحقة.

والقول بأن إسقاط الأثر الشأني أو الفعلي إنّما هو ما دام الوصف العنواني وهو الإكراه لا مع رفعه مدفوع بما تقدّم من أنّ هذا الوصف غير قابل للبقاء، والعقد المتّصف به متّصف به إلى الأبد وإلاّ يلزم اللغوية في حديث الرفع، إذ المفروض ارتفاع الإكراه في آن تحقّق المكره عليه فيلزم صحّة العقد في هذا الآن واختصاص البطلان بالآن العقلي.

ويمكن أن يقال: إنّ الرضا الموجود بالعنوان الثانوي في الإكراه متّحد مع الرضا المعتبر في عنوان الطيب من حيث الذات، وإنّما الفرق ممحّض في أنّ الأوّل مسبّب عن الإكراه، والثاني أخذ فيه عدم ذلك أي عدم كونه عن إكراه ولم يعتبر فيه أمر وجودي.

وإذن فنقول: قد تقرّر في محلّه أنّ حديث الرفع إنّما يرفع الأثر الثابت للعناوين مع قطع النظر عن الإكراه فلا بدّ في ما نحن فيه من ملاحظة العقد مع قطع النظر عن كونه واقعاً بالإكراه، والمفروض أنّ مادّة الرضا موجودة فيه، والقيّد الذي يصدق على هذه المادة صفة الطيب هو الأمر العدمي، أعني: عدم التسبّب عن الإكراه، ونحن في فرض قطع النظر عن صفة الإكراه نرى هذا الرضا ونرى عدم تسبّبه عن الإكراه فيتحقّق في هذا النظر وصف الطيب في العقد، والمفروض

أن الأثر الثابت للعقد بهذا الوصف هو الأثر الاستقلالي.

وأما إذا لاحظنا العقد مع وصف الإكراه فحيث نراه منفكاً عن الطيب فيدخل تحت الأدلة الدالة على أن العقد المنفك عن الطيب له أهلية أن يؤثر إذا انضم إليه الطيب في المستقبل، والمفروض عدم رفع هذا الأثر بحديث الرفع لأنه مع قطع النظر عن الإكراه وهذا أخذ فيه الإكراه، فالأثر الذي يقبل أن يرفعه حديث الرفع هو الأثر الاستقلالي الثابت بالأدلة الدالة على استقلال العقد المقرون بالطيب.

فهنا طائفتان من الأدلة، الأولى ما دلّ على استقلال العقد المقرون بالطيب، والثانية ما دلّ على أهلية العقد المنفك عن الطيب، وما يمكن حكومة الحديث بالنسبة إليه هو الطائفة الأولى المثبتة لاستقلال دون الثانية المثبتة للأهلية.

ولكن نجد في هذا أيضاً أن نسبة دليل الرفع مع الأدلة المثبتة للأحكام للعناوين الأولية ليس من قبيل النسبة بين الأحكام الثابتة للعناوين الأولية والثابتة للعناوين الثانوية من قبيل دليل حلية الغنم ودليل حرمة الغصب، فإنه لوحظ في دليل الحلية، الغنم مع قطع النظر عن طرو الغصب بمعنى أنه حكم على الطبيعة من حيث هي، ومع ملاحظتها بنفسها بدون عروض عارض عليها بالحلية، وهذا يجتمع مع الحكم الثابت للطبيعة باعتبار عروض الغصب فيقال: إن هذه الطبيعة باعتبار الذات حلال وباعتبار طرو الغصب حرام ولهذا يتفاوت حرمة مع حرمة الخنزير، وهذا المعنى غير موجود في حديث الرفع وأدلة الأحكام المتعلقة بالعناوين، فإنه لو كان كذلك لما كان في البين حكومة، إذ مبناها على أن يكون الدليل المحكوم متعرضاً لمورد وأخرج الدليل الحاكم ذلك المورد عن تحت المحكوم بطريق النظر إليه والشرح له، ومع وجود المعنى المذكور لم يثبت دليل الرفع حكماً

مناقضاً لما أثبتته أدلة الأحكام.

فالْمَقْصود من قطع النظر المأخوذ في سائر الأدلة من قيد الإكراه هو المعنى الموجود في المطلقات والمقيّدات بمعنى عدم الدخالة وعدم اللحاظ وأنّ الحكم ثابت مع هذا القيد ولا معه.

وحينئذ فالحكم الثابت بالأدلة بالنسبة إلى عنوان الإكراه مطلق ولم يلحظ فيه وجوده ولا عدمه فيسري في كليهما، فيصحّ حينئذ حكومة الحديث عليها فالْمَحْصُل أنّه يلاحظ في حديث الرّفع طبيعة العقد لا مع الإكراه ولا لا معه ويحكم برفع أثره، لا أنّه يلحظ بقيد عدم الإكراه والتجرّد عنه، فلا يصحّ القول بأنّ الأثر الثابت في ظرف شمول الحديث هو الأثر الاستقلالي.

وحينئذ فنقول: إنّ الأدلة بمطلقاتها ومقيّداتها أثبتت لقسمين من العقد حكّمين، فأثبتت للعقد المقرّون بالطيب الأثر الاستقلالي ولا يمكن حكومة الحديث بالنسبة إلى هذا القسم، لعدم قبول هذا القسم للإكراه حسب الفرض من عدم اجتماع الطيب مع الإكراه، وأثبتت للعقد المنفكّ عن الطيب الأثر التأهلي ولا يمكن الحكومة بالنسبة إليه أيضاً، ووجهه أنّ الطيب عبارة عن الرضا الغير المتسبّب عن الإكراه دون الرضا المتسبّب عن الأمور الأخر، فلو فرض حدوث الرضا بلا داع وعلة أصلاً يصدق عليه الطيب بشهادة الوجدان والتبادر، فالعقد الموضوع للأثر هو العقد المتّصف بكونه لا عن إكراه، وارتفاع الأثر يكون برفع هذا المقيّد وهو إمّا يكون بانتفاء أصل العقد وإمّا بانتفاء قيده الذي هو كونه لا عن إكراه، وانتفاء هذا العدمي يكون عين وجود الإكراه، حيث إنّ النفي في النفي إثبات، فحدوث الأثر التأهلي لذات العقد في قبال الأثر الفعلي وغير مندكّ فيه

موقوف على صفة الإكراه وقد فرضنا عدم حكومة الحديث بالنسبة إلى الأثر المأخوذ فيه صفة الإكراه.

هذا ما ذكره الأستاذ - دام ظلّه - ولكنه بعد محلّ تأمل، فإنه لقائل أن يقول: لا نجعل مجرى الحديث الأثر التأهلي بوصف الاندكاك ولا بوصف المنحازية بل نجعله هذا الأثر غير ملحوظ فيه شيء من الوصفين الثابت لجامع العقد الغير الملحوظ معه الاقتران بالطيب والانفكاك عنه.

وقد أجاب - دام ظلّه - عن ذلك بأنّ الحديث ناظر إلى الآثار الخاصّة الثابتة للموضوعات الخاصّة وليس بناظر إلى جامع الأثر المرتّب على جامع الموضوعات، فإذا رتبّ على الإنسان العالم وجوب الإكرام، وعلى الإنسان الجاهل حرمة فليس الحديث ناظراً إلى أصل الإلزام المرتّب على أصل الإنسان.

وفيه أيضاً نظر، فإنه على تقدير تسليم هذا التفصيل في الحديث فهو إنّما يسلم لو جعل العقد في الأدلّة الأولى من الأوّل على قسمين ورتّب على كلّ أثر ولكنه خلاف الواقع، فإنه رتبّ الأثر في دليل على طبيعة العقد ودليل آخر قسمه بقسمين، فالدليل الأوّل ليس مثبتاً إلّا جامع الأثر لجامع القسمين.

وإذن فلا مانع من حكومة الحديث ولكن نقول: إطلاق الأدلّة محفوظ بالنسبة إلى حال ارتفاع الإكراه، وما ذكره - دام ظلّه - من عدم تعقّل البقاء والارتفاع لعنوان الإكراه إنّما هو مسلّم في مثل الكسر والانكسار، فإذا وقع الكسر بالإكراه فلا يصير في الأزمنة المتأخّرة لا عن إكراه ولو طاب نفسه به، وأمّا في مثل المقام - حيث إنّ العقد، أعني: نفس القرار المنشأ باللفظ له بقاء وامتداد ولهذا يعقل له الحلّ والفسخ ويكون في تمام أزمنة وجوده تحت اختيار الإنسان - فما دام

صفة الإكراه باقياً يرتفع أثره، وإذا ارتفع أثر أثره، ألا ترى أنّ البيعة مع الإمام الجائر إذا كانت بالإكراه لا يجوز البقاء عليها بعد رفع الإكراه ؟

وأما حديث اللغوية فلا نسلم لزومه، فإنّ وجه البطلان في الآن المتأخّر عن العقد مع أنّه أنّ ارتفاع الإكراه، هو أنّ الرضا الذي هو بمنزلة المادة للطيب، والكره غير محفوظ لأنّ علته هو الإكراه وقد زال، فزال هو بزواله فإذا عاد يؤثّر حيثنذ أثره. وبعبارة أخرى: المنشأ وإن كان نفس القرار لا بقيد الحدوث ولا البقاء لكنّ الرضا لم يتعلّق إلّا بعنوان الحدوث.

بقي الكلام في أنّ الأصل ومقتضى القاعدة هنا وفي الفضولي هو الكشف أو النقل ولا بدّ أولاً، من بيان المراد بالكشف الذي يجعل طرفاً للدوران، فنقول: فيه أربعة احتمالات، الأول: أن يكون الأثر حال وجود العقد بمؤثّرية الرضا اللاحق، والثاني: هذا ولكن بمؤثّرية عنوان تعقّب الرضا، والثالث: أن لا يحصل الأثر حال وجود العقد إلى حال وجود الإجازة فتؤثّر الإجازة حيثنذ في النقل والانتقال من أول العقد فيسري أثره إلى الزمان الماضي، والرابع: أن لا يحصل حال العقد ولا أثر الإجازة في السابق ولكن نزل الشارع المال بمنزلة مال المشتري فيحكم بملكيّة نهاءاته الحادثة بعد العقد وقبل الإجازة له.

وحيثنذ نقول: لا شبهة في أنّ قضيّة الأصل، أعني: استصحاب عدم نقل المال عن مالكة هو النقل في كلّ من الاحتمالات وهذا واضح، وأمّا بحسب قاعدة ﴿لا يحلّ﴾ مع الإطلاقات فالحق اختلافها، فإن كان الدوران بين النقل والاحتمال الأول من الكشف فقضيّة القاعدة هو الكشف، لأنّه بعد فرض أنّه لا بدّ من وجود طيب في البين حتّى يحصل النقل و أنّه يمكن تأثير الطيب اللاحق في النقل

السابق على ما هو الفرض، فقصر وجوب الوفاء المستكشف منه الحكم الوضعي على زمان الطيب خلاف إطلاق ﴿أوفوا﴾ الشامل لجميع قطعات الزمان، ونظير ذلك الحال في ما لو كان الاحتمال الثاني من الكشف طرفاً للترديد، إذ بعد فرض أنه على تقدير شرطية التعقب يكون الشرط حاصلاً من أول وجود العقد وعلى تقدير شرطية الطيب الخارجي يكون الشرط متأخراً، فالمناسب للإطلاق المذكور هو الشق الأول.

لكن الظاهر أن القاعدة على كلا الاحتمالين هو النقل، إذ المعتبر هو طيب نفس المالك، وعلى تقدير الكشف المذكورين يخرج المالك عن كونه مالكاً، والقول بكفاية حفظ المالكية في رتبة الإجازة مدفوع بأن الظاهر اعتبار إجازة المالك المحفوظ مالكية في زمان الإجازة، ولا يكفي الانحفاظ في الرتبة السابقة.

وإن كان الدوران مع الاحتمال الثالث فمقتضى القاعدة هو الكشف، لكونه جمعاً بين إطلاق المطلقات وظاهر ﴿لا يحل﴾ كما لا يخفى، نعم على الاحتمال الرابع يكون الكشف خلاف مقتضى ﴿لا يحل﴾ كما أنه خلاف مقتضى الأصل أيضاً، والفرق أن الفرض على الاحتمال الثالث تسليم إمكان ذلك الاحتمال، ومن المعلوم أنه حينئذ مقتضى القاعدة، وعلى الرابع الكلام على تقدير عدم إمكان ذلك، ومن المعلوم أن حلية النتاج والنهاء الحاصل بين العقد والرضا حينئذ على خلاف مقتضى ﴿لا يحل﴾ إذ الرضا لم يتعلق إلا بالأصل دون النهاء.

فإن قلت: مقتضى قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ هو الوفاء من أول زمان صدور العقد وقاعدة ﴿لا يحل﴾ خصصه بغير مورد الطيب، فلا يجب الوفاء بالعقد المجرد عن الطيب، وأمّا العقد المقرون به ولو كان حصول الطيب في زمان

متأخر فمقتضى إطلاق ﴿أوفوا﴾ كونه من حين الطيب مؤثراً من أول صدور العقد حقيقةً، لكن لما لم يكن هذا معقولاً فلا بدّ من تنزيل ذلك على الملكية التنزيلية، يعني يجب من حين الطيب المعاملة مع المال معاملة ملكيته للمشتري من أول صدور العقد، ووجه أنّ الطيب اللاحق يقتضى التأثير في السابق أنّه يتعلّق بمضمون العقد وهو النقل في السابق، أعني: النقل الانشائي، فيكون إمضاء الشارع أيضاً على طبقه إمضاء للنقل السابق.

قلت: ليس الزمان داخلاً في المنشأ وقيداً فيه، وإنّما هو ظرف للإنشاء، وإذن فالمنشأ بالعقد أصل حقيقة النقل بدون أخذ الزمان الخاص ولا الإرسال في الزمان فيه، نعم هو بعد تحقّقه بالعقد يستمرّ باستمرار الزمان بطبعه، ثمّ هذه الحقيقة من أول تحقّقها الإنشائي ليس ما يوجب وجودها الخارجي إلى أن يحصل الرضا، فإذا حصل لحقه الإمضاء الشرعي، فاللازم ثبوت الوجود الخارجي من هذا الحين لأنّه حين تماميّة العلّة، ولا يعقل سبق المعلول على العلّة التامة فانقذ أنّ القاعدة على الكشف الحكمي هو النقل، كما كان على الاحتمالين الأولين.

ثمّ قد تكلمنا في حديث الرفع الخاصّ ببيع المكره وبقي علينا الكلام في قوله تعالى: ﴿تجارة عن تراض﴾ الجاري هنا وفي الفضولي، حيث إنّ ظاهره حصر المجوّز من أقسام الأكل في التجارة الناشئة عن الرضا، ومن المعلوم عدم تحقّق هذا المعنى بالرضا اللاحق، فإنّ الظاهر كون الصدور مستنداً إلى الرضا، فمقتضاه بطلان الفضولي وعقد المكره حتّى بعد حقوق الإجازة.

وأجاب عن ذلك شيخنا المحقّق المرتضى - قدّس سرّه اللطيف - بوجهين:

أحدهما: أنّ الوصف غالباً لا احترازي ولم يمنع مفهوم الوصف، لأنّ

الاستدلال يتمّ بدونه مع احترازية القيد أيضاً، فإنّه إذا بنينا على أنّ لهذا القيد دخلاً فلا أقلّ من تضيقه للموضوع، يعني: أنّه ليس الحكم معلقاً على طبيعة التجارة مع طبيعة الرضا، بل لابدّ من قيد كون التجارة أيضاً ناشئة عن الرضا، فمع فقدان هذا الأخير وعدم قيام شيء آخر مقامه ينتفي الحكم وهو الجواز، ومن المعلوم في المقام عدم قيام شيء آخر مقام هذا الوصف.

فعلم أنّ مبنى الاستدلال على استفادة نفس العلّية دونها مع الانحصار الذي هو مبنى المفهوم، فلهذا تعرّض شيخنا لنفي أصل العلّية وأنّ القيد غالبي لا احترازي.

ثانيهما: أنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ وهو لا يفيد الحصر، والظاهر أنّ قوله غير مفرّغ قيد توضيحي لا احترازي، فإنّ المنقطع لا يتصوّر فيه المفرغة، فإذا قيل: ما جاءني إلّا حمار، كان المقدّر لا محالة ما يعمّ الحمار فيصير متّصلاً وهذا واضح، وظاهره - قدّس سرّه - الاحتياج إلى هذا الوجه ولو مع تسليم الوجه الأوّل أعني: كون القيد غالبياً وأنّ إفادة الحصر مضرة مع ذلك، وأنت خير بأنّ الحصر غير مضرّ بعد فرض أنّ القيد غير احترازي، إذ مفاده حيثنّذ عدم جواز أكل المال بغير التجارة.

ثمّ إنّ قيل في توجيه كلام الشيخ من عدم إفادة المنقطع للحصر بأنّ كلمة (إلّا) تكون فيه بمعنى كلمة (لكن) فيكون الكلام بمنزلة جملتين بينهما كلمة (لكن) ومن المعلوم أنّه غير مفيد للحصر، واستشهد على ذلك بقول بعض النحاة، ولكنّ الظاهر أنّ كلمة (إلّا) في المنقطع يكون على معناه في المتصل، ومع ذلك غير مفيد للحصر وليس المقام مقام الرجوع إلى الغير أمّا الأوّل

في بيع الصبي^(١)

وبعد فقد قال المصنّف المحقّق العلامة والمدقق الفهامة آية الله على الوري
الشيخ مرتضى الأنصاري - قدّس الله سرّه وطيّب رسمه - : (المشهور - كما عن
الدروس والكفاية -: بطلان عقد الصبي).

أقول: لا بأس بالإشارة الإجمالية إلى أحكام الصبي في غير عقود وإيقاعاته.
فنقول: لا إشكال في اشتراكه مع البالغين في الوضعيات الغير المتوقّفة على
القصد والنية، كالطهارة والنجاسة والجنابة والضمان بالإتلاف، وكذا ضمان اليد
لو كان مميّزاً، بحيث عُدّ ذا يد عرفاً، غاية الأمر إنّ الخطاب التكليفي بالدفع
متوجّه إلى الولي لو كان، فيدفع عوض التالف من مال الصبي، وإن لم يكن له مال
أو كان ولم يكن له ولي، يتوجّه الخطاب بدفع العوض إليه عند البلوغ، كالخطاب
بالغسل لو حصل له موجب الجنابة.

وكذا لا إشكال في اشتراكه مع البالغين في استحقاق المدح على الأفعال
الحسنة عند العقل، المتوقّفة حسننها الفاعلي على القصد، كإنقاذ الغريق وإعانة
الملهوف إذا أدرك عقله حسننها، ضرورة أنّ العقل كما يستحسن هذه الأفعال من
البالغين ويمدحهم عليها، فكذا لو صدرت من صبيّ مميّز يحكم باستحقاقه

المدح، ولا يفرق بينه وبين البالغ خصوصاً لو كان قريباً بالبلوغ بيوم أو يومين.

وكذا يستحقّ الذمّ كالبالغين على الأفعال القبيحة العقلية المتوقّفة قبجها الفاعلي على القصد، فكما يعدّ الظلم قبيحاً عقلاً من البالغ ويستحقّ الظالم البالغ الذمّ عليه، فكذا غير البالغ إذا أدرك عقله قبجه بلا فرق.

نعم العقاب المولوي حيث إنّه مترتب على مخالفة المولى وهو غير صادر عن الصبي بمقتضى رفع القلم عنه، غير متوجّه إليه، وهذا من المواضع التي تخلف فيها حكم العقل عن حكم الشرع، أعني لم يصدر من الشرع الخطاب التحريمي إلى الصبي بالنسبة إلى الظلم مثلاً، مع كون العقل حاكماً بقبحه منه قبحاً يبلغ حدّ التحريم، ومن هنا ظهر عدم الملازمة بين حكم العقل وحكم الشرع، إذ هي على تقدير تسليمها عقلية، لا تقبل التخصيص، فإنّه ربّما يكون الفعل في أقصى مرتبة الصلاح من دون أن يكون فيه فساد أصلاً، لكن في الأمر به مفسدة، بحيث لو كان الأمر به بلا مانع لأمر به الشارع أمراً لزومياً، كالسواك على ما يستفاد من قوله ﷺ: لولا أن أشق، إلى آخره، فيدرك العقل صلاح نفس الفعل، فيحكم بوجوبه، ولا يدرك مفسدة الأمر به، وكذا الكلام في عكسه.

فإن قلت: لا يلزم التخلف في هذا المورد وأمثاله، إذ المقدار الذي جزم به العقل وهو حسن نفس الفعل وحسن فاعله أو ذمهما، قد حكم الشرع به أيضاً قطعاً، فإنّه أعقل العقلاء، وإنّا حكم الشارع بقبح الأمر والنهي من حيث نفسيهما، والعقل أيضاً لو اطلع على ما اطلع عليه الشرع من مفسدتهما كان حاكماً بقبحهما.

قلت: ليس مراد القائل بالملازمة إمضاء الشرع وتصديقه العقل في أحكامه، فإنّ هذا أمر لا يقبل النزاع، بل المراد أنّ كلّ ما حكم العقل بوجوبه

فلابد أن يحكم الشارع بوجوبه، حكماً تكليفاً يوجب مخالفته العقاب من باب قاعدة اللطف، ضرورة أنه لولا ذلك لم يرتدع عن ترك الفعل الذي حكم بوجوبه العقل إلا الأوحدي من الناس، وكذا كل ما حكم بتحريمه العقل فلابد أن يحرمه الشرع، بحيث أوجب مخالفته العقاب للعلّة المذكورة، وهكذا. وقد عرفت أن الحكم الوجوبي والتحريمي للعقل هنا موجود، والخطاب التكليفي الشرعي غير موجود.

وأما العقائد الإسلامية، فلا إشكال في عدم وجوبها على الصبي، وإن قال به بعض، وذلك لأنّ دليل وجوب ذلك على البالغين حكم العقل بوجوب دفع الضرر المحتمل، فإنّه لو لم يتفحص يحتمل أن يكون الصانع حقاً، ويعذّبه على ترك التفحص، ولا شكّ في أنّ هذا الاحتمال منفيّ في حقّ الصبي، إذ هو في أمن على أيّ حال. نعم لو احتمل أنّ هذا المولى على تقدير وجوده يعاقب الصبي أيضاً على ترك المعرفة، وجب عليه حينئذٍ تحصيلها بالدليل المذكور.

وأما صحة إسلامه بمعنى ترتّب الآثار الدنيوية من طهارة بدنه وحل ذبيحته، ونحو ذلك، فقد يستظهر من كلماتهم ثبوت الملازمة بينها وبين وجوب إسلامه، بمعنى أنّه لو كان واجباً كان صحيحاً وإلا فلا وأما إسلام عليّ - عليه السلام - فهو من خصائصه .

أقول: لا وجه لكون ذلك من خصائصه - عليه السلام -، بل مقتضى عمومات حلّ ذبائح من قال لا إله إلا الله، إلى غير ذلك من سائر الأحكام المترتبة على هذا العنوان أو عنوان المسلم، شمولها لكل صبيّ، وليس في الأخبار ما يدلّ على اختصاص ترتّب هذه الأحكام بها إذا كان القائل هو البالغ، ودعوى الانصراف كما ترى.

نعم يبقى الكلام في أنه لو ارتدّ بعد إسلامه، وكان أحد أبويه حين انعقاد نطقته مسلماً، فهل يؤثر ذلك في وجوب قتله وتقسيم أمواله بين ورثته؟ مقتضى القاعدة عدم ذلك، فلا يؤثر في حقّه الأحكام الثلاثة لا قبل البلوغ ولا بعده، أمّا قبله، فلمنافاة ثبوت هذه الأحكام لرفع القلم عن الصبي، فإنّ المراد به قلم العقوبة، ومن المعلوم أنّ جعل هذه الأحكام على المرتد إنّما هو من باب العقوبة، لا من باب تأثير الارتداد فيها وضعاً، كالأسباب الوضعية، وأمّا بعد البلوغ، فلعدم الدليل على ثبوت تلك الأحكام، فإنّ الظاهر من دليلها ترتبها على الارتداد فوراً.

ثم بناء على ما قرّر في محله، ويساعد عليه الوجدان، وبناء مشايخنا أيضاً عليه، من أنه لو علم المكلف بأنّ المقدّمة المعلق عليها الواجب المشروط تتحقق، يجب عليه تحصيل المقدّمات الآخر قبل حصول تلك المقدّمة إن كان محلّها قبل حصوله، أو علم بأنّه لا يتمكّن منها بعد حصول تلك، وكان حال تلك المقدّمات حال مقدمات الواجب المطلق حتّى إنّّه لا بدّ لتوجيه بعض الموارد التي ظاهرها توهم المنافاة لذلك على وجه لم يخالف هذا كجواز إهراق الماء قبل دخول وقت الصلاة مع العلم بعدم وجدان ما يكفي للوضوء بعده إلى آخر الوقت، فيلتزم بأنّ وجوب الوضوء كما أنّه مشروط بالدخول، فكذا بالقدرة الخاصة، أعني القدرة في الوقت على تحصيل الماء، ولا يكفي القدرة قبله.

وبالجملة: فعلى هذا لو علم الصبيّ بإخبار المخبر الصادق أو بأصالة الصحة بأنّه يصير بالغاً بعد شهرين مثلاً، فحيثنّ ذلك محكم بوجوب تحصيل المعارف عليه قبل بلوغه بأقل ما يمكن فيه ذلك مقدمة للمعرفة الواجبة عليه في أول زمان بلوغه أو لا؟ توضيح ذلك [في] التكلّم في ثلاثة أمور: الأوّل: في أصل

المبنى بطريق الإجمال، والثاني: في الإشكال الوارد عليه المشترك بين المقام ونظائره، والثالث: في دفع ذلك الإشكال.

أما الكلام في الأول ، فاعلم أنه لما كان من المسلم بين العلماء - رضوان الله عليهم - في السالف من الزمان: أن الواجب المشروط عبارة عن ما لا وجوب له قبل تحقق الشرط، وإنما يحدث له الوجوب بعد ما لم يكن شيئاً موجوداً عند تحقق الشرط، أشكل عليهم الأمر في بعض المقامات مثل وجوب الغسل للصوم قبل الفجر، فإنه كيف تحقق وجوب المقدمة وهي الغسل قبل وجوب ذي المقدمة وهو الصوم، مع كون الأول معلولاً للثاني؟ حتى إن صاحب الفصول - طاب ثراه - نفّسى من ذلك بأن جعل للواجب المطلق قسمين: أحدهما ما يكون ظرف الوجوب والواجب فيه هو الحال، وسمّاه منجزاً، والثاني ما يكون ظرف الوجوب فيه هو الحال، وظرف الواجب هو الاستقبال، وسمّاه معلقاً، فجعل الصوم من قبيل الثاني، بمعنى أنه يجب في الليل على المكلف كف النفس في النهار.

والحق خلاف هذا المسلم فيما بينهم، بمعنى أن الإيجاب المشروط، له وجود فعلي قبل وجود الشرط، غاية الأمر إن تأثيره في التحريك والبعث يؤخر إلى وجود شرطه، فهو قبل وجود شرطه موجود بلا أثر، لا معدوم صرف، والفرق بينه وبين الإيجاب المطلق، أن هذا إيجاب منوط ومربوط بالغير، وذاك إيجاب غير منوط بشيء، ومعنى الإيجاب المنوط أن يكون اقتضاؤه لأصل الفعل في محله منتظراً للعلم بحصول ما أنيط به في محله، وأما حاله بالنسبة إلى اقتضاء مقدمات الفعل، فحال الإيجاب المطلق بعينه، غاية الأمر إن اقتضائه للمقدمات مع الشك في حصول ما أنيط به ضعيف، ومع العلم به يصير بمثابة اقتضاء الإيجاب المطلق بلا فرق، وتفصيل المطلب يطلب في بحث الواجب المشروط من علم الأصول، وهذه الدعوى بعد مساعدة الوجدان لا تحتاج إلى البرهان. هذا هو الكلام في

المبنى بطريق الإجمال.

وأما الإشكال الوارد عليه، فهو أنها لا تستقيم في بعض الموارد، مثل ما أفتوا به من جواز إهراق ماء الوضوء قبل الوقت مع العلم بعدم وجدان ماء آخر في تمام الوقت، وأن وجوب الوضوء مشروط بالدخول ولذا أفتوا بعدم جواز قصد الوجوب به قبل الوقت وهو أيضاً مقتضى قوله - عليه السلام -: إذا دخل الوقت وجب الصلّة والطهور فعلى الدعوى المذكورة كان اللازم عدم جواز الإهراق في الفرض المزبور ووجوب حفظه و وجوب الوضوء قبل الوقت إذا علم المكلف بأن الوقت يمرّ عليه.

ومثل مسألتنا هذه، فإن مقتضى الدعوى فيها وجوب النظر والاستدلال على الصبيّ الغير البالغ، مقدمة لحصول المعرفة الواجبة عليه في أوّل زمان بلوغه لو علم بأنه سيبلغ، وكذا وجوب تعلّم القراءة وسائر الأحكام المتعلقة بالصلّة وسائر العبادات الواجبة عليه في أوّل زمان بلوغه، وهذا لا يلائم مع حديث رفع القلم عن الصبي، المقتضي لعدم وجوب ذلك.

وحاصل الجواب: أنّ القدرة لو كانت شرطاً عقليّاً، فلا شك أنّه حيثنّذ كما يكفي القدرة في الوقت في صحّة العقوبة على ترك المقدمات، فكذا تصحّحها القدرة السابقة على الوقت أيضاً مع العلم بوجود الشرط فيما بعد، وإن لم يتمكّن منها في تمام الوقت، لكن ربّما يجعل الشارع القدرة في الزمان المخصوص شرطاً للوجوب، كما لو جعل القدرة على الوضوء في الوقت شرطاً لوجوبه، فيكون حال هذه القدرة الخاصّة - أعني القدرة في الوقت - حال نفس الوقت، ولا شك أنّ للمكلف أن يوجد المانع من وجود المعلق عليه الواجب المشروط، فيجوز له أن يمنع من وصول المال إلى حدّ النصاب، أو يسافر في شهر رمضان، فلا يتوجّه إليه الوجوب حيثنّذ، ولا يكون عاصياً بذلك.

وبالجملة: فالمقدمة المعلق عليها الواجب المشروط كما لا يجب تحصيلها على المكلف، فكذا لا يجب عليه حفظها، فيجوز له في مسألة الوضوء إعدام القدرة في الوقت التي هي ممّا علّق عليه وجوب الصلاة مع الوضوء، بإهراق مائه المنحصر قبل الوقت مع العلم بعدم وجدانه بعده.

وكذا يجوز للصبيّ إعدام القدرة على المعرفة الكائنة في أوّل البلوغ، بتأخّر النظر والاستدلال إليه، فمن يتوقّف حصول المعرفة له على النظر في يوم، جاز له تأخير ذلك إلى أوّل البلوغ، فلا يكون اليوم الأوّل من بلوغه، ظرفاً لوجوب المعرفة، لعدم حصول شرطه وهو القدرة الخاصّة.

نعم لو حصل هذا الشرط اتفاقاً، بأن تصدّى للنظر يوماً قبل البلوغ، كانت المعرفة في اليوم الأوّل أيضاً واجبة، وأمّا بالنسبة إلى اليوم الثاني وما بعده، فالقدرة في زمان البلوغ التي هي الشرط، حاصلة، بمعنى أنّه يقدر على النظر في اليوم الأوّل ليحصل له المعرفة في اليوم الثاني، فيصدق أنّه قادر على المعرفة الكائنة في اليوم الثاني مع قطع النظر عمّا قبل بلوغه.

وكذا الكلام في تعلّم القراءة وسائر الأحكام، فإنّ القراءة مثلاً، لو توقّف تعلّمها على شهر ولم يتعلّمها قبل البلوغ، فالصلاة بالقراءة الصحيحة ليست واجبة في حقّه في الشهر الأوّل من بلوغه.

والحاصل أنّنا نلتزم في مسألة الوضوء بأنّ الوجوب معلق على القدرة في الوقت، وفي مسألة الصبي بأنّ وجوب المعرفة وكذا الصلاة التامة الأجزاء والشرائط، كما أنّه معلق على البلوغ فكذا على القدرة في زمان البلوغ، ويرتفع الإشكال في كلتا المسألتين كما عرفت.

ثمّ إنّ وقع النزاع بين الفقهاء - رضوان الله عليهم - في أنّ عبادات الصبي مشروعة أو هي للتمرين؟ فذهب فريق إلى الأوّل وفريق إلى الثاني.

ولكن لا يخفى أنّ النزاع على هذا الوجه غير معقول، إذ لا شك أنّ تمرين الآباء والأمهات لصبيانهم أمر مرغوب مطلوب عند الشارع، ولا نعني بالمشروعية إلا ذلك.

ثم إنّ لازم محبوبة التمرين كون نفس العمل الصادر من الصبي أيضاً محبوباً ومطلوباً عنده، ولا ينفك محبوبة الأول عن محبوبة الثاني، فيكون نفس العمل أيضاً مشروعاً، أي محبوباً للشارع وراجحاً عنده.

نعم بعد الفراغ عن رجحان نفس العمل الصادر من الصبي يقع الكلام في أنه هل هو مشترك في الآثار مع العمل الصادر عن البالغين؟ فيكون صلاته ناهية عن الفحشاء، وصومه جنة من النار، كصلاتهم وصيامهم. وبالجملّة: فهي عمل واحد وحقيقة واحدة، غاية الأمر إنّه صار واجباً في حقّ البالغين ومستحبّاً في حقّ الصبي. أو أنّها حقيقتان مختلفتان، وكلّ منهما له فائدة خاصّة به، فعمل البالغين فائدته النهي عن الفحشاء والستر عن النار، وعمل الصبيّ فائدته اعتياد الصبي باتيانته لئلاّ يسامح فيه بعد البلوغ، وتظهر الثمرة بين الوجهين فيما لو بلغ الصبيّ في أثناء العمل أو في أثناء الوقت وقد أتى بالعمل في أوّل، فعلى الوجه الأول يكون ما أتى به من الأجزاء السابقة أو تمام العمل مجزياً، فلا يجب عليه الإعادة، لأنّ ما هو المطلوب صدوره منه هو حقيقة الصلاة مثلاً، وقد حصلت، غاية الأمر إنّ ما حصل يكون بوصف الاستحباب وما طلب يكون بوصف الوجوب، و مجرد ذلك لا يجدي في وجوب الإعادة، لعدم دخل لهذين الوصفين في الغرض.

وعلى الثاني: لا يكون مجزياً، إذ المفروض اختلاف الحقيقتين، أعني حقيقة ما حصل وحقيقة المطلوب. ولا بدّ من استفادة ذلك من الأخبار الواردة في عبادات الصبي.

فنقول: قد ورد بعدم كفاية حجته عن حجة الإسلام النص الخاص، واستثنى منه الفقهاء - رضوان الله عليهم - ما إذا بلغ في المشعر، وليس هذا الاستثناء مذكوراً في الخبر، وإنما فهموه بتنقيح المناط مما ورد في الحائض والعبد إذا طهر الأول وأعتق الثاني في الموقف، وأمّا الأخبار الأخر الواردة في غير هذا الباب، فهي مختلفة المفاد، فيظهر من بعضها - وهو بعض ما ورد في صومه - كونه من باب التعمّد، ومن بعضها - وهو ما ورد في جواز الاقتداء به - كون صلاته كصلاة البالغين.

وبالجملة فلا يمكن استفادة شيء من الوجهين من الأخبار، مع أنّ الظاهر من جعل عمل مترتباً على شيء ثم الأمر به - كما هو الحال في العبادات بالنسبة إلى البلوغ - هو لزوم كون العمل بجميع أجزائه مترتباً على هذا الشيء وعدم كفاية وقوعه قبله أو وقوع بعض الأجزاء قبله وبعضها بعده، كما هو الحال في الصلاة بالنسبة إلى الوقت، فتحصل أنّ الإجزاء على خلاف القاعدة، مع أنّ المشهور على خلافه.

وأما توجه الأمر الندي إلى الصبي، فلا مانع منه، وحديث رفع القلم لا يقتضي أزيد من ارتفاع الأحكام الوجوبية والتحريمية.

وأما بعض الأمور المتوقّفة على القصد، كاللّقطة إذا قصد التملّك وكان أنقص من الدرهم، وكالتملّك بالحيازة مع قصده، وكحق السبق وحق التحجير، ونظائر ذلك ممّا يصير منشأ لحكم وضعي إذا وقع مع القصد، فالظاهر جريانها في حق الصبي وعدم اختصاصها بالبالغين، وإن لم يكن فعله ذلك بإذن الولي، لعموم أدلّة سببية هذه الأفعال لهذه الآثار، وعدم منافاة رفع القلم لشمولها للصبي كما هو واضح.

عقود الصبي وإيقاعاته

وأما عقود الصبي وإيقاعاته، فقد وردت أخبار كثيرة بنفوذ وصية البالغ عشرًا، من غير تقييد بصورة إذن الولي. وقيل بذلك - أي بالنفوذ حتى بدون إذن الولي - في التدبير والعنق والطلاق والوقف.

وورد به أخبار أيضاً، لكنّها ضعيفة السند، فحكم هذه العقود حكم غيرها. نعم لو كان التدبير نوع وصية شمله دليلها.

وأما غير هذه العقود من البيع والصلح والنكاح والإجارة وغيرها، هل هي نافذة مطلقاً أو غير نافذة مطلقاً، أو نافذة مع الإذن أو الإمضاء وغير نافذة بدونها؟

مجمل الكلام فيه أن يقال: لا إشكال في عدم نفوذ هذه العقود على وجه كان الصبي مستقلاً بالتصرف، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ حيث دلّ على اشتراط دفع مال اليتيم إليه بحيث صار هو المستقل بالتصرف فيه، بثبوت رشده علاوة على بلوغ النكاح.

وقوله - عليه السلام - : «الجارية إذا زوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع» إلى آخره.

فإنَّ المراد بالجواز هو النفوذ والاستقلال في التصرف.

وأما تصرفه بإذن الولي، إمَّا بأن أوكّل إليه أمر المعاملة بجميع خصوصياته، وإمَّا بأن أوكّل إليه إجراء الصيغة فقط بعد مباشرة نفسه للمقابلة وطَيَّ المعاملة، فقد استدل عليه أولاً بالشهرة المحققة، والإجماع المنقول في عبارات بعض.

وفيه: أنَّ المحصّل من الإجماع غير حاصل، والمنقول منه غير حجة.

وثانياً: بقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ». بتقريب: أنَّ الاستفادة منه أنَّ الصبي كالجماد، فعبارته غير مؤثرة.

وفيه: أنَّ المتبادر من رفع القلم ارتفاع قلم المؤاخذه والتكليف، فلا يشمل الأحكام الوضعية.

فإن قلت: بل ولو سلّم شموله لها، فنقول: لا ينافي ذلك كون عمل الصبي موضوعاً لتكليف غيره، فيكون بيعه منشأً لحدوث تكليف في حق الولي، بدفع المبيع إلى المشتري وإقامة الثمن مقام المبيع.

قلت: نتعلّق كون عمل الصبي موضوعاً لحكم غيره في غير هذا الموضع، كما لو طرح النجاسة في المسجد، فيصير منشأً لحدوث التكليف بالإزالة بالنسبة إلى البالغين. وأمَّا في هذا الموضع فلا نتعلّقه، إذ بعد ما فرض شمول الخبر للأحكام الوضعية، فلا يكون لإنشاء الصبي حكم وضعي أصلاً، بل يكون لغواً كالعدم، و موضوعية بيعه لحكم غيره فرع تأثيره للملك كما هو واضح، فإذا لم يؤثّر شيئاً بحكم الفرض، لم يعقل كونه موضوعاً لحكم الغير.

وثالثاً: بقوله في الأخبار المستفيضة: «عمد الصبي وخطاه واحد»، فإنَّ

الأصحاب وإن ذكروها في باب الجنایات ولكن لا إشعار في نفس الصحيحة ولا غيرها بالاختصاص، فالأفعال التي يعتبر في ترتب حكم عليها وقوعها بالقصد، إذا صدرت من الصبي مع القصد، تكون كما إذا صدرت من غيره بلا قصد، فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والخطي والنائم وإيقاعاتهم.

واعترض عليه السيّد المحشّي - دام ظلّه - : بأنّ في بعض الروایات عقيب هذا قوله: «يحمله العاقلة» وهذا يدل بالاختصاص بباب الجنایات، وهذا كالصريح في أنّه لو لم يكن القيد مذكوراً، فالعبارة المذكورة يمكن إطلاقها بالنسبة إلى أبواب العقود.

أقول: ويمكن منع ذلك، بأنّ مورد الرواية والعبارة المسطورة ما إذا كان للعمل قسماً: عمدی وخطي مع محفظة عنوان أصل العمل في كلا القسمين، وكان لكل منهما حكم في الشريعة، فمفاد الرواية: أنّ القسم العمدي من هذا العمل لو صدر من الصبي كان بحكم الخطي الصادر من البالغ، وهذا المعنى ظاهر الانطباق على باب الجنایات، فإنّ القتل مثلاً يمكن تحقّقه على وجه العمد وعلى وجه الخطاء مع محفظة عنوانه في كليهما، وحكم عمده القصاص أو الدية، وحكم خطؤه ثبوت الدية على العاقلة.

وأما في باب العقود فلا يمكن إجراؤه، إذ حقيقة العقد لا يتحقّق ولا يتقوّم إلّا بالقصد والعمد، ولا يكفي فيه مجرّد اللفظ مع عدم التفات القلب، فالخطاء فيه غير متصوّر.

وأما أخبار جواز أمر الغلام، فقد عرفت حالها وأنها لا تدلّ على أزيد من نفى الاستقلال.

وإذا فالمرجع هو عمومات لزوم الوفاء بالعقود، والقدر المتيقن تخصيصها بصورة استقلال الصبي بالمعاملة من دون سبق إذن من الولي ولا لحق إجازته. وأما صورة المسبوقية بالإذن فلا شك أنّ خروجها مستلزم لزيادة التخصيص، فيتمسك فيها بالعمومات.

وأما صورة الملحقية بالإجازة، فلا يمكن التمسك في إدخالها بالعموم الفردي، وهل يمكن بالعموم الزماني؟ بأن يقال: إنّ هذا العقد وإن كان إلى حين الإمضاء غير لازم الوفاء لكنه يصير من هذا الحين كذلك، لعموم لزوم الوفاء لجميع الأزمان، فالكلام فيه هنا هو الكلام فيه في الأجنبي البالغ، ويأتي في باب الفضولي إن شاء الله تعالى تفصيله.

ثم إنّ المصنّف - قدّس سرّه - أراد أن يصحّح الاستدلال بحديث رفع القلم على لغوية معاملات الصبي، بملاحظة صدر الرواية التي وقع هذا الحديث في ذيلها، وهي قوله في جناية المجنون والصبي: «وعمدما خطأ يحمله العاقلة وقد رفع عنها القلم».

فقال ما حاصله: أنّه لا بدّ وأن يكون بين الفقرة الأخيرة والفقرة الأولى مناسبة، وهي بأن يكون بينهما العلوية والمعلولية، إمّا بكون الفقرة الأولى علّة والثانية معلولة، وإمّا بالعكس. فيكون المعنى على الأوّل: لمّا كان عمدما بحكم الخطأ رفع عنهما القلم، وعلى الثاني: أنّه لمّا كان القلم مرفوعاً عنهما صار عمدما بمنزلة الخطأ، وعلى أي حال لمّا كان القصاص من العقوبة الدنيوية، فذكر الحديث في مقامه يدلّ على كونه شاملاً للمؤاخذه الدنيوية أيضاً، وحيث إنّ فنقول: الحكم على الصبي بكون ماله مالا للغير بسبب البيع - مثلاً - نوع مؤاخذه مالية فيدلّ الحديث على رفعها، وعلى هذا فكلّ التزامات الصبي على نفسه لا تفيد بمقتضى

رفع قلم المؤاخذة عنه إلزاماً، بل يمكن تعميم ذلك لصورة إذن الولي أيضاً، إذ المؤاخذة المرفوعة شاملة للمؤاخذة التي أذن فيها الولي.

أقول: الحديث الشريف في حدّ نفسه مسوق لرفع العقوبة والجريمة عن الصبي، سواء كانت أخروية أم دنيوية، فهو بنفسه يدلّ على رفع الحدود عنه، وكذا القصاص والدية والقتل، وبينونة الزوجة والمال في الارتداد ونظائر ذلك مما يكون مجعولاً بعنوان المؤاخذة والجريمة على العمل. نعم يبقى الكلام في التعزير، وهو خارج عن عموم الحديث بالدليل. وبالجملّة: فلا حاجة في إحراز عموم الحديث للعقوبة الدنيوية إلى ملاحظة وقوعه في هذه الرواية.

ثمّ دعوى أنّ صيرورة مال الصبيّ مالاً لغيره بالتزامه البيعي ونحوه نوع مؤاخذة. لا يخفى ما فيها، إذ إيقاع المعاملة ودفع المال وأخذ العوض بغرض عقلائي ليس فيه مؤاخذة أصلاً، فما يمكن أن يقال به في المقام: إنّ صورة تفويض الولي تمام النظر في المعاملة إلى الصبي من دون أن يكون للولي دخل بل ولا اطلاع — كما هو الغالب من وضع الأطفال في الدكاكين وإيكال أمر البيع والشراء إليهم من دون اطلاع الولي على خصوصيات معاملاتهم — يمكن فهم حكمها من أدلة حجر الصبي والأمر بدفع أموالهم إليهم بعد إيناس الرشد منهم بعد بلوغ الحلم، فإنّ الظاهر من تلك الأدلة: أنّ الصبي نظره ملغى عند الشارع، وحيث إنّ فكيف يمكن أن يؤثر إذن الولي في اعتبار نظر الصبي وترتيب الأثر عليه، ولو أمكن ذلك لأذنه الشارع، فإنّ إذنه أعظم بمراتب من إذن الولي، فحيث لم يأذنه بل نهى الأولياء عن دفع الأموال إليهم، يكشف عن أنّ نظره ليس منشأ للأثار، ولا يقبل أن يصير محلاً لاعتناء الشارع، وبالجملّة من لم يعتن بنظره الشارع كيف يمكن أن يجعله الولي معتنى به.

وأما صورة مباشرة الولي لتتمام خصوصيات المعاملة وإذن الصبي لمجرد إجراء الصيغة، فممّا لا مانع منها، إذ لا دليل على مسلوية عبارة الصبي وعدم ترتيب أثر عليها أصلاً، كيف وعبارته في الصلاة مؤثرة على ما مرّ من كون العبادة مستحبة في حقّه، وكذا فحشّه موجب لتعزيره، بل على هذا لا مانع من توكيل الغير بإياه في مجرد إجراء الصيغة للمعاملة المتعلقة بهذا الغير، من دون حاجة إلى إذن وليّه هنا. نعم في إجراء الصيغة لمعاملة نفسه يحتاج إلى إذنه حتّى يصحّ استناد المعاملة إلى الولي.

ثمّ إنّ يظهر من المصنّف أنّه جعل خروج التعزير من عموم رفع القلم من باب التخصيص، حيث جعل القلم المرفوع هو القلم الموضوع على البالغين، مثلاً: السرقة في حق البالغين موجبة لقطع اليد، فهو مرفوع عن الصبيّ إذا سرق، وهكذا. وهذا لا ينافي جعل قلم آخر عليه كالتعزير.

ولكنّ الظاهر أنّه من باب التخصيص، إذ الظاهر ارتفاع مطلق قلم المؤاخذه. ولا داعي لدعوى الاختصاص بالقلم الموضوع على البالغين، وإن كان هو الفرار عن التخصيص، فالتخصيص لازم على أيّ حال في موارد ثبوت التعزير على البالغين.

وأما قبول الصبي في الهبة، فلا مانع منه، إذ ليس تصرفاً في المال، بل هو تحصيل له، فيكون كسائر الأسباب المملّكة الموقوفة على القصد كالاتقاط والحيازة، فكما لا يكون قصده ملغى هناك حتّى في صورة عدم إذن الولي فلا بدّ أن يكون كذلك هنا. نعم هو محجور عن التصرف في المال الذي حصل له من هذه الوجوه بعد ذلك.

مضافاً إلى إمكان التمسك لعدم إلغاء قصده في المقام بأخبار جواز إعطاء

الصدقات والزكوات والفطر إلى أطفال المؤمنين. ودعوى كونها مسوقة لبيان أصل جواز الاعطاء، فلا ينافي لزوم كون المتولّي للأخذ هو الولي، مخالفة لظاهرها.

وحاصل الكلام في معاملات الصبي: أنّ استقلاله فيها بحيث كان أمر المعاملة تحت نظره - سواء كان بإذن الولي أم بدونه - غير جائز، وأمّا لو كان تمام أمر المعاملة تحت نظر الولي، وإذن الصبي في مجرّد إجراء الصيغة، أو في مجرّد الإعطاء والقبض في المعاطاة، فهو جائز، فهنا دعويان: والدليل على أولاهما الآية السابقة، حيث علّق فيها دفع أموال اليتامى إليهم على رشدهم بعد البلوغ، وأخبار جواز أمر الغلام على ما مرّ من أنّ المستفاد منها نفى الاستقلال في المعاملة.

وأما الثانية: فالدليل عليها أنّ العمومات مقتضية للصحة، والقدر المتيقّن من المنع المستفاد من كلمات الأصحاب هو غير هذه الصورة، وخبر رفع القلم وعمد الصبي قد عرفت عدم جريانها في المقام، والآية وخبر جواز أمر الغلام ناظران إلى ما إذا كان العمدة في إيقاع المعاملة هو الصبيّ بحيث صحّ نسبتها إليه فلا يشملان ما إذا كانت منسوبة إلى الولي، ولم يكن للصبيّ استقلال أصلاً، بل كان بمنزلة اللسان والآلة للولي.

ومن هنا يظهر وجه ما ذكره المصنف - قدّس سرّه - في مقام ردّ الاستدلال بحديث رفع القلم في الإيراد الثالث بقوله: ثالثاً واندفاع ما اعترضنا عليه سابقاً، وذلك لأنّ الاعتراض إنّما يتم لو كان البيع مضافاً إلى الصبي إذ حيثنّذ يقال: نفوذه خلاف الفرض من ارتفاع الأحكام الوضعيّة في حقّ الصبي، وعدم نفوذه ينافي مع دعوى كونه موضوعاً لتكليف الغير.

وأما لو كان الصبيّ واسطة لتمامية بيع غيره، بحيث إذا تمّ بواسطة عمل

الصبي نسب إلى الولي، بمعنى أن الولي كان هو العمدة في إيقاع المعاملة ولم يكن الصبي إلا مجرد الآلة بحيث لا ينسب إليه البيع أصلاً، نظير ما إذا تساوم كبيران وتقاولا مدةً حتى إذا استقر رأيهما على البيع بالوجه الخاص، وتكلا رجلاً بالغاً لاجراء الصيغة، حيث إن هذا الرجل ليس إلا واسطة لتصحيح بيع الكبيرين، فلا منافاة بين ارتفاع الأحكام الوضعية في حق الصبي وكون عمله موضوعاً لتكليف غيره كما هو واضح. وبالجملية: فمجرد آلية الصبي في المعاملة المتعلقة بهالة أو مال غيره مما لا مانع منه.

ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا - من المنع من استقلال الصبي ولو كان بإذن الولي - بين المحقرات والمجملات، فعلى هذا لا يجوز له بيع البقل - مثلاً - إلا إذا جعله الولي «باقعة باقة»، وميز بين الباقيات، وقال له: بيع كلاً من هذه بفلس مثلاً، بحيث كان المفروض للولي الصبي مجرد الاعطاء والأخذ.

ثم إن المصنف لما التزم بسلب عبارة الصبي، وكانت رواية السكوني مخالفة لهذا، حملها على محامل، فينبغي التعرض لها ولمعناها.

فنقول: قد روى السكوني عن الصادق - عليه السلام - أنه قال: «نهى النبي ﷺ عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده؛ لأنه إن لم يجد سرق» وليس المراد بالكسب معناه المصدري، بل المراد المال المكتسب، وهذا النهي إرشادي، بقرينة تعليله باحتمال السرقة، فمفهومه أنه لو علم من الخارج أنه صادق في دهواه، فيجوز أخذه كسبه. فهذا يدل على ثبوت كسب للصبي في الجملة، إذ لو لم يكن له كسب أصلاً لم يكن وجهه للتعليل بالاحتمال المزبور، بل كان الأخذ منهياً عنه حتى لو علم بصديق دهواه، فيكون مخالفاً لما ذكره - قدس سره - من وجهين: الأول: من حيث جواز توليه إجارة نفسه بدون إذن الولي، والثاني: لو سلمنا عدم

جواز ذلك وأنه لا بدّ من أن يكون المتولّي هو الولي، لكن يظهر من الرواية جواز قبض الصبي مال الإجارة الذي ملكه على المستأجر، فهذا مخالف لما ذكره - قدّس سرّه - : من أنّ قبض الصبي لا يعيّن الكلّي في الخارج. لكنّه - قدّس سرّه - حمله على مثل ما يكتسبه من التقاط، ومال الإجارة فيما إذا أوقع الولي الإجارة، وأجرة المثل عن العمل فيما إذا أوقعها الصبي بدون إذن الولي، أو أمر بالعمل من دون إجارة. لكن هذا الحمل لا ينفعه - قدّس سرّه - إذ على هذا تكون الرواية مخالفة لما ذكره في قبض الصبي.

والأولى على ما ذكرنا حمل الرواية على ما إذا كان العمدة في إيقاع الإجارة هو الولي وكان الصبي آلة.

مسألة

قال - قدس سره الشريف -: (مسألة: ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفّظان به).

أقول: لا اشكال في أنّ التكلّم بالصيغة بدون خطوط المعنى في الذهن - الذي يعبر عنه بالإرادة الاستعمالية - ليس بعقد، بل مجرد لفظ مهمّل، وكذا لو كان مع خطوره ولكن لم يتعلّق القصد الجدي بوقوع مضمونها، فحينئذٍ وإن كان اللفظ مستعملاً لكن لم يتحقّق العقد، كما في عقد الهازل، وهذا يعبر عنه بالإرادة الجدّيّة، والأولى تنفك عن الثانية في الأخبار وفي الإنشاءات.

أمّا في الأخبار، فكما في الكنايات، فإنّ من قال: زيد كثير الرماد، يتصوّر عند تكلّمه معاني هذه الألفاظ، ولكن ليس غرضه الانتقال إلى نفسها، بل إلى لازمها وهو الجود، ولذا لو لم يكن له رماد وكان جواداً، لم يكن كذباً أصلاً أو هو كذب محلّل.

وأمّا الأخبار الكاذبة، فالغرض الجدّي متعلّق بمدّ اليه، وليس المتكلّم بها كمن تكلّم بالقضية الخبرية هازلاً بالوجدان.

وأمّا في الإنشاءات، فكما في عقود الهازل وكمن أنشأ الطلب لا لغرض وقوع المطلوب في الخارج، بل للاستهزاء أو التعجيز أو الامتحان أو نحو ذلك، فهذا

الإنشاء لا يؤثر في لزوم الإطاعة حتّى في الأخير بحسب اللب، بخلاف ما لو كان الغرض وقوعه، فإنّ الإنشاء حينئذٍ مؤثّر في لزومها.

ومن هنا ظهر أنّه لا وجه لما في كلامه - قدّس سرّه - من تشبيه الإنشاءات الهزلية بالأخبار الكاذبة، فإنّ الأولى - على ما عرفت - خالية عن الإرادة الجديّة، والثانية مشتملة عليها، هذا، والإرادة الجدية لا تنفك عن الأخرى.

ثمّ إنّ نقل عن الشهيد الثاني دعوى: أنّ الفضولي والمكره غير قاصدين إلى مدلول العقد، وليس المراد هذا الذي ذكرنا اعتباره في العقد، فإنّ تحقّق هذا في حقّها ممّا لا شكّ فيه، بمعنى أنّ لهما القصد إلى وقوع المنشأ جدّاً.

نعم عقد المكره ليس عن طيب النفس بمعنى الرضا بالبيع بعنوانه الأوّلي، وإنّما رضاه به حصل ثانياً وبالعرض، وللخوف من العدو، ولسنا نعتبر في العقود إلّا الرضا بهذا المعنى.

ألا ترى أنّ من كان ملجأً إلى بيع داره لنفقة عياله أو لأداء الدين المضيق، يكون بيعه صحيحاً، مع أنّه ربّما يكون فاقداً لطيب النفس، بل يمكن أن يقال: إنّ المراد بطيب النفس إلّا مجرّد الرضا، ولو كان متعلّقاً بالعنوان الثانوي، ولهذا يقال: طاب لي الموت، فعلى هذا لو لم يكن في البين حديث رفع ما استكروهوا عليه، الذي استشهد به الإمام - عليه السلام - في الوضعيات، لكان عقد المكره صحيحاً بلا اشكال بمقتضى القواعد كعقد الملجأ. نعم لو كان مورّياً أو غير قاصد للمعنى أصلاً، لم يتحقّق العقد من هذه الجهة.

ثمّ إنّ نقل عن بعض المحقّقين: أنّه ذكر في المقام فروعاً، وجعلها مبتنية على أنّه هل يعتبر - علاوة على القصد الجدّي إلى مدلول الصيغة - تعيين المالكين اللذين يكون منهما وإليهما النقل والانتقال في البيع أو لا؟ وذكر أنّ المسألة في

غاية الإشكال، واضطربت فيها كلمات الأصحاب - قدس الله أرواحهم - في تضاعيف أبواب الفقه.

ثم اختار - قدس سرّه - تفصيلاً، وحاصله: أنّ العوضين لو كانا شخصيّين، فمعلوم أنّ كلّاً منهما ينتقل إلى مالك الآخر، فلا حاجة إلى التعيين وإن كان أحدهما أو كلاهما كليّاً، وكان من يصلح للملكية متعدّداً، فالتعيين لازم.

مثال ذلك: لو كان شخص واحد وكليّاً عن شخصين في شراء أربعة أذرع من كرباس مثلاً، أو وليّاً للصغيرين، فإنّه لو اشترى أربعة أذرع من كرباس معيّن بأربعة قرائنات في الذمة، كان المشتري ومن يصلح لأن يكون صاحباً للذمة مردّداً بين ثلاثة، نفسه والموكّلين أو الصغيرين. وكذا لو كان وكليّاً عن أشخاص كثيرين أو وليّاً على أطفال.

وما أفاده في تعليل ذلك وجهان: الأوّل: أنّه لو لم يعيّن المالك في هذا الفرض، لزم أن يكون المال بلا مالك واقعاً. والثاني: يلزم أن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعيّن فيها العوضان، ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك، ولعلّ المراد أنّه لم يعلم أنّ العقد وقع لهذا الشخص أو لذلك، فيكون راجعاً إلى الوجه الأوّل.

أقول: يمكن أن يقال: إنّهُ كما يمكن جعل المبيع كليّاً - كما في بيع صاع من الصبرة، فإنّه يصير المشتري بعد البيع مالِكاً لصاع كليّ مردد بين أفراد محصورة وهي ما اشتمل عليه الصبرة - كذلك يمكن عكس ذلك، وهو أن يكون المبيع معيّنًا والمشتري كليّاً مردّداً بين أفراد محصورين، كما في المثال المتقدّم، فإنّ الأربعة الأذرع من الكرباس المعيّن يصير بعد البيع ملكاً للشخص الكليّ المردد بين

ثلاثة أشخاص.

ودعوى أن المالية لا تتقوم في الكليات والذمم إلا بإضافتها إلى شخص معين، والذمة المضافة إلى الواحد المردّد بين أشخاص غير محصورين أو محصورين ليست بهال، مدفوعة، بأننا لا نتعلّق من مالية الكلّي في الذمة - فيما إذا كانت الذمة مضافة إلى معين - إلا اقتدار مالكة على تحصيله في فرد معين من صاحب الذمة، وهذا المعنى بعينه موجود فيما إذا كان من أضيف إليه الذمة مردداً بين جماعة محصورين، فإنّ البائع مثلاً مقتدر على تحصيل هذا الكلّي من بين تلك الجماعة، غاية الأمر أنّه متى أراد ذلك يتوسّل فيه إلى تعيين الوكيل أو الولي المذكورين المشتري من بين الجماعة، ثمّ يرجع إلى من عيّن، ويطالب الكلّي منه، فتحصيل المال من صاحب الذمة هنا أيضاً مقدور غاية الأمر أنّه مع واسطة التعيين، والمقدور بالواسطة مقدور.

وأما صيرورة المال كالبيع في المثال بعد البيع وقبل تعيين المشتري بلا مالك معين، فلا ضرر في الالتزام به بعد تحقّقه في نظائر المقام. ألا ترى أنّه لو وصّى أحد بكون مال معين من أمواله ملكاً للفقير، فبعد الموت وقبل تعيين الورثة، هل يكون المالك للمال المعيّن إلا كلياً مردداً بين أفراد غير محصورين؟ وكذا حقّ الزكاة، فإنّ مالكة أيضاً قبل تعيين من عليه الزكاة كلي مردّد بين فقراء العالم. وعلى هذا فيلزم صحّة البيع فيما إذا قال البائع بأعلى صوته في وسط السوق مثلاً: بعت هذا الثوب ممن اشتراه منّي بكذا، فقال عقيب هذا متّصلاً رجلاً: قبلت.

ويؤيد ما ذكرنا - من جواز كون المشتري واحداً مردداً بين محصورين - ما ذكره في بابي الطلاق والعتق، من أنّه لو قال: إحدى زوجاتي طالق، أو أحد عبيدي حرّ، يقع الطلاق أو العتق صحيحاً، ثمّ إذا عيّن واحدة من الزوجات أو

واحداً من العبيد، صارت المعينة طالقاً، وصار المعين حرّاً.

بل كون المشتري كلياً في البيع أيضاً واقع. مثاله: لو اشترى متولّي الدار الموقوفة على الفقراء من مال الوقف باباً لها مثلاً، فلا شك أنّ هذا الباب ينتقل إلى صاحب الثمن وهو عنوان الفقير، فإنّ المال مال الموقوف ليس ملكاً مشاعاً بين الفقراء، ولهذا يجوز للمتولّي صرفه في مصرف فقير واحد، بل هو نظير حق الزكاة ملك للكلي.

ثمّ ما يمكن القول به في المقام أن يقال: لا شكّ في أنّه يعتبر في البيع أن يكون التعاوض بين المالين، فإذا كان العوضان شخصيين فلا إشكال.

وأما إذا كان أحدهما أو كلاهما كلياً، فلا إشكال في أنّ نفس المفهوم الكلي ما لم يلاحظ معه وجود إمّا في الذمة أو في الخارج ليس بالمال، ولا يبذل العقلاء بإزاء الآلاف منه فلساً، كما أنّه لو اعتبر بلحاظ الوجود في ذمة الشخص المعين، فلا شبهة في ماليته وبذل المال بازائه. وكذا لو اعتبر بلحاظ الوجود في الخارج، كما لو لوحظ الصاع مجزّداً عن جميع الخصوصيات ومقيّداً بالوجود في الصبرة المشاهدة. وبالجملّة: فلا إشكال في صحّة وقوع الكلّي بأحد هذين الاعتبارين عوضاً في البيع لكونه مالاً.

وأما لو لوحظ الكلّي باعتبار الوجود في ذمة الكلّي، فإن كان الكلّي صاحب الذمة مالاً كاملاً للمال، فتكون ذمته أيضاً متممّة، فيكون الكلّي المضاف إلى ذمته كالكلّي المضاف إلى ذمة الشخص، غاية الأمر إنّ المطالب هنا متولي مال الكلي وهناك نفس الشخص، وذلك كما في مثال شراء الباب للدار الموقوفة على الفقراء إذا جعل الثمن كلياً، فيكون المديون ذمّة الفقير الكلّي، والمطالب هو المتولّي. وبالجملّة فالكلي بهذا الاعتبار أيضاً مال، فلا مانع من جعله عوضاً في

البيع.

وأما لو لم يكن الكلي الجامع مالكا كعنوان «ابن بكر»، فإن المالك خصوص زيد أو عمرو أو خالد مثلاً، ولا مالكية لهم من حيث هم أفراد لابن بكر، وكذا الواحد المرّد بين السوكيل وموكليه أو الولي والصغيرين، فإن الواحد المبهم واقعاً المرّد بين هذه الجماعة من حيث هو هذا العنوان لا مال له، وإنّما المال لخصوص كل واحد من أفرادها، فذمة هذا الكلي أيضاً غير متموّلة، بمعنى أنّ الكلي المضاف إلى ذمته ليس بهال، فلا يصحّ جعله عوضاً في البيع ولا يجدي صيرورته بعد التعيين مالا، إذ المعتبر المالية حال البيع حتّى يصير المال بإزاء المال، فلا بدّ حينئذٍ من تعيين المالك حال البيع - كما ذكره هذا المحقق - لأجل أن يصير الكلي مالا حال البيع. هذا إذا كان أحد العوضين أو كلاهما كلياً.

وأما لو كان كلاهما شخصياً فحينئذٍ هل يعتبر تعيين المالكين أو لا يعتبر مطلقاً، أو لا يعتبر ما لم يقصد الخلاف فإذا قصد بطل البيع؟ جعل المحقق المذكور الأخير أقوى، والوسط أوسط، والأوّل أشبه بالأصول.

ووجه أشبهية الأوّل بالأصول أنّ الأصل في جميع ذوات الأسباب عند الشك في تحقق السبب هو العدم.

ووجه أوسطية الوسط أنّ عمومات صحة البيع والعقد شاملة للمقام، إذ لا شك في كون البيع الخالي عن تعيين المالك مع كون العوضين شخصيين، عقداً وبيعاً.

ووجه أفوائية الأخير أنّ الجدّ في إرادة البيع ينافي الجدّ في إرادة نقل المال إلى غير مالكة، فإن مقتضاه نقل كلّ من المالكين إلى مالك الآخر، لأنّ هذا معنى البيع وحقيقته، فلا يمكن الجدّ في كلتا الإرادتين، فلا بدّ من إلغاء إحداها وصورتيها،

وحيث لا ترجيح تعيّن البطلان.

ونظير هذا أورد على من صحّح بيع الفضولي لنفسه بالإجازة، فيقع للمالك فإن قصد حقيقة البيع جداً ينافي مع قصد انتقال الثمن إلى نفسه، والإجازة إنّما تؤثر فيما إذا تحقّق الجدل في إنشاء البيع من الفضولي.

ولكن الحقّ أنّه غير المقام، سواء صحّحناه بالإجازة أم أبطلناه من الأصل، لأنّه إن صحّحناه نقول: بأنّ الفضولي قاصد جداً إلى البيع، أعني: نقل كل من المالكين من مالكة الواقعي إلى المالك الواقعي للآخر، غاية الأمر أنّه يقول: أنا المالك للمثمن، فلا بدّ أن ينتقل الثمن إليّ، فالإجازة مصحّحة لأصل قصده إلى إنشاء البيع، فيلغى تنزيله نفسه منزلة المالك الواقعي.

ولا يخفى أنّ هذا الجواب غير متممّ هنا، إذ الفرض أنّ البائع مثلاً يريد أن ينقل الثمن من ملك المشتري إلى ملك الثالث بإزاء نقل المثمن من ملك نفسه إلى ملك المشتري، بدون أن ينزّل الثالث مقام نفسه في مالكية المثمن، ويرى نفسه فضولياً حتى يرتفع محذور التدافع ويتحقّق منه الجدل في إنشاء البيع ويصير التنزيل لغواً، بل هو في حال البيع يرى نفسه مالك المثمن، ومع ذلك أراد نقل الثمن ابتداءً إلى الثالث، فلا محالة يكون بين هذه وإرادة البيع تهافت وتدافع، فيتعيّن البطلان.

وإن أبطلناه من الأصل فليس ذلك لأجل التدافع في القصد، بل لمنع الانحلال وأنّ الغاصب في بيعه، حاله حال من يزعم مال الغير ماله، فيبيعه، بمعنى أنّ معروض قصده ليس إلّا المعاملة الخاصّة بخصوصية إضافتها إلى نفسه، بحيث يكون للخصوصية مدخل في قوام قصده. وبعبارة أخرى ليس الصادر منه إلّا قصد واحد بسيط متعلق بشيء واحد بسيط، وهو المعاملة الخاصة، وليس

قصده على وجه ينحلّ إلى قصد أصل البيع وتطبيق عنوان المالكية على نفسه.

فهذا نظير ما ذكره في باب الجماعة: من أنّ المأموم لو قصد الاقتداء بزيد مثلاً على وجه التقييد، بأن يجعل الإمام في قصده هو الشخص الحاضر، المتخصّص بزعمه بخصوصيات الزيدية من حيث هو كذلك، فبان أنّه عمرو، بطلت صلاته وإن كان عمرو عادلاً عنده، بخلاف ما إذا كان قصد الخصوصية الزيدية على وجه الداعي وكان المنظور في مرحلة الاقتداء هو الشخص الحاضر بتجريده عن جميع الخصوصيات، فإنّه حيثنّ لو كان عمرو عنده عادلاً صحّت صلاته، وإن كان المأموم ممّن لو علم بأنّه عمرو من الابتداء لم يقتد به، فلم يحكموا في الصورة الأولى بانحلال قصده إلى الاقتداء بالإمام العادل وتطبيقه على زيد.

وما نحن فيه نظير هذه الصورة، وحيثنّ فوجه البطلان: أنّ الإجازة لو صحّت البيع للغاصب كما أنّه قصد كذلك، فهذا غير معقول، وإن صحّحته للمالك فكذلك، لأنّ البيع للمالك مخالف لما قصده الغاصب، والإجازة إنّما تتعلق بالمقصود. فعلم أنّ بيع الفضولي لنفسه على أي حالٍ خالٍ عن محذور التدافع هذا.

وأما صورة عدم نية الخلاف مع عدم تعيين المالكين المنتقل منهما وإليهما، فهي مشمولة للعمومات، لصدق عنوان العقد والبيع عليها، وإذا وجد الدليل فلا يبقى مجال لجريان الأصل.

ثمّ إنّ المحقّق المذكور ذكر هنا فروعاً، وجعل الحكم فيها مبتنية على الوجه الوسط، أعني: عدم لزوم التعيين ووقوع المعاملة للمالكين وإن قصد لغيرهما.

منها: أنّه لو باع مال نفسه عن عمرو، وقع لنفسه ولغى قصد كونه عن

عمرو.

ومنها: لو باع مال زيد عن عمرو، وقع لزيد إن كان وكيلاً عنه، وإلاّ يقف على إجازته، ووجه ابتناء هذين على الوجه الوسط واضح.

ومنها: لو اشترى لنفسه وجعل الثمن في ذمة زيد، فإن لم يكن وكيلاً عن زيد يقع لنفسه، ويستقرّ الثمن في ذمته، وإن كان وكيلاً عنه، فالمقتضي لكل من العقدين موجود، والجمع بينهما يقتضي إلغاء أحدهما، وحيث لا معيّن احتمال البطلان ووقوعه لنفسه، لعدم تعلّق الوكالة بمثل هذا الشراء وترجيح جانب الأصالة ووقوعه لزيد لتعين العوض في ذمته، فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين.

وأنت خير بأنّ الوجه الوسط وقوع المعاملة للمالكين حتّى مع قصد الخلاف إذا كان العوضان شخصيين، ولا شك أنّ الكلّي في ذمة المعين كالشخصي، فمقتضاه كون المعاملة في هذا الفرع لزيد، ولغوّة قصد كونها لنفسه إذا كان وكيلاً عنه وكونها موقوفة على إجازة زيد إذا لم يكن وكيلاً عنه وأمّا الوجه الأخير، فمقتضاه البطلان في جميع هذه الفروع.

قال - قدّس سرّه -: (إلاّ أن يقال: إنّ وقوع بيع مال نفسه لغيره) إلى قوله: (ولكن الأقوى).

أقول: مقصوده - قدّس سرّه - الإشكال على ما ذكره من تصحيح المعاملة المذكورة. وحاصل الإشكال جعلها باطلة بأحد الوجهين:

الأوّل: أن يجعل وقوع البيع لغيره قرينة على عدم قصده من البيع المبادلة الحقيقية، ولعلّ مرجع هذا إلى تدافع القصدين وتناقضهما، فإنّ مقتضى قوله: بيعت هذا الكتاب، وقوع البيع لنفسه، ومقتضى قوله: عن زيد، وقوعه عنه، ومن

المعلوم تنافيهما، فالمقصود أنه لم رجّحت الأول على الثاني، بل اجعل الثاني قرينة على عدم إرادة الأول، يعني: لا مرجّح في البين، فلا محيص عن البطلان.

الثاني: أن يجعل ذلك قرينة على تنزيل البائع الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع، حتّى يتمشّى منه قصد المعاوضة الحقيقية كما ذكر ذلك في بيع الغاصب لنفسه.

وأنت خير بأن جعل هذا وجهاً للبطلان لا يستقيم على مذهبه - قدّس سرّه - في بيع الفضولي لنفسه، حيث إنّه يصحّحه ويجعله للمالك بإجازته، بدعوى أنّ فعل الغاصب ينحل إلى شيئين: قصد المعاوضة الحقيقية ودعوى المالكية لنفسه، فالإجازة متى تحقّقت تصحّح الأول، ولا يعتنى بدعواه الفاسدة، إذ على هذا لا يكون المقام قاصراً عن ذلك البيع، فإذا نزل البائع هنا الغير منزلة نفسه، فقد تحقّق منه القصد إلى المعاوضة الحقيقية، غاية الأمر مقروناً بتطبيق خطئي، فاللازم الحكم بوقوع البيع لنفسه بلا ترقّب الإجازة، لأنّ البائع هنا نفس المالك، وقد تمشّى منه القصد إلى المبادلة الحقيقية.

ومن هنا يظهر فساد ما ربّما يتوهم في دفع ذلك من أنّ المقصود في الاستشكال جعل المعاملة المذكورة بلا صحّة فعلية إمّا بجعلها باطلة من الأصل، كما هو مفاد الوجه الأول، وإمّا بجعلها مراعى على إجازة البائع الذي هو المالك، وهذا مفاد الوجه الثاني، وليس المقصود من هذا الوجه إسقاط المعاملة عن قابلية الصحة بالمرّة حتّى يتوجّه الإشكال عليه - قدّس سرّه - بما ذكر.

وأما كون المعاملة على الثاني محتاجة إلى الإجازة مع كون البائع هو المالك، فلا ضير فيه بعد وقوع مثله، كما فيما لو باع الوارث المال بظن حياة مورثه فبان موته، فإنّ وقوعه لنفسه يحتاج إلى إجازته.

وجه فساد ما عرفت من عدم الحاجة إلى الإجازة بعد كون البائع نفس المالك وحصول القصد إلى المبادلة الحقيقية منه. وقياس المقام ببيع الوارث مع الفارق، إذ من المعلوم أنّ البائع هناك لعدم اطلاع على مالكية نفسه لم يحصل له طيب النفس الفعلي بالمعاملة، فإذا اطلع عليها يتوقف صحتها على إجازته، وهذا بخلاف المقام، فإنّ البائع مطلع على مالكية نفسه وليس ناسياً لها بالفرض، غاية الأمر أنّه نزل الغير منزلة نفسه في المالكية.

نعم يصحّ عدّ هذا الوجه وجهاً للبطلان على مذاق من يجعل بيع الفضولي لنفسه باطلاً من أصله، مدّعياً أنّ البائع لم يقصد إلا وقوع البيع لنفسه، وهذا غير قابل للتصحيح بالإجازة ووقوعه للمالك غير مقصودة، فكيف تتعلّق به الإجازة، إذ له أن يقول هنا أيضاً: بأنّه إذا قصد وقوع البيع لغيره منزلاً لهذا الغير منزلة نفسه مع فرض كون نفسه هو المالك، فهذا أمر لا يمكن صحته، ووقوع البيع لنفسه خلاف مقصوده، فلا يحصى عن البطلان.

ثمّ ما ذكره - قدّس سرّه - جواباً لهذا الإشكال بعد قوله: (ولكن الأقوى) - إلى آخره) لم نتعلّق له معنى محصّلاً؛ إذ لو كان المقصود أنّ الثمن ينتقل من المشتري إلى البائع المالك للمثمن ثمّ ينتقل منه إلى الغير، فهذا خلاف المفروض، إذ الفرض أن يكون قاصداً تحقّق النقل والانتقال بالنسبة إلى الغير من أوّل الأمر.

وإن أراد أنّه يجعل نفسه طرفاً للمعاملة لكن بقصد انتقال الثمن إلى الغير ابتداءً مع ذلك فهذا لا يعقل؛ لأنّه لا يعقل التفكيك بين قصد البيع لنفسه وبين قصد أثره وهو انتقال الثمن إلى نفسه، وأيضاً يعود اشكال التدافع فيتوجه البطلان.

ثمّ بعد تعيين الموجب البائع في نفسه أو غيره والقابل المشتري كذلك، هل

يعتبر أن يعلم كلّ منهما ما عيّنه الآخر في ضميره؟ بأن يعلم الموجب أنّ القابل هو المشتري أو وكيله أو وليه؛ وعلى التقديرين الآخرين أنّ الموكل أو المولّى عليه من هو؟ وكذا القابل؛ أو لا؟

الكلام هنا في موضعين: الأوّل: فيما ذكر، والثاني: في أنّه لو علم أنّ القابل وكيل أو ولي عن الغير، هل يجوز في مقام إجراء الصيغة أن يقول الموجب: بعتك باعتبار الوجود التنزيلي، ويقول هو قبلت؟ أو لا بدّ أن يقول الأوّل: بعث من موكلّك، والثاني: قبلت من موكلّي؟

أمّا الموضع الأوّل، فالتحقيق فيه أن يقال: إن كان العوضان شخصيّين، فالجهل من الموجب بأنّ المشتري من هو، ومن القابل بأنّ مالك المثلّمن من هو غير مضرّ، إذ لا يلزم منه غرر، لعدم اختلاف الأغراض في هذا الباب باختلاف الأشخاص في الغالب، نعم قد تختلف نادراً، لكنّ الحكم يدور مدار الغالب.

وإن كان أحدهما أو كلاهما في الذمّة، فالجهل المذكور مضرّ، لا من باب أنّه لو لم يعيّن من يكون العوض في ذمّته لم يكن العوض الكلّي مالاً، لأنّ المفروض أنّه معيّن واقعاً، بل لاستلزامه الغرر، إذ تختلف الأغراض باختلاف الأشخاص من حيث الغناء والإعسار، وسهولة الأداء وصعوبته، وتساوي شخصين من هذه الجهة نادر، مع أنّه لا يوجب رفع الحكم الغرري عن مورده، لإناطته بالغالب، ولهذا لو اشترى ما في الصندوق بدرهم مع عدم العلم بما فيه تفصيلاً، والعلم بأنّه لا ينقص عن هذا المقدار، والمفروض أنّ البائع أيضاً عالم به تفصيلاً، لا يوجب ذلك جواز المعاملة، وسره أنّ الجهل بالعوضين غالباً موجب للغرر، وكذا الجهل بصاحب الذمة في طرف البائع والمشتري.

وأمّا الموضع الثاني، فالميزان فيه وجود القرينة على إرادة المخاطب من

ضمير الخطاب من حيث وجوده التنزيلي بحيث صار الضمير ظاهراً عند العرف في ذلك، وعدمه، فإن كانت القرينة المذكورة موجودة - كما لو تواطيا قبل العقد على أن يكون القابل وكيلاً أو ولياً للغير، أو كان ذلك معهوداً من حال القابل كما إذا كان دلالاً، فإنّ قوله: بعتك بضميمة أحد هذين، يصير ظاهراً في الوجود التنزيلي - جاز وإلا فلا.

نعم على قول من اعتبر في صيغ العقود أن يكون دلالتها على المراد بالوضع، فلا يكفي اللفظ المستعمل في غير ما وضع له، إذا كان الاعتماد على القرينة الحالية المقامية، إذ يرجع هذا إلى عدم الإتيان بالكاشف لتمام المراد، بل لبعضه والاكتفاء في البعض الآخر بالعلم به، لا يجوز هنا الاكتفاء بالقرينة الحالية.

لكنّك عرفت سابقاً أنّ القرائن الحالية كالمقالية تفيد الظهور لللفظ في غير ما وضع له. وبالجمله فالاعتماد عليها ليس من باب ضمّ العلم بالكاشف بل هو جعل لللفظ كاشفاً عن تمام المراد.

وعلى هذا فمقتضى القاعدة جواز الاكتفاء بضمير الخطاب مراداً به الوجود التنزيلي للمخاطب، مع شهادة الحال والمقام بذلك في باب النكاح أيضاً، فيجوز أن يقول وكيل الزوجة لوكيل الزوج - إذا كان معلوماً وكالته -: أنكحتك، ولعلّ عدم مرسوميّة ذلك في هذا الباب لأجل الاحتياط والمدافعة في باب الفروج.

قال - قدس سرّه -: (ومن شرائط المتعاقدين، الاختيار والمراد به ... إلى آخره).

أقول: المراد به مقابل الإكراه لا ضد الإيجاب، فإنّ فعل المجبور يصدر لا عن شعور، والمكره يصدر عنه الفعل عن شعور وروية وملاحظة الغايات.

ثمّ المراد ببيع المكره المبحوث عنه في هذا المقام هو البيع الذي كان جامعاً

لجميع شرائط العقد، غاية الأمر كان الداعي إليه خوف الضرر المتوعد به، لا ما اختل فيه بعضها كما لو كان غير قاصدٍ إلى اللفظ أو قاصداً إليه من دون إرادة المعنى، أو معها لكن بدون الإرادة الجدية في الإنشاء وقصد وقوع المنشأ في الخارج. وبالجملية: محل الكلام ما إذا كان عنوان البيعة محفوظاً بحيث صدق على الصادر عن المكره: أنه بيع تام، نظير ما لو شرب الخمر مكرهاً، فإنه يصدق أن ما صدر منه شرب الخمر.

ومن هنا يظهر أن ما حكي عن البعض من أن المكره قاصد إلى اللفظ دون المدلول، لا وجه له سواء أريد أن لفظه مجرد الصوت خالٍ عن المعنى أصلاً، أو قصد أنه خالٍ عن الجدة في الإنشاء وقصد وقوع المضمون في الخارج، كما وجهه به المصنف - قدس سره - إذ لو فقد عمله واحداً من هذين لم يكن بيعاً، وخرج عن محل الكلام. وليس هنا شيء آخر كان في عقد المختار، وفقده عمل المكره سوى طيب النفس.

فنقول: إن كان المراد رضا الفاعل بالفعل أولاً وبالذات بحيث كان متكيّفاً به، فلا نسلم اعتباره في العقود، وإلا لما كان عقد المضطر إلى بيع داره مثلاً لأداء دين مضيق أو للإتفاق على الأهل والعيال صحيحاً، ضرورة أنه ربما يكون فاقداً لهذا المعنى، بمعنى أنه يقدم على البيع عن تكلف وتحمل مشقة.

وإن أريد به ما يعم الإقدام على الفعل عن تفكير في العاقبة وتدبير الأمر، واختيار أقل الضررين ودفع الأفسد بالفساد، وإن كان الفاعل غير راضٍ به أولاً وبالذات، فلا نسلم انتفاءه في المكره، وأي فرق بينه وبين الملجأ، فإن الأمر دائر هنا بين الضرب أو الشتم، أو القتل، وبين بيع الدار مثلاً، وهناك بين عسر المعيشة على العيال أو استقرار الدين، وبين بيعها، فكما أنه يقدم البيع هناك على

العسر والاستقرار، ويتحمّل هذا مع كونه صعباً لأجل التخلص من ذاك لكونه أصعب، فكذا هنا، بل أيّ فرق بينه وبين من أكره على دفع مقدار من المال فباع داره لأداء ثمنه إلى المكره، أو من يبيع داره حيلة وفراً من ظلم الظالم، فإنّ البيع في هاتين الصورتين لا شبهة في صحّته.

ومن هنا يظهر أنّه لا بدّ وأن يكون المراد بالتراضي وطيب النفس في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ وقوله -عليه السلام-: «لا يحلّ مال امرئٍ إلّا بطيب نفسه» هو هذا المعنى العام، وحينئذٍ لا وجه للاستدلال بهما على فساد بيع المكره.

نعم يمكن الاستدلال بحديث الرفع، فإنّ المراد به رفع جميع الآثار التي يكون وضعها ورفعها من وظيفة الشارع، من غير فرق بين التكاليفية منها كالحرمة والوجوب ونحوهما، والوضعية كالحرية وانقطاع الزوجية والملكية ونحوها.

والدليل على شمول لفظ الرفع لجميع الآثار استدلال الإمام به لعدم تأثير الحلف بالطلاق والعتاق الذي وقع إكراهاً عقيب توهم السائل تأثيره، فإنّ هذا الحلف وإن كان باطلاً غير مؤثّر من أصله في مذهبنا، لكنّ الإمام قد استدل بهذا الحديث على عدم تأثير ما وقع منه مكرهاً عليه لأجل كونه كذلك، مع التنزّل والمماشاة مع السائل في زعم تأثير أصله، فلو لم يكن لفظ الرفع شاملاً لمثل الحرية وانقطاع الزوجيّة لتمسّك به السائل وأنكر على الاستدلال، بل لما استدل به الإمام.

ثم إنّ المصنّف - قدّس سرّه - حاول الفرق بين المكره والمضطر، وحوّله إلى الوجدان، ولعلّ مراده - قدّس سرّه - : أنّ المضطر يفعل الفعل عن تدبير وروية، ويلاحظ غاياته، وينظر إلى أطرافه، فيميّز حسنها عن قبحها بميزان عقله، فهو

وإن كان مرتكباً للفساد لأجل دفع الأفسد، لكنّه فاعل مستقلّ في فعله، ومتحرّك بسلطان عقله وأمره ونهيه، وهذا بخلاف المكره، فإنّه بايع لإرادة غيره وليس له إرادة أصلاً إلاّ عن صرف الوهم، فحاله حال الحيوان، فإنّه يعمل لصاحبه ويتحرّك بإرادته لخوف ضربه، فالفاعل المستقل المدبر هو صاحب وليس الحيوان إلاّ صرف الآلة، وذلك لأنّ فعله ليس عن رويّة وفكرٍ وترتيب الصغرى والكبرى، وملاحظة أنّه لو لم يتحمّل مشقّة الفعل وقع فيها هو أشدّ منه، من ألم الضرب، بل هو تابع صرف لإرادة صاحبه وإشارته، من دون أن يكون له استقلال وتدبير أصلاً، وهكذا المكره، فإنّه متحرّك نحو الفعل لخوف سيف المكره، من دون أن يكون في هذا الحال مراعيّاً لغايات العمل.

ولكن الإنصاف أنّه مختار في عمله حيث يرجّحه على القتل. نعم يمكن أن يقال: إنّ المعتبر في حقيقة طيب النفس أن يكون العمل صادراً لا عن أمرٍ قاهرٍ، فلا يصدق عرفاً فيما إذا كان كذلك أنّ العامل طيّب النفس وإن كان الرضا الثانوي منه متحقّقاً، وهذا بخلاف المضطر، إذ يقال عرفاً: إنّّه طاب نفسه ببيع داره لغاية احتياجه، فيكون الرضا أعمّ من طيب النفس مطلقاً، ولهذا يمكن التمسّك على فساد بيع المكره بدليل اشتراط طيب النفس، وكذا بآية التجارة عن تراض، فإنّ المتبادر منه عرفاً أن لا يكون البيع بحمل الغير وقهره وإن كان لحاجة وضرورة.

وأما حديث الرفع، فقد عرفت تماميّة التمسّك به لرفع الأثر عن بيع المكره، على ما مر من شموله لجميع الآثار، وأما وجه عدم جريانه في بيع المضطرّ مع كون عنوانه مذكوراً فيه، ومعلومية أنّ المعنى الواحد يكون مرفوعاً بالنسبة إلى جميع العناوين فلا يكون المرفوع في بعضها بعض الآثار وفي بعضها تمامها، فإذا ثبت

التعميم في عنوان الإكراه ثبت في سائر العناوين التي منها عنوان الاضطراب، فهو أنّ الحديث الشريف مسوق في مقام اللطف والامتنان، فاللازم عدم شموله لكل حكم لا يناسب ارتفاعه للمنة، فضلاً عن أن يكون خلافها، ومن المعلوم أنّ رفع الحكم عن بيع من لجأ إلى بيع داره بحيث لو لم يفعله وقع في خطر وضرر عظيم، لا يناسب المنّة، بل يكون خلافها كما هو واضح، وهذا بخلاف الأحكام التكليفية، ففي رفعها عن المضطرّ لطف وامتنان.

ثم هل يعتبر في صدق مفهوم الإكراه عرفاً أن لا يكون الضرر المتوقع به حقاً ثابتاً على المكروه - بالفتح - للمكروه - بالكسر - كما لو قال بع دارك وإلا قتلتك قصاصاً، أو طالبتك بالدين الذي لي عليك، أو لا؟ الفتوى على صحّة البيع حيثنّذ، وهل هو لأجل عدم صدق الإكراه، أو لتخصيص أدلته؟ غير معلوم.

ثمّ هنا إشكال، وهو: أنّ ظهور الحديث الشريف في رفع الأحكام التكليفية أقوى من ظهوره في رفع الآثار الوضعيّة، وهذا ممّا لا شك فيه ظاهراً، وحقيقة الإكراه هو حمل الغير على ما يكرهه، ومن المعلوم أنّ مجرد أمر أحدٍ بإتيان ما لا يلائم الطبع لا يصير داعياً للإنسان إليه، بل لابدّ أن يكون الأمر شخصاً يوجب مخالفة أمره وقوع المكروه في ضرر علماً أو ظناً، وهذا الضرر قد يكون من قبيل القتل والضرب وأمثالهما، وقد يكون ممّا يعدّ ضرراً بالنسبة إلى حال المكروه، كما لو كان الأمر أباه أو أمّه أو صديقه، وكانت مخالفتهم شاقّة عليه مخافة تألّمهم منها، أو قال المكروه: افعل كذا وإلا انتزعت من يدك ما تكون مأنوساً به ويشقّ عليك مفارقتة - من كتاب ونحوه - فلو تحقّق الإكراه بهذا النحو في أبواب العقود يحكم بالفساد بمقتضى ظاهر الحديث، لصدق حمل الغير على ما يكرهه في هذه المقامات.

وأما في أبواب المحرمات، فالقطع حاصل بأن الإكراه بهذه التوسعة غير مجوز لها، إذ لا يلتزم أحد بأن من أمره أحد أبويه أو صديقه بشرب الخمر، أو أمره شخص آخر، وأوعد على المخالفة انتزاع كتابه المأنوس به - مثلاً - من يده، يجوز بمجرد ذلك له الشرب، مع أنّ عنوان الإكراه صادق بل من المسلّم في القتل واللواط ترجيح تعريض النفس للقتل عليهما.

نعم لو دار الأمر بين الشرب والقتل لم يبعد ترجيح الشرب، ولو دار بين هتك أحد العرضين، كما لو قال: ازن وإلاّ زنيت بزوجتك، أو بين العرض والقتل، فالأمر مشكل. وحيثنذ فإن التزم بأنّ مورد الحديث ما إذا كان المتوعد به أشدّ مفسدةً في نظر الشارع من المكروه عليه، فهذا لا يناسب المنّة، لكون ذلك هو القاعدة التي لا يحيص عنها عند تعارض الحرامين الشرعيين.

وإن جعل مورد في خصوص عنوان الإكراه خصوص الأحكام الوضعية، فيعمل في التكليفات على طبق القاعدة، فهذا أيضاً يبعد الالتزام به بعد ما عرفت من كون الحديث في التكليفات أظهر منه في الوضعيات.

ثمّ إنّ هل يعتبر في صدق حقيقة الإكراه عدم إمكان التفصّي عن الضرر المتوعد به بغير الفعل المكروه عليه أو لا؟ و التفصّي يتصور على وجهين:

الأول: أن يكون علناً، كما لو أكرهه مكروه على البيع في مكان، وهو ما دام في هذا المكان لا يمكنه التفصّي، ولكن يمكنه أن يخرج وكان له خدام يستخلصونه من ضرر المكروه.

الثاني: أن يكون بالتورية، أعني: عدم قصد المعنى عند قوله: بعت، أو قصد معنى غير إنشاء البيع، وهذا موجود في حقّ غالب الأشخاص، إلّا من غلب عليه الدّهشة وغفل عن ذلك، فهل يعتبر عدم إمكان التفصّي والمندوحة

بكلال الوجهين في تحقّق موضوع الإكراه أو حكمه، أو لا يعتبر؟ أو يعتبر عدم إمكانه بالوجه الأوّل دون الثاني؟ الحقّ هو التفصيل.

والدليل على اعتبار عدم إمكانه بالوجه الأوّل هو أنّه لا شكّ في أنّه يعتبر في صدق عنوان الإكراه أن يكون الداعي إلى الفعل دفع الضرر المتوقّد به على الترك، وهذا لا يتحقّق إلّا مع عدم المندوحة، وأمّا معها، فليس الداعي هو دفع الضرر فقط، إذ هو كما يمكن بالفعل يمكن بإعمال المندوحة أيضاً — كالخروج عن المكان في المثال — فلا محالة يكون الداعي مركّباً من دفع الضرر وميل النفس إلى الفعل دون إعمال المندوحة للتكاسل عنه ونحوه.

وأما وجه عدم الاعتبار في الثاني، فهو أنّ التورية ليست بمندوحة، ولا يتفصّل بها عن شيء، وذلك لأنّ المكره يريد صدور السبب الشرعيّ لحصول الملك له عن المالك، وهذا يتحقّق بالتلفظ بالصيغة، فيكون أحد الجزأين وهو اللفظ محرّزاً بالحسّ، والآخر وهو القصد بالأصل العقلانيّ الجاري في كل كلام صادر عن عاقل مختار، ومن المعلوم أنّ هذا لا يفرق فيه بين التورية وعدمها، فإنّ التورية أمر قلبي لا ربط له بعالم الدلالة وظهور اللفظ، فمقصود المكره في كلام الحاليّن حاصل، فالتورية لا يترتّب عليها ثمرة أصلاً، أمّا في مرحلة الظاهر فلما عرفت من عدم الفرق بين وجودها وعدمها في حصول السبب الظاهري للملك، وأمّا في مرحلة الواقع، فلعدم الفرق أيضاً بينهما في عدم حصول الانتقال، فكما أنّه لا يحصل الانتقال في صورة التورية لعدم البيع، فكذا في صورة عدمها لأدلة الإكراه.

ومن هنا، يظهر أنّه لو أكره على إظهار الكلمات الشنيعة فلا دليل على وجوب التورية، إذ القبيح هو التلفظ بألفاظ يكون ظاهرها عرفاً هو المعاني

الشيعة، وهذا حاصل مع التورية وعدمها، والاعتقاد الجنائي على طبق مضامين الألفاظ غير حاصل مطلقاً، فلا فائدة تحت التورية، ولهذا ليس في الأخبار المجوزة لتلك الكلمات عند الإكراه تنبيه على لزومها.

ثم إنّه قد يكون البيع بحمل الغير عليه صريحاً وإيعاد الضرر على تركه، فلا إشكال في صدق الإكراه وفساد البيع. وقد يكون بكثرة إيذائه بقصد التوسّل بذلك إلى بيع داره، من دون أن يكون طالباً منه البيع صريحاً في زمان، فيوجب ذلك إقدامه على البيع من باب الإلجاء تخلصاً من إيذائه، كما يتفق ذلك كثيراً في الشريك القوي بالنسبة إلى الشريك الضعيف، فلا شك في عدم اندراج ذلك في الإكراه، لما فرض من عدم تحقّق الحمل والطلب المعتبر في مفهومه، بل يكون من أفراد الاضطرار، وأمّا البيع فيمكن أن يقال بفساده، لكونه موافقاً للمنة، إذ لا فرق بين هذا وصورة الإكراه، فيشمّله الحديث.

وبالجملة: فالظاهر أنّ الملاك في رفع كل أثر وعدمه هو الموافقة للمنة وعدمها، فلو فرض كون الرفع عن مورد الإكراه في مقام غير موافق لها، فلا ضير في عدم شمول الحديث له، هذا لكنّ المتراءى من كلماتهم، هو الفرق بين عنواني الإكراه والاضطرار، بالفساد في الأول والصحة في الثاني من غير تفصيل.

فرع

لو أكره على أحد الأمرين المعيّنين لا بعينه واختار المكروه واحداً معيّناً منها، فالمشهور على أنّ هذا، الواحد يقع مكرهاً عليه، فيفسد لو كان له أثر شرعي. وقيل بصحته نظراً إلى أنّه اختار الخصوصية بطيب نفسه لا عن إكراه.

والحق: هو التفصيل بين ما إذا كان كلّ من الأمرين اللذين أكره على

أحدهما لا بعينه ذا أثر شرعي، كما لو قال: بع دارك أو طلق زوجتك وإلا قتلتك، وبين ما إذا كان واحد منهما بلا أثر شرعي، كما لو قال: بع دارك أو امش من المكان الفلاني إلى المكان الفلاني وإلا قتلتك، ففي الأول يفسد وفي الثاني يصحّ.

ووجه الفساد في الأول أنّه لا شكّ في أنّ أحدهما لا بعينه مكره عليه، ويكون له أثر شرعي، لأنّه إذا كان كلّ من الشّيتين ذا أثر شرعي فأحدهما لا بعينه لا محالة يكون كذلك، فالإكراه عليه يوجب بمقتضى الحديث رفع أثره.

ثمّ لا شكّ في أنّ مفهوم أحدهما لا بعينه كلّّي صادق على كل واحد من المعيّنين، والكلّي إذا تعلّق الطلب بإيجاده فله انطباق قهريّ على أوّل شخص منه يوجد، ففي المثال لو اختار المكره البيع، فالكلّي المكره عليه ينطبق عليه، ولو اختار الطلاق فكذلك، وعلى أيّ حال فيرتفع الأثر بمقتضى الحديث.

ووجه الصّحّة في الثاني أنّه وإن كان أحدهما لا بعينه أيضاً مكرهاً عليه، لكنّه بلا أثر شرعي، ضرورة أنّ كون أحد الشّيتين بلا أثر شرعيّ يوجب كون جامعهما كذلك، فالإكراه عليه لا يؤثّر شيئاً نظير الإكراه على أمر معيّن ليس له أثر شرعي، فالمكره لو اختار الفرد الذي له أثر كالبيع في المثال، فالكلّي المكره عليه وإن كان ينطبق على هذا الفرد لكن ذلك لا يوجب ارتفاع أثره، لأنّ الأثر إنّما يكون للخصوصيّة وهي غير مكره عليها.

فروع

لو أكره على بيع واحد من عبيدين فباعهما جميعاً بصفقة واحدة، فإن كان مراد المكره هو الواحد بشرط الانفراد، تعيّن الصّحّة في الجميع، لكون المجموع مباحناً للمكره عليه مباينة الشيء بشرط شيء مع الشيء بشرط لا.

وإن كان مراده الواحد لا بشرط، فإن كان المكروه بالفتح راضياً بهذا المعنى أيضاً، فلا يعقل أن يصدر منه حيثنذ إلاّ بيع واحد من العبدین منفرداً، لوضوح عدم الداعي إلى البيع بالنسبة إلى الزائد، والمتعين حيثنذ صحّة البيع، إذ يعتبر في حكم الإكراه أو في موضوعه كون تمام استناد العمل إليه، لا إلى طيب النفس، أو إلى المركّب منهما.

وإن كان رضا المكروه بالفتح متعلقاً بعنوان الزائد، بمعنى أنّه بعد إكراهه على بيع الواحد يرضى ببيع الآخر معه من باب الاجراء لعدم نفع أحد العبدین بحاله، فهو في بيع واحد مكروه وفي بيع الآخر مضطرّ، وحيثنذ فلا إشكال في فساد البيع بالنسبة إلى الواحد لكونه مكروهاً عليه، وحيث إنّ هذا الواحد غير متعين فيصير البيع بالنسبة إلى الآخر من بيع غير المتعين، فيبطل لأجل عدم التعيين، لكن يمكن أن يقال: إنّ القدر المتيقّن من الأدلّة قدح الإهمال في مرحلة أصل الجعل، وفي المقام لا إهمال في مرحلة أصل الجعل، وإنّما طرأ من جهة حكم الشرع ببطلان البيع بالنسبة إلى الواحد المكروه عليه.

فهذا نظير ما إذا باع ما يملك وما لا يملك صفقة واحدة، حيث استشكل في صحّة البيع بالنسبة إلى ما يملك بأنّ بطلانه بالنسبة إلى ما لا يملك يوجب الجهل بما يقع من الثمن في مقابل ما يملك.

فأجاب عن ذلك المصنّف - قدّس سرّه - في بعض تحقیقاته، أولاً بالمنع من عدم انضباط ما يقابل ما لا يملك عند مستحلّ بيعه، حتّى يوجب ذلك الجهل فيما يقابل الآخر، وثانياً بأنّ هذا الجهل على فرضه طارئ، والقادح إنّما هو الجهل الابتدائي.

ونظير ذلك أيضاً ما إذا باع بثمن شخصي مع اعتقاد كلّ من المتعاقدين

كونه من مال المشتري، فظهر كون مقدار غير معلوم منه مستحقاً للغير، وعلم بعدم رضا هذا الغير بالبيع بالنسبة إلى هذا المقدار، فلا شك في أنه يقع الجهل حينئذٍ في بقية الثمن، وكذا فيما بإزائها من الثمن.

وبالجملة: ففي المسألة ثلاثة وجوه: بطلان البيع في الجميع، وصحته في الجميع، وما ذكرنا من بطلانه في واحد وصحته في آخر، فيرجع حينئذٍ في مقام التعيين إلى القرعة. هذا كله فيما إذا باع العبدین بصفقة واحدة.

وأما إذا باعهما على التعاقب فالمتعين في الفرد الأول هو البطلان، لانطباق المكروه عليه، وفي الثاني هو الصحة، إذ حين وقوع البيع الثاني ليس للمكروه طلب أصلاً، ولا يعقل حينئذٍ تبديل المكروه عليه بالفرد الثاني بالقصد، كما لا يعقل تبديل الفرد الأول بالثاني في مرحلة امثال الأوامر الصادرة من المولى إلى العبيد.

ونظير ذلك أيضاً ما لو طلب المولى فردين من الطبيعة، أحدهما على وجه الإيجاب والآخر على وجه الاستحباب، فالفرد الأول يتصف بالوجوب وإن قصد به الاستحباب، وذلك لأن المولى في حال الإتيان بالفرد الثاني ليس له حالة المنع من الترك. ومن هنا ظهر عدم الوجه لما توهم من الرجوع في تشخيص المكروه عليه إلى قصد البائع.

ثم إنه حكى عن العلامة - قدس سره - في التحرير أنه قال: لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق. انتهى.

وقد اختلفت الآراء في توجيه هذه العبارة، فحمله بعض على أن المكروه قاصد إلى اللفظ بمعنى الصوت دون المعنى أصلاً، والمصنّف - قدس سره - على أنه قاصد للمعنى في مرحلة الاستعمال دون مقام اللب، وقد عرفت ضعفهما وأن

المكره الذي هو محل البحث قاصد للإنشاء استعمالاً وجداً.

وتوضيح هذا الفرع على وجه ينطبق عليه ظاهر عبارة التحرير هو أن يقال: إن المكره تارة يقدم على الطلاق لمجرد ملاحظة مشقة تحمّل الضرر المتوعد به، من دون أن يبعثه ذلك - بملاحظة الدواعي الأخر - إلى الرضا والحب به من حيث الذات، وإن كان راضياً به من حيث إنه يدفع به ما هو أضرّ منه بحاله وأشدّ كراهةً في نفسه.

وأخرى يقدم عليه بملاحظة مشقة تحمّل الضرر المذكور أيضاً، لكن يحدث في ذهنه مقارناً لتلك الحال أمور ومطالب مثل: ملاحظة أنه لو لم يقع الطلاق الصحيح ولم تتحقّق البينونة الواقعيّة يتفق الزنا بذات البعل في الخارج، فالكرهية الشديدة بوقوع الزنا بذات البعل بعد معلوميّة تحقّق الإكراه لا محالة تصير علة تامّة لحصول الحبّ الحقيقي بإيقاع الطلاق والبغض الحقيقي بتركه، فيوقعه عن طيب النفس به، فالإكراه حينئذٍ يكون علة العلة، وهذا هو الظاهر من عبارة التحرير.

ووجه أقربيّة الصحة كون الطلاق مستنداً إلى طيب النفس، غاية الأمر إن منشأ هذا الطيب هو الإكراه، ووجه الفساد كونه منتهياً بالأخرة إلى الإكراه.

وحاصل الكلام: أنه يمكن أن يصير فرض تحقّق الإكراه لا محالة مع بعض الأغراض الأخرى - كما في مسألة الطلاق - أو الدنيوية، مثل: ملاحظة خلوّ اليد عن المال رأساً - على تقدير عدم صحة البيع في مورد الإكراه عليه - داعياً إلى رضا الإنسان وجبه بالفعل المكره عليه من حيث نفسه حتّى يقع حين وقوعه بداعي الرضا به والحب له مع كون ذات الفعل - مع قطع النظر عن هذا الفرض - في غاية الكراهة، وهذا هو المصحح لتحقّق عنوان الإكراه، والرضاية الحاصلة في

ظرف فرض وجود الإكراه غير منافية له، فإنّ المنافاة إنّما تتحقّق بينهما فيما إذا اتّحدا في الرتبة، لا فيما إذا كان الرضا متأخراً رتبة عن الإكراه كما هو المفروض.

ومن التوجيهات لتلك العبارة حملها على ما إذا كان الداعي إلى الطلاق في نفس الزوج موجوداً مع قطع النظر عن الإكراه، فإذا انضمّ الإكراه كان المجموع من قبيل الداعيين المستقلين اللذين كلّ منهما لولا الآخر مؤثّر تامّ.

وفيه مع بعد هذا المعنى عن العبارة - كما لا يخفى - أنّ الإكراه ليس عبارة عن مجرّد الأمر بالفعل ولو كان الفاعل في غاية طيب النفس به، بل يعتبر في تحقّقه كراهة الفاعل للفعل المكروه عليه في حدّ نفسه أيضاً، فاجتماع الإكراه مع طيب النفس في مرتبة واحدة من قبيل اجتماع المتنافيين.

ومنها حملها على ما إذا كان الداعي إلى الطلاق في حدّ نفسه موجوداً أيضاً، لكن كان ضعيفاً ولم يكن بمثابة صار بوحدته مؤثّراً، وكذلك مشقّة تحمّل الضرر المتوقّعة به لم تكن بمثابة كانت بانفرادها داعية إلى الطلاق، ولكن إذا انضم أحد هذين بالآخر صار المجموع من حيث الاجتماع داعياً، ووجه أقرّية الصّحة حينئذٍ أنّ المتيقن من دليل الإكراه ما إذا كان تمام الاستناد إليه، فغيره مشمول للعمومات، ووجه الفساد كون الطلاق منسوباً إلى الإكراه أيضاً.

وفيه على تقدير تسليم تحقّق الإكراه في هذا الفرض، أنّ هذا المعنى أيضاً بعيد من العبارة كما لا يخفى.

ثمّ إنّ عقد المكروه لو لحقه الرضا هل يصحّ حينئذٍ أو لا؟ قيل: نعم، نظراً إلى أنّه عقد تامّ جامع للشروط سوى رضا المالك، فإذا انضمّ إليه كان تاماً مؤثّراً.

وقيل بالعدم، نظراً إلى اشتراط طيب النفس مقارناً للعقد.

ثمّ الدليل على اشتراط الرضا في العقود، أمّا اللَّبِّي منه - أعني: الإجماع

والسيرة - فواضح حاله، إذ لا يفيد أزيد من اعتبار الرضا الأعم من السابق والمقارن واللاحق.

وأما اللفظي، فمنه آية التجارة عن تراض، فقد يقال بملاحظة كلمة عن النشوية باعتبار المقارنة وتسبب العقد عنه.

واعترض عليه المصنّف بأنّه: إمّا من جهة مفهوم الوصف، أو الحصر، أمّا الأول: فغير مفيد، لوروده مورد الغالب، نظير ربائبكم اللاتي في حجوركم. وأمّا الثاني فيمنع إفادة هذا الاستثناء للحصر، لكونه منقطعاً غير مفرّغ، لوضوح أنّ التجارة عن تراض ليس من أفراد الأكل الباطل، ووجه عدم إفادة المستثنى المنقطع الحصر أنّ أداة الاستثناء فيه بمنزلة لكن، والكلام معه بمنزلة جملتين مستقلتين خاليتين عن الحصر، فقولك: جاءني القوم إلّا حماراً، بمنزلة قولك: جاءني القوم لكن ما جاءني الحمار.

أقول: ويظهر من تقييده - قدّس سرّه - المنقطع بغير المفرّغ، تصوير المفرّغة في المنقطع، وأنت خير بعدمه، إذ كلّما لم يكن المستثنى منه مذكوراً في الكلام، يقدر ما يدخل تحته المستثنى، فيقدّر في قولنا: ما جاءني إلّا حماراً، شيءٌ وهكذا. وبالجمله فملاك عدم إفادة الحصر - لو سلّم - هو الانقطاع وليس لغيره مدخل في ذلك، مع إمكان منع عدم إفادة الحصر في الآية، فإنّ المستفاد عرفاً من لفظ الباطل فيها هو التعليل لا التقييد، فكأنّه قيل: لا تأكلوا أموالكم فإنّه باطل، نظير قولك: تجنّب عن طول الكلام المورث للصداع إلّا ما كان نافعاً بحالك، وحيثنّذ فيصير المستثنى متصلاً، فيفيد الحصر، هذا.

ومجمل الكلام في دلالة الآية: إنّ الإنصاف أنّ الوصف فيها ليس وارداً مورد الغالب، بل إنّما يفهم منه: أنّه للاحتراز، وحيثنّذ فنقول: إمّا أن يكون المراد

بالتراضي: الرضا بالعقد الذي هو السبب، أو بمضمونه الذي هو المسبب، كالنقل والانتقال الخارجي في البيع.

فإن كان الأول، فالمستفاد من الآية اعتبار مقرونية البيع بالرضا بنفسه وكونه مسبباً عنه، وإن لم يكن الرضا بمضمونه موجوداً، وحيثُ فلا دلالة في الآية على فساد عقد المكره، لوضوح كونه ناشئاً عن الرضا بنفسه كما عرفت، وبالجمله فكُلّ فعل كان اختيارياً لفاعله، فلا محالة يكون مسبباً عن الرضا به، غاية الأمر إنَّ الرضا به تارة ينبعث عن الرضا بأثره، وأخرى عن أمر آخر - كما في المقام - فإنَّ الرضا بالبيع جاء من جهة خوف الضرر المتوعد به.

وإن كان الثاني، فلها دلالة على ذلك، إذ على هذا ينحصر مصداق الوصف في البيوع الاختيارية والاضطرارية دون الإكراهية، بمعنى أنَّ من يُقدم بالبيع اختياراً، فالسبب الذي دعاه إليه لا محالة يكون هو الرضا بوقوع أثره في الخارج - أعني: ملكية الثمن أو المثلن - كمن يشرب الخمر اختياراً، فإنَّ شربه مسبَّب عن الرضا بالسكر الذي هو أثر الشرب.

وهكذا المضطر، فإنَّ بيعه أيضاً مسبَّب عن الرضا بملكية الثمن أو المثلن، واللجوء إليها، وهذا بخلاف المكره، فإنَّ عقده مسبب عن خوف الضرر لا عن الرضا بالانتقال الخارجي. نعم هو عالم حين العقد بحصول الانتقال بسببه لو جهل بحكم الشرع بالبطالان، كما أنَّ من يشرب الخمر عن إكراه، فليس شربه مسبباً عن الرضا بالسكر، نعم هو عالم حين الشرب بحصول السكر بعده.

ومنه أدلة الإكراه فقد يتمسك بها لعدم فائدة لحقوق الرضا بعقد المكره، بتقريب: أنَّ المراد «بما استكروهوا عليه» الذي رفع أثره، هو الفعل الصادر عن داعي الإكراه، فيكون مخصّصاً لعموم وجوب الوفاء بكل عقد، وبذلك يسقط العموم عن الاستدلال.

بيان ذلك: أنّ خروج العقد الغير المرضي به عن حكم وجوب الوفاء يتصوّر على نحوين:

الأوّل: أن يكون بنحو التقييد لإطلاق ما دلّ على وجوبه بصورة حصول الرضا، فحيثُ لو شكّ في أنّ المعتر هو الرضا المقارن، أو يكفي مطلق الرضا، فيمكن أن يتمسك لإدخال مورد الشك - أعني: صورة حصول الرضا - لاحقاً - تحت الحكم بإطلاق الدليل.

والثاني: أن يكون بنحو التخصيص لعمومه، وما نحن فيه من قبيل الثاني، ولا يمكن أن يكون من قسم التقييد، إذ الخارج هنا هو العقد الصادر عن داعي الإكراه، فيكون الباقي تحت العام هو الصادر لا عن إكراه، ولا يخفى أنّ الواقع عن الإكراه لا يمكن تغييره عمّا وقع، فلا يصير في زمان واقعاً لا عن إكراه حتّى يقال: بأنّ إطلاق الدليل مقيّد بحالة كون العقد صادراً عن إكراه، فالحالة المشكوكة - أعني: كونه صادراً لا عن إكراه - داخلة تحت الإطلاق، إذ هو بالنسبة إليها سليم عن المقيّد.

وبالجملة: فلا يحيص هنا عن التخصيص الفردي، بأن يكون الخارج فرداً من العقد وهو ما كان منه صادراً عن إكراه، ثمّ هذا الفرد الغير اللازم الوفاء من أوّل الأمر وإن كان يمكن أن يصير لازم الوفاء بعد لحوق الرضا - لعدم نهوض ما دلّ على خروجه عن لزوم الوفاء بإثبات الخروج في جميع الأزمان - لكن لا دليل على لزوم الوفاء به في هذا الحين أيضاً.

نعم لو كان لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ عموم أزماني بحيث كان كلّ قطعة زمانٍ بمنزلة فرد دلّ على ذلك - كما هو واضح - لكن قطع المصنّف - قدّس سرّه - في بعض تحقيقاته بعدم دلالة على العموم المذكور، وحيثُ فلا يمكن

التمسك بهذه الآية لإثبات لزوم الوفاء بعقد المكره بعد لحوق الرضا.

ثم إن المصنف - قدس سره - أيد الصحة بعد الرضا بفحوى صحة عقد الفضولي بعد إجارة المالك، فإن هذا فاقد للرضا، وذاك فاقد له مع كون العقد صادراً عن غير المالك.

أقول: إن جعلنا الحكم في الفضولي على طبق القاعدة، بأن قلنا بعدم اعتبار مقارنة الرضا، فالحال كما ذكر، لكن لو أثبتنا حكمه بالدليل الخاص على خلاف القاعدة، فلا وجه للأولوية حيثئذ، بل الحكم هنا أيضاً دائر مدار وجود الدليل وعدمه.

ثم إنه - قدس سره - أجاب عن الاستدلال بأدلة الإكراه لعدم الصحة بوجهين:

الأول: إن الحديث لكونه مسوقاً في مقام الامتنان لا ينهض إلا برفع الآثار التي تكون من قبيل المؤاخذه والإلزام بشيء، فأثر البيع - أعني: الزام كل من الطرفين على دفع الآخر ماله إليه - فعلاً قد ارتفع عن بيع المكره، وأما الأثر التأهلي، أعني: قابليته لأن يصير صحيحاً بلحوق الرضا، فهذا ليس حقاً على المكره - بالفتح - بل حق له، فالامتنان في وضعه لا في رفعه، فلا ينهض بنفيه الحديث. نعم بعد ثبوت هذا الحق يحدث بتبعه حكم الزامي، وهو إلزام المكره بأحد الأمرين من الإمضاء والفسخ لو طالت المدة، لكن هذا من تبعات الحق المذكور.

الثاني: إن هذا الحكم التأهلي حكم ثبت للعقد من قبل الإكراه، يعني أن موضوعه هو العقد المكره عليه بوصف أنه مكره عليه، ومثل هذا لا يشملته الحديث، فإنه يرفع الآثار الثابتة لذات الفعل لولا الإكراه، لا لما يحدث من قبل

نفس الإكراه، بل لعلّ شموله لمثل ذلك كان من الممتنعات، إذ لا يعقل أن يكون الشيء رافعاً لما اقتضاه نفسه.

أقول: تمام ذلك صحيح تام، لكن لو كان في البين دليل على ثبوت هذا الحكم التأهلي لعقد المكره بعد رفع الحكم الفعلي عنه بأدلة الإكراه، فللقائل أن يقول: ما الدليل على أصل هذا الحكم حتى يفيد السجهاان كونه باقياً وغير مرفوع بالأدلة المذكورة.

ووجه عدم المثبت لهذا الحكم أن أدلة الإكراه لكونها شارحة للمراد من أدلة الأحكام التي منها أدلة السواء بالعقود، فلا محالة تكون حاكمة عليها وإن كانت النسبة بينهما هو العموم من وجه، ولا إشكال أن المكره عليه ومصدق ما الموصولة في قوله: وما استكرهوا عليه، في المقام هو نفس العقد لا حالة من حالاته، فتخصيص الفرد لا يمكن الفرار عنه، فكأنه قيل: العقود التي يجب السواء بها، بمقتضى قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ المراد بها ما سوى هذا الفرد.

نعم لو دار الأمر بين التقييد والتخصيص، كما إذا علم بخروج قطعة من الزمان من ابتداء العقد عن وجوب السواء وشكّ في أنه من باب تخصيص العموم بهذا الفرد أو من باب تقييد الإطلاق بهذه القطعة، يحكم بالثاني بمقتضى أصالة عدم التخصيص، فيجعل مبدأ وجوب السواء من ما بعد هذه القطعة، بمقتضى أصالة الإطلاق الثابت للدليل بالنسبة إلى قطعات الزمان.

لكن فيما نحن [فيه] حيث لا يحصى عن تخصيص الفرد — لما عرفت — فالتمسك بالعموم لإثبات الحكم فيما بعد الرضا يكون من باب التمسك بالعام لدخول فرد في زمان بعد خروجه عن الحكم في الزمان السابق، وجوازه في المقام مبنيّ على ثبوت العموم الزماني للآية، والحقّ عدمه.

والحاصل: أنّ العمومات ساكتة عن إثبات الحكم بالنسبة إلى ما بعد الرضا، كما أنّ أدلة الإكراه ساكتة عن رفعه بالنسبة إليه، فيتعين الرجوع إلى القواعد، ومقتضاها البطلان.

هذا مع إمكان أن يقال: إنّ أدلة الإكراه تدلّ على رفع الحكم بالنسبة إلى ما بعد الرضا أيضاً.

وبيان ذلك: أنّ قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ دالّ على وجوب الوفاء بكلّ عقد بلا شرط، وقوله: ﴿تجارة عن تراضٍ﴾ مشتمل على قيدين: الأول: أصل الرضا، والثاني: مقارنته، وسببته للعقد، وظهوره في التقييد بالنسبة إلى الأول - أعني: أصل الرضا - لعلّه لا يمكن إنكاره، وأمّا بالنسبة إلى الثاني، فيمكن أن يقال بوروده مورد الغالب، بملاحظة غلبة البيع الناشئة عن الرضا وندرة الإكراهية، فإطلاق الآية الأولى لا بدّ وأن يقيد بالأول، فيصير الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد والرضا معاً وإن كان الرضا متأخراً، لا العقد وحده.

وأما بالنسبة إلى القيد الثاني فظهورها في الإطلاق محكم وإن قلنا بأنّ الآية الثانية مجملة بالنسبة إليه، لما تقرّر في محلّه من أنّ القرينة المجملة إذا كانت منفصلة فلا توجب إجمال الكلام. وبالمجملة فيصير المحضّل من مجموع الآيتين أنّ العقد المرضي به من الابتداء يؤثر فعلاً، والعقد الغير المرضي ابتداءً ليس له أثر فعلي لفقد شرط الرضا، ولكن له أثر تعليلي، بمعنى أنّه لو لحقه الرضا يؤثر من ذاك الحين، فحال الرضا هنا حال القبض في المجلس في الصّرف والسّلم - ومن هنا تكون صحّة العقد الفضولي بعد الإجازة على طبق القاعدة كما يأتي في بابهِ إن شاء الله تعالى - وحينئذٍ نقول إنّ قضيّة أدلة الإكراه رفع كلّ أثر كان ثابتاً لولا الإكراه، مع كونه مناسباً للمنة، وفي عقد المكروه الأثر الثابت - لولا الإكراه - هو

الأثر التعليقي، لأن الأثر الفعلي مرتفع عنه لولا الإكراه أيضاً، لأجل فقدان شرط الرضا.

لا يقال: إن سبب عدم الرضا في هذا العقد هو الإكراه فلولا كان الرضا موجوداً، فما معنى ارتفاع الأثر الفعلي لولا الإكراه؟

لأننا نقول: إن الإكراه والرضا ضدّان، وعدم أحد الضدين لا يكون مسبباً عن وجود الآخر، بل هما متلازمان، وارتفاع الأثر الفعلي مسبب عن عدم الشرط الذي هو الرضا، لا عن وجود المانع الذي هو الإكراه، فصَحَّ أن الأثر الفعلي كان مرتفعاً لولا الإكراه، فيبقى الأثر التعليقي، فيرتفع بأدلة الإكراه.

ووجه مناسبته للمنة أن جعل العقد المكروه عليه خالياً عن كلّ أثر، أكثر داعوية بعد العلم به إلى عدم إيقاع الإكراه في الخارج من إبقاء الأثر التعليقي له، إذ حيثنّذ لا يصير سبباً لعدم وقوعه في الخارج بالكلية، إذ ربّ أحدٍ يقدم عليه مع ذلك بقصد إرضائه للمالك المكروه فيما بعد.

ولا فرق فيما ذكرنا - من رفع الأثر التعليقي بأدلة الإكراه - بين القول بكون الرضا المتأخر ناقلاً - بأن يكون جزء المؤثر - وبين القول بكونه كاشفاً، إمّا بأن يكون الشرط هو وصف تعقّب الرضا، ولا يكون لنفس الرضا دخل أصلاً، أو بأن يكون نفس الرضا دخیلاً في الأثر المتحقق من حين العقد على نحو الشرط المتأخر، فإنّ دليل الإكراه يرفع الأثر الثابت لنفس العقد بملاحظة كونه جزء الموضوع، أو نفس المشروط وهو الأثر التأهلي، فيبقى الجزء الآخر - وهو نفس الرضا أو وصف تعقّبه - وكذا الشرط المتأخر بلا أثر.

ويمكن أن يقال: بعدم حكومة حديث الرفع على الإطلاقات بالنسبة إلى عقد المكروه، بناءً على استفادة اشتراط سببية الرضا للعقد من آية التجارة عن

تراض ، فإنّ العقد الواقع عن إكراه وإن كان له أثر تأهلي، بمعنى أنّه لو كان صادراً عن الرضا كان مؤثراً، لكن هذا الأثر غير قابل للرفع، لأنّ المعلق عليه - أعني: الصدور عن الرضا - غير ممكن الوقوع بعد فرض صدور العقد عن إكراه، وهذا بخلاف ما إذا كان الشرط صرف الرضا، فإنّ فائدة رفع الأثر التأهلي عن عقد المكره حينئذٍ عدم ترتّب الأثر عند حصول المعلق عليه، وبالجمله رفع الأثر التعليقي بعد عدم إمكان حصول المعلق عليه لغو.

فقد تحصل ممّا ذكرنا أنّ بطلان عقد المكره بعد حصول الرضا، مستفاد من أدلة الإكراه بناءً على اشتراط مجرّد الرضا، ومستفاد من نفس الإطلاقات بناءً على اشتراط سببّيته.

بقي الكلام - على القول بالصحة بعد الرضا - في أنّ الرضا المتأخّر ناقل أو كاشف؟ وتحقيقه يأتي في باب الفضولي إن شاء الله تعالى.

القول في عقد الفضولي

والمراد بالفضولي هو من ليس مالكا للعقد [ولا] مختاراً في الأمر، فإن كان مالكا وليس مختاراً كالراهن والسفيه والباكرة الرشيدة فهو فضولي، وإن لم يكن مالكا ولكنه مختار للأمر كالوليّ والوكيل والمأذون فليس بفضولي، هذا.

ولكن يقع الكلام في بعض الموارد، وهو من عقد والحال أنّ المالك راضٍ والعاقّد عالم به أو غير عالم، والحاصل: أنّه لا إشكال في عدم الاندراج تحت هذا العنوان مع صدور إنشاء الرضا المسمّى بالإذن من المالك، وكذلك مع الفحوى، وأمّا مع حصول الرضا باطناً بدون إنشاء وإظهار له خارجاً هل يخرج العاقّد عن كونه فضولياً أو لا؟

استدلّ شيخنا المرتضى - قدس سرّه - على عدم الاندراج بعموم وجوب الوفاء بالعقود^(١) ويقول تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢) وبقاعدة «لا يحلّ مال امرء مسلم إلّا عن طيب نفسه»^(٣) تقريب الاستدلال في الأوّل أنّه وقع جميع أفراد العقود مورداً لوجوب الوفاء وتطبيق العمل على وفقه من جميع

١- المائدة: ١.

٢- النساء: ٢٩.

٣- الوسائل: ج ٣، الباب ٣، من أبواب مكان المصلي، ص ٤٢٤، ح ١ و ٣.

المكلفين، ومعنى تطبيق العمل، المعاملة مع المثلثين معاملة ملكية المشتري، غاية الأمر أنه خرج [منه] صورة عدم رضى من هو مختار [في] الأمر فبقى الباقي تحت العموم، ولو فرض أن المفهوم من الآية بحسب الانصراف أنه : أوفوا بعقودكم، كما في آية ﴿وليوفوا بذورهم﴾^(١) فنقول: لا إشكال في دخول نفس المتعاقدين على مال الغير في هذا العموم، فإذا وجب عليهما الوفاء فمعناه الحكم بملكية المال للمشتري، غاية الأمر خروج صورة عدم رضى [من هو] مختار في الأمر فيبقى الباقي، [تحت العموم] اللهم إلا أن يدعى أن المفهوم منها انصرافاً أزيد من هذا وهو أنه: أوفوا بعقودكم أيها الملاك للعقد، فيخرج ما نحن فيه عن العموم، أما بالنسبة إلى المتعاقدين فلعدم كونها مالكين، وأما بالنسبة إلى المالك فلعدم كون العقد مضافاً إليه.

ولكن يشكل على هذا دخول الفضولي بعد إجازة المالك في العموم أيضاً لعين تلك الجهة، إذ كما أن عقد شخص لا ينسب ولا يضاف إلى غيره بمجرد رضا ذلك الغير به باطناً، فكذلك لا ينسب إليه مع إمضائه له لاحقاً أيضاً، نعم لو كان هو المحرك والسبب لصدور العقد تصح النسبة، فليس مادة العقد من المواد المأخوذ فيها المباشرة حتى لا يصح نسبتها مع التسبب مثل الأكل، بل من قبيل الإتلاف الذي يصح نسبته إلى المباشر والسبب معاً، وأما مع عدم المباشرة والتسبب فمجرد الإمضاء اللاحق لا يصير العقد عقداً للإنسان.

وتحقيق المقام أننا لو عملنا بظاهر الآية الشريفة كان اللازم وجوب وفاء كل واحد بكل عقد صدر من كل أحد، في مال كل أحد، وهذا أمر تستغربه الأذهان

ويستوحش منه كل أحد، فلا بد أن يقال: إن المضيّق لهذه الدائرة الوسيعة، هو الارتكاز الموجود في كل أحد، من احتياج عقد غير المالك، إلى شيء من طرف المالك، فيكون القيد لبياً، لكن القيود اللبّية على قسمين، فقسم منها يكون نظير القيود اللفظية المتصلة بالكلام وهذه تمنع من انعقاد الظهور من الأوّل في غير الخاص، كما هو الحال في اللفظية المتصلة، وقسم منها يكون نظير القيود اللفظية المنفصلة، فلا يمنع من انعقاد الظهور على الخلاف.

وبعبارة أخرى: القيود الارتكازية العقلية التي يصرف بها الكلام عن ظاهره قد يكون حافة بالكلام بحيث يصحّ ركون المتكلّم إليها لأجل أنّ الكلام لا ينعقد ظهور له في العموم أو الإطلاق أصلاً، لاحتياجه إلى مقتضيات أكيدة وتصريحات بليغة حتى يخرج عن الأذهان ما غرس فيها وجبلت هي عليه - ومن هذا القبيل مقدّمات الحكمة - ولهذا يقال: إنّ الكلام ظاهر في الإطلاق بسببها.

وقد لا يكون حافة بل يقع في الكلام من الأوّل بصورته على ماهي عليه بحسب وضعه اللغوي في الذهن وبواسطة كون خلافه ارتكازياً تحدث الوحشة ابتداءً، ثم بعد التأمل ففي أوامر الموالى الظاهرية إمّا يحمل على السهو والاشتباه، وإمّا يأوّل الكلام عن ظاهره بقرينة الارتكاز، وفي أوامر المولى الحقيقي فيتعيّن الثاني.

مثال ذلك كما لو قال: أكرم جيراني، وقطع من الخارج أنّه لا يجب إكرام عدوّه وأنّ في جيرانه من هو عدوّ له، فحيثنذ يحمل كلامه - إن كان مولى ظاهرياً - على أنّه غفل أو لم يعلم بوجود العدوّ في الجيران، وفي المولى الحقيقي يتصرّف في

الإطلاق ويقال: إنَّ المراد ليس إلّا ما سوى العدو.

وبالجملة: القسمان مشتركان في المنع من العمل بالعموم والإطلاق في ما عدا موردتهما، لكنَّ الفرق أنَّ الأول يمنع من انعقاد الظهور، والثاني يمنع من العمل به بعد انعقاده واستقراره، وتظهر الثمرة فيما إذا تردّد أمر هذا الارتكاز بين الأقلّ والأكثر، ففي الأول يسري الإجمال إلى العام والمطلق، فلا بدّ من الاختصار في حكمهما على المتيقّن وهو فيما اجتمع فيه القيود المحتمل دخلها في حكم العام والمطلق، وفي الفاقد [عن] بعضها لا بدّ من الرجوع إلى الأصل العملي، وفي الثاني لا يسري الإجمال إليهما، فلا بدّ من الاختصار في حكم المخصّص والمقيّد على المتيقّن وهو المجتمع فيه القيود المحتمل دخلها في حكم المخصّص والمقيّد وفي غيره لا بدّ من الرجوع إلى العام والمطلق.

وحينئذ نقول: القيد الارتكازي في المقام يدور أمره بين أن يكون هو إضافة العقد إلى المالك: يعني يجب الوفاء بعقود المالك دون غيره، وبين أن يكون هو تعلّق رضاه به مع تحقّق الإنشاء المظهر له، وبين أن يكون مطلق للرضا ولو باطنياً، لكن مع كون العقد متسبباً عن الرضا، وبين أن يكون مطلق الرضا ولو باطنياً وإن كان من المقارنات الاتفاقيّة أو لاحقاً للعقد.

وحينئذ فيختلف الحال بين كون القيد حافاً بالكلام وبين كونه غير حافّ به، والحق هو الأول، فالمعنى الملقى في الأذهان من الآية الشريفة ليس هو ذلك المعنى الذي ذكرنا بذلك الإطلاق والسعة، بل لا يدخل في الذهن من الأول إلّا المعنى المقيّد، وقد عرفت أنّه مع الإجمال والتردّد بين الأقلّ والأكثر لا بدّ من الاختصار على ما اشتمل على جميع القيود وفي ما عداه إلى حكم المخصّص أو

الأصل، فيكون الباقي تحت عموم الآية هو العقد الصادر عن المالك أو مأذونه أو وكيله.

ومن هنا يعرف الكلام في الآية الثانية أعني قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١) فإن قيد كونه منكم، إمّا متعلّق بالمقيّد أعني: التجارة عن تراض، وإمّا مجمل، ويحتمل كونه كذلك، فدعوى الجزم بتعلّقه بالتراضي دون التجارة خالية عن الشاهد، وأمّا قوله: لا يحلّ الخ فالظاهر أنّه حكم حيثي، يعني أنّ الحلّة محتاجة إلى طيب [نفس] المالك وبدونه لا يحصل، وأمّا أنّه مع حصوله لا يحتاج إلى شيء آخر مثل إجراء الصيغة والانشاء من المالك فلا يفهم منه، وذلك يعلم بالعرض على العرف، هذا.

ويمكن التمسك للصحة بدون الحاجة إلى الإجازة بخبر الحميري فإنّ فيه: «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلّا من مالكها أو بأمره أو رضّى منه»^(٢) ومثله صحيحة محمد بن مسلم، فإنّ فيها: «لا تشتريها إلّا برضى أهلها»^(٣) وأنّ النواهي المتعلّقة بالمعاملات ظاهرة في الإرشاد والوضع، فمعناه توقّف صحّة الاشتراء على أحد الأمور الثلاثة والظاهر منهما أنّ المعتبر من قبل المالك ليس أزيد من ذلك.

وبعبارة أخرى: وإن لم يكن في مقام البيان من جميع الجهات لكن من جهة الشرائط المعتبرة من قبل المالك الظاهر كونها بمقام البيان، فلو كان شيء آخر من إنشاء وغيره معتبراً في هذا المقام أيضاً لكان اللازم بيانه، لكن لا يقال: إنّ الظاهر

١- النساء: ٢٩.

٢- الوسائل: ج ١٢، الباب ١، من أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٥٠، ح ٨.

٣- المصدر نفسه: ص ٢٤٩، ح ٣.

من «الباء» هو السببية والاستناد فإذا حصل الرضى ولكن لم يستند الاشتراء إليه لم يكف، لأننا نقول: في خصوص الأمر نقطع بخلاف ذلك بمعنى أنه لو أمر المالك ونسيه المشتري واشترى بغير داعي أمره أو لم يصل إليه أمره فإنه لا شبهة في الصحة حينئذ، فيعلم أن «الباء» أريد منها المصاحبة.

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره - قسم الفضولي إلى ثلاثة أقسام، لأنه إما أن يبيع للمالك أو لنفسه، وعلى الأول قد يسبقه المنع من المالك وقد لا يسبقه، فهنا ثلاث مسائل، المسألة الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، وهو المتيقن من الفضولي، وهل هو باطل أو يصح بلحوق الإجازة؟ المشهور هو الثاني، واستدل عليه شيخنا المرتضى بالعمومات والإطلاقات، وهذا الاستدلال مبني على ثلاث مقدمات.

الأولى: وجود الإطلاق والعموم وعدم التقييد فيها بأن كان مفادها نفوذ عقد كل أحد في مال كل أحد.

والثانية: الرضا المأخوذ قيداً في الأدلة إما يؤخذ قيداً في الحكم فلا نفوذ بدونه، وإما في الموضوع فالعقد المرضي به نافذ، ويؤيد الأول قوله: «لا يحلّ الخ» والثاني قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ فعلى تقدير جعله قيداً للموضوع لابد من كون الموضوع أمراً قازاً ذا بقاء حتى يتعلّق ويرتبط به الرضى اللاحق، وإلا فلا معنى لتعلّقه بالأمر المعدوم.

والثالثة: أن يكون الدليل المقيّد إما مطلقاً أعني مفيداً لكفاية مطلق الرضا أعم من السابق واللاحق، أو مجملاً حتى يرفع إجماله بالعمومات، وهاتان المقدمتان الأخيرتان لا صعوبة في إثباتهما.

لكن الكلام كله في الأولى وهو ما ذكرنا من أننا لو خَلينا وأنفسنا وفرضنا ورود آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) بدون الأدلة المقيدة لما فهمنا بحسب ارتكازياتنا إلا المعنى المقيد الرافع للوحشة، ولم ينقدح في ذهننا من الأول أصلاً ذلك المعنى الواسع أعني: نفوذ عقد كل أحد على مال كل أحد بل نعلم أنه تحت ميزان وضابط رافع للهرج والمرج ولما يدور أمر هذا الميزان والضابط بين أمور، فلا محالة يجب الاقتصاد في حكم وجوب الوفاء على القدر المتيقن، ولا فرق في أخذ القدر المتيقن بين المالك وغيره، فقد يكون العقد من المالك ولكن لا نعلم دخوله تحت القيد الارتكازي كما في صورة حجره كالراهن والعبد والباكرة الرشيدة، وقد لا يكون مالكاً ونعلم بدخوله تحت القيد مثل عقد الوكيل والولي والمأذون.

فالإنصاف عدم إمكان التمسك بهذه الأدلة، نعم يمكن التمسك بقوله تعالى: ﴿أَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ بتقريب أن البيع إسم للمسبب أعني نفس المبادلة الواقعية الغير المتحققة إلا بانتقال كل من المالين إلى مالك الآخر واقعاً، وإطلاقه على السبب يكون على سبيل التوسع.

وحيث نقول: لا شك أن الألفاظ محمولة على المصاديق العرفية لفهايمها، فينصرف لفظ البيع إلى الأفراد العرفية للمبادلة الواقعية وعند العرف، كما تتحقق المبادلة بصدر العقد من ولي الأمر أو بإذنه، وكذلك يرويه متحققاً إذا صدر من شخص آخر ثم أمضاه الولي وأجازه، كما لا تحقق لها [عند العرف] أصلاً عند صدوره من غير الولي [أو المالك] مع عدم حقوق الإجازة [من قبلها] إلى الأبد.

فالخاص: ليس البيع كالعقد إسمًا للسبب حتى يتحقق مصداقه عرفاً في

مورد عدم لحوق الإجازة حتّى نحتاج إلى تقييده بالقيد الارتكازي حتّى يقال: إنّه مجمل فيصير مجملاً بإجماله، بل هو إسم للمسبّب وهو واقعاً ليس بموجود بنظر العرف إلّا في الموارد الخاصّة. بل نقول: لو أغمضنا عن التسبّب بما ذكرنا، الذي حاصله الرجوع إلى موارد ترتّب الأثر بنظر العرف وأريد [به] إثبات صحّة الفضولي بمجرّد الأدلّة الشرعية لمّا أمكن ذلك ولو مع الالتزام بقيد كون العقد منتسباً إلى المالك، بدعوى الانصراف الذي تقدّم، بمعنى أنّه لا يمكن في مورد [أن] نشكّ في ترتّب الأثر عرفاً التسبّب بأنّ عقد الفضولي يصير عقداً للمالك بسبب الإجازة فيندرج تحت: أوفوا بالعقود. توضيح ذلك: أنّ الفعل الصادر من الغير لا يصحّ انتسابه إلى الإنسان إلّا مع توقّف ترتّب أثره المترقّب منه على رضاه به، فلو فرض أنّ الأثر مترتب عليه سواء رضي الإنسان به أم لا، لا يصحّ أن يقال: إنّه فعل له بل لفاعله، فإذا فرضنا أنّ العقد الصادر من الغير نشكّ في ترتّب الأثر عليه عرفاً برضى مالكة، فنشكّ لا محالة في صحّة تطبيق عنوان عقد المالك عليه، وأمّا لو فرضنا إحراز ترتّب الأثر عرفاً عليه بمعنى أنّهم بسبب رضى المالك يحكمون بالبيع، فحيثنذ وإن صحّ انتسابه إلى المالك إلّا أنّ هذا الانتساب حيثنذ يكون في عرض أوفوا بالعقود، إذ لا قصور حيثنذ في نفس البيع أن يكون موضوعاً للأوفوا بالعقود.

فالخاص: أنّه مع قطع النظر عن البيع بنظر العرف لا انتساب، ومع النظر إليه لا حاجة إليه، فتحقّق أنّنا لسنا في غنى عن التمسك بـ «أحلّ الله البيع» بمعونة تطبيقه على البيوع العرفيّة.

فإن قلت: قد تقرّر في الأصول أنّ الطبيعة إذا وقعت موضوعاً لحكم

فالظاهر أن تكون بنفسها موضوعة لا باعتبار معرفتها ومرآيتها لأفرادها الخارجية، وإذن فجعل البيع في قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) إشارة إلى المصاديق الخارجية حتى لا يكون محيى عن التطبيق على المصاديق العرفية خلاف الظاهر، بل اللازم حمله على نفس طبيعة البيع، ومن المعلوم أنه لا اختلاف فيها بين العرف والشرع.

قلت: بعد ما قامت القرينة وهو الورد مورد الامتنان على عدم إرادة فرد ما من طبيعة البيع حيث لا امتنان في حليته، فهو نظير وقوع الطبيعة موضوعة في القضايا الإخبارية، مع عدم كون محمولها الحكم، مثل ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ لِفِي خَسْرٍ﴾^(٢) حيث لا يمكن حملها على فرد ما، فلا يمكن الإخبار عن كون فرد ما من الإنسان في الخسر، وهذا بخلاف ما لو وقعت موضوعة للحكم مثل الوجوب فيصح تعلّقها بفرد ما، ويكون اختيار التعيين بيد المكلف كما في وجوب طبيعة الصلاة، حيث إنه يحمل على وجوب فرد ما من الأفراد الواقعة، بين أول الوقت وآخره.

وبالجملة بعد ما صار احتمال الحمل على فرد ما في خصوص المقام مقطوع الخلاف يتعيّن الحمل على جميع الأفراد بنحو الاستيعاب والاستغراق.

وحينئذ إنّما نقول بأن المتبادر منه كون مفهوم^(٣) البيع المستعمل فيه اللفظة إشارة ومعرفاً ومرآة للأفراد الخارجية، وإما أن نقول بأنه وإن لم يتعرض المتكلم إلا

١- البقرة: ٢٧٥.

٢- العصر: ٢.

٣- إشارة إلى أنه ليس من باب دخل قيد الفرد في مقام الاستعمال حتى يكون خلاف وضع اللفظ، بل اللفظ مستعمل في ذات المعنى، لكن ذات المعنى له كيفيتان من اللحاظ الاستقلالية والمرآية كما في لفظة من ولفظ الابتداء وكما في العام المجموعي والاستغراقي. منه دام ظلّه.

لحمل الحكم على صرف الطبيعة، والتطبيق إنّما هو من وظيفة العقل، لكن لا بدّ وأن نقول في الحكم المعلق على صرف الطبائع مع اختلاف موارد تطبيقاتها بنظر الشرع والعرف من اكتفاء الشارع بما هو فرد بنظر الشارع ويقنع به امتثالاً لما جعله تحت الحكم، لأنّ ما هو العلة لحمل ألفاظه على المصاديق العرفيّة - عند تعرضه [في] كلامه للمصاديق أو على المفاهيم العرفيّة عند تخالف النظيرين في المفهوم - بعينه موجود في ما لم يتعرّض للمصاديق ولم يكن اختلاف في المفهوم مع وجوده في المصاديق إذ هو نقض الغرض ومن المعلوم مساواته في المقامين.

بقي الكلام في الأدلة الخاصّة التي تمسّك بها لصحّة الفضولي بعد إجازة المالك، منها: قضيّة عروة البارقي، ولا صراحة فيها في الفضوليّة، إذ من المحتمل كونه مأذوناً صريحاً أو بالفحوى من النبي ﷺ أو وكيلاً له كما حكى عن خلاصة العلامة - قدّس سرّه -.

ومنها صحيحة محمد بن قيس، والأحسن التميميّ بنقلها أولاً، فنقول: روى في الوسائل عن المشايخ الثلاثة بطرقهم عن عبد الرحمن بن أبي نجران عن عاصم ابن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: قضى في وليدة^(١) باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثمّ قدم سيدها الأوّل فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها إني بغير إذني، فقال: خذ وليدتك وابنها، فناشده المشتري فقال: خذ إبنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك، فلمّا أخذ البيع الإبن، قال أبوه: ارسل إني، فقال: لا أرسل إبنك

١- وفي رواية الكليني - قدّس سرّه -: قال: قضى أمير المؤمنين - عليه السلام - في وليدة. منه - دام ظلّه -.

حتى ترسل إني، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه»^(١).

ثم إنه ذكر للاستدلال بهذا الخبر موهنات.

منها: ظهور بعض فقراته في الردّ مثل المخاصمة وقوله -عليه السلام- بطريق التعيين: خذ وليدتك وإبنها، ومناشدة المشتري وقوله: حتى ترسل إني، فإنّ ظاهر الارسال أنّه كان محبوساً، ولعلّ ظهوره في اظهار اليأس عن وصول الوليدة، وإنّما يسعى في علاج فكاك إبنه.

وحينئذ نقول: ظهور قوله -عليه السلام-: «حتى ينفذ لك» وقول الباقر -عليه السلام-: «أجاز بيع ابنه» في قابليّة العقد الصادر بغير إذن المالك للحقوق إنفاذه وإجازته، وحيث إنّ الإجازة المسبوقة بالردّ غير مؤثرة إجماعاً فلا بدّ من رفع اليد من أحد الظهورين إمّا بتأويل الأوّل بما لا يلازم الردّ وإمّا بحمل الثاني على البيع المستقلّ.

ومنها: كون الرواية قضيّة في واقعة، ومنها: تعليمه -عليه السلام- الحيلة لانفاذ البيع بتعليم ما يوجب إلجائه إليه، ومن آداب القاضي ترك ذلك.

ومنها: حكمه -عليه السلام- بأخذ الولد الحرّ لأجل الدين الثابت في ذمّة أبيه، فإنّ الولد الذي حصل للمشتري من الجارية يصير حاصلاً بوطي الشبهة، فلا يصير رقاً لمولاه، نعم يستقرّ قيمته يوم ولادته في ذمّة المشتري لصاحب الجارية ولا يمكن بمجرد ذلك حبس هذا الحرّ لأجل الوصول إلى هذه القيمة.

ويجيب بأنّ المخاصمة أعمّ من الردّ للملائمتها مع التريّد ومع الكراهة بدون إنشاء الردّ، وللمالك عند عدم مباشرته العقد وعدم إذنه ما لم يجز أن يحبس العين

١- الوسائل: ج ١٤، الباب ٨٨، من أبواب نكاح العبيد والاماء، ص ٥٩١، ح ١.

لأجل أنه إن وصل إليه الثمن أجاز وإلا ردّ.

نعم بعض التصرفات المالكية تكون ردّاً فعلياً مثل الوطي والعنق، وأمّا صرف انتزاع العين من يد المشتري فأعمّ، فإنّ المال ما لم يجر بحكم ملك المالك ولو على الكشف، ولهذا يحرم على المشتري قبضه والتصرّف فيه بمجرد العقد ولو مع القطع بلحوق الإجازة، ومن هنا يظهر وجه عدم ظهور الحكم بتعيين الأخذ في الردّ، فإنّه يصحّ ذلك ولو مع عدم الردّ والإجازة معاً.

وأما الفقرتان اللتان ادّعي ظهورهما في الإجازة، فالظاهر صراحتها فيها وعدم احتماهما لإرادة البيع المستقل، وذلك لأنّه جعل في الرواية من فائدة هذه الإجازة خلاص الإبن، ومع البيع المستقلّ لا وجه للخلاص، فإنّه إمّا رقّ للمالك لعلم المشتري بالفضولية وكون وطيه زناً فيكون أخذ المالك له بحقّ الملكية، وإمّا حرّ لجهله بها فيكون الولد من الوطي بالشبهة، فيكون حبسه لأجل أخذ قيمته. وعلى كلّ حال لا يرتفع ملاك الأخذ ببيع الأمة بالبيع الجديد كما هو واضح، بخلاف إجازة البيع السابق، فإنّها على الكشف يجعل الوطي صحيحاً في الصورة الأولى فيخرج الولد عن الرقية، نعم لا يرفع التجزّي، وفي الصورة الثانية يكون الولد كسائر النماءات راجعة إلى المشتري، لأنّ ذلك مقتضى الكشف.

وأما كون الرواية قضية في واقعة، فلا يضرّ بعد أن الظاهر من نقل الباقر لقضاء الأمير - صلوات الله عليهما - أنّه يكون لأجل أن يعمل به، فإنّ محمد بن قيس على ما نُقل نقل قضايا قضى فيها الأمير من قول الباقر - صلوات الله عليهما - ومن الظاهر أنّ الحكمة في نقل الباقر - سلام الله عليه - لتلك القضايا لأجل العمل، ولو كان لخصوصيّة المورد دخل لما كان للعمل وجه.

وأما تعليم الحيلة مع أنه ليس من آداب القاضي، فيمكن لأجل التوصل به إلى درء الحدّ عن المشتري — فإنّه على ما يأتي لأبدّ من حمل وطئه على الزنا، ومع الإجازة يخرج عنه، فيدرء عنه الحدّ بانتفاء الموضوع — وإلى صيرورة ولد الزنا في حكم ولد الحلال، في الإلحاق بالنسب وغيره.

وأما حكمه بأخذ الولد الحرّ، لأجل الدين على الأب، فيجانب بعدم وروده بالالتزام بعدم حرية الولد بواسطة علم المشتري بالفضولية، فكان زانياً فالولد كان رقاً للمولى، وذلك بواسطة حفظ القواعد المقتضية لعدم جواز حبس أحد لأجل مديونية غيره، بناءً على جواز التمسك بالعموم في مورد العلم بخلاف حكمه مع الشكّ في انطباق موضوعه لتشخيص عدم كون المورد معنوياً بعنوان العام، لدوران الأمر بين التخصيص والتخصّص.

ومنها: فحوى صحّة الفضولي في عقد النكاح الصادر عن العبد والحرّ الثابتة بالنص والاجماع، بتقريب أنّ تمليك بضع الغير إذا لزم بعقد الغير، مع إجازة صاحب البضع فتُمليك الملك أولى، مضافاً إلى شدّة الاهتمام في نظر الشرع.

وأنت خير بأنّ هذا إنّما يتمّ مع افادة هذه الأولوية للقطع، وبعد خفاء المصالح الواقعية علينا أنّي لنا بإثبات هذا القطع، فمن المحتمل أن يوجب شدة الاهتمام بالفروج تسهيل الأمر والتوسعة في أسبابه لئلاّ يقع الناس في الزنا، ولا يكثر أولاد الزنا، وبهذه الحكمة شرعت المتعة كما يشهد به ما روى من أنّه لولا منع عمر عن المتعة لما زنى إلّا شقي^(١).

لكنّ الكلام في المقام في أنّه هل بعد تماميّة هذه الأولوية، يوهنها الرواية الواردة في الردّ على العامّة حيث حكموا بصحّة البيع الصادر من الوكيل بعد عزل الموكل إيّاه وقبل وصول الخبر إليه، وحكموا بالفساد في النكاح في عين هذه الصورة معلّين بأنّ المال له عوض وأمّا البضع فليس له عوض، فقال الإمام - عليه السلام - لمّا حكى ذلك عنهم الراوي: «سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده إنّ النكاح أحرى وأجدر أن يحتاط فيه، وهو فرج ومنه يكون الولد»^(١).

فقد يقال في توجيهه: إنّ المعنى أنّه إذا حكمتكم بالصحّة في البيع فالنكاح أولى بالاحتياط بالحكم بالصحّة، فيقع الكلام في أنّه كيف يكون الصحّة في النكاح مطابقة للاحتياط؟ فيقال: إنّ لو كان صحيحاً واقعاً وحكم بالفساد فيتزوّج الزوجة فيقع الزنا بذات البعل، ولو كان فاسداً وحكم بالصحّة فحيث إنّ الزوجة بلا مانع فلا يقع الزنا إلّا بالمرأة الغير المزوّجة، فمعنى الأحوط هو الأشدّ احتياطاً.

وأما البيع فلا يمكن القول بالاحتياطية في شيء من الصحّة والفساد فيه، فإنّه على فرض الصحّة لو حكم بالفساد للزم تصرّف كلّ من البائع والمشتري في ماله الأصلي المنتقل إلى صاحبه، ولو حكم بالصحّة في فرض الفساد لزم تصرّف كلّ منهما في مال صاحبه الغير المنتقل إليه، فعلى أيّ تقدير يلزم التصرّف في مال الغير بغير حقّ فيدور الأمر بين المحذورين فترجيح أحدهما بلا مرجّح.

وحيثنذ فإنّما أن يقال: إنّ معنى العبارة أنّ النكاح أولى بأنّ يحتاط فيه بالحكم بالصحّة يعني متى دار الأمر فيه وفي البيع بين الصحّة والفساد فهو أحق

بأن يحتاج فيه بالصحة من البيع، يعني أن الاحتياط المتأكد فيه يوجب أقربيته إلى الصحة وعدم الإبطال من البيع، أو يقال: إن هذا الاحتياط المتأكد الموجب لأقربيته إلى الصحة وأبعديته من الإبطال إنما يحدث فيه لو حكمنا في البيع بالصحة. أو يقال: هو مطلقاً يكون مورداً للاحتياط المتأكد لكن اقتضاء هذا الاحتياط المتأكد لأقربيته إلى الصحة إنما يكون في ما لو حكمنا في البيع بالصحة.

والظاهر هو الوجه الأول فيستفاد منه أن طبع النكاح لمكان تأكد الاحتياط فيه يكون أقرب إلى الصحة وأبعد من البطلان من طبع البيع، فلو ورد الحكم بصحة البيع في مورد أمكن الحكم بصحة النكاح في ذلك المورد دون العكس، فيمكن التعدي من صحة البيع إلى صحة النكاح، ولكن لا يمكن التعدي من صحة النكاح إلى صحة البيع، كما هو مبني الاستدلال في مسألة الفضولي.

وقد يوجه الرواية بطريق آخر، وهو ما ذكر لكن يجعل الاحتياط هو احتياط الشارع دون المكلف يعني أن الأحوط في حق الشارع هو التوسعة على العباد وعدم الإبطال في باب النكاح لثلاً يكثر الزنا وولد الزنا كما هو الحكمة في تشريع المتعة، ولكن الظاهر هو احتياط المكلف لاستبعاد استناد الاحتياط إلى الشارع العالم، وعلى كلا هذين الوجهين تكون الرواية موهنة للأولوية كما هو واضح.

وقد يوجه بوجهين آخرين ليخرج عن الموهنية، أحدهما: أن يقال: إنها متعوضة فقط لحيث إن النكاح أحق بالاحتياط بدون تعرض أن مقتضاه ماذا، يعني لو كان الاحتياط ورعاية جانب العقد الواقع بإبقائه وعدم نقضه مهما أمكن هو الملاك للحكم، فالنكاح أحق وأحرى بالاحتياط ولو بأن يكون بالعقد الجديد أو بالطلاق، فهذا تخطئة لهم حيث زعموا أن ملك الحكم الاحتياط، والإمام

- عليه السلام- يردعهم بأنّه لو كان الملاك ذلك لما كان الحكم في النكاح البطلان، بل اختيار ما يوجب الجزم بالواقع، لأنّه أحقّ بالاحتياط من البيع.

وفيه: أنّ الظاهر من الرواية أنّ المراد هو الاحتياط بإبقاء العقد وعدم نقضه كما هو الظاهر من المنقول عن مدرّك العامّة الذي هذا الكلام يكون ردّاً لذلك المدرّك.

وثانيهما: ما اختاره شيخنا الأستاذ وكان مصرّاً به في مجلس الدرس - أدام الله أيام إفادته - وهو أن يقال: ليس المراد بالاحتياط ما هو الشائع في اصطلاحنا الآن، بل معناه الأصلي وهو إصابة الواقع وتعلّمه من المأخذ الصحيح، فيقال: إنّ المفتين المذكورين قد بذلوا وسعهم وسعيهم واجتهادهم في باب البيع وأصابوا الحكم الواقعي بالطريق الصحيح، ولكن في باب النكاح قنعوا عن الفحص عن الحق والواقع بأن يقايسوه بالبيع ويستفيدوا حكمه بعد المقايسة بواسطة المساواة وعدمها، فزعموا بعد المقايسة أنّ لوجود العوض في باب البيع مدخل بنحو جزء المؤثّر في الحكم بالصحة، بمعنى أنّ لخصوصيّة المورد أيضاً دخل، فلا يرد لزوم التعديّ إلى كلّ مقام وجد فيه العوض، ثمّ لما رأوا عدم وجود العوض في النكاح حكموا بعدم الصحة فيه لعدم تماميّة علّتها، فما ذكر من العلّة كان علّة لعدم تسرية الحكم من البيع إلى النكاح، لا أنّ كلّ واحد من جزئي العلّة علّة مستقلّة لواحد من الحكمين في بابي البيع والنكاح كما ربّما يتراءى من ظاهر كلامهم.

وإذن فردّ الإمام - عليه السلام - عليهم يكون في تركهم الفحص عن وجدان الحكم الواقعي في مثل باب النكاح الذي هو باب الفروج، وتخصيصهم البيع الذي هو باب الأموال بالفحص وجعلهم إياه أصلاً لمعرفة الحكم في النكاح مع

أنه لو كان هذا المشي أعني العمل بالاستحسانات والقياسات صواباً لكان الصواب العكس بأن يَخْصُوا جهدهم واحتياطهم وسعيهم بباب النكاح الذي هو أهم ثم يستفيدوا الحكم في البيع الذي هو المهم بالمقايضة مع باب النكاح.

وحينئذ فالرواية أجنبية عن الأولوية المدعاة في مسألة الفضولي كما هو واضح، لكنك خير بأن ما ذكره - دام ظله - وإن كان في نفسه معنى لطيفاً يليق أن يكتب بالنور لكن يحتاج تطبيقه على الرواية إلى تمحل كثير.

ثم إنه ربما يؤيد صحة الفضولي بل يستدل عليها بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة، مثل موثقة جميل عن أبي عبد الله - عليه السلام - في رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فاشترى غير الذي أمره، قال: هو ضامن والربح بينهما على ما شرط ^(١)، ونحوها غيرها الواردة في هذا الباب.

قال شيخنا المرتضى - قدس سره - إنها إن بقيت على ظاهرها من عدم توقّف ملك الربح على الإجازة كما نسب إلى ظاهر الأصحاب وعدّ هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنص كما في المسالك وغيره كان فيها استئناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره.

وإن حملناها على صورة رضى المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو الغالب، وبمقتضى الجمع بين هذه الأخبار وبين مادّل على اعتبار رضى المالك في نقل ماله والنهي عن أكل المال بالباطل اندرجت المعاملة في الفضولي، وصحتها في المورد وإن احتمل كونها للنص الخاص إلا أنها لا تخلو عن تأييد للمطلب، انتهى كلامه رفع مقامه.

ويمكن أن يقال: إنّ مضمون الرواية غير منطبق على القواعد مطلقاً لا في فرض الإجازة ولا في فرض عدمها ولا في جانب الربح ولا في طرف الوضعية والخسران، أمّا في فرض الإجازة فلأنّ المضاربة لم تقع لا أصالة لعدم انطباق العقد على الواقع، ولا فضولة لأنّ الفرض أنّه لم ينشأ عقد المضاربة فضولةً من طرف المالك وإنّما انشاء البيع والشراء، فلحقوق الإجازة لابدّ أن يصحّح عقد البيع لا المضاربة، ومن المعلوم أنّ مقتضاه رجوع تمام الربح إلى المالك وعود تمام الخسران عليه من دون عود شيءٍ منهما إلى العاقد.

وأما في فرض عدم الإجازة فاشتراك الربح معلوم وعدم وفقه مع القواعد وكذلك الخسران، فإنّ ظاهر العبارة أنّ البيع في غير الخسران نافذ وإنّما يتحمّل العاقد مقدار الخسران. وعلى هذا فالرواية مشتملة على التبعّد المحض لا يمكن الاستئناس والاستشهاد بها للمقام.

وقد يقال بخروج موردها عن موضوع الفضولي رأساً بدعوى حملها على صورة تعدّد المطلوب بمعنى أنّ المالك قد رضي بمطلق المضاربة وضعاً لكنّه شرط المعاملة في الوجه الخاص لأجل ثبوت الضمان على تقدير المخالفة.

وفيه: أنّ ذكر القيد المتخلف لو كان في العقد الواقع على العين الشخصية كأن يقول: بعت هذا الفرس على أن يكون عربياً، فبان تركياً أمكن أن يقال بأنّ عدم تحقّق القيد لا يوجب فساد البيع في الأصل بدعوى تعدّد المطلوب عرفاً، وأمّا إذا كان مورد العقد المشروط الأمر الكلي – كما هو المفروض في المقام حيث إنّ المالك اشترط على العامل أن لا يرتكب في معاملاته الجهة الكذائية – فحينئذٍ مورد المضاربة هو المقيّد بغير الجهة الخاصّة وهو مباین مع الواجد لها.

ومن الأخبار الواردة في المقامات الخاصة المؤيد بها صحة الفضولي الأخبار الواردة في إنجار غير الولي في مال اليتيم وأن الربح لليتيم^(١).

قال شيخنا المرتضى - قدس سره - إنها إن حملت على صورة إجازة الولي كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد كان من أفراد المسألة، وإن عمل بإطلاقها كما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسألة الفضولي لكن يستأنس بها للمسألة بالتقريب المتقدم.

ويمكن أن يقال: إن هذا الذي ذكره - قدس سره - مبني على ثلاث مقدمات، الأولى: حل من بيده مال اليتيم الذي هو الموضوع في تلك الأخبار على المتصرف على غير الوجه المشروع، أعني: غير الولي بدون إذنه، الثانية: أن يكون الإنجار بعين مال اليتيم لا بما في الذمة مع الوفاء بعين ماله، والثالثة: أن يكون الإنجار بقصد اليتيم لا بقصد نفس المتجر.

وكل من هذه الأمور خلاف الظاهر، فإن الظاهر من عنوان من بيده المال المتصرف فيه على الوجه المشروع وكذلك الظاهر من الإنجار بملاحظة غلبة المعاملات بما في الذمة وكون التأدية بالأعيان الخارجية هو الحمل على ذلك، ولا ينافيه عنوان الإنجار بمال اليتيم، إذ يكفي هذا المقدار في صحة هذا الإطلاق كما لا يخفى، ولا فرق في ذلك بين النقود والأعيان، فإن المعاملة في الأعيان في الدورة الأولى تقع على العين لكن في الدورة الثانية تقع بما في الذمة وتكون التأدية بأثمانها، وكذلك الظاهر أن المتجر إنما يتجر لنفسه، ومن المعلوم أنه بناء على هذه الظواهر تخرج الرواية عن المساس بمسألة الفضولي كما هو واضح.

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٧٥، من أبواب ما يكتسب به، ص ١٩١، ح ٣.

ثم إنه بناءً على ارتكاب خلاف الظاهر من الجهات الثلاث ربّما احتتمل دخولها في المسألة من حيث إنّ الحكم بالمضيّ إجازة إلهيّة لاحقة للمعاملة. وفيه أولاً: أنّ الحكم بالمضيّ ظاهر في التشريع لا في إعمال جهة المالكية، وثانياً: لو أغمضنا عن ذلك فحيث إنّ الله تعالى عالم بالعواقب فإنّه يرضى من أول الأمر ولا يحتاج إلى أن يصبر إلى ما بعد العقد ثم يمضيه.

وربّما يؤيد المطلب أيضاً برواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي دفع إليه مال ليشتري به نسمة ويعتقها ويحجّه عن أبيه، فاشترى أباه واعتقه ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع وادّعى كلّ منهم أنّه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر - عليه السلام -: أمّا الحجّة فقد مضت بما فيها لا تردّ، وأمّا المعتق فهو ردّ في الرقّ لموالي أبيه، و أيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان له رقّاً^(١).

قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - : إنّهُ لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد إقامة البيّنة المتضمّنة لإجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامة البيّنة عليها كافية في تملك المبيع.

ويمكن أن يقال: إنّ من الممكن كون العبد مأذوناً من قبل الجميع في التجارة، فيخرج عن مسألتنا، وقول كلّ من الفرق: اشترى بمالنا لا يدلّ على خلاف ذلك، لإمكان أن يكون مقصودهم من ذلك الكناية عن الشراء بقصدهم وبعنوان المأذونية من قبلهم، والحاصل لم يريدوا إثبات تملكهم بمجرد الشراء بهالهم بل مع حفظ سائر القواعد، هذا مضافاً إلى اشتغال الرواية على تقديم قول

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ٢٥، من أبواب بيع الحيوان، ص ٥٣، ح ١.

مدّعي الفساد ، أعني: مولى الأب مع أنّ مقتضى القاعدة المقررة تقديم مدّعي الصّحة.

ومّا يؤيّد به المطلب صحيحة الحلبي: «عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة؟ قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّه على صاحبه الأوّل ما زاد»^(١).

قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه -: إنّ الحكم برّد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلّا على صحّة الفضولي لنفسه، ويمكن أن يقال: إن كان المقصود من قوله: فإن جهله فأخذه الأخذ بعنوان الإقالة فحيث إنّ الإقالة ليست إلّا برّد عين كلّ من المالين أو بدلها إلى مالتهما ولا يعقل برّد البعض أمكن انطباقه على البيع الفضولي، وأمّا لو كان المراد البيع المستقلّ وكان المراد من عدم الصلاحيّة هو الكراهة ومن ردّ ما زاد هو استحباب ذلك فهو أجنبى عن بحثنا وليس في الرواية ما يظهر منه أحد الأمرين إلّا كلمة (أن يقبله) ولم يعلم كونه بالياء المثناة التحتانيّة ويمكن بالباء الموحّدة.

ومّا يؤيّد به أيضاً موثقة عبد الرحمان بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام -: «عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق ويشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمحتاج فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت، قال: لا بأس بالخبر»^(٢).

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٧، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٩٢، ح ١.

٢- المصدر نفسه: الباب ٢٠، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٩٤، ح ٢.

قال شيخنا المرتضى - قدس سره - : إنّ الاشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضاً، فيبيع على صاحب الورق ما رضىه من الأمتعة ويوفيه دينه - إلى أن قال :- ويحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة فيلتزم بالبيع في ما رضى ويفسخه في ما كره، ويحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق فيجيز ما يريد ويردّ ما يكره، وليس في مورد الرواية ظهور في إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافي كونه فضولياً كما لا يخفى، فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه وحكم الإمام بعدم البأس من دون استفصال عن الاحتمالات أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات، انتهى كلامه رفع مقامه.

والاحتمالان الأولان واضحان، وأمّا الأخير فهو أن يأذنه في أصل الإنشاء وإيقاع العقد، وأمّا حقيقة البيع والنقل والانتقال فلم يقع تحت الإذن بل أوكله إلى أن ينظر في المستقبل فإذا رآه صلاحاً أجازته، وذلك نظير ما قبل الإذن لو التفت إلى أنّ الفضولي اشترى له متاعاً ربّما يفرح بهذا القدر لأنّه مورث لأن يبقى المتاع سالماً من اشتراء مشتر آخر إمّا لجهل البائع بالفضوليّة، وإمّا للزوم من طرفه، فكَذلك يمكن ذلك في حال الإذن فيأذنه أن يوقع سبب انقطاع يد الغير عن المال، وأمّا حقيقة البيعة والسبب نحو الانتقال فأوكله إلى النظر المستقبل، ولا يبعد أن يقال بظهور عبارة السائل في هذا الاحتمال الأخير، إذ وصف السمسار بأنّه يشتري بالأجر يبعد احتمال كون أخذه للورق قرضاً، وكذلك ظاهر قوله: تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته، عدم الملزمة الابتدائية لا الحاصلة بحق الخيار.

وربّما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن

مولاه، معللاً بأنه «لم يعص الله وإنما عصى سيّده»^(١) قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه -: 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 السيّد بزواله يصح العقد، ورضى المالك من هذا القبيل، فإنّه لا يرضى أولاً ويرضى ثانياً، بخلاف سخط الله عزّ وجلّ بفعل، فإنّه يستحيل رضاه.

وفيه أنّ اللازم أن نقول: بأنّ العقد الصادر من غير البالغ أيضاً صحيح بالبلوغ، وكذلك نظيره ممّا لا يلتزمون به، فالكلية لا تستفاد من هذه العبارة، بل يمكن أن يقال: إنّها ناظرة إلى تخطئة العامّة حيث زعموا أنّ النهي متى تعلّق بالمعاملة ولو بالعنوان الثانوي يوجب فسادها، فأبطل الإمام - عليه السلام - هذه الدعوى وقال: إنّ النهي المورث لذلك هو ما كان العصيان بنفس العقد نظير البيع الربوي، دون ما لم يكن بها بل بعنوان آخر كمخالفة السيّد واذن فليس ناظراً إلّا إلى كيفية هذه الكبرى الشخصية، أعني: مانعية النهي عن الصحّة من دون مساس له بالكلية المذكورة.

وربّما يستدلّ أيضاً برواية مسمع أبي سيّار، قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -: إنّني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لي عليه، ثمّ جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إيّاه فقال: هذا مالك فخذ، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حلّ، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح، وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأتيت حتّى أستطلع رأيك فما ترى؟ قال: قال - عليه السلام -: «خذ الربح وأعطه النصف وأحلّه

١- الوسائل: ج ١٤، الباب ٢٤، من أبواب نكاح العبيد والاماء، ص ٥٢٣، ح ١.

إنّ هذا رجل تائب والله يجب التوابين»^(١).

قال بعض السادة الأساطين - قدّس سرّهم -: إنّ ظاهر ذيله أنّ تمام الربح له وأنّه - عليه السلام - أمره باعطائه النصف منه من جهة أنّه تائب وهو لا ينطبق إلّا على صحّة الفضولي، واستدلّ أيضاً برواية التجارة بالزكاة حيث حكم أنّ الربح لها ولا وضیعة عليها، فیدلّ على صحّة الفضولي.

أقول: هاتان الروایتان ورواية ابن أشیم المتقدّمة وروایات الإتحار بماال الیتیم يستفاد منها أنّ البيع أو الشراء لما في الذمّة إذا كان القصد حين المعاملة الدفع من عين مال الغير يكون كالمعاملة الواردة على عين المال ابتداءً، فيندرج في الفضولي ويرجع ربحها إلى صاحب العين، ويناسب ذلك مع ارتكاز العرف، ألا ترى أنّ العصاة والظلمة مع شرائهم وتحصيلهم لما يملكونه غالباً بالثمن في ذمتهم يقال: إنّ ما بيدهم مال لغيرهم، فإن لم يكن على خلاف هذا المطلب إجماع نقول به بظاهر هذه الروایات وتكون دالّة على صحّة الفضولي أيضاً وإلّا فهي على خلاف القواعد لا يمكن استفادة الكلّية منها.

واحتجّ للبطلان بالأدلة الأربعة، أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا

أموالكم بينكم بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾^(٢).

قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه -: دلّ بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أنّ غير التجارة عن تراض أو التجارة لا عن تراض غير مبيح لأكل مال الغير وإن لحقها الرضى، ومن المعلوم أنّ الفضولي غير داخل في المستثنى.

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ١٠، في أحكام الوديعة، ص ٢٣٥، ح ١.

٢- النساء: ٢٩.

وأجاب عنه بأن دلالة على الحصر ممنوعة لانقطاع الاستثناء، إلى أن قال:
وأما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا
لم يكن للقيد فائدة أخرى لكونه وارداً مورد الغالب كما في ما نحن فيه وفي قوله
تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾^(١).

أقول: العمدة نفى المفهوم للقيد ومعه لا يضّر وجود الحصر، فإن المحصور
فيه حينئذ مطلق التجارة وما نحن فيه من أفرادها، كما أنه مع ثبوت هذا المفهوم لا
ينفعنا نفى الحصر، فإن المفهوم حينئذ أن سبب الأكل الذي يكون من هذا
الجنس، أعني: التجارة لابدّ فيه من مقارنة الرضى، فلا ينفع فرد منه بدونها كما في
ما نحن فيه.

وتحقيق حال المستثنى المنقطع أنّ المقصود من إثباته في الكلام استحكام
عموم الحكم الثابت للمستثنى منه وأنه ما خرج منه فرد واحد حتى احتاج في مقام
الاستثناء إلى إخراج غير الجنس، كما يقال لم يخرج من أهل البلد خارج البلد أحد،
نعم كان غراباً يطير في الهواء، وأما أنّ الحكم الثابت للمستثنى لغير أفراد
المستثنى منه غير ثابت وليس للمشاركة، فليس في مقام البيان من هذه الجهة،
فيمكن أن يكون في المثال عصفور مع ذلك الغراب طائراً أو نفر في الصحراء
راعيّاً، ففي الآية يدلّ الاستثناء على عموم النهي لجميع أفراد عنوان الباطل، وأما
غير الباطل العرفي ينحصر المحلّل منها للأكل في خصوص المستثنى فلا تعرّض
من هذه الجهة.

وأما تحقيق حال المفهوم الذي هو العمدة فقد يقال بأنه - وإن قلنا به -

لا يدلّ على فساد الفضولي من جهة أنّ التجارة عبارة عن العقد والقرار القابلين للبقاء، لا لإيقاعهما الذي هو أمر آني لا قرار له فهو حين الإجازة موجود، ولم يصحّ في الآية بأنّ المعتبر مقارنة خصوص وجودها الحدوثي للرضى، فيكفي اقتران الوجود البقائي.

فإن قلت: نعم لكن يستفاد من «عن النشويّة» علاوة من الاقتران، الاستناد والتسبّب، ومن المعلوم عدم ذلك في الوجود البقائي.

قلت: يلزم من ذلك القول بفساد العقد حتّى في بعض صور اقتران الوجود الحدوثي أيضاً إذا لم يكن وقوع العقد بسببيّة الإذن والرضى، كما لو أوقع الوكيل أو المأذون العقد لا عن استناد إلى الوكالة والإذن بل عن أغراض موجودة في أنفسهما، ولا يلتزمون بالبطان في هذا الفرض، فنعلم من ذلك إلغاء قيد الاستثناء فيبقى صرف المقارنة وهي حاصلة في الوجود النفساني.

ولكنّ الإنصاف عدم تماميّة هذا الجواب، إذ الظاهر من إضافة القيد إلى ما هو من قبيل الأفعال كون حدوث ذلك الفعل مقيداً بذلك القيد، فإذا قيل: الشكّ في ما إذا تجاوز محلّ المشكوك لا يعتنى به، لا يندرج فيه الشكّ الحادث قبل التجاوز إذا اشتغل الشاكّ بالفعل المترتب على المشكوك، وهكذا لو قيل: بائع زيدا يوم الجمعة فلا يصدق بالبيعة يوم الخميس والبقاء عليها إلى يوم الجمعة.

فالعمدة الجواب بإنكار أصل المفهوم ببيان أنّ القيد في ما إذا كان غالبياً يسوغ ذكره في الكلام بمجرد هذه النكته، وإذا وجد في البين نكته أخرى غير تضيق دائرة الموضوع سقط الكلام عن الدلالة.

وليعلم أنّ الاستدلال غير مبثّن على القول بالمفهوم المصطلح، فإنّه يتنزع من

إفادة القيد لعلية الوصف وانحصار العلة به أيضاً، ومقامنا يكفيه الأول ولو منع من الحصر، إذ يدلّ عليه على أنّه متى لم توجد علة أخرى فالعلة التي هي من جنس التجارة لابدّ في تأثيرها من مقارنة الرضى، والمفروض في مقامنا عدم شيء آخر سبب للنقل والانتقال سوى عقد الفضولي، فإذا قيّد سببته أيضاً بالمقارنة المتينة ثبت البطلان لا محالة، فإنكار المفهوم لا يثمر المقام بل العمدة إنكار ظهور التقييد في الدخالة في الحكم، وقد عرفت شيوع إتيان القيد في الكلام بمحض شيوع وجوده في الأفراد، فلا يبقى ظهور في الدخالة، إذ هو مبتن على عدم فائدة أخرى لتصون كلام الحكيم عن اللغوية، وإذ ليس فليس.

وأما السنة فأخبار:

منها: النبوي المستفيض وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»^(١).

قال شيخنا الأنصاري - طاب ثراه -: فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه لعدم تملكه، فيكون مساوفاً للنبوي الآخر: «لا بيع إلّا في ما يملك» بعد قوله ﷺ: «لا طلاق إلّا في ما يملك ولا عتق إلّا في ما يملك»^(٢) ولما ورد في توقيع العسكري - صلوات الله عليه - إلى الصفّار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك»^(٣).

ومحصّل ما يجاب عن المجموع أنّ النهي لابدّ وأن يتعلّق بالأمر المتعارف

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٧، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٧٤، ح ٢.

٢- المصدر نفسه: ج ١٥، الباب ١٢، من أبواب مقدّماته وشرائطه ص ٢٨٦، ح ١، ٢، ٤، ٦، ٧، ١٠، الخ.

٣- المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ٢، من أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٥٢، ح ١.

ليكون ردعاً عنه ولا شبهة أنّ بيع مال الغير مثل بيع مال النفس بأن يترتب عليه الأثر بلا انتظار رضى المالك لم يكن أمراً متعارفاً، فلا يجوز صرف النهي إليه، وإنّما المتعارف أمران، أحدهما: بيع العين الشخصية المملوكة للغير عن النفس ويلاحظ ملكيتها للنفس باعتبار القدرة على تحصيلها، كما يصحّ اعتبار الملكية في الكلّي في الملى، باعتبار قدرته على تحصيل مصاديقه الخارجية، فهنا ملكيتان تعلقتا بعين واحدة في زمان واحد، إحداها في طول الأخرى وكلتاها فعلية لا شأنيّة، فالمالك الأصلي واضح كونه فعلاً مالكاً، والأجنبي البائع للنفس أيضاً مالك فعلي لنفس تلك العين باعتبار القدرة المذكورة.

وإن شئت فقلت: أحد الشخصين مالك للوجود الخارجي والآخر للوجود الذمّي فلا يرد أنّ متعلّق القدرة ماذا؟ إن كان هو التملّك بمعنى أنّه يقدر على أن يتملّكه من صاحبه فهذا تحصيل الحاصل، لأنّ المفروض كونه مالكاً، وإن كان هو الإقباض لا يصير منشئاً لاعتبار الملك، فإنّه يقال: متعلّقه هو الأوّل ولا يلزم تحصيل الحاصل، لأنّه تحصيل مرتبة أخرى من الملكية وهي المتعلّقة بالوجود الخارجي، وما كان حاصلًا هي المتعلّقة بالوجود الذمّي.

والحاصل: البيع في هذا القسم قطعي وتصير العين في عهدة البائع، وفي القسم الأوّل ليس بيعاً تماماً بل كأنّه نصف بيع، لأنّه بعد يحتاج إلى إمضاء صاحب الأصلي، وظهور قوله في القسم القطعي لعلّه لا ينكر، فبمعونة هذا الظهور يحمل على القسم الثاني، فلا يرتبط بها نحن فيه، إذ مفاده أنّ هذا القسم من البيع لا يقع، ونحن وإن صحتنا عين هذا القسم أيضاً فضولياً للمالكه لم يكن منافياً للرواية، إذ هي سالبة للأثر بالنظر إلى إضافته إلى البائع، وبعبارة أخرى ناظرة إلى ما هو المقصود للطرفين وهو الإلزام والالتزام بنفس هذا العقد، وأما

قابلية هذا العقد للصحة بإضافته إلى المالك الأصلي لو أجاز فلا إثبات من هذه الجهة ولا نفي.

وليعلم أن بيع ما لا يملك بالنحو الذي ذكرنا له فردان، أحدهما: ما كان المبيع العين الشخصية المملوكة للغير، والآخر: ما كان كلياً في الذمة في ما لم يكن بيد البائع من مصاديقه شيء أصلاً مع كونه كلياً، والإطلاق وإن كان متساوياً بالنسبة إلى الفردين لكنه بالنسبة إلى الثاني مقيد بالإجماع والنص.

وأما العقل: فما دلّ على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، فإن الرضى اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف، ومن التصرف بيع مال الغير، وفيه: أن مجرد إنشاء البيع على مال الغير من دون قصد لترتيب الأثر عليه إلا بعد رضى صاحبه لا يعدّ عرفاً تصرفاً فيه، نعم ما يقصد ترتيب الأثر بعده بلا انتظار لا يبعد أن يكون تصرفاً كما في بيع المالك والغاصب المستقل. ثم لو فرض كونه تصرفاً، قال شيخنا المرتضى - طاب ثراه -: فمما استقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءة والاصطلاء بنور الغير وناره.

قال شيخنا الأستاذ - دام عمره -: الظاهر أنه مع صدق التصرف، العقل مستقلّ بالقبح، فلو لم يستقل في موضع يكشف عن عدم صدق التصرف، فالتصرف في مال الغير عند العقل علة تامّة للقبح فلا يمكن إنكار هذه المقدمة بعد تسليم الأولى.

ثم قال - قدس سره -: مع أن تحريره لا يدلّ على الفساد، قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: يمكن تقريب الدلالة بناءً على ما قرّر من أن النهي المتعلق بعنوان المعاملة ابتداءً قام الإجماع على إفساده وإن لم يستلزم عقلاً للفساد بأحد

وجهين:

الأول: أن النهي عن التصرف يكون راجعاً إلى العناوين الخاصة وهذا العنوان مرآة صرف نظير هؤلاء، فتعلق النهي بنفس البيع فيدخل تحت تلك الكبرى.

والثاني: لو سلمنا أن العنوان مأخوذ موضوعاً نقول: فرق بين ما كان متعلق النهي عنواناً قد يتفق اجتماعه مع عنوان البيع في المصدق - كما في مخالفة السيد فلا ربط لهذا النهي المتعلق بالعنوان المجامع بعنوان البيع - وبين ما كان المتعلق للنهي عنواناً كان البيع أحد مصاديقه نظير عنوان كل تصرف وكل تقلب في مال الغير، فإن مصاديقه الأكل والشرب والبيع حسب الفرض، وبعد ما كان معيار الفساد كون المعاملة ما به يعصى الرب، ففي ما نحن فيه وإن كان العصيان مستنداً بالكلي الموجود في ضمن البيع وهو جامع التصرف ولم يقع تمام منشأ انتزاع البيع مورداً للنهي، لكن يصدق عرفاً أن هذا المصدق، أعني: البيع شيء تحقق به العصيان كما يقال: إن هذه النار أحرقت مع أن الإحراق مستند إلى الجامع من غير دخل للخصوصية.

لكن يخدش في هذا، فإنه لا يتم إلا على مذهب من يقول بامتناع اجتماع الأمر والنهي، وأما على مذهب المجوزين - كما أنه دام ظله منهم - فلا، فإنه يقال: إن البائع قد عصى بشيء وارتكب المباح بشيء آخر، كما يقال في الصلاة في الدار المغصوبة: إنه أطاع وعصى، فإن المقام مثل ذلك بلا فرق، وعلى هذا فلا يصدق أنه عصى بالبيع، والمفروض أنه ملاك البطلان فينحصر الوجه في الأول وهو أيضاً قابل للإنكار.

الثاني: الظاهر أنه لا فرق في صحة بيع الفضولي بين العقدي والمعاطاة، أما

بناءً على إفادتها الملك فلما اخترنا من صحتّها على القاعدة وأنها مشمولة للعمومات، وقد مرّ تطبيق صحّة الفضولي أيضاً عليها، فلا يلزم من اجتماعهما مخالفة قاعدة لا محالة. نعم بناءً على تصحيح المعاطاة من جهة الدليل الخاص - لما كان هو السيرة - فالقدر المتيقّن منها غير الفضولي، لكن المبنى ضعيف.

وقد يستشكل في إجراء الفضولي في المعاطاة من جهة أنّ إنشائها يكون بالإقباض وهو في الفضولي لما يكون تصرفاً في مال الغير بغير إحراز رضاه محرم، فيكون فاسداً، لأنّ وإن لم نقل بدلالة النهي على الفساد عقلاً ولكن نقول بها في خصوص النواهي المتعلقة بعنوان المعاملة من جهة الإجماع الذي حكاه الأستاذ عن أستاذه - طاب رمسه - أو من جهة الاستفادة من تعليل رواية صحّة نكاح العبد بغير إذن سيّده في قبال العامة بأنّه إنّما عصى سيّده ولم يعص الله.

وبالجملة: فالدليل قائم على أنّه متى صار نفس البيع مصداقاً للعصيان فهو فاسد والإقباض هنا تصرف في مال الغير، والمفروض أنّ البيع نفس هذا الإقباض، والحاصل: فرق بين أن يكون نفس منشأ انتزاع البيع معصية وبين أن تكون المعصية عنواناً آخر منطبقاً على منشئه كمخالفة السيّد، ومقامنا من الأول.

فإن قلت: بناءً على القول بجواز الاجتماع هنا عنوانان مجتمعان في الوجود، لكن بحسب موطن تعلق النهي متغايران وبينهما عموم من وجه، أحدهما: عنوان البيع المنتزع من التصرف في المال بمبادلته بآل آخر، والآخر عنوان الغصب المنتزع من التصرف في مال الغير عدواناً، فإذا كان الثاني معصية لا يلزم أن يكون الأول كذلك، نعم بناءً على الامتناع ما ذكرته حق.

قلت: ما ذكرته حقّ لو كان متعلق النهي عنوان التصرف في مال الغير، وأمّا

لو كان هو مرآة وإشارة إلى العناوين الخاصة من الأكل والشرب والبيع وغير ذلك فلا ، ونحن نتكلم على هذا التقدير فالشأن بيان المخلص عليه.

وحيث قد يقال في رفع الإشكال بما حاصله: إن النهي المفسد بعد ما لا يرجع إلى المسبب، أعني: نفس المبادلة الواقعية - إذ النهي عنها دليل وقوعها - لابد من إرجاعه إلى السبب وهو الإنشاء، ثم يختلف الحال على حسب اختلاف القولين في حقيقة الإنشاء، فعلى قول من يقول بأن الإنشاء عبارة عن صفة قلبية يكشف عنها اللفظ، وليس لتلك الصفة حكاية عما وراها سبب المبادلة المعبر عنه بالعقد، والایجاب والقبول عبارة عن عنوان ثانوي متزع من مرتبة إظهار تلك الصفة القلبية وهو منطبق على نفس تلك الصفة، فإن العناوين المنتزعة من مرتبة إظهار الشيء على قسمين، أحدهما: ما ينطبق على الشيء المظهر بالفتح، والوجوب من هذا القبيل، والثاني: ما ينطبق على المظهر بالكسر، والتوهين من هذا القبيل، ولهذا ينتزع من صرف التلّفظ بالألفاظ الدالة على المعنى المستقبح ولو علم عدم قصد المتكلم معانيها، ومقامنا من القبيل الأول، إذ العقد وإنشاء المبادلة عبارة عن نفس تلك الصفة القائمة بالنفس في مرتبة إظهاره إمّا بالقول أو بالفعل، فما يكون نفيه مفسداً هو هذا المعنى، ولا يوجب حرمة مظهره بالكسر، أعني: - اللفظ أو الفعل - حرمة نفسه.

وأما بناءً على قول من يقول بأن الإنشاء يقصد به تحقق المفهوم في الخارج غاية الأمر نظر المتلفظ طريق إلى الواقع فنظيره يحصل المفهوم في الخارج - ولهذا نقول بحصول الملكية باعتباره بعد إنشائه لا أنه إنشاء المفهوم مقيداً بكونه باعتباره ثم إذا أمضى الشارع هذه الملكية والمبادلة صار ملكية واقعية وإلا يبقى على اعتباريتها - فالإنشاء والسبب المنقل والمملك على هذا القول هو القصد

الجدي من المتكلم بإيقاع المضمون في الخارج، والتلفظ والإقباض آلة ووسيلة لهذا الإيقاع، فلا يلزم من حرمتها إلا حرمة ما هو آلة الإنشاء والإيجاب والقبول وحرمة الآلة لا يقتضي حرمة ذي الآلة، وما هو المفسد حرمة ذي الآلة حسب الفرض، والحاصل: ليس الإنشاء على قوله عبارة عن نفس اللفظ أو القبض بل عبارة عن الأمر القلبي الذي نسبتهما إليه نسبة الآلية.

فرع

لو تخيل مالك المال أن المال لغيره فتصدى لبيعه إما لذلك الغير وإما لنفسه لبنائه على تملكه غصباً، فالكلام من حيث تمشي قصد البيع هو ما تقدم بعينه حرفاً بحرف، لكن هل يحتاج هذا البيع إلى رضی آخر بعد الالتفات إلى كون المال لنفسه؟ الظاهر ذلك سواء على مبنى الشيخ - رحمه الله - أم على ما قواه الأستاذ - دام ظلّه - ، أما على المبنى الأول وإن كان الإيجاب ساكتاً عن قيد كونه لنفسه أو لغيره لكن لم يكن الرضى متعلقاً بهذا العنوان بنحو تعدّد المطلوب بل كان بنحو وحدة المطلوب متعلقاً بهال الغير، وما يعتبر في صحّة العقد هو الرضى بعنوان المالكية. والحاصل: مجرد رضاه بعنوان الإيجاب المقتضي للنقل من المالك الواقعي بذاته لا ببدلوله مع كونه مالكاً واقعياً لا يكفي ظاهراً بعد فرض أنّه غير عالم بانطباق عنوان المالك على نفسه.

ومن هذا يعلم الحال على مذاق الأستاذ - دام ظلّه - فإنه وإن قال بأن موضوع البيع هو المهمة بين الخصوصيتين إلى الكون للنفس أو الغير لعدم كونها معدّدين للموضوع بنظر العرف، لكن هذا يكفي لصدق عنوان البيع ولا يتحقق به رضی المالك بعد فرض العلم بعدم كونه مالكاً، فإلغاء الخصوصية في صدق العنوان لا يوجب إلغائها في مقام الرضى.

إشتراء الفضولي بعين مال الغير أو في الذمة:

قال - قدس سره - : «ثم إنه قال في التذكرة: لو اشترى فضولياً، فإن كان بعين مال الغير، فالخلاف في البطلان والوقف على الإجازة، إلا أن أبا حنيفة قال: للمشتري بكل حال، وإن كان في الذمة لغيره وأطلق اللفظ، قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صحّ ولزمه أداء الثمن، وإن ردّ نفذ عن المباشر، وبه قال الشافعي في القديم وأحمد، وإنما يصحّ الشراء لأنّه تصرف في ذمته لا في مال غيره، وإنما وقف على الإجازة لأنّه عقد الشراء له، فإن أجاز له، وإن ردّه لزم من اشتراؤه، ولا فرق بين أن ينفذ من مال الغير أو لا. وقال أبو حنيفة يقع عن المباشر. انتهى».

أقول: إن كان قوله لغيره قيداً لقوله في الذمة - يعني: اشترى في ذمة غيره في القصد ولم يصرح بهذا في اللفظ - فلا وجه للزوم أداء الثمن على المباشر في صورة الرد، ولا يناسبه التعليل بقوله: لأنّه تصرف في ذمته، إذ المفروض أنّه تصرف في ذمة الغير.

وإن كان خبراً بعد خبر لكان، ويكون المعنى أنّه اشترى في ذمة نفسه لكن بقصد كون المبيع لغيره، ولم يصرح بهذا القصد في اللفظ، فالتعليل وإن كان مناسباً لكن الحكم حينئذٍ يبتنى على أنّه: هل يعتبر في البيع دخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض أو لا؟ فعلى الثاني، يحكم بالصحة ولزوم أداء الثمن على المشتري وكون المبيع لذلك الغير بلا وقوف على إجازته، لأنّ هذا ليس بيعاً فضولياً. وعلى الأول، يحكم بالبطلان من الأصل.

فالذي يمكن أن يقال في توجيه كلامه: إنّه ناظر إلى مقام الإثبات لا الثبوت، يعني: لو عيّن في النية الثمن في ذمة الغير، وأطلق في الصيغة لفظ الذمة، الظاهر بإطلاقه في ذمة نفسه، فإن أجاز ذلك الغير فلا نزاع في البين، لأنّ المفروض أنّ البيع قد عقد واقعاً لذلك الغير وهو أجازته، فيلزم بدفع الثمن، وإن ردّ فيحكم بحسب ظاهر الصيغة بنفوذ البيع عن المباشر ولزوم دفع الثمن إليّاه، ويكون التعليل لتعميم الحكم بالصحة هنا لصورة الردّ مع تخصيصه في الفرض المتقدم - أعني: ما إذا وقع الاشتراء على عين مال الغير - بصورة الإجازة، والمقصود أنّه يلزم هناك من الحكم بالصحة - حتى في صورة الرد - التصرف في مال الغير بدون رضاه، بخلاف هنا، فلا يلزم من الحكم بالصحة مطلقاً - سواء نفذ من مال الغير كما في صورة الإجازة أو من مال المباشر كما في صورة الرد - التصرف في مال الغير بدون رضاه، بل اللازم في الصورة الثانية التصرف في ذمة المباشر.

ويؤيد هذا الذي ذكرنا - من إرادة مقام الإثبات - نسبة القول بالتفصيل المذكور إلى علمائنا، فإنّ هذا الوجه يمكن نسبته إليهم دون الوجهين السابقين، ومن هنا خالفهم أبو حنيفة في صورة الإجازة، فحكم فيها أيضاً بالوقوع عن المباشر أخذاً بظاهر اللفظ. وعرفت أنّ الأخذ بالظاهر في هذه الصورة لا وجه له، لعدم النزاع في البين.

ويبقى حيثيّة الكلام في أنّ تصرف المباشر في المبيع مع علمه بتعيينه الثمن في ذمة الغير - المفروض ردّه - ما حكمه؟ فيمكن أن يقال: بجوازه من باب التقاض، لتعذر وصوله إلى حقه بعد حكم الشرع ظاهراً بدخوله في ملك البائع.

قال - قدس سره - : (الثاني الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين العقدي والمعاطاة) إلى آخره.

أقول: الكلام في هذا الأمر في أنه كما أن بيع مال الغير بالصيغة يصح بإجازته كذلك يبيع بالقبض والإقباض أيضاً يصح بإجازته، أو لا؟

فنقول: إن جعلنا كلاً من صحة الفضولي وإفادة المعاطاة للملك على طبق القاعدة، فلا يحصى عن القول بصحة البيع الجامع للحثيتين، لكونه بكلتا حثيَّتيه مشمولاً للعمومات، وإلاّ بأن صححنا الفضولي بالدليل الخاص، أو قلنا بإفادة المعاطاة الإباحة على خلاف القاعدة، فالمتعين الحكم بالبطلان، لأنّ المتيقن من دليل صحة الفضولي ما إذا كان بالصيغة، ومن دليل إفادة المعاطاة الإباحة ما إذا كان التقابض بين المالكين.

[الكشف والنقل]

قال - قدّس سرّه - : القول في الإجازة والردّ، أمّا الكلام في الإجازة فيقع تارة في حكمها وشروطها، وأخرى في المجيز ، وثالثة في المجاز.

أمّا حكمها، فقد اختلف القائلون بصحّة الفضولي بعد اتفاقهم على توقفها على الإجازة في كونها كاشفة - بمعنى أنّه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتّى كأنّ الإجازة وقعت مقارنة للعقد، أو ناقله - بمعنى ترتّب آثار العقد من حينها حتّى كأنّ العقد وقع حال الإجازة - على قولين، فالأكثر على الأول).

أقول: يرد على الكشف أنّ الشرط من أجزاء العلّة، فكيف يتأخّر عن المعلول؟

وقد يجاب بمثل ما قاله صاحب الفصول في الواجب التعليقي، وهو أنّ الشرط ليس هو الإجازة المتأخّرة، بل وصف كون العقد متعلّقاً بالإجازة وملحوقاً بها، وهذا وصف قائم بالعقد، موجود معه.

وفيه: أنّ هذا وإن كان يحصل به التفصّي عن الإشكال إلّا أنّه مخالف لما هو الظاهر بل المقطوع به من الأدلّة من أنّ الشرط رضا المالك، إذ على هذا ما هو

الشرط - أعني: التعقب - ليس برضا، وما هو الرضا - أعني: الإجازة المتأخرة - ليس بشرط، بل لا يصلح أن يكون شرطاً، لعدم كونه صادراً من المالك، لخروج المال من حين العقد عن ملكه.

وقد يجاب أيضاً بأنّ الشرط هو الوجود الدهري الثابت في سجلّ الكون، وبيان ذلك أنّ المتدرجات في الوجود أعني: الزمانيات - لو قطع النظر عن الزمان - فهي مجتمعة في وعاء الدهر في عرض واحد، ويصحّ على كلّ واحد منها إطلاق اسم الموجود في مقابل المعدم.

فإن قلت: زيد الذي لم تنعقد نطفته بعد، لا يقال إنه موجود في الحال، بل يقال إنه سيوجد بعد هذا.

قلت: البعدية والقبلية والحالية من الزمان، فالكلام المذكور شأن من لم يقطع نظره عن الزمان، لا من جرّد النظر عنه ووضع القدم فوقه، ألا ترى أنّ الله تعالى، الذي تنزهت ساحته عن الكون في الزمان، يتعلّق علمه بتمام الموجودات إلى يوم القيامة في آن واحد، مع أنّ تعلّق العلم بالمعدم محال، وحيثُ فكما يمكن أن يكون السابق علّة للاحق أو لاتصافه بوصف، فكذلك يمكن أن يكون اللاحق مؤثراً في السابق أو في اتصافه بوصف، ومن جملة العناوين - التي يكون الوجود اللاحق دخیلاً في تحقّقها سابقاً بحيث لولا هذا الوجود لما تحقّقت - هي عنوان التعقب المذكور، فإنّ الإجازة المتأخرة شرط تحقّقه، لكونها منشأ لانتزاعه. ومنها عنوان الأوليّة، فإنّ ثبوتها للشيء يتوقف على وجود الشيء الثاني، ومنها قبلية اليوم الحاضر على الغد مع أنّ الغد لم يجرى بعد. ومنها حسن المشي إلى فرسخ من البلد ولغوئته، فإنّ المسافر لو قدم في الغد كان هذا المشي حسناً، ولو لم يقدم إلّا بعد مدة طويلة كان لغوّاً، وكذا يحسن وضع السرداب لوجود الصيف فيما بعد، إلى

غير ذلك من الأمثلة الكثيرة الواقعة في الخارج.

وأيضاً كما يمكن أن يكون سبب وجود الثاني هو الأول، كذا يمكن أن يكون سبب وجود الأول هو الثاني.

وفيه: أنّ هذا أيضاً مخالف لما هو المقطوع به من الأدلة من كون الشرط هو الإجازة الصادرة من المالك من حيث إنّه مالك، إذ على هذا تكون الإجازة صادرة عن غير المالك، لزوال حيثية المالكية عن المجيز بسبب العقد.

فإن قلت: المالكية بلحاظ عالم الدهر موجود مع الإجازة في عرض واحد.

قلت: نعم هما موجودان لكن بوجودين متميزين لا يرتبط أحدهما بالآخر، وهذا لا يكفي في تحقق عنوان الإجازة المضافة إلى المالك.

وبالجملة: تحقق إضافة فعل إلى عنوان ولو في عالم الدهر، يتوقف على خروج هذا الفعل من قوة ذلك العنوان واختياره، فلا يكفي في تحقق ضرب الأسود، مثلاً - ولو في عالم الدهر - الضرب الصادر من الأبيض وإن كان في السابق أسود.

وقد يجاب عن أصل الإشكال أيضاً: بأن الشرط في التكوينية عبارة عن أمر خارجي أثر في أمر خارجي آخر، سواء تصوّره أحد أم لا فطلوع الشمس مثلاً يؤثر في وجود النهار، لاحظته أحد أم لا، وليس الأمر هكذا في المجعولات، فليس الشرط فيها هو الأمر الخارجي، يعني: أنّ الوجود الخارجي مالم يوجد في اللحاظ ولم يتعلّق في الذهن لا يؤثر في النفس، ولهذا لو جاء زيد ولم تلتفت لا تصير قاصداً لإكرامه، بل المؤثر في أفعال النفس - من الجعل والإرادة ونحوهما - ليس إلّا الوجود الذهني العلمي، يعني: لا دخل للوجود الخارجي فيها أصلاً، ولهذا

تقذح إرادة الإكرام في نفس الجاهل المركب بمجئ زيد.

وحينئذ نقول: لا فرق في اللحاظ بين المتقدم والمتأخر والمقارن، يعني: كما أنّ الشيء بلحاظ مسبوقيته بشيء آخر يصير شيئاً خاصاً، وقد يكون بهذه الخصوصية الطارئة له في اللحاظ ذا مصلحة، كذلك لحاظ ملحوقيته بشيء آخر أيضاً يحدث فيه خصوصية، وقد يكون بهذه الخصوصية ذا مصلحة، مثلاً: الصوم بلحاظ مسبوقيته بغسل الجنابة فيه المصلحة ويكون مطلوباً، ولحاظ ملحوقيته بغسل الاستحاضة أيضاً فيه المصلحة ويكون مطلوباً. فالعقد فيما نحن فيه يختلف حاله على حسب اختلاف لحاظ الجاعل وكيفية تعقله إيّاه، فتارة يلحظه غير مسبوق برضا المالك ولا ملحوق به، وحينئذ لا جعل له ولا حكم، وأخرى يلحظه مسبوقاً برضا المالك، وهذا اللحاظ موجب لجعل الأثر، أعني: الملكية للعقد، وثالثة يلحظه ملحوقاً برضاه، فهذا أيضاً يمكن أن يصير موجباً لجعل الأثر، وحينئذ فيحسب إنّ العقد الخارجي الذي ستلحقه الإجازة بعينه يكون هو العقد الخاص الذي لحظه الجاعل يكون ذا أثر.

نعم لا يتم هذا الوجه فيما لا يكون من قبيل الأحكام والمجعولات، بل يكون من قبيل الموضوعات، كحيضية الدم الذي تراه المرأة في اليوم الأول من الأيام الثلاثة المتوالية، المشروطة باستمرار الدم إلى آخر جزء من اليوم الثالث، فإنّ الظاهر أنّ الحيضية من الموضوعات لا الأحكام.

وفيه: أنّ هذا أيضاً مخالف لما هو القطعي والمستفاد من الأدلة من اشتراط إجازة المالك، إذ على هذا أيضاً لا تكون الإجازة صادرة من المالك، فإنّه لا بدّ من مالكية المجيز حال الإجازة، ولا يكفي مالكيته حين العقد، فلو فرض أنّ المالك نقل ما باعه الفضولي من شخص إلى آخر غير ملتفت إلى بيع الفضولي، فإجازته

بعد الالتفات غير مصححة لبيع الفضولي، بل قيل بأنّ إجازة المالك الثاني مصححة له.

وقد يتفصّل عن أصل الإشكال أيضاً بالتزام أنّ الشرط أمر مجهول حاصل حين العقد ملازم لحصول الإجازة فيما بعد، بحيث يستكشف من حصولها فيما بعد حصوله حين العقد.

وفيه أيضاً ما لا يخفى من المخالفة للأدلة والقطع بشرطيّة نفس الرضا لا شيء آخر، فهذه أربعة وجوه لتصوير الكشف الحقيقي، والظاهر أنّه غير خارج منها. وقد عرفت مخالفة كلّها للأدلة.

وأما الكشف الحكمي فله وجهان: الأول: أن تكون الإجازة مؤثّرة فيما قبلها، بمعنى أنّ العقد حين وقوعه غير مؤثّر في الانتقال، بل المال باقٍ على ملك مالكه، والإجازة الحاصلة فيما بعد تجعل العقد من السابق، أي من حين وقوعه مؤثّراً في الانتقال.

وفيه أنّ تغيير الواقع عمّا وقع عليه غير معقول، فقلب العقد الغير المؤثّر من حين وقوعه مؤثّراً من حين وقوعه ليس إلّا مثل جعل الأبيض في الأمس أسود في الأمس.

الثاني: ما ذكره المصنّف - قدّس سرّه - وهو: أن تكون الإجازة ناقلة، فيكون مبدأ حصول الملكية حين الإجازة، لكن تكون آثار الكشف مرتبةً بقدر الإمكان.

وهذا وإن كان ممكناً بحسب التصوير، ولا يرد عليه الإشكال المتقدّم - كما لا يخفى - لكنّه مخالف للقاعدة، إذ لو سلّمنا صحّة الفضولي على طبق القاعدة، بأن يكون الرضا - المستفاد اشتراطه من الأدلة - أعم من المقارن والمتأخّر، لكنّ

القاعدة تقتضي ترتب الآثار من بعد الإجازة التي هي من تنمة العلة، فترتبها قبلها يحتاج إلى دليل خاص. نعم ثبوتها قبلها يكون على طبق القاعدة في بعض المواضع.

وبيان ذلك: أنّ العقود على قسمين، فبعض منها يكون الزمان مأخوذاً قيداً في مضمونه كسائر القيود، وبعض منها يكون الزمان ظرفاً لنفسه لا قيداً للمضمونه. فالأول كالإجارة و عقد التمتع، فإنّ مضمون الإجارة تملك المنفعة المحدودة بقطعة خاصّة من الزمان، ومضمون عقد التمتع إيقاع الزوجية المحدودة بقطعة خاصّة من الزمان.

والثاني: كالبيع، فإنّ مضمونه النقل المطلق المتعلّق بالعين، لا النقل المقيد بكونه من هذا الحين إلى الأبد أو إلى أجل معيّن، غاية الأمر إنّ الملكية بسبب حصول السبب المملّك صار حاصلًا، وما دام لم يثبت السبب المزيل لها يكون باقياً.

والحاصل أنّ حصول الملكية في الزمان المتصل بالبيع من جهة صيرورة علّتها تامّة في هذا الحين، لا من جهة تقييد الملكية المدلول عليها بالعقد بكونها من هذا الحين، ولهذا لو كان للأمر المتأخّر الحصول عن البيع مدخل في العلة — كالقبض في الصرف — كان مبدأ حصول الملكية من حين حصول هذا الأمر، وغاية الأمر أن يكون حيثنّ ظرف جزء العلة زماناً، وظرف جزئها الآخر زماناً آخر؛ فالإجازة في الفضولي من القسم الأوّل مقتضية لترتب الآثار من أوّل الزمان الذي جعل في العقد قيداً إلى آخره، وإن كانت حاصلة بعد انقضاء بعض هذا الزمان أو تمامه، مثلاً لو أجاز الفضولي الدار من حين الإجارة إلى انقضاء عام واحد شمسي، ثمّ أجاز مالك الدار بعد انقضاء ستة أشهر، فهذه الإجازة تقتضي تملك المنفعة

للمستأجر من أول العام إلى آخره، لا من نصفه إلى آخره، وسرّ ذلك أنّ الإجازة إنفاذ لمضمون العقد وإمضاء لمقتضاه، لا لشيء آخر، فإذا كان مضمون العقد النقل في الزمان الخاص، كانت الإجازة لا محالة إمضاء للنقل في هذا الزمان الخاص، ولا يلزم من ذلك التناقض بأن تكون المنفعة في الزمان الواحد - أعني: ما قبل الإجازة - ملكاً للمستأجر بمقتضى ما ذكر، وغير ملك له بمقتضى ناقلية الإجازة، إذ ذلك مدفوع بأخذ الزمان المتخلّل بين العقد والإجازة قيداً للمنفعة، وفرض زمان آخر للمجموع منهما، مثلاً يقال في المثال المذكور: إنّ سكنى الدار الكائنة في هذه الأشهر الستة، كانت إلى الآن ملكاً للمجيز، والآن صارت ملكاً للمستأجر.

فإن قلت: المنفعة الماضية غير ممكنة الاستيفاء، فلا معنى لتمليكها.

قلت: كيف و لو استوفاها المستأجر أو منع من استيفائها، فلا كلام، وإلاّ فله مطالبة الأجرة ممن استوفاها، أو منع من استيفائها.

وأما الإجازة في الفضولي من القسم الثاني، فواضح أنّه إمضاء لأصل التمليك لا التمليك المقيّد بزمان خاص، فيكون حصول التملّك في هذا الحين لا في غيره من باب تماميّة العلة فيه، لا في غيره.

هذا ولكن المحشّي الطوسي - قدّس سرّه - بعد ما ذكر أنّ مقتضى القواعد هو النقل، وذكر في مثل الإجازة والتمتع مثل ما ذكرناه: من كون الإجازة مؤثّرة في الملكية والزوجية من مبتدأ المدة إلى متنهاها وإن كانت واقعة في أثناء المدة إلى آخر ما ذكرناه، قال ما لفظه: وكذا إذا كان - أي العقد - مثل البيع والنكاح الدائم، فإنّ قضيّة إطلاقهما هو القصد إلى مضمونه مطلقاً ومرسلاً بلا تحديد في أوّله ولا في آخره، ولم يلحظ فيه تقييد وتحديد بزمان الإرسال والإطلاق،

ولازمه تحقّقه مقارنةً لزمان وجود علّته، وهذا غير الإبهام والإهمال الذي لا يكاد يصحّ العقد عليه. انتهى موضع الحاجة من كلامه.

وحاصله: أنّ مفاد البيع مثلاً إنشاء الملكية المطلقة، لا المقيّدة بالزمان ولا المهملّة، ولازمه حصول الملكية من حين البيع لو وجد إمضاء الشارع في هذا الحين، لكنّ لما تأخّر وجوده إلى حين الإجازة، وجب الانتزاع من هذا الحين للملكيّة من حين البيع مستمراً، فالإجازة المتأخّرة المتعلّقة بمضمون العقد تكون لا محالة مؤثّرة في نفوذ الملكية من حين البيع.

أقول: ناقلية الإجازة على وجه يؤثّر في نفوذ مفاد العقد المتقدّم من حين وقوع العقد - على فرض تسليمها في مثل الإجازة - لا يتمّ في مثل البيع، وذلك لمكان الفرق بينهما.

وبيانه: أنّ الزمان قيد للمنفعة فمنفعة يوم السبت مال ومنفعة يوم الأحد مال آخر، فالمنفعة المقيّدة بزمانٍ حالها حال العين، فيمكن أن تكون ملكاً لاثنتين في زمانين، مثل أن تكون منفعة يوم الأحد ملكاً لأحد في يوم السبت، وملكاً لآخر في يوم الأحد، كما أنّ نفس الدار - مثلاً - تكون في السبت ملك أحد وفي الأحد ملك غيره، وحيثنّذ فالإجازة كما تنقل منفعة اليوم البعد إلى المستأجر، كذلك يمكن أن تنقل منفعة اليوم القبل الواقع بعد العقد أيضاً إليه من دون لزوم اجتماع المالكين المستقلين أو الملكية وعدمها في زمان واحد، وذلك لأنّ قيد المنفعة وإن كان زماناً واحداً وهو اليوم القبل، لكن ظرف ملكيّة المجيز ما قبل الإجازة، وظرف ملكيّة المستأجر ما بعدها، كما هو الحال بعينه في منفعة اليوم البعد، وهذا بخلاف العين، فليس الزمان قيدها، فالدار في يوم السبت ليست غير الدار في يوم الأحد، فالزمان هنا لا بدّ وأن يكون ظرفاً وقيداً للملكيّة، يعني: يكون الدار ملك أحد في السبت

وملك غيره في الأحد .

فلنا فيما بين البيع الفضولي والإجازة ثلاثة أمور: العين والملكية — يعني: ملكية المالك لها — وظرف هذه الملكية وهو الزمان المتخلل، والمفروض أنّ الملكية ليست قابلة لأن تنتقل وتقع متعلّقةً للملكية أُخرى حتّى يقال هنا بمثل ما قيل في السابق، بأن يقال: ملكيّة اليوم القبل المتعلقة بالعين ملك للمالك فيما قبل الإجازة، وملك للمشتري فيما بعدها، فحيثُ نَاقليّة الإجازة بمعنى أن تجعل العين ملكاً للمشتري من حين العقد، لا تخلو من حالين: إمّا أن لا تذهب ملكيّة المالك من حين العقد إلى حين الإجازة، وإمّا أن تذهبها، فالأوّل لازمه اجتماع المالكين المستقلين، والثاني هو القلب الغير المعقول، بل يمكن منع الناقليّة بالمعنى المذكور في مثل الإجازة أيضاً، وذلك لأنّ الناقليّة بهذا المعنى فرع قابلية المنفعة الماضية المتخلّلة بين العقد والإجازة للانتقال، وليست قابلة له، لعدم كونها مالاً، وأمّا مالية المنفعة الآتية فإنّما هي لأجل إمكان استيفائها بخلاف المنفعة الماضية، فإنّ المتصرّف فيها بالاستيفاء أو الاتلاف إمّا أن يكون هو المالك، أو يكون هو الغاصب أعمّ من أن يكون الغاصب هو المستأجر أو غيره، فعلى الأوّل لا ضمان لها، لفرض كون المتصرّف مالكاً، فالمنفعة التالفة الغير المتداركة بالعوض كيف تكون مالاً؟ وعلى الثاني وإن كان لها الضمان لكنّ المنفعة التالفة ليست بإل، كيف وإلاّ لم تكن مضمونة. نعم ما في ذمّة الغاصب يكون مالاً ولهذا يجوز نقله إمّا إليه، وإمّا إلى غيره.

والحاصل أنّ المنفعة الماضية ليست مثل المنفعة الآتية مالاً، كيف وإلاّ لزم أن يصحّ تعلّق عقد الإجازة ابتداءً بالمنافع التي كان جميعها ماضياً أو كان بعضها ماضياً وبعضها آتياً.

فإذن الإجازة في مثل البيع الفضولي مقتضية لترتب الأثر من حينها، لما مرّ من أنّ العقد ليس مضمونه إلّا إنشاء أصل التملك من دون نظر إلى الزمان أصلاً، فمتى تحققت الإجازة كان ابتداء الملكية من هذا الحين، لأنّه زمان تحقق العلة بتماها.

فإن قلت: يمكن تقييد مضمون البيع بالزمان الآتي، مثل أن يجعل كون هذا ملكاً للمخاطب من الغد - كما يمكن إنشاء الوجوب من الغد - غاية الأمر لا يصحّ هذا البيع بحسب الشرع، فحيث أمكن التقييد أمكن الإطلاق أيضاً، بأن ينشأ الملكية الغير المخصوصة بزمان دون زمان، بل السارية في تمام الأزمان. وحينئذٍ فحيث لم يكن المنشأ هو الملكية المقيدة - كما هو المفروض في المقام - تعيّن أن يكون هو الملكية المطلقة، فإذا كان مضمون عقد الفضولي الملكية المطلقة، لزم أن يتحقق بسبب الإجازة هذه الملكية المطلقة المرسلة من حين البيع مستمراً.

قلت: كون الملكية مطلقة لا يستلزم كون البائع قاصداً لإنشاء الملكية من هذا الحين، لأنّ الإطلاق ليس قيداً زائداً على نفس الطبيعة كسائر القيود، وإلّا لم يمكن الأخذ به في مورد اجتماع مقدّمات الحكمة، لكونه ترجيحاً بلا مرجح، بل إذا أنشأ البائع نفس الملكية ولم يقيدها بشيء اتّصفت الملكية بوصف الإطلاق، فلا مدخل في تحقق هذا الوصف لقصد شيء سوى قصد نفس الملكية، فمتى تحققت العلة التامة تحققت نفس الملكية، ولازم ذلك تحقق الملكية من حين الإجازة لا من حين البيع.

وأما في مثل الإجازة الفضولية فيما إذا تحققت الإجازة بعد مضيّ بعض المدة، فلا بدّ من الالتزام إمّا بعدم تأثيرها أصلاً، لعدم إمكان تعلّقها بجميع ما تعلّقت به الإجازة، وإمّا بالتبعيض، بأن لا تؤثر في البعض الغير القابل - أعني: المنفعة

الماضية - وتؤثر في البعض القابل - أعني: المنفعة الآتية - نظير ما إذا بيع بصفة واحدة ما يملك ومالا يملك فضولة، فإنّ الإجازة مصححة للبيع فيما يملك، دون غيره.

ثم إنك عرفت أنّ وجوه الكشف مما سوى القلب مخالفة لمقتضى القواعد من اشتراط إجازة المالك، والقلب غير معقول.

واستدلّ للكشف بوجوه ضعيفة: منها: أنّ الإجازة لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم - أعني: العقد - في الموجود - أعني: الملكية - مثلاً.

والجواب: أولاً بالنقض بالقبض في العقود المشروطة به، فإنّ العقد معدوم حال القبض، مع أنّ القبض ناقل باعترافهم، وأيضاً بالإيجاب معدوم حال القبول، بل يلزم على هذا أن تكون العلة التامة للنقل هو التاء من قبلت، لوضوح انعدام كلّ حرف عند التكلم بلاحقه.

وثانياً: بالحلّ وهو ما عرفت من أنّ العلة في المجعولات متقومة بملاحظة الجاعل، يعني: أنّ الوجود الخارجي مع قطع النظر عن اللحاظ لا يؤثر في الجعل، وفي عالم اللحاظ ليس في البين تقدّم وتأخر، بل المتقدّم والمتأخر في هذا العالم مجتمعان ومقترنان، يعني أنّ الجاعل يلحظ كليهما في آن واحد، وحينئذٍ فلا مانع من أن يلاحظ الشارع «بعت وقبلت» السابقين مع الإجازة اللاحقة، ويرى المصلحة في جعل الأثر للمجموع، فيجعله له.

والحاصل: أنّ العلل الجعلية ليست كالعلل التكوينية مستحيلة الانفكاك عن المعلول.

ومنها وجهان آخران، قد عرفت الجواب من أحدهما، ولعله يأتي الكلام على الآخر فيما سيجي.

فعلم ممّا ذكرنا من أوّل البحث إلى هنا أنّ مقتضى القاعدة هو النقل، فيبقى الكلام حينئذٍ في أنّ ترتيب أثر الكشف بقدر الإمكان مع ذلك - وهو الكشف الحكمي الذي ذكره المصنف قدّس سرّه - هل عليه دليل خاص أو لا؟

قال - قدّس سرّه -: «وأما الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف».

أقول: وذلك لأنّ ظاهرها إنّهُ لمّا أجاز مالك الوليدة بيع الابن أخذ المشتري الوليدة مع ولدها.

قال - قدّس سرّه -: (نعم صحيحة أبي عبيدة) إلى قوله: (ظاهرة في قول الكشف).

أقول: بعد اعترافه - قدّس سرّه - بعدم معقولية الشرط المتأخّر: فلا بدّ أن يكون الخبر الموهوم له مطروحاً أو مؤوّلاً عنده، ثمّ حمل هذه الصحيحة على الكشف الحكمي، وإن كان فيه ما ذكره - قدّس سرّه - من استلزامه للتصرّف في قاعدة التسليط، إلّا أنّ حملها على الكشف الحقيقي أيضاً مستلزم للتصرّف في قاعدة أخرى ظاهرية، وهي أصالة عدم الإجازة، فإذا كان التصرّف في قاعدة لا بدّ منه على أيّ حال، فالحمل على الكشف الحكمي أولى، لما في الكشف الحقيقي من المخالفة للأدلة كما عرفت.

قال - قدّس سرّه -: (اللّهمّ إلّا أن يكون مراده بالشرط) إلى آخره.

أقول: هذا مربوط بكلام صاحب الدعوى وهو صاحب الجواهر - قدّس سرّه - يعني هذا الإيراد الذي ذكرنا وارد عليه. إلّا أن يكون المراد بالشرط في كلامه ما يتوقّف تأثير السبب المتقدم في زمانه على حقوقه، بأن يكون قد جعل الشرط حقيقة وصف التّعقب المقارن للأثر، وأطلق لفظ الشرط على نفس المتأخّر - من

الرضا والغسل ونحوهما - باعتبار توقّف تأثير السبب المتقدم على لحوقها.

وهذا وإن كان سالماً من الإيراد المتقدم، لكن يرد عليه إيراد آخران.

أحدهما: أنّ هذا المعنى لا يطلق عليه اسم الشرط بحسب الاصطلاح.

والثاني: أنّه غير صادق على الرضا إلى آخر ما ذكره - قدّس سرّه -.

ولعمري إنّ هذا معنى واضح لهذه العبارة وإن جعلها جملة وأطنب الكلام في تفسيرها السيّد المحشي - دام ظلّه -.

قال - قدّس سرّه -: وأمّا ثانياً، فلأنّ لو سلّمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً، إلى قوله: لكن نقول: لم يدلّ دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه.

أقول: قد يقال تارة بأنّ مضمون العقد إنشاء نفس الملكية كما ذكرنا.

وأخرى بأنّه إنشاء الملكية المطلقة أي من حين البيع.

ثمّ تطبيق صحّة عقد الفضولي على القاعدة إنّما يكون بأحد وجهين، قال بكلّ منهما قائل، أحدهما تعميم العقود في الآية الشريفة لعقود غير المالكين على أموالهم، ثمّ تقييد هذا الصنف من العقود برضا المالك.

والثاني تخصيصها بعقود المالكين، والقول بأنّ عقد الفضولي يصير مضافاً إلى المالك بسبب إجازته إيّاه فيتوجّه التكليف بالوفاء حينئذٍ إليه، فتأمّ المالك في المطلب المقصود في المقام هو الوجهان الأوّلان، من غير أن يكون فرق في هذا المطلب بين الشقّين الأخيرين على كل واحد من ذينك التقديرين، كما يستفاد من عبارة المصنّف - قدّس سرّه - فإنّه إن قلنا بأنّ مضمون العقد إنشاء نفس الملكية، فلا فرق بين أن يكون الجزء الأخير من العلة رضا المالك، أو يكون هو إضافة

العقد إليه وإنفاذه إياه، فعلى أي حال لابدّ من الالتزام بحصول الملكية من حين الإجازة، لأنّه زمان تمامية العلة. وإن قلنا بالقول الآخر، فلا فرق أيضاً بين كون تتمّة العلة هو الرضا أو الإنفاذ، فعلى التقديرين لابدّ من الالتزام بحصول الملكية من حين العقد، لأنّ هذا المضمون - أعني: الملكية من حين العقد على التقدير الأول - قد حصل مقتضيه وهو العقد فاقداً للشرط، فإذا وجد الشرط وهو الرضا صار هذا المضمون من هذا الحين موجوداً، لتحقيق علته التامة. وعلى التقدير الثاني قد حصل جزء من مقتضيه وهو نفس العقد، وبقي جزؤه الآخر، وهو إضافته إلى المالك، فإذا حصل هو أيضاً حصل من هذا الحين هذا المضمون، لوجود علته.

نعم بين الشقين الأخيرين فرق في مطلب آخر غير مرتبط بالمقام، وهو أنّه هل يعتبر في الإجازة التفات المالك إلى وقوع عقد في السابق على ماله، ثمّ رضاه بمضمون هذا العقد الملتفت إليه، أو يكفي مجرد رضاه بالمضمون وإن لم يلتفت إلى وقوع عقد في السابق أصلاً؟ كما يقال له: هل أنت راضٍ بمعاوضة هذا المال بعشرة دراهم؟ فيقول: نعم، فلازم كون الجزء الأخير الإنفاذ هو الأول، ولازم كونه الرضا هو الثاني.

ثمّ إنك عرفت أنّ الدليل على مقتضى القول الأخير - وهو كون الملكية من حين العقد حاصلًا من حين الإجازة - موجود لولا امتناعه.

لكنك عرفت أيضاً سابقاً امتناعه، لاستلزامه إمّا القلب وإمّا اجتماع المالكين، فلا بدّ على هذا القول أيضاً من المصير إلى حصول الملكية من حين الإجازة، لأجل وجود المانع عن حصولها من حين العقد، لا لأجل عدم الدليل عليه كما يستفاد من عبارة المصنّف في صورة جعل التّمّة هو الإنفاذ.

قال - قدس سره - : (بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل).

أقول: احتمالات الكشف - على ما عرفت - ثلاثة: أحدها: الكشف الحقيقي الحقيقي وهو حصول الانتقال والملكية من أول الأمر في علم الله [جلّ جلاله]. إمّا بجعل الشرط وصف التعقّب، أو الوجود الدهري، أو الأمر المجهول.

والثاني: الكشف الحقيقي بمعنى الانقلاب، وهو صيرورة الانتقال والملكية من الأول منعقدًا وموجوداً في هذا الحال - أي حال الإجازة - بعد ما لم يكن في السابق بموجود، مع جعل الشرط هو الوجود الخارجي للإجازة.

والثالث: الكشف الحكمي، وهو عدم وجود الانتقال والملكية من أول الأمر في علم الله وعدم إيجاد الملكية من الأول في الحال، ولكن ترتّب آثار الملكية من الأول بقدر الإمكان مع جعل الشرط هو الوجود الخارجي للإجازة أيضاً.

فنقول: تظهر الثمرة بين الكشف الحقيقي الحقيقي والحكمي فيما لو وطئ المشتري الجارية بين العقد والإجازة، فعلى الكشف الحقيقي هذا الوطاء حلال واقعاً، لوقوعه في ملكه، وحرام ظاهراً، لأصالة عدم الإجازة إلّا أن يعلم بحدوث الإجازة فيما بعد، فيكون حلالاً واقعاً وظاهراً، ولو حصل الولد صارت أمّ ولد، لحدوث الولد في ملكه، وعلى الكشف الحكمي هذا الوطاء واقع على ملك الغير مع العلم بأنّه ملك للغير، فيكون حراماً، فيترتب على ارتكابه العصيان واستحقاق العقاب، ولا يرتفع هذا العصيان والاستحقاق بسبب الإجازة.

وسرّ ذلك أنّ الإجازة مؤثّرة بالنسبة إلى الآثار الشرعية - كملكية النماء - دون الآثار العقلية، فإنّها تابعة لموضوعها وجوداً وعدمًا، ولا يقبل التعبد لا نفيًا ولا

إثباتاً، فلازم ارتكاب الحرام مع العلم بالحرمة هو العصيان واستحقاق العقاب بحسب العقل، فلا يعقل رفع هذا الأثر العقلي بحسب الشرع.

والحاصل أنّ الكشف الحكمي هو القول بالنقل مع ترتيب آثار الكشف الممكنة الترتب، والآثار العقلية ليست منها.

وكذا الآثار التي لا يشملها دليل التنزيل، كما فيما لو نذر أن يعطي الفقير ديناراً لو ملك الجارية في يوم السبت من الشهر الفلاني مثلاً، فاشترها من الفضولي في هذا اليوم من هذا الشهر، فأجاز المالك بعد أيام، فعلى الكشف الحقيقي يجب الإعطاء، وعلى الحكمي لا يجب، أمّا الأول، فلحصول ملك الجارية حقيقة، وأمّا الثاني، فلأنّ هذا الأثر - أعني: وجوب الإعطاء - ليس من آثار الملك من حيث إنّه ملك، حتّى يحكم على الكشف الحكمي بترتبه، وإنّما هو أثر الملك الجارية من حيث إنّه متعلّق للنذر المذكور.

ومعنى الكشف الحكمي أنّ الشارع نزل عدم الملك منزلة الملك، وعامل معه معاملته، وهذا يفيد ترتّب آثار حيث الملكيّة لا غير، مثلاً: ملكيّة النماء والضمان من آثار الملك بما هو ملك، فينتقلان من المالك الأصلي إلى المشتري بسبب الإجازة.

ولو نقل المالك ما باعه الفضولي من شخص إلى غيره، فإن كان مع التفاته إلى عقد الفضولي كان ظاهراً في الردّ فلا تثمر الإجازة بعده، على ما سيجيء ان شاء الله تعالى، وإن كان بدون الالتفات، فلا كلام في عدم كونه ردّاً، إنّما الكلام في بقاء المحل للإجازة بعد هذا النقل وعدمه.

فنقول: أمّا على الكشف الحقيقي فيمكن أن يقال ببقاء المحل لها، فإذا أجاز، توقّف النقل المتخلّل بين عقد الفضولي والإجازة الصادر من المالك الأصلي

على إجازة المشتري من الفضولي، لاستكشاف كونه فضولياً.

وأما على الكشف الحكمي، فيمكن أن يقال بعدم بقاء المحل لها، لأنَّ تصرف المالك قبل الإجازة وبعد العقد بمقتضى ملكيته - كما هو المفروض - نافذ، فيفيد نقله تملك المنقول إليه، وحيثُ إن لم يكن استحالة في أن يرتب الشارع على العقد النافذ والمعاملة الصحيحة أثر البطلان في زمان ويعامل معه معاملة الباطل، فيرتب على نقل المالك الذي كان نافذاً صحيحاً إلى حين الإجازة أثر البطلان بعدها ويعامل معه معاملة ما لو صدر عقد الفضولي من نفس المالك، إلّا أنَّ خروج هذا المال الذي صار ملكاً للمنقول إليه بنقل المالك عن ملكه وصيرورته ملكاً لآخر - أعني: المشتري من الفضولي - بسبب إجازة المالك الأصلي، مخالف لآية التجارة عن تراض، وقاعدة التسليط، فإنَّ مقتضاهما انحصار سبب حلّ أكل المال في التجارة عن تراض وأنَّ إخراج المال عن الملك وإبقائه باختيار صاحبه، وعلى هذا يلزم أكل مال المنقول إليه بدون التجارة عن تراض. وخروج ماله عن ملكه بقول أجزت من المالك الأصلي، ومخالفة القاعدة المذكورة في مورد الخبر المتقدم الوارد في نكاح الصغيرين - كما عرفت - إنّها هي لأجل الاضطرار والإجلاء، فإنَّ الخبر ناصّ في العزل، والمفروض عدم معقولية الكشف الحقيقي، أو مخالفته للقطع، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فالنص هنا مفقود، فيمكن أن يكون الكشف الحكمي مقصوراً على ما إذا لم يتصرّف المالك الأصلي التصرف الناقل بين العقد والإجازة، ولا إطلاقاً أيضاً في دليل الكشف الحكمي حتّى يؤخذ به، ويخصّص به القاعدة، لأنَّ دليله صحيحة ابن قيس، وهي قضية في واقعة شخصيّة، خالية عن تصرّف المالك الأصلي في الجارية بين العقد والأجازة، تصرفاً ناقلاً.

هذا، مع إمكان أن يقال على هذا القول: بعدم تأثير الإجازة بعد التصرف الناقل أصلاً، من باب عدم كونها إجازة صادرة من المالك، وهذا بخلاف الكشف الحقيقي، فإنّ الشرط على بعض احتمالاته وصف التعقب وعلى الآخر الأمر المجهول، وهو حاصل.

ومن هنا يظهر فساد وجه آخر لتصحيح العقد الفضولي في هذا الفرع بالإجازة على الكشف الحكمي - ربّما يصطاد من عبارة المصنّف - قدّس سرّه - في مسألة نقل النماء لا العين غير ما ذكرناه من أنّ نقل المالك الأصلي صحيح، وتكون العين ملكاً للمنقول إليه إلى حين الإجازة، ومن هذا الحين يصير النقل باطلاً والعين ملكاً للمشتري من الفضولي - وهو الحكم بصحّة نقل المالك إلى الآخر، أي بدون الحكم عليه بالبطلان بعد ذلك، ثمّ تضمين المالك البدل للمشتري من الفضولي، لأنّ ذلك مقتضى الجمع بين صحّة نقل المالك حيث إنّ عقد صدر من أهله في محله، وبين تنزيل الإجازة من الآن ملك المالك الثابت من حين العقد إلى حين الإجازة منزلة ملك المشتري من الفضولي، فإجازة المالك هنا نظير فسخ ذي الخيار الواقع بعد نقل أحد الطرفين ما انتقل إليه إلى الغير بنقل لازم، حيث إنّ أيضاً موجب للرجوع إلى بدل العين المنقولة.

وجه الفساد أنّ هذا الوجه وإن كان سالماً عمّا في الوجه المتقدّم من المخالفة لآية التجارة عن تراض وقاعدة التسليط، إلّا أنّ فيه: أنّ ثبوت البدل على المالك بسبب الإجازة لا دليل عليه، لأنّ ذلك فرع كون الإجازة إجازة المالك، وليست بها.

وأما التنظير بالفسخ، ففي غير محله، لأنّ حقّ الخيار ليس متعلّقاً بالعين وإلّا لم يجوز نقلها، ولا بالعقد ما دام لم ينقل العين، بل متعلّق بنفس العقد، ففي

صورة النقل أركان هذا الحق موجودة وهي الطرفان ونفس العقد، ولازم ذلك أنه إذا فسخ العقد رجع كل إلى عينه إن كانت باقية، وإلا فإلى بدلها، وهذا بخلاف ما نحن فيه، إذ ليس إجازة المالك موجودة.

وإذن ففي الحكم ببطلان الفضولي وخروجه عن قابلية الصحة بعد النقل مع موافقة القواعد المذكورة سلامة عن مخالفة قاعدة صحة الفضولي مع الإجازة أيضاً، وذلك لعدم إجازة المالك في البين، كما عرفت، هذا.

ولو استولد المشتري الأمة قبل إجازة مالكةا فأجاز، فعلى الكشف الحقيقي صارت أم ولد، وهذا واضح.

وأما على الحكمي فلا إشكال في أن هذا الولد بحسب قاعدة باب الميراث لا يرث من أبيه لكونه ولد الزنا فلا بدّ أولاً من تنزيل هذا الولد منزلة الولد الحادث عن الوطء في ملك المشتري حتّى يترتب عليه حكم الإرث فتصير أمّه حرة من نصيبه، فلا بدّ أولاً من التكلّم في أنّ الدليل الذي يفيد أنّه يجب من حين الإجازة ترتيب آثار الملكية من حين العقد للمشتري هل يشمل مثل هذا الأثر، أعني: إرث هذا الولد أو لا ؟

فنقول: هذا الأثر ليس من الآثار المترتبة على ملكية المشتري بلا واسطة، بل لازم ملكيته عقلاً كون الولد حادثاً في ملكه، فيتحقّق موضوع الإرث، فهذا الأثر أثر شرعي للملكية المشتري بواسطة أثر عقلي، والذي ذكره في الأصول في باب الأصول العملية وهو التحقيق أنّ لسان التنزيل قاصر عن إثبات اللوازم العقلية والعادية، والآثار الشرعية المترتبة بتوسطها، ويسمّون الأصل الجاري لإثباتها أصلاً مثبتاً، مثلاً ذكروا فيها لو شك في أنّ الولد قد تولّد حيّاً حتّى يرث من أبيه الميّت أو ميتاً حتّى لا يرث: أنّه لو كان تاريخ وفاة الأب معلوماً وتاريخ ولادة

الابن مجهولاً، يستصحب حياة الولد الثابتة له في بطن الأم إلى زمان الخروج، فيحكم بإرثه.

فاستشكلوا عليه بأنّ هذا الأصل مثبت، لأنّ موضوع الإرث: من مات عن ولد حيّ، وأحد جزئيه وهو الموت وجداني والآخر وهو حياة الولد مستصحب، لكن عنوان مات عن ولد حيّ عنوان ثالث، وهو لازم عقليّ لحياة الولد عند الخروج، فالاستصحاب قاصر عن إثباته وإثبات أثره، فتبيّن عدم الدليل على ارث الولد في مسألتنا، فيرجع إلى قاعدة عدم إرث ولد الزنا، فلا تصير الجارية أم ولد، هذا.

ولو نقل المالك النماء دون العين قبل الإجازة، فأجاز، فحينئذٍ يجمع بين صحّة هذا النقل وبين الملكية التنزيلية للمشتري بالحكم إمّا بصحة هذا النقل إلى حين الإجازة وببطلانه من هذا الحين ثمّ انتقال النماء إلى المشتري، أو بصحته إلى الآخر ورجوع المشتري إلى البدل.

ولا يرد هنا ما أوردناه في مسألة نقل العين من عدم كون الإجازة إجازة المالك، لفرض بقاء العين على ملك المالك وعدم الانتقال إلى الغير إلى حين الإجازة، وإنّما نقل النماء.

لكن يمكن أن يقال: إنّّه يجب الاقتصار في التنزيل على القدر المتيقن من دليله، والقدر المتيقن منه هنا ما إذا لم يتصرّف المالك في النماء، إذ لا إطلاق لصحيحة ابن قيس، فتبقى الصورة الأخرى تحت القاعدة.

قال - قدّس سرّه -: (وضابط الكشف الحكمي الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكيّة المشتري من حين العقد).

أقول: قد عرفت ممّا ذكرنا: أنّ التنزيل وفرض الملكيّة من حين العقد

للمشتري واقعاً لا يصحّ بالنسبة إلى جميع الآثار، وذلك لما عرفت من أنّ دليل التنزيل لا يشمل الآثار العقلية والعادية وما يكون بتوسطها من الآثار الشرعية، مثل حرّية الأمة من نصيب ولدها، التي هي أثر شرعيّ لحدوث الولد في الملك الذي هو أثر عقليّ للملكية الواقعية للمشتري. وكذا عرفت أنّه يجب الاقتصار في التنزيل على القدر المتيقّن من دليله، فلا تنزيل بالنسبة إلى غيره، مثل ملكية النماء في صورة نقل المالك إياه.

قال - قدّس سرّه -: (وإن نافي الإجازة كاتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالعتق فات محلّها مع احتمال الرجوع إلى البدل).

أقول: لا يخفى التناقض الواضح بين هذا الكلام والكلام المتقدّم في نقل أمّ الولد، حيث جزم - قدّس سرّه - هناك بالرجوع إلى البدل وهنا بفوات المحل، وذكر الرجوع إلى البدل على سبيل الاحتمال مع عدم الفرق بين النقل والعتق أصلاً، لكن هذا إنّما يرد لو كان الكلام المتقدّم هكذا: ولو نقل المالك أمّ الولد، بإثبات كلمة الأمّ - كما في بعض النسخ - . وأمّا لو كان هكذا: «ولو نقل المالك الولد» بإسقاطها كما في البعض الآخر، فلا.

ولا يخفى أنّ ما في بعض النسخ من إسقاط كلمة الأمّ لا يستقيم؛ لأنّ الولد الذي أولده المشتري الأصيل من الجارية حرٌّ على الكشف الحكمي، وليس برقيّ، غاية الأمر إنّ الجارية مملوكة حتى يموت المولى، وتصير حرّة من نصيب الولد، وأمّا نفس الولد فليس مملوكاً ومالاً حتّى يرجع المشتري إلى عوضه لو نقله المالك.

نعم لو استولد العبد الجارية كان الولد رقّاً، وعلى هذا يحمل حكمهم برجوع المالك إلى الغاصب بقيمة الولد لو استولد الجارية المغصوبة، لإتلافه ولداً مملوكاً

من المالك، بمعنى أنه لو كانت الجارية في يد مالِكها أمكنه تحصيل ولدٍ مملوك منها، باستيلاء عبده إياها، لا بمعنى إمكان تحصيل الولد المملوك باستيلاء نفسه إياها.

فإن قلت: يحمل كلام المصنّف - قدّس سرّه - على ما في هذا البعض من النسخ: على ما إذا كان الولد حاصلاً من استيلاء عبد المشتري لا من استيلاء نفسه.

قلت: لو كانت العبارة كما في هذا البعض فلا شك أن الظاهر منها كون الولد من المشتري لا من غيره.

قال - قدّس سرّه -: (ثمّ إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف والنقل مواضع: منها النماء، فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقلت إليه العين، وعلى النقل لمن انتقلت عنه.

وللشاهد الثاني في الروضة عبارة توجيه المراد منها - كما فعله بعض - أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر).

أقول: كلام الشهيد الثاني ممتزجاً مع كلام اللمعة هكذا: وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة، فالنماء المنفصل المتخلّل بين العقد والإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع - كما لو اشترى من الفضولي بقرأ بحمار مثلاً - وإنما خصّ الثمن بالمعين لعدم النماء للكلي. ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز. انتهى.

والظاهر أن مفروض هذه العبارة صورة فضولية أحد الطرفين من البائع والمشتري لا كليهما، فيرد عليه أن ملكية المالك المجيز لنماء الثمن المعين عند فضولية البائع، ونماء الثمن عند فضولية المشتري، لا وجه له، فتعيّن صرف هذا

الكلام عن ظاهره، تارة بجعل مورده صورة فضوليّة الطرفين معاً ثمّ إرادة جنس المالك من المالك المجيز، وأخرى بحمل ملكيّة نهاء الثمن على صورة فضوليّة المشتري وحمل ملكيّة نهاء المثلث على صورة فضوليّة البائع مع جعل المورد صورة فضوليّة أحد الطرفين فقط، كما هو الظاهر.

وآخر أبقاءه على ظاهره من ملكيّة المالك المجيز للنهائين معاً مع فرض فضوليّة أحد الطرفين، ثمّ تصدى لتطبيق هذا الظاهر على القواعد بتقريب: أنّ ملكيّة نهاء ملك نفسه ظاهرة، وأمّا ملكيته لنهاء ملك الطرف المقابل، فلاقدام الطرف المقابل على ذلك، فإنّه إذا أقدم على المعاملة عالماً بفضوليّة الطرف الآخر فقد أقدم على إدخال ماله مع النهاء في ملك مالك العوض.

وأما وجه أولويّة فعل ذلك البعض، من تكلف هذا الآخر - كما ذكرها المصنّف قدس سره - فهو أجليّة شأن الشهيد الثاني - قدس سره - عن الإفتاء بمثل هذه الفتوى متمسكاً بمثل هذا الوجه الضعيف:

فإنّ فيه أولاً: أنّ مورد الكلام غير مختصّ بما إذا كان الطرف الأصيل عالماً بفضوليّة طرفه، بل يعمّ ما إذا كان معتقداً مالكيته.

وثانياً: إنّنا نمنع الإقدام لو كان الأصيل عالماً بفضوليّة الطرف لكن أقدم على المعاملة متوقعاً للحقوق إجازة المالك، فإنّ معنى التوقع بقاء مال كلّ من المالكين على ملكه قبل مجيء الإجازة، وحصول الانتقال والمعاوضة بعد مجيئها.

وثالثاً: لو فرضنا كونه في مورد عالماً بالفضوليّة غير متوقع للإجازة. لكن نقول: ثمة الإقدام على ما تقرّر في باب الضمان رفع الضمان، لا التملك، ففيما إذا دفع المالك ماله إلى الغير فاتفقه هذا الغير يحكم بعدم ضمانه؛ لا أنّه فيما إذا كان المال في يد غير مالكة ولم يتلف يحكم بكون نهائه ملكاً للغير.

فإن قلت: كيف لا يكون الإقدام هنا مملّكاً والحال أنّ قول الأصيل: اشتريت أو بعثت، مشتمل على التملك ضمناً أو صريحاً، فهو قد دفع المال إلى الفضولي بانياً ومقدماً على ملكية المالك الآخر له ولنهاه.

قلت: أولاً: لا شك في أنّ الأصيل لم يقدم على تملك ماله مجاناً وبلا عوض، بل على وجه المعاملة والمعاوضة، غاية الأمر لم يملك العوض بحسب الشرع، فحاله حال من يشتري بماله الشيء المغصوب من الغاصب عالماً بالغصبية، فإنه لم يملك ماله للغاصب مجاناً قطعاً.

وثانياً: إنّ مورد الكلام غير مختصّ بها إذا دفع الأصيل المال إلى الفضولي، بل يشمل ما إذا كان باقياً في يده إلى حين الإجازة.

قال - قدس سره -: (فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلّل الفسخ بإطلاقات صحّة العقود ولزومها، ولا يخلو عن إشكال).

أقول: يعني على تقدير عدم الإجماع على اشتراط عدم حصول الفسخ من أحد المتعاقدين قبل تمامية العقد ولو بشرطه، وكون حصوله قبل ذلك موجباً لصيرورة العقد بلا أثر بعد مجيء التّمّة، فتطبيق الاشتراط أو عدمه على القواعد والعمومات محلّ إشكال.

والحقّ اشتراط عدم حصول الفسخ بين الإيجاب والقبول، وذلك لعدم صدق المعاقدة والمعاودة عرفاً مع حصوله، إذ يعتبر في صدق هذا المفهوم عرفاً بقاء الموجب على عهده وقراره، وعدم رفع اليد عنه ما دام لم يحنّي القبول من الطرف الآخر، فلو رفع اليد عن عهده قبل ذلك، لم يتحقق في الخارج مفهوم المعاودة التي هي بمعنى إعطاء العهد وأخذه، فلم يتحقق العقد الذي هو موضوع وجوب الوفاء، فلا يمكن دفع احتمال الشرطية بعموم أوفوا، لأنّه فرع

وجود الموضوع وهو مفروض العدم. وهذا بخلاف ما إذا حصل الفسخ بعد الإيجاب والقبول وقبل الشرط، فإن دفع هذا الاحتمال حيثنذ ممكن، بتقريب أنّ الموضوع الذي هو العقد قد تحقق بالفرض، غاية الأمر لا يجب الوفاء به ما لم يحصل الشرط، فإذا حصل هو كان إطلاقاً أوفوا بلا مانع، لحصول العقد والشرط، فيدفع بهذا الإطلاق احتمال مانعية الفسخ المتخلل وشرطيّة عدمه.

نعم لو جعلنا مبنى صحّة عقد الفضولي على طبق القاعدة، هو: أنّ موضوع الوفاء سببان: العقد أعمّ من أن يكون من المالك أو من غيره ورضا المالك، فدفع احتمال مانعية الفسخ الحاصل قبل الإجازة بإطلاق ﴿أوفوا﴾ ممكن كما ذكرنا.

وأما لو جعلنا المبنى هو أنّ موضوعه عقد المالك، والإجازة في عقد الفضولي موجبة لصيرورة العقد عقداً للمالك، فحال هذا الفسخ حال الفسخ الحاصل بين الإيجاب والقبول، إذ على هذا لا بدّ من أن يقع المالك بنفسه طرفاً للأصيل عوض الفضولي حتّى تقع المعاهدة بين الأصيل والمالك، فيجب بقاء الأصيل على عهده ما دام لم تحصل الإجازة التي هي عهد من جانب المالك، وإلاّ لم يبق صدق المعاهدة بين الأصيل والمالك، ويتنفي موضوع الوفاء الذي هو عقد المالك.

قال - قدس سرّه - : (ومنها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه) إلى آخره.

أقول: محض الكلام في المقام: أنّه على النقل والكشف الحكمي يكون للأصيل أن يتصرف قبل الإجازة تصرفاً موجباً لسقوط المحلّ عن قابلية حقوقها، فيجوز لمن باع الجارية من فضولي بيعها من الغير قطعياً ووطؤها واستيلادها قبل إجازة المالك الآخر، وكذا لمن زوّجت نفسها من فضولي تزويجها من الغير قبل إجازة الزوج، وذلك لأنّ موضوع وجوب الوفاء هو المقيّد، فقبل وجود القيد لا

يجب الوفاء، فيكون المال باقياً على ملكية البائع، وتكون المرأة مختارة على نفسها، ولازم ذلك نفوذ التصرف والتزويج وحليتهما.

وأما على الكشف الحقيقي، فالكلام على أحد احتماليه - وهو أن يكون الشرط نفس الإجازة المتأخرة، ويكون من حينها مؤثرة في ما قبلها، بأن ترفع ملكية المالك الأصلي من حين العقد، وتضع في محلها ملكية المجيز - هو الكلام على النقل بعينه، فيحل التصرف حتى مع العلم بحصول الإجازة فيما بعد، وذلك لأن الإجازة وإن كانت توجب سراية الأثر إلى حين العقد إلا أنه لا بد أن توجد، فتوجب السراية، فلا سراية قبل وجودها.

وأما على احتماله الآخر، وهو أن يكون الشرط حاصلاً حين العقد، أعم من أن يكون هو وصف التعقب أو الوجود الاستقبالي الدهري، أو ما هو معلوم عند الله تعالى ومجهول عندنا، فنقول: هنا ثلاث صور: صورة العلم بحصول الإجازة فيما بعد، وصورة العلم بعدمه، وصورة الشك. فلا إشكال في عدم حلية التصرف وعدم نفوذه في الصورة الأولى، كما لا إشكال في حليته ونفوذه في الصورة الثانية.

وأما صورة الشك، فيمكن الحكم فيها بالحلية بحسب الظاهر، ووجهه أنه لا شك في أن العقد الفضولي ليس بنفسه موضوعاً لوجوب الوفاء، بل هو مع قيد آخر، وكاشفية الإجازة لا تدل على موضوعية نفسه، كيف ومعنى الكاشفية أن للعقد نقصاناً، وكشفت الإجازة عن وجود تتمته، وحينئذ فوجود نفس العقد وإن كان مقطوعاً لكن وجود قيده مشكوك، فيقع الشك في موضوع وجوب الوفاء - أعني: المقيّد بما هو مقيّد - فيتمسك في نفيه بالأصل، فيرتفع وجوب الوفاء بارتفاع موضوعه. ثم لو حصلت الإجازة تنكشف الحرمة واقعاً، ففي هذه الصورة حال تصرف البائع من الفضولي فيما انتقل عنه عكس حال تصرف المشتري من

الفضولي فيما انتقل إليه، حيث حكم - قدس سره - بحرمة ظاهراً وحليته واقعاً على تقدير الإجازة.

ومن هنا ظهر أنه لا وجه لما ذكره - قدس سره - من الحكم بعدم جواز التصرف على الكشف الحقيقي بالمعنى الثاني مطلقاً حتى مع العلم بعدم حصول الإجازة فيما بعد.

قال - قدس سره -: (وأما على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً) إلى قوله - قدس سره -: (ومن هنا).

أقول: من الواضح فساد القول بكون تمام التأثير لنفس العقد الفضولي، وعدم الدخل للإجازة شرطاً وشرطاً، المستلزم لعدم الحاجة إليها وكون وجودها وعدمها على السواء، مع أنه مناقض للقول بأن الإجازة دخيلة في كون العقد بنفسه سبباً تاماً، فإننا لا نعني بالشرطية في كل مقام إلا كون أحد الشئيين بحيث إذا وجد مع الآخر استقلّ هذا الآخر في الفاعلية، وصار هو بنفسه مؤثراً تاماً، بمعنى أن يكون الفاعل هذا الشيء الآخر الخاص بخصوصية مصاحبه مع الشيء الأول في مقابل الشرطية، فإنّ المراد بها كون أحدهما بحيث إذا وجد مع الآخر صاراً مشتركين في الفاعلية.

وبالجملة: إذا سلم كون الإجازة شرطاً، الذي مقتضاه كون المؤثر والموضوع لوجوب الوفاء هو العقد الخاص بخصوصية مجيء الإجازة، المستلزم لجريان الأصل في نفي هذا الخاص عند الشك في الخصوصية، فلا معنى للحكم بترتب حكم وجوب الوفاء على نفس العقد من دون تقييد بشيء أصلاً، الذي مقتضاه شمول وجوب الوفاء لصورة القطع بعدم مجيء الإجازة فضلاً عن الشك فيه،

وهذا واضح.

قال - قدّس سرّه -: (ومن هنا تبيّن فساد توهم) إلى قوله: (ودعوى).

أقول: حاصل الإيراد أنّه إذا سلّم كون نفس العقد واجب الوفاء من دون مدخلية للإجازة أصلاً، لا شرطاً ولا شطراً - كما ذكرت - فلا بدّ من الالتزام بأنّه كما يحرم على البائع الأصيل التصرف في المثلث قبل الإجازة، كذلك يجوز له التصرف في الثمن قبلها، وقد قلت في السابق بعدم جوازه.

وحاصل الجواب: أنّ البائع الأصيل - مثلاً - قد التزم بملكيّة هذا للمخاطب بإزاء ذلك، فالتزامه مركّب من جزأين: أحدهما عليه وهو خروج ماله عن ملكه، والآخر له وهو دخول العوض في ملكه، وحكم وجوب الوفاء مترتب على الأوّل دون الثاني.

والإنصاف أنّ الإيراد وارد والجواب غير نافع، لأنّ الأمر بالوفاء إمّا حكم وضعي مفاده الحكم بحصول مقتضى العقد، وإمّا تكليفي يستكشف منه الحكم الوضعي، وعلى التقديرين، يلزم ممّا ذكره - قدّس سرّه - من وجوب الوفاء الأصيل بما عليه، أعني: خروج ماله عن ملكه دون ماله، أعني: دخول العوض في ملكه اجتماع العوض والمعوّض في ملك المالك الآخر.

قال - قدّس سرّه -: (ودعوى أنّ الالتزام المذكور إنّما هو على تقدير الإجازة) إلى قوله: (ولأجل).

أقول: الإنصاف أنّ المطابقة التامة بين طرفي التنظير وإن كانت منتفية - كما ذكره - إلّا أنّ المطابقة بينهما فيما هو محطّ نظر المدعي حاصله، وذلك لأنّ إنشاء الأصيل وإن كان غير مشروط بالإجازة - كما ذكره قدّس سرّه - إلّا أنّ تملكه مرتبط

بتملك العوض، وفرق واضح بين التملك المطلق الغير المرتبط بشيء - كالهبة - وبين التملك بالعوض الذي هو المبادلة، وحيث أن الناذر المذكور ليس له التزام فعلي بإتيان المنذور، فكذا في المقام ليس للأصيل تملك فعلي ولو لم يدخل العوض في ملكه. هذا.

ولعمري إن شأن الشيخ المحقق المصنف - قدس سره - أجل من إرادة ما فهمناه من العبارة من المعنى الوارد عليه مثل هذه الإشكالات الواضحة! فلعله - قدس سره - أراد معنى تقصر أفهامنا عن إدراكه، والله تعالى هو العالم بحقائق الأمور.

وينبغي هنا التعرض لمسألة النذر التي نظّر المدعي المقام بها.

فنقول: النذر المتعلق بالأضحية - أعني: الشاة المخصوصة - يتصور على أنحاء: إما ينذر أن يذبح هذه الشاة ويعطيها الفقراء، أو ينذر أن تكون هذه الشاة مالاً للفقراء، ويسمى الأول بنذر الفعل والثاني بنذر النتيجة، وعلى التقديرين، النذر إما مطلق وإما مشروط بشيء كشفاء المريض وقدم المسافر ونحوهما، ففي صورة نذر الفعل مطلقاً أو مشروطاً مع حصول الشرط، لا إشكال في تنجز التكليف الإيجابي بفعل الذبح والإعطاء.

وأما بيع هذه الشاة وهبته وسائر أنحاء إخراجها عن الملك، فقد يتوهم فساد هذه التصرفات لأحد وجهين:

الأول: أن العين المنذورة قد تعلق بها حق للمنذور له، فتصرف الناذر فيها تصرف في متعلق حق الغير، نظير فساد تصرف الراهن في العين المرهونة لتعلق حق المرتهن بها، وتصرف السيد في أم الولد لتعلق حق لها بنفسها.

وأنت خير بأن نذر الذبح والإعطاء لا يوجب إلّا وجوبها على الناذر، وهذا غير ملازم لثبوت الحق للفقراء في هذه الشاة ولم يدلّ على ذلك دليل آخر أيضاً.

والثاني: أنّ الفعل المنذور - أعني: الذبح والإعطاء - يكون واجباً، فيكون كلّ ما هو مخالف له من الإتلاف والبيع والهبة ونحوها حراماً، قضيةً لاقتضاء الأمر بالشيء النهي عن أضداده الخاصة، وحرمة موجبة لفساده.

وفيه: - مضافاً إلى منع الاقتضاء كما قرّر في محله - أنّ ما هو ضدّ لواجبنا وهو البيع المسببي، أعني: التملك المتعقب بالتملك، لا يمكن أن يكون النهي التكليفي المتعلّق به موجباً للفساد، وإلّا لزم التكليف بما لا يطاق، لرجوع الأمر على هذا إلى أنّ الناذر لا يقدر على التملك الحقيقي، فكيف يكون منهياً عنه بالنهي التكليفي، وما يمكن أن يكون النهي التكليفي المتعلّق به موجباً للفساد - وهو البيع السببي، أعني: مجرد قول بعت وقبلت، مع قطع النظر عن حصول النقل والانتقال - لا يكون ضدّاً لواجبنا؛ لوضوح أنّ مجرد هذا اللفظ بدون الخروج عن الملك لا ضدية له مع الذبح والإعطاء الذي هو الواجب أصلاً.

وهذا بخلاف الحال في العبادات، فالنهي هناك متعلّق بصلاة الحائض - مثلاً - باعتبار الصورة، يعني: أنّ الحائض منهية عن صورة الصلاة، لا عن الصلاة الموصوفة بالصحة والمقرّية، وإلّا لزم التكليف بما لا يطاق وإن كان عدم القدرة ناشئاً من قبل هذا النهي. ومن هنا يظهر صحة هذه التصرفات قبل حصول الشرط بطريق أولى. هذا بحسب الحكم الوضعي.

وأما بحسب الحكم التكليفي، فلا إشكال في حصول العصيان، وحنث النذر بسبب هذه التصرفات في صورة إطلاق النذر أو اشتراطه مع حصول

الشرط؛ وأما مع عدم حصوله فكذلك أيضاً، لكن مع العلم بحصوله فيما بعد، بناءً على ما بنينا عليه في الواجب المشروط خلافاً للمشهور، من أن حال الواجب المشروط — مع علم المكلف بحصول شرطه في محله — في حصول العصيان في الجملة حال الواجب المطلق.

وأما مع الشك في حصول الشرط فيما بعد، فيدور الحكم بحسب الواقع مدار الواقع، وأما بحسب الظاهر فمقتضى الأصل: الحلية وعدم العصيان على ما هو الحال في الواجبات المشروطة بالأصالة.

ويمكن أن يقال هنا بعدم الفرق بين حالي العلم والشك في حصول العصيان، وإن قلنا بالفرق بينهما في سائر الواجبات المشروطة، وذلك بأن يدعى أنه يتبادر عند العرف من النذر المتعلق بفعل متعلق بعين المشروط بشرط غير حاصل نذر آخر ضمني، وهو نذر إبقاء العين، ألا ترى أن من وعد زيدا بذبح الشاة المعينة وطبخها له إن جاءه زيد في الغد فباعها قبل الغد مع عدم العلم بعدم المجيء في الغد، يُعدّ عرفاً بيعه خلفاً للوعد، وليس ذلك إلا للملازمة العرفية بين الالتزام المذكور والتزام إبقاء الشاة إلى زمان تبيّن الحال. وحينئذٍ ففي مسألة النذر التصرفات المنافية في حال الشك حث للنذر الضمني المذكور، فيكون حراماً من هذه الجهة. هذا كله في نذر الفعل.

وأما نذر النتيجة، مثل نذر حرية عبده أو ملكية شاته للفقراء، فإن كان مطلقاً أو مشروطاً والشرط حاصل، فلا إشكال، لا من حيث الحكم التكليفي، ولا من حيث الحكم الوضعي، فالتصرف المنافي مثل أكل لحم الشاة حرام، والعقد عليه باطل، لخروجه عن ملكه.

وإن كان مشروطاً والشرط غير حاصل، فلا إشكال أيضاً في الحكم التكليفي بناءً على ادّعاء تبادر النذر الضمني الذي هو نذر الإبقاء، فالتصرف المنافي حرام، لكونه حثاً لهذا النذر، وأمّا العقد عليه فمقتضى القواعد والعمومات صحته.

فتحصّل حرمة التصرف المنافي في جميع أقسام النذر وصحة العقد في نذر الفعل بأقسامه وقسم واحد من نذر النتيجة وهو المشروط الذي لم يحصل شرطه، وبطلانه في قسميه الآخرين هذا.

ويمكن أن يقال ببطلان العقد في جميع أقسام النذر، وبيانه يحتاج إلى مقدمة، وهي أنّ في كثير من الأخبار أنّ مضمون النذر: نذرت لله كذا عند كذا، ومن هنا توهم جماعة اعتبار قصد القرية في النذر وكون النذر باطلاً بدونه.

وظني أنّ اللام في كلمة الله ليس لإفادة القرب، بل هي وصليّة تمليكيّة، فقولك: لله عليّ ذبح هذه الشاة وإعطاؤها الفقراء، كقولك: لك عليّ دينار، فالكلامان مشتركان في أنّ المتكلّم بهما يصيّر نفسه بسببها مديوناً لغيره، غاية الأمر إنّ المطالب والدائن في الأوّل هو الخالق، وفي الثاني هو المخلوق، والمطالب - بالفتح - في الأوّل: هو العمل، وفي الثاني: هو المال.

والفرق بين العهد والنذر أنّ الأوّل: إشهاده تعالى على القضية، والثاني: جعل النفس مديوناً له تعالى، ومطالبته تعالى للعمل في الأوّل مطالبة للعمل بما جعله تعالى شاهداً عليه، وفي الثاني مطالبة لقضاء الحق والدين، وهما غير مطالبة العمل المتعلّق للتكاليف والالزامات، فإنّها فيها مسبقة بمجرد الإلزام، الذي لازمه عقلاً الثواب على الموافقة والعقاب على المخالفة.

القول في كاشفية الإجازة:

ولابدّ أولاً من تصوّر الوجوه المتصورة في المقام لكاشفية الإجازة وتصور إمكانها العقلي، ثم إن مقتضى القواعد أيّ منها؟ فنقول مستعيناً بالله تعالى والرسول ﷺ هيهنا وجوه متصورة:

الأول: أنّ الشرط هو عنوان التعقّب وهو مقارن للعقد وهذا الوجه علاوة على كونه كراً على ما فرّ، فإنّه ننقل الكلام إلى نفس هذا العنوان فنقول: هو مشروط بأمر متأخر استقبالي، أعني: نفس الإجازة الخارجيّة، والقول بأنّه مشروط بلحاظها لا وجودها، ولهذا لو لم يكن لاحظ في البين لا وجود له أصلاً، مدفوع بأنّ اللحاظ أيضاً يكون تتبع الملحوظ ومشروطاً به، فلو لم يكن ملحوظ لم يكن لحاظ يكون على خلاف الأدلّة، فإنّ الاستفادة منها اشتراط الطيب لا التعقّب.

الثاني: أنّ الشرط عبارة عن لحاظ الأمر المتأخر، وتوضيح ذلك: أنّ الخارج البحث لا يتصرّف في النفس بل لابدّ من لحاظه، وحينئذ فكما يمكن أن يلاحظ الملاحظ أمراً مقدّماً أو مقارناً ويرى بملاحظته الصلاح، كذلك يمكن أن يناط الصلاح بنظره بملاحظة الوجود الاستقبالي، فيجعل الحكم عند لحاظ وجوده، فكما يتزعم في الوجه المتقدّم عنوان التعقّب بملاحظة الأمر المتأخر يتزعم هنا الملك عوض التعقّب بملاحظة ذلك الأمر، بمعنى أنّه لما يرى وجود الإجازة في ما بعد يرى الصلاح في جعل الملك في هذا الحال، كما أنّ المرید للفعل قد يحدث في نفسه الإرادة بعد ملاحظة ترتّب الغاية المتأخّرة في الاستقبال فيريد مثلاً بناء السرداب بملاحظة مجيء الصيف في ما يأتي.

والحاصل: أنّ الشرط هو اللحاظ ومن المعلوم أنّ المتفرقات في الخارج مجتمعات في الذهن ولا تقدّم ولا تأخر فيه بينها، وهذا أيضاً - علاوة على ما تقدم في السابق من الإشكال الأوّل - مخالف للقواعد أيضاً، فإنّه وإن جعل الشرط هو الطيب لا شيئاً آخر لكن جعل تحقّق المشروط بعد لحاظه دون وجوده الخارجي، والظاهر من الأدلّة أنّ الحليّة والملكيّة لا يتحقّقان إلّا بالطيب، يعني: إلّا بعد وجوده في الخارج كما هو المنساق من نظائره في العرف.

الثالث: أنّ الشرط نفس الإجازة المتأخّرة بوجودها الخارجي لكنّها تؤثر في الملكيّة من حين العقد، فإنّ الملكيّة أمر اعتباري، فيمكن اعتبارها بالنسبة إلى العين الشخصية في قطعة واحدة من الزمان لشخص في زمان ولشخص آخر في زمان آخر، ونظير ذلك المنافع في باب الإجازة، ألا ترى أنّك لو ملّكت شخصاً منفعة دارك في يوم الجمعة وكان زمان التمليك يوم الأربعاء، فندمت ففسخت الإجازة يوم الخميس فمنفعة يوم الجمعة صارت ملكاً لإثنين في زمانين.

ويمكن ذلك في الوجوب أيضاً كما هو الحال في الفسخ، فما الفرق في ذلك بين الزمان اللاحق والسابق؟

فإذا فرض أنّ الفضولي ملك منفعة يوم الأربعاء فأجر ذلك يوم الجمعة فما المانع من أن يؤثّر من هذا الحين ملكيّة منفعة يوم الأربعاء؟ ولا يلزم اجتماع المملكتين، لاختلاف زمني الاعتبار، كما أنّ الحمار مثلاً يكون يوماً لأحد ويوماً آخر لشخص آخر. ثمّ ما الفرق بين المنفعة ونفس العين؟ فيمكن أن يقال: إنّ هذا العين في يوم الأربعاء على نحو الظرفيّة ملكيّة مضافة إلى زيد يوم الجمعة ثمّ من

يوم الجمعة صارت ملكيتها الثابتة في يوم الأربعاء منتقلة إلى عمرو، هذا محصل ما يقال.

وتحقيق الحال إنّا قد نعتبر محلّ النقل والانتقال والمبادلة نفس العين، غاية الأمر لما ليس المبادلة بينهما في الحقيقة ولا في الوجود فلا محالة لابد أن نعتبرها بضرب من المسامحة بلحاظ غرض من أغراضها أو الأمور المتعلقة بهما، كما أن يكون في المكان يعني أعطى المكان الذي لولا الإعطاء كان مكان هذا لذاك وبالعكس، وكذا الحال في الملكية، يعني صار هذا معروضاً للملكية ذاك وبالعكس بناءً على المسامحة العرفية في انتقال العرض والاكتفاء في أصالة الوجود البقائي للملكية إلى المعروض بصرف وجود المقتضي، فيقال: هذا صار واجد ملكية ذاك وبالعكس، فالمبادلة بين المالكين بلحاظ الملكية.

وحيثئذ فيلزم ممّا ذكر اجتماع النقيضين واجتماع المملكتين في زمان واحد، فإنّ العين الواحدة فرضناها في يوم الجمعة مثلاً ملكاً لزيد ولا ملكاً له وكذلك ملكاً لعمرو ولا ملكاً له، ونحن وإن قلنا: إنّ الملكية أمر اعتباري، لكن لها النفس الأمرية والصدق والكذب وإلّا فلو كان من قبيل التخيل المحض وأنياب الأغوال لا يمكن مع اتّحاد زمان الاعتبار أيضاً.

وقياس المقام بباب الإجارة في غير المحلّ، لأنّ الزمان هناك قيد للمال، فالمنفعة الكائنة في يوم الجمعة بمنزلة الحمار يكون ملك أحد يوماً وملك غيره يوماً آخر فاختلف المملكتان في المال الواحد، وهذا بخلاف المقام فإنّ الزمان أخذ هنا ظرفاً للملكية، فالعين ملك في يوم الجمعة لأحد وملك في هذا اليوم أيضاً لآخر، غاية الأمر: أنّ زمان اعتبار الملكية الأولى يوم وزمان اعتبار الأخيرة غيره، فهذا

نظير أن تتّصف العين بالبياض في يوم الجمعة في يوم السبت ثم يوم الأحد ينقلب الواقع ويتّصف بالسواد في يوم الجمعة.

وقد نعتبر محلّ النقل والانتقال نفس الملكية فنقول: قد انتقلت الملكية الكائنة في يوم الجمعة في يوم السبت إلى أحد وانتقلت هذه الملكية في يوم الأحد إلى غيره، فحينئذ يكون القياس بباب المنفعة في محلّه، لكنّ المبنى خلاف الواقع، فإنّه لا يتعلّق التملك والتملك والنقل والانتقال بالملكية ولا يصير الإنسان مالكا للملكية بل يصير مالكا للمال، وهذا واضح.

فقد تحصّل ممّا ذكرنا أنّ وجوه الكشف بين ما يكون على خلاف القواعد وما لا يعقل، لكن ظاهر صحيحة محمد بن قيس المتقدمة بل صريحها هو الكشف فلا بدّ من رفع اليد عن ظاهر الأدلّة لذلك، ولا يبقى مرجّح لأحد الوجهين المعقولين، وما ذكره شيخنا المرتضى — طاب ثراه — من الكشف الحكمي بمعنى النقل الحقيقي من حين الإجازة وترتيب آثار الملك من حين العقد فإنّ كلاً من الوجوه الثلاثة مشتركة في مخالفة الأدلّة، فإنّ الكشف الحكمي أيضاً خلاف قاعدة تبعيّة النماء للأصل، وحينئذ فلو كان للرواية ظهور في أحد الوجوه كان متّبعا، ولا يبعد دعوى ظهور الرواية في الكشف الحقيقي.

وحينئذ فنقول: إمّا نختار مذهب من يقول بأنّ وصف الإطلاق عبارة عن لحاظ الإرسال والشيوع، ففي المقام حيث إنّ التقييد بزمان خاص ممكن بأن يملكه في قطعة خاصّة فملاحظة الإرسال بحسب الزمان أيضاً ممكن، فيحمل إطلاق إنشاء المعاملة على إيجاد الملك بطريق الإرسال، والإجازة المتأخّرة معناه إنفاذ ما جعله وأنشأه المنشئ، وعلى هذا كما كان من جعله نفس الملك كذلك وصف

ارساله وبدنه من حين العقد، فتعلّق به الإجازة أيضاً، فيلزم تعلّق إمضاء الشرع لذلك أيضاً.

وإنّا نختار مذهب من يقول: ليس وصف الإطلاق إلّا عدم لحاظ التقييد في عالم تعلّق الحكم ولا يحتاج إلى لحاظ أمر زائد، فالمجوعول على هذا إنّها هو نفس الملكية وكونها في زمان العقد من لوازم تماميّة علته فيه، فإنّ تمتّ العلة فيه اقتضت وجوده فيه قهراً لا من قبل الجعل وإلّا فعند تمامها في أيّ زمان كان كما هو الشأن في سائر المعلولات، فالإجازة على هذا تتعلّق بنفس الملكية، والإمضاء محقّق لها، ولازم ذلك تحقّق الملك حين الإجازة.

فإن اخترنا الثاني فالأمر واضح ممّا قرّرنا، وإن اخترنا الأوّل فلا بدّ أن نقول بلغويّة الإجازة، فإنّ مفادها على ما عرفت لا يعقل أن تتحقّق في الخارج، فلا يمكن أن يشمله ﴿أوفوا﴾ فهو كما لو تعلّق العقد بالملكيّة السابقة، لأنّ ما قصده العاقد غير ممكن التحقّق وما يمكن غير مقصود للعاقد، هذا.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ قضية القواعد هو النقل، والكشف الحقيقي غير مطابق للقواعد أو غير معقول، وأمّا الكشف الحكمي بمعنى النقل من حين الإجازة والتنزيل منزلة الملك من حين العقد بالنسبة إلى الآثار الممكنة فهو أيضاً على خلاف القواعد كما هو واضح، لأنّه خلاف قاعدة السلطنة وقاعدة تبعية النماء للأصل ونحوهما، فيتّضح من هذا أنّه لو قام الدليل الخاص كما هو الواقع على الكشف على خلاف القواعد فلا مرجّح للكشف الحكمي على الحقيقي، إذ ليس فيه حفظ للقواعد حتّى يكون طريق الجمع، فلو كان لذلك الدليل ظهور في الكشف الحقيقي فلا بدّ من اتّباعه.

والانصاف عدم ظهور صحيحة محمد بن قيس في أحد القسمين، فإن قوله: «الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها» ظاهر في الحكم الواقعي، فيطابق الكشف الحكمي، وعلى الكشف الحقيقي لا يتم ذلك إلا على الحكم الظاهري وقوله - عليه السلام - في مقام تعليم العلاج: «خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك» ظاهر في الإنفاذ الحقيقي دون التنزيли.

ولا ظهور في أحد الجانبين في صحيحة أبي عبيدة أيضاً الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً الأمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف، وإن قال شيخنا المرتضى - طاب ثراه - أنه ظاهر في قول الكشف؛ إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على أموالهم.

وظاهره أنه على الكشف الحقيقي يمكن حفظ هذه القاعدة وأنت خير بآته أيضاً مخالف لهذه القاعدة فإنه كيف يبقى للمالك سلطنة بعد انتقال المال عنه من حين العقد مع عدم التفاته وعدم شعوره بل وصغارته.

الثالث من شروط الإجازة:

أن لا يسبقها الرد، قال شيخنا المرتضى - قدس سره -: إذ مع الرد ينفسخ العقد فلا يبقى ما تلحقه الإجازة، والدليل عليه بعد ظهور الإجماع بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا - طاب ثراهم - أن الإجازة إنما تجعل المجيز أحد طرفي العقد وإلا لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو في حقّ العاقلين أو من قام مقامهما، وقد تقرّر أن من شروط الصيغة أن لا يحصل بين

طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة.

أقول: أولاً: جعل وجوب الوفاء مخصوصاً بالعاقدين ينافي ما سبق منه - طاب ثراه - من أنه لا يعتبر سوى صدق العقد ورضى المالك فلا يعتبر استناد العقد إلى المالك، وثانياً: لو سلمنا اعتبار الإضافة المذكورة نقول: ليس ردّ المالك مفنياً للعقد الذي أوقعه الأصيل والفضولي ومعدماً لموضوعه، غاية الأمر السلامة معه عن الأثر فإذا لحقه الإجازة بعد ذلك تمّ السبب وكان بعينه كما قبل الرد وليس هذا كموضوع نفس المنشئ عن إنشائه، يعني: لو رجع الموجب عن إيجابه وبعد ذلك لحق القبول يضرّ بصدق المعاهدة، وأما ردّ القابل لإيجاب الموجب مع بقاء الموجب على إيجابه ثمّ ندم الآخر وقبّل بعد الردّ فلا مانع عرفاً من صدق التعاقد من دون حاجة إلى تجديد إنشاء من طرف الموجب، وسرّ ذلك أنّ شخصاً آخر لا ولاية له على تخريب الإنشاء الصادر من غيره، وجعله كالعدم فظهر أنّ المقيس عليه أيضاً، أعني: عدم تخلّل الردّ من القابل بين الإيجاب والقبول ليس واضحاً غير قابل للإنكار.

هذا كلّه مع لزوم صدق العقد، مع أنّ لنا أن نمنع ذلك ونكتفي بصدق البيع عرفاً، وكما يصدق البيع مع الإجازة قبل الرد فكذلك معها بعده بلا فرق فراجع، ومن ذلك يظهر أنّ المنع السابق على العقد أيضاً لا يؤثر بعد لحوق الإجازة في اللاحق.

نعم لو شككنا في صدق العقد المضاف إلى المالك أو صدق البيع فلا يحيص عن القول بعدم الانتقال لأته مقتضى الأصل، وعلى فرضه فلا يمكن الشك برواية الوليدة، وجه ذلك أنّ تصرف المالك في المنتقل عنه ليس كتصرفه في

المال المنتقل إليه، فالثاني يدلّ على الإمضاء والرضى بالعقد ولكنّ الأوّل لا دلالة فيه على الكراهة والرد، لأنّه أعمّ إذ من الممكن أن يكون إثبات اليد على ماله من جهة ملاحظة أن لا يخلو يده عن البدل والمبدل معاً إذا كان العوض في يد الفضولي كما هو الظاهر في رواية الوليدة حيث إنّ ثمنها قد أخذه ابن المولى، وتعليله أخذ الوليدة بأنّه «باعها ابني بغير إذني» أيضاً لا يدلّ على الكراهة؛ إذ من الممكن أن يكون ذلك مصحّحاً لأخذه الوليدة حتّى يتّضح مآل الحال، لا لردّه المبيع.

البحث الثاني في التكلم في المجيز

وفيه مقامات:

المقام الأول: يشترط في المجيز أن يكون حال الإجازة جامعاً لشرائط نفوذ التصرف، فكما يشترط كونه مالكاً كذلك يعتبر كونه بالغاً عاقلاً رشيداً، فلا يصح من الصغير والمجنون والسفيه من غير فرق بين القول بالكشف والنقل، ولو كان محجوراً عليه بالمرض وقلنا بأن تصرفات المريض في الزائد على الثلث يحتاج إلى إمضاء الوارث، أو بالفلس فلا إشكال في عدم النفوذ أيضاً على النقل وكذا على الكشف بمعنى دخل الإجازة الخارجية في التأثير؛ إذ يصدق على الإجازة حينئذ عنوان التصرف فيشملة أدلة الحجر، وأما على الكشف الحقيقي بمعنى كشف الإجازة عن تحقق عنوان إما منتزع منها من التعقب أو الوجود اللحاطي، وإما مجهول عندنا.

فقد يستشكل بأنه ليس على هذا في البين تصرف حتى يمنع منه، وإنما الدخيل والمؤثر أمر آخر ملازم مع ما هو فعل الشخص المحجور وهذا الملازم ليس وجوده وعدمه تحت اختياره وإرادته، كيف وهو موجود قبل وجوده فضلاً عن اختياره؟ هذا.

ولكنه مدفوع بأن عين ما يقتضي القول بالنقل اعتبار كون من يصدر عنه

الإجازة واجداً لشرائط التصرف كوجودانه للمالكية يقتضيه على القول بالكشف، فإنّه ليس الداعي على عدم تمامية العقد بنفسه في التأثير إلا الأدلة النقلية أو الارتكازية الدالة على أنّ مال أحد لا يمكن أن يخرج عن ملكه بلا اطلاعه ورضاه، غاية ما في الباب أنّ القائل بالنقل استظهر من الأدلة اعتبار هذا المعنى على نحو يتعقبه الأثر في الزمان، والقائل بالكشف استظهر اعتبار هذا المعنى بطريق وجود الأثر قبل هذا المعنى.

وبعبارة أخرى: كلا القائلين يتنازعان في معنى واحد وهو ما اجتمع جميع شرائط التأثير، فلا يقال: إنّهُ على القول بالكشف بالمعنى المتقدم لا تأثير للإجازة فلا وجه لاعتباره شرائط التأثير. فإنّه يقال: الملازمة مع العنوان المؤثر التي هي مبنى الكشف إنّها هي في المستجمع للشرائط، وغيره غير ملازم فلا يستكشف منه تنمّة السبب.

المقام الثاني: هل يشترط وجود مجيز حال العقد؟ فلو بيع مال اليتيم لغير مصلحة لم ينفعه إجازته بعد البلوغ ولا إجازة وليّه عند حدوث المصلحة.

تحقيق المقام يتبني على ذكر مقدّمتين:

الأولى: أنّ تصحيح عقد الفضولي بعد الإجازة يكون من باب القاعدة من جهة صدق عنوان البيع والصلح والهبة والنكاح وغير ذلك عليه عند العرف وأنّه لا فرق في صدق هذه العناوين بين وجود الرضى قبل العقد أو بعده، وهذا بعد لحوق أدلة الإمضاء من قبيل ﴿أحلّ الله البيع﴾^(١) و «الصلح جائز»^(٢) و «النكاح

١- البقرة/ ٢٧٥.

٢- الوسائل: ج ١٣، الباب ٣، في أحكام الصلح، ص ١٦٤، ح ١ و ٢.

ستتي، وغير ذلك يصير حجةً ودليلاً، لكن مقتضى هذا إنَّها هو حصول الأثر من حين الإجازة لأنَّه حين صدق الاسم.

الثانية: أنَّ صحيحة محمد بن قيس السابقة قد خصَّصت هذه القاعدة المؤمى إليها من جهة صراحة دلالتها في الكشف وترتَّب الآثار من حين العقد لا حين الإجازة، وبعد كون كلٍّ من الكشف الحقيقي والتعبدى على خلاف القاعدة لا ترجيح لأحدهما على الآخر إلَّا إذا كان أحدهما ظاهراً من الصحيحة، فنقول: الظاهر من الصحيحة هو الكشف التعبدى، فإنَّ الظاهر منها أنَّ الإجازة بنفسها منشأ للأثر وبها يناط الأثر، لا أنَّه بها يعلم ما به يناط الأثر من عنوان التعقُّب أو نحوه، فإنَّه خلاف الظاهر من مفادها، فإذا استقرَّ ظهورها في ذلك يتعيَّن الأمر في الكشف التعبدى.

وحيثُ فنقول: كلُّ شرط وقيد احتملنا شرطيته وقيدتيه في صحَّة الفضولي بهذا النحو من الكشف لابدَّ من الأخذ بالقدر المتيقَّن والرجوع في فاقد ذلك القيد والشرط إلى القاعدة المذكورة، من الصحَّة على وجه النقل، اللهمَّ إلَّا أن نصحَّح الكشف فيه أيضاً بواسطة عدم الفصل إمَّا بينه وبين سائر أفراد هذا العقد ممَّا يكون واجداً للقيد والشرط، وإمَّا بين هذا العقد وبين عقد النكاح، فإنَّ الإطلاق الراجع لاحتمال القيود المحتملة يكون فيه موجوداً وهو دليل صحَّة تزويج الصغار عند إجازتهم بعد الكبر من حيث ترك الاستفصال فيه بين وجود الصلاح وعدمه، ووجود الولي وعدمه، ولكن لا يخفى أنَّ صحَّة هذه الطريقة موقوفة على إحراز الإجماع على البسيط، أعني: نفي الثالث، وإلَّا فالمتبع ما ذكرنا من القاعدة.

ثمَّ إنَّه لو جعل العنوان في هذا المقام اشتراط وجود ذات من له أهليَّة

الإجازة ولو كان ممنوعاً من الإجازة فعلاً - غاية الأمر مع قيد التمكّن من الوصول إليه ثلاثاً يرد الإيراد بأنّه موجود دائماً على مذهب الإمامية من وجود الإمام في كلّ عصر - فحينئذ لا ينطبق على التمثيل للمقام ببيع مال اليتيم لغير مصلحة، فإنّ قيد كونه لغير مصلحة يناسب مع إرادة المجيز الجائز الإجازة فعلاً لا ذات المجيز.

وإن جعل العنوان هذا الأخير، أعني: جائز الإجازة، لم يبق فرق بينه وبين بعض فروع المقام الآتي، فإنّ من فروعه ما إذا كان المجيز ممنوعاً حال العقد من التصرف بفلس ورهن ونحوهما فيشمل الولي على الصغير مع عدم الصرفة في إجازة العقد الواقع على ماله، والأولى أن يقرّر عنوان هذا المقام اشتراط المجيز الجائز الإجازة ليصحّ التمثيل ببيع اليتيم مع القيد المذكور، وتقرير عنوان المقام الآتي أنّه سواء أقلنا باعتبار وجود المجيز أم بعدم اعتباره هل يعتبر كون المجيز للعقد هو المالك للمال حال العقد ولو كان حال العقد ممنوعاً من التصرف، فإنّه على هذا يصير العنوانان غير مبتن أحدهما على الآخر، ويناسب العنوان الثاني أيضاً مع التمثيل له بما إذا باع ثمّ ملك، هذا.

ولكنّ الظاهر من شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أنّه جعل العنوان الأوّل اشتراط المجيز الجائز الإجازة، والعنوان الثاني أنّه على فرض هذا الاشتراط هل يشترط كون الشخص المجيز للعقد عين من كان حال العقد جائز التصرف والإجازة، أو يكفي التعدّد؟

وهذا يشمل بعض الفروع الذي ليس محلاً للكلام وبعض فروعه ليس مبتنياً على العنوان المتقدم، فإنّ بيع الفضولي مال اليتيم مع الاقتران بالصرفة ووجود الولي لكن لم يجز حتّى صار اليتيم كبيراً، فأجاز في حال الكبر، داخل في

هذا العنوان وليس في صحته كلام، ومسألة من باع ثم ملك يكون من فروع المقام وليست مبتنية على العنوان المتقدم، فإنه مع القول بعدم اعتبار المجيز حال العقد أيضاً يمكن التكلم في أنه هل يعتبر كون المجيز هو الملك حال العقد أو يكفي كون المالك غيره؟

وعلى كل حال فالمهم التعرض للمسألة المذكورة، فنقول: إذا باع الفضولي ثم ملك فهل يقع البيع الأول أو توجب هذه الملكية فساداً؟ ثم على تقدير الصحة هل يحتاج إلى إجازة هذا المالك الجديد أو يكفي نفس ملكيته في صحته؟ قال شيخنا المرتضى - قدس سره -: الأقوى الصحة للأصل والعمومات، ومراده أن العقد قد تحقق ورضى المالك أيضاً لحقه، فيبقى احتمال أن المعتبر رضى من هو المالك حال العقد فندفعه بالاطلاقات وهذا على النقل واضح وأما على الكشف الحقيقي فلا يتم لأن مقتضى صحة البيع الأول من حينه وهي مقتضية لفساد البيع الثاني الذي قد شمله عمومات صحة العقود، وحينئذ فإما نقول بأننا لم نلتزم بالكشف في جميع الموارد ففي هذا المورد نقول بالنقل، وإما نقول بالكشف لكن بالقدر الممكن وهو من حين العقد الثاني، قال - قدس سره -: وربما نسلّم هنا عن بعض الإشكالات الجارية في مسألة من باع مال الغير لنفسه فأجاز ذلك الغير مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان، هذا.

ولكن ربّما يستشكل في هذا بأن الأمر بالعكس وأن الإجازة في تلك مطابقة لمقصود المتبايعين دون المقام، بتقريب أن البيع عبارة عن المبادلة، والمبادلة مقتضية للمحل الذي ينتقل منه والمحل الذي ينتقل إليه كما هو الحال في المبادلة الخارجية المكانية، ثم إما أن يجعل هذان المحلّان عنوان المالك للمال، غاية الأمر أنه منطبق على شخص لكن الخصوصية الشخصية خارجة في الطرفين عن طرفية المبادلة،

وإمّا أن يجعل نفس الشخصين الحاصلين المالكين للعوضين في حال وقوع المبادلة، وإمّا أن يجعل عنواناً جامعاً لهذا الشخص ولمن يملك المال بعد ذلك مثل عنوان ابن عمرو، لا سبيل إلى الأخير لأنّ هذا الجامع غير مرتبط بالإضافة الماليّة، ولا إلى الأوّل، فإنّ عنوان المالك منتزع عن نفس الإضافة المتحقّقة بين ذات الشخص وذات المال فيكون متأخراً في الرتبة عن هذه الإضافة فكيف يكون هو طرفاً لها؟ فيلزم تقدم الشيء على نفسه، فتعيّن أن يكون طرفاً المبادلة ذات الشخصين المتّصفين بالملكيّة حال وقوع المبادلة، والفرض أنّ هذا الشخص مغاير في مسألتنا مع المجيز والمالك حال الإجازة بخلاف المسألة السابقة، حيث إنّ المالك في الحالين فيها متّحد فتتحقّق المطابقة بين الإجازة ومضمون العقد فيها دون المقام.

تحقيق المقام على وجه يرفع غاشية الأوهام يقتضي بسط الكلام فنقول وبالله الاستعانة: قد نقول: إنّ مفهوم البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال ومن المعلوم أنّ البدليّة ليست في الحقيقة والذات، فلا يتبدّل حقيقة الكتاب درهماً ولا العكس، وإنّما هي في الإضافة الملكيّة يعني يتبدّل إضافة الكتاب إلى صاحبه بإضافة الدرهم إلى صاحبه، فيصير الكتاب مضافاً إلى صاحب الدرهم والدرهم إلى صاحب الكتاب. وبالجملّة: قصد النقل من المالك والانتقال إلى المالك مأخوذ في حقيقة البيع، ولا بدّ من وقوعه في حيّز الإنشاء. كما في التزويج فإنّه غير متعرض لنقل العلاقة من النفس لعدم ثبوتها لها وإنّما المتعرض نفس الاثبات للغير وكما في بيع الكلّي مع عدم تملك الشخص فإنّه لا يسلب عن نفسه شيئاً لفرض عدمه، وإنّما يدخل في ملك الغير مالاً.

وتارة نقول: إنّ مفهوم البيع ليس إلّا تملك المال للغير بالعوض ولو كان

خروج المال من شخص ودخول العوض في ملك آخر، غاية الأمر أنه عند الإطلاق يحمل على كونه خارجاً مَن يدخل في كيسه العوض، لكن حقيقته غير آية عن التقييد بغير ذلك، وعلى هذا فيصير ما زاد عن هذا المفهوم العام خارجاً عن تحت الإنشاء البيعي.

فإن قلنا بالأول وقد فرضنا تمثلي قصد ذلك المعنى من الفضولي البائع للنفس فنقول: إنه علاوة على اعتبار المالكين في البيع يعتبر كونها مشخصين؛ لأن اعتبار النقل من عنوان المالك لا معنى له، وكذلك من الجامع الآخر، وإنما من شخص زيد مثلاً، فبعد تحليل العقد الفضولي المذكور على مذاق الشيخ إلى أصل البيع وادعاء المالكية، أو على ما ذكرنا من أنه على خلاف الواقع — لأن الفرض وحدة المطلوب — فالعلاج أن القصد متى تعلّق بمهملة البيع يؤثر في وجوده ومهملة البيع يصدق تعلّق القصد بها عند تعلّق القصد بالمقيّدة، فلو كان المصداق الواقعي من المهملّة غير ما وقع تحت الإنشاء فوجود المهملّة لا محالة يكون في ضمن ذلك المصداق الواقعي، فإن قصد خصوصيّة المصداق الغير الواقعي، أعني الإخراج من النفس و... فيه غير مؤثر، وإنما المؤثر القصد إلى المهملّة، فالمؤثر يؤثر أثره وما لا أثر له وهو قصد الخصوصية يصير لغواً.

وبالجملة على كلا المبنيين لابد من صحّة البيع في المسألة المتقدّمة وفسادها في المقام، ووجه أنه بعد ما تحقّق القصد إلى البيع فلا بد من تأثيره، وقوعه خارجاً، كما لو أوقعه المالك الحقيقي غاية الأمر أن الموجود بقصد الفضولي يكون كالجسم بلا روح، ومحلّ وقوعه ولو بهذا النحو، أعني: كالجسم بلا روح وفي مرتبة خارج الإنشاء ينحصر في المالكين الحقيقيين، إذ غيرهما غير قابل للاتّصاف بالبيعية، وإذا كان قصد المهملّة موجباً لوقوعه فلا محالة يوقعه في الفرد الممكن، فالقصد وإن

تعلّق بها في ضمن الغير الممكن لكن وقوعه لا يمكن ولو بالوقوع الإنشائي إلّا في الفرد الممكن، فالإجازة المتأخّرة التي هي مرقبة (كذا) لبيكرة البيع ومنفخ للروح فيه إن تعلّقت بنفس هذا الواقع فهو وإلّا فلا بيكرة في غير هذا المحلّ حتّى يصير ذا روح بالإجازة، ففي المسألة المتقدّمة يتعلّق بنفسه وفي مقامنا ليس كذلك.

ومن هنا علم أنّه لا فرق بين القول بأنّ البيع عبارة عن نقل عن محلّ ما وتعيين المحلّ في الشخص، أو نقول بأنّ من الأوّل ينقدح في الذهن النقل الخاصّ، كما أنّ القائل في «ضرب زيد» لا ينقدح النسبة إلى فاعلٍ ما ثمّ تعيين فاعل ما في زيد، بل من الأوّل يسند الضرب إلى زيد. وبالجمله وجوده الذهني وجود وحداني بسيط لا وجودان مترتبان: إجمالي وتفصيلي، ولا فرق أيضاً بين القول بأنّ سهم حقيقة البيع، إنّما هو نفس المبادلة المالية والخصوصيّات الآخر تكون بدال آخر كما في المعنى الحرفي، أو قلنا بأنّ الخصوصيّات مأخوذة في مفهوم البيع، فإنّ جميع هذه الصور مشتركة في أنّه بعد تلبّس مهملة البيع بالقصد يتّصف بالوقوع وهو غير ممكن إلّا في المحلّ القابل وهو شخص المالكين.

ومن هنا ينقدح أنّ عدم كون خصوصيّات الملاك المتعدّدة معدّدة للبيع الوراد على المال بالنظر العرفي كتخلّف وصف العربية من الفرس المبيع - حيث لا يوجب تعدّد المبيع بنظر العرف - لا ينفع في المقام، فإنّ هذه الوحدة العرفيّة لا ينفع بعد الوقوع وقرار الإنشاء على المحلّ الخاصّ، فكما أنّ إنشاء الملك يوجب استقرار البيع على نفسه في اعتبار المنشئ ونظر الشارع معاً فكذلك في مقامنا يورث استقراره في نظر المنشئ.

ويؤيّد ما ذكرنا أنه يلزم على تقدير صحّة البيع في مسألتنا في ما إذا باع

الفضولي مال زيد مثلاً فباع زيد هذا المال من عمرو وعمرو من بكر وهكذا ترتبت الأيدي إلى ستين سنة مثلاً، فالمالك على رأس الستين كان له أن يميز ذلك البيع الفضولي.

لا يقال: يلزم عليك أيضاً ذلك في ما إذا عاد الملك بعد الستين إلى المالك الأول وهو زيد في المثال.

لأننا نقول: مدّعانا اعتبار وحدة الإضافة الحاصلة حال العقد مع الحاصلة حال الإجازة، وفي ما ذكرت، الشخص وإن كان واحداً لكن إضافته الثابتة حال العقد قد زالت، والموجودة حال الإجازة إضافة متجددة مغايرة للأولى.

فإن قلت: فما تقول في الورثة بحيث يميزون العقد الفضولي الواقع على ملك مورّثهم؟

قلت: الوارث وجود تنزيلي لمورّثه، فكأن المورّث موجود وحيّ بيدنه التنزيلي فإضافته باقية، ولعلّ سرّ أشدّية حبّ الإنسان ولده من نفسه وولد ولده من ولده، هو أنّ النسبة بينهما هو النسبة بين الفاني والباقي، فكأنّ له بدنين أحدهما بدن نفسه وهو فان والآخر بدن ولده وهو باق، وهكذا الملاك في الولد وولد الولد. وبالجملة: يعتبر العرف وجود الوارث وجود مورّثه، فلا يرون العلاقة متجددة. هذا تمام الكلام في أصل الصحة.

وأما حال الإجازة من حيث الكشف والنقل على تقدير الفراغ من الصحة - حيث إنّ الكشف من حين العقد الفضولي غير ممكن - فنقول: قد يكون المدرك في القول بالكشف هو كون الإجازة إنفاذاً لما هو مضمون العقد ومضمون العقد هو النقل من حينه، ومن المعلوم أنّه إذا لم يمكن إنفاذ هذا المضمون، فالقول

بالتبعض بمعنى الكشف بالقدر الممكن لا وجه له؛ إذ ما هو المضمون غير ممكن الإنفاذ وما هو ممكن الإنفاذ غير مضمون العقد، فلا يحيص عن بطلان الإجازة.

وقد يكون المدرك العموم وحيثنذا أيضاً قد نقول بأنّ لنا عمومين، أحدهما: «كلّ إجازة كاشفة من حين العقد»، والثاني: «ليس شيء من الإجازة بناقله» فيكون جملة ما في المقام بضميمة عمومات صحّة العقود عمومات ثلاثة لا يمكن الأخذ بجميعها، لكنّ العام الأخير غير مزاحم بالأوّلين لأنّه موجد للموضوع بالنسبة إليهما فيكون مقدّماً في الرتبة عليهما فيكون الأمر دائراً بينهما، وحيثنذا فإن قلنا بناقليّة الإجازة يكون خلاف عموم لا شيء من الإجازة بناقله، وإن قلنا بالكشف من حين القابليّة يكون تخصيصاً في عموم كلّ إجازة كاشفة من حين العقد، غاية الأمر بالنسبة إلى قيد الكشف لا أصله، وحيث لا مرجّح في البين نرجع إلى عمومات الفوق وقضيتها النقل. وقد نقول: العموم قد انعقد على أنّ كلّ إجازة كاشفة من حين العقد، وأمّا أنّ الإجازة ليست بناقله فمستفاد من الإجماع القطعي ولو الحاصل من القولين، أعني: النقل في كلّ مورد والكشف كذلك، فعلى هذا يرتفع احتمال النقل بواسطة الإجماع، فيتعيّن التخصيص في العموم المذكور.

اللهمّ إلّا أن يدعى إجماع آخر وهو أنّه إمّا تكون الإجازة كاشفة من حين العقد أو ناقله من حينها، وأمّا التبعض فمجمع على بطلانه فيتعيّن حيثنذا البطلان، لكن هذه المقدّمات كلّها فرضيّة لا واقع لها، والواقع أنّ العمومات مقتضية للنقل والدليل الخاص الدال على الكشف تعبدّاً يكون مورده غير ما نحن فيه ولا إطلاق فيه يشمل، فلا بدّ من المشي فيه على القاعدة من النقل.

هذا كله حال المسألة بحسب القواعد والعمومات، وأمّا بملاحظة الأخبار الخاصة الناهية عن بيع غير المملوك، مثل النبوي ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»^(١)، فالكلام في محتملات هذه القضية وأنّ الظاهر ماذا؟ وليعلم أولاً أنّ الظاهر من مثل هذا التركيب عند العرف عدم خصوصيّة الإضافة إلى العاقد، فلو قيل: لا تبع المجهول، يفهمون أنّ بيع المجهول لا يقع مطلقاً، فلو فرض العاقد فضولياً وكان جاهلاً والمالك عالماً، يحكمون بطلانه حتّى بالنسبة إلى المالك العالم. فلو حملت القضية على معنى دخل فيه عقد الفضولي، فلا بدّ من رفع اليد عن هذا الظاهر بواسطة الدليل على صحّة الفضولي الذي كان صريحاً فيها.

وحينئذ نقول: محتملات هذه القضية أمور:

أحدها: أن يقصد كلّ من البائع والمشتري ترتيب آثار الصحّة من ملكيّة الثمن للبائع والمثمن للمشتري، بمحض إنشاء البيع بدون حالة انتظارية. وهذا خلاف الظاهر. من جهة أنّ فساد هذا واضح عند العرف وأنّ مال شخص لا يحلّ لغيره بلا رضاه.

الثاني: أن يكون قصدهما الإنشاء بانتظار الاشتراء فقط أو مع الإجازة وهذا ينطبق على مسألتنا.

الثالث: أن يكون القصد نقل العين الخارجية المملوكة للغير لكن على أن تصبح مملوكة في ذمّة البائع وعهدته، فالمملوك هو العين الخارجية، و الملكية مقيدة بكونها في العهدة، بمعنى أنّ المشتري ملك العين على عهدة البائع، لا أنه ملك العين في الخارج، فالملكيّة قسمان، أحدهما: ما يكون ظرف اعتباره الخارج وهذا

١-الوسائل: ج ١٢، الباب ١٢، من أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٦٦، ح ١٢.

القسم ثابت لمالكها الأصلي، والآخر: ما يكون ظرف اعتباره العهدة. وملاك القسم الأول: السلطنة الخارجية والاستيلاء الخارجي. وملاك القسم الثاني: الاقتدار على تحصيل السلطنة الخارجية بالاشتراء من المالك ونحوه، وهذا القسم كما في ملكية الكلّي في الذمة، فإنّ معنى ملك الكلّي ليس الملك الخارجي، إذ ربّما يكون الملك الخارجي ثابتاً لغيره، بل معناه الاقتدار على تحصيل الكلّي بتحصيل مصاديقه.

لكن قد يستشكل بالفرق بين الكلّي والشخصي، فإنّه في الأول يكون متعلّق العهدة التسليم، غاية الأمر تسليمه يتوقّف على تسليم الفرد وتقليكه. وأمّا في الشخصي، فإن كان متعلّق العهدة التسليم مع حصول الملك قبله يلزم أن لا يكون ملكاً لمالكه وإلاّ يلزم اجتماع المالكيتين في العين الشخصية، وإن كان المتعلّق هو التمليك، فمعناه أنّه لم يحصل بعد ملكه العين وإلاّ يلزم تحصيل الحاصل.

ولكن يجاب بأنّ متعلّق العهدة التمليك للعين في الخارج، وما حصل بالعقد هو الملكية في العهدة، وعلى كلّ حال، المعاملة على هذا الوجه الثالث إن كانت صحيحة فمعنى صحتها دخول الثمن في كيس البائع بمجرد العقد وحدوث حقّ مطالبة تسليم عين المبيع للمشتري من البائع مع محفوظيّة ملك المالك الأصلي لها في الخارج، ويكون على هذا تمليك العين بعد تملكها إيفاء بمضمون العقد لا تتمّة للسبب، كما أنّ صحّة العقد على الوجه الأول معناها دخول الثمن في كيس البائع وخروج المبيع من كيس المالك ودخوله في كيس المشتري بمجرد العقد، وعلى الوجه الثاني تكون المبادلة بين المالك والمشتري.

فعلم من هذا: أنّ ما يمكن مساسه بالمالك إنّما هو الأخير والثاني (أي الوجه الثاني والأوّل) بناء على إلغاء الخصوصية، وأمّا الأوّل - أي الوجه الثالث - : فالمعاملة واقعة بين الأصيلين،، فإن كانت صحيحة لم يحتج إلى إجازة المالك؛ لأنك قد عرفت أنّه ليس هذا منافياً للملكه وأنّ ملكه محفوظ معه، وإن لم تكن صحيحة لم تنفعه الإجازة لما ذكرنا من كون نفعها فرع المساس به، والمفروض عدمه.

فنقول: الظاهر من الأخبار بقريئة قوله: «أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟»^(١) وقوله: «لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها»^(٢) هو الاحتمال الأخير. وعليه فلا دخل لها بمسألتنا، فلو أغمضنا عن جهة تعدّد الإضافتين في مسألتنا لكان الحكم فيها هو الصّحة بمقتضى العمومات. والعجب من شيخنا المرتضى - قدس سرّه - حيث يظهر من مطاوي كلامه استظهار هذا الذي استظهرناه من الأخبار، حيث سمّى تملك المبيع بعد التملك تسليمًا، وقد عرفت أنّه لا يتمّ إلّا عليه، ومع هذا قال: لا منافاة بين عدم صحّته بالنسبة إلى العاقد وصحّته للمالك إذا أجاز.

ومحصّل ما ذكرنا في مفاد الأخبار: أنّها متعرّضة لصورة نقل الملكية الشّأنية الثابتة في العهدة إلى الغير، وتحصيل المبيع وتسليمه يكون حاله حال تحصيل الشخص في بيع الكلّي وتسليمه في كونه وفاءً بالعقد بعد تماميّته وليس كحال إجازة المالك ورضاه في كونه من تنمة المؤثّر، فلهذا يكون ملزماً بالتحصيل كما في الكلّي.

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٨، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٧٦، ح ٤.

٢- المصدر نفسه: ص ٣٧٨، ح ١٣.

وعلى هذا فالخارج من الأخبار صورتان: صورة بيع مال الغير بترقب إجازة الغير وهو واضح. وصورة نقل مال الغير بلا ترقب إجازته، لكن لا على سبيل نقل العهدة بل نقل نفس المال الخارجي إمّا باعتقاد مالّية نفسه، أو عدواناً وغصباً، فإنّها أيضاً غير مشمولة للأخبار المانعة بالمعنى الذي ذكرنا وإن كان الظاهر من عبارة شيخنا شمولها وأنّ الخارج منحصر في الأولى، والوجه ما ذكرنا من أنّها ناظرة إلى نقل مال الغير بانياً على أنّه مال الغير بلا ترقب الإجازة بنحو نقل العهدة كييع الكلّي على تفصيل ذكرنا، فيبقى غيره خارجاً. فلو كان مقتضى العمومات الصّحّة كما ذكرنا في كلتا صورتين، لم تكن هذه الأخبار مانعة.

ولو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفاً على تملك البائع دون إجازته، فهذا له صورتان، إحداهما: أن يملكه لا مطلقاً، بل في ظرف ملكيّة الملحوظة وجودها في المستقبل وهذا باطل للتعليق الموجود.

والثانية: أن ينشأ التمليك على وجه الإطلاق والتنجز لكن كان الداعي له إنفاذه بعد تملك نفسه ليدخل التعليق في غرضه لا إنشائه، وهذا صحيح بمقتضى القواعد، والأخبار لا تنافيه، فكما أنّ المالك الأصلي لو اطلع فأجاز، تشمله العمومات، كذلك لو ملك البائع وأجاز وقلنا بعدم مضرّة تعدّد الإضافة، لا مانع من صحّته أيضاً. ومجرد خيال أنه إذا تملك أجاز البيع، وجوده وعدمه سيان، فالخيال المذكور لا يوجب شموله تحت الأخبار كما توهم.

مسألة

لو باع مال الغير فملك ولم يحز فهل يجب عليه الوفاء أو لا؟ قال شيخنا المرتضى — قدس سرّه — لا ، لوجه، الأول: الأخبار الخاصّة الناهية عن بيع ما

ليس عنده. الثاني: قاعدة سلطنة الناس على أموالهم وعدم الحلّ بدون طيب نفسهم والالتزام السابق تعلّق بملك الغير، ثم قال: اللهمّ إلّا أن يقال: إنّه وإن كان حين العقد أجنبياً غير مأمور بالوفاء لكن بعد التملّك لا مانع من عموم ﴿أوفوا﴾، فيشمّله بمجرد التملّك. وأجاب عنه بأنّه قبل الملك لم يكن مأموراً بالوفاء فكذا بعده بالاستصحاب، والمقام مقام استصحاب حكم الخاص لا الرجوع إلى العام ثم أمر بالتأمّل.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - بناءً على مبناه من استفادة اختصاص مورد النهي في الأخبار بالبيع في العهدة، واستفادته من كلام شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أيضاً، بأنّا لو أغمضنا عن تلك الأخبار لكان مقتضى القواعد صحّة البيع العهدي المذكور بلا حاجة إلى الإجازة. وشيء ممّا ذكره غير مانع، أمّا حديث السلطنة فإذا ألزمناه بمقتضى عقده الذي أقدم عليه ودخل تحت ﴿أوفوا﴾ فهذه سلطنة قد فوّتها على نفسه كما في كلّ معاملة، فإنّ إعمال السلطنة لا ينافي السلطنة.

وأما عموم ﴿أوفوا﴾ فلا مانع من شموله من أوّل الأمر، بمعنى ملزميّة على التحصيل كما في بيع الكلّي، حيث إنّه ملزم على تحصيل الفرد، وعلى فرض الإغماض عن هذا والقول بأنّ شمول دليل الوفاء متأخّر إلى زمان حصول الملك، نقول: حاله حال تبدّل عنوان المسافر بعنوان الحاضر، بالنسبة إلى عمومات وجوب الصلاة الرباعيّة، فإذا فرضنا أنّ عنوان المالك دخيل في حكم لزوم الوفاء كدخل عنوان الحاضر في وجوب الرباعيّة وكان فرد من العقد من أوّل وجوده عقد الغير المالك ثم صار عقداً للمالك فهو كما لو صار الشخص المسافر حاضراً، ولا

شبهة في دخوله تحت العموم ولو لم نقل بالعموم الأزماني، وما يبتنى على العموم الأزماني ما إذا خرج الفرد في زمان من غير نظر إلى عنوان، كما لو قام الإجماع على خروج زيد في يوم الجمعة من «أكرم العلماء».

والحاصل: أن للبيع صورتين، إحداهما: صورة الفضوليّة بأن يبيع عن ثالث أو عن المالك أو عن نفسه اعتقاداً أو عدواناً بناءً على إرجاع ذلك إلى البيع عن المالك.

والثانية: صورة البيع على وجه العهدة. وكلمات شيخنا مضطربة، فمن بعضها يستظهر الأولى ومن بعضها الثانية وعلى كليهما يחדش كلامه هنا؛ فإنه في الصورة الثانية يكون عموم ﴿أوفوا﴾ شاملاً من الأول فليس مرتفعاً حتى يرجع إلى استصحاب حكم الخاص، وفي الصورة الأولى وإن كان لم يشمل العموم، لكنّه من جهة عدم تمامية الموضوع لعدم حقوق إجازة المالك، فمتى لحقت تمت المعاملة ودخلت تحت ﴿أوفوا﴾ كما في القبض في الصرف والسلم، والحاصل: أن هذا من باب التقيد لا التخصيص والرجوع إلى استصحاب حكم الخاص في ما كان من باب التخصيص، فالرجوع إلى الاستصحاب لا يتم على كلّ حال، ويمكن أن يكون أمره بالتأمل إشارة إلى هذا.

ولسيدنا المحقق المحشّي - طاب ثراه - هيهنا في وجه التأمل ثلاثة أوجه:

الأول: أن يكون إشارة إلى ما تقدّم من أنّه يجب على الأصيل والفضولي الوفاء بمعنى عدم النقص والفسخ وإن لم يجز بمعنى ترتيب آثار الملكية - كما مرّ منه قدّس سرّه - فلم يكن عن العموم خارجاً من الأول حتّى يرجع إلى استصحاب حكم الخاص. لكنك خبير بأنّه ما تقدّم هذا الكلام منه - قدّس سرّه - إلّا بالنسبة

إلى الأصيل لا الفضولي، ومقامنا مبتني على جريانه في الفضولي ولم يتقدم منه ذلك.
 الثاني: أن يكون إشارة إلى أن العموم الزماني قد يكون بالتصريح باللفظ كما
 في «أكرم العلماء في كل زمان»، وقد يكون بالإطلاق ومقدمات الحكمة، فإذا خرج
 فرد في القسم الأول في زمان، لا وجه لخروجه في الزمان الثاني، لأنه تخصيص زائد،
 فنرجع مع اجمال المخصص إلى العموم، وأما في القسم الثاني - حيث لا لسان
 للعام بالنسبة إلى الزمان الثاني - فإذا خرج لا دليل على دخوله ثانياً في العام.
 وبعبارة أخرى دخوله ليس حفظاً للعموم وخروجه ليس تخصيصاً زائداً.

فإن قلت: الأمر دائر بين التخصيص والتقييد والثاني أرجح.

قلنا: الكلام مفروض في ما لم يكن في البين احتمال التقييد وكان من باب
 التخصيص ولا محالة حينئذ خروج الفرد دائماً أو في بعض الزمان سيان بالنسبة إلى
 العموم، فيكون دخوله في الزمان الثاني بلا دليل، ومقامنا من هذا القبيل، فلو لم
 يكن في البين استصحاب لما كان للرجوع إلى العموم وجه، فليس المقام مقام
 الرجوع إلى العموم حتى يقال بتقدم الاستصحاب عليه من جهة أنه استصحاب
 حكم الخاص.

وفيه: أن عين هذا البيان بيان الرجوع إلى الاستصحاب، وتوجيهه كما بيته في
 خيار الغبن وفي باب الاستصحاب من الفرائد، فلا يمكن أن يكون وجه التوجيه
 وجهاً للخدشة، اللهم إلا أن يكون الغرض إيهام العبارة جعل الاستصحاب
 معارضاً للعموم ومقدماً عليه، فكان الغرض التنبيه على دفع هذا التوهم لا النظر
 إلى أصل المطلب.

الثالث: أن يكون إشارة إلى أن الاستصحاب لا يعمل به في مقابل العموم

إلا في ما إذا كان جارياً في موضوع الخاص وإلا فاستصحاب الحكم في مقابل العام غير جائز، لأنه تقديم الأصل على الدليل الاجتهادي، ثم مثل بثلاثة أمثلة:

الأول: الكلب إذا وقع في الملح وصار ملحاً فلا يجوز في قبال عموم كل ملح طاهر أن يعمل باستصحاب نجاسته الثابتة حال الكلبية، بأن يشير إلى الجسم ويجعل هو الموضوع.

الثاني: أن يقول: أكرم العلماء في كل يوم، ثم قال: لا تكرم الفساق، وكان المتيقن من هذا الأخير اليوم الأول، ففي ما بعده لا مساغ لاستصحاب حكم هذا الخاص في مقابل عموم أكرم العلماء في كل يوم.

الثالث: أن يقول: أكرم العلماء ولا تكرم الفساق، وكان زيد فاسقاً ثم شك في خروجه عن الفسق وبقائه، فهنا مقام استصحاب الفسق، وليس مقام الرجوع إلى العموم، لأنه تمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وفي الأخير أيضاً في الحقيقة يكون المخصص للعموم هو الدليل الاجتهادي، والأصل إنما أثبت موضوعه، فلم يلزم تخصيص الدليل الاجتهادي بالأصل.

وفيه: أن معنى ذلك أن يكون الشيخ — قدس سره — بعد أن أسس هذا الأساس وبنى هذا البنيان، أعني: الفرق بين العموم والعموم عدل عنه هنا ورفع اليد عن ذلك التحقيق وذهب إلى أن العام بقول مطلق لا يمكن في مقابله العمل بالاستصحاب.

المقام الرابع: ما لو باع معتقداً لعدم جواز التصرف فبان كونه جائز التصرف، وعدم جواز التصرف المستكشف خلافه قد يكون لأجل عدم كونه ولياً على البيع مع كونه ولياً عليه بالولاية أو الوكالة أو المأذونية، وهذا على قسمين: قد

لا يعلم أصل الولاية والوكالة والمأذونية، وقد يعلم ذلك ولا يعلم أن المال مال المولى عليه أو الموكّل أو الأذن، بل يعتقد كونه مال الأجنبي، وقد يكون لأجل عدم كونه مالكاً. وعلى كلّ من التقادير الثلاثة إمّا يبيع عن المالك أو عن نفسه، فهذه ست صور:

الأولى: أن يبيع عن زيد اليتم مثلاً معتقداً أنّه غير وليّ عليه ثمّ علم كونه وليّاً، أو يبيع مال عمرو معتقداً أنّه غير وكيل من طرفه فبان كونه وكيله.

فنقول: الولاية إمّا نفس جواز التصرف أو مساوق معه، ولا يمكن أن يؤخذ في موضوعه العلم بنفسه، فإنّ الشيء لا يمكن أن يتوقّف تحقّقه ووجوده على العلم به، وهذا واضح. وهكذا الحال في الوكالة، فإنّه عبارة عن القيام مقام المالك في نفوذ التصرف ومالكيّة الأمر. وهذا المعنى لا يمكن أن يتوقّف على العلم به.

وعلى هذا فادّلة إثبات الولاية للأب والجد ونفوذ تصرفات الوكيل بعد كون مفادها جعل نفس الولاية ومالكيّة الأمر والمختاريّة 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 - قدس سرهما -

نعم لو فرضنا وجود الدليل على أنّ تصرف الولي والوكيل في حال الشك في الولاية والوكالة أو العلم بالخلاف غير نافذ، لكنّا ملجئين إلى حمل أدلّة إثبات الولاية الواقعيّة والوكالة كذلك على مرتبة شأنيتهما، فيقال: إنّ العلم بتلك المرتبة مولّد للمرتبة الفعلية، ولكن بعد عدم هذا الدليل وانحصار الأمر في أدلّة واقع الوكالة والولاية لا يمكن دعوى انصرافها مع ظهورها في المعنى الذي هو عين جواز التصرف أو يساوقه إلى حالة العلم. ودعوى ظهورها من الأوّل في الثانية

خلاف الواقع.

وأما الفرق بين هذين العنوانين وعنوان المالكية حيث نقول: بأن نفوذ تصرف المالك موقوف على علمه بعنوان مالكية هو أنّ المالكية أمر وراء السلطنة ونفوذ التصرف، ولهذا المحجور مالك مع عدم نفوذ تصرفه، فيمكن أخذ العلم بهذا العنوان في موضوع الأثر المترتب عليه، فيقال: المالك إذا علم بأنه مالك فطيب نفسه مؤثر، ولكن لا يمكن أن يقال: المختار إذا علم بأنه مختار يكون مختاراً كما لا يمكن في عنوان المالك أيضاً أن يقال: إنّ المالك إن علم بأن طيب نفسه مؤثر فطيب نفسه مؤثر.

وعلى هذا فلا بدّ أن يقال في الفرع المذكور - أعني: بيع الولي والوكيل مع علمهما بأنّ هذا المال مال لشخص هما في الواقع ولياً أمره، غاية الأمر لا يعلمان بالولاية والوكالة - أن البيع صحيح نافذ بلا حاجة إلى إجازة منهما بعد العلم.

وهذا بخلاف الصورة الثانية، أعني: أن يبيع الولي والوكيل عن زيد مثلاً مع علمهما بكونها وليّ أمره ماله لكن معتقدين أنّ المال مال لعمرو الذي هما أجنبيان عنه، فإنّ من المعلوم أنّ حالهما حينئذ حال نفس المالك، فكما أنّ طيب نفس المالك وجب أن يتعلّق بهال نفسه بعنوان أنّه مال نفسه، فكذلك طيب نفس الولي والوكيل أيضاً لابدّ وأن يتعلّق بهال المولى عليه والموكل، أعني: شخصيتيهما بعنوان شخصيتهما.

الصورة الثالثة: أن يبيع المال عن نفسه معتقداً بأنّ المال لهذا الصغير بأن غصبه منه وتملكه وباعه لنفسه مع جهله بكونه ولياً، فنقول: أمّا صحّة بيعه، فهو ككلّ من باع مال غيره عن نفسه، حيث قلنا بأنّ خصوصيّة كونه عن نفسه تصير

ملفئ فيقع البيع الإنشائي عن غيره، وأما صحته الفعلية، فالكلام في مانعية جهله بالولاية ما تقدم من عدم مانعيته، نعم المانع عدم تعلق طيب نفسه بوقوع البيع عن الصغير، فإنه لا يرضى بكونه أصل مالية المال للصغير فكيف يرضى بتبعاته من البيع ونحوه؟ فيقوى كون البيع محتاجاً في اللزوم إلى الإجازة المستأنفة من هذا الولي بأن يميز العقد للصغير، لكن ليعلم أن جعل الولي بالولاية وعلمه بها سيان في ما ذكرنا، لاشتراكهما في الملاك الذي ذكرناه من الانحلال وعدم الطيب بإضافة البيع إلى الصغير.

الصورة الرابعة: أن يبيع مال الصغير الذي يعلم بولايته عليه باعتقاد أنه مال زيد ويوقع البيع عن نفسه بأن يغصبه عن هذا المالك التخيلى ويبيعه عن نفسه، فالكلام في أصل الصحة ما تقدم، وفي اللزوم من جهة عدم طيب النفس يعلم حاله من المسألة الآتية وهي ما إذا باع الإنسان مال نفسه باعتقاد أنه مال زيد عن زيد، فأصل الصحة بواسطة ملغائية قيد عن الغير كملغائية الخصوصية في عكسه لا إشكال فيه.

وإنما الإشكال في أنه لو اخترنا في أصل الصحة مذهب شيخنا المرتضى - قدس سره - حيث يقول: بأن البيع منحل إلى بيع عن المالك الواقعي وادعاء أن نفسه المالك، إذ يقال: لا إشكال في أن كل معنى جعلناه مضموناً للعقد فلا دليل على تعلق الطيب بأزيد منه، إذ الدليل دلّ على أن البيع مثلاً متوقف على رضئ المالك، وقد فرضنا أن المالك أنشأ مضمون البيع أعني النقل عن عنوان المالك، ولا محالة كان هذا الإنشاء منه صادراً عن طيب نفسه.

وبعبارة أخرى: المعتبر هو رضى المالك ببيع ماله وإن كان على وجه

الإجمال، مثلاً لو باع المال عن مالكة كائناً من كان ولو كان نفسه، فقد قصد بيع مال نفسه بعنوان مال نفسه إن كان المال ماله، غاية الأمر بنحو الإجمال، ولا دليل على وقوع عنوان مال نفسه تحت القصد والاختيار والرضى بهذا العنوان التفصيلي.

وحينئذ فنقول: إذا فرضنا أنّ بيعه عن أبيه انحلّ إلى قصدين، قصد للبيع عن المالك وفي هذا القصد عنوان المالك تمام الموضوع فمعناه أنّه قاصد للبيع عن المالك مع جميع الحالات المتصورة في هذا العنوان التي منها كونه منطبقاً على نفسه أو على غيره، فجميع هذه الخصوصيات وقع تحت قصده إجمالاً، إذ معنى تعدّد المقصود هو عدم دخالة القيد في المقصود الأوّل، وهو معنى الاطلاق، وإلاّ فذات المهمة بحدّ الإهمال موجود في المقيّد على وجه وحدة المقصود أيضاً، وإذن فيبقى دعوى أنّ المنصرف من الأدلّة هو رضى المالك ببيع ماله بهذا العنوان التفصيلي، وأنّى لأحد بإثبات ذلك؟

هذا على ما اختاره شيخنا في مسألة بيع الغاصب لنفسه الذي يجري بعينه في مسألتنا، وأمّا على طريق اخترناه في تصحيحه الذي يجري أيضاً في المقام وحاصله بعد منع ما ادّعاه شيخنا من إرجاع القصد إلى البيع عن المالك وتعيين أنّه المالك لوضوح أنّا نرى عدم تعلّق الغرض في البيع عن عنوان المالك.

فإن قلت: إنّ ما هو المعتبر في صحة البيع هي خصوصيّة المالكية، وأمّا خصوصيّة كونه زيد بن عمرو، وطويلاً وعاملاً، إلى غير ذلك من سائر الخصوصيات الموجودة، فهي من باب ضمّ الحجر في هذا المقصود الذي هو البيع، ولو فرض تعلّق غرض بواحد منها كان أجنبيّاً عن المقصود البيعي ولا يدعو هذا المقصود إلّا إلى البيع عن المالك، ومن الممكن أن يوجد الطبيعة بداع

والخصوصيات بداع آخر، ولهذا قلنا: إنّه لو أتى بالطبيعة المأمور بها بداعي الأمر واختار من بين الخصوصيات إحداها بداع شهواني، كفى في العبادة.

قلت: عدم اعتبار الخصوصيات الأخر غير المالكية، إنّما هو في الحكم الشرعي فلا يقدح تخلّفها في الحكم الشرعي، ولا ينافي ذلك تقييد القصد إلى البيع بداع شهواني بالخصوصيات الأخر، بحيث كان الداعي إلى الطبيعة والخصوصية أمراً واحداً شهوانياً يكون للخصوصية مدخلاً في حصول هذا الغرض، فلا محالة يقصد الخاص بخصوصيته.

وإذن فتصحیح البيع في مقامنا وفي بيع الغاصب لنفسه وفي بيع الموصوف المتخلّف وصفه بطريق تعدّد المقصود غير واقع، وما يمكن أن يكون طريق التصحيح في الجميع أن يقال: القصد وإن تعلّق بالمقيّد بنحو الوحدة ولكنّ المهملة كما يوجد بوجود المقيّد يقصد أيضاً ضرورةً بمقصودية المقيّد، وهذا لا شبهة فيه وإلاّ يلزم تخلّف المقسم عن القسم والعام عن الخاص، والمهملة مشتركة بين الخاص الذي وقع تحت القصد والخاص الذي لم يقع تحته.

فإن قلت: المهملة التي في ضمن المقيّد لا إطلاق فيه ولا تقييد ولكنّه لا ينطبق إلّا على المقيّد، ولهذا لو تعلّق حبك بزيد فقد أحببت الانسان، ومع ذلك لا يسري إلى عمرو حتّى بالعنوان الإجمالي، فإذا قصدت الطبيعة بقيد الخصوصية لا يسري القصد إلى فاقدها حتّى مهملة.

قلت: فرق بين المهملة والمهملة، فكلمًا كانت الخصوصية المقصودة مع الخصوصية المفقودة معدّتين للموضوع بنظر العرف مثل الفرسية والحجرية في الجسم المشار إليه، فهنا ما ذكرته حق، فإذا أُشير إلى الجسم بعنوان الفرس وأنشأ

بيعه لما يقال: إنّ هذا الحجر قد بيع، وكلّما كانت الخصوصيتان غير معدّتين وكانت الوحدة الشخصية الفردية محفوظة بنظر العرف مثل العربية والعجميّة في الفرس فهنا القول بالصحة قويّ، فإنّ القصد وإن تعلّق بالمقيد بنحو الوحدة ولكن المقيد بالمقيد المقصود، والمقيد بالمقيد المفقود في عالم القصد واحد بنظر العرف شخصاً، فيقال: هذا الفرس العجمي قد بيع.

وعلى هذا فنقول: من الخصوصيات الغير المعدّة خصوصيّة كون المبادلة الواقعة بين المالين بين المالكين الحقيقيين، أم بين المالكين المقصودين، فيمكن الإشارة إلى المالين ويقال: إنّهما بيع أحدهما بالآخر وهذا بيع واحد شخصي لا تتلم وحدته الشخصية باختلاف المالك، وعلى هذا فيحكم بالصحة في مقابل الفساد ولكنّه محتاج إلى إجازة المالك.

وجه ذلك: أنّ الخصوصيتين وإن كانتا غير معدّتين وقضيّة ذلك صدق إضافة القصد إلى فاقد الخصوصيّة المقصودة كما يضاف بقاء النجاسة إلى الماء بعد تغير الماء وزواله من قبل نفسه، ولكن قضيّة ذلك ليس بأزيد من تعلّق القصد وطيب النفس أيضاً بالمهملة، ولكنّ الشرع حكم بدخل نفس الخصوصيّة المقصودة هنا.

توضيح المقام: أنّ الدليل دلّ على عدم حلّية مال الغير بدون طيبه، يعني بدون طيبه بالتصرّف المتعلّق بهاله وظاهر عنوان المال الموضوعيّة لا المعرفيّة إلى العناوين الخاصّة الأوّليّة من الخبز والكتاب والفرس ونحوها وعنوان الطيب كعنوان الاختيار إذا أُضيف إلى عنوان، فالعلم بهذا العنوان مأخوذ في مفهومه، فكما أنّ ضرب زيد إنّما يصير اختيارياً إذا علم الضارب بأنّ مضروبه زيد، كذلك

إنّما يصير ممّا طيب به النفس إذا علم الشخص الذي طاب نفسه بكونه زيداً، فهنا قد وقع بيع مال الإنسان متعلّقاً لطيب نفسه فلا بدّ من التفاته وعلمه بأنّ المبيع مال له، فإذا فقد هذا الالتفات بل علم بأنّه مال الغير كما هو مفروض مقامنا وهما الخصوصيّتان الموجودة إحداهما والمفقودة أُخرهما فهذا مساوق لفقدان وصف الطيب الذي اعتبره الدليل هذا، والطيب المتعلّق بالمهملة حيث كان بالسراية من الخاص لم يسر إلى خاص آخر حتّى يقال بأنّ هذا الفرد وقع تحت الطيب بعنوان إجمالي، بخلاف الحال على مبنى شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - فإنّ الطيب أولاً وبالذات كان منسوباً إلى المهملة، وما هذا شأنه يسري إلى جميع أفرادها فلا محالة يصير هذا الفرد الفاقد للخصوصيّة المقصودة تحت الطيب بعنوان إجمالي.

فرع

لو غرّ الغاصب المالك، بأن أظهر عبده المغصوب منه عبداً لنفس الغاصب فقال له بع عبدي هذا عنك، فباع فهل يحكم بالاحتياج إلى الاجازة بعد وضوح الأمر أو يحكم باللزوم بدونها؟ الحقّ أنّه يختلف الحال بناءً على ثبوت الدلالة الاقتضائية التي ادّعاها بعض في عكس هذا الفرع، وهو ما لو قال: اعتق عبدك عني، وتلقّاها شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - أيضاً بالقبول.

وعلى عدم تسليمها، فإن قيل بعدم الدلالة المذكورة وأنّ الكلام إمّا محمول على هذه الصورة من بيع مال الغير عن نفسه، أو محمول على البيع عن المالك وإباحة التصرف في ثمنه، فالكلام عين الكلام في المسألة المتقدمة فإنّ المالك الحقيقي باع مال نفسه معتقداً أنّه لغيره موقعاً للإنشاء عن ذلك الغير وهو عين المسألة الماضية، فلا وجه لما يظهر من شيخنا من امتيازها عنها حيث قال:

فالأقوى أيضاً عدم النفوذ.

وإن قيل بثبوت تلك الدلالة، فالكلام الصادر من الغاصب يكون بمنزلة «ملكته إياك واشترطت عليك بيعه» وقول بعث الصادر بعد ذلك من المالك، له أثران طوليان: تملك وبيع، كما أن بيع ذي الخيار فسخ وبيع، ولا دليل على ثبوت الملك قبل إنشاء البيع بل لابد من ثبوته قبل تأثيره وهنا ذلك حاصل، فإن هذا الإنشاء له تأثيران: الأول في حصول الملك والثاني في البيع، فعلى هذا المالك الحقيقي للمال قد باع المال الذي اعتقد ماليته لنفسه لكن أخطأ في سبب ملكيته فزعم أنه صار ملكاً بهذا القبول والحال أنه كان ملكاً له بالإرث مثلاً، وهذا لا ضير في تحلفه، والطيب المعتبر صدوره من المالك في موضوع ماله قد تحقق، ولا فرق بين كون تسبب الملكية من السبب الخاص بنحو التقييد أو بنحو التطبيق، فإنه على فرض الأول أيضاً يكون من باب تقييد الغرض والداعي الذي لا شبهة في عدم قرح تحلفه، كمن تخيل أن المال الفلاني قد انتقل إليه مجاناً وبلا عوض فاقدم على بيعه ثم بان أنه انتقل إليه من طريق الشراء، فلا يلتزمون بأنه مختل الشرط من جهة فقدان طيب المالك.

تنبيه

نقل شيخنا المرتضى - قدس سره - عن بعض من قارب عصره وبعض من عاصره أنهما ذهبا إلى أن البيع في المقام متزلزل البقاء كالبيع الخياري، معللاً ذلك بقاعدة نفى الضرر، وردّه شيخنا واختار أنه متزلزل الحدوث، واستدل عليه بوجهين:

الأول: دليل «لا يحل» حيث دلّ على أن الملكية متوقفة على حصول الطيب فلو حصل الملك، ولو فقد وصف اللزوم لصار المال حلالاً بلا طيب ماله.

والثاني: قاعدة نفي الضرر، ففرّق - قدّس سرّه - بين الضرر في باب الغبن والضرر هنا بما حاصله: أنّ الضرر تارةً راجع إلى العوضين بمعنى أنّ العوض لا يساوي مالية المعوّض كما لو عوّض ما يساوي المائة بخمسين، فهذا ضرر مالي، وقضية «لا ضرر» نفي وصف للزوم.

وأخرى غير راجع إليهما فإنّ المال عوّض بما يساوي ماليته فليس في البين ضرر مالي وإنّما الضرر انتقال ماله بلا علمه والتفاته، فإنّ ذلك نقص في سلطته وضرر في شأنه واعتباره، بناءً على شمول القاعدة للضرر الغرضي والاعتباري وعدم اختصاصه بالمالي، وقضية «لا ضرر» حيثُذ نفي أصل الانتقال والمالك لا نفي وصفه، ومحصّل ما أفاده، أنّه لو لم يكن لنا دليل «لا يخلّ» لكفانا دليل لا ضرر لإثبات موقوفة المالك في الفضولي على إجازة المالك.

وربّما يستشكل عليه - قدّس سرّه - بأنّه ما الفرق بين المقامين؟ إذ لنا أن نقول في باب الغبن أيضاً أنّ نفس انتقال المال عن ملكه بأدون من قيمته ضرر عليه، فلا بدّ أن يرتفع، فإن قيل لا ضرر بعد تداركه بالخيار، قلنا في المقام أيضاً لا ضرر في انتقال المال عن ملك المالك بلا اختياره بعد أنّ بقاء ذلك بيده ومنوط بإجازته وعدم ردّه.

ولكن يمكن أن يتصرّ له - رحمه الله - بالمقايضة بإذهاب المال الخارجي، فإذا أخرج ظالم فرس زيد من اصطبله وأذهب به إلى داره فنفس هذا الإخراج توهين لزيد وضرر شأني شرفي عليه، وبقاء المال في يد الظالم أيضاً ضرر مالي عليه، فسدّ هذا الضرر المالي كما يحصل بالمنع من أصل الإخراج يحصل بالإعادة بعده أيضاً. وأمّا الضرر الشرفي، فلو وقع الإخراج فهو واقع ولا يمكن جبرانه، فسدّه منحصر بالمنع من أصل الإخراج، هذا.

الصورة السادسة: (كذا) أن يبيع مال نفسه معتقداً أنه لغيره لكن مع إيقاع البيع لنفسه عدواناً، فالحكم بالصحة كما تقدم، وأمّا الحاجة إلى الإجازة فهي مبتنية على الخلاف في مبنى صحة بيع الغاصب لنفسه، فإن قلنا إنّ مصحح قصده للبيع هو ادعاء المالكية نظير المجاز السكاكي حيث إنّ المتكلم استعمل لفظ الأسد في معناه والمصحح لتطبيقه على زيد ادعاء أنه زيد، فالطيب قد حصل معلقاً على هذا الملك الادّعائي والمعتبر حصوله في الملك الحقيقي فيحتاج إلى الإجازة المستأنفة.

وإن قلنا: إنّ الملكية أمر واقعي له نفس أمرية والانظار طريق وكاشفة عنها لا أن يكون واقعها بصرف النظر، وحيث فنقول: يمكن اختلاف الانظار فيها بحسب الشرع والعرف بل والمنشئ وغيره، أمّا الأول: فكما في بيع الخمر حيث يقصد البائع عين ما يقصده في البيوع الصحيحة من نقل المال بمال بل ربّما يعدّها من أنفس المال وربّما يعجب المشتري بزعمه أنّه قد غبن البائع، والحاصل: العرف يراه مالاً والشرع يراه لا مال.

وأما الثاني: فكما في إيجاب كلّ موجب للبيع، فإنّ البيع بنظره الإنشائي قد تمّ بلا حالة منتظرة، فهو بنظره الإنشائي يرى المثلن ملكاً للمشتري والثلن للبائع وإن كان العرف والشرع يحكمان ببقائهما على ملك مالكهما الأصلي، ولا منافاة بين الحكمين إذا كان الشخص متشرعاً ومن أهل العرف، ومنشئاً للبيع، فإنّه يمكن اختلاف الحكم من الحاكم الواحد باختلاف الحيثيات، كما قلنا نظيره في الأصول في الجمع بين التكليف الواقعي الموجود في أطراف العلم الإجمالي مع الترخيص في بعض الأطراف بأنّ الحكم التكليفي صادر من الشارع بحيث شارعيته، والترخيص صادر بحيث كونه حائزاً لكرسي الفصل وقائماً مقام عقل

المكلف.

وبالجملة فنقول: في مقام تصحيح القصد الجدّي للبائع الغاصب بأنه بنظره يرى نفسه مالكاً واقعياً كما يرى بائع الخمر ومشتريها، الخمر ملكاً واقعياً، فيصدر منه القصد الجدّي إلى البيع، وهذا بخلاف ما لو قلنا بأنه يرى الملك الحقيقي للمغضوب منه، ولكنه يدّعي كونه مالكاً نظير الأسد الادّعائي، فإنّ هذا لا يصحّح القصد الجدّي نحو الإيقاع الذي موضوعه المصدق الحقيقي، مثلاً لو كان من آثار الأسد الحقيقي أنك تقصد جداً لضربه، فلا يتمشّي هذا منك بالنسبة إلى زيد، وهكذا من آثار الملك الواقعي أنك تقصد جداً بمبادلته بمال آخر، فلا يتمشّي منك في الملك التنزيلي الادّعائي.

وبالجملة: فعلى ما ذكرنا لا حاجة إلى الإجازة لأنّ المالك الحقيقي قد طاب نفسه في ما رآه ملكاً حقيقياً له وكان كذلك أيضاً واقعاً، غاية الأمر أخطأ في سبب حصولها فكان سببها الواقعي مثلاً الإرث وهو زعم أنّه الغصب وقد تقدّم عدم مضريّة ذلك، هذا.

وهنا مبنى آخر يتوجّه عليه الحاجة إلى الإجازة وهو أنّ الملكية لا واقع لها سوى اعتبار المعترف وليس وراء الاعتبار لها واقع محفوظ، فإذا كان كذلك فهو خفيف المؤنة، فإنّ الاعتبار لا مؤنة له كما في التشريع، فيمكن اعتبار الإنسان غير الملك ملكاً وغير الوجوب وجوباً، وكما في إيجاب السائل بل وإيجاب البيع، وعلى هذا فيمكن دعوى أنّ الشارع إذا حكم بحكم في موضوع الملك فهو إنّما تعلّقه بمصاديقه الذي يعتبره نفسه دون ما يعتبره العرف كما قد يدّعي في عنوان المأكول اللحم وغيره والمكيل والموزون وغيرهما، إذ على هذا إنّما حصل الطيب في الملك باعتبار الغاصب وقد كان المعترف الطيب في الملك باعتبار الشارع.

القول في المجاز

واستقصائه ببيان أمور:

الأمر الأول: لا إشكال أن الكلام في الفضولي في ما إذا كان جميع الشرائط على نحو اعتبارها موجودة إلا رضى المالك، وهذا بحسب الكبرى لا يقبل الإنكار، وأما بحسب الصغرى ففي مقام الثبوت هنا أنحاء متصورة:

الأول: أن نعتبر الشرائط في المنشئ للعقد ولو لم يسمّ عاقداً عرفاً ولا بائعاً كما في الوكيل في محض إجراء الصيغة، فهو أيضاً يعتبر استجماعه لمثل هذا الشرط ولو لم يكن الموكل كذلك، بل لا يجدى اتّصاف الموكل مع عدم اتّصاف الوكيل.

الثاني: أن نعتبر الشروط في العاقد وهو في مورد الوكالة في صرف الإنشاء الموكل، وفي مورد الوكالة في كلي المعاملة هو الوكيل، والفرق بين الإنشاء والعقد أن الأول لا يقبل البقاء والثاني يقبله، وعلى هذين يعتبر اتّصاف الفضولي بالشروط والمالك المجيز وإن كان يصير عاقداً بالإجازة لكن المعتبر الاتّصاف حال صدور العقد مع كون الشخص عاقداً، اللهم إلا أن نعتبر الشرط في العاقد في أي زمان صار عاقداً ولو بعد صدور العقد.

الثالث: أن نعتبر الشروط في البائع يعني من انتسب إليه البيع المنشئ

الدائر بين الوجود والعدم، أعني: المبادلة الواقعية، وهذا أيضاً يمكن أن يعتبر طرف الاتصاف فيه زمان صدور العقد ويمكن زمان صيرورته بائعاً، فعلى الأول يعتبر اتّصاف الفضولي، وعلى الثاني يكفي اتّصاف كلّ منهما، هذا بحسب مقام الثبوت.

وأما مقام الإثبات فالظاهر من شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - أنّ الشروط المعتمدة في عنوان البيع ظاهرة في اعتبارها في إنشاء النقل والانتقال بالعقد، فيرد عليه - قدّس سرّه - أنّه ما الفرق بين المقام وبين الأخبار الناهية عن البيع في غير الملك؟ حيث ما قلتم باعتبار الملك في أصل إنشاء العقد حتّى تحكمون بالبطلان من رأس عند عدم كون العاقد مالكاً، وقلتم: الظاهر أنّ النهي يكون باعتبار الأثر الذي يترقّب الناس ويريدون تربيته وهو المبادلة الواقعية الفعلية بلا حالة منتظرة، فالمعنى أنّ هذا الذي يترقّبونه لا يفيد، فلا ينافي إفادته لغيره وعدم سقوط العقد من رأس، فيشملة العمومات؛ فإنّه على هذا نقول في مثل قوله - عليه السلام -: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»^(١) إنّ الظاهر من اللفظ لولا الصرف بقرينة التعبد من الخارج أنّ الأثر المبادلي لا يتحقّق في البيع مع الغرر فلا ينافي كون أصل العقد باقياً على قابلية الصحّة بارتفاع الغرر بعد ذلك.

وبالجملة: فلا وجه لقولكم: إنّ الظاهر من اللفظ كون الشرط معتبراً في إنشاء العقد الذي يفيد تحلّفه البطلان من رأس لا في ترتّب الأثر.

ثمّ على فرض اعتبار الشروط في المتعاقدين فهل يعتبر بقاؤهما على هذه الشروط إلى حال الإجازة أو لا؟ قال شيخنا المرتضى قدّس سرّه: لا ينبغي

الإشكال في عدم الاعتبار حتى على القول بالنقل. و ظاهر كلامه الإطلاق بالنسبة إلى جميع الشروط مع أنّ من جملتها شرط الحياة، ولا يمكن القول بأنّه لا ينبغي الإشكال بعدم اعتبار بقائها في طرف الأصيل إلى حال الإجازة بناءً على النقل وإن كان يقبل التصوّر بأن يقال: كما تتصوّر فسخ ذي الخيار في حال موت الطرف فينتقل المال إليه و يتلقّى الورثة منه، فكذلك هنا أيضاً لكنّه ليس بمثابة لا ينبغي الإشكال فيه.

ثمّ قال: نعم على القول بكون الإجازة بيعاً مستأنفاً يقوى الاشتراط.

وفيه: أنّه لا وجه لبقاء الفضولي أصلاً؛ لأنّه خارج من طرفي هذا البيع الجديد؛ لأنّه بين الأصيل و المالك، غاية الأمر أنّ قبول الأصيل يقدم على إيجاب المالك الذي هو إجازته و وقع بينهما فصل طويل، و أمّا الأصيل فإنّ من لا يقدح عنده هذا الفصل الطويل لا يقدح قطعاً عنده كون الأصيل عاقلاً حال الإجازة أو مجنوناً، ألا ترى أنّهم لا يلتزمون بأنّ المالك متى أراد أن يبيح يجب عليه إعلام الأصيل حتى يلتفت ثمّ يبيح في حال التفاته.

ثمّ قال - قدّس سرّه - : و أمّا شروط العوضين فالظاهر اعتبار بقائها بناءً على النقل، ثمّ لم يستبعد ذلك بناءً على الكشف أيضاً.

وفيه: أنّ الظاهر منهم أنّهم يجعلون المعلوميّة شرطاً في العوضين ولا يمكن الالتزام بأنّه لو كان العوضان معلومين عند الفضولي و طرفه حال العقد ثمّ نسيه ثمّ أجاز المالك في حال نسيانها أنّ هذه الإجازة غير مثمرة، اللهمّ إلّا أن يدعى أنّ العلم بالمقدار من شروط المتعاقدين فيدخل تحت ما حكم بأنّه لا ينبغي الإشكال في اعتبار بقائه.

الأمر الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً بالتفصيل لدى المبيز

بحسب العوضين جنساً وكمّاً، وبحسب أصل العقد بأن يعلم أنّه بيع أو صلح أو إجازة أو يكفي أن يعلّق إجازته بالمردد ما بين هذه الأمور؟

قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - وجهان: من أنّ الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، فكما لا بأس قطعاً بأن يأذن المالك غيره بأن يتصرّف في ماله ببيع أو صلح أو إجازة بأن أحال تعيين ذلك إلى ذلك الغير، فكذلك الإجازة اللاحقة أيضاً لا مانع من أن يتعلّق بما وقع كيفما كان، وأياً ما كان.

ومن أنّ الإجازة إمّا بمنزلة القبول الذي تقدّم إيجابه من الأصيل أو بمنزلة الإيجاب الذي تقدّم قبوله منه، وكما لا يجوز جهل القابل بأصل الإيجاب وخصوصياته فكذلك هنا.

ثمّ قال - قدّس سرّه - : و من هنا يظهر أنّه لو لم يعلم بأصل وجود العقد وكان عنده محتملاً، فلا يجوز له الإجازة في حال التردد؛ لأنّه في معنى التعليق، فكأنّه قال: لو بيع مالي فقد أجزّته، فإنّ الإجازة وإن لم تكن من العقود حتى يشملها معاهد إجماعاتهم على بطلان العقود بالتعليق لكنّه بمنزلته ويفيد فائدته، ثمّ استشهد على كون الإجازة بمنزلة العقد بأنّ المجيز يخاطب بالوفاء بالعقد السابق ولا يجب الوفاء إلّا على العاقد، ثمّ أمر بالتأمّل.

وفي كلامه - قدّس سرّه - مواقع للنظر، أمّا أولاً: فلأنّ الإجازة لا إشكال في كونها شرطاً لنفوذ العقد وليست ركناً له، وكما أنّ الإذن السابق كاف مع التردد على القواعد فكذلك الإجازة فلإنّهما يستفاد اعتبارهما من الأدلّة بنحو واحد فلا وجه لاحتمال التفريق، و من هنا يظهر النظر في منع التعليق في الإجازة.

وأما ثانياً: فسلمنا اعتبار عدم التعليق في الإجازة، لكنّ التعليق على أمر يكون نفس العقد معلّقاً عليه مثل: (إن كان هذا لي فقد بعته) لم يعلم دخوله تحت

إجماعهم، و المقام من هذا القبيل، سلمنا اعتبار عدم مثله أيضاً لكن نقول: الشخص الشاك لا مانع من أن يقصد الإنشاء بصورة التنجيز برجاء ثبوت الواقع كما في الطلاق الاحتياطي؛ فإن الرجاء داع عقلائي لتمشي القصد الجدّي نحو الإنشاء بنحو التنجيز.

وأما ثالثاً: فاستدلّاه على كون المجيز عاقداً لم يعلم المراد منه، فإن أُريد أنّه محدث للعقد، فقد اتضح عدم كونه كذلك. وإن أُريد أنّه ينسب العقد السابق إليه، فاللزام اعتبار عدم التعليق في العقد السابق، فما وجه اعتباره في الإجازة؟ ومجرد كونها سبباً لإضافة العقد لا يجدي بعد اشتراكها مع الإذن في ذلك.

الأمر الثالث: العقود المترتبة إمّا ترتّب على نفس مال المالك وإمّا على عوضه، وعلى كلّ منهما إمّا أن يكون ورود العقود المترتبة على شخص المال أو على أبداله، وعلى كلّ منهما إمّا أن يكون المجاز أول العقود أو آخرها أو وسطاً بين الواردين على شخص المال أو بدله أو بالاختلاف، فلو باع عبد المالك بفرس وباعه المشتري بكتاب وباعه الثالث بدينار، فإجازة المالك بيعه بالكتاب فسخ منه لما قبله وملزمة لما بعده بناءً على الكشف، وأمّا بناءً على النقل فيبيني لزوم ما بعده على مسألة اشتراط ملك المجيز حال العقد وعدمه، ولو باع عبد المالك بفرس وباع الفرس بدرهم وباع الدرهم برغيف وباع الرغيف بعسل، فإجازة بيع الفرس بالدرهم مصحّحة لما قبله ومبطلّة لما بعده.

وضابط المسألة: أنّ كلّما ترتبت عقود على مال المجيز فأجاز عقداً من العقود المتوسطة، فالعقود المترتبة على المعوّض في هذا العقد المجاز سابقاً عليه، إن كانت على شخصه يبطل بإجازة هذا العقد، وإن كانت على أبداله يصحّ، والعقود المترتبة على العوض في هذا العقد الذي صار للمجيز يبطل لاحقة مطلقاً

سواء وقعت على شخصه أم على أبداله والعقود المترتبة على المعوض في العقد المجاز لاحقة، فعلى الكشف يلزم بلزوم هذا العقد وعلى النقل يبتني على مسألة من باع ثم ملك من غير فرق بين ما وقعت على شخصه أم على أبداله، ويعلم من هذا حال ما إذا كان المجاز أول العقود أو آخرها.

ومن هنا يظهر أنّ ما جعله شيخنا المرتضى - قدس سرّه - ضابطاً للمسألة من الفرق بين ما إذا تعددت الأشخاص في العقود فالإجازة فسخ من المجيز لما قبله وملزم لما بعده، وبين ما إذا اتّحد فبالعكس ينتقض بما إذا ترتبت العقود في اللاحق على المعوّض في العقد المجاز فإنّها تلزم من غير فرق بين صورة التعدد والوحدة، وكذا في العقود المترتبة في اللاحق على عوضه، فإنّها تبطل على كلّ من التقديرين كما ذكرنا.

نعم ما ذكره حقّ بالنسبة إلى العقود المترتبة على المعوّض في السابق فإنّها لو كانت من أشخاص - ولا محالة يكون على شخصه - يبطل ولو كانت من شخص - ولا محالة يكون على أبداله - يصحّ.

والمثال الجامع لما ذكرنا: ما إذا باع عبد المالك بفرس وباعه المشتري بكتاب وباعه الثالث بدينار، ثمّ باع الثالث الدينار بجارية وباع الجارية بدرهم، ثمّ باع مشتري الجارية إيّاها بحمار وباعها المشتري الثاني بناقة، ثمّ باع المشتري الثاني الناقة ببقرة وباع البقرة بالحنطة وباع الحنطة بالسمن.

ثمّ باع بائع الجارية بدرهم، الدرهم برغيف وباعه المشتري بعسل وباعه المشتري الثاني بالدبس، ثمّ باع المشتري الثاني الدبس بالجبن وباع الجبن بالمخيض وباع المخيض باللبن^(١).

١- هذا المثال ليس للأستاذ - دام ظلّه - فإن كان فيه خلل فمنيّ. منه دام ظلّه.

فأجاز المالك بيع الجارية بدرهم فما كان من العقود السابقة جارية على ابدال الجارية وهو اثنان - بيع العبد بالدينار وبيع الدينار بجارية - يصح بهذه الإجازة، وما كان جارياً على شخص العبد الذي هو بدل الجارية وهو اثنان - بيع العبد بالفرس وبيعه بالكتاب يبطل بسببها -.

وأما العقود اللاحقة فما جرت على الجارية وهي ما وقعت بين قولنا: ثم باع مشتري الجارية - إلى قولنا: - ثم باع بائع الجارية، تصح كلاً، وما جرت على الدرهم وهي من قولنا: ثم باع بائع الجارية إلى آخر الأمثلة، تبطل كلاً.

ثم إن الإشكال الذي نقله شيخنا - قدس سره - في هذا المقام عن بعض الأعلام من الإشكال في صحة تتبع العقود فيما إذا علم المشتري بغصب البائع وأقبضه الثمن وأن اقباضه تسليط مجاني منه فلو اشترى الغاصب به شيئاً فقد وقعت المعاملة له، فليس للمالك إجازة هذه المعاملة، بناءً على مذهب الأصحاب من أنه ليس للمشتري الرجوع إلى الغاصب مع تلف الثمن في يده. لم يعلم ما وجه هذا الإشكال، ثم على تسليمه أي اختصاص له بمسألة التتبع بل لا بد من إسرائه إلى أصل إنشاء العقد الأولي.

أما الأول فإننا قد تصورنا حصول القصد الجدّي إلى البيع والشراء من الغاصب ومن يعلم بحاله ويعامل معه وهو البناء على المالكية على ما ذكرنا والتنزيل منزلة المالك الحقيقي على ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره -، وعلى كلّ حال فقد صدر من كلّ من المتعاملين قصد المعاوضة جداً. هذا بحسب مقام الإنشاء.

وأما بحسب ترتيب الأثر في الخارج، فعين ما ذكرنا في إنشائهما يجري فيه

أيضاً فإتّهما بعد انعقاد أصل الإنشاء يصيران بصدد الوفاء لما أنشأه، فكما كانا بقصد المعاوضة في أصل الإنشاء فكذلك في مقام القبض والإقباض أيضاً بلا فرق، فأين التسليط المجاني.

ومن هنا ظهر وجه السؤال الثاني فإنه بعد كون المقامين من واد واحد فلا بدّ إمّا من قبول ما ذكرنا من تحقق قصد المعاوضة وعدم المجانية في كلا المقامين وإمّا من عدمه، والقول بعدم تمثي القصد المذكور من العالم بعدم المالكية في كلا المقامين أيضاً فلا وجه للتفكيك، فلا بدّ للقائل المذكور أن يقول ببطلان أصل البيع الواقع من الفضولي والمشتري العالم بغاصبيّته ولو لم يكن في البين إقباض، فما قاله من صحّة البيع وإذا حصل الإقباض حدث الإشكال، لم يعلم وجهه، وأمّا الإجماع المدّعى من الأصحاب على عدم الرجوع فإن كان إجماعاً فمسلّم وإن كانوا حكموا على القاعدة فقد عرفت مقتضاها.

القول في الردّ

لا إشكال في تحقّق الردّ بمعنى سقوط عقد الفضولي من قابلية لحرق الإجازة بالقول الصريح مثل رددت وفسخت ونحوهما، وهل يتحقّق ذلك بالفعل وبالقول، الظاهر أيضاً كما نكتفي بهما في باب الفسخ في العقد الخياري الكلام فيه مبني على أنّه هل سقوط قابليّة العقد عن حقوق الإجازة بعد الردّ أمر تعبدي دليله الإجماع، أو هو على طبق القواعد؟

فإن قيل بالأوّل: بتقريب أنّ العقد في أنظار العرف بعد اطلاع المالك وترديده أو جزمه بالردّ لو بدى له الإجازة قابل للارتباط بالمالك وليس الردّ معدماً لموضوع العقد الواقع بين أجنبيّين عنه بعد بقائهما على عقدهما ولا مانعاً عن التصاق إجازته بهذا الموجود وإنّما تعبّدنا الشرع في مورد القول الصريح بعدم الصحّة فلا بدّ من الاقتصار في خلاف الأصل على مقدار اليقين وفي غيره المشي على قواعد صحة العقود بعد طيب المالك.

وإن قيل بأنّه لا يتحقّق الارتباط والإضافة بعد الردّ عند العرف لا بالتعبّد فحينئذ كما يتحقّق الردّ عرفاً باللفظ الصريح فكذا بما له ظاهر عرفي وكذا بالفعل كما يكفي ذلك عندهم في باب العقد.

وكذا الحال لو قلنا بالمبنى الأوّل لكن قلنا: إنّ المستند في التعبّد الشرعي

ليس هو الإجماع حتّى يقال: إنّ له قدراً متيقناً بل المستند هو الدليل اللفظي، بيانه أنّه كما ذكروا في باب الفسخ في العقود الخياريّة هنا أيضاً احتمالين.

الأوّل: أن يكون التخيير الثابت للمالك بين الإجازة وعدمها كما يقال في ذلك الباب أنّ التخيير الثابت لذي الخيار واقع بين الفسخ وعدمه فحيثئذ يمكن أن يقال: إنّ ما لم تصدر منه الإجازة، ولو صدر منه الردّ تخييره باق.

والاحتمال الثاني: أن يكون التخيير بين أمرين وجوديّين، أعني: بين الإمضاء والفسخ في ذلك الباب، وبين الإجازة والردّ فيما نحن فيه فكلّما عمل المخير بأحد طرفي التخيير فقد عمل بمقتضاه وسقط التخيير، فكما لو أجاز هنا ليس له الردّ بعد ذلك، فكذا لو ردّ أيضاً ليس له الإجازة.

ثمّ نقول: يمكن استظهار الثاني من الأخبار الواردة في النكاح الفضولي، حيث إنّ في بعضها أنّ «ذلك إلى سيّده إن شاء أجاز وإن شاء ردّ».

فإنّ الظاهر كون التخيير بين ما ذكر من الإجازة والردّ، ثمّ بضميمة أنّ سنخ اعتبار الطيب والرضا في عقد النكاح وسائر العقود نحو واحد نقطع بكون الحكم في البقية أيضاً كذلك.

وهذا المعنى وإن لم يتعرّض له شيخنا المرتضى ولا من تعرّض له من المتأخّرين عنه في باب الخيار فيما نحن فيه، ولكن أظنّ أنّه وجه وجيه لإسقاط الردّ لقابليّة العقد عن حقوق الإجازة فعلى هذا المبنى المتبع إطلاق ذلك الدليل الوارد في باب النكاح وهو في مقام البيان من هذه الجهة.

ثمّ لو شككنا وتردّد الأمر بين المباني الثلاث فالعمومات محكّمة لكون الشبهة مفهوميّة والمخصّص منفصلاً ولا مجرئى لاستصحاب بقاء القابليّة إمّا ذاتاً لأنّه بالنسبة إلى إحراز الإضافة إلى المالك على القول بها مثبت وإمّا لوجود

العمومات المذكورة بناءً على عدم الحاجة إلى إحراز الإضافة.

فإن كان المراد من الأصل المذكور في كلام شيخنا المرتضى في هذا المقام هو الأصل اللفظي وقلنا باعتبار الإضافة كما يظهر من بعض كلماته - قدس سره - الميل إليه، فيرد عليه: أنه مع الشك في الصدق كيف يمكن التمسك بالعموم وإن أراد مع هذا الفرض الأصل العملي، فيرد عليه: أن الأصل لا يثبت قيد الإضافة فالمتعين هو الرجوع إلى أصالة عدم تحقق العقد المؤثر بعد تحقق الرد بغير اللفظ الصريح.

نعم يتم كلامه - قدس سره - على القول بعدم اعتبار الإضافة كما يظهر من بعض كلماته الأخرى، وأراد بالأصل الأصل اللفظي إذ لو أراد العملي فيرد عليه كما تقدم أنه لا مساغ له مع وجود اللفظي.

وأما تصرف المجيز قبل الإجازة في العين بما يخرجها عن ملكه كالبيع والهبة والإتلاف فيختلف الحال في بقاء القابلية للحقوق الإجازة وعدمه بناءً على القول بالنقل والكشف وعلى الكشف أيضاً بين وجوهه.

أما على النقل فمعلوم أن العلة التامة للملكية الغير قد تحققت وعقد الفضولي كانت علة ناقصة ومعلوم أن العلة التامة لشيء لا تزاحم بالعلة الناقصة لضده وهذا واضح.

وأما على الكشف فكذلك لو قلنا بأن الكشف بأي معنى أُريد منه يكون على خلاف القاعدة ولا بد من الاختصار على ما يتقن من وجود الدليل عليه، إذ لا شك أن المتيقن من الدليل ما إذا كان قابلية المحل إلى حين الإجازة محفوظة. وبعبارة أخرى في مورد يصح أن تقع الإجازة ناقلة، فالقائل بالكشف في هذا المورد

يقول بأن طيب المالك لا بوجوده الخارجي بل بوجوده التعقبي أو اللحاظي أو بنحو تأثير الوجود المتأخر حقيقة فيما تقدّم يكون مؤثراً.

نعم يمكن ادّعاء أنّ الأدلة شاملة لما إذا كانت العين تالفة في يد غير المالك على وجه يورث الضمان للمالك، فإنّ العين حينئذ باعتبار المالية باقية فيصحّ إجازة العقد الواقع عليه حين وجودها عند تلفها، فيرجع المشتري إلى المتلف بالمثل أو القيمة وتصحّ حينئذ الإجازة حتّى على النقل أيضاً.

و أما بناء على القول بأنّ الكشف على وفق القاعدة وأنّ الإجازة إنفاذ مضمون العقد وهو إيجاد الملكية في الزمان الأوّل وقلنا بأنّ الواقع بعد ما وقع يمكن أن يؤثر اللاحق فيه ويغيّره عمّا وقع عليه فالمال إلى حال الإجازة كان واقعاً ملكاً للمجيز، ومع هذا الحال نحكم بأنّه ملك من أوّل العقد للمشتري من الفضولي واقعاً، فالظاهر من كلام شيخنا أنّ التصرف البيعي على هذا أيضاً مفوّت للمحلّ حيث خصّ - قدّس سرّه - استثناء القول بالكشف بالتصرّفات الغير المنافية للملك.

وحينئذ فربّما يستشكل عليه أنّه بناء على هذا القسم من الكشف غاية ما يتوهم كونه مانعاً عن شمول «أوفوا» لعقد الفضولي هو جريان هذا العموم في العقد الثاني المقتضي للملكية المشتري من المالك، فإنّها متنافيان، وحيث إنّ الأوّل قد أشغل المحلّ سابقاً كان له التقدّم فإنّ مجيئ «أوفوا» على هذا في عقد الفضولي يتأخّر إلى زمان الإجازة، والمفروض أنّ العقد الثاني كان مشمول هذا العموم من أوّل وجوده، لكن هذا لا يمنع عن جريان «أوفوا»؛ فإنّا بعد ما فرضنا أنّ شأن الإجازة هو إسراء الأثر إلى الزمان المتقدّم وفرضنا ذلك معقولاً وكون ملك في زمان واحد ملكاً لاثنتين أيضاً معقولاً، فليس هذا أعني: إعدام العقد الثاني بأصعب

وأكثر مؤونة من ملك نفس المالك الثابت فيما بين الإجازة والعقد فإنه أيضاً كان ثابتاً إما بأدلة الإرث أو بأدلة البيع أو الهبة أو سائر المعاملات، فكما قال هذا القائل بتقدم عموم الوفا بالنسبة إلى العقد الفضولي وإن تأخر زمانه على تلك الأدلة مع تقدمها زماناً وتأثيرها في قطعة من الزمان فلا غرو في أن نقول ذلك بالنسبة إلى العقد الثاني، وكما استقرّ ظهور «أوفوا» في العقد الثاني قبل الإجازة فكذلك استقرّ ظهور تلك الأدلة قبلها أيضاً.

وإن شئت قلت: الأمر دائر بين التخصيص والتخصّص فإنّ جريان «أوفوا» في العقد الثاني مرتّب على كون ما ورد عليه العقد ملكاً للعاقّد، فإذا دلّ الدليل على إبطال ملكيّة العاقّد حين ما ورد عليه العقد ولو كان هذا التأثير من اللاحق فإنّ الفرض معقوليّة فلا يعقل مزاحمة هذا الدليل بدليل صحة هذا العقد المبني على ملكيّة العاقّد، فلو قيل بخروج عقد الفضولي عن وجوب الوفاء يلزم التخصيص، بخلاف ما لو قيل ببقائه وخروج العقد الثاني، فإنه خروج عن الحكم بتبع الخروج الموضوعي وقد تفصّل عن هذا الإشكال بعض الأساطين - قدس سرّه - في حاشيته على هذا المقام من مكاسب شيخنا المرتضى - قدس سرّه - مصدراً بقوله والتحقيق في الجواب.

وحاصل ما ذكره: أنّ الأمر بالوفاء على فرض المجيئ بالنسبة إلى عقد الفضولي نسلم أنّ أثره إذهاب الملكية السابقة للمالك التي كان صحة العقد الثاني متفرّعة عليها لكن نقول هذا فرع أصل مجيئ هذا الأمر، ونحن ندّعي وجود المانع عن مجيئه وهو العقد الثاني فإنه متقدّم زماناً على الإجازة فالأمر بالوفاء المتعلّق به متقدّم زماناً على الأمر بالوفاء المترتب على الإجازة.

والحاصل: أنتم أردتم دفع مزاحمة العقد الثاني بواسطة الملكية السابقة المتزعة من الأمر بالوفاء الحادث بالإجازة وقد فرض أن نفس هذا الأمر مزاحم بالأمر المتعلق بالعقد الثاني فدفع المزاحم بالمنكشف، أعني: الملكية السابقة ثم اجراء الكاشف ليثبت به المنكشف دور ظاهر هذا محصل ما ذكره - قدس سره - بطوله.

و فيه نظر فإنه مبني على أن الملكية أمر مسبب عن أمر الشارع بالوفاء ولكننا نقول: إن أمر الشارع يستكشف منه بطريق الإن عن ثبوت الملكية في مورده، وعلى هذا فدليل الأمر بالوفاء بالعقد المجاز يكون بمنزلة دليل كان مفاده الأولي هو الحكم بأن هذا المال كان من ذلك الزمان حقيقة ملكاً للمشتري من الفضولي وهذا المعنى بعد فرض إمكانه ذاتاً كما هو مبني القائل بهذا القسم من الكشف وفرض أن هذا الدليل على فرض التأثير يكون شأنه الهدم والإبطال لما سبقه، فلا يعقل مزاحمته بالدليل الذي أريد هدم أثره وإلا فلا بد من الالتزام بالإشكال بالنسبة إلى ملك المالك الثابت بين العقد والإجازة فإنه أيضاً كان بمقتضى الوفاء بعقد من العقود، فمن أين حكمتم بتقدم تأثير دليل «أوفوا» الجاري في عقد الفضولي بسبب الإجازة وأبطلتم بسببه ما اقتضاه العقد السابق؟ فعين ما أجبتم به عن الإشكال هناك نحن أجبناكم به هنا فإن المقامين من وإد واحد.

هذا كله على القول بهذا القسم من الكشف وأما على القول بمدخلية الصفة الانتزاعية أو الوجود اللحاظي فالأمر واضح غايته، إذ يتعين القول بصحة العقد المجاز لتقدم سبب نفوذه.

هذا كله في التصرفات المخرجة لرقبة المال عن الملكية، وأما التصرف الغير

المخرج للرقبة كإجارة الدار فقد حكم فيه شيخنا المرتضى أيضاً بعدم صحة الإجارة، فإنّ صحة الإجارة وصحة الإجارة متنافيان فإنّ معنى صحة الإجارة على الكشف كون الإجارة واقعة في ملك الغير وحيث فرضنا صحة الإجارة يتعيّن القول ببطالان الإجارة.

وفيه أنّه يمكن العكس فإنّه بعد فرض عموم دليل الصحة للإجارة لا يبقى مجال لصحة الإجارة بل لابدّ من القول بذلك على ما تقدّم آنفاً في التصرف المخرج، فإن كان هناك إجماع فلا بدّ من الالتزام بصحة الإجارة وتضمين المالك أجرة المنافع، فإن كان هنا إجماع آخر على عدم التضمين فغاياته عدم إمكان صحة الإجارة على نحو الكشف، فما المانع من صحته حينئذ على وجه النقل، هذا كلّه على الكشف، وأمّا على النقل فالمتعيّن القول بأنّ الإجارة تؤثر في انتقال المال مسلوب المنافع إلى المشتري من الفضولي.

هذا ولكنّ الذي يقتضيه النظر في هذا القسم من الكشف، أعني: القول بتأثير الشرط المتأخّر أنّه لا نقول بقلب ما وقع عمّا هو عليه فإنّ ذلك لا يعقل صدوره من عاقل بل كلامه يرجع بالحقيقة إلى النقل، غاية الأمر ظهور الثمرة بينهما في البناء.

توضيح ذلك: أنّ غاية التوجيه للشرط المتأخّر أن يقال: كما أنّه في ملك المنافع يتصوّر كون منفعة المال من يوم السبت الآتي إلى الخميس الآتي مالاً للمالك ثمّ في زمان آخر انتقلت الملكية في هذه القطعة الخاصّة إلى غيره ولا يلزم اجتماع المالكين لاختلاف زمان الاعتبار فكذلك في ملك العين أيضاً يمكن تقطيع الملكية بحسب قطعات الزمان، ثمّ ملاحظة إضافة الملكية في القطعة

الخاصّة إلى شخصين في زمانين من هذه العين من السبت الماضي إلى هذا الخميس الحاضر كانت ملكيتها مضافة إلى مالکها الأصلي، ومن هذا الخميس صارت هذه الملكية الكائنة في القطعة المزبورة مضافة إلى المشتري من الفضولي، بالإضافة متجدّدة في الزمان الحاضر ولكن المضاف هو الملكية المتقدّمة.

وأنت خير بأنّ مدّعي الكشف على هذا مع القائل بالنقل شريك في أنّ الإجازة لا تقلّب التصرفات الماضية عمّا وقعت عليه بمعنى أنّ العقد الصادر من المالك في القطعة الواقعة بين عقد الفضولي والإجازة حدث في حال كون الملك مضافاً إلى المالك المجيز والآن أيضاً كما كان ولا يقلّب هذه الحالة عنه أبداً، وكذا كلّ تصرف صدر من المالك حدث في حال الإضافة إليه فاتّصف بالحلّة ولم يسلب عنه هذا الوصف أبداً لأنّه فرع أن تؤثر الإجازة اللاحقة في أن يجعل العقد والتصرف الواقعين في حال الإضافة إلى العاقد واقعين في زمان صدورهما في حال الإضافة إلى غير العاقد ولم يكن هذا لازم القائل على ما وجّهنا كلامه به.

نعم من حين الإجازة تصير الملكية السابقة مضافة إلى المشتري، وهذا لا يضرّ بالعقد الذي كان زمان صدوره قبل حدوث هذه الاضافة إلى العاقد فإنّ الاعتبار في صحّة العقد حال صدوره فإذا صدر في وقت ثبوت فلا يضرّ انتفائها بعد ذلك لأنّه عقد صدر عن أهله في محلّه ولا ينقلب عمّا هو عليه أبداً، وعلى هذا فما تقدّم من أنّ «أوفوا» في العقد الصادر من الفضولي لم يوجب التخصّص قد ظهر فساد، وأنّه في عرض هذا العموم في العقد الصادر من المالك وحيث لا يجتمعان فلا بدّ من تأثير أسبقهما وهو بالنسبة إلى عقد المالك.

نعم يمكن إلزام القائل بهذا المبنى بأنّه لا مانع من تأثير «أوفوا» في عقد

الفضولي بالنسبة إلى الزمان المتوسط بين العقدین إذ على هذا يصير حال ملكية العين حال المنفعة في التقيد بالزمان والتقطيع حسب قطعاته.

كما أنه في مسألة تتبع العقود أيضاً حال هذا الكشف يصير حال النقل فإن العقد الصادر من المشتري عن الفضولي حسب الفرض لم يتغير عما هو عليه من كون صدوره في حال ثبوت إضافة الملك إلى المجيز وعدم انسلاخها عنه.

نعم فيما بعد ذلك تضاف ملكية ذلك الوقت إلى المشتري العاقد. وبالجمله فتبني صحة عقده على صحة البيع أولاً ثم التملك كما على النقل.

و أما ظهور الثمر بينه وبين النقل في النماء الموجود فلا أنه يمكن أن يقال كما أن ملكية الأصل الثابتة في الزمان الثاني صارت مضافة من هذا الحين إلى المشتري، فالنماء الحادث في تلك القطعة أيضاً حالها حال العين، وتصير ملكيتها تتبع ملكية العين مضافة إلى المشتري.

نعم لا يمكن ذلك في النماءات التالفة تحت يد المجيز ولا يمكنه تضمينه أجرة المثل بالنسبة إليها وذلك لما ذكرنا في العقد من أن التصرف لم ينقلب عن حاله التي وقع عليها والمعيار حال الصدور أيضاً، فإذا كان حال الإلتاف ملكية المتلف مضافة إلى المتلف كفى في عدم الضمان ولو صارت بعد ذلك مضافة إلى الغير.

ويمكن الذب عما ذكرنا من إمكان إلزام القائل المذكور بعدم المانع من تأثير «أوفوا» في عقد الفضولي بالنسبة إلى الزمان المتوسط بأننا وإن قلنا بأن المنشأ في العقد هو الملكية الممتدة ولكن لا يلزمنا الالتزام بتقطيع الملكية حسب قطعات فإنها في ذلك تابع لاعتبار العرف فهو مساعد للملك الممتد، أعني: ما كان مبدوياً

من حين العقد مثلاً وكان منتهاه إمّا تلف العين أو نقل المشتري إلى الغير، وأمّا الملك المحدود بيوم أو يومين مثلاً فلا يساعده الاعتبار العرفي بمعنى أنهم لا يساعدون على انتقال عين واحدة مرتّين متواليّتين من شخص واحد من غير توسط انتقال جديد إلى المتقل عنه.

وعلى هذا فيتحقّق التنافي بين مقتضى العقدين فيما نحن فيه فإنّ مقتضى الأول انتقال العين من المالك إلى زيد، ومقتضى الثاني انتقالها منه إلى عمرو، وهو ما ذكرنا من عدم إمكانه من جهة عدم مساعدة العرف فلا يحيص عن سقوط أحد العقدين عن الأثر، والمتعيّن لذلك هو الأوّل لتأمية العلة في الثاني قبل مجيئ تنمّة الأوّل.

وأما الإشكال الثاني على المبنى المذكور من أنّه على هذا كما أنّ التصرف المعنون في الماضي بعنوان كونه من المالك في ماله وهو العقد الثاني في مسألة لا يتغيّر عن عنوانه، كذلك التصرف المعنون في الماضي بكونه من الأجنبي في ملك غيره أيضاً وهو تصرف المشتري من الفضولي في مسألة تتبع العقود لا يتغيّر عن عنوانه فيندرج هذا التصرف بعد الإجازة في مسألة من باع ثمّ ملك فلا بدّ إمّا من البطلان أو الاحتياج إلى الإجازة المستأنفة، والحال أنّهم جعلوا ذلك من موارد ظهور الثمر بين النقل والكشف، وأنّه على الأوّل يصير من المسألة المذكورة وعلى [الثاني] تصير الأجازة ملزمة له.

فيمكن الذبّ عنه أيضاً بأنّ عنوان كون التصرف من الأجنبي في ملك غيره ليس مانعاً عن الصحّة بل إنّها هو غير مقتضى لها فإذا حصل ولو في المستقبل عنوان كون التصرف من المالك في ماله كان هو مقتضياً للصحّة ولا معارضة بين المقتضي واللامقتضي.

توضيح ذلك: أنه على هذا تصوير بالإجازة نفس الملكية الماضية التي صادفها عقد المشتري، من الفضولي مضافة من حين الإجازة إلى المشتري وقد قلنا في السابق: إنّ معيار مسألة من باع ثم ملك تعدّد الملكية ولو مع وحدة الشخص، فلو اتّحد المملك ولو تعدّد الشخص كما في ملك الورثة كانت الصّحة متّجهة، ففي مسألة التّبع يصدق على المشتري العاقد عنوانان في زمانين: كونه مالكا بالملك الموجود حال العقد وكونه غير مالك بذلك الملك، فالثاني لا مقتضى للصّحة والأوّل مقتضى لها.

وبمثل ذلك يجاب عن الإشكال الثالث وهو عدم إمكان تضمين المالك أجرة المنافع فيما إذا تلفت تحت يده أو أجرها؛ فإنّه يقال: ليس ملكيّة المنافع بمقتضى العقد وإنّما مقتضاه ملكيّة الرقبة وملكيّة النّماء يكون بتبع ملكيّة الرقبة فلا يمكن القول في الإجازة بمثل ما قلنا في البيع من التّنافي بين مقتضى الإجازة ومقتضاه، فإنّ مقتضى الإجازة ملكية زيد للرقبة ومقتضى الإجازة ملكيّة عمرو للمنافع ولا ينافي هذه مع مقتضى الإجازة فلا مانع من صحّتهما معاً.

ثمّ بعد صّحة الإجازة نقول فيها وفي الإتلاف والتلف الحقيقيّين: أنّ هنا عنوانين:

أحدهما: صدور الإتلاف الشرعي كما في الإجازة أو الحقيقي من المالك، وهذا ليس إلّا لا مقتضى للضمان لا أنّه مقتضى لعدم الضمان.

والآخر: صدور ذلك من الأجنبي في ملك الغير، وهذا مقتضى للضمان، هذا في الإجازة.

وأما الاستيلاد فهو كالبيع في خروج المحلّ عن قابليّة الانتقال وكان الواجب جعله رديفاً للبيع لا كما فعله شيخنا المرتضى - قدس سرّه - من جعله

رديفاً للإجارة كما أنّ تزويج الأمة من هذا القبيل فإنّه مفوّت للمحلّ بالنسبة إلى إجازة التزويج الصادر من الفضولي في مورد الأمة.

هذا كلّه على الكشف المشهوري، وأمّا على الكشف بمعنى اشتراط وصف اللّحوق والتعقّب أو الوجود الدهري أو الوجود اللحاطي، فجميع تصرّفات مبنية على الظاهر وبعد الإجازة يحكم ببطلان الكلّ، لكنّ القائلين بالكشف لا يمكن حلّ كلامهم على شيء من ذلك؛ لأنّه مستلزم لما لا يلتزمون به من جواز تصرّفات الأصيل في ما انتقل لو علم بلحوق الإجازة فيما بعد، كما قلنا بعدم معقولية الكشف بمعنى قلب الماضي عمّا هو عليه؛ فالذي يسلم عن عدم المعقوليّة وعمّا لا يلتزمون به هو ما ذكرنا من التوجيه للكشف بمعنى تأثير الوجود المتأخّر والكشف التعبّدي؛ فإنّها في الحقيقة شأنها النقل، ولا يرد إشكال القلب الغير المعقول في التعبّدي فإنّه بمعنى ترتيب آثار غير الواقع في المستقبل لا جعل الواقع غير الواقع حقيقة كما هو واضح، وقد عرفت الكلام على القسم الأوّل، وأمّا على القسم الثاني أعني: التعبّدي، فلإجازة على هذا أثران أحدهما التعبّد بآثار الملك في الماضي، والثاني النقل الحقيقي في المستقبل.

فمن حيث الأثر الأوّل وإن كان يقتضي التقدّم على البيع الصادر من المالك تقدّم النافي لشرط الموضوع على مثبت الحكم للموضوع، غاية الأمر لا على وجه الحقيقة حتى يكون وروداً بل على وجه التعبّد فيصير حكومة؛ فإنّ الإجازة على هذا تقتضي إعدام ملكيّة المالك التي هي شرط للعقد الصادر منه قبل الإجازة، غاية الأمر بلسان التعبّد، فكيف يزاحمها وجوب الوفاء المتعلّق بذلك العقد المشروط بالملكيّة؟ ولولا ذلك لزم سدّ باب الحكومة.

ولكنّ المانع إنّما هو من حيث الأثر الثاني، أعني: النقل الحقيقي فإنّه

يُمتنع؛ لأنّ المال بعد انتقاله إلى غير المالك بالسبب الذي تمّ قبل ذلك يمتنع نقله من المالك ثانياً بالسبب المتأخّر وهو عين ما ذكرنا على القول بالنقل.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا إلى هنا انفساخ عقد الفضولي بالرد القولي الصريح وبتفويت المحل، وبقي الكلام في الردّ الفعلي بدون التفويت كما في التعريض للبيع والبيع الفاسد، وينبغي الكلام في مقامين:

المقام الأوّل: على حسب القاعدة.

والمقام الثاني: على حسب النصوص الخارجية.

أمّا الأوّل: فلا إشكال لو أحرزنا أنّ البيع الذي ردّه المالك في زمان ينحلّ بنظر العرف ولا تقبل الإجازة فيما بعد فإنّه لو أحرز ذلك علم بوحدة المناط في القولي والفعلي وعدم الفرق بينهما فيكون سقوط الإجازة الواقعة عقيب الردّ من باب عدم شمول العمومات، وكذلك لو أحرزنا عكس ذلك وأنّه يبقى بحاله من غير انحلال ففي كلّ وقت لحقه الإجازة شملته العمومات، فحينئذ يكون سقوط الإجازة المتأخّرة عن الردّ بالتعبّد على خلاف العمومات وبواسطة الإجماع فكلمًا تيقّن دخوله تحت الإجماع وإلّا يرجع في حكمه إلى العمومات، فإذا كان المتيقّن من الإجماع غير الفعلي بقي الفعلي على القاعدة.

ولكن لو بقينا على الشكّ وما جزمنا بشيء من هذين فالتمسك بالعمومات غير جابر للشكّ في الموضوع، وأمّا الاستصحاب فيتصوّر على وجوه:

أحدها: استصحاب بقاء القابليّة للإجازة الثابتة سابقاً على الردّ وهذا بالنسبة إلى إثبات أنّ العقد بالإجازة يكون ذا مساس بالمالك مثبت.

والثاني: استصحاب أنّ العقد كان قبل الردّ بحيث لو لحقته الإجازة صار

ماتساً بالمالك، وهذا استصحاب تعليلي في الموضوع وهو محل إشكال من جهة أخرى تحققت في الأصول فينحصر في الأصل الجاري في المسبّب، أعني: أصالة عدم انتقال المال عن المالك الثابت قبل الإجازة.

المقام الثاني: في التكلّم في النصّ الوارد في المقام وهو ما ورد فيمن زوجته أمّه وهو غائب من قوله - عليه السلام -: «إن شاء الزوج قبل وإن شاء ترك» بناءً على ظهور الترك في الرد فإنّ الترك في مقابل الوجود كان ثابتاً من أوّل الأمر وليس سبباً متجدّداً رديفاً للقبول، وما ورد في نكاح العبد بغير إذن سيّده من أنّ ذاك إلى سيّده إن شاء أجاز وإن شاء فترق بينهما، تقريب الاستدلال بهما على المدعى من سقوط الإجازة عن التأثير بعد الردّ أنّه لا فرق في الحكم الثبوتي المتعلّق بالطبيعة بين كونه تعينياً أو تخييرياً في كونه ظاهراً في تعلّقه بصرف الوجود غير القابل للتكرار.

فكما إذا قيل: اضرب زيدا، فبالضرب الأوّل يحصل الامتثال ويسقط الأمر. فكذلك لو قيل: اضرب إمّا زيدا وإمّا عمراً، فبضرب كلّ منهما في الدفعة الأولى يسقط الأمر التخيري، وهذا بخلاف الحكم السلبي المتعلّق بالطبيعة فإنّه ظاهر في التعلّق بوجودها الساري، فإذا قيل: لا تضرب زيدا، كان ظاهراً في ممنوعيّة ضربه في جميع الأزمان، فإذا قيل: إمّا اضرب زيدا وإمّا لا تضرب عمراً، فحصول ضرب زيد في الدفعة الأولى مسقط للتخير، وأمّا عدم حصول ضرب عمرو في اليوم الأوّل مثلاً لا يوجب سقوط الاختيار عن ضرب زيد وإنّما يسقط بعده في جميع الأزمان والأبام، هذا في التكليفات.

وهكذا الكلام في الوضعيات ففي مقامنا لو كان مفاد الدليل أنّ للمالك الإجازة وعدمها فبعدم الإجازة في الزمان الأوّل لم يسقط اختياره عن الإجازة لأنّ الفرض أنّ عدم الإجازة في تمام الأزمان صار عدلاً للإجازة في زمان فلا بدّ في

سقوط التخيير إمّا من الإجازة في زمان وإمّا من عدمها في تمام الأزمان فمع عدم الأمرين، كما لو صدر منه الرد كان التخيير بحاله لعدم صدور شيء من طرفيه.

وأما لو كان المفاد أنّ للمالك أحد أمرين وجوديّين إمّا الإجازة وإمّا التفريق والرد فكلّ من الأمرين حصل في زمان أوجب سقوط الاختيار بالنسبة إلى الأمر الآخر، وقد عرفت ظهور الرواية في كونه من التخيير بين الوجوديين هذا.

ولا يعارض بقاعدة السلطنة، لأنّه مضافاً إلى أنّ النسبة عموم وخصوص مطلق قد تقرّر في محلّه عدم كون القاعدة مشرعة، وعلى هذا فالمتبّع إطلاق هذه الرواية بالنسبة إلى الردّ الفعلي وعدم إطلاقها، فلو كان لها إطلاق لم يبق إشكال.

ثمّ لابدّ من تنقيح مطلب آخر وهو أنّه هل يعتبر في مفهوم الردّ عرفاً الإنشاء أم يكفي في صدقه الإخبار عن عدم الرضى؟ الظاهر الثاني؛ فإنّ الظاهر أنّه لو قال المالك بعد اطلاعه على وقوع العقد من الفضولي على ماله: اعلموا أنّي غير راض بهذا العقد - بحيث كان مقصوده صرف الإخبار والكشف دون الإنشاء - يصدق عرفاً أنّه راّد لعقد الفضولي، وعلى هذا فالبيع الفاسد والتعريض الغير المقصود به الإخبار يصحّ عدّهما مثلاً للمقام، وأمّا على القول بأنّه وإن لم يعتبر في الإجازة الإنشاء لكنّه معتبر في الردّ والحلّ يخرجان عن كونها مثلاً؛ فإنّ غاية الأمر كشفهما عن عدم الرضى وهو غير الإنشاء.

فإن قلت: بل هما خارجان حتّى على بناء على عدم اعتبار الإنشاء وذلك لما تقرّر من أنّ الأمر بالشيء لا يقتضي النهي عن الضدّ، فتعلّق الإرادة بالبيع الذي هو ضدّ لإنفاذ عقد الفضولي لا يدلّ أيضاً على كراهة إنفاذ عقد الفضولي، غاية الأمر الدلالة على عدم إرادته.

قلت: المدعى في المقام أنّ المريد لأحد الضدّين إذا كان ملتفتاً إلى الضدّ الآخر فلا محالة ينصرف ذهنه عن هذا الضد الملتفت إليه وهو معنى الردّ، بخلاف حال الغفلة وعدم الالتفات، وأمّا الكراهة فهي متفتية في كلتا الحالتين ولا يعتبر في الرد الكراهة وإنّما المعتبر صرف الذهن عنه، ولو كان عن لحاظ الصلاح الأسدّ في الضد.

ثمّ إنّّه قد يستشكل في ظهور الرواية في التخيير بين وجوديين؛ وذلك لأنّ هنا مطلبين:

أحدهما: سلطنة المالك على ماله واقتداره على التصرفات فيه فكما أنّ له البيع ومعناه كون كلّ من طرفي وجوده وعدمه تحت اختياره فإنّه يكفي في اختيارية عدم اختيارية بقائه وعدم نقضه بالوجود، فكذلك لو وقع بيع من غير المالك وكانت الحالة المنتظرة من جهة عدم إجازة المالك فيصح أن يقال له الإجازة وعدمها، وليس هذا بأزيد من أنّ لإجازته مدخلاً في تأثير العقد فلولا الإجازة لا نفوذ للعقد، وهذا لا كلام فيه، والمقصود هو إسقاط العقد بسبب الرد عن قابلية الإجازة.

والثاني: أن يكون للإنسان حق متعلّق بالعقد بين سببين إنفاذه وإسقاطه عن قابلية النفوذ، فعلى هذا لو اختار الرد فقد أخذ بالحق واستوفاه؛ لأنّ حقّه كان ذا نسبة إلى الأمرين على السواء بخلاف الحال على الأوّل فإنّ له حق متعلّق بالإجازة ومع تركها لا يقال قد استوفى الحقّ، بل يقال ترك استبقاء الحق نظير ما يقال في باب حق الخيار بأنّ الحقّ له نسبة واحدة بالفسخ، فالإجازة قد تكون إسقاطاً لهذا الحقّ وقد لا تكون، كما لو صدرت في حال الغفلة عن ذلك الحق، أو

مع البناء على عدم رفع اليد عنه، وأمّا لو كان الحق ذا نسبتين إلى الفسخ وإلى الإجازة فهو قد استوفى حقه ولا يقال: إنّه أسقط حقه ورفع اليد عنه.

والحاصل: يتصوّر هنا أيضاً أمران:

أحدهما: أنّه لمّا يكون مالكاً ورضاه جزء أخير للعلّة فله حقّ تثبيت العقد بأن يرضى بمضمونه وله أن يمنع من تأثير ما تحقّق من سائر أجزاء العلّة بأن يمسك عن رضاه الذي هو جزء أخير حتى ينفكّ الباقي عن التأثير، وفي هذا المقام يصحّ أن يقال في حق الولي على النكاح أنّ له الإجازة وله التفريق بين الزوجين، يعني: أنّ رضاه لمّا يكون دخيلاً فمع عدمه فالفرقة بوجودها البقائي مسبّب عن اختياره، وإلاّ فسائر مقدّمات الوصلة قد فرض وجودها، ولكن هذا لا ينافي ثبوت حقه بمعنى أنّه متى رضى يحصل الأثر.

والثاني: أن يدعى علاوة على هذا وهو أنّه مضافاً إلى حقّ تثبيت سائر الأجزاء بايجاد الجزء الأخير، له حقّ إسقاطها عن قابلية التأثير.

وبعبارة أخرى عن مرتبة الاقتضاء والتأثير التأهلي فبأي الأمرين أخذ أخذ بالحقّ وإذا لائم العبارة المذكورة مع المعنى الأوّل فلا يبقى لها دلالة على الثاني.

والجواب: أنّ هذا أمر راجع إلى الاستظهار وأمره موكل إلى العرف والمقصود أنّ العرف يفهم من العبارة كون الحقّ ذا طرفين.

والحاصل: إن استفيد من الرواية ما ذكرنا مع تنميته في غير باب النكاح بضميمة عدم الفصل في حكم الفضولي بينه وبين سائر الأبواب، وإلاّ فما ذكره في عرض ذلك شيخنا المرتضى - قدس سرّه - من الوجهين لا يتم شيء منهما، أمّا خروج العقد بعد الرد عن الانتساب إلى المالك فقد ذكرنا عدم استبعاد خلافه عرفاً حتّى في الرد القولي، غاية الأمر ثبوت الإجماع فيه على عدم صحة الإجازة.

وأما الإجماع في العقود المتزلزلة بالخيار على حصول الفسخ بالفعل بضميمة أنّ العقد الثابت المؤثر فعلاً إذ ارتفع أثره بالفعل الدال على الفسخ فما نحن فيه الذي هو متزلزل من حيث الحدوث، اندفاع أثره أهون قطعاً، ففيه: أنّ الأهونية مسلّمة بعد إحراز مقدّمة وهي كون المالك ذا اختيار بالنسبة إلى العقد بحيث كان بيده زمام عقده وحلّه وإثباته في الأثر وإسقاطه كما هو الحال في ذي الخيار في العقود الخيارية.

وأما على ما هو الفرض من عدم إحراز ذلك من الخارج لفرض الإغماض عن الرواية والثابت إنّما هو ولاية المالكية الثابتة على المال الغير القاضية بأزيد من موقوفة تأثير العقد وفعليّة أثره بلحوق رضاه وأين هو من مختارتيه على العقد فلا يثبت الأهونية لوضوح أنّه ثبت بالإجماع هناك أنّ من له اختيار أمر العقد المستقرّ الحدوث المتزلزل البقاء يمكن له حلّ العقد وإسقاطه عن التأثير بمطلق الردّ الشامل للفعلي، فيثبت بذلك أنّ المالك لأمر العقد المتزلزل من حيث الحدوث بطريق أولى يمكنه حلّ ذلك العقد بذلك، ولكن أتى لنا بإثبات الصغرى وهو أنّ المالك في مقامنا علاوة على مالكيته للمال مالك للعقد أيضاً فالعمدة في المقام هو التمسك بالرواية.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى بعد أن استشكل في كفاية تصدّي الفعل المنافي مع عدم الالتفات إلى العقد الفضولي قال: بل الإشكال في كفاية سابقه أيضاً (يعني صورة الالتفات) فإنّ بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالأجازه، ولذا استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلّقها جاهلاً بفساده وقرّره في الإيضاح وجامع المقاصد على الإشكال.

أقول: أما الإجماع فيمكن دعوى القطع بعدمه وأما المال المذكور فيمكن إبداء الفارق بينه وبين المقام، وحاصل الفرق أنّ التصدي للفعل المنافي في المال تارة يلاحظ بالإضافة إلى العقد الوارد على هذا المال الذي مضمونه مثلاً انتقاله إلى زيد مع كون مضمون التصديّ به انتقاله إلى عمرو، فحينئذ يمكن أن [يقال] بقضيّة التضاد والتنافي بين المضمونين أنّ التصدي والإقدام بأحدهما ردّ ودفع للآخر.

وأخرى يلاحظ بالإضافة إلى الولاية الثابتة لشخص آخر على المال، وفي هذا يمكن القول بأنّ التصديّ المذكور حتى مع الالتفات أيضاً ليس دفعاً ونقضاً للولاية المزبورة؛ ألا ترى أنّ المال الذي له وليّان مثل الأب والجد تصدّى أحدهما بمقتضى ولايته لبيعه ليس نقضاً لولاية الآخر.

نعم هو تفويت للمحل بالإضافة إلى الولاية الأخرى لأنّ مقتضى نفوذ الولاية المعمولة خروج المال عن ملك المالك فلا يبقى موضوع للولاية الأخرى، وهذا المعنى في الشخص الواحد أيضاً موجود فإنّ المالك إذا باع ماله انقطع يده عن ذلك المال، وليس هذا نقضاً لسلطنته بل هو مقتضى سلطنته وإعمال لها، فنقول باب الوكالة من هذا القبيل الثاني فإنّ الموكل جعله قائماً مقام نفسه فكأن له بدنين ويصير للمال وليّان فاعمال أحدهما اختياره وولايته ليس نقضاً ودفعاً وحلاً لولاية الآخر.

نعم بعد إعمال هذه الولاية وترتب الأثر عليه تنحلّ تلك الولاية وتنتفي قهراً بواسطة انتفاء الموضوع، فإذا فرض انفكاك هذا الإعمال عن الأثر كما في فرض بطلان العقد كما في المثال لم يرد اختلال في الولاية الأخرى، وهذا بخلاف المقام فإنّ الإقدام على العقد المقتضي لانتقال المال إلى عمرو دفع وحلّ لا محالة لما يقتضي بمفاده انتقاله إلى زيد مع التفات المقدم إليه.

فروع

الأول: لو انتقل المال من المالك إلى غيره فبناء على ثبوت اختيار أمر العقد الفضولي في يد المالك وسقوطه عن الأثر برده لا تثمر إجازة هذا المالك الجديد أيضاً مع ردّ المالك القديم، وأمّا بناء على عدم تمامية ذلك بالرواية والتمسك بعدم اعتبار العرف انتساب العقد إليه، فحال الرد حينئذ حال تفويت المحلّ في كون المحلّ للإجازة بالنسبة إلى المالك الجديد باقياً فإنّ الخروج عن الانتساب إلى المالك الأوّل لا يلزم ذلك بالنسبة إلى الثاني، فالفرق بين الرد والتفويت مبنيّ على المبني الأوّل.

الثاني: لو ردّ الفضولي قبل إجازة المالك فهل لردّه أثر أم لا؟ يمكن القول بتأثيره بالإضافة إلى إجازة نفسه لو ملك بعد ذلك وقلنا بصحّة من باع ثمّ ملك، بل يمكن ذلك بالنسبة إلى المالك أيضاً؛ وذلك لأنّ الاعتبار العرفي مساعد بأنّ المحدث للشيء قادر على إعدامه والعقد وإن كان متعلّقاً بهال الغير لكن لما كان حدوثه باختيار الفضولي فإعدامه أيضاً مقدور له فلا يبقى لإجازة المالك أيضاً أثر، هذا بناء على الاستناد في الردّ لعدم الانتساب عرفاً، وأمّا لو استندنا إلى الرواية فإطلاقه يشمل المالك في هذه الصورة أيضاً.

الثالث: وهذا لا يرتبط بالمقام وإنّما يناسب باب الخيارات، وهو أنّهم ذكروا في باب الفسخ للعقود الخيارية بحصوله بالفعل المنافي للملكية المشتري وعدّوا من

الأمثلة الوطي للجارية المشتراة.

وفيه: أن حليّة هذا الوطء موقوفة على سلب ملكية المشتري أولاً وإثباتها للبائع الواطي حتى يقع الوطء في ملكه ويخرج عن الزنا، والمفروض أن القصد الخالي عن المظهر لا يكفي في هذا المطلب بل لوجود المظهر أيضاً دخل وهو حسب الفرض نفس الوطء فالملكيّة غير مقارنة للوطي فيكون الوطء زناً وحراماً، وبعد وقوعه حراماً لا يبقى كشفه عن الفسخ؛ فإننا بأدلة حمل فعل المسلم على الصحة تمسكنا لحليّة الوطء وبتركها استكشفنا الفسخ، وبعد ما فرضنا من وقوعه حراماً على كلّ تقدير فآين الكشف عن الفسخ؟

نعم هذا المعنى يتم في البيع إذ يمكن أن ينشأ به أمران: أحدهما في طول الآخر، التملك ثمّ النقل إلى الغير وإذا كان هذا ممكناً فدلّيل الحمل على الوجه الصحيح يقتضيه.

توضيح المقام يقتضي بسط الكلام فنقول: قد تحقّق ممّا تقدّم أن الانفساخ في العقد الفضولي يحصل بأمرين: أحدهما: الفسخ والرد، والآخر: تفويت المحل وإعدام الموضوع فهل العقود الخيارية أيضاً يجري فيها الأمران، لا إشكال في جريان الأول وأمّا الثاني بمعنى أن يقال: إنّ تصدّي ذي الخيار للتصرّفات الموقوفة على الملك يعدم المحلّ بالنسبة إلى تلك العقود، فلا إشكال أيضاً في عدم جريانه فإنّ التصدّي لذلك ينتج في ذلك عكس ما ينتج في الباب فإنّ ملك المتصرّف في مقامنا محفوظ، فلا محالة توجب صحّة هذه التصرّفات بتأمية علّتها قبل تمام العلّة للعقد الفضولي انعدام الموضوع بالنسبة إليه، وأمّا في تلك العقود فالمال صار بسببها ملكاً للمشتري، فالعلّة التامة من طرفها تحققت قبل تحقّق العلّة لتلك

التصرّفات، فلا بدّ من الحكم ببطلان تلك التصرّفات، فلا بدّ في انفساخ تلك العقود بإرجاع هذه التصرّفات إلى الفسخ بمعنى أنّها تكشف عن قصد التصرّف للفسخ أولاً ثم التصرّف فيكون القصد فقط أو مع مظهرية هذا التصرّف فسخاً.

وحينئذ نقول: قد يفرض الكلام في التصرّفات التي أثرها حدوث الوضع كالبيع والعتق وقد يفرض فيما يكون أثرها التكليف كالوطني وشبهه.

أما الأوّل: فإنّنا يحصل الإشكال فيه بعدم معقولية دخل المظهر في تحصيل الملك الذي هو شرط لصحة المظهر إذا قلنا باشتراط البيع بالمعنى السببي، أعني: نفس انشاء الإيجاب والقبول بالملكية، فلو انفك جزء من الإنشاء عنها حكم بالفساد، وأمّا إذا منعنا عن ذلك وقلنا: إنّ قوله «لا بيع إلّا في ملك ولا عتق إلّا في ملك» ظاهر في المعنى المسببي، أعني: المبادلة المنشأة الحاصلة عقيب الإنشاء حتى في مثل عقد الفضولي فاشتراط هذا المعنى المتوقّف حصوله على تمام السبب المتوقّف على انقضاء تاء بعت بل من قبلت لا يقتضي إلّا حصول الملك قبل التاء، فلا ينافي عدم حصولها حين التلفّظ بلفظة بع من بعت.

هذا في أثره الوضعي المترقب منه. وأمّا تأثيره في الفسخ فيحصل بمحض الشروع في بعت حتى لو فرض موته قبل تتميم هذه الكلمة يحكم بالفسخ كما في البيع الفاسد فإنّ الإقدام الخارجي بفعل ما هو مضادّ لبقاء العقد الخياري يحصل بذلك فيتحصل أنّ عود الملك إليه يحصل بلفظة بع من بعت، والملكية المنشأة منتظرة لمجيئ التاء وحين ما تجيئ قد فرض كونه مالكا.

وأما الثاني: أعني التصرّفات المستتعة للتكليف، فإنّ بنينا على مذهب شيخ الطائفة - قدّس سرّه - من أنّ حصول الملك في العقود الخيارية بعد انقضاء زمن

الخيار فلا إشكال أيضاً، إذ يصير الحال على هذا في تلك العقود هو الحال في العقد الفضولي من وقوعها في حال الملك وتقدمها في التأثير على ما لم يجرى تمام علته فيكون الوطاء حلالاً، لوقوعه في ملكه وسبباً لانحلال العقد لتفويت موضوعه.

وكذلك الحال لو قلنا في باب الخيار بمثل ما قاله بعض في الرجوع إلى المطلقة رجعيّاً بأنّها لم تنقطع علاقة الزوجية بالتام، غاية الأمر أنّها ضعفت، فجواز الوطي يكون بحاله لبقاء موضوعه، فكذلك نقول في باب الخيار: إنّ علاقة الملك لم تنقطع من ذي الخيار عن المال رأساً وإنّها ضعفت، فجواز التصرفات باق بحاله فعلى هذين المبنيين لا كلام ويتحقّق الانفساخ مع الجواز الوضعي والتكليفي في عامّة تلك التصرفات.

وكذلك لا كلام لو قلنا بسلب العلاقة كليّاً عن المالك من دون انتظار لانقضاء الخيار ولكن قلنا: إنّهُ يكفي في الفسخ نفس القصد الباطني ولو لم يلحقه الإظهار فإنّه أيضاً يشترك مع الأولين في وقوع التصرف في حال الملك، غاية الأمر حصول الانفساخ بالتفويت على الأولين وبالفسخ على الأخير.

إنّما الكلام في ما استقرّ البناء الآن عليه من حصول الملك بنفس العقد لا بانقضاء الخيار واحتياج الفسخ إلى المظهر وعدم كفاية الرد الباطني.

فحيثنذ أيضاً لو كان دليل خاص قائماً بصحّة هذه التصرفات كان ذلك تخصيصاً للقواعد المقتضية لتوقّف صحّتها على الملك.

وأما على ما هو المفروض من عدم ذلك وإنّما نريد إتمامه على القواعد كما عن العلامة أنّه علّل ذلك بأنّه لأجل صيانة فعل المسلم عن الفساد وهو مع قطع

النظر عن أنّه عندهم من الأصول فلا تثبت به الحواشي من اللوازم والملازمات والملزومات حتى يثبت به قصد الرد، يرد عليه: أنّه كيف يصحّ ذلك مع فرض دخالة الإظهار في حصول الملك؟ فيكون وقوع ملك التصرفات في غير الملك.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الشرط ليس هو الإظهار بخارجه بل بما ينتزع منه من وصف التعقّب، يعني: أنّ المؤثر هو القصد الذي يتعقبه متّصلاً وبلا فصل الإظهار الخارجي، لكن هذا موقوف على ملاحظة أنّ مفهوم الرد عرفاً بم يتحقّق، ونحن إذا راجعنا الوجدان نراه حاكماً بأنّ مفهوم الردّ سواء قلنا باختيار الاظهار على نحو الإيقاع والإنشاء أم باعتباره ولو على نحو الإخبار والكشف أمر متولّد عقيب خارج الإظهار اذ حال الحلّ في ذلك حال العقد فكما أنّ العقد يحتاج إلى الاظهار الخارجي فكذلك الحلّ.

وحينئذ فنقول في طريق التفصّي عن الإشكال .

أمّا في مثل البيع ممّا يكون المطلوب منه الأثر الوضعي فيما مرّ من أنّ شرطية الملك لم تلحظ في الأدلّة بالاضافة إلى الإنشاء وإنّما لوحظت بالاضافة إلى المسبّب، فمع حصوله حالة لا ضير في عدم حصوله قبله فبإزاء بيعت يحصل الفسخ وبثائه يحصل البيع المسبّب.

وأما في مثل الوطى ممّا المطلوب فيه الحلية التكليفية. فنقول: لا نحتاج في تحقّق الفسخ إلى اثبات الحلية، إذ من الممكن تحقّقه بالوطى الحرام وبعد ذلك نقول: يمكن إثبات الحلية بأحد أمرين:

الأوّل: أنّ الدليل الدال على حرمة الوطى في غير الملك من قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ

ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴿﴾ منصرف عن الوطي الذي به يتحقق الملك فتكون حليته على مقتضى الأصل.

والثاني: أن يقال: إنَّ الدليل دلَّ على أنَّ كلَّ نحو من أنحاء الردِّ جائز والوطي أيضاً نحو منها فيشملة ذلك الدليل، غاية ما في المقام الإشكال على ذلك بأحد وجهين.

الوجه الأول: أنَّ الدليل المذكور ليس مفاده بأزيد من إثبات الجواز الوضعي فمعنى قوله -عليه السلام- للمالك الاجازة وله الردُّ أنه لو أجاز يؤثر ذلك في تنفيذ العقد ولو ردَّ يؤثر في إهماله عن الأثر وليس فيه دلالة على الجواز التكليفي.

ويمكن الجواب عن ذلك بأنَّ المستفاد من ذلك الدليل ليس صرف ثبوت حكم وضعي بل يستفاد كون ذلك حقاً للمالك وأنَّ له حقَّ أن يميز وحق أن يردَّ وما وقع متعلقاً للحقِّ بطبعه مقتض للحلية إذ لا معنى لكون الإنسان ذا حقِّ في إتيان فعل وكون ذلك الفعل محرماً عليه، نعم لا منافاة لذلك مع حرمة بعض الجهات الطارئة مثل ما لو نذر ترك العمل بحقه فيصير بهذا العنوان الثانوي حراماً.

فإن قلت: سلّمنا ذلك لكن ذلك إنّما هو بالنسبة إلى العنوان المتولّد في طول الوطي، والوطي سبب له وحلية المسبّب وهو الرد لا يلازم حلية السبب وهو الوطي.

قلت: عنوان الرد منطبق على نفس الوطي ولا منافاة بين أن يكون منشأ انتزاع العنوان هو الأثر المتولّد عن الشيء المتأخّر عنه لا محالة بين أن يكون هذا العنوان المنتزع منطبقاً على نفس ذلك الشيء المتولّد.

وبعبارة أخرى: يمكن أن ينطبق على الشيء بلحاظ ترتّب أثر كذائي عليه عنوان كما هو الحال في تحريك المفتاح وفتح الباب المنطقيين على حركة اليد، فكَذلك في المقام أيضاً ينطبق على نفس الوطاء بلحاظ أثره الذي هو الانفساخ عنوان الفسخ أو الحلّ، والفرض أنّه وقع محلاً للحقّ فيصير حلالاً إلى أن يعرضه عنوان آخر تأثري كالنذر وشبهه.

والوجه الثاني: أنّ هذا الدليل سلّمنا تكفّله للحكم التكليفي علاوة على الوضعي لكنّه حكم اقتضائي مثل حليّة الغنم فلا ينافي الحرمة من جهة أخرى، فهذا الفعل الخاص من حيث إنّهُ فسخ وردّ حلال ومن حيث إنّهُ وطي في ملك الغير حرام ولا ينفي حليّته بالجهة الأولى حرمة بالجهة الثانية.

ويمكن أن يجاب عنه أيضاً بأنّ عنوان الزنا متزعّج من الوطي في ملك الغير، وهذه الخصوصية، أعني: الكون في ملك الغير هو المصير للوطي فسخاً، إذ لولاه لما تحقّق الفسخ والخصوصيّة التي منها يتحقّق مصداق الردّ الذي فرض جوازه، فلا محالة يزاحمه عدم جواز تلك الخصوصية.

وحيثنذ نقول: عموم دليل الردّ يقضي بجواز هذا الفرد المشتمل على هذه الخصوصية وعموم دليل حرمة وطي غير الزوجة والمملوكة يقضي بحرمة هذا الفرد من الوطاء، ونحن نحتمل أن لا يكون في هذا المصداق من الوطاء مقتضى الحرمة وكان فيه مقتضى الجواز فقط، كما يحتمل العكس، والإطلاق من كلّ من الجانبين يدفع هذا الاحتمال، فيحصل التعارض.

نعم لو فرض العلم بتحقّق كلا المقتضيين في هذا الفرد ووصل الأمر إلى العقل لكان حكم العقل بترجيح جانب الحرمة لأنّه مقتض بالنسبة إلى

الخصوصية ولا يقتضي جهة الحلية إلاّ صرف الوجود كما هو الحال في باب مقدّمة الواجب حيث نحكم باختصاص الوجوب بالفرد الغير المحترّم، ومع كون الملاك وهو المقدّمة موجوداً في هذا الفرد أيضاً.

والحاصل: أنّ هنا عنوانين بينهما عموم من وجه أحدهما موضوع الحرمة والآخر موضوع الجواز، ولكن كلّ واحد من الموضوعين يوجد في مفهومه خصوصيّة واحدة وهي خصوصيّة كون الفعل في ملك الغير، فالرد والوطء المحترّم كلاهما ينتزعا من هذا، فحيثنّ قد يقال الحكم المعلّق بالردّ حكم اقتضائي فلا يزاحمه الحكم الفعلي من جهة الوطاء.

والجواب: أنّه إنّما لا يزاحم الاقتضائي بالفعلي إذا كان الاقتضائي معلّقاً بعنوان والفعلي بعنوان طار على ذلك العنوان، وأمّا في مثل المقام فلا فإنّ الاقتضائي ناظر إلى عنوان الفعلي، فيجتمعان في حيثيّة واحدة، وإنّما يجوز اجتماعهما في حيثيتين، فلهذا لا يعقل اجتماع الحيثي والفعلي في هذا الفرد، ثمّ قلنا إنّنا إنّ كنّا عالمين بوجود الملاك في صرف وجود الفسخ مع تحقّقه في تمام أشخاص الوطاء لكنّا جازمين باختصاص حكم الحلية بغير هذا الفرد وعدمه فيه لا حيثيّة ولا فعلاً، وقد فرض عدم جزمنا بذلك فيبقى الكلام في اطلاق الدليلين وكل من الدليلين ينظر بإطلاقه إلى الحيثيّة المذكورة.

أمّا دليل الوطاء فهو المفروض فيه، وأمّا دليل الفسخ فلائنّه إذا جعل الشارع اختيار الرد بيد المكلف والفرض أنّ له قسمين متعارفين أحدهما قول رددت وشبهه، والآخر التصرف المالكى ولم يتقيد كلامه يقيد، فالإطلاق في كلامه يقتضي تساوي هذين القسمين في هذه الرخصة فإنّ الإطلاق وإن كان ليس بمعنى لحاظ

التسوية لكنّه بحكمه، بمعنى أنّه يحرز من المتكلم حال لو سئل عنه عن الافراد لأجاب بالتسوية، وحيثذ فكلّ من الإطلاقين ناظر إلى هذا الفرد بما اشتمل هو عليه من الخصوصية فأحدهما يحكم عليه بالحلّ والآخر بالحرمة، وهذا معنى التعارض.

وحيثذ فلو لم يكن بين الدليلين أظهر لتساقطا ويرجع إلى الأصل وهو في المقام [الاحتياط] حيث إنّ باب الفروج وهو مورد الاهتمام في جانب الحرمة ولكن لنا حيثذ دعوى أنّ دليل الوطء الذي كان حال ظهوره في شمول هذا الفرد الخفي من الوطء الذي يحصل بمجردّه وفي الآن المتصل به الملك بمثابة أمكن ادّعاء انصرافه عن هذا الفرد، غاية الأمر بالتسليم منه ذلك لا يبقى له ظهور بعد ملاحظة معارضته بدليل الرد الذي هذا الفرد فرد جلي بالنسبة إليه كما ذكرنا أنّه أحد قسميه المتعارفين بدعوى أظهرية دليل الردّ بالنسبة إلى ذاك يصير سهلاً.

هذا كلّّه إذا علم أنّ مقصود الواطئ هو الرد، وأمّا مع الشك في ذلك فهل لنا في مقام الإثبات أصل أو اشارة يحرز بسببه الحال أو لا؟ قد عرفت أنّ بعضهم - رضوان الله عليهم - تمسك لإثبات الحلية بأصالة الصّحة وصيانة فعل المسلم عن الفساد.

وفيه: أنّ المدرك لهذا الأصل إنّما هو السيرة ولا يستفاد منها أزيد من الأصلية واستفادة كون الوطء مقروناً بالقصد للرد موقوف على الأمارية حتى يثبت بها اللوازم ولا يمكن الالتزام بذلك، فإنّا لو علمنا أنّ شخصاً إمّا سلّم وإمّا تكلم بالفحش فأصالة الصّحة تقضي بعدم فسقه ولكنها لا تثبت السلام حتى نحكم بوجوب الجواب، وكذا لو أحرز عنوان العقدية وشك في أنّه من القسم الصحيح

أو الفاسد فأصالة الصحة تقضي بأنه من الصحيح ليرتب عليه آثار الصحيح، ولكن لو نذرت عند صدور العقد المشتمل على العربية مثلاً التصديق ما وجب عليك ذلك وهكذا.

نعم ظاهر حال المسلم هو اشتغال فعله على الشرائط ولكن لا دليل على حجية هذا الظاهر إلا إذا كان مستنداً إلى اللفظ، فلو تصدى للرد بإنشاء البيع ولم يعلم أنه يقصد الرد أو أوقع نحو بيع الفضولي لنفسه فظاهر كلامه عند الإطلاق عدم الأخير وأنه باع بنحو بيع المالك مال نفسه.

مسألة

ليس جواز ارتجاع العين من آثار الرد بل للمالك ما دام عدم الإجازة أن يرتجع العين مع بقائها في يد من وجدها عنده ومع التلف يرجع بعوضها، نعم هنا كلام بناءً على القول بأن الرجوع في باب الضمانات يكون إلى أعلى القيم فهل يرجع هنا لو ترتبت الأيدي بتمام الزيادات الحاصلة في القيمة أو العين حتى ما كان حصوله في اليد السابقة على الرجوع إليه وانتفى قبل الوصول إليه؟ أو يختص الرجوع بما حصل تحت يده أو يد من ترتبت يده على يده؟ والظاهر على المبنى المذكور هو الثاني، لاختصاص موجب الضمان بالزيادات المتأخرة دون المتقدمة، هذا هو الكلام في رجوع المالك إلى المشتري .

وأما رجوع المشتري إلى البائع، فقد يقع الكلام في رجوعه بالثمن الذي أقبضه للبائع، وقد يقع في رجوعه بما يغترمه للمالك فهنا مسألتان:

الأولى: في رجوع المشتري إلى البائع بثمنه الذي دفعه إليه فإن كان جاهلاً بأنه فضولي فالظاهر جواز رجوعه سواء كان باقياً أم تالفاً، واعترافه بأنه مالك إن

كان مبتنياً على ظاهر اليد لا يضّر بعد انكشاف الخلاف، نعم لو كان اعترافه مبتنياً على الواقع كما اعترف بعد قيام البيّنة على أنّه ملك المالك، فحينئذ ليس له الرجوع، وأما مع عدم معلومية الحال فهل يوجد لظاهر الحال من كون الاقرار مبنياً على ظاهر اليد أو بظاهر اللفظ من الدلالة على الواقع وجهان.

وإن كان عالماً بأنّه فضولي وكانت العين باقية فالظاهر جواز الرجوع أيضاً لأنّه لم يحصل منه ما يوجب انتقال العين منه إلى البائع شرعاً غاية ما حصل تسليطه على العين مع العلم بعدم ملكيته للمبيع، وهذا ليس تملكياً له وإلاّ لزم في البيع الفاسد أيضاً ذلك لأنّ كلّاً من المتبايعين هنا قد سلّط صاحبه على ماله مع علمه بأنّ المعاملة فاسدة وأنّه لا يتملّك منه العوض شرعاً.

وكذا يلزم أن لا يصحّ البيع بإجازة المالك لأنّ البائع صار مالكاً للثمن قبله فقد فات بسببه محلّ الإجازة فتأمل.

وأما إن كانت العين تالفة فالظاهر المحكي من بعضهم - قدّس أسرارهم - الاتفاق على عدم الرجوع، ووجهه على ما يظهر أيضاً منهم أنّه سلّطه على ماله بلا عوض.

وتوضيح ذلك: أنّ الضمان إمّا لعموم على اليد ما أخذت، وإمّا لقاعدة الإقدام على الضمان التي جعلها الشيخ مدرّكاً لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، أمّا الأوّل فمخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفع إليه المال إمّا لحفظه كما في الوديعة أو للانتفاع به كما في العارية أو لاستبقاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة وإذا كان الدفع على هذا الوجه غير موجب للضمان فالتسليط على عمّة التصرفات حتّى الإتلاف غير موجب بطريق أولى.

ودعوى أنه لم يسّله مجاناً وبلا عوض حتى يكون حاله كالهبة الفاسدة بل في مقابل العوض، مندفعة بأنّ العوض مال غيره ففي الحقيقة لم يضمّنه شيء من كيسه، فحاله حال الهبة الفاسدة، والبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجرّة التي قالوا فيها بعدم الضمان، ومن هنا ظهر عدم جريان الوجه الثاني للضمان أعني قاعدة الإقدام فإنّ البائع لم يقدم إلّا على الضمان بشيء يعلم المشتري بعدم كونه ملكاً له.

فإن قلت: التسليط على الثمن إنّما هو لثباته على ملكيّة البائع للمثمن ولولا ذلك لم يتحقق مفهوم المعاوضة كما تقدم في بيع الغاصب لنفسه، فالتسليط وقع على وجه الضمان بهاله لا بهال الغير إلّا أنّها لما قطعاً النظر عن حكم الشرع بعدم ملكيّة البائع للمثمن وتعاقدا معرضين عن ذلك فالتسليط ليس مجانياً، والتضمين للبائع بما يقابل الثمن من ماله حقيقي، وإن كان ملكيته للمثمن ادعائية فحاله حال ما إذا ظهر المثلث المعين ملكاً للغير فإنّ رجوع المشتري إلى البائع بعوض الثمن لو كان تالفاً اتّفاقي مع أنّه إنّما ضمّنه الثمن بإزاء هذا الشيء الذي كان مالاّ لغيره، فكما أنّ التضمين هنا حقيقي وكون المثلث مالاّ له اعتقادي لا يقدح تخلفه في التضمين، وكذلك هنا تضمين المشتري البائع للمثلث حقيقي وكونه مالاّ للمثلث ادعائي ولا يقدح في ذلك التضمين.

قلت: معنى الضمان كون الشيء على عهدة الإنسان وورود خسارته عليه ومع كون المضمون به ملكاً وكون المشتري عالماً بذلك أيضاً لا يتحقّق هذا المعنى بالنسبة إلى البائع حقيقة، وبناء المتعاقدين على ملكية البائع للمثلث إنّما تصحّح عقد التمليك والتملك بينهما ادعاء لا حقيقة، وإلّا فأصل المعاوضة الحقيقية تكون بين المالكين والضمان والتضمين يكون بينهما، ولهذا يدخل الثمن في ملك

المالك إذا أجاز ويدخل في ضمانه بذلك، والحاصل لا تضمن حقيقي في تسليط المشتري البائع على الثمن.

وأما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لكون المبيع ملكاً للبائع عند انكشاف الخطأ مع أن التضمن حقيقة يكون بتملك الغير، فلأجل عدم طيب نفس المشتري بالتصرف في الثمن من دون ضمان، وإن كان المضمون به غير ملك له ولا يتحقق به التضمن لأن طيب نفسه بالتصرف مبني على اعتقاد المالكية، وهذا بخلاف الحال فيما نحن فيه فإن طيب النفس بالتصرف بالمال من دون ضمان له بهالة حاصل.

هذا وربما يستشكل^(١) على الشق الأول من هذا الكلام أعني رجوع المشتري بالثمن في صورة الجهل بالفضولية التي فصلنا بين صورة الاقرار بكون المبيع للبائع في الواقع فلا يجوز الرجوع، وبين صورة الاقرار مبتئياً على ظاهر اليد فيجوز، وبين صورة عدم معلومية الحال، ففيه وجهان بأنه لا وجه لهذا التفصيل بل الوجه أن يقال: قد يتكلم في واقع المسألة وقد يتكلم في مقام الظاهر إماماً قبل المرافعة وإماماً بعدها، أما في الأول فمتى اتضح أن البائع غير مالك للثمن فالوجه جواز رجوع المشتري وإن أقر حين الشراء وصرح حتى بعد قيام البينة بكون المال للمالك أيضاً بأنه للبائع فإنه بعد وضوح الأمر وانكشاف الخلاف لم يعهد من أحد أن يقول بأنه مأخوذ على حسب إقراره مع فرض حصول العلم التفصيلي بخلاف المقر به.

نعم مع مخالفة الإقرار للعلم الإجمالي حكموا باتباعه كما لو أقر بأن هذا

١- ورد في الحاشية اشكال شيخنا الأستاذ - دام ظله على شيخنا المرتضى - قدس سره -.

المال لزيد ثم لعمره فحكموا بأنه ينتزع العين من يده ويدفع إلى المقر له الأول ويدفع ثمنه إلى المقر له الثاني مع أنه يعلم أجمالاً بمخالفة أحد هذين الاقرارين للواقع لكن مع العلم التفصيلي لم يعهد القول بالاتباع هذا حال الواقع.

وأما مقام الظاهر والمشي على القواعد الظاهرية فنقول: إمّا يفرض طرح الدعوى بين المالك والمشتري وإمّا بينه وبين البائع فإن فرض بينه وبين المشتري فطريق أخذ العين من المشتري على انحاء:

الأول: الاقرار بدون المرافعة، والثاني: إقامة البيّنة كذلك، والثالث: المرافعة لدى الحاكم وفصله الخصومة بينهما باقرار المشتري، والرابع: فصله بإقامة البيّنة، والخامس: فصله باليمين المردودة، والسادس: فصلها بالنكول.

فإن كان الأول: أعني، أخذ المالك عينه من يد المشتري بواسطة اقراره بأن المال له فبأي قاعدة يجوز له أن يرجع إلى البائع بالثمن بعد دفعه الثمن إلى المالك بمقتضى إقراره فإن قضية يد البائع وأصالة الصّحة صحّة المعاملة وتملك البائع للثمن من غير فرق بين اقرار المشتري بما لكّية البائع وعدمه ويحتاج الرجوع إلى البائع إلى مرافعة مستقلة معه فهو مدّع بالنسبة إلى البائع.

وإن كان الثاني: أعني: أخذ المالك المال بواسطة إقامة البيّنة عند نفس المشتري بدون رفع الأمر إلى الحاكم، فالبيّنة وإن كانت حجة في الملازمات أيضاً فيثبت بها فساد المعاملة واستحقاق المشتري الثمن من البائع، لكنّها حجة في حقّ الشاك، وأمّا من ادّعى العلم بالقضية مثل البائع المدّعي بأنه عالم بأن المبيع كان لنفسه فلا، فكيف يكون ملزماً بدفع الثمن إلى المشتري بدون المرافعة معه.

وإن كان الثالث، أعني: الترافع إلى الحاكم وختم الأمر بالبيّنة فحكم

الحاكم ليس حاله حال الأمانة حتى يكون حجة في الملازمات، فلازم كون المبيع للمالك فساد المعاملة الواقعة بين المشتري والبائع لكن لم يصدر من الحاكم إنشاء الحكم بالفساد، نعم تحقق البيّنة عنده يوجب أن يحكم على تقدير الترافع إليه بالفساد.

وبالجملة فحكم الحاكم وإن وجب قبوله وترتيب الأثر عليه على كلّ أحد ويحرم نقضه على كلّ من البائع والمشتري، لكن إنشاء الحكم بكون المبيع في يد المشتري لزيد غير الحكم بأن المعاملة الواقعة بين المشتري وعمرو في هذا المال باطلة، فيحتاج الرجوع إلى البائع أيضاً إلى المرافعة الجديدة معه من غير فرق بين الإقرار بما لكّيته وعدمه.

وإن كان الرابع والخامس والسادس فقد اتّضح الكلام فيه من الكلام في الثالث، وإن فرض طرح الدعوى بين المالك والبائع فيجئ فيه الأقسام المذكورة أيضاً أعني أنه: قد يقرّ بالدعوى بلا رفع إلى الحاكم. وقد يلزم بالبيّنة القائمة عنده لا عند الحاكم وقد يترافعان إلى الحاكم، ومنشأ حكم الحاكم أيضاً قد يكون إقراره، وقد يكون البيّنة أو اليمين المردودة أو النكول.

فإن أقرّ بلا رفع إلى الحاكم فهو بمقتضى إقراره مأخوذ، فيجب عليه دفع بدل المبيع إلى المالك، وأما رجوعه إلى المشتري بالعين الموجودة في يده فلا وجه له لأنّ العين جاء في يده على حسب القواعد الشرعية ومقتضى الإقرار ليس إلّا ترتيب ما على المقرّ من الآثار دون ما كان له، وفساد المعاملة من هذا القبيل.

وإن قامت البيّنة عند البائع على أنّ المال الذي باعه كان للمالك فهو أيضاً غير مشعر بحال المشتري إذا ادّعى العلم بخطأ البيّنة.

وإن رفع الأمر إلى الحاكم وحكم بأنّ المال الذي في يد المشتري يكون للمالك فهذا الحكم أيضاً متعلّق بالمال الشخصي من حيث انتسابه إلى البائع لا من حيث انتسابه إلى المشتري، فالبائع على حسب حكم الحاكم يجب عليه الإنفاذ، وكذا يجب على المشتري أيضاً أنفاذ هذا الحكم لكن أنفاذه ليس بأزيد من أنّه في صورة التمكن من العين شرعاً وعقلاً يجب على المحكوم عليه وهو البائع دفع نفسها، وفي صورة عدم التمكن منها إمّا عقلاً كما في صورة التلف أو شرعاً كما في صورة النقل على القواعد الشرعية يجب عليه دفع البدل، فالمشتري يقول قد انتقل هذا المال إليّ بالعقد الصحيح الشرعي وقد وجب عليك بحكم الحاكم ردّ هذا العين إلى المدّعي، وأثر هذا الحكم مع فرض تحقّق هذا النقل الصحيح ليس إلّا دفع البدل.

وقد يجاب عن الإشكال بأنّ الحاكم فيما إذا كان مستند حكمه غير الاقرار وإن كان يفصل الخصومة بين المترافعين وهما المدّعي والمشتري مثلاً، لكن ما به يفصل حكمه بأنّ هذا المال للمدّعي، وهذا الحكم يستتبع حكماً ظاهرياً من الشارع مثله في المضمون بلا تفاوت، فكما أنّ مضمون حكم الحاكم كون هذا المال للمدّعي بطريق الإطلاق يعني لا بالإضافة إلى خصوص المدّعي عليه - ولهذا لسائر الناس ترتيب أثار المالية للمدّعي - كذلك مضمون حكم الشارع أيضاً هو أنّ هذا المال للمدّعي.

ثمّ إنّ ظاهر يد البائع هو كونه مالاً فالمعاملة الصادرة صحيحة والضمن الواقعة في يده عوض لهذا المال، وهذا الظاهر أيضاً مستتبع لحكم ظاهري آخر من الشارع على طبقه بلا تفاوت، مضمونه: أنّ هذا الثمن عوض لمال البائع الذي

في يد المشتري، ولا شك أنّ لازم الحكم الأوّل نفى عوضيّة هذا المال لثمنه الذي في يد البائع، وللازم نفى عوضيّة هذا المال لصيرورة الثمن مجّاناً وبلا عوض، وهذا لازم نفس الحكم بما هو حكم بمعنى أنّ نفس هذا الحكم لا يجامع مع ضد ذلك اللازم، نظير ما يقال في باب الاستصحاب من أنّ اللوازم العقلية المرتبة على نفس الحكم الظاهري يجب ترتبها وما لا يرتّب لوازم الواقع.

وعلى هذا فالحكم الظاهري المثبت بعوضيّة الثمن وعدم مجانيته مضاد مع الحكم الأوّل في عالم الحكم الظاهري بمعنى عدم امكان اجتماع الانشائين لهذين الحكمين، ومن المعلوم أنّه عند المضادة في نفس الحكم الظاهري لا بدّ من رفع اليد عن أحدهما، وهذا غير التنافي الواقعي بين الحكمين الظاهريين بمعنى العلم بعدم مطابقة كليهما للواقع فإنّه يمكن حفظهما مع عدم لزوم المخالفة العملية، ومن الواضح أنّه لا حجّية وأماريّة لليد في قبال حكم الحاكم بمعنى أنّه كلّما اقتضى حكم الحاكم سبباً واقتضى اليد ولو في غير مورد المدعى عليه كما في مقامنا سبباً مضاداً لنفس ذلك الحكم في مرحلة الظاهر يجب طرح اليد، لأنّ صاحبها أيضاً تمّن يجب عليه إنفاذ حكم الحاكم ويحرم عليه نقضه.

وإذا صار الثمن في يد البائع بمقتضى حكم الشارع المطابق لحكم الحاكم مجانياً في يده كانت المرافعة فيما بينه وبين المشتري قهراً مفصولة ولا حقّ للبائع في المرافعة الثانية مع المشتري. نعم له حقّ المناقشة في جهات المرافعة الأولى، هذا كلّه في فصل المرافعة الأولى وعدم اقرار المشتري بعد قيام بيّنة المدعي وحكم الحاكم على طبقها بأنّ المال للبائع، وأمّا مع هذا الاقرار فمقتضى الحكم كما عرفت عدم ملكيّة البائع للثمن، ومقتضى هذا الاقرار عدم جواز رجوع المشتري

بالثمن وعدم ملكيته له فيصير الثمن مجهول المالك، وليس حال الاقرار حال اليد في مطروحيته في قبال حكم الحاكم بل البناء على العمل به، ولهذا لو أقر المحكوم له بعد الحكم بحقانية طرفه ليس له أخذ الحق، وإن كان ليس للطرف أيضاً بمقتضى الحكم التصرف فيه.

وأما اقرار المشتري المستند إلى ظاهر يد البائع فلا يضر، وإذا اشتبه الحال وشك في أن إقراره من القسم الأول المضّر أو الثاني حتى لا يضر. قال شيخنا المرتضى - قدس سره -: ظاهر الحال من عدم معلومية الأموال غالباً إلا بطريقة اليد يقتضي كونه من القسم الثاني، وظاهر اللفظ أنه إخبار عن الواقع، وفيه أنه بعد ما ثبت برواية حفص بن غياث أن المشهود ولو كان منشأ ثبوته أصلاً أو أمانة ظاهرية تجوز الشهادة الواقعية به فيجوز حينئذ التصريح أيضاً بأن هذا المال واقعاً للبائع مع فرض استناده إلى اليد، فظهور الكلام في الشهادة عن الواقع على هذا ساكت عن المدرك وأنه العلم أو التعبد، نعم يبقى ظاهر الحال باقياً بلا معارض من طرف اللفظ فإن كان مُتّبِعاً فهو.

فإن قلت: ما ذكرت في أصل رجوع المشتري من التنافي بين الحكمين في مرحلة الظاهر ممنوع ولقائل أن يقول: إنما وجب على المحكوم عليه وهو المشتري المعاملة مع العين معاملة ملك المدعي، وأنه ليس بعوض للثمن الذي في يد البائع، وبعبارة أخرى كان الحكم الظاهري بفساد البيع وسلب العوضيّة متوجّهاً إلى خصوص المشتري، والبائع أيضاً يجب عليه إنفاذ حكم الحاكم بهذا المقدار، والعوضيّة في حق البائع كانت محفوظة وثابتة بحكم ظاهري آخري.

والحاصل: يمكن الحكم على البائع شرعاً بجواز معاملة العوضيّة مع الثمن

ويحكم على المشتري بمعاملة عدم العوضية مع المثلث، فحكم الحاكم إنَّما قطع المرافعة من الحيثية الراجعة إلى المدعي وأما من الحيثية الراجعة إلى البائع فالمرافعة باقية لم تفصل.

قلت: محصل ما ذكرت التفكيك في مقام التعبد بين عوضية الثمن وعوضية المثلث كما في صورة اختلاف المتبايعين اجتهداً أو تقليداً في أحد شروط المعاملة فكانت فاسدة بمذاق واحد وصحيحة بمذاق الآخر، فهنا نقول: صدور الحكمين من الشارع إمَّا غير ممكن فإنَّ جعل العوضية لهذا مناقض مع سلب العوضية عن ذاك الذي عد له، وليس هذا قابلاً للتفكيك بأن يجعل العوضية في حق واحد دون صاحبه ويسلب في حق صاحبه دون ذلك الواحد، وإن أبيت إلَّا عن إمكان ذلك وأنه ليس جعلاً حقيقياً للعوضية وعدمها وإنَّما هو التعبد بآثارهما، فنقول: لا أقل من عدم التفكيك بينهما في مقام التعبد فهو من قبيل جلاء الوسطة الذي قرر في الأصول بأنَّه يصحح لاثبات ذبها فكما أنَّ العرف يفهم من التعبد بالابوة لشخص بالنسبة إلى آخر التعبد بالبنوة لهذا الآخر ولا يرى التفكيك، فكذلك هنا.

لا يقال: فما تقول في باب الإقرار حيث حكموا بأنَّه لو أقر الزوج بالزوجة وأنكرت الزوجة يجب على الزوج ترتيب الآثار من قبيل النفقة وغيره ويجب على الزوجة عدم الترتيب فقد وقع التفكيك.

لأنَّنا نقول: يمكن الالتزام في ذلك الباب بالموضوعية بمعنى أنَّ نفس الإقرار له موضوعية لإلزام المقرِّ بما التزم من دون أن يكون بلحاظ الطريقة إلى الواقع، غاية الأمر اختصاص ذلك بمورد الشك فلا يجري مع القطع التفصيلي بالخلاف.

ثم إنّ السيّد المحقّق المحشّي بعدما سلّم في هذا المقام كلام شيخنا برجوع المشتري بالثمن إلى البائع وحمله على صورة المرافعة - نعم في صورة اشتباه الحال في الاقرار رجّح جانب الاقرار - .

قال ما حاصله: وأمّا فيما بينه وبين الله فإن كان عالماً بالحال فلا إشكال، وإن كان شاكّاً والبائع مدّعياً لكذب المدعى فهل يجوز له الرجوع مطلقاً أو لا كذلك، أو هنا تفصيل بين ما إذا كان مستند الحاكم هو البيئة فيجوز وما إذا لم يكن فلا؟ ثم رجّح الاحتمال الأخير.

فنقول: لا يخلو الأمر من حالين إمّا نقول: إنّ حكم الحاكم بالبيئة العين للمدّعي أثبت المجانيّة للثمن في يد البائع وإمّا لا نقول، فإن قلنا به فما وجه التوقّف في صورة الشك وعدم جواز الرجوع في بعض الصور فيما بينه وبين الله؟ بل الحقّ حينئذ جواز الرجوع ورفع الشكّ بواسطة حكم الشارع بملكيّة المثلث للمدّعي الراجع للشكّ في الثمن، وإن قلنا بالثاني فما وجه القول في صورة المرافعة بطيّ المرافعة بالحكم في المرافعة الأولى، بل الحق بقائها بحالها حتى في صورة استناد حكم الحاكم إلى البيئة، إذ لعل المشتري لم يحرز عدالتهما فلم يكن قولهما حجة شرعية في حقّه فكيف يجوز له الرجوع. نعم مع إحراز ذلك يجوز.

هذا كلّهُ هو الكلام في صورة جهل المشتري، وأمّا مع علمه بالفضوليّة وبقاء العين فلم يحصل منه مملّك ومجرّد التسليط لا يفيد الملك إلّا أن يقال كما يقال نظيره في المعاطاة على تقدير قصد الإباحة المطلقة أنّ التسليط المطلق على مطلق التصرفات حتى الإتلاف يساوق التملك.

وكيف كان فالعمدة التكلّم في حال تلف الثمن، فنقول: عمدة ما يستند

إليه في الحكم بالضمان قاعدة اليد في صورة التلف السماوي وهي مع قاعدة من أتلف في صورة الإتلاف وأنّ المقام ليس من باب هتك المالك حرمة ماله، فالعمدة التكلّم في أنّه من هذا الباب أو لا.

فنقول: ما يحتاج به للعدم أنّ الفرض قصدهما للإنشاء الجدّي للمعاملة الحقيقية، وأنهما لم يصدر منهما إلاّ إنشاء واحد فيحصل من هاتين المقدّمتين أنّ البائع الغاصب قصد جدّاً بيع هذا المال عن نفسه وشخصه وذاته بإزاء ذلك الثمن لينقل هو من المشتري إلى نفس البائع وشخصه، والمشتري أيضاً قبل هذا المعنى، وليس في البين إنشاء أحدهما إنشاء النقل والانتقال بالنسبة إلى عنوان المالك، والثاني إنشاء آخر راجع إلى تطبيق عنوان للمالك على نفسه.

أما أولاً: فلاّته غير معقول من وجهين:

أحدهما: أنّه حيث إنّ تطبيق العنوان يكون بالبناء والأدعاء مع عدم الواقعية فكيف يمكن أن يصير موجباً للقصّد الجدّي إلى المعاملة؟ مع أنّ الفرد الغير الحقيقي للعنوان لا يصير فرداً حقيقياً له بمحض الادّعاء، وتمشّي قصد البيع جدّاً فرع المالكية الحقيقية ليتحقّق قصد الإدخال والإخراج الحقيقيّين، وأمّا ادّعاء المالكية فلا يوجب إلاّ ادّعاء الإدخال والإخراج لا حقيقتهما كما أنّه لا يتمشّي من الإنسان قصد الأكل جدّاً بادّعاء كون الحجر خبزاً، ولا يصح قياس المقام بالمجاز السكّاكي بتقريب أنّه كما صار هناك ادّعاء كون زيد أسداً مصحّحاً للقصّد الجدّي إلى استعمال لفظ الأسد في معناه الحقيقي حقيقة جاز في المقام أيضاً أن يصير ادّعاء المالكية مصحّحاً للقصّد الجدّي إلى استعمال صيغة إنشاء البيع في حقيقة معناه الإنشائي.

وجه عدم الصحة أنّ الاستعمال هناك لا مؤنة له إلاّ تصوّر المفهوم الحقيقي لللفظ وهو بمكان من الإمكان وهو غير الاستعمال في باب الانشاء فإنّه عبارة عن الإيقاع وترتيب الأثر الخارجي فإن فك الملك وادخال عوضه في الملك ترتيب أثر الملك، وهذا المعنى لا يتمشى بمحض الادّعاء.

وثانيهما: أنّ الملكية إضافة بين الأموال وأعيان الأشخاص وليس عنوان المالك إلاّ كعنوان العليّة، فكما أنّه غير مأخوذ في موضوع نفسها بل العلية نسبة بين نفس السببين وذاتهما كذلك هنا أيضاً عنوان المالكية والمملوكية حادثان في الرتبة المتأخّرة من ملاحظة تحقق النسبة بين الذاتين ونفس الشخص والمال، فمحل فك الملك وإيراد الملك ليس هو العنوان بل نفس الشخص وعينه وذاته.

وأما ثانياً: فلو سلّمنا إمكان ذلك فهو خلاف الواقع إذ ليس المعهود من السرّاق والعصاة والظلمة عند تصدّيهم للبيع والشراء بما في أيديهم من أموال الناس البناء والادّعاء للملكية.

وأما ثالثاً: فلو سلّمنا كونه الشائع فلا نسلم كون هذا البناء داعياً لهم إلى إنشاء البيع للعنوان بل لنفس شخصهم وذاتهم، وبالجملّة: فليس الصادر منهم إلاّ قصد واحد وإنشاء واحد وهما متعلّقان بشخصهم وذاتهم وليس ذلك سبباً لايقاعهم البيع أوّلاً لعنوان المالك الادّعائي ثمّ يتبعه لأنفسهم وإن شئت فقل إنّ الجهة تعليلية لا تقييدية.

وأما رابعاً: فلو سلّمنا أنّ الجهة تقييدية بمعنى أنّ إيقاع البيع وارد على نفسهم باعتبار تحيّيها بحيثيّة المالكية، ولكن لا نسلم أنّ تعلّق الحكم على هذا النحو قابل للإطلاق والتعدّي من موضوعه إلى موضوع آخر، ألا ترى أنّه لو قيل

لزيد مثلاً داخل داري من حيث إنك صديقي ليس هذا إذناً لمطلق الصديق، وكذا لو قيل أكرمت زيداً لصداقته لا يقتضي إكرام مطلق الصديق.

وأما خامساً: فلو سلّمنا جميع ذلك فما وجه الفرق في المقام بين ما نحن فيه والعقد الفاسد مع علم المشتري بالفساد، فكما قلتم إنّ علم المضمن بعدم كون المضمون به ملكاً للضامن ينافي القصد الجدي لتضمين الضامن وإنّما ينصرف إلى المالك الواقعي، فكذلك نقول نحن: علم المضمن بعدم صحّة التضمين وعدم تأثيره في خروج المضمون به عن ملك الضامن ينافي مع قصد التضمين الحقيقي ويرجع إلى قصد عدم التضمين، إذ لا فرق في ذلك بين عدم كون المضمون به مالاً للضامن وبين كونه مالاً له ولكن لم يتّصف بالمضمون بهيّة فكلّ منهما مشترك في عدم تحقّق الضمان.

فإن قلتم: بالنظر إلى العرف قد تحقّق التضمين وإنّما نفيه بملاحظة عدم إمضاء الشرع.

قلنا: في ما نحن فيه أيضاً بنظر العرف أموال الظلمة والسراق تعدّ أموالاً لهم وإنّما تسلب المالية بالنظر إلى عدم إمضاء الشرع فكما أثير التضمين العرفي هناك في الحكم بالضمان فلم ما حكمتم بتأثيره فيما نحن فيه، وبالجملة إن قلنا إنّ الملكية ممّا يختلف باختلاف الأنظار فإثباته بنظر لا ينافي سلبه بنظر آخر من الحكم بالضمان في كلا المقامين، وإن قلنا: إنّ غير قابل لاختلاف النظر وبعد التدبّر بالشرع ليس إلّا النظر الشرعي ويتنفي النظر العرفي لعدم إمكان اجتماع الاعتقاد بالنقيضين فلا بدّ في كليهما من الحكم بعدم الضمان، فإنّ المشتري فيما نحن فيه قد ضمن البائع بما ليس مالاً له وفي البيع الفاسد بما لم يخرج بالتضمين عن ملكه فالتفرقة بين المقامين تحكّم.

ويمكن الجواب عن الكلّ أمّا الأوّل: فبالفرق بين مقام الإيقاع الإنشائي والإيقاع الخارجي، فنرى من وجداننا قلة المؤنة في الأوّل وأنّه في الفرد الغير الحقيقي بدون ادّعاء أصلاً لا يتمشّي ولكن بعد الادّعاء ممكن، ألا ترى أنّ القضية الخبرية أيضاً محتاجة إلى إيقاع النسبة التجزّئية بين الموضوع والمحمول، فإذا ادّعينا غير فرد الموضوع فرداً له يكفي ذلك في انقذاح النسبة التجزّئية. الحقيقية في حل المحمول المختصّ بذلك الموضوع على هذا الفرد الادّعائي فكذلك الإيقاع في باب الإنشاء ليس بأزيد من هذا، فكما صار ادّعاء أسديّة زيد مصحّحاً لتمشّي هذه النسبة التجزّئية الإيقاعية في النفس في قولك: هذا أسد، كذلك لا مانع من أن يصير ادّعاء كون النفس مالكام مصحّحاً لتمشّي النسبة الإنشائية البيعية في النفس في قولك بعثك هذا المال مشيراً إلى مال غيرك.

وأما الثاني: فما يستحيل إنّما هو دخل المالكية الحادثة من إضافة نفس هذا المال في مالكيته فلا يكون المال ملكاً للمالكه بها هو مالك بل بشخصه وأين هذا من المدعى من جعل موضوع ملك الثمن هو مالك المثلث بعنوان المالكية، وإن أبيت عن ذلك بملاحظة أنّه لا يصح في فك المثلث عن النفس فإنّه بعد عدم الإضافة للمثلث بعنوان مالكة كيف يعقل الفك عنه؟ قلنا: الموضوع هو الحصّة الملازمة من الذات في اللحاظ مع عنوان المالكية على نحو تصوّر في المقدّمة الموصولة في قصر الوجوب عليها مع عدم لزوم دخالة قيد الإيصال لا في المطلوب ولا في الطلب لا عنواناً ولا خارجاً فنقول الذات الملحوظ في لحاظ المالكية معروض للتملك والتملك وهي منطبقة على المالك الواقعي.

وأما الاشكال الثاني فبدعوى أنّ الخارج على خلاف ما قلت، فإنّ الادّعاء والبناء ليس له كثير مؤنة بل أمر موجود في الارتكاز غير منفكّ عن بيع الغاصب.

وأما الثالث: فالمدعى أنّ الملحوظ ولو بنحو الارتكاز مثل ارتكازية قصد القربة في أثناء الاشتغال بالعبادة مع عدم الاستحضار التفصيلي حيث المالكية فالشخص مقصود جداً للنقل والانتقال لكنّه متحيث بهذه الحيثية وملوّن بهذا اللون فالتمليك و التملّك يثبت للحيثية واللون أولاً وبالذات، وللمتحيث والمتلون ثانياً وبالعرض وهما، أعني: تعلق التمليك بالحيثية ثمّ بالمتحيث أمران، أحدهما مطوي ومندمج في الآخر، وصورتها في النظرة الأولى صورة وحدانية بسيطة فلا تنافي ذلك مع وحدة القصد والإنشاء والتعدد والتفكيك إنّها هو في النظرة الثانية التحليلية.

وأما الرابع: وهو منع التعديّ عن المحلّ إلى المالك الواقعي، مع فرض تسليم تقييدية الجهة فيه أنّ هذه الكبرى، أعني: أنّ الثابت للشيء بحيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية عقلية غير قابل للتخصيص، وما ترى من الأمثلة الموهمة للخلاف فإنّها هو من جهة سبق الجهة التعليلية إلى الذهن أو لأجل دخل خصوصية أخرى غير الجهة المذكورة في عروض الحكم، وإلّا فلو فرض كون الجهة تقييدية وكونها تمام الموضوع لا جزأه فلازم ذلك عقلاً السراية من المحلّ الغير المتّصف إلى المتّصف.

وحاصل الكلام أنّ البائع فيما نحن فيه ذو عنوانين أحدهما: مالك ادّعاء، والثاني: غير مالك حقيقة، والمفروض أنّ العنوان الثاني أيضاً ملتفت إليه وحيث إنّ التمليك والتملّك قد تعلّقا بالمالك الواقعي النفس الأمري في نظر مدّعي المالكية لا بالمالك الادّعائي، وكون هذه الجهة تقييدية أن يرجعا إلى من اتّصف واقعاً بالمالكية وتسلبا عن هذا الشخص فالتضمن الموجود في ضمن التمليك والتملّك أيضاً ما يكون راجعاً إليه، وأما التسليط الخارجي فهو أيضاً معنون بكونه تسليط

المالك الواقعي بحيث القصد لأنّه وفاء لذلك الانشاء، ولكن المعنون وهو نفس التسليط الخارجي البحث لا يمكن صرفه إلى المالك الحقيقي فلم يتسلط هو ولم يقع المال في جارحته فليس حاله حال الإنشاء والقصد الذهني حيث رجعا إلى المالك الحقيقي.

ثم إنّّه مع تسليطه هذا الشخص وهذا الجسم عالم وملتفت بأنّه لا استحقاق له وليس المثلث المضمن به مالا له ولم يصّر هذا العلم والالتفات مانعا ورادعا له عن الدفع بل دفعه عمداً واختياراً مع طيب النفس لعدم ضمان له بها له.

وأما الخامس: وحاصله أنّه وإن لم يكن مالا شرعاً لكنّه لا مانع من كونه مالا بنظر العرف كما قلتم في البيع الفاسد أنّه مملّك عرفاً ومجرّد هذا يكفي في التضمين إذ المناط صدق ذلك عرفاً فيمكن الجواب بمنع ذلك فيما نحن فيه، فإنّ عين أموال الناس الموجودة في أيدي السراق والظلمة لا نسلم أنّها بنظر العرف أيضاً معدود مالا لهم، كيف والذهريّة وغير القائلين بالشرعية أيضاً يسلبون المالكية عنهم ويقولون إنّ هذا مال الغير في يدهم لا أنّه مال لهم حصلوه بالسرقة، وإن أطلقوا ذلك أحيانا كان على ضرب من المسامحة والتجوّز، هذا عند محفوظية عين المال كما هو محلّ البحث.

وأما بعد التقلب والتقلّب فيه فحيث إنّ الأعيان التي يحصلها الغاصب من أثمان تلك الأموال تكون منتقلة إليهم بالثمن الكلّي في ذمتهم فلهذا يحكمون بأنّ هذه الدار والبستان والفرس ما لهم، غاية الأمر أنّهم مديونون لصاحبي الأموال، وأما عند غصبهم أولاً نفس الدار والبستان والفرس فلا نسلم أنّهم

يحكمون بما ليتها لهم ولو بقي في أيديهم مدة مديدة، وهذا بخلاف البيع الفاسد بحكم الشرع لأجل الاختلال بشرط من الشروط المعتبرة فيه التي لا يدخل في أذهان العرف احتمال اشتراطها فإنهم لا يرون الفرق بين بيع الصرف أو السلم المستملين على القبض في المجلس وغيره في الحكم بالصحة وكذلك بين الغرري وغيره. وبالجمله فيمكن دعوى الفرق بين المقامين بتحقق التضمن الحقيقي العرفي في أحدهما وعدمه في الآخر.

هذا غاية تقريب مرام الشيخ الأجل - قدس سره - ولكنه مع ذلك فيه نظر؛ لأننا لا نخلو إما أن نقول بأن المال عرفاً وفي نظر العامة يعدّ مالاً للغاصب وهو مالاً له حقيقة فلا إشكال أنه حينئذ يتحقق بالنسبة إلى شخص الغاصب المدفوع إليه الثمن تضمن بما هو مال له ولم يتحقق في حقه تسليط مجاني بل تحقق منه الإقدام على الضمان بماله ومن المشتري تضمينه بماله، وإما أن نقول بمقالة الشيخ من عدم المالية العرفية وتصحيح قصد البيع بالبناء، فحينئذ لو كان المدرك للضمان هو هاتين القاعدتين فقط، أعني: الإقدام على الضمان والتضمن تمّ الكلام، فإنّ الفرض أنه غير مالك واقعاً لا شرعاً ولا عرفاً وحقيقة التضمن والإقدام إنّما تعلّقاً بهال الغير لا بهال نفس المدفوع إليه، ولكن ليس الحال على هذا المنوال، بل المدرك هو قاعدتا على اليد ومن أتلف ليس إلّا، وليس الخارج من تحتها إلّا صورة هتك المالك وإسقاطه المال عن الاحترام، ولا يصدق في مقام ذلك وإن كان يصدق عدم الإقدام وعدم التضمن، وذلك لأنّه كما قلتم في مقام أصل إنشاء البيع أنّ علم المنشئ بعدم المالكية غير مضر في تمثي القصد الجدّي نحو حقيقة البيع الذي هو ملازم لحفظ حرمة المال وعدم بذله بلا عوض.

وبعبارة أخرى هو رأي نفسه بنظر المالكية وأنشأ نقل الثمن من كيسه

بعوض الثمن ورآه المشتري أيضاً بهذا النظر وأنشأ نقل الثمن إليه بعوض المثلن فهو في إنشائه هذا غير هاتك من باب روية المالكية، فكذا الحال بعينه في التسليم الخارجي فإنه بلا شبهة يكون يقصد أنه المالك وينطبق عليه عنوان الوفاء فهو في هذا الفعل أيضاً واجد لهذه الرؤية وبعد رؤيته بلسون المالكية، وفي هذا التقدير يرفع التسليط الخارجي فيكون التسليط مبنياً على التقدير الذي حصل الفراغ منه بحسب بيانه ونظره ولا يوجب مجرد علمه بعدم وجود اللون واقعاً لصيرورة هذا التسليط مطلقاً غير مشروط كما لا يوجب في مقام الإنشاء.

وبالجمله التسليط وإن كان طرف اضافة هذا الشخص الخارجي ولا يصير المالك الحقيقي أيضاً مسلطاً بتسلطه ولكنه مقيّد ومبنيّ على لحاظ المالكية نظير ابتناء الوجوب في الواجب المشروط على لحاظ الشرط، وإن كان الموضوع مقطوعاً عدم تلبّسه بالشرط واقعاً، وهذا يكفي في صدق أنّ المالك، أعني: المشتري، لم يصر بصدد هتك ماله جدّاً، إذ كما قلتم إنّ القصد الجدي نحو البيع متمشٍ منه جدّاً مع هذا العلم وهو ينافي مع عنوان الهتك، كذلك عنوان الوفاء بذلك البيع أيضاً يمكن قصده جدّاً بهذا التسليط الخارجي وهو ينافي مع عنوان الهتك وإذ لا هتك فمقتضى عموم القاعدتين، أعني: اليد والإتلاف هو الضمان.

ومن هنا تظهر الخدشة في كلامه - قدّس سرّه - في الحكم بعدم الضمان في مثل بيع الخمر والخنزير والحرّ فإنه قد يكون ما أريد بيعه من مثل الديدان والخنفساء ممّا لا مالية له عرفاً أيضاً ويعدّ بذل المال بحذائه عبثاً وسفهاً، ففي مثل هذا لا يتمشّي البيع أيضاً فيصدق الهتك فلا ضمان من هذه الجهة، كذلك في بعض أقسام الحرّ كما إذا كان غير داخل تحت قدرة البائع مثل بيع السلطان، وأمّا

في مثل ما ذكره من الخمر والخنزير وبعض أقسام الحرّ وهو من كان تحت استيلاء البائع وإسارته مثل حال العبيد فقصد البيع متحقّق جدّاً ومعه لا يصدق اهتك بل ربّما يروونه من باب البذل في مقابل العوض الأحسن فكيف يمكن مع ذلك الحكم بعدم الضمان ولو قلنا بانحصار المدرك فيما ذكره من قاعدتي الإقدام والضمان.

ثمّ إنّه - قدّس سرّه - استثنى من الحكم بعدم الضمان موارد، منها: ما إذا باع الفضولي غير بائع لنفسه بل عن المالك ودفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطة في إيصاله إلى المالك.

أقول: هذا له صورتان:

الأولى: أن يكون البيع بترقّب الاجازة ودفع الثمن ليكون عنده أمانة فإن أجاز دفعه إليه وإلاّ ردّه فحينئذ يده يد أمانى ولا وجه لضمان عند التلف كما هو محل الكلام.

والأخرى: أن لا يكون بترقّبها بل بالبناء على كون البائع وليّاً على العقد وصاحب اختيار على المالك مع عدمه واقعاً فحينئذ وإن كان مقتضى ما قرّراه هو الضمان لكن مقتضى ما قرّره - قدّس سرّه - عدمه، إذ كما أنّ في صورة البناء على المالكية مع العلم بعدمها حكم بالتسليط المجاني ففي صورة البناء على الولاية البنائية مع العلم بعدمها لا بدّ من الحكم بالأمانة.

ومنها: ما لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ المالك العين، والظاهر أنّه ليس وجه الحكم بالضمان حينئذ دليل الوفاء بالشرط فإنّ هذا الشرط بعد بطلان البيع شرط ابتدائي غير نافذ بل الوجه أنّه معه يخرج عن عنوان

التسليط المجاني والهتك. وبعبارة أخرى التسليط المجاني حاصل على تقدير عدم الأخذ وغير حاصل على تقديره.

المسألة في رجوع المشتري على البائع فيما اعتمزم للمالك وهو على ثلاثة أقسام:

الأول: زيادة القيمة على الثمن.

الثاني: ما دفعه في مقابل ما استوفاه.

والثالث: ما دفعه من غير أن يصل إليه في مقابله شيء مثل الخسارة الواردة من جهة قلع غرسه وخراب عمارته الحادثين في ملك المالك. والكلام فيها إمّا مع العلم بالفضولية واضح وإمّا مع الجهل، ففي القسم الأخير فحكم شيخنا المرتضى بالرجوع مستظهِراً نفي الخلاف فيه مستدلاً بقاعدة الغرور وقاعدة الضرر وظاهر أو فحوى رواية جميل، وأمّا السكوت في روايتي زرارة وزريق فليستا ولا يكونا في مقام البيان، وثانياً لا يعارض السكوت فيه مع الدليل مع احتمال كون السكوت لأجل عدم التمكن من البائع في رواية زرارة، ولأجل العلم بعدم استحقاق البائع في رواية زريق هذا حاصل ما أفاده.

[قاعدتا الغرور والضرر]

أقول: لابدّ من التكلّم في قاعدة الغرور مأخذاً ومفاداً ثمّ قاعدة الضرر فنقول:

أمّا مأخذ القاعدة فأمران: الأوّل: النبوي : «المغرور يرجع إلى من غره» وهو نقل باللفظ أو بالمعنى وضعفه بواسطة الإرسال منجر بعمل الأصحاب على وجه يعلم عدم ركونهم إلّا إليه.

والثاني: الأخبار الخاصّة الواردة في باب التزويج وأنّ من زوّج امرأة ذات عيب فالمهر على الذي زوّجها ولم يبيّن عيبها، وأكثرها غير معلّل وفي بعضها التعليل: «هو له لأنّه دلّسه» وفي آخر: «كما غرّ الرجل وخدعه».

وأمّا المفاد فتكلّم من جهتين:

الأولى: مقتضى عموم لفظ القاعدة الضمان في مثل ما إذا أجبر أحدٌ أحداً أنّ في المكان الفلاني يهبون المال مجّاناً فانفق السامع في طريق المسافرة مبلغاً كثيراً فلمّا وصل تبيّن الكذب ، وكذا فيما إذا أخبر بمأمونية الطريق فانكشف خطريته وسرق السراق أموالاً كثيرة من المغرور، إذ في الموردين لا نقض في صدق شيء من ألفاظ القاعدة مع ظهور عدم التزامهم بالضمان إلى غير ذلك من الموارد الكثيرة والالتزام بالتخصيص يستلزم التخصيص بالأكثر وجابريّة العمل إن تعلّقت

بالسند فالمضمون مأخوذ، وإن كان ما فهمناه غير ما فهموه، نعم قد يكون مع الفراغ عن السند بجبر الدلالة بالعمل وهو ما إذا كان بحيث لو عمل بظاهر اللفظ يلزم التخصيص بالأكثر كما في قاعدة القرعة فيكشف منه إنّه كان مع الكلام قرينة فحيثذ يحتاج إلى العمل لاستكشاف كون المورد مشمولاً بتلك القرينة المخفية.

هذا ومن الممكن أن يقال في معنى القاعدة ما لا يشمل تلك الموارد بأن يقال إنّ قوله يرجع قرينة على ما إذا كان أخذ المال على وجه الاستحقاق الشرعي ليكون طريق الرجوع إليه منسداً شرعاً فيرجع إلى الغاز، وأمّا في مثل مثال السارق الذي ليس له استحقاق فهو شرعاً محكوم بالرجوع إلى نفس المتلف.

ويقال: إنّ الاخبار الخاصة المعللة أمرها بهذا الحمل أسهل وذلك لأنّ المعلل فيها هو الحكم بأنّ المهر الذي أخذته المرأة على نحو الاستحقاق يرجع إلى الغاز، وهذا الحكم يتعدّى من مورده وهو المهر والمرأة إلى غيره.

وأما نفس الحكم بما له من القيود محفوظة عند إسرائه إلى موضوع آخر لكن فيه عدم الجزم بالظهور في جانب القاعدة ولذا ترى صدقه في مثال السارق مع أنّه منقوض بما إذا أوقعه الغير في بيع المال مع عدم الصرفة له فيه وأمثاله ممّا لا يلتزمون غير عزيز، وخصوصية المورد في أخبار التزويج أيضاً ملغاة بعد عموم الوارد، فيدور في الحكم بالضمان على العلة وما ذكر نظير ما إذا قيل في لا تشرب الخمر لأنّه مسكر يتعدى الحكم إلى خصوص المتخذ من العنب أو المائع وإذن فالحق هو الاحتياج إلى العمل في الجبريّة لكلا المقامين، أعني: السند والدلالة، وفي مقامنا موجود.

الجهة الثانية: الظاهر أنّ معنى الغرور هو الخدعة كما يظهر من جعله رديفاً

لقلوله: «وَحَدَّه» في الخبر المتقدم، ومن الظاهر عدم صدق الخدعة في صورة علم المشتري بعدم المالكية، وكذا لا يصدق مع جهل البائع واعتقاده أنه المالك، وكذا لا يصدق لو علم البائع وجهل المشتري وعلم البائع بعلم المشتري.

نعم لو فسر الغرور بالإيقاع في الخطر يسهل صورة جهل البائع لكن لا مطلقاً بل يفصل بين ما إذا جاء المشتري إليه وأقدمه على البيع فلا يصدق وبين ما إذا جاء البائع إلى المشتري وأقدمه على الشراء فيصدق.

وأما الكلام في قاعدة لا ضرر فلو كان دليل الضمان غير قطعي لوجب تخصيص القاعدة أيضاً أو يلزم طرحه رأساً من حكومة القاعدة فبعد تخصيصها به فالحكم بعدم قرار الضمان ولزوم تداركه على الغازّ ضرر آخر وتخصيص آخر بلا مخصص، وإن قيل قرار الضمان ضرر آخر في مقابل تزلزله قلنا فيدور الأمر بين الضررين.

ويمكن أن يقال في توجيه^(١) الاستدلال أن معنى القاعدة أن الشارع أراد إعدام أصل الضرر في الدنيا كما في لا فسوق ولا جدال في الحج. والمراد بالضرر هو الإضرار بالغير وكما كان في مورد قاعدة الغرور يصدق أن البائع غازّ والمشتري مغرور كذلك في مكان الغازّ هنا يصدق أن البائع ضارّ والمشتري مضرور ولا يصدق العكس.

تقرير الكلام في قاعدتي الغرور والضرر ببيان آخر:

أما إشكال تخصيص الأكثر في قاعدة الغرور فقد قلنا إن لها مدركين:

١- لا يخفى مغايرة هذا مع ما اختاره بعض الأساطين في أصوله فإنه حمله على نفي الحكم بلسان نفي الموضوع فهو مع ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - متحد نتيجة وما ذكرنا راجع إلى جعل النفي مصداقاً للتحريم مثل لا جدال ولا فسوق في الحج فتدبر. منه.

النبوي والتعليل في أخبار التزويج .

أما النبوي فيمكن أن يقال بقريئة «يرجع» حيث إنه ظاهر في أنه دفع المال ولم يجئ في مكانه عوض فيرجع في ترميم هذا المكان الخالي إلى الغار، فلا يشمل ما إذا وجد العوض وجاء في مكانه ما يرممه بحسب الأسباب الشرعية، أعني: ما إذا حدث في البين سبب ضمان شرعي كما في مثال السارق، فإنه محكوم شرعاً بقاعدة اليد والإتلاف بالخروج عن عهدة عوض المال وصار مشغول الذمة بالعوض فكان المسروق منه قد عاد إليه ما ذهب منه فلا رجوع له هنا إلى غارّه، وأما فيما إذا كان الأخذ للمال مستحقاً شرعياً كما في أخذ المالك في المقام فلا ضمان لا محالة، فيكون المال قد ذهب بلا مجئ عوضه في مكانه، فهنا يصدق أنه يرجع في هذا الضرر الخالي محلّه إلى الغار، أما عدم صدق الرجوع في الفرض الأول فلعدم حصول التلف في الحقيقة، وأما صدقه في الفرض الثاني فلحصوله مع كونه مستنداً إلى الغار، فكما نشأ منه يعود إليه.

فإن قلت: أما تلف العين الشخصية، أعني: ما فوّته المشتري من أوصاف المبيع أو أجزائه، فالمباشر فيها هو المشتري وهو الأقوى في نسبة الاتلاف من السبب الذي هو البائع، وأما تلف ما يشتغل ذمة المشتري به من عوض هذا الجزء والوصف فقد جاء من قبل حكم الشارع بالضمان على موضوع الإتلاف الذي باشره المشتري فلا ربط للبائع في حدوث هذا الضمان.

قلت: بعدما يكون دواعي صرف المال مجّاناً حاصلاً في نفس المشتري وحكم الشارع أيضاً كبروي منتظر لوجود الصغرى. فالحاصل المعلول مستند إلى الجزء الأخير، فإنّ الصارف للمشتري عنوان مالية الغير، فإذا رفع البائع هذا الصارف بواسطة إظهاره أنه مال نفسه فقد أوجد هو هذا الضمان وإن كان ذات

العمل الخارجي الذي هو موضوع الضمان يسند إلى المشتري لكنه غافل عن السببية والبائع ملتفت إليها.

وأما التعليل فنحن وإن خالفنا السيد المرتضى - قدس سره الشريف - في قوله بعدم جواز التعدي في القياس المنصوص العلة - لاحتمال مدخلية خصوصية المورد، ووجه عدم القبول أنّ ظاهر اللفظ في مثل «الخمر حرام لأنّه مسكر» الغاء خصوصية المورد وكون الضمير في «لأنّه» لصرف تطبيق المسكر وحمله عليه.

وبالجملة الدفع مستند إلى ظهور اللفظ وبهذا البيان أيضاً نتعدّى في التعليل الوارد في باب عدم نقض اليقين بالوضوء بالشك في الحدث بقوله: «ولا ينقض اليقين بالشك أبداً» فيرفع احتمال عهدية اللام في اليقين والشك بواسطة ظهور الكلام ونعدي الحكم إلى كلّ يقين وشكّ في كلّ باب من أبواب الفقه - ولكن هذا الظهور يمكن الخدشة فيه في المقام، إذ مع ملاحظة احتمال أن يكون الحكم بالرجوع إلى الغازّ والمدلّس منوطاً بكون المال المدفوع بغروره وتدليسه مدفوعاً على وجه الاستحقاق الشرعي الغير الموجب لضمان العوض. وبعبارة أخرى على وجه المجانية لا يبقى وثوق وظهور تطمئن به النفس في العموم. نعم خصوص المهر والزوج والزوجة يمكن رفع احتمال خصوصيتها بعموم التعليل.

وأما الكلام في القاعدة من حيث مدخلية علم الغازّ وجهل المغرور فمضافاً إلى إمكان دعوى مأخوذية ذلك في مادة لفظ الغرور لأنّه مرادف للخدعة لغّة كما أنّ العلم دخيل في مادة الظلم والتعدي يمكن القول في بعض المواضع مع عموم المادة بتضييق النسبة فلاحظ مادة الإتلاف.

وأما الكلام في قاعدة لا ضرر وعده دليلاً مستقلاً للمقام وهو رجوع المشتري بعد اعترافه للمالك ما لم يصل إليه نفع في مقابله أو إنفاقه النفقة كذلك

إلى البائع فمحصل الكلام فيه أنه إما أن يحمل الكلام على ما حمله شيخنا المرتضى - قدس سره - من نفي الحكم الضري وإما أن يحمل على نفي أصل الضرر ونقضه، مثل لا جدال ولا فسوق في الحج.

فعلى الأول قد ورد وجعل الحكم الضري في المقام بواسطة حكم الشارع بضمان المشتري لما أثلفه من مال المالك أو حكم الشارع بأخذ المالك ماله من يد المشتري الملازم لصيرورة نفقاته ضرراً عليه وذاهبة من كيسه، وبعد هذا التخصيص في القاعدة يبقى هنا مطلبان:

أحدهما: أن يقال: حكم الشارع بتغريم المشتري إن كان على وجه الإطلاق يكون ضررياً وإن كان على وجه التقييد بالضمان للبائع لا يكون ضررياً. وبعبارة أخرى الحكم بالتغريم على وجه لا يضمن البائع ضرري وعلى وجه يكون البائع ضامناً ليس بضرري، فمقتضى القاعدة عدم جعل القسم الأول فيتعين في الثاني.

وفيه: أن التقييد أن لوحظ في العمل، يعني: يجب الدفع إن دفع البائع، كما في الوفاء المعاملي حيث إن الدفع يكون مشروطاً بالدفع فلو امتنع أحدهما فلا وجوب على الآخر كان مقيداً وموجباً لعدم حدوث الضرر أصلاً، وأما إن لوحظ في الحكم، يعني: أن الشارع قد علّق إيجابه على وجه الإطلاق على دفع المشتري سواء دفع البائع أم لا، غاية الأمر أنه جعل هنا إيجاباً آخر متعلقاً بعمل البائع وهذا لا يوجب عدم ضرية ذلك الحكم، وليس هنا من قبيل أفراد متعدّدة علم بخروج البعض وشك في الباقي، حيث يقتصر على المتيقّن ويرجع في المشكوك إلى عموم العام فإنّ الحكم بإيجاب الدفع مطلقاً في مقام العمل على المشتري فرد واحد من الحكم الضري وليس استمراره إلّا تخصيصاً واحداً وخروجاً واحداً.

وثانيهما: أنّ القاعدة تشمل العدميات فعدم الحكم بضمان البائع ضرري ولا يعارض بكونه ضرراً على البائع لأنّه وارد في مقام الامتنان بقرينة قوله: «في الإسلام» وكما أنّ القصاص منفعة بالنسبة إلى القاتل أيضاً لأنّه حافظ للحياة ومانع عن القتل، كذلك الحكم بضمان البائع هنا وإن كان ضرراً عليه لكنّه ليس على خلاف المنّة بل جعله امتنان.

وفيه: أنّه بمجرد كونه موافقاً للامتنان لا يوجب جعله فإنّ القاعدة متصدّة لجعل ما لولاه حدث الضرر، وهنا لو لم يجعل ضمان البائع لم يصل النفع إلى المشتري لأنّه يصل الضرر إليه فإنّ الضرر الواصل إليه من قبل الحكم الضماني غير مرفوع بالفرض ولا منقلب عن عنوان كونه ضررياً كما تقدم.

وعلى الثاني، أعني: حمل الكلام على نفي موضوع الضرر فحيثُذ حكم الشارع بالضمان في مورد الإتلاف كشف عن السبب الواقعي أو جعله مثل تكوين النار الحارة ثم نهى عباده عن إيقاع بعضهم بعضاً، فهذا الذي أحدث هو سببته للضمان. وبالجمله فموضوع الضرر حيثُذ لم يصّر غير مبغوض للشرع فلا تخصيص في القاعدة وإنّما عُصيت بواسطة إقدام البائع على إيصال هذا الضرر ثمّ مبغوضات الشارع بل كل ناهٍ على قسمين.

قسم يكون بعد وقوعه لازماً غير ممكن التدارك، وترميم ما فسد من ناحيته محال كما في شرب الخمر والقتل ونحو ذلك فلا يمكن منع وجود هذا المبغوض الواقعي في الآن الثاني بل حزنه في غير الشارع دائم وجرحه في غيره أيضاً أبداً غير ملتئم ومندمل.

وقسم يكون بعد الوقوع قابلاً لجعله كالعدم، ورفع تفويت الغرض الحاصل من ناحيته في الآن الثاني ممكن، وبعبارة أخرى وإن كان وجوده الحدوثي غير

يمكن الزوال لكن وجوده البقائي قابل له وحينئذ فلا حاجة لنا إلى دليل آخر لإثبات وجوب هذا الأمر في الآن الثاني، بل يكفي الدليل على مبغوضية أصل العمل الأول، فإن لازم مبغوضيته وكون هذا تداركاً عند العرف له وجوب إيجاب الشارع له بحكم العقل، وحينئذ نقول: المقام من هذا القبيل فإن من أضرّ أحداً ثم في الآن الثاني دفع إليه ما يجبر ضرره فقد تصدّى لإعدام الإضرار. وبعبارة أخرى ليس في البين بعد ذلك فوت غرض فالدليل الدال على متعرضية الإضرار واف بإثبات وجوب هذا الدفع عقلاً.

اللهم إلا أن يقال: عين هذا يجري على التقريب الأول أيضاً فإن إيجاب الشرع مع قطع النظر عن تضمين البائع إضرار منه، وبعده يكون الإضرار من ناحية الحكم الأول منجبراً. وبالجملة: إيجاب الشارع هناك بمنزلة عمل البائع هنا، فكما أن العمل الثاني هنا جابر فالحكم الثاني هناك جابر فتأمل.

ثم إن شيخنا المرتضى بعد التمسك بقاعدة الغرور مثل المقام وشبهه بشاهد الزور، وإدراجه تحت القاعدة مبني على الحكم بضمان الحاكم للمحكوم عليه ثم رجوعه إلى الشاهد فإن المغرور هناك إنما هو الحاكم دون المحكوم عليه، وأما على ما هو الواقع من عدم ضمان الحاكم فالذي تلف منه المال غير مغرور والذي هو مغرور لم يتلف منه المال، فهنا يحتاج إلى استنباط كلية أخرى منطبقة على ضمان شاهد الزور وهو الحكم بضمان كل من حدث من ناحية الضرر على الغير وأسند إليه ذلك ولو على نحو التسبب مع عدم وجود مباشر محكوم بالضمان في البين فهو ضامن، وإنما قلنا إن الحاكم غير ضامن لأنه يأخذ المال بحكم الشرع وهو مضطر فيه فالضرر في الحقيقة مستند إلى حكم الشارع فهو خارج عن عنوان من أتلف لأقوائية السبب هنا من المباشر.

ومحصل ما ذكرنا أنه بعد تسليم كون البائع مضرراً هل يقتضى قاعدة نفي الضرر لزوم التدارك عليه أو لا؟

فنقول: إن بنينا على حمل القاعدة على تحريم الإضرار بالغير فمقتضاه على ما مرّ ذلك لما قرّرنا من أنّ كلّما صار شيء مبغوضاً للشارع فلا محالة يسخط بوجوده، فإذا فرض شيء يرفع سخطه فيحكم العقل بعين الملاك في مبغوضيته بوجود هذا الشيء من غير فرق بين صورة علم الفاعل وجهله فإنّه إذا كان مهتوكية شخص مبغوضاً للشارع ووقع من شخص ذلك معذوراً فبعد التفاته لازم مبغوضيته هذا الهتك الواقع وكون أمر جابراً له ومخرجاً عن المهتوكية وجوب ذلك عقلاً لاتّحاد الملاك.

فإن قلت: وجه عدم قبول الملازمة العقلية بين حكم العقل والشرع وهو امكان كون نفس الجعل ذا مفسدة جار بعينه هنا فإنّ الملاك في نفس عمل التدارك وإن كان محرزاً ولكن يمكن كون جعل الوجوب ذا مفسدة وإذا جاء هذا الاحتمال يصير التكليف الفعلي مشكوكاً فيدفع بأصل البراءة.

قلت: هذا ممّا يستقلّ بلزوم المتابعة فيه العقل فإنّه من قبيل ما إذا رأى العبد ابن المولى في البئر وكان المولى نائماً وسامح في إخراجه معتذراً بأنّه لعلّ المولى لو كان ملتفتاً ما كان المصلحة في أمره فلا إشكال في أنّه يعدّ هذا الاعتذار منه مستهجنّاً لا أن ينسبوه إلى الكذب وأنتك ما كنت تحتّم ذلك وإلاّ كنت معذوراً، وبالجمله فمحززية الملاك علّة تامّة عند العقل لتأمية الحجّة والشك في المانع عن البعث الفعلي لا يحسب عذراً مع معلومية أصل المحبوبة، ولا ينافي هذا مع منع الملازمة فإنّ المقام مقام تمامية الحجّة عند العقل وهو غير مقام القطع بتحقيق الإنشاء الفعلي من المولى فإنّه مشكوك، لكن لازم هذا الكلام الحكم بالضمان في

مسألة الإخبار كاذباً ببذل المال في المكان الفلاني فذهب وتحمل المخارج الكثيرة فإنّ الإضرار صادق عرفاً، والقول بأنّ عدم وصول المال عدم النفع ومخارج الطريق كلّها ممّا وصل عوضه إليه مثل أجره ركوب الدابة ونحوها كما ترى، فيلزم على هذا البيان الحكم بضمان المخبر هذا على ما قلنا.

وأما على ما قاله شيخنا المرتضى من نفي الحكم الضري. فالظاهر منه - قدس سرّه - الفراغ عن صدق الضرر في المقام وإنّما نتكلّم فيه في المقام الآتي، أعني: ما يغرمه في مقابل النفع الواصل إليه، فهل على هذا المبني كيف يكون مقتضى القاعدة تدارك البائع، فنقول: يمكن تقريره بأن يقال: إنّ هنا حكمين تكليفيّ ووضعي والقاعدة شاملة لهما ولهذا يستندون إليها في البيع الغبني لنفي اللزوم الذي هو الوضع.

أما الحكم الوضعي وهو مديونية المشتري لعوض ما استوفاه ومهدوريّة ما ذهب منه بلا استيفاء شيء في قبالة، فقد قلنا إنّ القاعدة قد خصّصت به ولكن هنا حكماً تكليفيّاً وهو تجويزه الشارع وترخيصه للغارّ أن يلقي المغرور في هذا الضرر، فإنّه ضرري فإنّ الدواعي بالنسبة إلى إضرار الغير متوقّرة فيلزم من عدم منع الشارع وقوعه في الخارج بخلاف إضرار النفس فإنّ الدواعي مصروفة ولا يحتاج إلى المنع الشرعي، وبالجمله لا إشكال في كون الأوّل حكماً ضرريّاً فلا بدّ من نفيه بقاعدة لا ضرر وإذ انتفت الإباحة مع القطع بعدم غير الحرمة تثبت الحرمة.

فإن قلت: نمنع الملازمة، ولهذا في الضد المزاحم بالأهم لا يقولون بالحرمة ولا بالوجوب ولا بالإباحة بل يبقى بلا حكم فما المانع من صيرورته في المقام بلا حكم، لا يقال: نفس عدم الحكم ضرري إذ يكفي في عدم ارتداع النفوس عدم تحريم الشرع، لأنّنا نقول: الكلام إنّما هو على تقدير عدم شمول القاعدة

للمدعيّات.

قلت: لا شبهة في عدم خلوّ الأشياء بعناوينها الأولى عن جميع الأحكام الخمسة ولا ينافي ذلك خلوّها بواسطة بعض العناوين الطارئة ومقامنا من الأوّل فإنّ نفس الإضرار بالغير نتكلم فيه ونقول: لو كان حكم الشارع فيه الإباحة يلزم الضرر فيتعين أن يكون التحريم، وإذا ثبت التحريم يرجع الأمر إلى الكبرى العقلية المتقدمة وأنه متى كان شيء مبغوضاً وكان له تدارك فالعقل حاكم بنفس مبغوضيّة المتدارك بالفتح لوجوب المتدارك بالكسر من غير فرق بين حالتي العلم والجهل، وبعبارة أخرى بين العصيان والمعدوريّة.

فتحصّل من مجموع ما ذكرنا إلى هنا التكلّم في ثلاث قواعد كليّة إحداها: قاعدة الغرور، والثانية: قاعدة لا ضرر، والثالثة: قاعدة السببية والتسبيب، كما في شاهدي الزور فلا بدّ حينئذ من التكلّم في تطبيقها على المقام.

أمّا الأولى: فقد عرفت أنّها مختصّة بقضيّة مرادفة الغرور مع الخدعة بحال علم الغارّ فلا ينطبق في مقامنا إلّا على صورة علم البائع ومع جهله غير شاملة للمقام.

أمّا الثانية: فقد يناقش في صدق الإضرار على البائع الغارّ وذلك لأنّ العقد أمر قائم بالطرفين نسبته إليهما على حدّ سواء فلا خصوصيّة وامتياز للبائع حتى يوجب ذلك إسناد الضرر المترتب على العقد إليه.

وبالجملة الذي يأتي من ناحيته الضرر إنّما هو العقد وهو متساوي النسبة إلى الموجب والقابل وليس القبول متفرّعاً على الإيجاب حتّى يصير الإيجاب علّة العلة، بل هما في عرض واحد ولهذا يصحّ تقديم الإيجاب ولا فرق بين علم البائع

وجهله وكذا المشتري.

ولكن يمكن أن يصحح الإسناد بواسطة تفرّع قبض المشتري على إقباض البائع فإتّهما من مقولة الفعل والانفعال والثاني مترتب على الأول وفي طوله فيكون إسناد الضرر بالأخيرة إلى فعل البائع، نعم لا يتمّ هذا فيما إذا لم يترتب قبض المشتري على إقباض البائع أو إذنه بل قبض هو بدون إذنه، لا يقال: إنّ القبض مستند إلى اختيار المشتري فإنه يقال: نعم لكن على معنى أنّ لاختياره أيضاً دخلاً في وجود المال تحت يده ولا يتنافى ذلك مع كون الإقباض سبباً فهو كما إذا مكّن المضروب نفسه لوقوع الضرب عليه فإنّ السبب والفاعل ليس إلّا الموجد للضرب وهذا التمكن شرط تأثيره.

وبالجملة: المعدّ والشرط وعدم المانع كلّ ذلك ذو دخل ولكنّ السبب أمر غيرها هذا كلّهُ هو الكلام حسب القواعد.

وأما بحسب الأخبار الخاصّة فرواية جميل دالة إمّا منطوقاً وإمّا بالأولوية ولكن رواية زرارة وزريق خاليتان عن هذا الحكم، فأجاب شيخنا المرتضى - قدس سرّه -

أولاً: بأنّهما في مقام بيان حكم المشتري مع المالك وليستا بمقام بيان حكمه مع البائع.

وثانياً: أنّ السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، وفي الوجه الثاني نظر، فإنّ السكوت في الدليل الخاص مع كونه في مقام البيان كما هو الفرض يوجب انعقاد ظهور الخاص فيقدّم على القواعد الثلاث المتقدّمة لأنها عمومات وهاتان الروایتان تخصّصانها.

نعم لا يجري هذا بالنسبة إلى رواية جميل لأنها أيضاً خاصة وهي ناصة في الحكم فلا يعارضها ما هو ظاهر في الخلاف، وحينئذ فلا بدّ من فهم أنّ سنخ ما تعرضته رواية جميل ماذا؟ فإن كانت حرية الولد ممّا يعدّ نفعاً عائداً إلى الوالد كانت شاهدة لما نحن فيه بطريق أولى، وإلا فلا بدّ من التفصيل بين القسمين فالغرامة بلا وصول النفع حكمه الرجوع والغرامة معه حكمها عدم الرجوع بقضية تينك الروایتين بل مقتضى رواية زريق تثليث الأقسام، أحدها: الغرامات التي يجبر بها ضرر المالك وهذا مقسّم إلى قسمين: ما كان بازائه نفع وما ليس كذلك، فهذه تجري فيها التفصيل المذكور بين قسميه على تقدير والحكم بالرجوع مطلقاً على تقدير آخر.

والقسم الأخير ما خرج من كيس المشتري في إصلاح المبيع وصرف النوائب عنه الذي يصير بعد عود المبيع إلى المالك خسراناً على المشتري ونفعاً للمالك فهذا مقتضى صريح رواية زريق الرجوع فيه إلى المالك ومعه لا معنى للرجوع إلى البائع، وشيخنا المرتضى - قدس سرّه - مع تعميمه القسم الثالث من الأقسام الثلاثة التي ذكرها في كلامه لما شمل هذا القسم.

وما ليس في مقابله نفع بل بعض أمثله صريح في هذا القسم وهو النفقة وما صرفه في العمارة استشهد بالأدلة المتقدمة وذكر أنّ رواية زريق لا تنافيها لأنها ساكنة.

فرد عليه - قدس سرّه - أنّ سكوتها في القسم الذي يتدارك ضرر المالك صحيح، وأمّا في القسم الذي ذهب من كيس المشتري ودخل نفعه في كيس المالك فصريح الرواية الرجوع بها إلى المالك، ولا يمكن معه الرجوع إلى البائع

والفقرة الدالة على ذلك، منها:

قوله في آخرها: «يجب على صاحب الأرض أن يرد عليه» (يعني: على المشتري) كلّما خرج منه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة ودفع الثواب عنها كلّ ذلك مردود إليه... إلخ، وكذلك حكمه في زرع زرعه المشتري وغرس غرسه وبناء بناءه بأنّ له إمّا قيمة الزرع وإمّا أن يصبر المالك إلى وقت الحصاد، فإن لم يفعل كان ذلك له وردّ القيمة وكان الزرع له وكذلك له إمّا قيمة الغرس والبناء، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه حيث ما حكم - عليه السلام - بأنّ للمالك قلع الزرع والغرس وهدم البناء وذلك لأنّ في كلّ ذلك أربعة أنحاء:

الأوّل: التراضي على النقل إلى المالك بالقيمة.

والثاني: التراضي على إعطاء كربي الأرض إلى وقت الحصاد في الزرع وإلى ما توافقا عليه من الزمان في الغرس والبناء.

والثالث: اختيار المشتري قلع الزرع والغرس وهدم البناء.

والرابع: اختيار المالك تخليص أرضه عن ملك الغير والرواية متعرّضة في الزرع للقسمين الأوّلين وفي الغرس والبناء للأوّل والثالث، والظاهر أنّ عدم تعرّضها للثالث في الزرع، أعني: اختيار الزارع قلع الزرع، وعدم تعرّضها للثاني في الغرس والبناء من باب مصروفية الدواعي النوعية عن ذلك لا أنّه ليس له ذلك شرعاً ولا أقلّ من احتمال ذلك، المسقط للاستدلال، فيبقى مقتضى قواعد السلطنة وغيرها في ذلك على حالها.

وليس هكذا حال سكوت الرواية عن القسم الرابع في الجميع فإنّ الظاهر أنّه لأجل عدم القدرة شرعاً وأتّه لا يعامل مع من كان عمله في ملك الغير على

طبق ظاهر الشرع معاملة الغاصب فلا يجبر على قلع ما غرسه وزرعه وهدم ما بناه وإن كان الغاصب يؤخذ بذلك لأنه «لا حق لعرق ظالم».

وبالجملة يعلم منها أن الشارع راعى جانب المشتري سواء في ما أحدثه من قبيل الغرس ونحوه، أم فيما أعطاه من كيسه في مصلحة المال ودفع المضار عنه، أم في عمل عمل فيه كان له مالية عرفاً، فجميع ذلك لم يحكم عليه بالمهدورية بل أبقاه على صفة الاحترام، فإن حرمة مال المسلم كحرمة دمه ويؤيد هذا ما تسالموا عليه من غير نص خاص في البين في باب المفلس عند رجوع الغريم إلى عين ما له لو وجده حيث حكموا بأنه لو أحدث فيه المفلس قبل الحجر شيئاً كان له مالية عرفاً رجع بقيمته إلى ذلك الغريم.

ودعوى الفرق بينه وبين المقام بكون الاحداث هناك في ملك نفس المحدث وهنا في ملك غيره واقعاً، مدفوعة بأن ملك الغير بعد المحكومية ظاهراً بملكيته للنفس بالنهي الواقعي الغير المنجز لا يؤثر في رفع الاحترام عن مال المسلم وعمله.

نعم عند تنجز هذا النهي ومعلومية ملكية الغير كما في الغاصب فالشارع ألغى احترام العمل وجعله مهتوكاً وبلا أجر، وإلا فبحسب القاعدة النهي المعلوم أيضاً لا ينافي مع بقاء احترام العمل كما في الوجوب كذلك من غير فرق بين ما إذا أحدث العمل هيئة في المال صارت سبباً لزيادة المالية في العين كنسج الغزل، وما إذا لم يحدث ذلك وإن فرض ثبوت الإجماع على خلافه في الثاني حيث لا يلتزمون في مثل ما إذا سقى أرض الغير بمائه بخيال أنه أرضه بضمين صاحب الأرض لقيمة الماء وعمل السقي خصصناه بصورة حدوث الهيئة مثل حفر القنوات

وتشقيق الأرض للزراعة الذي يسمّى في الفارسية (بشيار وشخم).

ثم إنّ رواية زريق سالمة في هذه الغرامات عن معارضة رواية جميل لما عرفت من اختصاصها إمّا بما في مقابلة نفع فيثبت فيما ليس بقباله نفع بالأولية أو بالقسم الثاني، وعلى كلّ حال تبقى المخارج المصروفة لأجل انتفاع المال أو صرف العوارض عنه خارجة عنها، وكذلك خارجة عن القواعد المتقدمة إذ قد عرفت عدم شمولها لما كان هنا ضامن غير الغارّ فإنّه لا يصدق الغرور والضرر والسببية معه.

ثم إنّ الظاهر أنّ الحق مع صاحب الحقائق حيث ذهب إلى عدم سكوت الرواية عن حكم المشتري مع غير المالك فإنّ «غيره» في مورد الرواية عبارة عن القاضي والشاهد والورثة فإنّ في إيراد الخسارات الواردة على مشتري المعيشة التي يغرمها للمالك لكلّ من المذكورين دخلاً بنحو السببية فيصدق على كلّ منهم أنّه السبب لإتلاف هذا المال المغروم على الغارم وهو المضرّ وهو الغارّ غاية الأمر اختصاص الأخير بصورة علمهم ولكنّ القاضي والشاهد لا يغرمان ما يلزم بواسطة عملها بما هو تكليفهما شرعاً؛ فإنّ القاضي عند تحقّق موازين القضاء عنده يجب عليه القضاء، وكذا الشاهد إذا تحمّل الشهادة يجب عليه إقامة ما عنده ولا ينافيه أخبار ضمان الشاهد لاختصاصها بمورد اشتباه الشاهد أو تعمّده الكذب، مضافاً إلى إمكان عدم استناد الضرر في مورد الرواية إلى الشاهد.

وعلى كلّ حال ينحصر من يقبل لقرار الضمان عليه في الورثة وقد تعرضت الرواية للرجوع عليهم بالثمن فيعلم أنّه كان بمقام بيان حكم المشتري معهم، ومع ذلك سكت عن تغريمهم هذه الخسارات فيكون شاهداً على العدم.

ثم إنَّ هنا مطلباً ينبغي التنبيه عليه وهو أنهم - رضوان الله عليهم - كثيراً ما في باب الإتلاف يبحثون عن أقوائية السبب والمباشر ثم يرتبون حكم الضمان على الأقوى منهما ويحكمون ببراءة الآخر، ومنه يعلم مغايرة ذلك الباب مع ما نحن بصده من اثبات الضمان على المشتري واثبات قراره على البائع.

وبالجملة فيفرقون بين ما إذا كانت الوسطة فاعلاً غير ذي شعور مثل ما إذا أجاج ناراً في محلِّ هبوب الريح فوصل إلى بيدر الغير فأحرقه، أو ألقى اللحم إلى السبع فأكله، أو أعطى الطعام للصبي فأكله، أو وضع الإناء بمحل سقط جنب النائم عليه فكسره مع التفاته إلى ذلك، فحكموا في مثل ذلك بضمان السبب دون المباشر وبين ما إذا كان المباشر أقوى أو لم يكن في البين سبب كما في أكل نفس الصبي بدون عطاء أحد إيَّاه أو سقوط جنب النائم بدون وضع أحد، فحكموا فيها بضمان المباشر ومثلوا للقسم الأول بما إذا أكره أحد أحداً على الإتلاف فأتلفه فحكموا بضمان المكره - بالكسر - دون المكره - بالفتح -.

هذا ويشكل ما ذكروه فإنه إذا كان الحكم دائراً مدار صدق المتلف فلا شبهة في صدق هذا العنوان في حق المكره إذ لو اعتبر في صدقه اختيار الفاعل فلا بد من القول بعدم صدقه في النائم والغافل والساهي ولا يلتزمون به بل إسناد الإتلاف إلى المكره لكونه متصدياً بمباشرة جوارحه يكون بالأولى من إسناذه إلى مكرمه فإنه إنما يصير متلفاً بالتوسط والأول بلا توسط، فلو كنّا نحن وقاعدة من أتلف لابد من الحكم بتخيير المالك في الرجوع إلى أيّ منهما شاء.

فإن قلت: نعم ولكن حديث الرفع بالنسبة إلى المكره - بالفتح - حاكم لشموله للوضعيات لا يقال: كيف المقال في النائم والساهي والناسي حيث لا يقولون بعدم ضمائمهم بواسطة الحديث.

لأنّا نقول: يمكن الفرق بأنّ رفع الضمان عن المذكورين وإن كان فيه المنّة بالنسبة إليهم ولكنه خلاف الامتنان على صاحب المال وهذا بخلاف الحال في المكروه فإنّ رفعه موافق الامتنان بالنسبة إلى المكروه ولا يخالفه بالنسبة إلى المالك لثبوت الضمان على المكروه بالكسر، وبالجمله فحال مقامنا حال بيع المكروه وبيع المضطرّ حيث إنّ وجه الفرق فيهما مع شمول الحديث لهما كون الرفع في الأوّل على وفق المنّة وفي الثاني على خلافه.

قلت: نعم ما ذكرت تامّ لولا الإشكال في شمول الحديث للأثار الوضعية، فإنّه قابل للإنكار؛ فإنّ الظاهر من الحديث في حدّ نفسه الاختصاص بالتكليفات لظهور الرفع في رفع العقوبة.

وما تمسّك به للتعميم من استشهاد الإمام في بعض الأخبار بالحديث لنفي أثر الحلف بالطلاق والعتاق عند الإكراه عليه. فيه: عدم ظهور الرواية في كون السؤال راجعاً إلى الأثر الوضعي، وأنّ العتاق والطلاق المذكورين يقعان أولاً، بل من الممكن كون نفس اليمين بالطلاق والعتاق من المحرّمات النفسيّة، فسأل السائل عن صورة وقوعه عن إكراه، وقوله: أيلزمه ذلك؟ يعني أيلزمه عقوبة ما فعله وارتكبه بواسطة إكراه الظالم ووقع في العصيان أو أنّه غير عاص، ومع هذا الاحتمال لا يبقى مجال للاستدلال.

إلّا أن نمنع ذلك بكونه خلاف الظاهر من عبارة السؤال وأنّ الظاهر من السؤال بمثل هذه العبارة عقيب ذكر الاستكراه على الحلف بالطلاق والعتاق هو الرجوع إلى جهة الوضع.

هذا ويمكن أن يختار مسلك آخر لتوجيه كلام المشهور في الحكم بعدم

ضمان المكره دون المكره. وهو: أنَّ ما اشتهر من أنَّ «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» ليس عبارة رواية وإنما هو معقد الإجماع، ونحن إذا راجعنا المجمعين رأيناهم يبحثون في تعيين أنَّ المتلف من ذا؟ مع أنَّه لا شبهة في صدقه لغة وعرفاً على كلِّ من المباشر والسبب، غاية الأمر أنَّ في موارد كون أحدهما غير ذي شعور لا يصدق كلمة «مَن» الموضوعية لذوي العقول، وأمَّا صدق الإتلاف فلا فرق بينهما فيه في جميع الموارد، فإذا رأينا ذلك نفهم أنَّ مراد قائل هذه العبارة أخصَّ مما هو ظاهره، وأنَّه ما يستفاد من كلماتهم في موارد عديدة من أنَّه كلُّما كان في البين سبب ومباشر فلا بدَّ في الحكم بضمان المباشر من كونه بحيث يقبل لتوجيه النهي بترك الإتلاف والمباشرة نحوه، فلو لم يقبل التكليف أصلاً إمَّا لعدم الشعور كما في الريح والشمس وإمَّا لأنَّ اختياره كالعدم كما في الصبي والنائم والمكره فلا ضمان حينئذ على المباشر، وإن كان مع عدم السبب لم يكن لهذا القيد دخل في الحكم، ولعلَّ من هذا القليل الحكم بعدم ضمان الحاكم فإنَّه مكلف بالقضاء عند تحقق موازينه بنظره، فلا يكلف بعدم الحكم والقضاء.

فإن قلت: فما تقول في الشاهد والمغرور حيث هما ضامنان مع عدم قابليتهما للنهي عن التصرف والشهادة؟

قلت: وإن كانا غير قابلين ظاهراً ولكنَّهما ممنوعان واقعاً ولا يجري هذا في الحاكم فإنَّه في الواقع والظاهر مكلف بالحكم لا أنَّ خطابه في الظاهر أحكم وفي الواقع لا تحكم. والحاصل المراد بأقوائية المباشر من السبب كونه قابلاً للتكليف وبأقوائية السبب كونه غير قابل له.

بقي هنا شيء وهو أنَّ ضمان اليد مع هذا لا يرتفع عن المكره فنقول

للمسألة صور:

الأولى: أن يكون للمكره يد سابقة موجبة للضمان.

والثانية: أن يكون يده مستندة إلى المكره - بالكسر - ولكن كان مختاراً في الأخذ ومكرهاً في الإلتلاف.

والثالثة: هذه مع كونه مكرهاً في الأمر الأول دون الثاني.

والرابعة: هذه مع الإكراه في الأمرين.

ففي الصورة الأولى: قد أتلّف المكره - بالكسر - على المكره لأنّه أوقعه في تنجّز ضمان يده لأنّه كان معلّقاً على التلف وهو أوجد المعلق عليه بسبب إكراهه فيستند ذهاب البدل من كيس المكره - بالفتح - إليه فحيثنذ يجوز له الرجوع إلى المكره - بالكسر - لو رجع إليه المالك فيكون القرار على المكره مع جواز الرجوع ابتداء كما تقدّم.

كما أنّ في الصورة الثانية أيضاً مقتضى القاعدة قرار الضمان على المكره فإنّ المكره - بالفتح - وقع بواسطة يده في ضمان المالك والمكره بالكسر على ما حقّقه شيخنا المرتضى.

ثمّ المكره - بالكسر - هو السبب لتنجّز هذين الضمانين، فلا بدّ أن لا يرجع هو إلى المكره - بالفتح -؛ لأنّه أتلّف على نفسه، وإن رجع المالك إليه يجب عليه التدارك؛ لأنّه أيضاً من قبله، كما يجوز للمالك الرجوع إلى المكره - بالكسر - ابتداء كما تقدّم.

نعم مقتضى القاعدة في الثالثة كون القرار على المكره - بالفتح -؛ لأنّه

باختياره أوقع نفسه والمكره في الضمان، فلو رجع المالك إلى المكره بالكسر يجب عليه التدارك، وإن رجع المالك إليه لايحوز له الرجوع إلى المكره بالكسر لأنه لم يجبره على الإتلاف.

وأما الرابعة: فيمكن منع صدق اليد للمكره بالفتح، فإنه بمعنى الاستيلاء كما هو المراد في اليد التي أمانة الملك ولا يصدق عرفاً على من أمره قاهر بأخذ مال غيره وإتلافه، أنه ذو يد عليه، فمقتضى القاعدة فيها عدم الضمان أصلاً.

ولو تلف في يده بعد الإكراه على الأخذ وصدق الاستيلاء واليد فالظاهر قرار الضمان على المكره لأنه السبب لدخول المكره في ضمان اليد، ولا يقال بتعارض مقتضى السببية واليد حيث إن مقتضى اليد قراره على المكره - بالفتح - كما احتمله شيخنا الأستاذ دام بقاءه في الدرس - ولا بد من تقديم الثاني وإلا يلزم كون السببية لقرار الضمان على المكره سبباً لعدم القرار وهو خلف، وذلك لأن دليل السببية ناظر إلى ما أثبتته دليل اليد، ولا يعقل كون الثاني ناظراً إلى الأول المتأخر عنه رتبة.

القسم الثالث: زيادة القيمة عن الثمن هل يغرم البائع تمام القيمة حتى ما قابل الثمن، أو لا يغرم شيئاً منها حتى الزيادة عن الثمن، أو يغرم ما قابل الثمن دون الزيادة؟ الظاهر الأخير؛ لعدم الغرور بالنسبة إلى ما قابل، لأنه أقدم عليه ولو كان البائع صادقاً وصدقه فيما زاد لأنه وقع في ضمانه بكذبه بحيث لولاه لما وقع فيه، وعلى هذا لا بد من التفصيل في الأجزاء أيضاً فإن الثمن مقسط عليها في ضمن الكل، وأما الأوصاف فقد فرق شيخنا المرتضى - قدس سره - بين ما لم يقسط الثمن عليه كما عدا وصف الصحة وبينه، فحكم في الرجوع في التمام في

الأول وبالتفصيل في الثاني على ما هو مفهوم كلامه.

وفيه: أولاً: سؤال الفرق بين وصف الصحة ووصف الكمال، فإن الثمن لا يقسّط في كليهما إلا بإزاء العين بلحاظ الصفة، فالصفة مزيدة لمالية العين لا أنها مال ولا شهادة في ثبوت الأرض في فقدان وصف الصحة دون وصف الكمال.

أما أولاً: لأن جواز الإمضاء مع العيب ينافي هذا.

وأما ثانياً: فمقتضى ذلك رجوع مقدار من عين الثمن بقسطه، والحال جواز دفع الأرض من مال آخر، فهذا يدلّ على عدم التقسيط.

وثانياً: سؤال الفرق بين الأجزاء والأوصاف؛ إذ لا فرق في صدق الغرور بين القبالية في مقام الإنشاء المعاوضي وبين عدمها مع المنشئة لتفاوت المالية والقيمة، فكما يلتفت المشتري في شراء عشرة أذرع من الكرباس بعشرة بأن كلّ درهم يقع بقبال ذرع، كذلك يلتفت المشتري للعبد الكاتب بعشرة دراهم مع كون غير الكاتب بتسعة، فإنّ الواحد يكون لأجل الكتابة، فمقتضى القاعدة التفصيل في الوصف أيضاً مطلقاً، نعم في الوصف الحادث لدى المشتري الزائل عنده لا يجري هذا فيرجع فيه بكلّ القيمة.

ثمّ لو باع الفضولي بيعاً فاسداً فالتغريير في مورد صدقه لم يوجب التغريم بالاستقلال بل مع الفساد، فإن اعتبرنا في تأثير التغريير الاستقلال، فهنا لا بدّ أن لا يرجع إلى البائع لأنّ فساد البيع غير مقتض للرجوع، والتغريير فاقد للاستقلال، لكن هنا سؤال الفرق بين المقام والبيع الفاسد؛ لأنّه مع علم البائع بالفساد هو السبب لوقوع المشتري في الضمان ومغرّر له، ومع الجهل أيضاً هو السبب لاستناد قبض المشتري إلى إقباضه.

وبالجملة: حال علم البائع فيه كحال علمه في مقامنا وحال جهله فيه حال جهله في المقام، فلا بدّ من التفصيل بين الثمن فيرجع به على المشتري، وأمّا سائر الغرامات فليس له الرجوع بها إمّا لقاعدة الغرور والسببية، وإمّا للثانية فقط، فما وجه حكم القوم هناك بجواز الرجوع في الكل مطلقاً مع حكمهم هنا برجوع المشتري إلى الغارّ والسبب؟ ومقتضاه عدم رجوع البائع الغارّ والسبب، إذا كان هو المالك وعلى هذا فإذا كان الفضولي البائع فاسداً مدّعياً للملكية فهو غارّ من جهتين، عند علمه بالفساد، ومن جهة، عند جهله.

نعم لو ثبت الفرق بين المقامين فعند الاجتماع يتوجّه بناءً على اعتبار الاستقلال في الغرور عدم الرجوع لما تقدّم من أنّ الغرور غير متحقق الحكم أو الموضوع لأجل انتفاء الاستقلال والفساد غير مقتض للرجوع حسب الفرض.

ثم إنّ كلّما يرجع المشتري به على البائع لو رجع إليه لا يرجع البائع إلى المشتري لو رجع عليه، بخلاف ما لا يرجع به المشتري على البائع مثل زيادة القيمة على الثمن فإنّه يرجع البائع بها على المشتري.

فإن قلت: ما وجه ذلك مع اشتراكهما في مقتضى الضمان وهو اليد؟ نعم مع الإلتاف يتمّ ذلك لأنّ اللاحق هو الذي أوجب تنجز الضمان على السابق باتخاذ ما علّق عليه الضمان فتشملة قاعدة التسبب، وأمّا مع التلف فلا.

قلت: هذا من جزئيات مسألة تعاقب الأيدي الضامنة والكلام فيها في

مقامين:

الأول: في تصوير كيفية اشتغال الذمم المتعددة بالشيء الواحد وهو البديل عند التلف، مع أنّ الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلّا في ذمّة واحدة.

والثاني: في تصوير أنه لم يرجع اليد السابقة على اللاحقة عند غرامتها للمالك.

ومحصل الكلام في الأول أن المراد بكون المال في عهدة الإنسان الذي هو المستفاد من كلمة على الواقعة في حيز الأعيان كون الإنسان هو المسؤول والمؤاخذ بتبعاته، فيكون على رقبته تدارك ما ورد على المالك وغيره من الخسارات من ناحية هذا المال، وهذا المعنى الذي يعبر عنه بالفارسية بـ (گرفتاری) أمر وراء استقرار مال في الذمة بل هو في الحقيقة استقرار العمل، أعني: تدارك الدرك والخسارة على العهدة، وهذا أمر يتعلل تعلقه في العمل المتعلق بعين واحدة بالنسبة إلى أشخاص متعدّدة.

نظيره في العرفيات وقوع العبيد المتعدّدين في عهدة وجدان ابن مولا هم المفقود، وفي الشرعيات الواجب الكفائي. لا نقول إنه صرف تكليف بل هو أمر وضعي واقعي يكون الإنسان في ضرر التدارك في مقامنا والمتحصّل منه ثبوت حقّ للمالك في أخذ معادل ماله من أيّ من الأيادي شاء، لا ثبوت الملك له في ذمة كلّ معادل ماله فإنّه لا ينفكّ إمّا من ثبوت المعادل المتعدّد بعدد الذمة أو توزيع المعادل الواحد على الذمم، ولا معنى للذمة المردّدة التي لازمها عدم الاقتدار على الأشخاص، وإن وقع التعبير في كلام شيخنا المرتضى - قدس سرّه - بما يوهّم ذلك فهو من باب ضيق العبارة.

والحاصل التعهّد بالمال غير ثبوت البدل في الذمة، والثاني لا يتحقّق إلّا بعد التلف، والأوّل يتحقّق بمحض ثبوت اليد ومن لوازمه استحقاق المالك إخراج البدل عند التلف من مال المتعهّد.

ومحصل الكلام في الثاني أنه يتم بثلاث مقدمات:

الأولى: أن مفاد على اليد ليس أمراً تعليقياً بمعنى أن العهدة إنما تحدث بحدوث التلف بحيث كان اليد جزء علة لحصول هذا المعنى والجزء الأخير كان هو التلف إذ على هذا جميع الأيادي المتعاقبة متساوية في عدم عهدة لأحدها قبل التلف، وبعده يحصل للجميع في مرتبة واحدة بدون سبق لأحدها على الآخر، لتساوي الجزء الأخير من العلة بالنسبة إليهم وإن اختلف الجزء الأول تقدماً وتأخراً.

و بالجملة يصدق على كل من الأيادي أنه قد أثبت على مال له بدل في عهدة آخر فلازمه رجوع كل إلى آخر حتى اللاحق إلى السابق، لكن بعد ما فرض أنه يحدث هنا أمر تنجيزي غير معلق عقيب اليد يعبر عنه بالفارسية بـ (گرفتاری) فاليد علة تامة لحصوله بدون انتظار حصول التلف فيصدق على اليد السابقة أنه قد أثبت على مال لا يقع في خسارته إلا شخص واحد وهو المالك، وأما اليد اللاحقة فيصدق أنها قد أثبتت على مال يقع أحد شخصين على البدل في ضرره وخسارته وهما المالك والضامن الأول.

المقدمة الثانية: أن المال الذي له بدل في عهدة شخص لملكه إذا ضمنه شخص آخر ولم يعين المضمون له وأنه المالك أو غيره أو كلاهما فلازم البدلية هو التوسعة وإطلاق البدلية؛ فإن معنى كون المال على عهدة الثاني بدون ذكر المضمون له أن من يتضرر من قبله أيأ من كان في العالم فله الأخذ برقبة هذا الضامن وإخراج تدارك ضرره من كيسه فإن معنى البدلية أن من عليه البدل يقع في خسارة تلف المبدل كالمالك.

فإذا قيل خسارات هذا العين على عهدة فلان فهو عند الإطلاق يشمل هذه الخسارة لأنّه من خساراته ولا يخرج عن كونه بدلاً له كما في صورة تعيين المضمون له، كما في ضمان العهدة في العوضين في البيع، فإنّ ضامن العهدة ليس ضامناً إلّا للمالك دون من تلف عنده المال من المشتري أو البائع فلا يرجعان إليه عند رجوع المالك إليهما فيكشف ذلك عن قصور البدليّة وعدم شمولها حتى بالنسبة لهذا الحكم.

المقدمة الثالثة: أنّ الخسارة الواردة على اليد اللاحقة لا فرق فيه بين أسبابها فلو فرض تحققها من ناحية اليد أيضاً لا مانع من شمول الحكم له إمّا بشمول اللفظ له إن قلنا بالقضية الطبيعية، وإمّا بتنقيح المناط؛ لوضوح عدم الفرق بين الأسباب إن لم نقل بها.

وأما استظهار هذه المقدمات: أمّا الأولى فهي مقتضى سوق حكم العهدة المستفادة من كلمة «على» على الإطلاق وعدم تعليقه بشيء. وأمّا الثانية فقد يتوهم شهادة العامّة في تعيين المضمون له في المالك فلا وجه له؛ إذ لا ملازمة بين كون الغاية الأداء إلى المالك وكون المتعهد به خسارة كلّ من يتخسّر من ناحية هذا المال، وقد يستشكل في صدق خسارة هذا المال بالنسبة إلى اليد السابقة فإنّ المتحقّق في حقّه خسارة البذل دون العين.

والجواب: أنّه لا شبهة في صدق أنّ بتلف هذا المال يقع شخصان في الضرر على التبادل إمّا المالك وإمّا المتعهد به، ولذا يغتم كلاهما عند ثبوت اليد الثانية على العين، أحدهما لخوفه على ماله والآخر على مال وضع على عهده.

وأما الثالثة: فعلى القضية الطبيعية لا إشكال فيها وكذا على تنقيح المناط

لوضوح عدم الفرق بين الأسباب.

لا يقال: ينتقض على هذا ما أبرمته سابقاً فيما إذا أكره اليد السابقة اللاحقة على الأخذ فتلف في يد الثاني، حيث قلت: قرار الضمان على الأول ولا يمكن جعل هذا الضمان المسبب عن السببية الحاصلة من حكم اليد الثانية مشمولاً لحكم اليد الثانية فإنه لا مانع من شموله على نحو القضية الطبيعية أو تنقيح المناط.

فإنه يقال: فرق بين مقامنا هذا وتلك المسألة؛ فإن المدعى أن المستفاد من القاعدة أن كل ضمان حصل أسباب حدوثه في اليد السابقة مع قطع النظر عن حدوث هذه اليد اللاحقة ولو كان جائئاً من هذه القاعدة، فبمقتضى القاعدة يحمل على الثانية، وأين هذا من ضمان ليس له عين ولا أثر مع قطع النظر عن هذه اليد فإن السببية إنما يتحقق موضوعها بواسطة اليد ومثل هذا لا تنفعه القضية الطبيعية أو تنقيح المناط، فتدبر.

وبالجملة بعد وضوح المقدمات الثلاثة لا مجال للإشكال تارة: بأن التقريب يحمي في حق السابق أيضاً لصديق أنه وضع اليد على ماله بدل، وجوابه ظهر من المقدمة الأولى وأنه مبن على استفادة العهدة التعليقية، وأما على التجيزية فلا مجال له كما هو واضح.

وأخرى: بأن ضمان العين التي لها بدل لا يقتضي ضمان بدله مع أنه لم يحصل موجب للضمان بالنسبة إلى البدل، ودعوى كونه من توابع العين وشؤونه كما ترى وجوابه ظهر من المقدمة الثانية.

وثالثة: بأنه لو سلم ذلك اقتضى ضمان البدل للمالك لا لمن عليه البدل،

وجوابه ظهر أيضاً من تلك المقدمة فإنّ غير من عليه البدل لم يتخسّر حتى يجبر خسارته وقضيّة القاعدة أنّه ما لم يصل إلى مالكة فكلّ من يتخسّر منه لا بدّ أن يجبر ذو اليد خسارته.

ورابعة: بالنقض بضمان الاثنين لواحد وضمان العهدة وضمان المال عند العامّة وضمان الأعيان المضمونة بصدق ضمان شيء له بدل مع عدم ضمان البدل، وجوابه أيضاً علم من تلك المقدمة. وحاصله: أنّا لم نعلّق الحكم على صرف كون الضمان ضمان شيء له بدل - كما توهمه صورة عبارة شيخنا المرتضى قدّس سرّه - بل قيّدناه بعدم تعيين المضمون له وقد عيّن في تلك الموارد دون المقام، فاستكشف البدليّة المقيّدة في تلك الموارد المطلقة في المقام.

وخامسة: بأنّه إذا رجعت العين من اليد اللاحقة إلى السابقة فتلفت فلازم البيان المتقدّم قرار الضمان على اللاحقة مع أنّ القاعدة تقتضي قراره على السابقة وذلك لأنّ الضمان إنّما حدث باليد الأولى للسابقة فاليد الثانية لها لم تحدث شيئاً حتى يقال إنّها في هذا الحين - أعني: حين إثبات اليد الثانية - ضمن شيئاً له بدل، والجواب أنّه إنّما لا تحدث اليد الثانية أصل ضمان العين لصاحبها لفرض حدوثه باليد الأولى وما حدث لا يحدث ثانياً، وأمّا بالنسبة إلى ضمان اليد اللاحقة فلا مانع من تأثيرها فضمان اللاحق للمالك يستقر على السابق فضمانه للسابق يسقط.

وسادسة: بأنّ لازم ما ذكر جواز رجوع السابق إلى اللاحق بعد التلف ولو قبل رجوع المالك عليه، والجواب: أنّه لم يتخسّر بعد وإذا كان مفاد القاعدة تحميل الخسارة فلا تحميل مع عدم الخسارة.

فإن قلت: قد ذكرت أنّ هنا ابتلاءً فعلياً يحصل عقيب اليد بلا انتظار شيء فلازم هذا لزوم تداركه.

قلت: نعم ولكن ليس تدارك هذا دفع العين إلى السابق في حال بقائها أو بدلها في حال التلف إذ ذلك لا يرفع ضمان السابق وإنّما يرتفع بالدفع إلى المالك، فغاية الأمر أنّ للسابق حقّ مؤاخذه اللاحق بأن يدفع العين أو البدل إلى المالك ونحن نلتزم بذلك ولا نتحاشى عنه.

وسابعة: بأنّ لازم ما ذكر مع الالتزام بأنّ الخسارات اللاحقة كلّها من كيس الضامن ثبوت الضمان للسابق بالنسبة إلى اللاحق، إذ من جملة الخسارات هذه الخسارة الواردة على اللاحق وبعد عدم تعيين المضمون له كما تقدم لا بد من تحميل هذه الخسارة أيضاً على السابق وجعلها من كيسه.

والجواب أنّ كل خسارة فرضت للعين مع قطع النظر عن اليد نحكم بضمان ذي اليد لها والعين مع قطع النظر عن اليد السابقة لها خسارات من التلف وفوات الجزء أو الوصف الموجودين فعلاً أو بعد الخروج عن اليد قبل الوصول إلى المالك فإنّ فواتها أيضاً من خسارات هذا العين مع قطع النظر عن ثبوت هذا اليد وليس هكذا خسارة اللاحق، إلا أن يقال أنّا نفرض كون يد اللاحق غير مستند إلى اليد السابقة، بل صرف كونه متأخراً في الزمان فإن قطع النظر عن اليد السابقة يوجب قطع النظر عمّا هو معلوله لا ما هو متأخر عنه زماناً، فهذا القسم يدخل تحت النظر فلا فرق بينه وبين السمن الحادث فيما بعد المتبدل بالهزال قبل الوصول إلى المالك فكما نحكم بضمان الثاني على اليد السابقة لا بدّ أن نحكم بضمان الأوّل أيضاً عليها.

ويمكن أن يقال: إنّ لا بد من فرض العين على الحال التي كانت عليها

حين وقوع اليد عليها وهي حال وقوع اليد السابقة كونها غير مضمونة لأحد فالخسارات التي نحكم بها على الضامن لا بد أن ترجع إلى خسارات العين الغير المضمونة لأحد، وخسارة اليد الثانية خسارة العين المضمونة، وهذا بخلاف الهزال في السمن الذي لم يحدث بعد فأنه من الخسارات الفعلية للعين على هذه الحالة التي كانت لها قبل ثبوت اليد فأنه كما أنّ من خساراتها زوال سمنها الموجود كذلك من غصصها وابتلاءاتها زوال السمن الذي يحدث بعد ذلك أو اللبن كذلك.

ثم إن لصاحب الجواهر - قدس سره - هنا كلاماً وهو أنّ الخطاب بالنسبة إلى من تلف في يده ذمي وبالنسبة إلى من تقدّم عليه شرعي، وذلك لعدم الدليل على شغل الذمم المتعدّدة بالمال الواحد ووجه رجوع غير من تلف عنده إلى من تلف عنده لو رجع إليه أنّه يملك بواسطة دفع البدل ما في ذمة الأخير فهذا معاوضة قهرية فكما يمكن المعاوضة الجعلية بين المالك وغيره على هذا المال الذمي فهنا دفعت بتصرّف الشرع بواسطة حكمه باعطاء البدل، ويرد عليه:

أولاً: أنّه ما وجه التفرقة في مفاد على اليد إذ الفرض عدم الدليل غيره، فإن كان الوجه عدم معقولية شغل الذمم المتعددة بالمال الواحد فأى فرق بين الخطاب التكليفي وبين الذمي، فكما قلتم أنّ كون تدارك المال الواحد في العهديات الوضعية المتعدّدة غير معقول، فكذلك كون العمل الواحد أيضاً في العهديات التكليفية المتعدّدة غير معقول، وهذا مراد شيخنا المرتضى - قدس سره - وشأنه أجل من حمل كلامه على ما لا يخفى فساده على فاضل، فكيف على من هو مؤسّس.

وثانياً: أنّ ما ذكر من المعاوضة القهرية إنّما يسلم إذا كان بدل المال من باب

المعاوضة الشرعية وليس هكذا بل هو من باب الغرامة فإنه عوض لوجود العين لا لنفس العين كما يقال نظيره في بدل الحيلولة أنه بدل السلطنة الفاتئة لا نفس العين.

وثالثاً: أنه على هذا لا بدّ أن لا يجوز لمن اغترم للمالك أن يرجع إلى الأيدي المتوسطة، لا يقال كما ذكرتم أنّ ضمان المبدل يلزم ضمان البدل وإلاّ خرج البدل عن البدلية فالتزموا هنا أيضاً بأنّ ملك البدل حاله حال ملك المبدل في جواز الرجوع إلى الأيدي المتوسطة.

قلت: الوجه فيما تقدم ارجاع خسارة البدل إلى خسارة العين، وأمّا هنا فالحكم بجواز الرجوع إلى الأيدي المتعاقبة لأجل ثبوت اليد على المبدل لا يقتضي الحكم بذلك في ملك البدل الذي لم يثبت عليه يد هؤلاء.

ثم إنّ سيدنا المحشي لكلام شيخنا المرتضى - قدّس سرّهما - ذكر في المقام وجهاً آخر وهو أنّ ما يدفعه الدافع عوض لنفس العين التالفة لا للعوض الثابت في ذمة الأخير فيقوم مقام المالك في الرجوع إلى الأيدي الأخر والعين التالفة باعتبار الضمان له اعتبار المالية عرفاً كما في باب الفسخ، نعم يشكل على هذا أنّه يجوز عليه رجوعه إلى السابقين عليه لأنّه قام مقام المالك.

ويمكن دفع ذلك بأنّ وجه عدم رجوعه على خلاف المالك أنّه السبب لاستقرار الضمان على السابقين لأجل إثبات يده على العين التي في عهدهم وحيلولته بينها وبينهم.

قلت: يمكن منع السببية في بعض الموارد وهو ما إذا كان إرجاع العين إلى صاحبها متوقّفة على طي مسافة لا يمكن عادة إلاّ بمضيّ ساعة، فصارت من أول الساعة في اليد الثانية ومكثت خمس دقائق ثمّ تلفت بالتلف السّاوي، فكيف

يمكن الحكم في هذه الصورة بأن الثاني صار سبباً لاستقرار ضمان الأول. نعم لو أراد الأول الإرجاع فأخذها الثاني من يده بالقهر ومضت مدة تسع الإرجاع ثم تلفت يصح القول بالسببية حينئذ، فدعوى سببية الثاني على وجه الإطلاق في محل المنع.

ولو أبرأ المالك واحداً منهم فهل له مطالبة غيره؟ الحق هو التفصيل فإن قلنا بأن الثابت في الذمم هو المال الواحد الشخصي فلا محالة بإسقاط ما في ذمة واحد يسقط هذا الواحد الشخصي، وإسقاط الإضافة أو حق المطالبة لا معنى له، إذ المجموع له حق مطالبة المال، وأما إبقاء المال وإسقاط حق المطالبة أو إضافته بالشخص فهو تصرف في حكم الشرع، وأما إسقاط الواجب الكفائي عن بعض المكلفين فهو إخراج الأمر بعضهم عن تحت الأمر، لا إسقاط للمكلف به مع إبقاء الأمر. وهنا أيضاً هذا التصرف يكون للشارع وأما المالك فلا.

وإن قلنا: بأن الثابت عهدة التدارك وللمالك حقوق متعددة فإذا أسقط بعضها يبقى الباقي بحاله.

ولو رجع بعد ذلك إلى من تقدّم على من أسقط عهده هل للمرجوع إليه الرجوع إليه؟ الظاهر نعم، لأنه إنمّا أسقط حقّه لا حق غيره.

ثمّ هذا كلّ حال تلف المبيع في يد المشتري، وأما مع بقاءه فكلّ من الأيدي الجارية على العين مكلف بالإرجاع وللمالك مطالبة كلّ واحد بذلك، فيكون حال البقاء حال التّلف بعينه، فيرجع المالك إلى الأول مثلاً، فيرجع هو إلى الثاني وهكذا إلى أن يستقر على من عنده، ووجه ذلك أنّه يصدق على الثاني مثلاً أنّه أثبت اليد على عين ينوح عليها شخصان، فعليه إسكات نوحتهما بدفع العين إلى مالكها.

هذا ما ربّما يستفاد من شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - ولعلّه من دلالة على

اليد، فإنَّه كما يستفاد منه ضمان الخسارة عند الفوات، يستفاد منه كون الردّ على العهدة عند بقاء العين، وأمّا «المغضوب مردود» فلا يستفاد منه ذلك، لأنَّه يزول هذا الاسم بزوال اليد، فلا يكلف إلاّ من في يده العين وحينئذ نقول: معنى «على» هو العهدة ولفظة «ما» يراد بها نفس العين ولها حالتان من الوجود والعدم، وعهدة حال الوجود هو لزوم الردّ، وعهدة حال التّلف دفع البدل، لكن يمنع عن تعميم العهدة الغاية المذكورة في الذيل من قوله «حتى تؤدّي» فإنَّه يصير بمثابة جعل لزوم الأداء مغتّى بالأداء وهو ركيبك، فلا بدّ من إخراج هذا القسم من العهدة المستفادة من «على». وبعد الغضّ عنه يبقى ما يصلح للإرادة عهدة الخسارة، وجعل عهدة الخسارة مغتّى بالأداء لا ركاكة فيها، وهي وإن كانت قضيّة تعلقيّة معلّقة على التّلف لكنّ الغاية غاية لتام القضيّة من المعلّق والمعلّق عليه لا لخصوص الأوّل حتّى يرد أنّ جعل الغاية للحكم هو الأداء في ظرف فرض التّلف غلط. وإذن فوجوب الأداء لا يستفاد من كلمة «على».

وحيثنذ نقول: يمكن أن يقال: إنّ العرف يفهم من مثل هذه العبارة بملاحظة الغاية - أعني «حتى تؤدّي» - أنّ القائل يجبّ أداء المأخوذ إلى مالكه، فهي نظير الغايات التي يراد بها التعليل، مثل «لأزمه حتّى يؤدّي مالك» فالغاية هنا وإن لم يجيء لأجل التعليل لكنَّه يستفاد منه عرفاً، وحيثنذ فالمستفاد صرف الوجوب التكليفي، وعلى هذا فلا يجوز لنفس الأيدي رجوع بعضها على بعض لأنَّه فرع استفادة حكم وضعيّ من كلمة «على» ولم يستفد. فكلّ يد مكلف بالأداء من دون رجوعه إلى لاحقه.

هذا هو الكلام في استفادة أصل حكم وجوب الردّ وأمّا الكلام في نسبة القاعدة مع قاعدة لا ضرر بملاحظة استلزام الردّ للمؤونة فنقول: حيث إنّ الأداء

الواجب في تمام زمان العهدة وهو يشمل زمان الكون في اليد وزمان الخروج عنها وقبل الوصول إلى المالك فهو غالباً لا ينفك عن صرف مؤونة في طريق الرد، إذ ربّما يكون من في يده المال غائباً وأنه ربّما يكون المالك غائباً وربّما يكون كلاهما غائبين ولا يخلو ردّ المال مع هذا غالباً عن صرف المال، نعم يمكن حضور كليهما بحيث لم يحتج إلى المؤونة أصلاً لكنّه فرض نادر، فلا يمكن تخصيص وجوب الأداء بهذا الفرض للزوم التقييد بالنادر وإخراج الأكثر، فلا بدّ من القول بأنّ المقدار المتعارف الغير المجحف بحسب المال والحال يجب بوجوب الاداء ويخصّص قاعدة لا ضرر. مع امكان أن يقال إنّ صرف المال فيما يقابله من العمل مثل حمل المال وغيره من لوازم الاداء ليس من الضرر بعد احتياج الانسان إلى العمل المذكور فأبقي فرق بين اعطاء العوض بازاء الماء لأجل رفع العطش وبين صرفه لأجل الوضوء، وكذلك هنا أيضاً لا فرق بين اعطاء أجرة الحمال لأجل حاجة نفسانية واعطائها لأجل حاجة شرعية، غاية الأمر إنّ الموجد للحاجة والمدخل في عنوان صاحب الحاجة هو الشارع لكن مع هذا أيضاً لا بد من اخراج البذل بازاء العمل ما يقابله إذا كان خارجاً عن المتعارف من حيثية أخرى، مثل كون المالك في بلد بعيد من بلاد الأفرنج لا يتعارف وقوع مثله في مثل ذلك البلد، فإنّ مؤونة الحمل إليه وإن كان بحسب الأجرة المتعارفة الغير المجحفة هو المائة مثلاً، لكن يجب اخراجه عن وجوب الاداء بقاعدة لا ضرر، فالأوجه ما ذكرنا في الوجه الأوّل.

فإن قلت: الوجوب أعم من سلب الاحترام ألا ترى أنّ الدابة المستأجرة تكون نفقتها على المستأجر، وكذا الوديعة يكون حفظها ولو توقّف على المؤونة على الودعي، وكذا الوصي لو توقّف عمله بالوصية على بذل مال يجب عليه، ومع ذلك

يرجع الكل إلى من وقع العمل لأجله من الموجر والمستودع والميت، فهنا أيضاً لا نقول بكون الوجوب مقيداً بحال عدم الحاجة إلى المؤونة حتى يرد الاشكال، ولكن قاعدتنا لا ضرر واحترام العمل والمال مع وجوب الأداء جميعاً لا بد من مراعاتها وهو وجوب البذل على الضامن ثم الرجوع إلى المالك.

قلت: في كل مورد حكم برجع العامل وباذل المال إلى من انتفع بعمله وماله لا بد إما من كونه باذن ذلك الذي انتفع وتحمله كما في عقد الوديعة والوصية والاجارة فإن نفس هذه العقود دالة ولو التزاماً على الاذن في البذل، وإما من وجود النص الخاص على الرجوع، كما في باب اللقطة لو بذل لأجلها الملتقط على ما نقل من وجود النص على رجوعه على المالك، ومع عدم الأمرين فلا وجه يقتضي تحميل ذلك على المالك إذا لم يكن مطالباً للبذل، وإثنا يطالب المال والقاعدتان لا تقتضيان حمله عليه، ومجرد وصول النفع إليه لا يقتضي كون الأجرة والبذل على ذمته، ولهذا لو سقى زرع الغير بمائه بتخيّل أنه زرعه لم يستحق الأجرة والبذل على ذلك الغير، والنص أيضاً مفقود، هذا هو الكلام في المقدار الغير المجحف.

وأما الكلام في المجحف: فإن كان البائع معذوراً، لجهله وزعمه كون المال لنفسه فلا اشكال في جريان دليل لا ضرر ولا حرج في حقه لرفع المقدار المجحف سواء الاجحاف المالي والحالي.

وأما إن كان عالماً بحيث تنجّز عليه التكليف بالرد بمقدار لا يلزم ضرر وحرج فعصى وأخر، فالظاهر عدم جريان الدليلين في حقه ولزوم بذل المال عليه وإن بلغ ما بلغ.

توضيح ذلك: أن من دخل الدار الغصبية مثلاً عالماً بغصبيتها فهو قبل

الدخول كان قادراً على ترك جميع أنحاء الغضب وأفراده فتوجه إليه الخطاب بترك جميعها فإن بقيت قدرته بعد الدخول فلا كلام في تنجز العقوبة عليه، وإن انسلخت القدرة عنه وعجز عن الخروج، فكذلك لأنّ حاله حال من ألقى نفسه من شاهق في عدم بقاء القدرة على ترك اهلاك النفس وسقوط تكليفه وبقاء عقوبته، بل لو بقيت القدرة على ترك الغضب الزائد لكن زاحمه واجب أهم، كما لو توقّف بعد الدخول حفظ نفسه على عدم الخروج لايعاد ظالم قتله لو خرج يجب عليه البقاء للحفظ، وعقوبة الغضب باقية بحالها، لأنّه قبل الدخول كان قادراً على ترك الغضب مع حفظ نفسه بعدم الدخول، ولا فرق بين علمه باتفاق ذلك بعد الدخول وجهله، لأنّه مع الجهل يدور أمره بين بقاء قدرته في الزمان المستقبل لعدم طرؤ العجز ولا الابتلاء بالمزاحم الأهم وبين عدمه لطرؤ أحدهما، فعلى الأول يتنجز عليه العقاب لقدرته المستقبلية، وعلى الثاني لقدرته السابقة فنتيجة الأمرين تنجز العقوبة، هذا حال العجز والمزاحمة بالأهم.

وأما صيرورة الخروج حرجياً وضررياً، كما لو أوعده ظالم بأخذ مال خطير منه لو خرج فليس حاله بأقوى من حال العجز، فإذا لم يؤثر العجز في رفع العقوبة، وكفت القدرة السابقة في تسجيلها، فلزوم الضرر والحرج لا يؤثر بطريق أولى، وحيثذ فدلّيل نفي الضرر والحرج غير جار هنا، لأنّه بعد عدم ارتفاع العقوبة بسقوط التكليف فلا منّة في إسقاطه، وقد كان مساقه المنّة، ولا فرق أيضاً بين علمه باتفاق ذلك وجهله كما تقدّم، نعم لو قام عنده طريق شرعي أو عقلاني ممضى للشرع، كالاطمئنان على عدم اتفاق ذلك وبقاء قدرته بلا مزاحمة أهم ولا لزوم ضرر وحرج فاتفق حصول ذلك لا نضايق من معذوريته حيثذ وشمول لا ضرر إيّاه، واذن فلا بدّ في العالم أيضاً من التفصيل بين هاتين الصورتين.

وحينئذ نقول في المقام إنّه بعد ثبوت اليد على مال الغير إن اعتقد كونه لنفسه فلا إشكال في تقييد دليل الأداء في حقّه بغير صورة الاجحاف، وإن اعتقد أنّه مال الغير، ففي أول زمان ثبوت يده كان متمكناً من رفع الحيلولة بين المال وصاحبه بجميع أفرادها ووجوداتها في الأزمنة الآتية بلا ضرر وخرج، فإن أضر ولم يؤذ فلإن قام عنده أمانة شرعية على بقاء قدرته فيما بعد فاتفق حصول الضرر المجحف فدليل لا ضرر جار في حقّه، وإن لم يقم فاتفقه في الأزمنة المستقبلية لا يجدي شيئاً بعد تنجز العقوبة عليه بالقدرة السابقة، فالأمر دائر بين أشدّة العقوبة الأخروية ودفع تمام مال الدنيا، ومن المعلوم تقدم الثاني عقلاً، هذا. نعم لو فرض كون الرد من أول ثبوت يده مستلزماً للضرر المجحف فيقيّد الخطاب به حينئذ لا محالة.

ثم إنّه لو باشر المالك الرد بالأجرة فلا مانع لكون عمله محترماً.

ولو لم يقدر على الرد سواء وامتنع فهل يجب على الغاصب بدل الحيلولة، الظاهر لا، وذلك لأنّ الاحتمالات في بدل الحيلولة ثلاثة:

الأول: كونه بدلاً لنفس الحيلولة بناء على أنّها شيء يتدارك بالمال.

والثاني: كونه بدلاً عن تمكّن الغاصب.

والثالث: الدوران مدار صدق التلف عرفاً، فإن غرق المال الغير المرجو عادةً خروجه تلف عرفاً، وكذلك سرقة بيد من لا يرجى وجدانه، والاستيلاء عليه وقد بنينا في محلّه على صحّة الأخير. لأجل أنّ نفس الحيلولة بعد ردّ نفس العين كما لو اتفق وجدانه، و^(١) ردّ عوض منافعه الفائتة ليس شيئاً يتدارك بالعوض، وقد أجاد جامع المقاصد حيث قال: وجعله بدلاً للحيلولة لم يتضح معناه.

١- عطف على «ردّ» لا على «وجدانه». منه.

والثاني أيضاً مستلزم لرجوع البدل إلى الغاصب بمجرد عود تمكنه وإن لم يصل المال إلى صاحبه، بل كان تالفاً في حقه.

والثالث مقتضى القواعد وحال رجوع العين على خلاف العادة كحال رجوع العين التالفة الحقيقية على خلاف العادة.

وحيث نقول: لا يخفى عدم صدق التلف في مقامنا بعد تمكن المالك من الاسترداد ومساعدته فيه، فلا وجه لأخذه البدل مع اختصاصه بصورة التلف.

فصل

لو باع مال نفسه مع مال غيره، فعلى القول بصحة الفضولي وإجازة المالك في حصته فلا إشكال.

إنما الكلام في صورتين: أحدهما: القول بطلان الفضولي، والأخرى: القول بصحته، ولكن رد المالك في حصته فيقع الكلام على هذين في مقامين:

الأول: هل يمكن القول بالصحة في البعض المملوك للبائع مع فرض البطلان في الكل أو لا ينفك البطلان في الكل عن بطلان البعض.

والثاني: بعد تسليم إمكان صحة البعض منفكاً عن الكل هل هنا سبيل إلى إثبات الخيار الذي شاع التعبير في لسانهم - رضوان الله عليهم - عنه بخيار تبعض الصفة أو لا وينبغي التكلم أولاً على حسب مقتضى القواعد ثم على حسب مقتضى النص الخاص.

فنقول: يمكن تقريب الصحة بأن الانشاء وإن تعلّق بالكل بالصورة الوجدانية، ولكنّه نظير العام الاستغراقي في باب الأمر، فكما أنّه ينحلّ إلى إيجابات، فقول المولى أدّ دينك وإن كان مضمونه إيجاباً واحداً متعلقاً بالكل، لكن أخذ هذه الصورة الكلية مرآة لما يحويه من الأجزاء، فيحصل بعدها هنا إيجابات

ففس حال انشاء النقل في مقامنا بحال الايجاب هناك، فالتمليك البيعي الانشائي، وإن تعلّق بالشاتين مثلاً بالصورة الوجدانية لكنّه ينحل إلى تملّكين، وإن شئت ففس حال النقل الانشائي بالنقل الخارجي، فكما أنّك لو حرّكت جسمين من بين يديك كان هذا التحريك الواحد سبباً لانتقال ما كان منهما خالياً عن المانع، فلو أمسك أحدهما أمسك فلا مانع من انتقال الآخر فكذا النقل الانشائي هذا.

ولكن يرد على هذا أنّه إن كان الانشاء متعلّقاً بالكل كما ذكرت على نحو تعلّق الحكم بالعام الاستغراقي، فالصحّة في البعض ممكن الانفكاك عن الكل لأنها بيوع عديدة غير مرتبطة بعضها ببعض، ولكن لا يصحّ القول بالخيار، إذ مجرد بطلان بيع لا يوجب الخيار في بيع آخر صحيح، ومجرد كون الداعي متعلّقاً بهما مرتبطين وقد تخلف، موجود في البيعين المستقلّين.

وإن كان الانشاء متعلّقاً بالكل المرتبط فهنا انشاء واحد مرتبط فكيف يمكن التفكيك في الصحّة، بمعنى أنّه بعد بطلان هذا الانشاء الواحد فعلى حسب الفرض من عدم الانحلال لا انشاء آخر متعلّقاً بالبعض حتى يحكم بصحّته، فالقول بصحّة البعض بعد بطلان الكل لا وجه له، فالجمع بين القول بالصحّة في البعض مع القول بالخيار لا يصحّ على أيّ تقدير.

ويمكن الجواب بأنّا نختار الشق الثاني، قولكم فكيف يمكن التفكيك في الصحّة بين البعض والكل مع عدم وجود المقتضي إلّا بالنسبة إلى الثاني وقد بطل، مدفوع بأنّ القصد الانشائي البيعي سبب لوجود الملكية في تمام الأجزاء، ضرورة أنّ القصد الانشائي في عامة الانشاءات موجد وسبب لتحقيق المنشأ في الخارج، فإذا تحقّق المانع عن تأثير هذا السبب في بعض المسبب، لا مانع من تأثيره في

الباقى. مثال ذلك لو تعلّق غرضك بمشي خمسين قدماً بحيث لا يفى بشيء منه مشى الأربعين، بل كان مضراً، فقصدت المشى المحدود بخمسين ومشيت أربعين فقهرك مانع عن ايجاد البقية، فلا اشكال في أنّ ذات الأربعين قدماً مستندة إلى قصدك واختيارك وفعل اختياري لك، وإن كان وصفه وحدةً خارجاً عن اختيارك، لأنّه أمر قهري عند عدم لحوق البقية الحاصل من غير اختيارك، فلو كان أثر مترتباً على صدور ذات أربعين قدماً منك بوصف الاختيارية التابعة للاستناد إلى القصد، فلا تتأمّل في ترتيبه مع أنّ القصد كان بنحو الوحدة متعلّقاً بكل الخمسين بدون انحلال في البين، هذا في الأقل والأكثر المتعاقبين، وهكذا الكلام في الدفعيّين، مثاله لو كان لك قالب بمقدار ذراع لتسويد الخط الأبيض، فرفعت هذا القالب ووضعته على الخط المقدر بالذراع بقصد تسويد كله قصداً واحداً مرتبطاً فاتفق حصول مانع في نصفه فلا محالة تسود نصفه الآخر، ويستند تسويد ذات هذا النصف إلى قدرتك، ويقال إنّ فعل اختياري لك ولا يصحّ القول بكونه فعلاً اضطرارياً، نعم هو بحد النصفية خارج عن قدرتك.

وحيثنذ نقول في تطبيق ذلك على المقام، قصد انشاء البيع متعلّقاً بالكل بنحو الارتباط سبب وعلة بسبب امضاء الشارع لطرو لون الملكية على مجموع الشاتين مثلاً، وقد صدر منك بوحدته لباً وانشاءً، واتفق وجود المانع عن تأثير هذه العلة في واحدة من الشاتين فلا محالة يتحقّق التأثير في الشاة الأخرى.

فإن قلت: التأثير فرع انطباق الصورة التي وقعت في عالم الذهن تحت القصد على الأمر الخارجي، وإذا فرضنا الصورة بوصف الارتباط، فالجزء موجود فيها بنحو الاندكاك، وقد فرض في الخارج بحد الاستقلال، والدليل على عدم الانطباق عدم حصول الامتثال للأمر المتعلّق بالكل باتيان البعض مع طرؤ

العجز عن الباقي في الأثناء، فلو كان الصورة المتعلقة للأمر منطبقة لكان حصول هذا الخارج بدعوة الأمر ولا نعني بالامثال إلا ذلك، فإذا قلت بعدم الامتثال كشف ذلك عن عدم الانطباق، وأن ما يدعو الأمر إليه غير هذا الخارج، ولهذا قلتم في المقدمة الموصلة، بعدم اتصاف كل واحدة من المقدمات في حال الانفراد بالوجوب.

قلت: ارادة الأمر المتعلقة بالصورة الوجدانية، إنما توجب اتصاف المجموع في لحاظ الاجتماع بالوجوب ولا انفكاك بينها في الذهن حسب الفرض، نعم هي موجدة خارجاً لمتعلقها من باب تأثيرها في نفس العبد المنقاد، فلو فرض أن العبد صار متحرّكاً بالأمر نحو مشي الخمسين فاتفق مصادفة المانع القهري عند بلوغ الأربعين لصدق أن ذات الأربعين مستندة إلى الارادة التشريعية المولوية، كما يصدق استنادها إلى الارادة التكوينية المأمورية، فلو كان أثر لوقوع هذه الذات عن تحريك الأمر لزم ترتيبه، وأما عدم اتصاف الجزء المأتي من المركب والمقدمة الواحدة لو فرض عدم لحوق البقية لمانع قهري بالوجوب، فلأن ارادة المولى متعلقة بالصورة الوجدانية، ولا توجب وجوداً خارجياً وإنما توجب الوجوب وهو متعلق بالصورة المشتملة على الكل، والامثال عبارة عن اتيان العبد في الخارج شيئاً تنطبق عليه تلك الصورة وهي غير منطبقة على غير المشتمل على جميع الأجزاء.

وبالجملة: كلامنا في ما إذا كان لارادة الكل تأثير خارجي وعلية في الوجود الخارجي، والایجاب ليس من هذا القبيل.

فإن قلت: فعلى هذا لا بد أن تقول في المتباينين والمطلق والمقيد أيضاً بمثل ذلك، فإذا باع الفرس فطبقه على البقر لا بد من صحة البيع بالنسبة إلى أصل الحيوان.

قلت: الفرق أنّ نفس ذوات الأجزاء هنا وقعت تحت الإرادة لا تحت ارادة أخرى، وأمّا هناك فالارادة لم تتعلّق إلّا بهذه الصورة المغايرة لصورة المهملة، وبالجمله المريد للانسان إذا لاحظ اتحاد الحيوان مع الانسان يريد ارادة تبعية، وأمّا المريد للعشرة فنفس هذه الارادة موزّعة على ذوات التسعة إذ ليس العشرة إلّا هذه الذوات.

ومن هنا يتبيّن الفرق بين المقام وباب تعدّد المطلوب فإنّ المطلوب الواحد هنا ينقسم إلى متعدّد، إلّا أنّ المطلوب من الأوّل أمور متعدّدة، نظير ما يقال من أنّ الغرض الخارجي قابل للقسمة الخارجية باعتبار انقسام المحل، فهنا أيضاً ينقسم المحل الواحد وينقسم غرضه أيضاً باعتباره. هذا تقريب الصّحة.

وأما تقريب الخيار فهو أنّه قد وقع العقد على المحدود بالتسعيّة وقد قصد المحدود بالعشريّة، وهذا الحد قد حصل بغير اختياره وإن كان الذات حصل باختياره، ووجه حصول الحدّ أنّه لا يحتاج إلى مؤونة أخرى، بل يتحصّل بنفس عدم وجود الزائد ويتولد قهراً، ولا يقال: فكيف تحكم بالصّحة في هذا الحد مع أنّه خلاف دليل السلطنة، والدوران مدار رضا المالك وقد حصل الحد باعتراك بغير سلطنته ورضاه، فإنّه يقال: تأثير الرضا والسلطنة صار بنحو التأثيرات العقلية الخارجية فهذا من لوازم نفس المسببية.

وحينئذ فلو كان مأموراً بالقيام على هذا المحدود الذي لم يقصده بحدّه كان ذلك حرجاً عليه فبدليل رفع الحرج يثبت له الخيار.

وأما ثبوته للبائع مع قطع النظر عن النص حيث إنّ فيه وقد وجب الشراء من البائع فيما يملك فمع علمه بالحال لا اشكال في عدم الخيار، كما في صورة معلومية جهله أو اعتقاد مأذونيّة نفسه، وكذا مع التردد، ولكن أقام البيّنة على

طبق دعواه أو أقر المشتري بصدقه، وأما مع التردد وعدم الأمرين فمجرد دعواه لا تثمر بمحض كونها دعوى لا تعلم إلا من قبله أو أنه مدع بلا معارض، إذ لم تعلم كلية لهاتين الكبيرين، فالمرجع هو الأصل لو كان، في هذا الباب وباب الغبن عند دعوى المغبون الجهل، وإلا فلزوم الوفاء جار والأصل المتوهم أصالة عدم العلم، وهو لا يثبت عدم كونه مقدماً على الضرر والحرج، وكذلك أصالة عدم الاقدام لا تثبت كون الضرر جائياً من قبل حكم الشرع، والحاصل المنفي هو الضرر المسند إلى الشرع فكلما كان طبع العمل مع قطع النظر عن الحكم المرتب عليه في الشرع ضرورياً، فالاقدام عليه مع الالتفات اقدام بالضرر، فلو حكم عليه الشارع باللزوم لا يكون اضراً مسنداً إلى الشرع، وأما إذا كان نفس العمل غير ضروري في حد ذاته، وإن كان كذلك بالنظر إلى حكم الشرع، كما في الجنابة عمداً في الهواء البارد، أو كان ضرورياً ولم يلتفت المكلف إلى عنوانه الضرري، فهنا الزام الشرع ضروري، فالمدار على ضرورة حكم الشرع وعدمها ولا أصل يعين أحدهما، فالمرجع عمومات الوفاء هذا.

ثم قد يتوهم الاشكال في صحة البيع المذكور من جهة الجهالة بالمقدار الذي يقسّط من الثمن على حصّة البائع، وليس بشيء، فإنّ الغرر منتف، والجهل بالثمن الذي قام الاجماع على اضراره، إنّما هو في الثمن المجعول في عقد المعاوضة ابتداءً ولا دليل على لزوم العلم حتى بما يصير بقبال الجزء بعد الانحلال.

هذا تمام الكلام في مقتضى القاعدة، وأما التعبد، فصحيحة الصفار الواردة في من أراد مكّة ولم يتسع مجاله لتعيين ما ملكه من القرية التي كانت بمراحل من منزله، وكان مالكاً لقطاع من تلك القرية فباع القرية كلاً بهاها من الحدود الأربعة، فأجاب - عليه السلام - : «لا يجوز البيع فيما لا يملك، وقد وجب الشراء من

البائع فيما يملك» والاشكال بأنّه قضيةٌ في واقعة فيه ما فيه، والانصاف تمامية دلالة الجواب على العموم.

نعم هنا كلام في أنّ ما لا يملك يشمل حتى ما لا يقبل الملك كالخمر والخنزير أيضاً، أو يختص بما يقبله ولا يملكه البائع ويملكه غيره، فيمكن أن يقال: حيث لاعوم في الموصول فمن المحتمل دخالة القابلية للمملوكيّة في هذا الحكم. وكيف كان فهو خارج عما نحن بصددّه.

وأما الكلام في كيفية التقسيط فما يظهر من الجماعة من نسبة قيمة كلّ منفرداً إلى قيمتهما مجتمعين، يتوجّه عليه إشكال جامع المقاصد من عدم استقامة ذاك إلّا في صورة عدم تأثير الهيئة الاجتماعية في مقدار القيمة، وأمّا معه فيلزم الظلم على واحد من البائع والمشتري، ولا يكون حال التقسيط عند الرّد كحاله عند الإمضاء، والحال لزوم ذلك [يعني يجب أن يكون حال التقسيط عند الرّد مشابهاً للتقسيط عند الإمضاء]، فلذلك عدل عن هذا شيخنا المرتضى - قدس سرّه - واختار أن ينسب قيمة كلّ منفرداً إلى مجموع القيمتين ويخرج من ثمن المسمّى بهذه النسبة، وهو أيضاً لا يستقيم في صورة تأثير الهيئة في أحدهما بالزيادة، وفي الآخر بالنقص، أو لم تؤثر في الآخر أصلاً، بل تساوي قيمته في كلتا الحالتين، مثلاً لو قومت الأمة في حال الانفراد عن طفله بعشرة وفي حال الانضمام بخمسة، والطفل بالعكس في حال الانضمام بعشرة وفي حال الانفراد بخمسة، فعلى مختاره - قدس سرّه - يلزم أن تضع بإزاء الأمة ثلثا الثمن الذي كان ثمانية عشر مثلاً وهو اثنا عشر، وفي قبال الطفل الثلث وهو الستة، والحال أنّ الأمر بالعكس فكان يجب عند الإمضاء دفع الاثني عشر لصاحب الطفل ودفع الستة لصاحب الأمة، فالطريق الأسلم أن

يقال: الاعتبار بقيمة كل منفرداً، ولكن بلحاظ حال الانضمام وملاحظة نسبتها إلى قيمة المجموع بوصف الانضمام وهذا يطرد في جميع الموارد.

مسألة: لو باع من له نصف الدار نصف الدار فهنا صور أربع: لأنه إما ليس له التصرف في نصف الغير، وإما يكون، وإما للمأذونية، وإما للولاية، وعلى التقديرين إما نعلم المراد وأنه أراد نصف نفسه أو نصف غيره أو بالإشاعة حتى يكون المبيع مشاعاً في المشاع، أو أراد النصف المطلق بدون التعيين في أحد الأقسام الثلاثة المتقدمة، وإما أن لانعلم لكن نعلم إجمالاً أنه يريد لما هو المفهوم، والمقاد لهذه القضية أعني قوله: بعتك نصف الدار لا كلام في صورة قصد نفسه أو غيره أو الإشاعة.

إتّما الكلام في حكم الصورتين الأخيرين أعني: صورة العلم بأنه أراد النصف المطلق، وصورة العلم الإجمالي بأنه أراد مفهوم هذا اللفظ، وعلى كل منهما، تارة نفرض جواز تصرفه في نصف الغير، وأخرى عدمه فهذه أربع صور.

الصورة الأولى: أن نعلم إجمالاً أنه أراد مفهوم هذا اللفظ مع كونه غير جائز التصرف في نصف غيره، فلا بدّ من التكلّم في أن مفهوم هذا اللفظ ماذا حتى نعلم أن حكمه ماذا؟ فنقول: هنا ثلاثة ظهورات:

الأول: ظهور بعث في الأصالة والاستقلال.

والثاني: ظهور المقام حيث إنه مقام التصرف في أن المراد بالنصف في نصفه المختصّ فإنه هو الذي يكون له أن يتصرف فيه والثالث: ظهور لفظ النصف في الكسر المشاع في الحقيّن فلازمه كون المبيع مشاعاً في المشاع.

أو يقال: إنّ الظاهر منه هو المشاع في ذات الدار، مع قطع النظر عن كونها

معروضة للملكين فيتردد بين نصف البائع ونصف غيره، وفي الحقيقة معنى النصف هو الكسر المشاع على كل تقدير، وإنّا الاختلاف في المضاف إليه، فهل الظاهر إضافة الكسر إلى الدار بما هو مملوك لها أو هي بملاحظة نفسها وذاتها، فعلى الأول: نلاحظ الكسر في مجموع الملكين، وعلى الثاني: نلاحظ في نفس ما هو مفروض ملكية هذا وذاك، والمفروض أنّ له نصفين: أحدهما لهذا والآخر لذاك فحيث لم يصفه إلى نفسه ولا ذاك يبقى مردّداً بين النصفين.

ظاهر شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أنّ ظهور «بعت» في الاستقلال المقتضي لتعين النصف في نصف نفسه محكوم لظهور النصف في الإشاعة وإن كان كلّ منهما إطلاقياً، أمّا الأول: فلأنّ نفس البيع الصادر من الإنسان إذا لم يلاحظ كونه لغيره أو لنفسه فهو واقعاً مضاف إليه، وإنّا يحتاج صرفه إلى الغير إلى ضم ملاحظة الغير، نظير الصلاة، فإنّ الإنسان لو لم يلاحظ كونها لأبيه مثلاً يكفي في كونها صلاة نفسه، ولا يحتاج في صيرورتها كذلك إلى قصد ذلك بل هو حاصل قهراً.

وأما الثاني: فإنّ النصف إذا لم نلاحظ قيد كونه ملك نفسه أو ملك غيره فهو مطلق تحصل إشاعته في كلا الملكين، فالذي يحتاج إلى المؤنة هو الاختصاص، وأمّا الاشاعة فهو من طبع هذا المعنى لو خلي ونفسه، ثمّ المدعى أنّ ظهور النصف في الاشاعة في قبال نصف هذا أو ذاك إطلاقيّ وارد على ظهور بعتك في الاستقلال الذي هو أيضاً إطلاقيّ.

ووجه ذلك أنّ الإطلاق الثاني: إطلاق المطلق، و الأول: إطلاق القيد، مثلاً إطلاق الرقبة متقوم بعدم لحوق القيد، فإذا كان للمؤمنة عند الإطلاق ظهور

ينافي إطلاق الأول نأخذه به، وهنا أيضاً البيع مطلق والنصف مقيد فيجري فيها ما ذكر.

واستشكل على هذا بأنه لا بدّ في لاتنقض اليقين، ولا تضرب أحداً أيضاً من إجراء ذلك، وقد قلتم فيهما بالعكس في باب الاستصحاب من الأصول.

ويمكن أن يجاب بأنّ الكلام هنا في الظهور الإطلاقي وهناك في الانصرافي والوضعي، وبعبارة أخرى في المادّي، مع أنّ المرجع في هذه الأمور هو الوجدان ونحن إذا راجعناه نجد الفرق، وقد يستشكل أنّه ما الفرق بين هذا وبين الظهور الانصرافي المقامي والإطلاقي المنعقدين في لفظ النصف، فإنّ مقتضى إطلاقيّة الثاني وانصرافية الأول عدم التوقّف في أنّه يورث انعقاد الظهور من الأول متضيّقاً غاية الأمر بتعدّد الدال والمدلول.

الأتري لو كان قرينة مقاميّة على ارادة قيد المؤمنة من قوله: أعتق رقبة، فهل يبقى محلّ لمزاحمة إطلاق الرقبة لهذه القرينة المقامية؟ كما لو قال: أعتقت الرقبة فإنّه ظاهر بقرينة مقام التصرف في أنّه من مال نفسه لا أنّه أعتق فضولياً من مال غيره وعلى هذا فقياس المقام بقول بعث غانماً إذا كان الاسم مشتركاً بين عبده وعبده غيره حيث نرفع اجمال الاسم بظهور المقام في محله، فهنا أيضاً نرفع اليد عن الإطلاق بسببه، فكما نحكم بتعيّن المبيع في ماله فلا بدّ أن نحكم في المقام بذلك لابلالتوقف والترديد.

ويمكن الدفع بأنّه إن كان النصف كلياً له مصداقان، مشاع ومختصّ، كان الحال كما في مثال أعتقت الرقبة؛ فإنّ الرقبة بالنسبة إلى خصوصيّة الحالّة لنفس المعنق وغيره لظهور له أصلاً بخلاف المقام، فإنّ للنصف ظهوراً في أحد الخاصين

والجزئيتين، أعني النصف الخارجي المشاع في المملكين، ولهذا عند عدم القرينة في مثال الرقبة لا يحمل على واحد من الخصوصيتين، وهنا يحمل على المشاع، كما في ما أقر أحد الشريكين بنصف الدار لثالث حيث إنهم يفتون ظاهراً بالحمل على الإشاعة والنفوذ في نصف نصفه الذي هو ربع الدار.

لا يقال: فإذا تعارض الظهوران في القيد وهو النصف يبقى المورد أعني: إطلاق البيع سليماً عن الوارد.

لأننا نقول: كلاً فإنه من قبيل ذكر ما يصلح للقرينة في الكلام؛ فإنه يوجب عدم حمل المطلق على إطلاقه، ويتفرع على ما ذكرنا وذكرنا من حمل النصف عند الإطلاق والتجرد عن القرينة على المشاع بلا ترديد، أنه لو كان البائع للنصف ولياً أو مأذوناً من مالك النصف الآخر لا يبقى ترديد في حمل قوله: بعث نصف الدار على المشاع في المملكين؛ وذلك لأن الظهور المقامي المعارض ليس هنا؛ فإن ظهور مقام التصرف ليس بأزيد من كون المال المتصرف فيه جائز التصرف للمتصرف، وأما كونه ملك نفسه فلا دلالة للمقام المذكور عليه، والمفروض في المثال حصوله على كلا التقديرين، أعني كون النصف هو المشاع أو المختص فيبقى ظهور النصف في الأول سليماً عن المعارض هذا.

إلا أن يمنع من الأصل هذا الظهور للفظ النصف في المشاع حتى تكون النتيجة في كلا الفرعين هو الحمل على المختص بلا ترديد بأن يقال: إن الإشاعة في المملكين يحتاج إلى لحاظ المملكين وإضافة النصف إلى المجموع من حيث كونه مجمع المملكين، والكل خلاف مفروض مسألتنا من العلم بعدم إرادة المتكلم أمراً خارجاً عن مدلول لفظ بعثك نصف الدار، فالظاهر من لفظ النصف ليس هو

الكلي كما في قولك: النصف أعظم من الثلث ولا المشاع في المشاع بل المشاع في نفس الدار، ومن المعلوم أنّ نفس الدار ليس له أزيد من نصفين خارجيين، ولا امتياز لأحدهما عن الآخر إلا بصرف أنّ أحدهما نصف والآخر نصف آخر، فامتياز الثاني بوصف الأخيرة فقط، والمفروض أنّ كلاً من هذين النصفين مختصّ بواحد من الشخصين، فيدور الأمر بين إخراج أحدهما رأساً وإدخال الآخر والعكس، ولا يبقى لاحتمال التشريك سبيل، فيحمل في الفرع الأول على نصف البائع لأجل قرينة المقام، وفي الفرع الثاني أيضاً، لأجل أنّه ملك كلياً ملك مصداقه يعني نكرة^(١) تملك مصداقاً من مصاديقه البدلية الطولية.

وعلى هذا أعني كون النصف غير ظاهر في المشاع في المشاع بل في المشاع في نفس العين الخارجية المنحصر مصداقه في فردين، ينطبق حكمهم في مسألة طلاق الزوجة قبل الدخول وبعد هبة الزوجة نصف صداقها التي كانت عيناً خارجية، بأنّ النصف المردود بالطلاق من تلك العين إلى الزوج متعين في النصف الباقي وليس مشاعاً في الباقي والموهوب.

ومقتضى كلامهم هنا حيث أثبتوا للنصف ظهوراً في المشاع في الحقيّن، وصار هو منشأ لترددهم في المسألة الأولى أن يكون النصف في هذه المسألة أيضاً مشاعاً في الموجود والتالف عن ملك الزوجة الذي هو الموهوب، فيدفع إلى الزوج نصف ما في يدها ونصف قيمة التالف، ولا يمكن كون مبنى كلامهم أنّ الأقرب إلى التالف هو الربع الآخر الموجود في يدها، فإنّه من جميع الجهات متساوٍ معه، بل عرفت أنّ الامتياز بينهما منحصر في أحدهما ربع الدار مثلاً والآخر ربعها الآخر.

١- لأنّ الكسر المشاع ليس من قبيل الكلي في المعين بل من قبيل الفرد المردّد والنكرة كما قرّر في محله فراجع - منه - دام ظله -.

وجه عدم الامكان، تعليلهم الحكم بأنه قد بقي مقدار حق الزوج فينطبق على ما ذكرنا من أن النصف حصّة شائعة في جنسه فقد ملك الزوج على الزوجة كلياً تملك هي مصداقه، وبعبارة أخرى: إذا جعل بمقتضى الآية نصف ما فرضتم للزوجة، فيعود نصف ما فرضتم أيضاً إلى الزوج، ويصدق على هذا الذي بقي في يد الزوجة أنه نصف ما فرضتم.

وبالجملة هذه المسألة مناف لأحد طرفي ترديدهم هنا وهو كون ظهور النصف المضاف إلى الملك المشترك في النصف المشاع في الحقّين أو الحقوق، وهنا مناف آخر للطرف الآخر من ترديدهم وهو ظهور مقام التصرف في الاختصاص ومنشأيته للتوقّف عن حمل النصف على ما هو ظاهره من الإشاعة، وهو حكمهم في مسألة المدعيّين للدار على أن يكونا شريكين بالمنصفة وأنهما قد ورثاها من مورثهما مثلاً، فاقترّ صاحب اليد لواحد منهما بالنصف فصالح المقرّ هذا الواحد على ذلك النصف بعوض، فقالوا إنّ الصلح يقع في نصف ملكيهما فينفذ في ربع المصالح ويقف في ربع شريكه على اجازته، فإنّ حال هذا الصلح بعينه حال البيع في مقامنا، فكما صار في مسألة البيع قرينة المقام الظاهرة في إرادة النصف المختص مانعة عن حملهم النصف على ما هو ظاهره من الإشاعة في الحقّين وجب مثله في مسألة الصلح أيضاً، فبين توقفهم في الأولى وجزمهم بأحد الطرفين في الثانية مع كونها من باب واحد تناف.

لا يقال: كلامنا في مسألة البيع ما إذا قصد النصف المطلق، لأنّا نقول: في مسألة الصلح أيضاً لا يخلو إمّا نقصد نصفه المختصّ به أو مطلق النصف، وعلى كلّ حال لا وجه للحمل على الإشاعة، ودفع المحقّق الأردبيلي - قدّس سرّه - هذا

الاشكال بأن النصف الواقع في كلام المقرّ محمول على الإشاعة بمقتضى طبعه مع عدم الصارف، والصلح حسب الفرض واقع على ما وقع عليه الإقرار وهو المشاع فيخرج كلامهم عن المنافاة إلى الملازمة.

ويمكن دفعه بأن النصف الواقع في كلام المقرّ له حيث يدّعي أنّ له نصف الدار محمول على نصفه المختصّ بلاشكّ، ضرورة أنّه لا يدّعي إلّا نصف نفسه لا النصف المشاع بينه وبين شريكه، فالإقرار أيضاً متعلّق بما تعلّق به الادّعاء، فنقول: ما ادّعيته صدق، فيكون الصلح أيضاً دائراً بين الاحتمالين اللذين ذكرناهما بلا ثالث لهما، من قصد النصف المختص الذي هو المقرّ به أو مطلق النصف، وظاهر كلامهم هو الثاني، حيث حكموا بالإشاعة فيكون منافياً لما هنا.

وعلى كلّ حال لا إشكال في حمل النصف الواقع في كلام المالك للنصف لولا قرينة صارفة إلى نصف نفسه على النصف المشاع في النصيين، ولهذا أفتوا ظاهراً بأنّه لو أقرّ أحد المالكين للدار الثابت يد كلّ منهما عليها بالمناصفة بأنّ ثلث الدار لثالث، يحمل على المشاع في النصيين، فإنّ صدقه شريكه الآخر دفع كلّ سدس ما في يده إلى ذاك الثالث، وأمّا لو كذّبه فالمنكر باعتقاد المقرّ لا يستحقّ إلّا الثلث، فالزائد وهو سدس الدار في يده مغضوب، ونسبة هذا السدس إلى المقرّ والمقرّ له على السواء، فلا وجه لاختصاصه بالمقرّ له، وإذن فالنصف الذي تحت يد المقرّ لأبّد من تنصيفه بينه وبين المقرّ له فيكون الناقص عن حقّ كلّ نصف السدس الذي في يد المنكر.

لا يقال: كلّ نصف مشتمل على ثلاث أسداس كلّ سدس حقّ لواحد من المقرّ والمقرّ له والمنكر، فالنصف الذي في يد المقرّ يكون ثلثه الذي هو سدس

المجموع لنفسه وثلثه للمقرّر له وثلثه للمنكر، إلّا أنّ له بإزاء ثلث المنكر ثلثاً في يد المنكر وقد قسمّاها بالمراضاة، فرضي كلّ بتصرف الآخر في ثلثه بإزاء تصرفه في ثلث ذلك، فيبقى الثلث الآخر الباقي في يد كلّ من المقرّر والمنكر فهو متعين ذاتاً للمقرّر له، هذا بحسب الواقع، وأمّا بحسب ما حدث بالإنكار فالإذن الشرعي حاصل للمنكر في أن يتصرّف حصّة المقرّر له أعني سدسه.

فالتلف الحادث من قبل هذا الإذن أيضاً تعلّق بما تعلّق به الإذن، والمفروض أنّه متعلّق بحق المقرّر له فكذلك التلف، فهذا تعين ذاتي لأنّه بتعيين من الشارع في إذنه حتّى يستشكل من أين يستفاد هذا التعيين من الإذن الشرعي الجائي من قبل يد المنكر.

كما أنّه لا وقع أيضاً للاستشكال في أنّ الحكم على طبق اليد حكم ظاهري مسبّب عن أمانة ظاهريّة هي اليد وحجيتها مختصّة بغير العالمين والمقرّر عالم بالواقع فلامعنى بحجبة الأمانة في حقه، فإنّ المراد ليس الحكم بمحكوميته بهذه الأمانة بل المقصود أنّ التلف الناشئ من قبل هذه الأمانة، الحجة في حقّ الشاكين في أيّ موضع ورد، وقد عرفت وروده في حقّ المقرّر له ولعلّه لذا حكم الأكثر في مسألة الاقرار بالنسب بأنّه لو أقرّ أحد الأخوين بأخ ثالث يدفع الزائد عن نصيبه الذي هو الثلث وهو سدس ما في يده إلى المقرّر له دون نصف ما في يده.

والحاصل فرق بين الغاصب الغير المأذون شرعاً والغاصب المأذون، ففي الأوّل لابدّ من حساب التالف من قبل الغصب على الشريكين، وأمّا في الثاني فالإذن الشرعي إنّما ورد في ما زاد على ما استحقّه المنكر بالاستحقاق والمراضاة مع المستحق.

وأما الغصب فلا يتعلق بعنوان الزائد فيرد على حَقِّي الشريكين في عرض واحد إلا على احتمال مضعف في محله من تصوير غصب المشاع وصحة تقسيم الشريك مع الغاصب حتى يتمحض المغصوب في حصة الشريك الآخر.

لأننا نقول: إذا فرضنا انحصار ذي اليد على الدار في المنكر وكانت يده على نصفها، كان كأن للدار ستة بيوت فتصرف في ثلاثة منها، ثم أقر الشريك الآخر المالك لنصف الدار بأن لزيد مثلاً ثلث هذه الدار وفرضنا تنزيل هذا الثلث على الإشاعة في النصيبين، فأنكر الآخر الذي ثبتت يده على ثلاثة بيوت ذلك، فهل يصح لك أن تقول بأن للمقر ترجيح بالنسبة إلى ثلاثة بيوت أخر على المقر له، أو أنه لا يحيص من القول بالتساوي والتنصيف فيكون السدس الفاضل في يد المنكر محسوباً عليهما لأمالة؟

وأما قولك بعد ثبوت اليد من المقر يكون تحت يده ثلاثة أسداس كالمنكر، وهو وإن كان مرتكباً للحرام بالنسبة إلى كل التصرف لكن لاضمان له إلا بالنسبة إلى الثلث الذي هو سدس المجموع كالمنكر.

فمدفوع بأنه بعد ما فرضت من أنه قبل وضع يده كان النصف بينهما على السواء، فمن أين حدث المعين والمرجح بعد ثبوت اليد؟ إن قلت: مراضاته مع الغاصب. قلت: المراضاة بالنسبة إلى سهم المقر له الذي هو النصف من النصف غير نافذة، فالمراضاة بالنسبة إلى السدس ونصف السدس المختص به صحيحة، وأما بالنسبة إلى السدس ونصف السدس الآخر، ففي حق المقر له على حسب إقراره، وأما قولك: يد المنكر بمقتضى حجتيه بالنسبة إلى اليد الخارجة دون الداخلية معيته للسدس للمقر له، فمدفوع بأن الإقرار يوجب أخذ المقر بما هو

الواقع على تقدير صدقه، وبعبارة أخرى: مفاد الإقرار نافذ في حق المقرّ مقدّماً على أمارية اليد وقد فرضنا أنّه لو علم صدقه كان نسبة النصف بينه وبين المقرّ له على السوية.

وأما مسألة الإقرار بالنسب فمقتضى القاعدة فيه ما ذكرنا ولكن ظاهر مرسلة الصدوق - قدس سرّه - توجب المشي على خلاف القاعدة فيه؛ فإنّ ظاهر صدرها أعني مسألة الإقرار بالدين حيث نفى استيعاب الدين لكلّ ماله وقدّر الثابت فيه بمقدار حصّته أنّه لو كان حصّته النصف مثلاً فعليه النصف وهكذا، ثمّ بقرينة اتّحاد السياق المستفاد من قوله: كذلك يستفاد أنّ الحكم في الذيل أعني: مسألة الإقرار بالنسب أيضاً مثل الأوّل في كون مقدار الخارج من حصّة المقرّ للأخ المقرّ له مقدار حصّته من التركة.

مسألة

لو باع ما يملك وما لا يملك بصفقة واحدة فالكلام فيه حسب القاعدة بعينه هو الكلام في المسألة السابقة أعني بيع مال الغير مع مال نفسه، والفرق بينهما في أمور:

الأوّل: أنّ النصّ قاصر عن شمول المقام للأجل خصوصيّة المورد بل لأجل عدم العموم في الجواب، نعم خصوصيّة المورد الخاص المفروض للسؤال مقطوع عدم دخلها، فلهذا تعدّينا إلى كلّ ما يشابهه، من بيع مال الغير مع مال النفس، وأمّا بيع المال مع غير المال فلاعموم ولامشابهة فلو فرض الخدشة في العمومات والإطلاقات كانت الصّحة بلا دليل.

الثاني: أنّ المشهور قيّدوا الحكم بالصّحة في هذا المقام بعدم علم المشتري

بالحال وأنّ بعض المبيع غير المال، ولم يعلم وجه لهذا التقييد أولاً ثمّ لاختصاصه بالمشتري ثانياً، بيان ذلك أنّه إن كان الوجه تصحيح قصد البيع جدّاً فأولاً هذا في البائع أيضاً موجود فما وجه التخصيص بالمشتري؟

وثانياً: أنّ للمسألة صوراً: الأولى: أن يكون الضميمة غير المال الشرعي المعدود من جملة الأموال عرفاً مثل الخمر والحَرَ كما في الأسير المقهور في يد التركمان، والثانية: أن يكون غير مال عرفاً وشرعاً مثل الخنفساء وهذا له صور: الأولى: أن يشته موضوع الخنفساء بموضوع من موضوعات الأموال. الثانية: أن لا يشته موضوعه لكن يخيّل أنّ له مالية وتموّلاً عند العرف إمّا بقدر معيّن وإمّا في الجملة.

والثالثة: أن نعلم أنّه خنفساء ونعلم أيضاً أنّه لامال عرفاً وشرعاً. فالقسم الذي لانتصوّر فيه القصد الجدّي هو الأخير فقط وسائر الصور تمثي القصد الجدّي فيها بمكان من الإمكان.

وإن كان الوجه عدم لزوم الغرر، فأولاً: لاختصاص لهذا أيضاً بالمشتري، وثانياً: إن أريد الغرر بمعنى الخطر فهو مأمون، وإن أريد الإبهام حيث قام الإجماع ظاهراً على أنّ نفس الإبهام ولو مع عدم الخطر المالي والأمن منه مبطل، كما لو باع بالقيمة العادلة بدون تشخيصها في حال الصيغة بقصد التشخيص فيما بعد فهو مانع للإجماع، ومن المعلوم عدم ثبوته في المقام وإنّما المتيقّن هو الجهل والإبهام الابتدائي دون ما يحصل بعد التقسيط مضافاً إلى أنّه غالباً يكون قيمة كلّ من الضميتين معلومة.

الأمر الثالث في كيفية التقويم، وأمّا التقسيط بعد التقويم فكيفيته كما مرّ، فنقول: لا إشكال في ما إذا كانت الضميمة مالاً عرفاً مع عدم الاشتباه فيرجع إلى

قيمته عند أهله، وإنما الإشكال في ثلاث صور:

الأولى: أن يشتبه وتخيّل الخمر خلاً ويجري هذا في مثل ما إذا تخيّل الجمل فرساً فإن البيع بالنسبة إليه لتخلّف العنوان باطل، وفي مثل إذا تخيّل الغراب ديكاً.

والثانية: أن يشتبه في حكم الخنفساء فتخيّل أن له مالية بقدر كذا.

والثالثة: أن يشتبه أيضاً فيه وتخيّل أنه مال ولكن لم يعلم قدر ماليته.

ففي الأولى: لا إشكال في عدم اعتبار قيمة الخمر والجمل بل يفرضان خلاً وفرساً بنحو ما تخيّل ويقومان.

وفي الثانية أيضاً لا إشكال في الأخذ بالقيمة المتخيّلة.

وأما الثالثة فقد يتوهم فيها البطلان من رأس الإبهام الثمن بحسب الواقع، لكنّ الظاهر أن البيع لولا الإجماع القائم على مبطلية الإبهام تآم الأجزاء والشرائط، والإبهام وعدم التعيين [في] الواقع لا يوجب الحكم بالبطلان، كما لو تبايعا على ما تراضيا في ما بعد من الثمن فلا مانع من شمول الإطلاقات، وإنما المانع الإجماع وقد عرفت أنه مفقود في المقام.

فهرس الكتاب

فهرس الكتاب

٣	تعريف البيع
٩	الحق والحكم
٢٠	الإشكال على تعريف المصباح
٢١	الإشكال على تعريف الشيخ الأنصاري
٢٣	الفرق بين الإنشاء والإخبار
٢٥	الفرق بين النسب الخبرية والإنشائية
٢٧	البرهان على اختيارية الإرادة
٢٩	الكلام في المعاطاة
٣٤	الاستدلال بآية أحل الله البيع
٣٩	قاعدة التسليط
٤٠	الاستدلال بآية أوفوا بالعقود وغيرها
٤٨	استصحاب الكلّي
٥٩	مدرك قاعدة «العقود تابعة للقصود»

- ٦١ أدلة لزوم المعاطاة
- ٨٢ توضيح حال الإجماع على عدم لزوم المعاطاة
- ٨٧ البحث حول «إنها يحلّ الكلام ويحرم الكلام»
- ٩٦ التنبيه على أمور:
- الأمر الأول: هل يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر في البيع سوى
 الصيغة ٩٦
- الأمر الثاني: ١٠١
- الأمر الثالث: في تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة ١٠٤
- الأمر الرابع: في أنّ المعاطاة بحسب قصد المتعاطين على أنحاء ١٠٦
- الأمر الخامس: في جريان المعاطاة في سائر العقود ١١٣
- الأمر السادس: في ملزمات المعاطاة ١١٤
- الأمر السابع: حول كلام الشهيد الثاني ١٢١
- الأمر الثامن: في أنّ الصيغة المختلّ بعض شروطها معاطاة ١٢٣
- اعتبار لزوم الصيغة في لزوم البيع يختصّ بصورة القدرة ١٢٨
- تقديم الإيجاب على القبول ١٣٣
- اعتبار التنجيز في العقد ١٤٠
- بيان إمكان التعليق في الانشاء وعدمه ١٤٢
- التطابق بين الإيجاب والقبول ١٤٧
- من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز
 لكل منهما الانشاء ١٤٩

١٥٠	حول كلام ابن قبة
١٥٤	المقبوض بالعقد الفاسد
١٦٠	البحث حول صحيحة أبي ولاد
١٦٧	استصحاب الضمان
١٧١	فروع
١٧٥	قاعدة الاحترام
١٧٨	قاعدة اليد
١٩١	هل يضمن منافع المقبوض بالعقد الفاسد
١٩٧	لو تعذر المثل في المثلي
١٩٩	إذا تعذر رد العين
٢٠٣	فصل في بيع الصبي
٢٠٧	مشروعية عبادات الصبي أو عدمها
٢٠٨	حديث رفع القلم
٢٠٨	حديث عمد الصبي وخطاؤه واحد
٢١٠	رواية السكوني
٢١١	في اعتبار القصد في تحقق مفهوم العقد
٢١٩	من شروط المتعاقدين الاختيار
٢٢٤	فروع في بيع المكره
٢٢٦	لو رضي المكره صح العقد
٢٣٢	في أن رضا المكره كاشف أو ناقل

٢٣٤	 حول آية تجارة عن تراض
٢٣٦	 في بيع الصبي أيضاً
٢٣٦	 أحكام الصبي في غير عقود وإيقاعاته
٢٣٨	 إسلام الصبي
٢٤٢	 في مشروعية عبادات الصبي
٢٤٥	 عقود الصبي وإيقاعاته
٢٥٤	 من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما للمدلول العقد
٢٦٦	 من شرائط المتعاقدين الاختيار
٢٦٨	 الفرق بين المكره والمضطر
٢٧٣	 فرع
٢٧٤	 لو أكره على بيع واحد من عبيدين ...
٢٧٨	 لو رضى المكره بالعقد
٢٨٧	 القول في عقد الفضولي
٢٨٧	 أدلة صحة عقد الفضولي
٢٩٦	 الأدلة الخاصة لصحة الفضولي
٣١٠	 احتج لبطلان الفضولي بالأدلة الأربعة
٣١٦	 إجراء الفضولي في المعاطاة
٣٢٠	 اشتراء الفضولي بعين مال الغير أو في الذمة
٣٢٣	 الكشف والنقل
٣٣٤	 هل على الكشف دليل أم لا ؟

٣٣٧	 الثمرة بين الكشف والنقل
٣٤٧	 جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه ...
٣٥١	 حول النذر
٣٥٥	 القول في كاشفية الإجازة
٣٦٠	 من شروط الإجازة أن لا يسبقها ردّ
٣٦٣	 البحث في المجيز
٣٦٤	 هل يشترط وجود مجيز حال العقد
٣٦٧	 في حكم من باع ثم ملك
٣٧٦	 لو باع مال الغير فملك ولم يجز
٣٨٠	 لو باع معتقداً لعدم جواز التصرف
٣٨٧	 لو غرّ الغاصب المالك ...
٣٩٠	 في حكم من باع مال نفسه معتقداً أنّه لغيره
٣٩٢	 القول في المجاز
٣٩٣	 الشروط المعتبرة في البيع معتبرة في الإجازة أم لا ؟
٣٩٤	 هل يشترط في المجاز كونه معلوماً بالتفصيل ...
٣٩٦	 العقود المترتبة
٤٠٠	 القول في الردّ
٤١٢	 الردّ الفعلي
٤١٩	 فروع
٤١٩	 حصول الفسخ بالفعل المنافي

- ٤٢٨ للمالك مادام عدم الإجازة أن يرتجع العين
- ٤٢٩ رجوع المشتري إلى البائع
- ٤٣٧ التفكيك بين عوضية الثمن وعوضية المثل
- ٤٤٩ قاعدتا الغرور والضرر
- ٤٦٠ الأخبار الخاصة
- ٤٧١ تعاقب الأيدي الضامنة
- ٤٨٦ لو باع مال نفسه مع مال غيره
- ٤٩٣ لو باع من له نصف الدار نصف الدار
- ٥٠٢ بيع ما يملك وما لا يملك



