



٤٧٨

کتاب الحج

تقریر و بحث

ایم. آقا علی الطیّی السید محمّد الحسین الکریمی

الطهران ۱۳۷۱ هـ ق

مع کتاب فائده وریا الیخبره السیما

للعلامة الشيخ أبي طالب الغليل الشيرازي

مؤسسة النشر الإسلامي

القمية بجماعة المدرسين بقرية قم





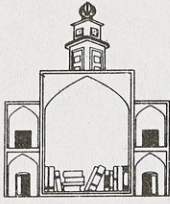
Princeton University Library



32101 061496673

Princeton University Library

This book is due on the latest date
stamped below. Please return or re-
new by this date.



٤٧٨

كِتَابُ الْبَيْعِ

تَقْرِيبًا

أَبَاءِ اللَّهِ الْعَظِيمِ السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ الْحُجَّةِ الْكَوْنِ كَرِيمِ

الْمَوْفُوفِ سَنَةِ ١٣٧٤ هـ

مَعَ تَعْلِيْقَاتٍ هَامَةٍ وَرِسَالَةٍ حُجَّتِهَا الشُّهُرُفُ

لِلْعَلَمَةِ الشَّيْخِ أَبِي طَالِبِ الْجَلِيلِ التَّبْرِيْزِيِّ



وَأَسَّسَةِ النَّسْرِ الْإِسْلَامِيِّ

التَّابِعَةِ
لِمَجْمَعَةِ الْمُدْرِسِينَ بِبَيْتِ الْمَرْقَةِ

(RECAP)

~~Arab~~

KBL

K834

1988

الكتاب: البيع «أبحاث آية الله العظمى السيد محمد الحجة الكوكرى. قدس سره»

المقرن: الاستاذ الشيخ أبوطالب التجليل التبريزي

الموضوع: فقه اللغة: عربي

عدد الاجزاء: جزء واحد عدد الصفحات: ٤٨٨

الناشر: مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

الطبع: مطبعة مؤسسة النشر الاسلامي

الطبعة: الثانية المطبوع: ٣٠٠٠ نسخة

التاريخ: ١٤٠٩ هـ. ق



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين والصلاة على صفوة رسله وخيرة بريته محمّد وآله الميامين

المنتجبين.

لا شك أنّ علم الفقه من العلوم الغائيّة التي يسعى الأصولي أن يتوصّل اليه حتى يكون بإمكانه أن يستبطن أحكامه وفروعه التي هي المتلقاة من القرآن والسنة المتخذة عن العترة الطاهرة وبعد ذلك يبيتها للناس كي يطبقونها في شؤونهم الفردية والاجتماعية وأخذ هذا العلم يتكامل يوماً فيوماً وأصبح محطاً لأفكار العلماء وإبداع الآراء التي بها حلّت معضلات المسائل الفقهية وأجابت على الأمور المستحدثة ولذلك نرى مثل آية الله العظمى المرحوم السيّد محمّد حجّة الكوهكمرى رحمه الله قد بحث في باب العقود والايقاعات أبحاثاً دقيقة وأنيقة قرّرها فضيلة العلامة المحقق الشيخ أبوبالجب التجليل التبريزي أدام الله إفاضاته أسماه بـ «كتاب البيع»

وقد قامت المؤسسه بطبعه وهي الطبعة الثانية حيث تمتاز عن الاولى بتعليقات وإضافات من سماحته ولا يسعها إلا وأن تشكره على بذل مساعيه الوافرة سائلاً المولى له ولها التوفيق لإحياء التراث الاسلامي اكثر فأكثر إنه خير ناصر ومعين.

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

مقدمة الطبعة الثانية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على نعمه وآلائه، ونحمده ونستعينه ونستهديه الى طريق الاهتداء اليه والعمل بما يحبه ويرضاه. والصلاة والسلام على أنبيائه ورسله، لاسيما محور النبوة وخاتم الرسالة، وعلى وصيه سيّد الأوصياء ومدار الولاية، والزهراء المرضية قطب العصمة والطهارة، والائمة من ولد هما المنصوصة بالصاوية، لاسيما خصوصاً بقية الله الذي يملأ الله به الأرض قسطاً وعدلاً بعد الظلم والغواية.

و بعد، قد كانت نُسخ هذا الكتاب المشتمل على تنقيح قواعد أبواب العقود قد نفذت منذ سنين كثيرة، بحيث لا يوجد إلا في بعض مخازن الكتب العامة والخاصة، يبتغيها أهل الفضل ولا يجدونها.

وقد اهتمت مؤسسة النشر الاسلامي بطبعه ثانياً، فساقني ذلك إلى تجديد النظر فيه وفي تعليقاته، وقد جدّ واجتهد أعضاء المؤسسة في تصحيحه وإخراجه على أحسن اسلوب، فشكر الله سعيهم وجزاهم جزاء موفوراً.

فالمرجو من الله سبحانه أن ينفع به أهل العلم والفضل وأن يوفّقني وإياهم لابتغاء مرضاته بمحمّد وآله الطاهرين صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين.

قم - ابوطالب التجليل

صورة ما كتبه «ره» على ما قرره المؤلف في الصلاة من إجماعه طبعناه ههنا للتيمن بخطه الشريف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين، وبعد، فيقول العبد الفقير إلى ربه الغني أبو طالب بن علي أكبر التجليل التبريزي، عفى الله عن جرائمهما: اني اكرر الحمد لله على ما وفقني، مع اني غير حرى لأن يبلغني التوفيق لتلقى ما أفاده استاذنا العلامة، قائد العلم والفضل، وامام النبوغ والكمال، بدرساء العلم، ومشكاة هدايته، القمر المنير، والزعيم الكبير، من أنار العلم ببرهانه، وأقام قائمة الدين بمهجته، كنز المعارف الشرعية وقطب رحى الشريعة، آية الله الكبرى، الخبر المؤيد، والسيد السند، السيد محمد الحجة، أعلى الله مقامه، وجزاه عن العلم والدين خير جزائه. وهو طاب مثواه قد أفجع القلوب برحلته وأتم العلم بفقده. فوفدت إلى رضوان الله وبجوحة جنانه وصحبة أوليائه، أيها الاستاذ العظيم. وإليك معذرتي من قصوري فيما أهدى إليك وقلة باعى عما يؤدى حقك .

ويشتمل كتابنا هذا على فصول:

الفصل الأوّل

في المباحث الراجعة الى لفظ البيع

المبحث الأوّل

في تعريف البيع وبيان حقيقته

فنقول: إنّ البيع لما كان من الامور الأعتباريّة. والاعتباريّ هو الذي لاحقيقة له، فلا يمكن تعريفه بالتعريف الحقيقيّ، (١) بل لا بدّ وأن يعرف بآثاره و لوازمه، فيصحّ أن يعرف بأى أثر اتفق.

(١) اعلم ان للاعتبارات دائرة واسعة محيطه بجميع شؤون المجتمع، ويهديك اليها العلوم الاجتماعية التي موضوعها انواع الاعتباريات. وقد تلقاها الشارع فيما يرجع منه الى الامور الشرعية بالقبول، بل تصدى لاعتبارات مستقلة غير مسبوقة باعتبار العرف، وهذا علم الفقه قد تشكل برمته من اعتبارات شرعية او عرفية امضاها الشارع. فمن الحرى ان نتعرض اجمالاً لحقيقة الاعتبار ومنشأ حدوثها، لما يترتب عليه من الفوائد العظيمة.

تحقيق حقيقة الاعتبار

ومنشأ حدوثها

فنقول ومن الله الاستعانة: ان الانسان بما انه جُبلت في طبيعته الانس والاجتماع مفتقر بالذات الى المعيشة الاجتماعية، وقد احس بمقتضى ما اعطاه الله تعالى من الموهبة الكبرى اعنى العقل: ان نظم الاجتماع يحتاج الى سلسلة امور تخيلية في قبال الحقايق الخارجية لا يجتمع

شمل الاجتماع من دونها، فتخيلها موجودة كالحقايق الخارجية، فحصل له في صقع تخيله عالم وراء عالم الحقايق وهو عالم الاعتباريات فاسس بنيان الاجتماع على ركنين، ثانيها سلسلة الامور الاعتبارية، وهى الامور التي تخيلها الانسان موجودة في الخارج بعد ما لم يكن لها عين ولا اثر في صفحة الوجود، قد التزم باعتبارها موجودة و ترتيب آثار الوجود عليها.

ولما كان طريق الانسان الى التخيل هو الادراكات الحسية، وليس له الى التصورات سبيل غيرها كانت الصور المتخيلة هي الصور المدركة بالحواس، وان اقتدرت النفس بخلاقيتها على تركيبها كيفما تشاء، والتخيل هو التصرف في تركيب تلك الصور واثبات الصورة لغير ما هي له. فتكون حقيقة الاعتبار: اثبات صورة شيء لغير ما هي له في الواقع بالفرض والتخيل.

والمراد من الصورة مطلق العارض على امر، فيشمل جميع العوارض التي يتلقها الذهن عارضة على الشيء حتى الوجود، فانه وان كان بحسب الخارج غير مغاير مع الماهية الا انه بحسب الذهن أمر يغاير الماهية عرض عليها بعد ما كانت متقومة بنفسها فهذا الوجود الثابت لماهيات حقيقية قد يتخيله الذهن ثابتاً لغير ما ثبت له، بل قد يتخيله ثابتاً لما يستحيل ثبوته له حقيقة كالحلّي، فإن وجوده في الخارج واجداً لوصف الكليّة غير آب عن الصدق على كثيرين بديهي الاستحالة، ومع ذلك كان من شأن الخيال ان يعطيه الوجود الخارجي مع حفظ وصف الكليّة له، كالفقير الكليّ يعتبره موجوداً ثم يملكه ويعطيه ما هو من شؤون الموجود، والمال الكليّ ككليّ الحنطة وغيرها، ربما يعتبره موجوداً ويرتب عليه الآثار كبيع كليّ الحنطة وغيرها.

طريق تعريف الامور الاعتبارية واقامة البرهان عليها

ويهمنا الحاق البحث في مقامين، بل التعرض لما ذكرنا كان مقدمة للبحث فيها «الاول» طريق تعريف الامور الاعتبارية واستنباط المعرف لها «الثاني» طريق اقامة الحجة والبرهان عليها، ويحتاج التحقيق فيها الى تقديم مقدمتين.

«الاولى» انه قد علم مما ذكرنا ان الاعتباري مع انه امر خارج عن دائرة الحقيقة يقوم على اركان حقيقيّة خارجيّة، (الاول) ما تلبس بالصورة المتخيلة حقيقة، وثبت له تلك الصورة واقعاً (الثاني) ما اعتبر حصول تلك الصورة له، وتخيّل ثبوتها في حقه، وان كان وجوده ايضاً ربما بكون اعتبارياً غير ثابت في الخارج قد اعطى له الوجود بحسب الاعتبار، كاعتبار الملكية لكلي

المالك او لكل المملوك (الثالث) نفس الاعتبار اعنى لحاظ تلك الصورة ثابتة لغير ما ثبت له في الحقيقة، واللحاظ من افعال النفس موجود حقيقة في الخارج لا يتطرق اليه شك ولا ارتياب.

«المقدمة الثانية» ان اللحاظ هو رؤية النفس لما في الخارج حقيقة في العلم و توهماً في الخيال، في مرآة الذهن، فان علم النفس - ما عدا علمه لنفسها - ليس حضورياً بلا واسطة، لعدم امكان تطرق النفس الى الخارجيات، في قالب البدن من دون واسطة، بل الملحوظ للنفس حقيقة هي الصور الحاصلة في الذهن لكنّها مرآتات الى الخارجيات، والمرآة بما هي مرآة عين المرئي، لاستحالة حكاية الشيء، عن الشيء، المغاير له، بل الرائي حين رؤيته للشيء غافل عن نفس المرآة، بل هي فانية في المرئي غير منظورة باستقلالها للرأي، وان كان المرئي بالذات هو نفس المرآة و تعلق الرؤية بالمرئي ووقوع النظر عليه في مرحلة وحدته مع المرآة، واما في مرحله التعدد اعنى اذا لوحظ ان المرئي له وجود في الخارج في قبال وجود الصورة الذهنية القائمة بالنفس فغير مرئي للنفس. ومن هنا يحصل الفرق بين العلم والخيال بعد اشتراكهما في وحدة المرئي مع المرآة في مرحلة ان للمرئي بالعلم وجوداً في الخارج يغاير وجود المرآة اعنى الصورة الذهنية وله حقيقة تباين حقيقة تلك الصورة، بخلاف المرئي بالخيال فانه ليس له وجود يغاير وجود الصورة الذهنية يكون ذا حقيقة تباين حقيقة الصورة المذكورة، بل وجوده بطفيل وحدته مع الصورة، وتحليه بجمالية الوجود بتبع وجودها، فالمرئي بالخيال فاقد للحقيقة في قبال حقيقة الصورة الذهنية و واجد لها بعين حقيقة الصورة الذهنية المذكورة.

وقد تبين مما ذكر ان حقيقة المرئي بالخيال هي حقيقة المرآة فان وجوده في الخارج لا يفترق وجود المرآة ابدأ بخلاف حقيقة المرئي بالعلم فان حقيقته تتبدل بتبدل المرحلتين. فحقيقتها في مرحلة الوحدة مع المرآة عين حقيقة المرآة، وفي مرحلة تباينه مع المرآة، له حقيقة تباين حقيقة المرآة. اذا عرفت ذلك فلنذكر الكلام في مرحلتين.

المرحلة الاولى

في طريق استكشاف حقيقة الاعتباريات

قد تبين لك مما ذكرنا ان المرئي بالخيال واجد للخارجية والحقيقة، وان حقيقتها الغير المتبدلة هي عين حقيقة الخيال، فان خارجيته تنحصر في مرحلة واحدة، وهي مرحلة وحدته مع الخيال،

فكانت حقيقة الخيال حقيقة ثابتة للمتخيل . وقد عرفت ان المرئى بالعلم له مرحلتان مختلفتان، يتحد في احديهما مع العلم ويغايره في الاخرى، والمرئى بالخيال له مرحلة واحدة وهى مرحلة وحدته مع الخيال فهو ذو حقيقة ثابتة غير متبدلة وهى عين حقيقة الخيال .

ومن هنا يتبين ان الاعتبارى غير فاقد للحقيقة بل له حقيقة هى عين حقيقة الاعتبار الذى هوالتخيل، والتخيل من الصفات النفسانية الحقيقية له ما يجزاء فى الخارج . نعم ليس الاعتبارى واجداً لحقيقة مابينة لحقيقة الاعتبار، بل هووالاعتبار حقيقة واحدة توجد فى النفس، فالاعتبارى وان كان فاقداً للحقيقة فى قبال الاعتبار الا انه لا يأبى عن كونه واجداً للحقيقة وان كانت حقيقته نفس حقيقة الاعتبار، ومن هنا تحصل الخدشة فى كلام الاستاذ - قد - .

«ثم» ان طريق استكشاف حقيقة الاعتباريات هو لحاظ الصورة المعتبرة الثابتة للمعتبر عنه حقيقة ثم تسريته الى المعتبر له، وبعبارة اخرى لحاظ تلك الصورة مسندة الى المعتبر له . فاذا اردت كشف حقيقة الرياضة مثلاً فلاحظ الرأس فى البدن ثم أثبتة لزيد بالنسبة الى قومه .

المرحلة الثانية

فى طريق الاستدلال على الامور الاعتبارية

من المعلوم، ان المستعمل لكشف الحقايق فى العلوم الحقيقية هو البرهان، لانه هو القياس الذى يفيد العلم واليقين . وقد ذهب بعض المحققين الى ان البرهان لا يجرى فى العلوم الاعتبارية، وانها تفارق العلوم الحقيقية فى كيفية الاستدلال . وهو وان منع عن جريان البرهان فقط فيها، الا ان مناط المنع الذى اعتمد عليه فيه، موجود فى بقية انحاء الاستدلال، من الاستقراء والتمثيل وبقية اقسام القياس من الجدل والمغالطة والخطابة والشعر .

وتوضيح المناط فيه: ان البرهان يفيد اليقين بالواقعيات، والاعتبارى فاقد للحقيقة رأساً، فكيف يقع فى حيز البرهان ويستدل عليه بما يفيد العلم واليقين بالواقعيات، مع ان العلم بواقعية شىء فرع واقعيته فى نفس الامر، وبعبارة اوضح لايراد من الاستدلال على الاعتباريات اثبات الوجود الحقيقى لها بل اثبات الوجود الاعتبارى الذى يباين لسنخ الوجود الخارجى، والبرهان لايفيد الا اثبات الوجود الخارجى، وكذا الاستدلالات النافية فى الاعتباريات لايراد منها الا نفي ذلك الوجود الاعتبارى، فلا يستعمل فيها البرهان النافى، فانه يفيد نفي الوجود الخارجى دون

الوجود الاعتباري.

ومنه ينقدح وجه عدم جريان غير القياس من سائر اقسام الحجة المستعملة في الامور الحقيقية اعنى الاستقراء والتشبيه، فان الفارق بينها وبين القياس ان القياس بصورته يفيد اليقين بالنتيجة، وهما لا يفيدان بصورتها الا الظن بمحصل النتيجة في الواقع، فهما يشركان القياس في حصر انتاجهما للواقعات وان كان ظناً.

وكذا غير البرهان من صناعات القياس، فانها ايضاً لا تجرى في الاعتباريات. اما الجدل، والمغالطة، والخطابة، فلانها جميعاً لا ثبات نتائجهم في الواقع، وتفيد الاعتقاد بمصولها في الخارج، و ان كان يختص كل منها بقسم من المبادئ.

اما الشعر فهو وان كان لتوهم جريانه في الاعتباريات بل اختصاصه بها مجال واسع، لكونه مفيداً للتخيل وقد عرفت ان حقيقة الاعتبار هو التخيل، الا ان التحقيق انه ايضاً لا يجرى في الاستدلال على الاعتباريات.

وتوضيحه يحتاج الى بيان جريان سنخ التقسيم الى الانشاء والاخبار في القياس ايضاً. فنقول: ان الكلام والدليل يشتركان في الحكاية عن الواقع، ويفترقان في ان الكلام يحكى عنه حكاية تصويرية، والدليل يحكى عنه حكاية تصديقية، فيجرى في الدليل ايضاً الانقسام الى المطابق للواقع وغير المطابق له، المعبر عنها في الكلام بالصدق والكذب.

وكذلك ينقسم الكلام، الى ما كان حاكياً محضاً، عن معنى غير منوط في تحققه في نفس الامر الى وجود كلام ينبنى عنه، وهو المعبر عنه بالاخبار.

والى ما كان حاكياً عن معنى يوجد بنفس هذا الكلام، وبعبارة اخرى: وكان الكلام متكفلاً للحكاية والحكى كليهما. بل يكون الكلام حينئذ ذات شؤون ثلاثة، ايجاد المعنى، والحكاية عنه حكاية تصويرية، والحكاية عنه حكاية تصديقية، وهو المعبر عنه بالانشاء. ويجرى نظير هذا الانقسام في القياس ايضاً.

فان من القياس ما هو بمنزلة الانشاء في الكلام وهو القياس الشعري، وتوضيحه: ان القياس الشعري لا يفيد اثبات نتيجته في الواقع بل هو قياس يفيد ايجاد التخيل، فهو كالكلام الانشائي بنفسه موجد لما يحكى عنه، ولا يفي القياس الشعري لا ثبات امر محقق في نفسه مع قطع النظر عن اقامة هذا القياس، بل القياس الشعري هو الموجد له.

ومنه يعلم عدم جريانه كسائر صناعات القياس في مقام اثبات الامور الإعتبارية، فان المطلوب فيه استكشاف الاعتبار والتخيل الحاصل لاحد او جماعة، وليس يراد منه إيجاد ذلك التخيل له او لهم، حتى يتوسل بالقياس الشعري.

هذا غاية التوجيه للتوهم المذكور، والتحقيق بطلانه، وان كان ما ذكرنا في توجيهه متيناً في نفسه الا ان المنع يتطرق اليه مما ذكرنا في المقدمة من منع كون الاعتبارى فاقداً للحقيقة والخارجية بل له حقيقة وخارجية قائمة بنفس حقيقة الاعتبار وخارجيته، فيصح اقامة البرهان عليه، فتامل فيما ذكرنا هناك ولا نطيل بالاعادة

فثبت ان الطريق الوحيد للاستدلال في جميع العلوم الحقيقية والاعتبارية هو البرهان، وليس له ند ولا رقيب، بل له الحكومة المطلقة في قاطبة العلوم.

و ثم ان المحقق المذكور بعد ما منع من جريان البرهان في الاعتباريات ذكر للاستدلال عليها طريقاً وهو استكشاف ثبوت الاعتبارات من المصالح الثابتة لها، فاذا وجدت مصلحة في اعتبار امر يثبت منه اعتبار العقلاء له لدوران اعتباراتهم على مدارها، فنقول: ان الطريق المذكور من صغريات البرهان بعد ثبوت الملازمة بين وجود المصلحة واعتبار العقلاء، فهو من قبيل اثبات وجود احد المتلازمين عن وجود المتلازم الاخر غير المنفك عنه في الوجود، وان كان ذلك منحلاً الى برهانين، او من قبيل اثبات وجود المعلول عن وجود علته. وان منعت الملازمة بينها يبطل الطريق المذكور رأساً.

[تنبيه]

قد ساق الكلام في اثناء البحث الى ان دلالة الكلام الانشائي على المنشئ كدلالة الامر على الطلب من قبيل دلالة العلة على معلوها، فنذكر الوجه فيه لئلا يتوهم التنافي بينه وبين ما بيناه في حقيقة الاعتباريات، من ان تقومها بنفس الاعتبار، وليس لها خارجية ورائه، وان الاعتبار من افعال النفس معلول لها، ولا يعقل ان يكون لها علة اخرى لكون النفس فاعلاً تاماً في افعاله المجردة التي منها الاعتبار والتخيل.

«والوجه» ان اعتبار الانشائيات كانت بنحو الكلية مبسوسة على جزئياتها فاعتبار صيغة الامر

طلباً كان بنحو الكلية، ومن شأن الكلي انطباقه على الجزئيات وتعدده في عين وحدته بتعدد المصاديق فاذا وجد في الخارج مصداق لصيغة الامر ينطبق كلى صيغة الامر عليه وينسب عليه الاعتبار الكلي القائم عليه ايضاً بانبساطه فالموجد لاعتبار الطلب وان كان هو النفس المتخيلة المتكفلة لاعتباره الا ان الموجد لمصداق الطلب بعد تحقق كلى اعتباره هو الموجد لصيغة الامر في الخارج.

ثم ان التحقيق بعد المصير الى كون الاعتبار اعنى التخيل من الامور الحقيقية، عدم كون ما تعلق به الاعتبار واجداً لما يحاذى ذلك المفهوم، وبعبارة اخرى ليس لصيغة الامر وراءه ما له من الحقيقة الصوتية حقيقة اخرى تكون هي الطلب وتكون بينها رابطة العلية والمعلولية والسببية والمسببية كما قد يتوهم، بل صيغة الامر بنفسها هي المصداق لعنوان الطلب. والدليل عليه من وجهين.

(الاول) ما بيناه تفصيلاً من ان ما تعلق به الاعتبار اعنى التخيل بالذات هو الصورة الذهنية وانما تعلق بالفرد الخارجى بواسطة الصورة الذهنية فالتخيل في الحقيقة هو تلك الصورة دون الفرد الخارجى حتى يتوهم كون عنوان التخيل واجداً لحيثية يحاذيها في الفرد الخارجى.

(الثاني) ان المشتق لا يزيد على تركيب ادبي وليس واجداً لما يقابله من الحقيقة والخارجية وراء حقيقة الذات والمبدء.

الموضوع له المشتق هو الذات، دون المبدء ودون الذات مع المبدء

(التحقيق) ان المحكى للمشتق بالمطابقة هو الذات فقط دون الذات والمبدء، او المبدء فقط فليس المحكى لعنوان التخيل الا نفس الذات التي تعلق بها التخيل لاهى وحيثية زائدة يحاذيها عنوان التخيل.

(توضيحه و بيان الحال فيه) على ما يسعه المجال: ان المشتق قد ورد دائرة الكلمات الموضوعية من تطورات الوضع، فان التحقيق ان للوضع على ما بيناه في رسالتى الوضع والمشتق انحاء، ومن جعلتها الوضع المقيد في قبال الوضع المطلق.

توضيح انقسام الوضع اليها ان محصل الوضع جعل اللفظ علامة للمعنى، (وان) اثبتنا في رسالة الوضع واقنا ثمانية وجوه من الادلة على كون الوضع اعتبار وحدة اللفظ مع المعنى وكون

وجود اللفظ وجوداً للمعنى، ولازمه صيرورة اللفظ علامة له موجباً لخطوره في ذهن السامع عند التلفظ به.

و (الوضع) اعنى جعل العينية بين اللفظ والمعنى ومحصله اعنى جعله علامة له، كما كانا مقدورين للواضع على اطلاقهما كذلك مقدوران له على نحو التقييد، فان صلاحية الاطلاق لا تنفك عن صلاحية التقييد فصلوح الوضع للاطلاق يحكى عن صلوحه للتقييد و (توضيحه) ان الواضع يجعل لفظ زيد تارة علامة للشخص في جميع حالاته وآناته فيكون الموضوع له ذات زيد، ويجعله (تارة) علامة له في بعض حالاته دون بعض آخر، فيكون الموضوع له هو ذات زيد ايضاً، الا ان اللفظ لا يحكى عنه الا في بعض الحالات، لعدم تحقق الوضع في بقية الحالات.

و بالجملة الموضوع له في كلا الوضعين واحد وهو ذات الشخص، و الفرق بينهما في نحوه الوضع، اعنى كون الوضع (في الاول) على نحو الاطلاق و (في الثانى) على نحو التقييد فالقيد مأخوذ في الوضع دون الموضوع له، و بعبارة اخرى: ان منشأ دلالة اللفظ على المعنى هو الوضع وهو فعل اختيارى للواضع فقد يفعله و يحدث علاقة الوضع بين اللفظ والمعنى في جميع الحالات والآنات، فيدل عليه اللفظ في جميع الحالات والآنات، وقد لا يفعله ولا يحدث تلك العلاقة كذلك (فلايدل) عليه في شيء من الحالات والآنات، وقد يفعل الوضع و يحدث علاقته بين اللفظ والمعنى في بعض الآنات بان يقول انى جعلت (هذا اللفظ) علامة (لهذا المعنى) او وضعته له (من الان الى سنة) كما هو المعمول في بعض الرموز المجعولة بين الناس، كذلك قد يفعل الوضع في بعض الحالات (بان يقول) انى جعلت هذا اللفظ علامة (لهذا المعنى) او وضعته له في هذه الحال دون سائر الحالات، كل ذلك على بدهة من الامكان.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان وضع المشتقات من قبيل الوضع المقيد، توضيحه: ان الواضع بعد وضع الفاظ (المبادي) وصوغ انحاء افعالها منه شق منها صيغة ايضاً معينة للدلالة على ذات من ثبت له الحدث وكان موضوعها (هو الذات) فقط الا انه حصل وضع اللفظ له في حال ثبوت الحدث له فقط فكان الموضوع له اللفظ والمحكى للفظ هو الذات العارية عن جميع الخصوصيات (الا ان) وضع اللفظ له كذلك كان (بنحو التقييد) اعنى قد حصل وضع اللفظ لنفس الذات في بعض الحالات ولم يحصل في بعض آخر فتأمل فيما ذكرنا، و تفصيل الكلام في محله، وعليه جملة من الشواهد ومنها انطباق المشتق في الخارج على الذات فقط، دون الذات والمبدء.

فربما يعرف بأنه مبادلة مال بمال، أو تبديل مال بمال، أو تملك مال بمال، أو العقد الدال على التملك أو انتقال مال بانشاء التملك .
كل ذلك من تعريف البيع بآثاره ولوازمه، وليس واحداً منها تعريفاً للبيع بذاته وحقيقته، لما عرفت من كونه فاقداً للذات والحقيقة، فكيف يمكن أن يعرف بهما.

المبحث الثاني

في تبين ما يدور أحكام البيع مداره

الذي يدور أحكام البيع مداره، ويقع فيه الربا، والمتعاملان فيه مالم يفترقا بالخيار ماذا؟

فنقول في تحقيق ذلك : ان النسبة المتحققة بالاعتبار، إما ان تكون بالأصالة بين شخصين، وإما بين مالين، أو بين مال وشخص.

فالأول: كالنكاح، فإنّ النكاح هو علاقة بين الزوج والزوجة، وان كان له مساس بالمال أعني الصداق، إلاّ أنّه بالتبع، فلذا لولم يعين الصداق في ضمن العقد لم يكن قادحاً في صحّة النكاح. وكذا المصالحة هي علاقة خاصة تحصل بين شخصين، أعني ما يعبر عنه بالفارسية (سازش) وإن كان لها أيضاً مساس بالمال بالتبع.

والثاني: كالبيع والاجارة، فإنّهما علقتان حاصلتان بين مالين، فلا بد من تعيينهما في ضمن العقد. وأما لزوم وجود المتعاملين فهو بالتبع، فلذا لا يشترط تعيينهما عند العقد.

والثالث: كالهبة والوقف، فإنّهما علقتان حاصلتان بين المال والشخص، أعني المال الموهوب والشخص الموهوب له في الهبة، والمال الموقوف والشخص

الموقوف عليه في الوقف.

ولا يخفى عليك أنّ في البيع جهات ثلاث احداها العقد الدال على تحقق النسبة الخاصّة بين المالكين، والثانية نفس تلك النسبة والعلقة الخاصّة والثالثة الأخذ والإعطاء الحاصلان من المتبايعين بعد تحقق تلك النسبة، اعني ما يعبر عنه بالفارسية (داد وستد).

ومن الواضح: أنّ ما يدور آثار البيع مداره هو حصول العلقه المذكورة، وأمّا العقد فهو إنّما وضع للدلالة عليه، وأمّا الأخذ والاعطاء فهما مقتضى العلقه الحاصله التي هي البيع بلا كلام، وإنّما الكلام في تشخيص تلك العلقه. فذهب المشهور الى أنّها تمليك مخصوص لكنه ينتقض بأنّه ربما يتحقق البيع في بعض الموارد مع أنّه ليس فيها تمليك أصلاً.

منها: بيع العبد ممن ينعق عليه والالتزام فيه بتحقيق الملكية آنأما، والملكية التقديرية تكلف.

و «منها» بيع العبد لنفسه فانه يستحيل تمليك العبد لنفسه لاستحالة اتحاد المالك والمملوك.

و «منها» بيع آلات المسجد، مع انه قد وقع التسالم بين المتأخرين على ان الاوقاف العامه ليست ملكاً لاحد، بل الوقف رفع الملكية عنها، فلو كان التمليك مأخوذاً في حقيقة البيع لم يصح بيع شيء منها، لعدم امكان تمليك ثمنه للمسجد مثلاً، وكذا لم يصح شراء شيء للمسجد من اوقافها، لعدم امكان تمليك الثمن له.

و «منها» شراء العبد تحت الشدة من الزكاة فينعق، حيث انه لا يدخل بالبيع في ملك احد حتى يصدق التمليك، بل يحرر بمجرد وقوع البيع عليه. و «منها» ما ورد فيما لو كان الوارث عبداً من انه يشتري العبد من التركة فينعق ثم يملك له ما بقي.

و «منها» البيع بازاء الحق فان الحق لا يقبل التملك لانه بنفسه اضافة اخرى تقابل اضافة الملكية.

وتسلسل هذه الموارد وغيرها الجأ الى الالتزام بعدم اخذ التملك في حقيقة البيع، ويشهدله ماورد في الحديث من «ان شرّ الناس من باع آخرته بدنيا غيره». بل الحق ان البيع مجرد جعل شيء بازاء شيء آخر، واطلاقه يقتضى انتقال جميع الوان كل منهما الى الآخر، ومنها الملكية. واما لو كان احدهما بحيث لا يقبل اضافة من اضافات الاخر تسقط تلك الاضافة رأساً من دون ان تنتقل الى الآخر. فلا تنتقل اضافة الملكية الى العبد عند بيعه على من ينعق عليه، لوجود المانع عن ذلك، و كذلك لا تنتقل في بيع الدين ممن هو عليه لعدم قابلية الدين لتملك من هو عليه وهكذا.

هذا غاية ما يمكن من توجيه كلام بعض المحققين ره، لكن يرد عليه: انه لو كانت حقيقة البيع جعل شيء بازاء شيء آخر لما صح اخذه في العقد بنحو شرط النتيجة، بان يقال: بعث هذا بذاك بشرط ان يكون هذا بازائه، كما لا يصح ان يقال بعث هذا بشرط ان يكون مبيعاً لك، مع انه لا اشكال في صحة اخذه في عقد البيع.

بل «التحقيق» ان البيع اعتبار خاص وراء اعتبار جعل شيء بازاء شيء آخر، و اعتبار تمليك بازاء شيء آخر (١)، نعم التملك اظهر خواصه، ويدور

(١) قد عرفت فيما مرّ ان الاعتذار في تعريف الاعتباريات بانها فاقدة للحقيقة، فلا يعرف بالتعريف الحقيقي باطل غير مسموع، وبيّنّا لك طريق كشف حقيقة الاعتباريات. فالبيع واجد للحقيقة، ومن اللازم البحث عنها لكونه الموضوع بالبحث في كتابنا.

فنقول: انه قد صرح في المصباح ومعيار اللغة بان الاصل في البيع مبادلة مال بمال. وقد اورد عليها: بان المبادلة من المفاعلة بين الاثنين تسند الى الجانبين، مع ان البيع فعل جانب واحد يسند اليه فقط ويقابله الشراء ويسند الى الجانب الاخر.

مداره أحكام البيع.

والنقص بما ذكر من الموارد في غير محله، فان الالتزام بتحقيق الملكية آنأماً في بيع العبد ممن ينعقد عليه، و شراء العبد الوارث من التركة، و شراء العبد تحت الشدة من الزكاة عمل بلسان الروايات الواردة فيها، وليس لأجل الضرورة، حتى يقال انا لا نلتزم باعتبار التملك رأساً حتى تدعو الضرورة الى التزام الملكية آنأماً «اما الاول» فقد ورد فيه انهم حين ملكوا عتقوا فانه صريح في تحقق الملكية ولو حيناً ما و «اما الثاني» فقد ورد فيه: (ان العبد يشتري من التركة فيعتق) فان قوله (عليه السلام) فيعتق يدل على تحقق الملكية قبل العتق و

و يدفعه اولاً ما ذكره الشيخ المحقق الاصبهاني - قده - تحقيقاً لمعنى المبادله، من ان هيئة المفاعلة لمجرد تعدية المادة و انائها الى الغير، مثلا الكتابة لا تقتضى الا تعدية المادة الى المكتوب فيقال كتب الحديث، من دون تعديته الى المكتوب اليه، بخلاف قولهم كاتبه، فانه يدل على تعديتها الى الغير بحيث لو اريد افادة هذا المعنى بالمجرد لقليل كتب اليه.

و ثانياً لو منعنا ما ذكره قده - يدفعه ان الفعل في باب المفاعلة يسند الى من هو الاصيل في الفعل، و مع الاصلة في الطرفين يسند اليهما التفاعل، دون المفاعلة، وهذا ما ذكره الادباء في الفرق بين المفاعلة و التفاعل و مقتضاه منع استناد المبادلة الى القابل.

و ثالثاً انه لو سلمنا استناد المفاعلة الى الطرفين كان ذلك في المفاعلة الحقيقية، ولا يمنع ذلك عن اعتبار تحققها قائمة بفعل احد الجانبين كما في البيع فان ايجاب البايع قد اعتبره مصداقاً للبيع. و يشهد له عدم كون ما صدر عن المشتري اعني القبول انشاءً مستقلاً في قبال الايجاب، بل تثبتاً له و امضاء لانشاءه، و بعبارة اخرى: لا ينشأ بالقبول اعتبار راء اعتبار الايجاب والرضاء به. فالمبادلة ليس إلا ما انشأ بالايجاب، ولا يزيد بلحوق القبول عليه امر زائد على المنشأ بالايجاب. ثم ان المراد من المبادلة مبادلة ملكية المالكين، وليست الملكية الا امرأ اعتبارياً، فتكون مبادلة ملكية المالكين أيضاً اعتبارياً، فليس لها مصداق حقيقي خارجي، و انما جعل لها مصداق اعتباري وهو العقد، فالعقد مصداق للبيع، وان كان التعبير في بعض كلمات القوم بالسببية يشعر بتغايرهما، لكن ليس المراد السببية الحقيقية حتى يستلزم تغاير السبب والمسبب، بل المراد حصول البيع بالعقد لان العرف والعقلاء اعتبروه مصداقاً لمفهوم البيع.

«اما الثالث» فقد ورد فيه انه يشتري من الزكاة فيعتق، وفي بعض الروايات ثم يعتق وهذه الروايات لولم تكن وافية لا ثبات الملكية آنأما فلامحالة تدل على تحقق الملكية التقديرية، فان العتق بعد الشراء لا يتحقق الا ان تتحقق الملكية في رتبة متقدمة على تحققه واما بيع شيء من الات المسجد او شرائه له فلامانع من القول بتحقيق الملكية فيه لامكان القول بالكية المسجد، فان الملكية امر اعتباري يمكن اعتبارها بالنسبة الى كل شيء، ولا دليل على اشتراط كون المالك شخصاً ذاشعور. واما بيع الدين ممن هو عليه فلا مانع فيه ايضاً من اعتبار ملكية الدين انأما له ثم سقوطه. واما قولك فيلزم ان يكون الشيء علة لعدمه وهو محال فيرده: ان الملكية امر اعتباري كما نهنالك عليه وليس امراً واقعياً حتى تفرض فيها العلية والمعلولية، فانها من شؤون الامور الواقعية، واما الامور الاعتبارية فتحققها باعتبار معتبرها وعدمها بعدمه، والملكية لما كانت من الاعتبارات العقلائية، وملاك الاعتبارات العقلائية ترتب الاثر عليها فوجود الاثار العقلائية في اعتبار الملكية آنأما يحكى عن تحققه، والاثر الثابت له هو سقوط حق المطالبة الثابت لغيره، وبعد ترتب الاثر المذكور تسقط الملكية و يرتفع اعتبارها لعدم ترتب اثر عليه بعد.

ولا يخفى عليك انه ليس يلزم في اعتبار الملكية ترتب جميع آثارها بل يكفي فيه ترتب اثر واحد لتقوم اعتبار العقلاء بترتب اثر واحد، ألا ترى انه اذا عقد على الصغيرة فمات الزوج قبل بلوغها، فلو اجازت العقد بعد البلوغ وحلفت على رضائها بتزوجه لو كان حياً ولم تكن اجازت العقد لاجل الطمع في تركته، يحكم بزوجيتها للميت وتوريثها منه، مع انه يستحيل ترتب غيره من آثار الزوجية عليها.

ونظيره ما ورد في الرواية ان الميت اذا ورد عليه جناية يصرف ربحها في احسانه تعليلاً بقوله ع. لانه النفع الذي اكتسبه بموته فيصرف في احسانه، فانه

يتضمن الحكم بتملك الميت واكتسابه للديه، مع انه لا يمكن ان يترتب عليه آثار الملكية له من التصرف وغيره.

واما ما استشهد به على عدم اعتبار التملك في البيع من اطلاقه احياناً على ما ليس فيه تمليك فلا يدل على ذلك فان مجرد الاستعمال اعم من الحقيقة والمجاز.

واما الحقوق، فانها وان لم يقبل التملك الا انها لا تقع مبيعاً، فلا ينافي كون البيع تمليكاً بل تقع عوضاً، وهو يكشف عن عدم كون البيع تمليكاً من الطرفين بل من طرف البائع، واللازم في العوض مجرد وجود شيء في مقابل المبيع ينتفع به البائع، كما تدل عليه لفظة الباء في قولك: بعت هذا بهذا.

واما القبول فلا يدل ايضاً على تمليك العوض فانه مطاوعة محض لما دل عليه الايجاب و(لهذا) لوقال بعت بدل قبلت لم يتحقق الايجاب والقبول المتقوم منها العقد، بل يصير هو والايجاب ايجابين ولاجل كون القبول مطاوعة الايجاب يشترط فيه ان يقع في عقيب الايجاب، لعدم امكان المطاوعة قبل تحقق الفعل، نعم لو عبر بلفظ ايجابي دال على القبول التزاماً صح البيع وجاز الابتداء به لكونه ذاعبارين، فباعته كونه ايجاباً بالمطابقة صح الابتداء به وباعتبار كونه مطاوعة التزاماً جاز الاكتفاء به في القبول.

إن قيد الانشاء في التعريف خارج عن حقيقة البيع

اعلم انه كما سيجئ في المقام الثالث والرابع: ان البيع من الامور الاعتبارية. والامور الاعتبارية تختلف باختلاف الانظار، فانه ليس لها حقيقة وراء اعتبار المعترين، فاذا تحقق اعتبارها في بعض الانظار تحصل حقيقتها وان لم يعتبرها آخرون فالبيع العرفي بل بيع الصبيان في لعبهم بيع حقيقة لاجل تعلق اعتبارهم به، وليس للشارع ان يحكم بعدم كونها بيعاً، بل غاية ما يمكن

ان يحكم به عدم ترتب آثار البيع عليها، فما وقع للاعلام في تفسير لفظ الانشاء الواقع في تعريف الشيخ للبيع، من انه اضيف في التعريف ليشمل البيع العرفي، فاسد، لما عرفت من ان حقيقة البيع تتحقق باعتبار اى معتبر كان، وان البيع امر اعتبارى تتحصل حقيقته بمجرد تحقق الاعتبار، وليس له مرحلتان مرحلة الحقيقة ومرحلة الانشاء، كى يكون البيع الشرعى بيعاً حقيقياً والبيع العرفى بيعاً انشائياً. و (لعل) منشأ التوهم عبارة الشيخ في رسالة الاستصحاب من ان الملكية امر واقعى كشف عنها الشارع، وسيجيئ ان التحقيق خلاف ذلك كما هو مذهب الشيخ في المكاسب، بل المراد من ذكر لفظ الانشاء في تعريف البيع، الاشعار بكونه من الامور الاليجادية في قبال الاخبارات والامور القصدية الحاصلة بالقصد، ولو كان المراد منه ما زعمه اعلام المتأخرين للزم ان يكون الانشاء مأخوذاً في مادة البيع فيكون معنى بعت انشأت انشاء التملك، ولا يخفى فساده. وما ذكره بعض المحشين من ان مفاده ان البيع أمر انشائى، لا يدفع الفساد، اللهم الا ان يريد ما ذكرنا.

المبحث الثالث

في القيود المأخوذة في حقيقة البيع

ويعتبر في حقيقة البيع كون المعوض عيناً، وهو المائز بينه وبين الاجارة، فانه يعتبر فيما ان يكون متعلقها منفعة ولا يجوز تعلقها بالعين، كما ان البيع لا يجوز تعلقها بالمنفعة.

و (ربما) يتوهم ان يصح بيع المنفعة استناداً باطلاقه احياناً على العقد الواقع على المنفعة كما في قوله عليه السلام انك لا تبيع الدار بل تبيع سكانها وفيه انه انما اطلق عليه مجازاً والمصحح له وجود علاقة المشاكلة والمصاحبة اعني اقتران

المنفعة بالعين القابلة للبيع.

واعلم انه قد اتفقت كلماتهم على عدم اشتراط كون المبيع موجوداً بالفعل لجواز بيع ما في الذمة اعنى الكلى المضاف الى الذمة، ومنه بيع ثمرة الشجرة بعامين: والفرق بينه وبين اجارة الشجرة، ان البيع يتعلق بنفس الثمرة ولو بكليتها، والاجارة تتعلق بقوة الاثمار الموجودة في الشجرة، وهى المسماة بالمنفعة، فاذا حصلت له الفعلية ووردت دائرة الوجود الفعلى تصير عيناً، فان العين ما كان له الوجود الخارجى الفعلى. فالمنفعة بعد تبدها من القوة الى الفعلية، وتحليها بحلية الوجود الفعلى الخارجى، تصير عيناً فالعين قبل الخروج الى الفعلية منفعة، والمنفعة بعد الخروج اليها عين. وبالجملة الاجارة تفيد تملك قوة الاثمار الموجودة في الشجرة بالفعل، والبيع يفيد تملك نفس الثمرة التى هى عين خارجية فى قبال نفس الشجرة.

«واما العوض» فيشترط فيه مجرد المالية، فيصح جعل ما كان له مالية عوضاً في البيع. ومنه عمل الحرفانه واجد لما هو ملاك المالية اعنى كونه بحيث يبذل بازائه المال بلا اشكال، وان كان ربما يشكل فى جعله عوضاً من حيث عدم كونه ملكاً بناء على اعتبار الملكية فى العوض وهو المراد مما ذكره الشيخ ره بقوله: فان قلنا بانه قبل المعاوضة من الاموال فلا اشكال فى جعله عوضاً فى البيع والا ففيه اشكال، والا فمالية عمل الحر مما لا يقبل الشك والارتياب لكن ملكيته مما تطابق الشرع والارتكاز والبرهان على انتفائها «اما الشرع» فلان المعهود منه ان من تمكن من افعال كثيرة ويستغنى ويستطيع معها لا يعد مالكاً لما يستطيع به و «اما الارتكاز» فهو ايضاً يوافق الشرع فى عده فقيراً لا يملك و «اما البرهان» فلان عمل الحر من منافع، فيتبعه فى كون الملكية منفية عنه، فان الحر غير مملوك حتى لنفسه فان تملك الانسان لنفسه بالملكية المصطلحة

محال

و اما الحقوق، فقال الشيخ الكبير ره: ان البيع من النواقل، فلا يصح تعلقها بالحقوق غير القابلة للانتقال.

و اشكل عليه في الجواهر، بانها وان كانت لا تقبل النقل والانتقال الى غير من هي عليه، الا انه يمكن نقلها الى من هي عليه لا محالة، فتسقط، كما في بيع الدين ممن هو عليه.

و تعرض الشيخ ره لرد ما اورده صاحب الجواهر ره بقوله: وكذا لم يقبل الانتقال لان البيع تمليك الغير، ولا ينتقض ببيع الدين ممن هو عليه، الى ان قال: والسر ان الحق سلطنة فعلية (١) فيندفع ما اورده السيد ره عليه في تعليقه، من ان المانع المذكور في كلام الشيخ قده لا يشمل بيع الحق من غير من هو عليه، اذ قد عرفت ان محط كلام الشيخ مقالة صاحب الجواهر بامكان بيع الحق ممن هو عليه فاراد به الرد عليه في ذلك.

وكذا يندفع ما اورده عليه، ثانياً، من منع استحالة بيع الحق ممن هو عليه، قياساً على بيع الدين ممن هو عليه في افادة السقوط فان هذا كما ترى هو مقالة صاحب الجواهر بعينها التي سيق كلام الشيخ لاجل المنع عنها، وكان ظاهره وافياً في اندفاعه.

(١) والمراد من الحق هو الحق المعهود اعنى حق الشفعة والخيار وغيرهما مما لا يقبل الانتقال على ما يساعده سياق الكلام، فان هذه العبارة تعليل لعدم انتقالها. واما القسم الثالث من اقسام الحق الذي قد صرح «ره» بقباليته للنقل، فليس مشمولاً لهذا التعليل البتة.

اذا عرفت ذلك فاعلم ان المراد من التعليل المذكور، ان حقيقة ما هو من قبيل حق الشفعة والخيار من الحقوق تستلزم السلطنة على الغير بنحو الفعلية، واما الملك فهو علقه بين المالك والمملوك غير مقتضية للسلطنة على الغير الا بنحو الشأنية والتعليل، اعنى السلطنة على دفع الغير عن مملوكه اذا تزاخه فيه، واما مع عدم التزاخ فلا سلطنة عليه. وهذا بخلاف الحقوق المذكورة، فان من له الحق مسلط على مطالبة حقه من الغير مادام الحق باقياً فاذا انتفى الحق تنتفى السلطنة أيضاً بانتفاء موضوعه.

توضيح مراده -قده- أن النسبة تتحقق بطرفين متغايرين، ويمتنع تحققها مع اتحادهما، فالسلطنة وهى نسبة تحصل بين المسلط والمسلط عليه يمتنع اتحاد طرفيها عند فرض تحقق نسبة السلطنة بينهما. ولما كان الحق عبارة عن السلطنة على الغير لم يعقل بيعه منه، لاستلزامه اتحاد المسلط والمسلط عليه. واما بيع الدين ممن هو عليه اعنى تملك الانسان لما فى ذمة نفسه، فغير مستلزم لاتحاد طرفي النسبة والاضافة، فان الذمة (١) وان كانت قائمة بالشخص الا انها غير متحدة معه، بل كان قيامها به كقيام الاعراض بمعروضاتها.

والتحقيق انه لا دليل (٢) يقتضي تغاير طرفي النسبة الحقيقية، فضلاً عن الاعتبارية، واستحالة اتحاد طرفي النسبة والاضافة احياناً لاجل خصوصية خارجة عن حقيقة الضافة بما هى اضافة، كاضافة العلية والمعلولية، فانه يستحيل اتحاد طرفيها، لاستلزامه توقف الشيء على نفسه. واما فيما لم تكن خصوصية زائدة توجب تغاير الطرفين فالاستحالة ممنوعة.

اللهم الا ان يقال: انه كما يستحيل اتحاد طرفي الضافة فى بعض الضافات الحقيقية الخارجية لاجل خصوصية تقتضي ذلك كذلك يمكن ان

(١) الذمة هى العهدة، وهى اسم مصدر من العهد بمعنى الالتزام. وقد اعتبروها حيزاً و موطناً، موجوداً فيه الكلى بكليته، وشاغلاً له، متعلقاً للملكية. ومقوم هذا الاعتبار التزام الشخص وتعهد واحد بدفع مال، بالبيع او الاجارة او الاستدانة او النذر والعهد او غيرها، و ان كان قد يحصل اعتبار شغل الذمة من دون التزام اختياري منه، من ناحية العرف او الشرع.

ومنه يعلم استحالة كون الشخص مالكاً لما فى ذمة نفسه، فان مرجعه الى تعهده بدفع مال الى نفسه كما عرفت، وهو غير معقول.

(٢) قد بينا فيما وضعناه من الرسالة لبيان حقيقة المعنى الحرفي وجه استحالة اتحاد طرفي النسبة عند البحث عن حقيقة النسبة، لكن الامر سهل فيما نحن فيه، لعدم كون السلطنة نسبة بل هى من مقولة الكيف من المقولات الحقيقية، اولاً، ومنع كون الحق سلطنة حقيقية، ثانياً.

يكون اعتبار بعض الاضافات الاعتبارية بنحو لا يمكن معه اتحاد اطرافها، وازافة الحق من هذا القبيل. ويشهد له اتفاقهم على سقوط الحق لو فرض انتقاله الى من هو عليه.

و بالجمله لو قلنا باعتبار التملك في البيع في جانب العوض ايضاً لا يمكن جعل الحق عوضاً لان الحق كما اشرنا اليه آنفاً، اضافة مستقلة في قبال اضافة الملكية، فلا يمكن تعلق الملكية به. واما لو قلنا بان المعتبر من التملك في حقيقة البيع، هو التملك في جانب المبيع فقط، واما في جانب العوض، فلا يعتبر الا مجرد كونه مما ينتفع به البائع (كما هو الحق) فلا اشكال في وقوع الحقوق عوضاً. هذا فيما اذا كان المجهول عوضاً هو نفس الحق، واما اذا جعل اسقاطه عوضاً في البيع، يكون البحث في صحته من مصاديق البحث في صحة جعل الحر عوضاً فيه.

واما سقوط الحق الذي هو من شأنه وليس عملاً لصاحب الحق فيمكن الاشكال في وقوعه عوضاً من حيث الاشكال في ماليته.

وقد تحصل مما ذكرنا، ان المأخوذ من القيد في حقيقة البيع امران:

«الاول» عينية المبيع وحده دون العوض، وما نقل من الشيخ الكبير من ان البيع لنقل الاعيان فانما اريد منه نقل الاعيان بالاصالة في قبال الاجارة التي انها لنقل المنافع كذلك و الا فلا اشكال في وقوع الاعيان عوضاً في الاجارة، والسرفيه: انه ليس نقل العوض فيها الا بالتبع.

«الثاني» مالية كل من العوض والمعوض، فلا يقع حبة من الحنطة ولا قبضة من التراب عوضاً او معوضاً في البيع لانتهاء المالية عنهما، وان كانتا ملكا بغير اشكال ولذا لا يجوز التيمم عليها بدون اذن المالك، فان المعتبر في البيع هو مالية العوضين وهي مغايرة مع الملكية، والنسبة بينها عموم من وجه، فقد تتحقق الملكية من دون تحقق المالية، كما في المثالين المتقدمين، وقد يعكس

الامر، كما في الكلي المضاف الى الذمة، فانه مال وليس بملك قبل تملكه من الغير، وكما في عمل الحر، فانه ايضاً مال وليس ملكاً قبل التملك من غيره، ولذا لو حبس لم يكن ما فاته من الاعمال مضموناً له وكذا لو كان مستطيعاً من عمل يذل بازائه ما يكفي مؤنة الحج لا يعد مالاً كما لما يستطيع به من الحج. والبيع انما يتحقق مع مالية العوضين وان كان الملك منفيماً عنها كبيع الكلي الذي قد تقدم كونه مالا منفيماً عنه الملك (١) ولا يتحقق مع ملكية العوضين عند انتفاء المالية عنها، فلا يصح بيع قبضة من التراب مع انه ملك لا يجوز التصرف فيه بغير اذن مالكة.

و ربما يظهر من بعض اعتبار الملكية، وهو خلط بينها وبين المالية، نعم تعتبر ملكية العوضين باعم من حصولها قبل العقد او بنفس العقد غير حاصل قبله، واما تحققها في رتبة متقدمة على العقد فغير معتبر في البيع بخلاف المالية فان المعتبر منها تحققها في رتبة متقدمة على العقد.

(١) اعلم انه لا اشكال في اخذ التملك في حقيقة البيع في جانب المبيع، وان استشكل الاستاذ «وقده» في اخذه في جانب العوض بل جوز وقوعه عوضاً باعم من حيث الملك او السقوط او غيرهما مما ينتفع به البايع. فلو وقع الثمن عوضاً من حيث الملك، والمعتبر في البيع تملك المبيع، كان مقتضى المقابلة والمعاوضة بينهما دخول كل منهما في ملك خرج عنه الاخر، فلو دخل في ملك لم يخرج عنه الاخر لم تتحقق المعاوضة بينهما.

فيقع الاشكال في بيع الكلي، لما تقدم من استحالة كون الكلي مملوكاً لمن في ذمته (وحله) ان تعلق البيع بالكلي الموجود في ذمة البايع بملاحظة كونه في قوة الملك له، وانه اذا خرج الى الوجود العيني يكون ملكاً له، فيقع البيع عليه لاجل اعتباره ما هو موجود في الخارج بالقوة، موجوداً فيه بالفعل، تعويلاً على تعهد البايع لايجاده في الخارج، وبهذا الاعتبار صار مالا يرغب فيه الناس.

و بالجملة وقوع الكلي متعلقاً للبيع لاجل اعتباره موجوداً في الخارج «وبعبارة اخرى» لا يتعلق البيع الا بالوجود الخارجي، لكنه يكفي الحاصل منه بالاعتبار، وان كان لا يكتفي به عند القبض والاقباض، لكونها فعلاً خارجياً لا يتعلق الا بالموجود في الخارج حقيقة. هذا وقد تبين مما ذكرنا الاشكال في الاستشهاد ببيع الكلي على عدم اعتبار الملك في العوضين.

المبحث الرابع

في التمسك بالاطلاقات الواردة من الشرع في البيع

اعلم ان الاعتباريات كما سيجيء تفصيله ليس لها حقائق وراء اعتبار معتبريها، فتختلف حقيقتها بحسب اختلاف اعتبار المعبرين، فتكون حقيقتها عند معتبر غير ما كانت عند معتبر آخر. واما الامور الواقعية، فحقايقها على ما هي عليه في الواقع لا تختلف بحسب اختلاف الانظار، بل يتعلق بها العلم تارة والجهل اخرى.

اذا عرفت ذلك فاعلم: ان البيع لو كان من الامور الواقعية الحقيقية التي لا سبيل لغير الشارع اليها واما كشف عنها الشارع كما ذهب اليه الشيخ ره في «الفرائد» (١) كان طريق تحصيل المعرفة على مصاديقه منحصرأ في بيان الشارع، حيث لا سبيل اليه بحسب الفرض لغيره، فلم يجز التمسك بعمومات البيع الا بعد احراز مصاديقه ببيان الشارع، حيث انه لا يجوز التمسك بحكم الا بعد احراز تحقق موضوعه، والمفروض نفي السبيل لغير الشارع الى حقيقة البيع من دون بيانه، فتحقق مصداق لها او عدمه يحق لغيره ولا يتبين الا بيانه ولا يظهر الا باظهاره. فرجع الشك في جواز بيع وعدمه الى الشك في موضوع احل الله البيع وغيرها من عمومات البيع، فيكون التمسك بها معه تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية.

(١) لا تخفى سخافة هذا القول ان كان له قائل، يعلم وجهها مما اوردناه في الحاشية الثانية في شرح حقيقة البيع، واما الشيخ قده فلعل مراده من نفي السبيل الى البيع لغير الشارع، خفاء اعتبار الشارع المتقوم به البيع عند المتشعبة على غيره من دون بيان منه ولو بالسكوت الكاشف بضميمة مقدمة خارجية عن مطابقة اعتباره لاعتبار العرف.

واما لو كان من الامور الاعتبارية كما صرح به الشيخ في مواضع عديدة من المكاسب، فان قلنا بعدم استقلال الشارع بالنسبة الى حقيقة البيع باعتبار خاص، و تبعيته للعرف في اعتباره، واما حكم مجواز بعض افراده و عدم جواز بعض آخر، يكون المرجع في احراز تحقق البيع و عدمه نظر العرف، فيشمل عمومات البيع بمجرد حكم العرف بتحقيقه فان قام الدليل من الشرع بعدم جواز بيع، يكون مخصصاً لها (١) بخلاف الوجه الاول فان بناءً عليه يكون الدليل الدال على عدم جواز بيع مخرجاً اياه عن موضوع البيع، و تحطئة لحكم العرف بكونه بيعاً هذا.

واما اذا قلنا بان للشارع بالنسبة الى البيع اعتباراً مستقلاً في قبال اعتبار العرف، لا يكفي مجرد حكم العرف بتحقيق البيع في التمسك بعموماته الشرعية، بل لابد من احراز اعتبار الشارع. نعم يكون اعتبار العرف عند فقد بيان الشارع لاعتباره في حقيقة البيع طريقاً و مرآةً اليه، لقبح اخذ الشارع لما استقل باعتباره في قبال اعتبار العرف في موضوع احكامه و تكاليفه، من دون بيانه للمكلفين الذين سبق الى اذهانهم اعتبار العرف، فانه يستلزم اغرائهم في الجهل و تكليفهم بما لا يطاق، لما يتلقونها واردة على اعتبار العرف ولا يقدر و

(١) الحكم مجواز البيع و عدمه، بعد كون المراد منها الوضعيين، اعني الصحة و الفساد، مساوق لاعتبار البيع و عدمه، بناء على كون لفظ البيع موضوعاً للصحيح، وكون حقيقته هي الصحيح، وان الفاسد فاقد للحقيقة المتقومة بها البيع.

و مع ذلك كان التفصيل و التفرقة بين الاعتبار و الحكم بالجواز، صحيحاً خالياً عن المحذور، و المصحح له لحوق الاعتبار الثانوي، اعني ما عبر ناعنه فيما تقدم من الكلام في الاعتبار، بتكرار الاعتبار. و توضيحه فيما نحن فيه: ان البيع وان كان بعد تحقق كلى اعتباره سارياً الى افراده قهراً الا انه يمكن اعتبار ما ليس بفرد له فرداً له و ما كان فرداً، غير فرد له باعتبار ثاني، و نفى الجواز عن فرد من افراد البيع بعد تسليم كلى اعتباره، يكون بارتكاب هذا القسم من الاعتبار.

على امتثالها لعدم قدرة المكلف على امتثال التكليف، مع الجهل بموضوعه وفقد الطريق الى العلم بها.

هذا هو مقتضى التحقيق في المقام، وعليه ينطبق كلام الشيخ-ره- حيث قال: واما وجه تمسك العلماء باطلاق ادلة البيع ونحوه فلان الخطابات لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع وشبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف او على المصدر الذي يراد من لفظ بعت فيستدل باطلاق الحكم بجملة او بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشارع ايضاً. و يؤيده قوله فيما قبل: ويمكن ان يقال: ان البيع وشبهه في العرف اذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول بعت عند الانشاء لا يستعمل حقيقة الا فيما كان صحيحاً مؤثراً- الى ان قال- فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل بعت عند العرف والشرع حقيقة في الصحيح المفيد للاثر «انتهى» و انت بعد الاحاطة على ما ذكرناه تطلع على متانة هذا الكلام وسلامته عما اورد عليه.

و مما ذكرنا يظهر الفرق بين العبادات والمعاملات، حيث يتمسكون في صحة المعاملات بالعمومات الشرعية دون العبادات فانها لم يتطرق اليها اعتبار العرف. بل انما استقل الشارع باعتبارها فلا بد في التمسك بالعمومات فيها من احراز موضوعاتها من بيان الشارع، فلو كان له بيان فهو والا تصير جملة، وليست مسبوقة باعتبار العرف حتى يؤخذ طريقاً الى اعتبار الشارع فيها عند عدم بيانه، كما تقدم نظيره في المعاملات على بعض الوجوه، هذا.

ثم انه قد ادعى السيد ره تمسك الاصحاب باطلاق ادلة العبادات ايضاً، فذكر: انهم قد ارتكبوا ذلك، مع ان من مذهبهم كون الفاظها موضوعة للصحيح منها، فينتفي الفرق بين كونها موضوعة للصحيح او الاعم منه ومن الفاسد، لجواز التمسك بالعمومات في المعاملات والعبادات على كلا الوجهين

(وهذا اشتباه منه-ره-) قد نشأ من خلط محل النزاع وهو التمسك بعمومات الاحكام بالتمسك باطلاق الموضوعات، والاصحاب انما تمسكوا باطلاق ما كانت من الادلة مسوقة لبيان الموضوعات، كقوله صلى الله عليه وآله: صلوا كما رأيتموني اصلي، وقوله عليه السلام: الا احكى لكم وضوء رسول الله صلى الله عليه وآله، وقوله عليه السلام: لا يضر الصائم ما صنع اذا اجتنب اربع خصال. ولم يتمسكوا باطلاق ما كانت منها مسوقة لاجل بيان الاحكام كقوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكاة (والسر في ذلك) ان الادلة الواردة لاجل بيان الموضوعات كانت في مقام بيان اعتبار الشارع لحقيقة الصلاة والوضوء وغيرهما، فهي مع فقد الاطلاق اللفظي ايضاً مقرونة بالاطلاق المقامى، اعنى كون المعصوم عليه السلام في مقام بيان جميع ما يعتبر في موضوع حكم، فان لم يذكر فيها امراً يكشف عن عدم اعتباره فيه، كما بيناه في محله، ومع منعه ايضاً صح التمسك بها بمعونة نظائر قوله صلى الله عليه وآله: صلوا كما رأيتموني اصلي، فانه اذا اتبعه الامام عليه السلام ببيان صلاته ولم يذكر فيها امراً، نحكم بعدم كونه معتبراً في الصلاة لاجل عدم اشتمال صلاة النبي عليه التي امرنا بالصلاة مثلها (١) و اما عمومات الاحكام فالتمسك بها يتوقف على احراز موضوعاتها، فلا يجوز التمسك بها في اثبات صحة فرد، بل يوجب الشك في اعتبار شيء في الصلاة اجمال الدليل المأخوذ في موضوعه عنوان الصلاة. وهذا بخلاف ادلة المعاملات فان اعتبار الشرع فيها يحرز من اعتبار العرف، فيكون التمسك بعمومها تمسكاً بها بعد احراز موضوعها.

(١) وفيه شبهة احتمال عدم ذكر الامام عليه السلام لبعض خصوصيات صلاة النبي صلى الله عليه وآله، فان مجرد ذكره لخصوصيات يشتمل عليها صلاته صلى الله عليه وآله، لا ينافي كونها مشتملة على خصوصية غيرها لم يذكرها الامام عليه السلام. والكافل لدفعها هو الاطلاق اللفظي او المقامى وليس غيرهما حجة ثالثة يؤخذ بها عند فقدهما.

في دفع توهم استحالة كون الموضوع في احكام البيع ونحوه هو الصحيح اعلم ان بحث الصحة والفساد الجارية في العبادات والمعاملات انما هو في اسبابها، حيث ان السبب هو الذى يتصف بالصحة والفساد باعتبار التأثير وعدمه، والمسبب لا يتصف بالصحة والفساد، بل بالوجود تارة وبالعدم اخرى. فان السبب ان تم له التأثير يوجد عنده المسبب، والا لا يحصل ولا يوجد رأساً حتى يتصف بالصحة والفساد.

اذا عرفت ذلك فاعلم انه سبق الى بعض الاوهام استحالة كون المراد محملاً اخذ في موضوع الاحكام من البيع وغيره هو صحيحها، بل لا بد وان يكون المراد منه اعم منه ومن الفاسد، فانّ الصحة كون الشيء جامعاً لجميع الشرائط الدخيلة في تأثيره ومنها ما لا يتحصل الا بالحكم ولا يتكون الا من قبله نظير قصد القربة في العبادات فانها من الامور الدخيلة في تحقق الصحة ويستحيل حصولها الا بعد تعلق الامر.

اقول: ومنشأ هذا التوهم خلط الصحة والفساد الحاصلتين قبل الامر بالصحة والفساد الحاصلتين بعده، فانّ الصحة بالمعنى الثاني كون الشيء جامعاً لجميع الشرائط حتى ما تتحصل شرطيته بنفس هذا الحكم، دونها بالمعنى الاول، فانها استجماع الشيء لجميع الشرائط الدخيلة في تعلق الحكم به.

المبحث الخامس

في بيان حقيقة الملكية

اعلم ان المفاهيم اعني ما تحكى الالفاظ عنها على اربعة اقسام (احدها) الامور الواقعية الحقيقية التي لها وجود في الخارج لا يختلف

باختلاف الانظار و يترتب عليه الاثار الخارجية و يقبل الاشارة الحسية .
 (ثانيها) الامور التي كانت موجودة واقعاً لكن لا في الخارج بل في الذهن .
 وهذا القسم ايضاً لا يختلف باختلاف الانظار، بل هي على ما هي عليه
 في الواقع، و ان كان لا يترتب عليها الاثار الخارجية .

(ثالثها) الامور الانتزاعية التي لا خارجية لها ولكنها منتزعة
 من الخارجيات، و بعبارة اخرى، لها خارجية باعتبار منشأ انتزاعها، ولا تختلف
 ايضاً باختلاف الانظار، كالفوقية والتحتية . وهذا القسم يسمى في الفلسفة
 بالاعتباريات . (١) وليست من هذا القبيل الملكية وامثالها، فاجعلها المحقق

(١) الاعتباريات باصطلاح المعقول هي العناوين المطلقة على الامور بملاحظة اقترانها بامور
 اخر . و حقيقة الاعتبار على هذا الاصطلاح، جعل العنوان لامر بملاحظة وجود امر اخر، والمقوم له
 امران «احدهما» مركوب الاعتبار اعني ماله الاعتبار «والثاني» ملاكها اعني ما عنه الاعتبار و
 هو المعبر عنه في لسان القوم بمنشأ الانتزاع «توضيحه» ان عنوان الفوق مثلاً يحصل لمعنونه لاجل
 وجود شئ بينه و بين الارض، و يعاكسه عنوان التحت، فانه عنوان يحصل لمعنونه بملاحظة وجوده
 بين شئ و بين الارض، و ان كان يمكن كون ما حصل عنوانها بلحاظه، امراً آخر اعم من تخلل
 شئ بين شئ و بين الارض . بيان ذلك، ان المتحقق في الخارج والمتحلى بجملة الوجود عند تحقق
 الفوقية والتحتية، امران . وجود كل من الشئين في أين وحين خاص له (وامران اخران) وهما
 نفس الاين الخاص بكل منهما، وليس ورائها وجود آخر يقابل بالفوقية اوالتحتية، ولا يمكن فرض
 الوجود لها بالمركب من الوجودات المذكورة . فان الوجود امر بسيط لا يتركب من اجزاء متغايرة
 فليس لعنوان الفوق والتحت ما يجزاء في الخارج وراء ذات المعنون بهما .

و يشهد له انه لا يحدث في المعنون بعنوان الفوق تغير بتغير الامر الموجود بينه و بين الارض عن
 مكانه . بل هو على ما هو عليه في حيزه الخاص له وكذا لا يحدث تغير في المعنون بعنوان التحت،
 بتغير الشئ الذي وجد بينه و بين الارض عن مكانه . فتبين ان الفوق والتحت عنوانان يحصلان
 لمعنونها، من دون حيثية لهما يجاذبها عنوانها، بل كان حصولها لاجل امر خارج عن محيطته .
 ومن هنا يبدو الاشكال فيما ذكرنا من حيث ان العنوان لا يطلق على المعنون الا بعد حصول
 مفهومه فلا يصدق عنوان الفوق مثلاً على معنونه الا بعد ثبوت مفهومه له، ونعني من المفهوم: ما

وضع له لفظه، فهو في صدقه على المعنون يشتمل على مفهوم ثابت له، فاين هو من الصادق على المعنون من دون حيثية ثابتة له، يحاذيها.

«والجواب» انك بعد ما عرفت متن البيان المتقدم: ان المعنون بعنوان الفوق غير واجد لحيثية يحاذيها، تعلم ان في الاشكال مغالطة توجهه الى خلاف الحقيقة، و«بيانها يتوقف» على بيان وضع المشتقات، وقد مضى فيه شطر من الكلام في تنمة البحث في الاعتباريات باصطلاح الاصول، ومحصله: ان المشتقات اعنى ما هو المراد منها في بحث المشتق من الاصول، وهو المشتق على المشتق حقيقة، وما هو بمنزلة وهو جميع العناوين الجارية على الذوات باعتبار امر خارج عن حقيقتها، موضوعة لنفس الذوات، لاهى وحيثية زائدة عليها، وان كان وضعها لها متقيداً بصورة حصول امر آخر وهو صدور الضرب مثلاً عن الذات وحصول امر بين ذات الفوق وبين الارض في وضع كلمة الفوق عليها، فليس الموضوع له عنوان الفوق الا ذات المعنون، وهى مفهومه الواقع بجذائه وان كان وضعه عليها بملاحظة وجود امر خارج عنه.

ومنه يعلم ان المشتقات باجمعها عناوين اعتبارية بهذا الاصطلاح، وان كان فيها فرق بين بعضها مع بعض، من حيث كون ما تقيده به وضعها على الذوات حدثاً صادراً عنها، أو امراً خارجاً عن حيطتها، لا يرابطها في الوجود اصلاً. والفوق والتحت وما شابهها من القسم الثانى. ولك الخيار في تعميم الاصطلاح على جميعها نظراً الى عموم الملاك لها، او تخصيصه بالقسم الثانى لعدم التمثيل في كلماتهم الا بمصاديقه، والامر سهل فيه بعد وضوح حقيقة الحال. وبهذا الاصطلاح جرى النزاع المعروف في الوجود والماهية، اعنى البحث في مسألة اصالة الوجود والماهية واعتباريتها التى هى ام المسائل في الحكمة المتعالية. وقد الجانا تكميل البحث في الاعتبار الى التعرض لحقيقة المسئلة المذكورة حتى لا يبق محل كلام في الاعتبار.

معنى الاعتبارية في مبحث اصالة الوجود والماهية

اعلم: ان كل امر واحد بسيط في الخارج اذا لاحظته العقل يذعن بالبدهة باشماله على جهتين، يشارك في احديهما غيره من الخارجيات وهى الوجود، ويختص بالاخرى منها وهى الماهية، فالخارجيات بسائطها ومركباتها من الانسان والبقر والحجر والشجر والمدرو غيرها، اذا لاحظتها،

تراها انساناً ووجوداً وبقراً ووجوداً و حجراً و وجوداً وهكذا.
وتوضيحه: ان الانسان اذا لاحظ كل امر خارجي كالانسان والحجر وغيرهما لا يرى
في الخارج الا واحداً خارجياً، لكنه اذا انتقل الى انه انما لاحظها في مرآة ذهنه و ان الملحوظ
في الحقيقة امر آخريغايرها، و ان كان عينها بحسب اللحاظ له، يدعن بان ما في الخارج له جهتان،
يتحد الملحوظ في الذهن بحسب احديهما، ويغايره بحسب الجهة الاخرى وهي الوجود العيني الذي
هو منشأ لترتب الآثار الخارجية.

فيبدو للعقل - بعد حكمه باستحالة شغل كلا الجهتين للخارج عرضاً، لكون المفروض اشتمال
كل واحد بسيط خارجي عليهما، والا يلزم كون كل واحد خارجي اثنين متغايرين وهو خلف - ان
الشاغل للخارج هل هو جهة الوجود، فيكون الخارج فارغاً عن جهة الماهية وهي غير شاغلة له، ام
هو الماهية، فيكون الخارج فارغاً عن الوجود، وهو غير شاغل له كذلك .

وهذا منشأ اختلاف المسلكين في الاصلة والاعتبارية للوجود والماهية.

اما المسلك الاول وهو كون الوجود اصيلا والماهية اعبارية، فتقريبه: أن الوجود حقيقة واحدة
متشككة لها مراتب لا تتناهى بحسب الشدة والضعف، و ان الخارجيات باجمعها هي الوجود،
والاختلاف بينها بحسب الاختلاف في مراتبه، والحاصل في الذهن عن كل واحد منها صورة المرتبة
الخاصة به من الوجود، وهي الماهية، و بعبارة اخرى ما يدركه الذهن له من الماهية هو حد تلك المرتبة
الخاصة من الوجود، الميزة لها عن غيرها من مراتبه.

والحدود المميزة لمراتب الوجود، بعد اتحاد تلك المراتب في الحقيقة وكون حقايقها بحت الوجود
وصرفه، انما يحصل لها بملاحظة الوجود مع العدم، اعني ذات المرتبة الخاصة، وهي الوجود مع فقدها
لما يشتمل عليه مرتبة اخرى من مراتب الوجود.

فصدق الانسان، وهو ماهية مرتبة من مراتب الوجود على تلك المرتبة نظير صدق عنوان الفوق
على معنونه في كون صدقه على معنونه بملاحظة امر يغاير لمعنونه و يبينه. فان صدق الانسان على
ذات مرتبة من الوجود وهي بحت الوجود وصرفه - لما تقدم من كون حقيقة جميع مراتب الوجود هي
بحت الوجود وصرفه وان كان يشتد ويضعف بحسب اختلافها - بملاحظة عدم مرتبة اخرى
من الوجود و انتفائها عنها، و هو خارج عن ذاتها أعني بحت الوجود وصرفه، فالانسان وغيره
من الماهيات امور اعتبارية، والوجود هو الاصيل الشاغل للخارج.

الخراساني-قده-من عدّها من الامور الاعتبارية الانتزاعية، فانما هو خلط بين اصطلاحى الاصول والفلسفة، فان الملكية من قبيل الاعتباريات الاصولية دون الاعتباريات الفلسفية التي هي الانتزاعيات كما عرفت.

(رابعها) الامور التي لاحظ لها من الوجود لا في الخارج ولا في الذهن فتختلف لامحالة باختلاف الانظار. ويسمى هذا القسم في الاصول بالاعتباريات (١) وحققتها مجرد الفرض والادعاء (توضيح ذلك) ان من الاشياء ما كان فاقداً لحيثية حقيقة، قد فرضوا كونه واحداً لها فصارت تلك الحيثية ثابتة لها فرضاً. فهذا الفرض هو الاعتبار، والوجود الحاصل لها فرضاً سمي بالوجود الاعتباري، ويترتب عليه اثرها عند المعتر.

وهذا بعينه ينطبق على المجاز العقلي الذي ذكره السكاكي، وهو فرض ما

«واما المسلك الثاني» فتقريره ان الخارجيات متباينات بذواتها، والشاغل للخارج هو الذوات المتباينة، وهي المسماة بالماهيات، والحاصل في الذهن صور تلك الماهيات لا انفسها، وان كانت فانية عند لحاظ النفس لها في الملحوظات بحيث كانت النفس لا ترى في لحاظها الخارجيات، فهي بعينها كالصور المنقوشة في المرآة، الفانية فيما يواجهه من الاشياء والمتحدة معها بحسب اللحاظ، وان كانت مباينة لها في الحقيقة.

وبالجملة ان الصورة الذهنية بحسب اللحاظ متحدة مع الماهية الخارجية وان كانت الماهية الخارجية يترتب عليها الآثار دونها، فهي بالقياس الى الصورة الذهنية مستحقة لصدق عنوان الوجود الخارجي، فليس للوجود حيثية ثابتة للمعنون به حقيقة، بل كان صدق الوجود عليها بلحاظ امر آخر وهو الصورة الذهنية، فكان صدق الوجود على الخارجيات كصدق الفوق على معنونه بعينه.

وعليك بمراجعة ادلة كلا المسلكين في كتب العقول. والمسلك الاول، هو المختار لصدور التأهين في الاسفار ومن تاخر عنه ومنهم الحكيم السبزواري في المنظومة، وقد ذكره للدليل عليه وجوهاً ستة، ولنا فيه وجه آخر وقع اليه اشارة ما في اثناء الكلام، ولا يسع المجال لبيان، فان المختصر لا يفي بازيد من هذا من المقال، مع ان الغرض فيما نحن فيه قد حصل بهذا المقدار.

(١) قد مر الكلام فيها في الحاشية الاولى على التفصيل.

ليس بمصدق لمفهوم حقيقة مصداقاً له ادعاء، ثم استعمال لفظه فيه. كان يفرض زيد مصداقاً لمفهوم الاسد فيستعمل لفظ فيه، فليس هذا الاستعمال مجازاً لفظياً واستعمالاً للفظ في غير ما وضع له، بل استعمالاً له في مصداقه وان كانت مصداقيته له بحسب الفرض والادعاء. وهذا وان كان قد ذكره السكاكي مجرد استعمال اللفظ الموضوع للمفروض في المفروض له وتعديته منه اليه بمقتضي القواعد الادبية، لكنّه لا تنحصر فائدته في مجرد استعمال اللفظ، بل ربما يكون الاعتبار لاجل ترتب جميع الاثار او بعضها حسب ما يقتضيه نظر المعبر.

مثلا الزوجية الحاصلة بين الزوجين التي هي احدى الاعتباريات قديعتبر تحققها بين الزوجين لترتيب جميع اثار الزوجية وقد يعتبر لاجل ترتيب اثر واحد من اثارها، كاعتبارها بعد موت احدهما لاجل التوريث فقط. وهو يجري في الالفاظ والكتابات اعني النقوش الموضوعه و يجري في غيرها مما ادى الغرض الى تعلق الاعتبار بها هذا.

وعلى ما ذكرناه في حقيقة الاعتبار يتنى ما ذكره في المعقول، من ان للشئ وجودان حقيقيان ووجودان اعتباريان وهما الوجود الكتبي والوجود اللفظي، فان كون الكتب واللفظ وجوداً للمعنى ليس الا بحسب الفرض المذكور (وهذا) تحقيق ما ذكره المحقق الخراساني ره في الكفاية من ان وضع اللفظ للمعنى ليس مجرد جعله علامة له، بل الوضع جعل اللفظ مرآة للمعنى (١) بحيث لو اتى اللفظ كان المعنى هو الملحق واليه ينظر ما ذكره الحكيم

(١) ليست مرآة اللفظ للمعنى امراً اعتبارياً معدوماً حقيقة، بل اراءة اللفظ للمعنى امر حاصل موجود نشاهده بالعين والعيان. وما تعلق به الجعل والاعتبار هو العينية بين اللفظ والمعنى، وكون اللفظ وجوداً للمعنى. والارائة والمراتية من خصائص العينية لعدم حكاية الشئ عن الشئ المغاير له.

و تحصلان للفظ بعد استيناس الذهن بالعينية بينهما، والمقوم لها هو الاستيناس المذكور، دون

السبزواری في منظومته.

اذ في وجودات الامور رابطة يرشدكم صناعة المغالطة .
ولاجل كون اللفظ والكتب وجوداً للمعنى يجعلان موضوعاً في القضايا
اللفظية والكتبية.

ثم ان الاثار المرتبة على الاعتباريات تختلف باختلاف معتبرها فان فرض
ثبوت حيثية لشيء كان فاقداً لها حقيقة، لا يستتبع الا ترتيب مالها من الآثار
عندالمعتبر فقط (١) فربما يكون ترتيب اثر من الاثار مقدوراً لمعتبر لم يكن مقدوراً
لمعتبر آخر، فترى ان اعتبارالسلطان لورقة قرطاس، وتنزيلها بمنزلة الذهب
والفضة في وقوعها اثماناً مرغوبة للناس، يجري في جميع نواحي مملكته ويعاملون
معها معاملة الذهب والفضة، والصبيان يعتبرون بعين هذا الاعتبار فلا يترتب
عليه اثر الا في لعبهم.

ومما ذكرنا يعلم عدم ترتب الاثار الخارجية على الاعتباريات
بمجردالاعتبار، فلا يترتب على ورقة القرطاس الاثار التكوينية للذهب والفضة
من حيث الثقل واللون والزينة وغيرها لعدم كونها بيدالمعتبرين. وبالجملة
المرتبة على الاعتباريات هي الاثار العرفية والشرعية التي بيدالمعتبرين حسب
اختلافهم دون الاثار التكوينية الخارجية.

اذا عرفت حقيقة الاعتبار فلنشرع في تحقيق الملكية التي هي احدى
الاعتباريات (٢) فنقول: انه قد ذهب بعض الى كونها من مقولة الجدة، ومما

العينية الاعتبارية التي لا تصلح لان يترتب عليها الاثار الحقيقية، لاستحالة تأثير ما هو فاقد
للخارجية في حصول امر خارجي تحقق في الخارج.

(١) لا يجب في الاعتبار ترتيب جميع ماله من الاثار عندالمعتبر بل قد يكون الاعتبار بالنسبة
الى بعض الاثار دون بعض.

(٢) تحقيق حقيقة الملكية، بناء على الطريقة التي بيتاها في طريق كشف حقيقة الامور

الاعتبارية، يستدعى البحث عن منشأ اعتبار الملكية.

تحقيق حقيقة الملكية

الملكية مصدر جعلى من الملك (وهو مصدر ملك يملك) وربما يستعمل بمعنى المفعول وبهذا المعنى صح جعل المصدر منه والحاق الياء المصدرية عليه.

والمعنى المصطلح عليه جميع صيغ هذه المادة في ابواب المعاملات، هو الملك الاعتبارى اعنى اعتبار الملك الحقيقى (وهو الوجودان) وما يعبر عنه بالفارسية (داشتن) بل ليس فى الفارسية لغة تحاذى الملك فى العربية، الا ذلك، بل ولا فى سائر اللغات الا ما كان من اللفظ مرادفاً له مستعملاً فيما يراد منه فى الفارسية.

وبالجمله ان المستعمل من لفظ الملك فى جميع اللغات، هو الالفاظ المترادفة للوجدان، فيعلم ان حقيقة الملك هى الوجدان. ويشهد له ايضاً التبادر، لا سيما عند من له خبرة ايضاً بغير العربية من اللغات، وكذا تتبع التام فى موارد الاستعمالات من مآخذ اللغة وكلمات المصنفين فيها، وان كانت ملاحظة موارد الاستعمالات تقضى باختصاصها بخصوصية، وهى كون الواجد ذا شعور بمعنى كونه واجداً بما انه ذا شعور، وعدم استعماله فى غير ذوى الشعور الا فى مواضع عديدة، ولعله استعمال بالنعناية او مختصة لبعض مشتقاته كما سيجئ من اهل اللغة، ولذا فسر جماعة بالسلطنة فان القدرة والسلطنة من الصفات الخاصة لذوى الشعور، واما فى غير العربية من اللغات فلم نجد فيها من هذه الخصوصية عيناً ولا اثراً، بل الكلمة المستعملة فى موارد استعمالات الملك فى سائر اللغات مستعملة فى جميع مصاديق الوجدان فيقال فى الفارسية عند كون الدار واجداً للبيوت او كون البيوت واجدة للابواب (دارد).

ثم ان التحليل العقلى لمصاديق الحقيقة المذكورة الجارية فى جميع اللغات (المعبرة عنها) بالفارسية (داشتن) وبالعربية (الوجدان والملك) يقضى بانها استتباع شئى بشئى بحيث يتبعه ذلك الشئى، بل المداقة العقلية فيه تقضى بكون منشأ كونه مقوماً له، كتقويم العلة لمعلوله، وان كان ذلك يشتد و يضعف بحسب المصاديق.

فقد يكون المالك مقوماً للمملوك فى ذاته و جميع شؤونه، كملك واجب الوجود جلت عظمتها فهو مالك الملك والملكوت، والملك فى حقه التقويم والاستتباع لذوات الاشياء و جميع شؤونها

.....

من الاجزاء والافعال وغيرها.

وقد يضعف بحيث يكون التقويم بحسب العنوان فقط كملك الفرس للجل ووجدانه، له (فان الفرس مقوم لعنوانه، فلا يصدق عليه عنوان الجل اعنى الموضوع على ظهرالفرس لولا وجود الفرس، بحيث انتفى عنوان الجل في العالم بانتفاء الفرس، وان كان ذاته وهى النمدوالاديم والخشب على الهيئة المصنوعة لها موجودة، و كوجدان البيت لباب فانه مقوم له بعنوانه لا بذاته واجزائه، فانه لو انهدم البيت ينتفى عنوان الباب عن بابة فليس هو باباً ومدخلاً للبيت فعلاً وان كان باقياً على ما هو عليه من المادة والهيئة بل على ماله من القوة لصيرورته مدخلا، بحيث ربما يطلق عليه الباب بعنايتها.

وقد يكون مقوماً له من حيث الاستعمال اعنى وقوعه في حيزالعمل، وقد يكون من حيث التحيث والمكان، وقد يكون من حيث الوقتية والزمان وغيرها.

ومن انحائه كونه مقوماً له من حيث الافعال، كملك موسى لهارون عليه السلام، فان ملكه له بحسب كونه عليه السلام مقوما لافعاله ومستتبعاً لها وكونها في اختياره. بل تقويمه لافعاله بتخلل وسائط لكونه مقوماً لاشتياقه التام نحوالعمل وكون اشتياقه مقوماً لارادته وكونها مقومة لتحريك عضلاته وكونه مقوماً للافعال، هذا.

و يؤيده ما ذكره اهل اللغة في بعض مشتقات الملك، فقال في الصحاح «ملاك الامر ما يقوم به، ويقال القلب ملك الجسد وملاك بالفتح التماسك، وما تمالك ان قال ذلك، اى ما تماسك، وملك الدابة، بضم الميم واللام، قوائمها، ومنه قولهم جائنا تقوده ملكه» وعليه ينطبق قوله في عداد ما ذكره «ملككت العجين املكه ملكاً اذا شددت عجنه» فان تشديد العجين تقويمه بحيث لا يتفرق ولا يسيل يقوم كيفما القيته، وكذا قوله ملك النبعة اى صلها. وقال «في منتهى الارب» وهو كتاب نفيس عمل لشرح اللغات العربية وترجمتها بلغة الفرس الملك: بازداشتن وملك امر بجر كه: آب بدان جهت كه چون با قومى آب باشد هر كس مالك حكم خود و بدان امر وى قائم و برپا باشد، و ملك الامر بالفتح ويكسر: سرمايه امر كه بدان قائم باشد، ويقال القلب ملك الجسد وماله ملك اى تماسك، و ملك الابل: ناقة كه شتران پيرو آن باشند، وقال ملكنا الماء: سير كرد مرا آب، وقال ملكها ملكا: بنى اوردانرا «انتهى» اقول: و اطلاق الملك على تزويج الرجل للمرأة لجعلها تابعة لنفسه وواقعة تحت قوامه، قال الله تعالى الرجال قوامون

على النساء.

ثم ان لازم التبعية المذكورة هو الاختصاص بل بينها تلازم مفهومي بحيث لا ينفك لحاظ احدهما عن لحاظ الاخر، بل التمييز بين مفهوميهما مشكل جداً. والتحقيق ان الاختصاص من المفاهيم الانتزاعية، منتزعة من التبعية المذكورة غير منفكة عنها في الوجود فيكون من فسر الملكية به مصيباً في نظره ومنه تعلم الخدشة فيما ذكره الاستاذ -ره- في بعض اجائمه من امكان كون شئ واحد مملوكا للمالكين، فانه يستلزم الخلف وابطال فرض الملكية، لما عرفت من كون حقيقتها هي الاختصاص او ما يستلزمه مفهوماً، هذا.

وربما يوجد في بعض مصاديق الوجدان ما يخفى فيه التبعية والاختصاص وهي على قبيلين.

(احدهما) ما كان من قبيل العبد حيث يطلق عليه ان له سيداً وانه واجد للسيد وفي الفارسية (زيد آقا دارد) مع ان العبد من توابعه وماليكه، فالتبعية للعبد مسلوبة عن السيد وكذا الاختصاص، لامكان كونه سيداً لعييد وماليك عديدة. لكن ملاحظة حقيقة الامر تقضي بتحقيقها له «اما تبعيته للعبد» فتوضيحه ان السيادة والعبودية من العناوين المتضايقة الحاصلة في رتبة واحدة، يفترق تحقق كل منها على ذات من ثبت له عنوانها، اعنى السيد والعبد، فاذا فرضنا ذات العبد اعنى زيداً مثلاً له سيد، فسيادته لزيد فرع وجود ذات زيد، والا لم تعقل سيادة احد له، فالسيادة لزيد من توابعه وذاته مقومة لها لا يعقل تحققها من دون تحقق ذاته. واما اختصاصه للعبد، فلانا لا نعنى من كون زيد واجداً للسيد الا كونه واجداً لمن له السيادة عليه والا فلا معنى لكونه واجداً لسيد له السيادة على عمرو مثلاً، فالواجدية لسيد له السيادة على زيد مختصة لزيد غير حاصلة لغيره، والواجدية لسيد له السيادة على عمرو مختصة لعمرو وغير حاصلة لزيد ولا لغيره. فالسيد اعنى بكرةً مثلاً له سيادتان، احديهما تختص لزيد، والاخرى تختص لعمرو، فلا زيد يشترك فيما يخص لعمرو، ولا عمرو يشترك فيما يخص لزيد.

(الثاني) ما اذا كان متعلق الوجدان هو الطبيعة كقولنا زيد يملك الذهب او واجد له و بالفارسية (زيد طلا دارد) مع انها مساوقة لقولنا تختص طبيعة الذهب لزيد ومعناه عدم كون غيره مالكا للذهب.

وحل الاشكال يتوقف على بيان مقدمة، وهي ان الطبيعة موجودة في كل فرد بتمامها، وليس الموجود في الفرد طبيعة ناقصة يتممها الفرد الاخر، وهذا هو الفرق بين الجزء الجزئي، فان الجزء

بعض الكل والجزئى تمام الكلى، فلو وقع فرد من الطبيعة متعلقاً لفعل تكون الطبيعة متعلقة له، و من البديهي كون الافعال سوية في ذلك، وان الاختصاص من جملتها، فيكون تعلقه بفرد من الطبيعة في قوة تعلقه بنفس الطبيعة.

اذا عرفت ذلك علمت انه اذا اختص لزيد فرد من الطبيعة يصدق لاحتمال ان الطبيعة قد اختصت لزيد، فيكون استناد فعل الاختصاص الى الطبيعة كاستناد سائر الافعال اليها باستناده اليها بتمام افراده تارة و ببعضها اخرى، فلا يمكن تعيين احدهما الا بالقرينة. نعم ان الاختصاص اذا اطلق مستنداً الى الطبيعة يكون ظاهراً في اختصاص جميع الافراد، لكونه في مقابل الاشتراك، والظاهر من الاشتراك في الطبيعة كونه بحسب الافراد دون ابعاض فرد منها وان كان ذلك ايضاً نوعاً من الاشتراك. واما اذا كان الاختصاص منفها بالالتزام غير مذكور في الكلام بنفسه، ينتفى هذا الظهور. فيحصل الفرق بين قولنا زيد يملك الذهب او واجد له، وبين قولنا يختص الذهب لزيد، في دلالة الثاني على نفي مالك للذهب غير زيد دون الاول هذا.

و اذا عرفت حقيقة الملكية الحقيقية فلنتعرض لشرح الملكية المصطلحة الاعتبارية. فنقول: ان الملكية المصطلحة الاعتبارية هي اعتبار الملكية الحقيقية بالنسبة الى عين من الاموال من جميع الجهات او بالنسبة الى منفعة او جميع منافعه.

توضيحه: ان الملكية المعتبرة بالنسبة الى مال من الاموال على ثلاثة اقسام «الاول» الملكية المتعلقة لمنفعة العين دون نفسها «والثاني» الملكية المتعلقة لنفس العين من جهة بعض التصرفات دون بعضها، ومقتضاه كون المالك مسلطاً على التصرف فيه بذلك التصرف دون بقية التصرفات «والثالث» الملكية المتعلقة بالعين من جميع الجهات، ومقتضاها التسلط التام للمالك على جميع انحاء التصرفات، والملكية المصطلحة هي الاول والثالث من الاقسام، والجامع بينهما: الملكية التامة المتعلقة لعين او منفعة من جميع الجهات. ويقابلها القسم الثاني وهو المسمى بالحق.

ومن ذلك تعلم حقيقة الحق، وانه من سنخ الملكية الاعتبارية وان كان غير داخل تحت الملكية المصطلحة فيترتب عليه احكام الملكية من كونها قابلة للزوال والسقوط بازالة المالك واسقاطه وقابلة للانتقال بنقله، هذا.

ويعلم من التأمل في تفاصيل ما ذكرناه في بيان حقيقة الملكية منشأ الاقوال الموجودة فيها. (فنها) القول بان حقيقة الملك هي السلطنة، وملخص الكلام في بيان منشأه: أن مفهوم الملك

في لغة العرب على ما عرفت فيما تقدم، هو كون الانسان او غيره من ذوى الشعور واجداً للشئ المملوك ، والمساوى له من بسيط المفاهيم هو السلطنة لا غير، فواجب ذلك التباس حقيقة الملك بالسلطنة مع الغفلة عن كون مفهوم الملك من المفاهيم المركبة لتقيده بكون فاعله من ذوى الشعور، والافكان اصل مفهوم الملك وهو مطلق الوجدان اوسع دائرة من مفهوم السلطنة، وان كان لحق قيد الاختصاص بذوى الشعور عليه جعله مساوقاً مساوياً له في الوجود. وليس الملك مفهوماً بسيطاً يتحد مع مفهوم السلطنة.

و (منها) القول بكون حقيقة الملكية هو الاختصاص، وقد عرفت انه قريب من التحقيق، لولا ان الاختصاص ليس حقيقة لها بعنوانه، بل هو عنوان انتزاعى ينتزع من حقيقة الملكية وقدمر تفصيل الكلام فيه.

(ومنها) ان الملك اعتبار مقولة الجدة، ومنشأه: ان الجدة كما يشعر له التعبير عنها بالجدة قسم من الوجدان المفسر به الملك فيما تقدم، ولذا ربما يعبر عن مقولة الجدة بالملك. فاهم ذلك كون الملك هو مقولة الجدة بعينها، والملك الاعتبارى اعتبار مقولة الجدة. والمنع يتطرق اليه مما ذكرناه، من كون الجدة قسماً من اقسام الوجدان لا انها هى الوجدان مطلقاً، وهو الوجدان الحاصل بالاحاطة بنحو ينتقل المحيط بانتقال المحاط. مضافاً الى ان المقولة هى الهيئة الحاصلة من الوجدان المذكور دون نفسه، و ان امكن دفعه بانا لانعى من الوجدان عند تفسير الملك به الات تلك الهيئة لا الحدث الآتى المتصرم الوجود.

(ومنها) القول بانها اعتبار مقولة الاضافة، ومنشأه ما عرفت في صدر البحث من كون الملكية بمعنى المملوكية، وهى من الاضافة المقولية لكونها مع المالكية مفهومين متضايين متكافئين في الوجود ذهنياً وخارجياً بحيث يلزم من تصور احدهما تصور الاخر، فتكون الملكية الاعتبارية اعتبار مقولة الاضافة، اعنى ما هو من انواعها (وفيه) ان كون الملكية من مقوله الاضافة امر واضح، لا يراد من البحث الا غيره، وهو كشف حقيقة مادتها ومادة جميع مشتقاتها، اعنى الملك، ومن البدهى عدم كونه من مقولة الاضافة وانما دخلت الملكية بمعنى المملوكية فيها، بما لها من التضاييف بينها وبين عنوان المالكية، وهو يحصل في مورد جميع الافعال بين المصدر المجعول من فاعلها والمصدر المجعول من مفعولها.

(ومنها) القول بان الملك اعتبار مقولة الكيف، ومنشأه كون الملك والوجدان من الكيفيات

ذكرنا تظهر سخافة هذا القول فان حقيقة الجدة هي الهيئة الحاصلة من احاطة شيء بشيء كاهيئة الحاصلة من التعمم والتقمص، ومن البديهي عدم احاطة المالك على القرى والاراضى الوسيعة المملوكة له، وربما يكون المالك في موضع بعيد عنها بمسافه كثيرة.

ونظيره في السخافة القول بانها من مقولة الكيف، بتوهم ان الملكية سلطنة المالك على المملوك وقدرته عليه، والقدرة من مقولة الكيف، فتكون الملكية منها، مع الغفلة عن كون القدرة التي هي من مقولة الكيف هي القوة المنبسطة على العضلات توجب تحركها نحو المقدور بمجرد تعلق الارادة به، واين الملكية من هذا؟ والمالك ربما لا يقدر الا على بيع المملوك اعني انشاء لفظ بعت. والاشتباه انما نشأ من اطلاق القدرة والسلطنة عليه احيانا، وليس كلما اطلق عليه القدرة من القدرة الاصطلاحية التي هي من مقولة الكيف.

وذهب بعض الى كونها من مقولة الاضافة، وهذا القول ايضا قريب منها في الوهن، فان مقولة الاضافة مع ضعفها واجدة للحقيقة في الخارج. مثلا الابوة والبنوة لا تحصلان الا بتكون الابن من نطفة الاب والفوقية والتحتية لا تحصلان الا يكون كل من الجسمين المتصفين بهما في حيز خاص. وبالجملة البداهة تشهد بحصول تغير في طرفي الاضافة بعد تحققها عما كانا عليه قبله، ومن الغنى عن البيان، عدم حدوث امر خارجي في المالك، ولا في المال المملوك بحدوث الملكية، فهي من الامور الاعتبارية التي ليست لها خارجية وحقيقة امكن اندراجها في احدى المقولات.

العارضة على المالك فيكون اعتبارهما اعتبار مقولة الكيف، وليس المراد منه اعتبار جنس الكيف، ولا اعتبار جنس الاضافة في القول السابق، حتى تصب عليه شآبيب الاعتراضات. ومن توهمه فقد خلط المصداق بالمفهوم والنوع بالجنس.

ثم ان المتقدمين رضوان الله عليهم ذهبوا الى ان الملكية وغيرها من مجعولات الشارع باجمعها غير الاحكام التكليفية الخمسة وهى المسمى بالاحكام الوضعية منتزعة منها. (و بيانها) ان جزئية الركوع والسجود مثلاً قد انتزعت من تعلق الامر بامور عديدة من جملتها الركوع والسجود، فحصل من تعلق امر واحد بجمعها وحدة بينها و صار جميعها شيئاً واحداً ذا اجزاء عديدة ومنها الركوع والسجود. وكذا الزوجية، قد انتزعت من جواز وطى المرأة، وجواز النظر الى امها، و حرمة نكاحها، و حرمة الجمع بينها و بين اختها وغيرها من احكام الزوجية. وكذا الملكية والولاية والقضاة وغيرها، فكل منها منتزعة عن عدة احكام خاصة من غير ان يقع متعلقاً للجعل برأسه ومعنى الانتزاع تحقق المنتزع بتحقيق منشأ انتزاعه و تبعيتها له وجوداً وعدمياً و شأنية و فعلية و حدوداً و بقاء.

ومنه يعلم بطلان كلام بعض المحشين من انتزاع الملكية عن العقد، فانه مضافاً الى ان العقد سبب لحدوث الملكية والسبب يباين المسبب فى الوجود مع ان المنتزع موجود بعين وجود منشأ انتزاعه، ان وجود الملكية لا تتبع وجود العقد، فان العقد ينصرم آناً و يفنى فوراً، والملكية تبقى بعد العقد ولا تنفذ بنفاده هذا.

والمذهب المذكور، اعنى كون مجعولات الشارع باجمعها منتزعة من الاحكام التكليفية وان استشكل فى اطلاق الحكم الوضعى على جميعها، قريب من التحقيق، لولا التخلف عنه فى بعض الموارد، كالملكية والزوجية والضمان وغيرها مما يحصل للصبي، مع عدم توجه التكليف اليه قبل البلوغ، وقد عرفت ان المنتزع لا ينفك المنتزع منه فى الوجود والعدم والقوة والفعلية.

ومنه يعلم عدم صحة الاعتذار عنه بحصول احكام الزوجية فى حق الصبي شأناً و ان كان تتوقف فعليتها على بلوغه، فان الزوجية الفعلية الحاصلة للصبي قبل بلوغه غير قابلة للانتزاع عن جملة احكام شأنية لا تصير فعلية الا بعد البلوغ. ومما يدل على فساد المذهب المذكور ارتكاز الازهان، فانه ادل دليل على

بطلانه من العرف فان المعهود منهم بحسب الارتكاز فرض الملكية والزوجية وغيرها ثم ترتيب الاثار و اجراء الاحكام عليها وهو المعمول في لسان الادلة الشرعية، كقوله عليه السلام: لا يخل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه. فالحلية فيها مرتبة على المالية بعد فرض ثبوتها من غير عكس وعلى هذا القياس جميع الموارد ويقطع به من له ادنى تأمل هذا.

وقد تحصل مما ذكرنا ان الملكية من الاعتباريات الصرفة، غير منتزعة من امر آخر، يكون المجعول هو دون الملكية، بل الجعل والاعتبار قد تعلقا بنفس الملكية و يجرى عليها احكام الامور الاعتبارية التي قد تقدم شرحها.

* * *

الفصل الثاني

في المعاظة

وفيها مباحث:

المبحث الأول

في كفاية الفعل في إنشاء البيع وعدمها

اعلم ان المراد من المعاظة تحقق الاعطاء من جانبين بالاصالة من احدهما، وبالتبع من الجانب الاخر- كما يشعر له كونها من المفاعلة- عن قصد التمليك منها لما يعطيه.

فيكون الاعطاء من جانب الأصيل بمنزلة الايجاب ومن جانب غير الاصيل بمنزلة القبول اللفظيين. فلو فرض جواز الانشاء بالفعل ايضاً كان مجموع الاعطائين عقداً تاماً مشتملاً على الايجاب والقبول، ويتحقق به البيع الصحيح اللازم، من غير فرق بينه وبين المتحقق بالعقد اللفظي.

والانشاء بالفعل جائز اتفاقاً في بعض الموارد، كاشارة الاخرس، لما اتفقوا على كفايتها في انشائه، وغير جائز اتفاقاً في بعض اخر كانشاء عقد النكاح فينحصر انشائه في اللفظ بالاتفاق.

فالمهم في المقام اثبات كفاية الفعل في انشاء البيع غير مقترن بانشاء لفظي وارد على مورده او عدمه بقول مطلق.

والتحقيق في ذلك يتوقف على امور:

الامر الاول تبيين اسباب الملكية أو الاباحة

اعلم ان السبب لتحقق الملكية او الاباحة عند المعاطاة اعنى ما انيط به الملكية او الاباحة في الشرع وحكم الشارع بتحققها عند تحققه بتصور على ستة وجوه.

«احدها» ان يكون امراً خارجاً عن حيلة اختيار المكلف، قد حكم الشارع بتحقق الملكية او الاباحة معلقة على تحققه من دون ان يكون لاختياره مدخلة في تحققها، كتحقق الملكية للوارث بموت مورثه، فانه قد حكم بتحققها بمجرد موت المورث من غير ان يكون لاختياره مدخلة في ذلك، وتحقق الملكية بالنسبة الى منافع الموقوفة للطبقة التالية بمجرد موت الطبقة السالفة كذلك.

«ثانيها» ان يكون فعلاً من افعال المكلف تاماً في السببية غير دخيل في سببته قصد المكلف ولا اختياره بل يكون حكم الشارع بتحقق الاباحة او الملكية بمجرد تحقق الفعل من المكلف وان لم يقصد تحققها منه كحكم الشارع بالضمان بمجرد تحقق الاتلاف، والاباحة المتحققه باحد هذين القسمين ينبغي ان تسمى بالاباحة الشرعية، لعدم استنادها الى المالك بوجه من الوجوه اصلاً وملاكها في السعة والضيق حكم الشارع وضيقها.

«ثالثها» ان يكون السبب مجرد رضى المالك من دون اعتبار اقترانه بفعل او قول يكشف عنه كالاباحة المعلقة في لسان الشرع على رضى المالك وطيب نفسه قال (ص) «لا يجل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه».

والاباحة او الملكية المتحققه بهذا القسم من السبب، تتبع في السعة والضيق

كيفية اعتبار الشارع لرضى المالك سعة وضيقاً، لكنه بعد لحوق اعتبار الشارع عليه يؤثر في حصول الاباحة او الملكية، من دون توقف على وجود ما يكشف عن تحققه، بحيث لا يحرم التصرف مع الجهالة به الامن حيث التجرى.

«رابعها» ان يكون السبب المؤثر في الحكم بالملكية او الاباحة رضى المالك ايضاً لكن لا بمجرد بل بانضمام وجود كاشف عنه. ومن الحاصلة بهذا القسم من السبب، اباحة التصرفات المتوقعة على اذن المالك، كما في موارد العقود الاذنية المعبرة عنها في لسان القوم بالعقود الجائزة والمعتبر فيه من الكاشف مجرد ما يكشف عن الرضا قولاً كان او فعلاً، ويتبع الحكم فيه سعة وضيقاً على سعة وجود الكاشف، وضيقه.

والاباحة المتحققة باحد هذين القسمين، ينبغي ان تسمى بالاباحة المالكية، لكونها منوطة برضى المالك وغير متحققة الا بتحقيقه.

«خامسها» ان يكون السبب في تحقق الملكية او الاباحة انشاء المالك وايجاده لهما بالوجود التنزيلي.

توضيح ذلك، ان ايجاد الشيء يكون على نحوين (احدهما) ايجاده بوجوده الحقيقي الواقعي (والثاني) ايجاده بوجوده التنزيلي الاعتباري وذلك يتوقف لا محالة على ابداع وجود تنزيلي له بتنزيل وجود شيء بمنزلة وجوده فانياً فيه غير مغاير معه وجعله وجوداً له تنزيباً بحيث يكون ايجاداً له.

ومنه وضع الالفاظ، لكون حقيقة الوضع جعل الالفاظ مراتاً للمعاني وفانية فيها، بحيث كان ايجاد الالفاظ ايجاداً للمعاني بانفسها لا ايجاداً مجرد ما يدل عليها، فن تكلم باللفظ و اوجده بلسانه كان موجداً لمعناه بالتنزيل.

وان اردت مزيد التوضيح لذلك فنقول: ان من اراد قيام عبده او قعوده فقد يتوسل اليها بايجاد الوجود الحقيقي بان يتصدى بيده لاقامة العبد او اقعاده،

وقد يتوسل اليها بايجاد الوجود التنزيلي لهما بان يقول له قم او اقعده (١).
ومن هذا القبيل تحقق النكاح والبيع و سائر العقود والايقاعات عقيب
انشائها بالالفاظ الموضوعه لها، كلفظ انكحت و بعث و اشترت الى غيرها من
صيغ العقود والايقاعات هذا.

وقد علم منه ان المدار في هذا القسم على ايجاد ما كان مسبقاً بالوضع قد
جعل وجوداً تنزلياً لما يراد ايجاده، فتكون اشارة الاخرس الموضوعه عرفاً
لايجاده و انشائه للبيع والتزويج كافيأ في الانشاء، وكذا النبذ المتداول في انشاء
البيوع قبل الاسلام.

وقد تحصل مما ذكرنا، ان من ذهب الى جواز الانشاء بالافعال، و ان
الانشاء الفعلي في البيع كالانشاء القولي مصيب في مذهبه لو ساعد البرهان على
وضع الافعال لانشائه، والا فجرد اطلاق العرف لعنوان البيع على المعاطاة لا
يجدى في اثبات كونها بيعاً حقيقة، لكون البيع من الامور الانشائية المفتقرة في
تحققها الى الانشاء. فلا يكون الاطلاق المذكور الا من قبيل المسامحات العرفية،
كما اعترف به الشيخ - ره - في تضاعيف كلماته.

نعم البيع من المفاهيم العرفية المأخوذة منهم فيكون تعيينه سعة وضيقاً

(١) هذا مبني على ان الامر وضع مصداقاً للبعث كما هو احد الوجهين فيه (وثانها) وهو المشهور
انه وضع مصداقاً للطلب والارادة، ومعنى الوضع المذكور اعتبار الامر مصداقاً لكلي البعث او
مصداقاً لكلي الطلب. والاول هو الحق، لشهادة الارتكاز بالمقابلة بين الامر والنهي، وليس النهي الا
موضوعاً لمصداق الزجر، فيكون الامر أيضاً موضوعاً لمصداق البعث. لعدم وجود ما يقابل الارادة
يكون النهي موضوعاً له. واما البغض فهو يقابل الحب دون الارادة.

فتحصل منه: ان الامر بالقيام والنهي عنه كالاقامة باليد والاقعاد بها، في كونها مصداقاً
للبعث والالزام على القيام، او الزجر والمنع عنه.

وعليه يمكن الاستدلال بوجود امثال اوامر المولى ونواهييه، بكون المخالفة امتناعاً عن تصرف
المولى في ملكه و هو ظلم.

راجعاً اليهم، الا ان ذلك في تعيين اصل المفهوم، دون تطبيقه على المصاديق بعد تعيينه، فالعرف فيه غير محكم، لكونه خارجاً عن وظيفته وكونه من الامور الداخلة في دائرة حكومة العقل، لانه المرجع في تشخيص كونه شئاً مصداقاً لمفهوم او عدمه، بعد تبين المفهوم عنده من العرف (١) و معه لا منع عن تصدى

(١) التحقيق حجية نظر العرف في تشخيص المصاديق، كحجيته في تعيين المفاهيم، لوجهين:

ادلة حجية نظر العرف في تشخيص

المصاديق كحجيته في تعيين المفاهيم

«الاول» ان طريقة الفقهاء من اول احدثه الفقه الى يومنا هذا كانت جارية على تبعية العرف في تعيين اطلاقات الالفاظ و تشخيص صدقها على افراد مفاهيمها، فلولا دليل على حجية العرف فيها الا هذه الطريقة الثابتة لهم لكانت كافية في اثباتها. فان جريان طريقة الامامية على حجية العرف فيها، مع عموم الابتلاء بها في جميع المسائل الفقهية المروية يكشف بتأ عن ثبوتها، والا لما أبقاهم صاحب الشريعة عجل الله تعالى فرجه الشريف على مثل ذلك من الضلالة العظيمة. «الثاني» وهو يتركب من جزئين «الاول» اثبات تبعية النبي والائمة عليهم السلام للعرف في طريقة المخاطبات والمحاورات «والثاني» دفع الاشكال عن التبعية لطريقة العرف في تشخيص المصاديق للطبايع، واطلاق اساء الاجناس والفاظ الطبايع عليها.

اما الاول فتحصيله من وجوه «اولها» ان من راجع الروايات المروية عن النبي والائمة المعصومين عليهم السلام، يقطع بان طريقتهم في بيان الاحكام كانت بعين طريقة العرف في مخاطباتهم، وانهم كانوا لا يعدلون في بيان الاحكام الى نهج غير النهج الثابت للعرف في المخاطبات، واما تعرضوا لبيان الاحكام بلسان العرف على النهج الثابت لهم في محاولاتهم اثباتاً ان مقتضى عدم نقل قرينة قائمة منهم على العدول عن طريقة العرف ولو في واحدة من الخطابات الصادرة عنهم، الخارجة عن حد الاحصاء من الكثرة، الواردة في نقلها آلاف من الروايات القطع بجرهم على طريقة العرف في بيان الاحكام «ثالثها» انه ليس من شأن الشارع التصرف في مخاطبات العرف بل شأنه جعل الشريعة وتعليم الاحكام، فمن المستبعد جداً ان يخالفهم في ماجروا عليه من الطريقة في مخاطباتهم.

والثاني ان المفهوم عند العرف من الالفاظ الموضوعية للطبايع وان كانت طبيعة متعينة، و مقتضاه صدقها على ما كان من الافراد واجداً لتلك الطبيعة واقعاً و حقيقياً، وعدم صدقها على

ما كان فاقداً لها واقعاً و حقيقتاً.

ومع ذلك ربما يطلقون الالفاظ على افراد، فاقدة للطبيعة الموضوعية عليها اللفظ واقعاً وبالذقة العقلية، كاطلاقه على المصاديق الواقعية، بلا ضم قرينة.

وكذا السامعون يتلقونها شاملة على تلك الافراد كشمولها على الافراد الحقيقية بدون القرينة. و بالعكس ربما ينفون صدق لفظ موضوع على طبيعة عن شئ هو مصداق لها واقعاً بالذقة العقلية، كسلب مفهوم الدم عن اللون الباقي في المحل بعد الغسل.

وقد ثبت بحسب الجزء الاول من الدليل عدم عدول الشارع عن الطريقة المألوفة المعمولة فيما بين العرف في استعمال الالفاظ.

فلو كان غرضه من استعمال لفظ موضوع على طبيعة، اناطة الحكم على مصاديقها الحقيقية المحفوظة لها عند العقل، مع ان بينها وبين المصاديق التي لها بحسب نظر العرف عموماً وخصوصاً من احد الجانبين او كليهما، لاقام عليه قرينة معولة عليها في ذلك، فهو في اطلاقه لالفاظ الطبيعة غير مرید الا اناطة الحكم على ما لها من المصاديق عرفاً، وان لم يستعمل لفظ الطبيعة الا فيها.

وهذا مع عدم سرية اللفظ الا بسريان الطبيعة، وعدم سريانها الأعلى المصاديق الحقيقية، مشكلة، وعقد هذا البحث لحل هذه المشكلة وهي الملزمة بنفي حجبة نظر العرف في تشخيص المصاديق. «وحلها» ان اطلاق اللفظ الموجب لاخطار معناه في ذهن السامع، قد يكون لاجل اناطة الحكم بنفس ذلك المعنى، وقد يكون لاجل جعله وسيلة لاخطار معنى آخر في ذهنه، وجعل معنى اللفظ وسيلة للعبور اليه، ليكون هو المتعلق للحكم دونه.

ومن هذا القبيل استعمال الفاظ الطبيعة في كلام الشارع تبعاً للعرف، فاستعماله لفظ الموضوع على الطبيعة و اخطاره لها في اذهان السامعين، لاجل ان يجعلها عبرة الى المصاديق الموجودة لها عند العرف فيتعلق الحكم عليها، فهي المحكومة بالحكم دون المصاديق الحقيقية لها، بحيث لو كان فرد مصداقاً لها حقيقة ولم يكن مصداقاً لها عرفاً، كان الحكم منفياً عنها، مع تسليم عدم كون اللفظ مستعملاً الا فيما وضع له من الطبيعة.

ومحصل ما ذكرنا ان الارادة الاستعمالية وان تعلقت بنفس الطبيعة، الا انه قد انفكت عنه الارادة الجدية، وتعلقت بما لها من المصاديق عرفاً وان لم يكن مصاديق لها حقيقتاً.

ومن هذا القبيل استعمال المجازات، فانه جعل معنى اللفظ الموضوع له صراطاً و عبرة و مجازاً

العرف للتصرف في المفاهيم وتوسعتها، تضييقها وتعميمها وتقصيرها، بل هي من الامور الراجعة اليه ان شاء عممها و ان شاء قصر. فله ان يوسع في مفهوم بحيث يكون شاملاً لفرد او يضييقها، بحيث يكون قاصراً عن الشمول عليه. الا ان المتبع في تطبيقه على المصاديق بعد تعيين اصل المفهوم من العرف عموماً وخصوصاً وسعة وضيقتاً، هو العقل، وله الحكومة التامة في ذلك.

«سادسها» (١) ان يكون ايجاداً من المالك لهما حقيقة و بوجودهما الواقعيين الحقيقيين، وهو في الانشائيات كالاقدام بتعمير الطرق والجسور والمساجد و نصب الاحجار عليها لانتفاع العموم بذلك فهذه كلها مصاديق حقيقية للوقف و ايجادها ايجاد لمفهوم الوقف حقيقة، فان الوقف هو تحييس العين وتسييل المنفعة، كما ورد عن النبي صلى الله عليه وآله ومن هذا القبيل وطى الزوج للمطلقة رجعيّاً فانه مصداق للرجوع حقيقة.

و تحقق شيء بهذا النحو من اليجاد لا يحتاج الى قصد تحققه من الفعل، و ان كان لا بد من كونه مسبوقاً بالقصد ولو بعنوان غير ذلك العنوان، لئلا يكون في صدوره غير اختياري، كما لو وطى المطلقة بقصد الزنا. وهذا بخلاف القسم المتقدم فيعتبر فيه اقتران الانشاء بقصد عنوان المنشأ هذا. ومن الممكن في بحث المعاطاة القول بكونها من هذا القبيل، اعني كونها

لخطور معنى اخر في الذهن، كما يشهد له التعبير بالمجاز، والا فليس ما استهزئ به القوم من كون المجاز استعمالاً للفظ في غير ما وضع له امرأ يساعده البرهان، لعدم قابلية اللفظ لكونه مرآة لغير ما وضع له وما جعل وحدة اعتبارية بينه وبين اللفظ، لما تقدم في بعض ما علقناه في اوائل الكتاب من استحالة حكاية الشيء الآ عمّا يتحد معه، وسيجيء توضيحه انشاء الله تعالى في تعاليفنا. عند البحث من الفاظ العقد.

(١) سيجيء استحالة تحقق الإباحة والتملك وغيرها من العناوين الاعتبارية بهذا القسم من اليجاد في تعليقة الأمر الثالث.

مصدقاً للبيع حقيقة والاقدام بها ايجاداً للبيع بوجوده الحقيقي، بناء على كون حقيقة البيع هو الأخذ والاعطاء «وفيه» منع كونهما مصداقاً حقيقةً للبيع على ما مر تفصيله، فان الأخذ والاعطاء اعم منه ومن الاجارة والعارية والمصالحة وغيرها. ثم ان تحقق الاباحة بالمعاطاة بعد منع جريان هذا القسم وسابقه فيها يكون متردداً بين بقية الاقسام غير القسم الاول، لعدم كون الاباحة الحاصلة بالمعاطاة من قبيل الاباحة الشرعية قطعاً.

فيحتمل ان يكون من قبيل القسم الثاني، ومقتضاه ان يكون الشارع قد حكم بتحقيق الاباحة بمجرد تحقق الاعطاء وان كان ما تعلق به قصد المعطى هو حصول التمليك دون الاباحة.

ويحتمل ان يكون من قبيل الثالث والرابع من الاقسام، ومقتضاه اناطة حصول الاباحة بالاعطاء بقصد المعطى لحصولها منه ولو في ضمن قصد التمليك، بناء على كون قصد التمليك متضمناً لقصد الاباحة، وكون قصدها منداكاً في قصده.

الأمر الثاني

في بيان ما يعتبر في كل واحد من الاقسام

فنقول: اما القسم الاول منها، فهو خارج عن محل البحث في المعاطاة، لما عرفت من عدم كون الاباحة الحاصلة بها داخلة تحته قطعاً.

واما القسم الثاني، فليس له شرط يعتبر في تحققه، بل يتبع حكم الشرع من جميع الجهات، ويكون في السعة والضيق دائراً على مداره.

واما القسم الثالث، فيعتبر فيه تعلق الرضاء بعنوان يكون معه منشأً للآثر، والا فلو تعلق بعنوان لم يكن معه منشأً للآثر يسقط عن الاعتبار، ويخرج عن

حيطة هذا القسم، ولا يترتب عليه آثاره، ولا يحمل عليه احكامه، كما لو تعلق الرضا بالتصرف في مال الغير. ومن هنا يعلم ان الاباحة لا تترتب على الرضاء الحاصل من المتعاطين المكشوف عنه بالتعاطى، فان رضاء كل منهما بتصرف الاخر فيما اعطاه من العوض و تسليطه عليه كان لاجل توهم صيرورته ملكاً له، ولم يتعلق رضاه بتصرفه فيه بعنوان كونه مالاً له و باقياً على ملكه، حتى يكون موجباً لجواز تصرفه فيه كما في سائر البيوع الفاسدة. حيث ان رضاء كل من المتعاطين بتصرف الاخر فيما اعطاه من العوض، كان لزعم انه صار ملكاً له. فرضائه بتصرفه فيه، كان بعنوان تصرفه مال نفسه، لا تصرفه في ماله. (١)

(١) تصديقه يتوقف على ان المالك اذا رضى بتصرف الغير في ماله، بزعم كونه مالاً للمتصرف لا يجدى في حلية تصرفه فيه. و تحقيق الامر فيها مما يترتب عليه فوائد عظيمة، لجريانها في موارد كثيرة.

فنقول: انه يمكن الاشكال فيها بأنه يحتتمل كون الرضا قد تعلق بالتصرف في عين المال، وان صيرورته ملكاً للآخذ بالمعاطة بحسب زعمه من قبيل الداعى عليه. ومن المعلوم انه يجوز التصرف في مال الغير باذنه و اباحته، و ان كان الداعى عليها زعم تحقق امر غير محقق في الواقع. و الجواب عنه يمكن بوجهين، يعلم منها حقيقة الحال في المسئلة.

«الاول» دلالة قوله صلى الله عليه وآله (١) «لا يجل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه» على اعتبار رضى المالك بالتصرف في ماله بعنوان كونه مالاً له لوجهين «احدهما» ان تقدير الرواية: لا يجل التصرف في مال امرء مسلم، و يجل عن طيب نفسه. و ظاهرها اعتبار طيب النفس عن المسلم بالتصرف في ماله بعنوان كونه مالاً له، فان الظاهر من العناوين المأخوذة في لسان الادلة هو الموضوعية، دون الاشارة الى ذوات معنوها (وفيه) ان المراد من عنوان التصرف في مال المسلم مطلق التصرف فيه، سواء كان بعنوان كونه مالاً له ام لا، بدهة عدم حلية التصرف في مال الغير مع عدم طيب نفسه سواء كان التصرف بعنوان كونه سالاً له ام لا، بل كان موضوع الحرمة، التصرف في ذات مال الغير مطلقاً، من دون اعتبار العنوان فيه «وثانيها» ان طيب النفس المعتبر عن المالك، هو عدم وجود شئ من السخط في نفسها باى نحو كان، ولا يتحقق بمجرد رضاه بالتصرف بعنوان كونه مالاً للمتصرف فقط، اذا لم يكن مالاً له في الواقع، مع كونه ساخطاً

وبالجمله الرضا الحاصل بالمعاطاة على نسق الرضاء الحاصل بالبيوع الفاسدة. وقد فرق المحقق الخراساني -ره- بينها وبين المعاطاة، بان انتقال العوض في البيوع الفاسدة بحسب زعم المتبايعين قد حصل بالقصد المتحقق قبل التعاطى، فيكون رضاء كل من المتبايعين حين التعاطى بتصرف الاخر في العوض مبنياً على كون تصرفه تصرفاً في مال نفسه دون ماله، بخلافه في المعاطاة فان صيرورته مالا له يكون بنفس التعاطى، فلم يحصل الانتقال الى ملكه حين التعاطى، بل يكون حصوله بعد تحققه.

«وفيه» ان الرضا المقارن للتعاطى وان كان رضاءً بتصرف الآخذ في مال المعطى، دون مال نفسه، الا ان استمرار الرضا بالتصرف بعد تحقق المعاطاة يكون رضاءً بتصرفه في مال نفسه. فتكون التصرفات الواقعة

للتصرف فيه لو كان مالا له ولو ارتكازاً.

«الثاني» ان ما يحتمل ان يكون من قبيل الداعى للرضا او عنواناً مأخوذاً في متعلقه هو العناوين التي يباين منشأها لمتعلق الرضا وجوداً، كالضارب فان منشأه اعنى الضرب، له وجود مغاير لوجود المعنون بعنوان الضارب. دون العناوين التي يستحقها ذات المعنون، وليس لها منشأ مغاير لها وجوداً، سواء كان استحقاقها لها حقيقة كما في افراد النوع بالنسبة الى عنوانه، كاستحقاق ذات زيد لعنوان الانسان، او اعتباراً، وهي في جميع مصاديق العناوين الاعتبارية بالنسبة اليها، فان ذواتها مصاديق لها اعتباراً، فهي مستحقة لصدقها عليها اعتباراً. فان وقوع العنوان داعياً لتعلق الرضا بمعنونه في القبيل الثاني لا ينفك عن وقوعه متعلقاً له، لكون تعلق الرضا بذات معنونه تعلقاً له بعينه.

وانما يمكن انفكاكه عنه في القبيل الاول من العناوين، فان مرجع كونها داعياً لتعلق الرضا بمعنونها الى داعوية منشأ انتزاعها، فرجع داعوية عنوان الضارب لتعلق الرضا بمعنونه، الى داعوية صدور الضرب منه، و مرجع داعوية عنوان الكرم لتعلق الرضا بمعنونه، الى داعويه ملكة الكرم الثابتة له، وهكذا.

فن الممكن تعلق الرضا بتلك العناوين وكونها مأخوذة في متعلقه، او تعلقه بذات معنونها من دون مدخلية لها في تعلق الرضا.

بعد التعاطى غير مقترنة برضا من هو مالك واقعاً بالتصرف فى ماله، بل كان رضاه بتصرف الآخذ فيه بعنوان صيرورته ملكاً له بحسب زعمهما. وقد عرفت انه لا يجدى فى تحقق الاباحة.

و اما الاقسام الثلاثة الباقية، فيعتبر فيها تطابق القصد مع الكاشف فى اولها، ومع الانشاء والايجاد فى الاخيرين. فلو كان القصد اعم واشتمل على ما لم يشمل الكاشف فى الاول، وما لم يتعلق له الايجاد والانشاء فى الاخيرين، لا يؤثر الا فيما وقع تحت الكشف والايجاد. فان مجرد القصد لا يكتفى فى ترتب الأثر فى هذه الاقسام على ما هو المفروض فيها وكذا لو كان اخص، وكان متعلق الكشف والايجاد اعم مما تعلق به القصد واشتمل على ما لم يشتمل عليه، لا يترتب الاثر فى صورة انتفاء القصد، فان مجرد تحقق الكشف او الايجاد من دون تحقق القصد غير كاف فى ترتب الآثار.

و بالجملة ما كان من الامور قصدياً لا يعقل تحققه بدون القصد لاستلزامه الخلف فى الفرض. ومنه يعلم عدم تعقل حصول الاباحة بالمعاطاة اذا قصد منها التمليك ولم يقصد الاباحة منها هذا.

وقد ذكر الشيخ -ره- موارد لانتقاض هذه القاعدة تنبيهاً للطلاب والا فكان شأن الشيخ -ره- تنبيهاً للطلاب موارد لانتفاض هذه القاعدة والإفكان شأن الشيخ (ره) اجل من الالتزام بمثل ذلك.

(فنها) ان ترك ذكر الاجل فى العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً فيتحقق به النكاح الدائم، مع انه لم يتعلق به القصد واما تعلق بالمنقطع منه: وفيه أن حقيقة الدائم والمنقطع امر واحد، وهو النكاح، والفرق بينها فى الدوام والانقطاع فقط. فترك التأجيل لا يقدر فى تطابق العقد والقصد فى اصل النكاح، ويتحقق النكاح من دون التأجيل، لعدم تطابق العقد والقصد بالنسبة اليه، ويصير المؤثر من العقد غير مقيد بالتأجيل، والنكاح الحاصل به

خالياً عن الاجل ومقتضاه صيرورة النكاح دائماً، لكون عدم التقييد موجباً للاطلاق (١).

«ومنها» ان البيع لا يفسد بفساد الشرط عند اكثر القدماء، مع ان القصد تعلق بتحقيق البيع مشروطاً بوجوده لا مطلقاً «وتوضيح ذلك» ان ما وقع عليه العقد اذا كان مبائناً مع متعلق القصد فلا اشكال في عدم تحقق ما وقع عليه العقد، فان العقد وقع عليه مجرداً عن القصد. والمبائنة تحصل بمجرد اضافة قيد و لحاظ الشيء مقيداً به، فان المقيد بما هو مقيد يكون مبائناً مع المطلق، بل قد ذكرنا في بحث الأقل والأكثر الاستقلال من الاصول: ان العدد اذا لوحظ بمرتبه الخاصة يكون مبائناً مع ما تحته من الاعداد.

«والجواب» ان الشرط عند قدماء اصحابنا التزام مستقل واقع في ضمن الالتزام بالمعاملة من دون ان يشترط به التزام المعاملة، فلا ينافي فساد الشرط صحة المعاملة الواقعة التزام الشرط في اثنائها، لعدم اناطة احدهما بالآخر، حتى يكون فساد احدهما موجباً لفساد الاخر. وقد خالفهم المتأخرون في ذلك، فذهبوا الى ان الالتزام بالمعاملة مقيد بحصول الشرط. ومقتضاه فساد المعاملة عند فساد الشرط، فان المقيد ينتفي بانتفاء القيد، بل كان هذا هو الموجب لاختلافهم في فساد المعاملة بفساد الشرط وعدمه.

واما حديث المبائنة بين المطلق والمقيد، فالتحقيق ان المبائنة بينهما انما هي

(١) وفيه ان العقد كما لا يفيد تقيده من دون تقييد القصد، كذلك لا يفيد اطلاقه من دون اطلاق القصد، تحقيقاً لمقتضى قاعدة التطابق. فلا يفيد اطلاق عقد النكاح وخلوه عن قيد التأجيل مع تقييد القصد به.

والتحقيق ان يقال ان عقد النكاح بعد عدم ذكر القيد فيه يؤثر في حدوث علة النكاح، وهي بنفسها مقتضية للدوام، لولا عروض ما يقطعه، وهو التأجيل في العقد، وموت احد الزوجين او الطلاق.

فما كان القيد دخيلاً في حقيقة المقيد، واما اذا لم يكن للقيد مدخلية في حقيقة المقيد، كما في قيد التأجيل بالنسبة الى النكاح المنقطع، فلا يكون تقيده بالتأجيل موجباً لتبائن حقيقته مع الدائم (١) لوحدة حقيقتها وهي الزوجية. ولا مناص عن الالتزام بها في قبال العامة، حيث يتمسكون في نفي جواز التمتع والتحليل بالحصر الواقع في قوله تعالى «إلا على أزواجهم او ما ملكت ايمانهم».

«والجواب» ان المتعة اعني المنقطعة داخلة تحت الازواج، فان الزوجية كما تكون على الدوام، كذلك تكون على الانقطاع والتأجيل، والمحللة داخلة تحت ملك اليمين، فان التملك يتعلق تارة بنفس الامة، وتارة بخصوص البضع وحيثية الاستمتاع منها.

ومما ذكرنا يعلم وجه اندفاع النقض بمورد آخر ايضاً ذكره الشيخ -ره- لانتقاض القاعدة بقوله: وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع اجازته، على قول كثير.

بيان اندفاعه أن البيع علقه تحصل بين المالكين. كما أن النكاح علقه تحصل بين شخصين. فإضافة البيع الى المتبايعين غير داخلة في حقيقته، كما أن إضافة النكاح إلى الصداق غير داخلة في حقيقة النكاح. فبيع الفضولي لنفسه وقصد تحققه له، ليس من القيود الدخيلة في حقيقة البيع، حتى يجعله حقيقة مبائنة مع البيع الواقع للمالك. وأما حقيقة البيع اعني التملك فهي حاصلة فيهما على نسق واحد، فلا يكون وقوع ما قصد وقوعه للغاصب من البيع لمن هو مالك حقيقة موجباً لانخراص القاعدة العقلية المذكورة، أعني تبعية العقود، وما قام

(١) توضيحه ان الفارق بين الدائم من النكاح والمنقطع منه، استمرار الدائم لا الى اجل، بخلاف المنقطع، فانه يستمر الى اجل معين. واما قبل حلول الأجل في المنقطع فهو والدائم على سواء، ليس لواحد منها جهة فارقة يمتاز بها عن الاخر، بل كلاهما نكاح على نسق واحد، غير ثابت لاحدهما ما لم يثبت للاخر، وان كان بينها اختلاف في الاحكام بملاحظة ما بعد الاجل.

مقامها وهو غير العقود من الامور القصدية، للقصود.

و أما إذا كان متعلقاً العقد غير مبائن مع ما وقع عليه القصد بل كان أحدهما أخص من الآخر، بأن يكون ما وقع عليه القصد مشتملاً على متعلق العقد وغيره او بالعكس، سواء كان قصورالعقد عن الشمول على جميع ما تعلق به القصد لأجل عدم وفائه بها رأساً، أو لأجل إلغاء الشارع لها بعد ما كان وافياً لها، فيكون بمنزلة غير المذكور في العقد. فلاشكال في عدم تحقق البيع في موارد الافتراق بين العقد والقصد، سواء كان ذلك لأجل عدم شمول القصد عليها مع شمول العقد او بالعكس، لكون المفروض بحسب القاعدة المتقدمة اعتبار التطابق بينهما. وأما في مورد الاجتماع، فان كان وقوعه تحت العقد والقصد متقيداً بالجزء الآخر الذي لم يشمل العقد والقصد معاً لايتحقق البيع بالنسبة إليه ايضاً، لتبائن متعلق القصد بالمرة، لما عرفت من تبائن المطلق مع القيّد بما هو مقيّد.

و أما لو كان وقوعه تحت العقد او القصد غير مقيّد بوقوع الآخر تحتها وغير مرتبط به، تحقق البيع بالنسبة اليه لا محالة. وتوضيحه أنّ متعلق عقد البيع أعني الملكية تنحلّ الى أجزاء عديدة بحسب كلّ جزء جزء من المال، ويكون كلّ جزء منه واجداً لملكية مستقلة مفترقة عن الملكية الحاصلة للجزء الآخر منه، بحيث لو خرجت بقية الأجزاء عن ملكه بالتلف، او انتقل الى غيره بالبيع او غيره من النوافل، يبقى هذا الجزء على ملكة.

ألا ترى انحلال ملك التركة بحسب عدد الوراثة فتكون لكل واحد منهم ملكية مستقلة على حصته من التركة، وأما لو كان للميت حق قابل للتوريث، لا ينحل بموته إلى حقوق عديدة بحسب عدد الوراثة على مذهب بعض الفقهاء، بل ينتقل بوحده الى مجموع الوراثة. وأما انحلال الملك فهو على بدهة من فتاويهم. والحاصل: أنّ متعلق عقد البيع أمر انحلائي، فيكون العقد المتعلق به،

وكذا القصد الواقع عليه، منحلين إلى عقود وقصود عديدة بعدد أجزاء المال، فهما كالأمر باكرام العلماء حيث ينحلّ إلى أوامر عديدة بعدد أفراد العلماء، تكون لكلّ منها إطاعة وعصيان مستقلان.

فعلم ممّا ذكرنا ان العقد لو تعلق على بعض ما وقع عليه القصد او بالعكس تحقق البيع بالنسبة الى مقدار التطابق بينهما، لاجل انحلال العقد والقصد المتحقق بهما البيع، بعدد كل جزء جزء من اجزاء المبيع. بل وان لم يتحقق الانحلال، لعدم وجود ريب في كون كل من العقد والقصد منبسطاً على جميع اجزاء المبيع، فيكون كل من اجزائه متعلقاً لهما واقعاً تحت القصد و منشأً بالعقد المنبسطين عليه.

ولاجل ذلك التزمنا بجريان البرائة في اجزاء المأمور به ولومع نفي انحلال الامر الى اوامر عديدة، فان الامر منبسط على اجزاء المامور به، فيكون الشك في جزئية شيء للمأمور به شكاً في انبساط الامر عليه، وان كان تعلق الامر به على استقلاله خارجاً عن مجرى البرائة، للعلم بكونه غير متعلق للامر الاستقلالي برأسه.

وقد تحصل من جميع ما ذكرنا انه لا يمكن الالتزام بتحقيق الاباحة بالمعاطاة على تقدير كون قصد المتعاطيين هو التمليك لاستلزامه تخلف العقد عن القصد وقد عرفت استحالته.

ثم ان المحقق الخراساني (قده) ذكر وجهاً لدفع الاستحالة المذكورة، بما محصله: ان المعاطاة مفيدة للملك حتى على القول بالاباحة، وعليه يرتفع محذور تخالف القصد، مع العقد او ما يقوم مقامه. توضيح ذلك ان مراد القائل بالاباحة في المعاطاة افادة المعاطاة لها قبل تحقق التصرف، واما بعده، فقد وافقوا القائلين بالملك، والتزموا بحدوثه بعد التصرف، ولو بنقله الى غيره، بالنقل اللازم او الجائز فانه ليس للمالك الاصلى الزامه بالرجوع فيه.

نعم لو رجع فيه وفسخه كان له استرداده منه. واما لو ملكه ثانياً بنقل جديد من دون فسخ النقل الاول لم يكن له استرداده منه، لتغيره عما هو عليه حال الاعطاء.

و بالجمله لم يوجد احد يقول بجواز استرداد المأخوذ بالمعاطاة بعد التصرف فيه، وحاصله تحقق الامضاء للمعاطاة من الشارع على طبق ما قصده المتعاطيان منها وهو التملك بعد تصرف احدهما فيما أخذه من الاخر، فيكون نظير بيع الصرف والسلم في حقوق امضاء الشارع بهما بعد تحقق التقابض في الاول و قبض الثمن في الثاني. وتأخر حقوق الإمضاء عن العقد وتحققه بعد أمر متأخر عنه لا يوجب تخلف العقد عن القصد كيف ولا مناص عنه في قاطبة البيوع حتى المنشأة باللفظ، لحصول الإنفكاك بين تحقق الملكية وتحقق الايجاب لا محاله بتخلل القبول بينهما، مع ان المقصود من الايجاب انشاء الملكية من حينه. فتأخر حصول الملكية فيها كما لا يوجب التخلف المذكور فيها، كذلك لا يوجب في المعاطاة. واما الاباحة الحاصلة من حين التصرف فلا يقدح ايضاً في التطابق مع القصد، وقدم نقل كلامه «ره» في ذلك فراجع.

وفيه انه لا دليل على تحقق الملكية بعد التصرف واما عدم جواز الرجوع بعده فلاجل عدم بقاء المأخوذ بالمعاطاه على ما هو عليه حين الاعطاء، والمبيح انما يجوز له الرجوع فيما اباحه من الغير، اذا بقى على ما هو عليه حين الاباحة، واما مع فقدته فلا رجوع له، وكذا لا رجوع للاخر من المتعاطيين فيما اعطاه من العوض ولو مع بقاء ما اعطاه على ما هو عليه حين الاعطاء، لكون اباحته متقيدة باباحة الاخر، لاناطة كل من الاباحتين الحاصلتين بالمعاطاة بالآخري، فان كلامهما قد دفع ماله و اباحه من الاخر، بشرط دفع الاخر ايضاً ماله اليه و اباحته منه، فيكون رجوع احدهما فيما اباحه مستلزماً لرجوع الآخر و امتناع الرجوع منه مستلزماً لامتناعه من الاخر.

و بالجملة الحادث بالتصرف في احد طرفي المعاطاة هو الاباحة اللازمه
 الابية عن الرجوع (١) وهى غير الملكية. فالقول بحدوثها بعد التصرف، لمجرد
 امتناع الرجوع خارج عن مقتضى البرهان. وقد أفاد ما ذكرناه شيخ المشايخ
 الشيخ الجليل مرتضى الانصارى «ره» عند تعرضه لكلام الشهيد فى الامر
 السابع من تنبيهات المعاطاة هذا.

وابعد مما ذكره المحقق المذكور فى دفع محذور التخلف عن القصد، ما التزمه
 بعض. من ان حصول الاباحة بالمعاطاة مع قصد التمليك منها، كان من باب
 تعدد المطلوب.

وهذا غفلة عن اختصاصه بالاوامر، وعدم جريانه فى العقود والايقاعات،
 فان المدار فى باب الاوامر على ارادة المولى فلو علم تعلقها ببعض المطلوب عند
 تخلف العبد عن الاتيان بجميعة تجب متابعتها، سواء أنشأ له امراً بالخصوص
 ام لا.

واما فى العقود والايقاعات فالمدار فيها على تحقق الانشاء، وليس
 مجرد القصد والارادة فيها منشأ للأثر ما لم يقترن بهما الانشاء كما عرفت فيما مر.
 نعم يمكن الالتزام بالتحلل العقد الفعلى، اعنى المعاطاة - بعد فرض عدم امضاء
 الشارع لها على طبق ما قصده المتعاطيان منها اعنى التمليك - الى جزئين،
 احدهما الاباحة، والاخر جزء كان لحوقه عليها محصلاً للتمليك. فالإباحة

(١) لا معنى للإباحة اللازمة من المالك بحيث لم يكن له الرجوع، الا بحكم الشارع بدوام
 الإباحة بعد ما اقدم عليها المالك، فتقلب اباحة شرعية. والا فقتضى سلطنته على ماله وملكه
 تسلطه على قطع الاباحة، وان اقدم عليها بنية الاستمرار.

و بالجملة الاباحة فعل للمالك فهو العلة التامة لها، فله قطعها او ابقائها. واما انعدام موضوع
 الاباحة فهو موجب لانتفائها بانتفاء موضوعه، فالتعليل بدوام الاباحة بانتفاء موضوعها تعليل بعدم
 الشيء على وجوده، وهو باطل بالضرورة.

حينئذٍ مقصودة للمتعاظين في ضمن قصد التمليك وغير واقعة على خلاف ما قصد عن المعاطاة، والاشكال في المعاطاة كله مبني على القول بكونها منسوبة للإباحة بنحو القسم الخامس من الاقسام المذكورة، اعني كونها سبباً انشائياً أثرت في حدوث الاباحة مع عدم اقترانها بقصدتها من المعاطاة، واما بناء على كونها من القسم السادس اعني كونها مصداقاً خارجياً لمفهوم البيع والتمليك، لكون مقتضى اطلاقها اعطاء جميع جهات المال من الجانبين، وان حقيقة البيع لا تتعدى عنها، فالبيع والتمليك يحصلان بمجرد المعاطاة. وان لم تقترن بقصدتهما منها اصلاً، بل ينطبق عليها عنوان البيع والتمليك قهراً من غير توقف على قصدتهما منها.

الامر الثالث

في اختلاف انواع العقود والايقاعات لصلاحيه حصولها بالمعاطاة وعدمه

وان المعاملات من العقود والايقاعات بحسب كيفية حقائقها على قبيلين (١).

(١) لا اشكال في كون قاطبة العقود والايقاعات اموراً اعتبارية، ويشهد له تحققها بانشاء الصيغة، ومن البديهي انه لا تتحقق بانشاء الصيغة الا الامور الاعتبارية. وسيجيئ في الثالثة ما علقناها من الحواشي على هذا الامر: ان الامور الاعتبارية يستحيل تحققها في الخارج بالمصدق الحقيقي وانه يختص بالامور الحقيقية.

ولم يذكر الاستاذ (قده) امكان وقوع حقيقتها في الخارج الا في ثلاثة منها، وهى الوقف والبيع والهبة، اما البيع والهبة فتعرض لهما تفصيلاً في الثالثة ما علقناها من الحواشي على هذا الامر. اما الوقف، فمن البديهي انه ليس تحبيساً للعين حقيقة ولا تسبيلاً للمنفعة كذلك، بل المراد تحبيسها عن التمليك والتملك، وتسهيل المنفعة بتمليكها او تمليك الانتفاع بها، وان منع الواقف او غيره عن الانتفاع بها خارجاً.

(الاول) ما امكن وقوع حقيقتها في صفحة الخارج، وتحليها بالوجود العيني الخارجى (كالوقف) فان حقيقته، اعنى تحييس العين وتسييل المنفعة، مما يمكن تحققها في الخارج.

«والثانى» مالا يمكن حصول حقيقتها في الخارج، والواقع منها في الوجود اعتبار حصولها دون حقيقتها بنفسها. ومن هذا القبيل الطلاق، والوديعة، والعارية، والكفالة، والوكالة، والصلح، والرهن. فان حقايقها غير قابلة لان توجد بانفسها في الخارج، بل الممكن منها انشائها بالاسباب الانشائية، واجادها بالوجودات الاعتبارية. وسيجى زيادة توضيح له ان شاء الله تعالى. ويعتبر في كلا القبيلين كون ما تتحقق به المعاملة ظاهراً فيها بنفسه، او بمعونة قرائن توجب ظهوره فيها. فان من القرائن ما يوجب ذلك، ومنها مالا تنى باحداث الظهور فيه، وانما يكشف عن مراد القائل او الفاعل فقط.

والحاصل: انه يعتبر في اللفظ الانشائي ان يكون ظاهراً في المنشأ بنفسه او بمعونة القرائن اللفظية، لكونها موجبة لظهور اللفظ (١) دون القرائن الخارجية،

(١) لا معنى لاعطاء القرينة الظهور للفظ، فان مناط اعتبار الظهور ههنا اعتبار الوضع، اعنى جعل الوحدة بينهما. وجعل اللفظ وجوداً للمعنى بكليته كوضع لفظ الامر للبعث، او بمصداقه كوضع صيغة افعال و اعتباره مصداقاً له، وهو وضع الفاظ الانشاء. والقرينة لا توجب الوضع بل انما تحكى عن المراد فقط. وغاية ما يمكن من التفصيل بين القرائن، ان القرينة قد تحكى عن المراد من اللفظ وانه اريد منه ذلك وقد تحكى عن المعنى في عرض ذلك اللفظ وان كان يدل بالالتزام على ارادته من اللفظ ايضاً وعلى كلا التقديرين لا اعتبار بالقرينة في انشاء العقود نعم لو كانت لفظاً دالاً على معناه بالوضع وكانت مقتزنة بلفظ الانشاء بحيث كان مجموعها لفظاً واحداً عرفاً يكون مجموعها انشاء وتتحقق المعاملة بمجموعها، واما مع الافتراق او كون القرينة فعلاً فلا، واما كثرة الاستعمال في معنى فليست من القرينة في شئى، بل هى توجب وضع اللفظة له فهو المنشأ للظهور والدلالة دون القرينة، واما الاطلاق فهو مدلول نفس الكلام عرفاً، وليس امراً آخر ليعد من القرائن الخارجية.

لعدم كونها موجبة له وان كانت تكشف عن مراد المتكلم. اللهم الا ان توجد قرينة خارجية وافية باحداث الظهور فيه، ككثرة الاستعمال الموجبة لانصراف اللفظ المطلق الى بعض افراده.

وكذلك يعتبر في الفعل المنشأ به المعاملة او الفعل الذي توجد به حقيقتها اعنى المصداق الحقيقي لها، ان يكون ظاهراً فيها بنفسه او بقرائن فعلية تقترب بالفعل و تحدث فيه الظهور في المعاملة. (١) واما القرائن اللفظية فهي بالنسبة الى الفعل كالقرائن الفعلية بالنسبة الى اللفظ، غير وافية لاحداث الظهور فيه، وان كانت تكشف عن مراد الفاعل. ولاجل ذلك لا يمكن ايقاع البيوع الشريطية بالمعاطاة، فان الفعل لا يصلح للدلالة على الاشتراط ولا اعتداد بالقرائن اللفظية الدالة عليه.

و بالجمله القرينة المعتد بها هي القرينة الموجبة لاحداث الظهور. فن القرائن الموجبة لاحداث الظهور احتياج اللفظ او الفعل في الدلالة على احد معنيها الى قيد، فانه يوجب ظهوره في الاخر منهما عند عدم تقيده به، كظهور الامر في الوجوب عند الاطلاق، مع كونه موضوعاً في اللغة لمطلق الطلب الشامل على الوجوب والندب، لافتقار الندب الى اضافة قيد يدل على الرضاء بالترك و ذلك يجري في مصاديق المعاملات ايضاً اذا توقف صيرورة الفعل مصداقاً لاحد عنوانين - تردد كونه مصداقاً لاحدهما - على انضمام قيد اليه، فان خلوه عن القيد حينئذ يكون موجباً لظهوره في المصدقية للاخر منهما. فنه الاعطاء المشترك بحسب الحقيقة بين البيع والهبة، حيث ان توقف

(١) لا يكفي في الانشاء ظهور الفعل اى كشفه عن المعنى بالدلالة العقلية او العادية بل لا بد ان يكون بالوضع اعنى جعل العينية بينها حتى يكون ايجاده ايجاداً للمعنى ووجوده وجوداً له اعتباراً على ما تقدم في التعليقة المتقدمة.

كونه مصداقاً للبيع على اقتترانه بما يجعله ظاهراً في التملك بالعوض، يوجب ظهوره عند فقدته في التملك الغير المعوض، وهو الهبة، ولعل اقتترانه في المعاطاة باخذ العوض يجعله ظاهراً في التملك بالعوض هذا.

واما استظهار التملك من الاعطاء وكونه مصداقاً لعنوانه مع كونه متردداً بحسب حقيقته بينه وبين عدة من المعاملات الغير المشتملة عليه، فالوجه فيه: ان الاعطاء عند تجرده عن القرينة الحاصرة له في بعض الجهات، ظاهر في شموله على جميع الجهات. فينطبق الاعطاء حينئذ على خصوص التملك دون غيره من محتملاته، فان اعطاء جميع جهات المال هو التملك.

بيان الظهور: ان الاطلاق كما ينعقد للفظ بكون المتكلم في مقام البيان لجميع الجهات الدخيلة فيما يريده، بحيث لا يبقى معه حالة منتظرة للسامع في فهم مراده واقعاً، كذلك ينعقد للفعل ايضاً، بكون الفاعل في مقام ايجاد جميع ماله مدخلية في مقصده. وهذا يحصل للمتعاطين عند المعاطاة فيؤخذ بمقتضى اطلاقها وهو اعطاء جميع الجهات.

ويشهد له، انك اذا اعطيت خبزاً للفقير ثم انصرفت عنه، وانصرف هو عنك، كان فعلك هذا ظاهراً في اعطاء جميع جهات الخبز مطلقاً بحيث لو طالبتة بعد اكله وافنائها بعينه او بقيمتها، يذمك العقلاء بانك لوقصدت اعطائه وديعة كان واجباً عليك ان تضمه بالقرينة. وكذلك الاعطاء الحاصل من المتعاطين عند المعاطاة مطلق غير مقرون بالقرينة، مع كون المقام مقتضياً لابرار القيود الدخيلة فيما يريد عن الاعطاء من الاعارة او الاجارة او غيرهما. وحيث قد اطلق فعله ولم يجعله مقروناً بقرينة دالة على اختصاص الاعطاء بخصوص المنفعة او الانتفاع او غيرهما من جهات المال، كان ظاهراً في اعطاء جميع الجهات.

ولا تخفى متانة هذا التقريب في اثبات تحقق البيع بالمعاطاة، (١) لا سيما على القول بكون حقيقة المعاطاة الاعطاء والاخذ. لولا ان حقيقة البيع ليس مطلق التملك الثابت بهذا التقريب كون المعاطاة مصداقاً له، بل التملك المقيد بال عوض. وليس من القرائن الفعلية ما يوجب ظهور الاعطاء في ذلك.

(١) وفيه أولاً: ان الملكية المصطلحة اعنى ملكية المال لملكه، من الامور الاعتبارية. وكذا التملك، كما تقدم بيانها على التفصيل فيما وضعناه من الحاشية فيما تقدم لبيان حقيقة الملكية، وقد صرح الاستاذ (ره) به عند البحث في الملكية.

والامر الاعتباري هو المفهوم الذي ليس له ما يجزاء في الخارج فلا يعقل ان يكون له مصداق خارجي، فان المصداق ليس الا ما يجزاء المفهوم في الخارج. نعم يكون المصداق الاعتباري للمفهوم الاعتباري في الخارج اعتباراً، باعتباره مصداقاً له في الخارج، كالانحناء حيث اعتبر مصداقاً للتعظيم، وكستر الرأس بالقلنسوة، فانه كان عند المتقدمين في عصرنا مصداقاً للتعظيم والاحترام، وقد جعل عند المتجددين مصداقاً للتحقير والتوهين.

فعلى هذا يمكن ان يكون الاعطاء مصداقاً اعتبارياً للتملك، لكنه يكون حينئذ انشاء فعلياً، كما ذهب اليه السيد - قده - وقد فر منه الاستاذ - ره - فان المراد منه هو الاليجاد بالمصداق الاعتباري والوجود التنزيلي.

«وثانياً» ان كون اعطاء شيء في الخارج اعطاء لجميع جهاته عند الاطلاق والتجرد عن القرينة مسلم، لكون الاعطاء تسليطاً للمعطى له على الشيء المعطى، واطلاقه يقتضى تسليطه عليه بنفسه واجزائه وجميع الاوصاف القائمة به في الخارج، فيكون مسلطاً عليه بجميع التصرفات الموجبة لتغير في اجزائه او اوصافه الخارجية. لكن الملكية ليست من الاوصاف القائمة به في الخارج، بل هي امر اعتباري قيامه بالمعتبرين، فلا يكون اعطاء الشيء لاحد تسليطاً له على ما كان اجنبياً عنه في الخارج بالمرة وليس جزء له ولا صفة قائمة به في الخارج.

فان قلت: ليس المراد ان الاعطاء يتعلق بالملكية كسائر اوصاف المعطى، بل المراد ان اعطاء الشيء بجميع جهاته يساوق التملك.

قلت: انا قد سلمنا ان اعطاء الشيء تسليط له على الشيء بانحاء التصرف، والسلطنة على التصرفات فيه لا يستلزم الملكية فضلاً عن العينية بينهما، كما ينادى به الشيخ «قده» في المكاسب فرقاً بين القول بالملكية والقول بجواز جميع التصرفات.

«والتحقيق في المسئلة» تحقق البيع بالمعاطاة، لحكم العرف بذلك، وقد تقدم منا تفصيل الكلام في حجية حكم العرف في تشخيص المصاديق، كحجية حكمه في تشخيص المفاهيم. ويعلم ذلك من ملاحظة الاطلاقات العرفية، فترى ان المتعاطين بعد المعاطاة يقول احدهما: انى بعت المال الفلانى، والاخر يقول: انى اشتريت هذا، واذنا سئل احدهما: بكم اشتريت هذا؟ يقول: بكذا، واذنا سئل الاخر: بكم بعت المال الفلانى؟ يقول: بكذا، ويقول من اخذ ثوباً بالمعاطاة وكان له ثوبان آخران: انى املك ثلاثة اثواب، واذنا سئل عن احدهما كم تملك من الدراهم؟ فيقول درهماً، اذا اخذ بالمعاطاة درهماً، ولم يكن له غيره، او درهمن اذا كان له درهم غيره، واذنا سئل عن الاخر: ما فعلت بثوبك؟ يقول: فقد بعته، واذنا سئل كم لك من الاثواب؟ يقول: ثوبان، اذا كان له ثلاثة اثواب قبل المعاطاة، فاذا سئل منه ما فعلت بالثالث؟ يقول: فقد بعته، ونظائرهما مما لا تحصى كثرة.

وعليك بملاحظة الاطلاقات الشائعة بين عرفنا وعرف غيرنا من الملل، وذلك بحيث لو منعهم عن الاطلاق المذكور شددوا عليك النكير بحسب ارتكازهم، وان كانت المتشعبة منهم يتبعون فتاوى الفقهاء فى الاحكام، لكنهم لا يتبعونهم فى نفي اطلاق لفظ البيع. فان كان لك حجة من الشرع على تخطئة العرف فى ذلك فهو المتبع، والا يشملها احكام البيع بجملتها، وليس ذلك الا الشهرة المتحققة من المتقدمين على عدم تحقق البيع عند المعاطاة، وقد وضعنا رسالة فى حجية الشهرة المتحققة بين المتقدمين، الا ان الشهرة فى المسئلة ليست واجدة لشرائط الحجية التى ذكرناها فى الرسالة، هذا. ثم ان حقيقة البيع، اعنى التزام كل من البايع والمشتري بصيرورة ماله ملكاً للآخر بازاء صيرورة مال الآخر ملكاً له، يحصل بأحد امرين:

احدهما، العقد، وقد تبين فيما مرّ انه مصداق اعتبارى للبيع وان التزام كل من البايع والمشتري فيه معقود بالتزام الآخر، ومقتضاه اللزوم.

الثانى، التزام كل منهما بصيرورة ماله ملكاً للآخر بازاء صيرورة مال الآخر ملكاً له فى قلبها مع ترتيب الاثر عليه خارجاً، وهو المعاطاة، او ان المعاطاة هى تعاطى المالىن مع الالتزام بصيرورتها ملكاً للآخر، وقد يحصل باعطاء احدهما واخذ الآخر مع الالتزام المذكور.

و مقتضاه جواز البيع الحاصل بالمعاطاة، لكون كل من المتعاطين مسلطاً على التزامه، فله نفي استمراره واعدامه، فيمكن القول بمتابعة الشرع والعقلاء للمالك فى نفي اعتباره استمراراً ويمكن

نعم اقتران الاعطاء باخذالعوض عندالمعاطاة قرينة على كونه اعطاءً بعوض، لكن غايته الدلالة على مقابلة الفعلين، اعنى كون الاعطاء في مقابل الاعطاء، والتملك بازاء التملك، وهذا ليس من حقيقة البيع في شيء، بل المأخوذ في حقيقته، هوالمقابلة بين المالين، دون التملكين. اذا عرفت هذه المقدمات فقد ظهر لك امران:

الاول

تعيين محل النزاع في المعاطاة

و ان محل الكلام بين المتقدمين رضوان الله عليهم في المعاطاة هو ما اذا قصد المتعاطيان مجردالاعطاء. وانه هل يتحقق البيع بذلك ام لا. فذهبوا الى ان المعاطاة ليست بيعاً وانما هي اباحة محضة. وقد عرفت: أن نفهم لتحقق البيع بالمعاطاة عين الصواب، وان كان مقتضى ما ذكرناه من حديث الاطلاق انطباقها على الهبة لا الاباحة المجردة(١). و بالجملة ان كلماتهم مصروفة عن المعاطاة اذا قصد منها الاباحة، فان الكلام في تحقق البيع بها وعدمه مما لايمكن نسبه الى ادنى الطلبة، فضلاً عن أعلام المتقدمين. ونظيره في السخافة، البحث في كون المعاطاة مفيدة للاباحة بل الالتزام بها، اذا قصد منها التملك. فليس محل البحث والكلام عندالمتقدمين رضوان الله عليهم الا ما ذكرناه.

منعه والالتزام بحكم الشرع باللزوم تبعيداً، وهذا بخلاف العقد، فان الالتزام فيه معقود ومشدود بالتزام الآخر، فلا يجوز فسخه لاحدالجانين منفرداً. (١) والتحقق كون المعاطاة بهذا المعنى مصداقاً للتسليط على جميع انحاء التصرفات ومنع كونها مصداقاً للتملك.

الثاني تبيين مباني القول بكون المعاطاة بيعاً

ان القائل بكون المعاطاة بيعاً لا بد وان يلتزم باحد امور ثلاثة (١)

«الاول» ان تحقق البيع في الخارج غير مفتقر الى انشاء، بل يكفي في تحققه مجرد وجود ما يكشف عن قصد المتعاطيين، ويحكم الشارع بحدوث الملكية بمجرد. وربما ينطبق على هذا الوجه اكثر كلمات الشيخ والسيد وغيرهما من المتأخرين، مقتضاه الاكتفاء عن الايجاب والقبول بمجرد لفظ يكشف عن قصد المتبايعين، ولو بنحو الاستيجاب والايجاب اوغيره، وتلغو حينئذ جميع ما ذكر اعتبارها في العقد، من كون اللفظ المتحقق به العقد ظاهراً في المراد وعدم كفاية المجاز وان اقترن بقرائن تدل على ما اريد منه، وغيرها مما ذكر اعتباره في العقد مع انها مما لم يلتزم بها احد منهم. نعم قد التزم بها بعض الاخباريين عملاً بظاهر بعض الاخبار.

وبطلانه يظهر من ملاحظة ان البيع هو تمليك البائع للمبيع، ومقتضاه تحقق الملكية للمبيع من جانبه، لامن جانب الشارع، حتى يكون حكم الشارع بحدوث الملكية مستلزماً لتحقيق عنوان البيع. ومن الواضح ان الملكية امر ايجادي، لا يحصل الا بايجاد له في الخارج، باحد النحويين المذكورين فيما يأتي، فلا حكم الشارع يكفي في تحقق البيع، ولا قصد المالك من دون ايجاد منه يقتصر عليه في تحصله.

وقد اشار العلامة الى نفي ذلك في باب الهبة بقوله وتحتاج الى ايجاب وقبول

(١) قد عرفت ان البيع يتحقق بالالتزام القلبي بشرط ترتيب الاثر عليه بالمعاطاة وهو

غير الاقسام الثلاثة المذكورة.

ولا تكفي المعاطاة في الهبة كسائر التمليكات، انتهى.

ومن العجيب ما ذكره المحقق الثاني ره: ان المفتقر الى الانشاء هي اللازمة من العقود دون الجائزة منها، فالمعاطاة انما تحتاج الى الانشاء، اذا عني من افادتها الملك افادة الملك اللازم، واما اذا عني منها افادة الملكية المتزلزلة غير اللازمة، فلا يقدر فيها كون المعاطاة فاقدة للانشاء.

وفيه ان توقف تحقق العقود اللازمة على وقوعها تحت الانشاء، وعدم توقف الجائزة منها عليه ليس من حيث كونها لازمة او جائزة، حتى يحكم بالتوقف عليه في كل مورد تحقق فيه اللزوم او بعدمه في كل مورد تحقق فيه الجواز، بل من حيث كون العقود الجائزة من الامور الاذنية، ولذا سميناها بالعقود الاذنية فيما مر.

و بالجملة ما هو المناط في حصول هذا الفرق بين اللازمة من العقود والجائزة منها، هو كون مفاد العقود الجائزة اذناً في متعلقاتها، والاذن يتحقق بمحصل ما يكشف عن الرضا، فما كانت من العقود مفادها الملكية، لا تتحقق من دون تحقق الانشاء، وان كانت لازمه غير جائزة، كيف؟ والهبة من العقود الجائزة وقد عرفت تصريح العلامة بعدم كفاية المعاطاة فيها.

«الثاني» كون المعاطاة ايجاداً للبيع خارجاً، بما هو مصداق لحقيقته بناء على كون المعاطاة مصداقاً حقيقياً للبيع، وقد عرفت الاشكال فيه، وان سلمنا كونها مصداقاً للتمليك. لكون حقيقة البيع تمليكاً بعوض وليست المعاطاة مصداقاً له بالقيد المذكور.

«الثالث» تحقق البيع والتمليك بالمعاطاة بنحو تحققها بالعقد اللفظي بان تكون سبباً انشائياً لهما. وقد عرفت انه يتوقف على كونها موضوعة للتمليك، متعلقة بها التنزيل، اعني تنزيلها منزلة التمليك عرفاً بحيث يكون وجودها فانية في وجوده. ومن التزم به نطالبه بدليل الوضع والتنزيل، ولعله امكن الاستدلال

عليه بالسيرة.

«بيانها» ان المعهود من عمل الاصحاب اجراء آثار الملكية لما اهدى اليهم من دون ايقاع عقد عليه، وقد اهديت الجارية الى النبي صلى الله عليه وآله فعامل معها معاملة الملكية حتى استولد منها. فلا يبعد دعوى السيرة على الاكتفاء بالمعاطاة في خصوص الاهداء او في مطلق التملك حتى البيع كما عن ابي حنيفة حيث قال: ان البيع يتحقق بما يراه الناس بيعاً ولا يخفى عليك ان الوضع المستدل عليه بالسيرة ليس امراً شرعياً بل عرفي يكون المرجع فيه هو العرف، فليس التمسك بسيرة المتشرعين الا من حيث كونهم من اهل العرف، فتكون سالمة عما اورد عليها الشيخ -ره- بانها ربما تكون من سيراتهم الناشئة عن التسامح وقلة المبالاة بالدين. فانه انما يرد على الاستدلال بها في اثبات حكم شرعي ثبت من الشرع، واما الامور العرفية فالحجة تقوم عليها بجريان سيرة الكفار فضلاً عن المسلمين اذا تسامحوا بالدين.

والحاصل انه اذا ثبت تحقق الوضع في زمان من الازمنة السالفة او اللاحقة، كان موجباً لصحة البيع بالمعاطاة في ذلك الزمان وان كان منشأ حصوله مجرد التخصيص الحاصل من كثرة الاستعمال. فعليك بملاحظة ذلك في زمانك، فان ظفرت عليه فهو، والا فلا مناص عن انكار حصول البيع بالمعاطاة هذا.

وههنا نكتة لطيفة لا بد من التنبيه عليها. وهي ان المعهود من العرف اطلاقهم لعنوان البيع، على نفس المعاطاة لا الحكم بتحقيق البيع عند تحققها وتلقيها سبباً لحصوله مغايرة معه في الوجود، فالمستفاد منهم كون المعاطاة مصداقاً للبيع لاسباباً انشائيةً موضوعاً لانشائه (١) وقد تقدم ابطاله.

(١) قد عرفت مما بيّناه سابقاً ان الانشاء يساوق المصدقية، لكون الانشاء ايجاداً للشئ بما

فالمطلوب وهو وضع المعاطاة لانشاء البيع غير مستفاد منهم، والمستفاد منهم، وهو مصداقية المعاطاة للبيع غير مطلوب، لعدم كونها مما يتبع العرف في احرازها. فان الحكم بالمصداقية من وظائف العقل، وليس لغيره نظر متبع في ذلك. وقد عرفت منع حكم العقل بمصداقية المعاطاة للبيع. بخلاف الوضع فان المرجع في احرازه هو العرف وحده، لكونه امراً راجعاً اليهم.

تتمّة

في مقتضى اختلاف المباني في المعاطاة

اعلم ان مقتضى المباني المتقدمة في المعاطاة بالنسبة الى جريانها في غير البيع من العقود والايقاعات وعدمه ليس على نسق واحد فهي بناء على كونها مفيدة للتمليك تعبداً من الشارع او كونها سبباً انشائياً له ثبت وضعها عليه غير آبية عن جريانها في جميع العقود والايقاعات. واما بناء على كون جريانها في البيع لأجل ثبوت كونها مصداقاً له، لا تجري في كثير من العقود والايقاعات لكون حقايقها آبية عن المصداق الحقيقي هذا وبينها فروق اخرى ومن جملتها اقتضاء المبنيين الأولين للزوم المعاطاة واقتضاء ثالثها لعدم لزومها فلنشرع في تحقيق ذلك.

* * *

له من المصداق الاعتباري، وقد عرفت ايضاً مما قدمناه ان البيع يتحقق في مورد المعاطاة بالتزام المتبايعين بملكية مال بازاء مال، وان كان من شرطه ترتب الاثر عليه بالمعاطاة، فليست المعاطاة مصداقاً للبيع والانشاء له.

المبحث الثاني

في جواز المعاطة اولزومها

وتحقيق القول يتوقف على طي مرحلتين:

المرحلة الاولى

في أقسام الجواز واللزوم

اعلم ان جواز المعاملة او لزومها قد يكون بحكم تعبدى من الشرع وقد يكون من ناحية نفس المتعاملين: «اما الصورة الاولى» فاللزوم المتحقق بها على اقسام. «الاول» ان يكون منشأ حكم الشرع به استحالة الجواز عقلا، لاستلزامه اعادة المعدوم المستحيلة عندالعقل، كلزوم الابراء، فان منشأ حكم الشرع به استلزام الجواز عقلا لاعادة المعدوم، لكون حقيقة الابراء اسقاط الملك اوالحق. فالحكم بجوازه يستلزم الاعادة لهما بعدالسقوط والانعدام. (١)

«الثانى» ان يحكم به الشارع من دون استحالة عقلية فى الجواز تقتضى اللزوم، بل لاجل استحالة شرعية ثابتة عندالشرع. كحكمه بلزوم العتق، لما ثبت منه ان الحر لايعود رقاً، الا ان يعرض عليه سبب آخر يقتضى رقيته ثانياً.

(١) ان الموجود الاعتبارى (اعنى ما كان وجوده بالتخييل والفرض) لا تستحيل اعادته بعدالعدم، فن الممكن قطع فرض وجودالملكية واعتبار وجوده فى ذمة المديون بالابراء، ثم فرضها واعتبار وجودها ثانياً بعدالرجوع من حين الابراء، ولا تنافى بين فرض الملكية وعدم فرضها فى زمان واحد، اذا اختلف زمان الفرضين. وانما التنافى بينها اذا اتحد زمانها وسيجيئ مثله من الاستاذ ره - فى باب الفضولي.

«الثالث» ان يحكم به متقيداً ببعض الاحوال، كالحكم بلزوم بيع الحيوان الا في الثلاثة.

اما الجواز وانحلال العقد المتحقق بحكم الشرع يكون «تارة» لاجل انتفاء موضوع العقد احياناً، كحكمه بجواز العقود الاذنية المتقومة بالاذن، لاجل انتفائها وانقطاع استمرارها بانتفاء الاذن. كالوديعة، فانها باقية مادام بقاء الاذن فاذا انتفى انتفى عقد الوديعة بانتفائه، لتقومه بالاذن ووجب ردها الى مالكيها. نعم قد حكم الشارع في جملة من الموارد باللزوم، مع انتفاء موضوع الاذن. «فمنها» الاذن بدفن الميت، فلا ينتفى بانتفائه حكم الدفن، ولا يستحل به نبش القبر «ومنها» اذن المالك لغيره باتيان الصلاة في ملكه، فلو بدا له في اذنه في اثناء اشتغال الماذون له بالصلاة لم يجب عليه قطعها والخروج عن ملكه من حينه على قول «ومنها» اعارة اللوح للسفينة، فلا يجب رده بانتفاء اذن المالك بعد شده ومسيرها، حيث تغرق لوفك اللوح منها.

وتارةً لأجل علة تحدث في العقد مع بقاء موضوعه على ما هو عليه، كحكم الشرع بجواز الهبة، فانها مع عدم كونها من العقود الاذنية المتقومة بالاذن والمنفية بانتفائه، بل من العقود المفيدة للملك، قد حكم الشارع عليها بالجواز عند بقاء الموهوب. ثم إنَّ الثابت بحكم الشرع، قد يكون اقتضاء العقد بالجواز، فيكون ثبوته للعقد لأجل اقتضائه له، كالهبة فانها محكومة بالجواز لحكم الشارع باقتضائها له. والجائزة من العقود بهذا النحو من الجواز، لا تصير لازمة، باشتراط اللزوم فيها. لكون اشتراط اللزوم فيها مخالفاً ومنافياً لمقتضاها، ولا باشتراطه في ضمن عقد اخر، لكونه مخالفاً لمقتضى الشريعة ومنافياً لما ثبت فيها من الحكم بالجواز. وقد يكون نفي اقتضاء العقد للزوم. كالوكالة فانها محكومة بالجواز، لكونها فاقدة لاقتضاء اللزوم. والجائزة من العقود بهذا النحو من الجواز، لا يمتنع جعلها لازمة باشتراط لزومها في ضمن عقد آخر، لعدم التنافي بينه وبين الجواز

المحكوم به العقد في نفسه، ضرورة عدم التنافي بين المقتضي لشيء وبين ما لا يقتضيه اصلاً لا وجوداً ولا عدماً، وإنما التنافي بين مقتضي وجود الشيء ومقتضي عدمه.

وأما الصورة الثانية، وهي أن يحصل اللزوم أو الجواز بجعل المتعاقدين، فكاللزوم الحاصل للعقد باسقاط المتعاملين في ضمنه لما فيه من الخيارات، والجواز الحاصل للعقد باشتراط الخيار فيه من المتعاملين، وإن كان الأصل في العقود هو اللزوم لما ذكره العلامة من أن الغرض منها لا يحصل إلا بلزومها، لعدم حصول الاطمينان بالتصرف في العقود عليه المطلوب للمتعاملين إلا باللزوم. ثم إن الفرق بين اللزوم الحاصل بجعل المتعاملين، واللزوم الحاصل من ناحية الشرع، هو جواز الأقالة أعني انتفائها وانعدامها بتباني المتعاملين في الأول دون الثاني.

والوجه فيه أن اللزوم حينئذ قد تحقق من ناحية المتعاملين بالقاء كلّ منها زمام ما حصل عنده من الإلتزام بتمليك الآخر لما له فصار التزام كلّ منها بيد الآخر، ووقع تحت سلطنته، كما أن الإلتزام الآخر صار بيده ووقع تحت سلطنته، ومقتضاه عدم إمكان البداء لكلّ منها في التزامه، ولا ينافي ذلك جواز رد كلّ منها لما تحت سلطنته من الإلتزام الحاصل من الآخر إليه، فيعود العقد جائزاً منفكاً بفك كلّ منها ومنفسخاً بفسخه.

تذييل

في تقسيم الجواز واللزوم بحسب المتعلق

إعلم أن الجواز واللزوم يتعلقان تارة بنفس العقد و أخرى بالمال المقود عليه ومعنى الجواز عند تعلقه بالعقد كما في موارد الخيارات جواز فسخ العقد و

عند تعلقه بالمال جواز استرجاعه من غير ان يكون موجباً لانفساخ العقد ومن القبيل الثاني الجواز الثابت للهبة فانه حينئذٍ يتعلق بالمال الموهوب بمعنى جواز استرجاعه واسترداده ولا يكون استرجاعه فسخاً لعقد الهبة اصلاً ومن الممكن ان يكون الجواز الثابت للمعاطاة أيضاً من هذا القبيل فيكون ما استدل به الشيخ (ره) على لزومها من عموم آية الأمر بوفاء العقود غير وارد على مورد.

المرحلة الثانية في افتراق آثار البيع والتعهد والعقد

إعلم أنّ في مورد البيع اموراً ثلاثة، قد يجتمع بعضها مع بعض وقد يفترق، و يتحقق بعضها دون بعض، و يختص كل منها باثر يثبت بثبوته وينتفي بانتفائه. «احدها نفس البيع» وهو التمليك، و اثره سلطنة المشتري على المبيع، و نفوذ جميع تصرفاته، و عدم حليته للغير إلاّ عن طيب نفسه. و ترتبها موقوف على بقاء المبيع في ملكه، و اما مع رجوع البائع، و اخراجه للمبيع عن ملكه، فهي غير مترتبة قهراً لانتهاء الحكم بانتفاء موضوعه بل ينقلب الى البائع بانقلاب موضوعه اليه.

«وثانيها العهد» وهو التزام المتبايعين بكون مال كل منهما ملكاً للآخر، و اثره وجوب الوفاء به، لقوله (ص): «المؤمنون عند شروطهم» بناء على ان الشرط هو الالتزام. و من المعلوم ان الحكم بوجوب الوفاء، يتوجه الى البائع او المشتري، على تقدير تحقق العهد منهما. فلو منع احدهما عن بقاء عهده و اقدم على اعدامه ينقطع عنه توجه التكليف بالوفاء، لما عرفت من كون الحكم قائماً بموضوعه، فليس له استقرار مع انتفاء موضوعه بل ينفذ بنفاده كما يبقى ببقائه.

«وثالثها العقد» وهو شد العهدين من البائع والمشتري وايصال احدهما

بالاخر، فليس لاحدهما اعدام عهده لكونه مشدوداً بعهد الاخر، بل قد التى كلّ منها بالعقد زمام عهده الى الاخر، فالاخر هوالمسلط على اعدام عهده لكون زمانه بيده واختياره.

وهذا هوالوجه في تسميته بالعقد، فيكون معنى جعل الخيار من ناحية الشرع او من ناحية نفس المتعاملين تخصيصاً لشدةالعهد و ابقاء له تحت سلطة العاهد و اختياره الى آخر ازمة الخيار.

ومما ذكرنا يعلم ان العقد بنفسه يقتضي اللزوم، وقوله تعالى «اوفوا بالعقود» امضاء لمقتضاه. فكل بيع متضمن للعقد لازم قهراً، سواء تحقق باللفظ اوالفعل، فانه لا يمنع عن تحققه بالفعل، كيف؟ والبيعة الشائعة في قديم الأزمان الحاصلة بالصفقة كانت من أشدةالعقود ولا تقبل فكاً ولا استرجاعاً. هذا وقد تبين أنّ المدار في اللزوم على حصول العقد، من غير فرق بين ان يحصل باللفظ اوالفعل.

فالمعاطاة لو ثبت كونها واجدة لشرائط العقد التي منها كونها ظاهرة في المعاملة المقصودة بها وفانية فيها، تصير معادلة للصيغة دالة مثلها على التمليك بالمطابقة، وعلى عهد المتبايعين بالالتزام من غير فرق بينها وبين الصيغة اللفظية اصلاً. واما بناء على كونها مصداقاً لنفس البيع، من غير أنّ يكون سبباً انشائياً له يحصل به عقدالبيع، فلا يترتب عليه إلا أثرالبيع، وهو عدم حلية التصرف فيما صار الى كل من المتبايعين إلا بإذنه وطيب نفسه. ولا ينافي ذلك جواز الاسترجاع، فان عدم حلية التصرف في المبيع إلا بإذن المشتري وعدم حلية التصرف في الثمن إلا بإذن البايع لاجل صيرورتها ملكاً لهما، لا ينافي خروج كلّ منهما عن ملك من دخل بالمعاملة في ملكه و عوده الى ملك مالكة الاصلي. و أما أثرالعقد، وهو اللزوم فغير مترتب على المعاطاة حينئذ لعدم كونها عقداً، فهي بناء على المبني المذكور مفيدة للملكية الجائزة غير اللازمة.

نعم يمكن الإلتزام بلزوم المعاطاة بغير المعنى المذكور (١) بل بالمعنى التكليفي المساوق لحرمة الاسترجاع.

ومنه يعلم ان الجواز الثابت للمعاطاة هو ما يقابل اللزوم المذكور، اعنى الجواز التكليفي الذي معناه جواز استرجاع كلّ من المتبايعين لما اعطاه، ولذا ينتفي حكم الجواز بنفاد ما اعطاه وتغيره عمّا هو عليه حال الاعطاء. وهذا بخلاف الجواز بالمعنى الاول، فان موضوعه العقد، ويبقى مادام العقد باقياً بالبقاء الاعتباري. فيجوز فسخه و ان تغيرت العين المعقودة عليها عمّا هي عليه، فاذا انفسخ العقد وجب ردها الى المالك الاصيل، بنفسها اذا لم تلتف بعد العقد، والا ببدلها من المثل او القيمة فان العقد انما يتعلق بعنوان المالية القائمة بالعين، فاذا تلتفت العين تقوم بالمثل والقيمة، ويكون مقتضى انفساخ العقد وجوب رد مثل التالف او قيمته، لقيام عنوان المالية المتعلقة للعقد بهما.

وقد علم أيضاً أنّ ثبوت الجواز للمعاطاة ليس لاجل قيام المقتضي له أعنى كون المعاطاة متضمنة لما يقتضي جوازها، بل لأجل عدم قيام المقتضي للزوم، فثبوت الجواز لها من باب عدم الاقتضاء لاقتضاء العدم، فلا ينافي اقتراها احياناً بما يقتضي اللزوم، كاشتراطه في ضمن عقد لازم آخر، او تلف احدى العينين المتعلقة بهما المعاطاة هذا هو مقتضى التحقيق في وجه جواز المعاطاة، و اما القوم فقد تمسكوا فيه بقيام الإجماع على استلزام اللزوم للفظ و دورانه مداره تارة، فيكون لازمه جواز كلّ معاملة بخالية عن اللفظ، وعلى جواز المعاطاة بعينها اخرى. و يختلف مقتضاه باختلاف التعبيرين. فمقتضى التعبير الاول كون الاصل في المعاطاة هو الجواز، فيتوقف اثبات اللزوم لها أحياناً على اجماع آخر

(١) ان الجواز بناء على ما قدمناه في تفصيل البحث في المعاطاة يتعلق في مورد المعاطاة بنفس البيع كالبيع العقدي، فالفرقة بينها في متعلق الجواز غير صحيح.

يخرجها عن الاصل المذكور. ومقتضى التعبير الثاني، كون الاصل لزوم المعاطاة كسائر البيوع، وانما خرجت عنه لقيام الإجماع على جوازها، فيؤخذ بالقدر المتيقن منه، ويرجع في موارد الشك إلى اصالة اللزوم. ثم أنّ إصالة اللزوم لو ثبت في المعاطاة كان مبناها هو الإجماع المذكور، والا فليس واحد من الوجوه الستة المذكورة في كلام الشيخ ناهضاً على اثباتها، أما غير الأخير منها فلان جريانها مبني على بقاء المال في ملك المشتري، فاذا خرج عن ملكه برجع البايع تكون الوجوه المذكورة قاصرة عن الشمول عليه (١) و أما الأخير منها، اعنى التمسك بادلة الخيارات، كقوله عليه السلام (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) فلائ مفهومها كعدم الخيار بعد الافتراق وان كان يشمل جميع البيوع، والمفروض كون المعاطاة بيعاً، الا انّ من المعلوم عدم وجود الخيار في المعاطاة، فهو قرينة على اختصاص الادلة المذكورة بغير المعاطاة، من البيوع المتضمنة للعقد.

هذا وتمام الكلام ببيان الحال في رواية يستدل بها على بطلان المعاطاة تارة، ونفي اللزوم عنها اخرى، وهي (٢) ما رواها الشيخ بسنده عن الحسين بن

(١) والوجوه المذكورة تأبى عن رجوع البايع في ما صار ملكاً للمشتري بغير اذنه، والا لما صح التمسك بها على عدم جواز بيع المال بغير اذن مالكة، فانه ايضاً اخراج للمال عن ملكه. والوجه في ذلك ان خروجه عن ملكه في رتبة متأخرة عن الرجوع، فهو لا يسوغ جواز الرجوع بغير اذنه. والتحقيق: الفرق بينه وبين بيع المال بغير اذن المالك، فان الرجوع اعدام ملكية المشتري من اول حدوثها، وجعلها غير حادثة من اصلها. فلا تكون الملكية حافظة لنفسها، لاستحالة كون ممكن الوجود حافظاً لوجود نفسه، بخلاف بيع المال بغير اذن المالك، فانه اخراج له عن ملكه من حين تحقق البيع، فتكون الملكية المقارنة للبيع مانعة عن صحة البيع بغير اذن المالك.

(٢) وسائل الشيعة، ابواب احكام العقود، باب ٨ حديث ٤، اقول: ولم يوثق خالد بن نجيع بخصوصه بل قيل: انه من اهل الارتفاع، لكن روى عنه صفوان، ثبت ذلك بدليل ما رواه في مشيخة من لا يحضره بسند صحيح عن صفوان عنه، وهو دليل الوثاقة كما بيّناه في «معجم الثقات» راجع، ص ١٥١ و ١٦٨ و سائر رجال السند ثقات بلا اشكال.

سعيد عن ابن ابي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن نجيح عن ابي عبدالله عليه السلام - وقد وقع الخلط في المكاسب في سند الحديث - قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: الرجل يبيئني يقول: اشتري هذا الثوب اربحك كذا وكذا، فقال: أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس، انما يحلل الكلام ويحرم الكلام، الحديث.

واعلم ان هذه الرواية قد وردت في بيع ما ليس عنده وكانت مسوقة لبيان حكمه، وقد استدكّ بها بعض العامة على عدم جواز بيع السلم.

توضيح المراد من الرواية يتوقف على بيان مقدمة، وهي: انّ بيع ما لا يملكه البايع يكون (تارة) بان يبيعه من احد، قبل ان يشتريه من مالكة، ثم يشتريه من مالكة ويعطيه اياه بعد ما اشتراه. فيكون عقد البيع مقدماً على شراء المال من مالكة، وان كان الوفاء به متأخراً عنه، وهذا محرم في الشريعة. «واخرى» بان يقاوله في شراء مال من مالكة ثم يبيعه منه بعد الشراء، او في شرائه له عن المالك بدواً، وهذا الاشكال في جوازه على كلا التقديرين، فانه على التقدير الثاني يكون وكيلاً في شراء المال عن صاحبه، وعلى التقدير الاول يتملك المال عن مالكة بالشراء منه ثم يبيعه من الاخر بعد ما صار ملكاً له. وبالجملة يتفاوت الامر بين ان تكون المقابلة الحاصلة قبل شراء المال عن مالكة بعنوان العقد، وبين ان يكون مقابلة صرفه، ويكون تحقق العقد بعد شراء المال عن مالكة. فالعقد المتحقق قبل شراء المال من المالك في الصورة الاولى باطل غير سائغ في الشريعة والمتحقق بعده من العقد في الصورة الثانية مقرون بالصحة ومصون عن الريبة.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان قوله: عليه السلام: أليس ان شاء أخذ وإن شاء ترك، كان في مقام السؤال عمّا هو ملاك الفرق فيما ذكرنا من الوجهين، ومحصله ان العقد هل وقع قبل الشراء من المالك حتى يكون المشتري ملزماً بعده

على العمل بمقتضى العقدأم وقع بعده؟ وإنما وقع قبل الشراء مجردالمقاولة، فيكون المشتري مختاراً في الاقدام على العقد واخذالمال، او تركه والامتناع عن اخذه. فاخبره الراوى بعدم كونه ملزماً على اخذالمال، و اراد به عدم وقوع العقد قبل الشراء، و ان الواقع قبله مجردالمقاولة.

ومنه يعلم ان معنى قوله عليه السلام: «انما يحلل الكلام ويحرم الكلام». انّ الكلام الواقع بينها قبل شراء المال من المالك ان كان عقداً يحرم به البيع، و ان كان مجردّ المقاولة و تحقق العقد بعده يحل به البيع. و ممّا ذكرنا تعرف انّ ما ذكره الشيخ (ره) من الوجوه لمعنى هذه الفقرة غير خالية عن الاعتساف.

المبحث الثالث

في تنبيهات المعاطاة

التنبيه الأول

في شرائط المعاطاة واحكامها

شرائط المعاطاة واحكامها تختلف بحسب الوجوه والاقوال المختلفة التي تقدم تفصيلها.

اما على القول بانها تفيدالاباحة الشرعية، فهي في الاطلاق، والتقيد، والسعة والضيق تتبع الادلة الشرعية. فان كانت واجدة لما يكون حجة في اطلاق افادة المعاطاة لها ووافية لاثبات حصولها بالمعاطاة على الاطلاق، فهي المتبعة في طرد جميع الشرائط المحتملة مدخلتها في حصول الاباحة بالمعاطاة. والا فيؤخذ بالقدرالمتيقن منها، وهي المشتمة على جميع الشرائط المحتملة.

واما على القول بانها تفيد الاباحة المالكية، فهي في العموم، والخصوص، والاطلاق، والتقييد، تتبع لعموم قصد المالك او خصوصه واطلاقه او تقييده، فانّ عم شمولها على جميع الاحوال من دون تقييد بحال دون حال فهي تفيد الاباحة في جميعها و ان اختص ببعض الاحوال لا تفيدها الا في تلك الحال.

واما على القول بكونها تمليكاً، يفيد حصول الملكية. فان كان القول به مبنياً على انّ المعاطاة عقد فعلي وضع لانشاء البيع كالصيغة اللفظية بعينها فلا اشكال في تحقق البيع بها. وكذا مع البناء على كفاية مجرد وجود الكاشف عن القصد، فيجرى فيها جميع شروط البيع واحكامه.

و ان كان مبنياً على تلقيها مصداقاً للبيع، كان الجارى فيها من الشروط والاحكام مجرد ما ثبت منها لعنوان البيع (١) واما ما كان منها ثابتاً للبيع بعنوان العقد، فيختص بخصوص البيع المشتمل على العقد، ولا يشمل المعاطاة، لكونها فاقدة للعقد بناء على المبنى المذكور. وبالجملة ان الالتزام بهذا المبنى يوجب التفرقة والتفكيك بين احكام البيع وشروطه الثابتة لغير المعاطاة من البيوع. و مناط التفرقة، كون ملاك ثبوتها للمعاطاة، انطباق عنوان البيع او عنوان العقد عليها.

ومنه يعلم ان جريان الخيارات فيها مبنى على ثبوتها للبيع بعنوانه، لكن التحقيق المنع عن جريانها في المعاطاة. نظراً الى انّ مقتضى ظاهر ادلة الخيارات و ان كان ثبوتها لعنوان البيع كقوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، لكون ظاهر العنوان المأخوذ في الموضوع كونه بنفسه موضوعاً للحكم، من دون ان يكون الموضوع في الحقيقة عنوان آخر يتحد معه العنوان المأخوذ في الموضوع

(١) وكذا بناء على ما بنينا عليه في كون المعاطاة بيعاً.

بحسب الوجود وإنما اخذ فيه مرآتاً لذلك العنوان، إلا أن الظاهر ربما يصار إلى خلافه لاجل قيام القرينة عليه. وهي حاصلة فيما نحن فيه حيث إن الفقرة التالية للفقرة المذكورة وهي قوله عليه السلام: (فاذا افترقا وجب البيع)، قرينة على ثبوت الحكم بالخيار في الحقيقة لعنوان عقد البيع. فإن مقتضى لزوم البيع ووجوبه هو العقد، وليس لما كان من البيوع فاقداً للعقد لزوم، ولا وجوب، فكل فرد من البيع لم يكن واجداً للعقد لا يشمل قوله «ع» (البيعان بالخيار)، لعدم شمول قوله «ع» فاذا افترقا وجب البيع عليه. فكان عنوان البيع المأخوذ في لسان الرواية موضوعاً لحكم الخيار مرآتاً لعنوان العاقد للبيع، فالمدار في ثبوت الخيار على تحققه دون العنوان المأخوذ في ظاهر الرواية. وقد تحصل مما ذكرنا أن العبارة المتقدمة من الحديث المروي في كتب الخاصة، منطبقة على العبارة المروية منه في كتب العامة، وهي «المتعاقدان بالخيار».

هذا كله بناء على كون المعاطاة بيعاً، وأما بناء على أنها معاملة مستقلة في قبالة البيع، وإن كانت مشاركة له في إفادة الملك، فالمرجع في احراز شروطها واحكامها هو الدليل الشرعي الدال على صحتها. وليس هو إلا السيرة المدعاة على صحة المعاطاة وإفادتها للملك، وهي دليل لبي فيقتصر فيها على القدر المتيقن، وهو الجامع لجميع الشروط المحتملة مدخليتها في الصحة.

التنبيه الثاني

في كفاية الاعطاء والأخذ من جانب واحد وعدمه

هل يعتبر في المعاطاة تحقق الاعطاء من كلا الطرفين بالفعل، كما هو ظاهر صيغة المعاطاة الجارية عليها اصطلاح المتأخرين، أم لا (١).

(١) لا بأس بتحقيق البيع بالاعطاء بعوض من جانب والاخذ من الجانب الآخر، ويشهد له

والتحقيق التفصيل فيه بحسب اختلاف المباني في المعاطاة، فمقتضى القول بكونها عقداً اعتبار ذلك، لوجوب اشتمال العقد على الايجاب والقبول فعلاً من دون تحقق فصل بينهما. نعم لو قيل بكفاية الأخذ في الدلالة على القبول من دون توقف تحققه على اعطاء العوض، وكونه ايضاً موضوعاً عرفاً للقبول بحيث كان فانياً فيه كذلك فلا اشكال في الاكتفاء به في المعاطاة، ويتحقق البيع بها و يترتب عليها احكامه.

وكذا على القول بكفاية مجرد الكاشف عن القصد تحقق البيع من دون اعتبار وقوعه تحت الانشاء والايجاد. فان واحداً من المتعاطيين اذا اعطى ماله بالعوض واخذه الاخر يكشف ذلك عن رضاها بالمعاوضة، وان لم يتحقق رد العوض فعلاً.

واما بناء على كون المعاطاة مصداقاً للبيع، فالقول بصحة المعاطاة وتحقيق البيع بها مشكل جداً. فانه لم يتحقق حينئذٍ مصداق تملك العوض، ويلزمه عدم كون الاعطاء مصداقاً لتمليك العوض، لكونه مشروطاً بالعوض، فاذا انتفى الشرط ينتفى المشروط بانتفائه.

وكذا على القول بكونها سبباً شرعياً للاباحة، فهي تتبع في السعة والضيق لما يستفاد من الدليل الوارد فيها من الشرع، كما عرفت في التنبيه الاول، وهو السيرة الجارية عليها من المتشعبة، والقدر المتيقن منها ما لو تحقق كلا الاعطائين معاً. (١)

واما على القول بافادتها للاباحة المالكية، فقد عرفت ان تحصيلها يدور مدار قصد المالك، او قصده مع وجود ما يكشف عنه. فان تعلق في مفروض

اطلاقات العرف، وقد عرفت انها حجة متبعة.

(١) بل السيرة جارية على تحقق البيع عند المعاطاة على كلا التقديرين، سواء تحقق الاعطاء من الجانبين، او من احدهما، من دون فرق بينها اصلاً.

المسئلة باباحة ماله من الغير بشرط اباحته ايضاً له بعوضه في الجملة، ولو غير مقارنة بصدور الاباحة منه، فلا اشكال في حصول الاباحة منه فعلاً، وان لم تتحقق الاباحة من الجانب الآخر معه. وان تعلق قصده باباحة ماله من الغير بشرط اقترانها بصدور الاباحة منه لعوضه، فلا يكون اعطائه لماله اباحة له اذا لم يتحقق معه اعطاء الاخر بالعوض، لعدم حصول الشرط المعبر في تحقق الاباحة بذلك.

التنبيه الثالث

في تشخيص البايع عن المشتري وتميزهما

فاعلم ان تحصيل معنى البايع وهو الفاعل من البيع و سائر مشتقاته، يتوقف على معرفة معنى البيع. وقد عرفت فيما مرّ ان معناه تملك العين بعوض، فيكون البايع من تصدى لتمليكها بالعوض، والمشتري من يطاوعه فيه ويتملك العين كذلك وعلى هذا القياس، كان المبيع هو العين المملكة بالعوض، والتمن هو العوض المجعول بازائه.

ومنه يعلم ان التعويل في تمييز المبيع عن العوض و تمييز البايع عن المشتري، على التقدم في الانشاء وجعل من بدء بالانشاء اولاً باياعاً ومن تأخر في الانشاء مشترياً، وجعل متعلق الانشاء المتقدم مبيعاً، ومتعلق الانشاء الثاني عوضاً في البيع، على غير الحقيقة والصواب.

التعويل في تمييز المبيع والعوض على الثمن والمثمن، وان ما هو المثلث من المالين مبيع، وما هو الثمن عوض في البيع. فان البيع يتعلق في الصرف بالثمن ويكون الغرض الاصلى من البيع تمليكه فقد يكون الثمن هو المبيع، نعم الغالب منها تعلق الغرض الاصلى من البيع بتمليك المثلث، لكنه ليست قاعدة مطردة

شائعة في عموم افراد البيع، حتى يجعل مناطاً وملاكاً في تمييزها يرجع اليه في الموارد المشكوكة.

هذا و انت بعد ما أحطت خبراً على ملاك التمييز بين البايع والمشتري، و بين المبيع والعض، يبدو لك الاشكال في تعيينهما وتمييزهما في المعاطاة، من حيث ان تعلق المعاطاة على كلا العوضين على نسق واحد، وليس في احدهما ما يوجب التميز عن الاخر، حتى يتعين كون احدهما مبيعاً والاخر عوضاً. (١) وجعل كل منها مبيعاً و عوضاً مبني على اشتمال المعاطاة على معاوضتين، يكون كل منها مبيعاً في احديهما و عوضاً في الاخرى وهو كما ترى.

وقد تحصل ممّا ذكرنا أنه ليس في مورد المعاطاة مبيع و عوض يمتاز كل منها عن الاخر، وهذا من امارات عدم كونها بيعاً، فلا بدّ على القول بصحتها و كونها مفيدة للملك، من الإلتزام بانّها معاملة مستقلة. و يمنعه حصر المعاملات في العدة المعروفة عناوينها، بناء على ما هو التحقيق فيه. و اما بناء على نفى انحصارها فيها و تجويز المعاملات باى نحو اتفق تمسكاً بعموم «اوفوا بالعقود» و عموم «المؤمنون عند شروطهم» كما ارتكبه السيد-ره- فلا بأس بالإلتزام بها اصلاً.

التنبيه الرابع في اقسام المعاطاة

اقسام المعاطاة كثيرة جداً و التي تعلق الغرض ببيانها ههنا، لوجود الفرق بينها من حيث الاحكام الجارية عليها، اربعة اقسام، ذكرها الشيخ - ره -

(١) تميز البايع عن المشتري والمبيع عن الثمن في المعاطاة، بناء على ما بينا عليه من تحقق البيع عند المعاطاة، بان ما وقع الإلتزام على ملكيته منها هو المبيع، وما جعل عوضاً وما يجزاء له هو الثمن، ومن كان المبيع في جانبه هو البايع، ومن كان الثمن في جانبه هو المشتري.

في المكاسب.

«الاول» ان يقصد كل من المتعاطين. تملك ماله بازاء مال الاخر، ولا اشكال في صحة هذا القسم، على تقدير تسليم تحقق البيع بالمعاطاة.

«الثاني» ان يقصد كل منها تملك ماله بازاء تملك الاخر لانه بان تكون المقابلة بين التملكين دون المالكين. وهذا القسم غير داخل تحت البيع، لكون حقيقته مبادلة المالكين، وجعل كل من المالكين بازاء المال الاخر. نعم لو ملك كل منهما ماله بشرط تملك الاخر او كان تملك الاخر من قبيل الداعي لتملكه تكون داخلة تحت عنوان الهبة لجواز اشتراط تملك الاخر في ضمن الهبة، او جعله داعياً عليها واما مع جعل المقابلة بين التملكين، فلا تدخل تحت الهبة ولا المصالحة، فان المصالحة انشاء التسالم على تبديل المالكين، وليس مجرد تبديلها فتكون معاوضة مستقلة. وقد اشرنا في التنبيه السابق الى أن التحقيق بطلان ما عد المعاوزات المحصورة المتعينة.

«الثالث» ان يقصد احدهما تملك ماله بازاء اباحة الاخر لانه، ويقصد الاخر اباحة ماله بازاء تملك الاخر وقد وقع الاشكال في هذين القسمين من وجهين «احدهما» عدم دخولهما تحت واحدة من المعاملات المحصورة المتعينة «ثانيهما» ما تعرض له الشيخ، من عدم صحة اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، كالوطى والعرق والبيع والوقف وهي ما تسالم عليه بعض الفقهاء والحق الشهيد عليها الخمس والزكاة، وزاد فيها بعض آخر غيرهما. فنتعرض لتحقيق الحال فيها لتوقف التحقيق في المسئلة عليه فنقول.

اما الوطى فتوقفه على الملك لاجل الحصر الواقع في قوله تعالى «(الاعلى ازواجهم او ما ملكت ايمنهم)» فان مقتضاه عدم جواز وطى غير الزوجة الا بعد صيرورتها ملكا للوطى، ولا تنافيه مشروعية التحليل عند الخاصة، لكونه ايضاً

تمليكاً. والفرق بين تمليك الجارية وتحليلها بعد اشتراكهما في اصل التمليك ، ان التمليك قد تعلق في الاول بنفس الجارية وفي الثاني بجيشية الاستمتاع منها، وان اشترط ايقاعه بصيغة التحليل .

واما غير الوطى ، من المذكورات فلا دليل على توقفها على الملكية. واما ما اشتهر بينهم من انه «لابيع الا في ملك» فليس في احاديثنا ما يكون بهذه العبارة، نعم وقع التعبير بعبارة «لابيع الا فيما يملك» في كثير من الروايات الواردة في مسألة عدم جواز البيع والعتق قبل ان يتسلط على المبيع والمعتق، وعدم جواز الطلاق قبل ان يتسلط على النكاح فلا يجوز الاقدام عليها بنحو ان يقول في العقد ان اشتريت عبداً فقد بعته منك او اعتقته و ان تزوجت امرأة فهي طالق «فمنها» رواية محمد بن قيس (١) قال: سألته عن رجل قال ان زوجت فلانة فهي طالق وان اشتريت فلانا فهو حر و ان اشتريت هذا الثوب فهو في المساكين فقال: ليس بشيء لا يطلق الا ما يملك ولا يعتق الا ما يملك ولا يتصدق الا ما يملك «ومنها» رواية ابي بصير (٢) عن ابي عبدالله عليه السلام قال: كان الذين من قبلنا يقولون لا طلاق ولا عتاق الا بعد ما يملك الرجل «ومنها» رواية يحيى بن سالم (٣) عن ابي جعفر «ع» قال: سألتناه عن الرجل يقول ان اشتريت فلاناً او فلانة فهو حر، وان اشتريت هذا الثوب فهو في المساكين وان نكحت فلانة فهي طالق. قال: ليس ذلك بشيء لا يطلق الرجل الا ما يملك ولا يعتق

(١) وسائل الشيعة، ابواب مقدمات الطلاق، باب ١٢ حديث ٢ - ولم يصحح السند لاجل محمد بن قيس فانه قال في المختلف: ان محمد بن قيس اذا طلق فان روي عن الباقر عليه السلام اشترك بين الثقة وغيره راجع «معجم الثقات» ص ١١٥.

(٢) وسائل الشيعة، ابواب مقدمات الطلاق، باب ١٢، حديث ٦ وهو حديث صحيح الاسناد.

(٣) وسائل الشيعة، ابواب مقدمات الطلاق، باب ١٢ حديث ١٠ ولا بأس بسنده.

الآ ما ملك ولا يتصدق الآ ما ملك «انتهى».

والمراد من الملك المذكور في الروايات مجرد السلطنة (١) لا الملكية المصطلحة، بقريئة كونها ناظرة الى انكار مذهب العامة، وهو جواز العتق والبيع قبل السلطنة على العبد. مضافاً الى وقوعها في سياق قوله «ع» «لاطلاق الا فيما يملك» وليس المراد من ملك الزوجة الا التسلط عليها. هذا مع ان استعمال الملك في معنى السلطنة في الايات والروايات اكثر من استعمالها في المعنى المصطلح، فلولم يتعين حمله عليها فلا اقل من اجماله.

والسلطنة كما تحصل بالملكية المصطلحة كذلك تحصل بامر المالك او رضاه، وربما تحصل بحكم الشارع وان لم يرض به المالك. ولذا ذكروا في شرائط المتعاقدين: انه يشترط في المتعاقدين كونها مالكين او مأذونين من قبل المالك او من قبل الشارع. وعليه يدل قوله «ع» في التوقيع الشريف «الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكها او بامر او رضى منه» والعطف فيها بكلمة او تدلّ على تبائن المعطوفات، ومقتضاه نفي اشتراط الملك بالمعنى المصطلح. والجامع بين الثلاثة هو السلطنة، فالذي يشترط في صحة البيع هو مطلق السلطنة الحاصلة، باي نحو كان من الانحاء المذكورة، كيف؟ ولا اشكال في جواز بيع الموقوفات لمتوليها، مع انها غير مملوكة له ولا لغيره. وكذلك بيع الزكاة للحاكم مع عدم كونها ملكاً له الى غير ذلك من الموارد.

وقد يستدلّ على اعتبار حصول الملكية المصطلحة للبايع بقوله عليه السلام «لا تبع ما ليس عندك» «وفيه» ان المراد منه النهى عن بيع ما لم يقبضه، فهو ايضاً اجنبى عما نحن فيه.

(١) بل المراد هو الواجدية، فاراد عليه السلام لا يطلق الرجل الا امرأة يجدها، ولا يعتق الا عبداً يجده، ولا يتصدق الا مالاً يجده، وقد وقع الخلط في تفسير معنى الملك الحقيقي والاصطلاحي بين السلطنة والوجدان، فراجع ما قدمناه من الكلام في حقيقة الملك.

وقد استدلتّ عليه العلامة (ره) بأنّ البيع معاوضة، ومعنى المعاوضة ان ينتقل كلّ من العوضين الى محل الاخر وهو يقتضي ان يكون المبيع قبل البيع ملكاً للبائع الذي يدخل العوض في ملكه تحقيقاً لمعنى المعاوضة (وفيه) انّ ما ذكره انما هو في المعاوضة الحقيقية، واما في الاستعمالات العرفية فلا يراد منها الا ما يقابل المجان، بان يكون التملك له في قبال ما مجزاء، كيف؟ وربما يعدون النكاح من المعاوضات، باعتبار أن المهر عوض للبضع، مع أنّه يجوز ان يعطي المهر غير الزوج اجماعاً وبالجملة لا دليل على كون البيع معاوضة الا ما عن الصباح من تعريف البيع بأنّه مبادلة مال بمال وليس المراد من المبادلة الا ما ذكرنا هذا.

فتحصّل ممّا ذكر أنّه لا دليل يقتضي توقف التصرفات المذكورة على حصول الملكية المصلحة، بل المعتبر فيها حصول السلطنة باعتم من حصولها لاجل حصول الملكية المصلحة او الاذن من ناحية الشارع او المالك مع امضاء له من الشرع. فالهمم في المقام اثبات احد امرين اما اذن الشارع فيها ابتداء، ولا دليل على اذن الشارع فيها لغير المالك الا في موارد خاصة اشرفنا الى بعضها. واما الامضاء والتجويز منه لاذن المالك فيها مطلقاً حصل بالفعل، كالمعاظة او القول، كان يقول أذنت لك في البيع واجتته لك، او في خصوص ما حصل بالفعل.

ولا دليل عليه الا رواية «الناس مسلطون على اموالهم». وفي دلالتها على المطلوب نظر، خفي على من استدلتّ بها عليه (١) من حيث احتمال كون

(١) هذه قاعدة عقلائية، وان ورد بها الحديث في غوالم اللثالي (كما في البحار ج ٢ ص ٢٧٢) وقد شاع الاستدلال بها في جميع ابواب المعاملات، وبه ينجر ضعف سندها لو كان التمسك بها لاجل الورد.

ونتعرض لها على التفصيل بحسب الوسع والطاقة، لكثرة الحاجة اليها في جميع ابواب

المعاملات، لاسيما البيع في كثير من مباحثه واشباع الكلام فيها في مقامات.

المقام الاول في معنى قاعدة السلطنة

اعلم: ان المراد من السلطنة في محمولها هو السلطنة الاعتبارية، والا فن البديهي انه ربما تكون يد المالك قاصرة عن ملكه. فلو بيننا الامر على مذهب الاستاذ (ره) من كون حقيقة الملك هي السلطنة، كانت القاعدة متضمنة لحمل الشيء على نفسه، لكون معنى امواهم هو املاكهم، فتكون القضية لغواً خارجاً عن منهج العقلاء. ولا يعقل جعلها مسوقة لبيان فقد المانع عن السلطنة، لكون فرض الملكية في موضوع القاعدة مستلزماً لفرض قيام المقتضي له وفقد المانع عن فعليته، بدهاءة عدم تحقق الشيء الا بعد استتمام العلة التامة، المتحصلة من وجود المقتضي والشرط وعدم المانع.

والتحقيق، ان الملك له حقيقة ممتازة عن السلطنة، وهي الوجدان، وبالفارسية (داشتن) والسلطنة، اثر يترتب عليه كما بيناه تفصيلاً فيما مر. وبالجملة ان السلطنة من آثار الملك والمالك مقتض لثبوتها فيعقل المانع عنه بعد فرض الملكية.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان ظاهر القاعدة، اثبات السلطنة للمالك بنحو الفعلية، كما هي ظاهر كل قضية. فهي تدل بالالتزام على وجود المقتضي للسلطنة وعدم المانع عنها. ولما كان اقتضاء الملك للسلطنة وثبوتها للمالك بنحو الشأنية بديهاً، وإلا تلغو اعتبار المالك، صح ان يقال: ان القاعدة مسوقة لبيان فقد المانع عن السلطنة. الا انه لا يمنع عن التمسك باطلاق القاعدة في اثبات السلطنة في موارد الشك، فان كونها في مقام بيان فقد المانع في طول كونها في مقام بيان فعلية السلطنة، واثبات السلطنة بنحو الفعلية ومنه يعلم اندفاع ما ذكره المحقق الاصبهاني (قد ره) من المحذور لكونها في مقام بيان فقد المانع.

المقام الثاني في اثبات الاطلاق لها

فنقول: ان الاطلاق إنما ينعقد للموضوع في القضية، بل ليس معنى الاطلاق إلا ظهور القضية في كونها المذكور فيها من الموضوع تمام الموضوع، فلا يكون للمحمول اطلاق. فلو قيل: القوم فاسقون، لم يكن معناه اثبات الفسق للقوم بجميع انحاء واقسامه بل معناه اثباته لهم بنحو الالهال ولو بقسم

واحد من آي اقسامه. فالمستفاد من القاعدة، سلطنة المالك على ماله بنحو من انحاء السلطنة، لا بجميع انحاءها، كالسلطنة على التصرف فيه بالمباشرة مثلاً. فليس لها اطلاق يؤخذ به في موارد الشك.

لكن التحقيق صحة التمسك بها في اثبات السلطنة على جميع انحاء التصرفات، لتعلق السلطنة في الرواية على ذات المال، فان السلطنة لا تتعلق بذات المال لعدم تعلق القدرة والسلطنة الا بالافعال، وان استعملت متعلقة بذات المال كان بالناية لاجالة، فتعلقها بالاموال في الرواية بعناية تعلقها بالتصرف فيها، والظاهر بحسب اقرب المجازات تعلقها بجميع التصرفات فيها.

المقام الثالث

في عدم التنافي بين القاعدة والاحكام التكليفية

فاعلم ان مقتضى القاعدة سلطنة المالك على التصرفات في ماله من حيث انها تقليب وتغيير في المال، لا من حيث كونها افعالاً صادرة عنه و موجبة للتصرف في نفسه واعضائه، الذي باعتباره تعلق بها الاحكام، فحكم الحرمة قد تعلق بشرب الخمر بما انه فعل من افعاله، لا بما انه تصرف و تقليب وتغيير في المال. فلا تنافي بين مقتضى القاعدة، وبين الاحكام الموجودة في موارد.

المقام الرابع

في التنافي بين مقتضى القاعدة والاحكام الوضعية المتعلقة بالمال فنقول: ان القاعدة بقريئة قوله: «وعلى انفسهم» في آخرها مختصة للاحرار، وغير شاملة للعبيد والارقاء. لكن المراد منها الاحرار الاعتبارية، في قبال الارقاء الاعتبارية، والآ فكل الناس عباد الله و ارقائه بحسب الحقيقة.

فلا تكون نواهي الموالى العرفية، تكليفياً، ووضعياً، عن تصرف العباد في اموالهم، واردة على مورد القاعدة.

واما التواهي الصادرة عن المولى الحقيقي، ففيها تفصيل بحسب التكليف والوضع. اما التكليفية، فقد عرفت في المقام الثالث عدم التنافي بينها وبين مقتضى القاعدة. واما الوضعية كالنهي عن تمليك المال بنحو الربا والقمار وغيرهما، فهي مستلزمة لاختصاص امضاء الشارع

للقاعدة بغيرها من مواردها، فالتمسك عند الشك في ورود النهي الوضعي في مورد من مواردها، يتوقف على اجراء اصالة عدم الردع، واما بناء على تلقيها رواية مأثورة مطلقة، يشك في تخصيصها، فيؤخذ بمقتضى اطلاقها من دون توقف على اجراء الاصلالة المذكورة.

المقام الخامس

في عدم جواز الاستدلال بها على نفي القيود المحتملة في المعاملات فنقول: ان الثابت من العقلاء بحسب هذه القاعدة اعتبار السلطنة للمالك على انحاء التصرفات في ماله، ومنها التصرفات الاعتبارية، كالبيع والاجارة والاعارة، اعني ازالة ملكيته عن المال واثبات الملكية لغيره عليه او على منفعته او الانتفاع به والمراد من الملكية الثابتة باثباته، والزائلة بازالته، هي الملكية المتقومة باعتبار العقلاء، فمعنى سلطنته عليها تغير اعتبار العقلاء بتغييره. واما ما به يحصل تغير اعتبارهم، فليس مقتضى السلطنة المذكورة كون تعيينه بيد المالك، بل هو غير مفوض اليه، والمفوض اليه السلطنة على تغير اعتبارهم، دون تعيين ما يحصل به ذلك. فلهم ان يعتبروا المعاطاة محصلا للبيع او يجعلون المحصل له خصوص العقد المشتمل على اللفظ، او غيره مما اقتضت ارادتهم. فتبين انه لا يمكن الاستدلال بالقاعدة، على نفي شرطية ما يحتمل الشرطية، في معاملة من المعاملات، اما انواع المعاملات، فهي اقسام من التصرفات في المال، يؤخذ عند الشك في جوازها، باطلاق القاعدة في سلطنة المالك على جميع انحاء التصرفات.

المقام السادس

في سلطنة المالك على تمليك المال من غيره فنقول: انه لا اشكال في توسعة اعتبار السلطنة للمالك الاعتباري على ازالة الملكية عن نفسه و ادخال ماله تحت ملكية غيره، لما يترتب عليها من الفائدة العظيمة لتوقف اعتبار جميع المعاملات عليها. وان كان ذلك يستحيل في الملك الحقيقي، لامتناع بقاء المقوم، مع قطع المقوم بالكسر تقويمه عنه، حتى يمكن ادخاله تحت تقويم غيره. نعم يصير موجوداً ثانياً بتقويم غيره، لكنه يكون موجوداً غير الموجود الاول، هذا. ومما ذكرنا يعلم أن اطلاق السلطنة في القاعدة يشمل السلطنة على البيع والاجارة والوقف وغيرها مما يتضمن ازالة الملك عن نفسه او اياها مع اثباته لغيره.

المراد منها نفي الحجر عن المالك ، وانه ليس محجوراً عن التصرف في ماله ، فيكون النظر فيها مصروفاً عن بيان ما يجوز للمالك وما لا يجوز («و يؤيده») كون الرواية مسوقة في قبال الادلة المثبتة للحجر على الصبي والمجنون وغيرهما ، عن التصرف في اموالهم . فهي كالأدلة النافية للحجر عن الصبي بالبلوغ غير مثبتة لجواز كل تصرف للمالك في ماله . وعلى تقدير تسليمه ، لا يثبت بها الا جواز التصرف من الجهات الراجعة الى المالك ، لا مطلق الجهات حتى الراجعة الى الشرع ، كجواز ضرب العبد ، وشرب الخمر المملوكين له ، بحيث ان تكون ادلة تحريم التصرفات المحرمة كضرب العبد وشرب الخمر وغيرهما مخصصة لعمومها .

و بالجملة لا ريب في ان المراد منها ، تسليط المالك على جهات من المال يرجع امرها اليه ، لا تسليطه على جميع جهات المال ، حتى جهة موضوعيته لثبوت الاحكام الشرعية عليه (١) بان يكون مسلطاً على رفع الحرمة عن الخمر

المقام السابع

في دلالة القاعدة على نفي السلطنة عن غير المالك . اعلم ان مقتضى حقيقة الملك ، اعنى التقوم والاستتباع ، سلطنة المالك على المملوك بنحو السلطنة التامة وعدم سلطنة غيره عليه ، لخروجه حينئذ عن التبعية للمالك ، وخروجه عن استتباعه . والمشهد من العرف اعتبارها في الملك الاعتباري أيضاً على هذا النحو ، فلا يسوغون لغير المالك تصرفاً في المال الا بأذنه . وانما المهم في المقام استظهار ذلك من القاعدة ، لتكون مرجعاً عند الحاجة .

فنقول : انه يمكن ان يقال : ان تعلق السلطنة في الرواية بنفس المال في معنى تعلقها على التصرف فيه ، وحفظه عن التصرف معاً ، وبعبارة اخرى ، تعلقها على التصرف وجوداً وعدمياً و اجازةً ومنعاً . ويتفرع عليه عدم جواز التصرف في المال لغير المالك ، بمجرد رضاه ، حتى يقرن بالاذن ، فان مقتضاها عدم جواز وقوع تصرف في المال خارجاً من تحت سلطنته ، وكون الجائز من التصرف فيه محصوراً فيما كان منها مستنداً الى سلطنة المالك . ومن المعلوم أن مجرد الرضا بفعل الغير لا يوجب استناد فعل الغير اليه .

(١) لا يخفى عليك ان الموضوعية للحكم ليست جهة تقابل سائر جهات المال ، بل المال بجميع

المملوك له او اثباتها له، فإنّ من البديهي أنّه لا سبيل لغير الشارح اليها. هذا وقد تحصل منه، ان التمسك برواية التسليط على جواز اذن المالك لغيره في التصرف في ماله بالبيع والعتق وغيرهما فاسد جداً.

ثمّ إنهم ذكروا موارد للنقض على توقف التصرفات المذكورة على الملك، وقد اجيب عنها بوجوه غير صحيحة.

«فنها» جواز بيع الواهب و ذى الخبار، مع أنّه قد انتقل المال الى غيرهما بالبيع والهبة «وربما يورد عليه» بان البيع يكشف عن قصد الرجوع في الهبة للواهب، وقصد الفسخ للبيع الاوّل لذى الخيار، فتقع الهبة والبيع على المال المذكور بعد صيرورته ملكاً لهما ومسترداً اليها «وفيه» ان الرجوع والفسخ من الامور الانشائية فلا يتحققان بمجرد القصد، ولذا لو قصد الرجوع والفسخ من دون اقدم على البيع المذكور لم يتحققا بمجرد. فان تصرف الواهب و ذى الخيار، من ايّ مقولة كان، من مقولة اللفظ او الفعل، ومن مقولة الحقايق او الاعتباريات، مصداق حقيقي للرجوع والفسخ (١) كما ان تصرف ذى الخيار

حيثياتها موضوعة للحكم، فان أيّ تصرف فرض تسلط المالك عليه، لا يخلو عن حكم من الاحكام الخمسة. فقاعدة السلطنة مقتضية لتسلط المالك على ماله بجميع انحاء التصرفات، بحيث لو منعه احد عن تصرف فيه كان قياماً منه على خلاف مالكيته. ولو منعه العقلاء باهم عقلاء كان تخصيصاً للقاعدة.

(١) وفيه ما قدمناه في التعليقات السابقة من منع ان يكون للأمر الاعتبارية مصداق حقيقي. واما حصول الفسخ، بتصرف البايع ذى الخيار في المبيع، ولو عن غير قصد منه لعنوانه، مع كونه امراً اعتبارياً فالوجه فيه يظهر مما قدمناه في بيان تحقق البيع عند المعاطاة.

(وتوضيحه) ان البيع كما يتحقق بالالتزام الانشائي في الخارج، اعني العقد، وبالالتزام القلبي مع ترتيب الاثر عليه خارجاً كما بيّناه، كذلك الفسخ له اعني ترك الالتزام ورفع اليد عنه، فقد يحصل بانشائه في الخارج، وقد يحصل بمجرد تركه في القلب، مع ترتيب الأثر عليه خارجاً، وهو العمل على خلاف الالتزام بملكية المبيع للمشتري، وهو كلّ تصرف صدر منه بغير اذن المشتري واما

في العوض المنتقل اليه مصداق حقيقي للامضاء. يدلّ عليه قوله عليه السّلام في مورد وطى الامة المشترية «ذلك رضى منه» فاطلق الرضا على نفس الوطى. وبالجمله قول الواهب او ذى الخيار: بعت، بما انه انشاء للتملك، مصداق حقيقي للرجوع والفسخ. سواء قصدا منه عنوانها ام لا، بل يتحققان بمجرد وقوع البيع على المال الموهوب او المتعلق للبيع الثابت له الخيار فيه. ولذا حكموا في باب الطلاق بانّ الزوج لو انكر الطلاق كان رجوعاً منه وان لم يقصد منه ذلك.

ومنها انعقاد العمودين عن الولد من دون حصول ملك له عليها وفيه مضافاً الى انّ المدعى توقفه على الملكية هو العتق الاختياريّ، دون الانعقاد القهري ان انعقادها عن الولد مسبق بحصول الملك له ولو آنأما، كما هو مقتضى قوله عليه السّلام «لأنّهم حين ملكوا عتقوا» فانه صريح في صيرورتها ملكاً له ولو آنأما والوجه في سقوطها بعد الان عدم ترتب آثار الملكية عليها شرعاً فيصير بقائه لغواً واما حدوثها فلاجل ترتب اثر الانعقاد عليها هذا. والذي يمكن به النقض في المسئلة لحصول الانعقاد من دون الملك، انعقاد ام الولد عن حصّة ولدها من تركة ابيه، لعدم تصريح في الرواية بصيرورتها ملكاً له.

(ومنها) انه لو قال لملك العبد: اعتق عبدك عنى، صح العتق عنه، قبل صيرورتها ملكاً له «ويجاب عنه» بما ذكره العلامة «في التذكرة» بانه من قبيل الاستيجاب والايجاب بالبيع، فيتحقق البيع ويصير العبد ملكاً للامر قبل وقوع العتق عليه.

والتحقيق ان العتق على تقدير تسليم توقفه على الملك أنّها يتوقف على

تصرف الواهب، فصدق الرجوع عليه لاجل كون المراد منه مجرد استرداد ما اعطاه، وليس المراد منه فسخ عقدها كما ذكره الاستاذ (قده).

حصول الملك للمعتق دون المعتق عنه، والمفروض في النقض المذكور، ان المعتق هو نفس المالك فلانقض. واما ما ذكره العلامة من حصول البيع به بنحو الاستيجاب والايجاب، فانها اراد منه دفع اشكال ثبوت ثمن العبد في ذمة الامر مع عدم وقوع البيع. وبالجملة ان الادلة على تقدير دلالتها، فانها يدل على توقف العتق على ملكية العبد للمعتق دون ملكيته للمعتق عنه، بل يجوز عتق المالك عن الميت سواء كان بامر ام لا، وسواء كان واجباً على المعتق عنه ام لا. واما الاختلاف بين الانحاء المذكورة في ولاء المعتق، التي وردت في رواية العجلي، قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات من قبل ان يعتق رقبة، فانطلق ابنه وابتاع رجلاً من كيسه فاعتقه عن ابيه، وان المعتق بعد ذلك قد اصاب مالا ثم مات وتركه لمن يكون ميراثه؟ فقال «ع»: ان كان الرقبة التي كانت على ابيه في ظهار او شكر او واجبة عليه فان المعتق سائبة لا سبيل لاحد اليه.

قال: وان كان توالى قبل ان يموت الى احد من المسلمين فضمن جنايته وحدثه كان مولاه ووارثه ان لم يكن له قريب يرثه.

قال: وان لم يكن توالى الى احد حتى مات فان ميراثه لامام المسلمين ان لم يكن له قريب يرثه من المسلمين قال: وان كانت الرقبة التي على ابيه تطوعاً وقد كان ابوه امره ان يعتق عنه نسمة فان ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولدالميت من الرجال.

قال: ويكون الذي اشتراه فاعتقه بامر ابيه كواحد من الورثة اذا لم يكن للمورث قرابة من المسلمين احرار يرثونه.

قال: وان كان ابنه الذي اشترى الرقبة فاعتقها عن ابيه من ماله بعد موت ابيه تطوعاً منه من غير ان يكون ابوه امره بذلك، فان ولائه وميراثه للذي اشتراه من ماله فاعتقه عن ابيه اذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته «انتهى».

نعم ذهب المشهور في خصوص مسألة عتق المالك عن الغير بامر، الى تحقق الملكية اولاً للمعتق عنه ثم تحقق العتق عنه ثانياً، لاجل تصحيح ما تسلم فيما بينهم من ثبوت قيمة العبد في ذمة الامر واشتغالها بها.

وقد نهجوا في اثباتها مناهج مختلفة «منها» ما ذكره الشيخ - قده - من ان قول المالك اعتقت يفيد تمليك العبد للمعتق عنه اولاً ثم عتقه عنه ثانياً وقال فيه المحقق، انّ هذا تحكم «ومنها» ان التملك يحصل باول حرف من حروف اعتقت والعتق يحصل بالآخر من حروفها «ومنها» انّ التملك يحصل بالامر الصادر عن المعتق عنه قبل تحقق العتق عنه ومنها ما ذكره العلامة من ان التملك يحصل بالعقد المتحقق بالاستيجاب والايجاب الحاصلتين من قول الامر اعتقت عبدك عنى وعتق المالك عنه بعدها.

والالتزام بهذه الوجوه لاجل الاضطرار بتحصيل سبب لصيرورة العبد ملكاً للامر يقتضيها كون قيمة العبد على ذمته، كالاضطرار بالتزام تحقق الفسخ قبل التلف، حيث حكموا بتلف المبيع في ملك البايع وكونه ملكاً له عند التلف اذا اتلفه في زمن الخيار، والا فكيف يلتزم العلامة بحصول البيع بالاستيجاب والايجاب، مع انه منع عن حصول البيع بهما مضافاً الى ان الايجاب ههنا ليس الا العتق وهو فعل وقد منعوا عن حصول التملك بالفعل، فان العتق وان كان يحصل بقول المعتق اعتقت الا انه ليس ايجاباً للبيع الا باعتبار كونه عتقاً للعبد، وليس تحققه باللفظ او غيره دخيلاً في كونه ايجاباً للاستيجاب المذكور. ومضافاً الى انه ربما يقع الفصل بين العتق وبين الامر به، مع انه يشترط الموالاتة بين اجزاء العقد.

والتحقيق منع اقتضاء كون قيمة العبد على ذمة الامر لصيرورته ملكاً له رأساً، توضيحه: انه لا إشكال في انّ من جملة اسباب الضمان استيفاء عمل الغير بامر به، لكون عمل المسلم محترماً مضموناً بقيمته. نعم لو كان عملاً غير

عقلاني، او هتك حرمة بنفسه، بان اقدم عليه مجاناً لا يضمن الامر له، وكذا لو كان الهتك لحرمة من ناحية الامر بان يأمره بالعمل مجاناً فإنه لو عمل حينئذٍ مجاناً كان اقدماً منه لهتك عمله، ولو عمل بنية الضمان لم يكن اطاعه في امره فيكون غير مضمون عليه.

ومن جملة الاعمال المضمونة البيع والعتق، لكونها مالا يقابل بالقيمة، وان كانت ماليتهما طريقية. «توضيحه» ان المالية قد تكون بالنظر الى ذات الشيء في نفسه، وقد تكون بالنظر الى كونه مرآة لامر تدور المالية مداره، ومن هذا القبيل مالية البيع والعتق، اعني قول المالك بعث او اعتقت لكونه بنفسه فاقداً للقيمة وواجداً لها بما هو مرآة للمبيع او المعتق.

وان اردت مزيد التوضيح لها فنقول: ان من الاعمال ما يصدر عن الفاعل بلا واسطة، ومنها ما يصدر عنه تسبباً وبتوسيط عمل آخر، والضمان كما يحصل بالامر بما كان من الاعمال من الوتيرة الاولى، كذلك يحصل بالامر بما كان منها من الوتيرة الثانية، اعني العتق والبيع بل الانشائيات باجمعها، فلا فرق في حصول الضمان بين الامر بالعتق والبيع، والامر بالقاء مال في البحر لانقاذ اهل السفينة الذي هو من الاعمال الصادرة عن الفاعل بنفسها من دون واسطة هذا.

وقد تبين لك بعد ملاحظة جميع ما ذكرنا، ان اعتبار حصول الملكية للمعتق عنه في مسألة «اعتق عبدك عني» كان لاجل مسح استقرار ضمان العبد في ذمته، وان التحقيق عدم توقف الضمان على حصول الملكية، كما لو استقر عليه الضمان باتلاف مال الغير بالمباشرة.

ومن المناسب للمقام التعرض لعكس المسئلة المذكورة، وهو ان يقول المالك لغيره «اعتق عبدى عنك» ففي صحة العتق حينئذٍ اشكال، وان منعنا عن اعتبار الملك للمعتق، لما تقدم من اعتبار سلطنة المعتق على العتق في صحة

وقوعه عنه، وأنه لا دليل على تحققها له باذن المالك له فيه.

التنبيه الخامس

في جريان المعاطاة في غير البيع من العقود والايقاعات وعدمه

وقد تعرض الشيخ - ره - في هذا المقام لكلام من المحقق الكركي - ره - ونحن نتبعه في ذلك ثم نذكر ما هو التحقيق في المسئلة.

قال المحقق الكركي - ره - : اعلم أنه لم يتعرّض القدماء لجريان المعاطاة في غير البيع من العقود والايقاعات الا بعضهم في الهبة، والحق عليها بعض آخر الاجارة. ثم قال: وذلك أنه اذا امره بعمل على عوض معين وعمله واستحق الاجرة فلو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل ولم يستحق اجرة مع العلم بالفساد.

«وفيه» اولاً ان فساد الاجارة لا يوجب عدم جواز العمل له خصوصاً اذا لم يكن مستلزماً للتصرف في مال الامر. واما ثبوت الاجرة المعينة فلا نسلمه، بل الثابتة منها اجرة المثل، ووجه ثبوته كون عمله مضموناً على الامر لاستيفائه لعمل المأمور لا مجاناً، كما مرّ توضيحه في التنبيه السابق.

وثانياً ان المعاطاة في الاجارة انما تحصل باعطاء المنفعة، ولذا مثل «ره» بعمل الحر لا بغيره من الامثلة الدائرة من اجارة البيت وغيرها، فان المنفعة لا تنفك عن العين فلا يحصل اعطاء المنفعة الا باعطاء العين، وهو ظاهر في تمليك العين كما قدمناه، واما عمل الحرف فهو منفك عن عين مملوكة فيمكن اعطائه من دون اعطاء العين، وهو يتحقق بنفس ايجاد العمل. فنقول حينئذ ان اعطاء المنفعة لو تحقق بالعمل حين الاشتغال به، لم يعقل ذلك لعدم تمامية العمل، و ان كان بعد تمامه، فقد انعدم العمل بمجرد التمام، ولم يبق حتى

يتحقق به الاعطاء. (١)

اذا عرفت ذلك فلنشرع في تحقيق المقام فنقول: يختلف الحكم في المسئلة بحسب المباني المختلفة.

اما على القول، بانّ السبب الفعلي كالسبب القولي، وانّ المعاطاة تؤثر في كلّ ما يؤثر فيه اللفظ، وكذا على القول، بانّ مجرد الكاشف يكفي في العقود والايقاعات، فلا اشكال في جريانها في عموم العقود والايقاعات.

واما بناء على ما هو التحقيق في المعاطاة، من أنّها ايجاد لنفس حقيقة المعاملة في الخارج، وان ما تعلق به الايجاد في الخارج مصداق لحقيقة المعاملة، بخلاف العقد فانه ايجاد للمعاملة بالسبب، فلا بدّ من ملاحظة حقيقة كلّ فرد فرد من المعاملات.

فما كان منها مما يمكن تحققه في الخارج بنفسه، وكان له مصداق يمكن ايجادها به حقيقة (٢) كالهبة فانّ حقيقتها اعنى التمليك يوجد بنفس الاعطاء، والاعطاء مصداق خارجي له كما تقدم، والوقف بناء على انّ حقيقتها تحبب العين وتسبيل المنفعة، كما يستفاد من قوله صلى الله عليه وآله «حبس العين وسبل الثمرة» فانّها مما يمكن ايجادها في الخارج بمصداقها، كتعمير المسجد بالصاق اللبن عليه، فانه مصداق لحبس العين وتسبيل المنفعة بلا اشكال.

واما نوع العقود والايقاعات، فحقايقها مما لا يمكن ايجادها في الخارج، فمنها

(١) وفيه ان مقتضي تحقق الاعطاء بنفس العمل، تحقق الاعطاء به على نحو التدرج، كتحقق سائر العناوين المنطبقة على التدرجيات. كعنوان العقد المنطبقة، على الايجاب والقبول المتحققين على التدرج.

(٢) قد تقدمتّا على التفصيل قيام البرهان على امتناع كون حقايق المعاملات واجدة لمصاديق حقيقية، وانّا المتحقق لها من المصاديق، مصاديق اعتبارية، وهى المسماة بالوجودات الانشائية، و ايجاد المعاملات بها يسمى انشاء، فراجع تعرف حقيقة الحال.

«حقيقة النكاح» اعني ايجاد علة الزوجية «وحقيقة الطلاق» اعني ازالة العلة المذكورة، و «حقيقة العتق» باقسامها، اعني التحرير، «وحقيقة الوصية» اعني التملك معلقاً على الموت، ليس لها مصداق خارجي امكن ايجادها به حقيقة. نعم الاعطاء مصداق للتملك كما تقدم، فتتحقق به حقيقة الوصية، لولا ان التعليق على الموت المعتبر فيها ليس أمراً قابلاً لأن يوجد له مصداق حقيقي.

ونظير المذكورات «المصالحة» و «الوقف» و «الضمان» بناء على كون حقيقتها التملك.

اما الاولى. فلان حقيقتها، وهى التسالم الاعتباري الواقع على المال، لا يوجد لها مصداق خارجاً، والذي له مصاديق حقيقة، هو التسالم الحقيقي، دون الاعتباري الذي تقوم به المصالحة.

واما الثانية، فلان التملك بالنسبة الى الطبقة الاولى، وان كان يحصل بالاعطاء، إلا انه لا يمكن تحصيله بالنسبة الى الطبقة الثانية وغيرها من الطبقات، بما يكون مصداقاً له حقيقة. هذا شأن الاوقاف العامة، واما الاوقاف الخاصة، فليس يوجد لها مصداق وان قلنا بكون حقيقة الوقف هو التحبب والتسبيل، فان التخصيص بجماعة ليس ممّا امكن دلالة فعل عليه.

واما الثالثة، فلان حقيقتها كحقايق ما تقدم من العقود غير قابلة لان توجد في الخارج بنفسها. هذه جملة من العقود والايقاعات ذكرناها توضيحاً للمطلب، وعليك بملاحظة حقايق جميع المعاملات من العقود والايقاعات.

وقد عرفت ان الضابط في جريان المعاطاة فيها كون حقايقها ممّا امكن ايجادها في الخارج بافعال تكون مصاديق لها، بان تكون ظاهرة فيها ولو بمعونة الاقتران بقرائن خارجية توجب ظهورها فيها. ويمكن التمثيل له، بما لو اعطى

درهماً للخباز واخذ منه الخبز، فإنّ وضع دكان الخباز لاجل اعطاء الخبز للناس بجذاء القيمة، قرينة توجب ظهور اعطاء الدرهم في عطائه بازاء الخبز، فمن رآه من بعيد يحكم بانّه يعطي درهماً ليشترى به الخبز، فالاعطاء بمعونة القرينة المذكورة مصداق لحقيقة البيع، اعنى التمليك بعوض. ويمكن التمثيل له أيضاً بالمرابح المعدة للاكراء فاذا اعطى المكارى مركباً لمسافر يركبه واعطاه المسافر درهماً يكون ذلك قرينة، توجب ظهور اعطاء المركب في الاجارة.

او ممّا لم يمكن ايجادها في الخارج بالمصداق الحقيقي، بان يكون الفعل المترقب كونه مصداقاً للمعاملة غير ظاهر فيها، كمطلق الاعطاء بالنسبة الى حقيقة البيع، حيث انه اعم من البيع والهبة، وليس اقترانه باعطاء آخر صادر من الاخذ قرينة على كونه بنحو المعايضة، لما يحتمل ان يكون كلّ من الاعطائين اعطاءً مجانيّاً لا بعوض.

و اما حكم المعاوضة الجارية في غير البيع من العقود والايقاعات فيختلف بحسب اختلافها، فإنّ منها ما لا يقبل الجواز اصلاً، كالتق والوقف ونظائرها المحكومة في الشرع باللزوم ابدأً، فلا يجرى فيها حكم الجواز الثابت في معاوضة البيع، فإنّ ثبوت الجواز لها كان لاجل عدم قيام المقتضي للزومها، فلا ينافيه تحقق المقتضي للزوم في المعاوضة الحاصلة في غيرها من المعاملات، لعدم المعارضة بين الإقتضاء واللاإقتضاء، وانما المعارضة والتنافي، بينه وبين اقتضاء العدم.

التنبيه السادس في ملزمات المعاوضة

قد مرّنا سابقاً أن منشأ لزوم البيع هو جهة العقد، وان المعاوضة فاقدة

للعقد كما بيناه، فلا اقتضاء فيها للزوم اصلاً فيجوز التراد من الطرفين، و استرداد كل منهما بما اعطاه من المال. ومن هنا يعلم أنه يشترط فيه كون ما اعطاه كل من الطرفين، واخذه من الاخر باقياً على ما هو عليه حال التعاطى، (١) من دون طرو ما يوجب تغييراً فيه، بحيث ان يصير بعده غير ما هو عليه حال الاعطاء. فإنه لا يمكن الأسترداد له حينئذٍ، وان اخذه كان اخذاً بغير ما اعطاه، من دون صدق الاسترداد عليه. وكذا لا يمكن الاسترداد

(١) أعلم، أن حصول التغيير فيما تعلق به الاباحة، لا يوجب لزومها، والمنع عن الرجوع فيها واسترداد متعلقها. ويشهد له ملاحظة غير ما نحن فيه من موارد الاباحة، فإن من المسلم عند القوم جواز استرداد ما اباحه من غيره بعد طرو والتغيير عليه في يده. ولو تلف في يد المباح له بتفريط منه، كان للمبيح مطالبة المثل أو القيمة. ولو حصل فيه عيب، كذلك لا يمنع المالك عن مطالبته بعينه، بل له استرداد ما اعطاه مع ما نقص عنه من القيمة.

و بالجملة لا تصير الاباحة لازمة بتلف المباح، فضلاً عن حدوث تغير فيه، بل المالك له السلطنة على الرجوع في اباحته بمطالبة العين او المثل او القيمة عند تلفها.

واما ما ذكره الاستاذ «ره» «ففيه اولاً» عدم اناطة الحكم على صدق عنوان الاسترداد، لعدم ثبوته بدليل لفظي اخذ في موضوعة عنوان الاسترداد.

و «ثانياً» عدم تسليم المنع عن صدق الاسترداد عليه عرفاً، لصدق عنوان الاسترداد على اخذ ما اعطاه عرفاً، وان حصل فيه من التغيير ما حصل، لحكم العرف بكونه عين المأخوذ. ولا ينافيه حكمه بحصول التغيير فيه.

و «ثالثاً» تحقق حقيقة الاسترداد بذلك عقلاً، فضلاً عن نظر العرف المبني على المسامحة، فإن الوجود اذا حصل فيه غاية ما يمكن من التغيير بحسب الماهية، فضلاً عن كونه لا بحسبها، لا يتقلب إلى وجود آخر، بانقلاب ماهيته بل هو هو لكن تغيرت ماهيته. وان كان يشتد او يضعف لا محالة، لكون الماهية حد الوجود في الشدة والضعف. فوجود الانسان هو عين وجود النطفة قبل انفصالها انساناً، والوحدة محفوظة له بعد صيرورتها انساناً. وهذا مما ادعوا عليه البدهة.

وقد علم من جميع ما ذكرنا بقاء متعلق الاباحة في ملك المبيح بعد حصول التغيير فيه بانحائه، فقتضى قاعدة السلطنة جواز استرداده عن المباح له.

للجانب الاخر و ان كان ما اعطاه باقياً على ما هو عليه حال الاعطاء لكون اعطائه له بعوض فحصول التغيير في العوض يخرج استرداد ما اعطاه بعوض عن الامكان هذا.

و اما بناء على ما هو مبني المتأخرين في المعاطاة، من كونها سبباً فعلياً كالسبب القولي، تكون المعاطاة عقداً يقتضي لزوم. وعليه يتوجه الاعتراض عليهم بجريان الخيارات برمتها في المعاطاة لكونها ثابتة من ناحية الشرع للبيع المقتضي للزوم، ومنه المعاطاة بناء على المبني المذكور، من غير فرق بينها و بين البيوع المنشأة باللفظ، في اشتمالها على العقد، واقتضاؤها في حد انفسها للزوم. وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به.

وعليه يتنى استدلالهم على لزوم المعاطاة بتغير احد العوضين، بانّ ثبوت الجواز لمكان قيام الاجماع عليه، وهو دليل لبي فيقتصر منه على القدر المتيقن، وهو الجواز قبل حصول التغيير في العوضين. واما بعده، فالمتبع عموم « اوفوا بالعقود » لعدم تخصيصها الا بصورة ما قبل التغيير.

وفيه « اولاً » انّ معقد الاجماع في كلام المحقق الكركي (قده) وغيره مّتن ادعاه: ان اللزوم يحتاج الى اللفظ، وحصوله مشروط بحصول المعاملة باللفظ. وهو يعاكس التعبير عنه بما تقدم، فانّ مقتضاه انقلاب الاصل الى جانب الجواز، وكون الاصل في المعاطاة هو الجواز، لعدم اشتمالها على اللفظ، و انّها يصار الى خلافه بالدليل، والقدر المتيقن منه صورة تغير عين العوضين. فع تغير مجرد الاوصاف يرجع الى اصالة الجواز، الثابتة بقيام الاجماع على جواز المعاملة الغير المشتملة على اللفظ.

« و ثانياً » ان التمسك بالعمومات، مع الشك في حكم بعض احوال الفرد، انّها يصح فيما اذا كان الفرد في كلّ آن و آن فرداً مستقلاً للعموم. واما اذا كان في جميع الاحوال فرداً واحداً له، علمنا بخروجه في حال من الحالات، ثم

شككنا فيه في الان اللاحق، لم يجز التمسك فيه بالعموم. بل هو مورد استصحاب عدم الحكم الثابت بالعموم. ومن المعلوم أنّ كلّ واحدة من المعاملات فرد واحد من العقود، ويشملها عموم «اوفوا بالعقود» في جميع حالاتها بشمول واحد، ولا يصير افراداً عديدة بطرو حالات مختلفة عليها. وهذه قاعدة اذعن بها الشيخ «ره» في الكتابين، فليس له ان يتمسك بعموم «اوفوا بالعقود»، مع الشك في لزوم المعاطاة عند طروالتغير على العوضين، بحسب الوصف، بعد خروجها عن عموم الآية قبل طروالتغير.

و بالجمله يجوز استرداد ما اعطاه اذا كان هو والعوض باقين على حال الاعطاء، فلو تغير احدهما عمّا هو عليه حال الاعطاء صار غير ما اعطاه و اخذه الاخر، ولو بالامتزاج بشيء بما لا يمكن التفصيل والتفكيك بينهما، فيستحيل الاسترداد بانتفاء موضوعه.

ومنه يعلم أنّ مرجع اللزوم في المعاطاة الى نفاذ موضوع الجواز، بخلاف اللزوم في المعاملة العقدية، لكون الحكم به فيها، مع بقاء موضوع الجواز. فانّ موضوع اللزوم والجواز في المعاملة العقدية هو العقد الباقي ولو بعد نفاذ العوضين، بل كان انتفاء الجواز عنها لمكان الدليل الشرعي، اعني قيام الاجماع على اللزوم، من قبيل انتفاء المحمول مع بقاء الموضوع هذا.

بقي الكلام في التفصيل بين الخيارات في جريانها في المعاطاة وعدمه فنقول: انّ ما كان منها ثابتاً بالادلة الخاصة الواردة في خصوص البيع المقتضي للزوم لا يشمل المعاطاة الغير المقتضية له بناء على ما تقدم. وما كان منها ثابتاً بالادلة العامة كخيار الغبن، الثابت بقاعدة لاضرر، يجري في جميع المعاملات حتى الحاصلة منها بالمعاطاة. ومقتضى ثبوته للمعاطاة بعد تغير العوضين الضمان بالمثل او القيمة.

التنبيه السابع في كيفية حصول الملك في المعاطاة بالتلف

قد عرفت ان اللزوم في المعاطاة بتلف احد العوضين، مع البناء على المصدقية، انما هو لاجل انتفاء موضوع الرجوع فيها. فالمعاطاة لا تتغير حالها عما هي عليه، بتلف احد العوضين او كليهما وكذا بناء على اشتمالها على السبب الفعلي، وكونها عقداً مفيداً للتملك، لكون حصول الملك حينئذٍ من حين الاعطاء، فلا تنقلب المعاطاة بتلف احد العوضين عما هي عليها قبله.

واما بناء على افادة المعاطاة للإباحة، فان قصد المتعاطيان منها التملك، امكن القول بانّ المعاطاة بيع عرفي لم يميضه الشارع الا بعد التلف، نظير امضائه لبيع الصرف والسلم بعد القبض. ولا يلزم عليه ما ذكره الشهيد ((ره)) من اللزوم، اعني: صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف، حتى يكون التلف سبباً لحصول البيع، مع انّه ممّا لا يمكن الالتزام به. واما الاباحة الحاصلة قبل التلف، فقد قيل بانّ حصولها لاجل تسليط المالك عليه، وقد تقدم نقل ذلك من صاحب الكفاية ((قده)) وبيان ما فيه من الاشكالات فراجع.

وان قصد منها الاباحة، يبدوا الاشكال في الملكية الحاصلة بعد التلف. فانه لوقلنا بانّ حصولها لاجل تحقق البيع، مع عدم كون المعاطاة قابلة لتحقيق البيع بها لكونها صادرة عن قصد الاباحة، يلزمه ما ذكره الشهيد من المحذور. اعني: صيرورة التلف سبباً لتحقيق البيع. وعليه لا مجال عن الالتزام بكون حصول الملكية لاجل معاوضة مستقلة (١) والدليل على صحتها عموم ((اوفوا بالعقود)) و

(١) وفيه ان المحقق للمعاوضة المستقلة، ان كان هو التلف يلزم الاشكال الثاني، من صيرورة

«المؤمنون عند شروطهم» لكونه مقتضياً لصحة جميع المعاوضات. وان قلنا بعدم قيام ذلك دليلاً على صحة جميع المعاوضات (١) فهو حكم تعبدى لاجل دليل خاص، وهو السيرة المحققة على حصول الملكية بعد التلف. نعم يمكن ادراجها تحت الصلح، لولا ان حقيقة ليست مطلق التملك، بل انشاء التسالم عليه، وهو غير محقق فيما نحن فيه. وتظهر ثمرة الخلاف في جريان الاحكام المختصة بالبيع في المعاطاة، كحرمة الربا بناء على اختصاصه بالبيع، وعدمه.

التنبيه الثامن

في التفصيل بين شروط البيع في جريانها في المعاطاة

اعلم ان ما كان من الشروط شرطاً لعنوان البيع، يعتبر حصوله في تحقق البيع بالمعاطاة، لكونه مقتضى اشتراط البيع به. فانّ المشروط ينتفي اذا انتفى شرطه، فينتفي البيع بانتفاء شرطه، سواء كان بيعاً بالصيغة او بالفعل. واما ما كان منها شرطاً للصيغة، وعبارة اخرى كان شرطاً لتحقيق البيع باللفظ، ينتفي بانتفائه البيع باللفظ.

فلو اقترن اللفظ الفاقد له بفعل، ففي حصول المعاطاة به او عدمه تفصيل. فلو قصد من الفعل انشاء التملك به رأساً فلا اشكال في صحة المعاطاة، وان لم

التلف مملكاً. وان كان هو المعاطاة الواقعة قبله، يلزم الاشكال الاول، من عدم صلاحية المعاطاة الصادرة عن قصد الاباحة لافادة التملك. ومورد الاشكالين وان كان هو البيع، الا انه لافرق بينه وبين مطلق التملك في توجهها.

(١) بدعوى كونها ناظرة بحسب المرتكز في الاذهان الى العقود والمعاملات المعروفة المعلومة الشائعة بين الناس، وكونها واردة الى الاذهان المسبوقه بمصر المعاملات والعقود، وعدم خطور معاملة او عقد من العقود غير المعاملات المعمولة فيها.

يقصد منه انشاء التملك ، بل تعلق قصده منه بالوفاء لمقتضى العقد اللفظي الواقع قبله لم تتحقق به المعاطاة. هذا بناء على كون البيع من الامور الانشائية، التي تحتاج الى الانشاء باللفظ، او الفعل، او الايجاد له بوجوده الخارجي ، او بوجوده التنزيلي . واما بناء على انّ البيع يكفي في تحققه مجرد وجود الكاشف عن رضا المتعاملين ، كالعقود الاذنية في كفاية وجود الكاشف عن الرضا، في تحققها، كما يظهر من كلمات المتأخرين، وان لم يلتزموا بآثاره من كفاية وجود مطلق اللفظ الكاشف من دون اعتبار الماضوية وغيرها من الشروط المذكورة في كلماتهم. هذه هي الوجوه المبتنية على كون المعاطاة بيعاً.

واما بناء على كونها مفيدة للإباحة، فان علم برضاء المالك بالتصرف على الاطلاق، ولو مع عدم صحة العقد، فلا اشكال في تحقق الإباحة ولو بنحو تعدد المطلوب. بان يكون قاصداً لحصول التملك بالصيغة على تقدير صحة التملك بها شرعاً، وحصوله مطلقاً على تقدير عدم صحته. كما هو المتعارف بين الناس في زماننا هذا، فانهم يقصدون من بيوعهم تحقق التملك على النحو الشرعي، لو تحقق ما لها من الشرط شرعاً، وتحقيقه على الاطلاق، لولم يتحقق وما ذكرناه هو المراد من كلام المحقق الثاني «ره» حيث قال «لو اوقع البيع بغير ما قلناه وعلم التراضي منها كان معاطاة».

ومثله ما ذكره الشهيد «ره» عند بيان عدم كفاية الاشارة مع القدرة على النطق: «انها تفيد المعاطاة مع الافهام الصريح» ومنه يعلم، انه لا وجه لما اورده الشيخ على المحقق بقوله: «ان الصيغة الفاقدة لبعض الشروط لا تتضمن الا انشاء واحداً، وهو التملك، ومن المعلوم ان هذا المقدار لا يوجب بقاء الاذن الحاصل في ضمن التملك بعد انتفائه، والموجود بعده ان كان انشاء آخر في ضمن التقابض، خرج عن محل الكلام، لان المعاطاة تحصل به لا بالعقد الفاقدة للشروط».

الفصل الثالث

في العقود

المبحث الأول

في حدود اعتبار اللفظ في العقود

اعلم ان مقتضى القاعدة في كل عقد هو اللزوم (١) لما ذكره الشيخ «ره»، حتى في المعاطاة بناء على كونها عقداً لا شتماها على السبب الفعلي. والقدر المتيقن من الاجماع المنعقد على خلافها، هو توقف اللزوم على اللفظ، فيما اذا تمكن منه العاقد، فيقتصر عليه. واما اذا لم يتمكن منه، ولو بالعرض، بان يعرض عليه الخرس مثلاً لمرض او غيره، فالمرجع فيما صدر عنه من العقد هو القاعدة المذكورة. فهو مع عدم تضمنه للفظ كالعقد المتضمن له في اللزوم، لعدم قصوره عنه في جهات العقد، الا اشتماله على اللفظ، وهو غير قادح فيه، لعدم عموم الدليل القائم على اعتباره، وهو الاجماع المتقدم ذكره، فهو والعقد اللفظي على سواء في اقتضاء القاعدة لزومها. ومن هنا يعلم كفاية اشارة الاخرس، في صيرورة بيعه لازماً، وان تمكن من التوكيل. لعدم وجود ما يوجب الفرق بين اشارته، وبين اللفظ الصادر عن غيره، في قيام المقتضى للزوم فيهما، وعدم وجود مانع شرعي عنه. ومقتضى هذا التقرير كفاية معاطاة الاخرس ايضاً، بناء على مذهب الشيخ «قده» من

(١) قد تقدم بيان حقيقة العقد وكونها مقتضية للزوم.

كونها عقداً فعلياً قام الاجماع على جوازه، لعدم قيام الاجماع على توقف اللزوم على اللفظ، الا في غير ما صدر من العقود عن الاخرس، فيؤخذ في حقة بمقتضى القاعدة الاولية في لزوم العقود. وهذا مما لا يلتزم به الشيخ «ره» قطعاً، واما بناء على ما تقدم من ان تحقق الملكية بالمعاطاة لاجل كونها مصداقاً للتملك، وليست سبباً انشائياً كاللفظ فليست عقداً رأساً، حتى يتوهم دخولها تحت قاعدة لزوم العقود.

ثم ان اشارة الاخرس كاللفظ الصادر عن غيره وجود تنزيلي للمعنى (١) فتكون في عرض اللفظ في تحقق انشاء المعنى به. فهي في رتبة مقدمة على الكتابة، لكونها وجوداً تنزلياً للفظ ووجوداً تنزلياً للمعنى بتوسط اللفظ. فان المراد من الكتابة ههنا ليس هو الوجود اللفظي الذي يرادف الوجودات الثلاث له اعني الخارجى والذهنى واللفظى، فان الوجود اللفظي الذي يعد وجوداً للشيء في عدادها، هو نقش المعنى، بل المراد منها نقش اللفظ، وليس هو الوجوداً تنزلياً للفظ. فيكون انشاء المعنى بها في طول انشائه باللفظ، والمراد من الاشارة هو الاشارة الى المعنى، ولا يراد ههنا ما يراد منها في قراءة الاخرس في الصلاة بالاشارة، حيث ان المعتبر هناك هو الاشارة الى الفاظ فاتحة الكتاب وما يختار من السورة بعدها بتحريكه للسانه. لكون المعتبر منها في الصلاة

(١) اعلم انه لا اشكال في اشتراط حصول الانشاء من الاخرس، في تحقق البيع منه، وكذا غيره من المعاملات. ومقتضاه حصول قصده لانشاء المعاملة بالاشارة، واعتباره لصيرورة الاشارة مصداقاً للمعاملة. فان قصد انشاء المعاملة باللفظ او الاشارة او غيرها تكون باعتبارها مصداقاً للمعاملة. والفرق بين اشارته وبين اللفظ الصادر من غيره - بعد اشتراكها في تعلق الاعتبار بكونها مصداقاً للمعاملة - ان تعلق الاعتبار باللفظ مسبق بالوضع والتعيين، على ما تقدم في التعليقات المتقدمة (وقد انيط) امضاء العقلاء للاعتبار المذكور بكونه مسبقاً بالوضع والتعيين. فاذا لم يتمكن من ايجاد ما وضع لان يعتبر مصداقاً لها، جازت المعاملة بكل ما يقدر عليه ويتمكن منه، وكان اعتباره بكونه مصداقاً للمعاملة نافذاً وملحوقاً لامضاء العقلاء بشرط ان يفهم المراد منه.

مجرد التلّفظ بالفاظها، بحيث لا يضر بها الجهل بمعانيها. والمعتبر من اللفظ ههنا، ليس مجرد اللفظ بما هو لفظ، بل بما هو مرآة للمعنى فانياً فيه. فاذا تعذر اللفظ، ينوب عنه ما يكون مرآة للمعنى وفانياً فيه وهو الاشارة الى المعنى.

و بالجمله ان الاشارة والكتابة اذا لوحظتا من حيث كونها وجوداً للمعنى كانت الاولى مقدمة على الثانية، لكونها في رتبة اللفظ وهو في رتبة متقدمة على الكتابة.

اذا عرفت ذلك فلنشرع في بيان الفاظ العقد. والبحث فيه يقع تارة من جهة المادة، واخرى من جهة الهيئة.

المبحث الثاني

في مادة الفاظ العقد

اعلم انّ البيع لا يكفي في تحقّقه مجرد وجود الكاشف بل هو من الامور الانشائية الابدائية في الخارج، فلا بد في تحقّقه من ايجاده خارجاً، اما بوجوده الحقيقي، اعنى ما تقوم به حقيقته الاعتبارية، كالمعاطات (١) بناء على ما تقدم من كونها مصداقاً لحقيقة التملك.

و إما بوجوده التنزيلى، وذلك يتوقف على جعل شيء وجوداً تنزلياً له. وهو المراد من الوضع المصطلح عليه (٢) في مباحث الالفاظ فان المراد منه

(١) قد عرفت مما قدمناه سابقاً، أن البيع يحصل في مورد المعاطاة بامر قلبى، وهو الالتزام بملكية مال بازاء مال آخر مع ترتيب الاثر عليه خارجاً، وتقدم أيضاً ان البيع امر اعتبارى فيستحيل ان يكون له وجود حقيقى.

(٢) اعلم أن حقيقة وضع اللفظ للمعنى تعيينه للاستعمال فيه. وحقيقة استعمال اللفظ في المعنى هو التكلم باللفظ مرآة للمعنى، ولا يكون ذلك إلا بافناء اللفظ في المعنى واعتباره عين

المعنى ووجوده عين وجوده.

و ربما يحصل تعين قهري له وقد عبروا عنه بالوضع التخصصي، و مما ذكرنا يعلم انه نتيجة الوضع وان اطلاق الوضع عليه بالعناية. و بالجملة ان ما يناسب المعنى اللغوي لكلمة الوضع هو ما ذكرنا، و ان امكن منع تحققه بهذا المعنى في قاطبة اللغات الرائجة في الالسنة، و الالتزام بان التعين الحاصل لها غير مسبوق بالتعيين.

اقسام الوضع

ثم ان المتعلق للوضع قد يكون اعتبار الوحدة بين اللفظ و طبيعة المعنى، و اعتبار كون وجود اللفظ وجوداً لها على نسق الوجود الذهني، بحيث لا يمتنع صدقها على المصاديق الخارجية واحد او كثيرين. و بعبارة اخرى اعتبار وجوده وجوداً ذهنياً للمعنى.

ومن هذا القبيل وضع اسماء الاجناس في قاطبة اللغات المتداولة في الالسنة.

«وقد يكون» اعتبار الوحدة بينه و بين الطبيعة و كونه وجوداً لها على نسق الوجود الخارجي، و بعبارة اخرى اعتبار وجوده وجوداً خارجياً للمعنى و محصله اعتبار اللفظ مصداقاً لطبيعة المعنى.

ومن هذا القبيل وضع اسماء الاشارة، و الضمائر، حيث إنها موضوعة لان يعتبر مصاديق للاشارة. و الفارق بين اسماء الاشارة و الضمائر أن المشار اليه في اسماء الاشارة يكون نفس الاشياء، و في الضمائر هي بما انها مضمرة في الخاطر.

ومن هذا القبيل وضع الفاظ الانشئات كالامر، و النهي، و الفاظ الترجى، و التمنى، و التعجب، و غيرها.

و قد يكون اعتبار الوحدة بينه و بين الطبيعة بما هي واقعة في الوجود الخارجي، و بعبارة اخرى اعتبار الوحدة بينه و بين مصداق الطبيعة و صيرورته وجوداً اعتبارياً لمصداق من مصاديقه الحقيقية فيكون وجوداً للطبيعة في طول مالقتها من الوجود خارجاً. و محصله اعتبار وجود اللفظ وجوداً لمصداق الطبيعة.

وضع الحروف

ومن هذا القبيل وضع الحروف و الافعال. لكون وضع الافعال مركباً بحسب الهيئة و المادة من

وضعين، الاول، وضع موادها، وهو وضع الاسماء، والثاني، وضع هيئاتها وهو وضع الحروف. فالحروف، وهيئات الافعال (اعني ما عد الانشائيات منها وهي الاوامر والنواهي) موضوعة لاعتبارها متحدة مع مصاديق النسب والروابط. فكلمة «من» موضوعة للربط بين المبتدئ والمبتدئ منه، وكلمة «الى» موضوعة للربط بين المنتهى والمنتهى اليه «واللام» موضوعة للربط بين المختص والمختص له «والكاف» موضوعة للربط بين المثل والممثل له «وعلى» موضوعة للربط بين المستعل والمستعل عليه و «قد» موضوعة للربط بين مفاد مدخوله والقلة، اذا كان مضارعاً، وبينه وبين التحقق اذا كان ماضياً، بهذا النحو من الوضع.

وخصوصية طرفي النسبة والربط غير داخله تحت الموضوع له في الحروف، بل هي بجمعها موضوعة للربط فقط، وان تقيّد وضع كل واحد منها بخصوص صورة كون طرفي الربط على خصوصية. وقد تقدم منا بيان الوضع المقيّد فيما تقدم من الكلام في وضع المشتقات استطراداً. ومنه يتوجه المنع على من جعل كلمة «من» مثلاً موضوعة للابتداء وكلمة «الى» موضوعة للانتهاء وهكذا، لاسيما من جعل الموضوع له فيها عين الموضوع له في كلمة الابتداء والانتهاء، وهو المحقق الخراساني «ره» في الكفاية.

ثم ان صعوبة فهم حقيقة المعاني الحرفية وهي النسب والروابط قد اوجب اغلاقاً في تشخيص اوضاعها. ونحن نتعرض لحقيقتها، مع التحفظ على تجزية البحث فيها، عن غيره من الابحاث المساوقة له، صوناً عن الاطالة.

حقيقة المعاني الحرفية

فنقول: ان النسب والروابط تكون حقيقة وبالذات، بين العلل ومعاليلها، وبين الاعراض و معروضاتها، ثم تحدث بين غيرها باعتبار ثبوتها بينها، وانت اذا لاحظت اطراف الروابط، ترى ان مرجعها الى الروابط المتحققة بين الاعراض و معروضاتها، او بين العلل و معلولاتها. والروابط الموضوعة لها الفاظ الحروف بمجملتها هي الروابط بين الاعراض والمعروضات او الراجعة اليها، والحاصلة بين غيرها باعتبار تحققها بينها. وكل ربط حصل بين غيرها هو باعتبار حصوله بين عرض ومعروض، مثلاً الربط بين المثل والممثل له باعتبار حصول الربط بين عرض وبين المثل، وبينه وبين الممثل له، فالربط بين زيد والاسد في قولنا: زيد كالاسد، يرجع إلى حصوله بين الشجاعة

والاسد، وبينها وبين زيد.
وعليك بالدقة التامة في موارد حصول الربط، حتى يتبين لك كونه اصيلاً بين طرفيه او حاصلًا
بلحاظ حصوله بين غيرهما.
وبالجملة، فمن البديهي ان الربط لا يتحقق حقيقة الا بين العلل ومعلولاتها والاعراض و
معروضاتها، وجميع العالم ليس الا العلل والمعلولات والاعراض والمعروضات.
والربط من شؤون وجود المعاليل والمعروضات، وبعبارة اخرى، الربط مندك في وجوداتها. اما
النسب والروابط بين الاعراض والمعروضات، فهي من شؤون وجود المعروضات ومندكة فيها،
فالقيام اذا وجد في الخارج لزيد كان وجوده عين الوجود لزيد، وقد اندك في وجوده كونه له. وكذا
السواد اذا وجد في جسم كان وجوده عين الوجود له، اعني ان وجود العرض قد اندك في ذاته «انه
له» بحيث لو انعدم كونه له، انعدم وجوده من اصله. وهذا طور وجود الاعراض.
وهو الوجه لاستحالة انتقال الاعراض، فان انعدام الربط بوجود المعروض، عن وجود
الاعراض، انعدام لوجود العرض بذاته، فان وجد ثانياً لمعروض آخر، كان وجوداً مبانياً للوجود
الاول. وقد انعدم الاول وانوجد الثاني من اصله.
واما النسب والروابط بين العلل والمعاليل فهي مندكة في وجود المعاليل، وقد اندك في وجود
كل معلول «انه لعلته» اعني ما عبروا عنه عند اعمال الدقة في ذوات الوجودات الامكانية بالافتقار
والتعلق، وان وجود الممكن بذاته افتقار الى العلة وتعلق عنها.
وهذا طور الوجودات الامكانية، والربط بالعلل عين ذواتها، بحيث كان انعدام الربط والتعلق
عن وجود المعلول انعداماً لوجوده بعينه، لا مستلزماً له مغايراً عنه.
ومما ذكرنا يعلم: ان الربط لا يقع في حيز الذهن، فانه عين الوجودات الامكانية والعرضية،
وهي لا تدخل في الذهن، والا يلزم انقلاب الذهن بالخارج. والداخل في الذهن هو الماهيات بعد
تجردها عن الوجود الخارجي.
ومن هنا يبدو الاشكال في مفهوم القضايا الذهنية المتضمنة للربط بين موضوعاتها ومحملاتها.
و«الجواب» ان الربط يحدث فيها بين وجود الموضوع ووجود المحمول باهما وجودان خارجيان، فان
الوجود الذهني وان كان في قبال الوجود الخارجي، ومغاير معه بالنسبة الى الماهية الملحوظة، الا انه
بعينه وجود خارجي بما انه كيف نفساني، او غيره مما يمكن ان يقال في حقيقته.

جعل اللفظ وجوداً تنزلياً للمعنى وجعله مرآة فانياً فيه (١) فيكون استعماله في المعنى افناء للفظ فيه و ايجاداً له بوجوده التنزيلي . ومن هنا يستحيل استعمال

ولاجل ذلك كان الربط بين الموضوع والمحمول في القضايا الذهنية هو مصداق الربط لامفهومه . «وتوضيحه» ان محكى جملة «الانسان، منتصب القامة» ليس لحاظ مفهوم الانسان ومفهوم الربط ومفهوم انتصاب القامة بالبداهة، بل لحاظ مفهوم الانسان، ومفهوم منتصب القامة مع الربط بينها . والحاصل ان وجود انتصاب القامة، عند تصور الانسان المنتصب القامة في الذهن، بما ان له نحو من الوجود الخارجى تحقق بينه وبين وجود الانسان في الذهن بما ان له نحو من الوجود الخارجى ، مصداق الربط والنسبة .

ويظهر ما ذكرنا من ملاحظة الصور الخارجية، فصورة زيد في الجدار في حال القيام، مترتبة، من صورة زيد و صورة القيام، مع ربط خارجي بينها حاصل بعروض صورة القيام على صورة زيد يحكى معه مجموع الصورتين عن زيد في حال القيام . ومن البديهي انه ليس في الجدار صورة زيد، وصورة القيام، و صورة الربط . بل الموجود في الجدار صورة زيد في حال القيام وعبارة اخرى صورتان مع وجود مصداق الربط بينها، بحيث يحكيان معه عن صورة زيد في حال القيام «و عبارة اخرى» ان مصداق الربط الحاصل بين الصورتين في الجدار يحكى عن مصداق آخر للربط حاصل بين وجود زيد و وجود القيام في الخارج .

وقد انقده من تفاصيل ما ذكرنا: ان المحكى للحروف هو مصداق الربط حتى في القضايا الكلية المنطبق محكيها على كثيرين .

ومنه يعلم صحة ما ذكره من كون الموضوع له خاصاً في الحروف و ان ما ذكره صاحب الكفاية، من كون الموضوع له الحروف كلياً، من دون فرق بينها وبين الاسماء، باطل، و ان كان ما ذكره الاستاذ «قده» في دفعه غير كاف فيه، من ان المعاني الحرفية غير مستقلة باللحاظ حتى يحكم عليها بالكلية او الجزئية .

حيث يرد عليه ان ما ذكره، بنفسه قضية متضمنة للحكم عليها بعدم الاستقلال، فلو بنى على ما ذكره لما صح قوله ان المعاني الحرفية كذا وكذا . فان موضوع القضية لا بد من لحاظه مستقلاً حتى يحكم عليه، «والحل» انها تستقل باللحاظ حينئذ بمعونة مفهوم اسمى يكون مرآة لها وحاكياً عنها وهو مفهوم الربط وما ساوقه .

(١) قد تقدم الاشكال فيه في بعض التعليقات السابقة .

اللفظ في اكثر من معنى واحد، ضرورة استحالة افناء شيء واحد في شيئين (١) ثم ان اعتبار الوضع والتنزيل في الفاظ العقود لا يسقط المجازات عن الاعتبار بها فيها، بل المجازات برمتها قد تعلق الوضع بها بتبع تعلقها بالمعاني الموضوعة لها بالاصالة. و توضيحه ان وضع اللفظ للمعنى، يوجب وضعه لتوابعه بالتبع. (٢) ألا ترى انه لو نصب علم على هامة باب دار زيد تكون علامة لداره ولدار عمر و ايضاً بالتبع، بحيث يمكن به تعريفه ايضاً اذا كان باب داره بجذاء باب دار زيد. ولعله هو المراد لمن ادعى الوضع النوعي للمجازات، اعنى الوضع التبعي الذي يحصل بتبع وضع اللفظ لمعناه الحقيقي.

نعم لا يكون بالاصالة الا مرآة للمعنى الحقيقي وفانياً فيه، فلا يتبادر منه عند اطلاقه الا ذلك لكنه اذا قامت قرينة تصرفه عنه يكون مرآة وفانياً فيما له من المعنى المجازي اللازم لمعناه الحقيقي. ثم اذا قامت قرينة اخرى تصرفه عنه، يكون مرآة لما يلزمه، وهكذا. فتكون المعاني المجازية مترتبة بعضها على بعض، كترتب جميعها على المعنى الحقيقي، وتكون القرينة الصارفة عن بعضها قرينة معينة لبعض آخر منها. نعم لو كان هناك معاني مجازية متعددة في عرض واحد لاحتاج الى قرينة معينة اخرى، تكون معينة لواحد منها وسيجيئ بيان المراد

(١) المراد من افناء اللفظ في المعنى اعتبار وجود اللفظ وجوداً للمعنى وتخيّل وجوده وجوداً له. وتقدم ان حقيقة استعمال اللفظ في المعنى، التكلم به باعتبار كونه هو المعنى.

ومنه يعلم ان منشأ استحالة استعمال اللفظ في معنيين، استحالة اجتماع تخيلين متعددين في النفس في زمان واحد. وقد يعبر عنه باجتماع اللحاظين لكون التخيّل قسماً من اللحاظ. و بالجملة يستحيل تحقق لحاظين في النفس في آن واحد، نعم يمكن لحاظ كلا المعنيين بلحاظ واحد، فيكون اللفظ حينئذ مستعملاً في مجموع المعنيين دون كل واحد منها باستقلاله.

(٢) قد تقدم تفصيل القول في التعليقة السابقة في ان الوضع هو اعتبار الوحدة بينه وبين المعنى، ومن البديهي انه لا يستلزم الوحدة بينه وبين لوازم المعنى، وغاية ما يلزمه دلالة اللفظ لها كما مثل له الاستاذ «ره» وهي غير حصول الوحدة بينها وبين اللفظ.

من القرينة وما يعتبر فيها.

وقد تبين ان اعتبارالوضع والتنزيل في الفاظ العقود لا يخصصها بالالفاظ الموضوعه لها، بل ربما يجوز الانشاء لها بالالفاظ المجازية، وان اعتبر كونها حينئذٍ مرآةً وفانياً في معاني العقود(١).

واما الكناية اعني استعمال اللفظ في المعنى الحقيقي للاشعار به على لوازمه وآثاره، كقولك زيد طويل النجاد للاشعار بشجاعته، فليس يجوز الانشاء بها، لما عرفت من عدم جواز الانشاء باللفظ لما هو لازم معناه الحقيقي الا اذا جعل مرآة له، فلولم يصرف عن معناه الحقيقي، واستعمل مرآة له وفانياً فيه، لا يجوز به انشاء ما له من اللوازم. نعم ربما يكشف عنها اللفظ ويدل عليها بالدلالة الالتزامية، الا ان مجردالكشف لا يعتد به في باب الانشئات، بل المدار على كون اللفظ فانياً في المعنى المنشأ حتى يكون وجوده وجوداً له. ولو اخذ اللفظ مرآةً للمعنى اللازم في عرض كونه مرآةً للمعنى الحقيقي يلزمه محذور استعمال اللفظ في المعنيين. ويزيد عليه محذور جمع المترتين في مرتبة واحدة. ولو اخذ مرآةً لخصوص المعنى اللازم، دون المعنى الحقيقي يكون مجازاً خارجاً عن عنوان الكناية هذا.

وقد اختار السيد «ره» جواز الانشاء بالكناية، بتقريب ان الانشاء وان كان قد تعلق اولا بالمعنى الملزوم الا انه قد تعلق بالمعنى اللازم ايضاً ثانياً بتبع تعلقه بالمعنى الحقيقي.

قلت: إن اليجاد التبعية لا يكون الا في موارد محصورة «فنها» الافعال التوليدية كاللقاء في النار فانه ايجاد للاحراق بالتبع «ومنها» الامور اللازمة

(١) تقدم منا، المنع فيه.

لامور اخر عقلا لا ينفك عنها في الوجود(١) كوجوب المقدمة اللازم عقلاً لوجوب ذى المقدمة، فان العقل يحكم باستحالة انفكاك وجوبها عن وجوب ذى المقدمة، فيكون انشاء وجوب الشيء انشاء لوجوب ما يتوقف عليه بالتبع. ومن هذا القبيل جعل القضاة للقاضي، وارجاع المتخاصمين اليه، وجعل الحكومة للحاكم وايجاب طاعته، وجعل الحجية لقول الفقيه وارجاع الناس في تلقى الاحكام اليه، فيكون قوله عليه السلام «اما الحوادث الواقعة

(١) لا يخفى ان الواقع في حيز الانشاء يكون لا محالة من الامور الاعتبارية. ومن البديهي انه يمكن تفكيك المتلازمين في الاعتبار والتخييل، أما ما كان منها متلازمين في التصور كالأبوة والبنوة. مضافاً الى انه قد بيننا سابقاً أن الانشاء يكون بلفظ هو مصداق للمنشأ، وليس مقتضى التلازم كون المصداق لاحدهما من الصيغة مصداقاً للآخر، بل هو مقتضى العينية والاتحاد. نعم يمكن ان يكون اعتبار احدهما مستلزماً لاعتبار الاخر، باحد نحوين:

«الاول» ان يكون أحدهما أثراً يترتب على الاخر بحيث ينحصر فيه أثره وفائدته، فيكون اعتباره من دون اعتبار ترتبه عليه فاقداً للثمرة والفائدة، وهو خلاف منهج العقلاء في اعتباراتهم، كما في غير الأول من الأمثلة.

«والثاني» تنزيل احدهما بمنزلة الاخر، وبعبارة اخرى: اعتبار احدهما عين الاخر، إما على الاطلاق او بالنسبة الى وقوعه في حيز الانشاء، كما في التوابع العرفية. فيكون اعتبار تحققه اعتباراً لتحقيق ما نزل بمنزلته، هذا.

والفارق بين النحويين: كونه مصداقاً لكليها باعتبار واحد في النحو الثاني، وكونه مجرد كاشف عن تعلق الاعتبار بغيره من دون أن يكون مصداقاً له في النحو الأول، هذا.

واما ما ذكره الاستاذ «ره» من ان انشاء الوجوب لذى المقدمة انشاء لوجوب المقدمة ايضاً، فنقول: إنه لا يكون ذلك إلا، على النحو الثاني اي كون وجوب المقدمة عين وجوب ذى المقدمة في اعتبار العرف، واما على النحو الأول، فليس اعتبار الوجوب والطلب لذى المقدمة مستلزماً لاعتبار الوجوب والطلب للمقدمة ايضاً، لترتب الفائدة على مجرد اعتبار الوجوب والطلب لذى المقدمة، تعويلاً على الزام العقل لايجاد المقدمة قبل إيجاد ذى المقدمة بلا حاجة لانشاء الوجوب الشرعي للمقدمة.

فارجعوا الى رواة حديثنا» انشاء للحجية لهم بالتبع، ويكون قوله «ع» في تلوها فانهم حجتي عليكم مجرد توكيد وتوضيح يستغني عنه بالفقرة السابقة.

«ومنها» الامور اللازمة لأمر اخر عرفاً (١) كتوابع الشيء اللازمة له عرفاً فلو انشا بيع الدار كان انشاء لبيع مفتاح بابه أيضاً بالتبع هذا.

واما ما نحن فيه فليس من واحد منها فلا يتصور فيه الانشاء تبعاً لعدم وجود الملازمة بين المعنى الحقيقي للفظ والمعنى الكنائى له، كيف؟ والا لما احتيج في انشاء المعنى الكنائى الى قرينة تدل عليه، بل كان يتحقق انشائه بتبع انشاء المعنى الحقيقي من دون توقف على ضم قرينة اليه. وبالجملة لا يستلزم طول نجاد الشخص وقامته ان يكون شجاعاً، فكم من طويل النجاد والقامة يكون غير شجاع، وكم من قصير النجاد والقامة يكون اشجع من طويل النجاد والقامة.

المبحث الثالث

في هيئة الفاظ العقد

يعتبر في هيئة الفاظ العقد امور:

«الاول» ان تكون هيئة كل من الايجاب والقبول ظاهرة في الانشاء والايجاد وهيئات الصيغ مختلفة في ذلك.

اما صيغة الماضي، فهيئتها موضوعة لنسبة تحقق المبدء الى الذات. فان كان المتكلم في مقام الاخبار، يكون ذلك اخباراً عن تحققه في الزمان الماضي، وان لم يكن في مقام الاخبار عن تحقق المبدء فلا بد وان يتحقق المبدء بنفس

(١) قد تقدم الكلام فيه في التعليقة السابقة.

الصيغة، حتى يتحصل معنى الصيغة (١) فهي ظاهرة في الانشاء اذا لم يكن المتكلم في مقام الاخبار عن المعنى.

وأما هيئة المضارع فهي موضوعة لحركة الذات نحو المبدء وترقب صدور المبدء عنها (٢) في الحال او الاستقبال. فلو اريد منه الانشاء، يكون الحاصل منه

(١) قد تقدم ان نحوه الوضع في الانشاء تبائن نحوته في الاخبار «ومحصله» ان الوضع لوتعلق باعتبار الوحدة بين اللفظ وبين طبيعة المعنى يكون اخباراً، ولوتعلق باعتباره مصداقاً للطبيعة يكون انشاء. ولا يمكن الجمع بينهما في واضح واحد، وقد تقدم شطر من الكلام في وضع الحروف وهيئات الافعال، وسيجيئ اتمام الكلام فيه.

والذي ينبغي بيانه ههنا: ان استعمال الماضي في عدة قليلة من المواد - وهي المواد الموضوعة للعقود والايقاعات وعدة قليلة جداً من غيرها من المواد الاعتبارية - في الانشاء، لا يوجب وضع هيئته بأعم منه ومن الاخبار في ضمن المواد الغير المحصورة. ومن البديهي ان الهيئة المستعملة فيها موضوعة بوضع كلى شامل على المتحققة في جميع المواد.

بل التحقيق ان صيغة المتكلم من صيغ الماضي من مواد العقود والايقاعات، وما شابهها من المواد الاعتبارية المتحققة باللفظ، تعلق بها وضع ثانوي، بنحو التعيين او التعين. وهو وضعها مصداقاً لطبايع موادها. فكلمة بعث، و آجرت، وصالحت، قد وضعت مصداقاً للبيع والاجارة والمصالحة، وهكذا.

(٢) لا يعقل الترقب لما كان موجوداً في حال الترقب مع علم من يترقبه بوجوده من حينه، والتحقيق انه اخذ في معنى الماضي السبق الزماني، واخذ في معنى المضارع عدم سبق الزماني، فيشمل الحال والاستقبال. والسبق وعدم سبق لا بد وان يلاحظ بالنسبة الى حال، فان صرح بتعيين حال كان السابق وعدم السابق بالنسبة اليه، كما في قولنا: زيد يجيء بعد عام وقد ضرب قبله بايام، وكما في قولنا عنه حكاية حال الماضي: يضرب زيد، اذا تحقق الضرب بعد ذلك الحال. وان لم يصرح بالحال، انصرف الى حال التكلم.

وقد علم مما ذكرنا عدم صحة الالتزام بكون المضارع موضوعاً لحركة الذات نحو المبدء، او ترقب حصول المبدء منه، او منشأية الذات له كما قيل؛ فان كل ذلك على خلاف المتبادر منه، والمتبادر منه مجرد صدور المبدء من الفاعل، كما هو المتبادر لا غير من الفعل الماضي، والفرق بينهما في دلالة الماضي على سبق الزماني له، والمضارع على عدم سبقه.

مفهوماً كالوعد، ولا يحصل به انشاء تحقق المبدء، إلا إذا انضم إليها قرينة توجب ظهورها فيه، فيحصل بها انشائه حينئذٍ لكن لا بمجرد وجود مطلق القرينة الكاشفة عن مراد المتكلم، لما عرفت من أن الاعتبار في الانشائيات بالقرينة الموجبة لآحداث الظهور في اللفظ، وما يصير اللفظ بها مرآة للمعنى فانياً فيه (١). وعليه يحمل ما ورد من جواز الانشاء بلفظ المضارع.

و أما هيئة صيغة الأمر فهي وإن كانت موضوعة للانشاء رأساً إلا أن الموضوع له صيغة الأمر إنشاء طلب المبدء عن الغير، فلا يصلح لانشاء نفس المبدء. نعم ربما يستظهر عن رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر «عليه السلام» وقوع القبول في عقد النكاح بلفظ الأمر. وهو ما رواه في الكافي عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن علي بن محمد عن العلاء بن رزين عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر «ع» قال، جاءت امرأة إلى النبي «صلى الله عليه وآله» فقالت: زوجني. فقال رسول الله «ص»: من لهذه فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوجنيها. فقال «ص»: ما تعطيها فقال: ما لي شيء قال لا، فأعادت، فأعاد رسول الله «ص» الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل. ثم أعادت فقال رسول الله «ص» في المرة الثالثة: اتحسن من القرآن شيئاً قال نعم. قال قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه «انتهى».

«وفيه» أن الرواية مسوقة لبيان جواز جعل القرآن مهراً في النكاح فتعرض الإمام «ع» لحكاية فعل النبي «ص» بما يكفي في الدلالة عليه، فلا يكون عدم ذكره لانشاء القبول من بعد إيجاب النبي «ص»، دليلاً على عدم تحققه. بل ولعله انشاء القبول ثانياً بعد قول النبي: زوجت. ولم يذكره الإمام «ع» لعدم مساس الحاجة لذكره فيما يريد بيانه.

(١) تقدم من الكلام في ذلك على التفصيل فلا تغفل.

واما هيئة أسم الفاعل وما ضاهاها من الصفة المشبهة وغيرها. فهي موضوعة للابسية المبدء للذات (١) وقد يعبر عنها باتصاف الذات بالمبدء وهو مسامحة في التعبير، فليس معناها متضمناً لتحقق المبدء فلا يصلح لانشاء المبدء بها اصلا. نعم وقع الانشاء بها في العتق، والطلاق لمكان خصوصية فيها ليس المقام محلاً لبيانها.

ومما ذكرنا يعلم عدم وجود الفرق بين اللغات، وجواز الانشاء بغير العربية كما يجوز بها، لما عرفت من ان تحقق الامور الانشائية انما يتوقف على مجرد ايجاد ما يكون وجوداً حقيقياً لها وهو اجنبي عن بحث العقود او وجوداً تنزلياً لها وذلك يحصل بالوضع وجعل شيء وجوداً تنزلياً للمعنى من غير فرق فيها بين اللغات اصلا، بداهة عدم وجود فارق بين العربية وغيرها في حصول الوضع والتنزيل. والالتزام باعتبار العربية لمجرد التاسى بالنبي «ص» مجرد استحسان، لا يعول عليه في فقه الامامية.

المبحث الرابع

في شروط العقد

الشرط الأول

الترتيب بين الايجاب والقبول

وقد فصل الشيخ «قده» في اعتباره بما وقع محل نقض من المتأخرين عنه. «ومحصله» ان اعتبار الترتيب بتقديم الايجاب على القبول اذا كان القبول بلفظ

(١) قد تقدم الكلام متاً في وضع المشتقات تفصيلاً، فراجع.

قبلت و رضيت وامثالهما. وعدم اعتباره، اذا كان بلفظ اشترت و ملكت وتملكت وامثالها.

بيان ذلك ، بحيث ترتفع السترة عن مراده (قده) ويندفع ما اورد عليه من النقوض: أن يقال: إنه لا ريب في كون البيع وغيره من العقود، مفتقراً الى ايجادين، يصدر احدهما من الموجب، والاخر من القابل. وليس يكفي فيه مجرد الانشاء بمعنى فرض وجود المنشأ بل لا بد من ايجادهما للمنشأ خارجاً بماله من الحقيقة الاعتبارية، بحيث يترتب على انشائه وجود المنشأ حقيقة، بلا حالة منتظرة يتوقف عليها وجوده خارجاً. وليس المراد منه ترتب الملكية في الخارج على انشاء كل منهما، حتى يستشكل فيه بعدم ترتبها على مجموع الايجاب والقبول احياناً كما في بيع الصرف، فضلاً عن ترتبها على احدهما. بل المراد: أنه يعتبر في تحقق البيع أن يكون كل من الموجب والقابل، في مقام ايجاد الامر المترقب منه فعلاً بحيث يترتب على ايجاده وجود ذلك الامر في الخارج بحقيقته الاعتبارية.

ثم ان تحقق مفهوم القبول يتوقف على وجود ايجاب هو مطاوعته، فلا يمكن ايجاد حقيقته الا بعد تحقق الايجاب. فلو قال: قبلت، قبل الايجاب، لم تحصل به حقيقة القبول في الخارج. نعم يمكن انشاء القبول بفرض تحقق الايجاب و تقدير حصوله، الا ان تحقق القبول به ايضاً يكون بحسب الفرض والتقدير، لما اخذ في حقيقته التبعية للايجاب، فلا تصير متحققة في الخارج الا بتحقيق الايجاب كذلك. فلا يترتب على القبول المبني على الفرض الا انكشاف رضى القابل بحصول البيع، ولا يكتفي بمجرد انكشافه في ابواب الانشئات. وهذا بخلاف تملك وما شابهها، فان مفهومها امر مستقل لم يؤخذ فيه التبعية للايجاب، بل يقبل التحقق خارجاً و ان لم يقترن بتحقيق التملك، كما لو نوى تملك المباحات، او اللقطة. نعم لما كان العقد غير متحقق الا من ايجاب واحد و قبول واحد، ولا يتحقق من ايجابين مستقلين، يكون قول المشتري تملك

أواشترت بعد قول البايع بعت محققاً للعقد، باعتبار كونه انشاء للقبول التزاماً. واما لو قدم ذكره على قول البايع بعت أو ملكت ينسلب عنه عنوان القبول مطابقة والتزاماً، لعدم استلزامه للقبول الا باعتبار وقوعه عقيب بعت و ملكت، فيكون تقديمها ايضاً كتقديم رضيت وقبلت، غير خالية عن المحذور.

لكن التحقيق ان الملازمة المتوهمة بين البيع والايجاب، وبين الشراء والقبول في «باب البيع» وبين الموجب والزوجة والقابل والزوج في «باب النكاح» غير ثابتة لتعدد منشأ اعتبارهما، فان منشأ اعتبار الزوج والزوجة وكذا اعتبار البايع والمشتري اعتبار حقيقة النكاح والبيع. ومنشأ اعتبار الموجب والقابل اعتبار تحصل العقد. والملازمة انما تكون اذا كان منشأ اعتبارها امراً واحداً، فلاجهة تقتضي نفي الانفكاك بين الموجب والزوجة والقابل والزوج في النكاح، ولا بين الموجب والبايع وبين القابل والمشتري في البيع. وقد صرحوا بوقوع الايجاب من الزوج، اذا اراد تزويج امته وجعل عتقها صداقاً فيه، فيقول تزوجتك على ان تكوني حرة، فاذا لحق به القبول من الامة تصير زوجة له. وكذا صرحوا بوقوع الايجاب من المشتري في بيع السلم فيقول اسلمتك.

ومما ذكرنا يعلم انه لا بأس بتلقى لفظة اشترت ايجاباً، اذا قدمت على بعت. وتكون بعت حينئذ انشاء للقبول بالالتزام، كما ان اشترت تكون انشاء له حينئذ اذا تأخرت عن بعت. وكلاهما شايعة في العرف بلا متع بحسب اعتبارهم اصلاً. والحاصل ان المعتبر في البيع هو الايجاب من احدا الجانبين، والقبول من الاخر، سواء تحقق الايجاب من البايع والقبول من المشتري، او بالعكس. وسواء حصل انشائها بالمطابقة او بالالتزام.

الشرط الثاني الموالاتة بين الايجاب والقبول

اعلم ان صدق البيع على الايجاب والقبول، انما هو باعتبار كونها معاملة واحدة. (١) كما أن صدق الصلاة على الاجزاء المشتتة من الركوع والسجود وغيرهما، باعتبار وحدة بينها توجب كونها عملاً واحداً فيصدق عليها بما أنها عمل واحد، عنوان الصلاة. ولما كانت الوحدة بين الايجاب والقبول، او اجزاء الصلاة من الركوع والسجود وغيرهما غير متحققة حقيقة، لكون كل منها عملاً مستقلاً منحازاً عن غيره بحسب الحقيقة، يكون المعيار فيها اعتبار حصولها في نظر العرف. فكلما تحققت الوحدة في نظرهم بين اجزاء الصلاة يصدق عليها عنوانها. ومع انتفاء الوحدة بينها عرفاً ينسلب عنها عنوانها، كما لو اتى بجزء منها في اليوم، و بجزء آخر منها في الغد، لا يصدق عليها عنوان الصلاة. لاجل مجرد عدم تحقق الوحدة بينها عند العرف، وان لم يتخلل بينها واحد من القواطع.

ثم ان تحقق الوحدة يختلف بحسب اختلاف مواردها باعتبار اشتغال بعضها على خصوصيات غير ثابتة لبعض آخر منها، فربما يقدر مقدار من الفصل بالوحدة المعتبرة بين شيئين لا يقدر في الوحدة المعتبرة بين غيرهما، فالفصل الغير القادح في وحدة أجزاء الصلاة ربما يكون قادحاً في وحدة أجزاء القراءة، والفصل الغير القادح في وحدة أجزاء القراءة ربما يكون قادحاً في وحدة أجزاء آية واحدة، وكذلك الفصل الغير القادح في وحدة أجزاء الآية ربما يكون قادحاً في وحدة كلمة واحدة فيقدر في وحدتها مقدار من الفصل بين الحروف لا يقدر

(١) بل الحق ان الايجاب من البايع هو البيع، والقبول مجرد شرط في تحقق البيع به، كما مرّ بيانه متاً على التفصيل آنفاً.

ذلك المقدار من الفصل في وحدة الآية اذا تحقق بين كلماتها.
اذا عرفت ذلك فقد تبين لك منشأ اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول،
وانّ ذلك اعتبار الوحدة بينهما في كونها معاملة واحدة وصدق عنوان البيع
عليها، وقد انيط اعتبارها باعتبار وجود الربط بين اجزاء العقد.

فتوجه عليه الاشكال «تارة» بانّ دليل صحة المعاملة. لا ينحصر في «اوفوا
بالعقود»، فلا تبطل المعاملة الحاصلة بهما لاجل فقدانها لبعض ما يعتبر في العقد،
لكفاية ما كان من الادلة غير مسوقة بعنوان العقد، كقوله تعالى «أحل الله البيع»
وغيره، في الحكم بصحتها، وتكون غاية الفرق بينها وبين المتحققة بالايجاب
والقبول المتصلين في مجرد اللزوم والجواز (١) وكونها غير لازمة، لفقدانها المناسبات
للزوم اعني العقد، لاناطة اللزوم في المعاملة بتحقيقه كما تقدم. فيصير حاصل
الاشكال كون الفصل قادحاً في لزوم المعاملة فقط مع حصول المعاملة
الصحيحة بالايجاب والقبول، وانّ تحقق بينهما الفصل.

«واخرى» بانّ الارتباط بين الايجاب والقبول بما يعتبر في تحقق العقد بها،
يحصل في قلب المتعاملين و ان تخلل بينهما فصل طويل في الخارج (٢).
وبالجمله انّ منشأ اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول، في صدق اصل

(١) والجواب عنه ما تقدم من انّ البيع يتحقق على طورين «احدهما» تحققه بالالتزام في نفس
المتعاملين مع ترتيب الأثر عليه خارجاً بالأخذ والإعطاء «وثانيهما» تحققه في الخارج عن نفس
المتعاملين، وهو العقد، فلا يكون تحقق البيع بالايجاب والقبول اعني تحققه في الخارج عن نفس
المتعاملين إلا بتحقق العقد، فيكون فقدان شرط العقد مقتضياً لعدم تحقق البيع بالايجاب والقبول،
لاعدم لزومه مع تحقق اصل البيع.

(٢) «يرد عليه» ان الربط بين الشئيين لا يكون إلا في حيز وجودهما، فالربط بين الايجاب
والقبول المتحققين في الخارج عن نفس المتعاملين، الدخيل في تحقق عنوان البيع بهما في الخارج،
لا يحصل في نفس المتعاملين، مع الفصل الطويل القاطع للربط بينهما في الخارج.

عنوان البيع وغيره من المعاملات على مجموعها، فيكون تخلل الفصل بينهما بما يقدر في تحقق الوحدة موجباً لبطلان المعاملة رأساً وان كان مقداره المعتبر له في صيرورته قادحاً في صحة المعاملة مختلفاً بحسب اختلاف الموارد في نظر العرف. وربما يكون مقدار من الكلام الغير المربوط بالمعاملة قادحاً في الوحدة، لا يقدر فيها. ذلك المقدار من الفصل بالسكوت، وربما يكون مقدار من الفصل بالسكوت قادحاً فيها لا يكون ذلك المقدار من الفصل بالكلام المربوط بالمعاملة قادحاً فيها.

ومنه يعلم الوجه فيما ورد من الامر باعادة الخطبة من جانب الزوج قبل قبوله لا يجاب الزوجة فانّ الكلام المربوط بالمعاملة غير قادح في وحدتها، الا بمقدار اكثر مما يقدر فيها الفصل بالكلام الغير المربوط بالمعاملة او بالسكوت.

تممة

في بيان مصطلح الروايات في كلمة الاستثناء

قال الشهيد «ره» في القواعد: انّ الموالات معتبرة في العقد ونحوه، وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه، فقال بعض العامة: لا يضر قول الزوج بعد الايجاب الحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها. ومنه الفورية في استتابة المرتد، فيعتبر في الحال، وقيل الى ثلاثة ايام. ومنه السكوت في اثناء الاذان، فان كان كثيراً أبطله. ومنه السكوت الطويل في اثناء القراءة او قرائة غيرها، وكذا التشهد. ومنه تحريم المأمومين في الجملة قبل الركوع، وانّ تعمدوا او نسوا حتى ركعوا فلا جمعة. واعتبر بعضهم تحريمهم معه قبل الفاتحة. ومنه الموالات في التعريف، بحيث لا ينسى انه تكرر، والموالات في سنة التعريف، فلورجع في اثناء المدة استونف ليتوالى. انتهى

كلامه اقول: وليس مراده من المستثنى هو مصطلح النحويين كما توهم، بل هو اصطلاح خاص في الروايات يطلق على ذكر «انشاء الله».

ووجهه انه ذكر بنحو الاستثناء في قوله تعالى «ولا تقولن لشيء انى فاعل ذلك غداً الا ان يشاء الله» (١) فاعتبروا اتصالها بالكلام.

وقد ذكروا في باب اليمين ان ذكر انشاء الله يمنع عن انعقاد اليمين، واعتبروا اتصال ذكرها بذكر اليمين. وقد وقع النزاع بينهم فيما يقدر في اتصالها بالكلام، وهو اول النزاع في مقدار ما يقدر بالاتصال. وقد كان حدوثه بين الصحابة في عصر رسول الله صلى الله عليه وآله، فافتى ابن عباس بجواز تخلل اربعين يوماً، تمسكاً بفعل النبي «ص»، فانه «ص» نسي ذكرها الى اربعين يوماً حتى نزل قوله تعالى «واذكربك اذا نسيت» الخ، ومن هنا ذهب بعض الى جواز تخلل اربعين يوماً في خصوص صورة النسيان.

وقد روي ان الربيع صاحب المنصور كان بينه وبين ابي حنيفة عداوة فأراد ان يستخفه عند المنصور، فقال: يا امير المؤمنين ان هذا يخالف جدك في جواز تأخير المستثنى فقال يا امير المؤمنين هو يريد ان يبيعك الناس ثم اذا خرجوا يذكرون المستثنى.

و بالجمله ان النزاع بينهم في مقدار ما يقدر في الاتصال، انما نشأ بينهم في اول الأمر في اتصال المستثنى اعني ذكر المشية بالمستثنى منه، ثم نشأ منه النزاع في مقدار ما يقدر في الاتصال بين الايجاب والقبول، والاتصال بين تحريم الامام و تحريم المأمومين في صلاة الجمعة، واتصال اجزاء الاذان بعضها ببعض، وكذا اجزاء القراءة، واتصال تعريف السنة. وما ذكرناه هو المراد للشهيد «قده» فافهم وتأمل.

الشرط الثالث التنجيز

بان لا يكون العقد معلقاً على شيء، والتعليق يكون «تارة» في نفس الانشاء «وتارة» يكون في المنشأ، مع كون الانشاء منجزاً في نفسه. اما التعليق في الانشاء، فيستحيل عقلاً، فإن الكلام اخباراً كان او انشاء يدور أمره بين الوجود والعدم فعلاً، ولا يعقل فيه التعليق أصلاً. فلو كان موجوداً كان اخباراً او انشاء بالفعل، وان لم يكن موجوداً فهو مع ما ينطبق عليه من العناوين غائب في ظلمات العدم. ولا يعقل التردد في وجود شيء بحسب الواقع ونفس الأمر، بل هو إما موجود واقعاً او معدوم كذلك وهذا واضح لا يحتاج الى مزيد توضيح.

اما التعليق في المنشأ فهو بمكان من الامكان، فإن الانشاء كما يجوز ان يتعلق بالملكية الفعلية، يجوز ان يتعلق بالملكية على تقدير، وكما يجوز انشاء الملكية الفعلية واعتبار تحققها فعلاً كذلك يجوز انشاء الملكية التقديرية واعتبار تحققها فعلاً.

توضيح ذلك انه لا تعليق حينئذ في الانشاء والايجاد ولا في وجود الملكية وحصولها، ضرورة استحالة التعليق في الوجود أيضاً، فإن الايجاد والوجود امر واحد، والوجود اذا اعتبر بالنسبة الى الموجد والفاعل يعبر عنه بالايجاد، واذا اعتبر في حد نفسه يعبر عنه بالوجود. بل التعليق إنما هو في الموجد اعني متعلق الوجود وهو الماهية، وان كان اطلاق الماهية في الاعتباريات لا يخلو عن مساحمة.

والحاصل أن الملكية المتعلقة للوجود الفعلي يكون على طورين، احدهما

الملكية الفعلية، والاخر الملكية التقديرية فان الملكية التقديرية لون من الملكية (١) وان كانت الاحكام الشرعية مقصورة على الملكية الفعلية، وغير جارية على الملكية التقديرية.

(١) «وفيه» ان الملكية التقديرية لو كان لونا خاصاً من الملكية موجودة بالفعل قبل تحقق الشرط، كان لازمه بقاء هذا اللون والنوع من الملكية من حين الانشاء الى ما بعد حصول الشرط، من غير حصول تغير فيه بتحقق الشرط، لعدم تعلق الانشاء الا بتحقق هذا اللون دون اللون الآخر. وهو نافي معنى الشرط فان معناه عدم حصول المشروط الا بوجوده. بل الملكية التقديرية، ليست الا وجود الملكية عند وجود الشرط، وعدم الملكية عند عدم الشرط. فان قلت: ان المنشأ هو التعليق والارتباط، بين الملكية والامر المعلق عليه. وهو امر فعلي. قلت: ان وجود التعليق والارتباط قائم بوجود المعلق، فلولا وجود المعلق لم يكن للتعليق وجود. فليس هنا امر فعلي قبل وجود المعلق يكون هو المنشأ بالفعل.

«وحل الاشكال» يتوقف على تبين مفاد القضايا الشرطية، وهو الربط بين مفاد جملة الشرط ومفاد جملة الجزاء. ومن البديهي ان الربط لا يتحقق الا بتحقيق طرفيه، فلازمه ان تكون القضية الشرطية فاقدة للمحكى لوم يتحقق الشرط. فتبطل القضية الشرطية قبل تحقق الشرط، ولم يجز استعمالها الا بعد تحقق الشرط.

«فالتحقيق» ان المصحح لاستعمال القضية الشرطية في معناها، هو تحقق طرفيها خارجاً في مرآة ذهن المتكلم، وكذا المصحح لحكايتها عنه عند السامع تحققها في مرآة ذهنه، وان كان لاعتاد اذعان وتصديق لامن المتكلم ولا من السامع بكل واحد من الشرط والجزاء في نفسه، بل يتعلق الاذعان والتصديق بما هو محكى القضية الشرطية وهو الربط بينها خارجاً في مرآة الذهن وبعبارة اخرى: مفاد القضية الشرطية تحقق الربط بين وجودها ذهنياً، وهو مصداق حقيقي للربط في نفسه و مرآة لتحققه بين وجودها خارجاً، بل عين الربط الموجود بين وجود مفاد الشرط ومفاد الجزاء خارجاً، لاتحاد المرآة مع المرئى بحسب اللحاظ المرآتى، فتنتطق القضية الشرطية على الربط الموجود بينها عند تحققها خارجاً.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان جملة الجزاء قد يكون اخبارياً، فيكون مدلولها امراً محققاً في الخارج في نفسه، وقد يكون انشاء فيكون مفاده تحقق عنوان اعتباري بهذا اللفظ، وكونه مصداقاً لذلك العنوان.

وقد علم مما ذكرنا عدم لزوم التفريق بين السبب والمسبب بل المسبب امر فعلى كالسبب من دون فصل في التحقق بينها اصلاً. وعلم ايضاً أنّ المنشأ حتمى الحصول بعد تحقق الانشاء، وانما التعليق في لون المنشأ وهو على لونه التعليق موجود فعلاً، فيتحقق الجزم فإنّ المعتبر منه الجزم بحصول المنشأ لا بحصول الملكية الفعلية، حتى يكون التعليق فيها قادحاً في تحقق الجزم.

ثمّ أنّ المراد من التعليق هو التعليق على امر استقبالي او على امر حالى غير معلوم الحصول، واما التعليق بالامر الفعلى المعلوم الحصول، فهو تنجيز في الحقيقة على صورة التعليق. فيكون خارجاً عن اقسام التعليق رأساً.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان الاستقصاء في ابواب الفقه تقضي بجواز التعليق في جملة من الموارد، كالوصية، والتدير، فانّها تعليق للتملك او العتق على الموت، وعدم جوازه في جملة اخرى منها، كالبيع، والوقف. وقد صرحوا ببطلان الظهار لوقال انت على كظهراتي ان دخلت الدار، وصحتها لوقال ان دخلت الدار فانت على كظهراتي. وكذا الوكالة، قد صرحوا بعدم جواز التعليق فيها، اذا وقع في نفس الوكالة وجوازه اذا وقع في العمل الموكل به.

وقد نقل الشيخ «ره» عن بعض، حكاية دعوى العلامة الاجماع على صحة ان يقول الموكل: انت وكيلى في ان تبيع عبدى يوم الجمعة، وعلى عدم صحة ان

وقد تقدم أنّ تقوم الامر الاعتباري بالاعتبار، فيكون محكى القضية الشرطية حينئذٍ تحقق الربط بين محكى جملة الشرط وبين اعتبار كون لفظ الامر الواقع في الجزاء طلباً ومصداقاً للطلب، وكذا اي عنوان اعتبارى آخر اريد انشائه بجملة الجزاء.

وبعبارة اخرى: أنّ مفاد القضية الشرطية حينئذٍ هو الربط والتعليق بين محكى جملة الشرط الموجود في مرآة الذهن بالفعل وبين انشاء الطلب او انشاء غيره من الانشائيات. فلا يتعلّق الاعتبار بكون اكرم في قولنا «ان جائك زيد فاكرمه» طلباً، الا عند تحقق المجيئ، ولا يصير مصداقاً للطلب، الا عند تحقّقه.

يقول الموكل: انت وكيل، ولا تبع عبدى الآ في يوم الجمعة. وهذا ينافي ما ذكره العلامة في التذكرة. بل العلامة قد ادعى الاجماع هناك على بطلان كليهما، ولعل ذلك اشتباه عن اعتمد على حكايته. ومما يشهد لعدم صحة نسبة الدعوى المذكور الى العلامة ما ذكره الشيخ «ره» بعد النقل المتقدم بقوله: ثم انّ التعليق اما مصرح به واما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة، الى ان قال: ولذا احتتمل العلامة في النهاية وولده في الايضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته مثلاً فان العقد وان كان منجزاً في الصورة الآ أنه معلق، والتقدير ان مات مورثي فقد بعتهك «انتهى» فانّ ما ذكره من المثال للزم من الكلام ونسب الى العلامة الالتزام ببطلانه (وهو ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة) عين المثال الذي ذكر حكاية دعوى الاجماع عن العلامة على صحته (اعني قول الموكل انت وكيل في ان تبع عبدى يوم الجمعة) بل هو اقرب الى البطلان من حيث التصريح فيه بالتعليق هذا. وكيف كان فلا بدّ من تحقيق الفرق بين الموارد المذكورة، فنقول: انك قد عرفت استحالة التعليق في نفس الانشاء بالبديهة العقلية، وعدم امكان وقوعه رأساً حتى يدعى بطلانه. فالموارد المختلفة المذكورة كلها من قبيل التعليق في المنشأ.

فلا يمكن التفرقة بينها الابناء على ما التزم به المحقق الخراساني «ره» في باب الاستصحاب، والطلب والارادة، من حصول قسمين من الطلب، عند الاوامر الشرطية. احدهما، الطلب الفعلي، وهو الطلب بعد حصول الشرط. والاخر، الطلب الانشائي، وهو الطلب قبل حصوله.

وبني عليه الفرق بين الواجب المشروط، والواجب المعلق الذي اصطلح عليه صاحب الفصول «ره» و محصله: انّ الفرق بينهما - بعد اشتراكهما في تنجيز الطلب الانشائي لاستحالة التعليق والاشتراط فيه - انّ التعليق في الواجب

المشروط يكون في الطلب الفعلي، وفي الواجب المعلق يكون في متعلقة، بعد اطلاقه في نفسه.

وهذا بعينه يتصور في العقود، توضيحه: انّ عقد البيع قد يتضمن التعليق في التملك الفعلي، بعد اطلاقه من حيث التملك الانشائي المتقوم بالانشاء لاستحالة التعليق في الانشاء. وقد يتضمن التعليق في متعلقه وهو الملكية، و يكون التملك حينئذٍ فعلياً بكلا قسميه.

فمن الممكن ان يحمل ما كان من الموارد غير جائز في التعليق على القسم الاول، اعني تطرق التعليق الى اصل التملك الفعلي، وما كان من الموارد جائزاً فيه التعليق على القسم الثاني اعني كون التعليق في متعلقه بعد تنجزه في نفسه هذا. وقد وافقه السيد «ره» في تصوير تقسيم الطلب الى الانشائي والفعلي.

و «فيه» مضافاً الى - كونه منافياً لما صرح به «قده» في باب الاوامر من الكفاية من كون اطلاق الواجب على المشروط قبل حصول شرطه اطلاقاً مجازياً، فانه لو تضمن الطلب باي نحو من انحائه لم يكن اطلاق عنوان الواجب عليه مجازاً - انّ المراد من الطلب الانشائي المذكور في كلامه على ما فسره في باب الطلب والارادة، ارادة المعنى من لفظ الامر. وانت خبير بان مجرد ارادة المعنى من اللفظ ليس طلباً، يجعل من اقسامه (١).

ومن ذلك يعلم بطلان ما ذهب اليه تبعاً للشيخ «ره» من جواز الاستصحاب في الاحكام المشروطة كما في انّ العنب اذا غلى ينجس، لعدم وجود طلب حقيقة قبل حصول الشرط حتى يكون مجرى للاستصحاب. فالالتزام منه تبعاً للشيخ «ره» مجريان الاستصحاب فيها - مع ما بني عليه في

(١) بل ليس ارادة المعنى من اللفظ الانشائي الا اعتبار كونه مصداقاً له حين الاستعمال كما يتناه سابقاً على التفصيل كما يتنا أيضاً منع تعلق الاعتبار بكونه مصداقاً خارجاً للطلب او غيره من العناوين في جزاء القضية الشرطية الا عند تحقق الشرط فراجع.

باب الاوامر من نفي تحقق الطلب عند الاوامر الشرطية بحسب الحقيقة، وان اطلاقه عليها على سبيل المجاز - فاسد جداً. وان كان صحيحاً مع البناء على ما اختاره الشيخ - ره - من ارجاع الواجب المشروط إلى الواجب المعلق الذي ذكره صاحب الفصول «قده» اعني كون التعليق والاشترط في الواجب، لا في اصل الوجوب، بل هو فعلى حتى قبل حصول الشرط. فيتحقق مجرى الاستصحاب لامكان جريانه في الملازمة الموجودة فعلاً بين الوجوب وبين حصول الشرط في موطنه، فيستصحب في المثال المتقدم ثبوت الملازمة بين الحكم بالنجاسة و غليان العنب بعد صيرورته زيباً وان لم يثبت به آثار الغليان من النجاسة والحرمة فعلاً فانّ الملازمة بين الغليان والحرمة او النجاسة امر مجعول شرعاً قابل لجريان الاستصحاب فيه، هذا (١).

ولكن لا يخفى عليك انّ انشاء الملازمة انما يكون بالقضية الشرطية. واما اذا كان دليل الحكم على غير نحو القضية الشرطية، كما في المثال المتقدم، فانّ الادلة الواردة فيه بجميعها كانت بلسان العنب الغالي ينجس وامثاله، وليس فيها ما يكون بنحو القضية الشرطية. لا تكون مشتملاً على انشاء الملازمة. ومعه لا يبقى مورد لجريان الاستصحاب اصلاً.

وكيف كان فلا اشكال في جواز التعليق بناء على ما اختاره الشيخ «ره» في الاصول، وقد التزم «ره» بمقتضاه من جواز التعليق في جميع الموارد ما لم يجماع على خلافه، وهو مقرون بالصواب، لولا انّ الدليل الشرعي لا ينحصر في

(١) قد تقدم متا ان صيغة الامر او غيرها من الفاظ الانشاء لا يتعلّق الاعتبار بكونها مصداقاً للطلب ولا غيره من العناوين الاعتبارية الا بعد تحقق الشرط، وتقدّم ايضاً انّ محكى القضية الشرطية - وهو الربط بين تحقق مفاد الشرط والجزاء - غير متحقق في الخارج قبل تحققهما. فلا يمكن اجزاء استصحاب في الطلب، ولا في الربط بين الشرط والجزاء وهو الملازمة المذكورة في كلام الاستاذ «قده».

قيام الاجماع، بل كان مقتضى الاطلاقات الشرعية من آيتي «احل الله البيع» و«اوفوا بالعقود» وغيرهما حجية ما سبق اليه العرف من الاعتبار وكونه ممضى بامضاء الشرع.

فالتحقيق منع اناطه جواز التعليق بعدم قيام الاجماع على عدمه باطلاقه، بل الاناطة به بعد احراز جوازه بحسب اعتبار العرف. والّا فجرد كونه غير سائغ في اعتبارهم حجة متبعة، بمقتضى ما ثبت من الشرع من امضاء اعتباراتهم. وبالجملة ما لا يجوز فيه التعليق من العقود بحسب نظر العرف لا يجدى في جوازه عدم قيام الاجماع على البطلان، بل يتوقف الحكم بالجواز معه على وجود دليل شرعي يقتضي الجواز، ولا دليل عليه الا الاطلاقات الشرعية المسوقة لامضاء اعتبارات العرف. واما لو ثبت عندهم، يكفي في ثبوته شرعاً مجرد عدم قيام الاجماع على خلافه، لما عرفت من عدم وجود استحالة فيه عقلاً من استلزامه للتفريق بين السبب والمسبب كما ادعاه صاحب الجواهر «قده» واستلزامه لعدم حصول الجزم كما ادعاه العلامة، بل ذكره من شروط العقد ثم فرع عليه بطلان التعليق.

الشرط الرابع التطابق بين الايجاب والقبول

والمراد منه وقوع القبول على ما وقع عليه الايجاب من العوضين، مشروطاً بما اخذ فيه من الشروط. فلو قال: بعت هذا بعشرة دراهم وقال المشتري اشتريت نصفه بخمسة دراهم لم يصح. واما لو قال لاحد: بعتك هذا وقال غيره قبلت صح. والوجه ان القبول كما مرّ مطاوعة لما اوجبه الموجب، فلا بد ان يكون مطابقاً معه حتى يصدق عليه انه مطاوعة وقبول له. فلولم يطابقه كان انشاء

مستقلاً آخر، ولم يتحقق العقد منه ومن الايجاب، فإنّ قوام العقد بايجاب وقبول، فلو انتفى احدهما انتفى العقد بانتفائه. وقد عرفت انّ القبول لا يتحقق من دون مطابقة الايجاب، لكون المطاوعة مأخوذة في مفهومه.

نعم لا يعتبر التطابق في كل ما أخذ في الايجاب من القيود بل أنّما يعتبر في خصوص ما تتقوم به حقيقة العقد. وقد عرفت انّ قوام حقيقة البيع بالثمن والمثمن لكونها علقه تحصل بين المالين. كما انّ قوام عقد النكاح بالزوج والزوجة، كونه علقه تحصل بين الزوجين، فلو قالت الزوجة زوجتك على صداق كذا وقبله الزوج باقلّ ممّا ذكره صح اجماعاً، لتطابق الايجاب والقبول فيما يتقوم به النكاح، اعني المتزاوجين، وان لم يتطابقا في غيره، كالصداق.

وبالجمله المعتبر في عقد البيع تطابق الايجاب والقبول في الثمن والمثمن، لتقوم حقيقة البيع بهما. ولا يعتبر تطابقهما في تعيين البايع والمشتري لعدم كونها ممّا تتقوم به حقيقة البيع، الاّ فيما توقف مالیه كلا العوضين او احدهما على تعيينها او تعيين احدهما، كما في البيع الذميّ فإنّ كليّ الحنطة لا يعنون بعنوان المالیة مالم يضاف الى ذمة البايع. فلا يجوز تخلف القبول عن الايجاب في تعيينه، لتقوم مالیه الكليّ بالاضافة الى ذمة معلومة، فتكون الاضافة اليه من مقومات البيع. فان قلت: انّ هذا نظير بيع ما يملك وما لا يملك فكما يصحّ البيع في بعض المنشأ مع فساد الباقي فليكن كذلك فيما نحن فيه، فيحكم بصحة اصل البيع لما حصل فيه التطابق بين الايجاب والقبول.

قلت: هذا قياس مع الفارق، فإنّ التملك في بيع ما يملك وما لا يملك قد تعلق بكل منهما، وانما امضاه الشارع بالنسبة إلى ما يملك فقط، وقد تقدّم انّ التملك ينحل الى اجزاء عديدة بعدد اجزاء لمبيع. واما في ما نحن فيه، فلم يتحقق العقد رأساً، لعدم تحقق القبول اعني مطاوعة الايجاب بل أنّما حصل انشاء آخر غير مربوط بالايجاب اصلاً.

الشرط الخامس بقاء اهلية الانشاء للمتعاملين

أي ان يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يصح الانشاء عن كل واحد من المتبايعين، فلو كان المشتري في حال الايجاب غير قابل للقبول، أو خرج البايع حال القبول عن قابلية الايجاب لم ينعقد. هكذا افاد الشيخ «ره» في المكاسب، لكنّه لا يمكننا الركون اليه على كليته.

فإنّ من الشرائط ما يتوقف عليه حصول العقد وتحققه كالحياة والعقل «ومنها» ما لا يتوقف عليه تحقق العقد وتحصله، بل أنّما كان دخيلاً في ترتب الآثار العرفية والشرعية عليه.

اما القسم الأول من الشروط، فلا ريب في اشتراط بقائه من أول الشروع بالإيجاب الى اختتام القبول، لما عرفت من أنّ ما صدر عن الموجب، هو ايجاد التمليك ومن القابل مطاوعة ذلك. فلا بدّ من بقاء التمليك حين اقدم المشتري بالقبول، حتى تصح مطاوعته، والآفلو فرض زوال حياة لموجب او عقله بعد الايجاب، لم يمكن تحقق القبول بعده، لعدم بقاء التمليك المشروط بالحياة والعقل حتى يمكن مطاوعته.

وهذا بناء على ما هو التحقيق، من كون القبول مطاوعة محضة للايجاب، وعدم كونه انشاء و ايجاداً في قبال الايجاب، ومع التنزل عنه، والالتزام بكون القبول انشاء و ايجاداً مستقلاً في قبال الايجاب، كان مقتضاه ايضاً اعتبار ذلك لاجل اعتبار الارتباط بينهما، وتوقف حصول العقد بهما على كونها مرتبطين. ولا يتحقق ذلك مع انعدام الايجاب في حال القبول، بانعدام شرطه.

و اما القياس بالوصية من حيث ان قبولها انما يتحقق بعد موت الموصى «ففيه» منع كون الوصية عقداً يكون القبول داخلاً في حقيقته. بل الوصية انما تتقوم بمجرد انشاء التملك من الموصى، من دون ان يكون لقبول الموصى له مدخلية في قوامها. ولذا لو اوصي بشيء للمسجد، وغيره من الموقوفات، لا يتوقف نفوذها على قبول المتولى والحاكم. وانما عدها الفقهاء من العقود، لاجل ان الموصى ليس له تسلط على الزام الغير بالقبول، لا لاجل ان الوصية لا تتحقق بدون القبول.

واما العقود الجائزة فعند فقدها لهذا الشرط او غيره يترتب عليها آثار الاذن، لعدم توقفها على تحقق عنوان العقد، فلو قال لاحد وكلتك ثم نام قبل قبوله له جازله التصرف.

و اما القسم الثاني من الشرائط اعني ما ليس لها مدخلية في تقوم العقد، وانما يتوقف عليها ترتب الاثار الشرعية والعرفية كالملكية في عقد البيع، فلا يعتبر حصولها للمشتري حين ايجاب البايع او للبايع حين قبول المشتري، لعدم كون فقدان العقد لها قادحاً في انعقاده. فلو كان المشتري مكرهاً حين الايجاب ثم ارتفع عند الاكراه ورضي بالايجاب عند القبول صح البيع، بل ولو تأخر رضاه به عن حقوق القبول، لما عرفت من عدم توقف انعقاد العقد على تحققه. وكذا لو باع شيئاً ثم ملكه صح البيع لعدم اعتبار الملكية في تحقق العقد. ولذا التزموا بصحة العقد الفضولي، مع كونه غير مقرون باذن المالك.

فرع

في اختلاف المتبايعين في حكم شروط العقد

لو اختلف المتعاملان اجتهاداً او تقليداً في شروط الصيغة فهل يجوز ان يكتفى كل منهما بما يراه الآخرام لا.

فنقول أنّ الاحكام على اقسام ثلاثة.

«الاول» الحكم الواقعي، وهو الذي يتعلق بذات الموضوع، من دون تقيّد بالعلم او الجهل بها.

«والثاني» الحكم الواقعي الثانوي، وهو الحكم الذي لم يتقيد موضوعه بعلم المكلف ولا جهله، لكنّه تقيّد بغيرهما من العناوين الطارئة، كالاضرار والعسر والخرج. كالامر بالتيمم حيث تقيّد موضوعه بالخرج في استعمال الماء، وهو حكم واقعي في حق فاقد الماء، ويترتب عليه آثار الحكم الواقعي المترتبة على الوضوء. فيجوز له الدخول في المسجد، ومس القرآن، وغيرهما ممّا يشترط بالطهارة.

«والثالث» الحكم الظاهري وهو الحكم الذي تقيّد موضوعه بالجهل بالحكم الواقعي الموجود في مورده وكلّ الاقسام الثلاثة تشترك في كونها حكماً حقيقة، والميز بينها بحسب الموضوع. وبه يحصل الجمع بينها ويندفع محذور اجتماع حكيم او ازيد، على موضوع واحد.

وفي قبال هذه الاقسام باسرها الحكم العذري، المنسلب عنه عنوان الحكم حقيقةً، بل هو مجرد جعل العذر على تقدير مخالفة الواقع هذا.

ومن هنا يعلم التحقيق في المسألة. وتوضيحه أنّ مع البناء على جعل الحكم من عند الشارع، على طبق ما استنبطه المجتهد من الادلة في حقه وفي حق مقلديه باحد الأقسام الثلاثة، يلزم القول بصحة العقد في حقّ كلا المتعاقدين. اما من اقتضى اجتهاده او تقليده عدم شرطية ما لم يشتمل عليه ما صدر عنه من الايجاب او القبول فلكونه محكوماً بنفي شرطيته. واما الجانب الاخر، فهو أنّ كان محكوماً بحسب الاجتهاد او التقليد بطلان ما صدر عنه من الايجاب او القبول لو كان فاقداً له، الاّ أنّه لا يقتضي نفي الصحة عمّا صدر عن

غيره (١) فاقدآله، حتى على القول بالتخطة واشترك الجميع في الاحكام لعدم احرازه للحكم الواقعي المشترك الآ بالبينة والأمانة. فليس له العلم الوجداني بالحكم الواقعي المشترك بينه وبين غيره حتى يصير موجبا للبطلان، للعلم حينئذٍ ببطلان ما كان فاقدآ له، ولو كان قد صدر عن غيره. وبه يندفع ما ذكره الفقيه الطباطبائي «(ره)» في الحاشية من ان القول بالصحة مستلزم للتصويب. هذا واما على القول بعدم جعل الحكم على طبق ما ادى اليه نظر المجتهد وان المجعول عنده ليس الآ العذر كما هو مقتضى التحقيق، فلا يمكن الحكم بالصحة لعدم احراز كون العقد حينئذٍ على وفق حكم الشرع في حقه وفي حق مقلديه.

* * *

(١) التحقيق هو بطلان المعاملة، اذا كانت فاقدة لشرط، في حق من يراه شرطاً، ولو كان الفاقد له من الايجاب او القبول ما صدر عن غيره.

توضيحه: أنه وقع الخلط بين الاحكام التكليفية والوضعية، في اعتبار كون متعلقها فعل من توجه اليه الحكم. ونشأ منه، القول بانجعال الحكم الظاهري بالصحة او الفساد بالنسبة الى ما صدر عنه فقط. مع الغفلة عن أن اعتبار كون متعلق الحكم فعل من توجه اليه الحكم، مختص بخصوص الاحكام التكليفية لامتناع تكليف كل مكلف الآ بفعله. واما الاحكام الوضعية، فلا يعتبر في توجهها إلى احد، كون متعلقها فعلاً له، بل يتوجه الحكم الوضعي بالفعل، بالصحة والفساد وغيرهما، إلى كل من يترتب عليه الأثر بالنسبة اليه.

ومنه يعلم أنه لا فرق بين كون المجعولة على طبق ما استنبطها المجتهد احكاماً ظاهرية مسبوقة باحكام واقعية او غير مسبوقة باحكام غيرها وهو التصويب، ضرورة عدم كونها مسبوقة باحكام غيرها او غير مسبوقة، دخيلاً فيما ذكرنا.

الفصل الرابع

في الضمانات

المبحث الأول

في دليل ضمان المأخوذ بالبيع الفاسد

قد بينا لك سابقاً أنّ ملك الغير أنّما يجوز التصرف فيه مع اذنه بالتصرّف فيه بعنوان أنّه ملكه، فلو اذن بالتصرف في ملك له باعتقاد أنّه ملك للغير لا يجدي في جوازه. ومنه يعلم أنّ ما اقبضه البايع من ملكه الى الغير ايفاء بالعقد الفاسد الواقع عليه لا يجوز فيه التصرف. و ان كان متضمناً للاذن بتصرف الغير فيه لاحالة، الاّ أنّ ذلك لا يوجب جواز تصرفه. فإنّه أنّما اقبضه بزعم أنّه صار بالعقد ملكاً للغير، فلم يصدر منه الاذن بالتصرف فيه بما أنّه ملك له، فيكون تصرف الغير فيه تصرفاً في مال لم يأذن فيه مالكة. فيترتب عليه احكام المأخوذ بغير اذن المالك، و يجب رده الى مالكة.

و اما وضعاً فيستقر عليه الضمان، وقد تمسكوا في وجهه بالحديث النبوي «على اليد ما اخذت حتى تؤدي».

و نحن نتعرض له، ثم نتبعه ببيان ما هو التحقيق في وجهه، فنقول: إنّ التمسك به يتوقف على اثبات امرين «الاول» حجيته واعتبار سنده «والثاني» دلالته على المطلب.

سند حديث علي اليد

إن الحديث لم ينقل في كتب اصحابنا، و أنّها رواها العامة في اربعة من

صحاحهم (١) وقد وقع الاختلاف بينهم في الفاظها، فالمذكور في بعض الصحاح حتى تؤذي بالياء، وفي بعضها حتى تؤذ مجردة عن الياء والضمير، وفي بعضها حتى تؤذ بالضمير، وفي بعضها حتى تعطى.

و راوى الحديث الحسن البصري المعروف عن سمرة بن جندب، اما الحسن فهو غنى عن البيان في الضعف والسقوط، واما سمرة فهو من فسقة زمن رسول الله، وهو الذي ضرب على رأس ناقة رسول الله صلى الله عليه وآله فشحها فخرجت الى النبي «ص» فشكته.

وعن ابي جعفر عليه السلام، أنّ سمرة بن جندب كان له عذق في حايط رجل من الانصار وكان منزل الانصاري بباب البستان وكان يمر به الى نخلة ولا يستأذن فكلمه الانصاري اذا جاء فابى سمرة فجاء الانصاري الى رسول الله «ص» فشكى اليه فاخبره الخبر فارسل اليه رسول الله «ص» قال اذا اردت الدخول فاستأذن فلما ابى ساومة حتى بلغ من الثمن له ماشاء الله لصاحب البستان فابى ان يبيعه فقال لك بها عذق مذلل في الجنة فابى ان يقبل فقال رسول الله «ص» اذهب فاقلعها وارم بها اليه فإنه لا ضرر ولا ضرار (٢) «انتهى».

وورد في حقه: أنه بذل له معاوية مائة الف درهم على ان يروي أنّ هذه الآية نزلت في علي عليه السلام «ومن الناس من يعجبك قوله في الحياة الدنيا إلى قوله تعالى والله لا يحب الفساد» وانّ هذه الآية نزلت في ابن ملجم لعنه الله «ومن الناس من يشري نفسه ابتغاء مرضاة الله والله رؤوف بالعباد» فلم يقبل فبذل مأتي الف درهم فلم يقبل فبذل ثلاثمائة الف فلم يقبل فبذل

(١) الجامع الصغير، ج ٢ ص ١٥٨ ط دارالفكر في بيروت، روى الحديث نقلاً عن احمد بن حنبل في «المسنند» و ابي داود والنسائي والترمذي وابن ماجه في صحاحهم والحاكم في «المستدرک» عن سمرة.

(٢) تنقيح المقال، ج ٢ ص ٦٨ ط النجف.

اربعمائة الف فقبل (وكان قد استخلفه زياد على البصرة و اتى الكوفة وقد قتل ثمانية آلاف من الناس، فقال له زياد: هل تخاف ان تكون قتلت؟ قال: لو قتلت مثلهم ما خشيت، وقد عاش حتى حضر مقتل الحسين (عليه السلام) وكان من شرطة ابن زياد، وكان ايام مسير الحسين «ع» إلى العراق يجرس الناس على الخروج إلى قتاله. ومع ذلك كنهه فما ظنك بحديث بلغ الغاية في الضعف والسقوط، وإن التجأ بعضهم إلى اشتهاره في الفقه، فانه وان كان ربما يوجد ذكره عند الاستدلال في كلام بعض فحول الامامية كالشيخ - ره - في باب الغصب من المبسوط، الا ان التمسك به منهم كان في مقام المعارضة مع العامة والاحتجاج عليهم، فهو من باب التمسك بما كان حجة عندهم. ولم يذكره في المعارضات والاحتجاجات الواقعة فيما بينهم، ولم يستندوا اليه في فتاويهم، حتى يستكشف بذلك كونه حجة عندهم. ثم على تقدير ثبوت انجباره بالشهرة فانما يثبت بالنسبة إلى مضمونه لا بالنسبة إلى سنده حتى يصح الاستناد بخصوصيات الفاظه.

و اما الثاني فنقول لو تنزلنا عما ذكرناه في الامر الاول لم يبق اشكال في معنى الرواية و دلالتها على المدعى، توضيح. ذلك يتوقف على التكلم في مفرداتها و بيان المراد منها، فنقول:

مفردات الفاظ حديث على اليد و بيان المراد منها

المراد من «اليد» فيها ليس هو العضو الخاص (١) فان لكل من اسامى

(١) ان مقتضى كون اطلاق اليد في الرواية بما أنها مظهر للاستيلاء، ثبوت الحكم للاستيلاء، كما ان تعلق الحكم في الآية بالاعضاء بما أنها مظهر للافعال، اوجب تعلقه بالافعال الصادرة منها. فيكون معنى على اليد (على الاستيلاء) دون ما ذكره الاستاذ «قده» في معناها، وهو تعلق الحكم بالمستولي و تأويل الاستيلاء الى المستولي بعد تأويل اليد الى الاستيلاء، لوضح اخرج

الاعضاء اطلاقاً، احدهما بما هو عضو خاص، والثاني بما هو مظهر لفاعل من الافعال، ومنه قوله تعالى «انّ السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسؤولاً» (١) فالمسئول عنه انما هو الافعال الصادرة من تلك الاعضاء دون انفسها، واطلاق اليد فيما نحن فيه ايضاً بهذا النحو الثاني اعني بما انّها مظهر للقدرة والاستيلاء. والمراد من لفظة ما بقرينة تعلق الاخذ به هو المال الخارجى، فيكون المعنى على المستوى ما اخذ من المال حتى تؤدي. ومن المعلوم انّ لفظة على ظاهرة في الاستعلاء، فالمعنى ان المال المأخوذ له قد استعلى عليه. وليس المراد من استعلاء المال عليه هو الاستعلاء الحقيقي قهراً، فالمراد منه استعلائه عليه اعتباراً، وهو الاستعلاء على عهده و ذمته.

ولازمه وجوب اسقاطه عن الذمة عقلاً بما يتحقق به اسقاطه عنها، وهو يختلف بحسب كون الحاصل من الذمة عملاً من الاعمال او عيناً من الاعيان، فان كان عملاً من الاعمال كان اسقاطه بالاتيان به.

وحيث لم تستعمل لفظة على الا في الاستعلاء، وانما استفيد عنها ثبوت الحكم بالالتزام، لا تختص الرواية بخصوص المكلفين ويشمل الصبي والمجنون، فانه ليس يراد من لفظة على اثبات التكليف، حتى يختص شمول الرواية بالمكلفين، بل المراد منه هو الاستعلاء، ومقتضاه ثبوت التكليف والضمان،

الكلام عن الفصاحة.

والذي يقتضيه دقيق النظر: ان جعل متعلق الضمان، في الرواية، هو اليد، لاجل اعمال نكته مهمة. وهى الاشعار بامرین «احدهما» توكيد ثبوت الضمان، وانّ الضمان يثبت بمجرد الأخذ ولو مع عدم صدق الاستيلاء عرفاً «والثاني» انّ المضمون عليه هو الأخذ، ولو بأمر من غيره، وانّ الأخذ مضمون عليه ولو عن غفلة ولا عن شعور، على نسق اخذ اليد، فانّها عضو يصدر عنه الاخذ لاعن شعور.

فحيث لم يتحقق شرائط التكليف من البلوغ والعقل لا يتحقق التكليف، ويتحقق الضمان وحده، فكان معنى الاستعلاء متحققاً في حق الصبي والمجنون ويكون مقتضاه فيها ثبوت الضمان، وحده، لعدم وجود المانع عنه، وان كان اقتضائه لتوجه التكليف اليهما مقروناً بالمانع، على ما هو التحقيق من كون الاحكام الوضعية مجعولة برأسها.

و اما بناء على ما هو مذهب الشيخ «ره» من كون الاحكام الوضعية منتزعة عن الاحكام التكليفية، فلا معنى لثبوت الضمان للصبي والمجنون، مع عدم توجه التكليف اليهما. و ثبوت التكليف للصبي بعد بلوغه انما ينتزع منه ثبوت الضمان بعد بلوغه ايضاً، لكون المنتزع تابعاً في القوة والفعلية للمنتزع منه. ومن هنا يظهر النظر فيما ذكره من شمول الرواية على الصبي والمجنون. واعلم انّ الضمان انما يتعلق بالشيء بعنوان المالية لا بما انه عين خارجية، ولذا قد يتعلق بالكلي، فلو تلفت العين المتعلق بها الضمان يتعلق الضمان بما تقوم به ماليته. و سيأتي ان شاء الله تعالى ان تقوم مالية الشيء في القيميات بالقيمة وفي المثليات بالمثل، ومن هنا يعلم كيفية استفادة ضمان المثل والقيمة من رواية على اليد، فان الاستعلاء المستفاد منها ليس هو الاستعلاء الحقيقي حتى ينتفى بتلف المال، لاجل انتفاء العرض بانتفاء معروضة، بل الاستعلاء الاعتباري الذي اعتبره العقلاء لاجل تعلق غرضهم به، فلا ينتفى بانتفاء المال ما لم يحصل الغرض من اعتبارها. فلا بد من اسقاطه حينئذ بما تقوم به ماليته، لما عرفت من انّ تعلق الضمان بالشيء ليس بما انه عين خارجي، بل بما هو مال ومعنون بعنوان المالية.

المبحث الثاني

في قاعدة الضمان وعكسه

اعلم أنّ الشيخ «ره» ذكر أنّ المسألة المذكورة من صغريات القاعدة المعروفة.

كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده و كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

والكلام فيه يستدعي بيان معنى القاعدة ثم بيان دليلها فنقول: إنّ المراد من لفظ العقد المذكور فيها مطلق ما اشتمل على المعاوضة، فيشمل العقود اللازمة والجائزة بل ما كان فيه شائبة الايقاع فيعمّ الجعالة والخلع. والظاهر من عموم كل عقد هو العموم الافرادى كما أنّ ظهور لفظي الصحيح والفساد في الصحيح والفساد الفعلين. فيتحقق التنافي بين ظهورها ضرورة استحالة كون فرد من العقد صحيحاً و فاسداً بالفعل لكونها في قوة النقيضين.

فلا بدّ من رفع اليد اّما من ظهور الصحيح والفساد في فعليهما وحمل احدهما على التقديرى، فيكون المعنى حينئذٍ أنّ كل عقد صحيح يضمن به، يضمن به ايضاً لو كان فاسداً، او أنّ كل عقد فاسد يضمن به لو كان صحيحاً، يضمن به و ان كان فاسداً، وبعبارة اخرى يضمن من العقر الفاسدة، ما كان منها بحيث لو كان صحيحاً يضمن به.

وامّا من ظهور كل عقد في العموم الافرادى، كما هو الراجح لكون ظهور الصحيح والفساد في فعليهما اقوى من ظهور العموم في الافرادى، فلا بدّ من حمل العموم على العموم النوعى فالمعنى أنّ كل نوع من العقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، فيكون ظهور الصحيح والفساد في الفعلى منها محفوظاً، لا مكان

وجود الصحيح والفاقد في نوع من العقد فعلاً، هذا.

ولكنه لا يساعده ما تسلّم في الفقه من أنّ بعض أنواع العقود ليس محكوماً بحكم واحد، فلا يمكن الحكم عليه بقول واحد بأنّه يضمن بصحيحه فيضمن بفاقده أو لا يضمن بصحيحه فلا يضمن بفاقده، بل بالضمان في بعض اصنافه وبعده في بعض آخر منها. «كالصلح» فإنّه يضمن به لو كان بين مالين، ولا يضمن به إذا لم يكن بين مالين، كما لو كان أحد طرفيه امرأً آخر، كالإبراء وغيره. «والهبة» فإنّها بمعوضتها، ولا يضمن بغير معوضتها. «والعارية» فإنّها تضمن بعارية الذهب والفضة، والعارية المشروطة بهما بالضمان. «والاجارة» «والبيع» فإنّه لا يضمن بالمشروط منها بعدم الاجرة أو الثمن ويضمن بغيرها هذا.

فالحاصل من ملاحظة جميع الوجوه، حمل ظهور كل عقد على العموم في اصناف العقود، ولكنه يعاكسها مقتضى دليل القاعدة، لاقتضائه الملازمة بين الصحيح والفاقد في كلّ فرد فرد من العقود، فقتضاه حفظ ظهور كلّ عقد في العموم الأفرادي والتصرف في ظهور الصحيح والفاقد في فعليهما، وحاصلها أنّه لا دليل على الضمان بالفاقد من أفراد نوع أو صنف لعقد من العقود، و يضمن بالصحيح من أفراد.

والمراد بالضمان هو معناه العرفي المستعمل فيه في نوع الموارد حتى في باب الضمان اعني التعهد والالتزام، كما في قوله عليه السلام «أنما يضمن الامام قراءة المأموم» فإنّ معناه أن قراءة المأموم على عهدة الامام، وهو متعهد بها. ممّا ذكرنا يظهر ما في تفسير الشيخ «ره» له بكون درك المضمون وخسارته عليه، فإنّ الدرك والخسارة امر تقديرى، والدرك ربّما لا يحصل اصلاً، أو يحصل بعد مدة من الاخذ. فكون الخسارة والدرك عليه امر تقديرى معلق على حصول اصل الخسارة والدرك، وأما الضمان فهو امر فعلى يحصل بمجرد الأخذ، فلا

بصح تفسيره بامر تعليق لم يتحقق فعلاً، بل معناه هو التعهد والالتزام كما ذكرنا وهو امر فعلي يحصل بمجرد الاخذ.

والمراد بلفظة الباء في بصحيحه او بفساده اما الظرفية، والمعنى ان كل ما يضمن في صحيحه يضمن في فاسده، واما السببية، فهي بمعنى السببية الناقصة لاحالة، لعدم كون العقد الصحيح علة تامّة للضمان، فان ترتب الضمان على العقد مشروط بالقبض واما قبل القبض فلا ضمان، فليس عقد البيع موجباً للضمان قبله، فان المبيع قبل القبض مضمون على البائع، وكذا عقد الاجارة او النكاح والخلع.

واما سببية العقد الفاسد فقد ذكر الشيخ «ره» في تصويرها وجهين: «احدهما» ان سببته لأجل كونه علة و سبباً للقبض، والقبض سبب للضمان، فيكون العقد الفاسد سبباً للضمان بتوسط القبض. «والثاني» ان يكون العقد الفاسد سبباً بنفسه لحصول الضمان مشروطاً بتحقق القبض.

وتحصيل الوجهين يبتني على ما ذكره من الدليلين على الضمان بالفاسد احدهما قاعدة الاقدام، ومقتضاها كون العقد سبباً للضمان، فان اقدام البائع بالضمان كان بايجاده للعقد، وثانيهما، قاعدة اليد ومقتضاها كون الاخذ والقبض سبباً للضمان.

وهذا مجمل الكلام في معنى القاعدة، والبحث فيها ليس لاجل كونها حجة بنفسها، حتى يرد عليه ما ذكره بعض المحشين «ره» من انها لم ترد في لسان دليل تكون حجة يستمسك بها (بل لاجل تحصيل معناها) حتى تظهر دلالة المدرك عليها وعدمها.

المبحث الثالث

في دليل قاعدة الضمان

فنتقول ان المدرك لها كما اشرنا إليه امران احدهما قاعدة الاقدام والثاني رواية على اليد.

اما «الاول» ففي دلالة عليها اشكال من وجوه احدها عدم الدليل عليه. «وثانيها» ان الاقدام بالضمان في العقد الفاسد كان بالمسمى ولم يتعلق به الضمان، وما تعلق به الضمان وهو المثل والقيمة الواقعيان فلم يقدم المالك على ضمانهما.

وقد ذكر المحقق الخراساني «ره» وجهاً لاندفاعه، وهو ان ما اقدم عليه البايع هو العوض الخاص اعني المسمى، والشارع لم يميز بمقتضى فساد العقد خصوصية المسمى فقط، فيكون جنس العوض باقياً على ما هو عليه من دون الغاء له من الشارع، فينطبق على المثل والقيمة الواقعيين.

«وفيه» ان البايع انما اقدم على شيء معين من المال فقط، ولم يصدر منه اقدامان، تعلق احدهما بجنس العوض، والاخر بكونه متخصصاً بخصوصية المسمى. بل الصادر منه اقدام واحد تعلق بالخاص، فاذا فرضنا ان الشارع الغى اقدامه به لا يبقى له اقدام غير ملغى من عند الشارع. كيف؟ وقد عدل في تعريف البيع عن تعريف الشيخ «ره» بأنه تملك بعوض الى تعريفه بأنه مبادلة مال بمال، تبعاً للمصباح، وهو كما ترى امر بسيط، غير مأخوذ فيه واحد من تلك القيود، حتى يمكن اعتبار الجنس والفصل منها، فيكون الأمر على مبناه اشكل.

«و ثالثها» ان الاقدام اعم من الضمان من وجه واخص منه بوجه آخر، اذ

قد يكون الاقدام ولا ضمان، كما قبل القبض في بيع الصحيح والفاقد كليهما، وقد يوجد الضمان من دون الاقدام كما في البيع الفاسد اذا شرط في عقده كون ضمان المبيع على البايع ولو بعد القبض.

وقد منع بعض المحشين «ره» على المكاسب كون الاقدام اعم من الضمان تعليلاً بأن القبض مما يتوقف عليه صحة البيع، ففقد الضمان قبل القبض لاجل عدم صحة البيع رأساً لا لاجل توقفه على امر آخر بعد البيع يكون اقتضاء العقد للضمان متقيداً بحصوله.

«وفيه» ان ما ذكره انما يجري في الصحيح من البيع، واما الفاسد منه فهو فاسد من قبل القبض الى بعده، ولا يحدث فيه امر بتحقيق القبض، فعدم الضمان قبل القبض لاجل عدم كفاية الاقدام بالبيع الفاسد في حصوله. ولا زمه كون الاقدام اعم من الضمان.

والتحقيق ان الاقدام ليس دليلاً مستقلاً في قبالة قاعدة اليد، بل هو اثبات الصغرى له حتى تنطبق عليه كبرى على اليد. «توضيحه» ان قاعدة اليد مخصصة بصورة عدم هتك المالك لحرمة ماله بتسليط الغير عليه مجاناً، والا فليس معه ضمان على من اتلف المال بيده. والاستدلال بها على ثبوت الضمان فيما نحن فيه، يتوقف على احراز عدم كون المال مهتوكاً من عند مالكة، فقولنا هو اقدام على الضمان بيان لكون المقام من صغريات قاعدة اليد، وانه لم تهتك حرمة المال من ناحية المالك بتسليط الغير عليه مجاناً، فيكون مجموعها دليلاً واحداً اقيم على اثبات الضمان.

«ففيه» مضافاً - الى ما عرفت من ان سندها في غاية الضعف ولم يتحقق عمل المشهور بها حتى ينجر بذلك ضعفة - ما ذكره الشيخ ره من اختصاصها بالاعيان وانه لا يشمل المنافع لوجهين.

«احدهما» ما ذكره الشيخ وجهاً له من عدم قابلية المنافع للاخذ فلا

تشملها على اليد ما اخذت.

«والثاني» عدم قابلية الاداء فان المنافع قبل استيفائها لم يتحقق الاستيلاء عليها وبعد استيفائها لم يمكن ردها فسكنى الدار مثلاً لا يمكن رد ما استوفى منها، وما يمكن ردها بردعين الدار ورفع اليد عنها، هو سكنها بعد الرد ورفع اليد عنها. ولا يحصل بذلك ردالسكونة المستوفاة قبل الرد. والظاهر من الغاية في الرواية اختصاص موردها بما يمكن ادائه.

ثم ان المحقق الخراساني قد تعرض في الحاشية لرد الشيخ ره فيما تقدم من الوجه، بانّ المنافع ايضاً تدخل تحت الضمان بتبع العين. فكما ان اخذ العين يوجب ضمانها، فكذلك يوجب ضمان المنافع، فالمنافع مضمونة على المستأجر بتبع ضمان العين المستأجرة هذا.

ويمكن الرد على الوجه الثاني ايضاً، بأن ما استوفاه من السكونة وان لم يمكن ردها، بل غاية ما يمكن ردالسكونة الغير المستوفاة، الا انّ سكونة الدار لها هيئة وحدانية يحصل معها الوحدة بين ما استوفاه من السكونة وما وقع منها بعد الرد. وبهذا الاعتبار يصدق عليه عند الاستيفاء انه استوفى سكنى الدار بقول مطلق، ويصدق عليه عند الرد، انه ادى سكنى الدار كذلك. فالمنع عن شمول رواية اليد على المنافع لعدم صدق التادية بالنسبة اليها غير متوجه.

هذا ولكن لا يخفى على المتأمل ما في كلام المحقق صاحب الكفاية «ره» ضرورة انّ تبعية المنفعة للعين لا تكفي في تعلق الضمان بالمنفعة باستقلالها بل مقتضاها دخول المنافع تحت الضمان المتعلق بالعين تبعاً ومن المعلوم في ابواب الخيارات والغصب انّ المنافع مضمونة مستقلاً بحيث يوجب رد قيمها عند استيفائها ولو كان ضمان المنافع بتبع ضمان العين لكان المضمون فرق قيمة العين مع المنفعة والعين بدونها.

مضافاً الى انّ المنفعة ربما لا تكون تابعة للعين، كما اذا آجر ملكاً ثم باعه

من غير المستأجر، فيحصل الافتراق حينئذٍ بين العين والمنفعة، وكون العين ملكاً لغير من ملك المنفعة، والمنفعة ملكاً لغير من ملك العين، ولو مع فسخ الاجارة، لعدم رجوعها بفسخ الاجارة الى مالك العين، بل يرجع الى البايع ويصير ملكاً لغير من ملك العين. ومقتضاه كونها مضمونة لغير من يضمن له العين. فثبوت الضمان بها يحتاج الى دليل غير ضمان العين.

وبعبارة اخرى ان تعدد الضمان يقتضي تعدد المضمن، فلا بد من تحصيل الدليل على ثبوت ضمان المنفعة، غير دليل ثبوت الضمان للعين. فلا يكفي وجود الدليل على ضمان العين في اثبات الضمان لها (١).

ويقرب ما ذكرنا ملاحظة حال الاعراض مع معروضاتها. فانّ العرض قد يلاحظ بما هو عرض، فيكون حينئذٍ تابعاً للمعروض، غير مستقلّ في حد نفسه، وغير محكوم بحكم على استقلاله. وقد يلاحظ بما هو موجود من الموجودات فيقع حينئذٍ في قبال المعروض، ويستقل باللحاظ، ويكون محكوماً باحكام تخصه في قبال المعروض. وهذا هو الفرق بين المعاني الاسمية والحرفية فانّ الاسم ما تعلق به اللحاظ مستقلاً. والمعنى الحرفي ما لم يستقل باللحاظ كذلك، بل تعلق

(١) ويدل عليه - مضافاً الى الرواية الآتية لابن ولاد - ما رواه (١) الشيخ باسناده عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن فضال عن علي بن عقبة عن موسى بن اكيل النيرى عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في رجل اكرى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وعرس نخلا واشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك فقال: عليه الكراء، الرواية. وما رواه (٢) باسناده عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبدالله بن هلال عن عقبة بن خالد قال: سألت ابا عبدالله «ع» عن الرجل أتى أرض رجل فزرعها بغير اذنه، حتى اذا بلغ الزرع، جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير اذني فزرعك لي، وعبيّ ما انفتت، أله ذلك ام لا؟ فقال: للزارع زرعه، ولصاحب الارض كراء ارضه. ورواه الكليني عن محمد بن يحيى مثله، وهي وان كانت واردة في خصوص الارض الاّ انها تدلّ على عموم الحكم بالغاء العرف لخصوصية الارض عن موضوعه، لعدم فرق بين الارض وغيرها في احكام الضمان.

به اللحاظ في ضمن ملحوظ غيره. ومن هنا يعلم فساد ما قرره في الكفاية من كون المعاني الحرفية ايضاً كلية، من دون فرق بينها وبين المعاني الاسمية الا في مقام الاستعمال. «وجه الفساد» ان المعنى الحرفي لا يقبل اللحاظ بنفسه حتى يحكم عليه بانه كلي بل معنى (من) مثلاً اذا لوخط في نفسه منفكاً عن مدخوله ينقلب معنى اسمياً ويكون مطابقاً للفظه الابتداء (١).

والتحقيق ان الأخذ ههنا ليس بمعنى الاخذ باليد حتى لا يمكن تعلقه بالمنافع. واما الاستدلال على القاعدة بقوله صلى الله عليه وآله «لا يجل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه» فغير جيد لظهوره في الحرمة التكليفية وكذا بقوله صلى الله عليه وآله «لا ضرر ولا ضرار» فان معناه على ما هو التحقيق في محله عدم جعل الشارع لحكم يوجب الضرر. واما الضرر المتوجه من الغير فلا يدل على رفعه في الضرر والضرار. نعم لا بأس بالاستدلال بقوله عليه السلام حرمة مال المسلم كحرمة دمه فان معنى احترامه عدم كونه مهدوراً فكما لا يهدر دم المسلم بل يتدارك بالقصاص والدية فكذلك لا يهدر ماله ويتدارك بالمثل والقيمة.

المبحث الرابع

في تفصيل حكم الضمان في مورد الاجارة

وربما يذكر موارد لانتقاض القاعدة.

«منها» كون العين المستأجرة مضمونة في الاجارة الفاسدة على مذهب

(١) قد تقدم من القول البسيط في تحقيق المعاني الحرفية، والتصديق لما ذهب اليه المتقدمون، من كونها معاني جزئية، وتعرضنا ايضاً لمنع كلام صاحب الكفاية «قده» ومنع ما ذكره الاستاذ «ره» ههنا في دفعه، فراجع.

بعض مع عدم كونها مضمونة في الاجارة الصحيحة و يتوقف التحقيق في انتقاض القاعدة على التعرض لاصل الحكم.

فنقول: انه قد وقع الخلط بين الحثيات المختلفة للعين المستأجرة. وقد صار ذلك منشأ للاختلاف في عدة من المسائل، وما نحن فيه من جملتها.

توضيحه انّ للعين المستأجرة حيثتان. «احديهما» الحثية التي يتوقف استيفاء المنفعة المملكة بالاجارة عليها. «والاخرى» الحثية التي لا يتوقف عليها استيفائها. والاولى، كحثية ركوب الدابة وحثية سكنى الدار، والثانية، كحثية انامة الدابة ورعيها وعلفها وغيرها من الحثيات غير الدخيلة في استيفاء منفعة الركوب عنها.

ولا يخفى انّ ما يقع تحت الاجارة عند اجارة الدابة هو ركوبها، دون سوقها ورعيها وانامتها و سائر تصرفاتها. بل هي محفوظة للموخر وغير سائغة لغيره بغير اذنه. وكذا ما يقع تحت اجارة الدار هو سكنها دون غيرها من التصرفات فيها. ومما تفرع على الخلط بينها، وقوع الخلاف فيما بينهم اذا آجر المستأجر ما استأجره من غيره، بعد الفراغ عن جواز اصل الاجارة، في انّ جواز تسليمه اليه هل يتوقف على اذن المالك ام لا. فقول: لا يتوقف عليه، فانّ المفروض أنّ الشارع قد اجاز له في الاجارة واذن فيها، من دون توقف على اذن المالك والاذن في الشيء اذن في لوازمه. وقيل: يتوقف ولا يجوز التسليم بدون اذن المالك، فان المستأجر انما يستحق استيفاء المنفعة من العين دون تسليمها الى غيره.

وكلّ من الاستدلالين صحيح، في احدى الحثيتين. فلا استدلال بانّ الاذن في الشيء اذن في لوازمه، صحيح بالنسبة الى الحثية المتوقفة عليها استيفاء المنفعة الواقعة تحت الاجارة، فانّ استيفائها يستلزم التصرف في تلك الحثية. والاستدلال الثاني، صحيح بالنسبة الى الحثية الغير المتوقفة عليها

استيفاء المنفعة الواقعة تحت الاجارة. فيكون القول بعدم جواز التسليم، ناظراً الى تسليم هذه الحيثية من العين، والقول بالجواز الى تسليم الحيثية المتوقفة عليها استيفائها. فيصير النزاع بينهم كالنزاع اللفظي.

ومما ذكرنا يعلم حكم المسألة المبحوثة عنها ههنا، لما علم منه انّ الحيثية المتوقفة عليها استيفاء المنفعة امانة شرعية بيد المستأجر بمقتضى عقد الاجارة المضى من قبل الشرع، فتكون غير مضمونة عليه. واما الحيثية الاخرى، فهي امانة من عند المالك لا يقتضيها عقد الاجارة المضى من قبل الشرع فهي ايضاً غير مضمونة على المستأجر.

فالحيثيتان على سواء. في مورد الاجارة الصحيحة، لعدم كون احديهما عند صحة الاجارة مضمونة على المستأجر. واما في مورد الاجارة الفاسدة فيحصل الافتراق بينهما، لانقطاع التأمين بالنسبة الى الحيثية المتوقفة عليها استيفاء المنفعة المملوكة بالاجارة، لكون تأمينها في مورد الاجارة الصحيحة تأميناً شرعياً حصل بامضاء الشرع لعقد الاجارة، فهو منفي عنها في مورد الاجارة الفاسدة، لعدم لحوق امضاء الشرع عليها. واما الحيثية الغير المتوقف عليها استيفائها فهي امانة بيد المستأجر بتأمين من المالك، لا يقتضيه عقد الاجارة وجوداً و عدماً. فلا يحصل فيه تزلزل بفساد عقد الاجارة و عدم لحوق امضاء الشرع عليه. والضابط بقاء التأمين مع فرض فساد العقد و عدمه. فما انقطع عنه التأمين بفساد العقد يكون مضموناً على المستأجر، وما لم ينقطع عنه التأمين بفساد العقد، لا يكون مضموناً عليه، سواء تعلق به التأمين من الشرع او من المالك (١) هذا كله بالنسبة

(١) اريد به التأمين بغير العقد وان كان التأمين بالعقد ايضاً تأميناً للمالك، والفارق بينهما انّ الأول تأمين بلا عوض فهو هتك حرمة ماله وان لم يلحقه امضاء الشرع لكون ادلة الضمانات مقيدة بعدم هتك المالك حرمة ماله كما تقدم من الاستاذ «قده». والثاني تأمين بعوض فع منع الشارع انتقال العوض اليه يسقط عنه التأمين، تحقيقاً لمعنى المعاوضة.

الى ضمان العين .

واما ضمان المنافع ، فنقول : انّ المنفعة الواقعة مورداً للاجارة ، اعني ما كانت الاجارة تمليكاً لها مضمونة في الصحيح والفاقد كليهما . اما في الصحيح فلا انّ الضمان مقتضى الاجارة لما قد اندكت في حقيقتها المعاوضة . واما في الفاسد فلعدم وجود المؤمن بالنسبة اليها . واما المنفعة الخارجة عن مورد العقد الغير المقتضي عقد الاجارة لتمليكها فهي ايضاً مضمونة في الصحيح والفاقد لعدم تعلق التأمين بالنسبة إليها .

اذا عرفت حكم المسألة ، فنعقبه بالبحث في انتقاض القاعدة به وعدمه ، فنقول : انه ذكر الشيخ في دفعه : انّ مورد عقد الاجارة هو منفعة العين دون نفسها ، فكون العين مضمونة او غير مضمونة بحسب فساد العقد او صحته لا يوجب انتقاض القاعدة ، فانها خارجة عن مورد عقد الاجارة . فانّ مورد الاجارة هو منفعة العين دون نفسها ، فلا يكون حصول الافتراق بين صحيح الاجارة و فاسدها في حصول الضمان لها وعدمه ناقضاً لعموم القاعدة .

واشكل عليه صاحب الكفاية «ره» في الحاشية ، بانّ ذلك مبني على ما ذهب اليه في تعريف الاجارة من كونها تمليك المنفعة ، واما على ما هو الحق من كونها علقه خاصة متعلقة بنفس العين ، وكون تمليك المنفعة من لوازمها ، كما يشهد له تعلق عنوان الاجارة بالعين ، فالانتقاض غير مندفع .

اقول : والمراد من مورد العقد فيما نحن فيه ، الامر الذي وقع عليه المعاوضة ، و ما يقتضي العقد ضمانه او عدمه ، دون ما تعلق به عنوان العقد . وليس هو في الاجارة الا خصوص المنفعة ، واما في البيع فهو العين بنفسها .

المبحث الخامس

في سائر موارد انتقاض قاعدة الضمان

«فمنها» الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ، بناء على فساد العارية فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أنّ صحيح العارية لا يضمن به. وقد ذكر الشيخ «(ره)» في دفعه: أنّه يجب على المحرم ارسال ما بيده من الصيد والاداء لمالكه بقيمته، فالمستقرّ على ذمته قهراً بعد العارية هو القيمة دون نفس العين، فوجوب دفع القيمة يثبت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف لا بسبب التلف، فتكون خارجة عن مورد القاعدة رأساً. ويتوجّه عليه الاشكال بوجوده «(الاول)» منع فساد المعاملة رأساً وإنّ الثابت بحسب الادلّة حرمة اخذ الصيد للمحرم، وهي لا تقتضي فساد المعاملة، فإنّ الحرمة في المعاملة غير مستلزمة لفسادها.

«والثاني» عدم وجود الدليل على وجوب الارسال، فإنّ ما ثبت بحسب الادلّة حرمة الامسك، وترك الامسك كما يحصل بارسال الصيد، كذلك يحصل برده الى مالكه، فلا وجه لضمان القيمة. مضافاً الى أنّهم لم يذكروا في كلماتهم: وجوب الارسال، وهذا هو المحقق «(ره)» قد ذكر في الشرايع بما هذه عبارته. ولا يجوز للمحرم انّ يستعير من محل صيداً لأنّه ليس له امساكه فلو امسكه ضمنه وزاد في الجواهر «(وأرسله)» بمقتضى استنباطه. وقد اوجب ذلك توهم السيد «(ره)» كونه من عبارة الشرايع.

«والثالث» انّ تأدية المعير ماله من المستعير، تأمين مالكي صدر منه، وليس تاميناً شرعياً، حتى ينتفي عند فساد عقد العارية. فإنّه حيث كان

من العقود الجائزة لا يوجب تأدية المال من المستعير شرعاً، فاداء المعير له تأمين له من عند نفسه، من دون ابتناء على عقد يقتضيه. فلا يوجد حينئذٍ فارق بين صحيح الاجارة و فاسدها.

والذى يقتضيه النظر في توجيه هذاالحكم، هو كون استعارة المحرم موجبة لرفع الملكية عن الصيد، فيصير الصيد من المباحات يجوز اخذه لكل واحد، من دون فرق بين مالكة قبل الاستعارة وغيره، فلوأخذه المالك الأوي لا يكون أخذاً له بما له، بل أخذاً بما لم يباح، يجوز اخذه لكل احد. فيكون اقدام المحرم حينئذٍ بالاستعارة إتلافاً لمال الغير فيضمن قيمته.

ومن هنا يعلم عدم انتقاض القاعدة بذلك لكون الضمان بالاتلاف خارجاً عن مقتضى القاعدة رأساً.

ومنها المنافع الغير المستوفاة، فإنها مضمونة في البيع الفاسد، وغير مضمونة في البيع الصحيح.

وربما يذكر في دفعه: أنّ المنافع مضمونة في البيع الصحيح أيضاً بتبع العين «وفيه» أنّ الثمن في البيع يقابل بالعين، و ان كانت المنافع ايضاً موجبة لزيادة الثمن، إلا أنّ مجرد ذلك لا يوجب وقوع الثمن بجذاء العين والمنافع كليهما، كما زعمه بعض المحشين «ره»(١).

والتحقيق في دفعه: أنّ المنافع خارجة عن مورد البيع، وما وقع تحت المعاوضة هو العين دون المنافع، فتعلق الضمان بالمنافع في الفاسد من البيع، خارج عن مقتضى القاعدة رأساً، كما تقدم بيانه في الاجازة.

(١) ان البيع يفيد تملك المنافع بتبع تملك العين ومقتضى وقوع الثمن بجذاء العين وقوعه بجذاء المنافع ايضاً بالتبع، والمبادلة تتعلق بالعين بالاصالة وبمنافعها بالتبع، وعليه يندفع الاشكال عن هذا الوجه وتوجه المنع الى ما ذكره الاستاذ «ره» من الوجه.

ومنه يعلم وجه اندفاع النقض، بضمان الحمل في الفاسد دون الصحيح، فإنّ الحمل ايضاً خارجاً عن مورد البيع.

تتمة

في نفي الاولوية بين ضمان الصحيح و ضمان الفاسد

قد علم من مطاوى كلماتنا أنّ الضمان في العقد الفاسد و عدمه، في عرض الضمان في العقد الصحيح و عدمه، من دون اولوية بينها اصلاً. لما عرفت من أنّه كلما كان هناك تأمين مالكيّ او شرعيّ فلا ضمان، لكون حرمة المال مهتوكة بالتأمين. وكلما لم يكن هناك تأمين مالكيّ او شرعيّ يثبت الضمان لعدم كون حرمة المال مهتوكة من ناحية الشرع او المالك كما تقدم. وموارد الصحيحة من العقود، و الفاسدة منها، مصاديق هذه القاعدة الكلية، بلا مزية لانطباقها على مواردها، في ثبوت الضمان و عدمه.

أما الشيخ «ره» فقد جعل عدم الضمان في الفاسد اولى من عدمه في الصحيح. و منشأ ذلك استدلاله على القاعدة بالاقدم، و عليه يتوجه ان يقال: انّ سبب الضمان هو الاقدام، فإذا كان في الصحيح غير مؤثر في الضمان مع لحوق الامضاء به من الشرع، فكيف يؤثر في الضمان في الفاسد مع عدم لحوق الامضاء به من الشرع.

وقد عكسوا في الاولوية، وجعلوا الضمان في الفاسد اولى من الضمان في الصحيح، و منشأه الاستدلال على القاعدة برواية اليد. و عليه يتوجه ان يقال: انّ ثبوت اليد على شيء يؤثر في ضمانه الا ان يقع عليه عقد يقتضي خلافها، فالعقد الصحيح اذا لم يقتض خلافه، فالفاسد لا يقتضيه بطريق اولى. فثبوت الضمان في الفاسد يكون اولى من ثبوته في الصحيح.

المبحث السادس

في وجوب رد المبيع بالمبيع الفاسد فوراً

من الامور المتفرعة على فساد العقد وجوب رد المبيع الى البايع فوراً وذكر الشيخ «ره» في وجهه: ان الامسك اناً ما تصرف في مال الغير بغير اذنه (١) لقوله عجل الله تعالى فرجه الشريف (٢) لا يحل لاحدان يتصرف في مال غيره الا باذنه، ثم ناقش في صدق التصرف عليه.

ووجه المناقشة ان التصرف بمعنى التقليل والتقلب ومجرد الامسك ليس تقلباً ثم على تقدير ثبوت حرمة الامسك (٣) لا يثبت به وجوب الرد الا على القول بكون النهي عن الشيء مقتضياً للأمر بضده اعني عكس المسألة المعنونة في الاصول من ان الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضده وهي غير ثابتة فضلاً عن عكسها مضافاً الى ان هناك ضد ثالث وهو تخلية اليد عنه فلا يجب عليه الرد وعليه يتفرع عدم كون مؤنة الرد عليه بل على ذمة المالك والتحقيق في وجه وجوب الرد التشبث برواية اليد لدالتها على ان المأخوذ مستقر على عهدة الاخذ حتى يرده الى المالك فلا يسقط من ذمته الا بالرد والاداء فيكون الرد واجباً عليه لتوقف تفرغ ذمته عليه ويتفرع عليه كون مؤنة الرد التي تقتضيها طبيعة الرد على عهده واما ما زاد عليها فلا مقتضي لثبوته عليها.

(١) قد تقدمت بيان وجه انتفاء الاذن بفساد العقد فراجع.

(٢) الوسائل، كتاب الغصب، الباب ١ الحديث ٤.

(٣) ويدل عليه قوله صلى الله عليه وآله لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه فان تعلق عدم الحلية الا باذن المالك، على ذات المال، يقتضي عموم الحكم على الامسك، والاستيلاء عليه، والتصرف والتقليل فيه، بجميع اقسامها على الاطلاق.

المبحث السابع

في ضمان المنافع قبل الرد

اعلم أنّ المنافع على اقسام ثلاثة: «الاول» ان تكون منافع للعين التي لا تقبل التملك والتملك «والثاني» المنافع المستوفاة من العين القابلة للتملك والتملك «والثالث» المنافع الغير المستوفاة منها.

«اما الاول» فهو خارج عن مورد البحث في باب البيع، والبحث فيه يكون في مسائل باب الاجارة.

«واما الثاني»، فنقول: أنّ المنافع المستوفاة للمشتري مضمونة عليه عند فساد العقد. وقد استدلت عليه الشيخ «ره» بقوله صلى الله عليه وآله لا يجلّ مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه «وفيه» أنّ ظاهره نفى الحليّة واثبات الحرمة التكليفيتين، فلا تدلّ على ثبوت الضمان.

والتحقيق أنّ الدليل عليه هو قاعدة الاحترام، بناء على ما تقدّم من اقتضاها عدم صيرورة مال المسلم ضايعاً ومهدوراً. فلو أتلفه غيره بغير اذنه، لم يكن مهدوراً، بل يضمن المتلف بعوضه سواء فيه العين والمنفعة. وقد ذهب في «الوسيلة» الى نفي الضمان محتجاً بأنّ الخراج بالضمان وسيأتي البحث عنها.

«واما الثالث» وهو المنافع الغير المستوفاة، ولا دليل على ثبوت الضمان فيها. فإنّ مقتضى ما تمسكنا به في تضمين المنافع المستوفاة، ثبوت الضمان على من اتلفها تحفظاً على عدم صيرورتها ضايعة ومهدورة. واما لو تلفت في نفسها، من دون استناد الى احد بالمباشرة او التسبيب، لا يمكن تضمين احد لاجل التحفظ على عدم صيرورتها مهدورة.

ومنه يعلم الوجه في عدم اقتضاء دليل نفي الضرر ايضاً له، فإنّ نفي الضرر

عن احد لا يقتضي اثباته لغيره.

حديث الخراج بالضمان

هذا تمام الكلام في الوجوه ونتبعها بالبحث في المرسله المشهوره «الخراج بالضمان» ولو ثبت اعتبارها سنداً و دلالة يكون مانعاً عن مقتضى دليل التضمن فيما يشمله من اقسام المنافع وهو المنافع المستوفاه، وتكون نسبته معها نسبة المقتضي مع المانع والحكومة معها للمانع، ويلزمها انتفاء المقتضى بالفتح وان تحقق المقتضى لثبوته.

فنقول: قد ذكر ابن حمزة في الوسيلة عدم ثبوت الضمان محتجاً بهذه المرسله، وهي من روايات العامة لم يوجد نقلها في كتب الخاصة، وان كانت مذكورة في جميع صحاح العامة (١) ما عدا صحيح البخارى ومسلم، وقد اوردها الحاكم في المستدرک (٢) وهو يشهد لكونها جامعه للشرائط المعتبرة عند الشيخين، ومقتضاه اتفاق العامة على صحتها. وانما رويها فيما قضي الى عمر بن عبدالعزیز في عبد اشترى واستعمل ثم انكشف كونه معيباً فقضى ان عمله للبائع، فروي عليه عروة عن عائشة انه وقع مثله في حياة رسول الله صلى الله عليه وآله فقال رسول الله «ص» ان عمله للمشتري لان الخراج بالضمان، هذا.

واما بيان المراد منها فنقول: لا اشكال في ان المراد من الخراج، هو المنافع. والباء فيها اما للسببية واما للمقابله، فيكون المعنى ان من ضمن شيئاً تكون

(١) نقل الحديث في «الجامع الصغير» (ج ١ ص ٦٣٦، ط دارالفكر في بيروت) عن احمد بن حنبل في مسنده و ابي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه في سنهم عن عائشة ثم قال: حديث صحيح.

(٢) رواه في «المستدرک» (ج ٢ ص ١٥ ط حيدرآباد الدکن) بخمسة اسانيد عن عائشة.

منافعه له.

والمراد من الضمان في الرواية بناء على ما فسّرناه سابقاً بتعهد المال و دخوله في العهدة احد امور:

«الاول» ارادة التعهد بمعنى اسم المصدر، من دون لحاظ صدوره من الفاعل، فيشمل العهدة الحاصلة بتعهده، والحاصلة بجعل الشارع من دون ان يقدم عليه، كما في ضمان المغصوب، فانه مضمون عليه بحكم الشرع وان لم يقدم بنفسه على ضمانه وتعهده.

«الثاني» ارادة التعهد بالمعنى المصدرى اعني ارادة العهدة الصادرة منه فلا يشمل العهدة الحاصلة له من ناحية الشرع.

«الثالث» ارادة خصوص العهدة المذكورة مع حقوق الامضاء به من الشرع. والاول يوافق ما ادعاه ابوحنيفة، من شمول الرواية على المغصوب، فافتى فيمن غصب البغل بانّ الكراء للغاصب. وعند ذلك قال ابو عبد الله عليه السلام «ولمثل هذه الفتيا تمنع الارض بركاتها».

والثاني يوافق لما ادعاه جماعة من العامة، من كون الرواية شاملة على كلا قسمي الضمان، الصادر منه بامضاء من الشرع، والصادر منه لا بامضائه، ولم يوافقهم من الخاصة الاّ ابن حمزة.

والثالث يوافق مقتضى القاعدة العقلائية، من كون المنافع تابعة للعين ومملوكة لمالكها.

واما الاول، فيضعفه مع كونه مخالفاً لظاهر الحديث، انه لم يقل به احد من الخاصة، وما ورد فيه من تشديد النكير على ابي حنيفة في مقاله به.

واما الثاني، فيضعفه انّ الباء ليست الاّ للسببية اوالمقابلة، فعنى الرواية: انّ الخراج بازاء الضمان، أو أنه بسببه. ومن البديهي انّ المراد من الخراج هو الخراج المجعول له شرعاً، فالعنى انّ من ضمن شيئاً فله خراجه شرعاً. وليس

المراد منه ما جعله الضامن لنفسه، حتى يكون المعنى أنّ من ضمن شيئاً جعل الخراج لنفسه، فيستظهر من الضمان - بقرينة المقابلة بينه وبين الخراج الشرعي - الضمان الشرعي، الذي امضاه الشرع. فإنه لو كان المراد من الضمان هو الضمان العرفي لكانت نسبة الخراج معه نسبة الحكم مع الموضوع لا نسبة المسبب مع سببه او المقابل مع مقابله (١) مضافاً الى أنّ التمسك باطلاق الضمان انما يمكن اذا لم يكن في مورده ضمان معهود احتمال كون المراد منه ذلك المعهود، و الا فلا ينعقد له اطلاق يؤخذ به كما ذكره في الاصول (٢). وقد عرفت فيما مرّ أنّ ماثورة الخراج بالضمان ليست من كلمات قصار النبي صلى الله عليه وآله فتكون غير ناظرة الى مورد خاص يكون قرينة على بيان المراد منه. بل هي كلمة تنطق بها فيما قضى اليه في عبد اشترى، ثم استعمل فقال «ص»: الخراج بالضمان.

فيحتمل ان يكون المراد من الضمان خصوص الموجود في مورد الرواية وهو البيع الصحيح الحاصل فيه الخيار لاجل كون المبيع معيباً فلا يكون له اطلاق يشمل الضمان في مورد البيع الفاسد وهو الضمان الغير الممضى من الشرع.

و مما يؤيد ما ذكرناه انّ عروة نقلها في عين هذا المورد حيث قضى الى عمر بن عبد العزيز في عبد اشترى واستعمل.

و بالجملة لا بدّ وان تحمل الرواية على مقتضى القاعدة العقلية اعني كون خراج العين ومنافعها للمالكها، ولا يستبعد كون ما ذكره «ص» مسوقاً لبيان القاعدة المذكورة المعلومة من العقل رأساً من دون ان يتضمن لجعل حكم

(١) من المعلوم انه لا يعتبر كون سبب الحكم الشرعي امراً شرعياً معمولاً من عند الشارع كما انه لا بأس بجعل أمر، شرعاً بجذاء أمر غير معمول من عند الشارع.
(٢) والتحقيق منعه كما حققه بعض المحققين بما لا مزيد عليه.

شرعي من ناحية الشرع. والشاهد له عدم كونه صادراً عنه «ص» عند بيان الأحكام، بل قد ذكره دليلاً على ما قضى به فيما ترافعوا اليه هذا. وما ذكرناه يجري على مختار الشيخ «ره» أيضاً في تفسير الضمان بكون تلفه عليه وكون الخساره واقعة في ماله الاصلى، فإنّ كون التلف عليه يكون تارة من ناحية الشرع وتارة باقدام من نفسه مع امضاء له من الشرع.

ثم انّ القاعدة مع تفسير الضمان بكلّ من المعنيين منتقضة في جملة من الموارد «منها» ضمان المبيع قبل القبض فإنّه في عهدة البايع ويقع تلفه عليه مع أنّ منافعه للمشتري «ومنها» ضمان البيع على البايع عند اشتراط كون تلفه عليه مع أنّ منافعه للمشتري «ومنها» ضمان العارية المضمونة، فإنّها مضمونة على المستعير، مع ان منافعها ملك للمعير، و أنّ كان قد اباح له الانتفاع بها.

و اما بناء على تفسير الضمان في الرواية بما ذكره شيخ الطائفة «قده»، من أنّ معنى الضمان فيها ان يكون وقوع الخسارة عليه في ملكه، يخرج ما ذكر من الموارد عن موضوع الرواية تخصصاً.

اما الاخيران فلعدم كون المستعار، ولا البايع فيها مالكين للمال المضمون، واما الاول فلأنّه وان ذهب المشهور الى أنّ تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه، ويصير ملكاً له آنأ ما قبل التلف ثم يتلف في ملكه، ولكنّ الكلام في منافع المبيع قبل التلف ولا يفرض ان تكون له منافع في الآن المحلوق بالتلف الذي يصير فيه المبيع ملكاً للبائع. فالمنافع قبل التلف لا تدخل تحت محل الكلام لكونها منافع له في حين كونه ملكاً للمشتري (١) ولو فرض وجود منافع

(١) كون المبيع من حين البيع الى تحقق القبض، بحيث لو تلف في أيّ آن من الآنات المتخللة بينها لوقع في ملك لبائع يكفي في اقتضاء الرواية كون خراجه له. فإنّ المراد من الخراج، هو الخراج الحاصل للشيء في ازمته كونه بحيث لو تلف كان في ملكه، لا خصوص الخراج الحاصل عند تحقق التلف. و اما اعتبار كونه ملكاً له عند تحقق المنافع، فلا يقتضيه تفسير الضمان بكون تلف المضمون في

له في تلك الان، لا بأس بالالتزام بكونها ملكاً له .
 وقد تحصل ممّا ذكرنا أنّه لو اريد من الضمان في الرواية كون المضمون ملكاً للضامن كانت الرواية كناية عن كون المنافع ملكاً لمالك العين، فتكون منطبقة على القاعدة العقلائية من كون منافع العين لمالكها، ولا بأس بوقوعها في كلام النبي صلّى الله عليه وآله لما ذكرها في مقام الاستدلال على ما حكم به في القضاء. وقد بيّنا في محله أنّ الدليل المذكور في كلام النبي «ص» والائمة «ع» لا بدّ وان يكون أمراً عقلائياً مرتكزاً في اذهان المخاطبين أو أمراً شرعياً يكون أبين من المستدلّ عليه.

المبحث الثامن

في وجوب ردّ المثل في المثليات والقيمة في القيميات

لا اشكال في وجوب رد المثل عند تلف العين في المثليات. والقيمة في القيميات.
 والبحث ههنا في موضعين الاول، بيان مفهوم كل من المثلي والقيمي.
 والثاني، بيان الدليل على الحكم المذكور حتى يتبين به حكم موارد الشبهة.

الموضع الاول

في مفهوم كل من المثلي والقيمي

اعلم أنّ المشهور ذكروا في تعريف المثلي والقيمي «انّ المثلي ما تساوت

ملكية. وغاية ما يقتضيه، اعتبار كونه عند تحقق المنافع بحيث لو تلف كان في ملكه. واما فعلية وقوع التلف في ملكه فلا يعتبر عند تحقق المنافع، حتى يعتبر كونه ملكاً له بالفعل.

اجزائه بحسب القيمة» والمراد منها احد امرين «احدهما» ما كانت نسبة قيمة كلّ جزء منه الى قيمة الكل نسبة نفس الجزء اليه، بان تكون قيمة ثمنه ثمن قيمة الكلّ، وقيمة ربعه ربع قيمة الكل، وقيمة نصفه نصف قيمة الكل. وهى بهذا التفسير، يستشكل في شمولها على جملة من الموارد، اعني ما لو كان للهيئة الاتصاليّة مدخليّة في الماليّة بحيث يوجب انفصال الاجزاء نقصاً في القيمة. كالنعلين، فإنّ قيمة كلّ فرد من النعلين في حال انفراده، ليست نصف قيمة زوجهما عند اجتماعهما.

والثاني ما تساوت قيمة اجزائه عند ملاحظة بعضها مع بعض، لا عند ملاحظتها مع الكل. بحيث لو فرض انقسام العين الى نصفين، تكون قيمة كلّ منها مساوية مع قيمة النصف الاخر. ولو فرض انقسامها الى اثلاث، تكون قيمة كلّ ثلث متساوية مع قيمة الثلث الاخر، وهكذا. فيشمل التعريف حينئذٍ على ما لو كانت للهيئة الاتصالية مدخلية في القيمة. فإنّ فقدان الهيئة الاتصالية عند لحاظ كلّ واحد من الاجزاء منفرد لا يوجب تفاوتاً في قيمة كلّ واحد من الاجزاء مع الاخر. فقيمة كلّ فرد من النعلين في حال انفراده يساوي قيمة الفرد الاخر في حال انفراده، وان كان عند اجتماعهما يزيد قيمة المجموع من حيث المجموع على مجموع قيمة الفردين في حال الانفرد، هذا.

والتحقيق في بيان معنى المثل ان يقال: انّ المراد منه ليس معنى آخر وراء المعنى اللغوي العرفي. وليس استعماله في لسان الفقهاء عن اصطلاح حادث بينهم، بل المراد منه المعنى اللغويّ، أعني ما كان له مثل بحسب المتعارف (١)

(١) معنى «المثل» بحسب اللغة هو المنسوب الى المثل. فيصحّ انّ يراد منه بحسب العرف واللغة. ماله مثل، او ان يراد منه: ما يضمن بالمثل. والمراد منه عند اطلاقه في ابواب الضمانات ما يضمن بالمثل كما انّ المراد من القيميّ فيها ما يضمن بالقيمة. فهما من العناوين المنتزعة للموضوعات عن الاحكام المتعلقة بها، فيبطل ما ذكره الاستاذ «قده» في معناهما لغة وعرفاً، وعليه ←

يتفرع عدم صحة ابتناؤه عليه في تعيين افرادهما.

واما ما ذكروها من التعاريف للمثل، فهي ضوابط مضروبة منهم، لما تكون من الاشياء مضمونة بالمثل. «فنها» ما ذكره شيخ الطائفة بل اشتهر فيما بينهم وهو «ما تساوت اجزائه الصادقة عليها حقيقة واحدة، في القيمة بالنسبة» والظاهر منه ما يكون مشتملاً على اجزاء فعلاً يصدق على كل جزء اسم تلك الحقيقة، كالمغصوب من الخنطة والشعر وغيرهما من الغلات، وكل ما كان من هذا القبيل فهو مثل، فيكون المثل من جنس المكيل او الموزون، وان كان التطابق بينها وبين مقتضى التعريف المذكور محل نظر هذا. ولا يخفى عليك ان الضمان بالمثل لا يختص بالمكيل والموزون وما يكون من المغصوب او غيره ذا اجزاء متساوية في اعتبار العقلاء في التضمنين بالمثل، بدهاءة عدم وجود وجه فارق بينها وبين غيرها مما يكون واجداً للمثل بحسب المتعارف في الغرض الداعي لهم على اعتبار التضمنين بالمثل، والفائدة الملحوظة لهم فيه التي يناط بها اعتبارهم. والوجه فيما ذكره الشيخ «ره» انحصار المثل في زمانه وما يتلوه من الازمنة - ما عدا الاعصار والازمنة المقارنة لعصرنا - فيما يكال او يوزن، وما يكون ذا اجزاء متساوية من الغلات وغيرها. واما في الازمنة المتأخرة فقد حدثت المكيئة وصار بسببها غالب المصنوعات مثلياً ذا امثال كثيرة فلا منع للشيخ ولا لغيره الا من حيث التعبير بما لا يتم به الطرد والعكس في بعض الامثلة، و الا فالمرتكز في اذهانهم لا يكاد يختلف بحسبه.

منشأ تعلق الضمان في القيميات بالقيمة حتى مع وجدان المثل

اعلم ان من المسلم عدم تعلق الضمان في القيميات بالمثل لو وجد له مثل على التصادف، سواء وجد عند الضامن او غيره بحيث يمكن له تحصيله منه. فلا المالك يجوز له المطالبة بالمثل من الضامن، ولا الضامن يكفي له دفع المثل في ابراء ذمته، وهو عمدة الاشكال في التقريبات المذكورة لتعلق الضمان بالمثل في المثليات وبالقيمة في القيميات، ويجري في جميعها مما استقصاه الاستاذ «قده» فيما يأتي.

وقد حصلنا الوجه في دفعه، وتوضيحه يتوقف على بيان منشأ الضمانات فنقول: لا اشكال في ان الضمان يتعلق بالشيء من حيث كونه مالاً، ولذلك لا يتعلق بما كان من الاشياء فاقداً للمالية. وملاك المالية وقوع الشيء مورداً لرغبة العقلاء، ومن المعلوم انها لا تتعلق الا بالوجود

الخارجي، فانه المنشأ للآثر والكلبي فاقد للمالية، وغير مرغوب عند العقلاء لعدم ترتب الاثر عليه. واما بيع الذمي والسلم، مع اعتبار المالية في طرفي البيع، فمنع عن تعلق البيع فيها بالكلبي، والشاهد له أنّ الكلبي مع أنّ موطنه هو الذهن لا يكفي ايجاده في الذهن في ايجاد متعلقها من المبيع او الثمن، بل المتعلق للمبيع في البيع الذمي والسلم، هو المصداق الخارجي، اعني ما تحلّى بجلية الوجود الخارجي.

غاية الامر: أنّ متعلق البيع قد يكون موجوداً لا على التعيين، وهو الموجود بالوجود السعي المنطبق معه الوجود على كلّ واحد من الموجودات، والموجود بالوجود السعي العاري عن جميع خصوصيات الافراد، المنطبق على كلّ واحد منها، وان كان يستحيل تحققه في الخارج كذلك، الاّ أنّه يتحقق في مرآة الذهن. وبعبارة اخرى يتحقق في الخارج بحسب رؤية النفس، فهو بحسب رؤية النفس فرد خارجي غير متخصص بخصوصيات فرد من الافراد، ومنطبق على كلّ واحد منها. اذا عرفت ذلك فنقول: أنّ في مورد المثلي اعني ما كثر مثله بحسب المتعارف، اذا تواردت الامثال اعني الافراد المتماثلة في الجهات التي تتعلق بها رغبة العقلاء، واحد بعد واحد الى اذهان العقلاء، اعني أنّهم اذا أدركوا كلّ فرد فرد منها، انتقلت اذهانهم الى الجامع بين جميعها، وهو الموجود بالوجود السعي العاري عن جميع خصوصيات الافراد، المنطبق على كلّ واحد واحد منها. فتتعلق رغبتهم به بملاك واحد، دون كلّ فرد فرد منها، بل تكون متعلقة لها بما هي منطبقه له. وبعبارة اخرى: أنّ العقلاء بعد ملاحظة كلّ فرد فرد منها ينظرون الى جميعها بنظر واحد، ويتداخل جميعها، ويكون المرئى لهم امراً واحداً فيعتبرون المالية له. والحاصل أنّ المعدود في عداد ما تعلق به رغبتهم يكون هو الموجود السعي المنطبق على موجودات كثيرة، وهو الخطة الموجودة مثلاً، فتتعلق على جميع مصاديق الخطة الموجودة في الخارج.

وبتقريب آخر: إنّ المماثلة التامة بين الامثال في جميع الجهات الدخلية في تعلق رغبات العقلاء بها، اوجب اعتبار المالية عندهم للجامع لها، وقيام المالية في اعتبارهم بالجهة المشتركة بينها. بخلاف القيميات، فإنّ المالية يعتبر لكل واحد واحد منها بشخصه، منحاذاة عن المالية، المعبرة للاخر. فقتضى القاعدة في المثليات كونها مضمونة بالجامع القائم بها وبامثالها لكنّه، لاجل اضافة كلّ واحد منها الى مالكة، وكونه مملوكاً له بعينه، اقتضت سلطنته عليه مطالبته بعينه ووجوب رده اليه ولم يجز امساكه الاّ باذنه.

والقيمي بخلافه وهو ما لم يكن له مثل بحسب المتعارف. ولا وقع للاشكال عليه بأنه ان اريد وجود المثل له من جميع الجهات فغير مطرد، لعدم وجود المثل من جميع الجهات لكثير من المثليات، بل المثل من جميع الجهات غير موجود

و بتقريب أصح: إنَّ رغبة العقلاء وإنَّ تعلقت به بما أنَّه منطبق للجامع إلاَّ أنَّه حيث امكن تعلق رغبة مالكة بشخصه لاجل خصوصية فيه تختص له، تعلق الضمان في اعتبار العقلاء بشخصه. فاذا تلفت عينه واستحالت رعاية رغبة خصوص المالك لزوم رعاية رغبة العقلاء فقط، وهي قائمة بالجامع المنطبق عليه وعلى غيره من الامثال، ومقتضاه التضمين بالمثل.

واما القيميات المتعلقة للضمان هو اشخاصها، فكلَّ شخص منها بما أنَّه تعلق رغبة العقلاء بشخصه، كان مضموناً بضمان يخصه، ويختص بمالية غير مالية الاخر، فلو وجد لواحد منها عند تلفه مثل يماثله من جميع الجهات ولو عند المضمون عليه او عند من يسهل له تحصيله منه لم يضمن به. فالوجود عند المضمون عليه من المثل، ربما يكون متعلقاً لرغبته بازيد من مقدار وقوع التالف محل رغبة للعقلاء فله المنع عن دفعه الى المضمون له، فإنَّ ماليته تبائن مالية التالف، وليست ماليته مالية قائمة بجامع بينها حتى يكون تلف احدهما موجباً لضمان الجامع في ضمن الاخر، وان كان تساوي ماليته مالية التالف عند العقلاء ومقدار وقوعه محلَّ رغبة لهم، لكانت لا يلزم الضامن بدفعه بخصوصه لاجل كونه ملكاً له مسلطاً عليه، واحتمال ان تكون لشخصه خصوصية عنده توجب مزيد رغبته اليه. وكذلك لا يلزم المضمون له باخذه، لاحتمال ان تكون لشخصه خصوصية عنده توجب قلة رغبته اليه. والذي لا يتفاوت بالنسبة اليه رغبات الاشخاص، اعني ما هو الميزان والمعادل لتمييز مقدار الرغبات بالنسبة الى الاموال، هو القيمة، فالمضمون عليه يلزم بدفع القيمة بمقدار وقوع التالف محلَّ رغبة عند العقلاء، هذا.

وما ذكرناه من التفصيل لبيان موارد ما يضمن فيه بالقيمة، وما يضمن فيه بالمثل من الاموال بحسب نظر العرف والعقلاء. ولا اشكال في أنَّ الحجة المتبعة في ابواب المعاملات هو نظر العرف بمجرد عدم قيام الردع والمنع عنه من الشرع. مضافاً الى أنَّ التعويل في تعيين المضمون به في اطلاقات قاطبة ادلة الضمانات التي خرجت في الكثرة عن حد الاحصاء، الا ما شذوذ منها، على نظر العرف والعقلاء فهو جهة قطعية في تشخيص ما يضمن من الاشياء بالمثل وما يضمن بالقيمة، لا يعدل عنها في استكشاف نظر الشارع.

لشيء من الأشياء. وان اريد وجود المثل من بعض الجهات، فغير مطرد، لوجود المثل من بعض الجهات لكثير من القيميات، فإنّ الضمان يتعلق بجيئة مالية الشيء (١)، فكلّ خصوصية لا دخل لها في ماليته لا تدخل تحت الضمان، فالمراد من المثل حينئذٍ ما كان مماثلاً له في الجهات والخصوصيات الدخيلة في ماليته، وان لم يكن مماثلاً له في الجهات والخصوصيات غير الدخيلة في ماليته.

والتوضيح أنّ مالية الشيء قد يكون قائمة بخصوصياته الفردية المشخصة له، وقد تكون قائمة بالجامع الموجود في ضمنه الذي له افراد غيره. فيمكن الخروج حينئذٍ عن عهدة الضمان المتعلق بالجامع الموجود في ضمنه عند تلفه برد فرد آخر من افراده، لصدق رد الجامع عليه، بخلاف ما كان من الأشياء تقوم ماليته بخصوصياته المفردة والمشخصة، فلا يمكن رده حينئذٍ برد فرد آخر من نوعه او صنفه، فيتنزل لا محالة الى اداء ما به مالية الشيء وهو القيمة (٢) وهي

(١) ليست المالية حيثة تحاذي سائر حيثيات المال. بل جميع حيثيات الشيء - ماعدا ما كانت منها ساقطة في اعتبار العقلاء، ومنزلة بمنزلة العدم في عدم وقوع شيء بذائه - بذاتها مصداق لعنوان المال اعتباراً بالضمان يتعلّق بذواتها لا بجيئة منضمة اليها ثابتة للشيء في قبالتها. وما تقدّم من أنّ ملاك اعتبار المالية لشيء وقوعه محلّ رغبة للعقلاء، فيتحصل منه أنّ الضمان إنّما يتعلق بشيء من حيث وقوعه محلّ رغبة للعقلاء فهو حيثية تعليلية.

(٢) القيمة ما يتقوم الشيء عند العقلاء بملاحظته، حيث أنّ قوام الشيء في رغبة العقلاء اعني مقدار وقوعه محلّ رغبة لهم يعلم بالقياس اليها. وبالجملة القيمة مقياس الاشياء في وقوعها محلّ رغبة للعقلاء، فينزل الضمان عند فقد المثل للتالف بحسب المعارف الى ما يساويه في مقدار وقوعه محلّ رغبة لهم. والوجه في تنزله الى خصوص القيمة بعد اشتراكها مع غيرها من الاموال في المساواة للتالف في مقدار وقوعه محلّ رغبة لهم، عدم اختلاف رغبات الاشخاص اليها بملاحظة خصوصيات فيها لشخص دون شخص، ولو تنزل الى جامع ما يساوي التالف في مقدار وقوعه محلّ رغبة للعقلاء، كان مقتضاه جواز تفريغ الذمة بكلّ ما يختاره المضمون عليه، وربما يكون ذلك غير مرغوب للمضمون له لاجل خصوصية فيه.

تختلف بحسب اختلاف البلاد والازمان، فقد يكون الدرهم او الدينار، او غيرها مما تعارف في زماننا هذا، وربما تكون في بعض القرى الخنطة هذا. ثم انّ كون شيء مثلياً او قيمياً في بلد او زمان، لا يقتضي كونه كذلك في جميع البلاد وجميع الازمنة. بل الاعتبار بكونه ذا مثل ومماثل بحسب المتعارف، فايّ بلد او زمان يوجد له المثل بحسب المتعارف فهو مثل فيهِ، وإن كان قيمياً في زمان او بلد آخر وبالعكس.

فكم من اشياء كانت قيمة في الازمنة المتقدمة، ثم صارت مثلية في الازمنة المتأخرة، كالكتاب، فانه كان في الازمنة السابقة من القيميات، فصار مثلياً في هذه الازمنة، لكون شيوع الطبع موجباً لأيجاد كتب كثيرة متماثلة من جميع الجهات.

فالكتب المطبوعة بجمعها من قبيل المثليات مالم يندر نسخها بحيث تعذر تحصيلها، بخلاف الكتب الخطية، فانها غير متماثلة الا في النادر. وكالثوب، فانّ الاثواب المنسوجة بالمعامل الحديثة، متماثلة من جميع الجهات بخلاف الاثواب المنسوجة باليد في الازمنة المتقدمة.

و بالجمله فجميع الاشياء المصنوعة بالماكنة في المعامل الحديثة في زماننا من قبيل المثليات، لوجود المماثلة بين كلّ صنف منها. ولا يصنع فيها فرد واحد فاقداً للمائل، بل من كلّ صنف افراد كثيرة، يكون بينها مماثلة تامة.

والحاصل، انه لا يعتد بكون شيء قيمياً او مثلياً في الازمنة المتقدمة بل يلاحظ حاله في الزمان الحاضر، وان قام الاجماع على خلافه فيما تقدم من الازمنة. فانّ الاجماع انما قام على كونه قيمياً مثلاً لاجل عدم وجود المثل له بحسب العادة، فاذا صار بحيث كان له المثل بحسب العادة، يخرج عن معقد الاجماع. بل لو ورد نصّ على كون شيء قيمياً او مثلياً لا يعتد به في زمان متأخر عن زمان صدور النص، فانه انما حكم في الحديث بكونه قيمياً، لاجل

عدم وجود المثل له بحسب العادة في ذلك الزمان. فلو انقلب حاله في الزمان المتأخر، و صار بحيث كان له المثل بحسب العادة يخرج عن تحت الحديث «الثاني» في تحصيل الدليل على الحكم المذكور، والحاجة اليه بعد تسلم اصل الحكم فيما بينهم لاجل وقوع الخلاف في اوان تعلقه.

الموضع الثاني

في الدليل على ضمان المثليات بالمثل والقيميات بالقيمة

الدليل الأوّل

ما استدل به شيخ الطائفة «قده» على وجوب ردّ المثل في المثليات، وهو آية الاعتداء.

«فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم».

والذي يقتضيه النظر ان الاية مصروفة عما نحن فيه رأساً بل هي ناظرة الى احكام الجهاد، بقريئة صدر الاية قال تعالى «الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» (١) وما قبلها قوله تعالى.

«واقتلوهم حيث ثقتموهم واخرجوهم من حيث اخرجوكم والفتنة اشدّ من القتل ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فان قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين» (٢) الى ان قال تعالى «الشهر الحرام بالشهر الحرام» الآية.

(١) سورة البقرة، الآية ١٩٤.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٩١.

و مورد الآية «واقعة الحديبية» و مجملها أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أراد أن يدخل مكة في شهر ذي القعدة لاجل الايتان بمناسك الحج فمنعه كفار مكة فنزلت «الشهر الحرام بالشهر الحرام، الآية» فحجّ النبي «ص» في شهر ذي القعدة من السنة الآتية فقله تعالى فمن اعتدى الخ متفرع على صدر الآية «الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص» فالمعنى أنّ الشهر الحرام يدخله القصاص، ومن اعتدى فيه يجوز قصاصه بمثل ما اعتدى. و لذا لم يتعرض رسول الله «ص» للجهاد معهم في ذلك العام، بل اقتصر على اداء مناسك الحج ورجع، لاجل المكافاة والمماثلة لمنعهم عن ذلك.

ومّا يشهد لخروج ما نحن فيه عن عموم الآية أنّ الخطاب في قوله تعالى «فمن اعتدى عليكم» الى المسلمين فيكون المراد ممن اعتدى غير المسلمين. ومّا يشهد له ايضاً تعلق الاعتداء بغير الاموال وهو النفس (١).

هذا كلّ مضافاً الى أنّ من المحتمل كون كلمة ما في قوله تعالى «بمثل ما اعتدى» مصدرية، فيكون محصله اعتبار المماثلة في المعتدى به. اللهم الاّ ان يثبت اعتبارها بالملازمة او الاجماع المركب على عدم التفرقة بينه وبين اعتبار المماثلة في اصل الاعتداء.

ثمّ أنّ مع تسليم ذلك كلّ والغمض عمّا اوردنا على الاستدلال بالآية، أنّها يثبت بها جواز التقاص عن تعدى عليه بمثل ما تعدى به، ولا تثبت به كيفية الضمان الثابت على ذمة المعتدى.

و بالجملة التمسك في المقام بالآية يتوقف على تعديده مفادها عن القصاص في الحرم الى مطلق القصاص، ومنه الى الاموال، و تنزيل الاعتداء بالمال بمنزلة

(١) وفيه أنّ الاعتداء لا يكون الاّ بين شخصين، لكتبه قد يكون بالاضرار له في نفسه، وقد يكون الإضرار له في ماله، و مقتضى اطلاق الاعتداء شموله على كلا النوعين.

الاعتداء بالنفس، وعن الكفار الى المسلمين، وجعل المراد من المثل المعتدى به، دون خصوص الاعتداء، او اثبات الملازمة للمتعدى به بالملازمة بين اعتبارها و اعتبار المماثلة في الاعتداء بالملازمة، والاجماع المركب.

والذي يظهر من ملاحظة الروايات الواردة في تفسيرها: ان الآية ليست مسوقة لبيان اعتبار المماثلة في المعتدى به او نفس الاعتداء، بل مسوقة لبيان تجويز اصل الاعتداء، والمراد منها، انه يجوز القصاص في الحرم، وانه يجوز الاعتداء عليهم كما اعتدوا عليكم، مكافاة لما اقدموا عليه، وجزاء سيئة سيئة بمثلها، من دون تعرض لاعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء او المعتدى به.

فمن جملة روايات الكليني (١) ما رواه عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل قتل رجلاً في الحرم فقال «ع»: «يقام عليه الحد في الحرم صاغراً لانه لم ير للحرم حرمة، وقد قال الله تعالى «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» (٢) يعنى في الحرم، وقال «فلا عدوان الا على الظالمين» (٣) انتهى.

فمن الواضح عدم المماثلة بين كل جناية وحدها كالسرقة وقطع اليد بل المماثلة في اصل جواز الاعتداء في الحرم.

الدليل الثاني

ما استدلل به شيخنا الانصاري «ره» في المكاسب وهو الاقربيه قال: الضمان يتعلق بالمثل، لانه اقرب الى التالف من حيث المالية والصفات، ثم بعده قيمة التالف من النقدين وشبههما وهي مخدوشة من وجهين.

(١) الوسائل، ابواب مقدمات الاحرام، الباب ١٤، الحديث ١ ورواه الشيخ في التهذيب بسند

صحيح.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٩٤.

(٣) سورة البقرة، الآية ١٩٣.

«أحدهما» ما اورده عليها وعلى الاستدلال بالاية المتقدمة، من أن مقتضاها لا ينطبق على مذهب المشهور، بل كان بينها عموم من وجه، لاقتضاءها تعلق الضمان بالمثل اذا وجد المثل، وان كان على غير المتعارف، بخلاف المشهور فانهم حكموا بضمان القيمة لو كان التالف فاقداً للمثل بحسب المتعارف وان وجد له مثل ندره.

واقضاءها تعلق الضمان بالقيمة اذا تنزلت قيمة المثل تنزلاً فاحشاً عن قيمة التالف، بخلاف المشهور فانهم حكموا فيها بتعلق الضمان بالمثل. و ثانيها ان الاقربى يقتضي عند عدم وجود المثل من حيث جميع الصفات، تعلق الضمان بالمثل من حيث بعض الصفات، لا التنزل الى القيمة، بمجرد فقدان المثل من جميع الصفات والجهات. (١) كما ان الاقربى المعتبرة عندهم عند تعذر صرف المال الموقوف في الموقوف عليه تقتضي مراعاة الاقرب فالاقرب، فلا يجوز صرف المال الموقوف على مسجد عند تعذر صرفه فيه، الا في المسجد الاقرب له ثم الابدع فالابدع، ولا يجوز صرفه في مطلق المصارف الخيرية.

الدليل الثالث

ما ذهب اليه جماعة من اعلام المتأخرين خلافاً للمشهور بقاء ضمان العين

(١) وفيه ايضاً منع، من حيث ان القيمة اقرب الى التالف في قيامه مقامه، لمساواتها مع التالف في مقدار وقوعها محل رغبة للعقلاء. وتقديم المثل على القيمة لاجل مساواته مع التالف في جهتين، رغبة نوع العقلاء، ورغبة المالك بحسب ما يخصه من الخصوصيات. فمع عدم امكان رعاية كلتا الجهتين، يراعى جهة مساواته للتالف في وقوعه محل رغبة لنوع العقلاء، باءاء القيمة. فان قلت: إن مقتضى ما ذكر، تعلق الضمان بالمائل له في بعض الصفات، مع ما به التفاوت بينه وبين التالف من القيمة.

قلت: المائل في بعض الصفات لا يكون واجداً لما يوجب مزية رغبة المالك، بل كثيراً ما تكون رغبة المالك الى قيمة التالف ازيد من رغبته الى الناقص مع أرش المنقصة.

بعدالتلف، و عدم انتقاله الى المثل والقيمة (١) و ذكروا في تقريبه وجوهاً.

(١) وهو مقتضى التتبع التام في الروايات الواردة في ابواب الضمانات، من البيع والاجارة، والوصية، والغصب، والرهن، واللقطة، والوصية، لدالتها بتعلق الضمان بعين التالف ولو بعدالتلف، وأن متعلق الضمان بعدالتلف هو عين التالف، دون المثل والقيمة.

الروايات الدالة على تعلق الضمان

بالعين حتى بعدالتلف

«فنها» ما رواه عبدالله بن جعفر في قرب الاسناد عن عبدالله بن الحسن عن علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر (ع) قال: سألته عن رجل اصاب شاة في الصحراء هل تحل له؟ قال: قال رسول الله (ص): «هي لك او لأخيك او للذئب، فخذها وعرفها حيث اصبتها فان عرفت فردها الى صاحبها، وان لم تعرف فكلها وان انت ضامن لها، ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردّها» «انتهى» و رواه علي بن جعفر في كتابه (الوسائل، ج ١٧ ص ٣٦٥) وفيه دلالة على أنّ متعلق الضمان بعدالتلف هوالتالف وان كان قيمياً. ويكون المضمون حينئذ هوالتالف، والمطالب للمضمون له هوالقيمة. «وفيه» دلالة ايضاً على تنزيل القيمة منزلة التالف في الرد والاداء، حيث جعل مفعول الرد ضمير الشاة الفائتة.

«ومنها» ما رواه في الكافي عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسن قال: كتبت الى ابي محمد عليه السلام: رجل دفع الى رجل وديعة وأمره أن يضعها في منزله، فوضعها في منزل جاره، فضاعت. هل يجب عليه اذا خالف امره واخرجها عن ملكه؟ فوقع (ع): «هو ضامن لها ان شاء» «انتهى». و رواه الصدوق باسناده عن محمد بن علي بن محبوب، قال: كتب رجل الى الفقيه (ع) و ذكر مثله. (وسائل الشيعة، ج ١٣ ص ٢٢٩)

«ومنها» ما رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن العمركي عن علي بن جعفر عن اخيه أبي الحسن (ع) قال سألته عن رجل استأجر دابة فاعطاها غيره فنفقت قال ان كان شرط ان لايركبها غيره فهو ضامن لها وان لم يسم فليس عليه شيء انتهى. و رواه الشيخ باسناده عن محمد بن يحيى، و رواه علي بن جعفر في كتابه. (وسائل الشيعة، ج ١٣ ص ٢٥٥)

«ومنها» ما رواه الشيخ باسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن ايوب بن نوح عن عبدالله بن المغيرة عن سعيد بن عثمان عن زياد عن ابي جعفر (ع) قال: قلت: إن حمالاً يحمل لنا، فكأرناهُ

فحمل على غيره فضاع، قال: ضمّنه وخذ منه (انتهى) ورواه الصدوق باسناده عن عثمان بن زياد (الوسائل، ج ١٣ ص ٢٧٨)

«ومنها» ما رواه الكليني عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن حماد عن حريز عن محمد بن مسلم قال قلت لابي عبدالله «ع»: رجل بعث بزكاة ماله لتقسم، فضاعت، هل عليه ضمانها حتى تقسم؟ فقال: اذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن الى ان قال: وكذلك الوصي الذي يوصى اليه يكون ضامناً لما دفع اليه اذا وجد ربه الذي امر بدفعه اليه، فان لم يجد فليس عليه ضمان. (الوسائل، ج ١٣ ص ٤١٧)

«ومنها» ما رواه ابوالصباح عن ابي عبدالله عليه السلام قال: كل من أضرب بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن. (الوسائل، ج ١٩ ص ١٨١)

«ومنها» ما رواه الكليني عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن النوفلي عن السكوني عن ابي عبدالله «ع»: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من اخرج ميزاباً او كنيفاً او أوتد و تدأ او أوثق دابة او حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب، فهو له ضامن «انتهى» ورواه الشيخ باسناده عن علي بن ابراهيم، ورواه الصدوق مرسلًا. (الوسائل، ج ١٩ ص ١٨٢)

«ومنها» ما رواه الشيخ باسناده عن محمد بن الحسن الصفار قال: كتب الى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً الى القصار ليقصره، فدفعه القصار الى قصار غيره ليقصره، فضاع الثوب، هل يجب على القصار ان يردّه اذا دفعه الى غيره و ان كان القصار مأموناً؟ فوقع «ع»: هو ضامن له إلا ان يكون ثقة مأموناً ان شاء الله تعالى «انتهى». (الوسائل، ج ١٣ ص ٢٧٥)

هذا، ولم اجد فيها ما يعارضها بالدلالة على تعلق الضمان - بالتلف - بالمثل او القيمة الآ ما رواه الشيخ باسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن ابي الجوزاء عن الحسين بن علوان عن عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه «ع»: قال أتاه رجل تكارى دابة فهلكت و أقر أنه جازها الوقت، فضمنه الثمن ولم يجعل عليه كراء «انتهى» ورواه باسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن ابي جعفر عن ابي الجوزاء مثله، (الوسائل، ج ١٣ ص ٢٥٧) ولكتها رواية مطرودة لما تضمن الفتوى بما قال فيه ابو عبدالله - على ما في الرواية الاتية لابي ولاد - في مثل هذه الفتيا تمنع الارض بركاتها. وقد حملها الشيخ على التقية لما توافق فتوى ابي حنيفة.

التقريب الاول تفكيك جهات العين المضمونة

ذكره صاحب الكفاية «ره» بيانه: أنّ العين المضمونة تشتمل على جهات ثلاث «احداها» الخصوصيات الشخصية المفردة له «ثانيها» الجهة الصنفية اعني الحثيات الدخيلة في صنفه الجامعة بينه وبين افراد اخر «ثالثها» الجهة الجنسية اعني ماليته الجامعة بينه وبين كل شيء يساوي معه في المالية، سواء كان معه صنف واحد ام لا.

وهذه الجهات قد تتفق في الحكم، وقد تفترق، ويكون بعضها محكوماً بحكم لم يتعلق بغيره، كما في الاخماس والزكوات. فإنّ متعلق الخمس والزكاة جهة مالية الشيء فقط دون سائر جهاته. فالواجب على من تعلق الخمس او الزكاة بماله اعطاء قدرهما من مالية العين فيجوز له اعطائها بغير ذلك العين. وكما في ارث الزوجة، فإنّها ترث مالية ربع التركة او ثمنها واما سائر حثيات التركة فهي باجمعها لسائر الورثة، فيجوز لهم اعطاء حصتها في ضمن غير عين التركة ويعاكسها الحبوّة على مذهب بعض، من أنّ عينها للولد الاكبر ويشترك في ماليته هو وغيره من الورثة.

اذا عرفت ذلك فاعلم: أنّ مقتضى قاعدة اليد بقاء الشيء المأخوذ على ذمة الآخذ مادام لم يؤده، والاخذ بالعين آخذ لجميع جهاته الثلاث. وقد عرفت سابقاً أنّ كون قاعدة اليد مغياة بالاداء، يقتضي كونها متخصصة ومتضيقة بما امكن ادائه.

فكلما خرجت احدى الجهات الثلاث عن امكان الاداء تسقط عن الذمة و تبقى غيرها من الجهات في الذمة، فلو تلفت العين المأخوذة و خرجت عن امكان

الاداء، تسقط العين بعينيتها عن الذمة. واما جهتها المالية والصنافية فلا تسقطان عن الذمة بسقوطها، لامكان ادائها في ضمن فرد آخر. وقد عرفت جواز التفريق والتفكيك بين الجهات الثلاث فيجب اداء المثل المشتمل على جهتي الصنافية والمالية من التالف. و اذا لم يوجد له مثل، تسقط جهة الصنافية ايضاً عن الذمة وتبقى في الذمة جهة المالية وحدها. فيجب حينئذ اداء القيمة، وهو الموجب لافراغ الذمة.

وقد علم ممّا ذكرنا أنّه لا يتجدد الضمان بتلف العين، ولا ينتقل عن العين الى المثل والقيمة، بل الضمان يتعلق من الاول لجميع الجهات الثلاث. وتعلقه بالمثل او القيمة، لاجل سقوط بعض الجهات عن الذمة، وتحقق الباقي في ضمنها. ويلزمه وجوب رعاية قيمة حال الاداء، بخلاف مالو انتقل الضمان بالتلف من العين الى القيمة فيكون الاعتبار حينئذ بقيمة يوم التلف.

التقريب الثاني

بقاء العين في الذمة وكون اداء المثل والقيمة من آثارها

وقد ذكره بعض بما محصله: أنّك قد عرفت سابقاً أنّ شغل الذمة بالمال المأخوذ اعتباري، فلا يقدر تلفه في بقاء شغل الذمة، بل يستمر بمقتضى قاعدة اليد حتى يتحقق الاداء. فوجوب اداء المثل والقيمة بعد التلف ليس لاجل انتقال الضمان اليها وصورورة الذمة مشغولة بهما، بل يكون من آثار بقاء العين التالفة في الذمة واشتغالها بها. كما ربّما يتفرع عليهما ذلك عند تعذر ادائها من دون تحقق التلف، كما لو سقطت في البحر، فيجب اداء بدل الحيلولة، وهو المثل او القيمة. فإنّ من المعلوم بقاء تعلق الضمان بالعين معه، بحيث لو تمكن من

ادائها ثانياً بعد اداء المثل وجب ادائها. فيعلم من ذلك أنّ وجوب اداء المثل والقيمة من آثار بقاء ثبوت الضمان بالعين، واشتغال الذمة بها.

«و بالجمله» أنّ الضمان لا ينتقل بالتلف الى المثل والقيمة، بل و في القيمة أيضاً يطالب بنفس العين، وفي بعض الروايات الواردة في الارض المغصوبة «جعلها الله طوقاً في عنقه من تخوم الارض السابعة» (١).

ثم أنّ مقتضى كون الضمان امراً اعتبارياً، كونه متقوماً بالفرض والتنزيل. لما عرفت فيما مرّ أنّ حقيقة الاعتبار هو الفرض والتشبيه، وتنزيل شيء بمنزلة شيء آخر (٢) وهي تكون لامحالة بلحاظ الأثر، والآ يكون لغواً لا يليق بحال العقلاء. ومن المعلوم أنّ التشبيه يحتاج الى وجه شبه بين المشبه والمشبه به، فاعتبار الضمان بعد تلف العين لا يكون الا لاجل ترتيب الاثر عليه وليس هو الاً وجوب اداء المثل او القيمة. فاذا تحقق اداء المثل او القيمة يسقط اعتبار تعلق الضمان بها رأساً، لما عرفت من أنّ بقاءه يستدعي كونه لغواً.

فتحصل ممّا ذكرنا أنّ ضمان العين كما يكون ساقطاً باداء نفسها بل يحتتم وجوده بنفسه، لكون الضمان معيّن من اول ثبوته بتحقق ادائها، كذلك يسقط باداء المثل او القيمة، لكن لا لاجل حصول غايته، بل لاجل أنّ بقاءه لغو غير مقرون بأثر يترتب عليه.

وممّا ذكرنا يعلم: أنّ الإعتبار عند اداء القيمة، بقيمة يوم الاداء دون

(١) لا اشعار فيها ببقاء تعلق الضمان بالعين بعد التلف، لعدم كون الارض ممّا تقبل التلف.

(٢) قد تعرضنا في التعليقة الاولى من الكتاب على التفصيل أنّ حقيقة الاعتبار هو التخييل فهو امر ذهني، والتشبيهية تفعيل من الشبه كالتفسيق والتكفير، فحقيقته نسبة الشباهة بشيء الى شيء آخر، وهو غير تخيل ثبوت صورة شيء لشيء.

واما التنزيل فانّما يصح تفسير الاعتبار به، ان اريد منه التنزيل بتخييل ثبوت صورته شيء لشيء، دون تنزيله بالعمل في ترتب الآثار، والآ يكون التنزيل اثرّاً للاعتبار مرتباً عليه، لا عينه.

قيمة يوم التلف، لكون الاعتبار بها فرع انتقال الضمان بالتلف الى القيمة كما عليه المشهور، وقد عرفت ان التحقيق خلافه.

التقريب الثالث

بقاء العين في الذمة، و اداء المثل والقيمة بالتنزيل

وهو الذي ذكره السيد «ره» في الحاشية وبيانه: ان مقتضى قاعدة اليد، بقاء ضمان العين في العهدة الى ان يتحقق ادائها. فاذا لم يتحقق الاداء، لا يسقط الضمان عن العهدة، حتى بعد تلف العين الا ان ادائها قد يتحقق باداء غيرها، بتراض من الطرفين، او بحكم العرف، او الشرع بذلك (١).
واما لو تراضيا بشيء بدلها وتحقق ادائها بادائه، فلا اشكال في سقوطها عن الذمة، سواء تراضيا بالمثل، او القيمة، مع بقاء العين، او تلفها، ويكون المتبع في تعيينه خصوص نظرهما.

اما لو حكم العرف او الشرع بحصول ادائها بشيء يكون المدار، في تحقق ادائها به، في صورة من الصور او جميعها، على سعة حكمها او ضيقه. فلو حكم العرف او الشرع بتحقيق ادائها بالمثل او القيمة، تسقط العين التالفة عن الذمة بادائه. ثم ان الاعتبار يكون حينئذ بقيمة يوم الاداء قهراً. لما عرفت من ابتناء كون الاعتبار بقيمة يوم التلف، على انتقال الضمان بتلف العين الى المثل والقيمة. واما بناء على بقاء ضمان العين، كما هو المتعين بمقتضى هذه الوجوه، فلا وجه للالتزام به.

(١) قد تقدم متا بيان دلالة رواية علي بن جعفر عن اخيه «ع» على تنزيل اداء القيمة منزلة اداء العين التالفة و اطلاق ادائها على اداء القيمة فراجع.

اشكال ودفعه

وفد اندفع بالوجوه المذكورة، الاشكال المتوهم، في حصول البرائة باداء المثل او القيمة، مع الالتزام ببقاء العين بعد التلف في الذمة. توضيح الاشكال: أن قوله صلى الله عليه وآله «على اليد ما اخذت حتى تود» يدل على توقف فراغ الذمة على اداء ما هو المأخوذ بالحمل الاولى او بالحمل الشايع الصناعى، وبعبارة اخرى، اداء نفس المأخوذ او ما هو من افراده، وحيث أنّ المأخوذ ليس الا جزئياً خارجياً لا يكون له افراد ينحصر ادائه في تأدية نفسه. فسقوط العين عن الذمة باداء المثل او القيمة ينافي مدلول الرواية، فلولا رفع المنافاة بينهما بالتقريبات المذكورة، لم يبق مجال غير الالتزام بانتقال الضمان بالتلف الى المثل والقيمة. والوجه في قيامها على رفع المنافاة المذكوره يختلف بحسب كل واحد منها.

اما التقريب الاول فقد تقرر فيه أنّ اداء المثل والقيمة أداء لنفس المأخوذ حقيقة، لانحلال العين الى جهات يكون أخذها أخذاً لكل واحد منها، وأنّ أداء القيمة أداء لجهة ماليتها، واداء المثل اداء لها ولجهة صنفيتها. واما التقريب الثاني، فلما ثبت فيه: أنّ ضمان العين يسقط باداء المثل والقيمة لكون اعتباره بعد فاقداً للاثر وهو يستلزم كونها لغواً. واما التقريب الثالث، فلما عرفت فيه: أنّ سقوط ضمان العين باداء المثل او القيمة، من باب الوفاء بالدين بغير الجنس، وانّ ادائها نزل بمنزلة اداء نفس العين عرفاً او شرعاً، فيكون ادائها أداء لها.

تزييف التقريبات الثلاث

«اما التقريب الاول» ففيه اولاً: أنّ من المعلوم أنّ الشيء مالم يتشخص لم يوجد، سواء اخترنا أنّ التشخص بنفس الوجود، او بأمر آخر. وبالجملة لا

ريب في أنّ الموجود في الخارج لا بدّ وأن يكون متعيناً، والكلّ بوصف كونه كلياً لا يمكن أن يوجد في الخارج، والكلّي الطبيعي أنّما قبل بوجوده في الخارج في ضمن افراده لا بكلّيته، واتصافه بالكلّيّة أنّما هو في ظرف الذهن. فيوصف فيه بالكلّيّة ويسمى هو مع الوصف كلياً عقلياً، وهو وحده كلياً طبيعياً، ونفس الوصف كلياً منطقيّاً.

والحاصل أنّ الانسانية الموجودة في ضمن فرد من الانسان ليست هي الانسانية الكلية الصادقة على الكثيرين، بل هي حصة من كلّي الانسان، متغايرة مع الحصة الموجودة منها في ضمن فرد آخر. نعم اذا لاحظنا الانسانية الموجودة في ضمن ذلك الفرد منها وتحققت طبيعة الانسان في ظرف الذهن، لم يمتنع حينئذ صدقه على كثيرين، فلو صدق على متفكّة الحقائق سمى بالنوع، ولو صدق على مختلفها سمى بالجنس. وبالجملة أنّ المشترك فيه الكثيرون هو الانسانية الموجودة في الذهن. واما الانسانية الموجودة في الخارج في ضمن زيد فهي متشخصّة لا محالة، وغير مشتركة بين الكثيرين، بداهة أنّ انسانية زيد في الخارج غير انسانية عمرو في الخارج، وانسانية عمرو في الخارج غير انسانية بكر فيه. وبهذا الاعتبار تصير الانسانية نوعاً يشترك فيها زيد وعمرو وبكر هذا.

ومن الواضح عندك، أنّ المراد من كلمة «ما» في رواية اليد هو العين الخارجية، فيكون الضمان متعلقاً بها، فلا يتعلق الضمان بالكلّي المشترك بينه وبين امور اخرى. لما عرفت من استحالة تضمن الفرد الخارجي للكلّي المشترك بين الافراد - حتى يقال: إن شطراً من متعلق الضمان اعني الكلّي المشترك بينه وبين افراد اخرى يبقى بعد تلف العين في ضمن فرد آخر. بلى يفنى بفناء العين جميع الجهات الموجودة فيها، والباقي في ضمن فرد آخر هو امر آخر غير الموجود في ضمنه.

و بالجملة تفكيك العين المأخوذة الى جهات عديدة: والحكم ببقاء بعضها بعد فناء العين في ضمن المثل او القيمة، وان كان مستحسناً بحسب بادي النظر، وقد تبع صاحب الكفاية ره في ذلك جمع من تلامذته وغيرهم، إلا أنه واضح البطلان، بعد ملاحظة قواعد الفن.

«و ثانياً»: إنّه لا وجه لحصر التفكيك في الجهات الثلاث المذكورة والتنزل بعد انعدام واحدة منها الى الاخرى بالمرّة. بل لو التزمنا بالتفكيك، وجب تفكيكها لا محالة الى الجهة النوعية، والجهة الجنسية، على مراتبها من الجنسية القريبة، والجنسية البعيدة، الى ان ينتهي الى جنس الاجناس. والالتزام بعد تعذر الجهة الصنفية، بضمان الجهة النوعية، وبعد تعذرهما بضمان الجهة الجنسية القريبة، وبعد تعذرهما بضمان الجهة الجنسية البعيدة، وهكذا، لا التنزل بعد تعذر مجرد الجهة الصنفية، الى القيسة، والالتزام بضمانها دون الجهة الصنفية والجنسية.

«و ثالثاً»: انّ بقاء تعلق الضمان بكلّي المالية، بعد تعذر الجهة الفردية والجهة الصنفية، يقتضي وجوب ردها في ضمن فرد من افرادها. فلا موجب لتعيّن رد القيمة اعني المالية المحضة بل جاز ردها في ضمن اي شيء يساويها في المالية. كما في سائر الموارد التي تعلق الحكم فيها بحيثية المالية. فيجوز رد الزكاة من مال آخر غير القيمة، كما يجوز ردها من عين المال المتعلق بها او من القيمة. ومنشأ الإلتزام بهذا المعنى، خلط مطلق المالية بالمالية المطلقة والمحضّة. والفرق بينهما بين، كما عرفت.

ورابعاً: إنّه لا دليل على جواز التفكيك بين الجهات ههنا، وأنما وقع التفكيك في باب الزكاة وارث الزوجة لقيام الدليل عليه.

«واما التقريب الثاني» فيرد عليه أنّ الغاية كما اشرنا اليه سابقاً توجب تضييقاً وتقييداً في المعنى، فكون ضمان العين المأخوذة مغيباً بالاداء يقتضي

تقيدها بما يمكن ادائه. فالضمان قد تعلق من بادى الامر بالعين الممكن ادائها، فإذا تلفت العين ولم تكن بحيث يمكن ادائها، تخرج عن موضوع دليل الضمان رأساً.

«واما التقريب الثالث» و ان كان مفاده بمكان من الامكان، لجواز تنزيل الشارع اداء المثل او القيمة منزلة اداء نفس العين، وجعل التخيير بينهما. فإن التخيير بين الشئين كما يجوز عرضاً كذلك يجوز طولاً، بان يكون احدهما منزلاً بمنزلة الاخر عند تعذره. كالتيتمم بالنسبة الى الوضوء، فإن التيمم نزل منزلة الوضوء عند تعذره. والتخيير بينهما طولى فتحصل الطهارة بالتيتمم عند عدم وجدان الماء، كما كانت تحصل بالوضوء عند وجدانه. فيجوز ان يكون رد المثل منزلاً بمنزلة رد نفس العين المأخوذة عند تعذر ادائها فيترتب عليه آثار رد العين، ومنها سقوط ضمانها.

إلا أنك خير بأن الاكتفاء بالتيتمم مكان الوضوء عند تعذر الماء، وترتيب آثاره عليه، كان لاجل قيام دليل شرعي على التنزيل، وأي دليل له اصرح وأبين من قوله عليه السلام «التراب احد الطهورين ويكفيك عشر سنين» (١). واما فيما نحن فيه فلا دليل يدل على تنزيل اداء القيمة والمثل منزلة اداء العين التالفة وترتيب آثاره عليه، (٢) إلا قيام الاجماع على براءة الذمة عند تلف العين باداء المثل او القيمة. وهو لا يقتضي قيامه على تنزيله منزلة اداء العين، فيكون مخصصاً لعموم الغاية لا حاكماً عليها كما توهم.

فاذا ثبت عدم كون دليل حصول البراءة باداء المثل او القيمة حاكماً على

(١) في حديث زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: ان التيمم احد الطهورين وفي حديث السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله قال يا اباذر تكفيك الصعيد عشر سنين، الوسائل، ابواب التيمم الباب ٢٣ الحديث ٤ و٥.

(٢) قد تقدم دلالة رواية علي بن جعفر عليه.

غاية رواية اليد، وأنّ مع تقديمه على مدلول الغاية، لا بدّ من التصرف في ظاهرها بالتخصيص. فما المرجح لارتكاب التخصيص في الغاية على ارتكابه في اصل المعنى؟ اذا دار الامر، بين توجه التخصيص الى الغاية، حتى يكون المعنى أنّ ضمان العين الغير التالف يبقى إلى حين اداء العين او المثل والقيمة عند تلفها، وبين توجهه الى المعنى، حتى يكون المعنى أنّ ضمان العين الغير التالفة يبقى الى ان يتحقق ادائها بعينها هذا.

هذه جملة الاشكالات الواردة على كلّ واحد من التقريبات الثلاث بخصوصها. ويزيد عليها ما يعمّ على جميعها ويتوجه البطلان منه الى عمومها. وهو: أنّ لسان ادلة الضمان في جميع موارد الضمانات واحد (١) فلا يجوز ان يكون الضمان فيما نحن فيه ببقاء العين في العهدة، لعدم استقامته في بقية موارد الضمانات منها ضمان اتلاف مال الغير من دون تسليط اليد عليه، فانه يتعلق بالمثل او القيمة لاحالة لعدم تحقق الضمان ما دامت العين باقية، بل حدث بنفس اتلاف العين. فلو فرض أنّ وجوب ردّ المثل او القيمة كان لاجل تعلق الضمان بالعين، و صيرورتها مضمونة على ذمة المتلف بنفس تحقق الاتلاف، يلزمه فرض الوجود للعين التالفة ثمّ تعليق الضمان به، وهو كالأكل من القفا. وأمّا في مورد تحقق اليد العدوانية، فإنّما قيل بكون متعلق الضمان بعد التلف هو نفس العين التالفة، ابقاء للضمان المتعلق بها قبل التلف. وأمّا عند كون حدوث الضمان بنفس التلف وتجده من حينه، فلا ملزم لتعليق الضمان حينئذٍ على العين (٢)، ثمّ ايجاب ردّ المثل او القيمة لاجل

(١) قد عرفت في بعض التعليقات السابقة دلالة صريح الاخبار على كون متعلق الضمان هو العين التالفة وبقاء تعلق الضمان بها بعد التلف، مادام لم يتحقق اداء المثل او القيمة. فاذا تحقق ادائها، يعد ادائها اداء لها، فتسقط عن الذمة لتحقق ادائها.

(٢) قد عرفت أنّه مقتضى صريح عدة من الروايات.

اشتغال الذمة بها. ومنها ما لو أخذ العين أمانة ثم أفرط عليها وأتلفه، يثبت الضمان حينئذٍ بنفس الاتلاف. فلو فرض تعلق الضمان بالعين كان كالفرض السابق نظير الاكل من القفا.

وبالجمله تقديم رواية اليد، على فرض تسليم دلالتها على بقاء تعلق الضمان بالعين بعد التلف، وغمض النظر عن الاشكال المتقدم في دلالتها عليه، على جميع أدلة الضمانات ضعيف جداً (١).

والضمان يطلق في ابواب القصاص والحدود، على اعضاء البدن عند وقوع جناية عليها من الغير. بل ورد في الحديث «انّ من اخرج الغير من بيته فهو له ضامن حتى يدخله في بيته» فلو بنى على كون متعلق الضمان هو نفس التالف يلزمه دخول ما وقع عليه الجناية من الاعضاء في العهدة، وهو تكلف. بل الضمان في جميع موارد استعماله بمعنى عدم هدر دم المؤمن او ماله، بحيث لو اهرق دمه احداً واتلف ماله كان عليه بدلها، ونعم ما فسره الشيخ «ره» به، من انّ الضمان كون خسارة المضمون عليه (٢).

(١) قد بيّنا فيما مرّ أنّه لم يوجد في ادلة الضمانات ما يدلّ على انتقال الضمان بالتلف الى المثل او القيمة، إلاّ رواية محمولة على التقية. واوردنا ثمانى روايات تدلّ على بقاء تعلق الضمان بعين لتالف.

(٢) الضمان فعل للشخص، يتعدى بنفسه، ويتعلق بالمضمون، سواء كان فعلاً حقيقياً يحاذيه في الخارج حدث يصدر من الضامن ويقع عليه، او فعلاً اعتبارياً اعتبر صدوره من الضامن ووقوعه على المضمون.

وبالجمله انّ لفظ الضمان معنى يصدر من الضامن ويقع على المال، فلا يمكن تفسيره بالتلف المال و خسارته عليه لانه يسند فعلها الى المضمون ويتعدى الى الضامن بتوسيط حرف (على) بعكس فعل الضمان في استناده الى الضامن وتعلقه بالمضمون وتعديه اليه بنفسه.

والتحقيق: انّ حقيقة الضمان في جميع موارد استعماله من ضمان الاموال والانفس، تضمن الضامن للمضمون وحصول المضمون في ضمنه، بتضمن ذمته له وحصوله في ضمنها، باعتبار كون

هذا كله تحقيق المسألة بحسب الأدلة العامة ويؤيده بعض ما ورد في موارد خاصة، كرواية ابي ولاد حيث قال عليه السلام «قيمة بغل يوم خالفته» بعد قول الراوي «اليس كان يلزمني» (١) وفي رواية اخرى «كان عليه تبعته» (٢) ومعنى «عليه»، كونه على عهده كما ذكرناه في بيان معنى رواية اليد، فهو بعينه نظير على اليد في الدلالة على ثبوت الضمان (٣) فالقول ببقاء تعلق الضمان بالعين في غاية السقوط، فثبت أنّ الحق مع المشهور (٤) حيث حكموا بتبدل متعلق الضمان بتلف العين، وان كان الالتزام منهم بتبدله بالمثل والقيمة لا يخلو عن نظر.

والذي يحتمل بحسب مقام الثبوت امران «احدهما» انتقال الضمان في المثليات الى المثل، وفي القيميات الى القيمة، ثم انتقاله ثانياً الى القيمة

الذمة جزء منه، وان تضمن الذمة هو تضمنه بنفسه. ويترب عليه كونه ملزماً بدفعه عند تلفه بدفع ما نزل بمنزلته، وهو الدية في النفوس واعضاء البدن، والمثل او القيمة في الاموال، فيكون تلفه و خسارته واقعة في ماله. والوجه في ترتبه عليه أنّ الذمة بمعنى العهدة والالتزام، فعنى كون الشخص ضامناً بشيء وقوعه في التزامه، ومسيرورته ملتزماً برده، إما بسبب التزام نفسه او بالزام العرف والشرع له.

(١) ليس فيها تصريح بالضمان، حتى يدلّ على تعلّقه بالقيمة.

(٢) التبعة، مصدر تبع يتبع، وكثيراً ما يستعمل بمعنى التابع. ويطلق تبعه العصيان على كون العاصي معاقباً ومؤاخذاً، لما يتبع ارتكابه به. ومعنى الرواية كان عليه تبعه التلف اي يجب عليه اداء المثل او القيمة، فليس فيها دلالة الاعلى مجرد وجوب اداء المثل او القيمة وهو لا يدلّ على تعيين متعلق الضمان.

(٣) قد تقدم من الاستاذ «قده» أنّ المدخول لكلمة «على» في قولنا عليه كذا لو كان فعلاً من الافعال كان معناه وجوب الاقدام به تكليفاً وقد بينا في التعليقة السابقة أنّ المراد من التبعة اداء المثل او القيمة وهو فعل، فليس معنى عليه تبعته، الا ايجاب ادائها تكليفاً.

(٤) بل كان مقتضى ما قدمناه من الاخبار، عدم تبدل الضمان وبقاء تعلقه بالعين التالفة بعد تلفها، وسيجىء منع قيام الشهرة على ما ذكره «قده».

في المثليات بتعذر المثل، وانتقاله ثالثاً الى المثل اذا لم يؤد القيمة حتى تمكن من المثل، وانتقاله رابعاً الى القيمة أيضاً اذا تعذر المثل بعده، وهكذا. وثانيهما انتقال الضمان بتلف العين، الى عنوان كلي يكون تعلق الضمان بالمثل والقيمة لاجل كونها مصداقاً له، وهو عنوان البدل. فوجوب رد القيمة في القيميات لاجل كونها هي المصداق المحقق لعنوان البدل، ووجوب رد المثل في المثليات لاجل كونه هو المصداق المحقق لعنوانه. وكذا وجوب رد القيمة عند تعذر المثل في المثليات، لاجل كون القيمة محققة لعنوان البدل، ومصداقاً له عنده.

واما في مقام الاثبات: فلسان ادلة الضمان مختلف في ذلك، فالمدكور في بعضها تعلق الضمان بالمثل والقيمة. وفي بعضها كالرواية المذكورة في المستدرک، «اذا تلف كان عليه بدله» بل ربّما ذكر تعلق الضمان بالقيمة في مورد تعلقها بالمثل وبالعكس. فيمكن حمل ما ذكر فيها تعلق الضمان بالبدل على ما دلّ منها على ضمان المثل والقيمة واخذ البدل عنواناً مشيراً اليها، فيكون موضوع الضمان في الحقيقة هو المثل والقيمة، وتعلقه في ظاهرها بعنوان البدل بما هو مرآة لهما بما هو هو. ويمكن حمل ما ذكر فيها تعلق الضمان بالمثل او القيمة، على ما ذكر فيها تعلق الضمان بالبدل، وكون وقوعها متعلقاً للضمان لاجل كونها مصداقاً له. وكلاهما يوافق لنظر العرف. ونظائرهما كثيرة في العرف.

والذي يقرب الى النظر، كون متعلق الضمان هو عنوان البدل (١) لولا

(١) ثبوت عنوان البدلية لشيء ينتزع من جعله قائماً مقام شيء آخر، وهو يكون فيما نحن فيه بجعله قائماً مقام التالف في تعلق الضمان به. فثبوت عنوان البدل له متفرع على تعلق الضمان، فهو في رتبة متأخرة عن تعلق الضمان، فكيف يكون عنوانه متعلقاً للضمان حاصلاً في رتبة متقدمة على تعلقه.

المانع عنه عقلاً. بيانه: أنّ المفاهيم الاعتبارية لا تقوم بها الاحكام بل يسرى منها الى مصاديقها، فتكون هي المقوم لها دون المفاهيم الاعتبارية، بدهة عدم كونها واجدة لما يحاذيها في الخارج. فليست هي متعلقة للأمر والنهي في الحقيقة، بل الامر بالصلاة مثلاً يتعلّق في الحقيقة بالركوع والسجود والقراءة وغيرها من اجزائها. ولذا بنينا في محلّه على أنّ الشك في الركوع والسجود وغيرها من اجزاء الصلاة شك في نفس المأمور به فيكون مورداً لجريان البراءة وليس شكاً في المحصل له (١) حتى يكون مورداً لجريان الاشتغال.

فعلم مما ذكرنا أنّ عنوان البدل وماضاهاه من العناوين الاعتبارية ليست متعلّقة للضمان، والمتعلق للضمان في الحقيقة عند تعلقة في لسان الدليل بعنوان البدل هو المثل والقيمة، بل ليس المتعلق له، هو عناوينها. لكونها ايضاً من العناوين الاعتبارية، تكون تعلق الضمان بها تعلقاً لمعنونها في الحقيقة. فالمتعلق له الضمان هو مصداق المثل والقيمة، اعني ذات الدرهم والدينار او الحنطة والشعير وغيرها من الاجناس المثلية.

اذا عرفت ما ذكرنا كله فلنتعرض لتعيين الاصل الذي يرجع اليه عند الشك في تعلق الضمان بالمثل او القيمة، فنقول: يمكن القول بانّ الاصل ضمان المثل، لكونه أقرب الى التالف، او ضمان القيمة، لاصالة براءة الذمة عن ضمان المثل، او تخيير الضامن، لاصالة براءة ذمته عمّا زاد على ما يختاره، او تخيير المالك، لاصالة عدم سقوط الضمان عن ذمته الاّ بدفع ما يرضى

(١) والوجه فيه أنّ التكبير والقراءة والركوع والسجود وغيرها مع كيفية خاصة، اعتبر بمجموعها مصداقاً للصلاة، وهوالتخضع عندالله والقيام بوظيفة العبد في حال حضوره عند مولاه، لا ان تكون هي ذواتها، ويكون صدق مفهوم الصلاة عليها بالعرض محاذياً في الخارج لحثية منضمة اليها، بل كانت ذواتها مستحقة لحم عنوان الصلاة عليها اعتباراً بحسب اعتبار الشرع فيكون الشك في كل واحد منها شكاً في أجزاء الصلاة، لا في أجزاء امر آخر يكون محصلاً للصلاة.

به المالك، او تخيير المجتهد و كون الضامن والمضمون له ملزماً على ما يختاره لدوران الامر بين المحذورين (١).

ولا يخفى عليك أنّ صورة حصول التراضي بين المالك والضامن خارجة عن محلّ البحث، لكون محلّ البحث تعيين ما ثبت للمضمون له في ذمة المضمون عليه، وهو غير البحث فيما يسقط به المضمون عن ذمة المضمون عليه، فليس سقوطه بما تراضى عليه، هو والمضمون له، امراً يمكن جعله دخيلاً في تحقيق ما نحن فيه. والآ فلا اشكال في حصول البراءة عند تراضيها بشيء ولو بغير المثل والقيمة، فليس اجراء اصاله عدم سقوط الضمان بما لا يرضى به المضمون له من وجوه المسألة. ثم أنّ اجراء اصل البراءة في ضمان المثل وتعيين القيمة لتعلق الضمان ممّا لا وجه له، لعدم كون النسبة بينها نسبة الاقل والاكثر، يكون ما زاد في واحد منها على الاخر مجرى للبراءة بل نسبة المتبائنين، بداهة أنّ المالية الموجودة في ضمن المثل هو مطلق المالية السارية فيه وفي القيمة وغيرها من الاموال المتساوية له في المالية، فلا يمكن تعيين القيمة لتعلق الضمان، لاجل مجرد نفي تعلق الضمان بخصوصية المثل. ومن المبين في محلّه أنّ مورد جريان البراءة لا يكون الاّ الشك في اصل وجود التكليف، نعم يتحقق ذلك عند الشك في جزئية شيء للمكلف به، لكون مرجعه الى الشك في احاطة جناح التكليف، وانبساط ذيله عليه، وعدمه. بخلاف ما نحن فيه، لعدم كون القيمة من اجزاء المثل حتى ينحل التكليف بالضمان، اذّ تكليف معلوم تعلق

(١) مورد تخيير المجتهد هو ما اذا دار الامر له بين المحذورين في مقام الاستنباط، وهو يكون بورود دليلين متنافيين، سواء كان الدليلان اجتهاديين تنافيا في الدلالة على حكم واقعى او فقاهيين تنافيا في الدلالة على حكم ظاهرى.

والوجه في كون المقام من موارد تخيير المجتهد جريان اصلين متنافيين فيه، وهو اصاله التخيير للمالك وللضامن، او اصاله الاشتغال لكل منهما كما سيأتي.

بالقيمة، والى تكليف مجهول تعلق بخصوصية المثل. بل هو من موارد جريان قاعدة الاشتغال، لكون الشك في تعيين احدهما شكاً في متعلق التكليف، وانه خصوص المثل او خصوص القيمة. وبعبارة اخرى الشك فيما نحن فيه في تعلق الضمان بخصوص الخنطة، او خصوص الدرهم والدينار. وهو يقتضي وجوب الاحتياط باداء كليهما.

هذا اذا لوحظ جريان الاصل في ما توجه من التكليف الى المضمون عليه، واما اذا لوحظ جريانه فيما توجه منه الى المضمون له اعني حرمة أخذه بغير ما يملكه في ذمة المضمون عليه، فالمتعين فيه أيضاً كونه من موارد جريان اصالة الاشتغال، لكون الشك في ان متعلق الحرمة هو اخذ القيمة او اخذ المثل (١).

و مقتضى الاشتغال في الموردين، الزام الاحتياط للمضمون عليه باداء المثل والقيمة كليهما، والزام المضمون له بالامتناع عن اخذ واحد منهما، فيتحقق التنافي بما لا يمكن رفعه الا بارادة الدافع لكل من المثل والقيمة هبة مالا يضمه منها للمضمون له، ويمكن ايجابها له لاجل توقف ابراء ذمته عليه. ويمكن ايضاً ارجاع الامر الى المجتهد والزام كل منهما لخصوص ما اختاره المجتهد من المثل او القيمة (٢).

(١) لا يجرم عليه اخذ كليهما اذا دفعها الضامن اليه باختياره فان دفعه لهما لا يكون الا بارادة دفع واحد لا بعينه منها بعنوان كونه دفعاً لما يملكه المدفوع اليه ودفع الاخر كذلك بعنوان كونه دفعاً لما لا يملكه، فلا يجرم له الأخذ، واما يجرم اذا دفعها بنية كون كليهما ملكاً للمدفع اليه، ولا يمكن ذلك بعد علم الدافع بكون واحد منها ملكاً لنفسه وعدم كون كليهما ملكاً للمدفع اليه.

(٢) التحقيق ان الامر يدور بين امور اربعة «الاول» الزام الضامن بدفع كل من المثل والقيمة «والثاني» الزامه بدفع ما يختاره المضمون له «والثالث» الزام المضمون له باخذ ما يختاره المضمون عليه «والرابع» الزامها بما يختاره المجتهد.

اما الاول ففيه مضرة بينة، فتنتفي بمقتضي القاعدة، والثاني والثالث متكافئان، ويقبح ترجيح احدهما على الاخر مضافاً الى ان في الزام احدهما لما يختاره الاخر ظلماً عليه فيتعين الاخر، وهو الزام كل منهما لما يختاره المجتهد، ولعل الاقوى العمل بالقرعة وعدم اختيار احد الطرفين إلا بها.

المبحث التاسع

في زيادة القيمة بعد يوم التلف

اعلم أنّ زيادة قيمة المثل عن قيمة العين التالفة يوم التلف على وجوه.

«الاول» ان يزيد في القيمة السوقية فالاقوى فيه وجوب تحصيله ودفعه الى المالك وجواز مطالبة المالك له منه لعموم «الناس مسلطون على اموالهم» و عموم «كل مغضوب مردود» ولا وجه لنفي وجوب تحصيل المثل بقاعدة نفي الضرر، فانه لا يمكن اجرائها فيه لكونه وجوباً مقديماً ترشح من قبل وجوب الدفع لا يمكن نفيه الا بنفي وجوبه. واما اجرائها في نفس وجوب الدفع فهو ان كان بمكان من الامكان، الا أنه مقرون بالمانع فقيل: أنها فيما نحن فيه مثبتة ولا حجية لمثبتها. «وفيه» ان اثبات كون وجوب القيمة بعد نفي وجوب رد المثل، انما يكون بعمومات الضمان. بل المنع عن جريانها انما هو لأجل ان صدورها من الشارع كان للامتنان على الامة، و جريانها فيما نحن فيه وان كان فيه امتنان للضامن، الا أنه خلاف الامتنان في حق المالك. والمعتبر في جريانها كونها امتناناً على الامة لا على شخص في قبال شخص. ولا عبرة بما ذكره السيد «قده» في وجه عدم جريانها من أنه بنفسه اقدم على الضرر فليس طرو الضرر عليه من قبل الشرع بل من قبل نفسه، فان سدا خلط منه «ره» بين الاقدام الشرعي والاقدام العرفي كما ارتكبه من اول ابواب الضمانات الى هنا. وقد بينا انه ليس المعتبر في تحقق الضمان، الا عدم اقدام المالك على المجان والضرر. بحيث لو لم يقدم على الضرر ولم يعط ماله على المجان بل اعطاه بعوض لم يكن هاتكا لاحترام ماله وان كان لاعلى الوجه الشرعي فلوم يكن مضموناً كان ذلك هتكا لحرمة ماله من ناحية الشرع لا من ناحية نفسه فينا في عموم

قاعدة الاحترام كما تقدم (١).

«الثاني» ان لا تكون الزيادة في القيمة السوقية، بل صار المثل بحيث لا يوجد الا عند من لا يبيعه الا بازيد من القيمة السوقية. والا قوى فيه عدم وجوب التحصيل، لعدم وجود المانع المذكور عن جريان قاعدة لاضرر في الوجه المتقدم ههنا، فانه لا يلزم من جريانها خلاف الامتنان لاحد. اذ الضرر لا يتوجه حينئذ الا الى من يبيع المثل بازيد من القيمة العرفية (٢) وليس ذلك ضرراً بل هو مجرد سلب المنفعة بل سبب منفعة تقع في غير موردها.

«والثالث» ان تكون قيمة المثل في محلّ الدفع ازيد منها في محلّ التلف والأقوى فيه جواز المطالبة لعموم الناس مسلطون على اموالهم.

وقد استشكل فيه السيد «ره» بانصراف ادلة الضمانات الى بلد التلف كما في مورد القرض والسلم. قلت: ان وجه الانصراف في القرض والسلم لزوم تعيين اوصاف متعلقها في ضمن العقد رفعاً للابهام والجهالة الموجبتين للغرر ومنها محلّ الدفع والاداء فلوم يتعين في ضمن العقد ينطبق على محلّ وقوع العقد

(١) محصل كلامه «قده» كون اقدام المالك بالضرر في ماله موجباً لهتك حرمة ومانعاً عن جريان قاعدة الاحترام فيه سواء كان اقدماً شرعياً او اقدماً غير سائغ في الشرع، وانّ اقدام الشرع بضرر في ماله يناه في مقتضى قاعدة الاحترام. وهو بعينه تصديق لما ذكره السيد «ره» فانه ايضاً لم يذكر إلا التفصيل بين اقدامه بالضرر بنفسه وبين اقدام الشارع به باستقلاله ولم يذكر فيه التفرقة بين الاقدام الشرعي منه والاقدام الغير السائغ في الشرع حتى يتوجه اليه ما ذكره الاستاذ «ره» من المنع.

(٢) ربما ينسب الى الوهم انّ الزام المضمون له باخذ القيمة مع كون المضمون هو المثل يوجب الضرر عليه. ويمنع انّ قيمة المثل تساويه في مقدار وقوعه محلّ رغبة للعقلاء، فليس فيه مزية على القيمة عندهم حتى يكون دفعها مستلزماً للضرر. واما وجوب دفع المثل في غير هذه الصورة فلاجل كونه هو المضمون في ذمة الضامن، فاذا تعذر وجوده او وجد عند من لا يبيعه الا بازيد من قيمته عند العقلاء، وجب دفع القيمة التي تساويه في المالية من دون توجه ضرر منه الى المضمون له.

وينصرف اليه لا محالة. فيكون قياس ما نحن فيه عليها قياساً مع الفارق، ولو سلم انصراف ادلة الضمان فيما نحن فيه يكون لا محالة الى محل وقوع الغصب لا محل وقوع التلف.

المبحث العاشر

في وجوب ردّ القيمة عند تعذر المثل في المثليات

فنقول: أنّ بعد ما تسلم فيما مرّ من اشتغال الذمة بالمثل بتلف العين لا ينقطع الأشتغال به ولا يسقط عن الذمة بتعذر ادائه، فإنّ الكلي لا يسقط عن الذمة بتعذر تحصيله في الخارج، كما لو كان المبيع او الثمن كلياً فتعذر تحصيله في الخارج، والتعذر إنّما يوجب سقوط الحكم التكليفي، واما الحكم الوضعي اعني ملك المضمون له في ذمة الضامن فلا يسقط بالتعذر. ومّا يبعد احتمال انتقال الضمان بتعذر المثل منه الى القيمة، أنّ الضامن لولم يؤديها حتى تمكن من اداء المثل ثانياً، يجب عليه اداء المثل ثانياً، ولا يكفي اداء القيمة. مع أنّه لو اشتغلت ذمته بالقيمة عند تعذر المثل لم ينتقل منها الى المثل ثانياً، مع بقاء اشتغال الذمة بالقيمة، لكونها متبائنين كما تقدم آنفاً، وأنما يمكن المصير الى خلافه بالتزام احد امور.

«الاول» منع اشتغال الذمة عند تلف العين بالمثل او القيمة وبقاء اشتغال الذمة بالعين ولو بعد التلف، والالتزام معه بوجوب اداء القيمة عند تعذر المثل بعين التقريبات المتقدمة في وجوب اداء القيمة في القيميات عند تلف العين. وقد مرّ الاشكال فيها وعدم نهوض واحدة منها دليلاً على الحكم المذكور (١).

(١) قد تقدم ممّا أنّه مقتضى صريح عدة من الروايات فراجع.

«الثاني» الاجماع المدعى قيامه على وجوب رد القيمة عند تعذر المثل.
 «الثالث» اسراء الحكم الوارد في باب القرض والسلم بوجوب رد القيمة عند تعذر العين و تعميمه على ما نحن فيه بتفتيح المناط فيه.

«الرابع» التمسك بعموم قاعدتي السلطنة ونفي الضرر والضرار (وفيه منع) اما قاعدة السلطنة ففيها ان التمسك بها فرع اثبات اشتغال ذمة المضمون عليه بالقيمة، واثبات ملك المضمون له للقيمة في ذمته. واما عموم نفي الضرر فلانّه انما يثبت به عدم سقوط الضمان بالمثل بتعذر تحصيله، دون وجوب رد شيء آخر مبائن مع المضمون رأساً.

«الخامس» التمسك بالعرف فانهم يحكمون بوجوب رد القيمة عند تعذر المثل «قلت» لو بنى الامر على التمسك بالعرف، لكان التمسك بها على اثبات اشتغال الذمة بالقيمة بتعذر نفس العين وتلفه اولى.

«السادس» الاقربية المذكورة في كلام الشيخ «ره» وقد عرفت الاشكال فيها فيمامر (١) هذا كله مضافاً الى انه لو تنزلنا عن جميع ذلك فغاية ما يثبت ردّ بدل الخيلولة دون البدل الحقيقي، بحيث لو تمكن من اداء المثل كان عليه أدائه واسترداد ما دفعه من القيمة، وكان للمالك ردها ومطالبة المثل (٢).

ثم اعلم ان مقتضى ما ذكرناه من بقاء اشتغال الذمة بالمثل بعد تعذره،

(١) قد تقدم متّاً دفع ما ذكره من الاشكال.

(٢) هذا الاشكال كسابقه مبنى على كون المضمون في الذمة في المثليات هو المثل. واما بناء على ما هو الحق المستفاد من الروايات، من بقاء نفس التالف في الذمة، يكون وجوب دفع القيمة في حال تعذر المثل في عرض وجوب دفع المثل في كون تعلق وجوب الدفع بكل منهما بما هو بدل عن التالف بخلاف ما لو التزمنا بانقلاب الذمة من التالف الى المثل ووجوب دفع القيمة عند تعذره بدلا عنه، فانه يكون وجوب دفع القيمة في طول وجوب دفع المثل، وتعلق الوجوب بها بما هي بدل عن المثل. فلا يكتفى به الا عند تعذر تحصيل المثل، فاذا تيسر وجب دفعه واسترداد بدله.

كون الاعتبار في تعيين القيمة بيوم الدفع. فإنَّ وجوب الرد قد تعلق بكلّ القيمة المجردة عن الألوان الحاصلة لها بحسب اختلاف الأزمان، وهو حين الرد ينطبق بالحمل الشائع على قيمة يوم الرد. لعدم كون القيمة في غيره من الأيام مصداقاً لعنوان القيمة حين الرد، نظير سائر الكليات كصلاة الظهرين والعشاء فإنّها تنطبق على التمام في الحضر وعلى القصر في السفر، ويكون القصر هو المصداق لها في السفر. وهذا بخلاف ما لو قلنا بانتقال الضمان بتعذر المثل إلى القيمة وانقطاع المثل عن الذمة واشتغالها بالقيمة. فإنَّ فيه وجوهاً كثيرة لا جدوى في تفصيلها بعد بطلان أصلها، فالاعراض عنه اجدر.

بقي الكلام في تحقيق ما اشرنا إليه من جواز مطالبة المثل، بعد ارتفاع التعذر، ولو مع دفع القيمة في حال التعذر وعدم جوازها. فالتحقيق عدم جواز المطالبة، لحصول فراغ الذمة عن المثل بدفع الفرد التنزيلي له أعني القيمة، وسقوط إضافة المثل إلى المالك بذلك وهذا بخلاف بدل الحيلولة فإنّه لا يسقط بدفعه إضافة المثل إلى المالك.

وينبغي التنبيه على امرين:

أحدهما

المعيار في تعيين قيمة المثل عند تعذره

اعلم أنّ تعيين قيمة المثل عند تعذره لا يمكن إلاّ بملاحظة التقدير، وأنّ المثل لو كان موجوداً لكان مقوماً عند العقلاء بهذه القيمة. فهل الاعتبار بقيمته في أوّل أزمته وجوده بحسب الفرض والتقدير، أو في آخرها، أو وسطها. فإنّ من المعلوم أنّ القيمة تختلف بحسب تلك الأزمته، فإنّ للشيء في أوّل وجوده قيمة ليس له تلك القيمة بعده، وله في آخر وجوده قيمة ليست له قبله.

فنقول أنّ القيمة المضمونة تنطبق على قيمة المثل بمجرد فرض تحققه ووجوده، فتنتطبق قهراً على أوّل ازمنة تحققه وحصوله. نعم قد يكون الشيء في برهة من الزمان من أوّل ازمنة وجوده بحيث لا يكون محلّ رغبة للناس بحسب المتعارف، فلا يعتد في تعلق الضمان بقيمته فيها، لكون البناء في ابواب الضمانات على المتعارف.

وثانيهما

تبدل ضمان العين بالقيمة بخروجها عن المالية

لو خرجت العين المأخوذة عن المالية وصارت بحيث لا تقابل بالقيمة، كما لو اخذ منه الثلج في الصيف ولم يدفعه حتى حضر الشتاء. فهل تبقى بعينها في ذمة الآخذ بحيث تفرغ ذمته بمجرد أدائها، ام تشتغل بالقيمة ويتبدل الضمان اليها. فاعلم، أنّه اذا فرض عنوانان كان لكل منهما احكام وآثار تخصه، لا تجتمع تلك الاحكام والاثار؟ الآ في مجمع العنوانين. واما اذا إفترق أحد العنوانين عن الاخر، فلا يعقل ترتب احكام الآخر وآثاره عليه. ومن المعلوم عندك أنّ الملكية والمالية عنوانان متخالفان، بينهما عموم من وجه. فقد يجتمعان كما في أكثر الموارد، وقد تتحقق المالية وحدها، كما في الاراضي المباحة قبل حيازتها، فإنّها مال وليست بملك لاحد، وقد تتحقق الملكية وحدها، كما في الاشياء اليسرة، فإنّها ساقطة عن اعتبار المالية في العرف. مع أنّه لا اشكال في كونها ملكاً لا يجوز التصرف فيها الآ باذن مالكيها، اللهم الآ أنّ يبلغ في القلة والخفة الى حد سقط عن اعتبار الملكية ايضاً. كما لو وقع غبار على ثوبه عند تخريب دار الغير، فإنّ الظاهر جواز الصلاة فيه وعدم حرمة تصرفه. وبالجملة لا اشكال في وجود التباين الجزئي بين الملكية والمالية فلا بدّ من

تميز ما يخص لكل منها من الاحكام والآثار، حتى يعلم ما يثبت منها عند تحقق واحد منها مفترقاً عن الآخر. فنقول: انّ موضوع الحكم في ابواب الضمانات، هو جهة المالية من الاشياء (١) دون جهة ملكيتها. بخلاف الحكم التكليفي، اعني حرمة التصرف، فانّ موضوعها جهة الملكية منها. فلا يجوز التصرف في حبة حنطة تكون ملكاً للغير. ومنه يعلم انّ العين المضمونة اذا خرجت عن المالية ينقطع عنها الضمان، ويتعلق بالمالية القائمة بالقيمة. ولما كان تبدل الضمان الى القيمة لا يتحقق بمجرد تنزل مالية العين المضمونة بل تبقى مضمونة الى ان تنزل ماليتها الى ادنى مراتبها، يكون الاعتبار بقيمة الآن الاخر قبل سقوطها عن القيمة.

المبحث الحادي عشر

في أنّ الاعتبار في القيمة بقيمة يوم التلف

قد عرفت سابقاً أنّ الواجب في القيميات اداء القيمة، و أنّ القيمي هو ما لم يوجد له مثل بحسب المتعارف، فيشمل ما اذا وجد له مثل على غير المتعارف، كما لو كان المغصوب عبداً مشابهاً لعدد آخر من جميع الجهات. و أحسن منه التمثيل، بكون المغصوب نصف عبد فيوجد له مثل يماثله من

(١) قد تقدم ممّا فيما مر أنّ الضمان يتعلّق بذات المضمون، وكونه مالاً اعني كونه ممّا يرغب فيه العقلاء من شروط تعلقه.

و بعبارة اخرى: إنّ المالية حيثية تحليلية لتعلق الضمان، فاذا سقط المضمون عن المالية، كان سقوطه عن المالية، كالتلف والإنعدام، موجّباً لانقطاع تعلق الضمان به.

ومنه يعلم الوجه في وجوب أداء ما له من القيمة في الان الاخر قبل سقوطه عن المالية، فانّ الواجب، بناء على انقطاع الضمان من التالف بالتلف، اداء ماله من القيمة في الان الاخر قبل التلف، و يجري فيه ما نذكره من البرهان طابق النعل بالنعل.

جميع الجهات، وهو النصف الآخر (١) لما عرفت سابقاً من كون الاعتبار في وجود المثل عند العقلاء بالمتعارف، وعدم اعتبارهم في صيرورة شيء مثلياً بوجود مثل له نادراً. وهذا بخلاف مالو بنينا في التضمن بالمثل في المثليات بآية الاعتداء، أو اقربية المثل الى التالف، فان الاقرب بالعين التالفة هو المثل، وان وجد نادراً هذا.

والذي نريده بالبحث ههنا بيان المراد من القيمة، وأنّ المحتمل فيها بحسب بادى النظر وجوه «احدها» قيمة يوم الغصب «وثانيها» قيمة يوم التلف «وثالثها» قيمة يوم الاداء «ورابعها» اعلى القيم بين يومى الغصب والتلف «وخامسها» اعلى القيم بين يوم التلف ويوم الاداء «وسادسها» اعلى القيم بين يوم الغصب والاداء.

فالتحقيق بناء على بقاء العين بعد تلفها في العهدة وعدم انتقال الضمان منها بالتلف الى المثل والقيمة، كون الاعتبار بقيمة يوم الاداء. (٢) لعدم اشتغال

(١) المراد من النصف هو النصف المشاع ولا يعقل تضمين النصف المشاع بالنصف الآخر عند التلف، بدهة أنّ تلف النصف المشاع لا ينفك من تلف النصف الآخر فلا يصح التمثيل به فيما نحن فيه.

(٢) التحقيق بناء على ما قدمناه من دلالة الروايات على كون المضمون هو نفس التالف، وعدم انتقال الضمان منه بالتلف الى المثل والقيمة: وجوب اداء قيمة يوم التلف، وان جعله الاستاذ متفرعاً على القول بانتقال الضمان بالتلف الى المثل والقيمة، والدليل عليه من وجوه.

اثبات

كون الاعتبار بقيمة يوم التلف بوجوه ثلاثة

«الاول» أنّ متعلق الضمان بعد التلف بناء على ما قدمناه هو العين الموجودة قبله، وان كان تعلق الضمان بها امراً متأخراً عنه، كما يشهد له جعل متعلق الضمان بعد التلف في جميع الروايات المتقدمة هو الضمير العائد الى العين الموجودة، وليس المتعلق للضمان استمرار وجوده الى حين تعلق

الضمان لكونه امرأ معدوماً لا يعقل تعلق الضمان به، وبالجملة يتعلق الضمان في الحال بامر متقدم عنه زماناً، ولا بأس بالتفكيك بين المتعلق، والمتعلق به، زماناً، في الاعتباريات.

ولا يخفى عليك أنّ الأمر المتقدم المتصرم لا يكون له قيمة فعلاً حتى يكون هو المصداق الفعلي لعنوان القيمة عند اطلاقها في قولنا يجب عليه رد القيمة. بل أنّها كان واجداً للقيمة في ظرف تحققه وهي المصداق لعنوان القيمة ولعنوان البديل في ذلك الظرف، فقولنا يجب عليه رد قيمتها تكون اشارة الى قيمتها في ظرفه.

وتوضيحه: أنّ لعنوان القيمة مصاديق مختلفة بحسب اختلاف الأزمان، فربما يكون مقدار من الدرهم والدينار او غيرهما مصداقاً للقيمة في زمان لا يكون ذلك المقدار منها مصداقاً لها في زمان آخر. فهي عند اطلاقها في كلّ زمان لا ينطبق إلا على مصداقها في ذلك الزمان، ولا ينطبق على ما يصير مصداقاً لها في التالي، او كان مصداقاً لها في السابق، بل المنطبق لها عند اطلاقها في كل زمان هو المصداق له بالفعل، إلا أنّ المراد من القيمة عند اطلاقها فعلاً في قولنا يجب دفع قيمة العين المتصرمة هو مصداقها في ظرف تحقق العين بعناية كونها مصداقاً لها في ظرفها، والآ فليس لها مصداق فعلاً تنطبق عليه.

«الثاني» أنّ انقطاع ضمان العين التالفة وسقوطها عن الذمة باداء المثل او القيمة لا يكون الا بارتكاب التنزيل باحد وجهين «ااحدهما» تنزيل القيمة بمنزلة نفس العين المضمونة فتصير القيمة بحسب هذا الاعتبار والتنزيل نفس المضمون، فيكون ادائها اداء للمضمون فيسقط ضمانه بادائه. «وثانيهما» تنزيل اداء القيمة بمنزلة اداء المضمون. ومقتضى التدقيق فيه رجوعه الى الوجه الاول، فإنّ الاداء لا يتعلق به التنزيل باستقلاله، بل يكون تنزيله بحسب متعلقه لاحالة. وغاية الفرق بينها، أنّ التنزيل قد يتعلق بالقيمة قبل تحقق ادائها وقد يتعلق بها في حينه غير مسبوق بتعلقه بها قبله.

ثمّ أنّ من المحتمل قريباً تحقق تنزيل القيمة منزلة التالف عند التالف، ومقتضاه صحة اطلاق تعلق الضمان بالمثل والقيمة، وعدم التنافي بينه وبين اطلاق تعلقه بنفس التالف.

ولازمه كون متعلق التنزيل هو قيمة يوم التلف لكونها هي المصداق لعنوان القيمة عند التنزيل، فقول القائل عند التالف: نزلت القيمة بمنزلة العين التالفة، ينطبق قهراً على ما هو مصداق لها في حينه ولم يتعلق التنزيل بقيمة متأخرة منزلة أمر متأخر آخر حتى تنطبق على مصداقها في الزمان

الذمة بالقيمة رأساً، و اشتغالها بنفس العين، وكون تعلق وجوب الاداء بالقيمة في القيميات لاجل الاداء بغير الجنس، او غير ذلك من التقريبات السابقة. فينطبق على قيمة يوم الاداء، لكون قيمة العين المشغولة بها الذمة في حين الاداء قيمة يوم الاداء قهراً لعدم افتقارها الى البيان وافتقار غيرها اليه، فتعين بمقتضى الاطلاق المقامي الثابت بمقدمات الحكمة. وتوضيحه: ان قيمة يوم الاداء مما يلتفت اليها المكلف بنفسه، واما قيمة غيره من الايام فلا يلتفت اليها المكلف بنفسه، بل تحتاج الى البيان. فقتضى عدم وجود البيان تعيين قيمة يوم الاداء.

و اما بناء على المشهور من انتقال الضمان من العين بمجرد تلفها الى المثل والقيمة و تحقق اشتغال الذمة بالقيمة من حين التلف، تنطبق القيمة على قيمة

المتأخر.

ويدل على بنية الاحتمال المذكور واصابته للحق قوله عليه السلام في رواية على بن جعفر المقدمة «وانت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردها» فانه قد صرح فيها بتعلق الضمان بالعين التالفة، ثم تعلق المطالبة بالثمن، مع انه لا يجوز للمضمون له الا مطالبة متعلق الضمان، فيه دلالة على كون القيمة منزلة بمنزلة المضمون، فاطلق على رد القيمة رد العين التالفة، وهو متفرع على التنزيل المستفاد من الجملة السابقة «فالرواية متضمنة لافادة تنزيل الثمن بمنزلة المضمون باعمال اللطف في كيفية البيان».

«الثالث» نظر العرف والعقلاء فانهم انما يغرمون الضامن بدفع قيمة يوم التلف وان ارتفعت قيمته او نقصت بعده. وهو حجة متبعة في ابواب الضمانات عدا ما عدل عنه الشارع، لكون منشأ تحققها اعتبار العقلاء، ولم يثبت ردع عنه بل ثبت منه الامضاء، كما تقدم في الوجه الثاني.

وكون الاعتبار بقيمة يوم التلف هو المشهور بين اصحابنا، وان لم تكن المسألة مما تكون الشهرة حجة فيها، الا ان في دلالة على ارتكازه في اذهانهم، ومن عدل عنه فانما هو لاجل توهم ان بقاء تعلق الضمان بالتالف الذي هو ايضاً من مرتكز الازهان ينافي ذلك، وقد عرفت نفي تحقق المنافاة بينها، بل ثبت استلزام القول ببقاء تعلق الضمان بالتالف له فلا تغفل.

يوم الاشتغال، وهو يوم التلف بمقتضى مقدمات الحكمة. بدهة أن المستفاد من اكرم العدول وجوب اكرام العادل فعلاً، دون من كان عادلاً في السابق، او يصير عادلاً في ما بعد. نعم لو وقع الاشتغال بالقيمة من حين الغضب، بأن يكون تلف العين في يد الغاصب كاشفاً عن تعلق الضمان بقيمتها من حين الغضب بنحو الشرط المتأخر، كما سيجيء تصحيحه في باب الفضولي كان الاعتبار بقيمة يومه. إلا أن من المعلوم عدم تعلق الضمان بالقيمة قبل التلف، كما يشهد له ما ذكره الشيخ، في معنى الضمان، من أنه لو تلف كان خسارته عليه. بل وفي بعض (نسخ المكاسب) كان خسارته عليه عند التلف، وهو اصرح فيما ذكرنا.

واما القول بوجوب رد أعلى القيم بين يومى الغضب والتلف، او بين يومى التلف والاداء، او بين يومى الغضب والاداء، فليس له وجه يعتمد عليه. فان الغاصب انما يضمن ما اخذه، وهو العين، بجميع الجهات الموجودة فيه. فلو طرء عليها المنقصة في جهة من جهاته، كان عليه تداركها. بخلاف ما لو وقع النقصان في امر خارج عما اخذه الغاصب، ولم يكن للغاصب مدخلية في حصوله، كما لو وقعت المنقصة في قيمة المغصوب عند الناس بحسب اختلاف رغبتهم، لم يعقل تضمين الغاصب به. وما قيل من ان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال، فليس له دليل يدل عليه بكليته. بل الحق ان الغاصب يؤخذ بأعدل الاحوال ولا يطالب منه الا بما يستحق الغير منه.

«فان قلت»: ان الضمان يتعلق بجيثة مالية الشيء، ولذا لو سقط عن المالية كانت ماليته مضمونة في ضمن القيمة. فلو حصلت منقصة في ماليته كانت مضمونة لا محالة «قلت»: ان الدخيل في تعلق الضمان هو المالية المطلقة، اعني كونه بحيث يبذل بازائه المال. واما تقومها بكثير من القيمة او قليلها فامر

خارج منه، راجع الى كثرة رغبة الناس اليه وقتها (١).
و بالجمل، أما يضمن الغاصب المنقصة الحاصلة في المغصوب من قبله، مع استنادها اليه، ولا يضمن المنقصة الحاصلة له لاعن قبله (٢) من دون مساس له اصلاً هذا كله مقتضى القواعد الموجودة في الضمان، فلا يعدل عنه الاً أن يوجد نص يدل على خلافه فيؤخذ به.

وقد ادعوا دلالة رواية ابي ولاد، على اعتبار قيمة يوم الغصب. وهي ما رواه الكليني (٣) عن عدة من اصحابنا عن احمد بن محمد عن بن محبوب عن ابي ولاد الحنط، قال: اكرتت بغلاً الى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة، خبرت ان صاحبي توجه إلى النيل فتوجهت نحو النيل. فلما اتيت النيل خبرت ان صاحبي توجه الى بغداد، فاتبعته فظفرت به، وفرغت مما بيني وبينه ورجعنا الى الكوفة، وكان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، و أردت أن أتحمل منه مما صنعت و ارضيه. فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبي أن يقبل، فتراضينا بابي حنيفة فأخبرته بالقصة واخبره الرجل، فقال لي: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد دفعته اليه سليماً، قال: نعم بعد خمسة عشر يوماً

(١) هذا مبني على ما تقدم مما من تعلق الضمان بذات الشيء، وكونه مما يرغب فيه العقلاء شرط في تعلقه. ولا يخفى عليك أن مقتضى ما تكرر من الاستاذ «ره» من كون متعلق الضمان هو المالية القائمة بالشيء انحلال الضمان بانحلال المالية فاذا حصل فيها منقصة ينتقل ضمان التالفة منها الى المالية القائمة بالمثل والقيمة.

(٢) وفيه منع واضح من حيث ان الفارق بين يد الغصب و يد الامانة ضمان الغاصب للتلف والمنقصة الحاصلين في المغصوب ولو من ناحية غيره وعدم ضمان الامين الا بما حصل من التلف او المنقصة بتفريط منه.

(٣) الوسائل، كتاب الاجارة، الباب ١٧، وسنده صحيح.

قال: فما تريد من الرجل؟ فقال اريد كراء بغلي، فقد حبسه على خمسة عشر يوماً فقال: ما أرى لك حقاً لأنه اكترواه الى قصر ابن هبيرة، فخالف وركبه الى النيل والى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكراء. فلما رد البغل سليماً و قبضته لم يلزمه الكراء.

قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرحمته ممّا افتي به ابوحنيفة فأعطيته شيئاً و تحلّلت منه، و حججت تلك السنة فاخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما افتي به ابوحنيفة، فقال: في مثل هذه القضاء و شبهه تجبس السماء مائها و تمنع الارض بركتها.

قال: فقلت لابي عبدالله عليه السلام: فما ترى أنت. فقال: أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة الى النيل و مثل كراء بغل راكباً من النيل الى بغداد و مثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة توفيه اياه.

قال: فقلت جعلت فداك : قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟ فقال: لا، لأنك غاصب.

قال: فقلت له: أرايت لو عطب البغل و نفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته.

قلت: فإن أصاب البغل كسراً أو دبراً أو غمزاً؟ فقال: عليك قيمة ما بين الصّحة والمعيب يوم ترده.

فقلت من يعرف ذلك قال: أنت وهو، إما أنّ يحلف هو على القيمة فيلزمك، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك. أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتروى كذا وكذا فيلزمك.

فقلت: إنني كنت أعطيته دراهم و رضي بها و حللني فقال عليه السلام أنّما رضي بها و حللك حين قضى عليه ابوحنيفة بالجور والظلم، ولكنّ ارجع اليه و اخبره بما أفطيتك به فان جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك

الحديث.

لا يخفى عليك أن ما افق به ابوحنيفة مبني على النبوي المشهور «الخراج بالضمآن» كما يظهر من قوله فضمن قيمة البغل فسقط الكراء.

وقد استشهد الشيخ «ره» بقوله عليه السلام نعم قيمة البغل يوم خالفته على تعلق الضمان بقيمة يوم الغضب وفيه ان معنى «نعم» اثبات مضمون ما سبق بنحو الاخبار او الإستفهام، فهي في جواب أقام زيد؟ بمعنى قام، وفي جواب ألم يقيم زيداً؟ بمعنى لم يقيم. بخلاف بلى، فانّ معناها نقض النفي وجعله ايجاباً. فهي في جواب الم يقيم زيد بمعنى قام زيد ولذا كان معنى بلى في جواب قوله تعالى «الست بربكم» انت ربنا، ولو قيل في موضعها: نعم لكان كفرأ فان معناه حينئذٍ لست أنت ربنا.

والتحقيق في معنى الرواية، انّ ابا ولاد استشكل في قول الامام عليه السلام بقوله: جعلت فداك قد اعلفته بدراهم فلى عليه علفه، فلما أجابه الامام «ع» بقوله: لا لانتك غاصب، استشكل ثانياً بما ذكر له ابوحنيفة دليلاً على فتواه، من انه خالف فضمن قيمة البغل وسقط الكراء في قبالة فقال: رأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟ فاجابه «ع» بقوله: نعم قيمة بغل يوم خالفته. ومعناه ليس يلزمك قيمة البغل يوم المخالفة حتى يسقط الكراء في قبالة. وما ذكرناه ممّا لاسترة عليه، فتكون الرواية دليلاً على ابطال القول بتعلق الضمان بالقيمة يوم الغضب، لا على اثباتها.

و بالجملة، الرواية من صدرها الى ذيلها ناظرة الى اشتغال ذمة الغاصب بالكراء و عدمها، وكلّما وقعت فيها من الاسئلة والاجوبة، سيقت لبيانها، فذكر ابوحنيفة في جواب ما ذكره المدعى: انه لما خالف ضمن القيمة فوجب ذلك سقوط الكراء عنه، وبنى فيه على ما ذهب اليه من انه اذا ضمن القيمة سقط عنه الكروة. ومنشأه اما الالتزام بخروج العين المغصوبة بضمان القيمة عن

ملك مالكها، كما سيجيء القول به في بدل الحيلولة عن بعض، فيكون خروج العين عن ملكه مستتبعاً لخروج منافعها، او النبوى المشهور «الخراج بالضمان».

ثم إنَّ أبا ولاد لما استشرف بحضور الامام «ع»، فاخبره بفتوى أبي حنيفة، فوجده منكرًا لفتواه، و معتقداً باشتغال ذمته بالكراء، جعل يذكر له ما يقتضي سقوط الكراء. فقال: جعلت فداك قد أعلفته بدراهم فهي موضوعة عن الكراء فلا اضمنها؟ فانكره الامام «ع» وعلله بكونه غاصباً. ثم ذكر ما سمعه من ابي حنيفة فقال: أليس كان يلزمني قيمة البغل لو هلك او عطب و اضاف عليه قوله: لو هلك او عطب، لاجل كون ضمان القيمة يوم المخالفة مراعى بهلاكه او مشروطاً به بنحو الشرط المتأخر.

و بالجملة فقد علل ابو ولاد على سقوط الضمان، بما علل به ابو حنيفة، من لزوم قيمة البغل، واقتضائه لسقوط الكراء. فانكره الامام عليه السلام بقوله: نعم قيمة البغل يوم المخالفة، يعني: ليس يلزمك قيمة البغل يوم المخالفة. بل في يوم التلف او يوم الاداء. و محصله عدم سقوط الكراء عنه، لعدم تحقق ضمان القيمة من حين المخالفة، فالغاصب عند استعماله للبغل لم يكن ضامناً للقيمة حتى يسقط عنه كرائه، بل انما يضمنها بعد التلف. ثم أراد ابو ولاد أن يذكر له ما يستلزم تعلق الضمان بالقيمة قبل تلف العين أو ردها. فقال: فإن اصاب البغل كسرا او دبرا او غمزا، يعني: أليس يضمن الارش بمجرد حصول العيب فيه؟ فأجابته الامام «ع» بأنَّه انما يضمن الارش يوم الرد، ولا يحصل الضمان قبله عند حصول العيب.

والوجه فيه انَّ الاوصاف كالمنافع، لا تقع تحت الضمان بالاستقلال، بل يتعلق الضمان بالعين موصوفة بما لها من الاوصاف. ولا يتعلق الضمان بالارش بزوال بعض اوصافها، لعدم كون الوصف متعلقاً لضمان مستقل حتى ينتقل

بفواته الى قيمته، بل ليس هناك الاضمان واحد، تعلق بالعين متصفة باوصافها، فلا ينتقل الضمان الى القيمة مادام لم تتلف العين، وتبقى في العهدة ما لم يردھا. فاذا أراد أن يردھا، كان فقدانها لوصف كان ثابتاً لها عند وقوعها تحت اليد وتعلق الاخذ بها، يقتضي ان يضم اليه فرق الواجد للوصف وفاقده. وبالجملة لم يتعلق الضمان بالارش عند زوال الوصف، حتى ينطبق على ارش يوم التلف. بل كان وجوب رد الارش في يوم اداء العين لاجل اسقاط الضمان المتعلق بالعين الواجدة للوصف هذا.

و أنت إذا تأملت فيما ذكرنا، لا يبقى لك ريب في بطلان ما ذكره الشيخ «ره»، من دلالة قول الامام عليه السلام في الرواية على تعلق الضمان بقيمة يوم المخالفة. مضافاً الى أنه لو تنزلنا عن جميع ما ذكرنا والتزمنا بأن كلمة نعم في كلام الامام «ع» مسوقة، لإثبات اللزوم، وأنه يلزمك قيمة البغل، لم يكن وجه لتعلق الظرف بالمضاف وهو القيمة بتأويلها الى ما يتقوم به، حتى تكون متضمنة لمعنى الفعل. بل الظاهر تعلقه بالفعل المقدر، فإن تقدير كلامه (ع) حينئذٍ يلزمك قيمة بغل يوم خالفته فلا دلالة فيه حينئذٍ الا على كون تعلق الضمان بالقيمة في يوم المخالفة، من دون دلالة له تعيين يوم القيمة فيبقى هو على ما تقتضيه القواعد.

ثم ان في ليل الرواية إشكالاً من حيث جعل الاشهاد والحلف او الرد بجمعها وظيفة لواحد من المتداعين، مع ان القاعدة كون البينة للمدعي واليمين على من انكر. وربما تحمل الرواية على كون الواحد مدعياً في وقت ومنكراً في وقت آخر، وهو في غاية البعد. ولا مناص من طرحها رأساً او الالتزام بمضمونها في موردھا وجعل القاعدة مخصصة بغير مورد البغل كما فعله الشيخ ره.

والتحقيق ان المراد هو الحلف المتعارف الذي يقطع معه النزاع ومعنى قوله عليه السلام: أنت او هو في جواب سؤال ابي ولاد بقوله: فمن يعرف ذلك: ما

يقال في العرف، من قولهم أنتم اعرف من غيركم. وليس المراد بيان طريق القضاة عند ترافعها الى القاضي، حتى يكون مفاده منافياً لما تقتضيه القاعدة. وبالجملة اراد الامام عليه السلام منه: اقطعوا النزاع إما بان يحلف هو او تحلف انت او بشهادة شهود يشهدون بما وقع. وإنما اسند الاشهاد الى المالك فانّ الشهود غالباً انما شاهدوه عنده فهو اعرف لهم. هذا تمام الكلام في التضمن بالمثل والقيمة عند تلف العين.

المبحث الثاني عشر

في بدل الحبلولة

اذا تعذر الوصول الى العين المأخوذة لاجل طرو مانع لا يمكن معه ردها الى مالكها، كما لو سقطت في البحر، فلا اشكال في وجوب ردّها من المثل او القيمة. وإنما الاشكال في وجهه.

فنقول: أنّ الشيخ «ره» قد استدلّ عليه بقاعدة التسليط. والذي يحتمل في تعيين مجراه وجوه «الاول» اجرائها في نفس العين المتعذر دفعها الى مالكها «والثاني» اجرائها في حيثية ماليتها (١) «والثالث» اجرائها في سلطنة المالك عليها.

ويرد على الوجه الاول: أنّ مقتضاه جواز مطالبة المالك بالعين، وليس مقتضاه جواز المطالبة بغيرها اذا تعذر دفعها بنفسها، بداهة أنّ ثبوت السلطنة على عين لا توجب ثبوتها على عين غيرها.

ويرد على الوجه الثاني: ما بيّناه سابقاً من أنّ المالية الموجودة في ضمن

(١) قد تقدّم منا في كون المالية حيثية تحاذي سائر حيثيات المال، بل المالية تنتزع من جميع حيثيات المال الدخيلة في رغبة العقلاء اليه.

العين غيرالمالية الموجودة في ضمن غيرها، فاذا تلفت العين تتلف المالية الموجودة في ضمنها ايضاً بتلفها، واذا تعذر الوصول اليها تعذرالوصول الى المالية الموجودة في ضمنها. فثبوت السلطنة للمالك على مطالبته لا يقتضي ثبوتها على مطالبة المالية الموجودة في ضمن غيرها.

ويرد على الوجه الثالث: انّ سلطنة المالك على ماله، انما تثبت بنفس هذه القاعدة، فلا يمكن اجراء القاعدة في نفس السلطنة، وبعبارة اخرى: ما يحصل من قبل جريان القاعدة لا يمكن ان يكون موضوعاً لها.

وبالجملة لاوجه للتمسك بقاعدة التسليط على جواز مطالبة البدل وانما يجوز ذلك مع الالتزام باحد امرين، «احدهما» مذهب من ذهب الى تفكيك جهات العين، وجعل كلّ واحدة منها مضمونة برأسها، ومنها جهة ماليتها وانّ تلفت العين لا يوجب انعدام موضوع الضمان المتعلق بجهة المالية، لبقائها في ضمن المثل اوالقيمة «وثانيها» مذهب من ذهب ببقاء العين في الذمة بعدالتلف، وكون جواز مطالبة المثل والقيمة، ووجوب ردهما من آثاره.

واما بناء على المذهب المشهور المنصور، من انقلاب الضمان من العين التالفة الى المثل والقيمة، فلا وجه للتمسك بالقاعدة اصلاً. اللهم الا ان يقال: مقتضى قاعدة اليد، بقاء العين المضمونة في ذمة الآخذ الى انّ تتلف حتى يتحقق ادائها من مالکها و أثر اعتبار حصولها في ذمته عند عدم التعذر جواز المطالبة بنفسها، وعندالتعذر جواز المطالبة بمثلها او قيمتها، وإلا يلزم كونه لغواً فاقداً للأثر فالرواية بما أنّها تدلّ ببقاء المأخوذ في الذمة، حتى في صورة التعذر، تكون دالة بالالتزام على ترتب اثر عليه. وليس الاثر المترتب عليه عندالعقلاء الا جواز مطالبة المالك بدها، ووجوب دفعه اليه للضامن. ثم انّ بدل الحيلولة انما يقوم مقام العين المتعذرة في الانتفاع بها، ولا يقوم مقامها في ذاتها، فانّ العين لم تتلف ولم تنعدم بذاتها، بل المنقطع عن المالك انما هو ماليتها. فالواجب

للضامن أن يقيم مقامها عيناً آخر، فينتفع بها المالك، ويستعمل لماليتها، مكان مالية العين المأخوذة منه بانحاء الاستعمالات، حتى تحصيل المال بها بالمبادلة وغيرها.

وبالجمل، الواجب على الغاصب عند تعذر دفع العين المغصوبة، دفع منافعها وماليتها الفائتة عن المالك في مدة تعذر دفعها اليه وغيوبتها عنه. إلا أنها حيث لا تنفك عن العين، وجب عليه دفع عين متضمنة لها، ينتفع بها المالك بدل انتفاعه عن العين المتعذرة. كما في دفع منافع العين المستأجرة الى المستأجر، حيث أنه لا يكون إلا بدفع نفس العين.

مسائل حول بدل الحيلولة المسألة الاولى

هل البدل المدفوع الى المالك عند تعذر دفع العين المأخوذة منه، تصير ملكاً له في مدة التعذر أم لا؟

فاعلم ان مقتضى جواز جميع التصرفات له، حتى المتوقفة على الملك، صيرورته ملكاً له. والذي يحتاج الى النظر بعد تسليم أصل حدوث الملكية، كون حدوث الملك من حين التسليم أو اناً ما قبل الإقدام بالتصرف المتوقف على الملك، نظير ما التزموا بحدوثه آناً ما قبل التصرف في غير هذا المورد.

وقد ذكر المحقق صاحب الكفاية «قده»: إن مقتضى الاباحة المطلقة لتصرف المالك فيه، صيرورته ملكاً له من أول الأمر. «وفيه» أن الثابت إباحة عموم التصرفات بأنواعها، من دون تخصيص فيها لبعض دون بعض. ولم تثبت اباحة مطلق التصرف بحيث امكن التمسك باطلاقه على حصول الملك من حين الأخذ. مضافاً الى ما حققناه سابقاً، من عدم توقف التصرفات

المتوهمة توقفها على الملك ، الآ على ثبوت السلطنة للمتصرف عليها . لقصور الادلة عن الدلالة على توقفها على الملك الآ في خصوص العتق .
بالجملة لا موجب للالتزام بحدوث الملك ، لا من حين الدفع ، ولا عند الاقدام بالتصرفات ، لولا الادلة الخاصة الواردة في موارد خاصة .

المسألة الثانية

هل تصير العين المغصوبة ملكاً للغاصب بصيرورة البديل المدفوع الى المغصوب منه ملكاً له ام لا؟
مقتضى ما ذهب اليه بعض ، من أنّ المضمون يصير ملكاً للضامن آنأ ما قبل تحقق الضمان حتى انه حيث يتلف ، يتلف في ملكه ، هو صيرورتها ملكاً له ، لكونها مضمونة عليه .
نعم انما يتطرق المنع اليه من سخافة اصل المبني لاستلزامه صيرورة المالك ضامناً لمملوكه عند تلفه في يده وهو بديهي البطلان .
وربما يستدل على صيرورتها ملكاً للغاصب ، بان بقاء العين في ملك المغصوب منه مع دخول البديل في ملكه يستلزم الجمع بين البديل والمبدل منه ، وهو غير ممكن . فالمبدل يخرج عن ملكه لا محالة بدخول البديل فيه ، ويدخل في ملك الضامن لخروج البديل عنه فيحصل منها معاوضة قهرية بين المالك والضامن ، نعم تكون الملكية الحادثة في الطرفين ملكية متزلزلة غير مستقرة ، مغيية بارتفاع التعذر وطروا مكان الوصول اليه بعد تعذره .

«وفيه» انّ المحال هو الجمع بين البديل والمبدل منه بعنوانها ، دون مطلق الجمع بين ملكين غير معنون احدهما بعنوان البديل والاخر بعنوان المبدل منه وقد بينا سابقاً أنّ بدل الحيلولة يدفع الى المالك بدلاً عن جهة مالية العين

المتعذرة، او عن جهة سلطنة المالك عليها، على اختلاف المبنيين من المختار لنا والمذكور في كلام الشيخ «ره» فإنّ الفأثت عن المالك، هو جهة مالية العين المتعذرة دون جهة ملكيتها. وان كان المراد من فوات جهة المالية فواتها عن المالك، والحكم بوجوب ردّ البديل اليه لاجل التلافي لمالية العين المتعذرة، وقد عرفت فيما مرّ أنّ بينها وبين الملكية عموماً من وجه. فالجمع بين العين المتعذرة والبديل في ملك واحد لا يقتضي الجمع بين البديل والمبدل منه، وأنّما يلزم الجمع بينها اذا حكم باجتماع جهة الماليه من العين المتعذرة والبديل، للمالك، هذا.

ولكنّ المعهود من العرف صيرورة العين المتعذرة ملكاً للغاصب برد بدله الى المالك، نظير بقايا العين التالفة كقطعاعات الزجاجة المنكسرة، فإنّها تصير ملكاً للغاصب بعد ردّ بدله الى مالك العين التالفة فلو امكن تلقيه سيرة مستمرة الى زمن النبي صلّى الله عليه وآله تكون ذلك مع عدم ردع ثابت منه حجة متبعة.

المسألة الثالثة

لو احدث الغاصب حدثاً في العين المغصوبة بما لا يمكن معه الانتفاع منها في جهة من الجهات، من دون ان يستلزم لفوات نفس العين او سائر منافعها، كما لو وطىء الحيوان المغصوب، فيحرم أكله وان جازالانتفاع به في غير الاكل كالركوب وغيره، ويحكم باخراجه عن البلد وبيعه في بلد آخر.

فقتضى القاعدة ضمان المنفعة الفأثتة، لو كانت واجدة لمالية وراء مالية العين بحيث تقابل بالمال في نفسها. واما العين وغير الفأثتة من منافعها فلا تكون مضمونة بالبديل، وأنّما يضمن به خصوص المنفعة الفأثتة، لعدم وقوعها في

حيز التلف والفوات (١)، وكون الفاتئ خصوص منفعة من منافعها، فالمضمونة بالقيمة هي وحدها اذا حازت شرائط التضمين. ولكنه ينافية مفاد النصوص الواردة حيث تدل على ضمان نفس الدابة الموطونة باداء قيمتها.

ثم انه بعد ما تسلم على خلاف القاعدة كونها مضمونة بالقيمة، يقع الكلام في صيرورة الدابة ملكاً للغاصب باداء قيمتها. ويمكن ان يقال بنفيها، وكون ضمان القيمة ويجاب ادائها من باب الكفارة والتغيير المالى. كما في الصيد اذا اصابه المحرم، فانه قد حكم عليه بوجوب رده الى الفقراء وصيرورته ملكاً لهم، كفارة لما صدر عنه من الاصطياد في حال الاحرام. فان الكفارة كما تحصل يجعل شيء منه ملكاً للفقراء كذلك يمكن جعله ملكاً لمن ضمن عليه قيمته ايضاً. فلا تصير الدابة ملكاً للواطى، بل تبقى في ملك المغصوب منه، وان وجب على الغاصب رد قيمتها ايضاً. فلا تحصل المعاوضة القهرية المقررة في المسألة السابقة، الحاصلة بصيرورة العين المضمونة بالقيمة ملكاً للضامن بدفع قيمتها الى المضمون له.

هذا ولكن الذي يظهر من التأمل في الاخبار الواردة في المسألة، خروج الدابة عن ملك المغصوب منه باداء قيمتها، وصيرورتها ملكاً للواطى، كسائر موارد الضمانات، وان حصل فيه وجه يمكن جعله فارقاً له.

(١) والتحقيق ان فوات المنفعة لاينفك عن حصول تغير في العين اوجب سقوطها عن قابلية الانتفاع عنها باستيفاء المنفعة المذكورة، ففوات منفعة الاكل عن الدابة الموطونة، لاجل حصول تغير فيها، اوجب سقوطها عن حيز الانتفاع بالاكل، وهو حصول قذارة معنوية فيها يحدث فيه بالوطى. فا ورد في الحديث من تضمين الدابة بالقيمة لاينافي مقتضى القاعدة، من تضمين خصوص التالفة بالقيمة، فان التلف لا يراد منه انعدام الشيء بالمرّة، بل كان صيرورة الدابة قذراً بحيث لا يحل اكلها نوعاً من التلف.

الفصل الخامس

في شرائط المتعاقدين

ويشتمل على مباحث

المبحث الأول

في اشتراط العقل والبلوغ

اعلم: انه لا اشكال في عدم ترتب الأثر على قول الصبي غير المميز والمجنون في العقود، لعدم صدق العقد على قولهما رأساً (١) فينتفي عنه احكام العقد بانتفاء موضوعه، وينسلب عنه بانسلا ب متعلقه.

واما الصبي المميز، فقد ادعي الاجماع على بطلان عقده، بل على كونه مسلوب العبارة، كما سيجىء. ويتوقف التحقيق فيه، على تمييز ماله من الجهات المختلطة، والاقسام المختلفة. فنقول: انّ عقد الصبي يكون على اقسام:

الاول

عقد الصبي لنفسه بالاستقلال، من دون سبق اذن ولا حقوق اجازة عليه من ناحية وليه.

والظاهر أنّ بطلان عقده بهذا المعنى، ممّا اطبقت عليه قاطبة المسلمين عامة

(١) المراد من الصبي غير المميز لاجمالية، هو الصبي الذي لا يعرف معنى البيع ولا يميزه عن غيره ولا يعرف قصد انشائه، والآ فلا اشكال في صدق العقد على ما يصدر منه مع المعرفة بمعناه وتحقق قصد الانشاء و ساير ما يعتبر في العقد من الشروط.

و خاصة، ومما يشهد على بطلانه منافاة صحته مع جعل الولاية عليه، لاستلزامه لكونه لغواً.

الثاني

عقد الصبي لنفسه مع سبق اذن الولي او لحق اجازته. ويمكن القول بصحته، بتقريب أنّ في عقده جهة منقصة توجب بطلانه في نفسه، فاذا اقترن بإذن الولي أو إجازته ترتفع بها جهة المنقصة، ويستتم في صيرورته مؤثر في آثار العقد. ولا اشكال في صيرورة العقد الباطل، لأجل منقصة فيه من حيث المقتضي او من حيث طرو مانع عليه بعد استتمام المقتضي في نفسه، صحيحاً مؤثراً بلحوق الاذن عليه. أما ما كان فيه منقصة من حيث المقتضي كعقد الباكرة لتزويج نفسها، فإنّ فيه منقصة من حيث المقتضي، ترتفع بلحوق اذن الولي عليه. وما كان فيه المنقصة من حيث ثبوت مانع عن تأثيره بعد استتمام المقتضي في نفسه كعقد الرهن، حيث إن تأثيره يتوقف على اذن المرتهن، لكون تعلق الرهن به مانعاً عن تأثير العقد فيه بغير اذن المرتهن.

والتحقيق منع صحة هذا القسم ايضاً كسابقه. لشمول قوله عليه السلام «الصبي لا يجوز امره» (١) على مطلق ما صدر عنه من العقد، وان اقترن باذن

(١) روى في الوسائل «كتاب الحجر الباب ٢».

عن محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن عبدالعزيز العبدى عن حمزة بن حمران عن حمران عن ابي جعفر (ع) في حديث، قال: إنّ الجارية ليست مثل الغلام، إنّ الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم، ودفع اليها مالها، و جاز امرها في الشراء والبيع، واقامت عليها الحدود التامة، واخذت لها وبها. قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع، ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمسة عشرة سنة، او يحتلم، او يشعر، او ينبت قبل ذلك.

الولى. فان الظاهر منه عدم جواز امرالصبي على اطلاقه، سواء كان في العالم شيء غيره ام لا، كما هو قضية جميع الاطلاقات، فيشمل ما اذا اقترن باذن الولي اولى يقترن به.

و «اما ما ذكره الشيخ ره» من أنّ اطلاق عدم الجواز على عقدالصبي، كاطلاقه على عقدالفضولي، في عدم تنافيه مع الجواز، اذا لحقته اجازة المالك. كما يقال: لا يجوز لبيع الفضولي بل يتوقف على اجازة المالك. «ففساد جداً» فانّ ما ذكره من التنظير باطلاق عدم الجواز على الفضولي مقلوب على نفسه، فانّ قولنا لا يجوز بيع الفضولي بل يتوقف على اجازة المالك اقوى شاهد، على عدم صحة اسناد عدم الجواز اليه مجرداً عن التقييد. بل انما يصح اسناد عدم الجواز اليه متقيداً بقولنا: بل يتوقف على اجازة المالك فاسناد عدم الجواز الى امرالصبي على الاطلاق يدل على عدم جوازه مطلقاً حتى مع اذن الولي و اجازته (١).

وعن الصدوق في «الخصال» عن ابيه، عن سعد عن احمد بن محمد عن ابن ابي نصر عن ابي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ. والسند صحيح الى ابي الحسين الخادم وهو أيضاً ثقة على ما حققناه في معجم الثقات من وثاقة من يروى عنه ابن ابي نصر. عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سأله ابي وانا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره؟ قال: حتى يبلغ اشده. قال: وما اشده؟ قال: احتلامه، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة او اقل او اكثر ولم يحتلم، قال: اذا بلغ وكتب عليه الشيء «و نبت عليه الشرط» جاز امره الا ان يكون سفيهاً او ضعيفاً.

(١) فانّ فيه دلالة على تقييد قولنا لا يجوز بيع الفضولي بقيد «في نفسه» مجرداً عن الاذن وغيره، المشعر بعدم منافاته لجواز البيع الفضولي مع سبق الاذن او لحق الاجازة. وهو مفاد كل قضية طبيعية كان موضوعها نفس الطبيعة بما هي هي.

والتمسك باطلاق «لا يجوز امرالصبي» على بطلان عقدالصبي مطلقاً حتى مع اذن الولي و اجازته، مبني، على كون قضية لا يجوز امرالصبي كلية استغراقية، فيدل اسناد عدم الجواز الى امرالصبي على الاطلاق، على عدم جواز عقدالصبي حتى مع اذن الولي و اجازته.

و اما لو كانت قضية طبيعية موضوعها نفس الطبيعة بما هي هي، لا تنافيه صحة عقده متقيداً

والثالث تصديده باجراء العقد وكالة عن وليه. فيكون ما صدر عنه من العقد عقداً للولي في الحقيقة، لكون الوكالة متضمنة لتنزيل عمل الوكيل بمنزلة عمل الموكل، وجعله مستنداً اليه. فلا يشمل قوله عليه السلام «لا يجوز امر الصبي» لصحة سلب استناده اليه. فهو في فعله نائب عن الولي، وان كان مرجع الولاية أيضاً الى النيابة عن الصبي.

وقد استدلت ابوحنيفة على صحة هذا القسم من بيع الصبي بقوله تعالى «وابتلوا اليتامى... فان آتستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم» (١) وذكر: أن المعاملة الحاصلة بها الابتلاء، تكون قبل البلوغ لا محالة. فالآية تدل على صحة معاملات الصبي قبل بلوغه.

واجاب عنه الشافعي، بأن المعاملة التي يحصل بها ابتلاء الصبي، هي صورة معاملة لا حقيقتها. فإن الابتلاء يحصل بمقدمات المعاملة وصورتها. ولا يخفى عليك ان الآية على تقدير تسليم دلالتها فانها تدل على صحة المعاملة الصادرة عنه للاختبار والابتلاء، واما سائر معاملاته فلا دلالة للآية على صحتها. ولا يبعد التفرقة بينها وبين الصادرة منه للاختبار، لعدم قيام الاجماع على وحدة حكمها ونفي الفصل بينهما، لذهاب جماعة من الخاصة اليها.

ومن الشبيه للآية في ذلك ما ورد من صحة معاملات الصبي اذا كان ابن عشر سنين، لما يحتمل ان يراد منه التعبد بصحة معاملاته في خصوص هذه السنة مائزة عما تسبقه او تتلوه من السنوات (٢) كما يحتمل ان يكون اشعاراً

بإذن الولي او اجازته. والمائر في كل قضية آتتها من القضايا الكلية الاستغراقية والطبيعية بما هي هي، هو العرف.

(١) النساء، الآية ٦.

(٢) من البديهي أنه لا خصوصية لكون الصبي ابن عشر سنين، حتى يكون فاقداً لها بعد تلك

السنة، فلاحتمال المذكور في غاية الضعف والسقوط.

بتحقق البلوغ بذلك هذا مضافاً الى ما ذكره الشافعي من أنه لا دليل على صحة المعاملة الحاصلة بها الاختبار، بل هو يحصل بمقدمات البيع ومجرد صورته، وليس في الآية لفظ البيع حتى يتمسك بظهوره في حقيقة البيع.

ثم انّ قوله: لا يجوز امره، انما يقتضي عدم جواز الامر المستند الى الصبي، فاذا استند عمل الصبي الى الولي، لم يشمل لانقطاع اضافته عن الصبي «توضيحه» انّ الجواز من شؤون حقيقة البيع، وانما يستند الى اللفظ بتبع استناده الى معناه. ومن المعلوم انّ حقيقة البيع لا تستند الا الى الموكل، (١) ولذا لا يترتب احكام المتبايعين الاّ عليه. وقوله عليه السلام: البيعان بالخيار، وغيره مما تضمن لاحكام المتبايعين يختصّ به، دون الوكيل المتصدى لاجراء الصيغة. ويختصّ به، دون الموكل من الاحكام مترتباً على العقد بما هو لفظ. كما اذا كان أجيراً في إجراء الصيغة فتتعلق الاجرة به، دون الموكل. نعم لو ثبت صحة دعوى الاجماع في كلام بعضهم، على انسلاّب الاعتبار عن لفظ الصبي، وكونه مسلوب العبارة، لاقتضى بطلان عقد الصبي، ولو وكالة عن الولي.

وربما يستدلّ عليه بقوله صلى الله عليه وآله «رفع القلم عن الصبي والمجنون» ومورد الرواية واقعة الخليفة الثاني، حيث أمر بجرم امرأة مجنونة، فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: أما سمعت قول النبي «ص»: رفع القلم عن الثلاثة الصبي والمجنون الخ (٢) وهذا كما ترى يشهد بكونها مسوقة لبيان رفع المؤاخذة بأعمّ من الدينوية منه والاخروية.

(١) لا يخفى انّ قوله عليه السلام لا يجوز امره كما يقتضي بطلان عقد الصبي في البيع كذلك يقتضي بطلان عقده في الوكالة. فالتشبه به على نفي صحة الوكالة رأساً المستلزم لعدم استناد عقد الصبي في البيع الى الموكل بمكان من الامكان.

(٢) الوسائل، ابواب مقدمات العبادات، الباب ٤، الحديث ١١ والحديث مشهور

بين الفريقين.

ومنه يعلم عدم صحة دعوى الشيخ «ره» اختصاص المواخذة في الرواية بخصوص الاخرية من المواخذة بل الصحيح عمومها عليها وعلى الدنيوية، وهى الحدود والضمانات، ففيها دلالة على عدم اقتضاء بيع الصبي للتضمنين بالعوض. إلا أنّ المرفوع بهذه الرواية، مؤاخذة نفس الصبي، دون مؤاخذة غيره. فليس فيها دلالة على عدم تضمين مؤكله.

فالعقد الصادر منه حيث استند بمقتضى الوكالة الى غيره، كان مؤاخذة منه دون الصبي المتصدى لاجراء الصيغة، فلا يشمل المواخذة الحاصلة به عموم رفع القلم عن الصبي. بل ولا يشملها ما اذا باع عن نفسه، ثم اجاز به بلوغه. فانّ الرفع ظاهر في كونه منة على الامّة، فلا يشمل ما لم يكن في رفعه منة عليهم. نعم لو كان ما صدر عنه من العقد موجباً للمواخذة بما هو لفظ صدر عنه، كما لو تكلم به في الارض المغصوبة يشمله رفع القلم عن الصبي ويفي بنفي المواخذة المترتبة عليه.

وبالجمله الرواية مساوقة لحديث الرفع، فيجرى فيها ما ذكر وافية من الشروط وقد منعوا عن جريانه في نفي صحة بيع المضطر، لكونه منافياً للمنة على الامة ومن جملة شروطه كون مجراه مما يكون في وضعه ثقل، فلا يشمل المندوبات. ومنه يعلم أنّ ما ارتكبه الشيخ من التمسك بهذه الرواية على بطلان عبادات الصبي غير صائب.

بقي الكلام فيما ذكره الشيخ «ره» للاستيناس بالحكم بالبطلان في المسألة وهو ما ورد في الحديث (١) من أنّ عمداً الصبي وخطأه واحد

(١) روي في الوسائل «كتاب القصاص، ابواب القصاص في النفس الباب ٣٦ الحديث ٢، عن عبدالله بن جعفر في «قرب الاسناد» عن علي بن السندي عن ابي البخترى عن جعفر عن ابيه عن علي بن ابيهم السلام، أنّه كان يقول في الجنون والمعته الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ: عمدهما خطأً تحمله العاقلة، وقد رفع عنها القلم «انتهى» اقول: علي بن السندي هو علي بن

«وبيانه» انه يدل على تنزيل عمد الصبي بمنزلة خطأه فيكون ما صدر عنه من العقد فاقداً للعقد ومنزلاً بمنزلة عدمه.

«وفيه أولاً» أنّ الشارع ليس من شأنه التصرف في الموضوعات غير الشرعية و تنزيلها بمنزلة العدم او غيره. والتنزيل انما يجوز له فيما كان دخيلاً في ترتب حكم شرعي مأخوذاً في موضوعه، كالعمد في القتل، حيث أنّ له مدخلة في الحكم بثبوت الدية، فجاز للشارع حينئذٍ تنزيل عمد الصبي والمجنون بمنزلة الخطاء. واما ما لم يكن مأخوذاً في موضوع حكم شرعي، بل انما كان دخيلاً في ثبوت الموضوع وقوامه، فليس للشارع ان يتصرف فيه بالتنزيل او غيره (١)، كالفصد المقوم لتحقيق البيع.

«وثانياً» إنّ الالفاظ المترادفة يفترق بعضها عن بعض بخصوصيات، ولو

اسماعيل السندي، ثقة قاله نصر بن الصباح ونقله الكشي في رجاله ص ٤٩٩ وقال المجلسي في رجاله ص ١٥٨ هو حسن كالصحيح لتوثيق ابن الصباح غير الموثق.

واما ابوالبختري فلم يوثق بخصوصه لكتبته مّمّن روي عنه ابن ابي عمير، روي في «الوافي» بسند صحيح عن ابن ابي عمير عنه، وهو دليل على وثاقته كما بيّناه في «معجم الثقات» ص ١٥١ فراجع.

(١) توضيحه: أنّ ما كان سبباً ومقوماً لحصول أمر آخر تكويناً لا ينقطع عنه السببية والتأثير بتنزيل الشرع له منزلة العدم، بل يؤثر في حصوله وتحققه. واما ما كان سبباً ومؤثراً في حصول الحكم الشرعي، فحيث أنّ سببته وتأثيره كان يجعل الشارع ينقطع عنه السببية والتأثير بتنزيل الشارع له منزلة العدم، فإنّ مرجعه الى التخصيص والتضييق في جعل الحكم المسبب عقيب حصوله.

كذلك ما كان سبباً او دخيلاً في تحقق أمر اعتباري تصدى لاعتباره الشرع او العرف، لأنّ تنزيل الشارع له بمنزلة العدم يكشف عن تخصيص وتضييق في اعتباره اذا كان ممّا استقل به، او في امضائه لاعتبار العرف ممّا سبقه العرف فيه.

فالفصد الدخيل في تحقيق البيع، الذي هو من الاعتباريات، ممّا يمكن للشارع قطع السببية عنه في بعض الصور، فإنّ مرجعه الى التصرف في اعتبار البيع بتضييقه وتخصيصه.

باختصاص بعضها بالاستعمال في مورد، غير المورد الذي يختص به استعمال الاخر. والترادف انما حصل بين الالفاظ من خفائها، والّا فلا يكون لفظ مرادفاً للفظ آخر من جميع الجهات. (١) مثلاً إنّ من الالفاظ المترادفة الانسان والبشر، والدقة فيها تقضي بانّ كل واحد منهما يختص بخصوصية في مقام الاستعمال. فلفظ الانسان انما يطلق في قبال الجن، ولا يطلق في قبال الملك. فلو قيل في قوله تعالى «ما هذا بشران هذا الا ملك كريم»: ما هذا انساناً لكان مستهجنأ، كما أنّه يستهجن اطلاق البشر في قبال الجن. (٢) او ممّا ذكرنا يعلم أنّه لا يجوز اسراء الحكم المتعلق بلفظ من المترادفين الى الاخر لمجرد المرادفة فلا يجوز من تنزيل عمد الصبي والمجنون بمنزلة الخطأ جعل قصدهما بمنزلة عدم القصد، لمكان اشتمال لفظ العمد على خصوصية لا يشمل عليها لفظ القصد او غيره، فلو عبرنا بدل القتل العمدي بالقتل القصدى، او عبرنا في ابواب المعاملات بالعمد مكان القصد، لكان مستهجنأ جداً. (٣)

(١) لا اشكال في حصول الترادف حقيقتاً بين كلمتين في لغة واحدة. ومنشأه أنّه ربّما اختصت كلمة معنى في قرية او بلدة من اهل لغة، واختصت كلمة اخرى ذلك المعنى في قرية او بلدة اخرى من اهل تلك اللغة، كما يترأى مثله من الاختلاف بين قبائل العرب في القواعد النحوية وغيرها. وكما جازا لافتراق بين اهل بلدة وبلدة اخرى في اللغة، كذلك جازا لافتراق بينهم في بعضها بطريق اولى.

نعم ربّما يحدث الترادف بين لفظين أو أزيد لاجل صيرورة خصوصياتها منسية بمرور الزمان، او لاجل شيوع استعمال لفظ موضوع لمعنى في معنى آخر مجازاً، بحيث يحصل له وضع ثانوى، فيصير مرادفاً مع اللفظ الموضوع له بالاصالة. ومن اجل كثرة وقوع هذا القبييل من الترادف ارتكب بعض المدققين لانكار الترادف بالمرة.

(٢) قد تقدم ممّا امكان تخصيص استعمال اللفظ في المعنى الموضوع له ببعض الموارد دون بعضها من دون اخذ قيد في الموضوع له، في اوائل الكتاب عند البحث في وضع المشتقات فراجع.

(٣) الظاهر أنّ الخصوصية الممتازة بها لفظ العمد عن لفظ القصد امران: «احدهما»

«و ثالثاً» انّ تنزيل شيء منزلة شيء قد يكون في ترتب أثر عليه، وقد يكون في عدم ترتبه عليه. والثاني كتزليل شيء بمنزلة عدمه، والاول كما فيما نحن فيه حيث نزل العمد بمنزلة الخطأ في ترتب اثر الخطأ عليه، والشاهد له قوله عليه السلام، عمده خطأه تحمله العاقلة، فلا تكون الرواية دليلاً على كون عمد الصبي بمنزلة الخطأ في عدم ترتب الأثر عليه.

ومما ذكرنا يعلم النظر في الاستدلال بهذه الرواية على عدم قدح الارتكاب بتروك الاحرام المشروطة بالعمد، كما فعله شيخ الطائفة «ره» بل الرواية تختص بباب الديات هذا.

ويمكن الاستدلال على بطلان عقد الصبي وكالة عن غيره، بما ذكره في باب الوكالة من اشتراط البلوغ في الوكيل، بل قد ادعى الاجماع عليه هناك . وذكره أيضاً أنّ الوكالة انما تجوز فيما يجوز ان يفعله الوكيل لنفسه، وحيث إنّ الصبي لا يجوز له البيع لنفسه لم يجزله البيع وكالة عن غيره. ولكنّه لا يخفى عليك أنّ ما لا يجوز من الصبي هو البيع دون التلفظ بالعقد، وهو انما يكون وكيلاً في التلفظ بالعقد واجراء الصيغة. واما البيع فلا يستند الا الى الموكل، (١)

اختصاص استعماله في قصد ذات الفعل، الموجب فقدته لصيرورته صادراً عن الخطاء، قصد العناوين الموجب فقدته لعدم تحقق تلك العناوين، من دون ان يوجب فقدته صيرورة ذات الفعل صادرة عن خطاء. «الثاني» اختصاصه بكون متعلقه ممّا لا ينبغي فعله، فهو يقابل الخطاء في كلا الخصوصيتين.

(١) التحقيق في المقام يتوقف على بيان معنى الوكيل.

حقيقة الوكالة وتضمّنها للتنزيل

فاعلم انّ الوكول في اللغة بمعنى التفويض، يقال: وكّل عليه الأمر، وتوكّل عليه في امره، و أوكل عليه الامر، ووكّله فيه بالتشديد، بمعنى فوض. وتعدية توكّل بكلمة على لاجل الاشراب فيه معنى اعتمد، وتعدية وكّل بالتشديد الى الشخص لاجل الاشراب فيه معنى جعل، فعنى وكّله

كالوكيل في اجراء صيغة النكاح فانّ النكاح يستند إلى الزوجين، وهما المتناكحان، دون من يتصدى للعقد و اجراء الصيغة.

والحاصل اننا لم نجد دليلاً على بطلان عقد الصبي المميز وكونه مسلوب العبارة، وقد عرفت نفي دلالة ما ادعى دلالة عليه، ومقتضى الاصل بعد عدم قصور عقده و استتمامه واستجماعه لجميع ما يعتبر فيه هو صحته. لما يشمله عموم أوفوا بالعقود، وأحل الله البيع، بناء على ما هو مقتضى التحقيق من

بالتشديد جعله وكياً، والوكيل فعيل بمعنى المفعول وهو من فوض اليه الامر.

و بالجملة معنى مادة «وكل» هو: التسليم والتفويض، ومن المعلوم أنه لم ينسلخ بحسب الاصطلاح عما هو معناه لغة وان زاد فيه خصوصيات تخصه لبعض مصاديقه دون بعض كما هو المعمول في الاصطلاحات. اذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا يمكن تفويض الاعيان والافعال إلا ما كان منها تحت سلطة المفوض واختياره وليس هو في الافعال الالفعل والترك المستندين اليه فالمسلط عليه الوكيل بتفويض الموكل هو الفعل والترك المستندان الى الموكل فقط. والفعل المستند الى الموكل لا يمكن صدوره عن الوكيل، والفعل الصادر عن الوكيل لا يمكن استناده الى الموكل إلا بالتنزيل والاعتبار، فانّ الفعل الصادر عن الشخص لا يمكن استناده الى غيره، إلا بالتنزيل واعتبار ما صدر عنه فعلاً صادراً عن غيره.

أما ذات الفعل وحقيقته، عنه قول الوكيل: بعت، فلم يصدر إلا من الوكيل، فهي مستندة اليه لاحالة دون غيره.

وأما عنوانه الاعتبارى - وهو عنوان البيع - فهو قائم بالاعتبار، والمفروض أنّ الاعتبار قد تعلق بكونه فعلاً للموكل.

ثم أنّ المتعلق للتفويض الى الوكيل في مورد البيع هو الاقدام بالبيع، وقد يكون هو الاقدام بالبيع وجميع الامور الراجعة اليه من تسليم المعوض واخذ العوض والفسخ والامضاء بعد وقوعه، والفارق بين القسمين أنّ الوكيل لا يشمله «المتبايعان بالخيار» في القسم الاوّل لكونها مسوقة لجعل الحق لمن كان من شأنه الفسخ والامضاء، وهو الموكل، والمفروض أنه لم يفوضها الى الوكيل، فيكون المشمول لها هو الموكل. بخلاف القسم الثاني فإنّ مقتضاه شمولها على الوكيل، لكونه قد فوّض اليه امضاء المعاملة وفسخه.

كونها مسوقة لبيان الحكم الوضعي، وكون الاحكام الوضعية مجعولات بانفسها، وكونها غير منتزعة عن الاحكام التكليفية. واما بناء على ما اختاره الشيخ «ره» من كون الاحكام الوضعية منتزعة عن الاحكام التكليفية، فلا محالة تكون احل الله البيع ووافوا بالعقود مسوقتين لبيان ما للبيع والعقد من الاحكام التكليفية^(١)، فلا تشملان على عقد الصبي وبيعه، لاشتراط الاحكام التكليفية بالبلوغ. واما انتزاع صحة العقد عن التكليف المتوجه بعد البلوغ ففيه مضافاً الى استحالة تقدم المنتزع على المنتزع منه وعدم امكان انتزاع الامر المتقدم عن المتأخر: انه على تقدير صحة انتزاع الحكم الوضعي عن الحكم التكلفي المتأخر يتوقف ذلك على الدليل، ولا يصار اليه بلا دليل.

ثم انه ربما يتوهم دلالة رواية ام سلمة على صحة وكالة الصبي عن غيره في اجراء العقد وملخص القول في دفعه ان ام سلمة ذكرت لتزوجها من رسول الله صلى الله عليه وآله ثلاثة موانع «احدها» ان لها اولاداً وليس لها مالا يفي بمؤنتهم «وثانيها» انه كانت لرسول الله «ص» زوجات اخر تغلب عليها الغيرة بسببها ولا تطيق الاضطبار عليها «وثالثها» انه ليس لها ولي يزوجه منها.

فاجاب رسول الله «ص» عن الاول بان الله يكفي لهم عنها، وعن الثاني

(١) لا يخفى ان البحث في كون الاحكام الوضعية مجعولة برأسها او منتزعة من الاحكام التكليفية، انها هو في مقام الثبوت، واما في مقام الاثبات، فربما يعكس الأمر ويصرح في الادلة بها دون ما في موردها من الاحكام التكليفية، فابتناء ارادة الحكم الوضعي او التكلفي من الايتين على البحث المذكور غير صحيح.

ثم ان الظاهر من «وافوا بالعقود» هو الحكم التكلفي لظهور الامر في التكليف. واما «احل الله البيع» ففيها وجهان «الاول» ظهور أحل في الحلية التكليفية ويؤيده وقوعها في قبال قوله تعالى «وحرم الربا» فان المراد منه هو التحريم التكلفي لا محالة، لكون المراد من الربا هو الزائد في احد العوضين على الآخر، دون نفس المعاملة الربوية. «والثاني» حمله على الحلية الوضعية بقربنة تعلقها بنفس البيع، دون التصرف في العوضين، فالمراد منها حلية البيع بمعنى نفوذها.

بانّ الله يرفع عنها غيرة النساء. وعن الثالث بجعل ولدها ولياً عليها وامره بتزويجها منه. وكان ذلك لاجل رفع الكراهة عن امّ سلمة، والآ فالمرئة البالغة الشيبة لا ولاية عليها في الاسلام.

وقد علم ممّا ذكرنا، وجه اندفاع التوهم المذكور، وكون الرواية اجنبية عمّا نحن فيه لوجهين، «احدهما» انّ تصدى الصبي لاجراء الصيغة في الرواية، كان عن ولاية له على امه، ولم يكن عن وكالة منها، حتى يستدلّ به على جواز وكالة الصبي «والثاني» كون ولاية الصبي على التزويج في الرواية، صورة ولاية، دون ما لها من الحقيقة شرعاً. الرابع ان تكون المعاملة متحققة بين بالغين، ومستندة اليهما، وكون الصبي مجرد آلة وواسطه بينهما في الايصال، بان يكون واسطة في ايصال اللفظ او ايصال المال وكونه حاملاً له من احدهما الى الاخر. فمن المعلوم عدم شمول ادلة عدم جواز امر الصبي على هذا القسم، لعدم كون الصبي احداً المتعاملين، لا اصالة، ولا وكالة. وانما كان واسطة في ايصال لفظ احدهما الى الاخر، فهو بمنزلة آلات نقل الصوت او واسطة في نقل المبيع الى المشتري او نقل الثمن الى البائع فيكون بمنزلة حيوان يحمله اليه.

لكنّ الاشكال يطرق عليه من حيث عدم تحقق العقد حينئذٍ فانّ الصبي لو وقع واسطة في ايصال الايجاب او القبول، لاختل العقد لكونه مستلزماً لانتفاء الاتصال والموالة بين الايجاب والقبول. ولو وقع واسطة في نقل المال لم يتحقق البيع ولو بنحو المعاطاة، لعدم تحقق الاعطاء المعتبر في المعاطاة فانّ اعطاء الصبي لا يستند الى المالك حتى يوجب تحقق المعاطاة منه (١) إلا بان يكون عمله منزلاً

(١) اعلم انّ مقتضى ما تقدم من انّ المحقق للبيع في مورد المعاطاة هو الالتزام من الجانبين بملكية مال بازاء ملكية مال آخر مع ترتيب الاثر عليها، هو تحقق المعاطاة بايصال المال الى الجانب الاخر ولو بواسطة الصبي او غيره فانه يتحقق ترتيب الأثر المذكور بايصال كلّ من الجانبين لما بيده من المال الى الاخر ولو بنحو الارسال، فانّ الايصال كما يتحقق بالاعطاء كذلك يتحقق بالارسال.

بمنزلة عمله، فيرجع الى الوكالة و يخرج عن فرض هذا القسم، ويدخل تحت القسم الثالث.

مضافاً الى ان ايصال الصبي للمال قاصر عن الدلالة على كون قصد المالك اعطاء جميع جهات المال حتى تتحقق المعاطاة بل غاية ما يدل عليه هو الرضاء بالتصرف فيه.

و بالجمله أنه لا تتحقق المعاملة مع توسط الصبي بين المتعاملين الا ان يحرز ايكال المالك اجراء العقد الى المشتري وتكفله لكل من الايجاب والقبول وكالة في الاول و اصاله في الثاني.

«تنبيه»

اعلم انه ربما استدل على بطلان بيع الصبي، بما ورد من نهى رسول الله «ص» عن كسب الصبيان، وهو ما رواه السكوني عن ابي عبد الله «ع» قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الاماء فانها ان لم تجدزنت الا امة قد عرفت بصنعة يده، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق انتهى.

ويظهر فساد من ان النهي انما تعلق في الحقيقة على المكتسب، لانفس الكسب. فان الكسب اعني فعل الصبي لا يجوز ان يتعلق به الحكم، لاشتراط الاحكام بالبلوغ. فالتهي في الرواية مسوق لبيان كراهة التصرف في ما اكتسبه الصبي او الامة لكونه مشتبهاً بالحرام، فيكون الحديث اجنبياً عن التعرض لصحة بيع الصبي او فساد.

المبحث الثاني في اشتراط القصد

اعلم أنه يعتبر في تحقق العقد ثلاث مراتب من القصد. «الاولى» قصد اللفظ، و يحتزبه عما اذا صدر عنه اللفظ في المنام او صدر عن سبق اللسان.

«الثانية» قصد المعنى وهو قصد استعمال اللفظ فيه، و يحتزبه عن اللفظ المهمل وما اذا كان نظر المتكلم الى نفس اللفظ، كقولنا: ضرب فعل ماض، فانّ الموضوع فيها نفس اللفظ، دون معناه.

«الثالثة» قصد انشاء البيع باللفظ (١) فانّ البيع من الامور الایجادية والانشائية في الخارج، فلا محالة يكون انشائه بالعقد و ايجاده به مشروطاً بقصد ايجاده به ضرورة عدم تحقق الانشاء الا بالقصد. نعم بناء على ما ذهب اليه بعض، من عدم كون البيع من الامور الایجادية، يكفي في تحققه مجرد وجود اللفظ الكاشف، وان لم يقصد به الانشاء.

وبذلك يحصل الاحتراز عما اذا قصد باللفظ الكناية عن انشاء معنى آخر.

(١) ليس قصد الانشاء امراً آخر وراء اعتبار قصد المعنى من اللفظ، فإنّ ألفاظ الانشاء بناء على ما تقدمت منا موضوعة ليعتبر مصداقاً للمعاني، فاستعمالها فيها هو اعتبار كون اللفظ مصداقاً لها. وقصد المعنى منها هو بعينه قصد كونها مصداقاً له، وهو المسمى بقصد الانشاء، وقد تقدمت منا الكلام المبسوط في ذلك.

ومحمله: أن لفظ اضرب مثلاً وضع ليعتبر مصداقاً للطلب، وكذا لفظ بعت وضع بحسب الوضع الثانوي ليعتبر مصداقاً للبيع، فاستعمالها في معناها ليس إلا التلّفظ بها مع اعتبار كونها مصداقاً للطلب والبيع، وقصد استعمالها في معناها ليس الا قصد تحقق طبيعة الطلب والبيع بها.

المبحث الثالث

في اشتراط كون العوضين معلومين للمتبايعين

ومنشأ اعتباره كون البيع من قبيل المعاوضات، والمعاوضة متقومة بالعوض والمعوض، فيعتبر تعيينها لا محالة في تحقق المعاوضة (١) ولا يعتبر فيها تعين المتعاملين، لعدم توقف حقيقة المعاوضة عليه، فإنّ المعاوضة علقه حاصلة بين المالكين. فلا يتوقف تحققها على تعين المتعاملين، وان كان ربّياً يحصل ذلك بالتبع لكون المعاوضة انتقال كل من المالكين الى مكان الاخر، فيصير كلّ منهما ملكاً للملك الاخر.

وبالجملة تعين المتعاملين امر قهري عند حصول المعاوضة، لا أنّه ممّا يتوقف عليه حقيقة المعاوضة. وهو على عكس حقيقة النكاح. فإنّها علقه

(١) غاية ما يمكن ان يقال في توجيهه: أنّ حقيقة المعاوضة هي اعتبار خروج كل من العوضين عن ملك احدهما ودخوله في ملك الاخر، وتعلق الاعتبار بخروج شيء عن ملك احد يتوقف على لحاظه وهو يتوقف على كونه معيناً معلوماً عندالمعتبر، فكلّ جزء من اجزاء العوضين يخرج بالمعاوضة عن ملك احدهما ويدخل في ملك الاخر، لا بدّ وان يكون مبيناً ومعلوماً عند المتبايعين. فالجهل به ينافي حقيقة المعاوضة.

لكنّ التحقيق: أنّه يكفي في تعلق الاعتبار بخروج شيء عن ملك احد في الخارج، لحاظ عنوان منطبق على ذلك الشيء بماله من الاجزاء في الخارج. وممّا يشهد له أنّ المصالحة المالية متضمنة لخروج المال عن ملك احدهما ودخوله في ملك الاخر، ويكفي في صحتها لحاظ أيّ عنوان منطبق على العوضين في تحقق المعاوضة بينهما، فلو قال بعثك هذا بما في البيت تحقّق اعتبار المعاوضة، وان لم يعلم به. فاشتراط العلم بالعوضين في البيع بالمعنى الذي اريد منه في الشرع لا تقتضيه حقيقة المعاوضة، ولعلّ وجه اعتبار تعين العوضين في البيع عرفاً وشرعاً دون المصالحة كون الغرض من البيع هو المال، فلا ينبغي كونه مجهولاً بخلاف المصالحة فإنّ الغرض منها هو مجرد الصلح لماليته.

حاصلة بين الشخصين، فيتوقف تحققها على تعيينها. ولا يتوقف على تعيين الصداق لعدم مدخلية ذلك في تحقق علاقة الزوجية بين الشخصين، لعدم كون اعتباره في النكاح لاجل توقف حقيقة النكاح عليه.

والحاصل أنّ حقيقة كلّ من العقود لا تتوقف الآ على ما تقوم به حقيقة المعاملة، وقد عرفت أنّ ما تقوم به علاقة البيع ليس الآمالين الواقعين عوضاً ومعوّضاً في المعاملة، فلا يتوقف تحققها الآ على تعيينها دون تعيين المتعاملين.

نعم ربّما يتوقف عليه تحقق البيع بالعرض، كما اذا كان أحد العوضين او كلاهما كلياً، فإنّ الكلي اذا لم يستند الى ذمة شخص معيّن لا يعتبر له مالية في العرف، فوقع الكلي طرفاً للمعاوضة يتوقف على تعيين من اضيف الى ذمته تحقيقاً لمآلته، إلا أنّ توقف البيع عليه ليس بما هو، بل لكون العوض او المعوض بحيث لا يعدّ مالاّ إلا بتعيين من اضيف اليه.

المبحث الرابع

في اشتراط الرضا وطيب النفس

ويشترط في العقد صدوره عن الرضا وطيب النفس ويقابله صدور العقد عن اكراه من الغير. ومعنى الاشتراط به بطلان العقد من اجل فقدانه له بعد استجماعه لغيره من الشروط الدخيلة في استتمامه.

ثمّ أنّ الاشتراط به أنّها هو بعد تحقق العقد وقيامه في نفسه، كما يظهر ذلك من كلمات الاصحاب ومن الادلة الدالة على اعتباره، كقوله تعالى «تجارة عن تراض» فاعتباره أنّها هو في المرتبة التالية لمرتبة تحقق العقد، وقيامه بحصول جميع ما له دخل فيها من الشروط، وقد عرفت سابقاً أنّ قصد الانشاء و ارادة حصول البيع ممّا يعتبر في تحقق العقد.

فيبدو الاشكال حينئذٍ من حيث إنه كيف يجتمع الاكراه وفقدرالرضا مع الارادة التي هي المرتبة الأكيده من الشوق؟ نعم ربما يشتمل الفعل على مضرة تقتضي الكراهة، إلا أنّ رجحان مافيه من المنفعة عليها، يكون موجباً لحصول الشوق به، وانقداح الارادة له في نفس الفاعل. وهذا هو الحال في كثير من الافعال، بل الغالب فيها عدم كونها متعلقة للشوق بذاتها ومحبوبة في نفسها، بل يتعلق الشوق بها بالعرض و باعتبار ترتب جهة محبوبة عليها ومن جملتها ما يكون مكروهاً في نفسه، إلا أنّ ترتب جهة محبوبة عليه، يوجب تحرك الشوق نحوه، وانقداح ارادة حصوله في النفس.

والحاصل أنّه لا ينافي وجود جهة الكراهة في الفعل تعلق الشوق والارادة به فامكن ان يقال: إنّ الاكراه على البيع لا ينافي حصول طيب النفس والرضا به وترك الشوق اليه، كالدواء المر غير الملائم للذائقة، فانه بذاته مكروه للانسان، الاّ أنّه يتعلق الشوق به ثانياً وبالعرض، باعتبار حصول الشفاء به.

وبالجملة لا فرق بين بيع المضطر وبيع المكره في عدم كون كل منهما محبوباً لذاته بل مكروهاً و مبعوضاً للبايع، و كونها محبوبين في رتبة ترتب المصلحة عليهما. فلو كان المراد من اعتبار طيب النفس اعتباره في مرتبة ذات البيع يلزمه الحكم ببطلان بيع المضطر وبيع المكره كليهما، ولو كان اعتباره في المرتبة الثانية يلزمه الحكم بصحة كليهما.

نعم غاية ما يوجد من الفرق بينهما، أنّ المصلحة في بيع المكره وهو التخلص عن الظالم يترتب على نفس البيع، والمصلحة في بيع المضطر أمر يترتب على ما يحصل بالبيع، اعني التسلط على الثمن او المثلثن. وهو لا يوجب فرقاً فيما هو المطلوب في المقام من الحكم بالصحة او البطلان.

و توضيحه: أنّ الارادة، سواء كانت تكوينية او تشريعية، إذ تعلقت بامر، تسري إلى مقدماته وتتعلق بها بتبع تعلقها به سواء كانت واحدة او متعددة، وسواء

كانت عرضية، بأن يكون تأثيرها في حصول ذي المقدمة في مرتبة واحدة، او طولية، بان يكون تأثير بعضها مترتباً على تأثير بعض آخر، بوقوعها في سلسلة العلل والمعلولات، حتى تنتهي الى مقدمة لا يتوقف حصولها على مقدمة اخرى. فاذا تعلقّت الارادة بما هو محبوب بذاته، كحفظ النفس مثلاً يصير كلّ واحدة واحدة من مقدماته متعلقة للارادة، من دون فرق بين القريبة منها الى حصول ذي المقدمة والبعيدة منها.

فعلم ممّا ذكرنا: أن كون البيع مقدمة قريبة لحصول الغرض الاقصى وما هو المحبوب والمراد بالذات في بيع المكره، ومقدمة بعيدة له في بيع المضطر، لا يوجب فرقاً في تعلق الشوق والارادة بهما بل يقع كل منهما متعلقاً للارادة لمكان توقف المراد بالذات عليهما.

ثمّ أنّه ربّما يتبادر الى بعض الإذهان، أنّ الذي اوجب بطلان بيع المكره كون الكراهة فيه من ناحية الغير الذي اكرهه عليه. وهو ايضاً غير مرضى عندنا فإنّ الكراهة في بيع المضطر ايضاً ربّما تكون من ناحية الغير، كما لو اكرهه غيره على تحصيل الثمن ودفعه اليه.

هل كان الاكراه مانعاً مستقلاً

عن صحة البيع او كان مرجعه الى اشتراط الرضا

يظهر من جميع ما ذكرنا. أنّ التمسك بقوله تعالى «تجارة عن تراض» او ما دلّ من الروايات على اعتبار طيب النفس والرضا في البيع غير مقرون بالصحة. لاشتماله على التراضي وطيب النفس من حيث ترتب عنوان تعلق به الرضا وطيب النفس عليه وان كان فاقداً له في ذاته بيع المضطرّ طابق النعل بالنعل. فلم يبق إلا ان تكون للاكراه موضوعية في نفي الصحة عن البيع بنحو المانعية،

من دون ان يكون مرجعها الى اشتراط الرضا ويكون الدليل في اثباتها هو الاخبار الواردة في باب الطلاق، وعموم حديث الرفع بناء على تعميمه على رفع جميع الآثار.

وأنها يختصّ حديث الرفع لاثبات خصوص بيع المكره، دون المضطر، مع أنّ من جملة المرفوعات به هو ما اضطرروا اليه، لأنّ الحديث مسوق لاجل الامتناع والتوسيع على العباد. فلا يشمل لامحالة على بيع المضطر لعدم وجود الامتنان في رفع اثره، بل الامتنان في امضائه بخلاف بيع المكره فإنّ من الواضح كون رفع أثره موافقاً للامتنان.

هذا كلّه تقريب ما ذكره السيد «ره» في المقام.

ويرد عليه، مضافاً الى منع ما بنى عليه التقريب، من كون بيع المكره وبيع المضطر مكروهين لباعيهما في مرتبة ذاتها، ومحبوبين لهما، في مرتبة ترتب المصلحة عليه. ومحصل المنع: أنّ مقتضى التحقيق في باب اجتماع الامر والنهي، أنّ اختلاف العنوان لا يكفي في امكان تعلق الارادة والكراهة فعلاً على معنون واحد، فضلاً عن ان يكون الاختلاف في الرتبة مع وحدة العنوان، فالصحيح ان يقال: أنّ البيع قبل طرّق الاكراه او الاضطرار الموجبين لترتب المصلحة عليه كان مكروهاً، فاذا بدا ترتّب المصلحة عليه زالت الكراهة عنه وتبدلت بالشوق والارادة.

«اولاً» إنّ الظاهر من كلمات الاصحاب - حيث ذكروا بعد القول ببطلان بيع المكره أنّه لو رضی به بعد تحققه صح - أنّ بطلان بيع المكره ليس الا لاجل عدم اقترانه بالرضا وطيب النفس، لا لاجل أنّ الاكراه اوجب بطلان البيع مع كونه مشتملاً على طيب النفس والرضا. وهو المستفاد من الروايات الواردة في بطلان بيع المكره.

فنها رواية منصور بن يونس (١) قال: سألت العبد الصالح وهو بالعريض، فقلت له: جعلت فداك إني تزوجت امرأة وكانت تحبني، فتزوجت عليها ابنة خالي، وقد كان لي من المرأة ولد، فرجعت الى بغداد فطلقتها واحدة، ثم راجعتها ثم طلقها الثانية، ثم خرجت من عندها اريد سفرى هذا حتى كنت بالكوفة اردت النظر الى ابنة خالي، فقالت اختي وخالتي: لا تنظر اليها والله ابدأ حتى تطلق فلانة. فقلت: ويحكم والله مالى الى طلاقها من سبيل.

فقال لي: ما هو شأنك ليس لك الى طلاقها من سبيل؟ فقلت: انه كانت لي منها ابنة وكانت ببغداد وكانت هذه بالكوفة، وخرجت من عندها قبل ذلك بربع، فأبوا على إلا تطليقها ثلاثاً، ولا والله جعلت فداك ما اردت الله ولا اردت إلا أن اداريهم عن نفسي. وقد امتلأ قلبي من ذلك. فكث قليلاً مطرقاً ثم رفع رأسه وهو متبسم، فقال: أمّا بينك وبين الله فليس بشيء، ولكن إن قدموك الى السلطان أبانها منك. انتهى.

فقوله ما اردت الله وأنا اردت أنّ اداريهم في نفسى صريح في فقدان عقده عند الاكراه لطيب النفس والرضا فافتى الامام عليه السلام ببطلان العقد على فرض مسألة الراوي.

ومنها قوله عليه السلام في رواية يحيى بن عبدالله بن حسن (٢) لا يجوز طلاق في استكراه إلى ان قال و أنّها الطلاق ما اريد منه الطلاق من غير استكراه («الحديث»).

(«و ثانياً») انه لا دليل على موضوعية الاكراه في المنع عن صحة المعاملة.

(١) الوسائل، كتاب الطلاق، ابواب مقدماته باب ٣٨، وسنده صحيح.

(٢) الوسائل، كتاب الطلاق، ابواب مقدماته باب ٣٧، وعبدالله هذا لم يتعرض لتوثيقه

ولكته كان شيخ بنى هاشم في زمانه وباقي رجال السند ثقات.

«أما الروايات» فقد عرفت أنّ دلالتها على بطلان عقد المكره مقرونة بالدلالة على عدم وجود الرضا وفقد ارادة تحقق مضمون العقد «وأما حديث الرفع» فلأنّه لا يقتضى رفع أثر المكره بالمعنى الذي تقدم في رواية منصور بن يونس، اعني الإقدام على البيع لاجل المداراة مع الاخت والحالة. فإنّ من المعلوم عدم امكان التمسك به على رفع حرمة شرب الخمر لاجل المداراة مع الناس.

ومما ذكرنا يعلم الاشكال في تمسك الشيخ «قده» ايضاً على بطلان بيع المكره بحديث الرفع. مضافاً الى أنّ المنع يتطرق اليه بناء على ما تسلمه من كون بطلان عقد المكره لاجل فقدانه للرضا، فإنّ حديث الرفع على ما حققه في الفرائد لا يصلح لرفع الآثار المترتبة على احد العناوين الثانوية المذكورة فيه، بل إنّما يصلح لرفع الآثار المترتبة على ذات الموضوعات من غير تقييد بتلك العناوين او عدمها. فلا يجوز التمسك بها على رفع الاثر المترتب على البيع المتقيد بالرضا، وهو عدم الكره، او بالعكس على ما ذكره.

«وثالثاً» عدم صدق الرضا على البيع مع الاكراه عرفاً.

ومما يدلّ على فقدان بيع المكره للرضا وطيب النفس مع كونه مقروناً بالارادة والقصد، عدم التنافي بينها، قوله تعالى «ومن كفر فعليه كفره الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان» (١) الآية فإنّها تدلّ على أنّهم كفروا لاعن طيب نفس منهم بل كانت قلوبهم مطمئنة بالايمان مع أنّهم كفروا عن قصد، والا لم يصدق عليهم أنّهم كفروا رأساً هذا.

ثمّ انه ذكر بعضهم في تقريب الفرق بين بيع المضطرو وبيع المكره في صحة الاوّل دون الثاني: عكس ما ذكره السيد، وهو كون كليهما واجدين للرضا وطيب النفس. فالتزم بكون كليهما فاقدين للرضا وطيب النفس. ثمّ بنى عليه

أن بيع المكروه تفرد عن بيع المضطر باشتراط الرضا فيه دونه فوجب فقدانها بطلان الاول دون الثاني.

و ذكر في وجهه: انّ الادلة الدالة على اعتبار الرضا وطيب النفس كانت في مقام التوسيع والامتنان، فلا تشمل بيع المضطر لكون اعتبارهما فيه منافياً للامتنان. فالفرق بين بيع المكروه وبيع المضطر بعد اشتراكهما في فقدان الرضا و طيب النفس، انّ بيع المكروه فاقد لما يشترط في صحته، وبيع المضطر فاقد لما لا يشترط في صحته فلا يقدر فقدانها فيها.

المبحث الخامس

في جهات الفرق بين بيع المكروه والمضطر

الجهة الأولى

كون المكروه فاقدًا للاستقلال دون المضطر

التحقيق كما ذكره الشيخ في المكاسب وهو الظاهر من المشهور، انّ الفرق بين بيع المكروه وبيع المضطر فقدان بيع المكروه للرضا و طيب النفس دون بيع المضطر. ومن هنا صح التمسك على بطلان بيع المكروه بقوله تعالى «تجارة عن تراض» (١) وقوله عليه السلام «لا يحلّ مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه» (٢).

وقد انهى الشيخ «ره» في تحقيق ذلك في ضمن كلام قصير و بيان يسير

(١) سورة النساء، الآية ٢٩.

(٢) البحار ج ٧٣ ص ٣٥٠ نقلاً عن تحف العقول في خطبة النبي صلى الله عليه وآله في حجة

الوداع: قال «ص» ولا يحلّ لمؤمن مال اخيه الا من طيب نفسه.

حيث قال «والحاصل، أنّ الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنّه مستقل ومخلى طبعه فيه، بحيث تطيب نفسه بفعله، وان كان من باب علاج الضرر. وقد يفعل لدفع ضرر ايعاد الغير على تركه، وهذا ممّا لا تطيب النفس به».

و توضيحه حيث ترتفع السترة عن كلامه، وينكشف عن غطاء الخفية مرامه. أن سراية الإرادة الى المقدمة، تكوينية كانت او تشريعية، تتبع كيفية توقف المراد وترتبه عليها، لا على اطلاقها بل مقيدة بحصول قيد كانت سراية الارادة اليها ايضاً عند تقيدها بالقيد المذكور. ومن هنا يحصل الفرق بين وجوب الطهارة عن الحدث و بين وجوبها عن الخبث في كون الواجب في مورد الطهارة عن الحدث متقيداً بقصد القربة بحيث لو لم يحصل قصد القربة عند الغسل لم يتحقق به الطهارة ولم يحصل الواجب. وفي مورد الطهارة عن الخبث غير متقيد به.

ومن هذا القبيل، الفرق بين بيع المضطرو والمكره، فإنّ الواجب بالذات وما تعلقت الارادة به اولاً، وهو حفظ النفس مثلاً، يتوقف تارة على ايجاد البيع مطلقاً من غير تقييد بحصول طيب النفس، كما في مورد بيع المكره. فإنّ حفظ النفس عند اكراه الغير له و ايعاده بالقتل إنّما يتوقف على ايجاد البيع مطلقاً، من دون اعتبار تقييده بالاقتران بطيب النفس والرضا، لكونهما من الامور القلبية الخفية على الغير. وتارة على ايقاعه متقيداً بحصول طيب النفس، كما في مورد بيع المضطر، فإنّ حفظ النفس عند المجاعة و بدوّ الاضطرار يتوقف في حق من يتعبد بالشرع على بيع داره بالرضا وطيب النفس، لعدم حلّ ما يأخذه من الثمن الا ببيعها عن طيب النفس والرضا، فتتعلق الارادة لا محالة بتحصيلها. بخلاف بيع المكره فلا تتعلق ارادة المكره بتحصيلها، لعدم توقف حصول الغاية عليه، وهي مجرد دفع شر الغير.

نعم ربّما يتعلق ارادة المكره بتحصيل الرضا في نفسه عند البيع المكره عليه،

لاجل عروض جهات اخرى تتوقف عليه. كما اذا ارادالمكره عند اكراهه على طلاق امرأته عدم تزوجها من غيره لا على الوجه الشرعي الموجب للزنا، او ارادالمكره عند اكراهه على بيع ماله حلية ما يأخذه من الثمن عن المشتري، او غيرهما من الاغراض والجهات الطارئة، صح الطلاق والبيع وغيرهما. إلا أنّ ذلك خارج عن موردالبحث. والمبحوث عنه في المقام مجرد فرض ارادة المكره عن البيع دفع مضرة الغير.

فالمكره عليه من البيع نظير مورد الطهارة عن الخبث في عدم توقف المراد الا على ذات المقدمة، ويقابله بيع المضطر في كون مورده ممّا يتوقف تحقق المراد على المقدمة متقيداً بقيد، وهو قصد القربة في الطهارة، وطيب النفس في بيع المضطر، فكما كان المصلي يتعب نفسه في تحصيل الطهارة عن الحدث من أيّ شيء حصل وعلى أيّ شيء توقف، لاجل الوصول الى نعيم الجنة، والاحتراز عن حميم النار، فكذلك المضطري يتعب نفسه في تحصيل الرضا وطيب النفس من أيّ شيء حصل وعلى اى شيء توقف (١) فإنّ الغرض الأقصى له وهو صيرورة الثمن ملكاً مباحاً له يتوقف على البيع عن الرضا وطيب النفس. لقوله تعالى «ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض» وقوله صلّى الله عليه وآله «لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه».

نعم ربما يتعلق غرضه بمجرد السلطنة على الثمن دون صيرورته ملكاً مباحاً له، وهو لا يتوقف على الرضا بالبيع، بل يحصل الغرض المذكور مع فسادالبيع. إلا أنّ هذه الصورة خارجة عن مورد البحث في بيع المضطر، لعدم كونه حينئذٍ

(١) لا يخفى أنّ مجرد توقف حلية الثمن المأخوذ بالبيع، على اقترانه بالرضا وطيب النفس، وكون البيع المقترن به هوالمحلل دون غيره يوجب تحرك الشوق نحوالبيع بجميع ما يعتبرفيه من الشروط.

مضطراً على البيع بل على مجرد السلطنة على الثمن بأي نحو حصل، سواء صار ملكاً له مباحاً شرعاً أم لا. وهي لا تتوقف الا على صورة البيع، دون البيع المستجمع لشرائط الصحة التي منها حصول الرضا وطيب النفس. إلا ان هذه الصورة خارجة عن فرض البحث وهو الاضطرار بالبيع.

لا يقال فعلى ما ذكرت يخرج بيع المكره عن كونه بيعاً أصلاً، لعدم توقف حفظ النفس و دفع شرالغير الا على التكلم بلفظ بعث، ولو عن تورية فإنه يقال: ان المكره على البيع ربما لا يلتفت الى التورية، فيقصد معنى البيع لا محالة بالاكراه.

الجهة الثانية

تعلق القصد في بيع المضطر بالمسبب دون بيع المكره

اعلم أن سريان الارادة وترشحها انما يكون في الأمور المترتبة، من المرتبة المتأخرة الى المتقدمة عنها في المرتبة. ولذا تتعلق الارادة أولاً بالعرض الاقصى، ثم ترشح منه الى ما توقف عليه ذلك، ثم يتعلق ثالثاً على ما يتوقف عليه حصول المرتبة الاولى، وهكذا. كما لو غلب عليه العطش، واشتاق الى شرب الماء، فتتعلق ارادته أولاً بشرب الماء، ويتعلق ثانياً بتحصيل الماء، وثالثاً بامر العبد باحضاره، وهكذا. وكما اذا اراد إتيان الصلاة، تتعلق ارادته أولاً باتيان الصلاة، ثم تتعلق ثانياً بالتوضى، وتعلق ثالثاً بتحصيل ما يتوضى به من الماء، وهكذا.

وبالجملة ان تعلق الارادة بالمسبب، هو الموجب لتعلقها بالسبب دون العكس. واما اذا تعلقت الارادة أولاً بالسبب، فان كان علة تامة لحصول المسبب بحيث يترتب عليه المسبب من غير توقف على حصول شرط او ارتفاع

مانع، سواء تعلقت بذاته او من اجل غيره وعلم بكونه كذلك، يكون ارادة السبب ارادة له بالتبع. وان كان علة غير تامّة، وتوقف ترتب حصول المسبب عليه على وجود شرط او ارتفاع مانع، او كان علة تامّة له في زعمه، ولم يكن كذلك في الواقع، لا يقع المسبب تحت الارادة بتبع ارادة السبب.

ومنه يظهر الفرق بين بيع المضطر، وبيع المكره. فانّ الارادة تتعلّق في بيع المضطرّ اولاً بالمسبب اعني حقيقة البيع فتترشح منه الى سببه، وهو العقد. فيصح البيع لعدم قصور فيه لوقوع كل من السبب والمسبب تحت الارادة. واما في بيع المكره فتتعلّق الارادة اولاً بالسبب، اعني العقد مع جميع ما يعتبر فيه من الارادة الاستعمالية والجدية اعني جعل اللفظ مرآةً لتحقيق البيع (١) لوقوع الاكراه عليه. ولولم يتعلّق الاكراه إلا على مجرد التلفظ بلفظ الايجاب او القبول خرج عن محل الكلام، فانّ المفروض في بحث بيع المكره تعلق الاكراه بالعقد. فلا تترشح الارادة منه الى المسبب، وهو حصول حقيقة البيع في الخارج. لعدم

(١) قد تقدم متاً، عند البحث في حقيقة البيع والمعاطاة، أنّ العقد هو المصدق الانشائي للبيع، وليس سبباً للبيع حتى يغيّر وجوده وجود البيع، فوقوع الاكراه على العقد هو بعينه، وقوعه على البيع.

و غاية ما يمكن أن يقال في التفكيك بينهما: إنّ الاكراه يتعلّق بمجرد العقد، غير المقيّد بالرضا وطيب النفس، وليس هو مصداقاً للبيع فعلاً بل امر يصلح لأن يكون مصداقاً له بلحوق الرضا وطيب النفس عليه، فالاكراه عليه ليس إكراهاً على ما هو مصداق للبيع فعلاً.

ويدفعه: أنّ لازم وقوع العقد بجميع ما يعتبر فيه حتى قصد انشاء البيع و ارادة تحقّقه في حيز الاكراه، وقوع الرضا ايضاً في حيزه بناء على ما تقدّم من الاستاذ «(ره)» من استحالة التفكيك بين الرضا والإرادة لكون القصد والارادة هو المرتبة الاكيدة من الرضا والشوق. وإن كتنا قد نأى عنه من اجل عدم كون الرضا بمعنى الشوق اولاً، وعدم كون الارادة هو المرتبة الاكيدة له ثانياً، اللهم الا ان يمنع عن وقوع الارادة في حيز الاكراه لكونها من الامور الخفية على الغير، وقد تقدم دفعه من الاستاذ في آخر المقدمة الاولى.

كون العقد علة تامّة لها، بل يتوقف حصولها معه على حصول طيب النفس والرضا، سواء علم بذلك المكره او لم يعلم، وزعم أنّ تحقق البيع في الخارج يترتب على مجرد العقد. لما عرفت من أنّ تعلق الارادة بالمسبب بتبع تعلقها بالسبب، ينحصر فيما اذا كان السبب علة تامّة له مع علم المرید به.

الجهة الثالثة

ضعف الارادة في بيع المكره دون بيع المضطر

اعلم أنّ العلماء ذكروا في الابواب المتفرقة من الغضب والقصاص، والديات: أنّ السببية من جملة موجبات الضمان في الاموال والنفوس. وموردها كلما كان استناد العمل الى السبب او الى المباشر مع كون السبب أقوى في التأثير منه واقسامه اربعة.

«الاول» ان تكون الواسطة بين الفعل والسبب شيئاً فاقداً للشعور، كتوسط السكين بينه وبين القطع والقتل.

«والثاني» ان تكون شخصاً واجداً للشعور، لكنّه كان في وساطته فاقداً للارادة، كمالو أدخل في طعامه سمّاً ولم يعلمه، فاكله كان المباشر للقتل هو نفسه، إلاّ أنّه اقدم به لا عن ارادة.

«الثالث» ان تكون شخصاً واجداً للشعور والارادة كليهما، ولكن كانت ارادته من نفسه بمنزلة العدم كمالو كان طفلاً غير مميز.

«والرابع» ان تكون شخصاً واجداً للشعور والارادة الكاملة لكنّه كان فاقداً للاستقلال في ارادته وكان ضعيفاً فيها، كالقاضي في حكمه، فإنّ الحكم يصدر منه عن ارادة إلاّ أنّه غير مستقل فيها، بل تتبع الشهود في شهادتهم. فلو شهدوا على ارتكاب شخص بالسرقة فحكم القاضي بقطع يده، كانت ديتها

على الشهود، وان كان المباشر هو القاضي. و كالمثلف مال الغير عن اغترار، كما لو دفع اليه المال فاتلفه ثم انكشف كونه للغير، فانّ الضمان يستقرّ على ذمة من اغرّه وان كان المغرور قد اقدم عليه عن إرادة إلا أنّه غير مستقل فيها. ومن جملة موارد هذا القسم هو المكره. فان المكره غير مستقل في عمله، وان كان مريداً له، لكون ارادته مغلوبة لإرادة المكره بالكسر. فلا يترتب على عمله -بما أنه عمل له- أثر لا في الاموال ولا في النفوس. الا القتل، فانهم صرحوا بعدم جوازه ولو عن اكراه «والسرفيه» ان الاكراه انما يحصل اذا قطع او ظنّ بأنه لو ترك الاقدام لتوجه اليه الضرر من ناحية المكره، ولا ضرر اعظم من القتل يقطع او يظنّ بتوجهه اليه عند تركه لقتل الغير. ونفوس المؤمنين متساوية في الحرمة، فلا يجوز له الاقدام بقتل الغير دفعاً لمضرة عن نفسه، وان كان الضرر المتوجه اليه ايضاً قتلاً (١) والحاصل انّ البيع وان كان مستنداً الى المكره بالفتح، إلا انه لم يكن مستقلاً في ارادته. وهذا هو الفارق بين بيع المكره. وبيع الفضولي، حيث حكموا بكفاية لحوق الرضاء في صحة الاوّل وعدمها في الثاني، وتوقف صحته على انشاء الوكالة قبل البيع او الاجازة بعده. فانّ المانع عن صحة بيع المكره انما هو عدم استقلال المكره في بيعه مع كونه مستنداً اليه، و يرتفع المانع عنها ويتحقق الاستقلال بلحوق الرضا عليه. والمانع عن صحة بيع الفضولي هو فقد استناده الى المالك رأساً، فلا بدّ من ايجاد الرابط بينه وبين المالك، واستناده اليه بالوكالة او الاجازة.

* * *

(١) مقتضى هذا التقريب اعتبار كون الضرر المتوجه اليه، عند تركه لما اكراه عليه من العمل، أعظم منه أو مساوياً له وان كان العمل المكره عليه اضراً مالياً لقوله عليه السلام «حرمة مال المسلم كحرمة دمه».

تحقيق القول في الفرق بين بيع المضطر والمكروه

إذا عرفت هذه المقدمات، تقدر على جواب مسألة الفرق بين بيع المكروه وبيع المضطر. وحاصل الجواب من وجوه.

«الاول» اشتمال بيع المضطر على ارادة تحقق البيع في الخارج، بخلاف بيع المكروه. فإنه وان اشتمل على الارادة الاستعمالية والإرادة الجدية اعني جعل اللفظ مرآة حقيقة البيع، الا أنه فاقد لارادة تحقق البيع في الخارج (١).

«والثاني» حصول الرضا وطيب النفس في بيع المضطر، دون بيع المكروه. لما عرفت من أنّ الاكراه لا يكاد يتعلق بالرضا وطيب النفس، لكونهما من الامور القلبية الخفية على الغير (٢). نعم لو كان المكروه معصوماً يطلع على القلوب يمكنه ان يكره البايع على تحصيل الرضا وطيب النفس، فيصح بيع من اكرهه عليه. فإنّ المراد من المكروه في محل الكلام ليس هو المكروه المصطلح عليه في الاصول، بل المراد: هو الفاقد العادم للرضا وطيب النفس، وان لم يتوجه اليه الاكراه المصطلح. كما لو كان ملزماً على البيع لاجل مداراة اهله كما هو المذكور بعينه في الرواية المتقدمة مع أنه لا يصدق عليه المكروه بحسب الاصطلاح. كيف ولو شرب الخمر مداراتاً لأهله او غيرهم، لم ترتفع عنه الحرمة والمؤاخذة.

و بالجمله الاعتبار في المكروه المصطلح عليه في باب البيع، على عدم حصول

(١) قد عرفت فيما علقناه على البحث في اعتبار قصد الانشاء ان قصد معنى البيع من لفظ بعث وهو المعبر عنه ههنا بجعل اللفظ مرآة حقيقة البيع هو بعينه قصد انشاء البيع في الخارج فلا يعقل التفرقة بينهما فراجع.

(٢) قد عرفت فيما علقناه على المقدمة الثانية أنّ مقتضى مبناه «قده» هو الالتزام بوقوع الرضا ايضاً في حيز المنع والاكراه وتحقق الرضا في نفس المكروه بالفتح، بالزام الغير.

الرضا وطيب النفس، ولذا ذكر العلامة أنه لو نوى البيع صح (١).
«والثالث» استقلال المضطر في بيعه، بخلاف المكره فإنه غير مستقل في ارادة البيع ومغلوب فيها لارادة المكره بالكسر.
ومنه يعلم أنه لاجابة في إثبات بطلان بيع المكره الى الادلة الدالة على اعتبار الرضا وطيب النفس، فضلاً عن الادلة المدعاة دلالتها على مانعية الاكراه، لعدم شمول اطلاقات البيع كقوله تعالى «اوفوا بالعقود» عليه، لكون الاستناد ماخوذاً فيه، وقد عرفت في المقدمة الثالثة ضعف استناد البيع الى المكره بالفتح. والضعف في الاستناد كما أوجب نفي توجه الضمان الى المباشر عند ضعف اراداته، لاجل عدم شمول اطلاق من اتلف مال الغير فهو له ضامن عليه، كذلك يوجب نفي صحة البيع، لاجل عدم شمول ادلتها عليه.

(١) التحقيق أنّ الدليل على الفرق بين بيع المكره والمضطر امران «الأول» قاعدة السلطنة، وتقريب دلالتها على بطلان بيع المكره دون المضطر من وجهين «احدهما» أنّ تأثير العقد المتحقق باكراه الغير والزامه له على التكلم بلفظ بعث وقصد تحقق البيع به لغفته عن امكان التخلص عنه بالتورية، يوجب سلطنة الغير على ماله. وقد تقدم في بيان مفاد القاعدة دلالتها على نفي سلطنة الغير على ماله. «وثانيها» أنّ سلب الاستقلال عن المالك، في التصرف ماله او تركه، يستلزم سلب سلطنته على ماله.

«الثاني» قوله صلى الله عليه وآله «لا يخل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه» فإنّ المتبادر من قوله الآ عن طيب نفسه كونه مسوقاً في قبال الزامه واكراهه على رفع اليد عنه، وعدم ممانعته عن تصرف الغير فيه «توضيحه» أنّ التصرف في مال المسلم عن طيب نفسه في قبال التصرف فيه عن سخطه وكراهته، والتصرف في مال الغير عن كراهة لا يكون الا بجبره والزامه واكراهه على رفع اليد عنه وترك ممانعته عنه. وبالجملة الرواية تدلّ على عدم حل التصرف في مال المسلم بالزامه واكراهه على رفع اليد عنه وايعاده على ممانعته عن تصرف الغير فيه.

وهذا بخلاف المضطر الى بيع ماله فإنه انما اقدم عليه بمقتضى طبعه من فعل ما يترجح نفعه او مضرة تركه على مضرته، وينطبق ما ذكره الشيخ في كلامه المتقدم على هذا الوجه.

نعم ما كان من الأدلة مما تعلق بالحكم فيه بذات البيع، من دون اخذ الاستناد فيه كقوله تعالى «احل الله البيع» يشمل بيع المكره ايضاً على نسق شموله على غيره، ويحتاج تخصيصه بغير المكره الى الأدلة الدالة على اعتبار الرضا في البيع.

وأما ما ادعى دلالة على كون الاكراه مانعاً عن صحة البيع اعني حديث الرفع فلاشكال فيه من وجوه.

«أما أولاً»، فلأن المرفوع به كما تقدمت اليه الاشارة، هو الآثار المترتبة على ذوات الاشياء، غير مقيدة بواحد من العناوين الثانوية المذكورة فيه، من الجهل والنسيان والاكراه وغيرها. فلا يرتفع بحديث الرفع وجوب سجدتي السهو لتقيد موضوعه بالسهو والنسيان، ولا ضمان دية قتل العمد لتقيد موضوعه بالعمد، وكذلك لا يرتفع بفقرة رفع ما استكرهوا عليه من الحديث اثر بيع المكره، فانه انما يترتب الاثر على البيع المتقيد بالرضا وطيب النفس في قبال الكراهة.

«وأمّا ثانياً» فلا يمكن منع إرادة جميع الاثار حتى الاثار الوضعية. نعم ان مقتضى التحقيق عموم الرفع لجميع الاثار، لوجود الشاهد عليه في مورد الرواية.

«وأمّا ثالثاً» فلان مورد الحديث محمول على التقية، فيوجب ذلك وهنا

في التمسك بها.

لكن التحقيق أن المسؤول عنه في الرواية، ليس هو خصوص الاستكراه على الحلف بالطلاق والعتاق. ليكون الجواب وما ذكر دليلاً عليه في كلام الامام عليه السلام محمولاً على التقية، لكون الحلف بالطلاق والعتاق مخالفاً لمذهب الامامية. بل المسؤول عنه هو الكبرى الكلية اعني الاستكراه على اليمين، ثم فرع عليها الصغرى اعني الحلف على العتاق والطلاق، فيكون الجواب ايضاً

متوجهاً الى الحكم الكلي، من دون نظر إلى بطلان الصغرى في نفسها اصلاً، كما يظهر ذلك بادننى تأمل، ويشهد له وقوع السؤال عن الكبرى في جملة من الروايات.

ثم إنه على تقدير كون السؤال عن الحلف بالطلاق والعتاق، ممنوع عن كون الحكم المذكور في الجواب عن تقيّة. بل الحكم في الرواية ينطبق على ما هو عليه في الواقع كما هو الشأن في جميع الروايات الواردة في مورد التقيّة.

ولم نجد فيها ما يكون مخالفاً للحكم الواقعي، بل كانت كفيّة وقوع التقيّة فيها ذكر الحكم على نحو يتوهم السامع خلافه. كما في قوله عليه السلام في مجلس المنصور: «ذلك للامام إن أفطرت أفطرتنا»، فإنّ الامام «ع» لم يذكر فيها ما يخالف الواقع، وأنما اتقى عنه بالحاق قوله «إن أفطرت أفطرتنا» على قوله «ذلك للامام» فزعم المنصور إنه يريد من الامام إياه.

وكذا حديث الاستكراه فانه لم يقع فيها ما يخالف الواقع، وقد حصل التقيّة فيها بذكر قوله عليه السلام رفع الخ، بعد نفيه لصحة الحلف بالطلاق والعتاق. واوهم ذلك أنّ الحكم ببطلان الحلف بالطلاق كان لاجل عروض الاستكراه عليه، فلم ينسب الى اذهانهم أنّه لاجل كونه باطلاً في نفسه.

وبالجملة، إنّ حديث الرفع كلام مستقلّ انشأه الامام عليه السلام عقيب نفي صحة الحلف بالطلاق والعتاق. بل وفي رواية الراوندي قال: لا، ثم قال: رفع الخ. وفيه دلالة على وقوع التراخي بين الكلامين، وهو يؤيد كون رفع الخ كلاماً مستأنفاً منقطعاً عمّا قبله، فيرتفع الوهن عنه بجعل الكلام المتقدم عليه بياناً لمورده.

المبحث السادس

في اختصاص حكم الإكراه بصورة عدم إمكان التخلص

اعلم أنّ الإكراه يختصّ بصورة عدم إمكان التخلص، ولا أثر له مع التمكن من رفعه، والكلام فيه يقتضي التحقيق في صدق عنوان الإكراه مع إمكان التخلص، وشمول الأدلّة الدالّة على نفي الحكم عن المكره عليه مع إمكان التخلص، وعدمها.

و مجمل القول فيه أنّ مدخلية الإكراه في عدم ترتب الحكم تكون «تارة» لأجل منافاته مع ما يعتبر في ترتب الحكم، كما فيما نحن فيه على ما هو مقتضى التحقيق فيما تقدم، من أنّ المعتبر في صحة البيع هو الاستقلال والرضا وطيب النفس. فالإكراه إنّما يوجب بطلان البيع لمنافاته معها، لا لأجل كونه بما هو مانعاً عن صحة البيع، والحكم في هذه الصورة لا يدور مدار الإكراه وجوداً وعدمًا.

«وتارة» لأجل كونه بعنوانه مانعاً عن توجه الحكم، كما في الأحكام التكليفيّة والوضعيّة الواقعة في غير المعاملات، وكذا أحكام المعاملات بناء على ما ذهب إليه السيد «ره» فالتحقيق حينئذٍ عدم تحقق الإكراه عند إمكان التخلص منه، لارتفاع عنوان الإكراه معه لغة وعرفاً وعقلاً.

أمّا لغة وعرفاً، فلاجل أنّ مادة الإكراه والإستكراه الواقعيّين في لسان الأدلّة هو الكراهة فلا يتحققان بعد انتفاء الكراهة، وليس معنى هيئة الإكراه الايقاع الغير فيها وكذا هيئة الاستكراه لها معنى يرجع إليه فلا يصدقان مع إمكان التخلص.

وأمّا عقلاً، فلاجل أنّ إكراه الغير على فعل، لا يتحقق إلا مع كونه علّة

تامة في داعوية المكره - بالفتح - اليه وتوجّه ارادته نحوه. ولا يتحقق ذلك مع قدرة المكره - بالفتح - على ايجاد المانع، فضلاً عن أن يزيد عليه كون أمر آخر مقدور له شرطاً او جزء دخيلاً في تحقق اصل المقتضي. فلا يتحقّق الإكراه مع إمكان التورية بالتلفظ بالصيغة مع عدم ارادة معنى منه، او إرادة معنى الاخبار أو إنشاء معنى آخر غير البيع.

فان قلت: أنّه لا يوجد مورد لا تتأتى فيه التورية ولم يتمكن المتكلم منها، فلو فرض عدم تحقق الاكراه مع إمكان التورية، يلزمه عدم تحقق الاكراه في مورد من الموارد أصلاً فيكون سوق ادلّة رفع الاكراه والاستكراه لغواً

قلت: هذا الاشكال يرد على الادلّة الدالّة على الاستثناء عن حرمة الكذب وجوازه في بعض الموارد بنحو أكد، فإنّها على كثرتها مع النادر، لعدم تحقق الكذب مع التورية. فإنّ المعترف في تحقق الكذب وعدم مطابقتها ما قصد من اللفظ مع الخارج، وإنّ الالفاظ بما هي لا تتصف بالصدق والكذب، ولا بما هي حاكية بنفسها عن المعنى. ولذا لو خفيت القرينة في الكناية او المجاز على السامع وكان ظاهر اللفظ غير مطابق مع الواقع لم يصدق عليه عنوان الكذب، بل إنّما يصدق ذلك عند عدم مطابقتها ما قصد المتكلم من اللفظ مع الواقع.

و بالجمله ما هو المعترف في تحقق الكذب، عدم مطابقتها ما أراه المتكلم باللفظ مع الواقع، لا ما أراه اللفظ وحكى عنه بنفسه، سواء قصده المتكلم ام لا. ولا اعتداد بمطابقتها ما فهمه السامع من اللفظ مع الواقع وعدمه، كما عرفت في المجازات والكنايات. فلو قصد المتكلم من اللفظ غير ما يحكى عنه، وطابق ما قصده عنه مع الواقع، ولم يطابق ما حكى عنه اللفظ بنفسه لم يصدق عليه عنوان الكذب. ويشهد لما ذكرناه قوله عليه السلام في واقعة ابراهيم «ع» «ما كذب ابراهيم وقال بل فعله كبيرهم ان كانوا ينطقون» فانه يدلّ على نفي الكذب عن ابراهيم وان كان كلامه تورية مسوقاً لا يهام خلاف الواقع.

نعم ربما يكون التكلم باللفظ مع قصد غير ما يحكى عنه اللفظ حراماً، لكونه اغراء بالجهل. وذلك فيما ترتب عليه مفسدة غير متداركة، واما لولم يترتب عليه مفسدة، او كانت متداركة بمصلحة، لم يكن محرماً بوجه من الوجوه اصلاً.

وهذا الاشكال قد اجأ السيد والمحقق الى الإلتزام بكون التورية كذباً وقد عرفت بطلانه «و دفع الاشكال» في كلا المقامين يتوقف على بيان مقدمة.

وهي أنّ الالفاظ ليست منظورة للمتكلم، بل محط النظر له هو المعاني، والالفاظ فانية فيها. ومنشأ ذلك كما تقدمت الاشارة اليه في أول الكتاب، كون اللفظ وجوداً تنزلياً للمعنى. فالمنظور من التكلم بلفظ، هو المعنى الذي جعل اللفظ وجوداً تنزلياً له وصار قابلاً له. فالتكلم لا يلتفت عند استعمال اللفظ بحسب ارتكازه الا الى ذلك المعنى، ولا يلتفت الى غيره، وانما ينظر الى اللفظ بنظر آلي مرآتي. ومن هنا احتاج الاستعمال في المجاز الى قرينة صارفة عن المعنى الحقيقي.

فالتورية اعني ارادة المعنى من اللفظ بغير ما كان قابلاً له، او ارادة نفس اللفظ استقلالاً من دون جعله مرآتاً للمعنى، مخالفة للارتكاز، فقلما يوجد أن يسير الانسان الى خلاف ارتكازه. نعم يلتفت الانسان كثيراً إلى إمكان التورية أو إرادة مجرد اللفظ من دون المعنى، الا أنه يغفل عنه عند استعمال اللفظ بحسب ارتكازه، ويقصد من اللفظ ما يحكى عنه من المعنى قهراً. والالتفات اليه حين الاستعمال والمنع عن الارتكاز، ليس من شأن عامة الناس بل هو شأن الاوحدى منهم.

وقد تبين من ذلك أنّ منع صدق عنوان الكذب والاكره عند امكان التورية، لا يستلزم حمل الادلة المسوقة للاستثناء من حرمة الكذب و جوازه في موارد على الفرد النادر، بل يكون غالب الموارد باقياً تحت الادلة، منطبقاً عليه عنوان الكذب او الاكره المأخوذ في موضوعها. والخارج عنها لا مكان التورية

فيه قليل جداً، لا يوجب حمل تلك الأدلة على النادر، فضلاً عن جعلها لغواً فاقداً للمورد.

ثمّ أنّه ربما يتوهم من واقعة عمار جريان حكم الاكراه عند إمكان التورية نظراً الى أنّ النبي صلّى الله عليه وآله لم يمنعه عن كلمة الكفر ولم يأمره بالتورية بل امره باعادة كلمة الكفر عليهم.

ووجه الاندفاع، مضافاً الى أنّ تحقق الاكراه عند امكان التورية او عدمه من جملة الموضوعات الخارجية، فليس يجب على الشارع بيانه ولا هو من شأنه: أنّ عمار بعد ما تكلم بكلمة الكفر من غير التفات الى التورية بحسب ارتكازه، كما هو شأن كل من تكلم بلفظ، عدا الاوحدى منهم، تحقق له عنوان الاكراه لا محالة. فلم يكن عاصياً في ذكر كلمة الكفر حتى يردع عنه النبي «ص».

بل ربّما كان له جهة محسنة، لصيرورته من أجل طروالاكراه ممّا رخصة الله تعالى فيه. والاتيان بما رخص الله تعالى فيه محبوب له، كما ورد «إنّ الله تعالى يحبّ ان يؤخذ برخصه كما يحبّ ان يؤخذ بعزائمه» فهو يحبّ الافطار والتقشير من المسافرين، كما يحبّ الصيام والامام من الحاضر، فما بال النبي صلّى الله عليه وآله ان يمنع عماراً عن صدور امر محبوب لله تعالى منه، هذا.

وقد يتوهم أنّ التكلم بكلمة الكفر حرام بنفسه، فلا ترتفع حرازته بالتورية، فلولا طرو عنوان الاكراه لم ترتفع حرمتها وحرازتها وإنّ تشبث بالتورية.

وفيه: أنّ حرمة التكلم بكلمة الكفر بنفسه ممنوع جداً، كيف؟ ومن البديهي عدم حرمة التكلم بها بعنوان النقل والاخبار. ومنشأ التوهم خلط كلمة الكفر بالشم والسب فإنّ التكلم بالفاظهما، لمكان وجود مفسده التحقير والتوهين فيه، صار محرماً وان لم يقصد المعنى منها او قصد منها التورية، فافهم ذلك.

المبحث السابع

في أقسام الاكراه وانقسامه حسب أقسام الواجب

اعلم أنّ الاكراه حيث كان بمعنى أمر الغير والزامه على فعل، يتصور فيه لا محالة ما يتصور من الاقسام في الواجب، من التعييني والتخييري، والعيني والكفائي، والمضيق والموسع.

ولا اشكال في شمول ادلة نفي الاكراه، على الاكراه العيني التعييني المضيق، وهو القدر المتيقن من مواردها.

وامّا الاكراه التخييري، اعني ما تردد متعلقة بين فعلين، فان كان للجامع بينهما اثر يرتفع لا محالة بادلة نفي الاكراه. واما ما اختص من الاثار لواحد منها بعينه، فلا يرتفع بها لعدم تعلق الاكراه والالزام عليه، بل على الجامع بينه وبين الطرف الآخر، والمفروض عدم كونها مترتبة على الجامع.

وهذا بعينه نظير مقدمة الواجب اذا كان لها مصداقان، فلا يتصف بالوجوب منها الا المباح الفارغ عن جهة الحرمة، فكذلك لا يتصف بالاكراه الا ما كان فاقداً للمحذور.

نعم مع البناء على كون الوجوب التخييري نحوه خاصة من الوجوب، تتعلق بكلا الطرفين، ويتصف كلّ منها بالوجوب. يصير كل من طرفي التردد للاكراه موصوفاً بعنوان المكروه، لما عرفت من أنّ الاكراه نظير الايجاب بعينه، فيحذو حذوه في جملة الانقسامات، فيصح حينئذ رفع الاثار المترتبة على كلّ منها بخصوصه بادلة رفع الاكراه، الا انه حيث جعلنا من شروطها عدم امكان التخلص، يمنع عن شمولها عليها لاجل فقدانها لشرطه. هذا فيما اذا فرض ترتب اثر على واحد منها بخصوصه، واما لو كان لكل واحد منها اثر يخصه ولم يمكن

الاتيان بالجامع في ضمن فرد غير مشتمل على اثر خاص يترتب عليه، لم يبق مفرّ عن الاكراه وانسد طريق التخلص عنه وتعلّق الالزام باتيان واحد من الاطراف المشتملة على آثار خاصة لاحالة.

نعم لو اشتمل واحد من الاطراف على أثر ازيد على ما يشتمل عليه جميعها لم يشمله ادلة نفي الاكراه، ويلاحظ آثار الاطراف بعضها مع بعض ويقدم الاقلّ اثرًا على غيره ولو من حيث قلة الاهتمام بملاكه.

و «اما الكفائي» من الاكراه، اعني ما توجه منه الى شخصين بحيث لو ارتكب احدهما بالمكره ارتفع الاكراه عن الاخر، وإلا توجه اليعاد والاضرار الى كليهما، كما أنّ اتيان احد الشخصين او الاشخاص بالواجب الكفائي يوجب سقوط الوجوب عن الاخر، ويعاقب كلّ منهما عند تركها معا.

وربما يمثّل له بتوجه الاكراه الى واحد من الاب والجد، وهو غلط إذالمعتبر في الاكراه توجه الضرر الى نفس المكره او من يرجع اليه، فالضرر يتوجه الى كل من الاب والجد لأنّ الضرر المتوجه الى الاب يرجع الى الجد أيضاً و بالعكس.

والاولى، التمثيل بفقيهين يكره احدهما لاعلى التعيين على فتوى او حكم جزئي. فالتحقيق أنّ كل واحد منهما اذا علم او ظنّ بارتكاب الاخر به عند تركه، لم يرتفع الاثار عن فعله اذا ارتكب به، لارتفاع الضرر عنه بارتكاب الغير، فيرتفع عنه موضوع الاكراه. وكذا لو احتمله بما يرتفع معه خوف توجه الضرر اليه، واما لوخاف من توجه الضرر اليه صدق في حقه الاكراه. وكذا لو علم بتوجه الضرر اليه لعلمه بعدم ارتكاب غيره بالفعل المكره عليه، بطريق اولى.

وامّا الموسع، اعني ما لو اكره على عمل في وقت موسع. فلو علم في اول الوقت بانّه لا يتمكن من ارتكابه بعد لو تركه فيه، صار موضوع الاكراه

مضيّقاً بالعرض، وقد تقدّم أنّه لا اشكال في شمول أدلة الاكراه على المضيّق. واما لولم يعلم به لم يجز له ارتكابه قبل ضيق الوقت، لعدم كون الاكراه داعياً الى ارتكابه له بالفعل. والاعتبار بفعليّة داعوية الاكراه، دون التقديري الاستقبالي منه.

و بالجمله الموسع من المكره نظير الموسع من الواجب، فكما انّ التوسعة في وقته تصير موجبة لجواز تركه قبل تضيق الوقت، كذلك التوسعة في وقت المكره توجب عدم جواز الارتكاب قبل تضيق الوقت، لكون الامر على عكس الواجب.

المبحث الثامن

في توجّه الإكراه الى الوكيل

لو توجّه الإكراه الى الوكيل، لم يوجب الا نفي الاثار المترتبة على الوكالة. فلو نذر ترك التصدي بالعقد عن وكالة، ترتفع الحرمة عنه بالاكراه. واما صحّة عقده المستند الى الموكل بالجعل والتزويل فلا ترتفع، لصيرورتها مستندة الى غير من توجه اليه الإكراه، فلا يقدرح توجّه الإكراه اليه في صحة العقد المستند الى الموكل اذا لم يكن مكرهاً في التوكيل.

و بالجمله انّ من له العقد وكان العقد مستنداً اليه غير مكره، والمكره غير من له العقد ومن استند اليه (١) واما لو توجه الاكراه الى الموكل ترتفع صحة العقد بذلك، لكون من بيده العقد مكرهاً عليه، واما كون الوكيل غير مكره في التصدي بالعقد لا يوجب صيرورة العقد غير مكره لعدم استناد العقد اليه.

(١) قد تقدّم متا في التعاليق المتقدمة انّ دليل عدم صحّة بيع المكره عليه، هو قاعدة السلطنة، وحديث عدم حلية مال الغير الا عن طيب نفسه. وهما أنّما ينفيان صحّة العقد اذا اكراه عليه المالك، واما اذا كان المكره هو الوكيل ولم يكن المالك مكرهاً فلا وجه لبطلان العقد.

المبحث التاسع

في حكم لحوق الرضا بعد صدور العقد عن إكراه

لورضي المكره بالعقد بعد ما صدر عنه اكراهاً جازالعقد اتفاقاً، عدا عن قليل منهم.

ويظهر وجهه من ملاحظة ما اخترناه فيما يقدر في صحة بيع المكره، وما يقدر في صحة بيع الفضولي، اما بيع المكره فقد تقدم أنّ المختار فيما يقدر في صحته هو ضعف الاستناد اليه الموجب لعدم كونه مشمولاً لاطلاقات البيع. واما بيع الفضولي فسيجيئ أنّ المختار فيما يقدر في صحته كونه فاقداً للاستناد الى من بيده الوفاء به، فاذا ارتفعت المنقصة القادحة في صحة الفضولي اعني فقد الاستناد الى المالك بحصول الرضا وطيب النفس منه، فالمنقصة القادحة في صحة بيع المكره اعني ضعف الاستناد اليه ترتفع بحصولها بطريق اولي.

«وكذا بملاحظة ما اختاره الشيخ «ره» في المسألتين» حيث اختار أنّ القادح في صحة عقد الفضولي فقدانه لشروط الصحة وهو الاذن او الاجازة، والقادح في صحة عقد المكره فقدانه لشروط آخرها، وهو الرضا وطيب النفس، فكما يصير بيع الفضولي صحيحاً بلحوق ما كان فاقداً له من الشرط اعني الاجازة، كذلك بيع المكره ايضاً يصير صحيحاً بلحوق ما كان فاقداً له من الشرط، لاجل استكمال شرائط الصحة وعدم بقاء حالة منتظرة لصيرورته صحيحاً.

«واما بناء على ما اختاره السيد «ره» في المسألة» من أنّ بطلانه لأجل كون الإكراه بما هو مانعاً عن صحته بعد ما كان مستجمعاً لجميع شرائط العقد حتى الرضا وطيب النفس، فيشكل الحكم بصحة البيع بحصول الرضا بعده.

«أما أولاً» فلأن بطلان عقد المكره عدم ترتب الأثر عليه من الأول لم يكن لاجل فقدان الرضا وطيب النفس، بل المفروض حصولهما من أول الامر، وأما كان بطلان العقد لاجل طرو مانع مستقل اعني الإكراه عليه.

أما ثانياً) فلأنه لو فرض ارتفاع الإكراه ايضاً بعد صدور العقد لم يوجب ذلك ارتفاع الإكراه الحاصل حين العقد، بل انما ينعدم الإكراه بعده، وانعدام الإكراه بعد صدور العقد لا يوجب انعدامه حين صدوره، فالمانع عن صحة العقد وهو الإكراه حين العقد لم يرتفع بعد. وهذا بخلاف مختار الشيخ «ره» وما اخترناه، من كون بطلان عقد المكره لاجل فقدان الشرط اعني الاستقلال او الرضا وطيب النفس، للملأمة الحكم بصحة العقد عند حصول الاستقلال او الرضا بعد زمان العقد معهما. فإنّ المؤثر حينئذٍ وهو الشرط حيث كان معدوماً في زمان العقد لم يحصل التأثير منه فاذا وجد بعد زمان العقد يؤثر في صحته، كما هو شأن سائر الشرائط، كالتقابض، فإنه إذا تحقق ولو بعد سنة عن زمان العقد يؤثر في صحته. واما فيما اختاره السيد، فالمؤثر هو وجود المانع اعني الإكراه، وقد كان محققاً في زمان العقد وقد أثر في بطلانه، فيستحيل انقلابه عمّا هو عليه بعد تحققه. وليس المؤثر في بطلان البيع هو الإكراه بوجوده البقائي، حتى يرتفع بطلانه من حين ارتفاع الإكراه، بل هو بوجوده الحدوثي. ولذا لو مات المكره بعد وقوع العقد لم يرتفع أثر الإكراه عمّا اكره عليه من العقد، فكيف يمكن الحكم بصحة العقد بعد ارتفاع الإكراه، المستلزم لانقلاب الموجود عمّا هو عليه كما عرفت.

ثم انه يمكن توجيه صحة العقد بلحوق الرضا عليه بعده، بناء على ما اختاره السيد «قده» ايضاً بوجهين.

«الاول» ان يقال: انّ دليل مانعية الإكراه عن صحة العقد وهو حديث الرفع مسوق للامتنان على العباد، فلا يشمل ما ليس في رفعه امتنان على العباد.

ومن المعلوم أنه ليس في رفع أثر بيع المكره بعد ارتفاع الكراهة امتنان عليه، بل الامتنان في خلافه، فلا يشمل حديث الرفع. والحاصل أنه لم يشمل منع الإكراه من أول الأمر على هذه الصورة، والمانع وهو الإكراه بوجوده الحدوثي وإن كان أمراً محققاً لا يمكن قلبه عمّا هو عليه، إلا أنّ الحكم بمانعته استمراراً حكم شرعي أمره بيد الشارع وضعاً ورفعاً، فالتخصيص في عمومات أدلة الوفاء بالعقد ينحصر في غير هذه الصورة.

وتوضيحه أنّ عموم حديث الرفع وكذا عمومات الوفاء بالعقد تشمل كل قطعة قطعة من الزمان، فخرج قطعة منها عن تحت العموم لا يوجب خروج قطعة أخرى، فيلاحظ تخصيص كلّ قطعة بالنسبة إلى نفسها، فلو فرض تخصيص عمومات الوفاء بالعقد برفع أثر بيع المكره في قطعة من الزمان، لا يقتضي ذلك تخصيصه به في قطعة أخرى منه.

«وفيه» أنّ الزمان لا يكون مفرداً للعمومات ومقوماً لأفرادها، بل هو ظرف لها، فالعموم يشكل كلّ فرد من أفرادها بشمول واحد، فلو فرض خروج فرد عن تحت العام ينقطع شموله بالنسبة إليه، فلا يشمل ثانياً فلا يمكن التمسك بالعموم في الآن الثاني (١).

ومنه يعلم أنّ التمسك بعمومات الوفاء بالعقد على إثبات صحة العقد بعد ارتفاع الإكراه غير صحيح، وإنه يبقى مشمولاً لحديث الرفع، لما عرفت من أنّ شمول عمومه على كل فرد شمول واحد عليه في جميع الحالات والازمنة، فلا يمكن أن يشمل في زمان دون زمان، ولوشك فالأصل بقاء حكم المخصص.

الثاني تقييد أدلة الوفاء بالعقد بغير صورة الإكراه وتقييد دليل رفع الإكراه

(١) سيجي منافي أوائل باب الفضولي، إثبات جواز التمسك بالعموم في حكم فرد خرج عن العموم لزوال فرديته أو لاجل التخصيص، بعد عود فرديته، أو خروجه عن تحت المخصص وارتفاع التخصيص عنه فراجع.

بصورة وجود الامتنان، فتشمل ادلة الوفاء بالعقد ما اذا تحقق قيدها، ولا تشمل صورة عدم تحققه رأساً كما في سائر موارد التقييد. نظير قوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفتقرا» فإنه لو فرض تخصيص ادلة وجوب الوفاء بالعقد به لم يشمل على عقد البيع بعد حصول الافتراق، لكنه اذا فرض كون تقديمه عليها بنحو التقييد يصير وجوب الوفاء مقيداً بصورة ما بعد الافتراق، فيشمل ما اذا تحقق قيدها ويرتفع عند عدم تحققه.

«وفيه» ان نسبة حديث الرفع مع ادلة الاحكام الواقعية، هي الحكومة. وقد حقق الشيخ «ره» في محله أن مرجع الحكومة الى التخصيص، دون التقييد. وتقدم الاشكال في التمسك بها على تقدير التخصيص.

ثم ان جريان حديث الرفع يوجب اشكالاً على المبنيين الاولين، فينبغي التعرض له ولدفعه. ومجمله: أن جريان حديث الرفع كما يوجب رفع الاثار المرتبة على الكل، كذلك يوجب رفع الاثار المرتبة على كل واحد من الاجزاء، فجريانه عند تعلق الإكراه بالعقد كما يوجب رفع الآثار المرتبة على العلة التامة، اعني العقد مع وجود شرائطه ورفعه موانعه، كذلك يوجب رفع الأثر المترتب على نفس المقتضي اعني العقد. وهو الصحة التأهيلية والقابلية (١) لترتب الملكية عليه بعد استجماع الشرائط ورفعه الموانع، فاذا ارتفعت القابلية لم يثمر استجماع الشرائط بحصول الرضا وطيب النفس في ترتب الملكية لفقد المقتضي رأساً نعم لم تنعدم ذات المقتضي بجريان حديث الرفع، الا أنه ارتفع وصف

(١) ان القابلية والتأهل في الامور الحقيقية، اعني أن القوة لها نحوه وجود قائم بالمحل.

واما الامور الاعتبارية، فحيث ان تحقق كل امر اعتباري بالاعتبار، وهو قائم بالمعتبر بالكسر، ولا حقيقة له سوى ذلك، حتى يثبت للشيء بالفعل ويكون له قوة ذلك قبل فعليته.

اللهم الا ان يتعلق اعتبار آخر بتحقق القوة والقابلية له قبل ذلك، ولا دليل عليه، بل الثابت خلافه لعدم فائدة في اعتباره.

اقتضائه والمآل واحد.

وبالجملة إنَّ المقتضي عند وجوده لم يتحقق له شرط التأثير، فلم تحصل العلة التامة لتؤثر في حصول الملكية، وإذا تحقق الشرط كان المقتضى قد انعدم من قبله، فلم تحصل العلة التامة أيضاً.

واجاب عنه الشيخ «ره» بأنَّ حديث الرفع إنما يفي برفع الاثار الثابتة لذات الفعل المكروه عليه مع قطع النظر عن طرو الإكراه، وأما الاثار الثابتة له من ناحية نفس جريان حديث الرفع بعد عروض الإكراه عليه فلا يفي بنفيها. وكون العقد قابلاً بحيث اذا ارتفع عنه الإكراه يوجب الملكية هو من آثار جريان حديث الرفع. والا فالعقد كان علة تامة للملكية لا قابلاً للتأثير فيها وعلة ناقصة لها. وبعبارة اخرى: إنَّ الأثر الثابت للعقد مع قطع النظر عن جريان حديث الرفع هو ايجاب الملكية والعلية التامة لها وكون العقد قابلاً لا يوجب الملكية اذا تعقبه الرضا اثر ثابت له بنفس جريان حديث الرفع فلا يجوز نفيه به. والتحقيق في الجواب من وجهين.

«الاول» أنَّ الجزئية من الامور الانتزاعية العقلية، وليست من الامور الشرعية التي تكون أمرها وضعاً ورفعاً بيد الشارع (١).

«والثاني» انَّ حديث الرفع إنما يجرى لنفي اثر الجزء اذا كان ذا أثر، بان يكون دخيلاً في ترتب الأثر على الكل، اعني أن يكون الأثر المترتب على الكل متقوماً من جملة آثار يترتب كل واحد منها على واحد من الاجزاء.

كما في اجزاء العلل الحقيقية، (٢) وفيما كان من العلل الاعتبارية كذلك في

(١) وفيه منع واضح، من حيث أنه ليس يراد من اجراء حديث الرفع نفي جزئية العقد حتى يورد عليه بما ذكره، بل نفي تأثيره في حصول الملكية وهو امر شرعي ثبت بحكم الشرع.

(٢) المراد من اجزاء العلة هو اجزاء المقتضي لاحالة، لاهو والشرط وعدم المانع، التي هي اجزاء العلة التامة، لكون المؤثر في المعلول هو المقتضي وحده. والشرط إنما يؤثر في تأثير المقتضي فيه،

كون الأثر المترتب عليها متشكلة من الاثار المترتبة على الاجزاء، كالصلاة فان النهى عن الفحشاء المترتب عليها يتقوم من آثار يترتب كل واحد منها على بعض اجزائها - وبعبارة اخرى كل جزء من اجزاء الصلاة يؤثر في حصول النهى عن الفحشاء، بخلاف ما إذا كان الأثر المترتب على الكلّ أمراً واحداً بسيطاً يترتب على المجموع بمجموعيته (١)، كما فيما نحن فيه. فإنّ الملكية أمر بسيط يترتب على مجموع العلة التامة، فالعقد المجرد عن الرضا لا يترتب عليه أثر حتى يرتفع بحديث الرفع.

ثمّ انّ الفرق بين بيع المكره والفضوليّ انّ المنقصة في بيع المكره هي ضعف الاستناد اليه لاجل كونه فاقداً للرضا وطيب النفس وهما امران قلبيان يتم العقد بمصولهما في القلب ولا يفتقر الى انشاء في الخارج بخلاف بيع الفضوليّ فإنّ المنقصة فيه هي عدم استناده الى المالك فيحتاج الى انشاء في الخارج من دون كفاية مجرد الرضا في قلبه

وأما عدم المانع فلا يؤثر في شيء، واعتباره جزء للعلة التامة لكون نقيضه مؤثراً في نفي تأثير المقتضي.

(١) ليس المجموع إلا نفس الاجزاء بأسرها، فتأثير المجموع في حصول امر بسيط هو بعينه تأثير الاجزاء، فكلّ جزء جزء منها يؤثر في حصوله في ضمن الكل وان كان في وحدته مع فقد بقية الاجزاء غير مؤثر في شيء، وشمول حديث الرفع على العقد يسقطه عن التأثير ولو في ضمن الكل، فلا يتحقق معه الاثر الحاصل من تأثير جميع الاجزاء «والتحقيق في الجواب» ان يقال: إن تعلق الإكراه بالعقد وانطباق عنوان المكره عليه أنّها هو بوجوده الحدوثي، وأما بوجوده البقائي، فالمفروض ارتفاع الكراهة عنه وليس المؤثر في حدوث الملكية هو العقد بوجوده الحدوثي، بل هو بوجوده البقائي المقارن لحصول الشرائط، بدهاة عدم تأثير وجود العلة في الماضي، في حصول العلول في الحال، وان كان تحقق شرطها في الحال. فلا يوجب جريان حديث الرفع في العقد بوجوده الحدوثي في رفع آثاره بوجوده البقائي.

المبحث العاشر

في أن حدوث الملكية بلحوق الرضا من حين الرضا أو العقد

في أن صحة عقد المكره وتأثيره في حدوث الملكية بلحوق الرضا عليه، من حين العقد او من حين الرضا، وهو النزاع المعبر عنه بالكشف او النقل في بيع الفضولي. والكلام ههنا هو الكلام فيه بعينه.

فلو قلنا هناك بالنقل وحصول الملكية من حين الاجازة، لأن الأصل عدم حصول الملكية الى حين الاجازة، وأن المعلوم لا يكون الا مقارناً لتحقيق العلة التامة زماناً فلا يعقل تقدّم احدهما على الاخر او تأخره عنه، وقد فرضنا أن العلة التامة لحصول الملكية لا تستكمل ولا تتحقق الا بالاجازة، فتكون الملكية المترتبة عليها ايضاً لا محالة حاصلة من حين الاجازة. فانّ العقد والملكية وان كان من قبيل العلل والمعلولات الاعتبارية، إلا أنّ وزانها وزان الحقايق. (١)

فالقول بالكشف يحتاج الى دليل خاص، وهو موجود في باب الفضولي على ما استنبطه الشيخ «ره» من بعض الروايات، فان امكن تعميمه على ما نحن فيه فهو، والا فيتوجه القول بحصول الملكية من حين الاجازة.

ولو قلنا بأنّ الكشف في الفضولي هو مقتضى القاعدة، بناء على أنّ الدخيل

(١) توضيحه: أنّ المحقق لعلة العقد وغيره من العلل الاعتبارية، هو اعتبار حصول المعلوم عند حصولها وعدمه عند عدمها، كما أنّ المحقق لعلة العلل الحقيقية حصول المعلوم عند حصولها وعدمه عند عدمها حقيقتاً - ونعني من كونه محققاً للعلة عدم تحققها الا مع حصوله - فعدم حصول المعلوم عند حصول العلة، ووقوع الانفكاك بينها في الحقايق كما ينافي عليها حقيقةً، كذلك ينافي في الاعتباريات، عليها اعتباراً. ولا يخفى أنّ المراد من العلة هو العلة التامة، وإلا فلا بأس بانفكاك المعلوم عن العلة الناقصة.

في صحة البيع هو العنوان المنتزع له من لحوق الاجازة وهو التعقب بها دون نفس الاجازة، وليس ذلك امراً متأخراً عن العقد وان كان منتزعاً عن امر متأخر، توجه القول بحصولها من حين العقد في بيع المكره.

واما لو قلنا في الفضولي بالكشف الحقيقي، كما هو مقتضى التحقيق في بابه، كان الحكم كذلك في المكره.

بيانه أنّ استناد الافعال الاعتبارية كما يحصل بالمباشرة كذلك يحصل بالتسبيب. فلو المكره.

بيانه أنّ استناد الافعال الاعتبارية كما يحصل بالمباشرة كذلك يحصل بالتسبيب فلو أكرم ضيفاً لزيد غيره، و أذن هو فيه أو رضى به أو اجازته بعده، فربما يستند الإكرام اليه ويكون الضيف ممنوناً منه، كما يكون ممنوناً منه اذا أكرمه بنفسه. بخلاف الافعال الحقيقية كالاكل والشرب والقيام والجلوس وغيرها، فانها لا تستند الى غير المباشر بها. (١)

والعقد من جملة الافعال الاعتبارية، فيستند الى غير العاقد باجازته، كما يستند اليه بالتوكيل او الاذن، فيصير العقد بالاجازة منزلاً بمنزلة عمله، فيشمله عموم «اوفوا بالعقود» لما سيجيء من أنّ خطاب اوفوا بالعقود لا يتوجه إلا إلى من استند اليه العقد، فلا يكون عقد الفضوليّ مشمولاً له. فانّ من استند اليه العقد اعني الفضوليّ، ليس بيده السلطنة والملكية، ومن هي بيده، اعني المالك، لم يستند اليه العقد. فاذا حصل استناد العقد اليه بلحوق رضاه واجازته يشمله خطاب اوفوا بالعقود بالنسبة اليه، ويصير واجب الوفاء في حقه.

(١) سيجيء متايان ملاك التسبيب بما يعلم منه أنّ الرضا باكرام الغير لزيد او الإذن فيه او الإجازة بعده لا يوجب التسبيب، وسيجيء ايضاً أنّ استناد الافعال الحقيقية الى غير من صدرت عنه بالتسبيب احياناً يوجب انقلابها عن كونها حقيقية، وصيرورتها اعتبارية، وبعبارة اخرى يكون استنادها الى غير من صدرت عنه وثبوتها له بالاعتبار.

ومنه يعلم أنّ الملكية تحصل من حين العقد، لمكان أنّ الاجازة يجعل العقد الصادر عن العاقد مستنداً الى المالك، فيؤثر في حصول الملكية من حينه، لاستحالة الانفكاك بين العلة التامة ومعلوها. فيندفع ما اورده الشيخ على القول بالكشف، من استلزامه لأخذ الزمان في متعلق الاجازة، و تقيد الاجازة به، فإنّ الاجازة على إطلاقها تقتضى حصول الملكية من حين العقد، لصيرورة الشرط المفقود اعني الاستناد حاصلًا من حين العقد.

و توضيحه أنّ زمام الامور الاعتبارية بيد معتبرها، فيعتبر تارة حصولها في زمان الاعتبار، و اخرى في الماضي او المستقبل منه. ولا بأس بحصول التفكيك فيه بين اليجاد والموجد، وإنما يستحيل ذلك في الحقايق.

هذا معنى الكشف الحقيقي. واما بناء على ما اختاره الشيخ «ره» من كون الشرط في صحة العقد هو الرضا بوجوده الحقيقي، لا تحصل الملكية الا من حين تحققه، لاستحالة إيجاد امر حقيقي في الزمان المتقدم عن زمان اليجاد. هذا كله بيان الحال في الفضوليّ وهو بعينه جار في عقد المكره، و ان كان التعبير فيه بالكشف مبنياً على المسامحة.

تكملة في اشتراط اذن السيد

من شروط المتعاقدين اذن السيد اذا كان العاقد عبداً وهو وان كان مقتضى صريح الاية الا أنّه خارج عن ابتلاء المكلفين في هذه الازمنة «فالاعراض عنه وترك البحث فيه اجدر».

الفصل السادس

في اشتراط كون المتعاملين مالكين أو مأذونين عنهما

وفيه مباحث:

المبحث الاوّل

في الدليل عليه

ومن شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين او مأذونين من قبل المالك ، او من قبل الشارع. ويمكن جعله من شرائط العوضين، بان يقال: يشترط أن يكون كلّ منهما ملكاً لواحدٍ من المتعاملين او مأذوناً له المعاملة فيه. ويدلّ على اعتباره الادلة الاربعة.

اما من الكتاب فقوله تعالى(١) «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض» فان المراد من التراضي، تراضي ذوي الاموال، الذين اضيف اليهم الاموال في الآية. وقوله تعالى(٢) «اوفوا بالعقود» المستدلّ به على وجوب الوفاء بالعقود، فانه لا يشمل عقداً الفضولّيّ فيبقى تحت اصالة الفساد رأساً.

ومن السنّة روايات كثيرة منها التوقيع الشريف(٣) «الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالکها او بامر منه او رضی منه».

(١) سورة النساء، الآية ٢٩.

(٢) سورة المائدة، الآية ١.

(٣) بحار الأنوار، ج ٥٣ ص ١٦١.

ولا اشكال في قيام الاجماع عليه، كما لا اشكال في دلالة العقل فانّ قوله صلى الله عليه وآله لا يحلّ مال امرء مسلم الاّ عن طيب نفسه (١)، ليس الاّ تقريراً لحكم العقل. والاصل في هذا الشرط، هو الملكية وكون المتعاقدين مالكين، واما الحاق المأذون من قبل المالك او الشارع فلاجل تنزيل عقده منزلة عقد المالك، اما بتنزيل نفسه او بتنزيل الشارع، فاذا ثبت التنزيل صح العقد لاحالة. ولا اشكال في تحقق التنزيل مع التوكيل والاذن قبل العقد، وانما الاشكال في تحققه في العقد الفضوليّ، إذا لحقه رضی المالك بعد. وقبل الخوض في تحقيق ذلك ينبغي تقديم مباحث ترجع الى تعيين موضوع عقد الفضوليّ وبيان اقسامه.

المبحث الثاني

هل يخرج العقد برضا المالك عن كونه فضولياً أم لا؟

ثم لو عقد مع عدم اذن من المالك لكنّ علم برضاه في نفسه فهل يكون العقد فضولياً باطلاً الا مع حقوق الاجازة ام لا. و استدللّ الشيخ «ره» على صحته بقوله تعالى «تجارة عن تراض» وقوله صلى الله عليه وآله لا يحلّ مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه»، مدعيّاً لدلالتهما على اعتبار مجرد الرضا، فيصح العقد بمجرد رضاه. وان كان قد يؤبى عن صدق عنوان الفضوليّ على العقد الفاقد لمجرد رضی المالك و طيب نفسه، الا انه لا

(١) مستدرک الوسائل، ج ٣ ص ١٤٦ وفيه: وعنه صلى الله عليه وآله.

قال: المسلم اخوالمسلم لايجل ماله الا عن طيب نفسه

وروى عن اميرالمؤمنين عليه السلام انه قال في حديث: ولا يجوز اخذ مال المسلم بغير طيب

يصغى اليه بعد عدم كون عنوان الفضولي بما هو مأخوذاً في لسان دليل من الأدلة.

وقد استشعره أيضاً من كلمات بعض الاصحاب، ثم قال: والذي يقوي في نفسي هو كفاية مجرد الرضا، لولا مخافة مخالفة القوم.

اقول: والذي يقوي في نفسي هو خلافه، وعدم كفاية مجرد الرضا، بل توقف صحته على تحقق الاذن او الاجازة من المالك، ليتحقق بها استناد العقد اليه. وذلك لعدم شمول اطلاقات ادلة المعاملات كقوله تعالى «احل الله البيع» وقوله تعالى، ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض، وقوله تعالى اوفوا بالعقود على العقد الصادر من غيره.

«اما الآية الاولى» فلان من الواضح ان معناها احل الله بيوعكم (١) فان البيع المذكور فيها و كذلك العقود المذكور في الآية الثالثة ينصرفان الى البيع والعقود الصادرة عن توجّه اليه الخطاب. وتوضيحه: ان الافعال المأخوذة في لسان الخطابات الشرعية، باعم من المسوقة منها لبيان الحكم التكليفي او لبيان الحكم الوضعي، تنصرف الى ما صدر عن توجّه اليه الخطاب فالصيام في قوله تعالى «ثم اتموا الصيام» ينصرف الى صيام من امر باتمامه، وكذا الحج في قوله تعالى «واتموا الحج» ينصرف الى حج من امر باتمامه (٢).

(١) التحقيق ان الآية مسوقة لبيان حكم ذات البيع بما هي، من غير ملاحظة كونه صادراً من المالك او غيره، سواء كان المراد بالتحليل هو الوضعي او التكليفي بقريضة المقابلة بتحريم الربا، فهي كقولنا احل الله شرب الماء وحرم شرب الخمر، فليس المراد منه الا بيان حكم ذات شرب الماء والخمر، من دون ملاحظة كون الشارب هو مالك الماء او غيره. فليس فيه دلالة على حلية شرب الماء لغير المالك ولا على عدمها، وكذلك آية تحليل البيع ليس فيها دلالة على تحليل بيع غير المالك ولا على عدمه، وانما هي مسوقة لبيان ان البيع بما هو ليس ممنوعاً في الشريعة.

(٢) كون المراد من الصوم والحج في الآيتين خصوص صوم من امر باتمامه او حج لاجل انه

وهذا ممّا لا شبهة فيه ولا وجه للقول بشمول الآيتين على العقد الفضوليّ الصادر من الغير، فإنّ المخاطب لهما أنّها هو من كان بيده الوفاء وترتيب الآثار وهو المالك . فعنوان البيع والعقود في الآيتين أنّها يختصّ بخصوص المستند منها الى المالك ، وعقد الفضولي وبيعه حيث كانا فاقدين للاستناد الى المالك ، لا يشملهما عموم الآيتين .

«واما الآية الثانية» فلانّ المراد من التجارة فيها، بقريته صدرها، هو تجارة الآكل، والاكل كناية عن التصرف. فلا تشمل الآية على تجارة غير المالك، اذا المالك هو الذي توجب التجارة جواز اكله وتصرفه فيه، دون غير ممّن لم تستند التجارة اليه. فاعتبار الرضا في صحة التجارة إنّما هو بعد تحقق الاستناد، فلو لم يتحقق الاستناد لا يكفي وجود الرضا، ضرورة عدم ترتب الأثر على حصول الشرط مع انتفاء اصل المقتضي .

«و اما الآية الثالثة» فهي مساوقة لقوله تعالى «اوفوا بالعهود» فكما لا يجب الوفاء بالعهد لغير العاهد كذلك لا يجب الوفاء بالعقد لغير العاقد (١).

لا يعقل إتمام صوم الغير وحجه، لكون كلّ منها عملاً واحداً لشخص واحد لا يمكن صدور بعضه من احد و بعضه من آخر نعم يمكن تصدى الغير باتمام حج الميت نيابة عنه اذا مات في اثناائه لكنّه لاجل اعتبار ما صدر عنه صادراً عن الميت، فالاستشهاد بالآيتين على ما ذكره في غير محله.

والصواب من القاعدة المضروبة في كلامه، خصوص ما اذا كان الخطاب متضمناً لتوجه حكم تكليفي الى المخاطب، فيكون المراد من الفعل المتعلق للحكم هو الفعل الصادر عنه لا محالة، لعدم امكان توجه التكليف الى احد، الا بفعله. واما اذا تضمن الخطاب توجيه حكم الى غير المخاطب كما هو المعمول في امر الغائب، او تضمن الخطاب لذكر فعل غير متعلق بالحكم او تضمن الخطاب حكماً وضعياً كقولنا: الذبح يوجب حلية المذبح وطهارته، فلا ينصرف الفعل الى خصوص فعل المخاطب مالم يقترن بقريته تخصصه به، فالذبح في المثال لا ينصرف الى خصوص ذبح المخاطب بل يشمل ذبح كل من صدر عنه الذبح هو او غيره.

(١) الوفاء هو العمل بما التزمه على نفسه، فيختصّ الخطاب في الآية بالمالك اذا عقد على ملكه

والعاقد للعقد الفضوليّ ليس له اهلية الوفاء، ومن له اهلية الوفاء وهو المالك، لم يستند العقد اليه.

وبالجملة لا يشمل اطلاق الآيات المذكورة على بيع الفضولي وعقده، الآ يتزليها بمنزلة فعل البايع، حتى يعدّ عقداً ويبيعاً صادرين عن المالك،

وصدر عنه عقد تعلق بملكه، ولا يشمل الخطاب على غير المالك اذا عقد على ملك غيره فضولاً، لأنّ عقده ليس على نفسه، فلا يصدق الوفاء في حقه، وعلى تقدير صدق الوفاء ليس الوفاء بيده بل بيد المالك. واما المالك فلا يصدق في حقه الوفاء أيضاً لأنّه لم يصدر عنه عقد رأساً، مضافاً الى أنّه لا يتعلّق اعتبار العرف بكون ما صدر عن الفضوليّ عقداً وبيعاً ما يلحقه اجازة المالك، فلا يشمل الآيّة، لانتفاء موضوعها، هذا.

لا لما ذكره الاستاذ «قده» من أنّ مقتضى مقابلة الجمع بالجمع لا لما ذكره الاستاذ «قده» من نفي وجوب الوفاء لغير العاقد، الظاهر في صدق الوفاء في حقه وان المنفى هو وجوبها، ولا لما ذكر المحقق النائيني «قده» من أنّ مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في الآيّة وجوب وفاء كلّ أحد بعقده، لعدم الدليل عليه.

وقد علم ممّا ذكرنا أنّ الخطاب في الآيّة لا يتوجه الى المالك بوفاء عقد صدر من الفضوليّ لعدم صدق الوفاء بالنسبة الى عقد صدر من غيره في حقه اصلاً فشمول الخطاب في الآيّة عليه يتوقّف على حصول استناده اليه وصورته فاعلاً له فالمهمّ في اثبات صحة الفضوليّ اثبات حصول استناد عقد الفضوليّ الى المالك بالاجازة وسيجيء متى التعرض لاثباته عن قريب. ثمّ أنّ المحقق الاصهباني «قده» جعل مجرد انتساب العقد الى المالك كافياً في توجه خطاب اوفوا بالعقود اليه وتمسك فيه بأنّ المنع عن توجه الخطاب في الآيّة بوفاء عقد الفضولي الى المالك لاجل أنّ من لا عقد له لا وفاء له وكون مجرد الانتساب اليه موجباً لصدق أنّه عقده وبيعه وقد علم بطلان ما ذكره «قده» ممّا بيّناه في حقيقة الوفاء والموقع له في التوهم المذكور ما زعمه من أنّ اذن المالك و اجازته لا يوجب استناد عقد الفضوليّ اليه وذكر في وجهه أنّ استناد العقد الى غير من صدر عنه لا يكون الا بالتسبيب وليس الإذن في العقد فضلاً عن الاجازة تسبباً له لعدم تحقق التسبيب الا مع الالتزام وليس الاذن الا مجرد الترخيص و ارخاء العنان وسيجيء متى اثبات تحقق الاستناد بمجرد الاذن والاجازة فراجع.

ويعد الملك علة فاعلية له. (١)

(١) ونحن نتعرض، لاستقصاء جميع الوجوه المتصورة في استناد الافعال الاعتبارية الى غير من صدرت عنه حتى يتبين تحقق استناد عقد الفضولي الى المالك بالاجازة او عدمه، لشدة الاهتمام به، لتوقف جواز التمسك بالعمومات على اثباته اولاً، وتوقف ترتيب احكام المتعاملين على المالك المميز له.

وجوه استناد الفعل

الى غير من صدرت عنه

فتقول: إن استناد الافعال الاعتبارية الى غير من صدرت عنه، يتصور من وجوه ستة.

«الاول» انشائه ثانياً لنفس الفعل المنشأ بانشاء غيره، بحيث لا يكون ما صدر منه، فعلاً مبانئاً لما صدر من غيره وغير معدود فعلاً مغايراً له بل يكون انشائه وارداً على مورد الانشاء الاول غير منشأ به الا عين المنشأ بانشاء غيره وبعبارة اخرى: توارد انشائها على منشأ واحد.

وربما ينسق الى التوهم كون حصول استناد بيع الفضولي الى المالك بالاجازة بهذا النحو، بيان أن انشاء المالك للاجازة بما أنها امضاء ما صدر عن الفضولي من الايجاب او القبول، انشاء له بالتبع، لكون انشاء المعنى انشاءً لازمه بالتبع. فيستند ايجاب الفضولي او قبوله إلى المالك، استناد الفعل الى منشئه فيحصل العقد من جزئين احدهما ما صدر عن الجانب الاصيل من الايجاب او القبول و ثانيهما ما صدر عن المالك من الانشاء التبعية. وفيه مضافاً إلى أن لازمه وقوع الفصل الطويل القادح لصحة العقد بين الايجاب والقبول غالباً، أن انشاء معنى بلفظ هو ايجاد اللفظ باعتبار كونه مصداقاً له، فلا يكون إنشاء معنى، انشاء لازمه، بدهاء أن كون شيء مصداقاً لاحد المتلازمين لا يقتضي كونه مصداقاً للآخر.

«الثاني» انشاء استناد الفعل الصادر من غيره الى نفسه، وحصول استناد عقد الفضولي الى المالك بهذا النحو، هو مذهب الاستاد «قده» وقد بالغ في تقريبه. وفيه انه لا يحصل الا بان يقول: اسندته الى نفسه وما شابهه، واما قوله: اجزت او أنفدت فليس الا انشاء انفاذ فعل الغير لا انشاء اسناده الى نفسه.

«الثالث» ان يصدر منه فعل تعلق الاعتبار العرفي بعينيته لما صدر من غيره. و استناد بيع الفضولي الى المالك بهذا النحو لا يكون الا بتعلق الاعتبار العرفي بكون الاجازة عين بيع الفضولي، والمعهود من العرف عدم تعلق اعتبارهم بصيرورة لفظ مصداقاً لمفهوم الا بلحاظ ما وضع له من المعنى، فتعلق اعتبارهم يكون لفظ بعث مصداقاً للبيع بلحاظ كون مادته موضوعة له،

وليست مادة أجزت إلا موضوعة للانفاذ فلا يتعلّق الاعتبار الا بكونه انفاذاً لبيع الغير لاعينه ونفسه.

مضافاً الى أنّ اقدمهم لاعتماد شئى لا يكون الا بلحاظ فائدة تترتب عليه، ولا فائدة ملحوظة لهم في اعتبار استناد عقد الفضوليّ الى المالك حتى يتوسل اليه بالاقدام باعتبار كون الاجازة الصادرة من المالك عين العقد الصادر من الفضوليّ، ولا مانع من صحة بيع الفضوليّ مع انفاذ المالك له وان لم يتحقق استناده اليه. واما ما الجأنا الى البحث عن حصول الاستناد الى المالك، عدم شمول الادلة الشرعية على بيع الفضوليّ وعقده الا بحصوله، مع أنّه لودعت مصلحة الى اعتباره تصدوا لاعتماره برأسه، من دون حاجة الى التوسل اليه، بالتصدي باعتبار كون الاجازة عين عقد الفضوليّ.

«الرابع» ان يصدر منه فعل اعتبر صدوره منه صدور الفعل الصادر من الغير. من دون ان يعتبر العينية بين نفس الفعلين. وفيه ما تقدّم في الوجه السابق.

«الخامس» اعتبار العرف والعقلاء الفعل الصادر من الغير صادراً منه ومستنداً اليه لاجل رضاه به من دون ان يصدر منه فعل، بل يكون متعلّق التنزيل والاعتبار هو الفعل الصادر من الغير، فينزل بمنزلة الصادر منه ويعتبر كونه صادراً عنه. وهذا القسم يعاكس الاقسام المتقدمة في عدم الحاجة الى صدور فعل من الغير راسا. ومنه يعلم بطلان ما ذكره الاستاد «قده» من عدم امكان حصول استناد الفعل الى غير من صدر عنه الا بلحاظ صدور فعل منه.

لكنّ حصول استناد عقد الفضوليّ الى المالك بهذا النحو ممنوع من وجهين «الاول» ما تقدّم متاً عند التكلم في قاعدة السلطنة: أنّ مقتضاها عدم نفوذ التصرف في المال بغير اذن مالكة او اجازته وعدم كفاية مجرد الرضا فيه فراجع «الثاني» أنّ المعلوم من العرف أنّهم لا يسندون البيع ولا غيره من العقود الى المالك، بمجرد حصول الرضا في قلبه. فربما يحصل في قلبه الرضا والكراهة، مرة او مرّات عند التروى حتى يحصل الجزم منه بالاجازة والرّد. فمن البديهي أنّهم لا يلزمون المالك على العمل على طبق عقد الفضوليّ بمجرد حصول الرضا به في قلبه و زوال الكراهة عنه حتى ولو عاد اليه الكراهة، بحيث كان عليه بينه وبين رثته، عدم التعدي عن مقتضى عقد الفضوليّ وان لم يعلم بذلك ولم يطلع عليه غيره.

لكنّ الاستفادة من بعض الروايات كفاية مجرد رضی المالك في صيرورة ما صدر عن الفضوليّ

بيعاً صحيحاً، وهو قوله عليه السلام في التوقيع الشريف: «الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالکها او بإذنه او رضی منه» وقوله «ع» في رواية يزيد الكناسي الاتية في تعالقنا في ضمن روايات النكاح بناء على الغاء خصوصية عقد النكاح «ليس يجوز عليها رضاء في نفسها ولا يجوز لها تأب ولا سخط في نفسها حتى تستكمل التسع واذا بلغت التسع جازها القول في نفسها بالرضا والتأبي وجاز عليها بعد ذلك».

وعليه يمكن دفع الاشكالين المذكورين ومحصله: انّ الاستفادة من الرواية المقدّمة، أنّ المناط هو القول في نفسها بالرضا، والتأبي. ولعل المراد منه اختيار احد الجانبين، واعتباره في قلبه لوقوع النكاح او عدمه، والجزم به بعد التروي. فيندفع الاشكال الثاني وكذا الاشكال الاول، لكون ملاك ما ذكر، اقتضاء قاعدة السلطنة لوقوع البيع باختيار المالك وهو حاصل برضاه.

وعليه فقتضى التحقيق بناء على ما سيجيء من استناد البيع الى المالك بالتسبيب، كون التسبيب حاصلاً بمجرد الرضا والاختيار في القلب، من دون احتياج الى اظهاره.

«السادس» حصول استناد فعل الغير اليه بالتسبيب ويمكن الاشكال فيه من وجهين:

«احدهما» ما تقدّم عن المحقّق الاصهبايي من منع حصول التسبيب من المالك اذا عقد الغير عن اذنه فضلاً عما اذا عقد لاعن اذنه، ولحقته ايجازته، لعدم تحقق التسبيب الا بالالزام وليس الاذن الا مجرد الترخيص وارشاء العنان «والجواب» عنه يتوقف على تقديم مقدمة، وهي: انّ الفاظ الانشاء على ما بيناه عند البحث في الوضع، موضوعة ليعتبرها المتكلم عند الاستعمال مصداقاً لمعانيها، فلفظ اضرِب مثلاً وضع ليعتبره المتكلم مصداقاً لطلب الضرب، وكذلك لفظ بعت وضع ليعتبره المتكلم مصداقاً للبيع، وهو نحوه استعمال الفاظ الانشاء في معانيها. واما صيرورة لفظ اضرِب طلباً عرفاً وتعلّق اعتبار العرف بكونه مصداقاً له فقد ينفك عن اعتبار المتكلم، كما اذا لم يبلغ الى المأمور ولم يسمعه، لعدم صلوحه للتأثير، او كان مشروطاً بشرط لم يتحقق، على ما تقدم بيانه ممّا عند البحث في مفاد القضايا الشرطية. وكذلك لفظ بعت، فانه وان تعلق اعتبار المتكلم بكونه بيعاً عند تلفظه إلا أنه لا يستتبع حقوق اعتبار العرف به بمجرد، كما اذا لم يتعقب بالقبول.

اذا عرفت ذلك فنقول: إن اعتبار العرف لا يتعلّق بكون ما صدر عن الفضوليّ من قوله بعت بيعاً، قبل اجازة المالك. والدليل عليه من وجوه «أولها» أنّ عدم تعلّق اعتبارهم بمحدث الملكية به، يستلزم عدم تعلّق اعتبارهم بكونه بيعاً، فإنّ حقيقة البيع هو التمليك او المبادلة، والتمليك هو ايجاد

الملكية والمبادلة ادخال كل من المالين في ملك خرج عنه الاخراجني ايجاد ملكيته للاخر و ايجاد ملكية مال الاخر له، فلوم يعتبر العرف ملكية المبيع للمشتري ودخوله في ملكه لم يتحقق اعتبار ايجاد الملكية للمشتري، لكون الايجاد والوجود امراً واحداً، يطلق عليه الايجاد بالنسبة الى الموجد بالكسر والوجود بالنسبة الى الموجد بالفتح.

«ثانيها» أن اعتبارهم لكون ما صدر عن الفضوليّ بيعاً ينافيه اعتبارهم للسلطنة التامة للمالك . بل مقتضى اعتبارهم للسلطنة التامة للمالك عدم اعتبار ما ينافيها كما تقدمت الاشارة اليه في بعض ما تقدم من تعليقاتنا على الفضوليّ.

«ثالثها» ان الاعتبار لا يصدر منهم بغير فائدة تترتب عليه، ولا فائدة في اعتبارهم لكونه بيعاً وعقداً. بدهة عدم ترتيبهم لأثر عليه بل عدم الزامهم حتى نفس العاقد الفضوليّ على العمل بمقتضى ما صدر عنه، ولا يعدونه بترك العمل بمقتضاه غير واف لعهدده وعقدده، كما أن قول الأمر: إضرب، عند عدم ترتيبهم لا أثر عليه فيما اذا لم يبلغ الى العبد، ولم يسمعه، لا يعتبرونه طلباً فعلاً، ولا يعدون العبد اذا خالفه مخالفاً لطلب المولى.

فتحصل أن عقدا الفضولي ساقط في اعتبارهم ومسلوب عنه عنوان البيع والعقد، ثم اذا لحقه اجازة المالك يصير عقداً وبيعاً، ويترتب عليه جميع آثارهما. فكان اجازة المالك سبباً لصيرورة ما صدر من الفضوليّ بيعاً وعقداً فاقدام المالك بالإجازة تسبب لكون الفضوليّ بايعاً وعاقداً.

«الوجه الثاني» من الاشكال ان قول المالك أجزت أو أنفذت، جعل العقد مؤثراً نافذاً في احداث الملكية، وهذا هو شأن الشروط. فانّ الشرط ما أثر في تأثير المقتضي، والمؤثر في المعلول هو المقتضي وحده وانّ كان له شرائط عديدة كثيرة، فيكون استناد الفعل اليه وحده، دون الشروط وفقد الموانع ولا الى مجموعها. وان أبيت إلا عن تأثير الشرط وفقد المانع في حصول المعلول في عرض المقتضى، يستند المعلول الى مجموعهم دون خصوص الشرائط فضلاً عن شرط واحد.

والجواب ان مقتضى ما ذكر عدم استناد الفعل بلا واسطة الى فاعل الشرط بالمباشرة ولكن قد يستند اليه بالتسيب وذلك فيما اذا كان موجبا لتأثير المقتضي جبراً بحيث لم يبق للمقتضي اختيار في ترك العمل، وهو في جميع موارد كون المقتضي من غير ذوي الشعور كالمفتاح المقتضي لفتح الباب والتار المقتضي لاحراق الحطب، فانّ تحريك المفتاح وتقريب الحطب بالتأثر شرط في تأثيرهما في فتح الباب والاحراق، ويستند فتح الباب واحراق الحطب الى محرك المفتاح ومقرب

والتزليل من الأمور الاعتبارية الانشائية، يحتاج الى ايجاد له في الخارج، بقول، او فعل، ولا يكفي فيه مجرد الرضا الباطني. وبعبارة سهلة إنّ حقيقة التزليل هو التشبيه، ولا يوجد التشبيه الا بما يوجد في الخارج. ألا ترى أنه لو لم يتكلم القائل بقوله: زيد كالاسد، لم يتحقق التشبيه في الخارج، وانّ رضى به في قلبه.

نعم لو كان الرضا موضوعاً لحكم شرعي يترتب عليه بمجرد تحققه، كالأباحة التكليفية المترتبة عليه، في قوله عليه السلام «لا يجلّ مال امر مسلم الا عن طيب نفسه» واما لو توقف ترتب حكم على صيرورة العقد بمنزلة عقد المالك، كما هو المفروض في الحكم الوضعي، اعنى الصحة المستفادة من الآيات المتقدمة كما عرفت، فلا يترتب الحكم ما لم يتحقق حقيقة التزليل في الخارج. والحاصل انّ الكلام في الاباحة المالكية الصادرة من المالك، دون الاباحة الشرعية الحاصلة بحكم الشرع، وقد تقدم توضيح الفرق بينهما في باب المعاطاة. والاباحة والبيع والعقد الصادرة من غير المالك لا يستند اليه الا مع تحقق التزليل، اما من الشارع كما في باب بيع مال الصبي، او من نفس المالك كما فيما نحن فيه، هذا.

واما بناء على أنّ إطلاقات أدلة المعاملات يشمل المالك وغيره بتقريب أنّ معنى الحل والوفاء في الآيتين المتقدمتين في حق البايع والمشتري هو التملك، وفي حق الغير، المعاملة مع المبيع معاملة مال المشتري، ومع الثمن معاملة مال البايع، في عدم جواز التصرف في المبيع الا باذن المشتري، وعدم جوازه في الثمن الا باذن البايع، كما هو مختار الشيخ وجماعة ممن تقدمه.

الخطب بالتسيب. وقد يكون الفاعل ذا شعور، لكنّه يتعلق به الزام الغير بحيث ينسلب عنه الاختيار في صدور فعل منه، كاجازة المالك أو إذنه في بيع غيره لماله، فإنهما يجعلان ما صدر عن الغير بيعاً عرفياً و يوجبان صيرورته بيعاً عند العرف من دون مداخلة اختياره فيه.

فيقتضي اطلاق الادلة صحة العقد الصادر من غير المالك، من غير فرق بينه وبين العقد الصادر منه. فلا بد في المصير على خلافه من مخصص او مقيد، وليس له مخصص او مقيد إلا آية التراضي، وحديث طيب النفس. وهما انما تدلان على التخصيص او التقييد، بمجرد رضی المالك من دون اعتبار امر آخر ينضم اليه.

ومنه يعلم الكلام في كفاية حقوق رضا المالك بعد العقد، او عدمها الا مع انشاء الاجازة.

المبحث الثالث

في عقد المالك المحجور

لو كان العاقد محجوراً عن ماله، كما لو تعلق به حق الرهانة، كان عقده عليه فضولياً. يعتبر في صحته اذن المرتهن، ونظيره تزويج الباكرة لنفسها بناء على توقف صحته على اذن الولي. والتحقيق بناء على ما قدمناه في وجه الحاجة في صحة عقد الفضولي الى الاذن او الاجازة، هو التفصيل بين هذا القسم وغيره من اقسامه، في كفاية حقوق مجرد الرضا فيه دون بقية الاقسام. فان وجه الحاجة في صحة عقد الفضولي الى حقوق الاجازة بناء على ما قدمناه هو كونه فاقداً للاستناد الى المالك، لاجل كونه صادراً من غير المالك وصيرورته بالاجازة منزلاً بمنزلة الصادر منه.

واما لو كان العقد صادراً عن المالك وانما منع عن تأثيره ونفوذ لاجل تعلق حق الغير على ملكه، انتفى وجه الحاجة الى اعتبار انشاء الاجازة لكون الاستناد الى المالك حاصلأً قبل لحوقها حقيقة وكفى مجرد حصول رضا المرتهن، وان لم يستتبع الاجازة والاذن.

و بالجمله إنّ هذا القسم من الفضولي، نظير بيع المكره، في كفاية لحوق مجرد الرضا، لاشتراكهما في الاستناد الى المالك حقيقة، وإن افترقا في كون ما توقف عليه صحة بيع المكره هو رضا المالك، وما توقف عليه صحة بيع الرهن هو رضا المرتهن. وقد تقدّم تفصيل القول في المكره فراجع. «و اذا عرفت ذلك فلنشرع في البحث في اصل المبحث» فنقول أنّ للبيع الفضولي ثلاثة اقسام «قد تعرّض الشيخ «ره» لها في ضمن ثلاث مسائل».

المبحث الرابع

في ان يبيع الفضولي للمالك مع عدم كونه مسبقاً بالمنع من قبله

اذا باع الفضولي للمالك مع عدم كونه مسبقاً بالمنع من ناحيته فقد استدلت على صحته بأنّ عمومات البيع يشمل الفضولي الا أنّ قوله تعالى «الا ان تكون تجارة عن تراض» وقوله صلّى الله عليه وآله «لا يحلّ مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه» يخصصها، ويمنعها عن الشمول على الفضوليّ، في صورة عدم حصول رضا المالك، فتبقى صورة حصول رضاه به داخلة تحت العمومات. ويرد الاعتراض عليه من وجهين.

«الاول» أنّه لا يجوز التمسك بالعمومات في حكم فرد، في حال من الحالات بعد خروجه عن تحتها في حالة سابقه عليها، ولا في زمان من الازمنة، بعد خروجه عن تحتها في زمان سابق عليه (١). بل المرجع في تعيين

(١) لا بأس التمسك بالعموم في حكم فرد من افراد العام بعد ما كان فرداً له في زمان، ثم خرج عن فرديته في زمان آخر، ثم صار فرداً له ثانياً بعده، لكون شمول الحكم على افراد موضوعه يدور مدار فرديتها. فلو قيل: اكرم العدول، يشمل زيدا العادل فاذا صار فاسقاً ينقطع عنه شموله، ثم اذا صار عادلاً ثانياً يشمله اكرم العدول بلا اشكال.

حكمه استصحاب حكم المخصص او غيره من الاصول. وذلك لعدم كون الزمان مفرداً للعمومات و تبدلّ زمان الى زمان آخر لا يوجب تبدل الفرد الى فرد آخر. وهذا بعينه ما ذكره الشيخ «ره» في موارد اخرى.

واما لو ساق الدليل الى كون اعتبار الطيب والرضا بنحو التقييد لادلة البيع، دون تخصيصها، لاندفع الاشكال، لكون التقييد موجباً لقصر شموله من الأوّل على الافراد الواجدة للقييد. فلا يلزم عليه اشكال دخول فرد تحت العمومات بعد خروجه عنها، بل يكون اوّل ازمنة شمولها على الفضولي زمان حصول الرضا و طيب النفس من المالك.

«والثاني» منع شمول العمومات عليه كما تقدم بيانه.

والتحقيق في المسألة يتوقف على تقديم مقدمات:

واما ما ذكره «قده» وجهاً لعدم جواز التمسك فيه بالعموم من انّ الزمان لا يكون مفرداً للعموم ولا يصير فرد له فردين بحسب تبدل زمانه الى زمان آخر، فسلم، لكتّه لا يقتضي ما اختاره «قده».

توضيحه: أنّ زیداً في المثال المتقدم فرد واحد للعدول في كلا الزمانين، واما شمول العام عليه مرتين فلاجل زوال فرديته ثمّ صيرورته فرداً له ثانياً، فالفرد للعموم في كلا الزمانين هو زيد، و ان زالت فرديته في اثنائها، فليس الفرد للعموم في ثاني الزمانين غير الفرد له في اولها.

ثمّ انه لافرق فيما ذكرنا بين خروج فرد عن تحت العام لاجل زوال فرديته او لاجل شمول المخصص عليه، كما لو قيل أكرم العلماء، ثمّ قيل ولا تكرم الفساق منهم. وتوضيحه: انّ عنوان الفساق لو كان عنواناً مشيراً الى ذوات الفساق من غير مدخلية لعنوانه في تعلق الحكم لا يدخل احد منهم تحت أكرم العلماء ثانياً بعد زوال الفسق عنه، لبقاء تعلق حكم المخصص به وعدم زواله بزوال الفسق. واما لو كان عنواناً دخيلاً في تعلق الحكم، يزول عنه حكم المخصص، وينقطع عنه شمول اكرم الفساق مع شمول اكرم العلماء عليه. فيتعلق به حكم وجوب الاكرام لصيرورته بعينه واجداً لملاك تعلقه، كغيره من افراد العلماء غير الفساق، ولا يضرّ كونه مسبقاً بالفسق لكون العبرة بكونه عالماً وغير فاسق بالفعل.

المقدمة الاولى في أن الافعال الاعتبارية لا تصلح لأن تستند الى غير من صدرت عنه

اعلم أن الافعال الصادرة من الانسان على قسمين، «احدهما الافعال المقولية» التي لها ما مجزاء في الخارج اما بنفسها او بمنشأ انتزاعها كالأكل والشرب والتلفظ وغيرها.

والثاني الافعال الاعتبارية التي ليس لها حقيقة تحاذيها في الخارج، بل حقيقتها مجرد الاعتبار تشبيه شيء بمنزلة شيء وتزيله بمنزلة كالتزويج والبيع والعقد وغيرها.

والقسم الاول، اعني الافعال المقولية، لا يستند الا الى من صدر عنه، ومن كان علة فاعلية لوجودها (١).

(١) اعلم أن الافعال المقولية الحقيقية على قبيلين، احدهما الافعال القائمة بفاعلها قيام الاعراض بمعروضاتها كالقيام والقعود والأكل والشرب وغيرهما، وثانيها الافعال القائمة بغير فاعلها، كالأحراق، والاقعاد، والاقامة، وغيرها. لكون وجودها عين وجود الحرقه، والقعود، والقيام، القائمة بالغير، فإن الایجاد والوجود أمر واحد يطلق عليه الایجاد بالنسبة الى الموجد بالكسر ويطلق عليه الوجود بالنسبة الى الموجد بالفتح. ومن هذا القبيل جميع الافعال التي تقوم مادتها بغير الفاعل، وهي غالب الافعال المصوغة من باب الافعال او التفعيل.

اما ما كان من الافعال من القبيل الاول، فلا يستند الى غير من صدرت عنه لا حقيقة ولا اعتباراً. اما حقيقتها، وهو الاستناد الحاصل بالتسبيب، فلا يتسبب الى حصولها لا يوجب قيامها بالمسبب بالكسر، الذي هو مناط استناد هذا القبيل من الافعال. واما اعتباراً، فإنها حيث كانت أعراضاً لفاعلها قد اندك في ذاتها انها له، فلا يمكن اعتبارها مستندة الى غير من صدرت عنه، الا بتخيّلها واعتبارها عارضة على غيره، فتنتقلب عن ذاتها وتصير مصداقاً اعتبارياً للفعل على حدة

واما الافعال الاعتبارية، فلما كان اصل تحققها وتقومها بالاعتبار، وليس لها جهة واقعية تصلح لان تستند الى غير من صدرت عنه اعتباراً، وبعبارة اخرى، ان يكون تحقق جهة صدورها ايضاً بالاعتبار. فيكون الفعل الصادر عن شخص مستنداً الى غيره بالاعتبار والتزويل، كالتزويج يصدر من الوكيل فيستند الى الزوجين اعتبار.

والحاصل ان الافعال الاعتبارية لا تأبى عن الاستناد الى غير من صدرت عنه. بل امرها بيد المعبر، فقد يعتبر استنادها الى غير من صدرت عنه، مع بقاء استنادها الى من صدرت عنه. كالبيع على قول من حكم بثبوت الخيار لكل من الوكيل والموكل لاجل شمول قوله عليه السلام «البيعان بالخيار» على كليهما، لاستناد البيع الى كل منهما، حقيقة الى الوكيل، واعتباراً الى الموكل. وقد لا يعتبر لها استناداً الى من صدرت عنه، كالتزويج فانه لا يستند الا الى من تعلقت به علة الزوجية (١)، وان كان صادراً عن الوكيل.

العقود والايقاعات برمتها من الاعتباريات

اذا عرفت ذلك فاعلم: انه لا ريب في كون العقود والايقاعات برمتها من الاعتباريات ليس لها ما مجزاء في الخارج. فعقد البيع مثلاً ليس له خارجية

غير الصداق الحقيقي المذكور. بخلاف ما كان من القبيل الثاني فانه يمكن استنادها الى غير من صدرت عنه حقيقة بالتسبيب، واعتباراً بدونه.

(١) التزويج والانكاح، بمعنى ايجاد الزوجية، وهو فعل المتعاقدين. والذي يستند الى الزوجين هو الزوجية دون ايجادها، قال الله تعالى «وأنكحوا الايتامى منكم الآية» واما استناد الانكاح والتزويج الى الزوجين عند تزويج الغير لها فليس الا بالتسبيب الحاصل بالتوكيل او الاذن او الاجازة، كما تقدمت بيانها في استناد البيع الصادر من غير المالك اليه، فراجع.

يحاذيها الا مجرد اللفظ، وهو من حيث هو نظير قولك ضربت، لا يترتب عليه اثر وضعي مما يترتب على العقود، نعم ربما يترتب عليه أثر تكليفي من الحرمة والحلية والاثر الوضعي انما هو للعقد، والعقد هو في الحقيقة هو ربط شيء بشيء وشد كل منها بالآخر وذلك لا يتحقق في مورد المعاملة حقيقة بل تنزيلاً واعتباراً، فاذا قال احدهما: بعته والاخر: اشتريت، فكانما انعقد فيها عقد، ارتبط به ما صدر عن كل من المتعاملين بما صدر من الاخر فقولته بعته فعل حقيقي لا يقبل الاستناد الى غير من صدر عنه، واما العقد فهو فعل اعتباري يقبل الاستناد الى الغير، باعتبار الوكالة او غيرها (١).

ومما ذكرنا يعلم امكان استناد عقد الفضولي الى المالك بلحوق اجازته عليه، لعدم فرق بينه وبين العقد عن وكالة اصلاً. فكما أن اذن المالك وتوكيله يجعل العقد الصادر عن الغير عقداً صادراً عن المالك ومستنداً اليه فكذلك لحوق اجازته يمكن ان يجعله صادراً منه ومستنداً اليه.

الاشكال في استناد عقد الفضولي الى المالك بلزوم انقلاب الشيء عما هو عليه

ثم ان ههنا اشكالا يظهر اندفاعه مما ذكرنا، وهو ما ذكره السيد «ره» بقوله. الاجازة لا تغير ما وقع عليه بحيث ينقلب النسبة، الا ترى انه لو امر بضرب احد فضرب يصدق انه ضربه لكن لو ضربه واطلع هو عليه بعد ذلك

(١) استناد العقد الى المالك دون لفظ بعته مع كون وجوده عين وجود العقد لاجل عدم تحقق مناط الاستناد اليه الا فيه وهو تسبب المالك الى وجوده وكون اجازته مؤثرة في صيرورة ما صدر عن الفضولي من اللفظ عقداً و صيرورة وجوده وجوداً للعقد، واما وجود اللفظ فلم يحصل تسبب من المالك بالنسبة اليه بل كان موجوداً قبل اجازة المالك كما بيناه تفصيلاً فيما مر.

فرضى به لا يصدق أنه ضربه انتهى .

ووجه الاندفاع أنّ ما وقع من النسبة حتى يستحيل انقلابها عمّا هي عليه بالاجازة، هي نسبة اللفظ الصادر من الفضوليّ اليه، وليست هي منقلبة عن الفضوليّ الى المالك، ولو بعد الاجازة. ولذا لو تعلق باللفظ اجرة كانت للفضوليّ، ولو كان محرماً لعوقب هو دون المالك. واما العقد فهو وان تحقق في الخارج بذلك اللفظ، ولذا يطلق البيع عليه، ويقال: انه بيع عن فضولة، إلا أنّه لم يتحقق له نسبة واستناد الى المالك، لكونه أجنبيّاً عنه ولا الى الفضوليّ لكون المفروض سلبه للعقد عن نفسه، و ايجاده له عن قبل المالك. ولذا لو نذر ان لا يبيع لم يحنث.

فالعقد عقد صحيح صدر من أهله، ووقع في محله. والمفقود في البين هو استناده و اضافته الى المالك، وعرفت أنّ شمول اطلاقات البيع وعمومات الوفاء بالعقد على عقد منوط بتحقق استناده الى المالك، فاذا أجاز المالك يحدث له الاستناد الى المالك، فيشملة العمومات والاطلاقات، وليس هناك قلب نسبة الى نسبة، بل احداث نسبة بعد ما كانت معدومة.

وامّا قوله لو امر بضرب احد بضرب الخ ففيه اولاً إنّ المثال واقع في غير محله، فإنّ الضرب من الافعال الحقيقية التي لا تستند الى غير من صدرت عنه (١). نعم لو فرض انطباق عنوان اعتباري عليه، كالتأديب مثلاً لا بأس باستناده الى غير من صدر عنه.

«و ثانياً» أنّ تحقق الاستناد بامر في مورد من الاعتباريات، لا يستلزم تحققه به في مورد آخر، بل المرجع فيه الى نظر العقلاء (٢).

(١) قد تقدم منّا الكلام في استناد الافعال الحقيقية مبسوطاً، فراجع.

(٢) بل يتحقق به حصول الاستناد في مورد آخر ايضاً بعد وحدة الملاك، ولا ينافيه الارجاع الى نظر العقلاء، لعدم تعلق نظرهم بشيء الا عن ملاك.

المقدمة الثانية في تفكيك الجهات المختلفة للاعتبارات

اعلم أن للاعتبارات جهات مختلفة، فما يترتب من الحكم والأمر على اعتبار، ليس يلزم ان يترتب على اعتبار آخر. ولا بد من تفكيك الجهات، و ترتيب الأثر على كل منها بما يستحقه بحسب اعتبار العقلاء. فربما يكون عمل واحد خارجي ينطبق عليه عناوين مختلفة من الاعتبارات، لكل منها حكم على حده.

فلو تصدى باجراء صيغة العقد نيابة عن غيره بامر شخص آخر، واتفق كون التلفظ بالعقد موجباً لا تلاف مال، ينطبق على لفظ صيغة العقد وجوه و عناوين مختلفة من الاعتبارات. وهي عنوان التكلم، وعنوان النيابة، وعنوان التفويت، و يترتب عليه آثار واحكام مختلفة بحسبها، فاللفظ بما هو تكلم يستند الى الالفاظ، و بما هو عقد نيابة عن المالك يستند اليه، و بما هو تفويت يستند الى من امره به لاجل التسبب.

ومن هنا قد اعترضنا على السيد «قده» في المقدمة السابقة حيث قال لو امر بضرب احد فضرب الخ بانّ وجوه الاعتبارات يختلف بحسب الموارد والحالات، ولا يجوز الحكم على مورد بما حكم به على مورد آخر قياساً له عليه. كيف؟ وقد عرفت أنّ فعلاً واحداً في مورد واحد يختلف حكمه، بحسب انطباق عناوين مختلفة عليه، كما عرفت. فما زعمك بفعلين متباينين ذوي عناوين مختلفين.

المقدمة الثالثة

في الفرق بين حقيقة التوكيل والاجازة بكون التنزيل في الشخص أوفي العمل

انّ الاعتبار اعني التنزيل قد يتعلّق بالشخص بتنزيله منزلة شخص آخر. وقد يتعلّق بفعله، وينزل بمنزلة فعل شخص آخر. والاعتبار الاوّل حيث تحقق يغني عن الاعتبار المثاني من حيث انه اذا تنزل شخص منزلة شخص آخر، يترتب عليه ما يترتب عليه لاحالة، فيكون فعله بمنزلة فعل الاخر كانه صدر منه.

والفارق بين الاعتبارين، انّ الاعتبار الاوّل اعني تنزيل شخص بمنزلة شخص آخر لا يستدعي الا وجودهما ثم اذا صدر منه فعل بعده، يكون بمنزلة فعل الآخر. واما الاعتبار الثاني، اعني تنزيل فعل بمنزلة فعل الاخر يستدعي تحقق الفعل منه في الخارج حتى يتعلّق به تنزيله بمنزلة فعل الآخر

ومن القبيل الاول، اعتبار الولاية والوكالة فانّ اعتبار الولاية اعتبار تنزيل الولي بمنزلة الصبي، واعتبار الوكالة تنزيل الوكيل بمنزلة الموكل. نعم قد يكون التنزيل المذكور من جهات، وقد يكون من جهة واحدة فقط، كالتنزيل المتعلّق بالوكيل في خصوص اجراء الصيغة.

ومن القبيل الثاني، تنزيل عقد الفضولى بمنزلة فعل المالك. ومن هنا يعلم وجه الفرق بين التوكيل والاجازة (١).

(١) الفرق بين الاجازة والتوكيل والاذن كون الاجازة هو انفاذ عقد الغير بالمطابقة وكون التوكيل والاذن انفاذاً له بالالتزام فانّ معنى التوكيل بالمطابقة هو التفويض ومعنى الاذن بالمطابقة هو الاباحة.

وقد عرفت: أنّ كلا التزليلين يشتركان في كون الفعل الصادر من واحد، بمنزلة الصادر من الآخر. فإذا تحقق الإجازة تجعل العقد الصادر من الفضولي بمنزلة العقد الصادر من المالك، فيترتب عليه أحكامه من حين العقد. لأنّ المنزل بمنزلة عقد المالك، هو العقد الصادر من الفضوليّ في تلك الزمان، فيكون كأنّه صدر العقد من المالك في تلك الزمان أيضاً.

ومن هنا كان مقتضى التحقيق هو القول بالكشف الحقيقي، دون الكشف اللغويّ، فضلاً عن الكشف الحكمي المتضمّن للقول بالنقل لولا الروايات. فانه لا معنى للقول فيه بالنقل اصلاً، فإنّ المفروض عدم حدوث عقد آخر حين الإجازة حتى يترتب عليه آثار العقد من حينه.

المقدمة الرابعة

في تفكيك الجهة الحقيقيّة من العقد عن الجهة الاعتباريّة

اعلم أنّ المسببات تابعة في الأحكام لأسبابها ولذا ذكر جماعة منهم المحقق الخراساني «قده» في الكفاية: أنّ المسبب يقع تحت القدرة بتبع السبب وأنّها تتعلّق بالمسبب بتبع تعلّقها بالسبب. فلا يمكن جريان حكم المسبب الا مع جريانه في السبب.

ومن هنا يظهر بطلان ما ذكره المحقق النائيني «قده» من أنّ الإجازة أنّما توجب استناد المسبب الى المالك واما استناد السبب ايضاً اليه فلا دليل على اعتباره في صحة عقد الفضوليّ، قال: إنّّه وإن اعتبر رضا المالك والاستناد اليه في صيرورة العقد صحيحاً إلا أنّ القدر المتيقن من اعتبارهما في ناحية المسبب، واما صدور الإجازة عن له حق الإجازة او نائبة فلا دليل على اعتباره «انتهى».

حيث إنه لا يمكن استناد المسبب اعني الملكية (١) الى المالك إلا باستناد السبب اعني عقد البيع اليه. فالتحقيق صيرورة قول الفضولي: بت فعلاً للمالك ومستنداً اليه بلحوق اجازته عليه، ويتبعه استناد حصول الملكية للمشتري أيضاً اليه قهراً. وليس يلزم عليه انقلاب الفعل عمّا وقع عليه بالاجازة، كما ذكره «قده» بقوله «ولو اعتبر استناد السبب ايضاً الى المالك فالاجازة لا تغيّر الفعل عمّا وقع عليه» فانّ كون بيعت سبباً لحصول الملكية ليس من حيث هو لفظ معتمد على مقطع الفم بل من حيث هو بيع وعقد. وبالجملة إنّ السبب لحصول الملكية «هو بيعت» بما هو منطبق لعنوان اعتباري اعني عنوان العقد والبيع، واما بما هو لفظ فكسائر الالفاظ لا تؤثر في حصول الملكية شيئاً وما ذكره في التنظير له بصلاة النائب، من أنّ المستند منها الى المنوب عنه هو نفس الصلاة دون الافعال المحققة لها من الركوع والسجود وغيرها غير صحيح، فإنّ الركوع والسجود بما هما ركوع وسجود، يستندان الى المنوب عنه، نعم ذات الحركة المتحصلة بها الركوع او السجود لا تستند الى غير من صدرت عنه، والاشتباه أنّها نشأ من الخلط بين الافعال الحقيقية والاعتبارية.

وبالجملة أنّ اللازم في صحة عقد الفضوليّ استناد قوله بت الى المالك بما هو عقد وبيع، لا بما هو لفظ. والفرق بينهما أنّ اللفظ بما هو لفظ من جملة

(١) المراد بالمسبب على ما صرح به في كلامه هو البيع، والا فليست الملكية الا وصفاً للمال وليس يستند الى العاقد او المالك. والمراد بالسبب هو العقد، كما تداول في الالسنه من كون العقد سبباً للبيع، ولكن التحقيق على ما تقدم ممّا كون العقد عين البيع وانّ العقد هو البيع المتحقق باللفظ، كما أنّ عقد الاجارة هو الاجارة المتحققة باللفظ، وكذا غيرها من العقود والاقاعات فالبحت فيها خارج عن مقتضى البحث في الاسباب والمسببات، وان كان اشكال التفرقة بينها في الاستناد الى المالك وعدمه بناء على ما ذكرنا اوكد.

الافعال الحقيقية التي يستحيل استنادها الى غير من صدر عنه، واما بما هو بيع وعقد فهو من الامور الاعتبارية، فلا يستحيل استناده الى غير من صدر عنه. و قد بينا الفرق بينهما في المقدمة المتقدمة، و الإشتباه في المقام إننا نشأ من الخلط بينهما.

توهم اشكال التفكيك في العقد الفضولي بين تحقق السبب والمسبب ودفعه

ثم إنه لا يتوهم التفكيك بين تحقق السبب والمسبب في عقد الفضولي. بناء على ما قدمناه من أن المؤثر هو عقد الفضولي، ويكون أثره بعد الاجازة، وذلك لأن العقد ليس سبباً تاماً لحصول الملكية، بل مراعى بحصول الرضا، قد انيط تأثيره على تحققه على ما ذهب اليه الشيخ «ره» فلا يصير سبباً تاماً الا عند تحققه، فيترتب عليه حصول الملكية من دون أن يكون بينهما فرجة وانفكاك. توضيحه: أنك قد عرفت سابقاً أن الاعتبار يختلف باختلاف المعترين، فرما يعتبر الشخص شيئاً لا يوافقه اعتبار العقلاء، كما لو اعتبر بيع مالا تناله يد الانسان كالقمر والنجم. وربما يوافقه اعتبار العقلاء لكن يتخلف عنه اعتبار الشرع ولا يوافقهم في الاعتبار. فتعلق اعتبار الفضولي بعقد لا يستلزم تعلق اعتبار العقلاء به، ولو تبعه تحقق اعتبارهم لم يستلزم تحققه تحقق الاعتبار من الشرع فلاملزمة بين الإعتبارات الثلاث في أصل وجودها فضلاً عن خصوصياتها، والقيود الدخيلة في حصولها. فكون عقد الفضولي سبباً تاماً لحصول الملكية في اعتبار البايع الفضولي، او اعتبار قاطبة العقلاء، لا يستلزم كونه سبباً تاماً في اعتبار الشرع. بل يمكن اعتبار الشرع له مراعى بتحقيق الرضا من المالك على مذهب الشيخ «ره» او باستناده الى المالك على ما اخترناه.

ولا يقدر فيه تأخر حصولها عن العقد لكونه حينئذٍ من جملة الشرائط المطلقة، فإنّ الشرائط على قسمين (١) «منها» ما يعتبر تحققه عند السبب بنحو المقارنة. «ومنها» ما يعتبر تحققه مطلقاً، ولو متأخراً عن تحقق السبب، كاعتبار التقابض في بيع الصرف والسلم، فإنّ وجودهما سبب لحصول الملكية، ويتوقف تأثيره فيها على حصول التقابض في المجلس ولو متأخراً عن العقد.

ومن هذا القبيل اعتبار الرضا في العقد على مذهب الشيخ «قده» نعم هو من جملة الشرائط التي يعتبر تحققها عند تحقق السبب، بناء على ما استظهره السيد قده. ومن هنا يظهر الاشكال فيما ذكره المحقق النائيني «قده» رداً على الشيخ «ره» في ذيل كلامه المتقدم: إنّه لو دل الدليل على اعتبار الإذن فالظاهر منه السابق. لأنّه كسائر الشروط لا بد وان يكون مقارناً للعقد والايصير كل شرط قابلاً لأن يتأخر انتهى.

واما بناء على اعتبار الاستناد كما بيناه فليس شرطاً بل محققاً لموضوع العقد ومقوماً له.

المقدمة الخامسة

دفع الاشكال عن صحّة الفضولي في العقود والايقاعات الجائزة

اعلم انّ محل النزاع في باب الفضولي، هو ترتب الأثر على ما صدر عنه من العقد، بلحوق اجازة المالك، وعدمه. والاجازة بناء على الكشف، يوجب

(١) الانقسام اليها في خصوص الشرائط المأخوذة في الاعتباريات على ما سيجيء بيانه في بحث الكشف، واما الشرائط المأخوذة في الامور الحقيقية فلا انقسام فيها اليها لاستحالة التفكيك بين الاثر والمؤثر التام واجزائه.

ترتب الأثر عليه من حين تحققه.

ومنه يظهر الاشكال فيما ذكره المحقق النائيني «قده» من عدم جريان النزاع في العقود والايقاعات الجائزة كالوكالة والجماعة والفسخ وغيرها، تعليلاً بأن الاجازة فيها تؤثر بنفسها في الأثر من دون ان يبقى محل لتأثير عقد الفضولي. فالإجازة لفسخ الفضولي بنفسها فسخ، والإجازة لجماعة الفضولي بنفسها جمالة، و الإجازة لتوكيل الفضولي بنفسها توكيل. فالبحت عن تأثير ما صدر عن الفضولي فيها ساقط رأساً.

و توضيح الإشكال أنّ عقد الفضولي بناء على الكشف يترتب عليه الأثر من حين تحققه بالاجازة اللاحقة عليه، فالإجازة للعقد الجائزة على تقدير كونها مستقلة بالتأثير إنما تؤثر من حينها، ولا تصلح للتأثير فيما قبلها، فلا غنى فيها عما صدر عن الفضولي قبلها. فلو وكل غيره في إجراء عقد، ثم اجاز المالك توكيله اياه، فع صحة ما صدر عن الفضولي من التوكيل، بلحوق الاجازة، يصح العقد الصادر من الوكيل، بخلاف ما لو فرض بطلان التوكيل واستقلال الاجازة بالتأثير.

تحقيق المسألة

اذا عرفت هذه المقدمات تبين لك امكان استناد العقد الصادر من الفضولي بالاجازة، الى المالك، و صيرورته عقداً له. فلا بد حينئذ من تحصيل الدليل عليه من اعتبارات العقلاء او من الاعتبارات الشرعية على تقدير عدمه.

فنقول: إنّ التفتن بميزالافعال الاعتبارية، وتفكيكها عن الافعال الحقيقية، يعطى الإذعان بحصول الاستناد فيها الى غير من صدرت عنه بالاجازة، و أنّها كالوكالة توجب حصول الاستناد الى المجيز.

الا ترى أنه لو أمر خادمه بتأديب شخص يستند التأديب اليه، وكذا لو رضي به ورحبّ خادمه بعمله بعد ما صدر عنه ايضاً وكذا لو امر باعزاز شخص وتعظيمه وتوهينه وتحقيره، او رضي بها ورحبّ فاعلها بعد اقدامه بها تستند اليه (١) من غير فرق بينهما اصلاً.

وهذه الامثلة قد ذكرناها لتقريب المطلب، وإلا فصحة ما صدر عن الفضوليّ، وصورته مستندة الى المالك في المعاملات ممّا لا تكاد تخفى، فتراهم يقدم احدهم بمعاودة عن قبل الآخر فاذا امضاه واجاز يسندونها اليه بلا اشكال. و تراهم كثيراً يكتب احدهم بتعاهد باسم احد وعنوانه فاذا امضاه وختمه بخاتمه تكون مستندة ومضافة اليه (٢)، وهذا كلّ ممّا لا اشكال فيه

(١) لا يستند الى شخص ما صدر عن غيره من التأديب او التعظيم والتحقير وغيرها بمجرد رضاه به نعم قد يكون مجرد اظهار الرضا بالتأديب والتعظيم والتحقير بنفسه مصداقاً لها، فإن حقيقة التعظيم والتحقير هي اظهار العظمة او اظهار الحفارة، فإظهار الرضا بما صدر عن غيره من التعظيم او التحقير، بنفسه تعظيم او تحقير لكونه اظهاراً باستحقاقه للتعظيم او التحقير، والاستحقاق بالتعظيم او التحقير يكون بالعظمة او الحفارة واقعاً، فإظهار استحقاقه بالتعظيم او التحقير إظهار لعظمته او حقارته. و حقيقة التأديب تعذيب احد لا يقع في الادب فإظهار الرضا بتعذيب غيره بما أنه بيان لكونه مستحقاً له بنفسه تعذيب و ايداء له بنفسه، فلو قصد هو ايضاً من تعذيبه له بذكر هذا الكلام ايقاعه في الادب، يصدق عليه التأديب.

(٢) وجه استناد المعاهدة المكتوبة الى من ختمه بخاتمه غير وجه استناد بيع الفضوليّ الى المالك اذا اجازة فالقياس بينها قياس مع الفارق فإن الوجه في استناد المعاهدة المكتوبة الى من ختمها بخاتمه، أنّ من يكتب المعاهدة لغيره لا يقصد منه اراءة معانيها، فإن كان ما كتبه جملة اخبار لا يقصد منها الاخبار، وان كان جملة انشاء، كالأمر وغيره، لا يقصد منها انشاء الامر وغيره، فلا يصدق عليه أنه اخبر بكذا او امر بكذا. فاذا اخذه غيره وختمه بخاتمه يصدق عليه أنه اخبر بكذا وامر بكذا و كتب كذا وكذا دونه فان ختم ذيل المكتوبة بالخاتم أنّها هوتعيين و بيان لمن اراد منها معانيها وجعلها مرآة لمعانيها انشاء كان او اخباراً فختمه لذيل المكتوبة اسناد لها الى نفسه فاذا ختم ذيلها وقصد به معانيها يصدق عليه أنه اخبر بكذا او امر بكذا بخلاف عقد الفضوليّ

ولا شبهة تعترية.

و تحقيق الاستناد بالرضا والاجازة مشهور في الاعتبارات الشرعية، ايضاً، كاداء الزكاة، وردالمظالم، والتصديق، وغيرها (١) فلو تصدق أحد بمال غيره ثم علم فاجاز في الرواية انّ التصديق يكون له، هذا مقتضى التحقيق في المسألة.

المبحث الخامس

في التقريبات المختلفة لدليل الشيخ «ره» على صحة عقد الفضولي بالاجازة

وينبغي التعرض لما تقدّم من الدليل المذكور في كلام الشيخ «ره» من أنّ مقتضى عمومات الوفاء بالعقد يشمل كل عقد صدر من الغير، خرج من تحتها ما كان منها غير ملحق برضى المالك، وبقى تحتها عقد الفضولي اذا رضي به المالك و اجازة. فنقول انه يمكن التقريب له بوجوه:

التقريب الاول

ما ذكره الميرزا الرشتي قدس الله سرّه «وملخصه» أنّ المعتبر في صحة العقد الصادر من غير المالك، هو حصول رضاه به وطيب نفسه، باعّم من الفعلي، والتقديري، وهو كونه بحيث لو اطلع بوقوع العقد لرضي به. فاذا اجاز المالك

لكون المفروض تصديه لقصد انشاء البيع بما صدر عنه من اللفظ.

(١) لا يخفى انّ استنادها الى المالك بلحوق اجازته لكون الاجازة سبباً لصيرورة ما صدر منه مصداقاً لها فالمناط في حصول استنادها الى المالك هوالتسبيب كما أنّ اجازة المالك لما صدر عن الفضوليّ يجعله بيعاً ومصداقاً للبيع.

يكشف عن وجود الرضا في نفسه حين العقد كشفاً لغويّاً بمعنى كونه طريقاً عملياً الى حصول الشرط اعني الرضا حين العقد.

فحصل الملكية من حين العقد من غير مدخلية للاجازة في حصولها اصلاً الاّ أنّه لا يعلم بحصولها بدون الاجازة، فاذا تحققت الاجازة يعلم بكون الملكية حاصلة من حين العقد. ويترتب عليها جميع احكامها تكليفية ووضعية، من دون توقف على حصول الاجازة. فيكون تصرف المشتري في المأخوذ عن الفضوليّ محللاً واقعاً وان كان محكوماً بحسب الظاهر بالتحريم لجهله بحصول التملك وضرورة المأخوذ عن الفضوليّ ملكاً مباحاً.

فاذا تحققت الاجازة لا تؤثر الا في مجرد تحقق العلم له بصحة العقد وتحقق التملك، لكشفها عن وجود الرضا التقديري للمالك حين العقد، وان كان غير مطلع بوقوع العقد في حينه على ملكه حتى يصير رضاه به فعليّاً. بل قد يحصل الرضا التقديري مع وجود السخط بالفعل ويجتمع معه ومعناه حينئذٍ أنّه لو علم بالمصالح التي يعلم بها حين الاجازة لرضي به.

وهذا التقريب لا يساعده ظاهر الادلة، فانّ ظاهر إعتبار الرضا الفعلي الحقيقي، لظهور كل لفظ في الحقيقي من معناه، و ارادة التقديري من اللفظ خلاف ظاهره. كيف؟ ولو كان وجود الرضا التقديري كافياً في المقام يلزم كفايته في سائر المقامات، لوحدة الدليل على اعتباره في جميعها، وهو قوله عليه السلام لا يجلّ مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه.

التقريب الثاني

ما ربّما يوجد في بعض الكلمات، من أنّ المعتبر في صحة الفضوليّ هو الرضا الفعلي، إلاّ أنّه لا يعتبر فيها مقارنة الرضا بالعقد، بل يكفي فيها وجود الرضا ولو

متأخراً عن العقد. وبعبارة اخرى: إنّ المعتبر في صحة عقد الفضولي وجود الرضا افعلي مطلقاً بأعمّ من وجوده المتأخر، فيؤثر وجود الرضا المتأخر في صحة العقد المتقدم وترتب الاثار عليها.

ولا يقدر فيه كونه متأخراً عن العقد، لامكان الشرط المتأخر كما بينه في الكفاية. غاية ما في الباب، كون اعتبار المتأخر في العقد المتقدم، وتأثيره فيه، بوصف تأخره. ولا أظنّ أن يكون الشيخ «ره» قد اراده من كلامه، وان كان هو مقتضى ظاهر بعض عباراته، فإنّ شأنه أجل من التكلم بمثل هذه المقالة.

التقريب الثالث

ما ذكرنا من التقريب في تفسير مراد الشيخ من الدليل المذكور. وهو أنّ المعتبر في صحة البيع هو الرضا الفعلي المقارن للعقد، دون الأعمّ منه ومن المتأخر، لاجل استحالة الشرط المتأخر وكونه مخالفاً لظاهر ادلة اعتبار الشروط. توضيحه: أنّه قد تبين مما ذكرنا سابقاً أنّ كون العقد منشأ للأثر ليس بما هو لفظ بل بما هو عقد وهو عنوان اعتباري ينطبق على اللفظ يوجد بوجوده ولا ينعدم بانعدامه بل له بقاء اعتباري بعد انعدام اللفظ. ولذا يتعلق به الفسخ والالزام، والا فلا معنى لالزام العقد، او فسخه، بعد انعدامه. فيكون حصول الرضا من المالك بعد صدور العقد عن الفضولي، شرطاً مقارناً اعتبر تحققه في صيرورة العقد سبباً تاماً بنحو المقارنة، فيصير العقد عقداً تاماً بتحقق الرضا ويؤثر في حصول الملكية من حين صيرورته كذلك، وهو المسمّى بالنقل. فيكون موافقاً لظاهر الادلة.

نعم لا يعتبر تحققه مقارناً لحدوث العقد، وانما اعتبرت مقارنته للعقد

في الجملة و اما ما توهمه السيد «قده» من دلالة قوله تعالى تجارة عن تراض على اعتبار الرضا مقارناً لحدوث العقد استناداً بكون كلمة عن في الاية نشوية ممنوع فان ذلك إنما يدل على مقارنة العقد بالتراضي في الجملة (١).

كيف؟ ولو اعتبر الرضا بنحو الحدوث، لم ينفع رضى المالك في ارتفاع حكم الغصب بعد حدوثه. نعم يوجب ارتفاع عنوان الغصب من حين الرضا لا من أول الامر.

و بالجملة ان اشتراط تأثير العقد بالإجازة نظير اشتراطه بالقبض، فكما يكفي تحقق القبض بعد العقد ولو بشهر، كذلك يكفي تحقق الرضا بعد العقد. والحاصل ان اعتبار المقارنة في الحدوث مؤنة زائدة يحتاج اثباتها الى دليل يدل عليه كاعتبار الطهارة في الصلاة، فانه اعتبر تحققها في صحة الصلاة من حين الحدوث. ثم إنه ليس المؤثر في الملكية هو مجموع العقد والرضا، بل المؤثر فيها هو العقد وحده، و إنما اعتبر الرضا في تأثيره بنحو الشرطية. والفرق بين الجزء والشرط، ان الجزء ما كان داخلاً تحت المقتضى او السبب او الجهة الفاعلية وما شئت فسمه، والشرط ما كان مؤثراً في تتميم فاعلية الفاعل او قابلية القابل.

فليس الرضا جزء للسبب، لكون السبب هو العقد، و ان كان غير تام في سببته لحدوث الملكية والرضا إنما يؤثر في تتميم حينئذ العقد وجعله سبباً تاماً فيكون مقارناً للسبب التام لا محالة، و يترتب عليه الاثر من حين تحقق الرضا. فلا يعقل كونه كاشفاً الا بنحو الكشف الحكيم، لكون مقتضي ما ذكر

(١) الانصاف انه لا مجال لانكار كون «من» في الاية نشوية، فتدل على اعتبار كون التجارة ناشئة عن التراضي لا محالة.

والذي يحسم الاشكال ما بيته سابقاً من ان عنوان البيع والتجارة لا يصدقان على ما صدر من غير المالك رأساً، و إنما يصير مصداقاً لها اذا استند الى المالك، وذلك لا يحصل الا بعد تحقق رضى المالك و اجازته.

هو النقل وحدوث الملكية من حين حصول الرضا، وان كان قد حكم الشارع بحدوث الملكية من حين حدوث العقد تعبدًا.

وما ذكرنا من التقريب يساعده ظاهر الأدلّة بناء على ما اختاره الشيخ «ره» من شمول ظاهر أوفوا بالعقود على كلّ عقد صدر من أيّ عاقد ثمّ تقييده بقوله تعالى «تجارة عن تراض»، وقوله صلّى الله عليه وآله «لا يجلّ مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه»، وان كان مقتضى التحقيق عندنا اعتبار تحقق الاستناد الى المالك في صحّة العقد وشمول الاطلاقات والعمومات عليه.

هذا تفصيل الكلام فيما تقتضيه القاعدة من صحّة البيع او بطلانه.

المبحث السادس

في الأحاديث المستدلّة بها على صحّة بيع الفضوليّ

وقد ورد روايات خاصّة في موارد جزئية، تدلّ بالغاء الخصوصية على صحّة البيع الفضولي بقول مطلق، بل يستكشف منها قاعدة كلية جارية في جميع مصاديق البيع الفضوليّ. وان أبيت الا عن عدم دلالة الروايات الاعلى صحّة خصوص الفرد المذكور في الرواية، يعم الاستدلال بها على صحّة مطلق البيع الفضوليّ بضميمة الاجماع المركب، فانه لم يفرق احد في القول بالصحة او عدمها بين مصاديقه.

فنها رواية عروة البارقي

وهي ما ارسلوها في بعض كتب الفقه والحديث. ولم توجد مسندة من طرق الخاصة، وانما رويت مسندة في كتب العامة (١) وهي مذكورة في جميع

(١) رواه في «السنن الكبرى» - وهو اعظم كتاب في الاحاديث الفقهيّة للعامة - ج ٦

الصحاح الست الاصحاح البخاري (١) او صحيح مسلم، لكن في متنها اختلافاً بين الصحاح المذكورة كما سيجي، وذكروها ايضاً في الكتب المعمولة لضبط معجزات النبي صلى الله عليه وآله في باب استجابة دعواته، لما تضمنت دعاء رسول الله «ص» لعروة واستجابته.

وبالجملة لم توجد هذه الرواية مسندة في كتب الشيعة الا أنها مشهورة معمولة بها فيما بينهم ايضاً وتمسكوا بها في جملة موارد، منها للبيع الفضولي، فاستندوا اليها في كتب صنفيها لاجل البحث والاستدلال فيما بينهم، كمختلف الشيعة للعلامة «ره» فانها كما يشعر عليه اسمه، كتاب عمل لبيان الاراء المختلفة لفقهاء الشيعة، ولهم كتب صنفيها في قبال العامة في مقام البحث والاحتجاج معهم، فربما تمسكوا فيها بما لم يكن حجة فيما بينهم، لكونه معتبراً عند العامة، حتى انهم ربما تمسكوا بالقياس مع ان من المعلوم ان القياس لم يكن من مذهبهم، ككتاب تذكرة الفقهاء للعلامة «ره» ايضاً.

فاشتهار رواية في القسم الاول من الكتب وتمسكهم بها فيه بوجب انجبار ضعف سندها، بخلاف اشتهارها في القسم الثاني من كتبهم، فان ذلك لا يكشف عن اعتبار الرواية عندهم.

اذا عرفت ذلك فاعلم: ان المروي في بعض الكتب، ان النبي صلى الله عليه وآله دفع الى عروة ديناراً وقال له اشتر لنا به شاة اواضحية على اختلاف النقل فاشترى به شاتين ثم باع احديهما في الطريق بدينار فاتي النبي «ص» بالشاة والدينار، فقال رسول الله «ص»: «بارك الله في صفقة يمينك انتهى». فكان في اشترائه لشاتين، وبيعه لاحديهما ثانياً، فضولياً، إلا أن يراد

(١) لكن البخاري مذكور في احد الاسانيد المذكورة للحديث في السنن الكبرى وان لم يكن

موجوداً في «صحيح البخاري».

من الشاة في قول النبي «ص» له اشتر لنا شاة، جنس الشاة، فينطبق على الواحد والمتعدد، فلا يكون فضولياً في اشتراؤه لشاتين، بل في مجرد بيعه لاحديهما تانياً هذا.

ولا يخفى عليك أنّ من المسائل المعنونة عندهم: أنّه اذا اعطاه المالك ديناراً، وأمره بشراء شاة، فاشترى به شاتين، هل تكون احديهما له، او تكون كلتاهما مالك الدينار الذي امره باشتراء الشاة.

فذهب ابوحنيفة الى كون احدى الشاتين ملكاً له، فعليه لا يكون في اشتراؤه للشاة، وكذا في بيعه لاحدى الشاتين فضولياً فإنه إنّما باع ملك نفسه، و في بعض الكتب، أنّه أتى الى النبي «ص» بشاة ودينار فاعاد النبي «ص» الدينار اليه.

و اما بناء على بطلان ما ذهب اليه ابوحنيفة، وكون المراد من الشاة في قول النبي صلى الله عليه وآله اشتر لنا شاة، فرد واحد من الشاة، دون جنسها، يكون في اشتراؤه لشاتين وبيعه لاحديهما فضولياً، فيقع بيعه لها في ملك المالك الاوّل، وهو بايع الشاتين، فيكون قوله «ص» بارك الله في صفقة يمينك اجازة لا اشتراء شاتين. ولا يمكن ان يكون اجازة له وليبيع احديهما، لتوقف اجازته له على قابلية بيع احدى الشاتين للصحة باجازه النبي «ص»، على صيرورته ملكاً له «ص» و توقفها على اجازته للاشتراء، فلا يمكن صدور الاجازة من النبي «ص» لكليهما في عرض واحد.

و روى ابن الشيخ «ره» في اماليه (١) عن الحكيم بن حزام (٢) إنّ النبي صلى الله عليه وآله دفع اليه ديناراً، وقال اشتر لنا به شاة، فاشترى به شاة ثمّ

(١) امالي الشيخ ج ٢ ص ١٣.

(٢) الحديث مروى عن حكيم بن حزام مسنداً في كتب العامة منها سنن البيهقي ج ٦ ص ١١٣

باعه بدينارين، ثم اشترى شاة اخرى بدينار، فجاء الى النبي «ص» بشاة ودينار فقال النبي «ص» له: بارك الله في صفقة يمينك انتهى فيكون في بيعه للشاة بدينارين واشترائه لشاة اخرى بدينار فضولياً وذكرها في ثاقب المناقب - لم يذكر المجلسي «ره» هذا الكتاب في البحار بل قد عبر عنه ببعض المناقب القديمة - ونسبها الى عروة (١) ومقتضاه تعدد الواقعة لعروة، أوله ولحكيم بن حزام.

و دعاء النبي صلى الله عليه وآله بقوله بارك الله في صفقة يمينك وقع في حق عدة. منهم عروة البارقي، فجعل الله فيه بركة دعائه خيراً وبركة، فكان عروة يقول: فلقد رأيتني اقف بكناسة الكوفة فأربح اربعين الفاً قبل ان اصل الى اهلي فاننتفع باربعين آلاف (٢) ومنهم حكيم بن حزام، كما تقدم في الرواية. ومنهم عبدالله بن جعفر، حيث كان طفلاً صغيراً، وكان يلعب بالطين ويجعله قطعاً عديدة، فقال له النبي «ص» ما تفعل؟ قال اريد أن اتجر بها، فقال له النبي «ص»: بارك الله في تجارتك. فبلغ ببركة دعاء النبي «ص» من الغنى الى حيث كان يعد من كبراء اغنياء المدينة. ومنهم عرفة المدني، وذكر الشيخ «ره» فيه: أنه ممن دعا له رسول الله «ص» بقوله بارك الله في صفقة يمينك (٣) وذكره العلامة في عرفة الازدى ولعل المراد منها واحداً، ولعله كان في المدينة وكان من طائفة الازد هذا.

ومما ذكرنا يعلم فساد ما ذكره بعض متأخري الرجاليين من تخطئة الشيخ والعلامة «ره» بأن الذي دعا له النبي «ص» بقوله بارك الله في صفقة

(١) مستدرک الوسائل، ابواب عقد البيع وشروطه، باب ١٨ حديث ١، نقله عن ثاقب

المناقب لابي جعفر محمد بن علي الطوسي.

(٢) رجال المامقاني، ج ٢ ص ٢٥١.

(٣) رجال المامقاني، ج ٢ ص ٢٥١.

يمينك هو عروة لا عرفة.

وبالجمله لا اشكال في ان الروايات المذكورة متضمنة لوقوع البيع الفضولي و اجازة النبي «ص» له، فيكون دليلاً على صحة البيع الفضولي الملحق بالرضا كما تقدم بيانه. وفيها دلالة على كون صحة الفضولي مرتكزه في ذهن عروة فعمل على طبق مركز ذهنها، ولم يردع عنه النبي «ص». والاشكال فيها بانّه يحتمل ان يكون عروة وكيلاً مفوضاً من جانب النبي صلى الله عليه وآله فلا يكون فضولياً في بيعه و شرائه غير وارد، فانه يبعد هذا الاحتمال، نقل الواقعة في حق الحكيم ايضاً، فانه يستبعد ان يكون هو وعروة كلاهما وكيلين مفوضين (١).

يبقى الاشكال فيها بانّ عروة او الحكيم كان يعلم برضى النبي «ص» وإلا كان تصرفه محرماً لا يجوز تقرير النبي «ص» عليه. فلا يكون لا محالة فضولياً في الاثراء والبيع. والجواب ما قدمناه من عدم كفاية مجرد رضى المالك في صحة البيع الصادر عن غيره (٢)، بل لابد من حصول الاستناد اليه، بالاذن الملحق، او بالاجازة اللاحقة. نعم لا يحرم عليه التصرف مع العلم بالرضا، إلا

(١) ومن العجيب انه «ره» حكم بتعدد الواقعة، و استبعد تعدد من يكون وكيلاً مفوضاً للنبي صلى الله عليه وآله مع انه يحصل بمجرد تفويض الامر اليه في اتيانه اليه بشاة بما دفعه من الدينار لحصول غرضه به باي نحو كان.

(٢) وفيه عدول عن بيان وجه جواز تصرف عروة في مال النبي صلى الله عليه وآله بتسليم الشاة الى الغير ليتصرف فيها باي تصرف شاء من التصرفات السائغة للمالك حتى البيع والذبح وغيرهما والوجه فيه ينحصر في اذن النبي «ص» اما بنحو التفويض كما تقدم في الحاشية المقدمة او بنحو الاذن بطريق الاولوية «و بيانه» ان الإذن في اشتراء شاة دينار اذن له في اشتراء شاتين دينار ثم بيع احدى الشاتين والاتيان اليه بشاة و دينار بطريق اولى لحصول غرضه به بطريق اولى، وان امكن الاشكال فيه بانّ الاولوية في اشتراء الشاتين دينار و اما بيع احدى الشاتين فلا. قلت لعله فهم عروة ان غرض النبي «ص» تعلق بشاة واحدة فتحصل الاولوية المذكورة بمجموع المعاملتين.

أنّ صحة بيعه و شرائه تتوقف على صدور الاجازة من النبي «ص»، فتبين أنه كان في اشترائه للشاتين ثمّ بيعه لاحديهما فضوليّاً، ثمّ لحقتها اجازة النبي بقوله .
بارك الله في صفقة يمينك .

و بالجمله لا اشكال في رواية عروة في الجملة سنداً و دلالة اما سنداً فلما تقدم من كونها معمولة بها عند الاصحاب، نعم يوجب ذلك انجبار ضعفها بالنسبة الى الحيثية المعمولة بها عندهم، و اما بالنسبة الى الخصوصيات المستفادة من الرواية فلا تكون منجبرة، لا سيما رواية حكيم بن حزام، لعدم اشتهار الرواية المنسوبة اليه فيما بينهم، و المشتهر هو الرواية المنسوبة الى عروة و «أما دلالتاً» فلما يتناه في ظهورها في صحة البيع الفضوليّ مع حقوق الاجازة.

ومنها رواية محمد بن قيس

و هي ما رواه (١) الصدوق عن محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين «ع» في وليدة باعها ابن سيدها، و أبوه غائب . فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الاخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير اذني . فقال «ع»: الحكم أنّ يأخذ وليدته و ابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع، فلما رآه أبوه قال له: ارسل ابني، قال لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني . فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه الرواية اعلم أنّ محمد بن قيس مشترك في رجال الحديث بين عدة اثنان منهم ممن كتب في قضايا امير المؤمنين عليه السلام و هما محمد بن قيس الاسدي (٢) و محمد بن قيس

(١) نقل الشيخ «قده» هذه الرواية في المكاسب عن دروس الشهيد و وصفها بالصحة . اقول:

رواها في الدروس في آخريع الحيوان ص ٣٤٩ .

(٢) قال في جامع الرواة ج ٢ ص ١٨٥ نقلاً عن النجاشي: محمد بن قيس الاسدي له كتاب

البجلي (١) وحيث أنّ محمد بن قيس في هذه الرواية أنّها يرويها عن الباقر (ع) ويروي عنه عاصم بن حميد يعلم كونه هو البجلي وهو موثوق به. إذا عرفت ذلك فاعلم: أنّه يرد على الرواية عدة من الاشكالات منها: أنّها تدل على أنّ امير المؤمنين عليه السلام حكم بمجرد دعوى المدعى قبل استطلاع الحال عن المدعى عليه وملاحظة مقالته، ولا يجوز الحكم للقاضي الا بعد استماع مقالة المدعى والمدعى عليه كليهما ومنها: أنّه «ع» علم المدعى عليه بما يستنقذ معه ابنه عن سلطة المدعى، وتعليم القاضي لاحد المتداعيين ينافي روية القضاة ومنها: أنّ الابن لا يلحق بمالك الوليدة ومنها: أنّ حبس المشتري لابن سيد الوليدة غير مجوز في الشريعة.

ويسهل دفع الجميع الا ما استشكل به الشيخ «ره» في الرواية، وهو أنّ ظاهر الرواية وقوع الاجازة بعد الرد، وهو غير جائز إجماعاً. وتوضيحه: أنّ في الرواية دلالة على كون الاجازة مسبقة بالردّ من وجوه منها: ان تخاصم سيد الوليدة اليه ظاهر في رده للبيع والا لم يقدم بالمخاصمة. ومنها: امر الامام عليه السلام باخذه للوليدة وابنها مطلقاً من غير تقييد بصورة عدم الرد، ففيه دلالة على رده ومنها: اخذ السيد لها فلولا رده للبيع لم يستردها عن المشتري. ومنها مناشدة المشتري اليه، فإنّه لما رأى ردّ المالك لبيع الوليدة جعل يتوصل الى استنقاذ ابنه بالمناشدة (٢).

في قضايا امير المؤمنين عليه السلام.

(١) قال في جامع الرواة ج ٢ ص ١٨٤، نقلاً عن النجاشي: محمد بن قيس البجلي له كتاب القضايا، المعروف.

(٢) اعلم أنّ المنقصة في صيرورة ما صدر عن الفضوليّ عقداً وبيعاً صحيحاً مؤثراً في حصول الملكية، هي فقدانه لمجرد رضی المالك او هومع اجازته. فحيث تحقق الرضا او الاجازة ارتفعت المنقصة لاحالة، ولو مع سبق الكراهة، ويشهد بكفاية الرضا مع سبق الكراهة صحة عقد المكره ←

ويمكن الجواب عنه بوجه:

الاول وقوع التنافي بين ظهور بعض فقراتها مع ظهور بعض آخر، ففوله عليه السلام خذ إبنه حتى يميز لك البيع، وقول ابي جعفر «ع» عند النقل حتى اجاز البيع، ظاهران بل صريحان في قابلية البيع للاجازة وعدم لحوق الرد به، وقد عرفت أنّ ظاهر عدة من الفقرات وقوع الرد قبل الاجازة وسقوط البيع بالرد عن قابلية الاجازة، ولا شك في أنّ الرواية لو لم تكن صريحة في الاول فلا محالة تكون اظهر فيها من ظهورها في الثاني فيقدم عليه. و يؤول دلالتها على وقوع الردّ بنحو من التأويل.

الثاني أنّ الرد من الامور الانشائية الایجادية، فيحتاج الى انشاء له في الخارج، وليس في الرواية دلالة على انشاء المالك للرد وانما تدلّ على عدم رضاه بالبيع، ولا يكفي مجرد ذلك في حصول الردّ حتى يسقط عن كونه قابلاً للإجازة.

اذا رضي، اللهم الا ان يسبقه ما يفوت مورد العقد او ما يسقط العقد عن صلاحية التأثير وهو انشاء الرد ومنشأ سقوطه عن صلاحية التأثير بانشاء الرد أنّ تعلق الرد بما صدر عن الفضولي ليس بما هو مؤثر في الملكيّة فعلاً بل بما فيه اقتضاء التأثير فالردّ انما يوجب نفي اقتضائه للتأثير دون فعليته والا فليس فيه فعلية التأثير حتى يتعلق بها الرد فلا يؤثر في الملكيّة ولو بلحوق الرضا او الاجازة عليه بعده لسقوطه عن اقتضاء التأثير.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان تخاصم مالك الوليدة في الرواية ثم اخذها لها بامر الامام عليه السلام مبنيان على دعوى وقوع البيع بغير إذنه وعدم انتقالها الى ملك المشتري حيث قال وليدتي باعها ابني بغير اذني، وانما ناشده المشتري مخافة إمتناعه عن الاجازة بالمرّة فعلم له الامام «ع» ما يميز به المالك بيع الوليدة.

بقي في الرواية اشكال وهو انه «ع» كيف امر باخذ الابن مع انه لا يجوز حبس المسلم، و يدفعه انّ الأخذ ليس بمعنى الحبس بل بمعنى الاعتراض له بانّه وقع في الاستيلاء من جارية الغير، فلا تغفل.

الثالث أنّ من المحتمل كون اميرالمؤمنين عليه السلام عالماً باجازه المالك لبيع ولده سابقاً، او وقوعه باذنه رأساً فحيث أنّه «ع» لم يكن مأموراً بالعمل بمقتضى علمه، بل بمقتضى الامارات والادلة الظاهرية، فاراد انتها المخاصمة الى اجازته ثانياً، حتى يكون منعه «ع» عن اخذ الوليدة غير مخالف لمقتضى الامارات الظاهرية. وإِنما قال للمشتري خذ ابنه حتى يميز لك البيع، لئلا يظهر له أنّ المالك قد اجاز البيع فيما سبق حتى يعلم بكذبه في دعواه. و يقوي هذا الاحتمال بملاحظة الروايات الواردة في قضايا اميرالمؤمنين «ع» فراجع في البحار.

ونذكر رواية منها هي هنا لايضاح المطلب فنقول: أنّه روي في البحار (١) عن عاصم بن سمرة السلوي في حديث إنّ غلاماً ادعى على امرأة أنّها امه فانكرت فقال عمر: عليّ بأمّ الغلام فأُتي بها على اربع اخوته، و أربعين قسامة يشهدون أنّها لا تعرف الصبي، و ان هذا الغلام مدعيّ غشوم ظلوم يريد أنّ يفضحها في عشيرتها، و أنّ هذه جارية لم تتزوج قط، و أنّها بخاتم رها، الى ان قال: فقال علي «ع» لعمر: أتأذن لي ان اقضي بينهم، فقال عمر سبحان الله كيف؟ وقد سمعت رسول الله يقول: اقضاكم علي بن أبي طالب، ثم قال للمرأة: ألك شهود؟ قالت: نعم، فتقدم الاربعون قسامة فشهدوا بالشهادة الاولى.

فقال علي عليه السلام لأقضين بينكم اليوم بقضية هي مرضاة الرب من فوق عرشه، علمنيها حبيبي رسول الله صلّى الله عليه وآله ثم قال لها ألك ولى؟ فقالت: نعم، هؤلاء اخوتي. فقال لاختوتها امرى فيكم وفي اختكم جائز؟ قالوا نعم، قال اشهد الله واشهد من حضر من المسلمين. أنّي قد زوجت هذه الجارية

(١) بحار الانوار، ج ٤٠ ص ٣٠٤ والوسائل، ابواب عقد النكاح باب ١ حديث ٦ ملخصاً.

من هذا الغلام باربعمأة درهم، والنقد من مالي. يا قنبر عليّ بالدرهم، فأتاه قنبر بها فصبها في يد الغلام، فقال «ع»: خذها وصبها في حجر امرأتك ولا تأتني إلا وبك اثر العرس، فصب الدرهم في حجر المرأة، فقال لها: قومي. فنادت المرأة: النار النارية ابن عم محمد، تريد أن تزوجني من ولدي، هذا ولدي، زوجني اخوتي هجيناً فولدت منه هذا، فلما ترعرع وشب امرؤي منه واطردوه، وهذا والله ولدي، انتهى.

فترى أنّ امير المؤمنين عليه السلام كيف زوج المرأة من ابنها وأعطى صداقه من ماله وأمره بالعرس في الظاهر، مع علمه بكونها امه ليقوعها في الإقرار، ويظهر حقيقة الحال باقرار نفسها. ولم يظهرها بمقتضى علمه لعدم كونه «ع» مأموراً بالعمل به، وكان مأموراً بالعمل بمقتضى الأدلة والامارات الظاهرية.

فمن الممكن ان تكون الرواية المبحوثة عنها في المقام من هذا القبيل، ويكون أمره «ع» باخذ المالك للوليد، ثم امره للمشتري باخذه ابنه حتى يميز البيع، لاجل التطبيق في الظاهر على كبرى عدم صحة بيع الفضولي الا بأجازه المالك. ولا يقدر ذلك كله في الاستدلال بها في المقام. فان محل الحاجة في الاستدلال بها خصوص ما ذكر فيها من الكبرى بقوله «ع» خذ ابنه حتى يميز لك البيع. وهي مقرونة بالصحة في نفسه، وانما الاشكال في تطبيقها على مورد الرواية. فتبين مما ذكر ان تطبيقها عليه انما هو في الظاهر، والا فالإجازة كانت حاصلة من قبل، في علمه عليه السلام فلا يكون موهناً للتمسك بالكبرى المذكورة فيها.

ومنها الروايات الواردة في نكاح الفضولي

وهي في نحو من ثمانية موارد أو أكثر «منها» ترويح العبد لنفسه من دون

اذن المولى وفيه روايات كثيرة تدلّ على صحة النكاح بلحوق اجازة السيد عليه.

ومنها: صحة تزويج الصغيرين باجازتهما له بعد البلوغ، بل قد حكم فيها بترتيب آثارها عليه من حين تحقق العقد، وأنّه لو مات احد الصغيرين قبل بلوغ الاخر، يستحلف الاخر بعد بلوغه، فان حلف بالاجازة يورث منه. وبالجملة تدلّ هذه الروايات على تزويج الفضوليّ بالاجازة.

ومنها: صحة تزويج الباكرة لنفسها اذا اجازه وليها فيما بعد، بناء على اشتراط صحة تزويجها لنفسها، باذن المولى. الى غير ذلك من الموارد المذكورة في باب النكاح.

وحاصل الاستدلال أنّ الروايات حيث دلت على صحة عقد الفضوليّ في النكاح على اختلاف موارد، تدلّ على صحة مطلق العقد الفضولي بتنتيخ مناط الصحة عقلاً فانّ المناط في صحة انشاء الفضوليّ بالاجازة، في النكاح وغيره من العقود، واحد. بل دعوى الاولوية القطعية، بأنّ النكاح على ما هو عليه من الاهمية، لتعلقه بامر البضع، حيث تحقق بالفضوليّ كان غيره اولى به قطعاً هذا.

مع أنّه يمكن التمسك فيها بعموم العلة المنصوصة في بعض الروايات الواردة في نكاح العبد لنفسه بغير اذن سيده وهو قوله «ع» أنّه لم يعص الله بل عصى سيده فاذا اجاز جاز، ومعناه أنّه لم يصدر منه أمر يخالف ما جعل في الشريعة، بل الحاصل في عقده من المنقصة عدم اذن سيده له. فاذا اجاز ارتفعت المنقصة المذكورة و جاز العقد.

اذا عرفت ذلك فنقول: إنّ جميع الروايات الواردة في صحة العقد بالاجازة اللاحقة على قسمين «القسم الاول» الروايات الواردة في صحة تزويج الباكرة لنفسها بلحوق اجازة وليها عليه، وهي أكثر الروايات الواردة في الباب، وكلّها

راجعة الى ارتفاع المانع عن صحة العقد بالإجازة اللاحقة بعد تمامية المقتضي في نفسه.

و توضيحه: أنّ الاصيل في كلّ عقد من يترتب اثر العقد عليه، فالاصل في عقد النكاح هو الزوجان، فاذا صدر العقد منهما، تحقق المقتضي من غير جهة منقصة فيه. نعم قد يكون هناك مانع عن الصحة، كما اذا كانت الزوجة باكرة تزوج نفسها او كان الزوج عبداً، فتكون صحة العقد مراعاة بمحصل الإجازة عن الولي في لاول، وعن السيد في الثاني، فصدور الإجازة عن الولي او السيد يؤثر في ارتفاع المانع عن صحة العقد، وذلك نظير بيع المالك لماله مع تعلق حق الرهانة عليه.

وهذا بخلاف البيع الفضوليّ المبحوث عنه في المقام، فإنّ جهة المنقصة فيه عدم تمامية المقتضي، لا وجود مانع عن الصحة، بعد استتمام المقتضي في نفسه. لما بيناه سابقاً من أنّ جهة المنقصة في عقد الفضوليّ كونه فاقداً للاستناد الى المالك (١)، والاحتياج الى الإجازة لاجل تحصيل استناد العقد الصادر من الفضولي الى المالك. وبعبارة اخرى: أنّ المبحوث عنه في المقام أنّ الاستناد الى المالك هل يحصل بالإجازة ام لا فالمستفاد من هذه الروايات من صحة تزويج العبد لنفسه باجازة سيده او الباكرة باجازة وليها اجنبي عنه بالمرّة.

والقسم الثاني، وهو الروايات الواردة في تصحيح عقد النكاح، اذا صدر من غير الزوجين (٢) فلا بأس بدلالتها على صحة بيع عقد الفضوليّ في البيع، بناء

(١) قد بينا سابقاً ما محصّله أنّ الحاجة الى اثبات استناد عقد الفضوليّ الى المالك باجازته أنّما هي في مقام الاثبات اعني في شمول الايات عليه واما في مقام الثبوت فلا دليل على اعتباره وكون صحة البيع مقصوراً بما اذا استند الى المالك.

(٢) وهي من عمدة الادلّة على صحة الفضولي وهي روايتان في تزويج الفضوليّ غير الولي:

١ - ما رواه الكليني (١) عن عدة من اصحابنا عن سهل وعن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن عيسى جميعاً عن ابن محبوب عن نعيم بن ابراهيم عن عباد بن كثير عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل زوج ابناً له مدركاً من يتيمة في حجره قال ترثه ان مات ولا يرثها لأن لها الخيار ولا خيار عليها.

٢ - ما رواه الشيخ (٢) عن أحمد بن محمد بن عيسى عن احمد بن محمد عن علي بن مهزيار عن محمد بن الحسن الأشعري قال كتب بعض بنى عمى الى ابي جعفر الثاني عليه السلام ما تقول في صبية زوجها فلما كبرت ابت التزويج قال فكتب الى لا تكره على ذلك والأمر امرها «انتهى» وست روايات في تزويج الولي:

١ - ما رواه الشيخ (٣) باسناده عن محمد بن يحيى عن عبدالله بن محمد عن علي بن الحكم عن ابان ابن عثمان عن الفضل بن عبد الملك عن ابي عبدالله (ع) في حديث قال اذا زوج رجل ابنه فذاك الى ابنه واذا زوج الابنة جاز «انتهى» يحتتمل ان يراد منها الكبيران، فتلحق الرواية بالروایتين الاوليين.

٢ - ما رواه الكليني (٤) عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال سأله رجل عن رجل مات وترك اخوين وابنة والبنت صغيرة فعهد احد الاخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ثم مات ابوالابن المزوج فلما ان مات قال الاخر: اخي لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه فقيل للجارية اي الزوجين احب اليك الاول والاخر قالت الاخر ثم ان الاخ الثاني مات وللاخ الاول ابن اكبر من ابن المزوج فقال للجارية اختاري ايها احب اليك الزوج الاول والاخر فقال: الرواية فيها انها للزوج الأخير وذلك انها قد كانت ادركت حين زوجها وليس لها ان تنقض ما عقدته بعد ادراكها.

٣ - ما رواه الشيخ عن الحسن بن محبوب عن ابي أيوب الخزاز عن يزيد الكناسي (٥) قال قلت

←

١ - الوسائل، كتاب الفرائض، ابواب ميراث الأزواج باب ١١ حديث ٢.

٢ - الوسائل، كتاب النكاح، ابواب عقد النكاح، باب ٦ حديث ١.

٣ - الوسائل، كتاب النكاح، ابواب عقد النكاح، باب ٦ حديث ٤.

٤ - الوسائل، كتاب النكاح، ابواب عقد النكاح، باب ٨ حديث ١.

٥ - وسائل، ابواب عقد النكاح، باب ٦ حديث ٩.

لابي جعفر عليه السلام متى يجوز للاب ان يزوج ابنته ولا يستأمرها قال اذا تجاوزت تسع سنين فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها اذا بلغت تسع سنين قلت: فان زوجها ابوها ولم تبلغ تسع سنين فبلغت ذلك فسكتت ولم تأب ذلك يجوز عليها قال: ليس يجوز عليها رضاء في نفسها ولا يجوز لها تأب ولا سخط في نفسها حتى تستكمل التسع سنين واذا بلغت التسع سنين جاز لها القول في نفسها بالرضا والتأبي وجاز عليها بعد ذلك الى ان قال: قلت: فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية فقال: يا ابا خالد ان الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان بالخيار اذا ادرك وبلغ خمسة عشر سنة او يشعر وجهه او ينبت في عانته قبل ذلك قلت: فان ادخلت عليه امراته قبل ان يدرك فكث معها ما شاء الله ثم ادرك بعد وكرهها وتأبأها قال: اذا كان ابوه الذي زوجه ودخل بها ولمنها واقام معها سنة فلا خيار له اذا ادرك ولا ينبغي له ان يرد على ابية ما صنع ولا يحل له ذلك .

٤ - ما رواه الشيخ باسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن موسى بن جعفر البغدادي عن ظريف بن ناصح عن ابان، عن ابي عبدالله عليه السلام قال اذا زوج الرجل ابنة كان ذلك الى ابنة و اذا زوج ابنته جاز ذلك (١).

٥ - ما رواه الكليني عن عبدالله بن محمد عن علي بن الحكم عن ابان بن عثمان عن الفضل بن عبد الملك (٢) قال عليه السلام اذا زوج الرجل ابنة فذلك الى ابنة وان زوج الابنة جار .

٦ - ما رواه الكليني عن عدة من اصحابنا عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد وعن علي بن ابراهيم عن ابية جميعاً عن الحسن بن محبوب (٣) عن علي بن رئاب عن ابي عبيده قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوجها وليان لهما وهما غير مدركين فقال النكاح جائز ايها ادرك كان له الخيار فان ماتا قبل ان يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر الا ان يكونا قد ادركا و رضيا قلت: فان ادرك احدهما قبل الاخر قال ذلك عليه ان هو رضي قلت: فان كان الرجل الذي ادرك قبل الجارية ورضى النكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية أثرته؟ قال نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها الى اخذ الميراث الا رضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر قلت: فان ماتت الجارية ولم تكن ادركت يرثها الزوج المدرك؟ قال: لا لأن لها

١ - وسائل، ابواب عقد النكاح، باب ١٣ حديث ٣ .

٢ - وسائل، ابواب عقد النكاح، باب ٦ حديث ٤ .

٣ - وسائل، كتاب الفرائض، ابواب ميراث الأزواج باب ١١ حديث ١ .

على ما اخترناه من أنّ توقف صحة العقد الفضوليّ على اجازة المالك هو مقتضى القاعدة. لعدم استناد العقد الى المالك رأساً الا مع اجازته، فالكلام حينئذٍ في تحقق الاستناد بالاجازة وعدمه، فاذا ثبت ذلك في باب النكاح يحكم به، وفيه، وفي باب البيع، وسائر الابواب، من العقود والايقاعات، لعدم وجود فرق بين عقدالنكاح وغيره في ذلك واما بناء على ما اختاره الشيخ «ره» من أنّ توقف صحة العقد الفضوليّ على الاجازة تخصيص تعبدى لعمومات البيع، كان الحكم به في البيع لاجل الروايات الواردة في النكاح قياساً باطلاً لعدم العلم بمناطات الاحكام لاهنا ولا في غيره من مسائل الفقه (١).

الخيار اذا ادركت قلت: فان كان ابوهما هوالذي زوجها قبل ان تدرك قال يجوز عليها تزويج الاب ويجوز على الغلام والمهر على الاب للجارية «انتهى».

ووجه دلالتها على صحة مطلق عقدالفضوليّ الغاء العرف لخصوصية عقدالنكاح، وتعميم الحكم بجواز عقدالفضوليّ فيه، على عقدالبيع وغيره من العقود.

وهذا غير دليل الاولوية وتنقيح المناط، الذين تصدى الاستاذ «قده» بردهما. نعم أنّ في الروايات الواردة في صحة تزويج الولي للطفل باجازته بعد البلوغ خصوصية تأبى عن التعميم الى مطلق عقدالفضولي، وهي خصوصية الولاية فلعلّ صحة تزويج الطفل له باجازته بعد بلوغه لاجل كون التزويج صادراً من اهله، وان اعتبر في صحته اجازة الطفل بعد بلوغه.

مضافاً الى أنّ مقتضى جملة من الروايات كون الطفل ملزماً بالقبول، وعدم قدح رده في صحة تزويجه.

وكيف كان فلا اشكال في قيام الروايتين الاوليتين على اثبات صحة بيع الفضوليّ بالغاء الخصوصية من غير اشكال.

(١) لا فرق في دلالة الروايات الواردة في باب النكاح على صحة عقدالفضوليّ بين المباني المختلفة بناء على التقريب المتقدم اعني الغاء الخصوصية دون تنقيح المناط الذي استشكل فيه الاستاذ «قده».

اولوية البيع بالصحة من النكاح

أما الاولوية فلم تثبت، بل هي ممنوعة، لصحيفة (١) علاء بن سيابة وموثقته - بناء على الخلاف في أبان ابن عثمان الواقع في سند الرواية لكنه من اصحاب الاجماع - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلاً بأن يزوجها من رجل، فقبل الوكالة، فاشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوجها. ثم أنها انكرت ذلك الوكيل وزعمت أنها عزلته عن الوكالة، فاقامت شاهدين أنها عزلته.

فقال: عليه السلام: ما يقول من قبلكم في ذلك قال: قلت يقولون في ذلك: فان كانت عزلته قبل ان يزوج، فالوكالة باطلة، والتزويج باطل، وان عزلته وقد زوجها، فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل، وعلى ما انفق معها من الوكالة، اذا لم يتعدّ ممّا امرت به، واشترطت عليه، في الوكالة.

قال: ثم قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها ولم تعلمه بالعزل؟ قلت: نعم، يزعمون أنها لو وكلت رجلاً واشهدت في الملاء وقالت في الملاء إشهدوا أنني قد عزلته وأبطلت وكالته بلا أن تعلم في العزل وينفذون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة، ومن غيره لا يبطلون الوكالة الا ان يعلم الوكيل بالعزل، ويقولون المال منه عوض لصاحبه، والفرج منه عوض اذا وقع منه ولد.

فقال عليه السلام: سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسد، إن النكاح أحرى أن يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد.

إنّ علياً «ع» أتته امرأة تستعديه على أخيها، فقالت: يا امير المؤمنين إني وكلت اخي هذا بأن يزوجني رجلاً وأشهدت له ثم عزلته من ساعة تلك،

فذهب يزوجني ولي بينة أنني قد عزلته قبل أن يزوجني. فقال الآخر: يا أمير المؤمنين إنها وكلتي ولم تعلمني أنها عزلتني عن الوكالة حتى زوجها كما امرتني. فقال لها ما تقولين؟ قالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين.

فقال لها الك بينة بذلك، فقالت: هولاء شهودي بأني قد عزلته. فقال أمير المؤمنين كيف تشهدون فقالوا: نشهد أنها قالت إشهدوا أني قد عزلت أختي فلاناً بتزويجي فلاناً وإني ملكته لامرئى، قبل ان يزوجني. فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه و محضر فقالوا: لا، فقال: تشهدون أنها علمته بالعزل كما أعلمته بالوكالة، فقالوا: لا قال أرى الوكالة ثابتة والنكاح واقعاً، اين الزوج؟ فجاء فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها.

فقالت يا أمير المؤمنين احلفه أني لم أعلمه العزل ولم يعلم بعزلي إياه قبل النكاح، قال عليه السلام و تحلف قال: نعم يا أمير المؤمنين، فحلف و أثبت وكالته و أجاز النكاح انتهى.

وهي كما ترى تدلّ على أنّ أهمية أمر النكاح تقتضي أولوية النكاح بالصحة من غيره دون أولوية الغير منه.

وقد استشكل في الرواية بأنه كيف جعل الامام عليه السلام الاحتياط في الحكم بالصحة مع أنّ فيه شبهة الزنا. وقد اجيب عنه بأن موافقة الحكم بالصحة للاحتياط من حيث كون الحكم بالبطلان أشد شبهة منه، فإنّ فيه شبهة الزنا بمعقودة الغير.

اقول إنّ مقتضى الاحتياط تجديد عقد النكاح او تطليقها، وما ذكره من الحكم بصحة العقد، لم يرد به كونه مقتضى الاحتياط. بل هو كلام مستأنف اجيب به عن مسؤول السائل، غير منوط بقوله: والنكاح احرى بالاحتياط.

و بالجملة قوله عليه السلام: إنّ علياً الخ ليس بياناً لمقتضى الاحتياط،

بل هو جملة مستأنفة بعد الاعراض عمّا ذكر من قوله عليه السلام: والنكاح أخرى بالاحتياط رداً للعامة، ذكره لبيان حكم المسألة.

ومنها الروايات الواردة في باب المضاربة

ومن جملة ما ذكره الشيخ استيناساً لصحة الفضوليّ، الروايات الواردة في باب المضاربة، في مسألة أنّه اذا كان العامل المضارب قد نهاه المالك عن نحو من المعاملة و شرط عليه معاملة خاصة او نهاه عن السفر الى محل خاص فتخلف عنه المضارب (١) فدلت الروايات على صحة معاملة المضارب و أنّه يكون الربح بينهما والضمان عليه. فان كان المراد من الحكم في الرواية بصحة معاملة المضارب خصوص صورة اجازة المالك لها فيما بعد، كان عين مسألة معاملة الفضوليّ، وان كان المراد الحكم بصحة المعاملة مطلقاً و ان لم تصدر الاجازة عن المالك كان حكماً تعديدياً موجباً لاستيناس صحة الفضولي بالاجازة.

وفيه اشكال، أمّا بناء على كون مفادها حكماً تعديدياً بصحة معاملة المضارب مطلقاً، فلوقوع التعبد بجواز التصرف في مال الغير في جملة من الموارد، كجواز بيع مال المحتكر، وجواز اكل الثمرة الممرورة بها. فلعلّ الحكم بصحة معاملة المضارب من غير توقف على اجازة المالك من جملتها، فلا يحصل الاستيناس به لما نحن فيه من الحكم بصحة مطلق البيع بلحوق اجازة المالك، وكونها سبباً لصيرورته صحيحاً. وبالجملة صحة البيع تعديداً للمضارب اجنبيّ عن المقام بالمرّة لكون المبحوث عنه في المقام سببياً لاجازة لصحة البيع وعدمها. واما بناء على تقييد الروايات بصورة لحوق اجازة المالك بالمعاملة فيشكل فيه، من حيث أنّ المضاربة اذا صحّت بالنسبة الى المعاملة الواقعة يكون ضمناها على المالك، كما انّ ربحها يكون بينه وبين العامل.

ومن هنا ينقدح حينئذٍ الاشكال في الروايات ولو مع قطع النظر عن الاستدلال بها في المقام، بان يقال: انّ المضاربة ان صحّت بالنسبة الى المعاملة الواقعة، يجري عليها حكم المضاربة من كون الضمان للمالك والربح بينه وبين العامل على ما هو حكم المضاربة، وانّ لم تصح المضاربة بالنسبة اليها فلا معنى لكون الربح بينهما. والحاصل أنّه لا يلائم الحكم بضمان العامل المضارب مع الحكم بكون الربح بينهما.

وقد اجاب السيد عن الاشكال بوجهين (١).

احدهما: انّ نهي المالك عن تصرّف خاص او السفر إلى جهة خاصّة لا يستلزم النهي عن المعاملة، وبعبارة اخرى: يمكن ان يكون ما صدر عنه من المنع تكليفيّاً دون ان يكون منعاً وضعياً، حتّى يستلزم كون التصرف غير مأذون فيه

(١) والتحقيق في الجواب انّ المضاربة ليس فيها اقتضاء بنفسها لكون الضمان على المالك بل هو من حيث ان حقيقة المضاربة - وهي المعاهدة على تجارة الغير بماله بازاء حصة من الربح - يستلزم الاذن في تجارة الغير بماله ولا ضمان على من تصرف في مال الغير باذنه وانما الضمان على من تصرف في مال الغير بغير اذنه، وما افتي به الاصحاب من انّ شرط الضمان على العامل في المضاربة يجعلها قرضاً، فلا دلالة فيه على دخول نفي الضمان عن العامل في حقيقة المضاربة بل الوجه فيه أنّه لا يمكن جمع الاذن لاحد في التصرف مع تضيئه به الا بنحو القرض اعني تملكه منه بازاء مثله. ومنه يعلم أنّه لو انشأ عقد المضاربة على مطلق التجارة بماله ثمّ نهي في خارج العقد عن اخراج ماله في سفر او عن معاملة خاصّة فاخرجه في سفر او اقدم على تلك المعاملة الخاصّة يصدق عليها عنوان التجارة المأخوذة في عقد المضاربة فيترتب عليها حكم المضاربة وهو كون حصة معينة من الربح للعامل ويكون ضامناً لخسارتها لنهي المالك عن خصوصية تلك المعاملة ولا منافاة بين كون طبيعة المعاملة السارية فيه وفي غيره مورداً للمضاربة وكون الخصوصيات المحفوفة منبهة عنها لجواز انشاء الاذن لكلي طبيعة المعاملة، والمنع عن الخصوصيات المحفوفة بها فرد من افرادها، لكون الاذن والمنع من الامور الاعتبارية يمكن قيامها بامرین متلازمين فضلاً عن قيامها بامرین يوجد المأذون منها كثيراً بدون الاخر.

بالإذن الوضعي .

وفيه أولاً: أنّ المفروض في بعض الروايات، وقوع النهي عن نفس المعاملة لاعتن أمر خارج عن المعاملة، حتى يقال بأنّ النهي عنه لا يستلزم النهي عن المعاملة.

وثانياً: إنّ النهي التكليفي لا يجوز صدوره الا عن له جهة مولوية كالاب بالنسبة الى ابنه واما نهى المالك للعامل المضارب فلا يعقل ان يكون نهياً تكليفاً.

والثاني: حمل الروايات على صورة تعدد المطلوب، بان يكون قد منع العامل عن السفر، وعلى تقدير مخالفته أجاز له المعاملة فيه. فالضمان إنّما هو من جهة المخالفة في المطلوب الثاني، وكون المعاملة صحيحة والريح بينهما من جهة المخالفة في المطلوب الاول، وهو اصل التجارة المربحة.

وفيه أنّه لا يتصور تعدد المطلوب في أبواب العقود والايقاعات، فإنّها امور إنشائية، فمع صدور انشاء واحد من المالك لا يتصور انشاء امرين متعددين على التقديرين.

وقد اجاب المحقق النائيني «قده» عن الاشكال، بأنّ اخبار المضاربة على قسمين، قسم تعلق النهي فيه بامر خارج عن اصل المعاملة كالسفر، وقسم تعلق النهي فيه بنفس المعاملة.

اما القسم الاول، فارجع النهي فيه الى النهي عن المعاملة الموجبة للخسران والمعاملة المربحة فغير منهي عنها.

وامّا القسم الثاني، فاشتراكهما في الريح في هذا القسم ليس لاجل الاجازة اللاحقة، بل لاجل صحة المعاملة بنحو الترتب.

اقول: أما ما ذكره في الجواب عن القسم الاول، فلا دلالة في الروايات على ذلك لكون معناه اشتراط الضمان للمضارب، وليس في الروايات دلالة عليه.

وأما ما ذكره في الجواب عن القسم الثاني، اعني الترتب في الاذن بالمعاملة، فهو عبارة اخرى عن تعدد المطلوب الذي ذكره السيد «ره» لكنّ السيد «ره» قد ذكره في الجواب عن القسم الاول، ولعلّه سهو و اشتباه عن المقرّر، والا فلا معنى للترتب في القسم الثاني.

ومنها الروايات الواردة في الاتجار بمال اليتيم

ومن جملة ما ذكره الشيخ «ره» استيناساً لصحة الفضوليّ، الروايات الواردة في الاتجار بمال اليتيم (١) بالبيان المتقدم في الاستيناس بروايات المضاربة. والكلام فيها يقع في جهتين:

الجهة الاولى

صحة التمسك والاستدلال بها في المقام، والتحقيق المنع عنها، اما اولاً؛ فلانّ الروايات بجملتها صريحة في معاملة الولي او الوصي او ظاهرة فيها للانصراف، وليس فيها رواية متعرضة لحكم اتجار غير الولي والوصي. ومن المسلم ان يد الولي وكذا يد وصيه يد المولى عليه، ولا يتوقف صحة معاملتها على الاجازة. واما ثانياً فلانّ الروايات ليس فيها دلالة على وجود الاجازة حتى يصحّ الاستدلال بها على صحة الفضوليّ ولا الاستيناس، لانّ الحكم بصحة المعاملة حكم تعبدى غير منوط بتأثير الاجازة في صحة عقد الفضوليّ او عدمها التي هي المبحوث عنها في المقام. واما قوله انّ حكم الشارع بصحة البيع بنفسه اجازة مالكية لكونه هو المالك الحقيقي، فهو اشبه بالمزاح من الحقيقة، فانّ المراد

من اجازة المالك في باب الفضوليّ هو اجازة المالك الاعتباري، ولا كلام في اجازة المالك الحقيقي مالك الملك والملكوت.

الجهة الثانية

بيان معنى الروايات وما فيها من الاشكال ودفعه. فنقول: ان تصرف الولي في مال المولى عليه هو مقتضى ولايته فلا يعقل اثبات الضمان له الا مع نفي موضوع الولاية عنه.

هذا مضافاً الى وجود التعارض بينها، من حيث أنّ المحكوم في بعضها كون الربح والضمان له وفي بعضها الربح لليتم وضمنه، وفي بعضها الربح بينهما ولا ضمان. فهذه عويصة يتوقف حلها على بسط في الكلام.

فنقول: أنّ الروايات بجملتها ناظرة الى جهة الاستقراض او المضاربة، ومسوقة لبيان حكم استقراض الوليّ او الوصيّ او مضاربتها، فالاولى بيان حكم الجهتين اولاً، ثم ذكر الروايات حتى يتضح ما ذكرنا لمن ينظر اليها، فنقول:

اما مضاربة الوصي فهي على ثلاثة اقسام:

«الاول»: ان يكون الوصيّ مأذوناً فيها من قبل وليّ الطفل، أعني الأب او الجد. فتكون صحيحة، ويجري عليها احكام المضاربة، من عدم كون الضمان عليه، وكون الربح بينه وبين الطفل.

«الثاني»: ان يكون اقدامه على المضاربة والاتجار بمال اليتيم لاجل حفظه، فيكون واجباً عليه تخييراً اذا امكن حفظه بوجه آخر، او تعييناً اذا توقف حفظه على خصوص التجارة. و حكمها كسابقه في الصحة و عدم كون الضمان عليه. و كون الربح بينه وبين الطفل.

«الثالث»: ان يقدم عليها على الإطلاق لاعن اذن الولي ولا عن مصلحة الحفظ لمال اليتيم فتكون المضاربة فاسدة، واما المعاملة الواقعة عليها فصحيحة ماضية، لوقوعها على مال اليتيم من وليه. وبطلان المضاربة لا توجب بطلان الولاية الثابتة له بوصية الولي، كما أنه لو باعه ببيع فاسد لا يكون موجبا لبطلان الولاية. ويكون ربح المعاملة للظنل لوقوع المعاملة على عين ماله، من غير عنوان المضاربة، و ان كان غرضه وقوع المعاملة عليه بعنوان المضاربة، واما ضمان المعاملة فهو يكون ثابتاً على الولي لترتبه على المضاربة الفاسدة. ولا فرق في بطلان هذا القسم بين ان يكون الولي ملياً او فقيراً.

واما استقراض الولي فنقول: الولي ان كان ملياً صح استقراضه فتكون المعاملة الواقعة عليها الاستقراض في ملك الولي، فيكون ربحها له كما انّ وضعيتها تكون عليه. و ان كان فقيراً لم يصح استقراضه لمال اليتيم، لثلا يلزم وقوعه في معرض التلف. واما المعاملة الواقعة عليه بعد الاستقراض تكون واقعة على مال اليتيم، لبطلان الاستقراض وصحة صدورها عن ولي اليتيم ووقوعها على ماله، يكون ربحها له، واما ضمانها فيكون على ذمة الولي لترتبه على الاستقراض الفاسد.

اذا عرفت ما ذكرنا تقف على عدم وجود التعارض بين الروايات المختلفة الواردة في الباب، وكون كل واحدة منها ناظرة الى بيان حكم صورة من المسألة. اما رواية محمد بن مسلم (١) عن ابي عبدالله عليه السلام انه سئل عن رجل اوصى الى رجل بولده وبمال لهم، واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال و ان يكون الربح بينه وبينهم. فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي. انتهى و كذلك رواية خالد بن بكير الطويل (٢) قال: دعاني ابي حين

حضرتة الوفاة، فقال: يا بني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان. انتهى فصرىحتان في بيان حكم الصورة الاولى من المضاربة، كما يشهد له عنوان العمل المذكور في الروايتين فانّ معناه هو المضاربة.

و اما رواية ابي الربيع (١) فهي مسوقة لبيان الصورة الثانية من المضاربة بمال الطفل، قال: سئل ابو عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لآخ له يتيم وهو وصية يصلح له ان يعمل به؟ قال: نعم كما يعمل بمال غيره والربح بينهما، قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا اذا كان ناظراً له انتهى وقوله «ع» ناظراً له اريد منه كونه لاجل رعاية حال اليتيم وحفظ ماله دون ما هو المصطلح بيننا كما يشهد له تعبير الشيخ «ره» منه بقوله: ان كان نظراً الى اليتيم، وقال العلامة: ان كان نظراً وشفقة و ارفاقاً للصبي.

و اما رواية سعيد السمان (٢)، قال سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول: ليس في مال اليتيم زكاة إلا أن يتجر به، فان اتجر به فالربح لليتيم، و ان وضع فعلى الذي يتجر به «انتهى» فهي مسوقة لبيان حكم الصورة الثالثة من المضاربة بمال اليتيم، اعني ما اذا لم يكن اقدمه بالمضاربة عن وصية من الولي ولا نظراً الى الطفل، و بعبارة اخرى لم يتقيد بواحدٍ من القيدين هذه جملة من الروايات الواردة في حكم المضاربة بمال اليتيم.

و إما الاستقراض بمال اليتيم فقد عرفت انّ له صورتان.

الاولى: ان يكون الولي فقيراً فلا يجوز له المضاربة بمال اليتيم فان ضارب كان ربح ما اقدم به من المعاملة للصبي و ضمانه على الولي و الى هذا ينظر رواية

(١) الوسائل، كتاب الزكاة، ابواب من تجب عليه باب ٢ حديث ٦.

(٢) الوسائل، كتاب الزكاة، ابواب من تجب عليه، باب ٢ حديث ٢.

ربعي بن عبدالله (١) عن ابي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: رجل عنده مال اليتيم فقال: إن كان محتاجاً وليس له مال فلا يمسّ ماله وإنّ هو اتجّره فالربح لليتم وهو ضامن انتهى.

والثانية: ان يكون الولي ملياً يكون الربح حينئذٍ له والضمان عليه، واليه ينظر رواية منصور الصيقل (٢) قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به، قال فقال: إذا كان عندك مال وضمنته فلك الربح وأنت ضامن للمال، و إذا كان لا مال لك وعملت به فالربح للغلام وانت ضامن للمال انتهى. و رواية اسباط بن سالم (٣) قال: قلت لابي عبدالله «ع» كان أخ هلك فاوصى الى اخ اكبر مني، وادخلني معه في الوصية، وترك ابناً له صغيراً وله مال افيضرب به اخي فما كان من فضل سلمه لليتم وضمن له ماله فقال: ان كان لاخيك ما يحيط بمال الميت ان تلف فلا بأس به، و ان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم انتهى.

توضيح المراد من الرويتين أنه ذكر الاصحاب: أنّ القراض اعني المضاربة اذا ضمنه العامل ينقلب قرضاً كما يدلّ عليه المروى عن امير المؤمنين عليه السلام من ضمن عاملاً كان الربح له فرواية منصور الصيقل و ان كانت واردة في المضاربة كما هو المفروض في سؤال الراوي الاّ أنه حيث ذكر الامام «ع» ضمان العامل بقوله فضمنته الخ لانقلبت المضاربة قرضاً، فالحكم المذكور في الرواية على كلا التقديرين من كون الولي ملياً او عدمه راجع الى القرض دون القراض والمضاربة، وكذا رواية اسباط بن سالم، فإنّ المفروض فيما سأله عنه «ع» بقوله: فيضرب به أخى كون مورد السؤال هو المضاربة، الاّ أنّ

(١) الوسائل، كتاب التجارة، ابواب ما يكتسب به باب ٧٥ حديث ٣.

(٢) الوسائل، كتاب الزكاة، ابواب من تجب عليه باب ٢ حديث ٧.

(٣) الوسائل، كتاب التجارة، ابواب ما يكتسب به باب ٧٥ حديث ١.

قوله عقيب ذلك : وضمن له ماله يوجب انقلابها الى القرض، فذكر الامام
 «ع» في بيان حكمه: ان كان لاختيك مال الخ.
 وبالجملة التفصيل بين الملى وغيره انما هو في القرض دون المضاربة
 بصورها، وان وجد به القول في المضاربة، إلا أنه لم نجد رواية تدلّ على ذلك.
 نعم ربما يوهمه ما رواه محمد بن مسلم (١) عن ابي عبدالله عليه السلام في مال
 اليتيم قال: العامل به ضامن، وليتيم الربح اذا لم يكن للعامل مال ان عطب
 اداه. انتهى. فان ظاهرها بيان حكم العامل يعنى المضارب، فتدلّ على التفصيل
 فيه بين الملى وغيره، لكن التأمل في قوله عليه السلام ان عطب اداه، بما أنه عبر
 فيه بالتأدية، تدلّ على اشتغال ذمته بمال الطفل وذلك انما هو في القرض، فانّ
 مال الطفل حينئذٍ يصير ملكاً له وتشتغل ذمته بعوضه ويصدق التأدية في حقه
 بخلاف المضاربة.

ومنها رواية ابن اشيم

ومما تأيد به الشيخ «ره» في الاستدلال بصحّة الفضوليّ رواية ابن اشيم
 ولفظه مشترك بين عدة من الرجال والظاهر كونه موسى بن اشيم لكون المكنى
 به في لسان الروايات هو، دون غيره وذكروا فيه: أنه من الغلاة، واما غيره
 ممن سمي به فجاهيل لم يعرف حالهم، فالرواية ضعيفة السند. وهو يزيد على
 ضعف دلالتها، وانما نتعرض لها تبعاً للشيخ «ره».

فنقول روي ابن اشيم عن ابي جعفر عليه السلام قال: سألته عن عبد لقوم
 مأذون في التجارة دفع اليه رجل الف درهم، فقال: اشتر بهانسة واعتقها عني
 وحج عني بالباقي، ثم مات صاحب الالف، فائطلق العبد فاشترى اياه فاعتقه

(١) الوسائل، كتاب التجارة، ابواب ما يكتسب به باب ٧٥ حديث ٢.

عن الميت و دفع اليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه، و بلغ ذلك موالى ابيه ومواليه و ورثة الميت جميعاً فاختصموا في الالف، فقال موالى العبد المعتق. أنّما اشتريت اباك بما لنا، وقال الورثة: أنّما اشتريت بما لنا، وقال موالى العبد. أنّما اشتريت أباك بما لنا. فقال ابو جعفر «ع» أمّا الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد، و أمّا المعتق فهو يرد في الرق لموالى ابيه، و اي الفريقين بعد، اقاموا البيّنة على أنّه اشترى اياه من اموالهم كان له رقاً انتهى.

اقول: حصول التأييد بها لصحة عقد الفضولي يتوقف على ارتكاب التكليف في امرين احدهما أن يكون عند العبد المعتق مال من مواليه، ومال من موالى ابيه، ومال من ورثة الميت، وتعلقت المعاملة بعين واحد منها وهو بعيد جداً، بل الظاهر وقوع المعاملة ذمية وقصد وقوعها لواحدة من الطوائف المذكورة. ومنه يظهر الاشكال في الرواية فإنّ القصد حيث كان من الامور القلبية، يسمع فيه قول القاصد لكونه أعرف بقصده من غيره، و عتقه لوالده عن الميت يدل على قصده لوقوع الشراء للميت، فكيف انيط الحكم باقامة البيّنة و أنّ من اقام البيّنة كان العبد له.

و ثانيهما: كون اشتراء العبد لا يبيعه من قبيل عقد الفضوليّ، و صيرورته صحيحاً بلحوق الاجازة، الظاهر فيه وقوع التخاصم بينهم في العبد، وهو يتوقف على عدم كونه مسبوqاً بالاذن وكون اموالهم وديعة عنده، و أمّا اذا كان مسبوqاً بالاذن كما هو مقتضى كونه مأذوناً في التجارة من ناحية سيده، و ان العبد اذا كان مأذوناً في التجارة من عند سيده و كان مشتغلاً بالبيع والشراء فرمما يؤدي اليه مالاً غير سيده ليتجرّ به.

ثم أنّ الرواية بملاحظة نفسها ايضاً غير عرية عن الاشكال، بل فيه اشكال من وجهين احدهما أنّ قوله عليه السلام أمّا الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد مخالف لمقتضى القواعد، فإنّ العبد المملوك حيث كان لا يقدر على شيء وهو

كل على مولاه، يتوقف صحة عمله على اذن سيده لا سيما اذا كان عملاً مالياً يستحق اجرة عليه، مضافاً الى ان الحج عبادة والعبادة لا تلائم مع النهي فكيف يصح منه الحج من دون اذن سيده.

وثانيهما: الحكم فيها برد المعقق رقا الى موالى أب المعقق بالكسر مع ان فرض وقوع الشراء عليه في الرواية يقتضي خروجه عن ملكه، وان لم يعرف من هو دخل في ملكه. وبالجملة الحكم برده الى مالكه الاوّل وان كان مقتضى الاستصحاب، إلا أن مجراه فيما اذا شك في خروجه عن ملكه، واما اذا كان المفروض خروجه بالشراء عن ملكه فلا يبقى مورد للاستصحاب. اللهم الا ان يقال ان المالك الاوّل يدعى فساد الشراء، فيوجب ذلك شكاً في حصول النقل. وعليه يشكل ابتناء الحكم على إقامة موالى المعقق بالكسر او ورثة الميت للبيّنة على وقوع الشراء لهم، فان البيّنة للمدعي والمدعى هو موالى العبد المعقق بالفتح بكونهم مدعين لفساد الشراء.

ويمكن دفعه ايضاً بكونهم مدعين لوقوع الشراء على مالهم بما لهم وهو غير معقول أصلاً فالمدعي لهم عدم وقوع الشراء رأساً، والباقون يدعون ثبوت الشراء، فوالى العبد المعقق منكرون في الحقيقة، فكانت اقامة البيّنة حقاً للفريقين دونهم. ومن جملة الروايات المذكورة للتأييد صحيحة الحلبي (١) قال: سألته عن الرجل يشتري ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثم رده على صاحبه، فأبى ان يقبله الا بوضيعة. قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فان جهل فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الاوّل مازاد «انتهى» وتقريب الاستدلال بها ان الاقالة هو حل العقد وتوضيحه إن العقد عبارة عن تسليم كل من المتعاقدين عهده و التزامه بالبيع الى الاخر، فلا يقدر كل منهما على نقض

عهده، والمسلط عليه هو الجانب الآخر، لكونه مسلطاً على رد التزام صاحبه. فإذا تراضيا بذلك ورد كل منهما ذمام التزام الآخر إليه، ينحل العقد، ويرجع كل من الثمن والمثمن إلى مالكه الأول. وهذا معنى الاقالة فلا يجوز فيها الزيادة والنقيصة، فلو رد البائع الثمن إلى المشتري مع نقيصة فيه لا تتحقق الإقامة بل يبقى الثمن في ملك المشتري ولا يرجع إلى ملك البائع فلو باعه ثانياً يجب عليه رد الزيادة إلى المشتري كما تدلّ عليه الرواية، وذلك يتوقف على صحة الفضوليّ والّا فلا يصحّ بيعه لمال المشتري، حتى يجب ردّ ثمنه إليه.

وفيه: أنّ رد المشتري للمبيع إلى البائع مع نقيصة في الثمن لعله قد كان بعقد حديد، والتعبير بقوله: فأبى أن يقبله مضافاً إلى أنّها يحتمل أن يكون بالباء الموحدة - كما في بعض النسخ - يحتمل أن يراد من الإقامة معناه اللغوي.

و بالجمله لو فرض رده للمبيع إلى البائع بالاقالة الفاسدة دون عقد جديد آخر كان صحة بيعه له ثانياً متوقفة على اجازة المشتري، وليس في الرواية دلالة على اجازته له. وعلى تقدير وقوع اجازته كان ما يترتب على البيع من الزيادة والنقيصة راجعة إليه، دون الزيادة فقط. مضافاً إلى أنّه يمكن أن يكون الثمن فيه من غير جنس الثمن في البيع الأوّل فلا يفرض حينئذٍ زيادة عليه أصلاً.

ومنها موثقة عبد الرحمن بن ابي عبد الله

قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار أيشترى بالاجر فيدفع إليه الورق فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت اخذته وما شئت تركته فيذهب فيشترى ثم يأتي بالمتاع يقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال لا بأس.

قال الشيخ ((ره)) في تقريب الاستدلال بها أنّه يحتمل أن يكون شرائه لنفسه ليكون الورق عليه فرضاً فيبيع من صاحب الورق ما رضيه من الامتعة و

يوفيه دينه.

و يحتمل ان يكون شراثة لصاحب الورق باذنه مع جعل خيار له على بايع الامتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضي و يفسخه فيما كره. و يحتمل أن يكون فضوليّاً عن صاحب الورق فيجيز ما يريد و يرد ما يكره فاذا احتتمل موردالسؤال هذه الوجوه، و حكم الامام عليه السلام بنفي البأس مع ترك الاستفصال عن المحتملات يعم الحكم على جميع التقادير. اقول: إن الشايح المتعارف بين الناس في مثل مفروض الرواية جعل الخيار له، فنفي البأس في كلام الامام عليه السلام ينصرف اليه، ولا يشمل سائر المحتملات في بادي النظر.

هذا تمام الكلام في ادلة صحة بيع الفضوليّ بالاجازة، من الادلة العامة والخاصة. والعمدة فيها كما عرفت هي الادلة العامة، واما الروايات الخاصة، فقد عرفت منع دلالتها. فلا بد من البحث عن دلالة الادلة المدعاة دلالتها على بطلانه، حتى يلاحظ حالها مع الادلة المتقدمة، وليس فيها دليل خاص بل جميعها من قبيل الادلة العامة. فالنسبة بينها على تقدير دلالتها و بين الادلة المتقدمة عموم من وجه.

المبحث السابع

في ادلة بطلان البيع الفضولي

استدلوا على بطلان بيع الفضولي بالادلة الثلاثة:

الكتاب

فن الكتاب قوله تعالى «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن

تراض» (١) وتقريب دلالتها على بطلان بيع الفضولي من وجهين:
 الاول: الحصر المستفاد من الاستثناء فيكون مقتضاه حرمة اكل مال الغير
 بلا تجارة، او مع تجارة لاعن تراض، وبيع الفضولي تجارة لاعن تراض لعدم
 اطلاع المالك عن وقوعه فضلاً عن رضاه به.
 والثاني: تقييد التجارة بكونها عن تراض وهو وان كان وصفاً للتجارة، الا
 أنه حيث ذكر في مقام التحديد يكون ظاهراً فيه، وانّ أبينا عن ثبوت المفهوم
 للوصف.

وقد اورد الشيخ «ره» على الوجه الاول، بانّ الاستثناء في الآية منقطع وهو
 لا يدلّ على الحصر. وعلى الوجه الثاني، بانّ ظهور القيد في الاحتراز انما هو اذا
 لم يكن لذكره فائدة اخرى، كان يكون وارداً مورد الغالب، كما فيما نحن فيه.
 اقول إنّ ما ذكره من منع كون الاستثناء المنقطع مفيداً للحصر ما هو المشتهر
 بينهم لكنّه غير صحيح.

توضيحه انّ المستثنى ان لم يكن داخلياً في المذكور كان استثناءه عنه لغواً،
 غير صالح لأن يذكر في كلام العقلاء، فالمستثنى عند انقطاع الاستثناء ايضاً
 داخل في المذكور بنحو من الدخول. فالاستثناء في قولهم جائئ القوم الاحراراً
 لأجل شمول الحكم بالمجئى على توابع القوم، فان القوم والقبيلة اذا جاؤا يكون
 معهم مراكبهم ومواليهم لا محالة، فهي توابع القوم والحكم عليهم بالمجئى حكم
 عليها ايضاً بالتبع، فاستثناء الحمار عنهم اخراج عن الحكم بالمجئى بعد شموله
 عليه بالتبع، وقد عبّر عنه بعضهم بالدخول تحت حكم المستثنى منه. وبالجملة
 الحكم على القوم بالمجئى حكم بمجئى ما هو بحكمهم.

فتحصل ممّا ذكرنا أن الاستثناء المنقطع لا يعقل في كلام العقلاء إلا فيما

إذا كان توهم دخول المستثنى تحت الحكم المذكور قبل الاستثناء. ومنه يعلم بطلان ما اشتهر بينهم من منع دلالة الاستثناء المنقطع على الحصر، وهذا ما ارتكبه المخالفون لعلاج قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لَعَلَى عَلَيْهِ السَّلَامُ: «أنت مني بمنزلة هارون من موسى إلا أنه لا نبي بعدي» ومنع استفادة عموم المنزلة منه، عليه السلام: مع أنّ دلالتها على عموم المنزلة بمكان من الوضوح والا فلا معنى لاستثناء النبوة عنها. فالمعنى: أنت مني بمنزلة هارون من موسى وإنّ كل ما هو ثابت لي ثابت لك إلا النبوة، وذلك أيضاً ليس لاجل منقصة فيك، بل لاجل أنه لا نبي بعدي.

وبالجملة التجأ المخالفون في منع دلالة الرواية على عموم المنزلة الى منع دلالة الاستثناء المنقطع على الحصر، ثم اشتهر ذلك حتى شاع ذكره في الكتب النحوية والاصوليّة، وقد ذكر بعض من لا خبرة له من مصنفي الخاصة وتبعه المتأخرون عنه مع الغفلة عن كونها كلمة باطلة ذكرها المخالفون لاختفاء الحق. وقد تحصل من جميع ذلك أنّ منع دلالة الآية على الحصر في غير محله، لكنته لا توجب دلالة الآية على بطلان بيع الفضولي.

أما بناء على ما بنينا عليه من أنّ المنقصة الحاصلة في عقد الفضوليّ فقدته للاستناد الى المالك، فلانّ الظاهر من التجارة في الآية هو التجارة الصادرة عن توجّه اليه الخطاب بالآية اعني الآكلين، والآكل في التجاره هو المالك من الجانبين، فالآية لا تشمل على التجارة الصادرة عن غير المالك رأساً، لعدم كونها منتسبة الى المالك وأنما يحصل انتسابها الى المالك وتصير تجارة له بصدور الاجازة منه، ففقتضى اعتبار كون تجارة المالك عن تراض صدور الاجازة منه عن تراض. واما قبل استنادها الى المالك وصيرورتها تجارة له، فلا تشمل الآية عليها حتى تدل على اعتبار التراضي فيها.

واما بناء على مذهب الشيخ «ره» من كون بطلان الفضولي لاجل فقدته

للرضا لكونه شرطاً في صحّة التجارة، فنقول: إنّ التجارة هي امر معنوي يحدث باللفظ ولا يفنى بفنائها بل يبقى بعده كما بيّناه فيما مرّ على التفصيل، فإدام لم يجتمع لها شروط التجارة لا تصحّ ولا تؤثر في الملكيّة، ومن جملة شروطها هو الرضا فاذا انضم إليها رضى المالك واستجمع له هو وغيره من الشرائط تؤثر في الملكيّة لا محالة. ولا دليل على اعتبار الرضا مقارناً لحدوث التجارة، (١) بل مقتضى الدليل اعتباره مقارناً لوجود التجارة باعمّ من الحدوث والبقاء فإنّه لا أثر يترتب على حدوث التجارة، وما يترتب عليها من الآثار من الجواز واللزوم والفسخ وغيرها، إنّما يترتب على وجود التجارة دون حدوثها بما هو حدوث. نعم لو فرض ترتب أثر على لفظ العقد بما هو يترتب عليه حين حدوثه لعدم قابليته للبقاء. وأما ما كان من الآثار مترتبة على نفس التجارة، وهي امر معنوي تحدث وتبقى فهي تترتب على وجودها باعمّ من الحدوث والبقاء.

الاخبار

وأما من الاخبار فهي اخبار كثيرة تدلّ على النهي عن بيع ما لا يملك (٢) او

(١) اعلم أنّه لا اشكال في دلالة قوله تعالى «تجارة عن تراض» عليه لدلالته على اعتبار منشأية التراضي للتجارة وكونها ناشئة عنه. والتحقيق بناء على ما تقدم ممّا من عدم كون ما صدر عن الفضوليّ عقداً وبيعاً و أنّه إنّما يصير عقداً وبيعاً باجازة المالك و رضاه توقف صدق تجارة عن تراض عليه، على حقوق الاجازة لكون صيرورته عقداً وبيعاً ناشئة عن اجازة المالك.

(٢) اعلم أنّه لم ينقل النهي عن البيع فيما لا يملكه فيما بايدنا من جوامع الحديث على ما تتبعته الآ في «غوالي اللثالي» وقد ارسلها عن النبي صلى الله عليه وآله في ثلاث روايات، نعم روي في الوسائل «كتاب التجارة، ابواب عقد البيع، باب ٢ حديث ١» حديثاً صحيحاً يتضمن توقيع العسكري عليه السلام «لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك» والمراد منه عدم الجواز الوضعي بقربنة أنّ المراد من وجوب الشراء هو الوجوب الوضعي والقول بجواز عقد الفضولي بعد تحقق استناده الى المالك باجازته لا ينافي ذلك. واما روايات «غوالي اللثالي»

فقد نقلها في «مستدرک الوسائل» ج ٢ ص ٤٦٠».

«فالأولى» ما رواه بقوله قال النبي «ص» لا بيع الا فيما تملك .

الثانية: ما أرسله عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ لا طلاق الا فيما تملكه ولا بيع الا فيما تملكه، وهذه وان ذكر فيها بعض سندها الا أنها مرسله الى عمرو بن شعيب، وبينه وبين صاحب الكتاب وسائط كثيرة مجهولة.

والثالثة: ما رواه بقوله «وعن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ لا طلاق فيما لا تملك ولا عتق فيما لا تملك ولا بيع فيما لا تملك» وفيها مضافاً الى عدم حجيتها لارسالها وجوه من الاشكال.

الاول ان المراد من الملك ليس ملك المبيع بل ملك البيع بقريضة قوله «ص» لا طلاق فيما لا تملكه لعود الضمير فيها الى الطلاق دون المرأة والا لم يذكر الضمير واما كلمة ما فهي مصدرية توفيقية وليست موصولة يعود الضمير اليها وإلا لم يستعمل في ذوي العقول.

الهم الا ان يقال: ان مرجع ملك البيع والعتق والطلاق الى ملك المبيع والعتق والزوجة، لكون حقيقة المملوكية هي التبعية والاختصاص كما تقدمت في اوائل الكتاب. ومن المعلوم ان من تتبعه العتق والبيع والطلاق وتخصه ليس الا من تتبعه وتخصه المبيع والعبد والزوجة، بدهاه أنه لا يخص بيع مال شخص او طلاق زوجته او عتق عبده لغيره ولو فرض جوازه لغير جازله ايضاً لا محالة.

والثاني: انه لا اشكال في جواز البيع لغير المالك اذا اذنه فيه وكذا لا اشكال في جواز العتق والطلاق والبيع لغير المالك باذنه فوجه التخلص عن الروايات في جوازها باجازته، هو الوجه في التخلص عنها في جوازها باذنه.

ووجه التخلص فيها ان المراد منها نفي تحقق البيع والعتق والطلاق فيما لا يملكه استقلالاً، من غير مدخلية للمالك في تحققها، دون ما اذا كانت مقرونة باذنه او اجازته.

الثالث: ان من البديهي عند العرف والعقلاء عدم صحة بيع غير المالك وعتقه وطلاقه بغير اذنه واجازته، بحيث لا يتوهمها احد، فلا يمكن كون الروايات مسوقة للتبعية عنها وارشاداً الى بطلانها وفسادها، وكذا لا اشكال في صحتها باذن المالك، وانما الكلام في صحتها بالإجازة.

ومن المستحسن جداً سوق هذا التعبير لخصوص بيان عدم صحة البيع بالاجازة، لا سيما ان قوله عليه السلام «لا بيع فيما لا تملك» خطاب الى غير المالك، وظاهره توجيه الحكم الى المخاطب، مع

إن ترتيب آثار البيع بيد المالك ، فالحكم بعدم ترتيب آثار البيع إنما يتوجه إليه . وهذا هو شاهد جلي على عدم كون الحديث في مقام بيان حكم الفضولي ، بل في مقام بيان حكم مالو باع المالك مالاً قبل ان يصير مالاً له .

وبالجمله هذه الروايات مسوقة للنهي عن البيع والعتق قبل تملكه للمبيع والمعنى ، و عن الطلاق قبل التزوج والنكاح باعتبار أنه يتملكها فيما بعد . ويشهد له ما التوقيتية ، فالمعنى أنّ البيع والطلاق والعتاق لا يجوز الا في زمان تملكها .

وأما اخبار النهي عن بيع ما ليس عندك فقد ذكر الشيخ ره في المكاسب أنها مستفيضة حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وآله ومن العجيب أنه لم ينقل له رواية في كتب احاديثنا في ذلك فضلاً عن الاستفاضة ، وان ذكر فيها اخبار لغيره .

نعم له رواية في النهي عن بيع ما لا تقبضه ، رواها في الوسائل عن مجالس الشيخ ره وأنهى سنده الى حزام بن حكيم بن حزام ، ولعلّ اضافة الحزام في الاول اشتباه من الكتاب ، والا لم يعرف حزام بن حكيم بن حزام في الرجال .

ثم انّ الرواية المشتملة على النهي عن بيع ما ليس عندك في جوامع الشيعة هذه :

(١) ما رواه الشيخ ره باسناده عن احمد بن محمد عن محمد بن الحسين عن علي بن اسباط عن سليمان بن صالح عن ابي عبدالله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف و بيع وعن بيعين في بيع وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن .

(٢) ما رواه الصدوق باسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه في مناهي النبي صلى الله عليه وآله قال : ونهى عن بيع ما ليس عندك ، والجواب عنها من وجوه .

«الاول» انّ النهي فيها وان كان ارشاداً الى الفساد الا انّ النهي ارشادياً كان او مولوياً لا يمكن تعلقه الا بالفعل الاختياري وقد تقدم منا انّ ما صدر عن الفضولي ليس بيعاً عرفياً وإنما يصير بيعاً عرفياً باجازه المالك من غير مدخلية لاختيار الفضولي فيه فلا يمكن توجيه خطاب لا تبع الى الفضولي باعتبار أنه يمكن ان يجعله المالك بيعاً باجازه .

«الثاني» تخصيها على تقدير شمولها على المسألة بالاخبار الدالة على صحة بيع الفضولي باجازه

المالك .

«الثالث» معارضتها باخبار صحيحة السند . رواها المشايخ الثلاثة الدالة على جواز بيع

بيع ماليس عندك، او بيع ما لا سلطنة له عليه ولا يقدر على اقباضه.
 فتعرض ههنا للجواب عنها اجمالاً، واتبعه بالجواب تفصيلاً اما الجواب
 الاجمالي فنقول: انّ البحث في كلّ مسألة لابدّ وأن يكون بعد فرض موضوعها
 وإلا ينقلب البحث الى غيره و موضوع هذه المسألة هو بيع الفضولي، فلا بدّ
 في البحث عن صحته او فساده كونه مفروض الوجود، فالبحث عن
 بيع الفضوليّ بعد طرواجازة المالك عليه و صيرورته مستنداً إليه ليس بحثاً عن
 بيع الفضولي، بل عن بيع المالك وما كان مستنداً اليه (١) فالروايات على كثرتها
 أنّها تدل على بطلان بيع الفضوليّ وهو مسلم قبل لحوق اجازة المالك، و أما بعد
 اجازته له يخرج عن كونه فضوليّاً، فيكون البحث فيه خارجاً عن مسألة
 الفضولي رأساً.

توضيحه أنّ البيوع المتحققة في الخارج، قد تكون معنونة بعنوان بيع المالك

ماليس عنده، ويشتمل بعضها على انكار الامام عليه السلام على العاقمة في الحكم ببطلان ماليس
 عنده و نقضه لهم ببيع السلم، و ذلك يقوي احتمال التقية في الحديثين المتقدمين، لاسيّما مع اشتمال
 احدهما النهي عن ربح مالم يضمه، وهو مقدوح في مذهب الخاصة، وقد شدد فيه النكير على ابي
 حنيفة في رواية ابي ولاد المتقدمة بانّ في مثل هذه الفتيا تمنع الساء مائها و تمنع الارض بركتها.
 و اما اخبار النهي عن بيع مالم يقبضه، فهي مع معارضتها باخبار آخر صريحة في النهي عن بيع
 ما اشتراه ولم يقبضه فهي اجنبية عمّا نحن فيه بالمرّة.

(١) قد تقدم ممّا أنّ منشأ استناد عقد الفضولي الى المالك بالإجازة هو التسيب، لصيرورته بيعاً
 بالإجازة، و عليه يمكن ان يتوهم أنّ مقتضاه كون استناد العقد والبيع إلى المالك في طول استناده
 الى الفضوليّ ففني البيع عن الفضولي يستلزم نفيه عن المالك.

والجواب أنّ التسيب على قبيلين: احدهما تحريك الغير نحو العمل والتأثير في المعلول بتوسطه،
 والثاني جعل ما صدر عن الغير بيعاً وعقداً مثلاً، والطولية أنّها هي في القسم الاوّل واما في القسم
 الثاني فالجاعل لما صدر عن الفضولي بيعاً هو المالك بالمباشرة، فيستد اليه لا محالة بلا واسطة، و ان
 كان ما جعله المالك مصداقاً لها صادراً من الفضولي و بهذا الاعتبار يستندان اليه ايضاً.

على الاستقرار حدوثاً وبقائاً وهو البيع الصادر من نفسه او معنونة بعنوان بيع الفضولي كذلك . وقد تكون معنونة بعنوان بيع الفضولي ثم يبدل الى عنوان بيع المالك ، وقد تقدّم بيان ذلك و بيان كيفية كون بيع واحد مصداقاً لعنوانين متقابلين .

و بالجملة فقد اثبتنا فيما مرّ تبديل عنوان بيع الفضولي بعد لحوق اجازة المالك عليه الى عنوان بيع المالك ، فلا بدّ من ترتيب أثر كلّ من العنوانين عند تحققه، لا بعد تبدّله الى العنوان الآخر واما الجواب التفصيلي فهو أنّ المستفاد من جميع هذه الاخبار على تقدير تسليم دلالتها أنّها هو شرطية الرضا، ولا بأس بصيرورة عقد الفضوليّ مؤثراً بعد رضى المالك . وتوضيحه يتوقف على بيان مقدمتين .

الاولى: أنّه لا فرق في العلة بين أن توجد اجزائها دفعة واحدة او على التدريج بان يوجد جزء من المقتضي ثم يوجد جزء آخر منه مع تخلل زمان بينهما و يوجد المقتضي ثمّ توجد شرائطه في دفعه واحدة او على التدريج، و شرط بعد شرط، او يوجد المقتضي و شرائطه مع وجود المانع، ثمّ ينعدم المانع بعد زمان منه . وبالجملة فالمقتضي بعد استتمامه في نفسه و استجماعه لجميع شرائطه و فقدانه لجميع موانعه، يؤثر في الأثر من دون فرق في حصولها دفعة واحدة او على التدريج .

والثانية: أنّ فساد عقد الفضوليّ اعني كونه غير مؤثر في الاثر انما يراد منه عدم ترتب أثر العقد كالملكية فيما نحن فيه، ولا يراد منه عدم ترتب أثر عليه مطلقاً حتى يصير اللفظ الصادر من الفضولي لغواً في حكم العدم كلفظ الصبي على ما تقدم . و بعبارة اخرى . ليس الفضولي كالصبي المسلوب العبارة، بل لا اشكال بين قاطبة القائلين بصحة الفضولي او فسادها في صحة انشائه، ولذا أطلقوا عليه بيع الفضوليّ و انما الاشكال في ترتب أثر المعاملة اعني الملكية مثلاً عليه .

إذا عرفت المقدمتين، علمت أنّ فساد بيع الفضولي أنّها هو معلول عن فقدانه لو احد من الشرائط، وهو رضى المالك به بعد حصول المقتضي اعني الانشاء. وقع النهي في الروايات عن عنوان المعاملة دون انشائها حتى يكون دليلاً على فساده، فاذا حصل الرضا تستتم العلة فتؤثر اثرها: وبالجملة لا يعقل ان يكون فقدان شيء مستنداً الى فقدان شيء ثم لا يوجد بوجوده.

«تنبيه»

لا يخفى عليك أنّ استناد الرضا في التوقيع الشريف بلفظة (من) بعد امكان اضافة المصدر الى الفاعل بنفسه كما في رواية اخرى ليس لغواً بل كان لاجل بيان فائدة - وقد قيل انّ زيادة الحروف في لسان العرب غير معقول - فإنّ زيادة كلمة، في كلام الفصحاء يكون لا محالة لاجل فائدة، وهي فيما نحن فيه التنبيه على أنّ المعتبر من رضى المالك في صحة البيع ليس مجرد طيب نفسه، بل طيبها عن اختيار. وبالجملة انّ المراد من الرضا هو الاصطفاء والاختيار، ومن هنا تمسك بعض على بطلان البيع عند الغبن بتجارة عن تراص.

الاجماع

ومن الاجماع ما ادعاه الشيخ «ره» في الخلاف حيث نقل الاجماع على بطلان بيع الفضولي وهو - مع كونه غير حجة بالنسبة اليها، لما بينا في محله انّ اجماع الشيخ «ره» في الخلاف و ابن زهرة في الغنية كانت لاجل الاستدلال بها في قبال العامة فهي حجة عليهم لا علينا - لا تعويل على الاجماع الذي ادعاه الشيخ «ره» على القول ببطلان الفضولي في الخلاف، كيف ولم يذهب اليه من القدماء الا اثنان منهم او ثلاثة، بل قد خالفه الشيخ ره في سائر كتبه فالاحتجاج بنقل الاجماع في الخلاف مستغرب جداً.

العقل

أما العقل فقد استقلّ على عدم جواز التصرف في مال الغير بدون اذنه، وفساد تصرفاته فيه. وقد وافقه الشرع فيهما، فكان بيع الفضولي حراماً وفساداً بدلالة العقل والشرع عليه. قلت: إنّ الصادر من الفضولي هو انشاء البيع، أعني لفظ العقد. وليس ذلك تصرفاً في مال الغير بل تصرفاً في لسانه وتحريكاً له فلا معنى لحرمته، إلا فيما كان التكلم واقعاً في ملك الغير، فيصير محرماً لكونه تصرفاً في فضاء الغير. وكل ذلك خارج عن محل البحث.

نعم يمكن الإلتزام بانصافه بالحرمة المقدمة لاجل كونه علةً منحصرة تامة للتصرف. ولكنّه ظاهر الفساد - مضافاً الى أنّ الحرمة الغيرية العارضة عليه حرمة تكليفية لاحالة، والمبحوث عنه في المقام فساد المعاملة، ومن المبرهن عليه في الاصول أنّ الحرمة في المعاملة لا تستلزم فسادها - لو فرض كون الحرمة وضعية، يكون مقتضاها عدم ترتب الأثر على بيع الفضولي قبل حقوق الإجازة، وأما بعده فلا يقتضى لفساد البيع وحرمته، لعدم كون التصرف المترتب عليه تصوفاً بغير اذن المالك، حتى يترشح منه الحرمة الى مقدمته. وبالجملة لو تصرف في مال المالك باقباضه من المشتري قبل اجازته للبيع كان ذلك تصرفاً حراماً، لكنّه لا ينافي جوازه بعد الاجازة والمعلوم من القائلين بصحة بيع الفضولي تحريم التصرف في المبيع قبل حقوق الاجازة، حتى على القول بالكشف فإن مقتضاه ترتيب آثار البيع عليه من حين العقد. وأما صيرورة التصرفات الواقعة قبل الاجازة مباحة فلا. وأما دلالة العقل بفساد بيع الفضولي من دون اجازة المالك وعدم تأثير عقده في حدوث المعاملة فلا ينكره احد، والمتنازع فيه أنّها هو يبيعه بعد حقوق الاجازة.

ثمّ إنّ بعد تسليم الأدلة المذكورة، ليس فيها دليل خاص، بل هي مجملتها

عمومات مخصصة بالروايات الخاصة الدالة على الصحة. وعلى تقدير ملاحظة العمومات من الطرفين مع قطع النظر عما يدل على صحة بيع الفضولي من الأدلة الخاصة، يقدم العمومات الدالة على الصحة، على العمومات الدالة على الفساد، لكونها اخص منها مطلقاً (١).

و بالجمله لا اشكال في تقديمها على عمومات الفساد اما لاجل تخصيصها بها او لاجل تقييدها او لكونها حاكمة عليها و نافية لموضوعها.

المبحث الثامن

في أن يبيع الفضولي للمالك مع كونه مسبقاً بمنعه عنه

والحكم فيها هو الحكم في المسألة السابقة، و يجري فيها الأدلة العامة الدالة على صحة الفضولي هناك، و ان لم يشملها الروايات الخاصة الواردة في المسألة السابقة، لوحدة ملاك البحث فيها الا زيادة سبق المنع هنا.

فالكلام لو كان انما هو في اقتضائه للبطلان، من حيث ان المنع قبل تحقق البيع يكشف عن عدم رضاء المالك بالعقد بعد تحققه فيتحقق الرد بتحقيقه، و معه لا اشكال في بطلان عقد الفضولي اصلاً.

وفيه: أن رد البيع لا يتحقق بالمنع السابق عليه بيانه ان الرد كالاجازة

(١) لا يخفى ان النسبة بين «تجارة عن تراض» وهي العموم المستدل به على البطلان «و اوفوا بالعقود» وهي العموم المستدل به على الصحة نسبة الاخص مع الأعم، على عكس ما ذكره الاستاذ قده، لكون مطلق التجارة اخص مطلقاً من العقود، فضلاً عن التجارة عن تراض، اللهم الا بناء على صدق التجارة على المعاطاة و منع صدق العقد عليها، فتكون النسبة بينها عموماً من وجه. والتحقيق منع دلالة تجارة عن تراض على بطلان بيع الفضولي رأساً بل بالعكس تدل على صحته بلحوق الاجازة كما بيناه سابقاً فهي من أدلة صحة الفضولي دون فسادها.

من الامور الانشائية، فلا يكفي فيه مجرد عدم الرضا الباطني، كما أنه لا يكفي في الاجازة مجرد الرضا بل يحتاج الى الانشاء لها في الخارج. فلا يتحقق الرد مع فقد الانشاء، بلا عبرة بكشف المنع السابق عن عدم رضاه به فيها بعد. واما نفس المنع في السابق فهو وان كان انشاء الا أنه لا يعقل انشاء الرد به لتوقفه على وجود موضوعه وهو البيع، فلا يعقل الرد بالنسبة اليه قبل تحققه (١).

المبحث التاسع

في أن يبيع الفضولي لنفسه

و ثالث الاقسام بيع الفضولي لنفسه، سواء كان مع العلم يكون المبيع ملكاً للغير، كبيع الغاصب، او الجهل به مع العلم بالحكم، او بالعكس. وهذه المسألة تشتمل على جهات، يمكن ان تكون فارقة بينها وبين المسألتين المتقدمتين. «الاولى» عدم شمول الروايات الخاصة المتقدمة في المسألة الاولى عليها الا رواية محمد بن قيس لا تحمل فيه ان يكون بيع الابن لوليدة ابيه لنفسه ويرده ان الظاهر بيعه لايه كما يشهد له انكاره واما رواية الحلبي فقد عرفت انه ليس فيها دلالة على صحة بيع الفضولي اصلاً. «الثانية» اولوية هذه الصورة لشمول المنع عليها في الروايات الناهية عن

(١) يمكن الاشكال فيه بان المنع والنهي والبعث والامر، لها بقاء اعتباري بعد انشائها، فاذا تحقق البيع من الفضولي يصير المنع بوجوده البقائي رداً له. والجواب: ان التهي يسقط بارتكاب الفضولي للبيع لما تسلم بينهم من سقوط الأمر والنهي بالإطاعة والعصيان، والوجه فيه ان اعتبارها لاجل ان تكونا داعيتين لايجاد متعلقها او تركه فاذا اوجده المكلف او تركه يسقط الاعتبار المذكور لانتهاء مورده.

بيع ماليس عنده، او بيع مالا يملك لامكان المنع عن شمولها على المسألة الاولى باسناد الفضولي لبيعه الى المالك، فينسلب عنه استناده الى نفسه فلا يشمل النهي عن بيعه. واما هذه المسألة فلا مجال لجريان هذا الوجه فيها، لاسناد الفضولي البيع الى نفسه.

اقول: إن هذه الروايات برمتها كما مرّت الاشارة اليه راجعة الى النهي عن بيع مال قبل شرائه لاحتمال عدم تحقق الشراء بعد، وامتناع المالك عن بيعه منه، كما يشهد له ذكره في سياق النهي عن طلاق مالا يملكه والنهي عن عتاق مالا يملكه، فتكون أجنبيّة عمّا نحن فيه بالمرّة. وعلى تقدير تسليم شمولها على ما نحن فيه فغاية ما تقتضيه فساد البيع وعدم ترتّب اثره عليه. وليس فيها اقتضاء نفي قابلية الايجاب والقبول رأساً (١) بل أنّها تقتضي عدم ترتّب ثبوت الملكية عليهما، بعد استتمامهما في الاقتضاء، لاجل فقدانها لشرط التأثير في ثبوتها، اعني الرضا والاسناد الى المالك على اختلاف المبنيين وبالجملة ليس مقتضاها ترتّب عدم الأثر على الايجاب والقبول، بل مجرد عدم ترتّب الأثر. فلا تنافي ترتّب الأثر عليه بتحقيق الشرط المفقود.

وبالجملة المنقصة في العلة التامة دون المتقضي، والمقتضي تامّ في اقتضائه فهو علة ناقصة لفقد الشرط، فاذا حصل يرتفع نقصانها وتصير علة تامة توجب

(١) ويرد عليه ما ذكره الشيخ «ره» عند البحث في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه بما محصله: أنّ النهي عن بيع، إرشاد الى فساده، وأنّ توقف صحة معاملة على شرط لاحق لا يقتضي الحكم بفسادها على الاطلاق، لكون معنى صحة المعاملة وقوع ما قصد منها ولومع شرط لاحق. فالنهي عن معاملة يقتضي فسادها ولومع حصول شرائطها. والتحقق في الجواب عن الاخبار ما ذكرنا من الوجوه في الجواب عنها في المسألة الاولى، لجريانها في منع دلالة الاخبار على بطلان بيع الفضولي بلحوق اجازة المالك مع قصده لوقوعه لنفسه أيضاً، من غير فرق بينه وبين ما اذا قصد وقوعه للمالك اصلاً.

ترتب حصول الملكية عليها.

«الثالثة» اشتراك هذه المسألة فيما هو مناط البطلان في المسألة الثانية اعني كون البيع مسبقاً بمنع المالك فإن بيع الغاصب ممنوع من قبل المالك لا محالة. «وفيه أولاً» كون مفروض المسألة اعم من بيع الغاصب وغيره كما تقدم. وثانياً ان المالك لا يرضى ببيع الغاصب اذا كان لنفسه واما باعتبار صيرورته مستنداً اليه بلحوق اجازته عليه فلا يقتضي تحقق الغصب منعه عنه وكراهته به.

و ثالثاً أن سبق المنع من المالك لا يقدر في صحته بلحوق اجازته عليه. وبالجملة قد عرفت اشتراك المسألة الثانية مع المسألة الاولى في الحكم وجريان حكمها فيها، وانما الكلام في المقام في جهات تختص بها المسألة الثالثة، وانها هل توجب فرقاً بينها وبين المسألتين المتقدمتين ام لا.

«الرابعة» عدم امكان تحقق البيع مع قصد الفضولي وقوعه لنفسه توضيحه ان حقيقة البيع هو المعاوضة بين المالكين، ومعنى المعاوضة تبدل كل من العوضين الى محل الاخر و دخوله فيما خرج عنه الاخر، فالفضولي اذا قصد وقوع البيع لنفسه فقد قصد دخول العوض في ملكه، مع خروج العوض عن ملك غيره، فلم يقصد وقوع حقيقة البيع وانما قصد وقوع صورة البيع اعني اعطاء ملك الغير للتسلط به على الثمن. فلم يتحقق منه إنشاء البيع اصلاً بداهة تقوم الانشاء بالقصد فيكون بيعه حينئذٍ نظير بيع الصبي فاقدماً للإنشاء فلا يصلح لترتب الأثر عليه رأساً كما أن بيع الصبي لا يصلح لترتب الأثر عليه ولو باجازه نفسه بعد بلوغه.

وبالجملة، أن لحوق اجازة المالك انما يوجب رفع منقصة بيع الفضولي من جهة فقدته لشرط من شروط البيع، اعني الرضا والاستناد الى المالك على ما قربناه، بعد استكمالها من حيث المقتضي و سائر الشرائط بجمعها. و اما بعد

وجود المنقصة في اصل انشائه لفقده لما يتقوم به الانشاء، فلحوق اجازة المالك لا يجدي في تصحيحه.

و تلخيص الاشكال أنّ المفروض في مسألة بيع الفضولي صدور البيع منه، وأنما الكلام في ترتب الأثر عليه باجازة المالك وعدمه، ولم يصدر فيما نحن فيه بيع من الفضولي فلم يتحقق موضوع المسألة حتى يشمله البحث عن محمولها.

و أجاب عنه الشيخ «ره» بأنّ القصد في بيع الغاصب مبني على جعل نفسه مالكاً حقيقياً ادعاء نظير الإدعاء في استعمال اللفظ اعني المجاز العقلي الذي ادعاه السكاكي واللفظ لا يستعمل حينئذٍ إلا في إراءة ما هو معناه الحقيقي.

«و توضيحه» أنّ المتكلم يدعي كون زيد فرداً للأسد فينطبق عليه مفهوم الاسد طبعاً، و يترتب عليه كون استعمال لفظ الاسد فيه استعمالاً في معناه الحقيقي.

«و بالجملة» يستعمل لفظ الأسد في معناه الحقيقي وينطبق ذلك على زيد حقيقة لدعوى كونه فرداً له، و كذلك فيما نحن فيه يجعل الفضولي نفسه مالكاً إدعاء فينطبق عليه عنوان المالك حقيقة فيصح منه قصد المعاوضة لنفسه و خروج المبيع عن ملكه كما يدخل الثمن في ملكه.

وفيه أولاً، أنّ الملكية كما تقدم في اوائل الكتاب من الامور الاعتبارية التي قوامها بالاعتبار، فالغاصب اذا ادعى واعتبر نفسه مالكاً تحصل حقيقة الملكية في حقه لكننا قد حققنا في محله أنّ الآثار الثابتة عند كل أحد لا يترتب إلا على إعتباره، فاعتبار الغاصب لا يترتب عليه الآثار العرفية والشرعية، بل هي لا تترتب الا على اعتبار العرف والشرع. و بالجملة انّ ما يحصل بدعوى الغاصب حصول الملكية في إعتباره، وليست هي منشأ أثر لحصول المعاوضة العرفية والشرعية، وما هو منشأ الأثر لحصولها الملكية له في اعتبار العرف والشرع.

و ثانياً أنّ الادعاء لا يسوغ إلا جواز استعمال اللفظ فيه حقيقة، ولذا لا

يترتب أثر من آثار الاسد ولا خصوصية من خصوصياته على زيد حقيقة، ولا يصير ذا مخلب ولا ذا انياب ولا يكون له زئير، نعم ما كان من آثاره ثابتاً له ايضاً حقيقة تثبت له مع ادعاء كونه اسداً وعدمه كالشجاعة، نعم يمكن إثبات الآثار المختصة بالاسد لزيد ادعاء واعتباراً لا حقيقة وواقعاً، وبالجملة لا تثبت الآثار لموضوعها الا في وعاء ثبوته، فلو تحقق فرد من الأسد في وعاء الحقيقة، يثبت له آثار الأسد ايضاً حقيقة، ولو ثبت في وعاء الدعوى والاعتبار لا تثبت له آثار الاسد إلا في وعاء الدعوى والاعتبار ايضاً.

هذه قاعدة كلية لا يتخلف عنها مورد من الموارد، ومن هنا لا تثبت آثار الاحكام الواقعية إلا عند ثبوتها في الواقع، واما عند ثبوتها في الظاهر فلا يترتب عليها إلا الآثار الظاهرية، فالطهارة الثابتة بالاستصحاب لا يترتب عليها الا جواز الصلاة ظاهراً، واما جوازها واقعاً فلا يترتب إلا على ثبوت الطهارة الواقعية. فادعاء الغاصب لكونه مالكاً لا يمكن ان يترتب عليه المعاوضة حقيقة، بل في وعاء ادعائه، واما المعاوضة الحقيقية فلا تتحقق بذلك.

«الخامسة» أن اجازة المالك إن تعلقت بما قصده الغاصب من وقوع البيع له كانت اجازة لما هو غير بيع حقيقة، لعدم إمكان تحقق المعاوضة بين الغاصب والمشتري، لما عرفت في الجهة السابقة من أن المعاوضة تستلزم دخول كل من العوض والمعوض في ملك خرج عنه الآخر، فلو فرض دخول العوض في ملك الغاصب مع خروج المعوض عن ملك غيره لم يتحقق معنى المعاوضة، وكانت الاجازة اللاحقة عليها اجازة لغير المعاوضة، وإن تعلقت على معاوضة بين المالك والمشتري، اعني دخول العوض في ملكه، كما أن المعوض خرج من ملكه، كانت اجازة لامر لم ينشأ الفضولي. فلا يؤثر في نقل الملك إلا إذا فرض كونها سبباً مستقلاً له.

و اجاب عنه الشيخ «ره» بأن كون البيع للفضولي او غيره خارج عن

حقيقة البيع، فلا يقدر قصد كونه لنفسه في صحة المعاوضة، والإجازة تلحق على أصل المعاوضة فتجعلها بيعاً صحيحاً مصروفاً إلى المالك، لما يستلزم خروج المعوض عن ملكه دخوله في ملكه أيضاً.

نعم استشكل فيما لو فرض كون الفضولي مشترياً يشتري لنفسه بقوله: تملك أو ملكت، وقول البائع له: ملكتك، لصراحة ضمير المتكلم في تملك وضمير المخاطب في ملكتك في إنشاء الملكية للفضولي، ولا يمكن لحق الإجازة عليه بمعنى وقوع الملكية للمالك، لمنافاته لمقتضى الإنشاء فإن المنشأ وقوعه للغاصب. ثم ذكر في التفصي عنه أن تملك البائع للفضولي وكذا تملكه لنفسه إنما هما من حيث إنه مالك، فالفضولي يشتري عن البائع من حيث عد نفسه مالكا، وحيث أن الثابت للشيء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند إليه في قوله تملك هو مالك الثمن حقيقة وإنما اسند إلى نفسه لدعوى كونه هو المصدق لذلك العنوان، فإذا لحقته إجازة لمالك يجعلها صحيحة بعين ما أنشأ عليه ويصير المبيع ملكاً له لكونه هو المصدق الحقيقي لعنوان مالك الثمن، فيكون الشراء المستند إلى هذا العنوان مستنداً إليه.

«و فيه أولاً» أن ادعاء الفضولي كونه مالكا للثمن في شرائه لنفسه لا يجعله فرداً إدعائياً لعنوان المالك، بل يجعله فرداً حقيقياً له في اعتباره، لما تقدم من أن تقوم الملكية بالاعتبار وإن لم يترتب عليه الآثار العرقية والشرعية، كما بيناه في الجهة السابقة. وعلى تقدير تسليم صيرورته مالكا ادعائياً يمنع من ترتب أثر عنوان الملكية عليه بمجرد الادعاء.

«و ثانياً» أن ما ذكره «ره» من ثبوت الحكم الثابت للفرد من حيثية تقييدية لنفس تلك الحيثية محل تأمل «توضيحه» أن تعلق الحكم بفرد من حيث السريان إلى الكلي وعدمه يتصور على وجوه.

«الاول» أن يكون موضوعه هو الفرد بخصوصياته المشخصة وشؤناته المفردة

كان يقول: أكرم زيداً فلا يسري الحكم الى كلى العالم.
 «الثاني» أن يكون موضوع الحكم هو الفرد بوصف كونه عالماً كأن يقول:
 أكرم زيداً العالم، والحكم في هذا القسم كسابقه لا يسرى الى كلى العالم، لعدم
 تحقق حكمه الا عند تحقق موضوعه. والمفروض أن موضوعه ليس مجرد عنوان
 العالم بل زيد بوصف كونه عالماً.

«الثالث» ان يكون موضوع الحكم هو الفرد بعنوان كونه عالماً كأن يقول
 اكرم زيداً لأنه عالم، وهذا يوجب سريان الحكم الى الكلي في الأحكام
 الشرعية الكلية، فإن العلة المنصوصة تكشف عن إرادة إكرام مطلق العالم مثلاً
 في نفس المولى، ومن الواجب متابعة ارادة المولى سواء أمر به ام لا، فلو غرق
 ولد المولى يجب على العبد انقاذه وان لم يأمر به بل وان لم يلتفت به اصلاً لوجود
 ارادة انقاذ الولد في ارتكاز خاطره. واما في العقود والايقاعات فليس مجرد
 الارادة والقصد منشأ للاثر مادام لم يخرج الى عالم الانشاء، و الإنشاء على فرد
 لا يترتب عليه الأثر إلا في ذلك الفرد دون سائر افراد الكلي، وان كان الانشاء
 عليه معللاً بكونه من افراد الكلي المذكور، بدهاة أن الانشاء الشخصي
 لا يتجاوز عن الفرد المتعلق له الى سائر افراد الكلي، وان كان مضمولاً لعموم
 الملاك، إلا أن هذا الانشاء الشخصي لا يشمل غير متعلقة.

«الرابع» ان يكون الحكم متعلقاً للفرد بما هو فرد من افراد الكلي، فيكون
 الحكم المنشأ عاماً لجميع افراد الكلي وتعلق الحكم بالفرد المذكور بما هو
 منطبق لعنوان الكلي.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن انشاء الفضولي الشراء لنفسه لا يتعدى
 عن القسم الاول والثالث، فإن المفروض انشائه لنفسه فيكون من القسم
 الاول، او معللاً بكونه مالك الثمن فيكون من القسم الثالث. وعلى أي تقدير
 فالمنشأ بإنشاء الفضولي شرائه لنفسه دون عنوان المالك، فإن غاية ما يجديه

التعليل هو وجود الملاك في كلي عنوان المالك ولا يوجب ذلك ثبوت إنشاء الشراء للكلي بل لا بد في مقام الإنشاء إقماً من لحاظ نفس المنشأ او ما يكون مرآتاً له. وهذا نظير الوضع طابق النعل بالنعل، فإنّ الوضع هو إيجاد العلقّة بين اللفظ والمعنى وذلك يتوقف على ملاحظة اللفظ والمعنى الموضوع له، إمّا بنفسه او بما يكون مرآتاً له، كما في وضع العامّ والموضوع له الخاص (١). لكن المرآتية إنّما تكون في الكلي بالنسبة الى افراده، واما عكسه أعني كون الفرد مرآتاً للكلي فغير معقول، ولذا لا يتصوّر الوضع الخاص والموضوع له العام. وهذا بعينه جار في العقد، فإنّ الوضع والعقد من وادٍ واحدٍ، فلا يعقل جعل الفضيولي الشراء لنفسه مرآتاً الى كل عنوان المالك.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا: أنّ كون الشراء لعنوان المالك لم يقع تحت الانشاء، بل الواقع تحت الانشاء كونه لنفسه، ولا يعقل أن يكون الانشاء الشخصي الواقع على فرد شاملاً لكلي عنوان المالك حتى ينطبق على المالك الحقيقي. فما أفاده الشيخ «ره» في الجواب منحرف عن الصواب.

والتحقيق في دفع الاشكال الغاء كونه لنفسه عن الانشاء رأساً لعدم البأس بالغاء القيود الواقعة تحت الانشاء ما لم يوجب الاختلال في اركان العقد «توضيحه» أنّ العقد علقّة خاصة بين طرفين، فهما مقومان للعقد، والاختلال في واحد منهما يوجب الاختلال في العقد وتغييره يوجب التغيير فيه. وقد بيّنا في أول الكتاب أنّ العقود مختلفة بحسب الاطراف المقومة لها، فالنكاح علقّة حاصلّة بين شخصين أعني الزوجين، فالاختلال والتغيير في واحد منهما يوجب الاختلال والتغيير في النكاح. وبعبارة اخرى تخرج العلقّة المنشأة بالعقد عمّا هي عليه، وهذا بخلاف المهر فإنّ المهر خارج عن حقيقة النكاح، وإنّما

(١) قد تقدّم منا الكلام في حقيقة الوضع واقسامه بما لا مزيد عليه فراجع.

حكم الشارع به حرمة البضع وعدم كونه مجاناً، فلو تعيّن في ضمن العقد فهو والأّ ينصرف الى المثل. وبالجملة ليس المهر ممّا تتقوم به علقه النكاح، فالاختلال فيه لا يوجب اختلالها فلو أصدق ملك الغير في ضمن العقد يبطل الصداق وحده، ولا يوجب بطلان العلقه النكاحية. والهبة والوصية علقتان تحصلان بين مال وشخص، فلا بدّ في احتفاظهما من احتفاظ المال والشخص، والتغير فيها يوجب تغييراً في العلقه القائمّة بهما. والبيع علقه تحصل بين مالين يكون قوامها بهما دون المتبايعين. «توضيحه» أنّ البيع مبادلة مال بمال؛ و معناها انتقال كل منها الى موضع الاخر، فلو كانا ملكين، ولا بدّ لكلّ ملك من مالك، تقتضي المبادلة انتقال كلّ منهما الى ملك مالك الاخر. ولو كانا غير ملك كالمال الموقوفة والزكاة، فالمبادلة بينهما تقتضي دخول كلّ منهما في موضع الاخر من وقف او زكاة او غيرهما. وبالجملة اقتضاء البيع لوجود شخصين إنّما هو اذا كانت المبادلة في ملك، من حيث استلزام الملك للمالك له، من دون ان يكونا من اركان البيع. فالإختلال فيها بالغاء شخص معيّن مذكور في ضمن العقد، لا يوجب بطلان علقه البيع، لعدم تقومها بالشخص كما عرفت: فالاجازة في بيع الفضولي يتعلّق بنفس المبادلة والمعاوضة، مع الغاء جهة كونه للفضولي، فيوجب دخول كل من العوضين في ملك خرج عنه الأخر فيقع الاثراء لمالك الثمن قهراً ويدخل الثمن في ملكه لخروج الثمن عنه.

هذا ولكنّ الذي يقتضيه ما قواه الشيخ في تعريف البيع من كونه تمليكاً بعوض إنّّه علقه حاصله بين شخص ومال فإنّ معناه جعل المشتري مالكاً للمال، وكون التمليك متقيّداً بكونه بعوض لا ينافي كونه علقه حاصله بين شخص ومال كما في الهبة المعاوضة، فإنّ كونها معاوضة لا ينافي كونها علقه بينهما، وعليه يكون الغاء شخص الفضوليّ عن العقد موجباً لاختلاله لتطرق الاختلال الى العقد من اختلال اركانه. فلا بدّ من تسليم إشكال العلامة في هذا القسم من

بيع الفضوليّ أعني إستلزام القول بصحته استحالة عقلية، ولا بأس به بعد عدم قيام الاجماع على الصحّة، لوجود مخالف نظير العلامة «ره» في جلالة القدر وعظم الشأن، وقد تبعه من المتأخرين التستري رضوان الله عليه.

والتحقيق ان يقال: إنّ في مورد البيع أمران متلازمان أعني التملك بعوض والمبادلة بين المالين، بحيث لو فرض كون أيّ منهما محققاً لحقيقة البيع كان الاخر لازماً لحقيقته. أمّا استلزام الاول للثاني، فلأنّ المأخوذ فيه كونه بعوض فتقع المبادلة والمعاوضة بين متعلق التملك وعوضه المستفاد من باء المقابلة، وأمّا استلزام الثاني للأول، فلأنّ المبادلة بين المالين في الملكية تستلزم تملك مالك الثمن بالثمن وبالعكس. و اذا ثبت كون كلّ منهما ملتزماً للآخر يكون إنشاء أحدهما إنشاء للآخر فيكون انشاء التملك بعوض انشاء للمبادلة و انشاء المبادلة انشاء للتملك بعوض بالإلتزام. وبالجملة يتحقق عند انشاء كلّ واحد منهما انشائان، أحدهما بالمطابقة، والاخر بالإلتزام. فلا بدّ حينئذٍ من ملاحظة ما هو محط النظر منها للمنشئ بالكسر وما كان المنشئ في مقام ايجاده، فيكون غيره قابلاً للإلغاء لعدم كونه قادحاً فيما هو حقيقة العقد المنشأ و ان كان هو المنشأ بالمطابقة.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنّ حقيقة المنشأ في عقد البيع كما يشهد له مراجعة العرف هو المبادلة، لكون غرضهم من البيوع المتعارفة فيما بينهم هو أخذ الثمن واعطاء الثمن، فلا بأس حينئذٍ بإلغاء جهة التملك اذا كان المشتري فضوليّاً لعدم قدحه فيما به قوام العلقة المنشأة حقيقة وبالجملة إنّ اجازة المالك تتعلق بما تعلق به انشاء المتبايعين حقيقة وما كانا في مقام ايجاده لياً، نعم لو فرض كونها في مقام انشاء التملك لياً دون جهة المبادلة، يحسن القول بطلان بيع الفضولي و عدم قابليته للإجازة، لاستلزامها الغاء ما تقوم به حقيقة العلقة المنشأة حقيقة.

«السادسة» اشكال لا يليق بالذكر لفساده بأفسد مايكون، لكننا نذكره تبعاً للشيخ «ره» وهو أنّ البائع من الفضولي لو علم بكونه فضولياً فباعه بماله، و دفعه اليه، وملكه منه يصير ملكاً له فإذا تصرّف فيه لم يجز له الرجوع فيه فلا يعقل حينئذ صحة البيع باجازه المالك، لاستلزامها دخول الثمن في ملك البائع مع خروج المبيع من ملك الفضولي، وهو ينافي حقيقة المعاوضة كما تقدم بيانه. وفيه اولاً مع صيرورة المبيع ملكاً للفضوليّ بالاقباض، فإنّ البائع لم يقصد تملكه مجاناً بازاء دخول الثمن في ملكه، وحيث لم يدخل الثمن في ملكه لم يتحقق ايضاً تملك المبيع.

و ثانياً أنّه لو فرض حصول التملك بالاقباض لا يزيد لا محالة على التصريح بالملكية بقوله ملكتك، فكما يجوز له الرجوع مع التصريح يجوز له الرجوع مع الاقباض ايضاً. وبالجملة، الحكم بعدم جواز رجوعه في ماله مع تملكه من الفضولي خال عن السند.

و ثالثاً أنّه يجوز له الرجوع حتى بعد الاتلاف، لكون اتلاف الفضولي للمبيع مضموناً عليه، لعدم كونه مهتوكاً من قبل المالك. «توضيحه» أنّ الشارع حكم بجرمة مال المسلم كحرمة دمه، ومقتضاها كون إتلافه موجباً للضمان، ولم يهتكها الشارع إلا ان تكون مهتوكه من ناحيته، فلو أباحه من غيره مجاناً يكون ذلك هتكاً منه ماله، فلا يكون اتلافه موجباً للضمان واما لو كان مبنياً على المعاوضة. و أباحه لا مجاناً بل في قبال العوض، لا يكون ذلك هتكاً منه وان كانت المعاوضة غير صحيحة لا شرعاً ولا عرفاً. وبالجملة المدار في هتك المالك لحرمة ماله و عدمه على الاباحة المبتنية على المعاوضة في نظره، وان كانت غير مبنية عليها عرفاً و شرعاً و عدمها.

وههنا فرعان:

الاول

في تعيين المشتري اذا قال:
اشريت لزيد في ذمة عمرو

لا فرق في صحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة، بين أن يكون أحد العوضين او كلاهما عيناً خارجياً او كلياً في الذمة، فإن الكلي من حيث هو، وإن كان غير قابل للتملك لعدم كون الكلي بما هو موجوداً في الخارج لكته حيث اضيف الى ذمة شخص معين يصير قابلاً للتملك لاجل اعتبار الوجود له في ذمته، سواء تحققت الاضافة قبل البيع كان يملك زيد مناً من الحنطة في ذمة عمرو فيبيعه الفضولي، او كان بنفس البيع كان يبيع مناً من الحنطة في ذمة زيد، ولا اشكال في ذلك أصلاً. وإنما الاشكال في صورة اختلاف ما يدل على تعيين من هو في ذمته، بأن يقول اشريت بدرهم لزيد في ذمة عمرو، فإن مقتضى قوله: لزيد ثبوت الدرهم في ذمته لاستلزام كون البيع له دخول المبيع في ملكه وخروج الثمن منه، سواء قصد ام لم يقصد، فيناقض قوله في ذمة عمرو. ولا يخفى عليك ان جهة البحث لزوم التناقض والتنافي بينهما لبا لا بين ظاهر اللفظين حتى يرتفع بحمل احدهما على الاخر، لكون المفروض في محل البحث القطع بتعلق قصد الفضولي بكل منهما. فالأمر يدور بين اثبات كلا القيدين، والغائهما معاً وترجيح احدهما على الاخر. اما اثبات كليهما فيستلزم ثبوت ثمنين، ومن المستحيل ثبوت ثمنين في بيع واحد، وليس لاحدهما ما يوجب ترجيحه على الاخر فلا بد من الغائهما والحكم ببطلان بيع الفضولي رأساً وعدم وقوعه لا لزيد ولا لعمرو واصلاً.

لكن الذي يقتضيه دقيق النظر الغاء قيد لزيد لكونه في طول قيد في ذمة عمرو سواء قدم في الذكر أو آخر وتوضيحه يتوقف على بيان مقدمة . وهي أنّ الكلي بما هو ليس له مالية ولا يبذل بازائه المال، بل كان قوام ماليته بالإضافة الى ذمة شخص وعهدته، فاذا اضيف الى تعلق الإعتبار بكونه مالا فيبذل بازائه المال، بل كان قوام ماليته بالإضافة الى ذمة شخص وعهدته، فاذا اضيف الى ذمة تعلق الإعتبار بكونه مالا فيبذل بازائه المال فالشخص الذي اضيف الكلي الى ذمته من مقومات العقد و حصول الاختلال فيه يوجب الاختلال في عقد البيع، لا لتقوم البيع باركان ثلاثة وهو أحدها بل لاجل أن أحد ركني العقد وهو الكلي يتوقف على اضافته الى الذمة فالاختلال فيه يوجب الاختلال في احد ركني العقد. وان كان تعين مالك الثمن او المثلن فليس ممّا يتوقف عليه حقيقة البيع لكونه علقه حاصلة بين المالين فلا يتوقف الا على تحققها، لكن مقتضاه تعين مالك الثمن.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنّ قيد «في ذمة عمرو» في المثال مسوق لبيان ما هو من مقومات المعاملة لكون تعين الذمة ممّا يتوقف عليه مالية الكلي فالغاء يوجب الغاء المعاملة. واما قيد «كونه لزيد» فحيث كان بياناً لمن يصير بالعقد مالكا للمبيع فليس من مقومات العقد، بل هو في مرتبة متأخرة عن تقوم حقيقته، فيكون في طول ماسيق قيد «في ذمة عمرو» لبيانه وفي رتبة متأخرة عنه. ولا بأس بالغاء لعدم اخلاله في حقيقة العقد، والتعبير بالإلغاء من باب ضيق البيان و الا فهو بعد وقوع المعاوضة يكون لغواً بنفسه (١).

(١) الاولى في تقريب حكم المسألة ان يقال: إنّ بعد كون المفروض تعلق قصده بمفاد كلّ من القيدين، يمتنع تعلقه بلازمها في الخارج، اعني كون الثمن في ذمة زيد وهو اللزوم لمفاد قيد لزيد، وكون البيع لعمرو وهو اللزوم لمفاد قيد في ذمة عمرو، في المثال المذكور، وإلا يلزم قصد وقوع تمام البيع لشخصين، من غير اشتراك، وقصد كون تمام الثمن في ذمة شخصين من غير اشتراك ايضاً،

وبالجمله إن ههنا اضافتان «احديهما» اضافة المال الى ذمة عمرو و«الآخري» اضافة الشراء الى زيد، والاولى غير قابلة للالغاء بخلاف الثانية، لكونها خارجة عن حقيقة العقد وغير مقومة لقوائمه، وان كان القيد المسوق لبيانها بياناً للاضافة الاولى ايضاً بالالتزام الا ان ذلك مما يتفرع على المعنى المطابق فحيث سقط المعنى المطابق عن العقد بالالغاء يسقط المعنى الإلزامي ايضاً بتبعه. نعم لو كان كلا القيدين مسوقين لبيان الاضافة اللامية اعني اضافة الشراء للمشتري، او الظرفية اعني اضافة المال الى الذمة والعهدة كان القيدان عرضيين يقع التعارض بينهما واما لو كان احدهما مسوقاً لبيان الاضافة اللامية والآخر مسوقاً لبيان الاضافة الظرفية، يقدم منها ما كان مسوقاً لبيان الاضافة الظرفية، سواء قدم في الذكر او اخر. وما قيل من أن العقد يتم بالقيد المذكور اولاً أيّما كان منها فيلغو ذكر القيد الثاني لوقوعه بعد تمامية العقد ممنوع، فإنّ العقد لا يتم في بيع الفضولي ولا يترتب عليه الأثر بل يتوقف على حقوق الإجازة، فالعقد بعد ذكر القيد الأول غير تام يقبل التقييد به ثانياً.

هذا وقد عدلنا في التمثيل بما عرفت عما ذكره الشيخ «ره» من شراء الفضولي لنفسه في ذمة عمرو لاجل توضيح اندفاع المغالطة الواقعة في المطلب، و إذا اتضح لك الحال فيما ذكرنا من المثال فنقول: انه لا فرق بين ان يشتري لزيد في ذمة عمرو او لنفسه في ذمة زيد، فإنّ الاسناد الى نفسه في قوله اشترت في قوة التصريح، فإنّ الفعل يثبت لفاعله بالطبع بحيث لو صرح بكونه لنفسه كان تأكيداً للمذكور، وثبوته لغيره يحتاج الى قرينة صارفة. فهو قابل للالغاء بعد

وهما منافيان لقصد حقيقة البيع. فلم يقصد عن كل من القيدين الآ ما هو مفادهما بالمطابقة، فيكون شرائه هذا بعينه من قبيل القسم الثالث، وهو شراء الفضولي بقصد وقوع الشراء لغير مالك الثمن، والحكم فيه وقوع الشراء للمالك باجازته، واما وقوعه لغيره فيستلزم دخول المبيع في ملك لم يخرج عنه الثمن.

معارضته لقيده في ذمة عمرو و ان كان مؤكداً بالف تأكيد لوقوعه في طول قيد في ذمة عمرو فيكون ساقطاً على ما تقدم بيانه .

و منه يعلم فساد ما ذكره المحقق النائيني «ره» بعد تقديم مقدمتين ذكر في احديهما اقتضاء صدور العقد من شخص كونه لنفس العاقد، ومقتضاه كون الكلي في ذمته . و في الثانية ان كل قيد وقع بعد تمامية اركان العقد بحيث لم يكن منافياً لمقتضاه وكان منافياً لبعض الخصوصيات الخارجة عن حقيقة يقع لغواً . ولقد اجاد في الغاء القيد المنافي لبعض الخصوصيات الخارجة عن حقيقة العقد، لكنه أخطأ في التعبير بأن كل قيد وقع بعد تمامية اركان العقد، الظاهر في البعدية الزمانية التي صارت منشأ لما وقع فيه من المغالطة، بل الحق في التعبير أن كل قيد وقع مع تمامية اركان العقد يكون لغواً ساقطاً.

تنبيه

قد عرفت ان النزاع في تقديم احد القيدين المتعارضين على الآخر لا يرجع إلى نزاع في اللفظ بل النزاع وما ذكرنا فيه من وجه التقديم يشمل ما لولم يذكر واحداً منها او كليهما في اللفظ بان يقول اشترت بدرهم ويقصد كون الشراء لزيد ويقصد أيضاً كون الدرهم في ذمة عمرو قد اطبقوا في كفاية القصد في تعيين وقوع الفعل لنفسه او لغيره كالصلاة عن نيابة عند الوكالة او غيرها .

وهذا لا ينافي ما تكرر منا، من عدم ترتب الأثر في العقود على مجرد القصد القلبي ما لم يخرج الى حيز الانشاء، والسرفيه ان ذلك في الامور الانشائية، واما الافعال الصادرة عن الشخص ومن جملتها نفس الانشاء الصادر من البائع فمجرد القصد يكفي في تعيين وقوعها لنفسه او لغيره . وبالجملة ليس نفس الانشاء من جملة الانشائيات فانّ الانشائيات هي الامور الواقعة تحت الانشاء فليس نفس

الانشاء من جملتها لعدم وقوعه تحت الانشاء.
 ومما ذكرنا يعلم أنه لو قصد الشراء لغيره ثم انكره البائع يقدم قوله مع اليمين و يحكم بوقوع الشراء لنفسه حكماً ظاهرياً يؤخذ به لانسداد الطريق الى الحكم الواقعي. ومنه يعلم بطلان ما زعمه بعض من أنه حكم واقعي و ان العقد يقع له واقعاً واما ما ذكره المحقق النائيني «قده» في المقام من ان وقوع العقد لغير العاقد في طول وقوعه لنفسه و ان العقد لا يكون لغيره ما امكن كونه له ممنوع. بل كان كلاهما في رتبة واحدة، و انما الفرق بينهما أن وقوعه لنفسه لا يحتاج الى بيان، وهو من جملة الأمور التي كان عدم البيان بياناً له، و اما وقوعه لغيره فيحتاج الى بيان وجهة معينة له و مجرد فقدها موجب لتعين كونه لنفسه، فع كونه المفروض كفاية القصد في تعيين كون الشراء لغيره يكون الشراء واقعاً له، و ان كان المحكوم في الظاهر وقوعه لنفسه ليمين المنكر بعد عدم وجود طريق الى احراز قصده.

الفرع الثاني

في جريان حكم الفضيولي في المعاطاة

ولا بد في تحقيقه من ملاحظة المباني المختلفة في كلا المسألتين أما المعاطاة فقد تقدم الاختلاف في كونها مفيدة للملكية او الاباحة. فعلى القول بكونها مفيدة للملكية، فاما ان نختار في وجهه: ان الفعل كالقول سبب لانشاء البيع، و ان السبب لانشاء البيع لا ينحصر في اللفظ فتكون المعاطاة كالبيع اللفظي في شمول نزاع الفضيولي عليه و ترتب الملكية عليها بلحوق الاجازة، على كلا المبنيين فيه من كون المفقودة من الشرط هو الرضا او الاستناد الى المالك لتحققها بالإجازة.

و اما ان نختار ما قرّرناه سابقاً من أن الإعطاء إيجاد لنفس مصداق التملك .

وعليه ربما يتوهم عدم جريان نزاع الفضوليّ فيه وعدم كفاية لحوق الإجازة في صيرورتها مستندة الى المالك لاستحالة انقلاب استناد ما تحقق من مصداق التملك عما وقع عليه، لكنّه فاسد. وتوضيحه: أنّ ما صدر من المتعاطين بملاحظة كونه امراً خارجياً حقيقياً ليس الا مجرد الاعطاء، ويترتب عليه ما كان له من الآثار، وليس ذلك الا الحرمة التكليفية من حيث وقوعه في المكان المغضوب او غيرها من الآثار التكليفية لكنّه قد ينطبق عليه عنوان اعتباريّ وهو التسليط. فلو كان التسليط لبعض جهات المال، يفيد فائدة العارية او الاجارة او الوديعة. وان كان لجميع جهاته، يفيد فائدة الهبة والبيع، فتكون هذه الآثار الوضعية مترتبة على الاعطاء بما هو منطبق لعنوان اعتباري دونه بما هو وجود خارجي حقيقي.

ثمّ أنّ التسليط أنّما ينفذ إذا تعلق بمال المعطي، فلو تعلق بمال غيره لم يثمر في ترتب أثر من الآثار المذكورة عليه، ويلزمه إعتبار أن يكون المعطى مالكاً فلو كان المعطى فاقداً لهذا الوصف لم يترتب على ما صدر عنه من التسليط أثر من آثاره، لكنّه يمكن ان يقترن به ما يوجب صرفه الى المالك وجعله مستنداً اليه اعني الاجازة، لما عرفت من أنّ العناوين الاعتبارية تقبل الاستناد الى غير من صدرت عنه بخلاف العناوين الحقيقية.

و اما على القول بكون المعاطاة مفيدة للاباحة، فالمختار فيما تفيده اما هو الاباحة الشرعية او الاباحة المالكية.

فعلى القول بكونها مفيدة للاباحة المالكية كان الحكم بترتبها على المعاطاة الصادرة من الفضوليّ تابعاً لدليلها - وهو السيرة - فلو عممناها على المعاطاة الصادرة عن الفضوليّ امكن القول بافادتها للاباحة، و اما لو خصصناها

للمعاطاة الصادرة من نفس المالك لم يكن وجه لافادتها للإباحة. وعلى القول بكونها مفيدة للإباحة المالكية فلو قلنا بأن الإباحة المالكية الحاصلة في المعاطاة هو الرضا القلبي، وهو أمر حقيقي لا يقبل الاستناد إلى الغير، توجه المنع عن صحة معاطاة الفضولي. وأما لو قلنا بأنها أمر انشائي يتسبب إلى تحققها بالاعطاء، كان قابلاً للاستناد إلى المالك بالإجازة، إلا أن الإباحة لما كانت من العقود الجائزة تحصل بمجرد الإجازة وتكون الإجازة بنفسها محققة لها من دون حاجة إلى انفاذ ما صدر عن الفضولي.

وبالجملة اعتبار المعاطاة الصادرة من الفضولي مفيدة للإباحة بلحوق إجازة المالك مع كون الإجازة مفيدة لها بنفسها أشبه شيء بالاكل من القفا، فيكون لغواً ساقطاً عن اعتبار العقلاء. ولا يتوهم الفرق بين ترتب الإباحة على المعاطاة بلحوق الإجازة وبين ترتبها على نفس الإجازة بأن الأولى تشمل أذيالها على التصرفات الواقعة من حين صدور المعاطاة على القول بالكشف، والثانية تتمحض لما بعد الإجازة. فإن المنكشف بالإجازة عند القائلين بالكشف هو الأثر الوضعية، والمفروض أن ما يترتب على صحة معاطاة الفضولي بلحوق الإجازة عليها ليس النفس الإباحة، ولا تؤثر الإباحة في الأثر الوضعي أعني جواز التملك من غيره على ما حققناه فيما تقدم، وأما الأثر التكليفي أعني حلية التصرف في مال الغير، وإن كان يترتب على الإباحة، لكنّها تنوط بالرضا وطيب النفس من المالك ولا يمكن تحققها قبل حصولها لقوله «ص» «لا يحلّ مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه».

الفصل السابع

في الاجازة والرد

وفيه مباحث:

المبحث الأوّل

في كون الاجازة كاشفة وناقلة

فاعلم أنّه وقع الخلاف بينهم بعد الفراغ عن صحّة بيع الفضولي بلحوق الإجازة في حدوث الملكية بها من حين العقد، او من حين لحوق الإجازة وهو المعبر عندهم بنزاع الكشف والنقل.

وجه القول بالنقل

أما وجه النقل فهو أنّ العقد علة ناقصة للملكية يتوقف استكمالها على لحوق الإجازة. فاذا لحقته الإجازة تستتم في عليته و تصير علة تامّة، فيتبعها حدوث الملكية من حين استتمامها، فإنّ الإجازة على أيّ المبنيين من كونها متممة لبيع الفضوليّ من حيث فقدته للرضا والاستناد، دخيل في عليّة العقد للملكية، فلا تحدث الملكية الا بعد تحققها، كما هو شأن سائر شرائط العقد كالتقابض مثلاً.

وأما وجه الكشف - والمراد منه كما شرنا اليه حدوث الملكية بالإجازة من حين العقد - فيستلزم التفكيك بين العلة التامة ومعلوها، وتحقق المعلول قبل تحقق العلة التامة. وبعبارة اخرى يستلزم التفكيك بين اليجاد والوجود، وهو

أمر غير معقول بعد اتحادهما حقيقة وكون التعدد بينهما اعتبارياً.
فهذه عويصة وقع القائلون بالكشف في محمصتها، بخلاف القول بالنقل،
فإنه بعينه هو مقتضى لزوم الاقتران بين العلة ومعلولها وتفصيل الكلام انّ
للكشف اقساماً ثلاثة.

اقسام الكشف

الكشف اللغوي

والمراد منه هو الذي استقرّ عليه اصطلاحهم في الأصول اعني ان تكون
الاجازة طريقاً محضاً إلى حدوث الملكية من حين العقد. وبعبارة أخرى: ان
تكون واسطة في الإثبات دون الثبوت بحيث أن يكون دخيلاً في حصول العلم
بتحقق الملكية من دون ان يكون له مدخلية في نفس تحققها، بدهاءة انّ العلم
والجهل لا يوجبان انقلاب الواقعيّات عمّا هي عليها، فيكون العقد بنفسه علة
تامة لحدوثها. وعليه يكون حدوث الملكية من حين العقد مطابقاً لمقتضى قاعدة
الاقتران بين العلة والمعلول، و يكون تأخرها عنه هو المستلزم للتفكيك بين العلة
والمعلول و بين اليجاد والوجود والكشف بهذا المعنى هو الذي ذهب اليه المحقق
الرشدي «ره» و ذكر أنّ الرضا انما اشترط به العقد بأعمّ من الفعلي والتقديري
منه، و أنّ الرضا التقديري ايضاً يكفي في صحته، وهو كون العقد بحيث لو علم
المالك بوقوعه لرضي به و هو امر مقارن للعقد.

فليست الاجازة حينئذٍ إلا كاشفة عن وجوده و محققة لمقدم الشرطية
المذكورة، وليس المعتبر في العقد هو تحقق مقدمها بالفعل، بل تحقق النسبة
اللزومية بين مقدمها - وهو العلم بالعقد - و تاليها - وهو الرضا - ولا يستلزم تحققها
تحقق المقدم والتالي بالفعل. بل لا ينافي تحقق السخط بالفعل في نفسه، كما
ذكره جماعة في دخول الصديق في البيت ولو كان صاحبه ساخطاً له فعلاً لعدم

علمه بكونه صديقاً له، و كونه بحيث لو علم به لرضي .
 وبالجملة إنّ الإجازة على هذا المبنى تكشف عن تحقق الشرط
 الواقعي من حين العقد من دون مدخلة لنفس الإجازة فيه اصلاً، بحيث لو علم
 بأنّ المالك يجوز العقد في المستقبل جاز ترتيب آثار الملكية و ان لم يعلم به فعلاً،
 و بعبارة اخرى: تكون الإجازة في الدلالة على كون العقد واجداً للشرط المعتر
 نيه بمنزلة قيام البيّنة على موت زيد في سالف الازمنة، فيترتب بقيامها احكامه
 عليه من حينه فتورث تركته ممّن يصلح له في ذلك الزمان دون من يصلح له في
 حين قيام البيّنة. و على هذا تندفع الاستحالات المذكورة طراً لكنه مردود من
 وجوه.

الاول أنّه يعتبر في صحة عقد الفضولي صيرورته مستنداً الى المالك ولا
 يحصل الاستناد الا بالإجازة.

الثاني أنّ المعتر فيها من الرضا هو الفعلي منه كما تقتضيه آية التراضي، و أمّا
 ما تقدم من ذهاب جماعة الى كفاية الرضا التقديري في الدخول الى بيت
 الصديق أنّها هي في الاحكام التكليفية، على ما هو مقتضى دليلها من قوله
 صلّى الله عليه وآله «لا يحلّ مال امرء مسلم الاّ عن طيب نفسه» (١). و بالجملة
 أنّ المعتر في ترتب الاثار الوضعية حصول التراضي، و في حصول الاثار
 التكليفية حصول طيب النفس، و كم فرقاً بينهما.

الثالث أنّ الإجازة لا تكشف عن وجود الرضا التقديري للمالك اعني
 كونه بحيث لو علم به لرضي . بل ربما يكون ساخطاً لوقوع العقد ثمّ ينقلب
 سخطه الى الرضا.

(١) قد تقدّم متّافياً مرّ أنّ سوق هذه الرواية لاجل عدم جواز التصرف فيما يدفعه المالك باكره
 الغير، فليست في مقام بيان جميع ما يعتبر في حل التصرف في مال الغير حتى يتمسك باطلاقها على
 كفاية مجرد طيب النفس عن السخط، و لومع عدم تحقق الرضا فيها فعلاً.

الكشف الحقيقي

وقد سلك القائلون به مسالك مختلفة نذكرها على التفصيل ليتضح حقيقة مرامهم.

المسلك الأوّل

ما ذكره صاحب الفصول «قده» وتوضيحه: أنّ الأمر المتأخّر ربّما يكون دخیلاً في تحقّق وصف مقدم عنه مقارنة لتحقّق الموصوف، ويكون المعتبر في حكمه هو الوصف المقارن له دون ذلك الأمر المتأخّر، كالجنين حيث اعتبر في توريثه كونه ولداً ينفصل، فالإنفصال أمر متأخّر يؤثر في توصيف الولد فعلاً بأنّه ولد ينفصل.

ومن هذا القبيل لحوق الإجازة بعقد الفضوليّ فإنّه أنّما يؤثر في حصول وصف مقارنة له اعني كونه ملحوقاً بالإجازة ومتعقباً لها، وهو وصف موجود في حين تحقّق العقد، والمعتبر في صحة العقد هو هذا الوصف دون نفس الإجازة المتأخّرة عنه. وذكر أنّ كلّما زعموا كون الشرط فيه شرطاً متأخراً من هذا القبيل، والشرط في الحقيقة هو الوصف المقارن دون الأمر المتأخّر، وان كان هو المؤثر في حصول الوصف المذكور في حين تحقّق الموصوف. وليس من البعيد تأثير الأمر المتأخّر زماناً في حصول وصف فعلاً بل هو من الأمور الشايحة، فيوصف اليوم بأنّه مقدم للغد مع أنّ الغد أمر متأخّر عنه. ويوصف الخروج لقدم احد بالاستقبال، بملاحظة قدومه وهو أمر متأخّر، مع أنّه لولا قدومه لم يصدق عليه عنوان الاستقبال. ويوصف أول الشهر بعنوانه في قبال آخرها مع أنّه امر غير متحقّق في حينه. وكذا يوصف آخر الشهر بعنوانه في قبال أولها مع أنّه أمر قد انعدم في حينه، وله نظائر كثيرة.

و توضيح التقريب فيما نحن فيه أن عموم آية الوفاء يشمل جميع اقسام العقد، وهي اربعة، المقارن بالرضا، والمسبوق به، والملحوق به، والفاقد له في جميع الازمنة. وقد خرج من تحتها الأخير من الاقسام بمقتضى آية التراضي، وبقي في تحتها بقية الاقسام باجمعها. فالعقد الملحوق بالرضا كالمسبوق والمقارن له مشمول لآية الوفاء بالعقود من غير فرق بينه وبينها اصلاً لاشتمال جميعها على الشرط فعلاً.

وفيه أولاً: أن المعتبر في صحة العقد بمقتضى الآية الشريفة هو ذات الرضا دون الاوصاف الثلاثة المذكورة، اعني كون العقد مسبقاً او مقارناً او ملحوقاً بالرضا. نعم لا بأس بالالتزام به فيما كان له دليل كالجنين، لما قام الدليل على تورث ولد لم ينفصل بعد. فالمعتبر بمقتضاه هو الوصف الفعلي دون الانفصال المتأخر، واما فيما نحن فيه فالمعتبر بحسب مدلول الآية الشريفة هو نفس الرضا وهو أمر متأخر عن عقد الفضولي.

وثانياً: إن انتزاع الوصف للأمر الموجود فعلاً من الأمر المتأخر عنه إنما هو في الاضافات الاعتبارية، واما الاضافات المقولية الحقيقية الموجودة في الخارج بانفسها وبنشأ انتزاعها كالأبوة والبنوة، فلا يعقل تحققها الا بعد اجتماع طرفي الاضافة في الوجود، ولا يعقل انتزاعها بمجرد تحقق احد طرفي الإضافة.

واما الاضافات الاعتبارية فليس يستحيل فيها تأثير أمر متأخر عن أمر متقدم منها، وسيجيئ أن تأثير الاجازة في صحة العقد من جملة التأثيرات الاعتبارية، بل العقد والإجازة واشتراطها في العقد كلها من الاعتباريات. وعليه لا بأس بانتزاع وصف الملحوقية للعقد من الإجازة المتأخرة عنه، لكن مع بناء الأمر عليه لا يبقى مجال الى الإلتجاء في تأثير الإجازة في العقد المتقدم الى تأويل الشرط بالوصف المقارن اصلاً كما سيأتي.

المسلك الثاني

كون الاجازة بوجودها الخارجي شرطاً في تأثير العقد السابق ويكون حقيقة الشرط هو نفس الاجازة دون التعقب وغيره من العناوين المنتزعة منها، فالمؤثر في صحة عقد الفضولي هو نفس الوجود المتأخر للاجازة، وهذا هو المصدق الحقيقي للشرط المتأخر بل هو احد الأمثلة التي ذكروا له. والمحذور فيه استحالة تفكيك العلة عن معلولها، مع أنه لا يمكن تخلل الفصل بين العلة والمعلول الا بقاء الترتيب، واما من حيث الزمان فلا بد من وجودهما في زمان واحد. ومن المعلوم الذي لا يطرق عليه التريده ان العلة التامة تتركب من امور ثلاثة، كل واحد منها دخيل في حصول المعلول، ومنها وجود الشرط فيستحيل تأخره عن وجود المعلول، وقد ذكر في كلمات القوم وجوه كثيرة في دفعه يوجب تفصيلها تطويلاً في المقام ولنذكر منها وجوهاً.

الوجوه المذكورة لدفع اشكال هذا المسلك

منها

ما ذكره صاحب الجواهر «قده» من أن الاستحالة المذكورة إنما هي في العقليات دون الشرعيّات فايراد الاستحالة فيها مذكور في غير محله. وربما اجيب عنه بانّ الأمور المستحيلة يمتنع تحققها سواء كان في العقل او الشرع فالتناقض مستحيل في أي موطن فرض تحققه في الشرعيّات او العقليات وكذلك سائر المستحيلات.

ومنها

ما ذكره المحقق الخراساني «قده» في الكفاية وفيما علقها على الفقه

والأصول، ومحصله: أنّ الإرادة من الامور الذهنيّة فلا تتعلّق الا بما وجد في ظرف الذهن فالدخيل في احكام المولى وضعيها وتكليفها ليس الا لحاظ الأمور، وهو أمر مقارن لها سواء كان الملحوظ أمراً متقدماً او مقارناً او متأخراً. وبالجملة المقتضي، والشرط، وجميع ماله دخل في تحقق ارادة المولى ليس إلا ما وجد في ذهن المولى، والآ فلا يعقل مدخليّة الخارج في الإرادة الذهنيّة.

قلت: ما ذكره بظاهره ممّا يقتضيه البرهان الا أنّه وقع مغالطة فيه لا بدّ من التنبيه عليها وهو أنّ الدخيل في تحقق الإرادة، سواء كان بنحو الاقتضاء او الشرطية هو اللّحاظ الذهني الا أنّه بما هو مرآة وكاشف عن الخارج، دونه بما له تقوم ذهني. بدهاة أنّ المصالح والمفاسد المرتبة على الامور التي توجب إرادة المولى وتقتضي حكمه، إنّما تترتب على الوجودات الخارجيّة، دون الوجودات الذهنيّة، لكنّ الإرادة لما كانت مستحيلة التعلّق بالخارج تعلّقت لاحالة باللّحاظ الموجود في الذهن بما هو مرآة عن الخارج، وبعبارة اخرى المناط في حكم المولى و ارادته هو العلم، و حقيقته الكاشفية المحضة عن الخارجيات. و بالجملة المقتضي للحكم بالملكية هو العقد الخارجي بحقيقته الملفوظة دون لحاظه و تصوره، وكذا الشرط له هو الإجازة بوجودها الخارجي، فيعود اشكال الشرط المتأخر، واستحالة تأثير الامر المتأخر في الامر المتقدم منه.

ومنها

ما هو مقتضى التحقيق من الفرق بين الامور الحقيقيّة المقوليّة والامور الاعتباريّة التي ليس لها حقيقة الا مجرد التشبيه وتزويل المعدوم منزلة الموجود، كدعوى كون زيد أسداً ادعاءً وكونه منزلاً بمنزلة الأسد (١) ولا يجري فيها

(١) قد تقدم ممّا تفصيل القول في حقيقة الاعتباريات واحكامها في أول الكتاب فراجع.

الاستحالات الجارية في الامور الحقيقية المقولية الا فيما كان واجداً لملاكها. و بالجملة لا بد من ملاحظة ملاك كل استحالة والحكم بها عند تحقق ملاكها.

التحقيق في دفع الاشكال

والتحقيق في المقام انه يجوز اعتبار الشرط المتأخر في حصول الملكية المتقدمة مع انه لا يجوز تأخر الشرط.

توضيحه: انه لا يستحيل التفكيك بين العلة والمعلول في الاعتباريات، وانه يجوز تقدم المعلول على العلة وبالعكس، كيف؟ والإستحالة جارية على القول بالنقل أيضاً، لما يلزم عليه أيضاً التفكيك بين العلة والمعلول، لتقدم العقد على الملكية الحاصلة من حين الإجازة زماناً.

وبالجملة لا بأس بالتفكيك بين العلة والمعلول في الإعتباريات، ولكنه يستحيل تأخر الشرط فيها أيضاً، فان تأخره مساوق لعدم تحققه في الظرف الذي اعتبرت شرطيته فيه ولا يعقل تحقق المشروط بدون شرطه كما انه لو اعتبرت شرطيته في الظرف المتأخر لا يكفي تحققه في الحال، لعدم تحققه في الظرف الذي اعتبرت شرطيته فيه.

والحاصل انه ليس كل حكم يجري في الحقايق والامور المقولية، يجري في الاعتباريات أيضاً، وليس وزانها وزان الحقايق في جميع الأحكام. بل لا بد من ملاحظة البرهان المؤدي الى ثبوت كل حكم في الحقايق فان كان قائماً في الاعتباريات أيضاً يجري الحكم فيها، والا فلا تلازم بين وجود حكم في الحقايق ووجوده في الاعتباريات (١) فالتناقض مع كون استحالة وقوعه في الحقايق من البديهيات، لا يستحيل وقوعه في الاعتباريات، لجواز اعتبار

(١) قد تقدم منا الكلام في جريان البراهين في الاعتباريات في اوائل الكتاب فراجع.

اجتماع الوجود مع العدم.

ومن هنا يعلم بطلان ما ذكره وجهاً لعدم جواز اجتماع الأمر والنهي من كون الأحكام الخمسة متضادات بأسرها.

توضيحه: أنّ الضدان أمران وجوديان، والأمر الاعتبارية ليس لها وجود حقيقة، بل هي اعدام منزلة بمنزلة الوجودات فلا يكون فيها امران متضادان وقع التضاد بينهما، نعم يستحيل اجتماع الأمر والنهي لاجل جريان برهان آخر فيه وهو برهان الخلف. وبالجملة لا يصح إطلاق المتضادين على الأمر والنهي بمعناه المصطلح، ولو اطلق فأنما يراد منه التضاد اللغوي.

وقد تحصل ممّا ذكرنا أنّه لا يجري استحالة التفكيك بين العلة والمعلول في الاعتباريات، لعدم جريان ملاكها فيها، وهو لزوم تقدم الشيء على نفسه. ويجري فيها برهان الخلف، كما لو فرض تأخر الشرط مع تقدم المعلول، وأما لو فرض اعتبار شرطية ما هو المتأخر، لا يجري فيها برهان الخلف، فليس فيه استحالة اصلاً (١).

وتتميم البحث أنّ حقيقة الاعتبار هو الفرض والتزويل وليس يلزم منه ترتّب جميع الاثار المترتبة على الحقيقة على ما اعتبر ونزل بمنزلتها فزيد إذا اعتبر كونه اسداً ليس يلزم ترتّب جميع آثار الأسد عليه، بل مجرد الشجاعة فقط. وإن شئت تبين المطلب في المقام فعليك بملاحظة ما ذكره بعض المحققين من كون الملكية إعتبار مقولة الجدة وهي احاطة شيء بشيء بنحو خاص، فإذا اعتبر تحقّقها بين زيد وماله، لا يترتب عليه جميع آثار مقولة الجدة. ولذا لا يلزم منه احاطة زيد بمملوكه، بل ربّما يكون المملوك عقاراً وضيعاً في صقع بعيد

(١) قد تقدّم ممّا في اوائل الكتاب أنّه لا مانع عن جريان البرهان وغيره من الاقيسة بما هي في الاعتباريات اذا استكملت شرائط استنتاجها بحسب المادة والهيئة.

من الأرض لا تصل يده إليها. والمرتب عليه من احكام الجدة هو السلطنة الحاصلة للمحيط على المحاط (١) او كون الملكية اعتبار مقولة الاضافة - ومن جملة احكامها لزوم كون طرفي الاضافة موجودين في الخارج بالفعل - لكن الملكية ربما تتحقق مع عدم كون أحد طرفيها او كليهما موجوداً بالفعل، كما اذا كانا كليين، و يجوز وقف الاولاد و تملك بطن بعد بطن.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه لوقلنا بكون المجعول في باب الاسباب الشرعية هو نفس السببية والعلية، يكون المجعول في العقود عليا للعقد للملكية، لكنه لا يترتب عليها جميع الاحكام المترتبة على العلية في الامور الحقيقية، لعدم جريان جميع البراهين الجارية في العلية الحقيقية فيها (٢).

(١) السلطنة ثابتة في مورد مقولة الجدة للمحاط دون المحيط، لكون حقيقة الجدة على ما ذكروها احاطة شيء بشيء بحيث ينتقل المحيط بانتقال المحاط.

(٢) قد عرفت مما ان مناط جريان البرهان في الاعتبارات جريانه في الاعتبار اعني تحيلها ولحاطها، لكون تحققها ووجودها عين وجود التخيل واللحاط. فاعلم ان العلة والسبب والمقتضى والشرط وما ساقها، يكون في الامور الاعتبارية على انحاء ثلاثة.

الاول: تعلق الاعتبار بكون شيء سبباً او مقتضياً او شرطاً، وهو المعبر عنه بان المجعول نفس السببية والشرطية. وعليه لا فرق في جريان برهان الخلف في الاحكام الثلاثة المذكورة في كلام الاستاذ «قده» من غير فرق بين الاول منها والاخرين. اما تقدم المقتضى على المعلول زماناً فلعين ما ذكره الاستاذ «قده» في الأول، من ان المقتضى ما يتولد منه المعلول، ففرض حدوث المعلول مع كون المقتضى معدوماً فعلاً فرض عدم تولده منه، سواء كان موجوداً من قبل او كان يوجد فيما بعد. واما الشرط المتأخر مع تقدم تحقق المشروط عليه، فلان الشرط ما تعلق واشترط وجود المعلول بوجوده، ففرض تحقق المعلول مع كون الشرط معدوماً فعلاً فرض عدم تعلقه به.

والثاني: اعتبار تحقق شيء عند تحقق شيء فينتزع منه العلية، او اعتبار عدم تحققه الا عند تحقق شيء وينتزع منه الشرطية. وهذا القسم لا يجري فيه حكم العلة والشرط بل يتبع نحوه اعتبار المعبر، فان اعتبر مقارنتها زماناً يؤخذ به، وان اعتبر تحقق الشيء لو تحقق شيء فعلاً او تحقق في الماضي او كان يتحقق فيما يأتي، من غير اشتراط المقارنة يؤخذ به أيضاً.

فمن جملة احكامها استحالة وجود المعلول قبل وجود المقتضي ، وهذه جارية في العلية الاعتبارية . فانّ المقتضي ما يتولد منه وجود المعلول ، فلو فرض وجود المعلول قبل وجود علته يلزم الخلف .

ومن جملة احكامها استحالة وجود العلة قبل وجود المعلول زماناً . وهذه غير جارية في الاعتباريات لعدم جريان برهان لزوم تقدم الشيء على نفسه فيها كما تقدم ، وإلا كان من اللازم اجتماع أجزاء العقد من أول حروفها الى آخرها في الوجود مع أنه غير معتبر قطعاً ، بل يجوز الفصل بين الايجاب والقبول بما لا يقدر عرفاً . فلا وقع لاشكال فخر المحققين ، وليس يصح قياس حروف العقد بالمعدات المتدرجة الحصول في الامور الحقيقية ، كوضع القدم على كلّ عتبة عتبة من المرقاة فإنّها معدات متدرجة للكون على السطح . لأنّ المتدرجة من المعدات يكون كلّ واحدة منها علة برأسها يؤثر في تحقق معلول مقارن لها ، فالقدم الاوّل علة للكون على العتبة الاولى ، والقدم الثاني علة للكون على العتبة الثانية ، والعلة للكون على السطح هي القدم الأخير . وهذا بخلاف حروف العقد فانّ الملكية امر بسيط يترتب على مجموعها ، وليس يترتب على كلّ واحدة منها معلول مستقل .

الثالث : اقتضاء شيء او شرطيته واقعاً في حدوث امر اعتباري بماله من الوجود الحقيقي الذي هو عين وجود الاعتبار ، اعني التخيل واللاحظ - كما تقدمت متافيل هذا - بان يكون شرطاً او مقتضياً ، وان كان المقتضي في الحقيقة هو النفس المتخيلة وغيره شرط في تحققه .

فلما كان التخيل أمراً ذهنياً يكون المؤثر فيه من الشرط او المقتضي أمراً ذهنياً لا محالة ، فتحقق الشرط او المقتضي في الخارج إنّما يؤثر فيه بما تحكى عنه الصورة الذهنية ، وبما هو منطبع في مرآة الذهن . وعليه يمكن كون الشرط او المقتضي تحقق أمر في الخارج في الماضي او المستقبل كما يمكن كونها هو تحققه فعلاً لاشتراكهما في الانطباع في الصورة الذهنية فعلاً ، وبعبارة اخرى في وجودها بالوجود الذهني فعلاً ولو بوصف المضى او الاستقبال . لكنّه اذا كان المقتضي او الشرط هو تحققه بالفعل لا يكفي ذلك في تحقق المعلول لعدم حكاية مرآة الذهن عن تحققه فعلاً بل في الماضي او المستقبل .

ومن جملة احكامها استحالة شرطية الأمر المتأخر في وجود الامر المتقدم، وهذه ايضاً غير جارية في الإعتباريات، لعدم جريان برهان الخلف فيها، كما كان يجري في إستحالة تأخر المقتضي .

توضيح الفرق بينهما أنّ المقتضي ما يتولد و يترشح منه وجود المعلول قبل وجود المقتضي ويلزمه أن لا يكون مترشحاً و متولداً من المقتضي المتأخر بخلاف الشرط، فإنه لا يؤثر في وجود المعلول، بل في قابلية المحل، فلا يجري فيه برهان الخلف الجاري في تأخر المقتضي عن وجود المعلول. ولو قلنا بأنّ الجعل في الاسباب والمسببات الجعلية لا يتعلّق بالسببية بل بالمجول وجود المسبب عند وجود السبب فالأمر اسهل، لكون زمام الاعتباريات بيد معتبرها فيجوز له اعتبار الملكية اذا كان الشرط المتأخر محققاً في ظرف تحققه وان لم يعلم به المكلف، كما في الاغسال المتأخرة للمستحاضة حيث اعتبرت في صحّة الصوم المتقدم. نعم لو كان الشرط هو وجود شيء في ظرف الحال يكون تأخره مع اعتبار الملكية فعلاً مستلزماً للخلف، وليس اعتبار الرضا المتأخر من قبيل الشرط المتأخر بل من قبيل كون المتأخر شرطاً.

ومما ذكرنا يعلم القدح فيما ذكره المحقق النائيني «قده» حيث قال: انه لا يعقل تحقق المعلول بدون تحقق اجزاء علته، فإنّ حكم العلل التشريعية حكم العلل التكوينية، سواء قلنا بجعل السببية ام قلنا بجعل الاحكام عند تحقق اسبابها. أمّا على الاوّل فكما لا يمكن تحقق المعلول بدون علته في التكوينية كذلك لا يمكن تحقق الملكية بلا اجازة، لأنّ الشارع انشأ السببية للايجاب والقبول والرضا. واما على الثاني يكون الحكم بالملكية على نحو القضية الحقيقية على الموضوعات المقدره وجودها، بحيث انحل هذا الحكم الى احكام عديدة، كحكمه بوجوب الحج على المستطيع فكيف يعقل تحقق الحكم وفعليته قبل الاستطاعة. فكون الاجازة بوجودها العيني شرطاً لتحقيق الملكية ومع ذلك

يحصل بالإيجاب والقبول موجب لتحقيق الحكم بلا موضوعه، نظير تحقق المعلول التكويني بلا علته. فعلى هذا كل ما ورد في الشريعة فلا بد من حمله بدليل الاقتضاء على أنّ الشرط هو الوصف الانتزاعي - الى ان قال - نعم يرد اشكال تأثير المعلوم في الموجود لكنه ليس باشكال أصلاً لأنّ المؤثر في المعلول المترتب على الامور التدريجية كالكون على السطح المترتب على الصعود درجة درجة هو الجزء الأخير و سائر الامور معدات، انتهى كلامه.

اقول: وفي كلامه مواقع للنظر يعلم وجهه مما ذكرنا.

أما ما ذكره من أنّ حكم العلل التشريعية حكم العلل التكوينية، فقد عرفت أنه لا يجري في العلل التشريعية جميع ما يجزي في العلل التكوينية، بل هي تابعة لملاكها و متوقفة على سريانه. وقد عرفت أيضاً أنه لا بأس باعتبار الشرط امراً متأخراً عن المعلول لعدم وجود برهان يقتضي المنع عنه، والذي يقتضي البرهان المنع عنه هو تأخر الشرط، لاستلزامه الخلف في الفرض (١).

و اما ما ذكره من ارجاع الشرط إلى كونه قيداً للعقد و أنه لا بد أن يكون القيد هو الوصف المنتزع منه، فنقول: أنّ اعتبار الشارع لثبوت الملكية من حين العقد بملاحظة وجود الشرط في موطنه اعني ظرف التأخر، و ان لم يعلم المكلف بوجوده، ليس فيه جهة استحالة والذي يوجب جعل القيد هو الوصف المنتزع من الرضا نفس وجوده - على تقدير تسليم ما ذكره من ارجاع الشرط الى قيد الموضوع - أنّ المصدر بما هو لا يصلح لأن يقع قيداً للموضوع بل لا بد من إرجاعه الى وصف لا أنّ الرضا بوجوده الخارجي لا يعقل ان يكون دخیلاً في الحكم بالملكية.

وما ذكره اخيراً في دفع اشكال تقدم العلة على المعلول من كون اجزاء

(١) قد عرفت تفصيل الكلام فيه في التعليقة المقدمة فراجع.

العقد معدات لحصول الملكية، فقد عرفت ما فيه وما هو مقتضى التحقيق، فلا نطيل بالاعادة.

المسلك الثالث

ان يكون العقد مؤثراً في حصول الملكية من حين الإجازة لكن الملكية التي يحدثها العقد في حين الإجازة هي ملكية ممتدة الى حين العقد، فتكون الإجازة بناء على ما قدمناه محدثة لسببية العقد للملكية من حينه (١) و اطلاق الشرط عليها حينئذٍ مبني على التسامح، لكون الشرط هو ما يوجب تتميم فاعلية الفاعل او تتميم قابلية القابل، فيصير العقد سبباً للملكية من حين الاجازة، فيرتفع اشكال الشرط المتأخر رأساً لعدم كون الإجازة حينئذٍ دخيلاً في التأثير المتقدم بل في التأثير الفعلي المقارن لها. وهذا مسلك ذكره بعض المتقدمين و اعترض عليه الشيخ «ره» بوجوه، وهو المسلك الذي تلقيناه بالقبول، و تصدينا لدفع الاشكالات الواردة عليها برمتها.

اشكالاته

والاشكال السديد الذي لو اندفع لم يبق وقع لبقية الاشكالات امران.

الاشكال الاول

ان مقتضاه انفكاك التأثير عن الأثر والإيجاد عن الوجود، لكون المفروض فيه أنّ التأثير من حين الإجازة مع أنّ الأثر أعني حصول الملكية من حين

(١) وذلك يكون لا محالة بعد وجود قابلية واقتضاء في العقد، توجب الإجازة صيرورته سبباً فعلياً، وهذا نوع من انواع الشرط، يكون مقرباً للأثر منه، و متمماً له في الاقتضاء. فانّ للمقتضي والشرط انواعاً لا يسع المجال لبيانها.

العقد وهو محال لكون الایجاد والوجود والتأثیر والأثر امرأً واحداً، اذا نسب إلى المعلول یعبر عنه بالوجود والأثر، و اذا نسب إلى الفاعل والعلة یعبر عنه بالایجاد والتأثیر.

الاشكال الثاني

استلزامه لاجتماع مالکین على مملوك واحد في المدة المتخللة بين العقد والایجازة، لكون المفروض عدم حصول الانتقال الى المشتري الى حين الإجازة وأنما يحدثه العقد من حينها، فيكون المبيع باقياً على ملك مالکة الاول، والمفروض ايضاً سببية العقد في حين الإجازة لحدوث الملكية المستمرة الى حين العقد للمشتري، فيلزم اجتماع مالکین على مملوك واحد وهو محال. واما ما ذكره الشيخ «ره» في الاشكال عليه فتلاثة.

الاشكال الأوّل

أنّ الملكية الحادثة في حين الإجازة أنما تكون ممتدة الى حين العقد اذا كان مضمون العقد هو الملكية من حينه، فيكون تأثير العقد حينئذٍ في الملكية من حينه، وهو باطل فإنّ مضمون العقد هو نفسى الملكية من غير تقييد بكونها من حينه.

الاشكال الثاني

أنّه يلزم انقلاب العقد عمّا هو عليه لصيرورة العقد المحقق في الخارج على صفة عدم التأثير منقلباً بلحوق الإجازة الى كونه مؤثراً ومتصفاً بوصف التأثير.

الاشكال الثالث:

فقدان الدليل على كون الإجازة موجبة لحدوث وصف التأثير في العقد،

وأنما قام الدليل على مجرد وقوع مضمون العقد اعني الملكية و تقريب تأثير العقد الفضولي في الملكية من حينه بوجوه.

التقريب الاوّل

ان تكون الإجازة شرطاً في تأثير بان يكون العقد تاماً في اقتضائه للملكية وتكون الإجازة شرطاً في تأثيره، فاذا لحقته الإجازة يؤثر في حصول الملكية من حينه. وبعبارة اخرى يكون تأثير العقد في حدوث الملكية من حين لحوق الشرط عليه اعني الإجازة لكنّ الحادث بالعقد في حين الإجازة هو الملكية الممتدة الى حين العقد.

ولا يتطرق الى هذا التقريب الوجهان الأخيران ممّا ذكره الشيخ في الاشكال، فإنّ مقتضاه كون العقد قبل الإجازة على صفة الاقتضاء ولم ينقلب عنه الى غيره بعد الإجازة، بل صار واجداً للشرط اعني الإجازة بعد ما كان فاقداً له. ولم توجد في العقد صفة بسبب الإجازة حتى يحتاج الى الدليل، فيورد عليه بأنّه لا دليل على حدوث الملكية من دون حدوث وصف في العقد، فإنّ العقد كان واجداً لوصف الاقتضاء قبل الاجازة، والإجازة أنّما يؤثر في حدوث الملكية لاستكمال العلة التامة المركبة من انّ المقتضي والشرط وعدم المانع بمصوبها، لكون المقتضي اعني العقد موجوداً قبل الاجازة، فإذا تحققت تحصل العلة التامة لا محالة.

نعم يتوجّه اليه الاشكال الاوّل ممّا ذكره «ره» وهو عدم كون العقد مقتضياً لحصول الملكية من حينه. ويدفعه ايضاً أنّ التقريب يتمّ فيما لو فرض كون صريح العقد حدوث الملكية من حينه، كما لو أجز بيئاً له من أوّل الشهر فالملكية الحادثة بعد الاجازة هي الملكية من أوّل الشهر، وفي قوة هذا التصريح اطلاق العقد، لاقتضائه حدوث الملكية من حينه.

التقريب الثاني

ان تكون الإجازة محدثة لوصف التأثير في حدوث الملكية للعقد، فيصير العقد بتحقق الإجازة مؤثراً في إحداث الملكية من حينه. وان شئت تنظيره بالمثال فمثله بحكم العامي اذا أجازته الفقيه الحاكم، فلو فرضنا نفوذ حكم العامي بإجازة الحاكم بعد ما لم يكن نافذاً بنفسه تكون الإجازة محدثة في حكمه وصف التأثير من حينه، ويترتب عليه بالإجازة ماله من الآثار قبلها، فكذلك إجازة المالك لبيع الفضولي يوجب تأثير العقد في الملكية، فاذا صار العقد مؤثراً تحدث الملكية من حينه كما لو كان مؤثراً من دون الإجازة ويترتب عليها آثارها، فلو تصرف البايع الى الفضولي في المبيع يضمنه للمالك الثمن، لما يصدق عليه من اتلف مال الغير فهو له ضامن، لتبدل إضافته الى مالكه الاول، الى مالك الثمن بإجازته من حين العقد.

ولا يتوجه على هذا التقريب الاشكال الاول مما ذكره الشيخ «ره» نعم يتوجه اليه الأخير أنّ مما ذكره من الاشكالات، وهما انقلاب العقد بعد تحققه بوصف عدم التأثير الى كونه مؤثراً فيها (١) وعدم وجود الدليل على احداث

(١) لا يخفى أنّ اشكال الانقلاب مندفع من رأسه لما تقدّم من أنّ وجود الأمر الإعتباري في الخارج لا ينفك عن وجود الاعتبار، ومن المعلوم أنّه لا يلزم من صيرورة العقد مؤثراً في الملكية بالإجازة من حينه، انقلاب في الاعتبار، بل أنّها يلزم تبدل اعتبار حاصل في زمان الى اعتبار آخر في زمان آخر. وتوضيحه أنّ العقد يعتبره العقلاء في زمان عدم تحقق الإجازة، غير مؤثر في الملكية، ولا يعتبرونه مؤثراً فيها، واما بعد تحقق الإجازة فيتبدل اعتبارهم، فيعتبرونه مؤثراً، فما وقع وهو الاعتبار الحاصل منهم في زمان عدم تحقق الإجازة لم ينقلب الى غيره، واما حدث لهم اعتبار آخر في زمان تحقق الإجازة.

و اما الاشكال الاخير فهو واضح الاندفاع بعد ثبوت ما ذكرنا من العرف والعقلاء، لكفاية مجرد عدم ثبوت الردع عنه في ثبوته شرعاً.

الإجازة لوصف التأثير في العقد، و إنما قام الدليل على حصول مضمونه اعني الملكية فقط.

التقريب الثالث .

التقريب المبني على ما هو مقتضى التحقيق فيما تقدم وهو ان يحدث بالإجازة استناد العقد الى المالك فيصير العقد بلحوق الإجازة مستنداً اليه من حينه، فيؤثر في حدوث الملكية من حينه لاحالة. ولا يتوجه اليه شيء من الاشكالات المذكورة، «اما الاشكال الاول» فهو واضح الاندفاع «واما الاشكال الانقلاب» اعني انقلاب ما هو غير مؤثراً الى كونه مؤثر، فوجه اندفاعه: انّ ما وقع غير مؤثر لم ينقلب الى التأثير، وما هو مؤثر لم يقع غير مؤثر. فانّ الواقع من العقد قبل الاجازة غير مؤثر في حصول الملكية هو العقد الغير المستند الى المالك، وهو لم يصير مؤثراً بعد الاجازة حتى يلزم الانقلاب، والمؤثر في الملكية بعد الاجازة هو العقد المستند الى المالك، وهو لم يتحقق قبل الإجازة.

«واما الاشكال الثالث» اعني فقد الدليل فلانّ المفروض في الاشكال فقد الدليل على تأثير الإجازة في جعل العقد مؤثراً في الملكية وهو غير مذكور في هذا التقريب، بل المذكور فيه تأثير الإجازة في صيرورة العقد مستنداً اليه فيشملة اوفوا بالعقود.

واما ما ذكرنا من الوجهين في الاشكال وهما العمدة في دعوى استحالة الإلتزام بالكشف الحقيقي بهذه الطريقة - وهي الطريقة الحقيقية في السلوك الى الكشف الحقيقي - فالإلتزام بها، التزم بالكشف الحقيقي بتكرار وصف الحقيقة، وهو مبني على مزيد الاتقان ولا يتطرق اليه جهة بطلان.

فالوجه في اندفاع الاول منها، منع استحالة اجتماع المالكين على مملوك

واحد (١) ومما يشهد له انّ المالكية والمملوكية طرفان لاضافة واحدة، فلو استحال التعدد في جانب استحال التعدد في الجانب الاخر.

و بالجمله لا تمنع بين مالكين و يجوز ان يكون مملوك واحد طرف اضافة لمالكين كما أنّ المالك الواحد يجوز ان يكون طرف اضافة لمملوكين، وان التمانع انما هو بين الاثار والاحكام المترتبة على كلّ من المالكين اعني السلطنة فلو امكن رفع التمانع والتنافي بين آثارهما، لم يبق وجه استحالة لاجتماع مالكين، اما بتقييد سلطنة كلّ منهما بسلطنة الاخر بان يكون كلّ منهما سلطاناً على المملوك، في قبال غيرهما، دونه في قبال الاخر كما في المال المشترك على الاشاعة بين مالكين. بناء على مذهب جماعة من كون كل جزء جزء من اجزاء المال مملوكاً لكليهما فيكون كلّ منهما سلطاناً له في قبال غيرهما و اما بتقييد سلطنة كلّ منهما بحسب الازمان، بان يكون كلّ منهما سلطاناً عليه في زمان، فلم تجتمع السلطنة عن كلّ منهما عليه في زمان واحد حتى يلزم التنافي بينهما. ومحصله تقسيم الاحكام المتنافية بينهما بحسب الازمان فيترتب عليه آثار ملكية احدهما في زمان، و آثار ملكية الاخر في زمان آخر (٢).

(١) قد تقدم متى وجه استحالة اجتماع مالكين على مملوك واحد، وهو منافاته لحقيقة الملكية، بخلاف اجتماع مملوكين لمالك واحد، واما كون مال واحد بجميع اجزائه ملكاً لمالكين على الاشاعة، فاعتباره اعتبار كونه ملكاً لمجموعها، ومقتضاه تسلط مجموعها عليه دون كلّ واحد منهما.

(٢) ليس هذا تقسيماً وتخصيصاً في احكام كلّ واحدة منهما، بل هو مقتضى ترتب آثار الملكية على كلّ واحدة منها عند تحققها. وقد عرفت منّا أنّ تحقق الملكية خارجاً بتحقق اعتبارها، بل كان وجودها عين وجوده. فقبل تحقق الإجازة يترتب احكام ملكية المالك الأول، لكون المتحقق قبل الإجازة هو اعتبارها، و بعد تحقق الإجازة يترتب احكام ملكية المشتري، لكون المتحقق بعد الإجازة هو اعتبار الملكية للمشتري. وقد تقدم منّا توضيح الكلام فيه عن قريب فراجع.

و اما الاشكال الثاني فتوضيح اندفاعه: أنه كما أن تأثير العقد من حين الاجازة كذلك وجود الملكية من حينها، لكن الموجود بهذا الوجود الحادث من حين الاجازة هو الملكية الممتدة الى حين صدور العقد، فلا يلزم تفكيك بين وجود التأثير ووجود الاثر (١) غاية الأمر كون الأثر وجود ملكية ممتدة الى السابق، كما أنه يمكن تأثير العقد في وجود ملكية ممتدة الى اللاحق، كعقد الوقف على البطون المتواليه فهو يوجب وجود الملكية للمال الموقوف الى يوم القيمة. وبالجملة كما أن الحادث بالعقد في وقف البطون المتواليه وجود ملكية كان امدها الى المستقبل بل الى يوم القيمة، كذلك الحادث بالعقد في حين الإجازة وجود ملكية أمدها الى حين حدوث العقد. وليس يستحيل في الامور الاعتبارية ايجاد الأمر السابق واللاحق بوصف كونها كذلك في الحال، وإنما يستحيل ذلك في الامور الحقيقية وبالجملة ان الملكية حيث كانت من الامور الاعتبارية يمكن احداثها بوصف امتدادها الى السابق في الحال، وان كان اعتبارها كذلك يحتاج الى وجود أثرها بوصف امتدادها الى السابق في الحال، كما اذا كان للمبيع منفعة أثلفها المالك في المدة المتخللة بين العقد والإجازة، فيصير ضامناً لها باعتبار ملكيتها للمشتري من حين العقد، لما يصدق عليه أنه اثلف مال الغير، وان كان حين الاتلاف متلفاً لمال نفسه لتبدل اضافته اليه بالاضافة الى المشتري. وليس هذا الا مقتضى حقيقة البيع فان حقيقته تبديل الاضافتين، دون احداث ملك للمشتري او البايع وان كان تبديل الاضافتين

(١) لكنته يرد عليه بظاهرة: استحالة التفكيك بين الماهية ووجودها زماناً وهي أقوى من استحالة التفكيك الزماني بين وجود التأثير ووجود الأثر. ويظهر ممّا قدمناه من أنه ليس للأمر الاعتبارية وجود حقيقي وراء وجود الاعتبار وهو الخيال، وإنما يسند وجوده اليها من باب كون وجود المرآة وجود المرئي بالتبع. فيستحيل التفكيك بينهما. اما المتخيل والمرئي بمراة الخيال فلا بأس بكونه أمراً متقدماً أو أمراً استقبالياً.

عند الاجازة من حين العقد يحتاج الى مزيد بيان، وقد عرفت أنه ليس فيه مجال للاشكال. و نظير هذا بعينه حدوث الزوجية للصغيرين من حين العقد اذا عقد عليها وليهما بإجازة احدهما حتى بعد موت الاخر، فقد أحدث عقد النكاح في حين الإجازة الزوجية الممتدة إلى حين العقد، ويترتب عليها آثار الزوجية من حينه فيرث كلّ منهما عن الاخر اذا مات بعد العقد وقبل الإجازة، كما هو صريح رواية ابي عبيدة الاتية وغيرهما من الروايات.

(الثالث من اقسام الكشف: الكشف الحكمي)

الكشف الحكمي

وملخص القول فيه دلالة الادلة الشرعية على حدوث الملكية من حين عقد الفضوليّ بلحوق اجازة المالك عليه، ثم صرفها عن ظاهرها وحملها على كونها في مقام جعل الاحكام الشرعية الثابتة للملكية شرعاً في مورد بيع الفضوليّ مع انتفاء موضوعها، لأجل قيام الادلة العقلية على استحالة حدوث الملكية بلحوق الاجازة من حين العقد. وقد التجأوا في التفصي عنها الى ارتكاب وجوه من التكاليفات على ما مرّ بيانها وبيان ما في كلّ واحد منها من الاشكالات. ومنهم من جعل الحيلة في حمل الادلة الشرعية على خلاف ظاهرها، بحملها على إرادة خصوص احكام الملكية، دونها مع نفس الملكية. وهو المسمى عندهم بالكشف الحكمي. وكلّ ذلك لاجل ما توهموه من دلالة العقل على بطلان مدلول الادلة الشرعية من حدوث الملكية في حين الإجازة بعد ما كانت معدومة من قبلها مستمرة الى حين العقد. فهي اقوم دليل على ما اخترناه بمقتضى البراهين العقلية، اذا اندفع ما توهموه من الاستحالات الموجودة فيه وقد عرفت اندفاعها برمتها، فالقول الوحيد الحقيقي بالأختيار هو الوجه الأخير

الذي ذكره بعض المتقدمين، وان رفضوه لأجل ما توهموا فيه من الاستحالة الا ان الحق هو الاحقّ بالاتباع .

المبحث الثاني

في ثمره الخلاف بين النقل والكشف على أقسامه

قد عرفت تفصيل الكلام في اقسام الكشف ووجوه الفرق بين معانيها فيما مرّ، وهذا التذييل كما ترى في العنوان معقود لبيان ثمره الخلاف بينها إلا أنه يتوقف على بيان ما تحصل من التفاصيل المتقدمة ليتضح المطلوب في المقام، فنقول: إنّ حقيقة النقل كما هو واضح حصول الملكية من حين الإجازة وعدمه قبل تحقّقه. واما الكشف فله اقسام ثلاثة:

«الاول» الكشف الصرفة وهو الذي عبّرنا عنه فيما تقدم بالكشف اللغويّ ومحصله عدم مدخلية الإجازة في تحقّق الملكية اصلاً بل كان العقد بنفسه تام التأثير في حدوثها، وغاية الامر استكشاف ذلك بالإجازة وبعبارة اخرى: إنّ الإجازة تؤثر في احراز حصول الملكية والعلم به واما نفس الملكية فهي غنية في حصولها في الواقع عن لحوق الإجازة.

«والثاني» الكشف الحقيقي ومحصله مدخلية الإجازة في حصول الملكية في الواقع. وهو على قسمين.

«احدها» ان تكون مدخلية الإجازة في حصول الملكية باحداث وصف في العقد مقارنة له يكون الدخيل في حصول الملكية هو الوصف في الحقيقة، وهذا القسم نظير الكشف اللغوي في حدوث الملكية بمجرد حصول العقد، من غير ترقّب للحقوق الإجازة، لوجود الوصف الدخيل فيه بمجرد حصول العقد

مقارناً له. غاية الأمر أنه يعلم وجوده بالإجازة، ويترتب عليه الحكم بحدوث الملكية بمجرد تحقق العقد، اذا علمنا من الخارج بأن المالك يميز في المستقبل. ولو جهلنا به كان مقتضى الاستصحاب الحكم بفقد الملكية في الظاهر، فلو اجاز المالك فيما بعد يعلم بحدوث الملكية من حين العقد وجواز التصرف للبايع والمشتري في الثمن والمثمن في الواقع، فلا يعاقبان على ما صدر عنهما من التصرف الا بناء على حرمة التجري واستحقاق العقاب عليه.

«ثانيهما» ان تكون مدخلية الإجازة في حصول الملكية بنحو الشرط المتأخر، على اختلاف المباني للقائلين بامكانه. وهي كثيرة، والعمدة منها ثلاثة:

المبنى الاول: ما هو مبنى صاحب الكفاية على ما تقدم من رجوع شرطية المتأخر في الامر المتقدم الى لحاظه مقارناً للأمر المتقدم، وحكمه حكم السابق بعينه في كون حدوث الملكية من حين العقد، وجواز التصرف لكل من المتبايعين فيما اخذه عن الاخر، وان كان حراماً في الظاهر الى ان يعلم بلحوق اجازة المالك.

المبنى الثاني: ما نسبناه الى الشيخ «ره» وان كان المنسوب اليه في كلمات بعض هو المبنى الأول، وان ما اختاره صاحب الكفاية «قده» هو الذي بنى عليه الشيخ «ره» وهو منع استحالة شرطية الأمر المتأخر في الأمر المتقدم في الامور الاعتبارية التي حقيقتها التنزيل والاعتبار، نظير الاستصحاب فانه ابقاء الموجود في الزمان المتقدم والحكم ببقائها في الزمان المتأخر تنزيلاً وان كان ذلك مستحيلاً في الامور الحقيقية. وعليه يكون حدوث الملكية وما يتفرع عليها من الاحكام الوضعية من حين العقد. واما الأحكام التكليفيه من حرمة التصرف او جوازه فهي من الامور الحقيقية، لمكان أن الإرادة والكرهية المتقومتين بنفس المولى من الحقايق، فلا يتصور مدخلية الأمر المتأخر في حدوثها

في الزمان المتقدم (١) بخلاف الملكية فإنها أمر اعتباري لا بأس بتأثيرها عن الأمر الموجود في الزمان المتأخر وتأثيره فيها. وعليه تكون الملكية الحادثة بالعقد الفضوليّ كملكية الصبي والمجنون لا يترتب عليها جواز التصرف.

ومنه يعلم النظر في كلام الشيخ «ره» حيث قال واما الثمرة بين الكشف الحكمي والحقيقي مع كون نفس الإجازة شرطاً يظهر في مثل ما اذا وطىء المشتري الجارية قبل إجازة مالکها فاجاز، فإنّ الوطىء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً لإصالة عدم الإجازة وحلال واقعاً لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه. ووجه النظر إنه لو أراد من الكشف الحقيقي ما نسبناه إليه فقد عرفت أنّ التحقيق عدم ترتب الاحكام التكليفية قبل الإجازة لا ظاهراً ولا واقعاً، ولو أراد ما اختاره صاحب الكفاية «قده» كما نسب إليه، ينافي حكمه هذا لما ذكره قبل ذلك بقوله «واما الثمرة على الكشف الحقيقي بين كون نفس الإجازة شرطاً و كون الشرط تعقب العقد بها ولحوقها له فقد يظهر بجواز تصرف كلّ منهما فيما انتقل إليه بانشاء الفضولي اذا علم إجازة المالك فيما بعد» حيث صرح بعدم جواز التصرف بناء على كون الشرط نفس الإجازة وان علم اجازة المالك فيما بعد ومقتضاه عدم جواز التصرف واقعاً اللهم الا ان يبني في هذا الكلام على المبني الذي نسب إليه وفي كلامه المتقدم على المبني الذي نسبناه نحن إليه وليس ببعيد فأنه ربّما يصدر عنه امثال هذه لتربية اذهان المتعلمين.

(١) لا يخفى أنّ الأحكام التكليفية أعني الحرمة والوجوب والكرهية والندب من الامور الاعتبارية، فيمكن اعتبارها ولو من غير تحقق الإرادة والكرهية، الا إنها حيث كانت منتزعة من الأمر والنهي، والفائدة الملحوظة في اعتبار الأمر والنهي هي تحقق مراد المولى او ترك مكروهه. فلا جدوى في اعتبار الأمر والنهي عند عدم ترتب الفائدة المذكورة لعدم وجود الإرادة والكرهية للمولى، او لعدم امكان تحقق مراد المولى او ترك مكروهه لانقضاء وقت الطاعة، فضلاً عما إذا اجتمعت كلتا الجهتين كما فيما نحن فيه.

المبنى الثالث: ما هو مقتضى التحقيق من حدوث الملكية في زمان الإجازة دون زمان العقد لكنّ الحادث في زمان الإجازة هو الملكية الممتدة الى زمان العقد وهذا يشترك في الحكم مع سابقه في عدم ترتب الأحكام التكليفيّة لعدم ترتبها على محض الاعتبار الذي عليه بناء هذا القسم و سابقه.

الثالث من وجوه الكشف هو الكشف الحكمي، وملخصه حكم الشارع بترتب آثار الملكية من حين العقد تعبدًا، وأما نفس الملكية فزمان حدوثها زمان تحقق الإجازة، وعليه فلو وطىء الجارية قبل الإجازة يكون حراماً في الظاهر وحلالاً في الواقع، ولكنه لو استولدها لا تكون الجارية ام ولد لعدم صدقها الا على الجارية الموطوءة حين كونها مملوكة للواطي، فهو وان كان بحكم الملك في جواز الوطى قبل الإجازة إلا أنّها ليست مملوكة له ولم تحصل علاقة الملكية بينها وبين المشتري قبل الإجازة. وكذا بناء على القسمين الأخيرين للكشف الحقيقي. فإنّ الجارية وان اعتبرت علاقة الملكية بينها وبين المشتري حين الوطى إلا إنّها ليس يكفي في ترتب آثار ام الولد، بناء على اعتبار حلية الوطى في صيرورتها ام ولد، ولذا لو وطى المالك جارية المزوجة لم يترتب عليها آثار ام الولد.

الامور التي ذكرها ثمرة للخلاف بين النقل والكشف

منها

كون التّماء لمن انتقل عنه كل من العوض والمعوض على القول بالنقل ولمن انتقل اليه على القول بالكشف وهو واضح لا يحتاج الى توضيح.

ومنها

جواز فسخ الأصيل وابطاله للعقد قبل إجازة الآخر على القول بالنقل وعدمه

على القول بالكشف (١) وترتب هذه الثمرة على القولين وقع محطاً للاختلافات، ونحن نبين مباني المسألة لكي يتضح حال ما ذكره من الاشكالات في تعليقات المكاسب، و انت بعد معرفة المباني وتفصيل بعضها عن بعض تعرف الواردة من الاشكالات وغير وارتدتها، وان كل اشكال مبني على مبني غير قاذح على تقدير الابتناء على مبني غيره وهي وجوه.

مباني المسألة

«الوجه الاوّل»

دعوى كون قوله تعالى «أفوا بالعهود» كقوله تعالى «أفوا بالعهد» مسوقاً لبيان الحكم التكليفي، - كما هو مذهب العلامة «قده» - وأنه يحرم نقض العقد و

(١) لا يخفى أنّ مقتضى ما هو الحق من اقسام الكشف - وهو الكشف الحقيقي - عدم تعلق اعتبار العقلاء قبل الإجازة بحصول النقل والانتقال، بل عدم تعلقه بتحقيق البيع. و أنّما يتعلق الاعتبار بحصول النقل والانتقال من حين العقد بعد الإجازة. فلا فرق بين القول بالنقل والكشف على هذا المبني في عدم تعلق الإعتبار قبل حقوق الإجازة بحصول النقل والانتقال. اذا عرفت ذلك فاعلم أنّ مقتضى صريح قوله عليه السلام في الرواية الآتية «لأنّ لها الخيار ولا خيار عليها» يعنى اليتيمة التي زوجت فضولة، بناء على تعميم حكمه لمطلق العقد، عدم جواز فسخ الجانب الاصيل للعقد فيما نحن فيه.

وفيه إشكال من وجهين، الاول ما تقدّم من عدم وقوع البيع قبل حقوق الإجازة فلا ملزم لعدم جواز التخلف عنه للأصيل، والثاني أنّ الإلتزام من الأصيل أنّما تعلق بصيرورة ماله ملكاً لغيره بازاء صيرورة ماله ايضاً ملكاً له فهو قبل صدور الإجازة وتحقق الإلتزام من الاخر بصيرورة ماله ملكاً للأصيل غير ممنوع عن التصرف في ماله بانحاء التصرفات. والجواب عنها: أنّه قد حصل التعاهد بين الفضولي والأصيل، فالأصيل ملزم بمقتضى عهده وعقده ولا يجوز له التخلف عنه، واما الفضولي فحيث لم يكن بيده العمل بمقتضى عهده فهو غير مأمور بالوفاء ولا ينافيه عدم تعلق اعتبار العرف بتحقيق ما وقع عليه التعاهد عنها من صيرورة احد العوضين ملكاً للمالك الآخر و صيرورة الآخر ملكاً للمالكه، لعدم منافاته مع كون من حصل منه العهد ممنوعاً عن التخلف عنه.

يجب الوفاء به تكليفاً كحرمة مخالفة النذر ووجوب الوفاء به، وإنّ العقد من كل احد يورث وجوب الوفاء به بعنوانه، كما أنّ النذريورث وجوب الوفاء به بعنوان الوفاء، فلو كان متعلّقاً للوجوب بعنوان غيره كان مؤكداً لا محدثاً له وموجباً لصيرورته واجباً بعنوان الوفاء.

ويستفاد من الآية الشريفة بناءً على هذا التقرير وجوب الوفاء مادام موضوعه اعني العقد باقياً، نعم لو انتفى موضوع العقد ينسلب عنه حكم وجوب الوفاء بانسلاّب موضوعه، فلو فرضنا العقد عقد بيع السلم او الصرف وجب على المتبايعين اقباض العوضين مادام في مجلس واحد، فإذا حصل الإفتراق بينهما يرتفع عنها وجوب الوفاء لانحلال العقد وانعدامه بالإفتراق. وكذا لو انعدم العقد بالاقالة منها، او اعمال الخيار عنن هوله من المتعاقدين بالفسخ، تكون قضية وجوب الوفاء به سالبة بانتفاء موضوعها. ومن المعلوم أنّ محل النزاع الذي بنينا عليه البحث في بيع الفضوليّ هو كون العقد مفروض التحقق، ولذا يطلق عليه عقد الفضوليّ وبيعه وما شابههما من الألفاظ. فصدور العقد من الفضوليّ مسلم فتشمله آية الوفاء بالنسبة الى الجانب الأصيل، واما بالنسبة الى الجانب الآخر فلا، لعدم استناد العقد اليه رأساً. ومقتضى وجوب الوفاء في حق الاصيل انتظاره الى ان يعلم الإجازة او الرد من مالك ما يأخذه من الفضولي، وهذا من غير فرق بين كون الإجازة كاشفة او ناقلة.

«الوجه الثاني»

كون الآية الشريفة مسوقة لبيان الحكم الوضعي اعني لزوم العقد، فالمعنى أنّ كل عقد لازم إلا ما خرج. ومعنى اللزوم من كلّ جانب كما يأتي في الخيارات صيرورة اختيار كلّ منهما في حل العقد وفسخه بيد الجانب الآخر كما أنّ البيعة القاء زمام امره بيد من بايعه، ورفع البيعة عنه بمعنى ردّ زمام امره اليه، فكلّ من المتعاقدين يجعل اختيار امره بالعقد بيد الآخر، فهو مختار في رد

اختيار امره اليه. ولذا تصح الاقالة.

فالاصيل من المتعاقدين في عقد الفضولي قد جعل اختيار امره بيد الجانب الآخر، و ألقى إليه زمام أمره، وإن كان المالك في الجانب الآخر لم يجعل امره بيده، ولم يلق زمامه اليه قبل الإجازة. فلا يقدر الاصيل على فسخ المعاملة، ما لم يصدر الرد لها من المالك في الجانب الآخر، سواء قلنا بالنقل او الكشف. هذا كله لو قلنا بكون العقد على حدة بالنسبة إلى كل من المتعاقدين، ومحصله عدم جواز الفسخ للأصيل على كلا القولين.

وأما لو قلنا بأن لزوم العقد امر واحد بسيط لا يجوز معه الفسخ لكل واحد من الطرفين، و يجوز الفسخ من دونه لكلا الطرفين، يكون الاصيل قادراً على الفسخ قبل الإجازة، لعدم صيرورة العقد لازماً قبله سواء قلنا ايضاً بالنقل او الكشف.

«الوجه الثالث»

إن لكل جزء جزء من أجزاء المركب. حكم وضعي برأسه وهو الصحة، بمعنى تأهله لترتب الأثر عليه بانضمام بقية الأجزاء اليه. وهي حاصلة لكل جزء مادام لم تسقط بقية الأجزاء عن قابلية الانضمام اليه كما ذكروه في الاستصحاب. فلو ترك بقية أجزاء المركب كان بطلانه مستنداً الى فقد بقية الأجزاء. وأما الأجزاء المأتية بها فلا تبطل بانتفاء بقية الأجزاء ما لم تسقط عن قابلية انضمام بقية الأجزاء، ومن هنا منعنا عن شمول قوله تعالى «ولا تبطلوا أعمالكم» عليها ومنه يعلم أنه لا يجزي فسخ الأصيل في رفع الصحة التأهلية لما صدر عنه من الإيجاب مثلاً مادام لم يسقط القبول عن قابلية الإجازة من الجانب الآخر.

«وفيه» إن الصحة التأهلية لكل جزء بعد تماميته في نفسه باشماله على جميع شرائطه، ومن جملة شرائط الإيجاب أن لا يبطله الموجب قبل تحقق القبول

من الجانب الآخر، أو قبل حصول شرط من شرائط صحة العقد فالإيجاب مع ابطال الموجب له غير تام في جزئيته فلا يتصف بالصحة التأهلية رأساً. واليه ينظر ما ذكره الشيخ «ره» بقوله: وهذا مبني على ما تسالموا الخ، وقد تمسك في دفع اشتراط صحة الايجاب بعدم ابطاله له قبل لحوق الإجازة، باطلاق آيتي «أوفوا بالعقود» و «احل الله البيع».

«وتوضيحه» أنّ مقتضى إطلاق أوفوا بالعقود كون موضوع وجوب الوفاء هو مطلق العقد، وأنّ العقد واجب الوفاء على اطلاقه، فتقيد وجوب الوفاء به بحصول شرط خارج عن تقوم العقد ينفيه اطلاق الآية.

ثمّ أشار «قده» في ذيل كلامه بعدم خلوه عن الاشكال «وتوضيح الإشكال فيه» أنّه قد تقدم في اوائل الكتاب تبعاً له «قده» أنّ معنى المعاهدة إنّما يحصل مع بقاء الإيجاب الى زمان تحقق القبول، والا لم يصدق العقد عليها، لفقد الارتباط بين الإيجاب والقبول. فلو أبطله الموجب قبل تحقق القبول ينقطع بقاءه الى زمان القبول، ولا يحصل الارتباط بينهما، فيوجب ذلك عدم صدق العقد عليه، وصحة التمسك باوفوا بالعقود متوقفة على صدق العقد.

وأما التمسك باطلاق الآية على عدم جواز ابطال الموجب لايجابه بعد تحقق القبول وقبل تحقق شروط العقد كالإجازة وغيرها فلا مناص عنه، لتامة العقد بلحوق القبول، وان لم يحصل شرط تأثيره، فجواز ابطال الموجب الأصيل لايجابه قبل الإجازة وبعد تحقق القبول منفي بالآية.

ومن هنا يعلم أنّ المراد من القبض الذي ذكره مثلاً ليس مطلق القبض الذي هو مقتضى الوفاء بالعقد بل هو القبض الذي له مدخلية في صحة العقد وترتب الأثر عليه، كالقبض قبل الافتراق في بيع الصرف والسلم.

وعليه يبطل ما ذكره المحقق النائيني قده، حيث ذكر أنّه لا يجوز لكلّ من المتبايعين في بيع الصرف والسلم ابطال ما انشأه بعد تمامية العقد، وقبل

تحقق القبض. مع أنّ الملكية متوقفة على القبض، لأنّ كلاً منهما ملزم بما التزم على نفسه. وهو التسليم والتسلّم فأنهما من الشروط الضمنيّة التي ينشأها المتعاقدان. انتهى ووجه البطلان ما عرفت من أنّ القبض قبل الإفتراق أعني ما يتوقف عليه الملكية في بيع الصرف والسلم، ليس ممّا التزم به المتعاقدان في ضمن العقد، بل ما هو من الشروط الضمنية التي ينشأها المتعاقدان بانشاء العقد ضمناً هو التسليم والتسلم مطلقاً من دون تقيدهما بالوقوع قبل الإفتراق، فيجوز للمتعاقدين تأخير القبض والإقباض الى ما بعد الإفتراق. والمفروض أنّ الأفتراق يوجب بطلان العقد، و معه لا يجب التسليم والتسلم وفاء لمقتضى العقد. والحاصل أنّ وجوب الوفاء بالعقد فرع بقاء موضوعه، ومن المعلوم جواز نفي موضوع العقد لهما بالإفتراق.

«الوجه الرابع»

ان يكون المراد من الآية الشريفة «أوفوا بالعقود» الوفاء (١) بمضمون العقد والإلتزام بترتيب آثاره عليه، فالوفاء بعقد البيع ترتيب آثار ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع، من عدم جواز الرجوع، و حرمة التصرف فيه بغير إذنه، من غير فرق بينه وبين غيره في رعاية كونه ملكاً له. فوجوب الوفاء حينئذٍ فرع تحقق مضمون العقد لا يترتب عليه وجوب الوفاء لانتفاء موضوعه، و ان تحقق العقد، لكون موضوع الحكم بوجوب الوفاء هو مضمون العقد، دون نفسه، وهو غير محقق.

و على هذا المبني يختلف حصول الثمرة بين النقل والكشف، حسب اختلاف المسالك المتقدمة في الكشف. فعلى القول بالكشف اللغوي، او الكشف الحقيقي

(١) قد تقدم ممّا أنّ الوفاء هو العمل بمقتضى ما التزمه على نفسه، فالأصيل يجب الوفاء عليه بمقتضى ما التزمه على نفسه فلا يجوز له التصرف فيما التزم بانتقاله عن ملكه و ان كان لا يتحقق ملكيته للغير في اعتبار العرف الا بعد الإجازة كما تقدّم تفصيله في بعض الحواشي القريبة.

على طريقة صاحب الفصول من كون شرط صحة عقد الفضوليّ أمراً مقارناً له يحصل في حينه، وكذا على القول بالشرط المتأخر وتصحيحه بإرجاع الشرط الى لحاظ تحقق الإجازة في موطنه مقارناً للعقد، لم يجز الفسخ للاصيل لتحقق الملكية من حين العقد، وآية الوفاء تنادي بالوفاء لما هو مضمون العقد، وهو الملكية في عقد البيع فيكون القول بالكشف على هذه الأقوال الثلاثة مفترقاً عن القول بالنقل في جواز فسخ الاصيل لعقد الفضوليّ وعدمه، و ان كان مقتضى الأصل على القول بالكشف أيضاً جواز الفسخ ظاهراً، إلا أنه إذا تحققت الإجازة، تنكشف مخالفة مقتضى الاصل للواقع وعدم انفساخه بفسخه واقعاً.

و اما بناء على الوجه الذي نسبناه الى الشيخ ره، من تصحيح كون الإجازة بوجودها الخارجي شرطاً متأخراً للعقد، وكذا بناء على الوجه الثالث من الكشف الحقيقي اعني ما اخترناه من حصول الملكية الممتدة الى زمان العقد في حين الإجازة، لم يبق فرق بين النقل والكشف لعدم حصول الملكية حين العقد على كلا القولين، فيجوز فسخ الاصيل لعقد الفضوليّ لأنسلا بآية وجوب الوفاء عنه بانسلا ب موضوعه.

وقد تحصل من جميع ما ذكرنا ان ظهور الثمرة بين الكشف والنقل في جواز فسخ الاصيل للعقد و عدمه يختلف بحسب المباني المختلفة في الكشف، اما على المبنيين الأولين فالفسخ غير جائز على الكشف والنقل، كما لافرق بينهما في عكس ذلك اعني جواز الفسخ بناء على المبني الثالث. واما بناء على المبني الرابع ففيه تفصيل، بحسب المسالك المختلفة في حقيقة الكشف، فع البناء على المسالك الثلاثة المتأخرة، تنتفي الثمرة وجاز الفسخ على الكشف وانقل. ومع البناء على المسالك الثلاثة المتقدمة، اعني الكشف اللغويّ ومسلك صاحب الفصول والوجه الأوّل من الكشف الحقيقي، يحصل الفرق بين الكشف والنقل وجاز الفسخ مع الاوّل دون الثاني.

ومنها

جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل، فينتفي مورد الإجازة اعني العقد، بتصرف الاصيل قبلها، كما لو عقدت على تزويجها من أحد مع فضولي، ثم تزوجت من غيره قبل اجازة الأول. وعدم جوازه بناء على الكشف (١).

والتحقيق ان ترتب هذه الثمرة أيضاً يختلف باختلاف المباني المتقدمة اما مع بناء الأمر على ان آية الوفاء تفيد لزوم العقد بالنسبة الى الأصيل، وان كان جائزاً بالنسبة الى الجانب الآخر نظير الخيار الواقع في العقد، فإنه يوجب نفي لزوم العقد بالنسبة الى من له الخيار لا مطلقاً، فيحصل التبعيض في العقد من حيث اللزوم وعدمه، ويكون العقد لازماً بالنسبة الى احد الجانبين وغير لازم بالنسبة الى الجانب الآخر. والفرق بين عقد الفضولي والعقد الواقع فيه الخيار بعد اشتراكهما في كونها لازمان من جانب، كون التزلزل في الاول في حدوث التأثير، وفي الثاني في بقاءه. فلا يجوز تصرف الأصيل و يبطل التزويج الثاني من المرأة المزوجة نفسها بعقد فضولي قبله من غيره. ولا ينفع اصالة عدم الإجازة في الحكم بجواز تصرفاته بل لا ينفع العلم بعدم تحققها فضلاً عن نفيه بالأصل، ضرورة ان العقد لازم من جانب الأصيل مالم يفسد العقد من الجانب الآخر فالأمر اليه فان أجاز لزم العقد من جانبه أيضاً، وأن ردّ يفسد العقد برده.

واما مع بناء الأمر على ان مفاد آية الوفاء وجوب الوفاء بضمون العقد، فجواز التصرفات في مورد العقد وعدمه يدور مدار تحقق مضمون العقد قبل الإجازة وعدمه، وهو كما مرّ يختلف بحسب المسالك المختلفة في الكشف، فلا يجوز التصرف بناء على الثلاثة الاول منها لتحقيق مضمون العقد بناء عليها

(١) قد تقدّم ممّا وجه عدم جواز تصرف الأصيل عند البحث في عدم جواز فسخه فراجع.

بنفس تحقق العقد من غير ترقب للحقوق الاجازة، و يجوز بناء على الثلاثة الاخر منها نظير القول بالنقل.

فترتب هذه الثمرة على الاختلاف في الكشف والنقل، مبني على إختيار المبنى الأخير في المسألة مع إختيار أحد المسالك المتأخرة من مسالك الكشف. وقد اختلف كلام الشيخ في إختيار مسالك الكشف، فحيث حكم بالفرق بين النقل والكشف وجواز التصرف بناء على الاوّل دون الثاني، بني على احد المسالك الثلاثة الأخيرة للكشف مع إختيار الوجه الخامس في معنى الآية. وحيث تصدى في الذيل لذكر مقتضى عموم وجوب الوفاء سلك فيه مسلكاً غيره أعني احد المسالك الثلاثة المتقدمة من مسالك الكشف، فلا تزعمن للشيخ رد الخلط بين المسالك إلا لاجل تمرين الإذهان وتربيتهم.

و بعد ملاحظة ما ذكر من تشريح المسالك المختلفة في الكشف والمباني المختلفة في مفاد آية الوفاء تقدر على تمييز الايرادات الصحيحة عن سقيمها، فربّ إيراد كان مبنياً على مسلك، بني فيما اورد عليه على مسلك غيره، و نشأ توهم الإيراد من خلطها. هذا كله بحسب القواعد الجارية في الباب.

وفي المسألة نصّ وهو ما رواه عباد بن كثير عن ابي عبدالله عليه السلام قال سئلته عن رجل زوج ابناً له يتيمة قال ترثه ان مات ولا يرثها لأن لها الخيار ولا خيار عليها انتهى.

ومفاده بعد الأخذ بإطلاقه وتسريته الى غير مورده، الحكم بجواز التصرف مطلقاً لجانب الفضولي وعدم جوازه لجانب الأصيل. والمراد من الخيار في التعليل بقريته بعض النصوص الاخر تسلط اليتيمة على إجازة العقد ورده كما سيأتي، وليس المراد منها هو الخيار المصطلح اعني التسلط على فسخ العقد بعد استتمامه من الجانبين، حتى يصير قريته على خروج مورد الرواية عن فرض عقد الفضولي. ثم أنّ الشاهد للتعدي عن مورد الرواية الى غيره - اعني من النكاح

الى البيع وغيره من العقود - هو عموم التعليل، وإن منشأ هذا الحكم مجرد تسلط جانب الفضوليّ على الإجازة والرد، فيعمّ الحكم جميع عقود الفضوليّ بعموم ملاكه، ولا يخفى عليك أنّ الرواية تدلّ على أنّ جانب الفضوليّ في عقد النكاح يرث مطلقاً سواء أجاز أم لا وهو مخالف للإجماع، بل لصريح رواية ابي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام (١) فيقيد به اطلاقها هذا.

وقد ذكر بعض الأعلام لنزاع الكشف والنقل ثمرات أخر نتعرض لبعض منها.

ومنها

خروج احد المتبايعين عن قابليّة التمليك بالموت او غيره. فإن كان هو الاصيل ومات قيل تحقق الاجازة، ينتقل ما يقتضي العقد خروجه عن ملكه من العوضين الى الورثة بناء على النقل، فانه حين موته لم يخرج عن ملكه، فلو أجاز الجانب الاخر لعقد الفضولي بعده لم يؤثر في خروجه عن ملكهم، الا عن عقد جديد من الورثة، او باجازتهم لما صدر عن العقد من الميّت، ضرورة تسلط الناس على اموالهم وعدم جواز اخراج مال احد عن ملكه إلاّ بإذنه.

و بالجمله يصير العقد بموت الاصيل فضولياً من الجانبين، فلا يكفي لحق الإجازة عليه من أحد الجانبين في صيرورته نافداً ومؤثراً في الأثر، بل يتوقف على لحق الإجازة عليه من الجانب الاخر أيضاً. و اما على القول بالكشف، تكون إجازة الفضولي كاشفة عن خروجه عن ملك الاصيل من حين العقد، فيكون غير مملوك له حين موته حتى ينتقل الى الورثة، بل المنتقل اليهم يكون

(١) وهي الرواية المتقدمة منافي جملة اخبار النكاح.

هو العوض المدفوع اليه. وهذا واضح لاسترة عليه على جميع مباني الكشف (١).
وقد نفي بعض الأعاظم ترتب هذه الثمرة واستقرب نفوذ الإجازة على
كلا القولين. «ومحصل ما ذكره في وجهه» أن ما يقتضي العقد خروجه عن
ملك الأصيل و ان كان ينتقل الى الورثة بموته على القول بالنقل ويصير ملكاً
لهم، إلا ان الملكية الحاصلة لهم من سنخ الملكية الحاصلة لمورثهم، والمفروض
ان ملكيته للمورث كانت متزلزلة واقعة في معرض الانتقال الى الجانب الآخر
باجازته، فتكون الملكية الحاصلة للورثة أيضاً كذلك، ويكون لحق الإجازة
موجباً لخروجه عن ملكهم.

وقد عكس «ره» وجعل ظهور الثمرة في صورة موت جانب الفضولي، مع
ان الثمرة منفية في هذه الصورة، فانه لوقلنا باشتراط كون الميز مالكاً في حين
العقد، لم تنفذ الإجازة على كلا القولين، ولو قلنا بعدم الاشتراط تنفذ إجازة
الورثة على كلا القولين ايضاً.

هذا كله إذا فرضنا موت احد المتبايعين، واما لو فرضنا خروجه عن قابلية
التملك للمال بان يكون المبيع مصحفاً او عبداً مسلماً، وارتد من يقتضي العقد
انتقاله اليه من المتبايعين، فلا فرق ايضاً بين القول بالنقل والقول بالكشف
بجميع اقسامه، إلا الكشف الصرفة. واما وجه التسوية بينها انه لو كان تملك

(١) يمكن الإشكال فيه، بان العقد وهو الإلتزام من الجانبين له بقاء اعتباري، وبهذا الإعتبار
يتعلق به الإجازة والرد، فاذا مات أحد المتعاقدين قبل الإجازة ينقطع التزامه، فينتفي مورد الاجازة
رأساً.

والجواب أن الإجازة بناء على الكشف تتعلق بالعقد من اصل وجوده، لا ببقائه و استمرار
وجوده، ولذا يصير مؤثراً في الملكية من حين حدوثه، ولو كانت تتعلق به بوجوده البقائي لم يصير مؤثراً
في الملكية من حين حدوثه، وموت احد المتعاقدين لا يوجب انعدام التزامه من اصله، بل انها يوجب
انقطاع استمراره.

العبد المسلم من الكافر بما هو غير جائز لم يكن بأس بجواز الإجازة ونفوذها بناء على الكشف لحصول التملك حينئذٍ بنفس العقد، وإنما تكشف الإجازة عن كونه كذلك . لكن التحقيق أنّ تملك العبد المسلم من الكافر بما هو لم يكن موضوعاً للحرمة وعدم الجواز، بل الموضوع لهما هو تسليط الكافر عليه، فإنّ الدليل عليه ينحصر في قوله تعالى «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» (١) وقوله صلّى الله عليه وآله «الاسلام يعلمو ولا يعلمو عليه» ، ومقتضاها عدم جواز تسليط الكافر على المسلم، وهو أعمّ من التملك والإجازة، لكون الإجازة تسليطاً للكافر على المسلم من دون فرق بين كونها كاشفة او ناقلة - ونعني من الجواز وعدمه هو الجواز الوضعي بمعنى النفوذ وعدمه - وأما وجه جواز الإجازة على القول بالكشف الصرفة، أنّ الإجازة على هذا القول كاشفة محضة من غير ان تكون دخيلاً في صيرورة العقد مؤثراً او في حدوث وصف فيه يوجب تأثيره، فهي بمنزلة قيام البيّنة على صيرورة المسلم ملكاً للكافر، كما لو قامت البيّنة على موت مورث لكافر، له عبد مسلم ورثة منه، فلا اشكال في جوازها . وبالجملة الإجازة على هذا القول طريق علمي، لا يؤثر إلا في احراز كون العقد نافذاً من حينه، والمفروض أنّ المشتري كان مسلماً في حين العقد وأنها ارتدت بعد تحققه، فلا يقدر حينئذٍ وقوع الإجازة بعد ارتداده .

ومنها

تلف احد العوضين بعد العقد وقبل الإجازة فإنّه يوجب بطلان العقد على القول بالنقل، ولا يوجب على القول بالكشف، وتوضيحه: انّ الملكية لا

تتعلق بالمعدوم لعدم قابليته بها فإذا تلف أحد العوضين وانعدم يخرج عن قابلية التمليك، فلا يصح تمليكه، كما هو مقتضى جواز الإجازة على القول بالنقل، فإن الإجازة على هذا القول توجب التمليك وهو أنما يصح مع بقاء العوضين على قابلية التمليك الى حين الإجازة. واما على القول بالكشف، فالمؤثر تام التأثير في حدوث الملكية بناءً على اختيار الكشف الصرف هو العقد، والمفروض سلامتهما عن التلف في حينه، واما بناء على اختيار غيره من مباني الكشف فالإجازة وان كانت دخيلة في حصول الملكية، إلا أنّ مدخليتها في حصولها من حين العقد فيكون متعلق الملكية امرأً موجوداً غير تالف إلا بعد تعلق الملكية به. وثمرته كون ضمانه للمشتري و صيرورته مالكاً لبدله.

ومنه يعلم عدم صحة ما ذكره المحقق النائيني «ره» من نفي هذه الثمرة، قائلاً بعدم الفرق بين صحة البيع بلحوق الإجازة، حينئذٍ وعدمه، لأن تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه، فعلى كلا التقديرين من القول بالكشف والإلتزام بصحة البيع والقول بالنقل والإلتزام بعدم صحته يكون تلفه من مال البايع.

وجه عدم الصحة منع التسوية بينهما، فإن التلف على القول بالنقل يوجب بطلانه من رأسه، وعلى القول بالكشف يوجب لانفساخه آناً ما قبل التلف. وكم فرقاً بين بطلان العقد من رأسه وبين صحته ثم انفساخه آناً ما قبل التلف.

وتظهر ثمرة الفرق بينهما فيما اذا كان له نداء بعد العقد قبل التلف، فإنها تكون للبايع في الصورة الاولى، وللمشتري في الصورة الثانية. وقد خفي عليه «قده» هذه الثمرة، فجعل يسوي بين القولين مع أنه على تقدير عدم ترتب ثمره عليه أيضاً يرد عليه المنع من وجهين الاول عدم اختصاص نزاع الكشف والنقل بباب البيع، بل يجري في جميع ابواب العقود من الإجازة والنكاح وغيرها، وان

شئت وضوح الأمر لك فافرض داراً آجره فضولي من غيره ثم غصبه ثالث، فاجاز المالك لعقد الإجارة، فإنّ ضمان منفعة الدار للمشتري على القول بالكشف وللبيع على القول بالنقل. وقد تقدم في مورد رواية ابي عبيدة كون الإجازة كاشفة بعد موت احد الزوجين وموجبة لثبوت الارث، وهذا منفي على القول بالنقل - اعني حدوث الزوجية من حين الاجازة - لعدم قابلية الميت بعد موته للتزويج، هذا.

وإذا عرفت الفرق بين القولين في الإجازة بعد تلف احد العوضين فقس عليه خروجه عن قابلية التملك، فلو كان أحد العوضين خلاً ثم صار خيراً بعد العقد وقبل الإجازة صحّ البيع وحصل التملك على القول بالكشف دون القول بالنقل. وان كان على القول بالكشف أيضاً نزول الملكية عنه بعد صيرورته خيراً إلاّ إنه يكفي في صحة حقوق الإجازة بالبيع الواقع عليه ثبوت حق التحليل للمشتري. اللهم إلاّ ان يؤخذ بما ذهب اليه صاحب الجواهر «ره» من دلالة الروايات على اعتبار بقاء العوضين على قابلية التملك من حين العقد الى حين الإجازة وهو ممنوع، او بما ذهب اليه السيد «ره» من كون صحة بيع الفضولي على خلاف القاعدة، وانّها مستفادة من الأدلة الخاصة وعدم وجود دليل عليها بما يشمل هذا الصورة، هذا.

ويعكس الحكم على عكس الفرض بأن يفرض كون احد العوضين خيراً حين العقد ثم صار خلاً قبل الإجازة، فيصحّ البيع بناء على النقل، دون الكشف، لعدم كون العوضين حينئذٍ واجدين لقابلية الملكية حين التملك، وان كان يصير قابلاً له بعد انقضاء أوان التملك.

هذه جملة من الثمرات المترتبة على النزاع في الكشف والنقل. والضابط فيها ترتب كل أثر تعلق بالملكية من حين العقد على القول بالكشف، وعدمه على القول بالنقل.

ومن جملتها تعلق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة الى غير ذلك من الثمرات وينبغي التنبيه على امور.

التنبيه الأول

فيما لو قصد المالك خلاف ما حكم به العقل من النقل والكشف

قد عرفت من تفاصيل ما قدّمناه أنّ النزاع بين الكشف والنقل لا يرجع الى جهة شرعية، ولا عرفية، بل إلى جهة عقلية، وأنّ محط النزاع حكم العقل بالكشف والنقل مع رعاية جهات الاستحالة والإمكان. فلو قصد المجيز وقوع الإجازة على خلاف حكم العقل - اي خلاف ما هو ثابت في الواقع - كان باطلاً بداهة عدم امكان وجود ما ينافي حكم العقل.

وإنّما الاشكال في أنّه اذا قصد من الإجازة وقوعها على خلاف ما يقتضيه العقل هل تبطل الإجازة من رأسها ام تنطبق على ما يقتضيه العقل. والذي ذكره الشيخ «ره» وجهين في الاشكال فيه هو ذلك دون اصل عدم وقوع الإجازة على طبق ما قصده المجيز، والتحقيق أنّ ذلك يتصوّر على قسمين:

«الأول» ان يكون قصده لوقوع الإجازة على خلاف ما يقتضيه العقل على وجه الشرطية، بان يقول في الانشاء القولي مثلاً اجزت العقد بشرط ان تكون الملكية حاصلة من حين الاجازة، ويكون مقتضى العقل حصولها من حين العقد. او بشرط أن تكون حاصلة من حين العقد، ويكون مقتضى العقد حصولها من حين الإجازة والنزاع في هذا القسم من مصاديق النزاع المعروف من كون بطلان الشرط في العقود موجباً لبطلان المشروط وعدمه، فإنّ مرجع النزاع فيه إلى أنّ الانشاء هل يبطل ببطلان ما ذكر فيه من الشرط ام لا، فيشمل العقد

والإجازة على حد سواء، فإنّ الفارق بينهما وهو احتياج انشاء العقد الى القبول وعدم احتياج انشاء الإجازة اليه، لا مدخلية له في بطلان الإنشاء ببطلان شرطه او عدمه قطعاً.

فعلى القول بصحة المشروط استناداً الى تعدد المطلوب كما هو مبنى السيد «ره» او كون الشرط التزاماً في التزام كما هو مختارنا تكون الإجازة نافذة على طبق ما يقتضيه العقل.

«الثاني» ان يكون قصد وقوع الإجازة على خلاف ما يقتضيه العقل بنحوالقيدية، فتكون الإجازة الصادرة منه نحوه خاصة من الإجازة تتصف بالصحة والفساد.

توضيحه: أنّ القيد والمقيد يوجدان بوجود واحد لا ينفك احدهما عن الآخر في الوجود، فالجنس المتقيد بفصل لا يمكن ان ينفك في الوجود عن فصله، وكذلك لا يمكن ان ينفك الفصل في الوجود عن جنسه، بل يوجدان بوجود واحد فارداً. (١). وعلى هذا التقرير تكون الإجازة فرداً خاصاً اجتمع فيه القيد

(١) وحق التوضيح ان يقال: أنّ قولنا اعتق رقبة مؤمنة ايجاب لعنق فرد من الرقيات المؤمنة الموجودة خارجاً بنحوالقضية الحقيقية، وهي مبائة للرقبات غير المؤمنة الموجودة خارجاً، فلو اعتق رقبة غير مؤمنة كان عتقاً لما يبائن المطلوب. وليس للرقبة في الخارج وجود ولقيد المؤمنة وجود آخر، حتى يكون عتقه للرقبة بلاقيد المؤمنة عتقاً لبعض المطلوب، هذا ولكن التحقيق امكان التفكيك بين القيد وذات المقيد في العقود والايقاعات.

وتوضيحه: أنا قد بينا فيما مرّ أنّ صيغة كلّ عقد او ايقاع مصداق لعنوانه، فصيغة عقد البيع مصداق لعنوان البيع، وانشائها ايجاد المصداق له، فالغاء قيده عنه يوجب كونه ايجاداً لمصداق البيع من غير ان يكون ايجاداً لمصداق القيد، فهو الغاء لبعض المنشأ وهوالمصداقية للقيد، وابقاء بعضه وهوالمصداقية للبيع.

والسرفى الفرق بينه وبين الرقبة المؤمنة في المثال المذكور، تعلق الحكم في الثاني بالأفراد، فإنّ الحكم في قولنا أعتق رقبة مؤمنة قد تعلق بالنكرة وهوالفرد المردد بين الأفراد، ومن المعلوم أنّ افراد

والمقيد لا يمكن وجود احدهما مع إلغاء الآخر عن الوجود، بل هما أمر واحد يتّصف بالصحة او الفساد، وبالوجود او العدم، فاذا بطل قيد الإجازة تبطل نفس الاجازة من رأسها.

التنبيه الثاني

في عدم كفاية مجرد الكاشف عن الرضا في الإجازة

هل يكفي في تحقق الإجازة مجرد الكاشف فعلاً كان او قولاً صريحاً او غيره كما هو مذهب الشيخ «ره» ام لابد من قول او فعل يحصل به الإنشاء كما هو مختارنا وجهان، يعطيها ملاحظة منشأ اعتبار الإجازة. وبتنا لك تفصيل القول فيه فيما مرّ، وملخصه: أنّ الشيخ «ره» قد جعل منشأ اعتبار الإجازة تخصيص عمومات ادلة البيع - بعد تسليم شمولها على بيع الفضوليّ - بأدلة اعتبار طيب النفس والرضا، وأما بناء على ما اخترناه فنشأ اعتبارها في بيع الفضولي نفي شمول عمومات ادلة البيع عليه رأساً لانصرافها عن بيع لم يستند الى مالك العوضين، فيكون وجه الحاجة الى حقوق الإجازة كون بيع الفضولي فاقداً للإستناد ومفتقراً إلى أمر يحصل به استناده الى المالك حتى يدخل في عموم الادلة (١).

الرقبة المؤمنة متبائنة مع أفراد الرقبة الغير المؤمنة في الخارج.

وفي الأول، بالطبيعة فإنّ الايجاد يتعلّق بالطبيعة لالمحالة، وأما تصير فرداً بعد لحوق الإيجاد، ومن المعلوم أنّ ذات الطبيعة جزء للطبيعة المقيدة فإنها هي مع زيادة.

وقد تحصل ممّا ذكرنا أنّ مقتضى التحقيق عكس ما ذكره الاستاذ «قده» من كون الغاء القيد في الانشئات الغاء للمقيد، وعدم كون الغاء الشرط الغاء للمشروط.

(١) قد تقدم ممّا عدم كون ما صدر عن الفضوليّ بيعاً في اعتبار العرف الا بلحوق اعتبار المالك بكونه بيعاً، لتبعية اعتبار العرف لاعتبار المالك، لما جعلوا له من السلطنة التامة على ملكه

ومقتضى ما اختاره الشيخ «ره» هناك ما ذهب إليه ههنا من كفاية وجود مطلق الكاشف عن الرضا، بل كفاية مجرد حصول الرضا في نفس المالك وطيبها وان لم يوجد كاشف يكشف عنه، غاية الأمر البناء على عدمها بمقتضى الأصل في الظاهر. فيكون التصرف عند وقوعه قبل الإجازة سائغاً بحسب الحكم الواقعي وغير موجب للعقاب إلا بناء على ثبوت العقاب للتجري، لكنه حيث قام الإجماع على عدم استقلال الرضا الباطني في تأثيره في صحة الفضوليّ تقيّد الرضا بالقدرا المتيقن ممّا وقع عليه الإجماع، وهو مطلق الكاشف. فذهب إليه الشيخ «ره» صحيح بمقتضى ما بنى عليه في منشأ اعتبار الإجازة وان كان في سوق استدلاله عليه ههنا نظر.

وأما مقتضى ما بنينا عليه في وجه حاجة بيع الفضولي الى الاجازة من كونه فاقداً للإستناد الى المالك، فيعتبر في الإجازة ان تكون على وجه يوجد بها استناد عقد الفضولي الى المالك.

وبالجملة الاستناد أمر ايجادي يحتاج إلى إيجاد له في الخارج، فقد يكون ذلك بالتوكيل وهذا فيما اذا سبق ايجاده على نفس ايجاد العقد، وقد يكون بالإجازة، وهو فيما اذا كان بعد ايجاد نفس العقد. فكما يعتبر في الوكالة ما يحصل به انشاء تنزيل عقدا الوكيل بمنزلة عقدا المالك واستناده اليه، كذلك في الإجازة. والحاصل أنّ استناد العقد الى المالك كنفس العقد يحتاج الى إنشاء وإيجاد، لا اشتراكهما في كون كليهما أمرين ايجادين.

ومنه يعلم صحة ما ذكره بعضهم من أنّ الإجازة كالبيع، وان كان ما جعل التنظير فيه - وهو استقرار الملك - غفلة عن وجه الاشتراك بينهما. ثم إنّ

فالحاجة في صيرورته بيعاً نافذاً، الى حقوق اعتبار المالك به، دون ما ذكره الاستاذ «قده» من الإستناد اليه وان كان ذلك يستتبع حصول استناده اليه أيضاً.

الكلام فيما يحصل به إيجاد الاستناد مرجوع الى ما تقدم في المعاطاة، والذي أدى اليه أبحاثنا هناك، أنّ إيجاد المعنى في الخارج قد يكون بوجوده التنزيلي، وهو اللفظ الذي صار وجوداً تنزلياً له بالوضع او بكثرة الاستعمال او بما تقتضيه من القرينة - والضابط كل لفظ صار ظاهراً فيه - وقد يكون بوجوده الحقيقي، وما هو مصداق حقيقي له في الخارج (١) وتقدم أنّ إيجاد البيع في الخارج بالمعاطاة بهذا النحو من الإيجاد، لكون المعاطاة مصداقاً حقيقياً للبيع اعني مبادلة المال بالمال، وذلك يختلف بحسب العقود والإيقاعات المختلفة، فكان لبعضها مصداق حقيقي يمكن إيجاده به في الخارج وبعضها ليس له ذلك فينحصر إيجاده في إيجاده بوجوده التنزيلي كالنكاح، فإنّ اقرب فعل يتصور كونه مصداقاً له هو الواقعة وليست هي مصداقاً للنكاح بل مصداق للزنا.

وأما تمكين المرأة المعقودة عليها من نفسها كان مصداقاً لإجازة عقد النكاح الصادر من الفضولي، والسر في ذلك أن تمكينها للمعقود له من نفسها التزام باثر النكاح فهو إيجاد لإجازة النكاح بوجودها الحقيقي ومصداقها الواقعي. ومنه يعلم الضابط فيما يحصل به إجازة البيع ويوجد به استناده اليه وهو كلّ لفظ يكون وجوداً تنزلياً لها حتى ينتزع من وجودها استناد العقد الى المالك، او فعل يكون مصداقاً لها حقيقة (٢) فلا يجدي فيها مجرد الكاشف، لكون المطلوب من الإجازة هو حصول الاستناد. وليس له مع قطع النظر عن الإجازة وجود

(١) قد تقدم متا منع ان يكون للامور الاعتبارية مصداق حقيقي فراجع.

(٢) قد تقدم متا أنّ وجه الحاجة الى الإجازة، احراز تحقق اعتبار المالك بكون ما صدر، عن الفضوليّ بيعاً. ولكنه قد بينا أنه لا يجدي مجرد حصول الاعتبار في نفسه، مالم يتحقق بمصداقه الاعتباري في الخارج، وهو قوله أجرت البيع او أنفذت، وهو مصداق اعتباري لانفاذ البيع، او بترتيب الأثر على ما تحقق في نفسه خارجاً، كتسليم المبيع واخذ الثمن، كما ذكرنا مثله في تحقق نفس البيع في باب المعاطاة.

وتحقق تكون الإجازة كاشفة عنها. والكشف أنما يعقل في الامور التي لها وجود وتحقق في الخارج مع قطع النظر عن الكاشف، وان شئت فعبّر عنه فيما نحن فيه بأن الكاشف في الإجازة عين المنكشف والمنكشف عين الكاشف.

ثم أنّ ما ذكرنا من كون الفعل مصداقاً للإجازة صريح ما رواه (١) الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد عن محمد بن اسماعيل بن بزيع - وسند الحديث صحيح اعلائي - قال: سألت ابا الحسن وهو الرضا عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم افاقت فانكرت ذلك، ثم ظنت أنّه يلزمها ففزعته منه فاقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هولها، ام التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها فقال: إذا أقامت معه بعد ما افاقت فهو رضاءً منها قلت ويجوز ذلك عليها قال: نعم «انتهى».

فقوله عليه السلام فهو رضى منها صريح في كون إقامة المرأة مع الزوج مصداقاً للرضا (٢) لكنّ التمسك بالروايات لا يخلو من الاشكال من وجوه شتى. «منها» أنّ قول الراوي فزوجت نفسها رجلاً في سكرها ظاهرة في تزويج نفسها بالمباشرة دون التسبيب والتوكيل. فيكون مفروض الرواية خارجاً عن مسألة الفضولي. نعم يمكن دفعه بأنّ التزويج وان كان بحسب ذاته ظاهراً في المباشرة وغير ظاهر في التسبيب إلا أنّ كثرة استعماله فيه اوجبت ظهورها فيه.

(١) الوسائل، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح الباب ١٤ الحديث ١.

(٢) ليس في ذلك تأييد لما ذهب اليه «قده» لكون مذهبه كون الإجازة مصداقاً للاستناد ويجاداً له بوجوده الحقيقي دون كونها مصداقاً للرضا، ولعل وجه اطلاق الرضا على قيام المرأة مع الزوج، التنبية على أنّ الرضا الموجب لصحة العقد ليس هو الرضا الباطني بوقوع التزويج واختياره واعتباره في نفسها، بل صدور عمل يكون ناشئاً عنها، كما هو الحق فيما يتحقق به الإجازة على ما بيناه.

«وفيه» أنّ غاية ذلك صيرورته متساوي الإحتمال بالنسبة إلى المباشرة، وأما ترجيح احتمال التسيب على احتمال المباشرة فلا. فلا يمكن استظهار التسيب والتوكيل منه، حتى يوجب صدور العقد من غيرها، وجعله بعد الغاء توكيلها في حال السكر فضولياً يحتاج إلى حقوق اجازتها بعد الإفاقة.

«ومنها» أنّ قوله عليه السلام فانكرت، يدلّ على الردّ فتقع الإجازة بعد الرد، ومعه لا تؤثر في تصحيح العقد كما يأتي في التنبيه الآتي. وعلى تقدير رفع الاشكال عنه بحمل الإنكار على انكارها لوقوع العقد لعدم التفاتها بوقوعه في حال السكر، يعود الاشكال من قوله ففرغت فأنه صريح في فزعها من لزوم التزويج، فهو ردّ فعليٌّ يكون نافذاً كالردّ القولي. ضرورة أنّ الإجازة تتحقق بالفعل ايضاً فأنها يرتفعان من ثدى واحد (١).

فان جاز تحقق احدهما بالفعل جاز تحقق الآخر ايضاً، وقد ذكروا هذا الاشكال في رواية ابي ولاد وقد تقدّم عدم اندفاعها (٢) الا بحملها على قضية شخصية كانت تقتضي الحكم في الواقع بصحة البيع.

ومنها أنّ قوله فطننت انه يلزمها فاقامت معه صريح في أنّ قيامها مع الرجل كان لتوهم لزوم العقد، فهي إجازة على تقدير، اعني تقدير كون العقد لازماً في الواقع، وأما على تقدير عدم لزومه في الواقع فلا. وقد بيّنا في احكام العقد الفاسد أنّ رضاء البائع بتصرف المشتري مبنياً على عقد فاسد بزعم صحته لا يجدي في جواز تصرفه فيه فالمرأة حيث قامت مع الزوج لزوم العقد يكون قيامها كاشفاً عن رضاها بالعقد على تقدير لزومه في نفسه واقعاً، دونه على

(١) قد تقدم متى أنّ الردّ هو اسقاط العقد عن صلاحية التأثير، فلا مقابلة بين الإجازة والردّ لكون الرد راجعاً إلى الشأن والصلاحية والإجازة راجعة إلى الفعلية.

(٢) قد تقدم متى بيان عدم توجه الاشكال من رأسه فراجع.

تقدير عدم لزومه في نفسه. وهذا أسد الإشكالات، ولا يدفعه حمل ولا تأويل، بل لامناص معه الا من طرح الرواية.

التنبيه الثالث

في كون تأثير الإجازة موقوفاً على عدم كونها مسبقة بالردّ

إعلم أنّ تأثير الإجازة في صحة بيع الفضوليّ موقوف على عدم كونها مسبقة بالرد. وهذا من جملة قضايا قياساتها معها لا يحتاج الى اقامة البرهان عليها. توضيحه: أنّ الرد في مورد الخيارات يوجب طرو المانع عن تأثير المقتضي اعني العقد، فيوجب نفي التأثير بعد تمامية المقتضى.

و اما الردّ في مورد بيع الفضولي يوجب اعدام المقتضي وعدم تماميته رأساً، لأنّ تمامية العقد في اقتضائه منوطة بحصول استناده الى المالك كما تقدّم، والرد يمنع عن حصوله، فيكون مانعاً عن اقتضاء العقد لترتب الأثر، من غير ان تصل النوبة الى فقدان الأثر لاجل طرو المانع. وانتفاء الأثر عند انتفاء المقتضي من بديهيات العقل، فلودلّ دليل شرعي على خلافه كالرواية السابقة يكون مؤولاً او مطروحاً، وقد عرفت في التنبيه السابق ما فيها من جهات الضعف.

واما ما ذكره الشيخ «ره» من اقتضاء قاعدة السلطنة تأثير الردّ في سقوط العقد عن قابليّة الإجازة فغير صحيح لما تقدّم في اوائل الكتاب من أنّ مقتضاها صحة انواع تصرفات المالك في ملكه، واما صحة كفيّة خاصة من تصرف فلا تستفاد من القاعدة (١).

(١) أعلم أنّ مقتضى قاعدة السلطنة، سلطنة المالك على جميع ما يتعلّق بما له، من تصرفه فيه بنفسه، ومنعه عن تصرف غيره، حتى وضعاً بجميع اقسامه، ومنها اسقاط العقد الواقع على ماله عن صلاحية التأثير. وليس التمسك فيه بقاعدة السلطنة تمسكاً في اثبات ما يحصل به التصرف، وانما يكون تمسكاً بها في اثبات ما يحصل به التصرف، اذا تمسك بها على إثبات وضع لفظ او عمل

التنبیه الرابع في أن الإجازة ليست حقاً اصطلاحياً

إنّ قولنا للمالك ان يجيز البيع، بمعنى نسلطه عليه، واللام فيه للانتفاع. وليس المراد ثبوت حق اصطلاحى له، وان كان ربما يذكر في الألسنة انّ من حق المالك ان يجيز، فإنّ الحق كما تقدّم في اوائل الكتاب اضافة خاصة في قبال اضافة الملكيةّ تقبل الاسقاط والانتقال. وسلطنة المالك على اجازة عقدالفضوليّ الواقع على ملكه من آثار سلطنته على ملكه ثابتة له لا تقبل الاسقاط والانتقال. نعم قد ينتقل الى شخص آخر بانتقال موضوعها اليه بسبب قهرى كالارث، او اختياري كالبيع، وليس هذا انتقاله في الحقيقة بل هي بعنوان المالك من غير ان يكون قابلاً للانتقال الى غيره وان كان ربّما يتبدّل مصداقه.

و بالجمله لا تنفك هذه السلطنة عن عنوان المالك، وان كان عنوان المالك قابلاً للانفكاك عمن صدق عليه، والانتقال الى غيره. فتنتقل آثاره أيضاً بتبعه، ومن جملة آثاره سلطنة المالك على اجازة عقدالفضولي. ولو كانت حقاً اصطلاحياً كانت اضافة مستقلة تنتقل بنقلها باستقلاله، ولم تنتقل بتبع انتقال اضافة الملكيةّ، وكانت ثابتة لمن اضيفت اليه بعد انتقال الملكيةّ. ولو فرضنا السبب الناقل للملكية من الاسباب القهرية يختلف أيضاً حكمها عن حكم الحق المصطلح، فلو فرض كون المبيع من الحبة ينتقل ملكه بموت المورث الى الولد الاكبر، ويترتب عليه سلطنته على اجازة عقدالفضولي الواقع عليه رده،

ولو كانت حقاً مصطلحاً لانتقلت الى جميع الورثة لكون المختص بالولد الأكبر ملك الحبة فقط. وكذا لو فرض كون المبيع من الاراضى انتقل ملكها الى غير الزوجة و يترتب عليها سلطنته على الإجازة، ولو كانت من قبيل الحقوق انتقلت الى جميع الورثة لا محالة حتى الزوجة.

التنبيه الخامس

في أن اجازة البيع ليست اجازة للقبض

انّ لحق الإجازة لا يوجب ازيد من صحّة متعلقها، فلو اجاز البيع صحّ البيع فقط، ولم توجب صحّة غيره ممّا صدر عن الفضولي من مقتضيات البيع الخارجة عن حقيقته كالقبض. فاجازة المالك لبيع الفضولي لا توجب اجازة قبضه أيضاً، وهذه كبرى كليتة لا يشدعنها مورد.

هذا ولكنّ الإجازة كما تقدّم هي ايجاد الاستناد الى المالك، وذلك كما يحصل بالدلالة المطابقية يحصل بالدلالة الالتزامية أيضاً، فإذا صدر من المالك لفظ واحد يكون له دالتان بحسب المطابقة والالتزام، يكون بحسب احديها اجازة لأمر، وبحسب الاخرى اجازة لامر آخر، فينحل الى اجازتين وان كان بالمطابقة لا يزيد على واحدة وهو كاللفظ المشتمل على اجازتين بالمطابقة. ومن هنا يمتاز بيع الصرف والسلم عن سائر البيوع، في كون اجازة البيع موجبة لإجازة القبض في المجلس إذا صدر عن الفضوليّ لكون اجازته اجازة للقبض أيضاً بالالتزام، لتوقف صحّة البيع على صحته. وحيث كان مراد المالك اجازة البيع الصحيح يلزمها اجازة ما يتوقف عليه صحته، بخلاف سائر البيوع، فإنّ القبض فيها وان كان من مقتضيات البيع بل يتوقف حصول الملكية على حصوله، لكنه ليس ممّا يتوقف عليه صحة البيع، فلا تكون اجازته

لعقد الفضوليّ اجازة لما صدر عنه من القبض بل يبقى على عهده القبض ثانياً،
 لحصول الملكية بالقبض في أي زمان حصل من غير تقييد بكونه قبل الإفتراق.
 ومن هنا يعلم عدم كون اجازة البيع اجازة للقبض في بيع الصرف والسلم
 قبل حصول الإفتراق، لحصول شرط صحته بقبضه ثانياً قبل الافتراق، من غير
 ان يتوقف صحته على صحة ما صدر عن الفضوليّ من القبض. وليس هذا خرقاً
 للكبرى المتقدمة، بل محصله التوسعة في متعلق الاجازة بأعمّ من المطابقة والإلتزام.
 إذا عرفت ذلك يقع الكلام في صحة اجازة القبض والاقباض الصادرين
 من الفضولي. ومعقد البحث فيه بعد ما بنينا على كون صحة الفضولي بالاجازة
 هي مقتضى القاعدة، وما دلّ عليها من الادلة الشرعية في خصوص بعض الموارد
 لا ينحصر فيه دليلها حتى يقتصر على مورد الورود، هو صلوح القبض والاقباض
 لاستنادهما الى المالك بإجازته. فبعد إثبات صلاحيته لهما لم يبق مورد احتياج
 لإقامة البرهان عليه ثانياً.

فنقول ذهب الشيخ «ره» الى صحة القبض والاقباض من الفضوليّ
 بلحوق اجازة المالك عليها اذا تعلقا بالثمن او المثلن الجزئيين، واما عند كونها
 كليين فمنع عنها.

واستند في الأوّل أنّ مرجع اجازة القبض الى اسقاط ضمان ما يملكه في
 عهدة الآخر و مرجع اجازة الاقباض الى وصول ما يملكه الآخر بيده برضى البائع.
 واستند في الثاني بانّ القبض والاقباض عند تعلقها بفرد الكلي يوجب
 تشخص الكلي بالمقبوض ولا دليل على حصوله بقبض الفضولي او اقباضه.

والذي اخترته هو عكس ما اختاره الشيخ «ره» اعني صحة
 قبض الفضوليّ واقباضه بإجازة المالك عند كون العوضين كليّين وعدمها عند
 كونها شخصيّين، و يعلم وجهه ممّا قدّمناه في اوائل الفضوليّ، من أنّ الصالح
 من الأفعال للاستناد الى غير من صدر عنه هو الأفعال الاعتباريّة، دون الأفعال

الحقيقيّة الخارجيّة (١) فالإجازة أنّها تصحح اعتبار استناد فعل اعتباري صدر عن الفضوليّ الى المالك ، ولا تصلح لتصحيح استناد ما صدر عنه من الأفعال الحقيقيّة اليه . فنقول حينئذٍ: إنّ الصادر من الفضوليّ في بيع العين المشخصة هو اعطاء المبيع الى المشتري ، وهو فعل حقيقي لا يترتب عليه إلا أثر خارجي ، وهو كون المبيع عندالمشتري ، وأما الآثار والاحكام الشرعيّة فإنّها يترتب عليه . فالأعطاء حينئذٍ لا يصلح للاستناد الى المالك بلحقوق اجازته ، وكذا الرضاء المتقيد به الاعطاء في تحقق القبض به ، لكونه من الامور الحقيقيّة القائمة بالنفس ، لا يصلح للاستناد الى غير من هو له بالإجازة .

وببيان آخر أنّ حقيقة القبض هو حصول المبيع عندالمشتري مع رضا البايع ، باي واسطة ولو بجمل الحيوان او اطارة الريح او غيرها ، ليست حقيقته متقومة بالاعطاء ، بل هو خارج عن حقيقة القبض ، وأنّما هو واسطة في تحققه من غير فرق بينه وبين سائر الوسائط من اطارة الريح وغيرها . وليس ما صدر عن الفضوليّ من الفعل الا هذا الاعطاء ، فغاية ما يتصور استناده الى المالك هو الاعطاء ، ولا يجدي استناده اليه بإجازته في استناد القبض اليه ، لكونه خارجاً عن حقيقة القبض وكون حقيقته هو حصول المبيع عندالمشتري مع رضا البايع ، فاذا رضي به حصل القبض منه حقيقة من دون ان يكون فيه شائبة الفضوليّة .

ومّا ذكرنا يظهر الفرق بين الإجازة والتوكيل في حصول القبض بفعل الغير بالتوكيل دون الإجازة ، لكون حقيقة التوكيل تنزيل شخص الوكيل بمنزلة شخص الموكل ، ويترتب عليه كون افعاله حاصلة للموكل ، فاذا باع الوكيل ثمّ اقبض المبيع من المشتري تكون بيعه و اعطائه و رضاه كلها مستندة

(١) قد تقدم ممّا هناك تحقيق القول فيه بما لا مزيد عليه ومنه يعلم الاشكال فيما ذكره فراجع .

الى الموكل قهراً، من غير احتياج الى تعلق التنزيل بنفس الأفعال المذكورة، بخلاف الإجازة فإنّ حقيقتها تنزيل فعل الفضوليّ منزلة فعل المالك، وقد عرفت عدم امكانه في القبض.

واما بيع الكلي فالتحقيق عندي صحة القبض الصادر من الفضوليّ بلحوق اجازة المالك عليه وتوضيحه: أنّ اعطاء المبيع الى المشتري يحصل به تطبيق الكلي المملوك له عليه وهو من الأفعال الاعتبارية القابلة للإستناد الى غير من صدرت عنه، فيحصل بالإجازة استناده الى المالك لما عرفت من شمول الادلة على كل امر يصلح للاستناد الى الغير بالإجازة.

التنبيه السادس

في ألا تعتبر الفورية في الإجازة

لا تعتبر الفورية في الإجازة بل تنفذ الإجازة على الإطلاق حتى مع التراخي والوجه فيه بعد عدم وجود أمر يسقط العقد عن الصحة التأهيلية، وصلوحه للتأثير بلحوق الإجازة - اعني رد المالك له - إقتضاء قاعدة السلطنة تأثير إجازة المالك مطلقاً فإنّ قاعدة السلطنة كما تقتضي جواز اجازة المالك في الآن الأوّل كذلك يقتضيه في الانات اللاحقة وليس فيه ملاك النزاع في الفورية وعدمها في سائر الموارد من حقوق الخيارات وحق الشفعة وغيرها فإنّ الملاك فيها هو ملاك النزاع في حكم الفرد المخصّص في الانات اللاحقة.

وقد سلخوا فيه مسلكين، الرجوع الى العام المخصّص، والرجوع الى استصحاب حكم المخصّص (١).

(١) قد تقدم ممّا أنّ مقتضى التحقيق هو الرجوع الى العام دون الاستصحاب فراجع.

و توضيحه أنّ عمومات لزوم البيع اذا خصصت في الآن الأوّل يجعل الخيار فيه لاحد الطرفين، ثمّ طرء الشك على بقاء الخيار في الانات اللاحقة، فلو جعلنا المرجع فيه الى العمومات كان مقتضاه سقوط الخيار فيها ونحصر ثبوته في الان الأوّل، وهو معنى اعتبار الفوريّة واما لوجعلنا المرجع فيه استصحاب حكم المخصص كان مقتضاه بقاء الخيار في الانات اللاحقة وعدم اعتبار الفوريّة فيه.

و كذلك حق الشفعة فإنّ مقتضى عمومات تسلط الناس على اموالهم، تسلط المالك على التصرف في ماله كيف يشاء، فوقع التخصيص فيها بما دل على جعل الحق لشفيعه على فسخ بيعه له، فاذا شككنا في الان الثاني كان مقتضى الارجاع الى عموم تسلط الناس على اموالهم سقوط حق الشفعة و ثبوت فوريّته. و مقتضى الإرجاع الى استصحاب حكم المخصص بقاء حق الشفعة، وعدم اعتبار الفوريّة فيه.

وفي تقريرات المحقق النائيني «قده»: أنّ وجه الفوريّة دلالة عدم الردّ في الان الأوّل على الرضا «وفيه» أنّ عدم الردّ أعمّ من الرضا، وليس عدم الإقدام بالردّ مع عدم الاقدام بالإجازة بمجموعهما أيضاً مستلزماً لرضاه، فربّما يكون توقفه عن الردّ لاجل تردده في كون عقد الفضوليّ متضمناً لمصلحة مفيدة او مفسدة مضرة.

اذا عرفت ذلك فقد علمت بعدم جريان ملاك النزاع في الفوريّة وعدمها في سائر الموارد فيما نحن فيه، لكون مقتضى القاعدة صحّة عقد الفضوليّ بلحوق الإجازة. من دون ان يكون مقتضاها فساد، ثمّ يكون المخرج عنه دليل مخصّص له، حتى يقع البحث في كون المرجع هو العموم او استصحاب حكم المخصص.

هذا كلّّه بحسب الادلّة العامّة، واما الادلّة الخاصّة، فالمستفاد من صحيحة

محمد بن قيس جواز التأخير لصدور الإجازة من المالك كما صدر عنه في مفروض الرواية بعد مدة مديدة، ومورد الرواية - وان كان غير منطبق على القواعد وقد وقع فيه وجوه من الحمل - الا أنّ محل الاستشهاد الكبرى الاستفادة من قوله عليه السلام خذ ابنه حتى يحيز لك البيع دون موردها.

ثمّ أنّ الحكم بجواز تأخير الإجازة - مع ما تقدّم من كون مقتضى التحقيق عدم تسلط الأصيل على الفسخ في المدّة المتخللة بين العقد والإجازة - يستلزم توجّه الضرر اليه، وهو منفي بقاعدة نفي الضرر.

والتفصي عنه اّمّا يجعل الخيار للأصيل، واما تسلطه على اجبار المالك المعقود عنه على احد الامرين، من الإجازة والرّد، واما الحكم بعدم جواز الإجازة ونفوذها بعد مضي وقت الفور رأساً. ولكنّ التحقيق في معنى لا ضرر ولا ضرار في الاسلام نفي كل حكم شرعي يستلزم الضرر فلا تفي بنفي المضرة المتوجهة الى الأصيل من ناحية تأخير المالك في اختيار الإجازة او الرّد، وليس من ناحية حكم الشارع بجواز الإجازة له (١) وان كان له مدخليّة في حصول المضرة

(١) تحقيق ما ذكره «قده» أنّ في الإيجاب اقتضاء الفعل والإلزام به وفي التحريم اقتضاء الترك والإلزام به، فلو استلزم الفعل في الأوّل والترك في الثاني مضرة، تستند الى ايجاب الشارع و تحريمه لا محالة. واما الإذن والترخيص فليس فيها اقتضاء لاحد جانبي الفعل والترك، فإذا اختار المكلف واحداً منها وكان مستلزماً لمضرة يسند الأضرار اليه لا محالة دون الشرع. وان كان اذن الشرع وترخيصه شرطاً في اقدمه بالفعل او الترك، هذا.

ولكنّه لا يخفى عليك أنّ جواز الإجازة ليس بالمعنى التكليفي اعني الترخيص في الفعل والترك بحيث لا يعاقب على احدهما بل بالمعنى الوضعي بمعنى نفوذها في حصول المعاوضة وانتقال كلّ من العوضين إلى ملك الاخر، وفيه الزام لكلّ منها بترتيب آثار ملكيّة الاخر على ما كان ملكاً له قبل الإجازة. والتحقيق اجراء القاعدة في اصل ايجاب الوفاء للاصيل، فإنّ ايجاب الوفاء عليه مع عدم ايجاب الوفاء للجانب الاخر يوجب المضرة عليه، وهي كونه ممنوعاً عن التصرف في كلا العوضين. وليس جريانه بالنسبة الى الأصيل معارضاً بجريانه بالنسبة الى المالك في جانب

للاصيل، إلا أنه ليس علة تامة بل أحد اجزائها، والجزء الأخير منها ترك المالك لإختيار الإجازة او الرد، والشيء أنها يستند الى الجزء الأخير من العلة التامة. وبالجملة حكم الشارع بجواز تأخير الإجازة ليس مستلزماً لمضرة على الأصيل.

نعم يمكن اجراء القاعدة في حكم الشارع بلزوم البيع من ناحية الأصيل، لاستلزامه توجه المضرة اليه. «ويرده» كونه معارضاً بجريانه في حق المعقود عنه فإنّ الغاء اجازته بعد يستلزم توجه المضرة اليه. والترجيح مع الثاني لتأييده بقاعدة السلطنة (١) نعم لو قلنا بثبوت الولاية المطلقة للحاكم كان له اجبار المعقود عنه بإختيار الإجازة او الرد، او تصديه بفسخ عقد الفضوليّ بالمباشرة ويمكن الاستدلال عليه بسخط الشارع لوقوع الفساد بين التّاس، فيكون لازمه

الفضولي، فإنّ عدم كون الأصيل مأموراً بالوفاء لا يستلزم وصول مضرة اليه، بل أنّها يوجب عدم وصول منفعة اليه، والقاعدة لا تجرى في نفيه، كيف؟ ويستلزم نفي الضرر في غالب موارد القاعدة، عدم وصول منفعة الى غيره.

ثمّ أنّ قاعدة لاضرر أنّها تجري في نفي وجوب الوفاء للاصيل وثبوت الخيار له مع تأخير المالك في جانب الفضولي عن المدة المتعارفة، للإجازة، كما أنّ الخيار أنّها يثبت له مع تأخير الجانب الاخر للقباض عن المدة المتعارفة له، فلا منافاة بينه وبين ما تقدّم من كون الاصيل ملزماً بالوفاء بعقده.

(١) لا يخفى أنّ قاعدة السلطنة أنّها تقتضي تسلط المالك على ملكه، ولا يقتضي تسلطه على ملك غيره بالبداهة، وتسلط المالك في جانب الفضولي على انفاذ العقد في حصول المعاوضة مع فسخ الجانب الأصيل تسلط له على ملك غيره. هذا مضافاً إلى أنّ جريان قاعدة السلطنة في حق المالك في جانب الفضولي معارض بجريانه في حق الأصيل، فإنّ المفروض بقاء ماله في ملكه وعدم انتقاله عنه بمجرد تحقق العقد، فهو مسلط على ملكه وان صدر منه العقد عليه. فإنّ العقد إنّما يوجب إنقطاع سلطنته عنه إذا أثر في انتقاله عن ملكه. وما قدّمناه من نفي الشارع لسلطنته بايجاب الوفاء له بعقده فإنّما ثبت قبل تأخير المالك في جانب الفضولي للإجازة او الرد، واما بعده فقد تقدّم نفيه بقاعدة لا ضرر.

سلطة الحاكم على رفعه وولايته عليه، واما لوفينا عنه الولاية المطلقة لم يكن له إلا الأمر بالمعروف وعليه فهل يلزمه اجبار المعقود عنه بإختيار الإجازة او الرد، واجبار الأصيل بالصبر حتى يختار المعقود عليه احدهما، فأنت بالخيار في اختيار احدهما.

التنبيه السابع في وقوع التفكيك في الإجازة

إعلم أنّ الإجازة عبارة عن إنفاذ المالك لما صدر عن الفضوليّ من العقد فلا يعقل إلاّ في مفروض تعلقها به، ومقتضاه اعتبار التطابق بينهما. ولكنّ هذه الكبرى بكليّتها لا تأبى عن وقوع الإنفكاك بينهما في موردين.

«الأول» ما اذا كان العقد الواحد منحلّاً الى عقود عديدة، وان كان يجمعها لفظ واحد إلاّ أنّه لا ينافي شمول الحكم على كلّ واحد منها برأسه، كالأمر بإكرام العلماء بلفظ واحد فإنّه ينحلّ إلى أوامر عديدة بعدد افراد العلماء. فقولنا أكرم العلماء في قوّة ان يقال: أكرم زيداً و أكرم بكراً و أكرم خالداً الخ ولذا يستقلّ كلّ منها باطاعة وعصيان مستقلّين، فالعقد إذا اشتمل على بيع ما يملكه وما لا يملكه او بيع ما لا يملك - بالفتح فيهما - يكون قابلاً لوقوع الإجازة على بعضه دون بعضه، لكون كلّ منها مستقلاًّ في العقدية، وان كان يجمعها لفظ واحد. فالإجازة إذا تعلق بأحدهما يوجب نفوذه، إلاّ أنّ لفظ العقد حيث اشتمل على مجموعها بالهيئة الاتصاليّة كان انتفائها موجباً لتوجه الضرر الى الأصيل ومنجبراً بثبوت الخيار له. واما لو فرض عدم قابليّة العقد للانحلال، وكان مشتملاًّ على ابعاض لا يعقل إجازة واحد منها دون البقية، لم يجز تعلق الإجازة ببعضها دون بعض.

«الثاني» ان يكون التزام العقد مشتملاًّ على إلتزام آخر فتكون الثاني

التزاماً في إلّتزام وهو على ما حققناه حقيقة الشروط المذكورة في العقد من دون تقيّد حقيقة العقد بها، فلا يقدر افتراقهما في تعلّق الإجازة باحدهما دون الآخر. واما لو فرضنا تقيّد احدهما بالآخر لم يعقل التفكيك بينهما، فلا يمكن إجازة احدهما إلا مع إجازة الآخر. والحاصل أنّه لا مانع من تعلّق الإجازة بواحد من عقدين او عقود متعددة، وان كان يجمعها لفظ واحد في مقام الإنشاء، سواء كان دلالة عليها بالمطابقة، كما في أوّل الموردين، او بالإلّتزام كما في ثانيهما. ومنه يعلم بطلان التفصيل بين الجزء والشرط بجواز تفكيك الأوّل دون الثاني.

المبحث الثالث

في المميز

والموضوع بالمبحث فيه جهات ثلاث

الجهة الاولى، اعتبار صلاحية التصرف وجوازه للمميز حين الإجازة، والثانية اعتبار وجود المميز حين وقوع العقد، والثالثة اعتبار كونه جائز التصرف حين العقد.

الجهة الاولى

في اعتبار صلاحية التصرف حين الإجازة

«اما الجهة الاولى» فبعد وضوح كون إجازة البيع تصرفاً مالياً على جميع المباني من الكشف والنقل، حتى على مبنى الكشف اللغوي لكون مقتضاه اعتبار الرضا التقديري المنكشف بالإجازة دون مطلقها، غنيّة عن البحث. فإنّ بعد ثبوت الصغرى وأنّ الإجازة تصرف مالى، يترتب عليه جميع كبريات اعتبار

الامور في التصرفات المالية، من العقل والملك او الولاية وفقد الرهانة وغيرها. نعم يبقى اعتبار ما لم يثبت اعتباره في التصرف المالى غير ثابت فيه، كعدم وقوعه في مرض الموت، فلو ثبت عدم صحّة منجزات المريض، كانت إجازته لبيع الفضوليّ أيضاً غير صحيحة وغير نافذة في ترتّب آثار البيع عليه.

ومن ذلك يعلم اعتبار جميع ما يعتبر في البايع، في المجيز، لعدم استتمام البيع واستكماله إلا بلحوق الإجازة، فالمجيز بمنزلة الأصيل بل هو نفسه فإنّ التأثير في الملكية وحلية التصرف يترتب على الإجازة، فالملك والبايع هو المجيز حقيقة، دون العاقد ومجري الصيغة. الامور المعتمدة في البايع برمتها معتبرة في المجيز حين الإجازة، كإجازة عقد النكاح، فيعتبر جميع الامور المعتمدة في المتزاوجين في المجيز، فلو كان المجيز حين الإجازة بكرّاً ذات ولي يشترط في نفوذ تزوجها إذن الولي. والحاصل أنّ الكبرى الكلية فيما يعتبر في المجيز حين الإجازة، هي اعتبار كلّ ما كان معتبراً في المتعاقدين.

ونتيجة هذه الكبرى تختلف بحسب الموارد باعتبار انضمام الصغريّات المختلفة عليها، فهي فيمن تصدّى بإجازة عقد البيع، اعتبار البلوغ والعقل والرشد والملك او الولاية وفقد الرهانة وغيرها، وفيمن تصدّى بإجازة عقد النكاح إذن الولي والمولى وغيرهما.

الجهة الثانية

في اعتبار وجود المجيز حين تحقق العقد

«وأما الجهة الثانية» فنقول أنّ عقد البيع (١) في قبال عقد النكاح وغيره،

(١) لابتدء وان يراد منه متعلق العقد وأما نفس العقد، وهو التعاقد فتقوم بالمتبايعين.

علقة تحصل بين المالين، و تتقوم بهما دون المتبايعين. كما أنّ عقد النكاح علة تحصل بين الزوجين و تتقوم بهما دون المهر فلا يعتبر في تحققها أزيد من اعتبار وجود المالين، و أنّ كان من حيث كونها ملكين لا بدّ لكلّ منهما من مال، إلا أنّ ذلك خارج عن حقيقة البيع. وليس ما يتقوم به حقيقته إلا ما تقع المبادلة بينهما من المالين، فإذا تحققت تحصل تلك العلة بلا حالة منتظرة.

و بعبارة أخرى يتمّ العقد في عقديته بمجرد حصول المالين، غاية الأمر أنّ تأثيره في حصول النقل والانتقال يتوقف على حصول استناده إلى المالك و رضاه به، فإذا تحقق الشرط يؤثر المقتضي لاستتمام العلة التامة بذلك، فيؤثر في حصول النقل والانتقال و ان كان غير مؤثر قبل حصول الشرط.

ومنه يعلم عدم احتياج عقد الفضولي الى وجود المجيز في حينه، فلو فرضنا وقوع العقد الفضولي على مال اليتيم لغير مصلحة لم يكن حينئذٍ من يصلح للإجازة حين العقد لعدم ولاية الولي ولا الحاكم على التصرف في ماله في هذه الصورة ولكنه (١) لا يقدح في تمامية العقد في نفسه، لما عرفت من أن تقومه لا يحتاج إلى أزيد من وجود المالين، فإذا لحقه وجود الشرط يترتب عليه الأثر اعني انتقال الملكية لا محالة.

(١) يمكن الإشكال في اجازة الصبي بعد بلوغه، لما وقع من عقد الفضولي قبل البلوغ، بأنّ البلوغ أنّما يوجب جواز تصرفاته فيما بعد البلوغ من الأزمنة، و أمّا جواز اجازته لما وقع من العقد قبل البلوغ بناء على الكشف فلا، لكونها تصرفاً في المال من حين تحقق العقد.

واندفاعه يتوقف على بيان مقدمة وهي: أنّ التصرف يشتمل على جهتين «أحدهما» جهة صدوره من الفاعل «والثانية» جهة وقوعه على المال، والحكم بعدم نفوذ التصرف قبل البلوغ هو من الجهة الأولى، ولذا لو صدر منه تصرف قبل البلوغ بما يكون وقوعه على المال بعد البلوغ - كما لو أجر ماله قبل البلوغ في مدة هي بعد البلوغ - لم يجوز، فلا منع عن نفوذ تصرفه فيما قبل البلوغ من جهة صدوره بعد البلوغ، فلو صدر منه تصرف بعد البلوغ وكان وقوعه على المال من قبل البلوغ لم يشمل عليه المنع.

ومن هنا ينقذ بطلان ما استدلّ به العلامة من أنّ صحة العقد قبل وجود المجيز ممتنعة فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً «ووجه البطلان» أنّ امتناع الحكم بالصحة على موضوع لا يوجب الامتناع بعد انقلاب الموضوع، فموضوع الحكم بامتناع الصحة صورة وجود العقد مع فقد شرط التأثير وعدم استتمام العلة التامة، فع انقلابه بحصول الشرط و صيرورته علة تامة، لا موجب للحكم بامتناع الصحة نظير الوجه الثاني. فما ذكره العلامة اعني استلزام الحكم ببقاء العقد على قابلية الإجازة مع انتفاء المجيز لورود الضرر على الجانب الأصيل ممنوع، فإن مقتضاه انتفاء اللزوم من جانبه وثبوت الخيار له، دون بطلان العقد رأساً.

الجهة الثالثة

في اعتبار صلاحية التصرف للمجيز حين القعد

فنقول: أنّ عدم جواز التصرفّ اما ان يكون لاجل فقد المقتضى له، او لأجل طرو المانع عن المقتضى بعد وجوده، فهنا مسألتان.

المسألة الاولى

في عدم جواز تصرفه لاجل طرو المانع

وقد قدّمناها لاجل سهولة الأمر فيها فنقول: أنّ عقد الفضي على ما قدّمناه لا قصور فيه من جهة الإقتضاء للإنتقال، بل هو تام في اقتضائه، والمفروض فيما نحن فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره، حتى استناد العقد الى المالك و رضاه به، وعدم تأثيره في حصول الانتقال وعدم ترتبه عليه لاجل طرو المانع، اعني تعلق حق الرهانة بمورد العقد مثلاً، فإذا فك الرهن و ارتفع

المانع تستتم اجزاء العلة التامة، فتؤثر في حصول المعلول لاحالة (١)، لاستحالة انفكك العلة التامة عن معلوها.

و بالجمله فقد المانع كالشرط في كون حصوله مستلزماً لتحقق العلة التامة، اذا لم يكن لها قصور من غير ناحيته. فالمسألة نظير اصل مسألة الفضولي، والدليل على الصحة ههنا كالدليل القائم على صحة اصل مسألة الفضولي، اعني ارتفاع قصور العلة بعد تحقق الشرط واستكمال العلة التامة بلحوقه. وكذلك فقد المانع اذا حصل تستتم به العلة التامة، فتؤثر في حصول النقل والانتقال بلا اشكال.

ومما ذكرنا يعلم عدم الحاجة الى اإجازة المالك بعد فك الرهن، لكون وجه الحاجة إليها تحصيل استناد العقد الى المالك او استكشاف رضاه به بعد فقدهما على اختلاف المبنيين فيه، و كلاهما حاصلان للمالك من حين العقد فيؤثر العقد بمجرد ارتفاع المانع من دون توقف على لحوق الإجازة.

المسألة الثانية

في عدم جواز تصرف المميز لأجل فقد المقتضي

«والمسألة الثانية» ان يكون المميز غير جائز التصرف حين العقد لاجل فقد

(١) يمكن الإشكال فيه بأن فك الرهن أننا يوجب جواز تصرف المالك من حين الفك دونه قبل الفك، ولا يجري فيه ما ذكرنا في الجواب من كون المانع من جهة صدور التصرف لا من جهة وقوعه، فإنه ليس المنع في الرهن من جهة الصدور، لما تسلّم من صحة تصرفات المالك في المال المرهون في مدة الرهن بالنسبة الى زمان ما بعد فك الرهن.

والتحقيق في الجواب: أنّ ملاك الرهن - وهو حصول الوثوق للمرتن بعدم فكه إلا باداء دينه - إنما يمنع عن نفوذ تصرف المالك قبل فك الرهن، ولا يمنع عن نفوذ ما يقع من التصرف بعد الفك حتى بالنسبة الى ما قبل الفك.

المقتضي، وذلك يتصور على وجوه ذكرها الشيخ «ره»، بل أكثر ممّا ذكره، لكنّ المهمّ بالبحث والذي وقع عنوانه في كلمات القوم، مسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه فنتعرض لحقيقتها واستقصاء القول فيها بحيث يعلم منها حكم سائر الصور. والوجوه المستدلّة بها على البطلان سبعة.

الوجه الأوّل

أنّه باع مال الغير لنفسه، وهو عنوان المسألة الثالثة من أصل مسائل الفضوليّ، تعرضنا لها و لدفع الاشكالات عنها فيما مرّ، فلا نطيل بالإعادة.

الوجه الثاني

أنّ تجويز بيع غير المالك مع فقدّه لما يعتبر في البيع، من وجود المالك ورضاه والقدرة على التسليم أنّها هو لاجل الاقتصار بحصولها للمالك المحيز حين البيع، فلو فرض كون المحيز غير المالك حين العقد اختل العقد لفقد الشروط المعتمدة فيه. والجواب عنه يتوقف على بيان مقدمة، وهي أنّ الشرائط برمتها على قسمين، قسم يعتبر تحقّقه في تقوم حقيقة العقد، فلولاها لم يتحقّق العقد في الخارج، وقسم لا مدخليّة له في قوام العقد، بل إنّما يعتبر في تأثير العقد وصورته مؤثراً، فع فقدّه لا يصير العقد مؤثراً فيما هو المترقب منه. والتمييز بين القسمين يحصل بمعرفة حقيقة العقد - وحقيقة عقد البيع كما تكرر ممّا علقه تحصل بين مالين - ومن المعلوم أنّ تقوم كلّ علقه بتحقيق طرفيها، فيكون تحقق كلّ واحد من المالين من قبيل القسم الأوّل، فلا يعقل تحقق العقد بدونها. كما أنّ عقد النكاح علقه بين شخصين، وان كان له مساس بالمال إلا أنّ المقوم لحقيقته هو الشخصان، فلا يعقل تحقّق حقيقة النكاح في الخارج بدونها. فلا يعتبر في قوام حقيقة عقد البيع الا حصول المالين نعم كان مستلزماً لوجود مالك

له فلا بدّ في تحقق العقد من وجود مالكين بتبع اعتبار تحقق المالكين، لكنّ الذي يستلزمه اعتبار حصول المالكين هو وجود مالكين لهما من دون اعتبار تعيينهما. ويعتبر أيضاً في حصول العقد بما هو عقد وجود المتعاقدين، واما اعتبار كون المتعاقدين مالكين غير دخيل في تقوم حقيقة العقد، بل هو من القسم الثاني، اعني الشرط الدخيل في تأثير العقد في الملكية من غير ان يكون دخيلاً في تقوم حقيقته.

ومن هذا القبيل أيضاً اعتبار الرضا والقدرة على التسليم، فلا يعتبر تحققهما الا عند التأثير وضرورة العقد متصفاً بوصفه، دون ذات العقد بل هي بوصف التأثير، ولا يكون ذلك الا مع حصول استناده الى المالك وغيره من الشرائط المعتبرة فيه، فإذا تحققت قاطبة الشرائط واتّصف العقد بوصف التأثير يترتب عليه حصول الملكية.

والاشكال انما نشأ من الخلط بين شرائط العقد، و شرائط المؤثر في الملكية، مع انه قد يحصل التفكيك بينهما ويتحقق العقد من دون اتصاف بعنوان المؤثر.

الوجه الثالث

إنّ الأقوى بمقتضى الأدلة هو القول بالكشف، فيكشف لحوق الإجازة عن انتقال المبيع الى المشتري من حين العقد، ويستحيل ذلك فيما نحن فيه لإستلزامه خروج مال عن ملك البائع قبل دخوله فيه.

«والجواب» أنّ الأقوى على حسب ما قرّرناه وان كان هو القول بالكشف بل بالكشف الحقيقي، إلا أنّ ما ذكرنا واقنا عليه البرهان من كشف الإجازة عن حصول الإنتقال من حين العقد لا يرد به حصول الإنتقال من حينه بما هو عقد، بل بما هو المؤثر في الملكية فتحدث ملكية المبيع للمشتري من حينه لا محالة.

وبالجمله انّ قولنا الإجازة تكشف عن سبق الملك من حين العقد لانعنى به الا كشفها عن سبق الملك من حين قيام المؤثر، وإنما عبّرنا عنه بالعقد لوحدهما في الخارج، وكون العقد في الخارج هوالمؤثر في الملكية وكون المؤثر فيها هوالعقد، ويعلم ذلك بمراجعة الادلة التي ذكرناها في الكشف. فالذي تكشف الإجازة عن حدوث الملكية من حينه فيما نحن فيه ليس هوالعقد من أول حدوثه، بل حين دخول البيع في ملك البايع المجيز، لعدم صيرورته مؤثراً بلحقوق الإجازة إلا من حين دخول المبيع في ملكه، لعدم كون الإجازة موجبة لاستتمامه في العلية واتصافه بوصف التأثير إلا من حينه وكونه قبل ذلك مجرد علة ناقصة غير واجدة لشرط التأثير اعني رضى المالك اوالإستناد اليه لعدم صدق رضى المالك ولا استناده اليه من حين حدوث العقد على رضى المجيز واستناده اليه من حينه لكون المجيز فاقداً لوصف الملكية في حينه. والذي يصدق على رضاه رضى المالك وعلى استناد العقد اليه استناده الى المالك هوالمالك الاصلى، والمفروض عدم تحقق الرضا وعدم صدور الإجازة منه.

فالإجازة المطلقة الصادرة من المالك المتجدد إنما تجعل العقد مؤثراً وواجداً لشرط التأثير اعني الاستناد الى المالك ورضاه من حين حدوث المبيع في ملكه، فانها وان كانت بإطلاقها شاملة لجميع الازمان المتخللة بين العقد والإجازة إلا أنّ تأثيرها في صيرورة العقد تاماً في التأثير وواجداً لشرطه من حين حدوث المبيع في ملكه. اما عدم تأثيرها قبله فلما عرفت من عدم حصول استناد العقد الى المالك قبله، بل الى غيرالمالك ومن يصير مالكاً في ما بعده من الزمان، واما تأثيرها بعده فلعموم سلطنة الناس على اموالهم ونفوذ تصرفاتهم (١) فإجازته تنفذ

(١) وفيه انّ قاعدة السلطنة انما تقتضي صحّة انواع تصرفات المالك، واما ما يحصل به التصرف وما هو سبب حصوله فهو بيد العرف والعقلاء، فما لم يسبق العرف والعقلاء الى اعتبار

في تأثير العقد من حين صار ملكاً له، فتكشف الإجازة لامحالة عن انتقال المبيع الى المشتري من حين صيرورة المميز مالكاً.

الوجه الرابع

انه لو ترتب الأثر على عقد الفضولي بإجازته بعد صيرورته مالكاً يلزم من صحة العقد الموجب لدخول المبيع في ملكه عدمه. توضيحه أن لحوق الإجازة يكشف عن انتقال المبيع الى المشتري من حين العقد فلا ينفذ بيع المالك الاوّل له من الفضولي الذي بسببه صار الفضولي مالكاً له.

ويظهر الجواب عنه بما ذكرنا في دفع الإشكال السابق، ومحصله منع كشف الإجازة عن حصول الانتقال من حين عقد الفضولي، بل من حين يمكن الانتقال، وهو فيما نحن فيه أوّل ازمة صيرورة المبيع ملكاً للفضولي، فيكشف عن حصول الانتقال الى المشتري من حينه. واما قبله فالمبيع باق على ملك مالكة الاوّل فيصح له بيعه في تلك الزمان من الفضولي او غيره فيصح العقد الثاني، و يترتب عليه صحة العقد الاوّل من دون إستلزامه للمحذور المذكور.

سبب يحصل به ذلك التصرف، لا يمكن اثبات تحققه بقاعدة السلطنة.

فقول: انه لم يعهد من العرف والعقلاء اعتبار سبب تحصل به الملكية قبل زمان التملك، نعم يحصل ذلك بإجازة عقد فضولي وقع على ماله من قبل، لكنّها انما تنفذ في حصول الملكية من حينه، ولا تنفذ في حصولها من زمان بعده، فلو عقد فضولي على مال في يوم الجمعة، لا تنفذ إجازة المالك له، إذا اجازته من يوم السبت، اتفاقاً، وان كان العقد له بقاء اعتباري يمكن تعلق الإجازة به في كل حين.

ويمكن الجواب عنه: بأن إجازة المالك انما تعلق في المسألة بالعقد من حينه على طبق مقتضى العقد، إلا أنّها لا تؤثر الا من حين يمكن انتقاله الى المميز وصيرورته مالكاً.

الوجه الخامس

انه يلزم حينئذٍ توقف صحة العقد الاوّل على إجازة الفضوليّ، وتوقف العقد الثاني على إجازة المشتري، فإنّ نفوذ إجازة كلّ منهما يتوقف على صيرورة المبيع ملكاً له، وهي تتوقف على إجازة الآخر للعقد الموجب لانتقال المبيع الى ملكه. فلو أثر العقد الناقل إلى المشتري بإجازة الفضوليّ يصير المشتري مالكاً للمبيع، فتتوقف صحة العقد المتأخر الناقل الى الفضوليّ على إجازته، فيتوقف تأثير إجازة المشتري على إجازة الفضوليّ، وتأثير إجازة الفضوليّ على تأثير إجازة المشتري.

والجواب عنه هو الجواب في الاشكالين الاخيرين، وهو منع كشف الإجازة عن حصول الملكية الا من حين يمكن لامن حين العقد الذي بناء الدور المذكور عليه، فاذا منعنا ذلك تحسم مادة اشكال لزوم الدور، وبيانه أنّ إجازة الفضوليّ للعقد الاوّل اذا امتنع من حينه تؤثّر من حين يمكن، وهو زمان انتقال المبيع اليه، فيكون المشتري مالكاً من حين انتقال المبيع الى المشتري لاقبله، حتى تتوقف صحة العقد الناقل الى الفضوليّ على إجازته.

الوجه السادس

أنّ اقدام المالك على العقد الثاني ردّ للعقد الاوّل الصادر من الفضوليّ، لكونه فعلاً منافياً لصحته ومستلزماً لفساده، فانه اذا باع ماله من الفضوليّ فقد نقل المال اليه وتملك الثمن، وهذا ينافي لمقتضى العقد الاوّل، اعني نقل المال الى المشتري الاوّل، وتملكه للثمن المأخوذ منه.

ويرده: أنّ مقتضى التحقيق كما سيجيء في بحث الردّ أنّ الردّ لا يتحقق الا بايجاد له بوجوده الانشائي او بوجوده الحقيقي الذي مصداق له حقيقة،

وسيوضح لك أنّ عقد المالك على المبيع لغير من عقد له الفضوليّ ليس مصداقاً للردّ، فإنّه إنّما يكون مصداقاً له اذا اقتضى بقاء المبيع الى حين العقد في ملكه، وليس للعقد اقتضاء لان يكون المبيع ملكاً للعاقده، وإلا لم يتصور صدوره عن غير المالك ولم يعقل عقد الفضوليّ رأساً.

الوجه السابع

الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده، وقد تعرضنا للجواب عنها في أصل مسألة الفضوليّ بما لا مزيد عليه، فلا نطيل بالإعادة. فلا نتعرض ههنا الا لذكر ما وهمه بعض المتأخرين من دلالة نظير رواية (١) خالد بن حجاج (بن نجیح خ ل) على المنع عن بيع ما ليس عنده قال قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يجي ويقول اشتر لي هذا الثوب و أربحك كذا وكذا، قال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك، قلت: بلى، قال: لا بأس به، إنّما يحلل الكلام ويحرّم الكلام انتهى.

والجواب أنّ من المحتمل لا محالة كونها ناظرة الى بيع النسبية في قبال العامة لما توهموا فيه من الربا فنعموا عنه وقد وقع التجويز له في اخبارنا تعليلاً بأنّه إنّما يكون فيه الربا اذا لم يكن المشتري بحيث ان شاء اخذ بعد شراء البائع لما يريد و ان شاء تركه وكان ملزماً بشرائه منه بعد.

توضيح ذلك: أنّ من الشايع في تلك الازمنة بل في هذه الازمنة أيضاً، التوسل الى تحليل الربا والتفصي عن حرمتها بأنّ احدهم كان يبيع من آخر

(١) الوسائل، الحديث ٤، الباب ٨ من ابواب احكام العقود، اقول: لم يثبت صحة سند الحديث لاختلاف النسخة في خالد بن حجاج او خالد بن نجیح، ولم يوثق صريحاً وان أثبتنا وثاقة الثاني بالوثوق العام في «معجم الثقات» ص ١٦٥ من الطبعة الاولى.

سلعة نسية ثم يشتريها منه نقداً بأقلّ من ذلك، او يشتري منه نسية فيبيع له بازيد من ذلك فيكون هذا في الحقيقة قرصاً يستحلّ فيه الربا بهذه الوسيلة باخذ ازيد ممّا يدفعه الى المقترض فوقع ذلك محلّ خلاف من قديم الأعصار بين فقهاء العامة.

قال بعضهم (١) فيما عقده من الباب لبيوع الذرائع الربوية. وهنا شيء يعرض للمتبايعين اذا باع احدهما الآخر بزيادة او نقصان، وللمتبايعين اذا اشترى احدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة او نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير قصد الى ذلك تباع ربوي، مثل أن يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقداً ثم، يشتريها منه بعشرين الى أجل، فاذا اضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الأمر على أنّ احدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى اجل. هذا هو الذي يعرف ببيوع الاجال فنذكر في ذلك مسألة في الأقاله ومسألة في بيوع الاجال - الى أن قال - وأما البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال فهي أن يبيع الرجل سلعة بثمان الى اجل، ثم يشتريها بثمان آخر الى اجل آخر نقداً وهنا تسع مسائل الى ان قال وذلك إنه من باع شيئاً إلى أجل ثم اشتراه فإما ان يشتريه إلى ذلك الأجل بعينه، او قبله، وبعده. وفي كل واحد من هذا الثلاثة إما أن يشتريه بمثل الثمن الذي باعه منه. واما بأقلّ واما بأكثر، يختلف من ذلك في اثنين وهو ان يشتريها قبل الاجل نقداً بأقلّ من الثمن او الى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن، فعند مالك وجمهور اهل المدينة أن ذلك لا يجوز. وقال الشافعي و داود و ابو ثور: يجوز، فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول فإتهمه ان يكون إنما قصد دفع دنانير في أكثر منها الى اجل، وهو الربا المنهي عنه، فزوراً لذلك هذه الصورة ليتصلا بها الى الحرام، مثل ان يقول قائل

(١) ابن رشد الاندلسي في «بداية المجتهد» (ج ٢ ص ١٣٩، ط المعاهد بالقاهرة).

لآخر اسلفني عشرة دنائير إلى شهر و أرد إليك عشرين ديناراً فيقول: هذا لا يجوز ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين إلى شهر ثم اشتريه منك بعشرة نقداً و أما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لأنه إن اعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الاجل لم يتهم، وكذلك إن اشتراها باقل من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل.

ومن الحجة لمن رأى هذا الرأي حديث أبي العالية عن عائشة أنها سمعتها، وقد قالت لها امرأة كانت ام ولد لزيد بن ارقم: يا ام المؤمنين إنني بعت لزيد عبداً إلى العطاء بثمانمائة فأحتاج إلى ثمنه، فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمأة. فقالت عائشة بثمنا شريت و بثمنا اشتريت أبلغى زيدا إنه قد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله ان لم يتب. قال: رأيت إن تركت وأخذت ستمأة دينار؟ قالت: نعم. فن جاءته موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وقال الشافعي واصحابه: لا يثبت حديث عائشة، و أيضاً فإن زيدا قد خالفها، و روي مثل قول الشافعي عن ابن عمر انتهى.

اقول: وقد وقع التعرض لها في جملة من رواياتنا وقد عقد لها باباً (١) في الوسائل و ذكر في عنوانه «ان من باع شيئاً نسيه او غير نسيه جاز أن يشتريه من صاحبه حالاً او مؤجلاً بزيادة او نقيصة اذا لم يشترط ذلك»، و ذكر فيها روايات كثيرة.

ومحصل مضامينها إنه اذا كان المشتري ملزماً بشراء ما إبتاعه الباع منه أو من غيره ولم يكن له الخيار في أخذه وتركه كان باطلاً لاجل الربا، و اما اذا كان له الخيار في اخذه وتركه بعد ما يشتريه صح. و إن ارتكز في اذهان بعضهم من فتاوى العامة كونها رباءً محضاً بل قد وقع التصريح في بعضها بأنه لا بأس به إذا كان له الخيار في الشراء والرد، و ان اريد به الربا وكان البيع والشراء

(١) الوسائل، كتاب التجارة، الباب ٥ من ابواب احكام العقود.

مجرد وسيلة الى تحصيلها.

منها رواية يونس الشيباني (١) قال قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يبيع، والبائع يعلم انه لا يسوي، والمشتري يعلم انه لا يسوي، إلا أنه يعلم انه سيرجع فيه فيشتري منه. قال: يا يونس أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لجابر بن عبدالله: كيف أنت؟ إذا ظهر الجور واورثهم الذل. قال: فقال له جابر: لا بقيت إلى ذلك الزمان، ومتى يكون ذلك؟ بآبي انت وامي قال: إذا ظهر الربا، يا يونس، وهذا الربا، فإن لم تشتره رده عليك؟ قال قلت: نعم. قال فلا تقربنه، فلا تقربنه انتهى. وفيها تصريح بأنه ان لم يكن له الخيار في اخذه وتركه كان باطلاً لاجل الربا.

ومنها رواية بشار بن يسار (٢) قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل يبيع المتاع بنساء، فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به. فقلت: أشتري متاعي؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك انتهى وفيه دلالة على كون المرتكز في ذهنه من فتاوى الفقهاء، كونه رباً محضاً فيبطل شراء شيء منه ثم يبيعه من نفسه.

ومنها رواية علي بن جعفر (٣) عن اخيه قال سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم الى اجل، ثم اشتراه بخسمة دراهم بنقد إلى أجل. قال: اذا لم يشترط ورضيا فلا بأس انتهى.

ومنها رواية حسين بن المنذر (٤) قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام يجيئني

(١) الحديث ٥ من الباب المذكور، وسند الحديث غير موثق لوقوع صالح بن عقبه ويونس الشيباني فيه ولم يثبت وثاقتها.

(٢) الحديث ٣ وسند الحديث مؤثق.

(٣) الحديث ٦ من الباب المذكور، ولا يبعد قوة سند الحديث.

(٤) الحديث ٤ من الباب المذكور، وسند الحديث حسن بابن المنذر وهو شيعي ممدوح.

الرجل فيطلب العينة، فأشترى له المتاع مراجعة، ثم أبيعته إياه، ثم اشترى منه مكاني. قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت، وإن شئت لم تشتري، فلا بأس فقلت: إن أهل المسجد يزعمون إن هذا فاسد ويقولون إن جاء به بعد أشهر صلح. قال: إننا هذا تقديم وتأخير فلا بأس انتهى. وفيه دلالة على ردّ مذهب العامة، وهو كونها معاملة ربوية كما تقدم.

ومنها رواية منصور بن حازم (١) قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يريد أن يتعين من الرجل عينه، فيقول له الرجل: أنا أبصر بحاجتي منك، فاعطني حتى اشترى، فيأخذ الدراهم فيشتري حاجة، ثم يجيئني بها إلى الرجل الذي له المال فيدفعه إليه، فقال: أليس إن شاء اشترى وإن شاء ترك وإن شاء الباع باعه وإن شاء لم يبع؟ قلت: نعم. قال لا بأس انتهى.

ومنها رواية اسماعيل بن عبد الخالق، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن العينة، وقلت: إن عامة تجارنا اليوم يعطون العينة فاقصص عليك كيف نعمل. قال: هات، قلت: يأتينا المساوم يريد المال فيساومنا، وليس عندنا متاع، فيقول أربحك ده يازده وأقول أنا ده دوازده، فلانزال نتراوض حتى نتراوض على أمر، فاذا فرغنا قلت: أي متاع أحب إليك أن اشترى لك؟ فيقول: الحرير، لأنه لا يجد شيئاً أقلّ وضعية منه، فأذهب، وقد قالته من غير مبايعة. فقال: أليس إن شئت لم تعطه وإن شاء لم يأخذ منك، قلت: بلى، فأشترى له ذلك الحرير وأما كس بقدر جهدي، ثم اجيئ به إلى بيبي فابايعه، فربما ازددت عليه القليل على المفاوضة وربما اعطيته على ما قالته، وربما تعاسرنا فلم يكن شيء فإذا اشترى مني لم يجد أحداً أغلى به من الذي اشترىته منه

(١) الوسائل، الحديث ١١، الباب ٨ من ابواب العقود وسند الحديث صحيح.

فبيعه مني، فيجئ ذلك فيأخذ الدراهم فيدفعها اليه، وربما جاء ليحيله عليّ قال: لا تدفعها إلا الى صاحب الحرير. قلت: وربما يتفق بيني وبينه البيع به واطلب إليه فيقبله مني. فقال أليس إنه لو شاء لم يفعل ولو شئت أنت لم ترد؟ فقلت: بلى لوأنه هلك فمن مالي، قال: لا بأس بهذا إذا أنت لم تعد هذا فلا بأس به انتهى. وفيها دلالة على أنه لا بأس به اذا كان له الخيار في الشراء والرد، وان اريد به الربا وكان البيع والشراء مجرد وسيلة الى تحصيلها، حيث صرح فيها بأن المشتري إختار الحرير - بعد ما اختتمت مفاوضته، مع البايع في الزيادة - لاجل مجرد خفته وسهولة تناوله، لعدم كون الغرض منه الاحلية الزيادة.

وبالجملة ان الرواية ناظرة الى هذه الجهة، اعني بيع النسبة على النحو المذكور، لما فيه من الربا (١)، فتكون اجنبية عن بيع مالا يملكه بالمرّة. وان لم يتعيّن ذلك فلا اقل من احتمالها، فيسقط الاستدلال بها على بطلان بيع مالا يملكه.

(١) ويشهد له وقوعها في جواب قول السائل: الرجل يجيئي، ويقول: إشتري هذا الثوب واربحك كذا وكذا، فأنه يدل على أنّ الرجل قد اراد شراء الثوب، لكنه لم يكن عنده من الثمن ما يبذله بازائه، فأراد الأستقراض منه بما يحلّ معه دفع الزيادة، وإلا فن كان الثمن موجوداً عنده يشتري الثوب عن صاحبه بنفسه او يأمر غيره أن يشتري له إذا لم يرد تصديّه للشراء بنفسه لاجل الغبن او غيره، ولولاه لكان امره لغيره، أن يشتري الثوب ثم يبيعه منه، أشبه بالأكل من القفا، ولم يتعارف في الاسواق.

وقوله: الرجل يجيئي، بصيغة المضارع دالة على الاستمرار، يدلّ على تعارفه وانه ليس اتفاقياً. ومنه يعلم أنّ السؤال ليس عن قضية في واقعة، حتى يحتمل كونها واجدة لخصوصية اقتضت العدول عن المتعارف، وعليه يكون المراد من قوله عليه السلام «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» أن هذه وان كانت وسيلة الى اخذ الزيادة، الا ان المحلل والمحرم هو الكلام الواقع بينهم. فان وقع الكلام على دفع القرض بما يزيد عليه المقترض عند رده، كان من الربا المحرم في الشريعة، وان وقع على شراء الثوب ثم يبيعه منه بازيد مما اشتراه به، كان محللاً، اذا لم يكن المشتري ملزماً في الشراء منه، وان كان فيه اخذ الزيادة.

المبحث الرابع

في المجاز

والكلام فيه يستدعي البحث في امور

الأمر الأول

اشتراط كون عقد الفضوليّ جامعاً لجميع الشرائط

يعتبر في صحّة الإجازة كون العقد الذي تجمله الإجازة مؤثراً في الملكية واجداً لجميع شرائط العقد والوجه فيه أنّ تحقق كلّ جزء او شرط أنّها يسد باب العدم المتطرق اليه من ناحية فقده، دون الاعدام المتطرق اليه من قبل فقد سائر الأجزاء والشروط المعتمدة فيه. فحصول الشرط الحاصل لعقد الفضوليّ من لحوق الإجازة به الذي كان العقد فاقداً له لولا لحوق الإجازة عليه - اعني الرضا وطيب النفس على ما ذهب إليه الشيخ «ره» او الاستناد الى المالك على ما بيّناه - أنّها يسدّ باب فقدان التأثير من قبل فقده، ولا يسدّ باب فقدانه من قبل فقد سائر الشروط المعتمدة فيه بالبداهة. فيعتبر في تأثير عقد الفضوليّ مضافاً الى لحوق الإجازة، كونه واجداً لغيره من الشروط المعتمدة في العقد باجمعها.

بل المفروض في موضوع المسألة هو بيع الفضولي، اعني ما استجمع لجميع شروط البيع عدا كونه صادراً عن المالك او عن وكيله، فالفاقد لبعض ماله دخل في تحقق البيع خارجاً عن موضوع البحث اصلاً وان شئت مزيد التوضيح لذلك فنقول أنّ الإجازة على ما قدمناه أنّها تصحح استناد العقد الى المالك، وتجعله مستنداً اليه، و منزلاً بمنزلة الصادر عن نفسه، فيعتبر فيه لا محالة جميع ما يعتبر في العقد الصادر عن نفسه، بداهة أنّ العقد لو كان صادراً واقعاً عن نفس المالك لم يكن مؤثراً في شيء مع كونه فاقداً لبعض ما يعتبر فيه

من الشروط. نعم ما كان من الشروط غير دخيل في تحقق العقد واستتمامه في عقديته، بل في مجرد حدوث الملكية، فلا يعتبر تحققه الا في حين حدوثها (١) كالقدرة على التسليم. واما اشتراط كون المشتري مسلماً في بيع المصحف والعبد المسلم فلم نحقق له دليلاً يدل على توقف صحة البيع او تأثيره في الملكية عليه. بل الدليل الوحيد على اعتباره هو العمومات النافية للسبيل للكافرين على المؤمنين، والنافية لاعتلاء غير الاسلام عليه. وهي لا تقتضي الا المنع عن تسليط الكافر على المؤمن والمصحف، وذلك لا يقتضي عدم تحقق اعتبار ملكيتها للكافر إذا لم يقترن لتسليط له عليهما، حتى يوجب بطلان بيعهما منه.

الأمر الثاني

هل يعتبر كون المجاز معلوماً للمجيز على التفصيل ام لا

هل يعتبر في الإجازة كون المجاز معلوماً للمجيز على التفصيل ام لا؟

(١) وهو حين الإجازة، على ما تقدم من الاستاد «قده» في تقريب الكشف، من ان حدوث الملكية ووجودها يكون من حين الإجازة، لكن الموجود بهذا الوجود يكون ملكية ممتدة إلى حين العقد. وقد بينا هناك : ان ذلك يستلزم التفكيك بين الوجود والماهية وذكرنا في تحقيقه بما محصله : ان الحادث بالإجازة هو اعتبار الملكية، والأمر الإعتباري و ان كان وجوده في الخارج هو عين وجود الاعتبار لوحده معه بحسب الحقيقة، الا أن له وجوداً اعتبارياً وهو الذي تعلق الإعتبار والتخيل بثبوته له، فالإعتبار تعلق حين الإجازة بوجود الملكية من حين العقد ولا بأس بتعلق الإعتبار - اعني التخيل - فعلاً بوجود أمر في الزمان الماضي. وعليه يعتبر القدرة على التسليم في حين العقد، ان تعلق الإعتبار بحدوث الملكية من حينه، فلو حصل، له القدرة على التسليم بعد زمان العقد تعلق الإعتبار بحدوث الملكية من حينه لا محالة.

لكن التحقيق أن ملاك اعتبار القدرة على التسليم في حدوث الملكية، التحفظ على ترتب التسليم على الملكية. ولما كان التسليم امراً حقيقياً لا يعقل في الحال ايجاد التسليم في الماضي، ينتفي هذا الملاك في اعتبار وجود الملكية في الزمان الماضي، فلا يجري فيه اعتبار القدرة على التسليم.

فنقول: ان كلاً من الإذن والإجازة يتصوّر بحسب بادى النظر تعلقه بأمر
ثلاثة احدها جزئي العقد اعني شخص العقد المتحقق في الخارج و ثانيها الكلي
المنطبق على غير واحد من الأفراد وثالثها المرّد بين فردين او افراد، وهو على
ضربين، فانّ التردد يكون تارة في المصدق، واخرى في المفهوم. والأول غير
معقول لعدم تعقل التردد والإجمال في الخارج، والشياء مالم يتشخص ولم يتعين
ولم يوجد، ولا يوجد في الخارج الا المتشخص. والمتعين والمجمل والمرد بماهما من
غير خلع الإجمال والترّد عنها غير صالحين للوجود في الخارج.

ثمّ اعلم انه لما كانت الجزئية والتشخص تدوران مدارالوجود بل هو
عينها، وكان هوالمائز بين الكلية والجزئية، فانّ الكلية بما هي لا تلائم الوجود
في الخارج، يحصل الفرق بين متعلق الإذن والإجازة.

توضيح ذلك: أنّ الفارق بين الإذن والإجازة أنّ الإذن يكون سابقاً للعقد
والإجازة لاحقة عليه، وبعبارة اخرى: إنّ موطن الإذن هو قبل وجود العقد،
وموطن الإجازة هو بعد خروج العقد الى حيّز الوجود. فيكون متعلق الإذن لا
محالة هو العقد الكلي، لعدم تحليه بجزئية الوجود الذي هو مدار الجزئية وملاكها،
ومتعلق الإجازة هو العقد الجزئي لتعلقها بالعقد بعد الوجود. فنقول حينئذ: إن
الكلي المتعلق للإذن، قد يكون نوعاً من العقد، وقد يكون جنساً عالياً شاملاً
لأجناس عديدة تحته، وقد يكون جنساً سافلاً غير مشتمل الاعلى الأنواع. ولا
منع عن تعلق الإذن بجميع ذلك مالم تبلغ سعة الكلي الى حيث خرج الإذن
المتعلق به عن اعتبار العقلاء وصار امراً غير عقلاني. والثاني، اعني الإذن
المتعلق بجنس العقد، يسمى تفويضاً، والمأذون له وكيلاً مفوضاً.

وامّا الإجازة فقد علم أنّ متعلقها لا يكون الا جزئياً، والكلي لا يمكن ان
يتعلق به الإجازة، والا تخرج الإجازة عن كونها إجازة وكذا المررد لما عرفت من
أنه لا يعقل التردد في الجزئي بما هو في الخارج، نعم يعقل التردد فيه مفهوماً

بان يتردد عند المجيز بين عقدين، وان كان متعيناً بحسب نفسه في الخارج و ذلك في مورد حصول العلم الإجمالي له، فإن العلم الإجمالي هو المركب من علم وترديد. فمرجع علم المجيز بالعقد اجمالاً، إلى علمه بعنوان من العقد الصادر من الفضوليّ، وجهله بعنوان آخر له. فن الممكن الإلتزام بكفاية العلم بعنوان منطبق للعقد الواقع في الخارج في مقام الإجازة، وان كان مع الجهل بعنوان آخر له (١).

الأمر الثالث

استلزام الإجازة لعقد، الإجازة لسائر العقود

في السلسلة الطولية دون العرضية

إذا تعددت العقود الواقعة على ماله او عوضه فإجاز المالك واحداً منها، هل يستلزم ذلك إجازة بقية العقود ام لا؟ ويتصور فيه أقسام كثيرة، إلا أننا نذكر الاضابطاً كلياً استفاد منه حكم جميع الصور والأقسام. وملخصه أنّ إجازة كلّ عقد منها، إجازة للعقد الذي تتوقف صحته على

(١) قد تقدّم أنّ اعتبار العلم بالعوضين بالمعنى المعتبر في الشرع ليس ممّا تقتضيه حقيقة البيع بحيث لا يمكن انشاءه إلا مع العلم بها بذلك المعنى، بل كان مأخوذاً من دليل شرعي، وان بيّنا له وجهاً عرفياً هناك. فقتضى ما تقدّم عن الاستاذ «قده» - من كون البايع في مورد بيع الفضوليّ هو المالك وأما الفضوليّ فلا يستند اليه البيع - اقتضاء دليل اعتبار العلم في البايع والمشتري اعتباره في المجيز.

وأما بناء على ما تقدّم ممّا أنّ استناد بيع الفضوليّ الى المالك بالتسيب، وأنّ البايع هو الفضوليّ، يكون مقتضاه اعتبار العلم للفضوليّ وكفاية ما ذكره «قده» من تحقق علم المجيز بعنوان منطبق عليه.

صحته، كما لو عقد الفضوليّ على ماله ثمّ عقد ثانياً على عوضه بحسب العقد الأوّل، فاجاز المالك العقد الثاني، كان ذلك إجازة للعقد الأوّل أيضاً. وكذا إجازة لكلّ عقد تترتب صحته على صحة العقد المجاز، كما لو باع الفضوليّ ماله فباعه المشتري من آخر كان إجازة العقد الأوّل من المالك إجازة للعقد الثاني. وبالجملة إجازة كلّ عقد في سلسلة العلل والمعلولات، إجازة لجميع ما في السلسلة من العلل والمعلولات. وأما العقود العرضية فليس إجازة واحد منها إجازة للآخر. «والوجه فيه» أمّا في سلسلة العلل فاستحالة وجود المعلول من دون وجود علته، فيكون إيجاد المعلول وانشائه مستلزماً لايجاد العلة وانشائها، وأما في سلسلة المعلولات فهو كون انشاء أمر انشاءً لما له من التوابع (١).

وقد ذكر توضيحه في باب الوضع، وقد نبهنا هناك على أنّ وضع المجازات وضع تبعي حصل بتبع وضع الحقائق، واثبتنا أنّ وضع لفظ لمعنى وضع لما يناسبه أيضاً بالتبع. وكفى في كشف الغطاء عنها ما ذكرنا من المثال هناك، من أنّ نصب العلم على هامة باب دار زيد، يحكى عن داره بالذات، ويحكى عن الدار المحاذي له بالتبع، لما كان بينهما من علاقة المحاذاة والمقابلة، والحكاية عن كلّ واحد منها معلول عن الوضع، إلا أنّ الوضع قد تحقق لدار زيد بالإصالة، وللدار المحاذي له بالتبع. وليس حكاية نصب العلم عن الدار المقابل إلا لأجل حصول الوضع التبعي له عليه.

(١) لا يخفى عليك أنّ صحّة عقد المشتري على ما ابتاعه من الفضوليّ بإجازة المالك لعقد الفضولي، ليس لأجل أنّ إجازته لعقد الفضوليّ إجازة له، وأنه صار مستنداً إليه بالتبع، بل لأجل أنّ العقاد صار مالكاً للمبيع. ولذا لو قلنا بعدم كفاية مجرد صيرورة الفضوليّ مالكاً في صحة البيع في مسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه، وتوقف صحته على الإجازة، وتوقف صحّة عقد المشتري فيما نحن فيه إجازته له بعد صيرورته مالكاً. وأما حديث الوضع التبعي فقد تقدّم ممّا المنع عنه عند تعرض الاستاذ له ولذكر هذا المثال، فراجع.

المبحث الخامس

في الرد

مجرد الكاشف

اعلم أنّ الردّ كالإجازة من الامور الانشائية، فيحتاج الى ايجاد له في الخارج، امّا بلفظ يكون قابلاً له فينشئ به الرد، واما بفعل يكون مصداقاً له، وصدق عليه الردّ بالحمل الشايح ولا يكفي مجرد وجود الكاشف عن فقد الرضا للمالك من فعل او قول ما لم يتوجد به الردّ حقيقة او انشائاً. وبالجملة ردّ المالك لعقد الفضوليّ نظير فسخ ذي الخيار، فكما أنّه لا يخرج العقد. عن قابلية الفسخ و الإلزام، بمجرد وجود ما يدلّ على عدم رضا ذي الخيار بالعقد، كذلك الردّ لا يحصل بمجرد وجود الكاشف عنه. والسرفيه: ما اشرنا إليه ههنا وتقدّم بيانه في الإجازة، من أنّ الامور الانشائية تحتاج الى إنشاء وإيجاد لها في الخارج.

التصرف المخرج للعقد عن قابلية الإجازة

ثمّ اعلم أنّ جملة من الأفعال كالاتلاف والعتق، والتزويج، يخرج عقد الفضوليّ عن قابلية الإجازة، لكونها موجبة لإعدام موضوع الإجازة، فإنّ الإلتلاف اعدام لمورد العقد فيخرج عن قابلية الملكية كذلك العتق يوجب كون العبد غير قابل للتمليك، وكذا تزويج المرأة من غير المعقود له فضولة يخرجها عن قابلية التزوج، فينعدم موضوع الإجازة، ويسقط العقد عن قابلية صيرورته صحيحة بلحوق الإجازة لاجل انعدام موضوعها. وهذه الأفعال وما كان من قبيلها، وان كانت تفيد فائدة الرد إلا أنّه لا يصدق عليها عنوان الردّ. هذا كلّ

شأن التصرفات الموجبة لفوات مورد العقد وهي القسم الأول من التصرفات.

التصرف المفوت للمنفعة

وأما القسم الثاني منها وهو التصرفات المفوتة للمنفعة دون نفس العين الواقعة عليها العقد.

وقد ذكر الشيخ «ره» فيها تحقيقاً متيناً ينبىء عن جلالة قدره وعظم شأنه، لا يرد عليه شيء من الإشكالات المذكورة في كلام المحشين، ومحصله: أنّ تصرف المالك في مورد العقد وانتفاعه منه، ان كان بنفسه، يوجب لحق الإجازة عليه فيما بعد، ضمان المنفعة التي استوفاهها على ذمته، بناء على القول بالكشف. فإنّ الإجازة حينئذٍ تكون كاشفة عن وقوع التصرف والانتفاع على ملك الغير، فتقتضي الضمان لا محالة. وان كان بتسليمها الى غيره وتمليكهها منه بالإجازة وشبهها لا تصحّ الإجازة اللاحقة لخروج العقد بذلك عن قابلية الإجازة، فإنّ الإجازة بناء على الكشف تقتضي خروج المبيع عن ملك البايع وصورته ملكاً للمشتري من حين العقد، وإجازة البايع له تقتضي عدم انتقاله قبل تمليك المنفعة من المشتري وبقائه في ملكه. فيقع التنافي بين صحّة كلّ من الإجازة بالمهملة والإجازة بالمعجمة، فاذا بنينا (١) على صحّة الإجازة بالمهملة لم يبق مجال عن الإلتزام ببطلان الإجازة بالمعجمة، وعدم تأثيرها في صحّة الفضولي.

(١) ويمكن الاشكال فيه بأنّ لحق الإجازة بالعقد بناء على الكشف، يكشف عن وقوع الإجازة بالمهملة في ملك الغير، فتكون غير نافذة إلا بإذنه. والجواب أنّ صدور الإجازة بالمعجمة من المالك قد وقع بعد صدور الإجازة بالمهملة منه؛ ولا يجوز ولا ينفذ تصرف المالك على خلاف ما صدر من التصرف عنه قبله، فلا تنفذ الإجازة بالمعجمة حتى يستلزم فساد الإجازة بالمهملة وعدم نفوذها.

تزييف اشكالات القوم على تحقق الرد بالتصرفات المقومة للمنفعة

وقد اورد عليه جملة من المحشين للمكاسب إشكالات

اشكال المحقق النائيني «قده»

فمنها الاشكال الذي ذكره المحقق النائيني «ره» في تضاعيف كلماته وهو نفي الفارق بين استيفائه للمنفعة بنفسه وبين اجارته له من غيره، لاشتراكهما في تفويت المنفعة و اخراجها عن قابلية الانتقال الى المشتري، فقتضى القاعدة في كليهما هو الضمان.

«وفيه» ان الضمان فرع ثبوت التصرف في مال الغير، فالبايع في تصرفه فيه بنفسه كان متصرفاً في مال المشتري، فيلزمه الضمان بلا اشكال، واما اجارته من غيره فحيث ان صحة الإجارة تقتضي انتقال المنفعة الى المستأجر من ملك الموجر، فيستلزم كونها مملوكة له قبل الإجارة، فجريان الضمان في المنفعة ينافي صحة الإجارة من حيث اقتضائها كون المنفعة ملكاً للموجر، واقتضاء تعلق الضمان كونه ملكاً لغيره. فلا مجال عن إلتزام احد امرين اما بطلان الإجارة بالمهملة، او لإجازة بالمعجمة.

اشكال السيد «قده»

ومنها الاشكال ذكره السيد «قده» وهو التفكيك بين العين والمنافع في مدة الإجارة وتوضيحه ما تقدم من ان الإجازة بناء على الكشف يكشف عن الانتقال من حين يمكن ذلك و ذلك حين العقد بالنسبة الى انتقال العين المجردة، و اما المنفعة فلا يمكن انتقالها الى المشتري الا بعد اختتام مدة الإجارة

فنتقل العين من حين العقد مجردة عن المنفعة الى آخر مدة الإجارة، وبعدها تنتقل المنفعة ايضاً. فيكون حصول العين مع المنفعة في ملك المشتري بعد اختتام مدة الإجارة، واما قبلها فيحصل التفكيك بين العين والمنفعة.

وفيه انّ التفكيك في الملكيّة انما يمكن في الامور العرضية، كالتفكيك بين اجزاء العين او اجزاء المنفعة بحسب الازمان المختلفة، ومن هذا القبيل التفكيك بين العين والمنفعة قبل البيع، فيجوز تملك المنفعة من شخص دون العين، ثمّ تملك العين مجردة عن المنفعة من شخص آخر. واما الامور الطولية فلا يجوز التفكيك بينها في الملكية، كما لو وقع عقد البيع على عين، فانه يوجب تملك العين من المشتري، وملك المنافع منه بتبع العين. فملك المنافع في طول العين ومعه لا يمكن التفكيك بين العين والمنافع كما فيما نحن فيه (١).

اشكال صاحب الكفاية «قده»

ومنها ما ذكره المحقق الخراساني «قده» وهو لم يتعرّض للتفكيك بين العين والمنافع كالسيد «ره» فلا يتوجه عليه المنع من الوجه المذكور. بل التزم بالتفكيك في نفس العين بحسب الازمان، فقال: انّ الإجازة تكشف عن انتقال العين الى المشتري بعد اختتام مدة الإجارة، دون انتقالها من حين العقد، لأنّه هو الذي يمكن الانتقال من حينه هذا وقد ذكرنا انّ العين بحسب الازمنة المختلفة من العرضيات، فيمكن التفكيك فيها بكونها ملكاً لأحد في زمان ولغيره في زمان آخر.

(١) والوجه فيه، انّ وقوع الإجازة على العين المجردة عن المنفعة، يوجب وقوعها على غير ما وقع عليه العقد، لا وقوعها على بعض ما وقع عليه العقد، حتى يحصل التبعض فيه بحسب الإجازة. وتوضيحه انّ العقد وقع على العين المستتعبة للمنفعة فلو وقع الإجازة على العين المجردة يكون متعلقه مبائناً لمعلق العقد.

لكنه يرد عليه أنّ الإجازة أنّها تكشف عن الانتقال في زمان متأخر عن زمان العقد إذا كانت العين المبتاعة في زمان العقد غير قابل بنفسها للإجازة، و أنّها لم تتعلّق الإجازة به من حينه لاستحالة التفكيك بين العين والمنافع، فلا يمكن كشف الإجازة عن الانتقال في زمان متأخر عن العقد (١) فيقع التنافي بين صحّة الإجازة بالمعجمة والإجازة بالمهملة.

التصرف غير المنافي لملك المشتري

أما التصرفات الغير المنافية لملك المشتري تعرّض المبيع للبيع أو إيقاع العقد الفاسد عليه. فتوضيح حصول الردّ بها أو عدمه: أنّ الرد كما تقدم أنّها من الامور الانشائيّة المفتقرة الى ايجاد لها في الخارج، ولا يكفي فيه مجرد وجود الكاشف عن القصد، بل لا بدّ له اما من انشاء لفظي أو إيجاد فعل يكون مصداقاً حقيقياً له. (٢) ومن المعلوم عدم كون العرض للبيع ولا إيقاع عقد فاسد

(١) والتحقيق في الجواب ما تقدّم ممّا في التعليقة المتقدمة، من أنّ العين المستتعبة للمنفعة غير العين المجردة، فالتفكيك بين العين والمنفعة يوجب فوات مورد العقد، وهو العين المستتعبة للمنفعة، وهو يوجب انعدام العقد بانعدام موضوعه. واما بعد مدة التفكيك فالموجود وان كان هو العين المستتعبة، إلا أنّها غير العين المستتعبة المتقدمة، فإنّها وجدت بهذا الوصف بعد انعدام العين المجردة فتأمل.

(٢) قد تقدم ممّا أنّ الردّ هو اسقاط العقد عن صلوحه للتأثير بلحقوق الإجازة، وهو امر اعتباري، وقد تقدم ممّا منع ان يكون للامور الاعتباريّة مصداق حقيقي بل يكون لهامصداق اعتباري، وهو قد يكون فعلاً وقد يكون قولاً، والإنشاء اللفظي هو ايجاد الشيء بمصداقه الإعتباري اللفظي.

وقد تقدّم في باب المعاظة أنّ البيع يحصل باحد امرين، احدهما: المصداق الاعتباري له، وهو عقد البيع. والثاني: الإلتزام القلبي مع ترتيب الأثر عليه خارجاً، لكنّ ايجاد الردّ ينحصر في القسم الأوّل، ولا يمكن ايجاده بالنحوالثاني، لعدم وجود ما يترتب عليه من العمل خارجاً، فإنّ التصرف في المبيع ليس اثرأ للرد، ويجوز ذلك مع عدم تحقق الرد.

عليه مصداقاً للرد، فإننا لا نريد الا قطع العلقه الحاصله بعقد الفضولي، كما ان المطلوب من الإجازة ابقاء العلقه وربطها الى المالك، فكما لا بد في حصول الإجازة بالفعل من كونه مصداقاً لها، فكذلك في حصول الردّ بالفعل لا بد من ان يكون مصداقاً لقطع تلك العلقه.

ولم يرد عنوان الرد في لسان دليل حتى يكون المناط صدقه، ومنه يعلم ما في تمسك الشيخ «ره» بصدق الردّ عليه، ويقرب منه تمسكه بفحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل، كالوطى والبيع والعتق. «توضيح المنع»، ان تصرف ذي الخيار بالمذكورات مصداق للتملك، لكونها من الامور التي لا تثبت لغير المالك، فلو اقدم بها ذو الخيار تكون مصداقاً لتملك المبيع واعادته في ملكه بعد ما خرج عنه، وهذا بعينه حقيقة الفسخ. واما صدور هذه التصرفات من المالك فيما وقع عليه عقد الفضولي فليس مصداقاً للردّ فانّ عدم وقوع الردّ لا ينافي بقاء المبيع في ملكه بل المبيع باق على ملكه مالم يصدر عنه الإجازة وبالجملة كان المالك الاصلى باقياً على وصف المالكية قبل حصول الإجازة وكان من شأن المالك جميع هذه التصرفات فصدورها منه لا يوجب تحقق الردّ فانّها تلائم مع الردّ وعدمه فلا تكون مصداقاً للردّ لا محالة.

ومن هنا يظهر انه لا وجه للتفرقة بين حال الإلتفات وعدمه، فانّ الفعل لو كان مصداقاً لعنوان لا يتوقف صدقه عليه على قصد العنوان منه، (١) ولولم يكن

(١) قد تقدّم متا أنّ الأمر الإعتباري يستحيل ان يكون له مصداق حقيقي، والمصداق له ليس إلا الإعتباري، وقد بينا فيما تقدم انّ المصداق الاعترابي لفظاً كان - اعني المسمى باللفظ الانشائي او فعلاً كالتعظيم وغيره لا يكون مصداقاً للشيء ولا يصدق عليه عنوانه الا بالقصد، فالقصد له مدخلة في صيرورته مصداقاً له، فا ذكره الاستاذ «قده» قد وقع في غير محلّه بل هو شأن المصداق الحقيقية دون المصداق الإعتبارية. ولا يجرى المعاطاة في الردّ بناء على ما بنينا عليه في المعاطاة، من أنّ تحقق البيع بالالتزام والاعتبار القلبي بالتمليك والمبادلة مع ترتيب الأثر عليه خارجاً، لعدم وجود

مصدّقاً له لم يحصل صدقه عليه بقصده منه. فالتصرفات المذكورة إذا صدرت عن البائع ذي الخيار ينطبق عليه عنوان الفسخ، وان لم يقصد منها حصوله. كما أنّ صدور الوطي وانكار الطلاق من الزوج ينطبق عليهما عنوان الرجوع، وان لم يقصد ذلك منها فإنّ حقيقة الرجوع هو التشبث بالزوجية، والوطي وكذا انكار الطلاق مصداق له.

وامّا صدور هذه التصرفات من المالك في مورد عقد الفضوليّ فليس مصداقاً للردّ فلا يتحقق بها وان قصد منها ذلك، فإنّ المناط في تحقق الردّ ليس مجرد قصده وان حصل ما يكشف عن تحققه، بل وجوده في الخارج انشاء او حقيقة. ومنه يعلم بطلان قياسه على العقود الجائزة فإنّ تحققها وتقومها تدور مدار الرضا الباطني مع وجود ما يكشف عنه على ما قدّمنا بيانها في المعاطاة، فيكفي فيها وجود كلّ فعل كاشف سواء قصد منه تحققها ام لا، الا الوكالة فانّها تفترق عن غيرها في ذلك بما ليس هذا محلّ بيانه (١) والحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على سيّدنا محمّد وآله الطاهرين المعصومين.

* * *

ما يترتّب على الإلتزام القلبي بالغاء البيع خارجاً، فإنّ العمل الخارجي اعني التصرف في المبيع ليس أثراً للرد، ويجوز ذلك من غير ردّ ايضاً، واما اتلاف المبيع فينعدم العقد معه بنفسه لاجل انعدام موضوعه.

(١) والوجه فيه ما تقدّم ممّا من أنّ حقيقة التوكيل هو التفويض وليس هو مجرد الرضا بتصرف الوكيل بل هو فعل ايجادي يتوقف وجوده في الخارج على ايجاد مصداق له خارجاً. هذا تمام الكلام فيما سبق اليه نظري القاصر في مسائل الكتاب وهو محض نتيجة ما ادى اليه فكري الفاتر من غير تلقيه عن غيري وقد افردت الكلام فيه عمّا ذكروه في كتب القوم عتيقها و حديثها، حذراً عن الإطالة واقتناعاً بالإحالة، فاحمد الله على ما وفقني لهذا، وما كتأ لهندي لولا ان هدانا الله واصلى على نبيّه وآله الطيبين الطاهرين فانهم وسيلتي اليه وهو ارحم الراحمين وعسى الله ان يجعل عاقبة امرى خيراً.

رسالة

حجرات الشهرية

بئر قدماء اصحابنا في الفناوى الففصية

الحائزة لشروط خمسة

تأليف

العلامة الشيخ ابي طالب الجليل التبريزي

مؤسسة النشر الاسلامي

التابعة
لجماعة المدرسين بعزم المشرفة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين، ولعنة الله على اعدائهم اجمعين الى قيام يوم الدين. وبعد فيقول المفتقر الى فضل ربه ابوطالب بن علي اكبر التجليل التبريزي: هذه رسالة الّفتها في البحث عن حجية الشهرة في الفقه، واوردتها على سبيل الايجاز، وذكّرت فيها جميع ماله مدخلية في تحقيق المطلب.

(مقدمة)

اعلم: أنّ اتفاق اهل أي علم من العلوم على مسألة من مسائله، لا يوجب القطع واليقين على صحة قولهم فيها، وكم من مسألة من مسائل العلوم أطبقت عليه قاطبة علمائها في سالف الزمان، ثم انكشف خلافها وتبين فسادها، و اتفاق آراء الفلاسفة و اجماعهم على مسألة لا يمنع من تطرق الخطأ اليها، كما ثبت ذلك بالمشاهدة في قسم الطبيعيات من الفلسفة، فكذلك الفقهاء. فاذا كان اتفاقهم لا يأبى عن تطرق الخطأ اليهم، فكيف حال مالم يتفقوا عليه ووجد فيهم من خالف غيره؟ اعني المسألة التي قامت عليها الشهرة.

فيكون القول بحجيتها ونفي احتمال الخطأ عنها في غاية السقوط، كيف؟ وقد اشتهر من قولهم رب شهرة لا أصل لها فلو كانت الشهرة حجة لقامت على بطلان نفسها، وكم من خطأ نشأ من متابعة المشهور، والحق من اول يوم كان على الشذوذ، والانبياء كلهم دعوا للناس إلى ترك ما اشتهر بينهم من العقائد الباطلة.

القول بحجية الشهرة والتفصيل فيه

قال الشهيد ره: ان بعض الاصحاب ألحق المشهور بالجمع عليه، قال: وهو قريب إن اراد الإلحاق في الحجية دون التسمية.

اقول: من القريب كون الاجماع المستوعبة لكتب الفقه في غير المسائل الضرورية قد ارادوا منها مجرد الشهرة، والافتحصيل الإجماع في عصر بتتبع اقوال الفقهاء - مع تشتتهم في البلاد والقرى، وعدم كون اكثرهم ارباب تأليف وتصنيف، بل ومنهم من بلغ مرتبة الاجتهاد لكنه لم يظهر ولم يبرزه لغيره، إما حذراً عن المفاخرة او استحياء عن حداثة سنه، او احتراماً لفضله أعظم منه في بلده او غيره لا سيما على القول بالتجريح كما هو مقتضى التحقيق - مستحيل.

ويذعن باستحالته كل من تأمل في أنه يستحيل أن يحصل لأحد الاستفسار عن جميع من يحتمل الفتوى له في المسألة، ممن اشتهر بالفقاهة والفتوى في الاقطار او في ناحية او في بلدة او في قرية، ومن لم يشتهر بين الناس وكان على خفاء وتستر من الناس واخفى عنهم علمه وفتواه، وربما يكون ممن تلبس بغير ما يتلبس الفقهاء وسلب عن نفسه مخائل العلم والفقاهة ولم يكن على زي يعرفه الناس بالفقاهة، وربما يكون شخصاً منزوياً عن الناس قد بلغ مرتبة الاجتهاد بمطالعة كتب الفقه والحديث من غير تلمذ من احد.

فيعلم أنه ليس المراد من الاجماع، في غير المسائل الضرورية في الاسلام اوفي مذهب الامامية، هو اتفاق جميع أرباب الفتوى فيما بينهم، مع عدم معرفة الخلاف، او مطلقاً كما احتمله الشهيد.

ويشهد له وجدان الخلاف في الكتب المشهورة لكثير من نقل الاجماعات فلا يحصل الاطمينان منها باتفاق ارباب الكتب المشهورة فضلاً عن غيرهم.

قال الشيخ ره: في «العدة» بما حاصله أنا لو وجدنا بين الطائفة قولاً ولم نقف له على مخالف ولا على ما يقتضي صحته او فساده، وجب القطع بصحة ذلك القول، فيوافق لقول المعصوم، اذ لو خالفه لوجب عليه ان يظهر خلافه (انتهى).

و اما التعبير بالاجماع فلاجل المسامحة في التعبير، بعد كون وجدان الخلاف غير قادح في الحجية، وسيجيئ اثبات حجية الشهرة.

ومما يؤيد ما ذكرناه ما ذكره المحدث الاسترآبادي ره «في الفوائد المدنية» قال: اعلم أن جمعاً من اصحابنا أطلقوا لفظ الاجماع على معنيين آخرين الى ان قال «والثاني» افتاء جمع من الاخباريين بحكم لم يظهر فيه نفاق عندنا ولا خلاف يعادله، وهذا ايضاً معتبر عندي فان فيه دلالة قطعية عادية على وصول نص اليهم (انتهى).

وقد ذهب استاذنا العلامة خريّت صناعة الفقاهاة رئيس الشيعة وحافظ الشريعة العلامة البروجردي ادام الله ظلاله، إلى حجية الشهرة اذا تحققت بين القدماء في اصول المسائل الفقهية ورؤسها دون المسائل الفرعية المتفرعة عليها.

ويستفاد التفصيل بينهما عن الشيخ محمد بن ابى جمهور في كتابه المسمى بـ «كاشفة الحال عن احوال الاستدلال» فيما وجدت من نسخته بخط تلميذه البارع الشيخ على الكركي المشتهر بالمحقق الثاني ره في المكتبة الرضوية.

وقد تصدى الاستاد اطال الله بقاءه في بعض آخر من اجابته بتثليث الاقسام فقال: إن الفتاوى الموجودة في كتب الفقهاء على ثلاثة اقسام. «الاول» الفتاوى المأثورة عن المعصوم، التي ذكروها في كتبهم بعين الفاظها المتلقاة منه.

«والثاني» العبارات المذكورة في كتبهم، تفسيراً لفتاوى المعصوم وبياناً لمراده منها.

«والثالث» المسائل الفرعية المتفرعة على القسم الاول. وصرح بحجية الشهرة في القسم الاول من الفتاوى دون القسمين الاخيرين منها.

فما ذكروه من الاستدلال على حجية الشهرة

استدل الشهيد ره على حجية الشهرة بوجهين «الاول» أن عدالتهم تمنع عن الاقتحام على الفتوى بغير علم، وليس في عدم وجداننا للدليل دلالة على عدم وجوده في الواقع «والثاني» ان قوة الظن في جانب الشهرة.

ولا يخفى ضعفها «اما الاول» فلأن علم كل احد حجة لنفسه لا لغيره، فلا يكون علمهم حجة بالنسبة اليها وربما لا يكون الدليل عندهم دليلاً عندنا «واما الثاني» فلتوقفه على حجية مطلق الظن وهي غير ثابتة. واجاب عنه «في المعالم» بمنع حصول الظن من الشهرة اذا كانت مستندة الى من تأخر عن الشيخ ره وسيقى البحث عنه.

واستدل الاستاذ اطال الله بقاءه على ما اختاره من التفصيل المتقدم، بان الفتوى المشتهرة بينهم اذا كانت من القسمين الاخيرين لا تصون عن الخطأ لمدخلية الرأى في تفسير الفتوى المنصوصة في القسم الثاني، وفي التفريع عليها في القسم الثالث.

واما القسم الاول من الفتاوى، فحيث إنهم ذكروها في كتبهم بعين الالفاظ المتلقاة من المعصوم، يكون حجة لكشفه عن وجود نص معتبر لم يصل الينا.

وذكر في بعض آخر من اجاثه: إن الفتاوى الموجودة في كتب القدماء هي عين الفتاوى الماثورة عن المعصومين (عليهم السلام) بعين الفاظها، فأشترار الفتوى في تلك الكتب يكون كاشفاً عن وجود نص معتبر لم يصل الينا، اذا لم نجده فيما بأيدينا من الاخبار، لعدم كون ما بأيدينا من الجوامع الالجوامع الثانوية ولم يكن بناء مصنفهم على ضبط جميع الاخبار الصحيحة، والا كان كل واحد منها مشتملاً على ما اشتمل عليه غيره.

وقد استند فيما ذكره بكلام الشيخ ره في اول كتاب «المبسوط» حيث قال بعد كلام له: ويضعف نيتي ايضاً فيه قلة رغبة الطائفة فيه وترك عنايتهم به، لانهم القوالاخبار ومارووه من صريح الالفاظ، حتى ان مسألة لوغير لفظها و عبر عن معناها بغير اللفظ المتعاد لهم لعجبوا منها وقصر فهمهم عنها. وكنت عملت على قديم الوقت كتاب النهاية، وذكرت جميع ما رواه اصحابنا في مصنفاتهم، وأصلوها من المسائل وفرقوه في كتبهم، الى ان قال: بل اوردت جميع ذلك او أكثره بالالفاظ المنقولة حتى لا يستوحشوا من ذلك. انتهى.

اقول: والتعويل في حجية الشهرة على كون عباراتهم عين الفاظ الروايات مشكل، بل ممنوع، وتوضيحه يحصل ببيان امور.

احدها

ان الظهور كما تبين في محله تنعقد للرواية من وجوه ثلاثة:

«الاول» مواد مفردات الفاظها والمظنون كون المراد من كلام الشيخ ره هوالتحفظ عليها لكته قد وقع التخلف عنه في موارد كثيرة، بما لا يبق معه

طمأنينة على التحفظ عليها، في جميع موارد عدم وجدان النص على طبق فتاواهم فيما بأيدينا من الاخبار.

كعبارة السيد المرتضى-ره- في الانتصار «و مما انفردت به الامامية، القول بان من سفره اكثر من حضره، كالملاحين والجمالين ومن جرى مجراهم، لا تقصير عليه» و كعبارة سلاّر-ره- في المراسم «ولا قصر للملاح والجمال ومن معيشته في السفر ومن سفره اكثر من حضره»

وقد عدلا فيهما الى عنوان من كان سفره اكثر من حضره، مع ان الوارد في النصوص عنوان من كان السفر عمله، ومن كان بيته معه.

و كعبارة الشيخ ره في «النهاية» «ولا يجوز التقصير الا لمن كان سفره طاعة» و كعبارة «المراسم صلاة السفر مشروطة اذا كان المسافر في طاعة او مباح»

والرواية الواردة في مورد هما «من سافر قصر وافطر الا ان يكون رجل سفره في معصية الله» والعدول الى التعبير بالطاعة، مستلزم لتغير مجرى الاصول الجارية في المورد، كما حقق في محله. مضافاً أن مقتضى عبارة الشيخ ره، دخول السفر المباح الغير المأمور ولا المنهى عنه فيما يجب فيه التمام، على خلاف الرواية. «الثاني» هيئة المفردات، كهيئة الأمر والماضى، والمضارع، والغيبة، والخطاب ومن المعلوم البديهي لمن راجع كتب القدماء عدم تحفظهم عليها بل كانوا يغيرونها في اكثر الموارد الى لفظ يجب او يستحب او يجوز او لا يجوز او غيرها من الالفاظ الدالة على الاحكام التكليفية او الوضعية.

كعبارة «النهاية»: «ويستحب لهم ان يجمعوا اذا كانوا خمسة نفر. و كعبارة «الانتصار»: الجمعة لا تنعقد الا بحضور خمسة. مع ان الرواية الواردة في موردها «ولا جمعة لاقل من خمسة من المسلمين» وفي رواية اخرى «و يجمع القوم اذا كانوا خمسة» وفي اخرى «فلهم ان يجمعوا».

و كعبارة «المقنع»: و يجب التقصير على الرجل اذا توارى من البيوت. والرواية الواردة في موردها قوله عليه السلام جواباً لمن سأله الرجل يريد السفر متى يقصر «اذا توارى من البيوت».

«والثالث» هيئة تركيب المفردات، و يظهر من التتبع عدم تحفظهم عليها بعين ماورد من المعصوم.

كما في عبارة الشيخ في «النهاية» ولا يجوز التقصير الا اذا توارى عنه جدران بلده. حيث عدل فيها عن عبارة الرواية المتقدمة وهي قوله (عليه السلام) اذا توارى من البيوت. وقد عكس ره فجعل الشرط توارى البيوت على خلاف ما في الرواية، وهو توارى شخص المسافر، بمقتضى استنباطه من القرائن الخارجية.

وكما في عبارة «المقنع» و «الهداية» «ولا يحل التمام في السفر الا لمن كان سفره معصية لله» مع ان عبارة الرواية «ان يكون سفره في معصية الله» ولا يخفى ان ظاهرها كون غاية السفر معصية دون نفسه.

«الرابع» سياق الرواية فرما يكون للسياق دلالة على مطلب او يكون قرينة على تعيين المراد، ومن البديهي عدم تحفظهم عليه، كذكر النهي او الامر بالشيء في سياق الامر او النهي بشئ آخر، يكون كل منهما منوطاً بحكم مسألة في باب، ويكون الآخر منوطاً بحكم مسألة في باب آخر، جمع بينهما في الرواية لوقوع سؤال الراوي عنها او غيره. فيقع التقطيع فيه بحسب ابواب الفقه ويفوت التحفظ على سياق الرواية.

وربما يستفاد من السياق كون المتكلم في مقام الاجمال والاهمال، وعدم كونه في مقام البيان، الذي يبني عليه استفادة اطلاق الحكم والفتوى بالكلي المطلق الساري على جميع افراده.

و مما ينادى بعدم تحفظهم عليه الاسئلة المقرونة بالروايات اذا كان

موردها واقعة شخصية، وكان كلام الامام (عليه السلام) مسوقاً لبيان حكمها فتحتاج استفادة الحكم الكلي منه بحيث يذكر في كتب الفقه، الى فهم ما تضمنته الواقعة من جهة الحكم. فرمما نشته على الفقيه بجهة غيرها تشتمل عليها الواقعة، او يغفل عن فهم خصوصية من خصوصياتها مما تكون لها مدخلية في الحكم.

ثانها

ان الروايات الواردة في كثير من المسائل الفقهية متعارضة، بحيث ذكر الشيخ ره في اول التهذيب بما هذا لفظه «ذاكرني بعض الاصدقاء باحاديث اصحابنا وما وقع فيها من الاختلاف والتباين والمنافاة والتضاد حتى لا يكاد يتفق خبر الا و بازائه خبري ضاده ولا يسلم حديث الا وفي مقابله ما ينافيه».

فقد يكون فتوى المشهور بحكم بمقتضى الجمع بين الروايات الواردة فيه على خلاف ظاهر جميعها، كالفتوى المذكور في النهاية والاستبصار والهداية والمراسم وجملة من كتب من تأخر عن الشيخ ره، بالتخير لمن سافر الى رأس أربعة فراسخ ولم يرد الرجوع ليومه.

فان مقتضى الجمع بين ما دل من الروايات على الا تمام فيما دون الثمانية، وما دل على التقصير في اكثر من الاربعة، بعد تقديم الاولى على الثانية فيما لم يرد الرجوع، بمقتضى ما دل من الروايات على اعتبار الرجوع وتقديم الثانية على الاولى فيما اراد الرجوع ليومه، لدلالة بعض الروايات على التقصير في خصوصه، هوالتخير بين التقصير والا تمام فيما اراد الرجوع لا ليومه، فرمما يقع لهم الاشتباه في الجمع بين الاخبار المتعارضة، كما في المثال المذكور، هذا. وما

ذكرنا من الامثلة لعدم مطابقة الفتوى مع النص في كلام المتقدمين رضوان الله عليهم، فانما اطلعنا عليها بالمراجعة الى بعض كتبهم في مسائل عديدة، من صلاة المسافر، والجمعة، وإلا فاشتغل عليه كتبهم من المخالفة بين النص والفتوى فأكثر من ان يحصى، فراجع وتأمل.

وثالثها

إنه قد يكون بعض فتاواهم فيها ناشئة من حكم العقل، كقول السيد ره في «الناصرات»: لا تجوز الصلاة في الدار المغصوبة. وقد ذكر في جواب من ادعى إن الصلاة فيها استوفت شروطها الشرعية: ان الوقوع فيها يوجب الخلل في الطاعة والقربة.

فما يمكن ان يستشكل بها على حجية الشهرة وهي سبعة:

«الاول» ما ذكره المحقق الاصبهاني «قده» في حاشية الكفاية وهو انهم اذا كانوا مختلفين في حجية الرواية فربما يستشكل في اعتبار الحديث المستكشف، فلعل جميعهم كانوا يرون حجية الاخبار الحسنة، وكان ذلك الحديث ايضاً حسناً، فلا يكون حجة عند من يشترط في الحجية الصحة او الموثقية.

والجواب ان عمل الاصحاب برواية يوجب انخبار ضعف سندها فضلاً عن كونها حسنة او موثقة او غيرها.

مضافاً إلى ان اصطلاح الحسن، والصحيح، والموثق، قد حدث بين المتأخرين، ولم يكن عند المتقدمين الا الصحيح والضعيف. وكانوا يطلقون

الصحيح على ما حصل الوثوق بصدوره عن المعصوم، والضعيف على خلافه، على طبق مرتكز اذهان العقلاء من كون الحججة من الخبر هو الخبر الموثوق به.

«الثاني» قيام الاجماع على عدم حجية فتوى الفقيه للفقيه وبطلان تقليده له، وهذا يشمل الواحد والكثيرين، مالم يبلغ حدالاجماع والجواب ان حجية فتوى المشهور ليس من حيث هي فتواهم، بل من حيث استكشاف النص به.

«الثالث» اختلاف مستند المشهور، فلا تكون رواية واحدة معمولة لهم، حتى ينجر ضعفها على تقديرالضعف والجواب عنه يظهر بالمراجعة الى المقدمة الثالثة من المقدمات الآتية.

«الرابع» انه ربما يقع الخطأ لهم في فهم الحكم من الرواية كما في روايات نجاسة ماء البئر والجواب عنه تحفظ من نقول بحجية اقوالهم - اعني المتقدمين بناء على مذهب الاستاد دام بقاءه - على عين الفاظ الروايات، وما سيأتي في المقدمة الثانية بناء على المختار.

«الخامس» ان المشهور ذهبوا الى عدم حجية الشهرة، فالشهرة لوكانت حجة لاقتضت عدم حجيتها، وما يازم من وجوده عدمه فهو محال والجواب عنه مضافاً الى ما تقدم من عدم تسليم كون مذهب المشهورني حجية الشهرة، عدم كونها من المسائل المذكورة في كتب القدماء، حتى يستكشف به وجود نص بعين ما عبروا به بناء على مذهب الاستاد زيد في عمره واما بناء على المختار، فلاجل كونها من المسائل التي للعقل سبيل اليها ولا نقول بحجية الشهرة فيها.

«السادس» انه ربما تكون استفادتهم للحكم من الخبر الموجود عندنا والجواب ما سيجئ من عدم حجية الشهرة، فيما يحتمل استنادهم الى الاخبار الموجودة عندنا.

«السابع» انه يحتمل ان يكون مستند بعضهم فتوى بعضهم الاخر الى أن

يرجع الامر الى من لا نعرفه بعينه و شخصه، ويكون هو ممتن يعمل بالقياس، كابن الجنيد او من تقدم عليه ممتن يكون عاملاً بالقياس، والشاهد له من وجوه:

(الاول) ما حكاه المفيد في المسائل السروية: ان ابن الجنيد كتب رسالة سماها بالمسائل المصرية ونسب فيها العمل بالرأي الى الامام «عليه السلام» (والجواب) انه على وضوح امره من العمل بالقياس، لا يمكن جعل المشهور فتواه مستنداً لفتاويهم، لاجل عدم وثوقهم بتركه القياس.

(الثاني) ما ذكره في كشف القناع بقوله وحكى غيره في مواضع متفرقة عن جماعة من اساطينهم العمل بالرأي والقياس ايضاً، وفيهم من الاوائل مثل زراة بن اعين، وجميل بن دراج، وعبدالله بن بكير، وهو من اجلاء الفطحية المنتمين الى اصحابنا، والمعدودين من فقائهم، وومن اجعت العصابة على تصحيح ما يصح عنهم، وتصديقهم لما يقولون واقروا له بالفقه، ومن الاواخر مثل يونس بن عبدالرحمن، والفضل بن شاذان، وغيرهم. ولم يثبت بعض ذلك، وقد تبعهم ابن الجنيد من قدماء فقهاءنا الذين ادركوا الغيبتين، حتى أنه جعله من الادلة الشرعية، وعزى في بعض كتبه الى الائمة «عليهم السلام» أنهم كانوا يعملون أحياناً بذلك ايضاً.

اقول: ومنشأ نسبة القياس الى زراة ماروي عن ابن مسكان قال: تذاكرنا عند زراة في شىء من امور الحلال والحرام فقال قولاً برأيه، فقلت: أبرأيك هذا أم برأيه؟ فقال: إني أعرف أوليس رب رأى خير من أثره (انتهى) ومنشأ نسبه الى جميل بن دراج ما روي انه قيل له بعد رواية له عن احدهما «عليه السلام» في المرتد: فما تقول إن تاب ثم رجع من الاسلام؟ قال: يستتاب، قيل: فما تقول ان تاب ثم رجع من الاسلام، قال: يستتاب قيل: فما تقول إن تاب ثم رجع؟ فقال: لم اسمع في هذا شيئاً، ولكن عندي بمنزلة الزاني

الذي يقام عليه الحد مرتين «انتهى».

ومنشأ نسبه الى ابن بكير ما رواه في الكافي بسنده عن سماعة في حديث في الطلاق وقال سماعة. وكان ابن بكير يقول: المطلقة اذا طلقها زوجها ثم تركها حتى تبين ثم زوجها، فانما هي عنده على طلاق مستأنف، فذكر حسين بن هاشم أنه سئل ابن بكير عنها، فاجابه بهذا الجواب، فقال: سمعت في هذا شيئاً، فقال: لا هذا، ما رزق الله عزوجل من الرأى، قال سماعة وليس نؤخذ بقول ابن بكير، فان الرواية اذا كان بينها زوج «انتهى».

ومنشأ نسبه الى يونس احتمال الشيخ له فيما روى عنه ولم يروها عن احد الائمة بقوله: لعله اختاره برأيه، كما يأتي.

(الثالث) ما ذكره الشيخ ره في مواضع من كتابي الاخبار فيما روى عن يونس ولم يرو عن احد من الائمة قال: لعله لم يسمعها بل اختارها برأيه ولضرب من الاعتبار.

(الرابع) ما في رواية داود بن سرحان عن أبي جعفر «عليه السلام» قال: سمعته يقول إني لاحدث الرجل بحديث، وأنهاه عن الجدال والمرء في دين الله و أنهاه من القياس، فيخرج من عندي فيتأول حديثي على غير تأويله.

(الخامس) ما رواه في قرب الاسناد عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أحمد بن محمد بن محمد بن أبي نصر قال: قلت للرضا «عليه السلام» جعلت فداك ان بعض اصحابنا يقولون نسمع الامر يحكى عندك وعن آبائك فنقيس عليه ونعمل به، فقال: سبحان الله ما هذا من دين جعفر هؤلاء قوم لا حاجة لهم الينا قد خرجوا من طاعتنا فصاروا في موضعنا فاين التقليد الذي كانوا يقلدون جعفر ابا جعفر «عليه السلام» قال جعفر «عليه السلام» لا تحملوا على القياس فليس من شيء يعادله القياس الا والقياس بكسره.

والجواب عنه، يعلم بالمراجعة فيما ذكره من الدليل.

والحري بالذكر ههنا أن منشأ نسبة القياس الى زراره وجميل وابن بكير هو ورود رواية واحدة في حق كل منهم بصدور القياس عنهم مرة واحدة، واما يونس بن عبدالرحمن فقد عرفت ان منشأ نسبة القياس اليه مجرد احتمال الشيخ فيما روى عنه من الفتاوى من غير تصريح بنسبتها الى المعصوم، وهذه الشذوذ لا يقاوم ماورد في شأن بعضهم من الروايات.

ففي رواية الكشي باسناده عن جميل بن دراج ان اربعة ومنهم زرارة امناء الله على حلاله وحرامه، وفي رواية سليمان بن خالد عن ابي عبدالله «عليه السلام» قال: إن هؤلاء الاربعة ومنهم زرارة حفاظ الدين وامناء ابي على حلال الله وحرامه (انتهى) ولا اشكال في ان القياس في الحلال والحرام من اعظم الخيانة فيها.

وفي رواية داود بن سرحان: ان هؤلاء الاربعة ومنهم زرارة القوامون بالقسط هؤلاء السابقون السابقون اولئك المقربون.

وقد ورد في يونس: إنه ذكر عبدالعزیز بن المهدي وكيل الرضا «ع» وخصته له: إني لا أكاد أصل إليك في كل ما احتاج اليه أفيونس بن عبدالرحمن ثقة أخذ عنه معالم ديني؟ فقال: نعم. وفيها دلالة على تجويز اخذالحكم منه مطلقاً، وقد ورد مثله في غيره.

بل قد ورد ما يمكن ان يستظهر منه كفاية الرجوع الى كل كثيرالقدم في أمرهم، وهو ما رواه في الوسائل عن الكشي عن جبرئيل بن احمد عن موسى بن جعفر بن وهب عن أحمد بن حاتم بن ماهويه قال: كتبت اليه يعني اباالحسن «عليه السلام» أسأله عن أخذ معالم ديني؟ وكتب اخوه أيضاً بذلك، فكتب ليهما: فهمت ما ذكرتها فاصمدا في دينكما على كل من في حبنا وكل كثيرالقدم في أمرنا فانها كافوكما ان شاء الله هذا والذي لا يرتاب فيه أحد أن مثل الشيخ ممن روى العمل بالقياس

في حقّ مثل زرارة، واحتمله في حقّ مثل يونس بن عبدالرحمن لا يعتمد على قول غيرهما البتة، وكذلك المفيد والسيد المرتضى وغيرهما. وقد ذكر في «كشف القناع»: إنّ المفيد والمترضى قد أكثر القدح في طريقة أرباب الحديث من السلف، بعدم تمييزهم في نقل الأخبار بين الزيف والجيد، والغث والسمين، والسقيم والصحيح، لقصور فطنتهم عن ادراك ذلك، وبأنّه لا يعتدّ بهم في إجماع ولا خلاف، وأكثر أيضاً من القدح في الأخبار الموجودة في الكتب الأربعة أو غيرها ممّا كانت مناط عمل السلف حتّى كاد أن لا يوجد سالمًا من القدح ممّا يتعلّق بأحكامهم إلّا قليل أخبارهم (انتهى). ومع ذلك كله فما زعمك بهم وبأمثالهم ممّن كان مناط تحصيل شهرة الحكم بين المتقدمين لنا، هو الرجوع الى كتبهم وفتاويهم.

في ذكر مقدمات لتحقيق المسألة

المقدمة الاولى

في حقيقة الفتوى

الفتوى في أصل اللغة بمعنى الاخبار عن امر مشكل، ثم نقل في العرف الى الاخبار عن امر مشكل لا يطلع عليه الا اهل فن خاص. فالطبيب يفتي في الامور الراجعة الى البدن من حيث الصحة والمرض ويخبر الناس بامراضهم وبطريق معالجتها، فيقول للمريض: ان لك هذا المرض وينفك فيه هذا الدواء، وربما يخبر عن ذلك بصيغة الامر فيقول إشرّب هذا ولا تأكل هذا، والامر في المقام إرشاد الى نفع المأمور به له، والنهي إرشاد الى اضراره له، وبالجملة الفتوى أيّاً ما كان، بالجملة الخبرية او الجملة الانشائية،

إخبار عن الواقع بحسب فهم المفتي. ويشهد له الفحص عن أحوال أهل الفنون المختلفة من العلوم والصناعات على كثرتها.

ومن جملتها الفقهيه، وهو من حازف استنباط احكام الشرع المبين من الحلال والحرام واستكشافها، وفتواه إخبار عن حكم الشرع بحسب ما يقتضيه فهمه. وليس ارجاع العوام الى فتوى الفقهاء لاجل خصوصية فهم يقتضي تأسيس الشارع له، بل هو إمضاء لما جرت عليه طريقة العقلاء من رجوعهم عند الحاجة الى الاطلاع عن امر راجع الى فن، الى أهل ذلك الفن والالتزام بفتواهم، والعمل على طبقه، وهذا معنى التقليد.

نعم العقلاء لا يعتبرون العدالة في المراجعة الى ارباب سائر الفنون، وذلك لاجل حصول الاطمينان بصدقهم وعدم تعمدهم بالكذب غالباً فان الاستفتاء منهم لاجل الوصول الى غايات دنيوية يطلع عليها الناس في الدنيا، فاذا كذب المفتي في فتواه يعلم كذبه بعدم حصول الغاية المطلوبة، فيحترز لاجله لا محالة اهل تلك الفنون، بحسب العادة، عن الكذب.

واما الفقه فحيث كان غايته امراً اخروياً لا يطلع الناس في الدنيا بمصونها او عدمه، فلا يمتاز الكاذب من الفقهاء عن صادقهم في الدنيا، فلا يحصل الاطمينان باقوالهم إلا قول فقيه يوثق بدينه، والامارة إليه إجتنا الكبائر وعدم الاصرار على الصغائر، فان من له دين واعتقاد بالله واليوم الاخر يجتنب عن الكبائر، نعم قد يتفق له ارتكاب صغيرة لما وعد الله العفو عن الصغائر بقوله: «ان تجتنبوا كبائر ما تهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم» (١) وقد تحصل ممّا ذكرنا أن فتوى الفقيه إخبار عن حكم الله في الواقع، من حلال، او حرام، او واجب، او مكروه، او مندوب.

المقدمة الثانية

في جواز النقل بالمعنى، ومنشأه

ان بناء العقلاء استقر على جواز النقل بالمعنى، وشاع ذلك فيما بينهم بحيث لا يرتاب فيه احد فيسندون بيان المعنى الى متكلم بلفظ من الالفاظ المؤدية لذلك المعنى، من غير فرق بين اللفظ الذي صدر من المتكلم وغيره، فربما يتكلم بلغة من اللغات فيسندون اليه بيان المعنى بلغة اخرى، وينسبون اليه انه قال كذا وكذا، مع انه لم يصدر منه هذا اللفظ، ولم يتكلم به، بل ربما يكون غير عارف بتلك اللغة وتكلم بكلام آخر مبائن معه في اللفظ ومتحد معه في المعنى. ولا يفرقون في ذلك بين أن يكون المنقول اليه عالماً بعدم تلفظ المتكلم بخصوص هذا اللفظ وعدمه، ولا بين أن يكون عالماً بعدم معرفة المتكلم بهذه اللغة وعدمه وليس هذا الاسناد من قبيل المجازات والا لاحتاج الى ضم قرينة بل هو اسناد حقيقي.

والسرفيه أن الالفاظ ليست ملحوظة للمتكلم الا بالتبع، والملحوظ عند المتكلم ليس الا المعاني، والالفاظ مندكة فيها، وبعبارة اخرى: ليس مراد المتكلم الا إلقاء المعنى الى ذهن المخاطب، ولما كان المعنى بنفسه غير قابل لذلك توسلوا اليه بوضع لفظ له. وحقيقة الوضع - على ما حققناه في محله، وبيننا له وجوهاً كثيرة من الادلة والشواهد - جعل الوحدة بين اللفظ والمعنى، وجعل وجود اللفظ عين وجود المعنى. وبعبارة اخرى: جعل وجود آخر للمعنى يتوجد به في الخارج وراء الوجود العيني الحقيقي وهو الوجود اللفظي، فتوجد المعاني في الخارج عند استعمال الالفاظ اعتباراً، وتلقى الى ذهن المخاطب بتوسط السمع.

فتكون الالفاظ بما هي الفاظ مفعولة عنها وغير مقصودة للمتكلم اصلاً، بل

يتعلق التكلم بهذا الاعتبار، بنفس المعاني، فيكون نقلها بغير اللفظ الملفوظ له صحيحاً و مطابقاً للواقع. فاذا تكلم زيد بكلام ونقل معناه عنه بغير اللفظ الملفوظ له، يتعلق النقل بالاصالة بالمعنى المتحد مع اللفظ المذكور في النقل، فيكون مطابقاً لما قاله زيد، لكون المعنى هو المتعلق للتكلم بالاصالة في الحقيقة. هذا ولم يصدر من الشرع ردع ومنع عن النقل بالمعنى، فانه لو صدر منه ردع، ومنع عنه، لوصل إلينا البتة. لكثرة الابتلاء به بأكثر من الابتلاء بكل شيء، بل كان واجباً على الأئمة «عليهم السلام» اشاعته بين الاصحاب ونقله الحديث. وبالجملة جوار النقل بالمعنى استقر عليه بناء العقلاء ولم يثبت من الشارع ردع بالنسبة اليه بل ثبت امضائه لوجهين:

«الاول» ان من البديهيات عند قاطبة المسلمين، عدم لزوم الكذب عند النقل بالمعنى في جميع انواع الكلام، حتى في خصوص نقل الحديث. ومن البديهي عندهم عدم بطلان الصوم بنقل الحديث بالمعنى، والسيرة القطعية منهم جارية على جواز نقل كل طائفة من المسلمين الاحاديث المأثورة عن النبي «صلّى الله عليه وآله» والأئمة المعصومين بلغتهم، في شهر رمضان. وهي تكشف كشافاً قطعياً عن امضاء الشارع، وتقريره، لما بنى عليه العقلاء من جواز النقل بالمعنى. «الثاني» صدور النقل بالمعنى عن النبي «صلّى الله عليه وآله» و اوصيائه الكرام في نقل وقايع الامم الماضية حيث نقلوا كلماتهم باللغة العربية، مع ان غالبهم كانوا من غير العرب من الطوائف والامم المختلفة بل وقع ذلك في القرآن المجيد، فانه مشحون من النقل بالمعنى، بدهاءة ان المذكور فيه هو الالفاظ الاعجازية التي لا يكاد يصدر مثلها من الانس والجن، وليس شيء منها عين اللفظ الصادر عن المنقول كلامه، وان فرض امكان بعضه، فلا ريب في عدم كون جميع الكلمات المنقولة في القرآن عين الالفاظ التي صدرت عن نقل كلامه.

وما ذكرنا كله مضافاً. الى، قيام اجماع الامامية على جواز النقل بالمعنى، وما رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن ابن ابي عمير عن ابن اذينة عن محمد بن مسلم قال: قلت لابي عبدالله «عليه السلام»: اسمع الحديث منك، فأزيد وأنقص قال: إن كنت تريد معانيه فلا بأس.

المقدمة الثالثة

في انحاء حصول الوثوق بالحديث

ينجبر ضعف الرواية بالشهرة.

بيانه أن الحججة من الروايات والاحبار الاحاد، ما كانت موثقة، أعني أن يحصل منها الوثوق بصدور مضمونها عن المعصوم، من غير فرق بين ان يحصل ذلك من وثاقة الراوى او من امر آخر.

ولبيان وجه حجيتها، وأنها من جملة البنائات العقلائية، وأن جميع الأدلة الشرعية الدالة عليها امضاء لبنائهم، وليس فيها دليل تأسيسى، يدل على إبداع الشرع لها، وأن الحججة من الخبر عندهم هو خصوص ما يفيد الوثوق، مقام آخر. ويغنيا عن التفصيل فيه في المقام تسالم المتأخرين والمتقدمين من اصحابنا - عدا قليل من الاواسط - على حجية الرواية الموثقة، أعني ما يحصل الوثوق بصدور مضمونها عن المعصوم، وهو أعم من أن يحصل من وثاقة الراوى او من أمر آخر، فتكون الموثقة بهذه الملاحظة على قسمين، والقسم الثاني منها ايضاً ينقسم الى اقسام اربعة.

«الاول» ان يحصل الوثوق من تعدد النقل والرواية.

«الثاني» ان يحصل من عمل الاصحاب.

«الثالث» ان يحصل من المجموع الملقق منها.

«الرابع» ان يحصل من سائر القرائن والامارات على اختلافها. وقبل التصدي لشرح الاقسام لابد من تقديم مقدمة: وهى ان الوثوق مرتبة اكيدة من المظنة تحصل تارة من قوة السبب، وتارة من تداخل الاسباب العديدة، وذلك لانه اذا كان هناك اسباب عديدة يؤثر كل واحد منها في حصول المظنة، فإذا اجتمعت تلك الاسباب يؤثر مجموعها في حصول مظنة قوية أكيدة. فلو فرضنا أن للمظنة، من الدرجة التالية للشك، الى الدرجة المتلوة للقطع، عشر درجات، وان الوثوق هو الدرجة العاشرة، او هي والتاسعة منها، وفرضنا ان كل واحد من تلك الاسباب يوجب لحصول درجة واحدة من المظنة، وكانت عدتها عشرة، يحصل من مجموعها مظنة تبلغ الى الدرجة العاشرة منها أعني الوثوق.

وكذا لو فرضنا أن عدتها خمس، يوجب كل واحد منها حصول درجتين من المظنة، فاذا اجتمعت، يحصل من مجموعها مظنة، تبلغ الى الدرجة العاشرة، وهكذا.

اذا عرفت ذلك فاعلم: أن حصول الوثوق في القسم الاول، لأجل أن كل رواية وإن كانت ضعيفة توجب المظنة لا محالة، لشهادة الوجدان بحصول التغير في الحالة النفسانية عند اخبار مخبر، وحصول الرجحان عند النفس ل احد طرفي الشك المستوي الطرفين قبل الاخبار، اعني الجانب الذي اخبر به المخبر من الوجود او العدم وهو المسمى بالمظنة، وان كانت عند ضعف السند ضعيفة جداً، لكنها تتقوى وتتأكد بتكرار الأخبار، حتى يبلغ عددها الى حيث أوجب تأكد المظنة وبلوغها الى الدرجة التي نسميها بالوثوق، بدهة تأكدها بتعدد أسبابها كما تقدم. بل ربما يحصل من تعدد الاخبار ووثوق أقوى من الحاصل من الخبر الصحيح، فيرجح عليه عند التعارض. وبالجملة إن تعدد الاخبار من جملة اسباب حصول الوثوق.

واما القسم الثاني، فحصول الوثوق منه لأجل أن كل واحد من المتقدمين لأصحابنا، الذين وصل اليهم مالم يصل الينا من القرائن، إذا تلقاها بالقبول وعمل بها، يحصل منه المظنة بمطابقة الخبر للواقع. فاذا تعددوا تتأكد المظنة بحسب كثرة عددهم، حتى يبلغ الى حيث يوجب تأكد المظنة بما يبلغ الى مرتبة الوثوق.

وهذا هو الوجه في إنجبار ضعف الرواية بعمل الأصحاب، فإن كل واحد منهم إذا عمل بها وتلقاها بالقبول، يحصل منه درجة من المظنة، فإذا اجتمعوا على العمل بها، يحصل منها المظنة الاكيدة التي نسميها بالوثوق.

واما القسم الثالث، فيعلم حصول الوثوق منه، مما قدمناه في القسمين الاولين، فإنه اذا فرض ان كل نقل يوجب المظنة وأنه اذا تعدد تتأكد المظنة الحاصلة من الاخبار المتعددة، وكذا عمل كل واحد من الاصحاب، المتعددة.

فاذا فرضنا أن نقل كل واحد من نقلة الحديث يوجب درجة من المظنة، من الدرجات العشر المفروضة لها ونقل الحديث بخمسة طرق، وعمل به جمع من الصحابة بما يوجب خمس درجات من المظنة بصحة الحديث، يحصل من مجموعها عشر درجات من المظنة بصحة الحديث.

وبالجملة لا يبقى ريب بحسب ما ذكرنا، في انّ الوثوق كما يحصل من تعدد النقل وتعدد العاملين به، كذلك يحصل من الملفق منها.

المقدمة الرابعة

في الفرق بين الاخبار عن حسن والاخبار عن حدس

اعلم انّ الفارق بين الاخبار عن حس والاخبار عن حدس في الحجية وعدمها، جريان اصالة عدم الخطأ في الحس عند العقلاء، وعدم جريانها

في الحدس، فيكون احتمال الخطأ في الحدس، عند كونه منشأ للخبر موجباً لسقوطه عن الحجية.

ومنه يعلم حجية الخبر إذا كان منشأ متركباً من الحس والحدس اذا علم المخبر له مطابقة حدس المخبر للواقع وعدم وجود الخطأ فيه. ومنه يعلم ايضاً أنه لا تدور الحجية مدار قصد الافهام باللفظ بل لو علم من أحد، أنه أَحَسَّ بشئٍ يجري فيه اصالة عدم الخطأ، وان لم يصدر منه لفظ او فعل يقصد به الافهام.

المقدمة الخامسة

في استقصاء أقسام الحججة في الفقه

الحججة في الفقه ثمانى عشر:

«الاولى» «ظواهر الكتاب» و موارد الاستدلال بها في الفقه معدودة محصورة، وهي قريبة من خمسمائة آية.

«الثانية» «النصوص الماثورة عن المعصومين عليهم السلام» وهى العمدة في استنباط الاحكام وعليه التعويل في فقه الامامية في غالب الاحكام (وقد صنف اصحابنا اصولاً و كتباً كثيرة في ضبطها وقد حال الدهر بيننا وبين كثير منها) وليس الموجود فيما بأيدينا الاجوامع المتأخرة المصنفة في القرن الثالث والرابع، (واما الاجوامع المصنفة في عصر ثامن الائمة عليه آلاف الثناء والتحية) وهى جوامع ابن ابي عمير وحسن بن علي بن محبوب و صفوان بن يحيى واحمد بن محمد بن ابى نصر البزنطي وغيرهم و سائر الاصول والكتب المصنفة لاصحابنا التى يعلم كثرتها بالمراجعة الى فهرست الشيخ وهوره على مبلغه فى الاكثار فى ذكر الكتب المصنفة لاصحابنا اعترف بعدم استقصائه لجميعها

(والغرض من وضع هذه الرسالة الهداية الى نهجة يتطرق بها الى بعض الاخبار الغير الواصلة الينا من فتاوى فقهاءنا المتقدمين الذين وصل اليهم اخبار لم تصل الينا) ومع ذلك كله فنحمد الله تعالى على ما وصل الينا هذا القدر من الروايات بفضل التمسك بذيل اهل بيت العصمة سفينة النجاة في بحار الجهل والظلمة (والا فالتاركون لشآبيب علومهم تحيروا في تيه الضلالة فالتجؤا الى القياس والاستحسان كسراب بقية يحسبها الظمان ماء حتى اذا جاءه لم يجده شيئاً.

«الثالثة» اجماع الفقهاء الامامية وهو في اي مسألة تحقق تكون من الضروريات وما سموه اجماعاً في كثير من المسائل الفقهية لا يزيد على مجرد الشهرة.

«الرابعة» «قاعدة الملازمة» بين حكم العقل والشرع، فيستكشف من وجود المتلازمين اعني حكم العقل وجود أحد الملازم الاخر اعني حكم الشرع وهي ثابتة بحسب جملة من الروايات وموردها سلسلة علل الاحكام دون سلسلة معلولاتها فان الملازمة بين الحكم فيها يوجب التسلسل.

«الخامسة» «السيرة العملية المستمرة الى زمن المعصومين عليه السلام» ووجه حجيتها، تقرير المعصومين «عليهم السلام» لما جرت عليه سيرة اصحابهم ومواليهم، وهي عرضية وطولية:

والعرضية هي التي انكشف استمرار السيرة الى زمن المعصومين من التاريخ، او الاستصحاب القهقرائي على تقدير حجيته في المقام.

والطولية، هي التي يستكشف وجود السيرة في كل سابق، من الزمان اللاحق عليه، فوجود السيرة بين المتدينين والملتزمين بالعمل على طبق احكام الشرع، يكشف عن وجود السيرة بين آبائهم الذين عاصروهم الى مبلغ من عمرهم، ويكشف وجود السيرة بينهم عن وجودها بين آبائهم، وهكذا الى أن ينتهي الى زمن المعصومين «عليهم السلام».

والشروط في حجيتها، عدم كونها مطابقةً لمقتضى الاهواء والمنافع الدنيوية. «السادسة» الغاء الخصوصية، هو عدم فهم العرف من النص خصوصية لما ذكر فيه من القيد، وكون ذكر القيد من باب المثال، فيسري الحكم الى الفاقده، كالغاء خصوصية الرجولية في قوله «عليه السلام» من سافر قصر وافطر الا ان يكون رجلاً سفره في معصية الله.

«السابعة» المفهوم، وهو الحكم المستفاد من نحوه التنطق.

«الثامنة» الاولوية القطعية، وهي المسمى في كلماتهم بالمفهوم الموافق، وقد يشبهه بالغاء الخصوصية، وقد تبين الفرق بينهما مما ذكرنا.

«التاسعة» العموم الملتقط من الموارد الخاصة وهو الحكم الذي يفهمه العرف من الفاظ متعددة، يدل كل واحد منها على حكم جزئي في مورد جزئي، لا يفهم العرف العموم من كل واحد منها، وانما يفهمه بملاحظة جميعها. وهذا اعني العموم الملتقط، قسم من الظهور المتحقق بجمل متعددة بما هي متعددة وهو الظهور غير المنافي لظهور كل واحد من الجمل.

«العاشرة» «الجمع العرفي» وهو الظهور المحقق بجمل متعددة بما هي متعددة لكتته ينافي للظهور المتحقق بكل واحد من الجمل او بعضها فيوجب رفع اليد عنه، وهو المسمى بالجمع العرفي.

«الحادية عشر» القياس، وهو في اصطلاحهم استنباط حكم مورد جزئي، من مورد جزئي آخر، وبطلان العمل به من ضروريات فقه الامامية.

«الثانية عشر» الاستحسان، وهو استنهاض وجوه ظنية من العقل لاستنباط الحكم الشرعي، وهو ايضاً باطل كسابقه.

«الثالثة عشر» استصحاب الحالة السابقة.

«الرابعة عشر» العلة المنصوصة، وهي التي انيط الحكم بها في النص.

«الخامسة عشر» «تنقيح المناط» وهو استنباط علة الحكم المنصوص

من العقل، وقد يسمى بالعلة المستنبطة، فيستكشف وجود المعلول اعني الحكم الشرعي من تحصيل علة من غير النص. وقد يخفى فرقه مع الغاء الخصوصية، وتنقيح المناط بعضها مع بعض، وقد اتضح الفرق بينهما ممّا ذكرنا.

«السادسة عشر» «البرائة» وهي عقلية بمعنى نفي العقاب، وشرعية بمعنى نفي الحكم في الظاهر.

«السابعة عشر» قاعدة الاشتغال والاحتياط، وهي عدم حكم العقل بنفي العقاب، وحكمه بعدم قبحه على تقدير مخالفة الواقع (وهي من جملة احكام العقل في سلسلة معلولات الاحكام) فلا تكون مستلزماً لحكم الشرع بمقتضى قاعدة الملازمة.

هذه اربع عشر حجة، تقع واسطة في استنباط الاحكام الشرعية.

المقدمة السادسة

في أقسام الظاهر وجواز النقل بالمعنى في جميعها

لا يخفى أنّ النقل بالمعنى عبارة عن نقل ما يفهمه العرف من المعنى عن اللفظ بلفظ آخر، وهو الذي يعبر عنه بالظاهر، وقد بينوا حجيته فلو أراد المتكلم خلافه ولم ينصب عليه قرينة، فنقل عنه ناقل و ذكر ذلك المعنى الظاهر بلفظ آخر، ثم انكشف ارادة خلافه كان ظهور اللفظ فيه حجة عليه.

ومنه يعلم جواز النقل بالمعنى في مطلق الظواهر اعني مطلق ما يفهمه العرف من اللفظ، فيدخل فيه إلغاء الخصوصية، والمفهوم، والعموم الملتقط، والجمع العرفي، والعلة المنصوصة، لكون جميعها من قبيل الظاهر اعني ما يفهمه العرف من الكلام، ويشهد لذلك (ان الحجة فيها هو الفهم العرفي) ولا فرق في حجية الفهم العرفي في تشخيص ظواهر الكلام بين انواعها بحسب تعدد منشأها

«فنها» اشتمال الكلام على كيفية توجب ظهورها في ثبوت المفهوم «ومنها» اشتمالها على قيد لا يفهم العرف منه القيدية، وهو منشأ الغاء الخصوصية «ومنها» اشتمالها على ذكر العلة بحيث يفهم منها معلولها «ومنها» ان يكون هناك حملات متعددة العرف من مجموعها معنى لا يفهمه عن كل واحد واحد منها، وهو منشأ الجمع العرفي، والعموم الملتقط.

اثبات حجية الشهرة عند استجماع شروط خمسة

اذا عرفت المقدمات فنقول: إن مقتضى التحقيق حجية شهرة الفتوى بين المتقدمين عند استكمال شروط.

«الاول» عدم احتمال كونها مستندة إلى رواية فيما بأيدينا.
«الثاني» عدم كونها مطابقة لمقتضى الاصل وهو الاستصحاب، والبراءة، والاشتغال.

«الثالث» عدم كون ما قامت عليه الشهرة ممّا للعقل سبيل اليه، بتنقيح المناط، او استكشاف الحكم الشرعي بقاعدة الملازمة.

«الرابع» عدم كونه مما يصلح وجهاً للجمع بين الاخبار الموجودة عندنا.

«الخامس» عدم كونه عموماً يمكن التقاطه من الموارد الجزئية.

والدليل عليه من وجهين:

الاول أن الفتوى اخبار بالحكم الواقعي بحسب المقدمة الاولى، والحكم الواقعي و ان كان مستوراً لا يناله الحس، الا أنه حيث ثبت أن منشأ الفتوى هو النقل عن المعصوم، لعدم وجود دليل عليه في مفروض اجتماعه للشروط المذكورة، الا النقل عنه، تجرى اصابة عدم الخطأ في الحس في وسائط النقل الى المعصوم بحسب المقدمة الرابعة، ويحصل لنا الوثوق بصدق الوسائط

من تأيد فتوى بعضهم بفتوى بعض من الفقهاء الكثرين ووثوقهم بصدق الرواة بحسب المقدمة الثالثة.

و توضيحه: ان الاخبار الفقهية اخبارات عن الاحكام الموجودة في الواقع والمناطق في حجيتها بعد حصول الوثوق بصدق الوسائط جريان اصالة عدم الخطأ في الحس في كل واحد من الوسائط الى ان ينتهي الى المعصوم وحصول العلم الوجداني بمطابقة اخباره للواقع اذا كان في مقام بيانه و جريان اصالة كونه في مقام بيان الواقع وعدم كونه في مقام التقية وغيرها وهذه كلها حاصلة من فتوى مشهور المتقدمين من اصحابنا عند تحقق الشروط الخمسة المذكورة، فانها كما عرفت اخبار عن الحكم الواقعي عن حس، وهو السماع للنقل عن المعصومين، ويحصل الوثوق بصدق الرواة من كون النقل معمولا به عند الاصحاب، ولا اشكال في حجية الرواية المعمولة بها عندهم، وحصول الوثوق بها من عملهم، وقد عرفت تفصيل الكلام في حصوله في المقدمة الثالثة، ويجرى اصالة عدم الخطأ في الحس في كل واحد من الوسائط الى المعصوم، و اصالة كونه في مقام بيان الواقع في حقه.

«والثاني» انّ الفتوى بالحكم الشرعي فيما ليس للعقل سبيل اليه في محيط الشيعة اخبار عن قول الائمة المعصومين «عليهم السلام» لعدم تعويلهم في الاحكام الشرعية على قول ائمتهم بل كان المائز بينهم وبين غيرهم من المسلمين هو ذلك ويشهد لما ذكرنا (قوله «عليه السلام») في التوقيع الشريف واما في الحوادث الواقعة فارجعوا الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله عليهم) فانه يدل على ان حجية فتوى الفقيه لغيره من حيث انه رواية عن الائمة «عليهم السلام».

و توضيحه: أنّ فتاوى اصحابنا في أول الأمر كان بنقل عين الرواية عن المعصوم، ثم تداول في مقام الفتوى نقل الرواية من غير تصريح بالاسناد

لوضوحه، ثم تداول نقل مضمون الرواية ولو بتغيير اللفظ الوارد عن المعصوم. وبالجملة ان الفتوى في محيط الشيعة كان عبارة عن نقل رأي المعصوم، فهي رواية مرسلة محذوفة الوسائط، فإذا اجتمعت عليه المشهور من اصحابنا المتقدمين يجري فيه حكم المراسيل المعمولة بها عند القوم، وكان العمل منهم جابراً لضعف سنده على تقدير كونه ضعيفاً في الواقع. وعبارة اخرى يحصل الوثوق من عملهم بصدق الوسائط المتوسطة بينهم وبين المعصوم.

«ويمكن الاشكال فيهما» بان المشهور يحتمل ان يكون فتوى بعضهم مستنداً الى فتوى بعض، ويكون مرجع الجميع الى فتوى واحد من القدماء لا نعرفه بعينه، ومن المحتمل في حقه ان يكون ممن يعمل بالقياس، فيكون مأخذ فتوى المشهور هو القياس من غير التفات منهم به، فتكون فتاويهم غير كاشفة عن قول المعصومين «عليهم السلام».

«والجواب» انّ عمل المشهور كما يكون كاشفاً عن كون إخبار من في السلسلة عن صدق كذلك يكون كاشفاً عن كونه عن حس لكون طريق الحدس بحسب المفروض منحصراً في القياس البديهي التحريم في مذهب الشيعة، كالكذب، فحيث يحصل من عمل المشهور الوثوق بعدم ارتكاب الوسائط للكذب، كذلك يحصل الوثوق منه بعدم ارتكابهم للقياس، فان السبب لحصول الوثوق بعدم ارتكابهم للكذب، هو اعتماد المشهور على قولهم، وهو موجود في حصول الوثوق بعدم ارتكابهم للقياس المحرم أيضاً.

والحاصل أن فتوى المشهور إخبار عن أمر بالواسطة مع حذف الوسائط، فهو بحكم الرواية المرسلة التي حصل الوثوق من عمل الأصحاب بعدم ارتكاب الوسائط للكذب، كذلك يحصل الوثوق بعدم ارتكابهم للقياس لوحدة الملاك فيهما.

التفصيل في الحجية بين شهرة القدماء والمتأخرين

ذكر الاستاذ آية الله الكبرى العلامة البروجردي ادام الله ظلّه الى التفصيل بين شهرة القدماء والمتأخرين، وذكر أن اشتهار الفتوى بين المتقدمين يكشف عن وجود نص معتبر لم يصل اليه، وأما المتأخرون فحيث ان الموجود عندهم من النصوص هي النصوص الموجودة عندنا فلا تعويل على اشتهار الفتوى فيما بينهم.

والتحقيق في المقام يتوقف على بيان طبقات الفقهاء، والذي يظهر من التتبع، أنّ فقهاء أصحابنا على أربع طبقات:

«الطبقة الاولى» المحدثون من عصر الائمة سلام الله عليهم الى زمن ابن ابي عقيل فان عادتهم في الفتوى جرت على نقل عين كلام المعصوم من دون تصرف فيه، كان السائل عنهم يسأل عن الائمة فكما كان العوام يراجعون الى الامام «عليه السلام» فيسألون عنه الحكم فيعملون بقوله كذلك المراجع لهم كان يعمل بقوله له «عليه السلام» اذا نقل اليهم الفقيه عنه وكان رويتهم هذه، في تدوين كتب الفتوى.

ومن هذا القبيل كتاب من لا يحضره الفقيه للشيخ محمد بن علي بن بابويه فانه رسالة عملية صنفت ليعمل بها ، قال في اوله بعد ذكر بعض السادة الاتقياء: وسألني أن اصنف له كتاباً في الفقه والحلال والحرام والشرايع والاحكام موفياً على جميع ما صنف في معناه و ترجمه بكتاب من لا يحضره الفقيه ليكون اليه مرجعه وعليه معتمده ويشترك في أجره من ينظره وينسخه وعمل بمودعه، هذا مع نسخه لاكثر ما صحبني من مصنفاتي وسماعه لها

وروايتها عني ووقفه على جملتها، الى ان قال: وصنفت له هذا الكتاب بحذف الاسانيد، لثلا يكثر طرقة وان كثر فائدته ولم أقصد فيه قصد المصنفين في ايراد جميع ما روه، بل قصدت ايراد ما افتي به واحكم بصحته واعتقد فيه أنه حجة فيما بيني وبين ربي (انتهى).

ومن هذا القبيل ايضاً كتاب ابيه علي بن بابويه فانه كتاب الفتوى ذكر فيه الفتوى بعين الروايات من غير ذكر السند، بل ولا الاسناد الى المعصوم، ولذلك كان الاصحاب يأخذون فتاويه منزلة روايته عند إعواز النصوص لشدة اعتمادهم بنظره في تمييز صحيح الرواية عن سقيمها.

وبالجمله فهذه طريقتهم في تصنيف كتب الفتوى الى زمان ابن ابي عقيل. قال العلامة بحر العلوم - ره - هو أول من هذب الفقه واستعمل النظر وفتق البحث عن الاصول والفروع في ابتداء الغيبة الكبرى، وبعده الشيخ الفاضل ابن الجنيد، وهما من كبار الطبقة السابعة، وابن ابي عقيل أعلى منه طبقة، فان ابن الجنيد من مشايخ المفيد، وهذا الشيخ من مشايخ شيخه جعفر بن محمد بن قولويه كما علم من كلام النجاشي (انتهى).

«الطبقة الثانية» وهي الفقهاء الذين نشأوا من زمان ابن ابي عقيل الى زمان شيخ الطائفة محمد بن الحسن الطوسي وقد تقدم نقل كلام الشيخ ره في المبسوط في وصف كتبهم وذكرناه هناك مع ما يليق بالمقام.

«الطبقة الثالثة» تلامذة الشيخ ره، وتلامذة تلامذته، الى زمان المحقق، وقد وصل الى بعضهم جوامع الحديث القديمة، فيشترك فقهاء هذه الطبقة مع الطبقة الثانية في كون اشتهار الحكم بينهم كاشفاً عن وجود نص معتبر لم يصل اليها.

لكنه قد طعن فيهم الشهيد الثاني ره في كتاب الرعاية على ما نقل عنه ولده فقال: إن أكثر الفقهاء الذين نشأوا بعد الشيخ ره كانوا يتبعونه في الفتوى تقليداً

له لكثرة اعتقادهم فيه وحسن ظنهم به، فلما جاء المتأخرون وجدوا أحكاماً مشهورة عمل بها الشيخ ره ومتابعوه، فحسبوا شهرة بين العلماء، وما علموا أن مرجعها الى الشيخ ره و ان الشهرة انما حصلت بمتابعته، ثم قال: قال الوالد قدس الله نفسه: وممن اطلع على هذا الذي بينته وتحققته من غير تقليد، الشيخ الفاضل سديد الدين محمود الحمصي، والسيد رضي الدين بن طاوس ره وجماعة، قال السيد ره في الكتاب المسمى بالهجة لثمرة المهجة اخبرني جدي الصالح ورام بن ابى فراس قده أنّ الحمصي حدثه أنه لم يبق للامامية مفت على التحقيق بل كلهم حاك (انتهى).

واجاب عنه بعضهم: إنّ هذا وهم حصل له ولغيره، من حيث إنهم لما وافقوه في المسلك والطريقة غالباً أفضى ذلك الى موافقتهم لهم في الاحكام أيضاً غالباً فأشبه ذلك في بادى النظر أنهم إنّما عوّلوا فيها على تقليده، مع أنّ فتاوى الشيخ ره مختلفة، وليس له رأي مطبوع في كثير من المسائل.

ومن العجيب، أنه نقل بعض المدققين من المتأخرين عن بعض مشايخه في حق الشهيد ومن قارب عصره، قال: وقد أخبر بعض الفحول من مشايخنا، إن جميع ما عند الشهيدين مأخوذ من ثاني المحققين، حتى أنه كان يتعجب ممّا رأى استقلاله به في مورد، إلى أن اطلع على سبق ثاني المحققين قده في محل آخر، وذكر أن هذا وإن كان مبنياً على المبالغة، إلا أن الغالب على ما افاده، ونسبه أول الشهيدين الى العلامة هذه النسبة كما لا يخفى على الخبير بل الفاضلان قده من زمن الشيخ يقرب أن يكونا بهذه المثابة (انتهى).

«الطبقة الرابعة» وهي من تأخر عن المحقق الى زماننا. واشتهار الحكم والفتوى بين هذه الطبقة، ليس واجداً لما هو ملاك الحجية، أعني كونه مستنداً الى نص معتبر لم يصل اليها، لعدم وصول الجوامع الاولية اليهم، والموجود فيما بأيديهم هو الروايات الواصلة اليها. نعم قد وجد لهم كتب و اصول مستحدثة لم

يوجد بعض رواياتها في الجوامع المعتبرة والمتواترة نسبتها الى مصنفهم ولا تعويل عليها مع انقطاع سندها وعدم ثبوت صحة انتسابها الى من نسبوها اليه .
فلو اشتهر الفتوى فيما بينهم، بما لم يذكره القدماء في كتبهم، لا يكون حجة بالنسبة اليها، لعدم كشفها عن وجود نص معتبر لم يصل اليها، مع أنّ الجابر لضعف السند انما هو عمل اصحابنا المتقدمين، لاقتران زمانهم بزمان صدور الروايات، فيكون عملهم بحديث مع ضعف سنده كاشفاً عن وجود قرائن تدل على صحته وخفيت على المتأخر عنهم بمرور الزمان.

في الاحتجاج على حجة الشهرة بالنص

استدل من النص على حجة الشهرة بروايتين.

«احديهما» ما رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة عن ابي عبدالله «عليه السلام» في مورد اختلاف القاضيين قال «عليه السلام» ينظر الى ما كان من رواياتهما عنا في ذلك الذي حكما به المجمع عليه بين أصحابك فيؤخذ به من حكما ويترك الشاذ الذي ليس بمشهور فان المجمع عليه لا ريب فيه الى ان قال فان كان الخبران عنكم مشهورين قد رواهما الثقات عنكم قال ينظر فما وافق حكمه حكم الكتاب والسنة وخالف العامة فيؤخذ به ويترك ما خالف حكمه حكم الكتاب والسنة ووافق العامة (انتهى).

وذكر «الاستاذ الكبير العلامة البروجردي» دام بقاءه (١): إنّ المراد من المجمع عليه في قوله «عليه السلام» فإن المجمع عليه لا ريب فيه هو الحكم المشهور بين الاصحاب، فان الذي ليس فيه ريب هو ذلك، دون اشتهار صدور اللفظ عنه

«عليه السلام» فإنّ القطع بصدور اللفظ من الامام «عليه السلام» لا يوجب نفي الريب عنه، لاحتمال أن يكون ما ذكره لا لاجل بيان الحكم الواقعي، بل لاجل التقية او غيرها.

اقول: وفيه نظر من حيث إنه أطلق المجمع عليه، على الرواية، فالمراد نفي الريب عن صدورهما من المعصوم، ولا ملزم لارادة نفي الريب عن مطابقته للواقع، حتى يكون قرينة على إرادته من المجمع عليه هو الحكم المشتهر بين الاصحاب (و يؤيد ما ذكرنا) انه لو اريد منه نفي الريب عن مطابقة الواقع لم يبق مجال لسؤال الراوي بقوله فان كان الخبران الخ وقوله «عليه السلام» في جوابه ينظر فما وافق حكمه حكم الكتاب والسنة وخالف العامة الخ (ومما يدل على ارادة الشهرة في الرواية) قوله قد رواها الثقات عنكم فانه تفسير «للمشهورين» فيستفاد منه ان المراد من المشهور ما اشتهر روايته و رواه عدة من الثقات.

«الثانية» ما رفعه في غوالي اللثالي الى زرارة بن اعين قال: قال: سألت الباقر «عليه السلام» جعلت فداك يأتي عنكم الخبران والحديثان المتعارضان فبأيهما آخذ؟ فقال: يا زرارة خذ بما اشتهر بين اصحابك فقلت: يا سيدي انهما معاً مشهوران مأثوران عنكم.

قال الاستاذ دام بقاءه، في وجه الاستدلال بها: أن الاصل في الحديثين المتعارضين هو تساقطهما عن الحجية فلا يبقى في واحد من المتعارضين ملاك الحجية فالأمر باخذ ما كان مشهوراً بين الاصحاب دليل على كون الشهرة واجدة لملاك الحجية.

قلت: وفيه، أنه لو كان مجرد المرجحية لاحدى الروایتين مستلزمة لحجية المرجح في نفسه، لاقتضى كون غير الشهرة من المرجحات كمخالفة العامة أيضاً حجة في نفسه، والصحيح أنّ الموجب لسقوط الروایتين عن الحجية ليس هو فقد

المقتضي، بل وجود المانع، وهو ابتلاء كل منها بالمعارض المعادل، فاذا ترجح أحدهما على الآخر باحد الوجوه المرجحة شرعاً ارتفع المانع، فيؤثر ماله من مقتضي الحجية. فليست الشهرة الا موجبة لارتفاع المانع عن حجية الرواية، من دون أن تكون حجة في نفسها وواجدة لملاك الحجية ومقتضيها.

«والتحقيق» في التقريب لارادة الشهره في الفتوى من الرواية، بناء على الدليل المتقدم منا لحجية الشهرة، من كون الفتوى في صورة وجود الشرائط التي ذكرناها رواية في الحقيقة، ان يقال: ان قوله «عليه السلام»: «خذ بما اشتهر بين أصحابك» ليس يراد منه اشتهار نسبة ألفاظ إحدى الروايتين إلى المعصوم، لعدم عناية باللفظ بما هو، بل نسبة مضمونها ومعناها، ولا يراد أيضاً اشتهار نسبة صدورها الى المعصوم في دفعة واحدة ومورد واحد، ولا اشتهار صدورها عن إمام واحد، لعدم وجود خصوصية فيها، بل كان كلها ملغى في نظر العرف لعدم كونها خصوصية يناط بها الحكم البتة.

في بيان المراد من الشهرة وحدها

الشهرة: في اللغة بمعنى الظهور، كما يقال سيف شاهر أى ظاهر. ولا يخفى أن الشهرة الموجبة لانجبار ضعف سند الرواية، ليس يراد منها ذهاب الاكثر، بل المراد منها المعروفة والظهور بين الأصحاب، وقد تقدم في المقدمة الثالثة أن منشأ انجبار سند الرواية بالشهرة، حصول الوثوق من كثرة فتاويهم بصدور الرواية عن المعصوم.

فالضابط في حجية الشهرة، اتفاق جمع من العلماء المتقدمين، بما يوجب بلوغ المظنة الحاصلة - من الرواية المستندة لهم - بصدورها عن المعصوم، الى حد الوثوق. وهو يختلف بحسب أشخاصهم وأعمارهم، فراجع المقدمة الثالثة، تعرف حقيقة الحال.

في طريق تحصيل الشهرة

الطريق الى تحصيل الشهرة في المرتبة الاولى، هو تتبع كتب الفتوى من المتقدمين رضوان الله عليهم الموجودة فيما بأيدينا ومن جملتها ما كان من كتب قدمائنا المحدثين دونوها لبيان ما أفتوا بمضامينها من الاحاديث، ككتاب من لا يحضره الفقيه وفي المرتبة الثانية، استفادتها من نقل الاجماع من الشيخ او متقدميه او معاصريه، او من قارب عصره من متاخره إذا علم منه، أنه يدعي الاجماع من الشيخ ومن تقدمه، فانه يكشف بتأ عن ذهاب المشهور إليه لاسيما بناء على ما تقدم في معنى الشهرة من أنه ليس يراد منه ذهاب الاكثر، هذا وقد ذكر استاذنا الكبير العلامة البروجردى: ان نقل الاجماع في كلام بعضهم كناية عن نقل الرواية، التجأوا إليه لاجل التحرز عن التصريح بالنقل عن الائمة «عليهم السلام»، إستصلاحاً بينهم وبين العامة. وذكر: أن ما تكرر من قول الشيخ ره في الخلاف «ويدل عليه اجماع الفرقه المحقة واخبارهم» فراده الاجماع، نقل قول الامام «عليه السلام» من حيث هو حجة في نفسه، ومن الاخبار نقل قوله «عليه السلام» بما هو إخبار منه عن النبي «صلى الله عليه وآله». اقول: وفيه أن نسبة الاجماع الى الفرقه المحقة، الصريح في تفكيك فرقة الشيعة عن سائر الفرق وابطالهم، كر على ما جعل الاستاذ دام بقاه التعبير بالاجماع فراراً عنه، وهو التشبث والتمسك بالائمة سلام الله عليهم.

وقد استند دام بقاه فيما ذكره الى قول السيد ابي المكارم في الغنية حيث

قال:

«انّ الاجماع عندنا حجة لكونه مشتملاً على قول المعصوم فلا يقدر تخلف غيره في ذلك. فان قلت فلم تقولون الاجماع حجة بل الحجة ليست عندكم الاقول المعصوم، قلت: الإشكال إنما يرد لو كنا نحن المبتدئين بالبحث، واما اذا

كان المبتدئون غيرنا فلا بأس».

أقول و لعل مراده قده انّ المعتبر في تحقق الاجماع عندنا اتفاق جماعة يستكشف منه قول الامام «عليه السلام» فلا يقدر في تحقّقه عدم اتفاق جميع الفقهاء و تخلف بعضهم عنها و إنّما تمسّكنا بالاجماع، مع كون ملاك حجّيته عندنا دخول قول المعصوم فيه، لاجل أنّه أنّا ابتداءً باخذ الاجماع حجّة فقهاء العامة، و نحن لم نخالفهم في حجّيته لكونه مشتقاً على قول المعصوم أيضاً. و استند أيضاً الى قول الشيخ في «العدة» «فاذا كان المعتبر في باب كونه حجة اي الاجماع قول المعصوم فالطريق الى معرفته شيئان احدهما السماع عنه والمشاهدة لقوله (والثاني) النقل عنه بما يوجب العلم» وهو كما ترى لا يدل على أنّ الاجماع يتحقق بمجرد العلم بقول المعصوم وان لم يقترن به قول غيره بل أنّا يدلّ على أنّ المعتبر في حجّية الاجماع اعني اتفاق العلماء انضمام قول المعصوم اليه وهو يحصل بامرین.

كيف وقد ذكر الشيخ ره في أوّل كتاب الاستبصار عند ذكر القرائن المعتضدة بها اخبار الاحاد بعد قوله ومنها ان تكون مطابقة للسنة المقطوع بها اما صريحاً او دليلاً او فحوى او عموماً «ومنها ان تكون مطابقة لما اجمع عليه المسلمون ومنها ان تكون مطابقة لما اجمعت عليه الفرقة المحقة، فانّ جميع هذه القرائن يخرج الخبر عن حيز الاحاد ويدخله في باب المعلوم».

وهو صريح في أنّ المراد من اجماع الفرقة هو اتفاقهم وليس المراد منه مجرد وجود رواية مروية عن المعصوم.

والحمد لله على اتمام الرسالة واسأله التوفيق والعناية وعليه اتوكل في جميع امورى وهو حسبي ونعم الوكيل وعسى الله ان يجعل عاقبة امري خيراً.

قم سنة ١٣٧٢ هـ.ق

العبد الفتخر الى ربه الجليل

أبو طالب التجليل

فهرس موضوعات الكتاب

٣

مقدمة الطبعة الثانية

الفصل الأول

في المباحث الراجعة الى لفظ البيع

المبحث الأول

٧

في تعريف البيع و بيان حقيقته

المبحث الثاني

١٥

في تعيين ما يدور أحكام البيع مداره

٢٠

إن قيد الانشاء في التعريف خارج عن حقيقة البيع

المبحث الثالث

٢١

في القيود المأخوذة في حقيقة البيع

المبحث الرابع

٢٧

في التمسك بالاطلاقات الواردة من الشرع في البيع

٣١

في دفع توهم استحالة كون الموضوع في أحكام البيع ونحوه هو الصحيح

المبحث الخامس

٣١

في بيان حقيقة الملكية

الفصل الثاني

في المعاطاة

المبحث الأول

- ٤٦ في كفاية الفعل في إنشاء البيع وعدمها
٤٧ ببيان أسباب الملكية أو الإباحة
٥٣ في بيان ما يعتبر في كل واحد من الأقسام
٦٣ في اختلاف أنواع العقود و الإيقاعات لصلاحيّة حصولها بالمعاطاة وعدمه
٦٩ تعيين محلّ النزاع في المعاطاة
٧٠ تبين مباني القول بكون المعاطاة بيعاً
٧٣ في مقتضى اختلاف المباني في المعاطاة

المبحث الثاني

- ٧٤ في جواز المعاطاة أولزومها
٧٤ في أقسام الجواز و اللزوم
٧٦ في تقسيم الجواز و اللزوم بحسب المتعلق
٧٧ في افتراق آثار البيع و التعهد و العقد

المبحث الثالث

- ٨٢ في تنبيهات المعاطاة
٨٢ في شرائط المعاطاة و أحكامها
٨٤ في كفاية الاعطاء و الأخذ من جانب واحد وعدمه
٨٦ في تشخيص البائع عن المشتري و تمييزهما
٨٧ في أقسام المعاطاة
١٠١ في جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و الإيقاعات وعدمه

١٠٤	في ملزمات المعاطاة
١٠٨	في كيفية حصول الملك في المعاطاة بالتلف
١٠٩	في التفصيل بين شروط البيع في جريانها في المعاطاة
	الفصل الثالث
	في العقود
	المبحث الأول
١١١	في حدود اعتبار اللفظ في العقود
	المبحث الثاني
١١٣	في مادة ألفاظ العقد
	المبحث الثالث
١٢١	في هيئة ألفاظ العقد
	المبحث الرابع
١٢٤	في شروط العقد
١٢٤	الترتيب بين الإيجاب والقبول
١٢٧	الموالاتة بين الإيجاب والقبول
١٢٩	في بيان مصطلح الروايات في كلمة الاستثناء
١٣١	التنجيز
١٣٧	التطابق بين الإيجاب والقبول
١٣٩	بقاء أهلية الإنشاء للمتعاملين
١٤٠	في اختلاف المتبايعين في حكم مشروط العقد

الفصل الرابع

في الضمانات

المبحث الأول

- ١٤٣ في دليل ضمان المأخوذ بالبيع الفاسد
١٤٣ سند حديث على اليد
١٤٥ مفردات ألفاظ حديث على اليد وبيان المراد منها

المبحث الثاني

- ١٤٨ في قاعدة الضمان وعكسه

المبحث الثالث

- ١٥١ في دليل قاعدة الضمان

المبحث الرابع

- ١٥٥ في تفصيل حكم الضمان في مورد الاجارة

المبحث الخامس

- ١٥٩ في سائر موارد انتقاض قاعدة الضمان

- ١٦١ في نفي الأولوية بين ضمان الصحيح و ضمان الفاسد

المبحث السادس

- ١٦٢ في وجوب ردّ المبيع بالبيع الفاسد فوراً

المبحث السابع

- ١٦٣ في ضمان المنافع قبل الرد

- ١٦٤ حديث الخراج بالضمان

المبحث الثامن

- ١٦٨ في وجوب ردّ المثل في المثليات و القيمة في القيميات

١٦٨	في مفهوم كلّ من المثلي والقيمي
١٧٥	في الدليل على ضمان المثليات بالمثل والقيميات بالقيمة
١٨١	تفكيك جهات العين المضمونة
١٨٢	بقاء العين في الذمة وكون أداء المثل والقيمة من آثارها
١٨٤	بقاء العين في الذمة وأداء المثل والقيمة بالتنزيل
١٨٥	إشكال و دفعه
١٨٥	تزيف التقارير الثلاث
	المبحث التاسع
١٩٦	في زيادة القيمة بعد يوم التلف
	المبحث العاشر
١٩٨	في وجوب ردّ القيمة عند تعدّر المثل في المثليات
٢٠٠	المعياري في تعيين قيمة المثل عند تعدّره
٢٠١	تبدّل ضمان العين بالقيمة بخروجها عن المالية
	المبحث الحادي عشر
٢٠٢	في أنّ الاعتبار في القيمة بقيمة يوم التلف
	المبحث الثاني عشر
٢١٢	في بدل الحيلولة
٢١٤	مسائل حول بدل الحيلولة

الفصل الخامس

في شرائط المتعاقدين

	المبحث الأول
٢١٨	في اشتراط العقل والبلوغ

	المبحث الثاني
٢٣١	في اشتراط القصد
	المبحث الثالث
٢٣٢	في اشتراط كون العوضين معلومين للمتبايعين
	المبحث الرابع
٢٣٣	في اشتراط الرضا وطيب النفس
	المبحث الخامس
٢٣٩	في جهات الفرق بين بيع المكره والمضطر
٢٣٩	كون المكره فاقداً للاستقلال دون المضطر
٢٤٢	تعلق القصد في بيع المضطر بالمسبب دون بيع المكره
٢٤٤	ضعف الارادة في بيع المكره دون بيع المضطر
٢٤٦	تحقيق القول في الفرق بين بيع المضطر والمكره
	المبحث السادس
٢٥٠	في اختصاص حكم الاكراه بصورة عدم امكان التخلص
	المبحث السابع
٢٥٤	في أقسام الاكراه و انقسامه حسب أقسام الواجب
	المبحث الثامن
٢٥٦	في توجيه الاكراه الى الوكيل
	المبحث التاسع
٢٥٧	في حكم لحوق الرضا بعد صدور العقد عن إكراه
	المبحث العاشر
٢٦٣	في أنّ حدوث الملكية بلحوق الرضا من حين الرضا أو العقد

الفصل السادس

في اشتراط كون المتعاملين مالكين أو مأذونين عنها

المبحث الأول

٢٦٦

في الدليل عليه

المبحث الثاني

٢٦٧

هل يخرج العقد برضا المالك عن كونه فضولياً أم لا؟

المبحث الثالث

٢٧٦

في عقد المالك المحجور

المبحث الرابع

٢٧٧

في أن يبيع الفضولي للمالك مع عدم كونه مسوقاً بالمنع من قبله

٢٧٩

في أن الأفعال الاعتبارية لا تصلح لأن تستند الى غير من صدرت عنه

٢٨٠

العقود و الايقاعات برمتها من الاعتباريات

٢٨١

الاشكال في استناد عقد الفضولي الى المالك بلزوم انقلاب الشيء عما هو عليه

٢٨٣

في تفكيك الجهات المختلفة للاعتباريات

٢٨٤

في الفرق بين حقيقة التوكيل و الاجازة بكون التنزيل في الشخص أو في العمل

٢٨٥

في تفكيك الجهة الحقيقية من العقد عن الجهة الاعتبارية

٢٨٧

توهم اشكال التفكيك في العقد الفضولي بين تحقق السبب و المسبب ودفعه

٢٨٨

دفع الاشكال عن صحة الفضولي في العقود و الايقاعات الجائزة

المبحث الخامس

٢٩١

في التقريبات المختلفة لدليل صحة عقد الفضولي بالاجازة

المبحث السادس

٢٩٥

في الأحاديث المستدلة بها على صحة بيع الفضولي

٣٠٤	في الروايات الواردة في نكاح الفضولي
٣١٠	أولوية البيع بالصحة من النكاح
٣١٢	في الروايات الواردة في باب المضاربة
٣١٥	في الروايات الواردة في الاتجار بمال اليتيم
	المبحث السابع
٣٢٤	في أدلة بطلان البيع الفضولي
	المبحث الثامن
٣٣٤	في أن يبيع الفضولي للمالك مع كونه مسبقاً بمنعه عنه
	المبحث التاسع
٣٣٥	في أن يبيع الفضولي لنفسه
٣٤٦	في تعيين المشتري إذا قال: اشتريت لزيد في دمة عمرو
٣٥٠	في جريان حكم الفضولي في المعاطاة

الفصل السابع

في الاجازة والرد

	المبحث الأول
٣٥٣	في كون الاجازة كاشفة أو ناقلة
٣٥٤	أقسام الكشف
٣٥٤	الكشف اللغوي
٣٥٦	الكشف الحقيقي
٣٧٣	الكشف الحكمي
	المبحث الثاني
٣٧٤	في ثمرة الخلاف بين النقل والكشف على أقسامه

- الامور التي ذكروها ثمرة للخلاف بين النقل و الكشف
 ٣٧٧ فيما لو قصد المالك خلاف ما حكم به العقل من النقل أو الكشف
 ٣٩١ في عدم كفاية مجرد الكاشف عن الرضا في الاجازة
 ٣٩٣ في كون تأثير الاجازة موقوفاً على عدم كونها مسبوقه بالرد
 ٣٩٨ في أن الاجازة ليست حقاً اصطلاحياً
 ٣٩٩ في أن إجازة البيع ليست إجازة للقبض
 ٤٠٠ في أن لا تعتبر الفورية في الاجازة
 ٤٠٣ في وقوع التفكيك في الاجازة
 ٤٠٧

المبحث الثالث

- في المميز
 ٤٠٨ في اعتبار صلاحية التصرف حين الاجازة
 ٤٠٨ في اعتبار وجود المميز حين تحقق العقد
 ٤٠٩ في اعتبار صلاحية التصرف للمميز حين العقد
 ٤١١ في عدم جواز تصرف المميز لأجل طرو المانع
 ٤١١ في عدم جواز تصرف المميز لأجل فقد المقتضي
 ٤١٢

المبحث الرابع

- في المجاز
 ٤٢٤ اشتراط كون عقد الفضولي جامعاً لجميع الشرائط
 ٤٢٤ هل يعتبر كون المجاز معلوماً للمميز على التفصيل أم لا؟
 ٤٢٥ استلزام الاجازة لعقد، الإجازة لسائر العقود في السلسلة الطولية دون العرضية
 ٤٢٧

المبحث الخامس

- في الرد
 ٤٢٩ التصرف المخرج للعقد عن قابلية الاجازة
 ٤٢٩

- ٤٣٠ التصرف المفوت للمنفعة
 ٤٣١ تزييفات اشكالات القوم على تحقق الرد بالتصرفات المقومة للمنفعة
 ٤٣٣ التصرف غير المنافي لملك المشتري

فهرس

رسالة حجّية الشهره

بين قدماء أصحابنا في الفتاوى الحائزة لشروط خمسة

- ٤٣٨ المقدمه
 ٤٣٩ القول بحجّية الشهره والتفصيل فيه
 ٤٤١ فيما ذكره من الاستدلال على حجّية الشهره
 ٤٤٦ فيما يمكن أن يستشكل بها على حجّية الشهره
 ٤٥١ في حقيقة الفتوى
 ٤٥٣ في جواز النقل بالمعنى، ومنشأه
 ٤٥٥ في انحاء حصول الوثوق بالحديث
 ٤٥٧ في الفرق بين الأخبار عن حسن والأخبار عن حدس
 ٤٥٨ في استقصاء أقسام الحجّة في الفقه
 ٤٦١ في أقسام الظاهر وجواز النقل بالمعنى في جميعها
 ٤٦٢ إثبات حجّية الشهره عند استجماع شروط خمسة
 ٤٦٥ التفصيل في الحجّية بين شهره القدماء والمتأخرين
 ٤٦٨ في الاحتجاج على حجّية الشهره بالنص
 ٤٧٠ في بيان المراد من الشهره وحدها
 ٤٧١ في طريق تحصيل الشهره

فهرس عمدة تعاليق الكتاب

٧	تحقيق حقيقة الإعتبار و منشأ حدوثها
٨	طريق تعريف الأمور الاعترارية و اقامة البرهان عليها
٩	«المرحلة الاولى» في طريق استكشاف حقيقة الاعتراريات
١٢ - ١٠	«المرحلة الثانية» في طريق الإستدلال على الأمور الاعترارية
١٤ و ١٣	الموضوع له المشتق هو الذات دون المبدأ و دون الذات مع المبدأ
١٨ و ١٧	ما اورد على كون البيع مبادلة و مفاعلة بين الاثنين و جوابه
٢٤	حقيقة الذمة
٢٦	كيف يصير الكلّي ملكاً؟
٣٢	الاعتباريات باصطلاح المعقول
٣٥ - ٣٣	معنى الاعترارية في مبحث أصالة الوجود أو الماهية
٣٦	كيفية مرآتية اللفظ للمعنى
٣٨	ان حقيقة الملك هي الوجدان
٣٨	تحليل حقيقة الوجدان و انه الاستتباع و المقومية
٤٠	تحليل حقيقة الاختصاص و ارجاعه الى الاستتباع و دفع ما اورد عليه
٤١	تسريح الملكية المصطلحة
٤٢	إستقصاء الأقوال في حقيقة الملكية
٤٩	حقيقة الأمر هل هي البعث أو الطلب؟

- ٥٠ اثبات كون نظر العرف حجة في تشخيص المصاديق أيضاً
- ٥١ الإشكال عليه بعدم سريان اللفظ إلى سريان الطبيعة
- ٥٤ عدم كفاية إذن المالك مع زعمه كونه ملكاً لغيره، سواء كان بنحو الداعي أو قصد العنوان
- ٦٧ منع توهم كون المعاطاة مصداقاً حقيقياً للبيع
- ٦٨ طريقة بديعة لإثبات كون المعاطاة بيعاً
- ٩٢ معنى قاعدة السلطنة
- ٩٢ إثبات إطلاق قاعدة السلطنة
- ٩٣ عدم التنافي بين قاعدة السلطنة والأحكام التكميلية
- ٩٣ التنافي بين قاعدة السلطنة والأحكام الوضعية المتعلقة بالمال
- ٩٤ عدم جواز الاستدلال بقاعدة السلطنة على نفي القيود المحتملة في المعاملات
- ٩٤ سلطنة المالك على تملك المال من غيره
- ٩٥ دلالة قاعدة السلطنة على نفي السلطنة عن غير المالك
- ١٠٥ التحقيق في كون التغيير مانعاً عن جواز الرجوع وعدمه
- ١١٣ منشأ اختلاف أسماء الإشارة والحروف هو الاختلاف في نحوه الوضع
- ١١٤ أقسام الوضع
- ١١٤ وضع الحروف
- ١١٧-١١٥ حقيقة المعاني الحرفية
- ١١٨ استحالة استعمال اللفظ في معنيين
- ١٣٢ تبين مفاد القضايا الشرطية
- المراد من جميع تعاريف المثلي هو الضابط المرتكز في أذهان العقلاء
ومنشأ تعلق الضمان بالقيمة في القيميات ولو عند وجدان المثل، وتبين
أن متعلق الضمان في المثلي هو الوجود السعي للمثل دون الكلي
- ١٧٢-١٦٩ بيان حقيقة القيمة
- ١٧٣

١٧٩ و ١٨٠	الروايات الدالة على تعلق الضمان بالعين حتى بعد التلف
٢٠٢	إنّ المالية حيثية تعليلية في تعلق الضمان
٢٠٣ - ٢٠٥	إثبات كون الاعتبار بقيمة يوم التلف بوجه ثلاثة
٢٢٦	حقيقة الوكالة وتضمنها للتنزيل
٢٤٣	وجود العقد بعينه وجود للبيع ومصادق له
٢٧١	وجه استناد الفعل الي غير من صدرت عنه
٢٧٤	إستناد البيع الى المالك في الفضولي أيضاً بالتسبب
٢٧٧	جواز التمسك بالعموم في فرد عادليه الفردية ثانياً
٢٨٤	الفرق بين التوكيل و الإجازة
٣٠٧ - ٣٠٩	الروايات الواردة في نكاح الفضولي
٣١٣	رفع الاشكال عن التمسك في صحة بيع الفضولي بروايات المضاربة
٣٢٧ - ٣٣٠	الروايات الناهية عن بيع ماليملك ، والناهية عن بيع ماليس عندك
٣٦٢	أنحاء تحقّق السبب والشرط في الاعتباريات
٣٩٢ و ٣٩٣	تحقيق مورد استلزام إلغاء القيد لإلغاء المقيّد وعدمه
٤٠٥ و ٤٠٦	نفي قاعدة الضرر لوجوب الوفاء من الجانب الأصيل مع جهله بالفضولة
٤١٠	الإشكال في إجازة الصبي للعقد بعد بلوغه و دفعه

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله وصلى الله على محمد نبي الله وعلى آله آل الله
لقد قامت مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين في الحوزة العلمية
بمقم المشرفة بنشاطات واسعة في مجال نشر المعرفة وإحياء التراث الإسلامي و
اليكم سرداً لبعض منشوراتها:

أ- من الكتب التي تمّ طبعها أخيراً

- | | |
|--------------------------------|---|
| تأليف عدة من الفضلاء | ١- الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل |
| بإشراف ناصر مكارم الشيرازي | الجزء الأول |
| = الشيخ يوسف البحراني | ٢- الحدائق الناضرة ج ١-١٨ |
| = = = | ٣- الحدائق الناضرة ج ٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ |
| = الشيخ مرتضى الأنصاري | ٤- فرائد الاصول |
| = الكاظمي الخراساني | ٥- فوائد الاصول ج ١ و ٢ (تقرير بحث آية الله الثاني) |
| = الكاظمي الخراساني | ٦- فوائد الاصول ج ٣ (تقرير بحث آية الله الثاني) |
| | مع حواشي آية الله آغا ضياء الدين العراقي |
| = الشيخ محمد المؤمن | ٧- الصلاة ج ١ (تقريرات بحث المحقق الداماد) |
| = الشيخ عبد الله الجواد الأملي | ٨- الصلاة ج ٢ (تقريرات بحث المحقق الداماد) |
| = الشيخ جعفر السبحاني | ٩- الوهابية في الميزان |

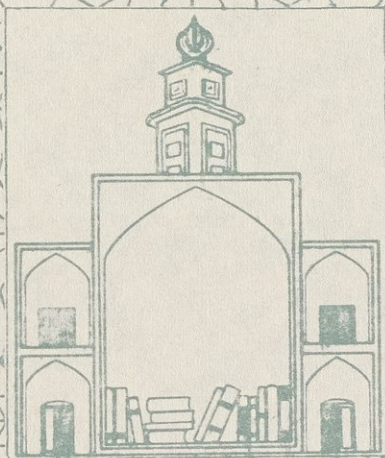
- ١٠- مجمع الفائدة والبرهان
في شرح إرشاد الأذهان
ج ١-٦
- = المقدس الأردبيلي
تحقيق الشيخ مجتبی العراقي
والشيخ علي بنه الاشتهاري وآغا حسين اليزدي
- ١١- قاعدة لا ضرر وإفاضة القدير
ج ١-٦
- = شيخ الشريعة الاصفهاني
= الشيخ حسن ابن الشهيد الثاني
- ١٢- معالم الدين وملاذ المجتهدين
- ١٣- منتقى الجمان ج ١ و ٢ و ٣
- = تحقيق لجنة التحقيق في مؤسسة النشر الاسلامي
= الشيخ حسن ابن الشهيد الثاني
- تحقيق علي اكبر الغفاري
- = الشيخ أحمد صابري الهمداني
= ابن فهد الحلبي
- ١٤- أدب الحسين وحماسه
- ١٥- المهذب البارع ج ١
- تحقيق الشيخ مجتبی العراقي
- = محمد علي عابدين
= العلامة الحلبي
- ١٦- مبعوث الحسين عليه السلام
- ١٧- كشف المراد (في شرح تجريد الاعتقاد)
مع تعليقات عليه
- تحقيق الشيخ حسن زاده الأملي

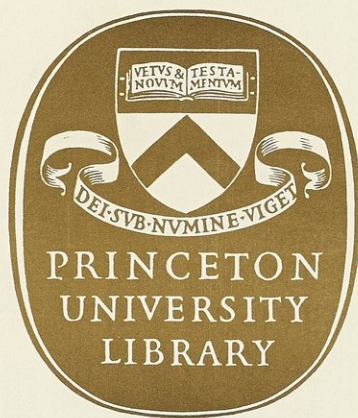
ب- من الكتب التي تحت الطبع

- ١- التوضيح النافع (في شرح ترددات صاحب الشرايع) تأليف الحسين بن علي الفرطوسي
- ٢- الحدائق الناضرة ج ١٩ و ٢٠ و ٢٥
- ٣- رياض السالكين ج ١
- ٤- شرح الأخبار في فضائل الأئمة الأطهار = القاضي النعمان بن محمد
- ٥- وقعة الطف تحقيق الشيخ محمد هادي اليوسفي
- ٦- الإمام الصادق (ج ١ و ٢)
- ٧- كفاية الاصول = الآخوند الخراساني
- تحقيق لجنة التحقيق في مؤسسة النشر الاسلامي
- ٨- الصلاة ج ٣ (تقريرات بحث المحقق الداماد)
- ٩- تأويل الآيات الظاهرة = السيد علي الحسيني الاسترآبادي
- = الشيخ عبدالله الجوادى الإملي
- = السيد علي الحسيني الاسترآبادي

ج - من الكتب التي في طريقها الى الطبع

- | | |
|--|---------------------------------------|
| تأليف العلامة المحقق السيد محمد جواد العاملي | ١- مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة |
| = الشيخ محمد حسين الاصفهاني | ٢- الإجارة |
| تحقيق السيد محمد جواد الجلالي | ٣- أحاديث المهدي من مسند أحمد بن حنبل |
| = ابن إدريس الحلبي | ٤- السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى |
| = الكاظميني الخراساني | ٥- الصلاة (تقريرات المحقق الثاني) |
| = الشيخ محمد حسين الاصفهاني | ٦- صلاة المسافر |
| = الشيخ مرتضى الحائري | ٧- صلاة الجمعة |
| = السيد حسن الصدر | ٨- عيون الرجال |
| = مؤسسة النشر الإسلامي | ٩- فهارس كمال الدين |
| = الشيخ أبوطالب التجليل التبريزي | ١٠- من هو المهدي؟ |
| = العلامة المحقق الشيخ محمد تقي التستري | ١١- قاموس الرجال ج ١ |
| = السيد المرتضى | ١٢- الذخيرة في علم الكلام ج ١ |
| تحقيق السيد أحمد الحسيني | ١٣- فهارس الغيبة للنعماني |
| = مؤسسة النشر الإسلامي | ١٤- الاسلام السعودي المسموح |
| = السيد طالب الخراسان | ١٥- الاصول على النهج الحديث |
| = الشيخ محمد حسين الاصفهاني | ١٦- معادن الحكمة ج ٢ |
| = محمد بن محسن بن مرتضى الكاشاني | ١٧- قاطعة اللجاج في حلّ الخراج |
| = علي بن عبد العالي الكركي | ١٨- حاشية المكاسب |
| تحقيق الدكتور محمود الستاني | ١٩- الاجتهاد والتقليد |
| = الشيخ محمد حسين الاصفهاني | ٢٠- اصول العقائد في الاسلام ج ٤ |
| = الشيخ محمد حسين الاصفهاني | ٢١- المكاسب المحرمة |
| = السيد مجتبي الموسوي اللاري | |
| = الشيخ مرتضى الحائري | |
| تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي | |





PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY

Princeton University Library



32101 061496673

۱۸۵۰ ییل