

الْبَيْعُ

نَقَرْنَا أَمَادَةَ السَّبْدِ الْأَبْدَانِ الْأَكْبَرِ

أَيَّةَ اللَّهِ الْعِظَمَى الْأَمَامِ الْخَيْرِ

بِالْعِلْمِ

بِقَلَمِ

مُحَمَّدِ بْنِ سَدِيدٍ

Princeton University Library



32101 061496327

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

الْبَيْع

تَقْرِيبًا أَفَادَهُ السَّبْدُ الْأَسْنَادُ الْأَكْبَرُ

أَيْتِمُّنَا لِدَرْ الْعُظْمَى الْأَمَامِزِ الْخَمِينِي

بِالْعَالَمِ

بِقَلَمِ
مُحَمَّدِ تَدِيرِي

(RECAP)

(~~Arab~~)

KBL

, K4993

1986



وزارة الثقافة والارشاد الاسلامي

مؤسسة الطبع والنشر

البيع

تقرير لما أفاده السيد الأستاذ الأكبر

آية الله العظمى الامام الخميني مد ظله العالی

محمد حسن قديري

الطبعة الأولى: رجب ١٤٠٧ هـ. ق.

العدد: ٣٠٠٠ نسخة

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR>



32101 017528116

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرس المطالب

٩	تعريف البيع
١٩	إشكال ودفع
٢١	المعاطاة
٢٣	دلائل صحة المعاطاة
٣٥	دلائل لزوم المعاطاة
٧٧	تنبيهات في مبحث المعاطاة
١١٣	عقد البيع وشرائطه
١١٥	مقدمة في خصوص ألفاظ البيع
١٢١	الكلام في جواز تقديم القبول على الايجاب في البيع وعدمه
١٢٣	الكلام في اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول وعدمه
١٢٦	الكلام في اعتبار التنجيز في العقد وعدمه
١٢٩	الكلام في التطابق بين الايجاب والقبول
١٣٠	الكلام في قابلية كل من المتعاقدين من أول العقد إلى آخره
١٣٤	الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد
١٨٩	تتمة الكلام في بدل الحيلولة
٢٠١	شروط المتعاقدين
٢٣٣	البيع الفضولي
٢٣٥	العقد الفضولي
٢٣٩	في البيع الفضولي

٢٦٥

٣٢١

٣٣١

إجازة العقد

المجيز

حكم من باع شيئاً ثم ملك

المقدمة

المباحث الواقعة في هذا الكتاب كغيره إنما هي باعتبار إضافات الماهية إلى غيرها: ولذا نرى في هذا الكتاب المباحث الراجعة إلى ماهية البيع بالإضافة إلى سببه، فيقسم البيع إلى معاطاة وعقديّ وبالإضافة إلى المتعاملين وهي شرائط المتعاقدين وبالإضافة إلى العوضين وهي شرائط العوضين وبالإضافة إلى الشروط الواقعة في البيع وهي مباحث الشروط وبالإضافة إلى تأثير الفسخ فيه وعدمه وهي مباحث الخيارات. نعم، نرى بعض المباحث في ذلك غير مرتبط بهذا الباب كمباحث المقبوض بالبيع الفاسد وإرث الخيار ولكن يبحث عنها استطراداً.

بداهةً أنّ المناسب للأول كتاب الغصب والمناسب للثاني كتاب الارث.

تعريف البيع

قد يلحظ البيع بما أنه صادر عن البائع وقد يلحظ بما أنه أمر حاصل مع قطع النظر عن صادرة. ومن المعلوم أنه يختلف تعريف كل من الأمرين ولكن الأنسب بالتدوين أن يلحظ بلحاظ الثاني والامر في ذلك سهل.

ثم إن للبيع كسائر العقود مفهوماً عرفياً وليس فيه تأسيس من الشارع وإن اعتبر في صحته بنظره قيوداً يظهر إن شاء الله. فلا بد من التفتيش والفحص عن موارد صدق البيع عليها بنظر العرف حتى يمكن تعريفه. و إليك بعض هذه الموارد.

- ١- هل يكون معاوضة المتاع بالمتاع بيعاً أو يختصّ البيع بمعاوضته بالنقد.
- ٢- هل يكون معاوضة النقد بالنقد بيعاً أو يختصّ البيع بمعاوضة المتاع به.
- ٣- هل يكون معاوضة النقد بالمتاع بيعاً أو يختصّ البيع بمعاوضة المتاع بالنقد.
- ٤- هل يتحقق البيع بانشائه بالمبادلة أو لابد من إنشائه بالتبديل وما أشبهه.
- ٥- هل يعتبر في مفهوم البيع أن يكون متعلقه عيناً أو يعمّ المنافع والحقوق أيضاً.
- ٦- هل يعتبر في مفهوم البيع أن يكون متعلقه جزئياً حقيقياً أو يعمّ الكلّي والمشاع أيضاً.

٧- هل يعتبر في مفهوم البيع الملكية والمالية للمبيع أم لا.
أما بالنسبة إلى الأسئلة الثلاثة الأولى فالظاهر صدق البيع عرفاً في جميع تلك الموارد والبائع من يبذل ماله بغيره ولو كان ماله من النقد.

وأما بالنسبة إلى الرابع فالظاهر التحقّق، بل يصدق على كل من المتبايعين أنه بايع والآخر مشتري.

وأما بالنسبة إلى الخامس فالظاهر التعميم. أما في الحقوق فلا ينبغي الاشكال في إمكان بيعها عرفاً كما أنه يمكن بيع المنافع أيضاً، والنقض بالاجارة لا وجه له فإنّ الاجارة ليست من قبيل التمليك فإنّ مالك العين لا يملك منافعها المعدومة حتى يملكها الغير، بل

حقيقة الاجارة جعل المالك غيره مقام نفسه في المنافع بحيث توجد ملكاً للمستأجر وهذا بخلاف بيع المنافع فإنه من قبيل البيع الكلي الذي يوجد مصداقه فيما بعد، فهو تملك لا تملك المصداق حتى يورد عليه بماورد على الاجارة بل تملك الكلي^١.

وأما بالنسبة إلى السادس، فقد أوردوا على بيع الكلي إشكالاً وهو أن الكلي غير موجود بنفسه فلا يعقل تعلق البيع به. وغير خفي أن هذا الاشكال لو تم لا ينحصر بالكلي في الذمة وإن قال السيد (قده) بالانحصار، بل يعم الكلي في المعين والمشاع أيضاً. فإن مناط الاشكال عدم وجود الكلي وهو مشترك الوجود؛ بل الاشكال في المشاع أكد فإن الالتزام بوجود الكسر المشاع موجب للالتزام وجود الكسور الغير المتناهية في الجسم وهو محال لأنه من الالتزام بوجود غير محصور بين الحاصرين.

أما الجواب عن عدم وجود الكلي، فظاهر فإن البديهة تنادي بوجود ذلك فإنه يحمل عليه أمور واقعية ومعه كيف يلتزم بعدم الوجود.

إن قلت: صقع وجود الكلي إما في الخارج أو في الذهن ولا ثالث والموجود في كل منها جزئي فأين الكلي؟

قلت: الموجود في الذهن لا يعقل أن يكون لحاظه دخيلاً فيه نفسه؛ نعم يمكن أن يلاحظ مع ذلك اللحاظ بلحاظ آخر، فالجزئي الذهني هو الموجود في الذهن بقيد اللحاظ؛ أما الملحوظ بهذا اللحاظ فلا يمكن أن يلتزم بعدم وجوده. وليس جزئياً ذهنياً لعدم تقيده باللحاظ وليس جزئياً خارجياً وهذا ظاهر، بل هو كلي قابل للانطباق على الجزئيات الخارجية والذهنية وهذا المعنى يصح أن يحكم عليه بأحكام عقلية مثل أن الكلي ما يكون

١- أقول: أولاً: لامنافية بين عدم اتصاف الشيء بالملكية فعلاً وامكان التملك بالفعل كالواجب التعليقي، فإن التملك فعلي والملكية متأخرة. فالاجارة تملك المنفعة بحيث كلما وجدت تنصف بالملكية. إن قلت: على ذلك المنفعة في الاجارة توجد في ملك المستأجر فقد ملك المؤجر شيئاً غير مملوك له أبداً، قلت: أولاً هذا إشكال آخر غير ما أفاده الأستاذ (مذله) وثانياً نفس اقتضاء وجود الشيء في ملك الشخص وقابليته كافٍ في التملك فهذا التملك من قبيل الدفع لا الرفع.

ثانياً عدم وجود المنفعة حال البيع في بيع المنفعة المتأخرة لا يوجب كلفة المبيع فإن المبيع لو كان قابلاً للصدق على الكثيرين فكلي وجد المبيع حال البيع أم لم يوجد و إلا فجزئي وجد ذلك أم لا يوجد، فلا بد من النظر في ما قصد بالبيع فلو كان مقصود المتبايعين المنفعة الكلية والآن المبيع جزئي بلا إشكال. ولو كان ظرف وجوده متأخراً عن حال البيع فإذا ينتقص بيع المنافع بالاجارة على أن الكلي بغير معنى الوجود السمي غير قابل للبيع والشراء. ويأتي توضيحه أزيد من ذلك إن شاء الله، فالاشكال الآتي في الاجارة آتٍ في بيع المنافع أيضاً. فتأمل. ق.

قابلاً للانطباق على كثيرين، فكيف بالاحكام الاعتبارية.

وأما ما أجاب به السيد(قده) عن الاشكال من أن الملكية أمر اعتباري فلا مانع من أن يكون عارضاً لأمر اعتباري والكلّي و إن لم يكن موجوداً حقيقةً إلا أنه يعتبر العقلاء الوجود له وهذا المقدار كاف في البيع، فبطلانه ظاهر؛ فإن الأمر الاعتباري غير موجود فضلاً عن قابليته للبيع والشراء مضافاً إلى أنه لو اعتبر الوجود الخارجي له فيكون اعتبار جزئي خارجي ولو اعتبر الوجود الذهني له يكون جزئياً ذهنياً فأين الكلّي القابل للصدق على كثيرين. فالصحيح في الجواب عن الاشكال ما ذكرناه.

إن قلت: إن الكلّي بهذا المعنى لامالية له فليس قابلاً للانتقال والبيع؛

قلت: مائة كلّ شيء بحسب اعتبار العقلاء ذلك فيه فالدينار الرائج عقلاً ليس إلا ورقاً محضاً لا قيمة له وماليته من جهة اعتبار العقلاء ذلك فيه والكلّي عيناً من هذا القبيل. العقلاء يعتبرون المالية للكلّي لمن كان موسراً وواجداً للمال ويجعلون بازاء ذمته قيمة دون غيره وبعبارة أخرى: كما اينكه دينار پشتوانه دارد و آن طلا است كذلك ذمه هم پشتوانه دارد و آن خروار گندم خارجي است مثلاً.

إن قلت: إن الكلّي غير قابل للملك والتمليك و إن كان مالا؛

قلت: إننا لانلتزم باعتبار الملكية في المبيع في صدق البيع ويظهر الآن

ان شاء الله^١.

وبما ذكرنا يمكن تصحيح البيع في مورد ضمّ الثمرة الفعلية بالتأخّر فإنه من قبيل ختم الجزئي بالكلّي و إلا كيف يمكن تمليك ماليس بوجود فعلاً مع أن المملك غير مالك له بالفعل. وهكذا في مورد بيع المنافع وقفها وصلحها وغير ذلك^٢.

١- يمكن أن يقال باعتبار التملك في البيع ولو تمليك الأمر المتأخّر كما يظهر الآن إن شاء الله مع أن العنوان غير قابل للبيع والشراء بل العنوان حالك عن المعنوي وأخذ موضوعاً بما أنه يشير إلى معنونه. وبعبارة أخرى إن البائع لا يبيع المفهوم وان تجرد عن قيد الوجود الذهني بل المقصود بالبائع هو الشيء الخارجي. نعم، الخصوصيات الفردية والمشخصات الخارجية ملغاة عن مقصوده وهذا الذي يسمى بالوجود السعي وهذا قابل للتمليك وهو مال بل مائة الفرد به بلا دخل للخصوصية في المالية وموجود في الخارج بلا إشكال لصدق الكلّي عليه وصحة الحمل دليل الوجود. ق

٢- أولاً الوجدان حاكم بأنه يمكن قصد بيع الشيء المتأخّر بشخصه بل هذا واقع في مورد بيع الثمرة وغيرها فإن البائع لا يبيع الكلّي القابل للانطباق على الموجود في ظرفه وغيره، بل المقصود بالبائع نفس الثمرة المتأخّرة وجداناً بحيث لو كانت موجودة بالفعل لأشار إليها البائع والزمان لا ينقلب الجزئي إلى الكلّي فلنكف البرهان ولنا الوجدان ولا يمكن رفع اليد عن الوجدان بالبرهان.

و أما الجواب عن الاشكال في بيع الكسر المشاع، أنّ المشاع و إن كان يغير الكليّ في المعين فإنّ الكليّ قابل للانطباق على كلّ فرد بخلاف المشاع فإنه سار في جميع المال؛ ولذا يتحقّق التسليم في الكليّ بتسليم أيّ فرد شاءه البائع بخلاف المشاع فإنه لا يحصل إلاّ بتسليم جميع العين، وهذا ظاهر. ولذا لا يمكن تصحيح بيع الكسر المشاع بما قلنا في بيع الكليّ إلاّ أنّ الكسر المشاع موجود بنظر العقلاء والاشكال المتقدّم إنّها هو بنظر العقل فإنّ العقل لا يرى إلاّ شيئاً واحداً، ولكن حيث أنّ ذلك الشيء مشتمل على النصف وغيره من الكسور وليس فرض النصف وغيره من قبيل فرض أمر مباين للشيء له ولذا يرى العقلاء نحو وجود للكسور في الشيء والعبارة في ترتّب الآثار إنّها هي بنظر العقلاء لا بالنظر الدقيّ العقليّ فيقع البيع لهذا الموجود بنظرهم. هذا ولو اغمضنا عن ذلك فلا بدّ من طرد الاشكال أيضاً فإنه من قبيل الشبهة في مقابلة البديهة.

وأما بالنسبة إلى السابع، فلا يعتبر الملكية في المبيع في صدق البيع بنظر العقلاء فإنّ بيع السمكة في الماء مع القدرة على التسليم بيع عقلائيّ بلا إشكال مع عدم حصول الملكية بعد.^١

وأما المألوية في المبيع معتبر في صدق البيع بلا إشكال؛ وما ذكره السيد (قدّه) من أنّ بيع كفت من التراب بيع غاية الأمر، غير صحيح لا يرجع إلى محصل صحيح فإنّ العقلاء لا يرون هذا بيعاً بل يرونه لعباً محضاً.

ثمّ إنهم أفردوا الكلام عن ثمن البيع ولا بأس بالإشارة إلى ذلك إجمالاً. هل يصحّ جعل عمل الحرّ ثمناً للمبيع أم لا؟ قد تقدّم ممّا سبق صحة جعله مثنماً فضلاً عن جعله ثمناً. والاشكال المتوهم أمران: عدم وجود للعمل حال المعاوضة وعدم

وثنائياً إنّ معنى بيع المتأخّر هو تمليك الملك المتأخّر، وغاية الاشكال أنّه كيف يمكن انفكاك التملك عن الملك أو يلزم من فرض صحّة التملك عدمها للزوم تمليك مالم يدخل في ملك المملّك أبداً على فرض الصحة. والاشكال الأوّل بعينه هو الاشكال في الواجب التعليقيّ والجواب الجواب من أنّ اعتبار أمر متأخّر ممكن بالفعل. ومّر الجواب عن الاشكال الثاني من أنّ اقتضاء المالكية يكفي في التملك بنظر العقلاء، غاية أنّ هذا دفع لرفع نعم، هنا شيء وهو أنّه في ظرف التملك لا وجود للملك إلاّ تصوراً فالوجود ليس إلاّ العنوان لا المعنوي، إلاّ أنّ هذا لا ينقلب الجزئيّ كليّاً فإنّ العنوان المنتزع من الفرد المشخص (في ظرفه) غير قابل للصدق على الكثيرين. ق

١- قد مرّ أنّه لا منافاة بين عدم اعتبار الملكية في المبيع بالفعل وأنّ يكون البيع تملكاً بالفعل فإنّ تملك الملك المتأخّر صحيح على مأمّر. والظاهر أنّه لا مجال لانكار اعتبار التملك في البيع ولو بنحو تمليك الأمر المتأخّر. ق

كونه مالاً، ومن جهة الأخير فصلوا بين العمل بعد وقوع المعاوضة عليه وقبله.
وقد تقدّم الجواب عن كلا الاشكالين؛ وإنّ المتعلّق في المقام ونظائره هو الكلّيّ
القابل للانطباق على فردة و إن لم يكن له فرد بالفعل فإنّ الكلّيّ موجود في صقع وجوده
بالفعل وهو مال متعلّق لرغبة العقلاء باعتبار قابليته للانطباق على الخارج.^١ فلا يفرق بين
عمل الحرّ والعبد من حيث المالّة أبداً.

وظهر ممّا تقدّم أنّ الحقوق أيضاً قابلة لجعلها ثمناً بل مثنياً في البيع لصدق المال
عليها وامكان تعلق البيع بها عرفاً. ولا يهتّمنا التفصيل في البحث عن الحقّ والحكم فإنّه
تطويل بلاطائل وموجب لا تلاف الوقت بلا موجب.

فتحصّل من جميع ما ذكرناه أنّ أحسن التعريفات للبيع ما ذكره المصباح من أنّه
مبادلة مال بمال. فإنّه مع سلامته عمّا أوردوا عليه سالم عن النقوض والاشكالات
الواردة على غيره.^٢

هل يمكن التمسك بالاطلاقات عند الشكّ في دخل شيء وجودي أو عدمي في
البيع أم لا؟

نقل الشيخ (قدّه) كلام انشهاديين في المقام وأنها ملتزمان بوضع ألفاظ
العقود والمعاملات للصحيح. وأشكل عليها بعدم إمكان التمسك بالاطلاقات حينئذٍ، مع
نّ سيرة العلماء التمسك بها. ثمّ قال: ويمكن أن يقال إنّ الالفاظ موضوعة للحاصل من
المصدر الصحيح المؤثّر الذي ينتقل إلى الذهن من لفظة «بعث» بلاختلاف بين العرف
والشرع في مفهوم ذلك و الاختلاف بينها إنّما هو في المصدق، فقد يرى العرف والشرع

١- قدمر الاشكال في ذلك ووجه التخلص عن الاشكالين. ق

٢- الأولى أن يعرف البيع بتمليك مال بمال، فإنّ صرف المبادلة ليس ببيع عرفاً ما لم
يكن فيها التملك ولولا الأمر المتأخّر. وأمّا بيع الحاكم شيئاً من الوقف أو اشتراؤه شيئاً له وغير ذلك من
النقوض كسهم في سبيل الله في الزكاة والوصيّة لذلك وغيرها التي تصحّ بيعها مع توهم عدم مالك من
طرف واحد أو من الطرفين؛ فلا تنافي ما ذكرناه فإنّه لا مانع من الالتزام بقابليّة المذكورات لأنّ تملك،
بل المقتضي موجود وهو معاملة العقلاء معها معاملة الملك؛ مع أنّه يظهر في ما بعد في البحث الفصولي وغيره
إن شاء الله أنّه لا منافاة بين عدم الملك وإنشاء التملك عليه وأنّ التملك الانشائي غير موقوف على الملك بل
هو تابع لمبادئي إنشائه، وحصول الملكية في الواقع للمشتري مترتب على الانشاء لا الملكية. هذا. نعم، هنا
شيء في التعريف وهو النقض بالاجارة، والجواب أنّ الاجارة قسم خاص من البيع عبر عنه بعنوان خاصّ ولذا
ورد التعبير عنها بالبيع في بعض الروايات. نعم، التعبير عنها بالبيع غير متعارف فلا يمكن التمسك بمادّة على
الأثار المترتبة على البيع لا ثباتها في مورد الاجارة. ق

كلاهما شيئاً مصداقاً لذلك وقد يريه العرف دون الشرع وهذا لا يوجب تغييراً في المفهوم و
اختلافاً بينها في ذلك. ووجه إمكان التمسك بالاطلاقات أنها واردة على طبق العرف
فيحمل على المؤثر عنده وأن الشارع أيضاً يرى التأثير فيه. هذا.

ولابد أولاً من تحقيق مراد الشهيد والشيخ الأعظم (قدّمهم)، وثانياً إمكان
التمسك بالاطلاقات على كلّ من المباني، وثالثاً الحقّ في المقام.

أما مراد الشهيد (قدّمها)، فلا يمكن أن يكون دخل الصحيح بمفهومه أي ما يكون
بالحمل الأولي صحيحاً في مفاهيم العقود فإنه ظاهر الفساد ولا بمصداقه أي ما يكون بالحمل
الشايح صحيحاً للزوم ذلك كون الموضوع له فيها خاصاً، وهذا أيضاً ظاهر الفساد.

وغاية ما يمكن أن يقال في توجيه مرادهما أنّ الألفاظ وضعت للمفاهيم تامّة
الاجزاء والشرائط التي لو انطبقت على الخارج تتصف بالصحيح دون الناقص التي لو
انطبقت على الخارج تتصف بالصحيح تارة وبالفساد أخرى. والصحيح والفساد كالتام
والناقص مشير إلى تلك الماهية وإلا فلا يكون شيء دخيلاً في حقيقتها إلا أجزائها
وشرائطها. وهذا المعنى يمكن أن يقع النزاع في بحث الصحيح والأعمّ بينهم، ولذا غيرنا
عنوان ذلك البحث بالتام والأعمّ.

وعلى أيّ حال لا يمكن توجيه مراد الشيخ (قده) بما ذكرناه، بل عبارته صريحة في
الوجه الأول ودخل مفهوم الصحة في مفهوم المعاملات. ولا أظنّ أن يلتزم هو (قده) بذلك،
فإنّ مصداق الصحيح مختلف عند الشارع والعرف كما أنّ الماهية التامة أيضاً مختلفة عند
الشارع والعرف، فلو أريد منها التامة العرفية فقد لا تكون تامة شرعاً ولو أريد منها الشرعية
فهذا التزام بالحقيقة الشرعية في المعاملات مع أنّه لا يلتزم بذلك، مضافاً إلى أنّ التامة
الشرعية لا تكون جامعة بين الشرعية والعرفية بحيث يكون الاختلاف في المصاديق كما
أفاده (قده). فكلّاه لا يتمّ إلا على الوجه الأول، وإنّ الصحة بالحمل الأولي مأخوذة في
المفهوم.

وأما إمكان التمسك بالاطلاقات وعدمه، فعلى القول بوضع الألفاظ للماهية التامة
عند الشارع كما هو الظاهر من كلام الشهيد، لمكان القيد وهما استثناء الحجج
والاستشهاد بالاقرار لا يمكن التمسك بها؛ فإنّ الشك في اعتبار شيء عند الشارع في الصحة
شك في المسمّى. ومعه يكون التمسك بالاطلاق من قبيل التمسك به في الشبهة المصداقية،
فعلى ذلك الاشكال الذي أوردها الشيخ (قده) على الشهيد وورد عليه أيضاً. ولو قلنا
بأنّها وضعت للمفاهيم العرفية فهل هي موضوعة للأسباب المؤثرة أو المسببات الحاصلة أو
نفس الأسباب أو نفس المسببات؟ فالأولان واضح البطلان للزوم أخذ مفهوم المؤثر أو

الحاصل في مفهوم المعاملة أو كون الموضوع له فيها خاصاً. فبقي الآخرا، فعلى الأول منها يكون للبحث عن الصحيح والأعمّ مجال بخلاف الثاني، فإن أمره دائرين النفي والاثبات والعرف والشرع لا يختلفان في المسمّى بهذا المعنى فإنّ المفهوم واحد عندهما. نعم قد يكون ذلك معتبراً عند الشارع وقد لا يكون كذلك وهذا أمر آخر غير مرتبط بالموضوع له اللفظ.

وعلى جميع التقادير يمكن التمسك بالاطلاقات لدفع شيء شكّ في اعتباره في الصحة عند الشارع وعدمه بعد إحراز المعنى العرفي. وما يقال من أنه بناءً على الأخير لا يمكن التمسك بالاطلاق فإنّ الشك في الاعتبار راجع إلى السبب والمفروض أنّ البيع موضوع للمسبّب، فكيف يمكن التمسك بالاطلاق لدفع ذلك المشكوك؟ وبعبارة أخرى أنّ مدارفهم الموضوع في المطلق مثل «أحلّ الله البيع» وهو المسبّب إنّما هو العرف كما هو المفروض. وأما إنّ هذا المفهوم يتمّ يتحقّق؟ الذي يكون مقام تطبيق هذا المفهوم فليس بنظر العرف، فإنّ الفهم العرفي متبع في مفاهيم الألفاظ لا تطبيقاتها فلا يمكن التمسك بالاطلاق لدفع ما شكّ في دخلها في الأسباب لأنّه من الشكّ في اعتبار شيء في تطبيق المفهوم المعين على المصداق المشكوك فيه، مدفوع لأنّه بعد الفراغ عن أنّ المسبّب أمر عرفي وفي مقام الاصطلاح لا يختلف الشرع عن العرف في ذلك بل إنّما تكلم على نحو المحاورات العرفيّة، فلا بدّ من الرجوع إلى العرف لتعيين موارد حصوله وعدمه؛ وإن شئت اخترت في هذا المثال لو كان بدل «أحلّ الله البيع»، «أحلّ الله مبادلة مال بمال». معنى ذلك أنّ كلّ مورد يريه العرف أنّه مبادلة مال بمال فهو حلال، فعلى ذلك يكون تطبيق هذا المفهوم أيضاً بنظر العرف ولا يحتمل أن يكون فهم مبادلة مال بمال بنظر العرف وتطبيقه على العقد الفارسيّ مثلاً وأنّه هل هو سبب مبادلة مال بمال أولاً بنظر غيره. فعند الشكّ في أنّ الشارع اعتبر قيدياً في السبب يمكن دفعه بالاطلاق بعد إحراز أنّه مبادلة مال بمال عرفاً.

هذا والحقّ في المقام هو ذلك وأنّ الألفاظ موضوعة للمسبّبات والعرف والشرع لا يختلفان في ذلك ولو كان شيء وجودي أو عدمي معتبراً عند الشارع في الصحة يبيّنه ويعتبره في السبب ولا يضر ذلك بالمسمّى. وذلك لوجود علامات الحقيقة والمجاز في ما ذكر ولا موجب للالتزام بغيره فإذا يمكن التمسك بالاطلاق لدفع ما شكّ في اعتباره في الصحة وعدمه عند الشارع.

ثمّ إنّ دفع ذلك القائل الاشكال بأنّ وزان المنشأ بالصيغة ونفسها ليس وزان المسبّب والسبب بحيث يكون المنشئي فاعلاً تسببياً بل وزانها وزان ذي الآلة والآلة والفاعل فاعل مباشرة غاية الأمر بالآلة كالكتابة بالقلم، فإنّ الشخص كاتب بنفسه لكن بالآلة وهي القلم. وبما أنّ المصدر والحاصل منه متّحدان بالذات مختلفان بالاعتبار فيكون

الفعل الصادر من البايع والمبادلة الحاصلة منه كذلك فحينئذ يصح التمسك بالاطلاق لدفع ماشك في اعتباره في الفعل ولو كان اللفظ موضوعاً للحاصل منه.

ويرد عليه أولاً أنه لو كان المراد من المصدر والحاصل في كلامه اللفظ والتلفظ فهما وإن كانا واحداً ذاتاً ويختلفان بالاعتبار، ولكن لا يربط لذلك بمفهوم البيع حتى يتمسك بالاطلاق دليله لدفع ماشك في اعتباره في وقوعه شرعاً؛ ولو كان المراد منها الأثر والتأثير فأجنبيان عن الصيغة فلا يمكن التمسك بالاطلاق لدفع ماشك في اعتباره في الصيغة حسب مبناه (ره)؛ ولو كان المراد منها الآلة وذا الآلة فذلك يستلزم إيجاد الآلة بالآلة وهو مستحيل فلا يفهم معنى محصل من اتحاد المصدر والحاصل في المقام بحيث ينتج وجهاً للتمسك بالاطلاق. وثانياً لو فرضنا انطباق اتحاد المصدر والحاصل على المقام، مع ذلك لا يمكن الأخذ بالاطلاق فإنها وإن كانا متحدتين بالذات إلا أنها مختلفان بالاعتبار بمعنى أنها عنوانان منتزعان من ذات واحد باعتبارين وبما أن المسمى هو أحد العنوانين لا يمكن الأخذ بالاطلاق دليل تنفيذه لرفع الشك عن الآخر لاستحالة تعلق الحكم المتعلق بعنوان على غيره. مثلاً حكم الحلية متعلقة بطبيعة البيع في «أحل الله البيع» كما أن حكم وجوب الوفاء متعلقة على كل عقد في «أوفوا بالعقود». والبيع الخارجي معنون بعدة عناوين كثيرة، مثل صادر من زيد في شهر كذا في مكان كذا وهكذا وهكذا. فهل يمكن أن يقال: إن الآيتين دالتان على صحة هذا البيع بعنوان أنه معنون بالعناوين المذكورة؟ أو يقال: إنه صحيح لأنه بيع أو لأنه عقد. وكذلك الآيتان دالتان على أن البيع بمعناه الواقعي وهو الحاصل من المصدر نافذ وأما إنه بمعناه المصدرية فأجنبي عن مفادهما فالمعتبر هنا هو اختلافها الاعتباري ولا عبرة باتحادهما الذاتي.^١

١- وما أفاده (مدظله) ظهر جواز اجتماع الأمر والنهي مطلقاً. فالتفصيل الذي أفاده بعض أعظم أساتيدنا وهو الفرق بين العناوين المتأصلين والانتزاعيتين من معنون واحد ومتأصل وانتزاعي من الأول بالجواز في الأول وعدمه في الأخيرين بدعوى أن التركيب في الأول انضمامي بخلاف الأخيرين، فإنه اتحادي لا وجه له. فإن تعدد العنوان وإن لم يستلزم تعدد المعنون إلا أن العناوين المتعددة قابلة للانطباق على معنون واحد، وسرانية الحكم المتعلق بعنوان إلى عنوان آخر غير معقول فلو لم يكن في الوضوء بالماء المغصوب إجماع على البطلان نلتزم بالصحة مع تمشي قصد القرية ولو في صورة العلم والعمد فضلاً عن غيرها. وكذلك لا معنى لتعارض الدليلين بنحو العموم من وجه إلا أن يعلم من الخارج بكذب أحد الدليلين في الجمع وهذا أمر آخر، فلو ورد دليل بأنه يجب إكرام العالم وورد دليل آخر بأنه يحرم إكرام الفاسق فأكرم المكلف عالماً فاسقاً، امثل الأول وعصى الثاني بعين ماتقدم. ق

إشكال ودفع

لا إشكال في عدم حصول الأثر المتوقع من البيع بمجرد الإيجاب قبل القبول وهذا واضح إلا أن الشيخ (قده) ذكر أن الأثر وإن كان مترتباً على الإيجاب والقبول معاً لكنّ المكلف باعتقاده يرى حصول الأثر بإيجابه المجرد وهذا من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار، أي كما أن الإيجاب قد يتخلف عن الوجوب مثل أن لم يلتفت الأمر بعدم اهليته للأمر فإنه يحصل منه الإيجاب ولا يتحقق في الخارج الوجوب، كذلك يتخلف ما هو معتقد للموجب في المقام وهو حصول الأثر بالإيجاب فقط عمّا هو معتبر عند الشارع وهو حصوله به و بالقبول معاً. ولا يخفى عدم تمامية ما ذكره (ره).

فإنه لو أراد من أن المكلف يرى حصول الأثر بمجرد الإيجاب ذلك إذا لم يلتفت المكلف باشتراط القبول في حصول الأثر فهذا نادرٌ جداً. ولو أراد منه مع الالتفات فلا واقعية لذلك، فإنّ الملتفت لعدم حصول الأثر إلا بالقبول كيف يعتقد حصوله بمجرد إيجابه؟ بل لا يعتقد إلا ما هو الواقع وهو الحصول بالقبول. وإذا كان الأمر كذلك يظهر إشكال وهو أن المعتقد لعدم حصول الأثر بفعله كيف يحصل الجدة منه في ذلك أي كيف ينشئ الموجب الملكية جداً مع علمه بتوقفها على قبول الآخر. ونظير ذلك في تكليف العصاة والكفار مع العلم بعدم الامتثال من أنه كيف يأمر الشارع المذكورين جداً وكيف يريد منهم الفعل كذلك مع علمه بعدم حصول الداعي لهم للامتثال. ومآل هذا الإشكال عدم تحقق الإرادة الجدية من العالم بعدم حصول مراده في الخارج أو توقفه على شيء غير اختياري له. وهذا الإشكال سارٍ في جميع أبواب العقود وفي الفضوليّ حتى بالنسبة إلى القبول.

وأما الدفع، أن الفعل في المقام وهو الانشاء ليس سبباً لتحقيق الأثر وهو الملك في الخارج فإنّ الملكية أمر اعتباري لا بد من أن يعتبرها العقلاء ولو بالارتكاز العقلاني بحيث لو عرض عليهم الفعل يعتبروا ذلك الأثر ولا يمكن أن يكون فعل أحد سبباً لاعتبار العقلاء فإنّ الاعتبار أمر تكويني قائم بالنفس مسبوق بمبادئه الخاصة بلادخل لفعل أحد فيه كما أنه ليس الفعل آلة لذلك بحيث يكون الفاعل فاعلاً مباشراً لكن بالآلة بعين البيان المتقدم فإنه لا يمكن أن يكون أحد فاعلاً لاعتبار العقلاء مباشرة فإنّ الاعتبار ينشأ من مبادئه الخاصة كما مرّ، بل الفعل موضوع للاعتبار وأنّ العقلاء بعد تحقق ذلك الفعل يعتبرون ذلك الاثر. فإذا يندفع الإشكال فإنّ الموجب وإن كان معتقداً لعدم اعتبار العقلاء الاثر إلا بالقبول لكن حيث إنه يرى دخل فعله في موضوع الاعتبار يحصل الجدة منه وينشئ المفهوم بالإرادة الجدية. بل لو فرضنا أن الفعل سبب أو آلة لتحقيق الأثر إلا أن

الايجاب ليس سبباً تاماً أو آلة تامة، بل هو جزء السبب أو جزء الآلة والارادة الجديّة بهذا المقدار حاصله يقيناً.

المعاطاة

قبل الورود في المباحث المربوطة بالمعاطاة لابد من التوجّه إلى جهات:

- ١- كلمة المعاطاة لم ترد في نصّ من النصوص حتّى ندور مدار مفهومها بل المراد منها في المقام كلّ إنشاء فعليّ قبال الانشاء القوليّ، فلا تنحصر المعاطاة بالتعاطي مطلقاً.
- ٢- لا إشكال في أنّ الجهة المبحوث عنها في مسائل الفقه هي ما كان راجعاً إلى وظيفة المكلفين في أفعالهم وأما الاحتمالات العقلية في كلّ مسألة فخارجة عن نظر الفقيه. فحينئذٍ لابد من البحث عن حكم المعاملات العرفية التي رابطة بينهم و ينشئونها بالفعل.
- ٣- لا إشكال في عدم الفرق بين البيع بالصيغة والمعاطاة في نظر العرف من حيث المعنى الانشائي والفرق إنّما هو في الحاكي عن ذلك وأنّ في أحدهما أوقع البيع بالصيغة وفي الآخر بالفعل. فالتقسيم في البيع ليس بحسب المفهوم بل إنّما هو بحسب الموضوع.

٤- تحصل ممّا مرّ أنّ تقسيم المعاطاة بما قصدتها الاباحة وبما قصد بها الملك غير مربوط بما نحن بصدده، بل موضوع البحث هو المعاطاة الرابحة في مسوق العقلاء و ينحصر البحث في أنّه هل المعتبر بنظر الشارع جميع ما هو متداول بين العرف من المعاملات سواء أوقع بالصيغة أو بالفعل أو المعتبر عنده ما كان واقعاً بالصيغة فقط وما وقع بالفعل غير معتبر عنده؟ هذا تحرير عنوان البحث. وأما حكم ذلك، فيستدلّ على عدم اعتبار الصيغة في المعاملات عند الشارع بعدّة وجوه:

دلائل صحّة المعاطاة

١- السيرة القطعية بين العقلاء من لدن تشكيلهم الاجتماع إلى زماننا هذا. ولم يردع عنها الشارع و إلاّ لظهر واشتهر ظهور الشمس في رائعة النهار واشتهار النار على المنار. وما ذكره الشيخ (قده) من أنّه لعلّ منشأ هذه السيرة عدم المبالاة بالدين، واضح الدفع

فإن السيرة قائمة بين جميع ملل العالم المللين وغيرهم بل المتشركة والعلماء أيضاً على ذلك . فكيف يمكن دعوى أن المنشأ ذلك ؟ فمن هذا لقطع بعدم اعتبار اللفظ في المعاملات .

٢- الآية الكريمة: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ». وتقريب الاستدلال أن في الآية احتمالين: أحدهما أن تكون ناظرة إلى حلية المنفعة المترتبة على البيع في مقابل الربا وهي الزيادة. وحيث إن المخالفين كانوا يرون التسوية بين الزيادتين وردت الآية في ردعهم وأن الزيادة الحاصلة من البيع ليس مثل الزيادة الربوية، بل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا». فعلى هذا الاحتمال الحلية حلية تكليفية متعلقة بالمنافع وتدل الآية حينئذ على تنفيذ البيع بالملزمة العقلية لعدم احتمال أن تكون حلية المنافع ناشئة من غير ناحية صحة البيع .

ثانيهما أن تكون ناظرة إلى حلية نفس البيع ويكون المراد من الربا البيع الربوي لعدم احتمال رؤية المخالفين التسوية بين البيع والزيادة الربوية. فتدل الآية حينئذ على أن البيع الغير الربوي حلال والبيع الربوي حرام، لابعنى أن الانشائين كذلك بل بمعنى أن البيع الغير الربوي باعتبار أثره حلال والبيع الربوي باعتبار أثره حرام. فإذا تكون الحلية وضعية أي استعملت في معناها اللغوي بداعي الارشاد إلى صحة البيع وتنفيذه؛ فعلى كلا الاحتمالين دلت الآية على صحة البيع. هذا أصل الدلالة إجمالاً.

وأما الاطلاق بحيث يتمسك به لدفع ماشك في اعتباره في البيع، فقد استشكل على ذلك بوجهين:

الأول أن الآية في مقام بيان عدم التسوية بين البيع والربا وردع المخالفين عن قولهم بأن البيع مثل الربا، لافي مقام بيان نفوذ البيع على الاطلاق حتى يتمسك باطلاقها. الثاني أن التعبير الواقع في الآية دال على أن الحكيم وهما حلية البيع وحرمة الربا كانا سابقين على نزول الآية الكريمة وإلا لم يكن للتعبير والذم وجه. فإذا ليست الآية في مقام التشريع، بل إنها هي في مقام الحكاية عن قضية خاصة وليست خصوصيات تلك القضية معلومة لنا فلا يمكن التمسك باطلاقها. وبعبارة أخرى إن الآية واردة في مورد خاص وهو مورد قول المخالفين بالتسوية بين البيع والربا وردعهم عن ذلك، فهي حاكية عما كان معمولاً قبل ذلك وليست في مقام بيان المحكي وشرايطه حتى يتمسك باطلاقه فلو علمنا المحكي من الخارج وإلا فلا يمكن التمسك باطلاق الآية أصلاً فإنها مهملة من جهة الشرائط المعتبرة في البيع .

ويمكن دفع هذا الأخير بأن الآية وإن كانت حاكية عن القضية الخاصة وليست في مقام التشريع إلا أن صوت الكلام عن محذور الكذب يقتضي إطلاق المحكي بها، فإن في الآية حكايتين: إحداهما حكاية قول المخالفين بالتسوية بين البيع والربا والأخرى حكاية

تشريع الحلّ للبيع والحرمة للربا. وبما أنّ الموضوع في الحاكي مطلق والصون عن محذور الكذب يقتضي التطابق بين الحاكي والمحكيّ به فاللازم تشريع الحلّ لمطلق البيع وتشريع الحرمة لمطلق الربا.

وقد يورد على ذلك بأنّ إطلاق المحكيّ منافٍ لما علم من الخارج من عدم حلّيّة بعض البيوع كبيع الملامة والمنازعة وغيرهما. فلا يمكن كشف إطلاق التشريع من الآية. ويمكن الجواب عن هذا بوجهين:

أحدهما أنّ دفع محذور الكذب شاهد على كون الحكم الفعلي في زمان نزول الآية حلّيّة مطلق البيع وأما عدم حلّيّة ما ذكر جعلت بعد ذلك.

وثانيهما أنّ عدم الحلّيّة في ما ذكر وإن كان صحيحاً إلاّ أنّه لا ينافي حكاية الاطلاق في الآية الكريمة، فإنّ المحكيّ بها حكم قانونيّ وعدم حلّيّة ما ذكر من باب التقييد فيه؛ فما بثت مقيداً يؤخذ به ويقيد به ذلك وإلاّ فيؤخذ باطلاق المحكيّ. والحاصل أنّ التنافي بين الحكمين الفعليين لابين الحكم القانونيّ والفعليّ، ونظير ذلك القوانين المجعولة اليوم فإنّه يجعل أولاً حكم قانونيّ ثمّ يبيّن قيوده والشرائط المعتبرة فيه.

فالاشكال الأخير مدفوع على أنّه يمكن أن يقال: إنّ الآية واردة مقام إنشاء الحكم لا الاخبار بتقريب أنّ صدرها وهو «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا أَلْحَ» قضية حقيقية لا خارجيّة وتوطئة لبيان الحكم وهو «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا». وأما التعبير إنّما هو من جهة أهميّة الحكم فلا يكون قرينة على سبق الحكم فتأمل.

وأما الاشكال الأوّل، فلو تمّ لا يمكن الجواب عنه بما أجبنا به عن الأخير لعدم توهم الكذب في المقام فإنّ الآية في مقام الحكاية عن قول المخالفين بالتسوية والحكاية عن عدم التسوية في الشريعة المقدّسة وليست في مقام الحكاية عن التشريع حتّى يقال إنّ إطلاق الحكاية يقتضي إطلاق التشريع، فإنّ غاية ما يقتضيه إطلاق الحكاية هو إطلاق المحكيّ والمحكيّ حكمهم بالتسوية وعدم التسوية في الشرع.

ويمكن دفع ذلك أيضاً بأنّ في الآية حكايتين: إحديها الحكاية عن قول المخالفين بالتسوية والأخرى الحكاية عن حلّ البيع وحرمة الربا. فلو كانت الثانية تفرعاً على الأولى بحيث تكون ناظرة إلى نفي التسوية بين ما قالوا بالتسوية بينها لكان للاشكال وجه إلاّ أنّ ملاحظة مسوق الآية تشهد بأنّها في مقام بيان الكبرى وتطبيقها على المورد كأنّه قال تعالى: «قالوا بالتسوية والحال أنّ البيع حلال والربا حرام». فالجملة الثانية وإن كانت في مقام نفي التسوية بين ما قالوا إلاّ أنّها بلسان بيان الكبرى والتطبيق لا بلسان بيان الحكم في المصداق الخاصّ.

نعم بقي إشكال آخر في إطلاق الآية المباركة وهو أنها غير واردة في مقام بيان حليّة البيع فإن محط النزاع ومحور الكلام في قولهم «إنما البيع مثل الربا» وقوله تعالى: «أحلّ الله البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»، إنما هو حرمة الربا وإلا فحلّ البيع مفروغ عنه عند الجميع. فإذا الآية في مقام ردعهم وذمهم من حيث استحلالهم الربا فلا تكون واردة في مقام بيان حكم البيع حتى يؤخذ باطلاقها. فالمسألة محلّ نظر وإشكال^١.

نعم، في خصوص المقام وهو كفاية المعاطاة في حصول الأثر يمكن الأخذ بالآية الكريمة على جميع التقادير فإن القدر المتيقن من البيع هو المعاطاة فإنه المتداول بل قلّ ما يتفق بيع بالصيغة، بل في مورد البيع بالصيغة العرف يأتي بها من باب التشديد والاحتياط فالآية وإن كانت مهملة مع ذلك يمكن التمسك بها لتصحيح المعاطاة^٢.

١- أقول: الظاهر أنّ المسألة من جهة الاشكال الأخير أيضاً ليست محلّ نظر وإشكال، فإن الآية وإن كانت في مقام بيان حكم الربا إلا أنه لا بدّ من ملاحظة اللسان فيها كما أفاد هو (دام ظلّه) في دفع الاشكال المتقدم: فإنها واردة في مقام بيان حكم الربا بلسان «أحلّ الله البيع وحرم الربا» واللسان شاهد على أنه تعالى يبيّن كلا الحكمين وإن كان محور الكلام خصوص الربا. وأمّا الاشكالين الآخرين فقد أجاب هو (دام ظلّه) عنها بما لا مزيد عليه. فلو كنّا نحن وهذه لعلنا بالاطلاق إلا أنّ المسألة مشكلة من جهة أخرى وهي أنّ الآية الكريمة كما أفاده ذو احتمالين: أحدهما أن يكون الحلّ مترتباً على الزيادة الحاصلة من البيع وثانيها أن يكون مترتباً على نفس البيع. وحيث إنه على الأوّل منها يثبت تنفيذ البيع من باب الملازمة العقلية وليست الآية ناظرة إلى بيان ذلك فلا يمكن الأخذ باطلاقها في الموارد المشكوكة وإن كان الاطلاق تاماً على الاحتمال الثاني، فإنّ الاحتمالين متكافئان لا ترجيح لأحدهما على الآخر.

والحاصل أنه م يثبت أنّ الآية في مقام بيان تنفيذ البيع حتى يتمسك باطلاقها في موارد الشك في الصحة وحليّة الزيادة وإن استلزم تنفيذ البيع، إلا أنها لا تستلزم تنفيذ مطلق البيع لعدم ورودها مقام بيان ذلك بل واردة مقام بيان حليّة الزيادة فقط. وكم فرق بين الحكم بحليّة مطلق زيادة حاصلة من البيع والحكم بحليّة مطلق زيادة حاصلة من مطلق البيع. ق

٢- الظاهر أنّ هذا الذي أفاده (مدظلّه) يشبه المغالطة، فإنه ليس المراد من القدر المتيقن المحمول عليه القضية المهملة المتداول الشايخ، بل المراد منه هو القدر الذي تيقن من ترتب الحكم الثابت في القضية عليه. والمتيقن هو البيع بالصيغة والمعاطاة مشكوك فيها. ولذا نبهت عنه ونريد اثبات صحتها بالتمسك بالآية.

نعم، تداولها بين العقلاء مع عدم ردع الشارع عنها يثبت الصحة إلا أنّ هذا دليل آخر تقدم والبحث في المقام مع قطع النظر عن ذلك الدليل وأنه لو كنّا نحن وهذه الآية الكريمة، يمكننا إثبات صحة المعاطاة بها أم لا، مع فرض العلم بصحة البيع بالصيغة من الخارج والشك في صحتها. ق

٣- الآية الكريمة: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِإِلْبَاطٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِثْكُمْ». وفي الآية احتمالات:
 أ- نصب التجارة على أن تكون ساذماً مسدّ خبر الكون واسمه ضمير راجع إلى الأموال. فإل الكلام «إلا أن تكون الأموال أموال تجارة عن تراض» واللازم من ذلك التقدير.

ب- نصبها على أن تكون خبر الكون والاسم ما ذكر، أي تكون الأموال تجارة واللازم من ذلك الادعاء.

ج- رفعها على أن تكون فاعلاً للكون التامة.
 وفي جميع ذلك يحتمل أن يكون الاستثناء متصلاً فتكون «بالباطل» تعليلاً للحكم. ويحتمل أن يكون منقطعاً فالآية متكفلة لبيان الحكمين على موضوعين. وكذا يحتمل أن يكون المراد من التجارة البيع كما قيل. ويحتمل أن يكون المراد منها مطلق النقل والانتقال كما هو الظاهر منها.

هذه محتملات الآية إلا أنه لا يحصل فرق في مانحن بصدده وهو الأخذ بالآية لتصحیح بيع المعاطاة بل مطلق البيع، بل مطلق التجارة في الأموال، بل لعل غيرها كالايقاعات والعقود المترتبة على غير الأموال بين هذه المحتملات. وذلك فإن ظاهر المستثنى منه في الآية الكريمة بقرينة الحكم والموضوع أنّ تمام الموضوع لحزمة الأكل هو البطلان سواء كان الاستثناء متصلاً أي تكون «بالباطل» علة للحكم أو منقطعاً أي يكون ذلك قيداً لموضوعه، لعدم احتمال أن يكون الأكل أو المال أو غير ذلك ممّا ذكر في الآية دخيلاً في الحكم. وبقرينة التقابل بين البطلان والتجارة يفهم أنّ علة جواز الأكل بالتجارة هو عدم البطلان والحقّ لعدم احتمال تعبد الشارع بجواز الأكل بالتجارة مع أنّه باطل. فتصبح النتيجة أنّ الآية في مقام بيان عدم جواز أكل المال الحاصل بالباطل وجوازه الحاصل بالحقّ؛ وبما أنّ الموضوع وقوده لا بدّ من أن يؤخذ من العرف فالنتيجة حرمة أكل المال الحاصل بالأسباب الباطلة عرفاً وحليّة أكله الحاصل بالأسباب الحقّة عرفاً. وبما أنّه لا يحتمل حليّة الأكل من غير جهة تنفيذ الأسباب كما مرّ في الآية السابقة فيعلم من الآية تنفيذ الشارع جميع الأسباب الحقّة بنظر العرف ومنها المعاطاة.^١

١- إنّ موضوع الحكم وإن كان اللازم أخذه من العرف إلا أنّه في خصوص المقام الآية مبتلية بالمخصّص العقليّ وهو أنّ حليّة الأكل وحرمة غير مترتبتين على الحقّ والباطل العرفيتين مطلقاً، بل العقل يحكم بأنهما مترتبتين على الحقّ والباطل العرفيتين النافذين عند الشارع فتكون الشكّ في التنفيذ

فظهر بهذا البيان عدم الفرق بين تلك المحتملات في دلالة الآية على تنفيذ البيع وفي إطلاقها لورودها في مقام بيان الحكيم ولاسيما إذا كان الاستثناء منقطعاً كما هو الظاهر. فإنه يمكن أن يقال في الاستثناء المتصل: إنَّ الجملة واردة في مقام بيان المستثنى منه فقط بخلاف المنقطع. وما قيل من أنَّ المنقطع خلاف الفصاحة مردود بأنه قد يكون اللطف في الكلام من جهة انقطاع الاستثناء كالأية المباركة: «لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيهَا، إِلَّا قِيلاً سَلَامًا سَلَامًا».

٤— الآية الكريمة: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

فقد يقال: إنَّ المراد من العقد العهد إلّا أنَّ العقد موضوعة لعقد الجبل أو غيره والمناسب للمقام هو ذلك، فقد استعير به عن تبادل الاضافتين كأنه يحصل ربط خاص بينهما كعقد الجبل، والعهد هو التزام ذهني وبينها بون بعيد. نعم يمكن أن يقال: إنَّ بينها عموم وخصوص مورداً فإنَّ في مورد كلِّ عقد عهد ولا عكس إلّا أنَّ ذلك لا يوجب اتحادهما كما لا يخفى. وفي المجمعين وكلام بعض الأعاضم أنَّ كلَّ عهد عقد ولا عكس ولا يفهم معنى محصل منه فراجع.

وقد يقال بأنَّ العقد هو العهد المشدّد؛ ولعلَّ المراد منه هو العهد على وجه اللزوم لالجواز إلّا أنَّ الفارق بين العقد والعهد قد تقدّم. وأمّا أنه هو خصوص المشدّد واللازم فقد استدلَّ عليه بأنَّ ألفاظ العقود بنحو الدلالة الالتزامية تدلُّ على التزام الطرفين بالوفاء بضمونها وترتيب آثارها فيختصَّ العقد بخصوص اللازم والمشدّد وبما أنَّ المعاطاة جائزة فليست بعقد.

والجواب عن ذلك: أولاً أنه لا دلالة التزامية في المقام أبداً، بل إنَّما الموجود في المقام هو بناء الطرفين على ما ذكر من جهة بناء العقلاء على ذلك ولا اختصاص لذلك بخصوص البيع بالصيغة، بل يعمّ المعاطاة أيضاً؛ وثانياً لوقلنا بالدلالة الالتزامية في المقام

شبهة مصداقية للآية. وبعبارة أخرى لو كان المدلول المطابقي للآية الكريمة تنفيذ العقد لكان الشكّ في التنفيذ من الشكّ في التخصيص إلّا أنَّ مدلولها حلّية الأكل والتصرفات وحرمتها وهذه غير مترتبة على الموضوع العرفي بالاطلاق قطعاً، بل مختصّ بما أمضاه الشارع ونافذ عنده فتكون الشبهة مصداقية.

هذا على التقريب الذي أفاده السيّد الأستاذ (مدظله) وهو استفادة التنفيذ بالدلالة الالتزامية، وأمّا على ما هو الظاهر من أنَّ الامر والنهي في الآية المباركة إرشاد إلى تنفيذ الحقّ والباطل، فالآية وإن كانت سليمة عن المنخصص العقليّ إلّا أنَّ فيها إشكال آخر يتعرّض السيّد الأستاذ له فيما بعد وهو أنَّ نظر العرف في البطلان والحقّ معلق بعدم تصرف الشارع بدخل أمر وجودي أو عدمي في المعاملة فع الشكّ في ذلك يشكّ في الموضوع العرفي أيضاً فتكون الشبهة مصداقية. ق

إلا أن الدلالة الالتزامية ليست ناشئة من اللفظ بل إنها هي من جهة أن المدلول الالتزامي لازم للمعنى. والمعنى كما أنه موجود في البيع بالصيغة موجود في المعاطاة أيضاً فلازمه أيضاً موجود. فلوقلنا بأن العقد هو خصوص اللازم والمشدّد يعمّ المعاطاة أيضاً ولا يختصّ بالبيع بالصيغة والصحيح عدم دخل اللزوم والتشديد في معنى العقد فإنه مستعار عن عقد الحبل.

والمراد من العقد كما يظهر من كتب اللغة مطلق الربط الخاصّ بلا دخل للتشديد فيه فلوقلنا باختصاص العقد بخصوص اللازم يلزم من ذلك الالتزام باستعارتين فيه: أحدهما استعارة العقد المشدّد من العقد، والثاني استعارة الربط بين الاضافتين من العقد المشدّد وهذا لوجاز فلا أقلّ من أنه خلاف الأصل. فالعقد هو تبادل الاضافتين بلا دخل للتشديد فيه لاستعارته من عقد الحبل وهو الربط الخاصّ فيه. هذا مضافاً إلى تصريح اللغويين بشمول العقد للبيع، بل صريح كلام بعضهم عدم اعتبار اللزوم فيه مع تعريفه العقد بالعهد المشدّد؛ فيعلم من هذا أن المراد من المشدّد في كلامهم هو نفس الربط الخاصّ لا اللزوم ويعبر عنه بالفارسيّة «بسته شده». فالمعاطاة عقد لأنه بيع كما مرّ بل لأنه العهد المشدّد ولو قلنا بجوازها.

وأما الوفاء بالعقد في الآية الكريمة، فالمراد به كما يظهر من العرف واللغة هو العمل بمقتضاه تاماً وهذا إنما يتحقّق بتسليم العوضين وكون المتعاقدين ثابتين على ذلك بأن لا يستردّ ماسلمه إلى الآخر عنه ولازم ذلك صحّة العقد وإلا لم يجب الوفاء به. ودلالة الآية على اللزوم سيجيء الكلام فيها. والمعاطاة على ماتقدّم عقد ويتصوّر الوفاء بالمعنى المذكور فيها بجميع أقسامها سواء وقع التعاطي من الجانبين أو من جانب واحد فيجب الوفاء بها ولازم هذا صحّة المعاطاة. إن قلت: هذا إنما يصحّ لو كان المراد من العقد العهد وأما بناء على ما ذكر من أنه هو المعنى المستعار عن العقدة فلا معنى لوجوب الوفاء به، قلت: الوفاء بذلك أيضاً متصوّر باعتبار القول والقرار وتباني الطرفين والتزامهما بما التزما به، فلا إشكال.

نعم، لا بدّ من كون الآية عامّاً حتّى يمكن التمسك بها لاثبات ذلك وظاهرها العموم، ولكن يستشكل في ذلك بوجوه:

أ— إنّ اللام في العقود للعهد بقريئة مسبوقية الآية بتشريع المعاملات فإنها واقعة في سورة المائدة وهي آخر سورة نزلت على نبيّنا (ص)، فالآية ناظرة إلى أنّ العقود السابقة لازم الوفاء فلا عموم لها.

ب— لو سلّمنا العموم لزم من ذلك استعمال الآية في التأكيد والتأسيس معاً فإنّ بعض العقود قد شرّعت قبلها جزماً وهذا أردى من استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد.

ج- إن الاستعمال في الآية المباركة استعمال مجازي استعاري على ما مرّ فلامعوم لها لأن المعاني المجازية متكررة فلا ظهور في إحديها. وفي الكلّ ما لا يخفى فإنّ المسبوقية بالذكر لو سلمت لا تصلح للقرينية بعد ظهور الآية في العموم. والتأكيد والتأسيس ليسا قيدين للمستعمل فيه اللفظ، بل المستعمل فيه هو البعث فقط والوصفان منتزعان منه باعتبار المسبوقية بالذكر وعدمها وكثرة المعاني المجازية لا توجب عدم العموم بعد ظهور الآية فيه. فالصحيح إمكان التمسك بالآية المباركة لاثبات صحة المعاملة المعاطاتية.

ربّما يقال: إنه لا بدّ من حمل اللام في الآية المباركة على العهد للزوم تخصيص الاكثر لو حملناه على ظاهره لأنّ العقود الجائزة اكثر من العقود اللازمة ولا سيما بملاحظة الخيارات الواقعة في العقود اللازمة. وحينئذ يقع الاجمال في الآية المباركة لعدم علمنا بما هو المعهود.

والجواب عن ذلك: أولاً أكثرية العقود الجائزة عن اللازمة غير معلومة بل الأمر بالعكس كما يظهر بملاحظة عناوين العقود وعدّها؛ وثانياً لو سلمنا الأكثرية إلاّ أنه ليس كلّ تخصيص الأكثر قبيحاً، بل القبح إنّما هو في مورد الاستهجان ولا استهجان في المقام وإن كان منشأ تخصيص الأكثر كثرة التخصيص ولا سيما بملاحظة قانونية الجعل؛ وثالثاً أنّ العقد دالّ على نفس الطبيعة واللام لودلّ على العموم دالّ على التكثر والاضافة دالّة على تكثر نفس الطبيعة وتكثر نفس الطبيعة إنّما هو بالأفراد لا الأنواع. ففاد الآية الكريمة وجوب الوفاء بكلّ فرد من العقد فعلى ذلك لا مجال لدعوى تخصيص الأكثر فإنّ أفراد العقود اللازمة أكثر من أفراد العقود الجائزة بمراتب كما هو ظاهر. وما يقال من أنّ دليل المخصّص يدلّ على جواز النوع فيكون قرينة لدلالة الآية على تكثر النوع مدفوع، فإنّ ظاهر الآية ما ذكرناه والمخصّص لا يكون متصلّاً حتّى يكون قرينة على لزوم رفع اليد عن ظهورها والمنفصل غير صالح لصرف الآية عن ظهورها في تكثر الفرد، بل دلالته على جواز النوع مستلزم لدلالته على جواز كلّ فرد من ذلك النوع وبهذا يخصّص الآية المباركة.

١- الآية الكريمة وإن كانت سليمة عن هذه الشبهات إلاّ أنّها بالنسبة إلى خصوص تنفيذ العقد مبتلية بالمخصّص العقليّ وهو أنّ العقل يحكم بأنّ وجوب الوفاء أي التسليم والثبات غير مترتب على مطلق العقود العرفية بل مترتب على العقود النافذة عند الشارع فإذاً يكون التمسك بها في مورد الشك في التنفيذ التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. نعم، يمكن التمسك بها لاثبات اللزوم بعد الفراغ عن إثبات التنفيذ بدليل آخر ويجيء الكلام في ذلك إن شاء الله. ق

٥- النبويّ المعروف: «الناس مسلطون على أموالهم».

تقريب الاستدلال أنّ إطلاق التسلّط على المال يقتضي صحّة المعاملة المعاطاة
و إلا فلا معنى للتسلّط.

وأجاب عن ذلك الشيخ (قدّه) بأنّه يمكن أن يكون التسلّط على المال بلحاظ نوع
السبب الناقل لاصنفها فلا يشمل المعاطاة.

وأشكل عليه السيّد (قدّه) بأنّ إطلاق التسلّط يقتضي التسلّط على النقل حتّى
بلحاظ صنف السبب فيشمل المعاطاة.

والتحقيق أنّ نفوذ المعاملة يتوقّف على أمرين كما يظهر من ملاحظة العرف
والعقلاء في معاملاتهم: أحدهما تسلّط كلّ من المتعاملين على مالهما بمعنى جواز تصرفهما فيه
وعدم كونها محجورين في التصرف فيه. ثانيها وقوع المعاملة على طبق المقررات العقلانيّة
والشرعيّة لو كان في البين دخل شرعيّ. واحد الأمرين أجنبيّ عن الآخر كما هو ظاهر
والدليل المتكفل لاثبات أحدهما لا يكون ناظراً إلى الآخر نفيّاً وإثباتاً. والنبويّ ناظر إلى
إثبات الأمر الأوّل. وإنّ الناس مسلطون على أموالهم، يجوز لهم التصرف فيه بالأكل والشرب
والشرب والنقل وغير ذلك وإطلاق الرواية أيضاً لا يزيد على إطلاق جواز التصرف الشامل
لاطلاق جواز النقل. وإما الأمر الآخر وهو أنّ النقل لم يتحقّق وأنّ المقرّر عند العقلاء
والشارع فيه ماهو، فأجنبيّ عن مدلول الرواية بالكليّة فلا يمكن التمسك باطلاقها بلحاظ
ذلك. وبعبارة أخرى أنّ النبويّ وارد مورد بيان تنفيذ المسبّب وهو النقل ولا يكون ناظراً
إلى حكم سبب النقل فلا يمكن التمسك باطلاقه لذلك.

وهذا البيان ظهر أنّه لا يعقل التمسك بالاطلاق في المقام فإنّ الحكم في المطلق
متعلّق بنفس الطبيعة المدلول عليها اللفظ وتام الموضوع للحكم هو ذلك. فلا يمكن أن
يكون أمر آخر ماوراء ذلك دخيلاً في الحكم وإلا لما كانت تمام الموضوع؛ وفي المقام إنّ
الحكم متعلّق بالمال فلا يمكن تعلّقه بالعقد على المال لأنّه ليس تصرفاً في المال والتسلّط
عليه ليس تسلّطاً على المال، فهو خارج عن التسلّط عليه فلا يمكن التمسك بالاطلاق لذلك.

ولو سلّمنا أنّ التمسك بالاطلاق للخصوصيات الزائدة عن نفس الطبيعة أمر
معقول، إلاّ أنّه يمكن أن يقال: إنّ لا إطلاق للرواية بالنسبة إلى أسباب النقل. فإنّ الحكم
فيها حيثيّ كالحكم في الآية الكريمة: «أَجَلٌ لَكُمْ بِهِيْمَةُ الْأَنْعَامِ». فإنّ حكم الحليّة
متعلّق بهيمة الأنعام من هذه الحيثيّة فقط وأما من الحيثيات الأخر ككونها مغصوبة مثلاً
فلا. فالاطلاق المستفاد من الآية الكريمة من الحيثيّة الأولى ولا إطلاق لها من سائر
الحيثيات. وهكذا في الرواية، أي جواز التسلّط متعلّق بالمال من حيث إنّ مال وأما

الحيثيات الأخر كأنشاء نقله بالمعاطاة فخارجة عن الحيثية المأخوذة في الرواية فلا إطلاق لها لذلك. ولذا نرى أنه لا معارضة بين أدلة المحرمات وغيرها وبين هذه الرواية. وحكي عن المرحوم الآخوند الخراساني (قدّه) أنه ذكر أنّ النبويّ ناظر إلى بيان التسلّط على المال في قبال الحجر فلا يكون ناظراً إلى الاسباب. واعترض عليه تلميذه العظيم باعتراضين عقليّ وعقلانيّ. أمّا العقلانيّ، فإنّ مدلول الرواية هو التسلّط لاعدم الحجر؛ وأمّا العقليّ، فإنّ الحكم بوجود المقتضى (بالفتح) استناداً إلى وجود المقتضي (بالكسر) أمر معقول، إلّا أنّ الحكم بعدم المانع استناداً إلى وجود المقتضي (بالكسر) أمر غير معقول وهذا ظاهر وفي الرواية حكم بالتسلّط على المال استناداً إلى أنه مال، فلو كان الحكم هو عدم الحجر للزم المحذور المتقدّم وهو الحكم بعدم المانع استناداً إلى وجود المقتضي. هذا، ولا يخفى ما في كلا الاعتراضين، فإنّ المجيب لا يريد بذلك أنّ المجهول في الرواية عدم الحجر بل يريد به أنّ الرواية مهملة من جهة الأسباب و إطلاقها لا يزيد عن مدلول متعلّق الحكم فيها وهو المال فهي متكفّلة لبيان التسلّط على المال لا غير، و أشار إلى بيان مراده بـ (في قبال الحجر)، وأين هذا من كون المجهول عدم الحجر؟

على أنه لو قلنا بأنّ المجهول عدم الحجر فلا يتصوّر أيّ مانع منه، أترى أنّ الشارع لوقال بدل الرواية: «إنّ الناس غير مجبورين عن التصرف في ما لهم» لفعل أمرأ غير معقول؟ بل لو كان الأمر كما ذكره وأنّ المال يقتضي التسلّط فلا بدّ من أن يكون المجهول ذلك، فإنّ المقتضى مترتب على المقتضي لو لم يكن مانع والمفروض وجود المقتضي فيترتب عليه المقتضى بلا حاجة إلى جعل الشارع. نعم، الشارع قد أخبر بعدم المانع حتّى لا يتوقّف في ترتّب المقتضى عليه.

والحاصل أنّ الوصف وهو كلمة في ما لهم و إن كان مشعراً بالعلية إلّا أنه ليس من باب المقتضي والمقتضى التكوينية، بل إنّها هو من قبيل الموضوع والحكم، والمحذور المتقدّم إنّما يتمّ في الأوّل لافي الأخير فإنّه كما يمكن جعل التسلّط على المال يمكن جعل عدم الحجر عليه ولا محذور فيه أبداً.

٦— قوله (ص): «المؤمنون عند شروطهم» أو «المسلمون عند شروطهم».

ولابدّ في إمكان التمسك بهذه الرواية لصحة المعاطاة من إثبات أمرين: انطباقها على موارد الشروط الابتدائية وكون المعاطاة من الشروط. فلا بدّ من تحقيق معنى الشرط أولاً، ثمّ نرى أنه هل ينطبق على المعاطاة أم لا؟

أمّا معنى الشرط، فما يظهر من اللغة كما في القاموس وفي أقرب الموارد وغيرها ويساعده اعتبار العقلاء أيضاً أنّ الشرط هو الالتزام في البيع ونحوه. ومعنى ذلك أنه جعل

شيء في ضمن جعل آخر لا على نحو التقييد ولا التعليق بل على نحو الظرف والمظروف. وهنا معنى آخر للشرط وهو تعليق شيء على شيء كـ (إن فعلت كذا أفعُل كذا). وهذا المعنى وإن لم نجد في كتب اللغة إلا أن الاعتبار العقلانيّ مساعد له ولا يبعد أن يكون ما ذكره الشيخ (ره) معنى جامداً للشرط راجعاً إلى هذا المعنى بل المعاني الاصطلاحية كاصطلاح النحويين وأهل المعقول أيضاً راجع إليه. فهنا معنيان للشرط لغويّ يساعده فهم العقلاء وعقلانيّ، ولا جامع بينهما حتى يقال: إنّ الشرط موضوع للجامع وكلّ منها مصداق لذلك المعنى، فأتى جامع بين جعل شيء في ضمن الآخر وتعليق شيء على شيء. وما ذكر جامعا للمعنيين كربط شيء بشيء أو تقيّد شيء بشيء وغير ذلك كلّها لا يرجع إلى محصل لانطباقه على غير المعنيين بل عدم انطباقه على كلا المعنيين، فأتى تقيّد أو ربط بين الشئين في المعنى الأوّل. فلا بدّ من أن يقال باجمال الرواية لا اشتراك الشرط بحسب المعنى أو أن تقام قرينة على أن يكون المراد من الشرط فيها أحد المعنيين. واستشهاد الامام (ع) بالرواية في موارد الشروط الضمنيّة يكون قرينة على المعنى الأوّل فوارد التعليق خارجة عن موضوع الرواية.¹ وأما عدم انطباق شيء من المعنيين على المعاطاة أو البيع أو الصلح وغير ذلك من عناوين العقود والايقاعات فلعله أوضح ممّا تقدّم. فإنّ المفروض أنه لا جعل في ضمن جعل آخر في المذكورات ولا تعليق فيها أيضاً فلا يمكن التمسك بالرواية لتصحيح شيء منها.

وما قيل من أن الشرط في الروايات قد استعمل في الالزامات الابتدائية فكيف يدعى خروج ذلك عن معناه، مدفوع. مضافاً إلى أن الاطلاق أعمّ من الحقيقة كما هو معروف.

إنّ جميع هذه الموارد التي استعملت فيها كلمة الشرط راجع إلى أحد المعنيين المذكورين؛ أمّا في دعاء الندبة، فقد استعمل في المعنى الثاني وهو التعليق فإنّ المراد أنّ الله -تعالى- استخلصهم لنفسه واختار لهم جزيل ما عنده من النعيم... الخ، معلقاً على

١- أقول: إنّ الشرط بمعنى التعليق لا يمكن أن يكون موضوعاً للرواية، أترى إمكان أن يقال: «المؤمنون عند تعليقاتهم»! بل المعقول هو القول والقرار المعلقّ وهنا معنى مجازي للشرط بمعنى التعليق. والمعنى الأوّل هو القول والقرار الضمني، معنى حقيقي للشرط وهو الالتزام في الالتزام. والجامع هو الحصّة الخاصّة من الجعل غير قابل للانطباق إلا على المعلقّ والضمني وإن كان معقولاً ومتصوراً إلا أنه جامع بين المعنى الحقيقي والمجازي؛ فإذا لا بدّ من الالتزام بكون المراد من الرواية المعنى الأوّل وهو القرار الضمني، فإنّه الأصل عند دوران الأمر بين الحقيقة والمجاز. ق

زهدهم في درجات هذه الدنيا الدنية. وهكذا في دعاء التوبة، فإنّ المراد أنّه يارب! إن قبلت توبتي أنا لأعود في مكروهك^١.

وأما قول أمير المؤمنين (ع) في الردّ على مشترط عدم التزوّج بامرأة أخرى في النكاح «إنّ شرط الله قبل شرطكم» فإنّما أن استعمل في الحكم مجازاً من جهة تناسب ما شرط لفظاً أو أنّه استعمل أيضاً في المعنى الثاني فإنّ شرط صحّة الشرط أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة، فالمراد أنّ شرط الله وهو تعليق الصحّة على عدم المخالفة قبل شرطكم. وبعين هذا قوله (ص) في حكاية بيع بريرة «إنّ قضاء الله أحقّ وشرطه أوثق».

وأما روايات خيار الحيوان، فإنّما أن يقال: إنّ الشرط فيها قد استعمل في الحكم مجازاً من باب المناسبة لخيار الشرط أو يقال: إنّهُ أيضاً بمعنى التعليق أي شرط جواز الفسخ. وأما قول صاحب الحدائق (قده) من أنّ الشرط قد استعمل في البيع في بعض الروايات فإنّه وإن لم يكن لانكاره مجال فإنّه من المتتبعين في الأخبار وواقفنا أيضاً على بعض هذه الموارد إلّا أنّه لم يستعمل الشرط فيها في البيع بما أنّه بيع، بل استعمل فيها من حيثية أخرى. فقد ورد في البيع بثمنين أنّه لا يجوز بيعين في بيع. وهكذا ورد أنّه لا يجوز شرطين في بيع إلّا أنّ حيثية استعمال البيع مغايرة لحيثية استعمال الشرط فإنّ الأول من جهة المبادلة والثاني من جهة التعليق.

كيفما كان لم يثبت أنّ المعاطاة كغيرها من أقسام البيع وسائر العقود معنى حقيقياً للشرط حتّى يتمسك لاثبات صحّتها بالرواية حتّى لو اشتملت للشروط الابتدائية أيضاً. وقد يتوهم أنّ خبر منصور الوارد فيمن طلق زوجته فأراد أن يراجعها فأبّت عليه إلّا أن يجعل لله عليه أن لا يطلّقها ولا يتزوّج عليها فأعطاها ذلك، دالّ على إلحاق الشروط الابتدائية بالشروط الضمنية ولو إلحاقاً حكماً. فإنّ الامام (ع) قال: فليف للمرأة بشرطها، فإنّ رسول الله (ص) قال: «المؤمنون عند شروطهم» بدعوى أنّ الخبر ظاهر في تطبيق عنوان الشرط على النذر المدلول عليه بكلمة (يجعل لله عليه)، إلّا أنّه مع أنّ الشرط قد استعمل في الخبر في معناه الحقيقي فإنّ العقد المبنيّ على شيء مشروط به وهذا شرط له لا محالة و إن لم يذكر باللفظ في ضمن العقد.

الرواية مخالفة للأخبار الصحيحة المتكرّرة الدالّة على فساد هذا الشرط وغير معمول بها أيضاً فلا يمكن الاعتماد عليها في الإلحاق الحكمي، بل لابدّ من حملها على محمل ما كتبتة

١- الظاهر أنّ الشرط في هذا الدعاء ضمني أي «يارب! اقبل توبتي وأنا أشرط لك أن لا أعود في مكروهك.» فإنّ هذا أليق بمقام التوبة. ق

ونحوها. اللهم إلا أن يقال: إن الشرط وإن كان حقيقة للشروط الضمنية إلا أن المتفاهم العرفي من النبوي «المؤمنون عند شروطهم» أن المدار في وجوب الوفاء هو القول والقرار لعدم احتمال خصوصية في كون القرار في ضمن العقد. وهذا ليس من القياس أو تنقيح المناط في شيء بل هو من التمسك بالظهور العرفي للكلام نظير التمسك برجل شك بين الثلث والأربع لعموم الحكم للمرأة أيضاً، أو «اغسل ثوبك من أبوال مالا يؤكل» مخاطباً لزرارة لعموم الحكم بالنسبة إلى غير زرارة أيضاً بعين البيان أي لا يحتمل خصوصية لكون الشاك رجلاً وكون المأمور زرارة، فتأمل^١.

بقي أمر وهو أنه لافرق بين دلالة النبوي على الحكم التكليفي أو الوضعي أو كليهما في دلالتها على تنفيذ الشرط كما هو ظاهر، فإن وجوب الوفاء متفرع على نفوذ الشرط ولا يحتمل وجوب الوفاء بالشرط الفاسد. وملازمة المؤمن وشرطه أيضاً متفرع على صحة الشرط لعدم احتمال أن تكون الرواية في مقام بيان ملازمة المؤمن وشرطه الفاسد وبقية الكلام في أحكام الشرط في باب الشروط إن شاء الله.

هذا تمام الكلام في الأدلة التي استدلت بها على صحة المعاطاة وعدم اعتبار اللفظ

في العقد

دلائل لزوم المعاطاة

و يقع الكلام في ما استدلت به على لزوم المعاطاة وقد استدلت على ذلك بعدة وجوه:

١- الاستصحاب. وتقريب ذلك أنه بعد ما ثبت حصول الملكية بالمعاطاة يرجع الشك في اللزوم والجواز إلى أنه هل الحاصل بسبب المعاطاة الملكية المستقرة بحيث لا تزول بالفسخ أو أنه الملكية الغير المستقرة بحيث تزول بالفسخ، فأمر الملكية الحاصلة دائر بين فردين طويل وقصير؛ فبعد الفسخ والشك في تأثيره يرجع إلى استصحاب الملكية فإن أركان الاستصحاب تامة من جهة حصول الملكية ثبوتاً والشك في ارتفاعها من جهة حصول الفسخ، مع أن القضية المتبقية متحدة مع القضية المشكوكة وهذا من قبيل استصحاب القسم الثاني من الكلي.

١- يمكن أن يقال: إن الاستدلال من الرواية بالدلالة الالتزامية نفوذ العقد في الجملة لامطلقاً،

فإن الشرط على الفرض ضمنّي والمتفاهم من دليل تنفيذه تنفيذ عقده أيضاً.

تعرضت لذلك في مجلس الدرس وأجاب السيد الأستاذ (دام ظلّه) عن ذلك بأنه أي ملازمة بين تنفيذ الشرط وتنفيذ العقد؟ فإن الشرط ضمنّي ولو لم يكن دليل تنفيذه إلا على تنفيذ العقد.

و إنتاج هذا التقريب موقوف على إثبات أمرين: الأول جريان الاستصحاب في القسم الثاني من الكلّي، الثاني كون المقام من مصاديق هذا القسم من الاستصحاب. أما الأمر الأول فيمكن أن يستشكل فيه أنّ الاستصحاب إبقاء ما كان فلا بدّ من وجود المستصحب سابقاً حتى يحكم ببقائه لاحقاً والكلّي بنعت الكلّيّة لا وجود له في الخارج بل الموجود هو الفرد ووجود الكلّي عين وجود فردة والكلّي الموجود في ضمن كلّ فرد مغاير للكلّي الموجود في ضمن فرد آخر. وبعبارة أخرى إن أريد من استصحاب الكلّي استصحابه بشرط الخصوصية فع أنه يرجع الى استصحاب الفرد المرذد ولا وجود له بغير كلّ من متعلّق اليقين والشك مع الآخر، فإن متعلّق اليقين هو المعلوم بالاجمال ومتعلّق الشك هو الكلّي المتشخص بفرد الطويل؛ و إن أريد منه استصحابه بشرط التعرّي عن الخصوصية فعدم الوجود له ظاهر. والظاهر أنه لا يريد أحد من القائلين باستصحاب الكلّي هذين الوجهين؛ و إن أريد منه استصحابه لا بشرط كما هو الصحيح فالاشكال المتقدم وارد عليه وهو أنّ وجود الكلّي عين وجود فردة ومع ترذد الفرد يترذد الكلّي أيضاً، فإنّ الكلّي يتعدّد حسب تعدّد الفرد ويغاير كلّ كلي مع الآخر كتغاير كلّ فرد مع الآخر. فالكلّي بنعت الكلّيّة غير موجود في الخارج وما هو الموجود في الخارج لا يجري فيه الاستصحاب لتغاير متعلّق اليقين والشك.

هذا والظاهر أنه لا يمكن الجواب العقليّ عن هذا الاشكال، نعم الجواب العقلانيّ ممكن فإنّ الكلّي بنعت الكلّيّة و إن لم يكن له وجود في الخارج عقلاً إلاّ أنه موجود بنظر العقلاء ومسألة الاستصحاب مسألة عقلانيّة لاعقلية. والمتبع في وجود المستصحب واتحاد المتيقن والمشكوك نظرهم لا النظر الدقيّ الفلسفيّ، فلا مانع من هذه الجهة في جريان استصحاب الكلّي. وما يقال من أنّ الكلّي موجود فإنه لا يمكن اجتماع علتين مستقلّتين على معلول واحد إلاّ بتأثيرهما مجامعها وهذا كاجتماع البندقتين في التأثير في القتل الواحد وكاجتماع الشمعين في التأثير في إضاءة واحدة وكاجتماع أفراد ماهية واحدة في انتزاع تلك الماهية منها، خلط بين العلل الالهية والطبيعية فإنّ الممثل من قبيل الأول ولا يعقل اجتماع علتين مستقلّتين كذلك على معلول واحد فإنّ المعلول بتمام هويّة

أقول: ما أجاب به (مدّظله) و إن كان موافقاً للصناعة إلاّ أنّ المتفاهم العرفي كما ذكرنا من دليل تنفيذ الشرط تنفيذ العقد أيضاً ولذلك لم يقل أحد بنفوذ الشرط الواقع في ضمن العقد الفاسد. نعم، على هذا لا إطلاق لدليل المذكور لاثبات صحة ماشك فيه كالمعاطاة لأنّ دلالة على نفوذ العقد التزامي على المبني المذكور ولا إطلاق للدلالة اللاتزاميّة كما بينت في محله. ق

حقيقته ينشأ من العلة بتمام هوية حقيقتها. والأمثلة من قبيل الثاني فإن الأولين التأثير بمجموع العلتين في أمرين مجتمعين لا بجماعهما في أمر واحد. والثالث ليس من العلية والمعلولية في شيء فإنّ الذهن قد يلحظ الأفراد باستقلالها وبجميع مشخصاتها. وقد يلحظها معرفة عن الخصوصيات ويرى اشتراك الملحوظ في نوع واحد أو جنس واحد وغير ذلك وأين هذا ممّا نحن بصدده.

وقد يستشكل فيه بأنه لا بدّ في جريان الاستصحاب من كون المستصحب حكماً شرعياً أو موضوعاً ذا حكم شرعيّ. والجامع بين الحكيمين لاحكم شرعيّ ولا موضوع ذو حكم شرعيّ فإنّ المجمعول هو الملكيّة المستقرّة والملكيّة المتزلزلة (على المبني الذي نسلكه فعلاً) والجامع بينهما غير مجمعول. وهذا الاشكال كما ترى يجري في جميع موارد استصحاب الكلّي في الأحكام ويمكن الجواب عن ذلك بعين مامرّ وهو أنّ العقل وإن ينفك الحكم بنعت الكلّيّة عن الحكم بنعت التشخص إلّا أنّ العقلاء بعد العلم بأحد الحكيمين إجمالاً يرون وجود الحكم الشرعيّ في البين ومع الشكّ في البقاء واتّحاد القضية المتيقّنة والمشكوكة بنظرهم يجري الاستصحاب لامحالة.

وقد يستشكل أيضاً بعدم الاتّحاد بين المتيقّنة والمشكوكة في هذا القسم من الاستصحاب، فإنّ المتيقّن هو القابل للانطباق على كلّ من الفردين والمشكوك غير قابل للانطباق إلّا على فرد واحد وهو الطويل. والجواب أنّ انحصار الفرد وتعدّده لا يغيّر الكلّيّ فإنّ الكلّيّ هو القابل للانطباق على كثيرين، سواء كان له فرد واحد أو أكثر، وبهذا المعنى تتحدّ القضيتان.

ثمّ إنّ بعض الأعاظم ذكر في المقام ما ملخصه:

حيث إنّ اختلاف الملك ليس إلّا بنفس الارتفاع والبقاء فالشكّ في بقاء الكلّيّ وعدمه عبارة عن الشكّ في أنّ الحادث ماهو؟ وإن تنوع الملك بنفس اللزوم والجواز موجب لانتقاء أحد ركني الاستصحاب لأنّ الملك الجائر مقطوع الارتفاع واللازم مشكوك الحدوث من أول الأمر. وبعبارة أخرى حيث إنه يعتبر في القضية أن يكون الموضوع فيها مجرداً عن عقد الحمل حتّى يصحّ الحمل فيكون المقام خارجاً عن دليل الاستصحاب فإنّ الترديد بين الأمرين ليس إلّا الترديد في البقاء والارتفاع؛ فعنى استصحاب الملك هو استصحاب الملك الباقي فيصير البقاء الذي هو عقد الحمل داخلياً في عقد الوضع. ولاشبهة في خروج هذا القسم من الاستصحاب من عموم «لا تنقض» عقلاً.

ثمّ قال هذا القائل: ومرجع هذا الاشكال في الحقيقة إلى أنّ النوعين من الملك متباينان بتمام هويتهما وفي كلّ واحد منها أحد ركني العقد منتفٍ كما لا يخفى، وعلى هذا

فيمكن أن يكون وجه التأمل في كلام المصتف راجعاً إلى ما ذكرنا. انتهى ملخصاً.

وليت شعري كيف يكون الملك القابل للبقاء والملك القابل للارتفاع مختلفين بتمام هويتهما، أفهل يكون أحدهما ملكاً والآخر لملك؟ وكيف يكون الحكم ببقاء الملك عند الترديد في أنّ الحادث هو القابل للبقاء أو غير القابل له موجباً لدخول عقد الحمل في عقد الوضع؟ أفهل يريد من ذلك أنّ البقاء والارتفاع فعلاً داخلان في حقيقة الملك؟ فالملك قسمان، ملك باق وملك مرتفع ولو قبل الفسخ فهذا ضروري الفساد. أو يريد من ذلك الملك الباقي بعد الفسخ والمرتفع بعد الفسخ، فكيف يلزم من استصحاب بقاء القدر المشترك عند الترديد فيها الحكم ببقاء الملك الباقي بعد الفسخ؟ ولو أراد من ذلك القابل للبقاء والقابل للارتفاع فالأمر أوضح. والحاصل أنه لا يظهر معنى محصلاً لما ذكره فضلاً أن يجعل ذلك وجهاً للتأمل في كلام الشيخ (ره).

وقد يستشكل أيضاً بأن الاستصحاب في القسم الثاني من الكلّي وإن كان جارياً في نفسه إلا أنه مبتلى بأصل الحاكم وهو إصالة عدم حدوث الفرد الطويل، فإنّ الشك في بقاء الكلّي وعدمه مسبب عن الشك في حدوث الفرد الطويل وعدمه ومع جريان الأصل في السبب لا تصل التوبة إلى الأصل المسببي. وقيل الجواب عن هذا لا بأس بالتوجه إلى أمور.

١- ذكروا أنه لا بدّ من ترتيب الآثار مع الوساطة للمستصحب بنفس الاستصحاب فيه إذا كانوا شرعياً. مع أنّ هنا إشكالاً عقلياً وهو أنّ التعبد بالاستصحاب لترتيب أثر نفس المستصحب يكون موضوعاً لترتيب أثر الأثر وهكذا، وهذا مستحيل لنزوم اتحاد الحكم والموضوع، وإشكالاً عقلياً وهو أنّ ظاهر الدليل هو التعبد بلحاظ أثر نفس المستصحب وأثر الأثر ليس أثراً.

٢- ما هو الميزان للتفريق بين الأصول المثبتة وغيرها؟

٣- ما هو الملاك في تقديم الأصل الجاري في السبب على الأصل الجاري في

المسبب؟

والجواب عن جميع ذلك أنّ المتعبد به في الاستصحاب ليس ترتيب الأثر بل إنّها هو نفس المستصحب، فاستصحاب عدالة زيد مثلاً لا يكون متكفلاً للتعبد بشيء إلا نفس عدالة زيد. نعم، لا بدّ وأن يكون في البين أثر شرعيّ صوتاً للزوم اللغوية في التعبد وهذا أمر آخر. وأمّا المثبت للآثار هو أدلة تلك الآثار كجواز الطلاق عند العادل، فاستصحاب العدالة منقح لموضوع تلك الكبرى الشرعيّة، ولزوم تربص المطلقة يثبت بدليله الشرعيّ (والمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) وهكذا.

وهذا يندفع الاشكال المتقدم في الآثار مع الوساطة لاجباً قديجاب به عن الأخبار مع الوساطة، فإن صدق العادل مثلاً قضية حقيقية تنطبق على جميع الوسائط بخلاف المقام فإن الآثار غير موضوع لدليل الاستصحاب لفقد الأركان فيها أو كون الاستصحاب فيها على خلاف استصحاب موضوعها، والمفروض بل المطلوب ترتيب جميع الآثار باستصحاب واحد وهو استصحاب رأس السلسلة و إن كان الاستصحاب فيها موافقاً للاستصحاب فيه.

وقد ظهر بذلك أيضاً ميزان الفرق بين الأصول المثبتة وغيرها، فإن الاستصحاب لوثق موضوع دليل شرعي ليس بمثبت وهو حجة لما تقدم. وأما مع كون الأثر عقلياً، فلا ينطبق على المستصحب دليل شرعي والأثر العقلي غير مترتب إلا على واقع موضوعه لا على موضوعه التعبدي، فإن الحاكم هو العقل ولا يرى ترتيب أثره على ما تبعد به الشارع. وقد ظهر بذلك أيضاً وجه تقديم الأصل السببي على المسببي فإن الأول ينفتح موضوع دليل ترتب المسبب على ذلك السبب فلا مجال للثاني لحكومة دليل الاجتهادي على الأصل. وبما ذكرنا ظهر أن ما ذكره الأصوليون في وجه طهارة الملاقى لأحد أطراف الشبهة المحصورة من تعارض الأصول الجارية في الأطراف ووصول النوبة إلى الأصل الجاري في الملاقى بلامعارض، لا يتم فإن أصالة الطهارة في الملاقى (بالفتح) لا يكون مقدماً على أصالة الطهارة في الملاقى (بالكسر) لعدم وجود دليل على طهارة ملاقى الشيء الطاهر حتى ينفتح موضوع ذلك الدليل. فالأصول في عرض واحد، بل وجه الحكم بطهارة الملاقى أمر آخر لا بد من التعرض له في محله. ولما ذكرنا من عدم تقدم كل أصل سببي على المسببي نرى في نفس دليل الاستصحاب إجراء الأصل في الطهارة مع كون الشك في النوم. ووجهه أن أصالة عدم النوم لا ينفتح موضوع دليل شرعي لعدم ورود دليل بأنه من كان على وضوء ولم يتم فوضؤه باق، بل هذا حكم عقلي مترتب على حكم الشارع بنا قضية النوم، فاستصحاب عدم النوم لا يثبت الطهارة إلا على الاثبات. فظهر أن في المقام أصالة عدم حدوث الفرد الطويل لا يكون حاكماً على استصحاب الكلّي بوجه لعدم تنقيح ذلك الأصل موضوع دليل شرعي، واتحاد الكلّي مع فرده خارجاً لا يوجب اتحادهما في لسان الدليل أيضاً، بل المتبع موضوع الأثر عند الشارع والاتحاد لا يوجب الحكم بعدم الكلّي من جهة أصالة عدم الفرد فإنه من أوضح الأصول المثبتة.

وأما الأمر الثاني، فقد يقال بأن المقام من قبيل استصحاب الشخصي ولا يجري فيه استصحاب الكلّي وذلك لأن الملكية هو اعتبار المقولة، إما الجدة و إما الاضافة. ومن الواضح أن المقولات كلها أجناس عالية فكيف يمكن فرض ملكيتين، مع أن لازمه فرض

مقولتين كلتاها جدة أو الاضافة؛ ولازم ذلك أن يكون فوقها جنس يشملها وهذا خلف، فالملكية أمر واحد لا تعدد فيها فيجري فيها الاستصحاب الشخصي لا غير.

والجواب عن ذلك أن زمان اعتبار الملكية متقدم على زمان كشف المقولات ولازم اعتبار المقولة دركها وليس فليس، مع أنه ما المانع من كون الملكيتين نوعين من المقولة كالتعمم والتتمص لا أن تكون الملكية نفس المقولة حتى لا تقبل التخصيص، وان أبيت فما المانع من كون الملكية ذات مراتب كالنور مثلاً. والحاصل أن الاشكال وارد على فرض كون الملكية نفس المقولة لا تحتها ولا دليل على أنها نفسها.

ولابد لنا من تحقيق أنه هل الملكية من قبيل الحقائق التي تكون ذات مراتب أو أن لها نوعين أولاً هذا ولا ذلك بل الملكية أمر واحد شخصي والاستقرار والتزلزل غير منوع لها؟ لا اشكال في أن الملكية ليست من قبيل الأول عند العقلاء أي يكون مابه الامتياز فيها عين ما به الاشتراك كالنور؛ أترى أن العقلاء يرون في مورد مرتبة من الملكية وفي مورد آخر مرتبة أشد منها، فالشخص في الأول مالك وفي الآخر أشد مالكا؟ وأما الثاني، فإما أن يقال إن التنوع في نفس الملكية والاعتبار أن اللزوم والجواز فيها نفسها لا بلحاظ سببها فهذا خلاف بالضرورة عند العقلاء و إما أن يقال إنها معتبران في سببها، وحينئذ إما أن يقال بنشو اعتبار من ذلك في المسبب أيضاً كما يقال من نشو وجوب المقدمة من وجوب ذبها، فهذا لا يحصل له كما ذكرنا في بحث المقدمة وقلنا إن كل إرادة تنشأ من مبادئها الخاصة وإن كانت غاية الإرادة الثانية الوصول بالمراد الأول ولا معنى لنشو الارادة من الارادة؛ وإما أن يقال إنه مع فرض الاعتبار في السبب اعتبر في المسبب أيضاً، فهذا يعد من اللغو لحصول الفرض بالاعتبار الأول، فبقي في البين احتمالان: أحدهما أن يكون اللزوم والجواز من أحكام العقد بحيث لو أسندا إلى الملك لكان بالعرض والمجاز. ثانيهما عكس ذلك، أي يكونا من أحكام الملك بحيث لو أسندا إلى العقد لكان بالعرض والمجاز. والظاهر أن نظر العقلاء مساعد للأول منها وعلى أي تقدير إن العقلاء لا يرون الملكية إلا قسماً واحداً واللزوم والجواز اعتبار آخر عندهم وهما من الأحكام المترتبة إما للعقد كما هو الظاهر أو للملكية. فعلى هذا يجري استصحاب الشخصي كالكلّي القسم الأول في الملكية.

ثم إنه ذكر الشيخ (ره) دعوى حكومة استصحاب بقاء علقه المالك الأول على استصحاب الملك إشارة في باب العاطاة وتفصيلاً في باب الخيارات وبيّن فيه وجوها وأجوبة لا يخلو كلّها عن مناقشة ونحن نذكر محتملات هذا الاستصحاب، ثم نرى أن أياً منها مقبول أو مردود.

الأول أن يراد من ذلك الاستصحاب التعليقي بتقريب أن لكل مالك الرجوع إلى

ملكه لو نقله إلى غيره. خرج عن هذا الحكم التعليقي العقود اللازمة، فما شك في لزومه وجوازه كالمعاطاة يتمسك لجواز الرجوع فيه بالاستصحاب فنقول هذا المالك قبل البيع كان ثابتاً له الرجوع إلى ملكه على تقدير النقل والخروج، فبعد البيع أيضاً كما كان. والجواب عن ذلك يظهر بملاحظة صور الاستصحاب التعليقي والتمييز بين صور حجتها عن غيرها.

فنقول: قد يكون التعليق شرعياً وقد يكون عقلياً وفي الأول إما أن يكون المجموع الحكم المعلق على شيء أو سببية المعلق عليه للحكم أو الملازمة بين المعلق عليه والحكم. فعلى الأول لامانع من جريان الاستصحاب في الحكم المعلق مع تمامية أركانه؛ وتوهم الاثبات مندفع بأن وزن هذا الاستصحاب وزان استصحاب التنجيزي في الأحكام فكما أن استصحاب الحكم التنجيزي لا يكون مثبتاً بعد تحقق موضوعه وينطبق الحكم المستصحب على ذلك الموضوع قهراً، كذلك الاستصحاب التعليقي أيضاً غير مثبت بعد تحقق المعلق عليه، بل الانطباق هنا أيضاً قهري. وأما على الثاني والثالث فاستصحاب السببية والملازمة وإن كان صحيحاً في نفسه كجعلها إلا أن ترتب المسبب وهو الحكم على السبب بعد تحققه أمر عقلي لا يثبت الاستصحاب. وإن شئت فطبق المذكورات على المثال المعروف في الباب وهو أن العصير العنبي إذا غلا ونشّ يحرم، فإنه بعد صيرورته زيبياً يجري فيه الاستصحاب على الأول كما هو الظاهر ولا يجري بناء على الأخيرين. لا يقال: إن موضوع النص العنب والمفروض أنه انقلب زيبياً فلا يجري الاستصحاب بناء على الأول أيضاً، ولو قيل بأنها واحد فيشمله النص بلا حاجة إلى الاستصحاب، فإنه يقال: إن موضوع النص وإن كان منقلباً إلا أن موضوع الاستصحاب لم ينقلب فإن في ظرف اليقين بعد ضم كبرى تعليقية وهو النص إلى صغرى وجدانية وهي هذا عنب يحصل أن هذا إذا غلا يحرم فموضوع الاستصحاب هذا (لاعنب) وهو باق في ظرف الشك. ولا يتوهم أخذ عنوان العنب في هذا، فإن موضوع الصغرى هذا لا هذا العنب وإن لم يأخذ المحمول في الموضوع وهو مستحيل.

هذا إذا كان التعليق شرعياً وأما إذا كان عقلياً كما إذا ورد أن العصير المغلى يحرم الراجع عند العقل إلى تعليق وهو أن العصير إذا غلى يحرم، فوجه عدم جريان الاستصحاب حينئذٍ لاثبات الحكم ظاهر لاستلزامه الاثبات، فإن موضوع الحكم وهو العصير المغلى لازم عقلياً للحرمة التقديرية. ولا فرق في ما ذكرنا بين الاستصحاب في الأحكام كما مر أو الاستصحاب في الموضوعات كما إذا بلغ الأشبار المعلومة فهو كز أو الماء البالغ حجمه كذا فهو كز. (المثال الأول للتعليق الشرعي والمثال الثاني للتعليق العقلي).

إذا عرفت ذلك فاستصحاب جواز الرجوع على تقدير الخروج و إن كان حاكماً على استصحاب الملكية لو تمّ لتفكيحه موضوع ذلك وهو تأثير الفسخ إلاّ أنّه في نفسه غير جار فإنّ التعليق غير ثابت، مضافاً إلى أنّه عقلي لا شرعي، مع أنّ خروج العقود اللازمة عن ذلك كما ذكر موجب لعدم العلم بدخول المقام في أيّ من العنوانين من الأوّل ومعه كيف يجري الاستصحاب؟ وغير ذلك ممّا هو واضح الورود عليه.

الثاني أن يراد من ذلك الاستصحاب القسم الثالث من الكلّي بتقريب أنّه قبل البيع كان للمالك علاقة وهي علاقة الملك وبعده يشكّ في حدوث علاقة أخرى وهي علاقة استرجاع العين فنستصحب طبيعيّ العلاقة. ولا بأس قبل الجواب عن ذلك الإشارة إلى جريان الاستصحاب في القسم الثالث وعدمه.

ذكر بعض المحقّقين أنّ الاستصحاب غير جار فيه، فإنّ الحصّة الموجودة في الكلّي في كلّ فرد مغايرة للحصّة الموجودة في الآخر ولذا يقال: إنّ نسبة الكلّي إلى الأفراد نسبة الآباء إلى الأبناء لاكنسبة أب واحد إلى أبناء متعدّدة. ويظهر من كلامه (ره) في عدّة مواضع أنّه ملتزم بأنّ جميع هذه الحصص تحت طبيعة جامعة نسبتها إليها نسبة الجذّ إلى الآباء.

ولا يخفى ما في ذلك، فإنّ الفرد تمام حقيقة الطبيعة بالضرورة لاحصّة منها ويغاير كلّ طبيعة مع الآخر بالدقّة العقلية كما مرّ لا بالمساحة العرفية العقلية. وحيث إنّ مبنى الاستصحاب على الثاني يجري الاستصحاب في هذا القسم أيضاً كالقسم الثاني. وحيث إنّ صاحب الكفاية (قدّه) رأى التغاير بين الطبيعيّين أنكر الاستصحاب في المقام وما ذكرناه دليل على رده. ويظهر من الشيخ الأعظم (ره) التفاوت بين الاستصحاب في القسم الثاني والثالث وصرّح بذلك بعض الأعظم أيضاً، فإنّه في القسم الثاني متعلّق الشكّ بقاء نفس ما كان موجوداً بخلاف المقام، فإنّ الموجود قد ارتفع يقيناً والمشكوك فيه طبيعة أخرى مغايرة للأولى. وهذا أيضاً لا يتمّ، فإنّ المشكوك بقاءه غير متيقّن حدوثه، بل محتمل الحدوث فلا يكون مجرى الاستصحاب. وبعبارة أخرى أنّ الاستصحاب متقوم باليقين والشكّ والاتّحاد بين قضيتيهما، فإنّ لوحظ التغاير بين الطبيعيّين لا يجري الاستصحاب في القسم الثاني أيضاً، فإنّ متعلّق الشكّ هو الطبيعة الموجودة في الفرد الطويل وهذا غير متعلّق لليقين و إن لم يلاحظ ذلك بل بني على المساحة العرفية فيجري الاستصحاب في القسم الثالث أيضاً. نعم يمكن أن لا يرى العرف الاتّحاد في بعض الموارد إلاّ أنّه لا يمنع من جريان الاستصحاب في غير هذه الموارد. إذا عرفت ذلك ففي المقام الاستصحاب جارٍ في نفسه فإنّه من القسم الثالث والعرف لا يرى التغاير بين المتيقّن والمشكوك إلاّ أنّه حيث لا

أثر على كلّ العلاقة بل الأثر مترتب على الفرد وهو علاقة الاسترجاع لا يجري الاستصحاب. نعم لو كان الاستصحاب جارياً لكان حاكماً على استصحاب الملكية لتنقيح الموضوع فيها وهو جواز الفسخ.

وهذا أجبنا عن الشبهة العبائية المعروفة وهي أنه لو علمنا إجمالاً بملاقاة النجاسة لأحد طرفي العباء وغسلنا طرفاً منها، فلا بد من الحكم بطهارة ملاقي الطرف الآخر لطهارة ملاقي أحد الأطراف والحكم بنجاسة ملاقي الطرفين حينئذٍ لاستصحاب النجاسة في العباء. وهذا بديهي الفساد للزوم دخل الطرف الطاهر في الحكم بنجاسة الملاقي. والجواب عن ذلك أن استصحاب وجود النجاسة في الطرفين استصحاب كليّ فلو كان لها بنتع الكلية أثراً كعدم جواز الصلاة في العباء يترتب، وأمّا الحكم بنجاسة ملاقي الطرفين فلا، فإنه موقوف على إثبات الملاقاة مع تلك الطبيعة ولم يحرز وإثباته بنص الاستصحاب لا يمكن إلا على القول بالأصل المثبت.¹

ويمكن بيان هذا الاستصحاب بوجوه آخر ظهر الجواب عن جميعها ممّا تقدّم كاستصحاب زوال الملك على تقدير الفسخ المتيقن زمان الخيار. وقد تقدّم أنّ مثل هذا الاستصحاب التعليقي الذي يكون التعليق فيها عقلياً لا شرعياً غير جارٍ، فإنّ المجعول في المقام حق الخيار لا التعليق المذكور وكاستصحاب بقاء الحق المتيقن زمان الخيار أيضاً.

١- أقول: لو كان اللازم إثبات الملاقاة مع النجس لما جرى الاستصحاب حتى في موارد استصحاب الفرد أيضاً، فإنّ استصحاب النجاسة لا يثبت الملاقاة مع النجس وما هو محرز بالوجدان الملاقاة مع الماء مثلاً وأمّا مع النجس فلا. والجواب عن جميع الموارد واحد وهو أنّ موضوع نجاسة الملاقي مركّب من أمرين: نجاسة الملاقي (بالفتح) والملاقاة.

وهذا يمكن القول بنجاسة الملاقي في استصحاب الفرد أيضاً وفي المقام الملاقاة موجود بالوجدان والملاقى مستصحب النجاسة فيترتب حكمه فلا بد من الحكم بالنجاسة في مورد الشبهة ولا مانع منه بعد تمامية أركان الاستصحاب وحكومته على الأصل الجاري في الملاقي (بالكسر) بخلاف ما إذا كانت الملاقاة مع أحد الأطراف فقط، فإنّ أصالة الطهارة في الملاقي (بالكسر) بلا حاكم وبلا معارض. وبعبارة أخرى إنه كما يظهر في محله أنّ المستصحب في جميع المقامات قضية وفي المقام، القضية المستصعبة قضية منفصلة وهي أنه «إمّا هذا نجس أوداك» والمنفصلة يلائم مع الشك في الطرفين والعلم في أحدهما فلا استصحاب يجري بلامانع.

والحاصل أنه فرق بين الكلي والعلم الاجمالي، فإنّ القضية الكلية حليّة قابلة للانطباق على الطرفين بخلاف العلم الاجمالي فإنّ القضية فيه منفصلة ولذا لا يحكم بالنجاسة في كلا الطرفين في مورد العلم الاجمالي، واللازم في مورد استصحاب الكلي الحكم بنجاسة جميع الأطراف لانطباق الكلي ولو عنوان أحد الطرفين عليها؛ وهذا كما ترى مع أنّ الحكم بنجاسة الكلي لا يخفى مافيه. فليتدبر. ق

وقد تقدّم أنّ مثل هذا الاستصحاب الذي لا أثر للكليّ القابل للاستصحاب وماله الأثر وهو شخص الحقّ غير قابل له ولا يمكن إثباته باستصحاب الكلّيّ غير جارٍ، إلى غير ذلك ممّا ذكر في بيان الاستصحاب في المقام الظاهر جوابه ممّا ذكرنا. وقد ظهر ممّا مرّ أيضاً وجه عدم جريان استصحاب عدم لزوم العقد في المقام، فإنّه لو سلّم جريانه وأغمض عمّا أورد على استصحاب في الأعدام الأزليّة نعتاً ومطلقاً لأثر لهذا الاستصحاب أبداً، فلا يكون حاكماً على استصحاب بقاء الملك وقد فضلنا وجه ذلك في وجه حكومة الأصل السببيّ على السببيّ المفقود في المقام.

ثمّ لو شككنا في أنّ اللزوم والجواز منوعان للملك أوهما حكمان للعقد والملك ليس إلّا نوعاً واحداً فهل يجري الاستصحاب أم لا؟ التزم الشيخ (ره) بالجريان. وقد استشكل عليه بأنّ المورد من قبيل الشبهة المصدّاقية لدليل الاستصحاب وأجاب المستشكل عن ذلك بأنّ المخصّص في المقام لبيّ ولا مانع من التمسك بالعامّ في الشبهة المصدّاقية للمخصّص إذا كان المخصّص لبيّاً. أمّا كون المقام من الشبهة المصدّاقية لدليل الاستصحاب فلا وجه له، فإنّ الأطراف الثلاثة كلّها مشكوكة حدوثاً فلا تكون مجرى للاستصحاب الشخصيّ، والكلّيّ الجامع بين الأطراف مورد للاستصحاب لتامية الأركان فأين الشبهة المصدّاقية؟ وعبارة أخرى الأمر غير دائر بين ما يجري فيه الاستصحاب وما لا يجري، فإنّ موضوع الاستصحاب هو اليقين والشكّ وليس في الأشخاص ذلك، فلا يجري الاستصحاب في شخص منها فأين الدوران؟ نعم من التزم بعدم جريان استصحاب الكلّيّ في مورد الدوران بين الملكيّة المستقرّة والمنزلة لا يمكنه إجراء الاستصحاب في المقام لا لأنّه من الشبهة المصدّاقية بل لما بنى عليه في وجه عدم الجريان في ذلك المقام.

وأما إنّ المخصّص إذا كان لبيّاً فلا مانع من التمسك بالعموم في الشبهة المصدّاقية له، فأيضاً غير صحيح لعدم الفرق في الشبهة المصدّاقية بين المخصّص اللفظيّ واللفظي. وما قيل من أنّه في اللبيّات يقتصر على القدر المتيقّن غير مرتبط بالمقام، فإنّه مختصّ بما لودار الأمر بين كثرة التخصيص وقتّه إلّا أنّ المقام ليس من هذا القبيل، فإنّ المفروض أنّ الشبهة مصدّاقية. فالصحيح جريان استصحاب الكلّيّ في المقام كما التزم به الشيخ (ره) ولا يخفى أنّ هذا الاستصحاب هو القسم الثاني من الكلّيّ وإن كثرت أطرافه فإنّ الأمر بالآخرة دائر بين القصير والطويل وهذا ظاهر.

٢- النبويّ المعروف: «الناس مسلّطون على أموالهم».

تقريب الاستدلال كما ذكره الشيخ (ره) أي بحيث لا يلزم منه الشبهة المصدّاقية، أنّ إطلاق السلطنة على المال وتامها كما يقتضي جواز أيّ تصرف شاءه المالك فيه ولو

تصرفاً بالاعدام أو بالابقاء كذلك يقتضي عدم جواز مزاحمة الغير أي لا يجوز لغيره أي تصرف مناف لسلطنته ولو كان باعدام الملك و إزالته فلا يجوز له الفسخ. ولا نريد بذلك كما قيل إن الرواية ذو عقدين إيجابي وسلبي، بل ليس لها إلا عقد واحد وهو جعل السلطنة لكن إطلاقها يقتضي عدم جواز تصرف الغير في المال تصرفاً منافياً لسلطنة المالك عليه. ولا نريد أيضاً التمسك باطلاق الرواية بلحاظ مابعد الفسخ حتى يقال إن الشبهة مصداقية، بل التسلط على المال في المرتبة السابقة على الفسخ يقتضي عدم تأثير الفسخ في إزالة سلطنة المالك.

وقد استشكل بعض المحققين على ذلك بأن الاطلاق لا يقتضي انحفاظ موضوعه فإن إطلاق السلطنة و إن كان ثابتاً إلا أنها مترتبة على المال. فلا بد من فرض وجود المال في المرتبة السابقة على السلطنة حتى يكون المالك مسلطاً عليه والفسخ معدم للمال فيكون نفي السلطنة من قبيل السلب بانتفاء الموضوع فلا يمكن التمسك باطلاقه لاثبات عدم تأثير الفسخ في إعدام المال، فإنه هو التمسك بالاطلاق لاثبات موضوعه. وفيه أن الكبرى في مذكره و إن كان صحيحاً أي الاطلاق لا يقتضي انحفاظ موضوعه إلا أن المال ليس موضوعاً للسلطنة، بل الموضوع هو الناس والمال طرف لاضافة السلطنة عليه. نعم حيث إن المتضايقين متكافئان قوة وفعلاً لا بد من فرض وجود المال حتى يصح إضافة السلطنة عليه و حينئذ نقول: كما أن جميع تصرفات المالك في ماله ولو بالاعدام والابقاء من شؤون هذه الاضافة بنظر العقلاء كذلك عدم جواز تصرفات الغير أيضاً من شؤونها وكما أن السلطنة على المال مقتضى لجواز إزالته والاعراض عنه من قبل المالك كذلك السلطنة عليه أيضاً مقتضى لعدم جواز إعدام غير المالك إياه فلا يلزم عدم وجود المال في مرتبة السلطنة، بل السلطنة على المال تقتضي عدم نفوذ الفسخ في إزالة المال وهدم إضافة السلطنة عليه.

وقد استشكل بعض الأعيان أيضاً أن إطلاق الرواية مقتضى تمام السلطنة على الملك لا الملكية وعدم تأثير الفسخ من شؤون السلطنة على الملكية لاعلى الملك، فإن الفسخ إعدام الملكية. ولا يخفى ما في ذلك بعد ما ذكرنا، فإنه كما أن إزالة الملكية من قبل المالك من شؤون السلطنة على الملك كذلك إزالة الملكية من قبل غيره أيضاً مناف تمام سلطنته عليه، فإن تمام سلطنته على المال يقتضي عدم جواز تصرف الغير تصرفاً منافياً لذلك والمفروض أن إزالة الملكية موجبة لاعدام السلطنة على المال أيضاً. فالصحيح دلالة النبوي على اللزوم وعدم تأثير الفسخ في المقام. ولا يتوهم أن ما ذكرنا سابقاً من أن دليل السلطنة دال على السلطنة على المال لا على المقررات الرعية مناف لذلك، فإنه كما أن إبقاء الملك و إزالته من قبل المالك من شؤون السلطنة على المال كذلك إزالته من قبل الغير مناف لها والمقررات

الغير المنافية إنَّما يتصوّر في كَيْفِيَّاتِ التصرفِ وأسبابه لافي أصله. والفسخ من هذا القبيل فإنَّه رافع لأصل المال وهو مناف تمام السلطنة عليه. ولا يتوهم أيضاً أنَّ السلطنة على المال قاعدة عقلائية وإنَّها غير مختصة بالشرع، بل في الشرع أيضاً واردة على طبق ماهو الثابت عند العقلاء.

والعقلاء إنَّما يرون هذه القاعدة في ما إذا لم يكن في البين سلطنة إلهية على الخلاف فإذا يكون دليل السلطنة مقيداً بقيد متصل ومعه يكون الشك في تأثير الفسخ وعدمه من الشبهة المصدقية للعام. فإنَّ حاصل الدليل أنَّ الناس مسلطون على أموالهم لو لم يكن في البين سلطنة إلهية. والشك إنَّما هو في وجود السلطنة الالهية، فلا يمكن التمسك بدليل السلطنة لنفي ذلك؛ فإنَّه لو كان الأمر كما ذكر للزم أن يتبادر بنظر العقلاء بمجرد سماعهم دليل السلطنة تقيدها بذلك القيد ومن الواضح عدم التبادر عندهم إلا ماهو الظاهر منه و السلطنة الالهية وإن كانت ثابتة عند العقل إلا أنَّها من الأمور النظرية ودليلها غير مرتبط بدليل الأول ومنفصل عنه. فع الشك في وجود السلطنة الالهية يرجع الشك إلى وجود المخصص فيمكن التمسك بالعموم عندئذ كما لا يخفى. ولا يتوهم أيضاً أنه على ما ذكرنا سابقاً أنَّ الاطلاق حيثي كاطلاق الآية المباركة «أَجَلَّتْ لَكُمْ بِهِمَّةُ الْأَنْعَامِ» التي لاينافيا دليل حرمة الموطوءة مثلاً، فإنَّ السلطنة على المال من حيث أنه مال لاينافي جواز الفسخ من حيث أنه فسخ.

وقد ظهر جواب ذلك مما ذكرنا فإنَّه بالفسخ يزول المال ويرتفع إضافة السلطنة عليه ومعه كيف يقال إنَّ جواز الفسخ غير منافي لها فإنَّ الحكم فيها حيثي. وبعبارة أخرى أنَّ الفسخ يرتفع نفس هذه الحيثية فيمكن التمسك باطلاقها لنفيه. وإن شئت فطبق بين المثال والمقام، فإنَّ البهيمة الموطوءة مثلاً يجمع للحيثيتين من إحداهما حلال ومن الأخرى حرام. وأمَّا في المقام بالفسخ يزول المال والسلطنة عليه ولا يبقى له مجال. فالتنا في بينها أظهر من أن يخفى. فتحصل إمكان التمسك بدليل السلطنة لاثبات اللزوم.

٣- موثقة سماعة: «لايحل دم امرء مسلم أو ماله إلا بطيبة نفس منه».

والتقريب عين ما تقدّم في الرواية السابقة فلا يلزم من الاستدلال بها التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية. وقد يقال: إنَّ الحلَّ كالحرمة حكم شرعي وله قسمان تكليفي ووضعي. وبما أنَّ الاستعمال في كلا القسمين إما غير جائز أو خلاف المحاورة العرفية، فلا بد من أن يراد منه أحدهما، فإمّا أن يحكم باجمال الرواية من هذه الجهة أو يقال إنَّ تعلق الحلّ بالمال غير ممكن فلا بد من تقدير. وبما أنَّ التقدير في تعلق الحلّ بالذات لايناسب إلا التصرفات، فيكون الحلّ حلية تكليفية ونتيجة ذلك عدم جواز التصرف في

مال الغير كأكله وشربه ولبسه وغير ذلك من التصرفات إلا باذنه. وأما البيع والفسخ ونحوهما فلا تعدّ تصرفاً في المالك حتى تكون الرواية ناظرة اليها. وبعبارة أخرى أنّ التصرف المناسب تقديره من جهة تعلق الحكم بالذات نفسه غير مناسب إلا للحكم التكليفي. وما هو المناسب للحكم الوضعي ليس من قبيل التصرف في المال فالمتعين كون الحكم تكليفيّاً لا غير فلا يمكن التمسك بالرواية في ما نحن بصدده، فإنّ الكلام في المقام في الحكم الوضعي كما لا يخفى.

ولابدّ لنا في الجواب عن ذلك من ملاحظة أنّه أولاً هل استعمال الحلّ في القسمين المذكورين من قبيل استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد أولاً؟ وثانياً ما هو الظاهر من تعلق الحكم بغير ما هو له كالذات في المقام؟ أما الأول، فقد مرّ سابقاً أنّ التكليف والوضع ليسا دخيلين في الموضوع له لفظ الأحكام ولا في المستعمل فيه تلك الألفاظ، بل الموضوع له والمستعمل فيه في موردهما ليس إلا أمر واحد وهو البعث والزجر. والتكليف والوضع أمران انتزاعيان ينتزعان من ذلك بملاحظة المقامات، فمع تعلق البعث والزجر إلى نفس طبيعة شيء كحرمه شرب الخمر ووجوب إعطاء الزكاة مثلاً يفهم منه التكليف ومع تعلق ذلك بشيء في ضمن شيء كالبعث نحو الطهارة في الصلاة أو الزجر عن الكلام فيها، أو تعلقه بشيء مع شيء كالبعث نحو الصلاة مع الطهارة والزجر عن الصلاة في وبرما لا يؤكل لحمه، يفهم منه الوضع كالشرطيّة والمانيّة والصحة والفساد.

فالوضع له فيها واحد والقسمان أمران خارجان عن الموضوع له فما المانع من استعمال ذلك في معناه بحيث يفهم منه التكليف في مورد والوضع في مورد آخر. ولذا ذكرنا في بحث التقية أنّ صحيحة زرارة عن أبي جعفر (ع) «التقية في كلّ شيء اضطرّ إليه ابن آدم فقد أحله الله» إنّ الحليّة قد استعملت في معناها وتشمل الرواية مورد التكليف والوضع كليهما فلو كان الفعل المتّقى به متعلقاً للحكم التكليفيّ كالكذب مثلاً يرتفع حكمه وقد أحله الله. ولو كان متعلقاً للحكم الوضعي كالتكثف في الصلاة مثلاً يرتفع حكمه أيضاً وقد أحله الله، فإنّ ثبوت الحلّ في مقام التكليف ترخيص تكليفيّ وثبوت الحلّ في مقام الوضع ترخيص وضعي وقد استعمل الحلّ في المقامين في معنى واحد وهو الترخيص وعدم المنع. مقامنا أيضاً من هذا القبيل لا يحلّ أي لا ترخيص والتكليف والوضع مستفادان من مقام الاستعمال.

وأما الثاني، فلا بدّ في تحقيق ذلك من ملاحظة أنّ باب المجازات المرسلة والاستعارات هل هو باب استعمال اللفظ في غير ما وضع له كما عليه المشهور أو باب ادعاء كون المستعمل فيه اللفظ فرداً للمعنى الحقيقي كما هو مذهب السكاكي في الاستعارات

وان تبع المشهور في المجازات المرسله؟ أولا هذا ولا ذلك، بل اللفظ لم يستعمل إلا في معناه والادعاء إنما هو في تطبيق المعنى على غير ما هو له كما عليه شيخنا أبوالمجد الشيخ محمد رضا الاصفهاني (ره)؟ والفرق بين الاخيرين أن الارادة الجدّية على خلاف المستعمل فيه بالارادة الاستعمالية على مذهب شيخنا وكونها عينه على مذهب السكاكي. والمختار هو القول الأخير إذ التلاعب بالألفاظ لاحسن فيه وكون زيد أسداً لفظاً لا بلاغة فيه، بل حسن المجازات إنما هو من جهة توسعة المفاهيم إلى ما لايسعه وضع ألفاظها ولايشمله نفس تلك المفاهيم ابتداء، ولكن بعد ادعاء كون هذا منه تشمله حكماً. ولا فرق في ما اختاره (قدّه) بين موارد الاستعارة والمجاز المرسل وإنه أيضاً من هذا الباب، فاطلاق العين على الربيثة ليس إلا بادعاء كونه عيناً باصرة بتمام وجوده لكمال مراقبته وتمام الكلام في محلّه.

إذا عرفت ذلك، ففي المقام قد أسند الحكم إلى المال وهو غير مراد جدّاً و إن كان مستعملاً فيه اللفظ إرادة استعمالية. وقد ادعى أن ما هو المراد جدّاً من ذلك هو المفهوم الحقيقي من المال. وبما أن الادعاء لا بد له من مصحح لا يكون متعلق الجدّ إلا جميع شؤون المال من التصرفات الحسية والاعتبارية وجميع التقلبات والتحوّلات فيه، فإنّ المصحح للادعاء هو ذلك ولايصح ادعاء أن بعضاً منها ولا سيما التصرفات الحسية مال حقيقة. فعلى ذلك يكون الموثقة دالة على عدم جواز التصرف في مال الغير حسياً واعتبارياً تكليفاً ووضعاً. فالفسخ وهو استرداد المال حيث إنه تصرف اعتباري في مال الغير غير نافذ فإنه لايجل. ولا يخفى عليك أن هذا ليس تقديراً في اللفظ، بل اللفظ قد استعمل في معناه الحقيقي وتعلق الارادة الجدّية بما يصح الادعاء بأنه هو المستعمل فيه اللفظ وليس ذلك إلا جميع شؤون المال.

ولو تنزلنا عن ذلك والتزمنا بصحة التقدير، فالصحيح بمناسبة حذف المتعلق الدال على العموم ومناسبة الحكم والموضوع تقدير جميع ما هو من شؤون المال لخصوص التصرفات. ولو تنزلنا أيضاً والتزمنا بأن المقدّر خصوص التصرفات فواجه اختصاص ذلك بالتصرفات الحسية، فإنّ البيع والفسخ ونحوهما أيضاً تعدّ من التصرف بنظر العقلاء، بل اللغة أيضاً شاهد على ذلك. فراجع المنجد، ترى أنه فسّرالصرف بالبيع ونحوه من الاعتباريات. ولو تنزلنا أيضاً والتزمنا بأن المقدّر خصوص التصرفات الحسية إلا أن إلغاء الخصوصية عن ذلك قطعي عند العقلاء. أترى أنه لو عرضت هذه الرواية على العقلاء يرون عدم جواز تصرف أحد في مال الغير من الأكل والشرب واللبس وغيرها. وأما لوباع ذلك المال للزم على المالك الوفاء به وتسليم المال إلى المشتري بدعوى أنه لا دلالة في الرواية على

عدم جواز هذا النحو من التصرف. فعلى جميع التقادير دلالة الرواية على عدم نفوذ الفسخ تامة.

وقد ظهر بهذا البيان أنّ توقيع الشريف وهو «لا يجوز لأحد التصرف في مال غيره إلا باذنه» أيضاً من أدلة المقام، ولو صرح فيه بلفظ التصرف فضلاً عن عدم كونه دليلاً على الخلاف كما توهم. وقد يستشكل في الموثقة بأنّ الحلّ فيها تكليفيّ بقرينة المورد وهورد الأمانة إلى أهلها وقرينة الدم المذكور فيها؛ ولكن ظهر الجواب عنه ممّا مرّ فإنّه بعد ما علم أنّ التكليف والوضع خارجان عن مدلول الحلّ والمورد غير مخصّص للكبرى الكليّة الملقاة تعليلاً للحكم في ذلك المورد وعدم المنافاة بين استفادة التكليف في الدم من المقام واستعمال الحلّ في معناه الحقيقيّ، يندفع الاشكال بالكليّة. ويظهر من تطبيق التعليل وهو عدم حليّة المال على المورد وهو ترك ردّ الأمانة أنّ ترك الردّ ممّا لا يحلّ مع أنّه ليس من التصرفات الحسيّة. فالرواية أيضاً شاهدة على أنّ الممنوع مطلق التصرف حسياً كان أو غيره.

٤- الآية الكريمة: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِثْلِكُمْ».

ويختلف تقريب الاستدلال بها حسب الاستدلال بعقد المستثنى منه و عقد المستثنى والحصر المستفاد من الاستثناء على ثلاثة وجوه:

الأوّل الاستدلال بعقد المستثنى منه وتقريبه أيضاً بوجهين: أحدهما أن يكون النهي عن الأكل بالأسباب الباطلة إرشاداً إلى عدم نفوذ تلك الأسباب وعدم ترتّب الأثر عليها. وبما أنّ المتبع في فهم المراد من مثل هذه الآيات التي متكفّلة لبيان وظائف الناس وأهل العرف نظرهم تكون النتيجة عدم نفوذ الأسباب الباطلة بنظر العرف. وحيث إنّ العرف والعقلاء بعد تامة البيع ومنه المعاطاة يعاملون معه معاملة اللزوم ولا يعتنون بفسخ أحد المتعاقدين من دون رضا الآخر فيكون الفسخ من الأسباب الباطلة بنظرهم. فتدلّ الآية على عدم نفوذه شرعاً أيضاً. وثانيها أن يكون النهي دالاً على الحرمة إلا أنّ حرمة الأكل بالأسباب الباطلة ملازم لعدم نفوذ تلك الأسباب لعدم احتمال أن يكون حرمة الأكل حكماً تعبدياً ولو كان الأسباب نافذاً شرعاً. وحينئذ يتم المقصود بالتقريب المتقدم.

ولكنّ هذا التقريب لا يتم، فإنّ تامة ذلك موقوف على أن يكون منشأ احتمال نفوذ الفسخ احتمال التخصيص الحكمي أي يحتمل أنّ الشارع حكم بنفوذ ذلك مع كونه باطلاً. وعلى هذا وإن صحّ التمسك بهذا العقد من الآية عند احتمال التخصيص والحكم بعدم نفوذ الفسخ إلا أنّ هذا الاحتمال سخيّف جداً، فإنّه مع ورود دليل على نفوذ الفسخ

لا يريه العقلاء مخصّصاً للآية وإنّ الفسخ مع كونه باطلاً نافذ، بل نظر العقلاء ببطلان السبب معلق على عدم ورود تعبد من الشارع بنفوذه. وحينئذٍ يكون الشكّ في نفوذ الفسخ وعدمه راجعاً إلى الشكّ في ورود تعبد من الشارع بذلك وعدمه الراجع إلى الشكّ في بطلان الفسخ وعدمه فيكون من الشبهة المصدّاقية للآية الكريمة. لا يقال. إنّ نظر العقلاء ببطلان السبب وإنّ كان معلّناً على عدم ورود تنفيذ شرعيّ فيه إلاّ أنّه ليس بديهيّاً بحيث يصلح لكونه قرينة حاقة بالكلام، بل إنّ من الأمور النظرية؛ فهي من قبيل القرينة المنفصلة فع الشكّ في ورود التنفيذ الشرعيّ يتمسك بالآية، فإنّ ظهورها تامّ على ما ذكر. وقد مرّ مثل ذلك في دليل السلطنة، فإنّه يقال: كم فرق بين المقام ودليل السلطنة؟ فإنّ الموضوع والمتعلّق كانا محفوظين في تلك الدليل حتى حال الشبهة وكان الشكّ في ورود سلطنة إلهية راجعاً إلى تخصيص دليل السلطنة بخلاف المقام، فإنّه مع ورود دليل التنفيذ يتبدّل الباطل بغير الباطل فالشكّ فيه يكون شكّاً في البطلان وعدمه فلا يمكن التمسك بالآية حينئذٍ.

الثاني الاستدلال بعقد المستثنى ويحتمل فيه أيضاً الوجهين المتقدمين: أحدهما أن يكون في مقام تنفيذ التجارة. ثانيها أن يكون في مقام بيان حلّية أكل المال الحاصل عن التجارة. وتقريب الاستدلال هنا لا يمكن على الاحتمال الأول، فإنّ التجارة بعد الفسخ مشكوك فيها فلا يمكن التمسك بدليل تنفيذ التجارة حينئذٍ فإنّ الشبهة مصدّاقية ويتضح أزيد من ذلك في دليل الوفاء بالعقد إن شاء الله. وأمّا على الاحتمال الثاني، فتقريب الاستدلال أنّ حلّية الأكل إذا حصل بالتجارة مطلقة ثابتة بالاطلاق حتى بعد الفسخ ويلزمها عدم نفوذ الفسخ واللزوم؛ ولكن هذا التقريب أيضاً لا يتمّ فإنّه لو كان المال مقيداً بالتجارة فتكون الشبهة مصدّاقية كالسابق ولو لم يكن مقيداً بذلك فالاطلاق ممنوع فإنّ المال وإن لم تكن مقيداً إلاّ أنّ ترتّب حلّية أكل المال على التجارة يستلزم تضييقاً فيه بحيث لا يشمل غير مورد التجارة. وإن شئت فعبر عنه بالحصة الخاصّة من المال فإذاً تكون الشبهة مصدّاقية أيضاً.

الثالث الاستدلال بالحصر المستفاد من الاستثناء بتقريب أنّ الآية الكريمة دالة على حصر سبب جواز الأكل بالتجارة عن تراض والفسخ ليس منها فلا يكون نافذاً. وأمّا وجه الحصر، فلأنّ الاستثناء في الآية متصل فإنّ المنقطع منافٍ للفصاحة ولا يقع في كلام الفصيح واستثناء المتصل دالّ على الحصر كما برهن في محله؛ ولكن هذا التقريب أيضاً لا يتمّ. أمّا إنّ استثناء المنقطع منافٍ للفصاحة فقد مرّ أنّه مؤكّد للفصاحة في بعض الموارد وأمّا إنّ الاستثناء في الآية متصل، فخلاف ظاهرها ولا وجه لارتكاب خلاف الظاهر.

وأما الحصر، فقد مرَّ أنَّ العرف بملاحظة الآية يرى أنَّ علة الحكم بجرمة الأكل هو البطلان وبقرينة المقابلة يفهم أنَّ الباطل غير نافذ والحق نافذ، فلا حصر. ولا يمكن التمسك بالآية لاثبات اللزوم للشكِّ في أنَّ الفسخ من الباطل أو الحق. ولا فرق حينئذٍ بين كون الاستثناء متصلاً أو منقطعاً فإنَّ العرف يفهم من الآية التفصيل المذكور على أيِّ تقدير.

٥- أدلة خيار المجلس.

ونحن نذكر أولاً ما هو أشمل من جميع روايات الباب ونتكلّم فيه، ثمَّ في سائرهما. أما الأوّل فصحيحة الحلبيّ عن أبي عبد الله (ع): «أبى رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتّى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع». ويمكن الاستدلال بها على ثلاثة وجوه: أحدها التمسك بصدر الرواية بتقريب أنَّ المستفاد من هذا الاطلاق أنَّ البيع فيه الخيار وحيث إنَّ جعل الخيار للعقد الجائر لغو بحكم العقل فيعلم أنَّ البيع لازم، ومن البيع المعاطاة، فهي لازمة. ولكن لنا أن نقول: إنَّ هذا الحكم العقليّ لو كان من البدئية بحيث يكون من القرينة الحافّة بالكلام فتكون الشبهة مصداقيّة وهذا واضح، ولو كان من قبيل الأمور النظرية بحيث يعدّ من القرينة المنفصلة عن الكلام فأيضاً الأمر كذلك. فإنَّ تنافي جواز العقد والخيار موجب للعلم بأنَّ ما دلّ على أنَّ البيع فيه الخيار لم يرد منه البيع الجائر فإذا تكون الشبهة مصداقيّة.^١

ثانيها التمسك بمفهوم الغاية؛ ولكن غاية ما يدلّ المفهوم عليه أنه لا خيار بعد الافتراق

١- ما أفاده (دام ظلّه) وإن كان قوياً في النظر إلا أنَّ الأقوى أنَّ هذا الحكم العقليّ غير مقيد للكلام فإنّه مطلق بحسب الارادة الاستعمالية على الفرض والتقييد في الارادة الجدّية غير معلوم. نعم، لو كان للبيع فرد جائز لكننا نحكم بخروجه والتقييد إلاَّ أنه لا يعلم ذلك فيقع الشكُّ في التقييد وتطابق الارادة الجدّية والاستعمالية والأصل الاطلاق، فبضمّ الدليلين يعلم أنَّ البيع مطلقاً غير جائز ومنه المعاطاة. وبعبارة أخرى إنّه لا يعلم بوجود البيع الجائر فلا معنى لأن يقال إنّه لم يرد من الرواية البيع الجائر، بل لو لم يوجد البيع الجائر فاطلاق الرواية محفوظ بلا كلام؛ فحيث لا يعلم وجود البيع الجائر وعدمه لا يمكن رفع اليد عن الاطلاق. فنتيجته أنَّ كلَّ بيع فيه الخيار والحكم العقليّ بمنزلة الكبرى لذلك هو أنَّ كلّها فيه الخيار فهو لازم، فكلَّ بيع لازم ومنه المعاطاة. نعم، لو كنّا نعلم بوجود البيع الجائر لتّم ما أفاده وكانت الشبهة مصداقيّة.

وما أسرّني لما وقفت على أنَّ الشيخ الأعظم (قدّه) أيضاً موافق لهذا التفصيل في المخصّصات اللبّيّة.

نعم، أصل الاستدلال في المقام غير تامّ لعدم المنافاة بين الجواز والخيار كاجتماع أسباب الخيار في زمان واحد ولا لغويّة في ذلك أصلاً كما ذكر في محله. ق

وأما جواز العقد الذي هو حكم شرعي فلا يدلّ على نفيه.^١

ثالثها التمسك بذيل الرواية بتقريب أنّ إطلاق الوجوب يقتضي اللزوم؛ ولكنّ هذا التقريب أيضاً لا يتم، فإنّه لو لم يكن صدر الرواية مطلقاً بحيث يشمل البيع الجائر فتختصّ الرواية بالبيع اللازم فتكون الشبهة مصداقية، ولو كان مطلقاً يشمل ذلك. فع إطلاق الوجوب يقع التنافي بين الصدر والذيل، فإنّ المفروض أنّ الصدر شامل للبيع الجائر والذيل دالّ على عدم الجواز فلا بدّ من أحد التقييدين. أمّا في الصدر بخروج البيع الجائر، فتكون الشبهة مصداقية وأمّا في الذيل بأنّ الوجوب حيثي أي من حيث الخيار، فلا ينافي جواز المعاطاة. فعلى أيّ تقدير لا يمكن التمسك بهذه الصحيحة لاثبات المطلب.^٢

وأما الثاني، فالروايات الواردة في الباب على ثلاث طوائف:

منها ما لا يكون الجملة الأخيرة مذكورة فيها كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) قال: قال رسول الله (ص): «البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام».

ومنها ما اشتمل على تلك الجملة أيضاً كصحيحة الحلبيّ المتقدمة وصحيحة الفضيل عن أبي عبد الله (ع) قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري. قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منها.

ومنها مادّة على فعل أبي جعفر (ع) كصحيحة الحلبيّ عن أبي عبد الله (ع) أنّه قال: إنّ أبي اشتري أرضاً يقال لها «العريض» فلما استوجبتها قام فضى. فقلت له: يا أبا! عجلت القيام؟ فقال: يا بني! أردت أن يجب البيع.

و شيء منها لا يدلّ على لزوم المعاطاة، فإنّ الأخيرة مضافاً إلى ورود لفظ

١- التفاوت بين الخيار الحقيقي والجواز الحكمي غير مرتبط بما يستفاد من الرواية عرفاً، فإنّ الخيار عرفاً بمعنى التخير في الفسخ. فالمستفاد من الرواية عرفاً أنّ البيع يمكن فسخه قبل التفرق وبعده يثبت ولا يمكن فسخه (تأمل). وهذا إيجاب عن توهم أنّ الحكم المستفاد من المفهوم حيثي أي المنتفي بعد الافتراق هو ما كان ثابتاً قبله وهو خيار المجلس فلا ينافي ثبوت غيره، فإنّ تعنون الخيار بالمجلس وغيره غير مرتبط بما يستفاد من الرواية عرفاً وهو ما ذكرناه. فتأمل. ق

٢- هذا لو علمنا من الخارج أنّ البيع قسمان: جائز ولازم. وأمّا لو لم نعلم بوجود البيع الجائر فلا معنى لإطلاق الرواية من هذه الجهة، بل الصدر يدلّ على أنّ كلّ بيع فيه الخيار والذيل يدلّ على أنّ الموضوع المذكور يجب بالافتراق فكّل بيع يجب بالافتراق. وبعبارة أخرى إنّ بتحاكم الصدر والذيل يعلم أنّ كلّ بيع لازم، فليس في البين بيع جائز حتى يقع ما ذكر من التنافي. ق

الاستيجاب فيها الدالّ على أنّ شراؤه (ع) كان باللفظ ولا سميّاً في الارض، فإنّ المعاطاة فيها غير متعارفة. إنّ الفعل الواقع في موقع خاصّ لا إطلاق له ليمسك به عند الشكّ. وأمّا الطائفة الأولى، فإرادة مطلق الخيار منها غير ممكن للزوم الاستهجان بتقييدات كثيرة لسائر الخيارات؛ وإرادة خصوص خيار المجلس منها لا يجدي لاثبات للزوم بعد انقضاء زمان الخيار حتّى يتمسك بها لاثبات لزوم المعاطاة. فإنّ (حتّى يفترقا) يكون قيداً محققاً لموضوع هذا الخيار فلا مفهوم له إلّا على نحو السلب بانتقاء الموضوع. وممّا يدلّ على ذلك عطف خيار الحيوان بهذا الخيار في عدّة من الروايات، ومنها الصحيحة المتقدمة فإنّ هذا العطف ظاهر في تنوع الخيار في المجلس والحيوان فالثابت للبيعان قبل الافتراق خيار خاصّ وسمّاه الفقهاء بخيار المجلس من هذه الجهة واستدلّوا على ذلك الخيار فقط بهذه الجملة لذلك.

وقد ظهر بهذا الجواب عن الطائفة الثانية أيضاً، فإنّ الخيار فيها ليس على إطلاقه وإلّا لزم الاستهجان، بل هو خيار خاصّ فالقيد محقق للموضوع والوجوب أو عدم الخيار حيثيّ من جهة تلك العلة. ويدلّ على ذلك استعمال (وجب البيع) في غير خيار المجلس أيضاً كرواية عليّ بن رثاب في خيار الحيوان: «فإذا مضت ثلاثة أيّام فقد وجب الشراء». فإنّ الاستفادة من هذا أنّ الحكم حيثيّ ولا إطلاق له حتّى يقال إنّ بعد انقضاء زمان خيار المجلس أو خيار الحيوان يجب البيع مطلقاً، بل يستفاد منها وجوب البيع من حيث تلك الخيارات.¹

١- أقول: يمكن أن يقال: إنّ الاستفادة من العطف المذكور في الروايات إطلاق الحكم لاحتياطه والاقْتِصَار على الخيارين مع أنّ الامام في مقام البيان وعدم التعرّض لغيرهما يدلّنا على ذلك. فإنّ السّرّيّ عدم ذكر سائر الخيارات أنّها خارجة عن طبع البيع بل تحصل عند عروض أسباب خاصّة. وما هو في طبع البيع ومشارك بين جميع البيوع منحصر بهما؛ ففي بيع الحيوان إلى ثلاثة أيّام لصاحب الحيوان وفي المجلس إلى زمان التفرّق. فالروايات تدلّنا على أنّه بعد التفرّق أو ثلاثة وجب البيع بطبعه. فما دلّ على سائر الخيارات غير مقيدة لذلك فضلاً عن لزوم الاستهجان؛ بل لامعنى لأنّ يقال إنّ (وجب البيع) حيثيّ فإنّ الوجوب الحيثيّ على تقدير أنّ يكون القيد محققاً للموضوع يكون من باب السلب بانتقاء الموضوع لاحتياج إلى الذكر بل ذكره لا يخلو عن اللغو، بل إضافة الوجوب إلى البيع وإرادة الحيثيّة لا يخلو عن شيء.

وعلى أيّ حال ما يمكن أن يقال إنّ الروايات ولا سميّاً من جهة العطف وان كانت ظاهرة في تنوع الخيارين إلّا أنّ الوجوب الواقع في الذيل مطلق في جميع موارد إطلاقه، فإنّ في كلّ مورد فرض انقضاء خيار مختصّ بذلك المورد. ومع قطع النظر عن غير ذلك الخيار أسند الوجوب إلى البيع مثلاً بعد الافتراق وتامية خيار المجلس قطع النظر عن وجود خيار آخر كالحيوان وأسند الوجوب إلى البيع،

٦- الآية الكريمة: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

وتقريب الاستدلال بوجهين:

الأول ما هو المعروف من أنّ الوفاء بالعقد كالوفاء بالنذر والعهد وغيرها هو العمل بما يقتضيه ذلك العقد من تسليم المال إلى من انتقل إليه والبقاء على ذلك، فإذا لا يجوز أخذه منه بفسخ أو غيره فإنه منافع للعمل بمقتضى العقد. والتقريب على هذا المعنى على أنحاء ثلاثة:

أ- إنّ الأمر بالوفاء بالعقد أي العمل بما يقتضيه كناية عن لزوم العقد من باب استعمال اللفظ في اللازم بحسب الإرادة الاستعمالية وإرادة الملزوم بحسب الجدة، فإنّ لازم اللزوم هو العمل بالمقتضى. فعلى هذا التقريب يكون الأمر بالوفاء إرشاداً إلى اللزوم.

ب- إنّ الأمر بالوفاء بالعقد أي العمل بما يقتضيه تعلّق بالعمل بالمقتضى حتّى بحسب الإرادة الجدّية لكثرة ليس أمراً مولوياً، بل أمر على نحو ما هو ثابت عند العقلاء من لزوم العمل بما يقتضيه العقد وحيث إنّ بين الزوم العقد وذلك ملازمة عند العقلاء فالآية تدلّ على لزوم العقد بالدلالة الالتزامية، فعلى ذلك الملازمة والطرفان كلّها عقلائية. فهذا التقريب دالّ على اللزوم العقلائي.

ج- إنّ الأمر بالوفاء أمر مولويّ إلا أنّ العقلاء يرون الملازمة بين وجوب العمل بمضمون العقد ولزوم ذلك و إن لم تكن ملازمة عند العقل لامكان أن يكون الفسخ محرماً ومؤثراً. فالملازمة عقلائية و إن كان الطرفان شرعيين. وعلى هذا التقريب اللزوم أمر شرعي. هذه هي الاحتمالات.

ومقتضى الجمود على اللفظ الاحتمال الثالث هو الأقرب، فإنّ ظاهر الأمر الوجوب المولوي. ومقتضى الاعتبار وفهم العقلاء أيضاً من الرواية هو الاحتمال الثاني أي يكون الأمر إرشاداً إلى ما هو الثابت عند العقلاء وبالملازمة العقلائية يستكشف اللزوم. وأمّا الاحتمال الأول، فبعيد ومخالف لظهور الكلام وفهم العقلاء من ملاحظة الرواية.

الثاني أن يقال إنّ مفهوم العقد لم يرد قطعاً بل هو عنوان كنائيّ عن القول والقرار ووجوب الوفاء بذلك ليس إلا الثبات عليه وعدم نقضه، فبالطابقة تكون معنى الرواية لزوم العقد. وهنا إشكال وهو أنّ متعلّق الأوامر لابدّ وأن يكون مقدوراً للمكلف، ففي المقام الأمر بالثبات على العقد لا يمكن إلاّ مع كون العقد جائزاً و إلاّ فالأمر بالثبات على ما هو

وهكذا في مابعد الثلاثة في خيار الحيوان. وهذا يدلّ على وجوب البيع بالطبع بحيث لو لم يكن خيار وجب ومنه المعاطاة فهي أيضاً لازمة بالطبع. ق

ثابت في نفسه ولا يمكن نقضه من التكليف بغير المقدور. ولكن هذا يتم في ما إذا كان الأمر أمراً مولوياً شرعياً وأما لو كان أمراً إرشادياً إلى اللزوم كقوله «لا تفسخ فإن الفسخ لا يؤثّر» فلا يتم نظير «لا تصلّ في وبرما لا يؤكل لحمه»، فإنه إرشاد إلى فساد الصلاة في ذلك لاحترامها حتى يقال إنّ النهي فرع الصحة و إلاّ تعلق التكليف بغير المقدور. فيدور الأمر بين أن يكون الأمر بالوفاء مولوياً أو إرشادياً إلى عدم تأثير الفسخ والاحتمال الثاني أقرب بنظر العقلاء فإنه لا يحتمل أن يكون الفسخ من المحرّمات الشرعية.

إن قلت: إنّ احتمال حرمة الفسخ شرعاً وكون الأمر مولوياً وإن كان ساقطاً إلاّ أنّ هنا احتمالاً آخر وهو أنه جعل في الآية الكريمة وجوب الوفاء بالعقد مولوياً وحرمة الفسخ شرعاً مستعملاً فيه اللفظ بحسب الإرادة الاستعمالية وتعلق الجّد بلازمه وهو جواز العقد. فحرمة الفسخ شرعاً وإن لا يحتمل إرادتها من الآية إلاّ أنه يحتمل جعلها كناية عن جواز العقد، فدار الأمر بين كون الأمر إرشاداً إلى اللزوم أو كناية عن الجواز فأتي ترجيح للأول على الثاني؟

قلت: الاحتمال الثاني يشبه الأحجية عند العقلاء وجعل وجوب الوفاء كناية عن جواز العقد أمر لا يقبله الطباع بل هو مستنكر عند العقلاء بخلاف جعله إرشاداً إلى اللزوم. هذا لو أريد من وجوب الوفاء المعنى الكنائي فقط وإن أريد من معناه الحقيقي والكنائي معاً فضافاً إلى ما ذكرنا من عدم احتمال كون الوجوب مولوياً شرعياً وجعل وجوب الوفاء كناية عن الجواز أمر مستنكر عند العقلاء، إنّ أمر هذا الاستعمال أصعب من استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد فإنه مستلزم لاجتماع اللحاظين استقلالاً وآلياً في لحاظ واحد.

هذا بناء على أن يراد من الوفاء أحد الوجهين وعلى تقدير كون الوفاء أعم من كل واحد من الوجهين فيمكن تقريب الاستدلال بوجه آخر وهو أنه على تقدير اقتضاء الأمر بشيء للنهي عن ضده العام يكون الفسخ وترك التسليم حدوداً وبقاء منهياً عنه. فبمقتضى حكم العرف نفهم من النهي عن ترك التسليم أنه حرام تكليفاً ومن النهي عن الفسخ أنه حرام وضعياً، وقد ذكرنا أنّ هذا ليس استعمالاً في المعنيين بل هو استعمال في معنى واحد والتكليف والوضع يفهمان من مقام الاستعمال. ولكن قد حَقَّق في محلّه أنّ العقلاء لا يفهمون من الأمر بشيء للنهي عن ضده إلاّ أن يقال إنّ الأمر في الملازمات بيد العقل لا العقلاء، فإنّ العقلاء إذا فهموا من كلام مثلاً الوجوب وإن لم يفهموا منه وجوب المقدّمة لكنّ العقل يحكم بوجودها وهكذا النهي عن الضدّ العام، إلاّ أنّ الشأن في الاقتضاء مضافاً إلى أنّ حكم العقل بالاقتضاء لا يختلف بحسب الموارد حتى يقال إنّ الحكم في مورد

تكليفي وفي مورد آخر وضعي^١.

ويمكن توجيه آخر لدلالة الآية على اللزوم وهو أن وجوب الوفاء بالعقد معناه تسليم المال إلى من انتقل إليه وعدم التصرف فيه تصرفاً مناقضاً لذلك العقد، وأخذ المال ولو بالفسخ تصرف مناقض لذلك فلا يجوز. ولكن هذا التقريب أيضاً لا يتم، فإنه لو كان الأخذ بعد إنشاء الفسخ ولو كان بابراره بالتصدي نحو الأخذ فهو من الشبهة المصدقية للتصرف في مال الغير. ولو كان إنشاء الفسخ بالأخذ بحيث يكون الأخذ مقدماً على الفسخ رتبة فعدم جوازه لا ينافي تأثير الفسخ.

وأما الشيخ (ره) ذكر في وجه دلالة الآية على اللزوم ماملخصه:

إن المراد من وجوب الوفاء في الآية المباركة هو وجوب العمل بمقتضى العقد من ترتيب آثار ملكية المنتقل اليه للمال فيحرم جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد ومنها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف وهذا لازم مساو للزوم العقد. فقد استدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي، بل قد حقق في محله أنه لا معنى للحكم الوضعي إلا ما انتزع من الحكم التكليفي. انتهى ملخصاً.

و أورد على ذلك أولاً بأن الوفاء بالعقد أجنبي عن التصرفات، بل هو التسليم والتسلم، وثانياً بأن خاصة الأمر الانتزاعي الاتحاد مع منشأ الانتزاع فهو قابل للحمل

١- لا يخفى أنه لو كان تقريب الاستدلال على الأعم متوقفاً على اقتضاء الأمر بشيء للنهي عن ضده ليس هذا من جهة إرادة الأعم بل من جهة أن الأمر بالثبات على العقد غير مرتبط بالفسخ إلا على الاقتضاء وهذا يجري في التقريب الثاني من الوجهين المتقدمين أيضاً. والحق أن إثبات عدم تأثير الفسخ غير متوقف على الاقتضاء، فإن معنى الأمر بالثبات على العقد (بايداري بعقد) إدامته وحيث إن الأمر إرشاد إلى أن الإدامة ثابتة لا محالة ولا مفر منها فنفهم منه اللزوم وعدم تأثير الفسخ بلا توقف على الاقتضاء. وعين هذا البيان يجري على إرادة الأعم أيضاً وهو أن الأمر بالوفاء بالعقد بعث إلى التسليم والثبات على العقد ويفهم عقلاً أن الأول تكليفي والثاني وضعي. ولا نريد مزيد من ذلك.

هذا وحيث إن الوفاء بالعقد مطلق عرفاً أي العرف يرى التسليم من الوفاء بالعقد ويرى الثبات على العقد أيضاً من الوفاء به، فنقول: إنه أريد من الآية الكريمة كلا الأمرين معاً فيثبت أن التسليم واجب والثبات على العقد لازم. فلو لم من التمسك بالآية بعد الفسخ بناء على إرادة التسليم من الوفاء التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لا يلزم منه بناء على إرادة الثبات على العقد منها وبناء على الصحيح من إرادة الأعم. ولايتوهم أن الاستعمال في الأعم يستلزم استعمال الوفاء في المعنيين وهو الثبات على نفس العقد والعمل بمقتضاه وهو التسليم فإن الثبات والتسليم غير مستعمل فيهما اللفظ، بل الوفاء قد استعمل في معناه وعققت الوفاء هو التسليم والثبات وهذا معنى إرادة الأعم. خذو اغتم. ق

عليه كالفوق القابل للحمل على منشأ انتزاع الفوقية منه ولا يمكن حمل الحكم الوضعي على الحكم التكليفي المنتزع منه ذلك.

ويمكن دفع كلا الايرادين، أما الأول فالشيخ (ره) لا يريد من التصرفات مطلقها حتى يقال إنها أجنبية عن الوفاء بالعقد، بل أراد بذلك التصرفات الناقصة بقريته كلامه المتقدم ولاشبهة أنها منافية للوفاء بالعقد. وأما الثاني، فهو (ره) لا يريد من الانتزاعي معناه المصطلح، بل بقريته (وهذا لازم مساو للزوم العقد) أراد بذلك أنّ هذا من قبيل حصول إرادة عقيب إرادة أخرى. وكيف كان فالمهم في كلامه (ره) هو الشبهة المصادقية فإنه بعد الفسخ لا يعلم بقاء العقد حتى يقال إنّ التصرفات الواقعة بعد الفسخ منافية لمقتضى العقد. وقد يجاب عن الشبهة بأن المراد بالعقد هو الانشاء وهو آني الحصول، أو بأن العقد ولو كان بالفعل فهو متصرم الوجود والوفاء بذلك ولو بعد الفسخ متصور فلا شبهة في البين. وهذا الجواب غير صحيح، فإنّ الانشاء الآني الحصول أو العقد المتصرم في الوجود غير قابل للفسخ وما هو قابل له هو المنشأ وهو القول والقرار وهذا المعنى له وجود حدوداً وبقاء وباعتبار وجوده البقائي قابل للفسخ وبعد الفسخ في المعاطاة لا يعلم بقائه حتى يتمسك بالآية فتكون الشبهة مصادقية.

ثم إنه ذكر بعض الأعظم أنه يمكن التمسك بالآية الكريمة لاثبات اللزوم في العقود اللفظية دون المعاطاة. ولا يلزم من التمسك بها في العقود اللفظية التمسك بالعام في الشبهة المصادقية فإنه على ما هو الصحيح من القول بأصالة الجعل في اللزوم ولولم نقل بها في بعض الأحكام الوضعية ظاهر فإنّ الآية الكريمة حينئذٍ إرشاد إلى اللزوم. وعلى القول بالتبعية فما هو مناسب لانتزاع اللزوم منه ليس ما هو العقد بمعناه الاسم المصدرى، بل هو الالتزام والتعقيد بالمعنى المصدرى وحينئذٍ لا يلزم من التمسك بالآية بعد الفسخ لاثبات اللزوم التمسك بالعام في الشبهة المصادقية فإنّ الشبهة في العقد بالمعنى الاسم المصدرى لافي الالتزام والتعقيد بالمعنى المصدرى.

هذا في العقود اللفظية وأما في المعاطاة فلا يمكن التمسك بالآية لاثبات اللزوم فيها. والفرق بينها أنه في العقود اللفظية ينشأ أمران أحدهما بالمطابقة وهو النقل والانتقال والآخر بالالتزام وهو التزام المتعاقدين بضمون العقد وفي المعاطاة بما أنه لا دلالة التزامية للفعل لا ينشأ إلا الأمر الأول. فجاوز التمسك بالآية لاثبات اللزوم منحصر بالعقود اللفظية لا المعاطاة لأنّ فيها لا ينشأ التزام المتعاقدين بضمون العقد حتى يتمسك بالآية لاثبات وجوب الوفاء به.

هذا محصل كلامه في المعاطاة وفي أول الخيارات وللمناقشة في هذا الكلام مجال

واسع. أما في ما ذكره في العقود اللفظية من أنه بناء على القول بالتبعية لابدء من إرادة الالتزام والتعقيد من العقد حتى يناسب انتزاع اللزوم منه، فإن محل النزاع هو اللزوم وظاهر هذا الكلام أنه أخذ اللزوم مفروغاً عنه. وبعبارة أخرى الكلام في إثبات اللزوم من الدليل لا تأويل الدليل بحيث يكون موافقاً للزوم. على أنه ما المراد بالوفاء بالتعقيد والالتزام؟ فلا أظن أن هذا القائل يلتزم بوجود التعقيد والالتزام بعد الفسخ ولو كان مؤثراً. فلو سلمنا أن المراد من العقد هو التعقيد إلا أن وجود الوفاء بالتعقيد أيضاً يدور مدار وجود العقد فإذا لزم المحذور وهو التمسك بالاطلاق في الشبهة المصدقية.

وأما ما ذكره في المعاطاة فقد مرّ الجواب عنه وقلنا إن العقلاء لا يرون فرقاً بين العقود اللفظية وغيرها بالنسبة إلى التزام المتعاقدين بالثبات على العقد. وأيضاً الدلالة الالتزامية ليست دلالة لفظية بل إنها هي دلالة المعنى فلو التزمنا بوجود هذه الدلالة في العقود اللفظية لابدء من أن نلتزم بوجودها في المعاطاة أيضاً، فإن اللزوم وهو تبادل الاضافتين موجود في المعاطاة أيضاً فيتبعه لازمه.

على أن الباب ليس باب الدلالة أبداً في العقود اللفظية ولا في غيرها فإن الدلالة فرع القصد والمتعاملان غير قاصدين بالنسبة إلى إبقاء العقد وعدمه، بل وجه اللزوم في العقود اللفظية هو اعتبار العقلاء بأن بعد تمامية المعاملة لابدء من أن يكون المتعاملان ثابتين عليه وهذا الاعتبار بعينه موجود في المعاطاة أيضاً. والحاصل أن الآية لو أثبتت اللزوم في العقود اللفظية ثبت ذلك في المعاطاة أيضاً إلا أن الشأن في إمكان التمسك بها بعد الفسخ من جهة الشبهة المصدقية.

وقد يدافع عن الشيخ (ره) في دفع الشبهة المصدقية بأن الفسخ كسائر المعاملات لابدء فيه من الطرفين وفي المقام حيث إنه ليس إلا من طرف واحد فليس بمعتبر فيجب الوفاء بالعقد بلا محذور التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية. ولو أغمضنا عما ذكرنا في الفسخ فأيضاً يمكن دفع الشبهة بإمكان تصوير العقد بضم إنشاء الفاسخ حدوثاً إلى إنشاء غير الفاسخ بقاء وهذا المقدار كافٍ في تحقق العقد فلا شبهة مصدقية في المقام. والجواب عن هذا ظاهر، فإن الفسخ هو سلب الربط وهذا كما يمكن ببناء الطرفين على ذلك يمكن ببناء أحدهما على ذلك أيضاً، فإن الربط قائم بالطرفين ومع سلب أحدهما ينتفي لاحتالة، مضافاً إلى أنه في محيط العقلاء الفسخ في موارد غير متوقف على إمضاء الطرفين كما لا يخفى. وأما تصوير العقد بما ذكر فأيضاً فاسد لاجبا قيل من أنه ضم الموجود إلى المعدم، بل لأنه لا ربط بين الانشائين أحدهما بحسب الحدوث والآخر بحسب البقاء، وهذا أيضاً ظاهر. والمهم في دفع الشبهة ما ذكره الأكثر وهو أن المعاطاة عقد عرفي ولو بعد الفسخ.

والشك في تأثير الفسخ إنما هو الشك في حكم الشارع بنفذه، فعلى ذلك لا بأس بالتمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لدفع الشك. وتقريب هذا أنّ موضوعات الأحكام قد تكون من قبيل الأمور التكوينية كالماء والخمر وهكذا في هذا القسم الشارع لا يمكنه التصرف فيه موضوعاً بل غايته أن يتصرف فيه حكماً بالتخصيص فيه، فإنّ الأمور التكوينية غير قابلة للجعل نفيّاً وإثباتاً ويد التشريع منتفٍ عنها؛ وقد تكون من قبيل الأمور الاعتبارية العقلية كالبيع والفسخ وغير ذلك وهذا على نحوين: أحدهما أن يكون التصرف الشرعي كالقسم الأول خروجاً تخصيصياً عن دليل الأول كحرمة البيع الربوي مثلاً. وثانيهما أن يكون اعتبار العقلاء معلقاً على عدم اعتبار من الشارع كالباطل على مامر، فإنّ حكم العقلاء بالبطلان موقوف على عدم أثر في البين أصلاً ومع حكم الشارع بالتأثير والنفوذ فلا موضوع لحكم العقلاء بالبطلان وهذا كالمالية التي تعتبرها العقلاء إذا رغب في الشيء جماعة ولولم يرغب فيه جماعة آخرين. فلا بد لنا من النظر في أنّ الفسخ هل هو من قبيل النحو الأول أو الثاني. ونتيجة ذلك أنه لو كان على النحو الأول فيمكن التمسك بالعموم لدفع الشبهة بلا محذور وأما على النحو الثاني فتكون الشبهة مصداقية ولا يمكن دفعها بالتمسك بالعموم. ولا يخفى أنه عند العقلاء اعتبار العقد غير معلق على عدم ورود دليل من الشارع على بطلانه حتى في موارد بيع الخمر والخنزير فضلاً عن مورد الفسخ ولو حكم الشارع بجوازه. والعقل أيضاً حاكم على ذلك، فإنّ كلّ اعتبار مسبق بمبادئه الخاصة وبعد تمامية المبادئ يعتبره العقلاء سواء أمضاه الشارع أم لا.

وأما في مورد اعتبار البطلان، فموضوع الاعتبار وهو البطلان أمر غير قابل للاعتبار مع حكم الشارع بعدم البطلان كما مرّ بخلاف العقد والبيع والتجارة وغيرهما من العناوين الاعتبارية العقلية التي يعتبرونها بلا لحاظ أي حكم من الشارع. ولو تصرف الشارع بدخل قيد وجودي أو عدمي فيه فهو تخصيص حكمي لا خروج موضوعي. وبعبارة أخرى أنّ الاعتبار الشرعي في البيع مثلاً غير مغتبر للبيع العقلاني وهذا ظاهر، بل أمره دائر بين التقييد في المسبب وهو الملكية أو التضييق في الأثر ولو مع حصول الملكية. وحيث إنّنا نجزم بخلاف الثاني فالأول هو المتعين فالعقد العرفي محفوظ على حاله ومع تصرف الشارع يقيدهما هو مسبب عن العقد وهذا كما ترى جارٍ في جميع موارد الشك في دخل شيء وجودي أو عدمي في المعاملة ومنها المقام وهو الشك في اعتبار عدم الفسخ في بقاء العقد. العقد العرفي موجود فلا مانع من التمسك بالاطلاق لدفع الشك والشبهة ليست بمصداقية. ولو تنزلنا وسلمنا أنّ الاعتبار الشرعي موجب للخروج عن العقد موضوعاً وأنّ اعتبار العقلاء معلق بعدمه إلا أنه ليس من قبيل البطلان الذي كان أمراً واقعياً منتزِعاً من منشأ انتزاع

واقعي وهو عدم ترتب أثر على المعنون به أصلاً بل هنا لو سلم تعليق الاعتبار فهو معلق على عدم وصول الاعتبار الشرعي فما لم يصل ذلك ولو في ظرف الشك الاعتبار العقلائي موجود. فعلى هذا أيضاً ليست الشبهة مصداقية.

ثم إنه ذكر بعض الأعاضل المحقق (قده) توضيحاً لما ذكره الأكثر في دفع الشبهة بما حاصله أن موضوع الحكم ليس هو اللفظ أو الانشاء أو الالتزام القلبي، فإن كل ذلك وجد وانعدم ولا معنى لوجوب الوفاء به وليس هو أمراً واقعياً بحيث يكون العرف والشرع معرقاً له حتى يلزم من الاستثناء تخطئة العرف، بل هو أمر اعتباري عرفي أو شرعي الذي تشخصه بنفس الاعتبار ووعاء وجوده ظرف الاعتبار. وهل هو الاعتبار الشرعي أو العرفي؟ فحيث إن الموضوع لا بد وأن يؤخذ من العرف فالأول هو المتعين ومحدور التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية إنما يلزم على الثاني دون الأول. إنها الكلام في أن الاعتبار العرفي هل أخذ تمام الموضوع للحكم أولاً، بل المأخوذ هو الاعتبار الموافق للاعتبار الشرعي؟ وبعبارة أخرى هل أخذ الاعتبار العرفي موضوعاً للحكم أو طريقاً إليه وهو الاعتبار الشرعي المتعين هو الثاني للزوم التخصيص الحكمي من الاستثناء في الأول وهو بعيد؟ ومعنى ذلك أنه حيث إن الشارع رأى الملازمة بين اعتباره واعتبار العرف أخذ الاعتبار العرفي موضوعاً لحكمه فلاستثناء يرجع إلى الملازمة فليس في البين تخصيص حكمي ولا التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية ولا تخطئة في اعتبار العرف ولا تبدل الموضوع، بل في مورد الشك يؤخذ باطلاق الدليل فإن الموضوع وهو الاعتبار العرفي موجود والشك في الملازمة يرجع الى الشك في التخصيص.

هذا محصل كلامه (قده) إلا أنه يشبه تطبيق الدعوى على الدليل لا إقامة الدليل على المدعى. أولاً إن ما أفاده مبني على الالتزام بوجود اعتبار شرعي في العقد ونحوه ولا يمكن الالتزام به فإن ما هو مرتبط بالشارع المقدس بيان الاحكام وأما موضوعاتها فلا بد من أخذها من العرف. وثانياً إن أخذ كل عنوان في موضوع دليل ظاهر في موضوعيته له وأما كونه طريقاً إلى الموضوع فخلافاً للظاهر ولا ملزم لنا لارتكاب هذا المخالف للظهور عداما أفاده من لزوم التخصيص الحكمي ولا محذور في ذلك، فإن العام يختص والمطلق يقيد ومجرد الاستبعاد لا يوجب ارتكاب خلاف الظاهر. فالنتيجة أن موضوع الحكم هو الاعتبار العرفي والاستثناء راجع إلى التخصيص في الحكم والشبهة المصداقية أيضاً مندفة كما ذكرنا.

وأما ما التزم به (قده) من أن الموضوع هو الاعتبار العرفي لأن الشارع رأى الملازمة بين اعتباره وذلك والاستثناء راجع إلى الملازمة. ففيه أولاً إنه إن أراد بذلك أن

موضوع الحكم واقعاً هو الاعتبار الشرعي فلا يمكنه التخلّص من الشبهة المصدّقية والملازمة بين العرف والشرع لا تدفعها فإنّ الشكّ في الملازمة راجع إلى الشكّ في الموضوع فكيف يمكن التمسك بالاطلاق مع ذلك؟ و إن أراد به أنّ موضوع الحكم هو الاعتبار العرفي فلا يمكنه التخلّص من التخصيص الحكمي ومجرد فرض اعتبار شرعي في البين لا يوجب ذلك. وثانياً إنّ الملازمة في ماذكره من أنّ الشارع رأى الملازمة بين العرف والشرع غير قابلة للتخصيص، فإنّ ما هو قابل له إنّما هو الأحكام المجعولة قانوناً لا الأمر الواقعي الظاهر من كلامه من جهة التعبير بالرؤية و إن أراد بذلك أنّ الشارع جعل الملازمة بينها يلزم منه اجتماع اللحاظين آليّ واستقلاليّ في كلام واحد فإنّ المفروض أنّ في مقام جعل الحكم للاعتبار العرفي استقلالاً فلو كان في مقام بيان الملازمة أيضاً يلزم المحذور و إن أراد به إنّ الآية في مقام جعل الملازمة فقط فهو خلاف ظاهر الدليل كما لا يخفى. فالتحصّل أنّ الصحيح جواز التمسك بعموم الآية لا ثبات لزوم المعاطاة وفي جميع موارد الشكّ في اعتبار شيء وجودي أو عدميّ في صحّة العقد ولا يتصوّر الشبهة المصدّقية على ما ذكرنا في تقريب الآية وهي مندفعة على تقريب الشيخ (ره).¹

١- أقول: الظاهر لزوم المحذور على تقريب الشيخ (ره) فإنّ موضوع الحكم وإن كان عرفياً إلاّ أنّه مبتل بالمخصّص العقليّ وهو أنّنا نعلم بأنّ العقد الغير المؤثّر عند الشارع لا يجب الوفاء به. وقد خصّص الآية بذلك جزماً فع الشكّ في أنّ العقد مؤثّر أم لا، لا يمكن التمسك بالآية فإنّه من قبيل التمسك بالعموم في الشبهة المصدّقية للمخصّص بل للعموم للعلم بأنّه لم تتعلّق الإرادة الجذّية بالعقد الغير المؤثّر جزماً. وأمّا على ما أفاده (دام ظلّه) في تقريب الآية من أنّ الوفاء بالعقد هو التسليم والتسلّم حدوثاً وبقاءً ومعناه البقاء على التسليم والثبات عليه ولازمه اللزوم بنظر العقلاء أو أنّه الثبات على القرار ومعناه اللزوم، فالشبهة المصدّقية غير متصوّرة على التقريب الثاني بخلاف التقريب الأوّل فإنّه بمناسبة الحكم والموضوع يعلم أنّ لزوم التسليم والتسلّم والبقاء عليه إنّما هو من جهة العقد كأنّ الدليل هكذا لزم التسليم والتسلّم مادام العقد باقياً. فع الشكّ في بقاء العقد تكون الشبهة مصدّقية وحينئذ احتمال إرادة هذا التقريب يسقط الاستدلال بالآية الكريمة.

وأما على ما ذكرناه سابقاً من إرادة الأعم من الوفاء فلا تلزم الشبهة فإنّه قد استعمل في معنى يرى العرف أنّه يتحقّق بالتسليم والثبات على العقد وقد مرّ. وعلى هذا الشبهة المصدّقية ولو من جهة الابتلاء بالمخصّص العقليّ مندفعة فإنّ المفروض تعلق الأمر بالثبات على العقد العرفيّ المؤثّر عند الشارع ومعناه عدم تأثير الفسخ. ولا يتوهم أنّ العقد بعد الفسخ لا يعلم أنّه مؤثّر عند الشارع أم لا، فإنّه على هذا التقريب أنّ الأمر بالثبات متعلق بالعقد بلحاظ ما قبل الفسخ لا ما بعده والمفروض أنّه قبل الفسخ كان مؤثراً أيضاً فلا بدّ من الثبات عليه، ولكن لا يخفى أنّ الشبهة مندفعة في مورد الفسخ فقط. لكن في سائر موارد الشكّ كتقديم القبول على الإيجاب والفارسيّة وهكذا الشبهة موجودة حتّى بناء على إرادة الأعم

٧- قوله (ص): «المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم».

وقد فصلنا الكلام في معنى الشرط وقلنا بعدم شموله للبيع ونحوه من العقود ولو قلنا بشموله للشروط الابتدائية إلا أنه ذكرنا أخيراً أنه لا يبعد أن يقال إن العرف بمناسبة الحكم والموضوع في الرواية لا يرى خصوصية في الشرط للزوم كون المؤمن عنده إلا القول والقرار فن جهة إلغاء الخصوصية يفهم شمول الحكم للعقود أيضاً. ثم إنه لا يخفى أن في الرواية ادعائين: أحدهما تنزيل الأمر المعقول وهو الشرط منزلة المحسوس، ثانيها بيان الأمر والبعث والطلب بمفاد الجملة الخبرية الذي ظاهره وقوع المخبر به في الخارج. ولذا قيل: إن الجملة الخبرية أكد وأبلغ في إفهام الطلب، فإن معناه أن المطلوبية بحيث كأن المطلوب موجود في الخارج ومن هذا يفهم أنه لا بد من إيجاد المطلوب. فعنى الرواية أنه لا بد من كون المؤمن شرطه، وبما نفينا العبد عنه وهو إلغاء الخصوصية عن الشرط وشمول الرواية للعقد أيضاً يكون مفاد الرواية باعتبار شمولها للعقد بعين مفاد آية العقود والتقريبات والشبهات والأجوبة التي ذكرناها فيها يجري هنا حرفاً بحرف فلا نعيد.

هذا بملاحظة نفس هذه العبارة وأما بملاحظة الروايات الواردة في المقام يظهر ما ذكرناه وهو استفادة نفوذ الشرط ولزومه ووجوب الوفاء به تكليفاً أوضح من ذلك. وإليك بعض هذه الروايات:

أ- موثقة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: سمعته يقول: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل». والمستفاد منها أن الشرط إذا لم يكن مخالفاً لكتاب الله يجوز للمشروط له وعلى المشروط عليه. وهذا معنى نفوذ الشرط أي الحكم الوضعي، وأما الحكم التكليفي فلا يستفاد من هذه الرواية ولا يبعد استفادة اللزوم أيضاً منها، فإن معنى (يجوز عليه) أنه لا بد من الوفاء به ولا مفرّ ومعنى ذلك اللزوم.

ب- رواية إسحق بن عمار عن جعفر عن أبيه (ع): إن علي بن أبي طالب كان يقول: «من شرط لامرأته شرطاً فليف به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». ولا يخفى ظهورها في وجوب الوفاء تكليفاً.

→ للشك في صدق الموضوع ولا تدفعها عرفية العقود للعلم بتخصيص الآية بالعقود المؤثرة عند الشارع. نعم، لو كانت الآية دالة على نفوذ العقد لكانت الشبهة مندفة فإنه من الشك في التخصيص إلا أن معنى الآية وجوب الوفاء بمعنى التسليم والثبات على العقد فالموضوع هو العقد وبحكم العقل أنه العقد النافذ والمؤثر عند الشارع. ق

ج - خبر منصور السابقة عن عبدالصالح، قال: قلت له: إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاها ذلك، ثم بداله في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بشس ماصنع، وما كان يدريه مايقع في قلبه بالليل والنهار. قل له! فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله (ص) قال: «المؤمنون عند شروطهم». وظاهر هذه الرواية بقرينة (فليف بشرطها) أن قوله (إلا أن يجعل لله عليه) ليس بشرط النذر وإلا فقد وفي الرجل بشرطها أي النذر لقوله (فأعطاها ذلك) فلا معنى لقوله (ع) «فليف بشرطها» والوفاء بالنذر ليس الوفاء بشرطها، بل تكون قرينة على أن المراد من ذلك هو الشرط المصطلح فيستفاد من الرواية وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً، بل يستفاد من نفس إباء المرأة إلا مع الشرط و إقدام الرجل على الشرط. وقوله (ع) «بشس ماصنع وما كان يدريه مايقع في قلبه بالليل والنهار» أن الشرط نافذ ولازم، فإنه لو كان جائزاً فيمكنه التخلص منه بنفسه ولم يكن لما ذكر أثر أصلاً. ولو قيل بأن الوجوب التكليفي كافٍ في ذلك، يقال: إن الوجوب التكليفي يدور مدار وجود موضوعه وهو الشرط فع انتفاء الشرط بالفسخ لا معنى لبقاء وجوب الوفاء بالشرط. ولو قيل: إن الرواية غير معمول بها واردة مورد التقية، يقال: إن التقية إنما هي في تطبيق مفادها على موردها لانفس مفادها وهو وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً ووضعاً.

٨- الآية الكريمة: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ».

وقد ذكرنا سابقاً احتمالين في المقام: أحدهما تعلق الحلية بنفس البيع الذي مفاده تنفيذ البيع وثانيها تعلقها بالمنافع الحاصلة من البيع واستفادة التنفيذ بالدلالة الالتزامية. وعلى كلا المعنيين ظهر تقريب الاستدلال من الآية السابقة مع الشبهات والأجوبة، فلا نعيد^١.

١- ظهر مما تقدم أن الآية على احتمال الأول يمكن الاستدلال بها لنفي احتمال دخل شيء في نفوذ البيع شرعاً ولا يلزم منه الشبهة المصدقية، فإنها بالمطابقة تدل على التنفيذ والشبهة راجعه إلى الشك في التخصيص وحكم العقل غير موجود هنا، فإنه لا معنى لحكم العقل بأن العقد النافذ نافذ. وهذا بخلاف الاحتمال الثاني لوجود الحكم العقلي، فإن حلية المنافع غير مرتبة على مطلق البيع العرفي بحكم العقل، بل هي مرتبة على ذلك مع كونه مؤثراً شرعاً لأن البيع الغير المؤثر شرعاً لا يحل منافعه بحكم العقل.

فيلزم الشبهة المصدقية للشك في كون ذلك البيع مؤثراً شرعاً ولا فرق فيما ذكرنا بين مورد الفسخ وغيره مما هو محتمل انتفاء بعض شرائط نفوذه شرعاً. ومع تساوي الاحتمالين تسقط الآية عن الدلالة. هذا على ما أفاده (مدظله) ولكن استظهرنا من الآية الكريمة الاحتمال الأول، فراجع. ق

ثم إنه لو بيننا على أنّ ما بعد الفسخ من الشبهة المصدقية لموضوع الأدلة المتقدمة
فيمكن إحراز ذلك بالاستصحاب أي استصحاب بقاء العقد أو التجارة أو البيع وهكذا
فينطبق عليه دليل ذلك .

ولا بأس بجزء الكلام إلى استصحاب عدم تأثير الفسخ وملاحظة الحال في الأعدام
الأزلية وهل يجري الاستصحاب فيها أم لا؟

وقبل ورود في ذلك لابد من ملاحظة وضع القضايا السالبة لتوقفه عليه ونبين
القضايا الحملية الموجبة أولاً استطراداً لما فيها من الفائدة. فاعلم أنّ المعروف بين المحققين
خلفاً عن سلف أنّ القضية مركبة من الموضوع والمحمول والنسبة لكن لما تصفحنا عن ذلك
وفتحنا القضايا على اختلافها حملاً ومحمولاً، إيجاباً وسلباً، ما وجدنا لافي الخارج ولا في
القضية المعقولة ولا في المفوضة ما يكون نسبة بين المحمول والموضوع إلا في القضايا الموجبة
التي لوحظ فيها النسبة بين الأمرين وسميناها بالقضايا الحملية المؤولة نحو «زيد في الدار» و
«عمرو على السطح» وغير ذلك بلا فرق بين الخارج والمعقولة والمفوضة، ولذلك يعبر عن تلك
النسبة في هذه القضايا بحرف من الحروف.

والدليل على ما ادّعينا من أنّ القضايا الحملية الحقيقية فاقدة للنسبة أنّ طرفها
متحدان في الخارج بالضرورة، بل الحمل حقيقة عبارة عن الهووية والاتحاد؛ والنسبة
لا يعقل قيامها إلا بالمنتسبين فمع فرض الاتحاد خارجاً والحكم بالهووية كيف يعقل
وجود النسبة خارجاً؟ بل ليس في الخارج إلا شيء واحد متنزِع منه عنوانان، أحدهما
موضوع والآخر محمول. والحمل في طرف المباينة من النسبة لما ذكرنا من أنّ النسبة قائمة
بالمنتسبين والحمل عبارة عن الهووية. فالقول بوجود النسبة في القضايا الحملية خارجاً
خلف ومناقضة ولذلك ترى أنّه في أمثال هذا التركيب من القضايا «زيد زيداً»، «الوجود
موجود»، «الله جلّ جلاله موجود أو عالم»، «زيد موجود» لا يعقل وجود النسبة بين عقديها

في الخارج، فإنّ الالتزام به موجب للالتزام بمغايرة الشيء ونفسه والالتزام بأصالة الماهية والالتزام بزيادة الصفات عن البارئي والشرك تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً؛ فليكن الأمر في الهليات المركبة مثل «زيد قائم» كذلك أيضاً بعين البيان. هذا بحسب الخارج وأما المعقولة والمفوضة فهما حاكبان عن الخارج فوجود النسبة فيها دون الخارج مستلزم لعدم تطابق الحاكبي والمحكي وهذا كبطلانه ظاهر.

وبعبارة أخرى أنّ الحاجة إلى تفهيم الواقعيات وتفهمها اقتضت وضع الألفاظ لمداليلها، فلا بدّ من ملاحظة الواقع وما هو المتكلم بصدد بيانه؛ ففي مثل القيام لزيد الواقع هو الربط بين العرض والجوهر القائم به فهنا عارض ومعرض وعروض كلّ منها مدلول لدالّ لفظي. وحيث إنّ هذا المقدار غير كافٍ للدلالة على تصديق المتكلم بالربط ولذلك ترى عدم دلالة موضوع هذه الجملة (القيام لزيد ثابت)، على ذلك وضعت الهيئة للدلالة عليه ونسّميه بالدلالة التصديقية. فهنا نسبة وطرفاها والتصديق بثبوتها لهما ولكلّ منها دالّ وليس في البين حلّ إلّا بالتأويل والاستمداد من كون الرابط. وفي مثل «زيد موجود» أو «الله موجود أو عالم» الواقع ليس إلّا الاتّحاد بين العنوانين المنتزعين أو المدركين، فلو أريد من ذلك «زيد له الوجود» أو «الله جلّ جلاله له الوجود أو له العلم» فهي خلاف الواقع وخلاف ما كان المتكلم بصدد بيانه، مع أنّه يلزم من الأول زيادة الوجود عن المهية وأصالتها كالوجود، ومن الثاني أن يكون البارئي جلّ اسمه معروضاً لعوارض قد برهن فساد كلّ منها في محله. وهكذا الحال في الحمل الأوليّ الذاتي كحمل الحدّ على المحدود وما كان كذلك من الحمل الشايح كحمل الذاتيات على الشيء.

وأما في موارد الهليات المركبة كـ «زيد قائم» فالأمر أيضاً كذلك وإن لم يلزم منه تلك الاستحالات، فإنّ الواقع هو الاتّحاد لا الربط بين الموضوع والمحمول، والمتكلم في مقام بيان هذا الاتّحاد والهوية. فلو أخذت النسبة بينها في المفوضة تكون خلاف الواقع، ففي هذا القسم من الحمل الذي هو الحمل الحقيقي موضوع ومحمول ولكلّ منها دالّ والهيئة دالّة على الهوية التصديقية وفي مثل «زيد القائم» الهيئة دالّة على الهوية التصورية.^١

١- أقول تنميماً لما استفدته مما أفاده (مدّ ظلّه): إنّ الهيئة غير دالّة إلّا على التصديق بفساد الجملة وهي مشتركة بين جميع ما أفيد من القضايا ويعبر عنها بـ «است» بالفارسية كما أنّها موجودة في القضايا السالبة أيضاً مع أنّه لا هوية فيها. وأما الاتّحاد والهوية فيفهم من مقام الحمل الذي موجود في «زيد القائم» أيضاً فهنا دوالّ أربعة: زيد والقائم والحمل والهيئة، وهذا بخلاف القسم

هذا حال القضايا الموجبة وأما السوالب فلا نسبة في شيء منها. أما في الهليات البسيطة كـ «زيد ليس موجود» والقضايا السالبة المحصلة السالبة الموضوع كـ «العنقاء ليس بأبيض» فلا واقع لشيء من طرفيها أصلاً فضلاً عن النسبة بينها بل مفادها سلب تحقق الشيء في الأول وسلب الوصف من باب سلب الموصوف في الثاني؛ ففرض وجود النسبة واقعاً خلاف الواقع بل خلف.

وأما في الهليات المركبة كـ «زيد ليس بقائم» والقضايا الحملية المؤولة كـ «زيد على السطح» فسالبها يمكن بوجهين: أحدهما أن تكون من باب سلب الموضوع وقد ذكر حاله وثانيهما أن تكون سالبة محققة الموضوع، ففي ذلك لا واقع لأجزاء القضية إلا لموضوعها وأما المحمول أو النسبة فلا. وفرض وجودها مضافاً إلى أنه خلاف الواقع خلف. ولا يتوهم أن السلب أيضاً نسبة، فإن السلب نفي الهويّة في الأول ونفي النسبة في الثاني فكيف يعقل أنها نسبة؟ مضافاً إلى أن النسبة قائمة بالمنتسبين والمفروض انتفاء أحدهما، بل لو

الأول فإن الحمل غير موجود هناك بل الموجود فيه الربط والنسبة. فتحصل أن في القسم الأول منسوب ومنسوب إليه والنسبة والتصديق بها وفي القسم الثاني محمول وموضوع والحمل والتصديق به، ولذا الأنسب تسمية القضايا في القسم الأول بالقضايا النسبية وفي القسم الثاني بالقضايا الحملية. ولو قيل بأن الحمل أيضاً قسم من النسبة وهي النسبة الاتحادية فإنها تدل على اتحاد العنوانين المتغيرين بحسب المفهوم خارجاً لم يكن به بأس. والجهات في القضايا الموجهة كـ «زيد كاتب بالامكان» راجع إلى هذا المعنى من النسبة؛ والشك والظن والقطع متعلق بها أيضاً. ولعل القوم أيضاً أرادوا بالنسبة ذلك فيصبح النزاع لفظياً. وعلى أي تقدير لا بد من التفصيل المذكور الذي أفاده (دام ظلّه) فإن القسم الأول ممّا أفاد لاحمل فيه إلا مؤولاً والأمر ظاهر.

وهنا نكتة لا بأس بالتنبه بها وهي أن المحكي بالقضية ليس هو الخارج أو الواقع فإنه قد لا يكون للقضية واقع أصلاً بل في نفس القضية يحكم بعدم الواقع كـالقضايا السالبة والموجبة المدولة المحمول، بل المحكي بها هي المفاهيم فمحكي زيد مفهومه كما أن محكي شريك البارئي أيضاً مفهومه. لا أريد من المفهوم الوجود الذهني بل أريد منه ما هو منسلخ عنه قابل للتطبيق عليه الذي قد يعتبرون عنه بالماهية. ولذا يقال: إن الألفاظ موضوعة للمفاهيم والوجود الخارجي أو الذهني غير دخيلين في الموضوع له، فـ «زيد قائم» قضية مركبة ممّا دل على مفهوم زيد وهو الموضوع ومادل على مفهوم القائم وهو المحمول وممّا دل على اتحادها وهو الحمل ومادل على التصديق بالحمل وهي الهية.

وأما خصوصية الخارجية فيفهم من المقام بمعنى أنه مع إمكان تطبيق أجزاء القضية على الخارج ووجود المصادق لها خارجاً العقلاء يفهمون من القضية الاتحاد الخارجي وإلا فلا يفهمون منها إلا مجرد المفهوم. وقد ظهر أن معنى قضية شريك البارئي ممتنع مثلاً اتحاد مفهوم شريك البارئي والممتنع وهذا أيضاً يمكن تصوير النسبة الاتحادية فإن المفهومين المحكيين متغيران، فليتدبر. ق

فرض وجودهما تنقلب السالبة موجبة.

هذا حال القضية الواقعية وأما المعقولة والمفوضة فقد عرفت لزوم تطابقها والواقع فلا يمكن اشتغالها على النسبة. وأما الطرفان فيها وإن كان لا واقع لشيء منها في الهليات البسيطة والسوالب السالبة الموضوع ولا واقع لأحدهما في السوالب المحققة الموضوع لكنهما مدركان في المعقولة ومدسوظان في اللفظية للحكاية عن وجودهما خارجاً، بل لتعلق السلب بهما للحكاية عن عدم التحقق خارجاً موضوعاً وعمولاً فقط في الثاني.^١

والحاصل أن الموجبة على قسمين: الأول ما كان مفادها الحمل والهوية والثاني ما كان مفادها النسبة بين العرض ونحوه ومحلّه. والسالبة أيضاً على قسمين: الأول ما كان مفادها سلب الهوية والثاني ما كان مفادها سلب النسبة. وشيء من هذه القضايا غير مشتمل على النسبة إلا القسم الثاني من الموجبات. وأما القضايا الموجبة المعدولة أيضاً حكمها حكم الموجبات، فإنّ المعبر من القضايا المعدولة ما كان المنفيّ فيها من باب العدم والملكة فلا يقال للجدار إنه لا بصير ولو أريد أنّ هذا المفاديلقي بالسالبة التحصيلية أي الجدار ليس له البصر. فعلى ذلك إنّ له حظاً من الوجود فيمكن جعلها محمولاً للقضية الحملية أو موضوعاً لها أو طرفاً للنسبة في الحملية المؤولة. فقد علم أنّ وضع الحكاية في الموجبات يختلف وضعها في السوالب فإنّه في الأول حكاية عن أمر واقع في نفس الأمر بخلاف الثاني، فإنّ الحكاية فيه عن عدم التحقق في الواقع ونفس الأمر.

وهذا ظهر أنّ مناط الصدق في القضايا الموجبة والسالبة هو موافقة القضية وصفحة الوجود لكن تختلف الموجبة عن السالبة بأنّ المحكي في الأول أمر له واقع في صفحة الكون وباعتبار توافقه مع ذلك الواقع وعدمه يتّصف بالصدق والكذب بخلاف الثاني، فإنّ المفروض أنّه لا واقع له في صفحة الكون و باعتبار توافقه مع ذلك وعدمه أي خلّو صفحة الوجود عنه وعدمه يتّصف بها.

هذا حال القضايا فلنرجع إلى ما كتنا بصدد بيانه وهو جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية كاستصحاب عدم قرشية المرأة للحكم بعدم تحيُّصها بعد خمسين. فنقول:

١- قد عرفت ممّا ذكرنا سابقاً وجود الحكاية هنا أيضاً، فإنّ المحكي هو المفهوم مع قطع النظر عن الوجود، والسلب أيضاً متعلّق بذلك وسلب التحقق خارجاً أو سلب الهوية في الخارج أو سلب النسبة في الخارج يعلم من المقام بالمعنى المتقدّم. نعم، لا ينبغي الاشكال في عدم اشتغال السالبة للنسبة فإنّ نفي النسبة أو الهوية في طرف المباينة للنسبة فلا يعقل كونها نسبة إلا أن يقال إنّ سلب مفهوم عن مفهوم أيضاً نسبة كالاتحاد بينهما، لكنّ هذا مجرد تعبير لا واقع له والقياس مع الفارق كما لا يخفى. ق

إنّ موضوع الحكم الّذي هو المستصحب يتصوّر على أنحاء ثلاثة:

١- المرأة المتّصّفة بغير القرشيّة بحيث تكون القضية المتشكّلة عن ذلك قضية إيجابيّة معدولة المحمول وهي المرأة غير القرشيّة.

٢- المرأة الّتي ليست بقرشيّة بحيث تكون القضية المتشكّلة عن ذلك قضية إيجابيّة سالبة المحمول وهي: المرأة هي الّتي ليست بقرشيّة.

٣- من لم تكن قرشيّة بحيث تكون القضية المتشكّلة عن ذلك قضية سالبة محصّلة وهي: المرأة ليست بقرشيّة.

وهذا الأخير يتصوّر على أنحاء ثلاثة أيضاً:

أ- سالبة تحصيليّة مع فرض وجود الموضوع.

ب- سالبة تحصيليّة بسلب الموضوع.

ج- سالبة تحصيليّة أعمّ منها.

ومن الظاهر أنّ الأخيرين لا يكونان موضوعاً للحكم، فإنّ الحكم مترتب على المرأة مع رؤيتها الدم. فانحصر الاحتمالات على أنحاء ثلاثة؛ أمّا الأوّلان فعدم جريان الاستصحاب فيها ظاهر لفقد الحالة السابقة فيها فأبى زمان كانت المرأة غير قرشيّة أو الّتي ليست بقرشيّة حتى يحكم ببقاء ذلك؟ وأبى زمان كان غير القرشيّة موجوداً يقيناً حتى يستصحب؟ وأمّا الأخير وهو السالبة مع وجود الموضوع فأيضاً لا يجري فيه الاستصحاب وذلك لأنّ القضية المتيقّنة ليست سالبة مع وجود الموضوع فإنّه أبى زمان كانت المرأة موجودة ولم تكن قرشيّة؟ بل هي سالبة بسلب الموضوع، والقضية المشكوكة سالبة مع فرض وجود الموضوع. فالقضيّتان متغايرتان فلا يجري فيها الاستصحاب، ولو قيل بجران استصحاب الأعمّ لا يمكن إثبات الأخصّ به إلّا على القول بالأصل المثبت فالاستصحاب في هذا القسم إما غير جارٍ أو مثبت.^١

١- أقول: هذا لو كانت القضية المتيقّنة قضية سلبية بسلب الموضوع وهي «المرأة لم تكن بقرشيّة» والمفروض أنّها لم تكن فلم تكن قرشيّة؛ لكن إذا شكّلنا قضية سالبة موضوعها المرأة الموجودة بالفعل فتتحدّ القضيّتان. والحاصل أنّه لا فاصل بين الوجود والعدم فلو لم يمكن لنا أن نقول: «هذه المرأة الموجودة كانت متّصّفة بالقرشيّة» فلا محالة يصحّ لنا أن نقول: «هذه المرأة الموجودة بالفعل لم تكن قرشيّة سابقاً» فالآن أيضاً ليست بقرشيّة.

ولا يتوهم أنّ عدم كون هذه المرأة قرشيّة سابقاً من باب عدم الموضوع، فإنّ هذا هو منشأ السلب و الآ فأركان الاستصحاب تامة على ما ذكرنا. نعم، على ما أفاده (دام ظلّه) من القضية المتيقّنة عدم الموضوع دخيل فيها وبه تنهدم الأركان.

هذا في استصحاب عدم القرشية وأما استصحاب عدم تأثير الفسخ في مانحن فيه فمضافاً إلى عدم جريانه لما ذكرنا في استصحاب عدم القرشية أنه لا يثبت بقاء العقد حتى يترتب عليه آثاره من لزوم الوفاء به وحلّيته وهكذا، فلا تندفع الشبهة المصادقية بهذا الاستصحاب. نعم لو فرضنا جريان هذا الاستصحاب لاتصل النوبة إلى جريان استصحاب العقد لحكومته عليه بالبيان المتقدم في وجه الحكومة.

هذا تمام الكلام في الأدلة الدالة على صحة المعاطاة ولزومها، وأما ما استدلّ به على خلاف ذلك فعلة وجوه:

منها الأصل على ما في الجواهر وغيره والجواب عنه ظاهر لعدم وصول النوبة إلى الأصل مع وجود الدليل الاجتهادي.

ومنها عدة روايات مذيلة بجملة «إنما يحرم الكلام» وفي رواية واحدة منها وهي رواية خالد بن الحجاج «إنما يحلّ الكلام ويحرم الكلام» بتقريب أنّ الرواية قد حصرت التحليل والتحريم بالكلام فع عدم الكلام كما في باب المعاطاة لا يترتب أي أثر على ذلك. ولا بد لنا من البحث عن ذلك في جهات ثلاث:

أولاً لو سلّمنا تمامية هذا الذيل سنداً ودلالة فهل يمكن التمسك بمثله للحكم بعدم تنفيذ المعاطاة أولاً؟ قد ذكرنا سابقاً أنّ مثل هذه المسألة المتداولة بين العقلاء بحيث إنّ قوام سوقهم بالمعاملات المعاطاتية ولا يجرون الصيغة إلّا في بعض المعاملات للتشديد والإحكام كالثبوت في الدفاتر الرسمية مثلاً في أيامنا لولم تكن ممضاة عند الشارع لا يمكن الردع عنه برواية ولا روايتين ولا سيّما بمثل هذه الرواية مع جهالة راويها والاشتباه في المراد منها، بل لا بدّ في الردع عنه من الاعلان في الاسواق والبلاد ولو كان لما خفي علينا فهل يحتمل أنه بعد صدور هذه الرواية قد تغير سوق المدينة أو غيرها؟ والتزموا في معاملاتهم باجراء الصيغة أو المقطوع خلاف ذلك. فعليه يعلم أنه ليس المراد من الرواية نفي ترتب الأثر على المعاطاة، بل المراد منها شيء آخر ونبيّنه إن شاء الله.

وثانياً أنه لو كنّا نحن ونفس هذا الذيل وسلّمنا أنّها كبرى ملقاة من الشارع ولاحظنا مفادها على إطلاقها، فهي منطبقة على كلام الشارع أيضاً وباطلاقها تدلّ على أنّ

و كنانورد على السيد الأستاذ (مدظله) هذا الاشكال سابقاً إلا أنّ فيه غفلة عن نكته وهي أنّ القضية السابقة وهي «هذه ما كانت قرشية سابقاً» قضية موجبة سالبة المحمول والقضية اللاحقة وهي «هذه ليست بقرشية فعلاً» قضية سالبة، فاختلفت القضيتان. ولو قيل بغير ذلك يعود المحذور المذكور في كلام الأستاذ (مدظله). فتدبر جيّداً. ق

كلام الشارع أيضاً محرّم ومحلّ كما أنّ كلام غيره أيضاً محلّ ومحرّم. فالرواية لا تثبت صحّة المعاطاة أدلّ عن إثبات فسادها، فإنّ الحكم بحلّيّتها مستند إلى كلام الشارع بتنفيذ البيع مطلقاً كما مرّ. فما أفاده الشيخ(ره) من أنّ الاطلاق مستلزم لكثرة التخصيص لاوجه له، فإنّه على ما ذكرنا ليس في البين تخصيص فضلاً عن كثرته. نعم لوقلنا بعدم شمول الرواية لكلام الشارع يلزم التخصيص ونبيّن المراد على هذا التقرير أيضاً فيما يأتي إن شاء الله، لكن إطلاق الرواية يدفعه.^١

ثمّ إنّ الظاهر من الجملة أنّ الكلام محرّم والكلام محلّ إمّا تكليفاً كتحليل النكاح وتحريم الطلاق الاستمتاع ولو بالواسطة وهو إيجاد العلقه وإزالتها أو وضعاً كتحليل البيع والربا. وأمّا ما ذكر الشيخ(ره) من المحتملات الأخيرة فخلافاً لظاهرها كما لا يخفى على من لاحظها. فالتحصّل ممّا ذكرنا أنّ إطلاق هذه الجملة على تقدير صدورهما شامل لكلام الشارع أيضاً وبذلك يمكن إثبات صحّة المعاطاة فإنّ المحلّ لها هو كلام الشارع. لا يقال: إنّ تحليل كلام الشارع وتحريمه مغاير لتحليل كلام غيره وتحريمه فإنّه في الأوّل الكلام محلّ ومحرّم من جهة تشريع الشارع، ففي الحقيقة أنّ التشريع محلّ ومحرّم. وقد قيل في الأصول: إنّ التحليل والتحريم غير منحصر بالتشريع والكلام، فإنّ العبد إذا علم بفرض المولى لزمه تحصيله وإن لم يتكلّم به المولى ولم يشترع ذلك فكيف انحصر المحلّ والمحرّم في الرواية بالكلام. فهذا شاهد على أنّ الجملة غير شاملة لكلام الشارع ولا يخفى أنّ هذا غير وارد في كلام غير الشارع، فإنّ كونه محللاً ومحرّماً ليس من جهة التشريع، فإنّ التشريع منحصر بالشارع المقدّس كما لا يخفى.

فإنّه يقال: إنّ قياس المولى الحقيقيّ بالموالي العرفيّة ليس في محلّه، نعم يمكن التفكيك بين إرادة التشريع ونفسه في هذه الموالي بل يمكن عدم انقداح الإرادة فيهم من جهة الغفلة ونحوها. وأمّا في المولى الحقيقيّ الشارع المقدّس فلا يحتمل فيه الغفلة أو المانع من التشريع وإيجاد الكلام بعد إرادته فلا يتصوّر الانفكاك بين التشريع والإرادة في تلك الناحية. نعم يتصوّر الانفكاك بينها في الرسول الأكرم والأئمّة المعصومين إلّا أنّهم غير

١- أقول: حيث إنّ ظاهر الرواية أنّها في مقام التشريع لا الاخبار ولا كليها فإنّ التمسك بها لا تثبت الحكم في المورد شاهد على أنّه كبرى شرعيّة، مضافاً إلى أنّ الأخير مستلزم للجمع بين الانشاء والاخبار في كلام واحد وهو إمّا غير جائز أو خلاف الظاهر. فكلام الشارع خارج عن مدلولها، فإنّ تشريع التحليل والتحريم له غير ممكن فإنّ العقل حاكم على أنّ كلام الشارع محلّ ومحرّم، مضافاً إلى أنّ تشريع الشارع التحليل والتحريم لكلام نفسه لامعنى له، فليتدبّر. ق

مشرّعين للأحكام، بل الشارع هو الله تبارك وتعالى إنهم مبيّنون لأحكامه تعالى. نعم لهم الأمر والنهي من جهة السلطنة التي أعطاهم الله تعالى، لكنّ هذا أجنبيّ عن الأوامر والنواهي الواردة في مقام تشريع الأحكام وجعلها. هذا على أنّ دعوى انفهام الحصر من كلمة «إنها» دعوى غير مسموعة، فإنها على التحقيق حرف تحقيق فقط.

وثالثاً أنّ الرواية المشتملة على هذه الجملة بتمامها منحصر برواية خالد بن الحجاج وأما سائرها فذيلة بجملة «إنها يحلّ الكلام» فقط. وتكلّم أولاً في تلك الرواية ثمّ في سائرها.

أما رواية خالد بن الحجاج، قال: قلت لأبي عبد الله (ع): الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا. قال: أليس إنشاء ترك وإنشاء أخذ؟ قلت: بلى. قال: «لابأس به، إنما يحلّ الكلام ويحرّم الكلام» وفي نسخة «إنها يحلّ الكلام ويحرّم». فقد احتمل الشيخ (قده) احتمالات أربع في هذه الرواية:

١- أن يكون المراد منها أنّ التحليل والتحرّم منحصر باللفظ ومن الواضح أنّ هذا الاحتمال أجنبيّ عمّا تكون الرواية بصدده بيانه.

٢- أن يكون المراد منها أنّ المطلب الواحد يحلّ الكلام ويحرّم بكلام آخر ولا يخفى عدم انطباق هذا أيضاً على مفروض الرواية. وقد ذكر هو (قده) أيضاً أنّ الظاهر عدم إرادة هذين المعنيين من الرواية.

٣- أن يكون المراد من الكلام المحلّل وجوده ومن الكلام المحرّم عدمه أو بالعكس أو الكلام الواحد محلّل في محلّ محرّم في محلّ آخر. وهذا الاحتمال أيضاً ساقط فإنّه مضافاً إلى بعده بالنسبة إلى المحاورات العرفيّة فاسد في نفسه، فإنّه لو أريد منها أنّ وجود البيع محرّم وعدمه محلّل أو أنّه في محلّ محرّم وفي محلّ محلّل فلا يخفى فساده، فإنّ البيع الفاسد غير محرّم مضافاً إلى أنّ عدم البيع غير محلّل؛ ولو أريد منها أنّ وجود المقابلة محلّل وعدمه محرّم، فأيضاً لا يخفى فساده؛ ولو أريد منها أنّ وجود البيع محلّل وعدمه محرّم فلا ينطبق على مفروض السؤال مضافاً إلى أنّ عدم البيع ليس بمحرّم.

٤- أن يكون المراد من الكلام المحلّل خصوص المقابلة ومن المحرّم البيع. وقد ظهر فساد هذا أيضاً لأنّ المقابلة غير محلّلة بل المحلّل هو البيع الواقع بعدها والبيع أيضاً ليس بمحرّم بل التحريم ناشئ من أمر آخر كان قبل هذا البيع الفاسد وهو كون الشيء مالاً للغير. فاحتمال أن تكون هذه العبارة صادرة وناظرة إلى إحدى هذه المحتملات مستلزم لاسناد أمر واضح الفساد إلى الامام (ع). فلا بدّ إمّا من الالتزام بعدم صدورها منه فإنّ خالد بن الحجاج لم يعرف ولعلّه نقل ما فهمه من كلام الامام بهذه العبارة أو يعالجها بعلاج

آخر. والتحقيق أن يقال: إن الظاهر من سؤال خالد بن الحجاج «الرجل يجيء ويقول اشتر هذا الثوب؟» أنه بصدد السؤال عن حكم الربح الحاصل من معاملة مبنية على المقابلة السابقة، وإلّا فاحتمال أن يكون بصدد السؤال عن حكم التلفظ بلفظ (اشتر... إلخ) ساقطاً جزئياً وهكذا بالنسبة إلى حكم المقابلة، بل كأنّ خالد بن الحجاج كان يعلم بطلان بيع ما ليس عنده ويسأل عن الامام (ع) عمّا إذا حصل الربح بمبادلة مبنية على مقابلة متقدمة على الشراء وأجاب الامام (ع) بأنّ هذه المبادلة صحيحة نافذة ومحللة ومحرمّة؛ محللة بالنسبة إلى كلّ من المتعاملين في ما انتقل إليه ومحرمّة بالنسبة إلى غيره. وأمّا سؤال الامام «أليس إنشاء ترك وإنشاء أخذ؟» فالظاهر أنّه بيان ما كان السائل بصدد السؤال عنه وأنّ الربح ليس مستنداً إلى المقابلة المتقدمة. والحاصل أنّ الظاهر من السؤال والجواب قبل هذه الجملة أنّ السائل بصدد استعمال حكم تحصيل الربح بمبادلة مبنية على مقابلة سابقة على الشراء والمفروض أنّ المشتري مختار في هذه المبادلة المفروضة في السؤال فأجاب الامام (ع) بأنّه لا بأس بذلك؛ فتكون مفاد هذه الجملة أنّ الكلام أي هذه المبادلة محللة ومحرمّة فليست ناظرة إلى بيان حكم ما قبل الشراء أبداً حتّى يقال فيه تلك الاحتمالات البعيدة الواضحة الفساد.

فسوق الرواية سؤالاً وجواباً وعدم إمكان تطبيق هذه الجملة على غير البيع الأخير أقوى شاهد لاختصاصها بذلك. وفساد البيع قبل الشراء وإن استفاد من مفهوم الرواية لكن لا من جهة تحريم الكلام بل من جهة عدم وجود المحلّ وهو الكلام. ومما ذكرنا ظهر أنّه لا يمكن استفادة الكبرى والحصر من هذه الجملة، فإنّها في مقام بيان صحّة البيع المفروض في السؤال وأنّه محلل ومحرمّ لا حصر المحلّ والمحرمّ بالكلام. وأمّا سائر الروايات فعمدتها في أبواب المزارعة. وتوجد في غيرها أيضاً لكن لا يهتّمنا إطالة الكلام فيها فإنّ عدم استفادة اعتبار اللفظ فيها ظاهر لا يخفى.

وأما روايات المزارعة فتعدّدة مضمونها واحد نذكر واحداً منها وهي صحيحة الحلبيّ، قال: سئل أبو عبد الله (ع) عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثاً وللبرقر ثلثاً؟ قال: لا ينبغي أنّ يسمّى شيئاً فإنّما يحرمّ الكلام.

ومن الواضح أنّ الجملة ناظرة إلى أنّ التسمية محرّمة وأمّا إنّها في مقام إفادة الحصر فلا. أترى إمكان أن يقال إنّ هذه الجملة الواردة في هذه الرواية لبيان تحريم التسمية رادعة للمعاملة العقلانيّة في جميع البلدان والأسواق وقد تغيّرت الأسواق وتبدلت كميّة المعاملات فيها بعد صدور هذه الرواية من الصادق (ع)؟ فلا أظنّ أنّ أحداً يشكّ في عدم صلاحية هذه الجملة لذلك، بل يحتاج مثل هذه الأمور من الاعلان والتشديد عليه، ولو

ومنها الاجماع ويحتمل في معقد هذا الاجماع المدعى وجوه:

١- إن المعاطاة في الخارج لا يكون بيعاً بل لا ينشأ من المتعاطين إلا الاباحة.

٢- إنها و إن يكونا قاصدين للبيع إلا أنها لا يكون بيعاً بنظر العقلاء.

٣- إنها و إن كانت بيعاً عقلاً أيضاً إلا أنها ليست ببيع عند الشارع. ولوقلنا

بحصول الاباحة في كل من الاحتمالات الثلاث، يحتمل أن تكون الاباحة الحاصلة مالكية
أوسرعية.

٤- إنها و إن كانت بيعاً عند الشارع أيضاً إلا أنها فاسدة بنظره.

٥- إنها و إن كانت بيعاً صحيحاً عند الشارع أيضاً إلا أنها جائزة قابلة للفسخ.

أما الأولان فظاهر الفساد لأن المتعاطين قاصدان للبيع خارجاً وبناء العقلاء على ذلك في معاملاتهم. والثالث أيضاً ظاهر المنع لعدم اصطلاح خاص من الشارع في ألفاظ المعاملات. وأما الاحتمال الرابع فاحتمال معقول إلا أن الاباحة المالكية لامعنى لها، فإن المتعاملين غير قاصدين إلا للبيع والاباحة حكم شرعي في الرتبة المتأخرة عن إنشائها، بل ولا يعقل إنشائها ذلك فإنه مع فرض عدم حصول الملك كيف ينشأ اباحة التصرف على أنحاء التصرف في ملكه ومع حصوله فلامعنى لانشاء اباحة التصرف في ملك المتصرف. فالاحتمال الصحيح في كلماتهم إما الاحتمال الرابع مع كون الاباحة شرعية أو الخامس. هذه هي المحتملات وأما كلمات العلماء في المسألة فالأصل فيها كلام المفيد والشيخ الطوسي (قدهما). ويستفاد منها عدم تحقق الاجماع لاعلى فساد المعاطاة ولا على جوازها.

قال المفيد (ره) في المقنعة: ينعقد البيع على تراض بين اثنين فيما يملكان التباعد له إذا عرفاه جميعاً وتراضيا بالبيع وتقابضا وافتراقاً بالابدان. انتهى. بقريته ذكر الافتراق بالأبدان والتقابض في الذيل والتراضي وغيره في الصدر يعلم أن المراد من الانعقاد هو

١- أقول: استفادة الكبرى من هذه الجملة بحيث تشمل موردها والمعاطاة معاً غير معقول، فإن المفروض أن المورد تحريم التسمية من جهة أنها كلام؛ فلو كان الكبرى على ظاهرها أي كل محرّم كلام فلا تنطبق على موردها فإن حصر المحرّم بالكلام غير مرتبط بتحريم كلام خاص. نعم، لو كان الجملة بصدد حصر الكلام بالمحرّم أي كل كلام محرّم تنطبق على المورد؛ لكن لا يستفاد منها حصر المحرّم بالكلام حتى يتمسك بها في المعاطاة مع أنها كذب محض. فأصل الكبرى غير معقولة فإن الثاني كذب والأول غير منطبق على المورد، فلا بد من القول بأنها في مقام بيان تحريم الكلام الواقع في المورد. فليتدبر. ق

الانعقاد على وجه اللزوم وحيث إنه (قدّه) في مقام بيان جميع ما يشترط في عقد البيع يعلم عدم اعتبار اللفظ عنده لافي الوقوع ولا في اللزوم ومن ذلك يعلم عدم تحقق الاجماع على اعتبار اللفظ لا في اللزوم ولا في الوقوع في زمان المفيد (ره) وإلا لم يفت هو (قدّه) على خلاف الاجماع.

قال الشيخ (ره) في الخلاف: إذا دفع قطعة إلى البقليّ أو الشارب فقال: أعطني بها بقلّاً أو ماء فاعطاه، فإنه لا يكون بيعاً وكذلك في سائر المحقرات، وإنما يكون إباحة له فيتصرف كل منها فيما أخذ تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه. وفائدة ذلك أنّ البقليّ إذا أراد أن يسترجع البقل وأراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لها ذلك لأنّ الملك لم يحصل لهما وبه قال الشافعيّ. وقال أبوحنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يوجد الايجاب والقبول وقال ذلك في المحقرات دون غيرها. دليلنا أنّ العقد حكم شرعيّ ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا فيجب أن لا يثبت وأما الإباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها. انتهى.

ظاهر هذا الكلام هو الاحتمال الرابع ويفهم ممّا ذكره من تعليل الفائدة بجملته (لأنّ الملك لم يحصل لهما) أنّه لو كان الملك حاصلًا لما جاز الاسترجاع وقد استدك على الفساد بعدم الدليل على الصحة. وحيث إنّا استدلنا عليها فالملك حاصل بنظرنا فهو لا يخالفنا في البناء على اللزوم ومن هنا يعلم عدم تحقق الاجماع على الجواز في زمان الشيخ وإلا لم يخالف الاجماع. وأيضاً ذكر في أول الخلاف أنّه لو كانت المسألة التي يذكرها في هذا الكتاب إجماعية يستدلّها بالاجماع. وفي هذه المسألة يستدلّ على عدم الصحة بعدم الدليل عليه فيعلم من هذا أنّه لا إجماع على اعتبار اللفظ في الصحة في زمانه (قدّه) ولا سبباً مع ادّعائه الاجماع على حصول الإباحة بعد هذا بلا فصل. فن هذا الكلام نفهم أنّه لا إجماع لا على عدم صحّة المعاطاة ولا على عدم لزومها، بل لو أقيم دليل على حصول الملك فيها لكان الشيخ (ره) أيضاً موافقاً في لزومها. فعلى هذا كيف ادّعوا بعد المفيد والشيخ (قدّه) الاجماع على اعتبار اللفظ تارة في الصحة وأخرى في اللزوم مع أنّ في عبارة الغنية «فإنّ ذلك (المعاطاة) ليس ببيع وإنما هو إباحة للتصرف؛ يدلّ على ما قلناه الاجماع المشار إليه». انتهى محلّ الحاجة. يحتتمل رجوع الاجماع إلى الأخير كما ذكره الشيخ أيضاً ولا سبباً بعد ما نعرف من دأبه من اتّباعه كلمات الشيخ (ره) في هذا الكتاب غالباً. وكيف كان لو سلّم دعوى الاجماع بعد زمان المفيد والشيخ (قدّهما) لا يعتنى بها بعد ما ظهر من كلامهما عدم الاجماع على ذلك في زمانها، بل يظهر من عبارة العلامة (قدّه) وغيره أنّ القول بعدم اعتبار اللفظ في المعاطاة قول معتدّ به، فإنّه قال: إنّ الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصيغة وكذلك نسبته في

الخلافاً إلى الأكثر. وفي التحرير: إنَّ الأقوى أنَّ المعاطاة غير لازمة. ومع هذه الكلمات يعلم أنه لاشهرة على الاعتبار فضلاً عن الاجماع عليه. نعم، لو كانت الشهرة متحققة لكتنا خاضعاً في قبالها أيضاً إلا أن كلا طرفي المسألة مشهورة كما عرفنا من العبارات المتقدمة فلا إشكال في المسألة عندنا.

تنبيهات في مبحث المعاظة

الأول: المعاظة الواقعة بين المتعاطين لا تكون بيعاً على ما ذكره الشيخ (ره) لو وقعت بقصد الاباحة فلا تشترط بشرائط البيع ولا يدخل فيها الخيارات المختصة بالبيع ولو شككنا في حصول الاباحة وعدمها فاقداً لشرط ما لا بد من ملاحظة دليل إمضاء هذه المعاملة فلو كان لبيئاً يؤخذ بمتيقنه وبحكم بفساد ذلك الفاقد للشرط ولو كان لفظياً له إطلاق يؤخذ باطلاقه وبحكم بصحة ذلك. والظاهر الأول لأن الدليل على ذلك هو السيرة إلا أن يصطاد إطلاق من دليل عدم حلية مال أحد إلا بطيب نفسه ولو بأن يقال: إن الدليل ناظر إلى ما هو المرتكز عند العقلاء وهو عدم حلية المال من دون رضا صاحبه وحليته برضاه؛ فيندفع بذلك ما قد يتوهم من أن الرواية ليست في مقام بيان عقد المستثنى.

هذا لو بنينا على أن إباحة المال لجميع أنحاء التصرف فيه مغايرة للتملك في اعتبار العقلاء وإلا فتصبح هذه المعاملة أيضاً بيعاً، بل وسيجيء عن قريب أن الاباحة المعوضة أيضاً بيع خلافاً لما عليه الشيخ (ره) فتشترط بجميع شرائط البيع وتدخل فيه جميع الأحكام المختصة به. نعم لو كان دليل الاشتراط وذلك الحكم لبيئاً أو لفظياً في غير مقام البيان من جهة إطلاق المشروط وعدمه أو توسعه الموضوع وعدمها لا يشمل المقام فإن القدر المتيقن منه غير ذلك. وأما لو وقعت بقصد التملك فقد ذكرنا أن هذه المعاملة بيع لازم ويشترط فيها ما اشترط في البيع بالصيغة لو وجد إطلاق في مقام البيان دال على اشتراط مطلق البيع بذلك وإلا فيحكم باختصاصه بالبيع بالصيغة وهكذا بالنسبة إلى الأحكام.

ثم لوقلنا بأن المعاظة عقد جائز فهل يدخل فيه الخيار أم لا؟

قد يقال: إن جعل الخيار فيها لغو فإنها جائزة بالطبع وقابلة للفسخ بنفسها ولا يقاس ذلك باجتماع الخيارات في مورد واحد، فإن كلاً منها قابل للاسقاط والفسخ بالآخر الباقي بخلاف المقام فإن الجواز حكمي على الفرض غير قابل للاسقاط فيصبح الخيار لغواً وبلا أثر.

وهذا وأشباهه مما صدر عن عدّة من الأعظم خلط بين الأحكام القانونيّة والشخصيّة وقياس الأولى بالثانية. وكم فرق بين المقامين فإنّ في الأحكام الشخصية البعث لا يمكن إلّا مع إمكان انبعاث المكلف بشخص التكليف بخلاف الأحكام القانونيّة فإنّ إمكان البعث غير موقوف على ذلك، بل غايته أنّه موقوف على إمكان البعث طبيعياً وكتيّباً ولو كان بعض أشخاصه غير قابل للامتثال. وهذا يظهر من ملاحظة تكليف الكفّار والعصاة الذين يعلم بعدم انبعاثهم بالبعث وانزجارهم بالزجر. ولا يصحّ البعث الشخصيّ نحوهم بخلاف البعث القانونيّ الشامل لهم ولغيرهم. وهذا البيان ذكرنا أنّ العلم والقدرة ليسا من شرائط التكليف بل هما من شرائط التنجز وتفصيل الكلام في محله.

ولذا ذكرنا في محله أنّ ما استدّلوا به في أنّ خروج بعض أطراف العلم الاجمالي عن محلّ الابتلاء من أول الأمر يوجب انحلال العلم الاجمالي من لغوية البعث نحو الخارج عن محلّ الابتلاء لعدم إمكان البعث نحوه لا يرجع إلى محصل، فإنّ عدم إمكان الانبعاث نحو شخص خارجي لا يوجب لغوية القانون فإنّ مبادئ القانون أمور مختصة به وما يصحّحه ليس إمكان الانبعاث نحو الأشخاص بل إمكانه نحو الطبيعة وإن لم يكن نحو بعض الأشخاص، كافٍ في تصحيحه.

ففي المقام جعل الخيار قانوناً للبيع موقوف على عدم لغوية هذا الجعل وإن كان في بعض أشخاصه كالمعاطاة بلا أثر.^١

١- أقول: الظاهر أنّ ما أفاده (مدّ ظلّه) خلط بين قيود الموضوع والمتعلّق في المتعلّق الأمر كما ذكره فإنّ حرمة شرب طبيعة الخمر ثابتة وإن لم تكن جميع أفرادها تحت القدرة، بل لو لم يكن الموجود إلّا خراً واحداً مع ذلك تكون الحرمة فعليّة. وهذا بخلاف موضوع التكليف في الواجبات العينيّة فإنّ الالتزام بأنّ الموضوع هو طبيعة المكلف منافع للالتزام بعينيّة التكليف، بل يلزم منه كون التكليف كفاثياً فإنّه لا معنى للواجب العينيّ إلّا أنّ كلّ أحد مكلف بالفعل؛ لا أقول: يدخل المشخصات في موضوع الحكم، بل أقول باعتبار توجه التكليف إلى كلّ شخص في الواجبات العينيّة ولو من جهة انطباق عنوان كالمستطيع عليه. ونتيجة ذلك الانحلال بحسب تعدّد الموضوع والمدعى اشتراط الموضوع بالقدرة فإنّ العاجز غير قابل للبعث والزجر. وبعبارة أخرى إنّ البعث والزجر في الواجبات العينيّة متعلّقان بكلّ أحد لا بالطبيعة المهملة فلا بدّ من إمكان الانبعاث لكلّ أحد لا للطبيعة المهملة، فعجز المكلف عن الامتثال يخرج عن موضوع التكليف لعدم إمكان الانبعاث بالنسبة إليه ولذا بنينا في بحث الترتّب على اشتراط التكليف بالقدرة بلا كلام وأتمنناه في ذلك المقام بما يتضح به المرام. هذا.

وأما النقض بتكليف العصاة والكفّار فليس بوجه، فإنّ الكفر والعصيان مستند إلى

الثاني: هل يتوقف المعاطاء في تحققها على الاعطاء من الطرفين أو يكفي فيها الاعطاء من طرف واحد وأخذ الآخر أو لا بد من الاعطاء والأخذ من الطرفين بحيث يكون الاعطاء من الطرفين غير كافٍ في ذلك أو لا يشترط فيها الاعطاء بل تتحقق بصرف النية؟ وجوه: قد يتخيل أن المعاطاء لا تتحقق بالاعطاء من الطرفين بحيث يكون أحدهما بمنزلة القبول للآخر فإن القبول من قبيل المطاوعة للايجاب وكل من الاعطائين إيجاب مستقل لا يربط بينهما، فهذه المعاطاء مجردة عن القبول بل تتحقق المعاطاء بالاعطاء والأخذ، فإن الأخذ مطاوعة للاعطاء فتمت الأركان. فعلى ذلك لولم يقصد بالأخذ القبول وقصد القبول بالاعطاء الثاني تبطل المعاملة فإن ما يصلح للقبول لم يقصد به ذلك وما قصد به ذلك غير صالح له.

والجواب عن ذلك أولاً أن ماهية البيع إما مبادلة مال بمال أو تمليك عين بعوض وليس فيها من القبول عين ولا أثر. نعم، يشترط في تأثيرها القبول لكشفه عن رضا المشتري

اختيارهم فكيف يدعى عدم إمكان الانبعاث بالنسبة إليهم. وصرف العلم بعدم انبعاثهم لا يوجب لغوية الجعل فإن داعي البعث والزجر من قبل الله تعالى هو اللطف الذي هو داعي الجعل التكويني أيضاً كما قرّر في محله. والعلم بعدم الانبعاث اختياراً غير مناف لذلك بل عدم البعث والزجر مناف له فلا بد منها ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حي عن بينة، ولذا لا لغوية في ذلك وإن كان التكليف شخصياً. وأما البعث والزجر بالنسبة إلى من لا يمكنه الانبعاث والانزجار، فلغويته أظهر من أن يخفى فإن مخالفته أو موافقته للتكليف غير مستند إلى اختياره فكيف يقتضي اللطف مثل هذا الجعل. والحاصل أن الحكم ينحل بتعدد موضوعه لا بمعنى أنه إنشاءات متعددة حسب تعدد الموضوع، بل بمعنى أن الحكم المنشأ لكل فرد من المكلفين أو الطبيعة المتكثرة أو الطبيعة السارية يدور مدار موضوعه سعة وضيقاً؛ فعلى عدم إمكان شموله لبعض الأفراد لا يمكن جعله إطلاقاً لعدم انقذاح الإرادة والكرهية عند المولى العالم الحكيم أولاً ولزوم اللغوية ثانياً. وقد يقال في مقام دفع ذلك بأنه يكفي فيه ترتب القضاء والنيابة وغير ذلك من الآثار؛ ولكن تصحيح الجعل بهذه الآثار الواقعة في طول الجعل مستلزم لدور ظاهر.

هذا في الأحكام التكميلية أي ما اشتمل على البعث والزجر وأما الأحكام الوضعية فجعلها لا يدور مدار القدرة كما يعلم من أحكام الضمانات لعدم البعث والزجر فيها. نعم، لا بد من ترتب أثر على ذلك أي كونه مورداً لابتلاء المكلف والآ يكون الجعل لغواً وقانونية الجعل لا تصححه بعد فرض شمول الجعل للواقعة الشخصية أيضاً. فالعلم الاجمالي في المثال منحل كما هو المعروف. نعم، في مسألتنا هذه لا لغوية أبداً لترتب الأثر على الجعل فإن المكلف يتمكن من إعمال الخيار كما يتمكن من فسخ العقد بطبعه، ولا مانع من جعل الشارع موضوعين لفسخ العقد في مورد واحد كما يجعل في العرف علامتين لأمر واحد وأمثاله كثيرة في العرف ولا يعد من اللغو أصلاً. ق

كاجازة المالك في البيع الفضوليّ وأما أنه داخلة في ماهية البيع فلا. ولذا ذكرنا أنه لا يشترط توالي الإيجاب والقبول غير شرط في صحّة العقد حسب القاعدة إلا أن يكون التسالم على خلافه. فعلى ذلك إيجاب البيع بالاعطاء الأوّل قد تحقّق والكاشف عن رضا المشتري متحقّق بالاعطاء الثاني فتمّ الأركان. فما ذكره ممنوع من وجهين: أحدهما عدم اشتراط ماهية البيع بالقبول وعدم اشتراط تأثيره بأزيد من إبراز المشتري رضاه بأيّ وجه كان؛ ثانيها أنّ ما ذكره من عدم الربط بين الاعطائين لو أراد به عدم الربط بينها بمعنى أنّ أحدهما ليس مطاوعة للآخر مسلم لكنّ الكبرى ممنوعة، ولو أراد به أنّه ليس مبرزاً لرضا المشتري فالصغرى ممنوعة بل الاعطاء الثاني مترتباً على الاعطاء الأوّل مبرزاً لذلك وهذا واضح.

وثانياً أنّ العقلاء في غالب معاملاتهم المعاطاتيّة لا يرون تمامية المعاملة بعد إعطاء أحدهما وأخذ الآخر بحيث لو أراد الآخر قبل إعطائه البديل ردّ المعاملة لا يقال له إنّه لم يعمل بالمعاملة ولم يف بعقده. أترى أنّه لو قال صاحب المتاع للمشتري أعط فلوسك حتى أعطيك المتاع فأعطاه ذلك، ثمّ رجع المالك عن بناء ورده الفلوس، أنّه لم يف بالعقد. أو أنّه ردّ المعاملة قبل تمامها وهذا أقوى شاهد من إمكان تحقّق المعاطاة بالاعطاء من الطرفين بل الغالب في المعاملات العرفيّة كذلك أي المحقّق للقبول هو الاعطاء الثاني لأخذ الاعطاء الأوّل فقط.

وقد يتخيّل أنّ الاعطاء الثاني لا بدّ منه في القبول ويستدلّ عليه بوجهين عقلائيّ وعقليّ. أما الأوّل فإنّ القبول متأخّر عن الإيجاب عند العقلاء والأخذ مقومّ للاعطاء بحيث لو لم يوجد الأخذ لم يصدق الاعطاء. فنوكان إعطاء الأوّل إيجاباً للبيع في المعاطاة لا بدّ من تأخير القبول عن الأخذ فيه لما ذكرنا من تأخّر القبول عن الإيجاب والأخذ مقومّ للاعطاء الذي هو الإيجاب. والجواب عنه أنّ هذا منافٍ لما نريه في العرف من جريان المعاطاة سلفاً ونسبة بينهم واكتفائهم في الإيجاب بالاعطاء مجرداً عن الأخذ وفي القبول بأخذ ذلك قاصداً به القبول.

وأما العقليّ بأنّ الأخذ مقومّ للاعطاء والمفروض أنّ الاعطاء هو الإيجاب فلا يعقل أن يكون الأخذ قبولاً له. والجواب عنه أولاً لادليل على لزوم تأخير القبول عن الإيجاب اذا لم يكن بلفظ القبول، وثانياً أنّ الاعطاء كسائر المعاني الحدّيّة المصدرية قد يلاحظ بالنسبة إلى الفاعل وأخرى بالنسبة إلى المفعول وثالثة لا يلاحظ إلاّ نفسها. فعلى الأوّل إعطاء وعلى الثاني أخذ وعلى الثالث عطاء بالمعنى الاسم المصدرية فكلمها متحدة ذاتاً والتغاير بالاعتبار. والإيجاب إنّما هو الاعطاء بالاعتبار الأوّل وقبوله الأخذ أي الفعل بالاعتبار الثاني والثاني مترتب على الأوّل رتبة و إن لم يترتب عليه زماناً. ولو سلّمنا لزوم تأخير القبول عن الإيجاب

لانسلم ذلك زماناً بل يكفي التأخر الرتبى في ذلك وهو حاصل بين الاعطاء والأخذ فالصحيح كفاية الاعطاء من طرف واحد في المعاطاة وتحققها بالاعطاء من الطرفين أيضاً. وهنا إشكال في أصل المعاطاة وهو أنه كيف تتحقق المعاملة بالتعاطي مع أن الفعل أعم ولا يختص بمعاملة إلا بالقصد فيكون كالعناوين القصدية ويجري فيه الاشكال الجاري فيها وهو أنه مع عدم كون التعاطي بيعاً مثلاً كيف يقصد كونه بيعاً، بل حيث إن المقصود مقدم على القصد رتبة لا بد من تعنونه بالعنوان قبل تعلق القصد به فع توقعه على القصد يلزم الدور. فعلى هذا لا تتحقق المعاطاة بالفعل أبداً فإن الفعل مشترك بين البيع والصلح والهبة وغيرها ولا يتمخض في البيع إلا بالقصد فيجري فيه الاشكال. وهذا كما ذكر في الاحرام من أن قصد الاحرام لا يمكن دخله فيه و إلا يلزم المحذور المذكور.

والجواب عن هذا أما في الاحرام فالمكلف لو قصد العمرة مثلاً وليس الثوبين ولتبى يصير محرماً والاحرام ليس أمراً زائداً على ذلك ولا حاجة فيه إلى قصد الاحرام حتى يرد عليه ذلك الاشكال وأما في المقام فلو كان القصد متعلقاً بكون التعاطي بيعاً لكان الاشكال وجبها إلا أن متعلق القصد هو عنوان البيع والمبادلة الذي شبيته غير متوقفة على القصد فلو وقع التعاطي بهذا القصد ينطبق البيع على التعاطي قهراً. والمقصود أن المتوقف على القصد كون التعاطي مصداقاً للبيع والقصد غير متوقف عليه فإن المقصود هو عنوان البيع وهذا نظير العقد اللفظي فلو قال «بعت» بقصد البيع يقع مصداقاً له.

ثم إنه هل تكفي النية المجردة بلا تعاطي حتى من أحد الجانبين؟ وهل يكفي إبقاء المالك العين عنده بقصد تملكه للمشتري بدعوى أن الإبقاء أيضاً فعل؟ الظاهر خروج ذلك من المعاطاة عند العقلاء وإن أمكن تصحيحها عقلاً لكن المسألة عقلائية. وأما مسألة البقال والسقاء والحمامي فالظاهر أنها خارجة عن مورد المعاطاة، بل لعلها معاملة إذنية عقلائية وعليه بعض الأعاضم أيضاً.

الثالث: ماهو المايز بين البايع والمشتري في المعاطاة؟ وقبل بيان ذلك نقول: إن البيع أي مبادلة مال بمال أو تملك عين بعوض لا يعقل تقومه بسبب خاص (على تعبير) أو بموضوع خاص (على تعبير أصح) أو تقيده بذلك للزوم تقويم الشيء على نفسه. نعم، يمكن أن يقال إنه بعد وجود سبب خاص يسمى المسبب بالبيع إلا أن القبول غير دخيل في السبب بناء على ذلك أيضاً، فإن معنى البيع يحصل مع قطع النظر عن القبول فالقبول خارج عنه بل اعتباره من باب إظهار المشتري رضاه ولذا لا يلزم فيه الانشاء ولا شيء مما يعتبر في الإيجاب على القول به. فلو أجرى الوكيل عن الطرفين المعاملة من دون قبول صح بلا حاجة إلى ذلك.

ثم إنه هل البايع والمشتري أمران واقعيان قبل المعاملة أو ينتزع من نفس الانشاء؟
 قد يقال بالأول بدعوى أنّ الاستقراء دلنا على أنّ من كان نظره في المعاملة إلى حفظ مآلته
 ماله ولا ينظر له إلى الخصوصية فهو البايع والمشتري ناظر إلى خصوصية عين صاحبه. ولكن
 هذا لا يتم، فإنه في نفس ما ذكره لملك المشتري الثمن وقبل الآخر أفلا يسمى هذا بيعاً؟
 أو أنه لو وقعت المعاملة بين الجنسين أو التقدين أفلا يكون ذلك بيعاً؟

والتحقيق أن يقال: إنّ البايع والمشتري والموجب والقابل منتزعان من نفس
 الانشاء فالمملك هو البايع والمتملك هو المشتري والموجب هو المنشي والقابل هو المبرز رضاه
 لانشاء صاحبه. ولو كان كلاهما مملكا فكلهما بايع، وعلى ما ذكرنا من كفاية مطلق مادّة
 على الرضا في القبول فكلهما قابل أيضاً. ولو كان كلاهما متملكاً فكلهما مشتري وكلاهما
 قابل أيضاً. وهكذا الحال في بيع الوكيل الواحد من شخصين فع إنشائه التملك من أحد
 الجانبين فهو بايع والآخر قابل ومع إنشائه من كلا الطرفين فكلهما بايع وكلاهما قابل
 ولعله ظاهر.

الرابع: صور قصد المتعاطين:

١- قصدا بالتعاطي المقابلة بين الملكين وقد مرّ بيانه.

٢- قصدا به المقابلة بين التملكين.

فقد يستشكل فيه بأنه مستلزم لاجتماع اللحاظين في التملك آلياً واستقلالي. ثم
 ذكر المستشكل أنه يمكن الفرار عن ذلك بالصلح.

والجواب أولاً الفرار بالصلح غير ممكن للزوم بطلانه لو وقع على محل النزاع وهو
 التقابل بين التملكين لاستحالة ذلك أي لا يمكن العمل بهذه المصالحة للزوم المحال، ولو وقع
 على غير ذلك فمضافاً إلى خروجه عنه لا يختص الفرار بالصلح بل يصح البيع أيضاً. وثانياً أنّ
 باب الفعل مغاير لباب الألفاظ فإن الألفاظ وضعت آلة لفهام مداليلها فع استعمالها في
 ذلك ولحاظها مستقلاً يجتمع اللحاظان لامحالة بخلاف الفعل لامكان لحاظه استقلالاً مع
 كونه آلة لفهام مدلوله بنفسه، فلم يجتمع اللحاظان مثل أن يشير إلى زيد مثلاً ويقال
 إشارتي كذا. فع إشارته بلفظ هذا قاصداً حقيقة الإشارة فلا تحصل ذلك إلا بلحاظ المشار
 إليه استقلالاً واللفظ آلة فلا يمكن لحاظه استقلالاً وأما مع إشارته بالفعل فلا تحتاج حقيقة
 الإشارة بأزيد من نفس الفعل فيمكن تعلق اللحاظ به استقلالاً. وهكذا في المقام لو قصد
 التملك بلفظه لا يمكن لحاظه استقلالاً لأنّ النظر الاستقلالي تعلق بالمبادلة بين الملكين
 ونفس التملك لوحظ آلياً فلا يمكن لحاظه استقلالاً بخلاف مآل وقوع التملك بالفعل
 والاعطاء، فإنه بنفسه تملك فيمكن لحاظه استقلالاً ولذا يمكن أن يخبر عنه في مقام الاعطاء

بأنّ تمليك كذا مثلاً. هذا مضافاً إلى أنّ محلّ الكلام إنّما هو في ما إذا لوحظ التملك استقلالاً لا آلة.

وقد يستشكل فيه بعدم المألّة في التملك بالمعنى المصدرى والمال هو الملك بالمعنى الحاصل من المصدر. والجواب أولاً أنّ المال هو العين الخارجى لا المصدر ولا الحاصل منه ولا تدرى أنّ هذا القائل أى شيء أراد من الحاصل من المصدر، وثانياً أنّ مالّة الشيء عند العقلاء إنّما هو باعتبار الأثر المطلوب منه وإلا فنفس العين أيضاً ليس بمال بالذات بل مالّيته باعتبار الأثر المطلوب منه فهى مطلوب بالعرض. وإذا كان الأمر في نفس العين ذلك فليكن التملك المصدرى والملكيّة الحاصلة منه أيضاً كذلك إذا كانا مرغوباً عند العقلاء باعتبار ذلك الأثر.

والحاصل أنّ المألّة باعتبار الأثر المطلوب بالذات وهو خارج عمّا يعتبر أنّه مال أى المال ما كان مرغوباً بلحاظ ذلك الأثر. فكما أنّ العين كذلك يمكن أن يكون التملك أيضاً كذلك عند العقلاء.

والاشكال المهمّ أنّ متعلّق التملك لا بدّ من وجوده في المرتبة السابقة عليه إذ لا يعقل تعلّق التملك بالمعدوم وحينئذٍ لو وقع التملك على التملك الخارجى يلزم تعلّقه بالمعدوم ولو وقع على التملك الكلىّ يلزم عدم ارتباط الفعل في المعاطاة وهو الاعطاء بالتملك عند العقلاء، فإنّ العقلاء لا يرون الاعطاء مبرزاً لتملك التملك فالاشكال الأول عقلىّ والآخى عقلانيّ. نعم، باللفظ يمكن أن يقال «ملكتملكى» وأما بالفعل فالارتباط مفقود بين المبرز والمبرز عند العقلاء. وهذا الاشكال وارد على المقصود بالتملك وهو التملك في طرف المعوّض لا في طرف العوض كما يظهر بأدنى تأمل.

ويمكن تقريب الاشكال بعبارة أخرى وهو أنّ محلّ الكلام تملك تملك الخاصّ لا الكلىّ وفي هذا إشكال لأنّه مع قصد التملكين بنفس الفعل أو اللفظ يلزم كون الشيء مملكاً لنفسه فإنّ التملك واحد في المقام ومع عدم قصد تملك نفس العين يلزم عدم وجود متعلّق التملك. وهذا الاشكال غير وارد في طرف الثمن لأنّ قصد التملك غير معتبر فيه.^١

ثمّ إنّ هل مثل هذه المعاملة بيع أو هبة أو مصالحّة أو عقد جديد أو فاسد بنظر العقلاء؟ ذكر الشيخ (ره) أنّها ليست بيعاً بل إنّها هبة معوّضة ثمّ رجع عن ذلك وقال: إنّ التملك في باب الهبة حتّى في المعوّضة ليست في مقابل العوض بخلاف المقام فبنى على أنّها

١- أقول: قد مرّ في أول البيع أنّ تملك الموجود في ظرفه بحيث يوجد في ملك المملوك له لامانع منه بوجه. ومن ذلك تملك التملك الخارجى الموجود في ظرفه. فليتدبّر. ق

مصالحة أو عقد جديد لكن الظاهر أن هذا العقد بيع عند العقلاء. فإن التملك مال بمعنى أنه قد يكون مورداً لرغبة العقلاء ولا يشترط في المال رغبة جميع العقلاء فيه، بل رغبة فرد واحد أيضاً كافٍ في صدق ذلك كدواء خاصّ لداء شخص خاصّ لا غير، بل لا يشترط في المبيع أن يكون مالاً بمعنى أن يكون مورداً لرغبة العقلاء بلحاظ أثره؛ بل قد يتعلق غرض العقلاء باشتراء شيء لاعتناءه كما إذا فرضنا أن أحداً قال: كلّ من أخذ عقرباً من داري فأشتري منه بكذا، وغرضه من هذا الاشتراء إعدام هذا الحيوان والفرار من أذيته، فلا بدّ في البيع أن يكون التملك لغرض عقلائي. وقد يحصل هذا الغرض بتملك التملك أيضاً وقد مرّ أنه لا يشترط في المبيع أن يكون من الأعيان بنظر العقلاء فلا وجه للقول بعدم كون تملك التملك بيعاً حتى يقال إنها هبة حتى يستشكل فيه ويرجع عنه بدعوى أنها مصالحه، مع أن حقيقة المصالحة هو التسالم فالمنشأ فيها هو ذلك لا التملك وفي المقام المنشأ هو التملك.

٣- إباحة المال بازاء المال. وقد استشكل الشيخ (ره) في ذلك باشكالين: الأول أن إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك مستلزم لجواز البيع في غير الملك وهذا غير معقول لاقتضاء حقيقة المعاوضة التبادل بين الاضافتين فلا يعقل دخول الثمن في ملك غير مالك الثمن والعقلاء أيضاً على ذلك، مضافاً إلى اقتضاء الدليل الشرعيّ مثل «لا بيع إلا في ملك» أيضاً ذلك.

والجواب أولاً أن دعوى اقتضاء المبادلة التبادل بين الاضافتين في الملك دعوى بلا برهان، بل ملاحظة المعاملات العقلائية تشهد بعدم اعتبار ذلك. والحاصل أن غاية ما يعتبر في البيع المبادلة بين المالكين ولو كان أحدهما خارجاً من ملك شخص وكان الآخر داخلياً في ملك شخص آخر. وأما الدليل الشرعيّ ولوقبرينه نظائره كـ «لا طلاق إلا في ملك» لا يدلّ على اعتبار الملك في البيع بل غاية ما يدلّ عليه أن بيع غير السلطان على البيع ليس ببيع فلا ينافي ما ذكرناه.

وثانياً يمكن أن يقال: إن إباحة جميع التصرفات حتى الموقوفة على الملك بالعوض بحيث يكون المسلط على التصرفات المباح له فقط دون المبيع ليس أمراً آخر غير الملك بنظر العقلاء. ولوقلنا أيضاً بأن المبيع لم يقصد ذلك فإن اعتبار المالكية إنما هو من جهة سلطان الشخص على المال سلطنة تامة بحيث لا يتمكّن غيره من مزاحمته في ذلك فإذاً يكون التصرفات في الملك.

وثالثاً لوقلنا بعدم حصول الملك وصحة تلك التصرفات فعناه وقوع تلك التصرفات في ملك مالكة، لكنّه أباح له ذلك فبيعه للمال المباح بيعه للمالك وثمنه أيضاً يدخل في ملك المالك لكن يجوز للبائع التصرف في هذا الثمن بعد البيع كما كان يجوز له التصرف في

والحاصل أنه لا موجب للالتزام بدخول الثمن في ملك المشتري حتى يقال بمنافاة ذلك لمقتضى المعاوضة الحقيقية. وقد أجاب الشيخ (ره) عن هذا الاشكال بأجوبة، منها نظير ما عن العلامة (ره) في مسألة «أعتق عبدك عتي» وهو أن هذا الكلام استدعاء للتملك ثم العتق والعتق جوابه. فيقع النقل والانتقال أولاً ثم العتق فهذا عتق متضمن للبيع أولاً. وفي المقام أن إباحة جميع التصرفات حتى الموقوفة على الملك كالبيع تملك وتصرف المباح له بالبيع مثلاً بمنزلة القبول فيحصل النقل والانتقال ثم البيع.

ثم أشكل على ذلك بأن هذا خلاف مقصود المبيح، فإن المفروض قصد الإباحة لا التملك. ولنا كلام في فهم مراد العلامة (ره) أولاً، ثم في إمكان رفع الاشكال بما ذكره الشيخ (ره) ولومع قصد المبيح التملك و إن كان كلام العلامة خالياً عن المناقشة.

أما ما ذكره العلامة (ره) فلو كان مراده من حصول النقل قبل العتق حصوله بعد إنشاء العتق فيلزم من ذلك التفكيك بين الانشاء والمنشأ ومع القول بحصولها معاً غير ممكن لعدم تصور كون الشخص الواحد حرراً ومملوكاً في زمان واحد. وتقدير الملكية آنأما قبل العتق لا يدفع المحذور، فإن البيع موقوف على الملكية الحقيقية حسب الفرض لا التقديرية. ولو كان مراده حصول النقل قبل الانشاء فيلزم منه وقوع النقل بلا موجب أو تأثير الانشاء المتأخر في المنشأ المتقدم مع أن صريح كلامه حصول النقل والانتقال بالعتق والبيع ضمنياً. نعم، يمكن أن يقال إن مراده من ذلك وقوع الأمرين، النقل والعتق بانشاءه «أعتقت عنك» فكأنه أنشأ إنشائين، أحدهما بالمطابقة والآخر بالالتزام فيملكه بذلك الانشاء التزاماً ولذا يعبر بكلمة «عنك» ويعتقد أيضاً به مطابقة فهنا إنشاء لكل منها منشأ. وهذا و إن كان سليماً عن تلك الاشكالات العقلية، لكن لا يساعده اعتبار العقلاء فإن إنشاء الأمرين بانشاء بالمطابقة وإنشاء بالالتزام غير معروف عندهم.

وأما ما دفع الشيخ (ره) به الاشكال فيختص بمناقشات وهي:

إن قصد التملك بالإباحة يتصور على وجهين:

إحديها أن يكون المنشأ حقيقة التملك و إن كان بلفظ الإباحة فجعلت الإباحة كناية عن التملك وهذا و إن كان ممكناً في جعل اللفظ كناية إلا أن الفعل لا يمكن أن يجعل كناية عن غير ما قصد إيجاده به. والفرق أن في باب الألفاظ إرادتان استعمالية وجدية يمكن تخلف أحدهما عن الآخر. وأما الفعل فلم يقع إلا على ما هو عليه فع قصد الإباحة به يقع إباحة ومع قصد التملك به يقع تملكاً ولا معنى لجعل أحدهما كناية عن الآخر فيه، مضافاً إلى أن هذا خلاف المفروض فإن المفروض إنشاء الإباحة لا التملك.

ثانيهما أن يكون المنشأ التمليك في خصوص التصرفات المتوقفة على الملك وهذا بحسب مورد الاباحة على وجهين:

أحدهما أن يكون المقصود بالاباحة خصوص ذلك التصرف في هذا الوجه وإن لم يلزم منه إشكال في طرف الايجاب عدا عدم إمكان جعل الفعل مقصوداً به الاباحة كناية عن التمليك والخروج عن محل البحث يشكل في طرف القبول بالبيع بعدم إمكان إنشائه بالنسبة إلى العالم بالأمر ما لم يتملك أولاً، فإن المفروض أنه لا يبيع إلا في ملك. هذا بناء على المعروف من اعتبار الانشاء في القبول وأما على ما ذكرنا من عدم اعتبار أزيد من رضا القابل المبرز بأي مبرز كان فلا يرد ذلك.

ثانيهما أن يكون قصد الاباحة بالنسبة إلى جميع التصرفات وقصد التمليك بالنسبة إلى خصوص البيع ونحوه. فلو أنشأ الاباحة والتمليك منجزاً يلزم صيرورة المباح له مالكاً من حيث غير مالك من حيث وهذا كما ترى. ولو أنشأ الاباحة منجزاً والتمليك معلقاً على إرادة المباح له البيع فيلزم إنشاء الأمرين بانشاء واحد، فإن جعل أحدهما كناية عن الآخر يشكل بما مر من عدم تصور ذلك في باب الأفعال وعدم تعارفه بين العقلاء في باب الألفاظ. ولو أنشأهما عرضياً فيلزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى في اللفظ وتأثير إنشاء واحد فيها في الفعل وهذا خلاف المعروف بين العقلاء.

هذا في الايجاب وفي القبول يشكل بما مر في سابقه. والمتحصل بناء على المعروف من عدم تحقق البيع إلا في ملك لا يمكن تصحيح البيع ولا إباحته بما ذكره الشيخ (ره) سواء كانت الاباحة باللفظ أو بالفعل لما تقدم، كما لا يمكن تصحيح العتق عن الغير في مورد استدعاء الغير له بناء على أنه لا يعتق إلا في ملك بمعناه المعروف.

ومنها نظير مسألة شراء العمودين حيث دلّ الدليل الشرعي على حصول الملكية أولاً ثم الانعتاق وهو مقتضى الجمع بين أدلة جواز الشراء والانعتاق بالشراء وعدم كون الشخص مالكاً لعموده وعدم وقوع العتق إلا في ملك، فإنه ينكشف بذلك حصول الملك آنأماً ولو تقديراً ثم الانعتاق. وفي المقام لو دلّ دليل على جواز مثل هذه الاباحة المطلقة وجواز البيع بالنسبة إلى المباح له وعدم وقوع البيع إلا في ملك يجمع بينها ويلتزم بحصول الملك آنأماً قبل البيع ولو تقديراً ثم البيع.

وأجاب عن ذلك بالفرق بين المقام وتلك المسألة لعدم الدليل على جواز الاباحة المطلقة حتى يجمع بينها وبين تالينها بما ذكر. ودليل التسلّط على المال لا يقتضي جواز ذلك، فإن دلّ دلّته على التسلّط على الأموال لاعلى الأحكام وعبر أخيراً عن ذلك بأن مفادها التسلّط على المال فيما هو جائز شرعاً.

ولنا كلام في إمكان ورود دليل على جواز مثل هذه الاباحة أولاً، ثم الوجه في عدم دلالة دليل السلطنة على ذلك.

أما الكلام في الامكان فنقول: إن المبيع إذا كان ملتفتاً بعدم إمكان وقوع البيع في غير ملك أو عدم جوازه شرعاً أو عقلياً كيف يمكنه إنشاء إباحة ذلك التصرف فإنه إنشاء الأمر المستحيل، فإن المباح له لا يتمكن من البيع لنفسه بوجه لا باخراج المال عن ملك صاحبه وتملكه العوض بنفسه فإنه منافٍ لمقتضى المعاوضة والمبادلة ولا باخراج ذلك عن ملك نفسه فإن المفروض أن المال ملك المبيع فكيف يخرج عن ملك نفسه؟ فإباحة التصرف البيعي من دون تمليك غير ممكن حتى نبحت عن وجود دليل عليها وعدمه. ولا يعقل إقامة دليل على الجواز فإن إنشاء الاباحة غير معقول لاستحالة متعلقها فلا يعقل إرادتها من المبيع، فكيف يستدل على جوازها بدليل شرعي؟

وأما وجه عدم دلالة دليل السلطنة ليس ما ذكره الشيخ (ره) من أن الدليل قد دل على تسلط الناس على أموالهم فيما هو جائز من قبل الشرع فإنه بعد تقييد موضوعه بذلك لافائدة فيه أبداً بل هو يشبه توضيح الواضحات، فإن معنى الجواز هو التسلط على الفعل فما معنى أن يقال إن الناس مسلطون على أموالهم فيما هم مسلطون عليه شرعاً؟ بل معناه حسب ما ذكرنا سابقاً أن الناس مسلطون على أموالهم بالتصرف فيها أي تصرف كان. نعم، لابد من تخصيص ذلك بغير التصرفات الممنوعة شرعاً ويبقى ما عدا ذلك تحت الدليل. ولقائل أن يقول: إن الاباحة في المقام من التصرفات ولم يرد فيها منع شرعي فتجوز لذلك الدليل. والوجه في عدم دلالة ذلك أن إخراج المباح له المال عن ملكه أو إدخاله الثمن في ملكه بعد إخراج المال عن ملك مالكة ليس من تصرف المالك في ملكه حتى يقال إنه مسلط عليه وإباحة وإن كانت فعل المالك إلا أن متعلقها وهو بيع المباح له مال المالك عن نفسه أو عن مالكة مع دخول الثمن في ملكه يبقى بلا دليل ولا يمكن إثبات جواز ذلك بدليل السلطنة¹. فدليل السلطنة قاصر عن إثبات ذلك. والحاصل أنه لا يمكن تصحيح مثل هذه الاباحة بمثل المذكورات وقد مر ما يمكن أن يقال في الحكم بالصحة.

١- أقول: لو أغمضنا النظر عن استحالة هذا التصرف عقلاً، فدليل السلطنة يثبت جواز إباحتها ويثبت جواز متعلقها بالدلالة الالتزامية فإنه لا معنى لجواز إباحتها إلا جوازه؛ لكن يمكن أن يقال: إن دليل عدم جواز البيع إلا في ملك أو عدم تصور المعاوضة الحقيقية إلا بدخول الثمن في ملك مالك الثمن مخصص لدليل السلطنة بمعنى أن المالك مسلط على جميع التصرفات إلا ما يلزم منه تحقق البيع في غير ملك أو تحققه على غير وجه المعاوضة الحقيقية. ق

الثاني: ذكر الشيخ (ره) أن الإباحة المعوضة ليست على حد سائر المعاوضات فإنها راجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك فيشكل في صحتها لعدم إمكان تصحيحها بأدلة التجارة والبيع للتأمل في صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع فإن كلا العوضين ملك للمبيح فكيف تحققت التجارة أو البيع؟ إلا أن يكون صلحاً فإنها في معنى التسالم بناء على أنه لا يشترط فيه لفظ الصلح ولو كانت معاملة مستقلة كفي فيها عموم «الناس مسلطون على أموالهم» و«المؤمنون عند شروطهم». وعلى تقدير الصحة ففي لزومها مطلقاً لعموم «المؤمنون عند شروطهم» أو من طرف المباح له حيث إنه يخرج عن ملكه دون الآخر أو جوازها مطلقاً لأصالة التسلّط وجوه، أقواها أولها ثم أوسطها؛ وقد ظهر من ذلك حكم الإباحة بالإباحة أيضاً. انتهى محصلاً.

أما ما ذكره من أنها ليست على حد سائر المعاوضات فإن أريد بها أنها ليست معاوضة فخلافاً ظاهر فإن المالك قد أباح مالها بالعوض وقبل ذلك الآخر فقد وقعت المعاوضة بين الإباحة والمال، وإن أريد بها أنها ليست معاوضة مالية فأيضاً لا تتم لأن المال ما يكون مورداً لرغبة العقلاء ويبدل بازائه مال وإباحة المال أمر مورد لرغبتهم وقد فرض الكلام في أنه بذل بازائها المال، وإن أريد بها أنها ليست بيعاً كما ذكر بعد ذلك فبناء على أن البيع تمليك العين بالعوض صحيح إلا أننا قد ذكرنا سابقاً أن خصوصية العين غير دخيلة في البيع بل البيع مبادلة مال بمال وهذا في المقام متحقق. فالصحيح أن الإباحة المعوضة بالمال أو الإباحة بيع.

وأما ما ذكره من أن كلا العوضين ملك للمبيح فليس كذلك لأن أحد العوضين الإباحة وتكون ملكاً للمباح له بعد المعاوضة وليست العين معوضة حتى يلزم ما ذكر. وأما تصوير الصلح أيضاً لا يتم لأن المنشأ بالصلح نفس التسالم وليس الصلح كل ما صدق عليه التسالم ولو أنشأ فيه التمليك بالعوض فالصلح ما يكون تساملاً بالحمل الأولي لا بالحمل الشايع.

وأما ما ذكره من أنه بناء على أنها معاملة مستقلة كفي فيها دليل السلطنة والشروط فأيضاً غير صحيح لما بنى عليه هو (قده) من أن دليل السلطنة ناظر إلى السلطنة في الأموال لا في الأحكام ودليل الشروط لا يشمل عناوين العقود والايقاعات، مضافاً إلى أنه أي فرق بين كون هذه المعاوضة بيعاً أو معاوضة مستقلة في إمكان تصحيحها بالدليلين بناء على الثاني دون الأول.

وقد ظهر ممّا ذكرنا الحكم في الجواز واللزوم في هذه المعاوضة فإنه بناء على كونه بيعاً كما قويناه فهي لازمة بأدلة اللزوم في البيع وبناء على كونها معاوضة مستقلة فأيضاً

لازمة بأصالة اللزوم في كل معاوضة شك في لزومها وجوازها وقد مرت أدلة ذلك . ومما ذكرنا ظهر الحال في حكم الاباحة بالاباحة فلا نزيل بتكرار المطالب في ذلك .

الخامس: هل تجري المعاطاة في غير البيع من المعاملات أم لا؟

قد ذكرنا أن مفهوم المعاملة غير متقومة باللفظ عند العقلاء بلا فرق بين البيع وغيره كالاجارة والهبة وأمثال ذلك ولو كان اللفظ معتبراً فيها عند الشارع كالطلاق مثلاً فإنما يعتبر فيها لترتب الآثار عليها لا في مفهومها . فعلى ذلك لابد من التماس الدليل على اعتبار الشارع اللفظ في كل عقد ومع عدم الدليل عليه ينفي بالأصل وهذا ظاهر .

ثم إنه قد وقع الكلام في إمكان جريان المعاطاة في النكاح وأشكل عليه باشكالات: أحدها أنه لو وقع النكاح بالفعل كالوطي مثلاً يلزم عدم تحقق الزنا إلا في مورد الاكراه، وثانيها لازم ذلك تأثير السبب المحرم في النكاح، وثالثها أن حلية الوطي موقوف على النكاح فلو كان سبباً للنكاح يلزم الدور .

وشيء من هذه الاشكالات لا يتم . أما الأول، فإنه لا يلزم من جواز الوطي بقصد الزواج عدم تحقق الزنا إلا في مورد الاكراه فإنه يمكن الوطي لا بقصد الزواج في غير مورد الاكراه أيضاً، وبين الوطي بقصد الزواج والوطي في مورد الاختيار عموم وخصوص مطلق . وأما الثاني، فأولاً لا مانع من تأثير السبب المحرم في العقد بناء على كونه مسبباً لذلك السبب ولذا يمكن أن يصرح الشارع بأن الوطي حرام في نفسه لكن لو وقع يترتب عليه الزوجية، وقد برهن ذلك في الأصول مفصلاً، بل لوقلنا بأن العقد نفس السبب فأيضاً الأمر كذلك بعين البيان . وثانياً لو فرضنا عدم إمكان تأثير السبب المحرم في العقد فإنه منحصر بما إذا تعلق النهي بعنوان السبب لا بعنوان آخر كالوطي في المقام، فإن بينها عموم من وجه . وقد بنينا في مبحث اجتماع الأمر والنهي على وجود الحكيم ولو كان مصداق متعلقها أمراً واحداً فإنه لا يعقل سراية الحكم المتعلق بعنوان إلى عنوان آخر، ففي المقام الوطي محرم وسبب النكاح مؤثر وقد اتحد المتعلقان بحسب المصداق والخارج وفي ظرف الامتثال لا بحسب الواقع وفي ظرف الحكم .

وأما ما يقال إنه بناء على الجواز أيضاً أن الفعل يقع مبغوضاً عليه والمبغوض لا يكون مقرباً في العبادات وفي المقام المبغوض لا يكون مؤثراً في العقد، مدفوع . وقد ذكرنا في محله أن الفعل أيضاً متحيث بكلا الحثيتين من إحداهما مقرب أو مؤثر ومن الأخرى محرم ومنهيه عنه .

وأما الاشكال الأخير فقد ذكر المحقق الاصفهاني(ره) في دفعه أجوبة كلها يرجع إلى أساس واحد وهو أن الحلية لا تحتاج إلى سبب بل الحرمة وغيرها من الأحكام

محتاج إليه، فإنَّ الحليَّة من قبيل اللَّا إقتضاء والحرمة وغيرها من قبيل الاقتضاء فالم يكن الاقتضاء موجوداً فيه تحكّم بحليّته. ومقتضى حرمة الوطي عدم الزوجية فلو انتفى تحكّم بالحليَّة ويندفع بذلك محذورالدور فإنَّ الحليَّة غير متوقّفة على النكاح بل الحرمة موقوفة على عدم الزوجية. والمفروض أنّ الوطي سبب للزوجية فيلزم تقارن الوطي لها فليس عنوان الحرمة وهو عدم الزوجية موجوداً حتى يحكم بجرمة الوطي. هذا ولكنه خلاف ماهو المرتكز عند العقلاء، فإنهم يرون النكاح موضوعاً لحليَّة الوطي وهذا ظاهر. والجواب أنّ حليَّة الوطي وإن كانت موقوفة على النكاح إلا أنّ النكاح غير موقوفة على حليَّة الوطي لما تقدّم في الجواب عن الاشكال الثاني، بل إنّه متوقّف على نفس الوطي ولو كان محرماً فاندفع الاشكال.^١

فالصحيح إمكان تحقّق مفهوم النكاح أيضاً بالفعل ولذا يقع بالفعل عند التعذّر كالطلاق وهذا يمكن استكشاف حليَّة الفعل أيضاً لو وقعت عن إرادة النكاح ولاسيما إذا كان مسبوقاً بالمقاولة بين الطرفين. وكيف كان فقد وقع التسالم الخارجي على اعتبار الشارع الصيغة في تأثير النكاح شرعاً حال الاختيار فالمتبع هو ذلك.

وهنا إشكال عقليّ في جريان المعاطاة في العقود المتوقّفة صحتها على القبض كالهبة والوقف والقرض وغيرها وهو لزوم اتّحاد الشرط والمشروط في القبض. وقد أجاب عن ذلك المحقّق الاصفهانيّ (ره) بجوابين خاصّ بالقرض وعمام يشمل الجميع. أمّا الأوّل، فهو أنّ العقد في باب القرض سبب للملك والقبض سبب للضمان وحيث إنّ الشارع رأى الملازمة بين الملك والضمان لم يعتبر الملكيّة إلاّ بعد القبض وإلاّ فسبب الملك هو العقد ولا يشترط فيه القبض أبداً. نعم، بحسب مارأى الشارع من الملازمة يكون سبب الملك العقد المتعقّب بالقبض لا أنّ القبض شرط في الملك. فعلى ذلك يندفع الاشكال، فإنّ التعاطي

١- أقول: يمكن أن يلزم بالحليَّة فإنّ المفروض حصول الزوجية بنفس الوطي فالوطي وطى الزوجة. وبعبارة أخرى أنّ حليَّة الوطي غير متوقّفة على تقدّم الزوجية عليها بل إنها متوقّفة على كونه وطى الزوجة وهو حاصل ولو مع التقارن فالوطي موضوع للنكاح والنكاح موضوع لحليَّة ذلك الوطي لانفسه فلا دور، والمفروض أنّ الوطي والنكاح متقارنان لتقارن الحكم وموضوعه كما أنّ النكاح وحليَّة الوطي متقارنان لذلك فيلزم تقارن الوطي وحليّته، فافهم. والاستشكال في ذلك بلزوم تقدّم الموضوع على الحكم فيتقدّم الوطي على حليّته بمرتبتين، مدفوع بأنّ الترتّب إنّما هو في عالم اللحاظ الخارج وإلاّ فيمكن اعتبار حكم متقدّم على موضوع متأخّر في الخارج. ولذا بنينا على إمكان الشرط المتأخّر بل وقوعه، فإنّ الاعتبار سهل المؤونة فأبني مانع من اعتبار الحليَّة لوطي أريد به النكاح ولو بأن يعتبر الشارع النكاح المتأخّر رتبة عن الوطي موضوعاً لحليَّة نفس ذلك الوطي. ق.

الخارجي هو العقد وسبب للملك وليس شرطاً في تأثيره حتى يلزم الاتحاد. ولكن هذا الجواب لا يتم بوجه لأنه بناء على أن العقد تمام سبب الملك لا يعقل تفكيك مسببه عنه وبناء على التلازم بين حصول الملكية والضمان لا بد من التلازم بين سببها أيضاً. ومع التفكيك فإما أن يلتزم بحصول الملك بالعقد فيلزم التفكيك في المسببين وهذا خلف وإما أن يلتزم بعدم حصول الملك إلا بالقبض فيلزم دخل القبض فيه فإما المحذور وهو لزوم اتحاد الشرط والمشروط في القبض.

وأما الجواب العام أن لا قباض حيثيتين مصدرية والحاصل منه فالعقد هو الاقباض بالاعتبار الأول والشرط هو الاقباض بالاعتبار الثاني فيندفع الاشكال. ويشكل هذا بناء على عدم تمامية العقد إلا بالقبول على ما ذكره فإن العقد وهو الاقباض لا يتم إلا بالقبض فعاد المحذور. والصحيح في الجواب عموماً لحاظ تعدد الحيثيتين في نفس القبض فإن القبض بالمعنى المصدرية دخيل في العقد بناء على ذلك المبني وبالمعنى الحاصل منه شرط لعدم قيام دليل على اعتبار القبض بالاعتبار الأول وهو الأخذ في صحة العقد بل غايته اعتبار ذلك بمعنى حصول الشيء في يد من انتقل إليه فيها، فيندفع الاشكال. هذا مضافاً إلى أنه لو تم الاشكال فلا يدك على بطلان المعاطاة في العقود المذكورة بل غايته الدلالة على عدم كفاية قبض واحد للأمرين معاً، بل لا بد من قبض آخر إما حدوثاً أو بقاء للقبض السابق.^١

السادس: في ملزمات المعاطاة. ولا بأس بالاشارة إجمالاً إلى كبرى المسألة ابتداء فإنها مشتملة على فوائد سارية في الأبواب المتعددة وهي أنه إذا خصص العام بمخصص في بعض الأزمنة وليس للمخصص إطلاق أو عموم بالنسبة إلى ما بعد ذلك الزمان فهل يتمسك في ما بعد ذلك بعموم العام أو استصحاب حكم المخصص أولاً هذا ولا ذاك أو لا بد من التفصيل فنقول:

١- لو كان العموم الزماني منصوصاً في العام كما إذا قيل «أكرم العلماء في كل زمان أو مستمراً» فيحتمل رجوع القيد إلى الهيئة أو إلى المادة أو إلى الموضوع على نحو من التأويل أو إلى النسبة الحكيمية. والظاهر الأخير فعناه «أكرم العلماء وليكن إكرامك إياهم

١- أقول: اتحاد الشرط والمشروط في الأمور الاعتبارية ممكن ذاتاً فإن الاعتبار سهل المؤونة. نعم، يمكن الاستشكال فيه بلزوم اللغوية في الاعتبار؛ ولكن يدفعها قانونية الجعل التي التزم بها السيد الاستاذ، مع أن لزوم اللغوية في الجعل يوجب سقوط الشرط عن الشرطية لافساد المعاملة ولا لزوم تعدد القبض. فليتدبر. ق

في كل زمان» فجعل موضوع دليل الثاني حكم الأول. فع ورد التخصيص في الأول يخرج الفرد عن عموم الثاني أيضاً لكن لا من باب التخصيص، بل من باب التخصيص والسلب بانتفاء الموضوع بخلاف ما لو ورد التخصيص أو التقييد في الثاني فإن عموم الأول باقٍ على حاله ومع الشك في هذا القسم في تخصيص الزائد أو تقييده يتمسك بعموم الثاني أو إطلاقه ولا مجال للتمسك بعموم الأول حينئذٍ، فإن لسانه مهملة الحكم وهي موجودة غيرمحصنة بشيء والشك في بقاء ذلك عموماً أو إطلاقاً والمتكفل لبيانه دليل الثاني ولو كان متصللاً بالأول ومتفرعاً عليه، فهنا عمومان أو عموم وإطلاق فوقاني متكفل لبيان مهملة الحكم وتحتاني متكفل لبيان بقائها بحسب عمود الزمان. وهكذا الحال في ما إذا استفيد الحكم بالنسبة إلى الزمان من مقدمات الاطلاق كمسألتنا هذه، فإن «أوفوا بالعقود» لا تدل على عموم الحكم بالنسبة إلى الأزمنة إلا بمقدمات الاطلاق.

٢-— يحتل في القيد أن يكون على نحو العموم الشمولي (العام الأصولي) وأن يكون على النحو العموم المجموعي وأن يكون على النحو العموم المستفاد من مقدمات الحكمة في موارد المطلقات. وفي ما إذا استفيد الحكم بالنسبة إلى الأزمنة من مقدمات الحكمة الظاهر هو الأخير. والفرق بينه وبين العموم الأصولي هو الفرق بين الاطلاق والعموم، فإن الفرق بينها لا ينحصر بكون الدلالة في الأول بمقدمات الحكمة وفي الثاني بالوضع، بل في موارد العموم الحكم متعلق بالطبيعة المتكثرة بحيث يتكثر الحكم بتكثر الطبيعة حسب تكثر أفرادها فله إطاعات ومعاصي متكثرة حسب تكثره بما ذكر بخلاف موارد الاطلاق لأن الحكم متعلق بنفس الطبيعة على إهمالها وكونها لا بشرط. ولذا مع عدم وجود قرينة في البين تحصل الاطاعة بوجود فرداً في الأوامر وعدم فرداً في النواهي إلا أن القرينة العرفية في موارد النواهي قائمة على أن النهي عن الطبيعة دالة على مبعوضيتها المطلقة فلا بد من تركها بجميع أفرادها وفي بعض موارد غير النواهي مثل «أحل الله البيع» بالنسبة إلى الأفراد و«أوفوا بالعقود» بالنسبة إلى الأزمان بمقدمات الاطلاق يعلم أن الحكم فيها سارٍ في جميع موارد انطباق الطبيعة عليها لكن في الموردين ليس الحكم على النحو العموم الأصولي بحيث يتكثر الحكم بتكثر الطبيعة حسب تكثر الفرد ولا على النحو العموم المجموعي بحيث لو عصى بفرد واحد يسقط التكليف رأساً بل الحكم فيها حكم واحد متعلق بنفس الطبيعة. فلو ترك الكذب المحرم بجميع أفرادها لم تحصل إلا إطاعة واحدة وإن وجد على فرض المحال جميع أفرادها بايجاد واحد فهو عصيان واحد. نعم لو وجد في ضمن فرد أولاً وبعده وجد في ضمن فرد آخر وهكذا فقد وجدت المبعوضات المتعددة لكن هذا من باب حصول الطبيعة المبعوضة مراراً والمفروض أنها محرمة على إطلاقها وهكذا في مورد حل البيع والوفاء بالعقد

بحسب الزمان. وعلى نحو التمثيل الحكم في مورد هذه المطلقات حكم واحد جعل على نحو لازم الماهية يدور مدارها بخلاف موارد العموم، فإنَّ الحكم فيها يتكثّر حسب تكثّر الطبيعة بتكثّر الأفراد. إذا ظهرت هاتان المقدمتان فقد ظهر أنّه في مورد الشكّ في مفروض المسألة لا بدّ من التمسك باطلاق الدليل بالنسبة إلى العموم الزمانيّ لا العموم ولا استصحاب الحكم المخصّص. فإنَّ «أوفوا بالعقود» بمثابة «أوفوا بكلّ عقد» وليكن الوفاء مستمراً على النحو العموم الاطلاقيّ المذكور والشكّ في المقام راجع إلى تقييد الدليل التحتانيّ لا الفوقانيّ فليس الحكم بالجواز في مورد الشكّ مستلزماً لكثرة التخصيص كما ذكره الشيخ(ره) بل هو من باب كثرة التقييد والأصل الاطلاق.

إن قلت: إنّ لازم ما ذكر التفصيل بين ورود التخصيص من أوّل الأمر ووروده في الأثناء فإنّه في الثاني و إن كان تاماً إلاّ أنّه في الأوّل يحصل العلم الاجماليّ بأحد التخصيصين، تخصيص العامّ الأوّل إذا كان الحكم مستمراً في ظرف الشكّ أيضاً بلا ارتكاب خلاف الظاهر في الثاني أو تخصيص العامّ الثاني إذا اختلف ما قبل الشكّ وما بعده في الحكم فإنّه موجب لبقاء الأوّل على ظهوره فإنّه شامل لمهملة الحكم بخلاف الثاني فإنّه مخصّص بغير الحكم الثابت قبل زمان الشكّ فيسقط الدليلان معاً و يرجع إلى الاستصحاب بخلاف ما لو ورد التخصيص في الأثناء فإنّ المرجع عموم الثاني كما لا يخفى.

قلت: إنّ الأصل الثاني غير جارٍ في نفسه لأنّنا نعلم بالحكم في أوّل الأمر كما هو المفروض. فعنى هذا الأصل أنّ هذا الفرد المعلوم حكمه غير مرتبط بالدليل الثاني بل هو خارج عن عموم الأوّل فليس الشكّ في الارادة الجدّيّة في الدليل الثاني بل الشكّ في الارادة الاستعماليّة فيه وأصالة العموم أو الاطلاق معتبران عند العقلاء في الأوّل لا الثاني، وهذا بخلاف الأصل الأوّل، فإنّ الشكّ واقع في أنّ مهملة الحكم في هذا الفرد داخل فيه أو خارج عنه فيتمسك بعمومه لرفع الشكّ. وأيضاً الدليل الثاني متفرّع على الأوّل أي مادّة عليه الأوّل بنحو الاهمال يدلّ عليه الثاني بنحو الاستمرار فلو أجرينا الأصل الثاني وحكمنا بخروج المورد عن الدليل الأوّل لم يبق مجال للأصل الثاني فيلزم من وجوده عدمه. وهذا هو الجواب الصحيح.

وأما ما أجاب به شيخنا العلامة(ره) وهو مبناه في تقديم الشكّ السببيّ على المسببيّ من أنّ العامّ الأوّل في رتبة الموضوع بالنسبة إلى الثاني فإذا أجرينا الأصل الأوّل لم يبق مجال للثاني، فقد مرّ أنّ التقدّم الرتبيّ أو الزمانيّ لا يوجب تقدّم أحد الأصلين على الآخر ما لم يكن الترتب شرعيّاً. وأيضاً ما أجاب به بعض من أنّ الشكّ واقع في التخصيص الزائد فإنّه من الشكّ في الأقلّ والأكثر في الزائد نرجع إلى العامّ الأوّل فالمفروض أنّ هنا

دليلان علم إجمالاً بتخصيص أحدهما دون الآخر فلا يعلم تخصيص الأول حتى يرجع إليه عند الشك في زيادة التخصيص.

ثم إنَّ المرحوم النائيني (ره) ذكر تفصيلاً في المقام نذكره مجملاً وهو أنه مع عروض الحكم على العموم الزماني يتمسك بالعموم في مورد الشك بخلاف ما لو كان العموم عارضاً على الحكم. وبعبارة أخرى لو كان المتقيد بالعموم الزماني المتعلق يتمسك بالعموم بخلاف ما لو كان الحكم مقيداً به والفرق بينها أنَّ في الأول يمكن بيان العموم بنفس دليل الحكم بخلاف الثاني للزوم المحال وهو تقديم ماحقه التأخير وهو العموم الذي حقه التأخير عن الحكم المدلول لذلك الدليل في الأول يمكن التمسك بالعموم بخلاف الثاني. لكنته من المعلوم أنا لانريد استعارة العموم من نفس الدال على الحكم فإنه يستحيل الاستفادة ما يزيد عن مدلول الشيء عنه بل الاستفادة ذلك إنما هو بدال آخر وهو تقيد الحكم أو المتعلق بنبي كل زمان أو مستمراً أو من مقدمات الاطلاق فقوله «أكرم كل عالم مستمراً» يفهم منه استمرار الحكم لانفس الدال عليه وهو «أكرم» بل بدال آخر وهو مستمراً مع تعلقه بأكرم، فاستفادة الحكم وعمومه بتعدد الدال والمدلول. ومع الشك في مفروض المسألة يتمسك بالدال الثاني بلا فرق بين رجوعه إلى الحكم أو المتعلق. وبعبارة أخرى أنَّ الدال على الحكم دال عليه مهملأ والدال على العموم الزماني أو الاستمرار لفظاً أو بمقدمات الاطلاق هو الأخير الذي موضوعه مدلول الدال الأول وهو مهمله الحكم فع الشك في مهمله الحكم يتمسك بالعموم الفوقاني (الأول) لرفعه ومع الشك في استمراره بعد فرض وجود مهملته يتمسك بالعموم التحتاني (الثاني) لرفعه بلا فرق بين الرجوع إلى الحكم أو المتعلق. وهذا ظاهر.

نعم ذكر شيخنا العلامة (ره) فيما إذا استفيد الاستمرار من مقدمات الحكمة كالمقام أنه لا يمكن التمسك بالاطلاق في مورد الشك فإنه فرق بين هذا الاطلاق وسائر الاطلاقات، فإنه في سائر الموارد كـ «أحل الله البيع» الأفراد في عرض واحد بخلاف المقام فإنَّ الأفراد حسب عمود الزمان طولياً. ومعنى الاطلاق فيه أنَّ الحكم مترتب على العقد مستمراً فلو ورد التقييد بالنسبة إلى بعض الأزمنة ينقطع الاستمرار فلا يمكن التمسك باطلاق الدليل، لكن ليس في الدليل كلمة الاستمرار وما أشبهها حتى ندور مدارها؛ بل على ما ذكرنا الحكم ثابت على موضوعه وهو العقد بالنسبة إلى عمود الزمان على الاطلاق وليس خصوصية الزمان دخيلاً في موضوعه، بل الحكم متعلق بطبيعة العقد ومورد الاطلاق هو الزمان لا أنه قيد للموضوع فيكون وزان هذا الاطلاق أيضاً وزان سائر المطلقات ومع تقييد الدليل بخروج عقد في بعض الأزمنة عنه لا يوجب ذلك عدم جواز الأخذ باطلاقه

بالنسبة إلى ما عدا ذلك .

ثم إن البحث في هذه المسألة مبني على تسليم جواز المعاطة باجماع ونحوه و إلا فلوقلنا بأنها بيع لازم كالبيع بالصيغة فلا موضوع لهذا البحث كما هو ظاهر. ثم إن الشيخ (ره) ذكر أنه بناء على القول بالملك في المعاطة لابد من القول باللزوم بعد تلف العينين بالأدلة الثمانية المتقدمة. وليعلم أن موضوع بعض تلك الأدلة المال مثل «لا يحل مال امرء مسلم... إلخ» أو يكون المال كالموضوع لبعضها كـ «الناس مسلطون على أموالهم» أو يكون موضوع بعضها الملك كاستصحاب الملكية مثلاً، مع أن اعتبار المال والملك موقوف على وجود ما يعتبر فيه و بعد تلف العينين لاموضوع لذلك أصلاً. وما يقال من إمكان الاعتبار للمعدوم كالوقف على البطون المتأخرة أو بيع الثمرة المتجددة فليمكن ذلك بالمعدوم أيضاً، ظهر فساد سابقاً فإن الوقف أو البيع لم يتعلّق بالمعدوم بل الموقوف عليه في الأول والمبيع في الثاني ليس إلا العناوين الغير القابلة للانطباق إلا بعد وجود المعنن بها نظير البيع الكلي؛ و إلا فلا يعقل اعتبار شيء للمعدوم فكيف باعتباره بالمعدوم؟^١ هذا مع أن استصحاب الملكية معارض باستصحاب الجواز فإن لكلّ منها حالة سابقة متيقّنة.

ذكر الشيخ (ره) في المقام ما لفظه: وأما على القول بالملك فلما عرفت من أصالة اللزوم والمتيقّن من مخالفتها جواز تراذ العينين وحيث ارتفع مورد التراد امتنع ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياريّ حتى يستصحب بعد التلف لأن ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقائه بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفها بخلاف ما نحن فيه فإن الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة فلا يبقى بعد التلف متعلّق الجواز بل الجواز هنا يتعلّق بموضوع التراد لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة. هذا مع أن الشكّ في أن متعلّق الجواز هل هو أصل المعاملة أو الرجوع في العين أو تراذ العينين يمنع من استصحابه فإن المتيقّن تعلّقه بالتراذ إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراذ العينين الذي لا يتحقّق إلا مع بقائها. انتهى كلامه (ره).

١- قد ذكرنا سابقاً أن مثل الوقف وبيع الثمرة والمنفعة والاجارة وغيرها ممّا يكون من هذا القبيل كلّها من التمليك للأمر المتأخّر والتمليك فعليّ والملكيّة متأخّرة نظير الايجاب الفعليّ والوجوب المتأخّر. والتفكيك بين التمليك والملكيّة كالايجاب والوجوب ممكن، فإنّ قياس الاعتباريات بالتكوينيّات ليس في محله. نعم، اعتبار المال والملك بالمعدوم في ما نحن فيه غير معقول ووجهه ظاهر ولا يجيء فيه ما ذكرنا في بيع الأمر المتأخّر كما لا يخفى. ق

أما ما ذكره أخيراً من التعليل في مورد الشك بقوله (فإن المتيقن تعلقه بالتراذ) غير واقع في محله، فإنه بعد فرض الشك وقطع النظر عن الدليل الاجتهادي كيف يستدل على عدم جريان الاستصحاب بذلك؟ بل لا بد من التعليل بعدم اتحاد القضية المتيقنة والمشكوك في الترديد المذكور. وأما ما ذكره قبل ذلك من أن المتيقن فروعه عن أصالة اللزوم في المقام جواز تراذ العينين مع كون الجواز من عوارض العوضين، ففيه أنه لو كان المراد من التراذ التراذ الخارجي أو التراذ في الملك بمعنى التملك فلا ينافي أصالة اللزوم فإنه يكون نظير جواز التملك تقاصاً أو جواز الأكل بالنسبة إلى المارة على القول بثبوت حق المارة وهذا المعنى لا ينافي لزوم العقد فإن العقد بعد باقٍ على لزومه لم يفسخ بل التملك والتراذ طارئان لأمر آخر غير الفسخ: وإنما المنافي لأصالة اللزوم الذي يمكن بسببه القول وبالخروج عنها والأخذ بالقدر المتيقن منه هو الجواز الوضعي الراجع إلى نفس العقد فتعلق الجواز بتراذ العينين منافٍ للخروج عن أصالة اللزوم على أنه لا شبهة في عدم انحصار فسخ المعاطاة بالتراذ الخارجي، فإنه لو قال الفاسخ: «فسخت بلا تراذ» أيضاً تنفسخ المعاطاة ولو وقع التراذ غضبياً لا بعنوان الفسخ لم تنفسخ فالتراذ الخارجي لا موضوعية له وأما التراذ الاعتباري فلا يعقل إلا بسبب فسخ العقد فإنه مع بقاء العقد على قوته لا يمكن ذلك والقول بأن التراذ يقع أولاً ويقع الفسخ بعد ذلك كما ترى. فالمعقول في موضوع الجواز هو العقد المتعلق بالعين حتى في باب البيع الخياري فإن العقد مطلقاً لا يعقل كونه موضوعاً للجواز ومع تعلقه بالعين يكون الاشكال وهو امتناع الفسخ بعد تلف العين مشترك الوجود فإن معنى فسخ العقد المتعلق بالعين ليس إلا تراذ العينين فإذا قلنا بجواز ذلك في البيع الخياري نقول بالجواز في المعاطاة أيضاً. ولو سلمنا تعلق الجواز بتراذ العينين فيها فإن المفروض أن تراذ العينين (اعتباراً لا خارجاً) لا محذور فيه وللکلام في حل الاشكال محل آخر وهو كتاب الخيارات والمقصود أنه لا مانع من إجراء الاستصحاب في الجواز والاشكال المذكور مشترك الوجود في المقام وفي الهبة وفي البيع الخياري وجوابه مذكور في كتاب الخيارات مفصلاً.^١

١- يمكن أن يقال: إنه ليس المراد من أن موضوع الجواز هو التراذ أنه صفة للتراذ لا العقد فإن ما هو القابل للتوصيف بالجواز واللزوم ليس إلا العقد كما أفاده (مد ظله)، بل المراد منه أنه حيث إن دليل الجواز في المقام الإجماع وهو لبيتي لا بد من الأخذ بمتيقنه، وأيضاً العقد بحسب عمود الزمان له نحو وجود بقائتي. ولذا تمسكنا لاثبات اللزوم في العقود بالأدلة التي أخذ العقد أو البيع موضوعاً لها فالقدر المتيقن من العقد الموضوع للجواز في المقام هو العقد مادام التراذ ممكناً لابنحو الظرفية حتى يقال بإمكان جريان الاستصحاب بل من باب التقييد كالجلوس المقيد بما قبل الزوال وهذا هو القدر

ذكر الشيخ المحقق الاصفهاني (قدّه) في المقام أنّ استصحاب الجواز حاكم على استصحاب الملك فإنه لا معنى للتعبد بالجواز إلاّ التعبد بزوال الملك عند الرجوع والتعبد بذلك بحكم استصحاب الجواز حاكم على استصحاب الملك. وتوضيحه أنه قد ذكر في باب الاستصحابات التعليقية أنّ في مورد كلّ استصحاب تعليليّ استصحاب تنجيزيّ منافي له مثلاً في مورد استصحاب حرمة العصير على تقدير الغليان استصحاب حلّيته تنجيزاً إلاّ أنّ الاستصحاب التعليليّ المذكور حاكم على الاستصحاب التنجيزيّ وذكر وجهه مستوفى في الأصول. ففي المقام معنى استصحاب الجواز هو استصحاب زوال الملك على تقدير الرجوع وهذا استصحاب تعليليّ يجري في مورد استصحاب بقاء الملك تنجيزاً، والأوّل حاكم على الثاني. ويمكن أن يستصحب الجواز تنجيزاً أيضاً بمعنى الرجوع مزيل.

والجواب عن ذلك أنه لو كان المراد من أنه لا معنى للتعبد بالجواز إلاّ التعبد بزوال الملك عند الرجوع اتحاد المعنيين فهذا أمر مخالف لنظر العقلاء فإنّ اللزوم والجواز حكمان للعقد وتأثير الفسخ وعدمه فيه أمر مترتب على الجواز واللزوم بنظرهم. ولو كان المراد منه أنّ التعبد بالجواز ملزوم للتعبد بالآخر فاستصحاب الجواز لا يثبت به لازمه.^١

ولا يجري الاستصحاب التعليليّ في اللازم نفسه فإنّ التعليق عقليّ لاشرعيّ فإذا لاحكم لاستصحاب الملك بل يجري استصحاب الجواز و يعارض به استصحاب الملك. هذا بناء على القول بالملك في المعاطاة وأما بناء على القول بالاباحة فيقع الكلام تارة في صورة وجود العين وأخرى بعد تلفها. أما في الأوّل فتختلف الحال على اختلاف المباني في الاباحة، فإنه إمّا أن يقال بحصول الاباحة المالكية أو الشرعية؛ وعلى الثاني إمّا أن يقال بأنّ الشارع ألغى سببّة المعاطاة لحصول الملك وجعل السببّة لها لحصول الاباحة أو يقال بأنّه جعل المعاطاة موضوعاً للاباحة بلا وجود سببّة لها أصلاً.

→
المتيقّن، فع عدم إمكان الترادّ يتبدّل الموضوع ولا يجري فيه الاستصحاب. وهذا يمكن أيضاً دفع ما اعترض (مدّ ظلّه) على ذيل كلامه (قدّه) في صورة الشكّ فإنّ في جميع الصور الثلاث موضوع الجواز هو العقد، لكن مقيداً في الأوّل بإمكان ترادّ العينين وفي الثانية بإمكان ردّ العين وفي الثالثة مطلقاً. فالتقدير المتيقّن من ذلك هو المقيد بإمكان ترادّ العينين، وبعد ذلك يكون الشكّ في تبدّل الموضوع فلا يجري الاستصحاب. ق

١- الحكم العقلانيّ المتعلّق بالأعم من الواقع والظاهر لا مانع من ترتيبه على الاستصحاب ولم يكن الاستصحاب مثبتاً نظير حكم العقل بوجوب الامتثال وان كان الحكم ثابتاً بالاستصحاب. والمقام من هذا القبيل، فإنّ زوال الملك عند الرجوع حكم عقلائيّ مترتب على الجواز أعم من الواقع والظاهر فيمكن إثباته بالاستصحاب. ق

أما على القول بالاباحة المالكية فيمكن تقريب اللزوم بوجوه:

الأول أن يقال: إن المالك باجرائه البيع بالمعاطة ملك الآخر السلعة وأباح له جميع التصرفات. والاجماع قام على عدم حصول الملكية وبقى الاباحة فلا بد من الالتزام باللزوم لشمول «أوفوا بالعقود» لهذا العقد بالنسبة إلى الاباحة بلا مناع.

الثاني أن يقال: إنه ليس المراد من «أوفوا بالعقود» الالتزام بحصول الملكية لكل من انتقل إليه مال الآخر فقط، بل المراد منه ذلك والتسليم إليه وعدم المزاحمة له في التصرف فيه، والمفروض أن المعاطة عقد فيشملها الدليل. غاية الأمر الاجماع قائم على عدم حصول الملك إلا أنه لابد من الوفاء بالعقد بالنسبة إلى سائر آثار العقد وهو لزوم التسليم وعدم المزاحمة في التصرف وليس هذه من آثار الملك حتى يقال بأنه بعد قيام الاجماع على عدمه لا دليل على بقاء آثاره، بل قد فرضنا أنها من آثار العقد كالمالك فع قيام الدليل على عدم لزوم الوفاء بالعقد بالنسبة إلى أثره الملك لابد من الالتزام به بالنسبة إلى سائر آثاره متمسكاً بعموم «أوفوا بالعقود».

الثالث أن يقال: إن شأن الشارع ليس إلا التشريع وأما تغيير بناء العقلاء والأحكام العقلية فغير مربوط به. فلو كان بيع الخمر بيعاً عقلياً ليس من شأن الشارع القول بأنه ليس ببيع عند العقلاء أولاً يؤثر في حصول الملكية عندهم، بل ماهو من شأنه ومربوط به بيان أنه ليس ببيع عنده أولاً يملك عنده. ففي المقام المفروض أن المعاطة بيع عقلائي مملك ومبيح جميع التصرفات عندهم وليس للشارع التصرف في هذا المقام، بل له أن يقول إنه ليس ببيع أولاً يؤثر في الجملة عنده. والمفروض قيام الاجماع على عدم حصول الملكية بالمعاطة فقط لا أنها ليست بعقد أو بيع ولا أنها لا يؤثر مطلقاً فيتمسك لاثبات تأثيرها في حصول الاباحة بعموم «أوفوا بالعقود»، فإنه عقد عقلائي مؤثر فيها عندهم. والمفروض أن الشارع لم يتصرف فيها من هذه الجهة. وهكذا يتمسك بها لاثبات اللزوم أيضاً كما هو ظاهر.

وأما على القول بالاباحة الشرعية، فعلى القول الأول منه وهو إلغاء الشارع سببية المعاطة للملك وجعله سببياً للاباحة فيمكن التمسك بالآية أيضاً لاثبات اللزوم حينئذ فإن المعاطة عقد سبب للاباحة الشرعية فيجب الوفاء به. ولو قيل بأن المقصود بها الملك ولم يقع الواقع الاباحة ولم تقصد، يمكن الجواب عنه بأن الاباحة ليست أجنبية عن الملك وغير مرتبط به أصلاً، بل إنما هي من لوازمه فالقصد قد تعلق به ولو تبعاً والشارع ألغى سببها المعاطة للملزم وجعل سببها للاباحة فيلزمه فيندفع الاشكال. وأما على القول الثاني وهو أنه لاسببية بين المعاطة والاباحة أصلاً وهما أمران غير مربوط أحدهما بالآخر والشارع

جعل المعاطاة موضوعاً للإباحة كما إذا قال: «إذا أفطرت في شهر رمضان فكفر مثلاً» فلا يمكن التمسك حينئذٍ بالآية لاثبات اللزوم فإنّ الوفاء بالعقد هو الوفاء بضمونه والمفروض أنه لم يقع والإباحة خارجة عن مضمون العقد بل هو حكم مترتب على المعاطاة فلا يمكن التمسك بدليل الوفاء لاثبات ذلك مع احتمال الامكان بتقريب أن المراد من الوفاء بالعقد ترتيب كل ما يكون مترتباً على العقد ولو لم يكن داخلياً في مضمونه كالإباحة في المقام، فافهم.

ولابد لنا من ملاحظة منشأ حصول الإباحة المالكية أو الشرعية لترجيح بعض هذه التقريبات. فمن المعلوم أنّ القول بإنشاء المالك الإباحة في المعاطاة مخالف لما هو المشاهد من بناء العقلاء بالعيان في معاملاتهم فإنهم لا ينشئون إلا التملك والمبادلة بين المالكين كما أنّ القول بإنشاء الملك والإباحة معاً، مع أنه خلاف الواقع يكون من قبيل إباحة مال الغير، فإنّ المنتقل إليه الملك يباح له التصرف في المال لأنه ملكه وماله والناس مسلطون على أموالهم ولا معنى لإباحة ذلك بالعقد أبداً. وأيضاً القول بأنّ كلّاً من المتعاطيين راضيان بتصرف الآخر في ماله ساقط، فإنّ الرضا الحاصل ليس إلا الرضا المعاملي وأما الرضا بالتصرف مطلقاً فلا، بل المتعاطيان غير ملتفتين إليه نوعاً والرضا التقديري بمعنى أنه لو التفت إلى بطلان المعاملة لكان راضياً أيضاً غير معلوم بل يختلف باختلاف الموارد والحكم لا يدور مداره بل هو دائر مدار الرضا الفعلي. والقول بانسلاخ سببية المعاطاة للملك وجعلها للإباحة أو جعل الإباحة حكماً مترتباً على هذه المعاملة فيحتاج إلى دليل قويّ وصرف الاحتمال لا يكفي في الالتزام به. فغاية ما يمكن أن يقال في تقريب أصالة اللزوم بناء على الإباحة أنّ المتعاملين منشئان للملك كما هو المفروض والمشاهد خارجاً. ولازم الملك جواز تصرف من انتقل إليه فيه أي تصرف شاء تصرف المالك في ملكهم وهذا ثابت ببناء العقلاء أيضاً.

غاية الأمر أنّ الاجماع قائم بعدم حصول الملك بالمعاطاة والشارع لا يتصرف في ما هو ثابت ببناء العقلاء فإنه ثابت على أيّ تقدير بل شأنه التشريع والمقصود أنّ مفاد الاجماع ليس عدم حصول الملكية عند العقلاء بل عدمه عند الشارع. فالنتيجة أنّ العقد ثابت عند العقلاء باق على قوته والملكية ثابتة عندهم والإباحة اللازمة للملكية ثابتة أيضاً عندهم والدليل الشرعي قائم على أنّ الملكية غير ثابتة عند الشارع ولا مانع من التفكيك بين اللزوم ولازمه في وعاء الاعتبار فلا دليل على عدم حصول الإباحة الحاصلة بالمعاطاة بمجرد وجود الدليل على عدم حصول الملك بها، بل الدليل قائم على حصولها فإنها وإن كانت لازمة للملك إلا أنها مستندة إلى العقد ومن شأنه فيمكن التمسك بدليل وجوب الوفاء بالعقد لاثباته والحكم ببقائه.

ثم إنه لو تمّ شيء من هذه التقريبات وأثبتنا اللزوم يكون دليل اللزوم حاكماً على دليل السلطنة^١. ومع قطع النظر عن هذه التقريبات ذكر الشيخ (ره) أنّ دليل السلطنة يثبت الجواز ومع قطع النظر عنه استصحاب بقاء السلطنة أيضاً يثبت ذلك ولا يعارضه استصحاب الإباحة على تقدير جريانه لحكومة الأول عليه. وفيه أنّ استصحاب بقاء السلطنة إنّما يكون حاكماً على استصحاب الإباحة إذا كانت السلطنة سبباً لنفيها وكان استصحابها منقحاً لموضوع كبرى شرعية وكلا الأمرين منتفیان في المقام؛ أمّا السببية فلا أنّ سبب الإباحة ليس عدم السلطنة بل سببها حكم الشارع بها وأمّا عدم كونها منقحاً لموضوع كبرى شرعية فواضح لأنه لا دليل شرعياً دالاً على أنّ السلطنة موضوع لعدم الإباحة حتى يكون استصحاب السلطنة منقحاً لموضوعه، بل يمكن أن يقال إنّ استصحاب الإباحة حاكم على استصحاب السلطنة لوجود السببية فإنّ بقاء السلطنة ولا بقائها يدور مدار زوال الإباحة وبقائها إلا أنّ الوجه الأخير وهو عدم كون الأصل منقحاً لموضوع كبرى شرعية موجب لعدم الحكومة. والحاصل لولم نقل بأنّ استصحاب الإباحة حاكم على استصحاب السلطنة لانقول بالعكس جزماً.

بقي هنا نكتة في كلام المصنّف (ره) لا بأس بالتنبه به وهي أنّه منع جريان استصحاب الإباحة أولاً، ثمّ بنى على حكومة استصحاب السلطنة عليه على تقدير جريانه. ولعلّ وجه المنع أنّ المفروض الترديد في أنّ الإباحة الثابتة في المقام بالاجماع هل تكون محدودة إلى زمان الرجوع أو ممتدة حتى بعد الرجوع؟ فالإباحة المعهولة مرددة بين فردين قصير العمر وطويل العمر فلا يمكن الاستصحاب في شيء من الخصوصيتين فإنّه في الأول متيقن الزوال وفي الثاني مشكوك الحدوث من أول الأمر فلا بدّ من القول بالاستصحاب في كليّ الإباحة الجامع بينهما، والجامع بين الاباحتين لاحكم شرعيّ ولا موضوع ذو حكم شرعيّ، بل الحكم الشرعيّ هو احدى الخصوصيتين. وبعين هذا البيان نمنع جريان استصحاب الكليّ في الأحكام فإنّ الكليّ أمر انتزاعيّ من الحكم الشرعيّ لا أنّه حكم شرعيّ بنفسه. ولعلّ وجه عدم تسليم الشيخ (ره) هذا الاستصحاب من جهة الشكّ في المقتضى، فإنّ أمر المجعول الشرعيّ مردّد بين ما هو قابل للبقاء وبين ما ليس بقابل له.^٢

١- لم يتعرّض الأستاذ لوجه الحكومة. نعم، يستفاد من كلامه الآتي أنّ الوجه أنّ دليل السلطنة مقيدة بعدم وجود سلطنة إلهية. والمفروض أنّ دليل اللزوم يثبت الإباحة إما تشريعاً أو إمضاءً، فوجود السلطنة الإلهية والحكم الشرعيّ بالإباحة تأسيساً أو إمضاءً يدفع موضوع دليل السلطنة. و بعبارة أخرى الناس مسلّطون على أموالهم لاعلى أحكامهم. ق

وقد ذكر المحقق الاصفهاني (قدّه) أنه لو أريد من السلطنة القدرة على التصرفات فبقاء سلطنة المالك و إباحة المباح له في التصرف غير متنافيين فضلاً عن كون أحدهما واقعاً لموضوع الآخر، و إن أريد منها مجبورية الغير عن التصرف في المال التي تكون من لوازم السلطنة لانفسها فلايجري فيها الاستصحاب فإن المفروض أنّ المباح له لم يكن مجبوراً في التصرف. نعم، استصحاب الجواز في المقام جارٍ فإنّ قبل زمان الشكّ يعلم بوجوده بالاجماع فيستصحب وهذا حاكم على استصحاب الاباحة فإنّ معنى الجواز زوال الملك على تقدير الرجوع فتزول الاباحة بالرجوع. هذا وفيه أنه ليس معنى السلطنة تمامها القدرة على

٢- لا يخفى أنّ الاباحة ليست إلا نوعاً واحداً واللزم والجواز ليسا متوعين لها كالمالك، بل قد تزول بالرجوع بحكم الشارع وقد لا تزول، و هذان حكمان لها بحسب الموارد في اعتبار الشارع لامتنوعان لها فالاستصحاب جارٍ في شخص الاباحة لا كليها. هذا. ولا يمكن أن يكون هذا وجه عدم تسليم الشيخ (ره) فإنّه ذكر في استصحاب بقاء الملك في أدلة اللزوم هذا الذي ذكرناه، مضافاً إلى أنه ذكر في الرسائل في الشكّ في الأقلّ والأكثر الارتباطين أنه لا يمكن إثبات وجوب الأكثر باستصحاب بقاء الوجوب بعد الاثبات بالأقلّ فإنّه من المثبت ولا يزيد بقاء الوجوب المرّد بين الأقلّ والأكثر تعبداً على العلم بالوجوب المرّد بينها وجداناً والحال أنّنا أجرينا البراءة مع العلم الوجداني فكيف في مورد التعبد. انتهى محصلاً.

ويظهر من ذلك أنه لا إشكال في نظره (قدّه) أنّ المستصحب حكم شرعي غاية الأمر يلزم منه ما ذكر، مع أنه يمكن أن يقال إنّ المستصحب ليس هو الجامع بين الحكيم ولا واحد من الخصوصيتين بل يقال إنّنا نعلم بحدوث مصداق من الحكم الشرعي وجداناً ونشكّ في بقاء نفس هذا المصداق ومنشأه الترديد في أنّ المصداق الحادث هل يكون طويل العمر أو قصير العمر، فيكون الاستصحاب في الحكم الشرعي. والحاصل أنّ متعلّق العلم الاجمالي ليس كلياً منطبقاً على الطرفين أو الأطراف بل متعلّقه ليس إلا الخارج فإننا نعلم بحدوث الحكم الشرعي وجداناً ونشكّ في بقاء نفس ذلك الحكم الشرعي وجداناً فيتّم الأركان ويستصحب وجود الحكم الشرعي وإن لم يترتب عليه آثار شيء من الخصوصيتين. فتأمل.

و أما الشكّ في مقتضي فهو وإن يحتمل أن يكون وجهاً لعدم التسليم إلا أنّ المقام ليس منه بل يكون من الشكّ في الرفع، فإنّ الاباحة لو لم يرجع فيها تبقى قطعاً، فلها مقتضى البقاء والرجوع مانع عنه. وما يقال من أنه لا يعلم أنّ حكم الشارع هل هو محدود بما قبل الرجوع أو يعمّ مابعد، فالشكّ في حدّ اعتبار الشارع فيكون من الشكّ في مقتضي مجرّد تعبير فإنّ منشأ الشكّ في بقاء الأحكام في مقام الجعل ليس إلا الفسخ وعدمه ولا معنى لاستصحاب الحكم في مقام الجعل إلا مع هذا الاحتمال.

فلو شككنا في أنّ جعل الشارع هل تعلق بالاباحة المحدودة أو غيرها، فلامعنى لاستصحاب جعل الشارع أصلاً، نعم، في مقام المعمول يتصوّر الاستصحاب وهو أنّ الاباحة سابقاً هل تبقى بالرجوع أم لا. ولا إشكال في أنّ الرجوع مزيل لهذه الاباحة فيكون الشكّ في الرفع لا مقتضي بل يمكن أن يقال إنّ في مقام الجعل الأمر أيضاً كذلك فإنّ الشارع لم يعتبر الاباحة محدودة أو مطلقة، بل المفروض أنه اعتبار المعاطاة سبباً أو موضوعاً للاباحة تأسيساً أو إمضاءً وعلى فرض تأثير الرجوع جعله مزيلاً لها فيكون الشكّ في الرفع لا في مقتضي. والحمد لله رب العالمين. ق

التصرفات فقط، بل هي مع القدرة على منع الغير عن التصرف في ماله. قام الاجماع على جواز تصرف المباح له في مال المالك من دون رجوع وأما مع الرجوع بعد ظرف الشك فلا يعلم بارتفاع تمام السلطنة فيستصحب. وبعبارة أخرى قبل زمان الشك كان المالك قادراً على منع الغير ومن الغير المباح له والآن كما كان وهذا معنى استصحاب السلطنة. وأما استصحاب الجواز فقد تقدم الكلام فيه وقلنا بأن الزوال عند الرجوع من الأحكام العقلية والعقلانية للجواز لانفسه فلا يثبت باستصحاب الجواز تأثير الرجوع وزوال الاباحة.^١

١- فتحصل مما أفاده (مدظله) أنه مع قطع النظر عن التقريبات السابقة لاثبات اللزوم مقتضى القاعدة التمسك باطلاق دليل السلطنة، ومع قطع النظر عن ذلك استصحاب بقاء السلطنة يعارض باستصحاب بقاء الاباحة. ولعلم أنّ شيئاً من التقريبات السابقة لا يتم فإن مضمون العقد ليس إلا الملكية ومن آثار الملكية جواز تصرف من انتقل إليه المال فيه وليس هذا من آثار العقد؛ والمفروض أنّ القصد أيضاً متعلق بحصول الملكية فمضمون العقد وهو المقصود في المعاطاة أعني الملكية غير واقع بالاجماع. والتفكيك بين الملكية ولوازمها لغو محض لأنه لا معنى للتعبد بعدم الملك مع بقاء لوازمه فلا بد إيمان القول بالاباحة الملكية من جهة رضا مجواز التصرفات أو القول بالاباحة الشرعية من جهة حكم الشارع بها مترتبة على المعاطاة وإن لم يقع مضمونها واقعاً. أما الأخير فلا دليل عليه ولا يمكن التمسك بها بأصالة اللزوم، وأما الأول فالرضا الفعلي ليس إلا الرضا المعاملي والمفروض عدم وقوع المعاملة والرضا التقديري لا أثر له مضافاً إلى أنه يختلف بحسب الموارد. ولا يمكن إثبات اللزوم بأدلة اللزوم في مورد الرضا التقديري وهذا ظاهر فشيء من هذه التقريبات لا يتم.

وأما دليل السلطنة فدلالها ظاهرة ومع قطع النظر عن ذلك يمكن استصحاب بقاء السلطنة أيضاً، فإن المفروض أنّ المالك قبل ظرف الشك كان مسلطاً على الرجوع والآن كما كان. وتوهم أنّ هذا لا يثبت الزوال عند الرجوع فإنه من الأصل المثبت، مدفوع بأن الزوال عند الرجوع حكم عقلائي وليس موضوع الحكم عندهم نفس الجواز واقعاً بل يعمّ الواقع والظاهر نظير حكم العقل بلزوم الامتثال في موارد استصحاب الأحكام، فع التبعيد بتسلط المالك على الرجوع يحكم العقلاء بالزوال عند الرجوع لأن موضوع حكمهم وهو التعبد بالتسلط أو الجواز محرز بالوجودان. فافهم. فاستصحاب السلطنة حكم على استصحاب الاباحة بالتقريب المتقدم. ومن هنا ظهرت تمامية ما ذكره الشيخ (ره) من حكومة استصحاب السلطنة على استصحاب الاباحة وتامة ما ذكره المحقق الاصفهاني (ره) أيضاً من حكومة استصحاب الجواز على استصحاب الاباحة. فالنتيجة جواز المعاطاة على تقدير الاباحة حتى بعد عروض ما يوجب الشك فيه، فإن الكلام في الملزمات بعد تسليم قيام الاجماع على الجواز والاباحة.

بقي الكلام في الفارق بين هذه المسألة و ما سبق من المصنف (قده) أي المعاطاة المقصود بها الاباحة حيث ذكر في تلك المسألة أنّ الأقوى اللزوم وبنى على الجواز هنا لقاعدة السلطنة أو إباحتها مع جريان هذه القاعدة في السابقة أيضاً. وقد اعترض المرحوم النائيني (ره) على المصنف بذلك. والفرق بين المسألتين واضح فإن في تلك المسألة، المفروض أنّ المقصود بالمعاطاة الاباحة فعمومات لزوم العقد جارية فيها فيثبت اللزوم شرعاً و معه لا مجال للتمسك بدليل السلطنة بخلاف المقام فإن المقصود بها الملك ولم يقع، و ما وقع حكم جديد يثبت بالاجماع أو دليل آخر غير مرتبط بالعقد ومضمونه؛ فإنه إما مستند إلى الرضا التقديري بناء

هذا تمام الكلام في ما إذا كانت العينان موجودتين وأما بعد تلف العينين أو إحداهما مع الغرض عن الاشكال في تعلق الملكية بالمعدوم فيمكن تقريب لزوم المعاوضة بذلك وصيرورة العوضين ملكاً للمتعاقدين حينئذٍ بأن إطلاق دليل سببية العقد لمضمونه يقتضي تحقق مضمونه مطلقاً بعد العقد إلى طرؤ مايزيل هذا المضمون، خرجنا عن هذا الاطلاق بالاجماع (الفرضي) على عدم تأثير العقد وحصول الاباحة. والقدر المتيقن من هذا الاجماع إنما هو إلى زمان التلف وأما بعده فلا، بل المتيقن عدم الاجماع حينئذٍ وبما أنه لا بد من رفع اليد عن الاطلاق بالمقدار المتيقن من تقييده ولا بد من التمسك به بالنسبة إلى ما عدا هذا المقدار يتمسك باطلاق دليل سببية العقد لمضمونه بعد التلف وهذا معنى حصول الملكية بالتلف ولزوم المعاملة بعده. نظير ذلك أدلة اشتراط القبض في تأثير العقد في الصرف والسلم، فإن إطلاق دليل العقد يقتضي التأثير بعد العقد؛ دلّ الدليل على عدمه قبل حصول القبض فيتمسك بالاطلاق لا ثبات التأثير بعد القبض. ومن هنا ظهر أنه لا يحتاج إلى إثبات الملكية آنأما قبل البيع أو العتق المتعلقين بما حصل بالمعاوضة بمادل على أنه لا بيع إلا في ملك أولاً عتق إلا في ملك، فإن إطلاق دليل سببية المعاوضة (العقد) لحصول الملكية يقتضي ذلك لأن القدر المتيقن من تقييده إنما هو بعد العقد إلى ذلك الآن لأن هذا هو المقدار المجمع عليه فيتمسك بالاطلاق بالنسبة إلى ما بعد ذلك فالنتيجة حصول الملكية آنأما قبل التصرف.

ثم إنه ذكر الشيخ (ره) بعد ما ذكر في وجه جواز رجوع المالك ولو بعد التلف بأن الأصل عدم اللزوم لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة ومملكه لها، وفيه أنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التألف عنده أو قيمته. و التمسك بعموم على اليد هنا في غير محله بعد القطع بأن هذا اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان بل ولا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاوضة ولم يرد الرجوع؛ إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

ولنا أن نسأل وجه ما ادعى (ره) من القطع بعدم الضمان، فإن إطلاق على اليد يقتضي الضمان مطلقاً ومعنى الضمان هو اللزوم على العهدة ووجوب الأداء متفرع عليه

على كونه مالكيّاً أو حكم الشارع به بناء على كونه شرعياً، وشيء من الأمرين غير مرتبط بالعقد، فإن الرضا الموجود فيها ليس إلا الرضا المعاملي وقد ألغاه الشارع عن التأثير، فالعمومات غير جارية في المقام واستصحاب بقاء الاباحة قد عرفت ما فيه، فلم يبق إلا استصحاب بقاء السلطنة على الرجوع أو استصحاب الجواز على التقدير المتقدم. فاعتراض المذكور غير وارد على المصنف. والحمد لله رب العالمين. ق

تفرع الحكم على موضوعه ولا يعقل إثبات الضمان ووجوب الأداء نفس هذا الدليل، بل الدليل على وجوب الأداء أمر آخر دال على وجوب رد مال الغير إليه. والحاصل أن إطلاق الدليل يقتضي إطلاق الضمان خرجنا عن هذا الإطلاق في الأمانات المالكية صرفاً أو انصرافاً، وفي الأمانات الشرعية بالدليل فيبقى غير ذلك تحته. ولا ينافي ذلك عدم وجوب الأداء فإن كلاً منها أمر مغاير للآخر، ألا ترى أن أكل مال الغير جائز حال الاضطرار ولو اشتغلت ذمة الأكل به؟ والحاصل أن إمكان التفكيك بين الضمان ووجوب الأداء في غاية الظهور، وحينئذ نقول: إن دعواه(ره) القطع بعدم الضمان إنما يتم لو تمت إحدى الأمانتين إما المالكية أو الشرعية.

أما المالكية فالمفروض عدمها لأن الصادر من المالك ليس إلا المعاملة وليس له إلا الرضا بها، وأما كون المال أمانة عند صاحبه ولو مع عدم تحقق مضمون المعاملة فغير صادر منه جزماً. أما إذا لم يلتفت بالحكم أو كان ملتفتاً ولكن لم يكن مبالياً بالشرع فظاهر وأما مع الالتفات والمبالاة فلأن المفروض ثبوت الحكم بالاباحة بالمعاطاة لا بأمر آخر. وبعبارة أخرى أن مقتضى القواعد كون المعاطاة كالبيع بالصيغة في حصول الملك وال لزوم وسائر الآثار لكن قد فرض الاجماع على عدم حصول الملك بالمعاطاة بل تحصل بها الاباحة، لكن هذا أي حصول الاباحة موقوف على فرض تحقق المعاطاة والملتفت المبالي مع إنشائه المعاطاة لا يريد الاباحة إلا الاباحة المترتبة على المعاطاة لا الاباحة مطلقاً فرضاه أيضاً معاملي فليس في البين من الاباحة المالكية عين ولا أثر. ولذا ذكر هو(قده) في المقبوض بالعقد الفاسد أن كلاً من المتعاملين ضامن لمال الآخر.

وأما الاباحة الشرعية فأيضاً غير متحققه في المقام لأن غاية مادله عليه الاجماع هو حصول الاباحة أي جواز التصرف وأما عدم اشتغال الذمة وكونها فارغة فلم يدل عليه الاجماع، فإطلاق دليل البد يقتضي الضمان لعدم وجود الأمانة المالكية ولا الشرعية. فالنتيجة أنه مع قطع النظر عن التقريبات السابقة يمكن تقريب الجواز بدليل الضمان بأن يقال إن إطلاقه يقتضي الضمان مطلقاً وهو موضوع لوجوب الأداء، لكن فرض الاجماع على عدم الوجوب قبل التلف وبعده قبل الرجوع وأما بعد الرجوع فلا إجماع عليه والإطلاق يقتضي الضمان وكون الذمة مشتغلاً بمال الغير فلا بد من رده إلى صاحبه لقيام الدليل عليه وعدم ما يوجب تقييده وهذا ملازم للجواز وتأثير الرجوع. وقد ظهر بما ذكرنا أنه لا تصل النوبة إلى أصالة عدم الضمان فضلاً عن معارضة أصالة بقاء السلطنة بها.

وقد ذكر الشيخ(ره) أنه يمكن أن يقال إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة؛ لكن بناء على جريان الأصل الثاني لوجه الحكومة الأول

عليه فإنه ليس أحدهما مسبباً عن الآخر فضلاً عن كونه شرعياً، بل كلٌّ من السلطنة وعدم الضمان ثابتان بدليلهما غير مرتبط أحدهما بالآخر. نعم، نعلم إجمالاً ببقاء السلطنة أو الضمان، لكن هذا لا يوجب السببية كما لا يخفى.

ثم ذكر الشيخ (ره) مع أنّ ضمان التالف ببده معلوم إلا أنّ الكلام في أنّ البدل هل هو البدل الحقيقي أعني المثل أو القيمة أو البدل الجعلي أعني العين الموجودة فلا أصل؟ لكن بناء على ما بنى عليه من عدم جريان قاعدة اليد هنا وانتفاء ضمان اليد كيف يدعي أنّ ضمان التالف ببده معلوم؟ أولاً مع العلم بانتفاء ضمان اليد هنا لا يمكن دعوى العلم الاجمالي بالضمان بالبدل الحقيقي أو الجعلي، فإن النتيجة هو العلم التفصيلي بالضمان بالبدل الجعلي. وثانياً بناء على هذا المبني أي انتفاء ضمان اليد هنا لا موضوع للضمان أصلاً لا بالنسبة إلى البدل الحقيقي ولا بالنسبة إلى البدل الجعلي. أما الأول فلهذا المبني وأما الثاني فلا أنّ المفروض أنّ المعاملة الجارية بينها لم تقع شرعاً وحكم الشارع بالاباحة أمر آخر غير مرتبط بانثائها أصلاً فلا موضوع للبدل الجعلي أيضاً؛ بل لو فرضنا وجود أحد العينين وتلف الآخر كما هو محلّ الكلام يتمكّن صاحب العين الموجودة من الرجوع إلى ماله لقاعدة السلطنة أو أصالة بقائها ولا ضمان له بالبدل الحقيقي كما بنى هو (ره) عليه ولا بالبدل الجعلي لأنّ الموضوع له هو المعاملة الجارية ولم تقع، وحكم الشارع بالاباحة أجنبي عن جعل الضمان بالبدل الجعلي.

ثم ذكر الشيخ (ره) أنّ عموم «الناس مسلّتون على أموالهم» يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأخذه وعلى المال التالف بأخذ بدله الحقيقي وهو المثل أو القيمة. وفيه أولاً أنّ السلطنة على المال التالف غير معقول لكونه معدوماً فضلاً عن كونه بأخذ بدله؛ وثانياً أنّ دليل السلطنة ناظر إلى السلطنة على المال ولا يمكن إثبات جواز أخذ البدل بدليلها فإنه متفرّع على السلطنة ومتأخر عنها تفرّع الحكم على الموضوع وتأخره عنه. نعم بعد شمول دليل السلطنة للمورد ثبت الضمان بدليل آخر لا بدليلها. وهذا نظير ما ذكرنا في دليل اليد من أنّ المجمعول فيه ليس إلا الضمان إما بالعين مطلقاً كما عليه السيد (قدّه) وبنينا عليه في برهه من الزمان أو بما يعم البدل أيضاً، وسيظهر إن شاء الله في محله. وأما وجوب أداء العين أو البدل أو جواز أخذهما فخارج عن ذلك بل لا يمكن دخوله فيه لترتبه عليه وكونه في طوله ومن أحكامه فلا يمكن جعله بجعل موضوعه.

١- فتحصل أنّ مقتضى القواعد اللزوم بعد تلف العينين أو إحداها من جهة إطلاق دليله السالم عن التقييد إلا بما قام عليه الاجماع والتمتّقن منه قبل التلف. ومع الغض عن هذا يمكن إثبات جواز الرجوع

ثم ذكر الشيخ (ره): ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطين فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه والظاهر أنه في حكم التلف لأن الساقط لا يعود ويحتمل العود وهو ضعيف. ذكر السيد (قدّه): قوله وهو ضعيف. أقول: بل لا وجه له. ذكر بعض المحققين (قدّه) في تحقيق المقام أن المراد بجواز التراد إن كان تراد المأخوذ بالمعاطاة بشخصه فتراد شخص الذمة الساقطة على الفرض غير معقول لأن الذمة تتشخص بتشخص أطرافها فمع سقوط ما في الذمة لاشخص وتحلل العدم في شخص واحد محال ولذا يمتنع إعادة المعدوم.

فإن قلت: تراد شخصه و إن كان محالاً إلا أن تراد مثله المعدوم بحسب الاعتبار عين الساقط ليس بمحال ولا بد من هذه العناية دائماً حتى في تراد العين الموجودة، فإن شخص الملكية المردودة ليست عين الملكية القائمة بالرجوع إليه. قلت: اعتبار التراد الملكي يقتضي اعتبار بقاء الملك ولو كان المردود غيره بالدقة وهو في مانحن فيه محال، إذ بعد سقوط ما في الذمة لبقاء ما في الذمة ولو بالاعتبار لأن الشخص كما لا يملك شخص ما في ذمته كذلك مثل ما في ذمته فاعتبار سقوط ما في الذمة واعتبار بقائه متنافيان والمعدوم لا يرد ولا يعقل تعلق الرد بالمعدوم... إلى أن قال: و إن كان المراد بجواز التراد هو التراد الملكي الباقي بعد تلف العين فهل حال سقوط ما في الذمة حال التلف فيجوز التراد الملكي و إن كان العائد مثل الساقط أولاً. الظاهر أن أمر السقوط أعظم من التلف لأن تلف العين لا ينافي بقاء ملكية التالف اعتباراً قبل الرجوع المصحح لاعتبار الرد ملكاً بخلاف السقوط فإنه لا معنى لاشتغال ذمته بمثل الساقط للغير قبل الرجوع، فإن اعتبار سقوط ما في الذمة واعتبار بقائه متنافيان مع التسالم على عدم اشتغال ذمته بشيء للغير قبل الرجوع وقد عرفت أن اعتبار بقائه تصحيحاً لاعتبار التراد الملكي لازم لأن المعدوم لا يرد. انتهى محل الحاجة من كلامه (ره).

والتحقيق أن يقال: إنه ليس المراد بجواز التراد شخص الذمة ولا مثله الباقي بعد السقوط اعتباراً فإن الأول لا يبدل بشيء فإن المتشخص بكونه في الذمة لا وجود له إلا في الذمة وغير قابل للتسليم والثاني بلا موجب، بل التراد يقع بنفس ما وقع عليه العقد وهو

بالعين الموجودة بدليل السلطنة وبالتالفة بدليل الضمان. وعلى ما اخترنا سابقاً من إمكان إجراء استصحاب جواز المعاملة أو السلطنة فالأمر أيضاً ظاهر. ولا يتوهم أن دليل السلطنة أو الضمان معارض لاطلاق دليل اللزوم، فإن الثاني حاكم على الأول فإنه من السلطنة الإلهية ورافع لموضوع الضمان، فإن الضمان لا يتعلق إلا بالغير ودليل اللزوم يني كونه مال الغير. ق

نفس طبيعة الشيء وهذا غير قابل للتكثير بحسب الإضافات والاعتبارات بل نفس الطبيعة واحد ولو لوحظ ألف مرة، فإن اشتغال ذمة زيد بدينار وإن كان مغايراً لاشتغال ذمة عمرو بدينار إلا أن المشتغل به الذمتان ليس إلا نفس طبيعة الدينار. وهذا بما أنه نفس الطبيعة غير قابل للتكثير أبداً، بل تكثرات الطبيعة إتما بضم القيود إليها كالإنسان الهاشمي وغيره أو بتشخصها في الوجود إتما في الذهن كزيد الملحوظ في الذهن المشخص باللاحظ المغاير للملحوظ بلحظ آخر أو في الخارج كزيد، وإما نفس الطبيعة القابلة للصدق على جميع المقيدات والمشخصات غير قابلة للتكثير أصلاً لافي الخارج ولا في الذهن فإن لحاظ الشيء كشخصاته مغاير لنفس الشيء بل لا يعقل دخله فيه والشيء المشخص باللاحظ لا يلحظ إلا باللاحظ ثانياً وقد مر بيان ذلك سابقاً.

والشيء بهذا المعنى يقع مورداً للمعاملة في الكلّيات ويعتبر مالاً أو ديناً في ذمة الغير وإلا فالشيء المقيد بكونه في الذمة المشخص بها لا وجود له إلا فيها ولا يقع مورداً لها ولا يعتبر كذلك كما مر. والمقصود أن ثبوت الدين في الذمة لا يعقل إلا على هذا النحو أي كونها مشتغلة بنفس طبيعة الشيء وبيعه على من هو عليه أيضاً لا يعقل إلا كذلك وحيث إن الإنسان لا يملك ما في ذمته يسقط دينه بشرائه إتما ابتداء أو بعد تملكه إتماً على كلام لسنا بصدد البحث عنه.

والتراد أيضاً لا يعقل إلا كونه بهذا النحو أي تعلقه بنفس الطبيعة مضافاً إلى أنه لا يتعلق إلا بما تعلق به المعاملة وهو ذلك كما ذكرنا. والمفروض أن نفس الطبيعة غير قابل للتكثير بل ما تعلق به التراد هو عين ما تعلق به العقد وهو عين ما كانت الذمة مشتغلة به فلا يعقل تحلل العدم فيها فإنه فرع التكثير كما هو ظاهر؛ هذا ما يقتضيه حكم العقل وإتما حكم العقلاء فأيضاً ذلك. أترى أنه لو باع زيد ما كان مالكاً في ذمته عمرو كدينار مثلاً منه ثم فسخ البيع بخيار ونحوه أن العقلاء يتوقفون في الحكم بنفوذ الفسخ وكون زيد مالكاً لدينار في ذمة عمرو بعد الفسخ ويرون أن الدينار الساقط قد انعدم ولا يعقل ردّه لأن إعادة المعدم ممّا امتنعاً؟ والظاهر أن الأمر واضح لكن الخلط إتما نشأ من التمسك ببعض المطالب العقلية في مالابذ من أن يؤخذ من العقلاء ويرجع إليهم لكشف حكمه وقد ظهر أن حكم العقل والعقلاء متفقان على ما ذكرنا. هذا مع أن ما ذكره أخيراً في وجه أن أمر السقوط أعظم من التلف من أنه لا معنى لاشتغال ذمته بمثل الساقط للغير فالظاهر أنه من طغيان القلم فإنّ الاعتبار قبل التراد الملكي ليس اشتغال الذمة للغير بل لا يعقل ذلك لأن المفروض أن بالفسخ تشتغل الذمة للغير كما في العين الموجودة فإنه لا يعقل كون الغير مالكاً للعين قبل الفسخ بل بالفسخ يملك ذلك، بل الاعتبار على القول بلزوم هذا الاعتبار لتحقيق

التراد هو ملكية الشخص لذمة نفسه كما في العين التالفة أي يعتبر قبل الفسخ كون من انتقل إليه العين بالعقد مالكة لها ولو كان معدوماً حين هذا الاعتبار لتحقق التراد الملكي. فلم يبق إلا ما ذكره جواباً عن الاشكال المتقدم وهو أنّ اعتبار سقوط مافي الذمة واعتبار بقائه متنافيان؛ لكن هذا أيضاً يندفع بالقياس إلى الاعتبار في العين التالفة فكما أنّ اعتبار الملكية للمعدوم لا يمكن إلا إذا حصل وجه للاعتبار كالفسخ فيعتبر قبله لتحقق التراد، كذلك في المقام يعتبر قبل الفسخ ملكية الشخص لما في ذمته آنأما بعد السقوط لتحقق التراد كاعتبارها قبل السقوط والقول بأنّ اعتبار السقوط واعتبار البقاء متنافيان مجرد تعبير، فإنّ المحتاج إليه لتحقق التراد هو اعتبار الملكية قبل التراد ولو اعتبر السقوط قبل ذلك ولا محذور فيه أبداً. هذا كله على تقدير البناء على أنّ التراد يتعلّق بمثل الساقط المعتبر قبل تحقّق التراد و إلا فعلى المبنى الصحيح وهو تعلّقه بعين ماتعلّق به العقد فلا موضوع لذلك ولا موجب للالتزام به أصلاً كما لا يخفى.

ذكر بعض الأعاضل (ره) في المقام بعد ذكر وجه جواز الرجوع وجهاً لعدم الجواز بما لفظه: إنّ تملك مافي ذمة الغير وإن كان ممكناً إلا أنّه يحتاج إلى موجب فهو فرع إن يملك وملكيته فرع إن يمكن له الرجوع وهذا دور. وبعبارة أخرى لو كان جواز الفسخ مفروغاً عنه كما في باب الخيارات لقلنا بأنّ في مورد التلف يرجع إلى المثل أو القيمة فإنّ الرجوع إلى العين التالفة غير معقول وفي المقام إذا رجع المشتري لا يرجع أيضاً إلى عين ما في الذمة الذي كان سابقاً فإنّه إعادة للمعدوم وهو ممتنع، بل يرجع إلى مثله وهذا يتوقف على دليل والأقوى هو الثاني (يعني من الوجهين). فإنّه مضافاً إلى عدم الدليل على جواز الرجوع وتملك ما في ذمة الغير ثانياً يمتنع لجهة أخرى بناء على ما سيجيء في باب خيار المجلس من أنّه يعتبر في جواز الرجوع بالخيار ونحوه خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه نظراً إلى أنّ خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه ولو آنأما وهذا ممتنع في المقام لأنّه إذا ردّ المشتري العين الموجودة إلى المدينون فلا بد أن يخرج الدين عن ملكه ويدخل في ملك المشتري ودخول الدين في ملك المشتري نتيجة السقوط دائماً نظير انعقاد العمودين في ملك المشتري لها فإنّه إذا ملكها ينعقدان فإذا كانت نتيجة السقوط فيمتنع الرجوع بل ولو لم نقل باعتبار تلقّي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه لكان مجرد احتمالاً منشأً للشكّ في جواز الرجوع والمتيقّن غير هذه الصورة انتهى.

وفيه أولاً أنّه خلط بين مقام الثبوت والاثبات فلو أراد من ذلك أنّه لا دليل على جواز الرجوع في المقام فقد مرّ أنّ المباني في مثله مختلفة فبين من يتمسك بعموم العام بعد زمان التخصيص المتيقّن وبين من يتمسك باطلاقة الازماني كما اخترناه وبين من تمسك

باستصحاب حكم المخصّص كما بنى عليه هذا القائل. فعلى مبناه يثبت الجواز بالاستصحاب، فإنّ المفروض أنّ العقد قبل سقوط الذمة جائز ووقع البحث في كون السقوط ملزماً له أم لا فيتمسك باستصحاب الجواز على مبناه ولا فرق في ذلك بين ما لو قلنا بتحقيق الملكية قبل السقوط أو قلنا بالسقوط بنفس تمامية العقد فإنّه على الثاني أيضاً رتبة الجواز مقدّم على السقوط ولذا يبحث عن كونه ملزماً أم لا. مضافاً إلى أنّ صريح كلامه في المقام هو الأوّل فإنّه ذكر في أثناء كلامه فإذا اشترى المشتري مال المديون بالثمن الذي في ذمته فيملك المديون لاحتالة الثمن الذي في ذمته. نعم، حيث إنّه لا يعقل أن يتملك الانسان لما في ذمته فيسقط ولو أراد منه الاشكال الثبوتي فلا نرى له وجهاً محصلاً. والدور المذكور في كلامه وهو توقّف كلّ من الملكية و إمكان الرجوع على الآخر لا يتصوّر له معنى إلا أن يقال إنّ كلاً من ملكية التملك و إمكان الرجوع متوقّف على الآخر والحال أنّ كليهما من آثار جواز العقد ومتوقّفان عليه من دون أيّ توقّف بينهما فاذا ثبت الجواز بالدليل يترتبان عليه لاحتالة كما لا يخفى.

وثانياً أنا قد ذكرنا أنّ تعلق الجواز بالعين غير معقول بل المعقول تعلقه بنفس العقد، والفسخ هو حلّ العقد لا ردّ العين من ملك الآخر؛ نعم بعد الفسخ يرجع كلّ منها إلى الآخر بما له فع وجوده يأخذه ومع عدمه يأخذ بدله. وأما لزوم ثبوت الملكية قبل الفسخ فلا دليل عليه فإذ ذكره من أنّه يعتبر خروج المملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه غير صحيح. وقد تقدّم أنّ القدر المتيقّن من الاجماع هو جواز العقد مادام العين موجوداً وملكاً للمنتقل إليه على نحو القيدية لا الظرفية فبعد السقوط لا موضوع للجواز. ولو سلّم فاعتبار الملكية للذمة قبل الفسخ لأجل الخروج لامانع منه كما يعتبر قبل السقوط. والحاصل أنّه بهذه الوجوه العقلية التي كلّها محدوشة لا يمكن ردع العقلاء عن بنائهم المسلّم في المقام وفي كلّ عقد جائز واقع على الدين فإنّه لا إشكال في أنّهم بعد الفسخ يراجعون إلى المديون و يطالبونه بدينهم من دون أيّ التفات إلى هذه الوجوه أبداً.

ثمّ ذكر الشيخ (ره): والظاهر أنّ الحكم كذلك على القول بالاباحة. ذكر بعض الأعاظم (ره) أنّ الاباحة التي هي محلّ البحث في باب المعاطاة ليست بالمعنى الذي حملها عليه صاحب الجواهر (قدّه) من أنّ إفادة المعاطاة الاباحة إنّما هو فيما إذا كان قصد المتعاطين الاباحة، بل المراد منها التسليط المالكّي فإذا أوجد مصداق التسليط فلا فرق بينه وبين الملك فكما أنّه لا يعقل أن يتملك الانسان ما في ذمته فكذلك لا يمكن أن يكون مسلطاً عليه فنتيجة التسليط أيضاً السقوط والتلف والتالف لا يعود. انتهى.

وفيه: أولاً: ذكرنا مراراً أنّ في المقام كغيره من العقود المفقود بها التمليك التسليط

المالكي غير معقول فإنه من تسليط الغير على ماله. وبعبارة أخرى الصادر من المتعاملين ليس إلا العقد والرضا به وسلطنة كلّ منها على ما انتقل إليه بالعقد من آثار الملك الثابت بالعقد أو حكم الشارع بها كما في مانحن فيه لا بتسليط الآخر له وهذا ظاهر. ففي المقام المفروض عدم وقوع مقصود المتعاملين وهو التمليك والاباحة غير مقصود لهما. فالتسليط المالكي بحسب قصده غير معقول والواقع غير مرتبط بالمالك وقصده أصلاً.

وثانياً: لو سلمنا أنّ المراد بالاباحة في المعاطاة التسليط المالكي، لكنّه أيّ دليل دلّ على أنّه لا يمكن أن يكون الانسان مسلطاً على ما في ذمته. أترى أنّ وليّ الصغير إذا كان مديوناً به وكانت ذمته مملوكاً للصغير أنّه غير مسلط على ما في ذمته من نقله أو نقده وغير ذلك من أنحاء التصرفات الاعتبارية؟ أو لو كان المديون وكيلاً من قبل الدائن لبيع ذمته أو تصرف آخر غير البيع فيها أنّه غير مسلط عليها؟ بل لم يقم دليل على عدم جواز تملك الانسان لما في ذمته. وإن قيل إنّه لا قيمة للذمة بنفسها بل مدار المالية هو الخارج وقد تقدّم ممّا تصوير المالية للذمة واعتبارها لها نظير اعتبار المالية للنقود وعلى أيّ حال ولو قلنا بأنّ الانسان لا يملك ما في ذمته وقهراً لا يتسلط على هذا الذي لا يملك فإنّ السلطنة فرع الملكية إلا أنّ سلطنته على ما في ذمته المملوكة للغير كالمثاليين المتقدمين ومحلّ بحثنا فلا دليل على امتناعه.

ثمّ إنّ بعد فرض وقوع المعاطاة في محلّ بحثنا وتحقق الاباحة فهل هي لازمة أو جائزه؟ فعلى القول بالسقوط يثبت اللزوم بالجمع بين إطلاق دليله والقدر المتيقن من الاجماع بالتقريب المتقدم، وأما على القول بعدم السقوط فلا بدّ من ملاحظة حدّ الاجماع وآته هل يعتم المعاطاة الواقعة على الثابت في الذمة أو لا؟ فعلى الأوّل يثبت الجواز وعلى الثاني اللزوم على ما مرّ من التقريبات.

ثمّ ذكر الشيخ (ره): ولو نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم فهو كالتلف. قد ظهر ممّا مرّ أنّ مقتضى الجمع بين المتيقن من الاجماع وإطلاقات أدلّة اللزوم هو الحكم باللزوم بمجرد عروض ما يوجب الشكّ فيه ومن ذلك نقل العينين أو إحداهما.

وهنا إشكال يمكن إيرادها في المقام بناء على الاغماض عمّا ذكرناه نظير وقوع مثل هذا التصرف في زمن الخيار في العقود الخيارية. ومحلّ الاشكال باب الخيارات نذكره في المقام بالمناسبة وهو أنّ الواقع عليه العقد ليس إلاّ العين لا البدل ولا الأعمّ منها، وبعد التلف أو التصرف الناقل لا يمكن ردّها وردها بدلهما ردّ لما لم يقع عليه العقد، فما وقع عليه العقد لا يمكن ردّه وما يمكن ردّه لا دليل على جوازه. والحاصل الفسخ هو تراذ العينين على ما ذكره الشيخ (ره) في المقام وحلّ العقد على ما هو التحقيق وبعد التلف أو

التصرف الناقل لا موضوع له أبداً؛ أما على الأول فظاهر وأما على الثاني فلأن العقد واقع على العين لا غير. والمفروض عدم بقاء العين فكيف يمكن حلّ العقد المتعلق بها والرجوع بالبدل مع عدم تعلق العقد به؟

ويمكن تقريب الجواب بوجهين:

أحدهما أن يقال: إنّ الفسخ حلّ العقد كما هو الحقّ وبذلك تشتغل ذمة من عليه الفسخ بالعين. وحيث إنّ ردّها متعذر يرجع إليه بالبدل لا أنّ الفسخ بنفسه يقتضي الرجوع به حتى نفع في الاشكال. نظير ذلك ما بنى عليه السيّد (قده) في الضمان الثابت بدليل اليد، أي يشتغل ذمة المديون بالعين حتى بعد تلفها وحين الأداء يرجع إلى البدل لعدم إمكان تأديتها ولذا يرجع في القيمات بها يوم الأداء.

ثانيها أنّه كما أنّ العقد هو التملك بالعوض أو المبادلة بين المالين ولزوم التسليم والتسليم إنّما هو من آثار العقد عرفاً ومن مقتضياته لا أنّه من جهة لزوم أداء مال الغير، كذلك الفسخ أيضاً حلّ العقد ولزوم ردّ العين إنّما هو من لوازمه لا أنّه من جهة لزوم ردّ مال الغير كما كان مبنى الوجه الأول؛ لكن يفرق بين العقد والفسخ في أنّه لو تعذر العين في العقد يحصل الخيار وهو خيار تعذر التسليم بخلاف الفسخ فإنّه بالتعذر يرجع إلى البدل ابتداءً.

والفارق أنّه يكون المؤثر في لزوم التسليم في الأول العقد وأما في الثاني فالأثر وإن كان للفسخ عرفاً إلاّ أنّه حلّ العقد وجعله كأن لم يكن فستند ملكية العين إلى السبب السابق على العقد، ولذا نقول: الفسخ غير قابل للفسخ بل الملكية باقية مستندة إلى السبب السابق ولا تزول إلاّ بسبب جديد. فالفرق بين هذا الوجه والوجه الأول أنّه في الوجه الأول تشتغل ذمة المفسوخ عليه بالعين بعد الفسخ ومع تعذره يرجع إليه بالبدل وفي الوجه الثاني لا تكون ذمته مشغولة بها، بل إنّما يلزمه ردّ العين لأن باب ردّ مال الغير بل من جهة كونه من لوازم الفسخ فليتدبر.

وبما ذكرنا ظهر أنّه لافرق بين كون الفسخ بعد التلف أو التصرف الناقل وإن فصل بينها بعض؛ ولا بين كون ذلك التصرف لازماً أو جائزاً وإن احتمل التفصيل بينها بلزوم رجوع المفسوخ عليه بعد الفسخ في ذلك العقد الجائر.

وحيث إنّ قد طال الكلام في المقام ولا ثمرة مهمّة في الاطالة واستيفاء البحث في ما بقي من فروع هذا التنبيه وما بعده من التنبيهات التي ذكرها الشيخ (ره) بعد ما ذكرنا من مقتضى القواعد في المعاطاة وإنّ هذه الفروع، جلّها بل كلّها، مبتنية على الفرض والتقدير فنكتفي بهذا المقدار ويقع البحث بعد ذلك في شرائط الصيغة إن شاء الله تعالى.

عقد البيع وشرايطه

كتاب في اللغة

مقدمة في خصوص ألفاظ البيع

ذكر الشيخ (ره) أولاً حكم بيع الأخرس وأنه مع عدم قدرته على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشارة مقامه وهكذا مع قدرته عليه لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس... إلى آخر ما ذكره في المقام، فراجع كلامه (قده).

أقول: لوقلنا بأن اللزوم في المعاملات العقلائية أتباع العقلاء في خصوص المسببات منها لا الأسباب ويرجع في تشخيص حقيقة البيع مثلاً وهو المبادلة بين المالين أو غير ذلك إليهم. وأما أسباب حصوله فمكول بنظر المتعاملين ويحصل ذلك بأي سبب شاء من اللفظ أو الفعل أو الإشارة أو الكتابة أو غير ذلك ولو بسبب مجعول بينها فقط. فالإشارة أحد الأسباب في عرض سائر الأسباب ولا معنى لقيام إشارة الأخرس مقام اللفظ حينئذٍ، لكن المبنى لا يتم فإن العقد مالم يكن له تحقق اعتباري بنظر العقلاء لم يكن موضوعاً لدليل إمضاء الشارع فإنّ الشرع في مقام بيان مراده وإظهار مراده ليس له اصطلاح خاص بل يتكلم على وفق المحاورات العرفية فإذا قال «أوفوا بالعقود» أو «أحلّ الله البيع» يكون مراده منها ما هو يفهمه العرف عقداً وبيعاً؛ ومن الظاهر أنّ البيع بنظر العرف الواقع في جميع الأسواق ليس إلّا الحاصل بالأسباب المتعارفة وهي اللفظ والفعل وأما غيرها فليس بتعارف ولا يمكن أن يقال إنه بيع بنظرهم لعدم إحراز اعتبارهم تحققه بذلك.

ولو قلنا بأنه كما يلزم أتباع العقلاء في المسببات كذلك يلزم أتباعهم في الأسباب أيضاً، فالبيع بالإشارة لا باللفظ ولا بالمعاطاة لا يصح مع القدرة على اللفظ أو الفعل فلا دليل على قيام الإشارة مقام اللفظ عند عدم القدرة عليه، فإنّ الأسباب المتعارفة ليست إلا اللفظ والفعل؛ والأخرس فلم يعهد منه معاملة بالإشارة في السوق حتى يدعى أنّ المتعارف بالنسبة إليه ذلك بل لو وقعت منه معاملة فإمّا أن يقع بالمعاطاة في غير المهمّات أو بالتوكيل فيها. وأما الروايات فوردت في باب الوصية والطلاق عدّة منها يتوهم دلالتها على كفاية

وصية الأخرس وطلاقه بالإشارة ويسري الحكم عن ذلك إلى جميع معاملاته بالغاء الخصوصية أو الأولوية القطعية؛ لكن روايات الوصية على تقدير تسليم دلالتها على قيام إشارة الأخرس مقام لفظه فيها لا تدلّ على تسرية ذلك إلى غير الوصية فإنّ باب الوصية مخصوصة بتسهيلات من قبل الشرع ولذا لا يضرّ التعليق فيه فيجوز قصر الحكم بها من دون سراية، فالإسراء لا يمكن إلّا بالقياس. وأمّا روايات الطلاق وإن دلت على أنّ طلاق الأخرس يقع بالإشارة إلّا أنّها لا تدلّ على قيام إشارته مقام اللفظ بل لعلّ الاكتفاء به من جهة إمضاء الطلاق المعاطاتيّ بالنسبة إليه أو من جهة أنّ طلاقه بالإشارة فلا يمكن الاستدلال بها لا ثبات أنّ إشارته قائم مقام اللفظ مطلقاً، مع إمكان أن يقال إنّ جواز اكتفاء الأخرس بالإشارة في الطلاق مع قدرته على التوكيل يستلزم جواز الاكتفاء بها في سائر المعاملات، قامت الإشارة مقام اللفظ أم لم يقم، وذلك بالأولوية. بل يمكن أن يدعى قيامها مقام اللفظ من جهة المناسبة العرفية في المقام وأنّ السريّ جواز الاكتفاء بالإشارة العجز عن اللفظ فهي قائم مقامه عند العجز عنه. وكيف كان فلو شككنا في ذلك وآنه هل يترتب الأثر على الإشارة مع العجز عن التلفّظ وهكذا في غير ذلك من موارد الشكّ في دخل شيء في ترتّب الأثر فهل يحكم بترتبه من جهة حديث الرفع، فإنّ دخل ذلك الشيء في حصول الأثر مشكوك فيه يرفع بالحديث أو يحكم بعدم ترتبه من جهة أصالة العدم. فقد يقال بالأوّل وحكومة الأصل الأوّل على الثاني لكونه جارياً في السبب وقد يقال بالثاني من جهة الشرطية والجزئية والسببية والمانعية أو جميع الوضعيات غير مجعولة فلا يشملها الحديث. والتحقيق الثاني لامن الجهة المذكورة فإنّ المذكورات كلّها قابلة للجعل مستقلاًّ كما بيّناه في الأصول ولعلنا نبينه فيما بعد إن شاء الله، بل من جهة أنّ الشكّ في ترتّب الأثر ليس مسبباً عن الشكّ في دخل الخصوصية وعدمه حتّى يرفع بالحديث بل مسبب عن الشكّ في أنّ العقد هل هو تمام السبب أو مقيد بتلك الخصوصية. وبعبارة أخرى أنا لو أحرزنا عدم دخل تلك الخصوصية فلا يمكننا أن نقول إنّ السبب هو العقد وعدم تلك الخصوصية بل السبب التام هو العقد. نعم، لو أحرزنا دخلها فيكون الموضوع مركباً منها فالشكّ واقع في أنّ السبب التام هل هو الفاقد للخصوصية أو الواجد لها ولا يمكن إثبات ذلك بجريان الأصل في نفس الخصوصية إلّا على القول بالأصل المثبت. وأيضاً قد مرّ أنّ شرط حكومة الأصل السببيّ على المسببيّ أن يكون منقحاً لكبرى شرعية وأصالة عدم دخل الخصوصية غير منقحة لموضوع دليل. وأيضاً إنّه لو سلّمنا وجود الدليل لكنّ المجمعول فيه سببية الموضوع للحكم لا ترتّب الحكم على الموضوع فكيف فرق بين أن يقال إنّ الغليان سبب حرمة العصير وإنّ العصير إذا غلى يحرم، فإنّ المجمعول في الأوّل السببية وفي الثاني الحرمة على تقدير

الغليان، مع ذلك لا يمكن الحكم بترتب الأثر بواسطة جريان الأصل المذكور فإن أصالة عدم الدخول لا يثبت ترتب الحكم على الموضوع أو المسبب على السبب إلا على المثبت فإن الترتب وعدمه من اللوازم العقلية للسببية وعدمها وقد مر ذلك في الاستصحاب التعليقي أيضاً. فالنتيجة أنه في كل مورد شككنا في اعتبار خصوصية العقد في ترتب الأثر عليه نحكم بأصالة عدم حصول الأثر بمقتضى الأصل العملي. وأما الدليل الاجتهادي لو كان فيؤخذ باطلاقة لدفع الخصوصية، لكن قد فرضنا عدم إمكان التمسك بالدليل الاجتهادي في بيع الأخرس بالإشارة فإنه غير متعارف فلا تشمل أدلة التنفيذ. وقد صرفنا النظر عن روايات الطلاق أيضاً فيرجع الأمر إلى الأصل العملي وهو عدم حصول الأثر. وأما أصالة عدم اعتبار خصوصية في عقده كاللفظ أو الفعل بحديث الرفع فقد عرفت حالها.

ثم إنه بعد ما تقدم من أن المعتبر في المعاملات ليس إلا ما هو المتعارف منها سبباً و مسبباً وأنه لابد في كشف اعتبار خصوصية فيها وعدمه من ملاحظة بناء العقلاء فيها والرجوع إلى سوقهم ظهر عدم الحاجة إلى كثير من المباحث الراجعة إلى ألفاظ العقود مثل اعتبار كون الانشاء بالألفاظ الحقيقية الصريحة وعدمه فيكفي الانشاء بالمجاز أو الكناية أو المشترك الراجع إلى مواد الألفاظ أو اعتبار كونه بخصوص فعل الماضي وعدمه فيكفي الانشاء بالمضارع أو الجمل الاسمية الراجع إلى هيئاتها المفردة أو اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول وعدمه وغير ذلك الراجع إلى الهيئة التركيبية بينهما. فإنه لابد من ملاحظة ما هو المعتبر عند العقلاء في جميع ذلك، فقد يكون الانشاء بالمجاز أو الكناية أو المشترك أو غير الماضي معتبراً عندهم كما إذا أنشأ الاجارة بلفظ البيع أو أنشأ البيع بما هو دال على لازمه ك «هذا في ملكك أو تحت تصرفك» أو أنشأ باسم الفاعل ك «أنا بايعك».

ولا يخفى أنا لانريد من لزوم ملاحظة اعتبار العقلاء في الخصوصيات المشكوكة أن فاقد الخصوصية على تقدير اعتبارها عندهم معاملة غير معتبرة فعلى تقدير اعتبار الماضوية في البيع عندهم الفاقد بيع غير معتبر؛ بل نريد من ذلك أنه حيث إن المعاملة لابد وأن تكون معتبراً شرعاً وأنه ليس للشارع المقدس في ألفاظه اصطلاحاً خاصاً واختراعاً جديداً ولم يؤسس في حقيقة المعاملات شيئاً غير ما هو المتعارف عند العقلاء ولو اعتبر شيئاً فيها اعتبره شرطاً لتأثيرها لا أن حقيقة المعاملة عنده مغايرة لحقيقتها عند العرف فلا بد من الرجوع إلى العقلاء فيها و ملاحظة أنه في أي مورد يعتبر تحقق المعاملة عند العقلاء بلا فرق في ذلك بين الأسباب والمسببات. فكما أنه في تشخيص ماهية البيع بمعناه المسببي يرجع إليهم كذلك في تشخيص أسبابها أيضاً يرجع إليهم ليرى أنه هل العقلاء في مورد السبب الفلاني مثلاً يعتبرون تحقق البيع فيتبع فإنه معتبر شرعاً أيضاً إلا أن يدل دليل على إلغاء سببية

ذلك في التأثير بنظره أولاً فلا تشمله أدلة الامضاء. فليتدبر.

ثم إنه لا ينبغي الاشكال في عدم اعتبار إنشاء البيع بلفظ التملك فإنه وإن كان تمليكاً بالعوض على قول إلا أن البيع الخارجي تمليك بالحمل الشايع لا بالحمل الأولي فيمكن إنشائه لكلّ مادل على التملك بالحمل الشايع وهذا ظاهر. وأمّا الانشاء بألفاظ الكنايات والمجازات وغير ذلك من خصوصيات ألفاظ العقود فقد تقدّم أنّ صحّة ذلك يدور مدار اعتبار العقلاء تحقّق البيع بذلك .

وقد ذكر المرحوم النائيني (ره) في ألفاظ الكنايات أنّه لو قيل إنها قسم من المجاز كما عرفها بعضهم من أنّها ذكر اللزوم وإرادة الملزوم فحكمها حكمه ولو قيل إنها قسم المجاز كما هو الحق وإن الاستعمال فيها في نفس معناه الحقيقي والانتقال إلى الملزوم من دواعي استعمال هذه الألفاظ في معانيها الموضوعية لها لا إنها استعملت في الملزوم فالأقوى عدم صحّة إنشاء العنوان بها فإنّ إنشاء اللزوم وإيجاده في الانشاء القولي ليس إيجاداً للملزوم عرفاً وكون الملزوم مقصوداً وداعياً من إيجاد اللزوم لا أثر له، فإنّ الأغراض والدواعي لا أثر لها في باب العقود. ثمّ لو قيل بأنّ الملزوم وإن لم ينشأ أصالة إلا أنّه منشأ تبعاً وفي المرتبة الثانية من الإيجاد ولاوجه للاقتصار على المنشأ الأوّل بعد إطلاق أدلة العناوين، فيقال: الإيجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود فينصرف الإطلاق عنه. انتهى ملخّص كلامه (ره).

وفيه بعد الاغماض عن تناقض صدر الكلام وذيله فإنّ في الصدر فرض عدم تعلق الإيجاد بالملزوم أبداً وفرض تعلقه به في المرتبة الثانية وبعد الاغماض عن أنّه لا محصل لضعف الوجود في أمثال المقام وأنّ ضعف الوجود لا يكون منشأ لانصراف الأدلة إنّ لو أراد من أنّه في الكناية قد استعمل اللفظ في معناه الحقيقي والانتقال إلى الملزوم من دواعي الاستعمال أنّه قد تعلّقت الإرادة الجدّية بنفس تلك المعنى الحقيقي كالإرادة الاستعمالية والانتقال إلى الملزوم بدلالة أخرى نظير الدلالة الالتزامية من أنّ الإرادة الجدّية والاستعمالية قد تعلّقتا بالمعنى المطابقي ودلّ اللفظ على لازم ذلك أيضاً على مسلك القوم أو أنّ اللفظ لم يدلّ إلا على معناه لاستحالة دلالته على خلافه؛ والدلالة الالتزامية دلالة المعنى على اللزوم لا دلالة اللفظ عليه على مسلكنا. فهذا ظاهر البطلان فإنّ في الكناية قد تعلّقت الإرادة الجدّية بنفس الملزوم وأخذ اللزوم طريقاً له ولذا يدور الصدق والكذب فيها مدار وجود الملزوم وعدمه بلا اعتبار لوجود اللزوم وعدمه بخلاف باب المطابقة والالتزام فإنّ الصدق والكذب يدور مدار وجود المعنى المطابقي وعدمه وهذا واضح. ولو أراد منه أنّه في الكنايات استعمل اللفظ في اللزوم وتعلّقت الإرادة الجدّية بالملزوم كما هو الحقّ في مورد

الإنشاء بالكناية لم يوجد إلا الملزوم فما معنى أن الإيجاد تعلق باللازم وإيجاده ليس إيجاداً للملزوم عرفاً أو أنه يوجد بوجود ضعيف فلم يبق إلا أن يقال إن اللفظ صريح في إيجاد اللازم فلا يصلح لإيجاد غيره وهو الملزوم، وهذا مصادرة ظاهرة فإن الكلام في إمكان ذلك وأنه هل يعتبر الصراحة أو يكفي الإنشاء بالكناية.

وقد ذكر(ره) في ألفاظ المجازات و المشتركات أن البيع بل كلّ عنوان من عناوين العقود والايقاعات عنوان بسيط فلا يمكن إيجاده تدريجياً بل إما أن يتحقق آنأ أو لا يتحقق أصلاً وليس مركباً من الجنس والفصل بل المركب منها أيضاً لا يمكن أن يوجد تدريجياً فإن تحصل الجنس إنما هو بالفصل فلا يعقل أن يوجد أحدهما قبل الآخر فكيف بما هو بسيط وما به امتيازه عين ما به اشتراكه... إلى أن قال: التملك في كلّ من البيع والقرض والهبة والاجارة بعين كونه بيعاً أو قرضاً أو هبة أو اجارة أي لا يكون التملك في البيع جنساً وبيعيته فصلاً بل هو بيع بعين كونه تمليكاً بل لاشبهه أن التملك ليس شيئاً والبيع شيئاً آخر، وإن قلنا بأن كلّ واحد من هذه الأمور الأربعة مباين في السنخ مع الآخر مضافاً إلى أن التملك في جميع هذه الأمور واحد وإنما الاختلاف بينهما كالاختلاف بين أفراد البيع. وعلى أي حال المعنى المنشأ بلفظ «بعث» أمر بسيط ولا يمكن أن يوجد تدريجياً. وفرغ على هذه المقدمة بالفرق بين المجاز المشهور وغيره وأنه في الأول لا يلزم إنشاء البسيط تدريجياً فلا مانع منه وفي الثاني لو كان الإنشاء بالقرينة وذيها يلزم التناقض وإيجاد البسيط تدريجياً. ولو كان الإنشاء بذوي القرينة فقط وكانت القرينة كاشفة فلا يلزم ذلك إلا أن يمنع كونه آلة لإيجاد العنوان عرفاً. وبالفرق بين المشترك اللفظي والمعنوي وأنه في الأول لا يلزم المحذور إلا ان يقال بأن القرينة متمم المراد لا كاشف عنه فيلزم وفي الثاني لا بد من التفصيل بين إنشاء العقود التملكيّة بالمشترك بينها كالتملك وبين إنشاء غيرها بالجامع بينها وبين العقود التملكيّة لعدم لزوم المحذور في الأول فإن مابه الامتياز فيه عين مابه الاشتراك بخلاف الثاني لعدم إمكان إنشاء تمام البسيط به بل ينشأ الجنس العالي أولاً ثم يميّز بالفصل فلزم التدريجيّة. انتهى محصل كلامه(ره).

وفيه أن لازم ما ذكره من بساطة العقود واتحاد مابه الاشتراك والامتياز في العقود التملكيّة اتحاد هذه العقود في الحقيقة فإن حقيقة كلّ منها التملك. ولو قيل بأن الفرق بينها بالخصوصية وأن البيع تملك خاص والقرض تملك خاص فهذا اعتراف بوجود مابه الامتياز بينها وهو تلك الخصوصية؛ غاية الأمر أن الجنس والفصل في الحقائق الاعتبارية لا يزيد عن الاعتبار بخلاف الحقائق المتأصلة التكوينية. والحاصل أنه لافرق بين الموجودات الحقيقية والاعتبارية كهذه العقود في الذاتيات إلا الحقيقة والاعتبارية، فالبيع مشترك

مع القرض في كون كل منها تملياً ويمتاز عنه في كون الأول بالعوض وفي الثاني بالضمآن. فعل ذلك لانسلّم كون حقيقة المعاملات بسيطة حتى لا يمكن إنشائها بالتدرّج، بل يمكن إنشاء ذلك المفهوم المركّب بالألفاظ المركّبة بتعدّد الدالّ والمدلول.

وقد ذكر في اعتبار الماضيّة أنّ وجه اعتبارها صراحة الفعل الماضي في إنشاء العناوين به بخلاف المضارع والأمر واسم الفاعل وغيره. والفرق أنّ الماضي وضع للتحقّق والثبوت ولذا يستلزم الماضيّ بخلاف اسم الفاعل فإنّه وضع لتلبّس الفاعل بالمبدء وهذا ملازم للتحقّق، فاستعماله وقصد الإنشاء به دائر مدار القول بصحّة الإنشاء بالكنايات. وبالجملة الفعل المضارع مع اسم الفاعل متحدان في المعنى وإن كان بينهما ترتّب في النسبة فإنّ المضارع وضع لنسبة الفعل إلى الفاعل وبعد تحقّق هذه النسبة يتّصف الفاعل بأنّه ممّن صدر عنه الفعل ولذا يقال: «ضرب يضرب فهو ضارب». وكما لا يصحّ إنشاء العناوين باسم الفاعل فكذا لا يصحّ بالفعل المضارع؛ نعم في خصوص لفظ «طالق» دلّ الدليل على وقوع الإيقاع به. ومما ذكرنا ظهر حال الأمر أيضاً فإنّه وضع لالقاء نسبة المادّة إلى الفاعل فقوله «زوّجني نفسك» لا يفيد إلّا طلب الإنشاء فحكمه حكم المضارع فكما أنّه أشبه بالوعد كذلك هو أشبه بالمقاولة. وأمّا الروايات المتوهمة لدالتها على كفاية الفعل المضارع أو الأمر في أبواب شراء العبد الآبق وبيع المصحف والتزويج توجب القطع بأنّ الفعل المضارع والأمر في هذه الأبواب وقعا مقاولة ووعداً واستدعاء فاعتبار الماضيّة لا إشكال فيه. انتهى ملخصاً.

وفيه أنّ الماضي حسب اعترافه (ره) وضع لما يستلزم الماضيّ لا مطلق التحقّق، فإذا كان الأمر كذلك فكيف يكون صريحاً في إنشاء التحقّق الغير المستلزم لذلك وأي فرق بين الماضي والمضارع من هذه الجهة. وأمّا ما ذكره من الفرق بينها فليس بصحيح لأنّ الارتكاز المحاوريّ العرفيّ شاهد على أنّ الفرق بين الاخبار بالماضيّ والمضارع ليس إلّا الحكاية عن التحقّق في الماضيّ في الأوّل وفي الحال أو الاستقبال في الثاني. وأمّا أنّ الأوّل صريح في التحقّق والثاني كناية عنه فليس إلّا دعوى بلا بيّنة ولا برهان ولا سبب ما ذكره من أنّ الفعل المضارع واسم الفاعل متحدان بحسب المعنى مترتبان في النسبة، وليت شعري أنّهما إذا كانا متحدّي المعنى فكيف يحصل الترتّب في النسبة أفهل يكون الشيء مترتباً في النسبة على نفسه؛ ثمّ إنّ ما الدليل على عدم إمكان الإنشاء باسم الفاعل حتى يجعل ذلك أصلاً لعدم إمكانه بالفعل المضارع. وأعجب من جميع ذلك التزامه بوقوع الطلاق بما ليس بصريح فيه وهو لفظ «طالق» تعبداً، أفهل يرتضي أحد بأنّ الشارع تعبدنا بوقوع الطلاق بما لا دلالة عليه وعدم وقوعه بما هو دالّ عليه؛ وأعجب من ذلك دعواه القطع بأنّ الروايات

واردة مورد المفاوضة وغيرها مع أنه لو لم يقطع بأنها واردة مورد الانشاء بذلك لم يقطع بما ذكره، فلاحظ الروايات. وكيف كان الصحيح ما مر من إمكان الانشاء بكل ما يعتبر العقلاء تحقّق المعاملة بها ماضياً أو مضارعاً أو غير ذلك.

وأما الكلام في لزوم تقديم الايجاب على القبول أو المولاة بينها أو التطابق بينهما و نحو ذلك متفرّع على القول ملزوم القبول في البيع وقد مرّ سابقاً مفضلاً أنه لا دليل على ذلك بل البيع ليس إلاّ المبادلة بين المالين أو التمليك بالعوض وليس هذا إلاّ معنى الايجاب. ولزوم القبول إنّما هو للدلالة على رضا القابل بالمعاملة و إلاّ فليس دخیلاً في حقيقتها فلو كان أحد وليّاً للطرفين أو وكيلاً عنها و بادل بين مالهما بقوله «بادلت هذا بهذا» وزوجها بقوله «زوجتك إياها» لا يحتاج إلى قبول أبدأ فبالايجاب يتمّ المعاملة ونحتاج في ترتّب الأثر عليها من رضا الآخر فع إحرازها سابقاً أو مقارناً أو لاحقاً يترتب عليها.

الكلام في جواز تقديم القبول على الايجاب في البيع و عدمه

وليعلم قبل بيان ذلك أنّ الحاجة إلى القبول في العقد هل هو من جهة توقّف العقد عليه وكونه ركناً له أو لا بل شأن القبول ليس إلاّ الكشف عن رضا القابل للمعاملة؟ وقد تقدّم أنّ حقيقة البيع ليس إلاّ المبادلة بين المالين على ما اخترناه أو التمليك بالعوض على ما اختاره الشيخ (ره) ولم يؤخذ في شيء منها القبول بل المبادلة أو التمليك هو شأن الايجاب فقط، فلو اختار البايع والمشتري معاً و كلاً لهما لنقل مال البايع إلى المشتري بعوض منه فأنشأ الوكيل المعاملة بقوله «بادلت بينها» أو «ملكك هذا بهذا» لا يحتاج إلى قوله «قبلت» بعد ذلك بل لا يرى هذا إلاّ لغو محض. فمن هذا يعلم أنّ القبول غير مأخوذ في حقيقة المعاملة بل حقيقة المعاملة تتمّ بنفس إنشائها، نعم يعتبر في ترتّب الأثر على ذلك رضا الطرفين، المنكشف بأيّ كاشف ومنه القبول.

ويدلّ على ما ذكرنا الروايات الواردة في باب النكاح كرواية سهل الساعديّ في بيان كيفة تزويج رسول الله ولا ينبغي الاشكال في أنّ قول الصحابي «زوجنيها» ليست من القبول المتقدّم في شيء بل إنّما هو استدعاء محض وتمّ النكاح بقوله «حتّى زوجتكها بما معك من القران». وهكذا يدلّ على ما ذكرنا ما دلّت على كيفة نكاح المتعة بقوله (ع) «فإذا قالت نعم فقد رضيت» فإنّها تدلّ على أنّ المعتبر هو الرضا لا غير، و يؤيده صدور الايجاب من الزوج في هذه الرواية وهذا شاهد على أنّ المعتبر رضا الطرفين وإيقاع حقيقة النكاح كيف اتفق. إذا عرفت ذلك ظهر لك كثير من المباحث الواقعة في المقام على طولها فإنّ اعتبار تقديم الايجاب على القبول إنّما يتصوّر إذا قلنا باعتبار القبول في حقيقة المعاملة

و إلا فيقع البحث بلا موضوع؛ نعم يعتبر رضا الطرفين بالمعاملة بلا فرق بين أن يكون الكاشف عنه متقدماً على المعاملة أو متأخراً أو مقارناً وهذا ظاهر نظير الاجازة في البيع الفضولي. ثم لو بنينا على اعتبار القبول في حقيقة البيع فقد فصل الشيخ (ره) بين إنشاء القبول بمثل اشترت أو اتبعت أو ملكت ونحوها وبين إنشائه بمثل قبلت أو رضيت مما يدل على مطاوعة الفعل بجواز التقديم في الأول وعدمه في الثاني. وذكر في وجه الجواز في الأول أن الانشاء بمثل ذلك ليس إلا على نحو إنشاء البائع بقوله «بعت» فكما أن «بعت» من البائع نقل ماله إلى المشتري كذلك «ابتعت» من المشتري نقل مال البائع إلى نفسه وكما يمكن تقديم بعت على ابتعت كذلك يمكن العكس. وذكر في وجه عدم الجواز في الثاني أمران: أحدهما أن القبول مطاوعة الفعل والمطاوعة لا يعقل إلا مع تقديم الفعل عليه وهذا كالكسر والانكسار. وثانيها أن الأثر في المعاملة يحصل بالقبول فلا بد من تأخيره و إلا لزم الانفكاك وحصول الأثر بعد الايجاب.

أقول: لو سلمنا اعتبار القبول في المعاملة فلا نسلم اعتباره من خصوص المشتري لعدم الدليل عليه بل مع حصول إنشاء المعاملة من كل من الطرفين وقبول الآخر تتم حقيقتها. فعلى ذلك القسم الأول من القبول المذكور في كلامه (ره) خارج عن محل البحث فإنه ليس من تقديم القبول على الايجاب بل من العكس فإن معنى ابتعت كما ذكره هو (ره) ليس قبول البيع بل نقل الملك عن الغير إلى نفسه، فلو قال البائع قبلت يتم المطلوب وقوله «بعت» بعد ذلك كقول المشتري «ابتعت» بعد ايجاب البائع بمنزلة القبول فليلتزم بخروج ذلك عن حريم النزاع.

وأما الوجهان لعدم الجواز في الثاني ففي الأول منها أنه خلط بين التكوين والاعتبار وكلامنا في الثاني وأنه مع قبول المشتري مثلاً قبل إنشاء البائع ما ينشئه بعد ذلك هل يعتبر العقلاء تحقق البيع أم لا وأين هذا من الكسر والانكسار وأي مانع من قول المشتري (بفروش قبول دارم) ثم يقول البائع (فروختم)؟ وأما الثاني منها فصادرة فإن لزوم حصول الأثر بالقبول في المعاملة متوقف على لزوم تأخر القبول عن الايجاب وهذا أول الكلام. ذكر في المقام بعض المحققين أن الابتياح والاشتراء ونحوها تدل على اتخاذ المبدأ فلو أراد المشتري بقوله «اشترت» مثلاً اتخاذ المبدأ من الغير يكون من القبول المتقدم ومطاوعة للايجاب المتأخر ولا يجوز، ولو أراد بذلك اتخاذ المبدأ من نفسه فليس كذلك ولا بأس به. وهذا خلط بين المطاوعة المأخوذة في القبول واتخاذ المبدأ الذي ذكر أنه معنى باب الافعال فإن المطاوعة قبول الفعل بالمعنى المصدرى لا المعنى المبدئي فقول البائع «بعت» دال على نقله ملك المشتري أما ملكه بالعوض فلو قال المشتري بعده قبلت معناه

قبلت ما فعلت وهو نقلك الكذائي لا قبلت مبدأ النقل. فعلى ذلك لا تكون «اشتريت» و«ابتعت» ونحوهما متضمنة لمعنى المطاوعة أبداً بل معناها اتّخاذ المبدأ على ما ذكره (ره) فلو قال المشتري «اشتريت» معناه اتّخذت مالك بالشراء وهذا ايجاب لا بدّ من قبوله من قبل البايع لا أنه قبول متقدّم.

وكيف كان لو اعتبرنا القبول في تحقّق المعاملة فلا دليل على اعتبار وقوعه متأخراً عن الايجاب وأمثال اشتريت وابتعت ليست من هذا الباب على ما تقدّم.

الكلام في اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول وعدمه

وقد ظهر ممّا مرّ أنّه لا يعتبر ذلك في حقيقة العقد من باب السلب بانتفاء الموضوع والرضا المتعبّر في ترتّب الأثر على العقد يمكن أن يكون متأخراً عنه كالرضا في البيع الفضوليّ لعدم الدليل على لزوم المقارنة.

ذكر بعض الأعاضيم في المقام إشكالاً عقلياً بعد أن قسّم العقود بلحاظ اعتبار الموالاة وعدمه فيها إلى ثلاثة أقسام، قسم يعتبر فيها جزءاً وهي العقود المشتملة على المعاوضة كالبيع وفي حكمها النكاح وقسم لا يعتبر فيها جزءاً وهي العقود الاذنيّة كالوكالة والعارية والأمانة ونحوها وقسم محلّ إشكال وهي العقود الخارجة عن هذين القسمين كالهبة مثلاً. وذكر ذلك الاشكال في القسم الأوّل منها وقال ما محصله: حيث إنّ هذه العقود خلعت ولبس وإيجاد العلقه بين الشخص والملك وبعبارة أخرى حيث إنّ المعاوضة لا تتمّ إلّا بتبادل الاضافات فلا بدّ من المقارنة بين الايجاب والقبول و إلّا لم يتحقّق الاضافة بدون المضاف إليه، فإنّ المفروض خلعت الموجب الاضافة عن نفسه وعدم حصول اللبس بالنسبة إلى القابل فيلزم وجود الاضافة بدون المضاف إليه.

وفيه أولاً لو تمّ هذا الاشكال فلا وجه للترديد في مثل الهبة من العقود باعتبار أنّ العقلاء لا يرون اعتبار التوالي فيها فإنّ الاشكال العقلي لو تمّ لعمّ فما ذكره في هذا القسم من العقود لا محصل له.

وثانياً ما المراد بالعقود الاذنيّة في كلامه فلو كان المراد منه الاذن نفسه فليس هو من العقود حتى يحتاج إلى الايجاب والقبول فضلاً عن اعتبار التوالي بينها بل هو ايقاع محض، ولو كان المراد منها بعض العقود كالوكالة والعارية فاطلاق الاذن على ذلك لا يخلو عن مسامحة فإنّ الاذن من أحكامه لافي قوامه كما لا يخفى. على أنّ الاشكال المذكور في القسم الأوّل يجري في ذلك أيضاً ولاسيما العقلانيّ منه فلا حظ.

وثالثاً الخلع واللبس وبعبارة أخرى تبادل الاضافتين غير معقول في نفسه فإنّ

الإضافة الشخصية التي تمام حقيقتها وهويتها قائمة بشخص خاص وملك خاص لا يعقل قيامها بغير ذلك فكيف يمكن تصوّر خلعها ولبس الآخر لها وبعبارة أخرى بمجرد الخلع لا تبقى إضافة حتى يلبسها الآخر.

ورابعاً لو سلمنا ذلك وأغمضنا عن ذلك فالمالك بعد الخلع يكون أجنبيّاً عن الملك فكيف يلبس الآخر له وبعبارة أخرى اللبس مقارناً للخلع لا يمكن فإنها مترتبان وبعد الخلع لا يبقى الملك مضافاً إلى المالك حتى يلبسه الآخر.

وخامساً لو أغمضنا عن جميع ذلك والتزمنا بالاشكال وهو لزوم تحقّق الإضافة بدون الطرف فنشأ ذلك ليس عدم التوالي بين الإيجاب والقبول بل منشأه نفس الإيجاب وإن كان مقارناً للقبول فإنّ الخلع واللبس فعل الموجب بتماميّة الإيجاب قبل القبول ولو أنّاً يلزم ذلك. وبعبارة أخرى لو كان المراد من الخلع واللبس الواقع منه الحاصل بعد القبول فلا فرق بين حصول التوالي وعدمه، فإنّ الخلع واللبس لا يحصل قبل القبول حتى يلزم المحذور وبعده لا محذور؛ ولو كان المراد منه الخلع واللبس الإيقاعي فهو حاصل بنفس الإيجاب فيلزم المحذور وإن حصل التوالي.

والسّر في جميع هذه الاشكالات أنّه قاس المقام بباب العقليّات وأنّ المعاوضة من قبيل الخلع واللبس والحال أنّه مع ما ذكرنا في الأصل في العقليّات القياس ليس في محلّه، فإنّ الباب عقلائيّ لا عقليّ والعقلاء يرون البيع مثلاً المبادلة بين المالين أو تمليك المال بالعبوض والمالك بسلطنته على ملكه مسلّط على هذا التمليك وهذا سالم عن الاشكالات السابقة. ويعتبر العقلاء تحقّق المعاملة بتماميّة الإيجاب والقبول مع التوالي وعدمه، وبعبارة أخرى البيع بنظرهم يحتاج إلى إعمال المالك سلطنته بتمليك ماله بالآخر بالعبوض وإعمال الآخر سلطنته بقبول ذلك على القول باعتباره ولا يرى في البين محذور عقليّ من عدم حصول التوالي بينهما. على أنّا في فسحة من هذا الاشكال فإنّ القبول غير معتبر عندنا والمعاوضة وإن كانت من الخلع واللبس إلا أنّ إيقاع ذلك ليس إلاّ فعل الموجب بنفس الخلع يحصل اللبس بلا حاجة إلى القبول. نعم، يشترط في حصول ذلك واقعاً من رضا المشتري وهذا أمر آخر غير مرتبط بحقيقة المعاملة وما هو مركز الاشكال وهو الخلع واللبس الإيقاعي لا الواقعيّ وإلاّ فلا يلزم إشكال بوجه كما مرّ.

وهنا إشكال آخر وهو أنّه مع عدم التوالي فلا يخلو إمّا أن يتعلّق القبول بنفس ما تعلّق به الإيجاب وهو النقل من حين الإيجاب فيلزم تقدّم النقل على القبول وهذا خلاف المفروض، فإنّ القبول ركن على الفرض ولازمه عدم حصول الأثر قبله ومع عدم تعلّقه بذلك وتعلّقه بالنقل من حينه يلزم عدم التطابق بين الإيجاب والقبول. وجوابه يظهر من مباحث

الاجازة في بيع الفضوليّ وآنه ناقل أو كاشف فبناء على تسليم أنّ الزمان مأخوذ في الايجاب وتعلّق القبول بنفس ماتعلّق الايجاب يلزم الكشف لا خروج القبول عن الركبيّة مضافاً إلى أنّ الزمان ليس قيدياً لما تعلّق به الايجاب بل هو ظرف له كالمكان والمتعلّق ليس إلّا النقل والقبول متعلّق بذلك. وإما أنّ النقل يحصل من زمان الايجاب أو في زمان القبول فهذا أمر آخر غير مرتبط بمتعلّقها؛ وحيث إنّ المعاملة لا يترتب عليها الأثر إلّا بالقبول بناء على الركبيّة أو بالرضا بناء على ما ذكرنا فالقاعدة تقتضي حصول الأثر بعد ذلك ولا يلزم من تعلّق القبول بغير ماتعلّق به الايجاب.

وهنا إشكال آخر نسبة الشيخ (ره) إلى الشهيد (قده) وهو أنّ كلّ أمر تدريجيّ الوجود وله وجود واحد بنظر العرف فلا بدّ من التوالي فيه بحيث يعدّ بنظرهم أمراً واحداً كقضية الاستثناء والأمثلة التي رتبها على ذلك وما نحن فيه من هذا القبيل واستحسنه الشيخ (ره) لو كان موضوع دليل اللزوم عنوان العقد و إلا فلا. هذا.

ولنا سؤال الفرق بين العقد والبيع والتجارة فإنّ ماهو تدريجيّ الوجود ليس إلّا الايجاب والقبول وهذا مصداق لكلّ منها والقول باعتبار الوحدة في العقد دون البيع ونحوه عرفاً غير ممكن التصديق. وقد غير المرحوم النائيني (ره) العنوان المذكور في كلام الشيخ وهو (الأمر التدريجيّ الوجود... الخ) بعنوان آخر وهو كلّ أمرين أو أمور يجمعها عنوان واحد؛ ولا بأس به فإنّ الأثر المطلوب مترتب على اعتبار الوحدة العرفيّة سواء كان من الأمر التدريجيّ أو غيره. لكن ذكر في ذيل كلامه ما حاصله: لا يقال إنّ لزوم المعاوضة يتوقّف على عنوان العقدية وأمّا صحّتها فلا لامكان تصحيحها بمثل «أحلّ الله البيع» لأنّنا نقول: ليس البيع والتجارة ونحوهما إلّا العقود المتعارفة مع أنّ هذا النحو من المطلقات ليس في مقام البيان من جميع الجهات، مضافاً إلى عدم إمكان التفكيك بين اللزوم والصحة إلّا بدليل خارجيّ وآل فكلّ ما يقع صحيحاً ويؤثر في النقل لا ينقلب عمّا وقع عليه إلّا بمقلّب خارجيّ فما أثر يؤثر دائماً وهو معنى اللزوم.

ولا يخفى ما فيه، فإنّ البيع ونحوه وان كان من العقود المتعارفة إلّا أنّه كما يصدق عليه العقد كذلك يصدق عليه البيع وكونه مصداقاً للعقد لا يكون مانعاً من التمسك لتصحيحه بـ «أحلّ الله البيع». وأمّا ما ذكره من عدم كون مثل هذه المطلقات في مقام البيان فلا محصل له وكيف يمكن هذا الدعوى في مثل «الصلح جائز بين المسلمين» إلّا ما حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً. وأمّا ما ذكره أخيراً من الملازمة بين الصحة واللزوم فغريب؛ فقد مرّ سابقاً أنّ العقد بعد إثبات صحّته يحتاج في لزومه من دليل ولو الاستصحاب، فما ذكره من أنّ ما وقع صحيحاً لا ينقلب عمّا وقع عليه أو يؤثر دائماً ونحو هذه الألفاظ لا واقع لها.

وكيف كان فالتحقيق في حلّ الاشكال أنّ المراد من العقد أو البيع أو التجارة ونحوها ليس الايجاب والقبول حتى يقال لابدّ من التوالي بينها فإنّ هذه العناوين وحدة عرفية بل المراد منها الأمر الاعتباري الذي يعتبره العقلاء بعد تحقّق موضوعه وهو الايجاب والقبول على المعروف والايجاب فقط على ما ذكرنا. فوحدة عنوان العقد أو البيع هكذا لا يستلزم اعتبار التوالي في موضوعها مضافاً إلى أنّ التوالي في الموضوع أيضاً موجود على مسلكتنا ولو تأخر القبول مآخراً فإنّ تمام ماهية العقد يتحقّق بالايجاب فقط وشأن القبول شأن الاجازة في بيع الفضولي والاحتياج اليه من جهة صحّة الاستناد والكشف عن الرضا كما مرّ.

الكلام في اعتبار التنجيز في العقد وعدمه

وقبل تحقيق ذلك لابدّ من تعيين محلّ النزاع وآنه هل هو الانشاء أو المنشأ. ظاهر كلمات الأصحاب وذكرهم عنوان العقد في عقد الباب الأوّل.

ذكر المرحوم النائيني (ره) في المقام أنّ محلّ النزاع هو تعليق المنشأ لا الانشاء فإنّ الايجاد سواء كان اعتبارياً أو تكوينياً يستحيل أن يعلّق على شيء كما لا يمكن أن يعلّق وقوع الضرب على أحد على كونه عدوّاً، فإنّ الايجاد إمّا أن لا يحصل رأساً أو يحصل مطلقاً فوق الايجاد معلقاً مرجعه إلى التناقض. فما هو محلّ الكلام التعليق في المنشأ وصحته لا يخفى على أحد، بل وقوعه في الأحكام الشرعية فوق حدّ الاحصاء فإنّ أغلب الأحكام الشرعية بل جميعها إلّا ما شدّ منها، قضايا حقيقية و أحكام مشروطة على تقدير وجود موضوعاتها. هذا.

ولا يخفى أنّ إقامة البرهان على الاستحالة لا يوجب خروج المورد عن حريم النزاع وحصر محله بغيره، بل على ماسياتي لولم نلتزم بخروج التعليق في المنشأ عن محلّ النزاع فلا نلتزم بخروجه في الانشاء عنه.

وأما ما ذكره من وقوع التعليق في المنشأ في الأحكام الشرعية فإنّها مجعولة على نحو القضايا الحقيقية ومرجعها إلى قضايا مشروطة. فليس هنا محلّ بحثه ونشير إليه إجمالاً فإنّه مفيد جداً. وحاصل مراده من ذلك على ما يظهر من موارد مختلفة على طول بعضها أنّ متعلّق الأحكام هو الأفراد والعنوان المأخوذ في المتعلّق أخذ مشيراً إليها ومرآة لها وذكر في وجه توجّه الحكم إلى الأفراد المدومة فعلاً أنّها نزلت منزلة الموجود أو أخذت مفروض الوجود أو تعلّق الحكم إليها مشروطاً على اختلاف هذه التعبيرات وجعل الفرق بين القضايا الحقيقية والخارجية مع اشتراكها في توجّه الحكم في كلّ منها إلى الأفراد أنّ المتعلّق في الأوّل أعمّ من الموجودة والمدومة على النحو المذكور وفي الثاني الموجودة فقط. هذا.

والأمر في القضايا الحقيقية والخارجية ليس كذلك فإن كلاً منها من القضايا الكلية المعبرة في الميزان التي يعتمد عليها في مقام الاستنتاج. وأما القضية المتكفلة لتعلق الحكم بالفرد الموجود فليست قضية خارجية بل هي قضية جزئية غير معبرة في المنطق والموضوع في كل من القضايا الحقيقية والخارجية هو العنوان لا الأفراد. والفرق بينها أن العنوان المأخوذ في الأول غير مقيّد بما يوجب عدم انطباقه على غير الأفراد الموجودة بخلاف الثاني فإنه مقيّد بذلك فوضع الحكم في القضايا الحقيقية هو العنوان ونفس الطبيعة وليس هذا من الشرط في شيء.

وأما أصل المطلب وأنه هل يمكن تعليق الانشاء أولاً؟ وهكذا في المنشأ. فقد ذكر السيد (ره) استحالة التعليق في الأول بخلاف الثاني ولزوم رجوع التعليق إليه وتبعه المرحوم النائيني (ره) في كلامه المتقدم و إليك كلام السيد (ره):

ذكر (ره) أن نفس الانشاء بما هو إنشاء غير قابل للتعليق إذ هو نظير الایجاد التكويني؛ فكما أنه لا يمكن الایجاد التكويني معلقاً فكذا الایجاد الانشائي بل في الاخبار أيضاً لا يعقل التعليق في نفس الاخبار وإنما يجوز في الخبر به. وأما المنشأ فيمكن أن يكون معلقاً بالخبر به بأن ينشأ الملكية على تقدير كذا... الخ.

ولابد لنا من بيان معنى الانشاء والمنشأ ليتضح الأمر. لاشبهة في أن الجمل الانشائي كـ «اضرب» في باب الأمر وكـ «ملك» في المقام مزدوج من هيئة ومادة وتعلق الهيئة إلى المادة ولا رابع؛ والمادة لا تدل على أزيد من نفس الطبيعة والدال على الانشاء الهيئة فهية افعلاً تدل على البعث الانشائي والمادة تدل على نفس الطبيعة كالضرب في المثال وتعلق الهيئة بها تدل على تعلق البعث الانشائي بالضرب. وهكذا في «ملك» هيئتها تدل على الانشاء أي الایجاد ومادتها تدل على نفس طبيعة الملكية وتعلق الأول بالثاني تدل على تعلق الانشاء بالملكية فالانشاء مدلول الهيئة والمنشأ مدلول المادة، ولك أن تقول في المقام إن «ملك» تدل على إنشاء الملكية وهو التملك لا أن الانشاء متعلق بالتملك بل الانشاء متعلق بالملكية ومقوم للتملك إذا تمهد ذلك.

فتارة نبحت عن التعليق في الانشاء وأخرى في المنشأ.

أما الأول فما ذكره السيد (قده) وتبعه المرحوم النائيني (ره) من الاشكال العقلي فهو من جهة الخلط بين التكوين والتشريع، فإن الایجاد الاعتباري لا يقاس بالایجاد التكويني ولا نرى أي مانع من إيجاد الملكية معلقاً على حصول أمر في الخارج والتناقض المتوهم مبني على تحقق الایجاد وعدمه في الزمان الواحد وليس كذلك، فإن المفروض أن المنشئ أنشأ الملكية معلقاً في مقابل عدم إنشائه أصلاً وإنشائه منجزاً فالتناقض إنما يلزم في

المقام لو لم يرد عدم تحقق الانشاء المعلق أو عدم تنجزه بعد حصول المعلق عليه ولا يلزم شيء منها في المقام؛ وهكذا في الواجب المشروط فإنه لا مانع من إيجاب شيء وان شئت قلت البعث نحوه معلقاً بحصول أمر في الخارج فإن البعث (الانشائي) ليس أمراً تكوينياً حتى لا يمكن تعليقه ويلزم من تعليقه ما ذكر بل هو أمر اعتباري ولا يقاس أحدهما بالآخر فالمنشئ يوجد على فرض وينشئ على تقدير لا أنه ينشئ، منجزاً والمنشأ يقع معلقاً.

وأما الثاني وهو التعليق في المنشأ فغير متصور بوجه، فإن التعليق إنما يتصور بالنسبة إلى الجمل التصديقي كالجمل الخبرية وهكذا المخبر به والجمل الانشائية بالنسبة إلى مدلولها الايقاعي؛ وأما المنشأ الذي مفرد تصوري فلا يتصور التعليق فيه، نعم يمكن تقييده لكن التعليق فيه غير متصور فأبي معنى للملكية المعلقة على مجيء زيد بل المتصور هو تعليق تحقق الملكية لا نفسها والتحقق مفاد الانشاء لا المنشأ وهكذا أي معنى للضرب بمعناه التصوري معلقاً على شيء. ومن هنا ظهر أن الواجب التعليقي في مورد النعت والتوصيف ممكن وأما في مورد التعليق مستحيل لاستحالة رجوع التعليق إلى المادة بخلاف التقييد، وأيضاً لازم رجوع التعليق إلى المنشأ بطلان المعاملة.

وان أغضنا النظر عن الاشكال السابق وبنينا على إمكان رجوع التعليق إلى المنشأ فإن الملكية أمر واحد متعلق بالعين والمالك مالك للعين ملكية واحدة، ولازم رجوع التعليق إلى المنشأ أن التمليك فعلي منجز والملكية معلقة. ومعناه أن للمالك ملكيات منها ملكيته المعلقة على ما علقها عليه فلو قال «ملكك هذا» على تقدير مجيء يوم الجمعة، أو على تقدير مجيء زيد يوم الجمعة، بل لو قال ذلك بنحو التوصيف والتقييد كقوله «ملكك هذا يوم الجمعة» لازم رجوع التعليق أو القيد إلى المنشأ وهو الملكية أن للمالك ملكيات منها ملكيته يوم الجمعة نظير تمليك المنافع في باب الاجارة. ومن المعلوم أن أحداً من الفقهاء لم يلتزم بثبوت ملكيات في عين واحدة بالنسبة إلى شخص واحد. ولا يخفى أن هذا الاشكال مختص بالمقام.

وأما في الواجب التعليقي فلا يلزم ذلك لا مكان أن يتعلق البعث فعلاً نحو الضرب يوم الجمعة. نعم، لا بد من أن يؤخذ القيد فيه على نحو التوصيف لا التعليق كما مر. ومن هنا ظهر أنه لا فرق بين أقسام التعليق في المقام فع رجوعه إلى المنشأ وهو مدلول المادة فحكم بالبطلان وان كان تعليقه بمعنى التوصيف والتقييد سائماً عن الاشكال العقلي المتقدم، ومع رجوعه إلى الانشاء نحكم بالصحة ولا يلزم منه إشكال عقلي لا ماتقدم ولا غيره؛ كلزوم التقييد والتعليق في الهيئة ومفادها من المعاني الحرفية فلا يعقل اللحاظ استقلالاً أو أنه جزئي غير قابل للتقييد. وتفصيل الجواب عن هذا في الأصول واجماله أن جميع التقييدات

في جميع الجمل كان المقيّد اسماً أو حرفاً لا يمكن أن تلاحظ بنفس اللحاظ المتعلق بالمقيّد بل لابدّ من لحاظه مستقلاً ولو ارتكازاً متقدماً على لحاظ المقيّد أو متأخراً عنه؛ وكلزوم عدم الجزم في الانشاء على تقدير رجوع التعليق إليه. والجواب أولاً الجزم بالانشاء المعلق حاصل ومعناه الجزم بالايجاب على تقدير حصول المعلق عليه كالجزم بوجوب الاكرام على تقدير مجيء زيد وبعبارة أخرى الجزم بالملازم، وثانياً لا يعتبر الجزم في المعاملات كالعبادات وأي مانع من تحقق المعاملة رجاء كتحقق العبادة كذلك؟ وكلزوم التخلف بين الانشاء والمنشأ. وجوابه ظاهر بعد ما ذكرنا، فإنه لا مانع من التخلف بين الانشاء التعليقي وحصول المعلق عليه في الخارج وبعد حصوله وتنجز الانشاء لا يلزم أي تخلف. والتفصيل والتطوير في هذه الاشكالات وغيرها موكول إلى محله.

بقي في المقام شيء وهو ملاحظة دعاوى الاجماع الواقعة في الكلمات ولكنّ التتبع في كلمات القدماء يشهد بأنّ المسألة غير إجماعية مع أنهم استندوا فيها إلى ما يقتضيه العقول وما هو بهذا الشأن لا يحصل فيه إجماع تعبدّي يكون حجة استناديةً للفقهاء.

الكلام في التطابق بين الايجاب والقبول

الظاهر أنه لا قائل بعدم اعتباره فيها بحيث يكون النزاع جارياً في الكبرى فإنه من القضايا التي قياساتها معها بل مجرى النزاع في الصغريات وأنه هل في موارد تكون المطابقة بينها ثابتة بنظر العقلاء أم لا؟

وقد ذكر الشيخ (ره) بعض هذه الموارد. قال (ره): لو أوجب البايع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري أو المثمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه آخر لم ينقذ، ووجه هذا الاشتراط واضح وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرضا بالايجاب. أمّا من حيث خصوص المشتري أو المثمن فالأمر كما ذكره سواء قلنا باعتبار القبول في ماهية العقد أم لا، فإنّ الرضا بالايجاب معتبر في ترتب الأثر كما مرّ. والمفروض أنّ ما أوقعه البايع لم يرضه المشتري وما رضى به لم يوقعه البايع فالمطابقة غير حاصلّة. وأمّا الثمن فيمكن تصوير المطابقة عرفاً في بعض الموارد كما أوقع البايع البيع بعشرة توأمين متعدّدة وقبل المشتري بذلك مفردة، فإنّ خصوصية التعدّد ملغاة عند العقلاء غالباً وهذا نظير ما ذكرنا سابقاً في بيان إلغاء الخصوصية في الروايات وأنه من التمسك بظاهر اللفظ لا القياس ولا تنقيح المناط، فعلى ذلك المطابقة حينئذ حاصلّة غالباً. وأمّا توابع العقد من الشروط فلا بدّ من التفصيل بين ايقاع البايع البيع مشروطاً على نحو العموم الافرادّي أو المجموعي فعلى الأوّل تحصل المطابقة دون الثاني وهكذا الحال بالنسبة إلى أجزاء بيع واحد

أو البيع من شخصين مع قبول أحدهما، والوجه ظاهر لا يخفى.

ذكر المرحوم النائيني (ره) أنه لا يعتبر المطابقة بين الإيجاب والقبول من حيث خصوص المشتري أو البائع وذلك فإنّ البيع تبديل أحد طرفي الاضافة بمثله مع بقاء الطرف الآخر بحاله فالمعاوضة تتع بين المالين ولا خصوصية لمالكهما وهذا بخلاف عقد المزاوجة. هذا.

وقدمت الكلام في ما ذكره في بيان حقيقة البيع من المناقشات العقلية والعقائدية، فعلى المبني الصحيح وهو أنّ البيع مبادلة مال بمال أو تملك المال بالعوض واعتبار قبول المشتري بما أوقعه البائع في حقيقة البيع أو اعتبار رضاه بذلك في ترتب الأثر. فلعلّ اعتبار المطابقة من جهة خصوص البائع والمشتري يكون من الواضحات، بل على مبناه أيضاً كذلك بل أوضح فإنّ تبديل أحد طرفي الاضافة وهو الاضافة إلى المال مع بقاء الطرف الآخر وهو الاضافة إلى المالك بنفسه يكون دليلاً على لزوم المطابقة من هذه الجهة أيضاً؛ فلو قال البائع وهو زيد: بادلت طرف إضافتي إلى المال مع بقاء الطرف الآخر وهو إضافة المال إليّ بطرف إضافة عمرو إلى المال ثمّ قال عمرو: قبلت ذلك من خالد، فلم يتعلّق القبول بما تعلّق به الإيجاب فإنّ ما هو متعلّق الانشاء ليس إلّا إضافة زيد إلى المال. غاية الأمر الطرف المضاف إلى المال مع بقاء طرفه الآخر وإضافة الخالد إلى المال لم يقع مورداً للانشاء أصلاً فلا موضوع للقبول أبداً.

الكلام في قابلية كل من المتعاقدين من أوّل العقد إلى آخره

التزم الشيخ (ره) باعتبار ذلك وذكر في وجهه أنه إن كان القابلية من جهة عدم الأهلية للتخاطب، فلعدم تحقق معنى المعاقدة والمعاهدة وإن كان من جهة عدم الاعتبار بالرضا، فلما ذكر أيضاً لأنّ المتعريفه عرفاً رضا كلّ منها لما ينشئه الآخر حين إنشائه.

وأجاب (ره) النقص بالوصية بأنّ القبول ليس ركناً لها بل حقيقتها الايصاء ويعدّ من الايقاع، وذكر أنّ الأصل في جميع ما ذكر أنّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى.

وأورد أخيراً على كلامه بجواز حقوق الرضا لبيع المكره ومقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد. وأجاب عنه بقوله: اللهمّ إلّا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الاجماع. انتهى محصلاً.

ويظهر ممّا ذكره أخيراً أنّ محلّ النزاع إنّما هو في البطلان بمعنى إلغاء المعاملة عن ترتب الأثر عليها رأساً حتّى بالاجازة و إلّا لم يكن للنقص بالبيع المكره مجال.

وفي ما ذكره (ره) مواضع للنظر: أولاً إنّ لم يعتبر التخاطب في المعاقدة والمعاهدة بل ليس عقد البيع، إلّا المبادلة بين المالين أو التملك بالعوض، وليس فيه من اعتبار التخاطب

عين ولا أثر. وثانياً على ما ذكرنا من عدم اعتبار القبول في مفهوم المعاملة وشأنه في المعاملة شأن الاجازة في العقد الفضولي عدم اعتبار هذا الشرط في العقد واضح غني عن البيان. وثالثاً لو سلمنا الاعتبار من جهة اعتبار التخاطب في المعاقدة فلا نسلم ذلك في القسم الثاني مما ذكره (ره) و هو أنّ عدم القابلية من جهة عدم الاعتبار بالرضا، فإنّ التخاطب موجود ولا دليل على اعتبار فعلية الرضا حال العقد كما هو مبنى صحة بيع الفضولي والمكره. وأما ما ذكره من أنّ الحكم في بيع المكره على خلاف القاعدة من جهة الاجماع فلا يمكن المساعدة عليه بل الصحة على وفق القاعدة لعدم الدليل على لزوم مقارنة الرضا للعقد؛ كما أنّ جوابه عن النقض بالوصية أيضاً ليس بصحيح فإنّ الوصية العهدية وهو التملك بعد الموت منطبق عليه عنوانان الايضاء والتمليك. والأول وان كان ايقاعاً غير محتاج إلى القبول إلا أنّ الثاني محتاج إليه فالتنقض من هذه الجهة لا من جهة الايضاء، فاجاب به من أنّ حقيقة الوصية الايضاء والقبول ليس بركن فيها صحيح من الجهة الأولى لا الثانية.

وأما ما ذكره من أنّ الاصل في جميع ما ذكر أنّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى، فردود من جهتين: أولاً الحكم في هذا الاصل غير مسلم كما سيأتي في الفضولي إن شاء الله وإن الرد لا يوجب إلغاء المعاملة من رأس بحيث لا يمكن تصحيحها حتى بالحاقها الرضا بعد ذلك. وثانياً إنّ هذا ليس أصلاً في جميع ما ذكر فإنه لو باع كبير شيئاً من صغير صار كبيراً بلا فصل فقبل ذلك فكيف يقال إنّ الاصل في ذلك أنه لو فسخ الموجب بعد الايجاب قبل القبول لغى الايجاب، فالصحيح عدم اعتبار هذا الشرط في البيع. ومن الغريب أنّ المرحوم النائيني (ره) مع ما بنى عليه في المسألة السابقة من أنّ المالكين ليسا بركن في المعاملة ولذا بنى على عدم اعتبار التطابق من جهتها، التزم في المقام باعتبار القابلية المذكورة وذكر أنّ هذا من القضايا التي قياساتها معها مع أنّ التبادل بين الاضافتين في طرفهما المضاف إلى المال موجود والمالك ليس بركن في المعاملة على مبناه حتى يلزم محذور فيها من هذه الجهة.

فرع: ذكر الشيخ (ره): لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة فهل يجوز أن يكتب كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه... إلى أن قال: والأولان مبنيان على أنّ الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية أم هي أحكام عذرية.

فهم السيد (ره) من هذا الكلام أنّ الشيخ (ره) يبيّن المسألة على القول بالسببية والطريقة في الاحكام الظاهرية. وأشكل عليه بأننا لا نقول بالسببية ولازم القول بها التصويب المحال لكن الأمر ليس كذلك ولا يريد الشيخ (ره) ابتناء المسألة على ذلك، بل مراده النزاع المعروف بين الفقهاء في الاجزاء في الأحكام الظاهرية وان إذن الشارع على

العمل على وفق أصل أو أمارة هل يقتضي إجرائه عن الواقع أم لا. وهذا أجنبي عن مسألة التصويب والسببية بالكليّة، فإنّ صرف اكتفاء الشارع بما أتى به المكلف عن الواقع لا يقتضي ذلك، أترى أنّه لو قلنا بجزريان قاعدة لا تعاد في الشبهات الحكيمية كما هو الحقّ لالتزمنا بالتصويب أو نقول بأنّ الشارع في مقام الامتثال يكتفي بما أتى به المكلف عن واقعه وإن كان مخالفاً به.

والمشهور بينهم في أجزاء في موارد الأصول والأمارات ودليلهم ما ذكرنا من أنّ معنى إذن الشارع وإجرائه على العمل على وفق ذلك الاجزاء والصحة. ولكننا فصلنا في محلّه بين الأصول والأمارات من جهة لسان الدليل ففي باب الأصول التنزيل وجعل المصداق للواقع تعبداً وإن لم يكن مصداقاً له واقعاً فعنناه أنّ المكلف متعبد بترتيب آثار الواقع على ذلك فإنّه هو بحكم الشارع ولا نعني بالاجزاء إلّا هذا. فقلوه (ص) «رفع ما لا يعلمون» دالّ على أنّ القيود المشكوك فيها شرطاً أو جزءاً أو مانعاً وهكذا الأحكام المشكوك فيها مرفوعة. وحيث إنّه لا يمكن القول بذلك بحسب الواقع فإنّه مخالف لضرورتنا فلا بدّ لنا من الالتزام بالادعاء والتعبد فيه. وحيث إنّه لا بدّ للادعاء من مصتحح وليس ذلك إلّا رفع الآثار الظاهرة أو جميع الآثار لو لم يكن في البين حكم ظاهر كما في المقام فيكون معنى النبويّ أنّ ما لا يعلمون بالنظر إلى الآثار منزل منزلة عدم اعتبار ذلك واقعاً؛ فعنى رفع الجزئية المشكوك ترتيب آثار عدم الجزئية واقعاً فكأنّها لم تكن مجعولة واقعاً، فيكون فاقد الجزء صحيحاً واقعاً فإنّه لاجزئية فيه بحكم الشارع وتعبداً وإن كانت مجعولة بحسب الواقع المجعول قانوناً. فهذا تعميم في الواقع بحكم الشارع ويستكشف منه أنّ مطلوب الشارع أعمّ من الواقع والظاهر، بل لا يتصوّر فيه كشف الخلاف أبداً فلا بدّ من القول بالاجزاء في ذلك.

وأما في الأمارات فلا يمكن الالتزام به فإنّ اعتبارها ليس إلّا بلحاظ مجرد الكشف عن الواقع وطريقته إليه قلنا بالتأسيس أو الامضاء. فعلى ذلك يتصوّر فيه كشف الخلاف ومعه لا يمكن الحكم بالاجزاء وبعبارة أخرى لا يستفاد من دليل اعتبار الأمانة أزيد من معذورية المكلف لو عمل على وفقها في صورة مخالفة الواقع. وأما اكتفاء الشارع بالمأتيّ به عن الواقع فلا يستفاد من ذلك.

ذكر السيّد (ره) في المقام أنّه لا بدّ من ترتيب آثار الصحة على اجتهاد المجتهد وإن كان اجتهاد من يريد ترتيب الآثار على مخالفته للواقع أو انكشف الخلاف بالاجتهاد عند نفسه بعد ذلك لأنّ دليل حجّية ظنّ المجتهد متساوي النسبة إلى الظنّين وحجّية واحد منها لا يهدم حجّية الآخر. نعم لو علم المجتهد بخطأ الآخر أو علم بخطأ اجتهاده سابقاً لا يجوز له ترتيب الأثر لأنّ هذا لازم القول بالتخطئة. هذا وكيف يمكن تصديق هذا الكلام مع أنّ

اجتهاد الثاني على بطلان اجتهاد الأول في الإمارات وأنّ المأنيّ به غير مطابق للواقع والذمة مشغولة به في التكاليفيات ولم يتحقّق موضوع الأثر في الوضعيات على أنّ تساوي نسبة الدليل إلى الظنّين يقتضي أن يحكم القائل بالفساد في المقام بذلك لا الصّحة والآ لكان تابعا للآخر في ظنّه وهدم اجتهاد باجتهاد الآخر.

ومما ذكرنا ظهر حكم المقلّد أيضاً بالنسبة إلى أجزاء أعماله المطابقة لفتوى من يقلّده عن الواقع إذا قلّد شخصاً آخر بعد ذلك أو عمل معاملة مع مقلّد شخص آخر يكون عمل هذا المقلّد فاسداً عند مجتهد مقلّد الأول صحيحاً عند مجتهد نفسه. فلو قلنا بأنّ الأصول والإمارات كما هي جارية بالنسبة إلى المجتهد كذلك تجري بالنسبة إلى المقلّد (في الشبهات الحكيمية). غاية الأمر حيث إنّه لا يتمكّن من الفحص اللازم في إجزائها ينوب عنه المجتهد في ذلك والآ فستند فعل المكلف ليس إلّا الأمانة أو الأصل، فلا بدّ من التفصيل المتقدّم. ولو قلنا بأنّ الأصول والإمارات موضوع لها بالنسبة إلى المقلّد فإنّه لا يتمكّن من تنقيح مجارها، فإنّ الفحص اللازم أو أعمال الترجيح أو غيره بالنسبة إلى المتعارضين وغير ذلك ممّا هو معتبر في العمل بالأمانة أو الأصل منحصر بالمجتهد، فعدم شمول دليل حجّية ذلك بالنسبة إلى المقلّد من جهة السلب بانتفاء الموضوع. واستناد المقلّد في عمله إنّما هو إلى فتوى المجتهد فيكون الفتوى من قبيل الإمارات فإنّ المجتهد بعد استناده إلى الأمانة أو الأصل يفتي بالواقع وفتويه بالنسبة إلى المقلّد أمانة إليه فعلى ذلك يجري فيه ما ذكرنا في الإمارات. ثمّ ذكر السيّد (ره) كلاماً نتيجته أنّ في المقام البيع فعل واحد تشريكيّ ولا بدّ من كونه صحيحاً في مذهب كلّ منها وترتيب الأثر على ظنّ المجتهد الآخر إنّما يكون فيما لو كان فعله موضوعاً للحكم بالنسبة إليه؛ وفي المقام ليس الأمر كذلك، فإنّ العقد متقوم بالطرفين ويجب على كلّ من المتعاقدين إيجاد عقد البيع فلا بدّ من كونه صحيحاً في مذهب كلّ منها. وهذا أيضاً لا يرجع إلى محصّل فإنّ وجوب إيجاد عقد البيع وهو الإيجاب والقبول على ما ذكره على كلّ من المتعاقدين لا يفهم له معنى صحيح؛ فلو أراد من ذلك أنّ الإيجاب والقبول فعل كلّ منها فهذا بديهيّ البطلان، ولو أراد منه أنّ البيع يحصل بالإيجاب فقط والقبول مطاوعة لما فعل ولذا لا بدّ من صحّة البيع عندهما فأيضاً لا يخرج ذلك عن كون الإيجاب والقبول فعلين صحيحين كلّ منهما بنظر صاحبه فلا بدّ من ترتّب الأثر عليه على ما اختاره من تساوي دليل الاعتبار بالنسبة إلى الظنّين.

وهنا بعض المناقشات في كلامه لا نتعرّض لها رعاية للاختصار.

ثمّ لا يخفى أنّ ما ذكرنا من التفصيل بين الإمارات والأصول أو ما ذكره المشهور وهو الاجزاء ولزوم ترتيب الأثر في جميع الموارد إنّما هو فيما إذا كان عنوان العباداة والعقد صادقا

قطعاً وكان مجرى الأصل أو الأمانة الشكّ في بعض أحكام ذلك بحيث تدلّ الأمانة المتأخّرة أو القائمة عند مجتهد آخر غير من قامت عنده الأولى على فساد ما قامت عليه الأمانة المتقدّمة أو الأصل والقائمة عند المجتهد الأوّل، لا أن يكون مفادها عدم صدق العنوان على ذلك فلو دلّت على عدم الصدق لكان اللازم الحكم بعدم الاجزاء فإنّ الأصل أو الأمانة الأولى أو القائمة عند المجتهد الأوّل لا يثبتان العنوان حتّى يكون موضوعاً للدالّة الدالّة على لزوم ترتيب الآثار على ذلك العنوان. فلو قامت الأمانة المتقدّمة أو الأصل على عدم لزوم القبول في العقد مثلاً وأجرى المجتهد العقد بلا قبول ثمّ تبدّل رأيه ورأى باجتهاده الثاني اشتراط القبول في حقيقة العقد وأنّ ما أوقعه ليس بعقد فلا يمكن الحكم بصحّة ذلك ولزوم ترتيب الأثر عليه، فإنّ الاجتهاد الثاني دالّ على عدم صدق عنوان العقد على ذلك فلا يمكن للمجتهد تصحيحه بمثل «أوفوا بالعقود». وهكذا الكلام في العبادات وفي حكم المجتهدين إذا رأى أحدهما عدم صدق العنوان على الواقع بينه وبين الآخر وان كان فعل كلّ منهما صحيحاً بنظر مباشره.

وأيضاً لا بدّ في المقام في الحكم بالصحّة من كون الواقع على وفق كلّ من المجتهدين صحيحاً موافقاً لنظر المجتهد الموقع وان حكم بفساد فعل الآخر فع سرّاية فعل الآخر في مافعله هذا المجتهد لا يمكن الحكم بذلك، كما إذا رأى لزوم الترتيب بين الايجاب والقبول مثلاً وأنشأ الآخر القبول أولاً لا يمكن لهذا المجتهد الحكم بصحّة العقد بايجابه المتأخّر، فإنّه يرى أنّ ايجابه وقع بلا قبول فيسري فساد القبول في ايجابه. وهذا مراد الشيخ (ره) من كلام الأخير في المقام، فلاحظ وطبّق هذه الكبرى على ما ذكره من الأمثلة فإنّ الحكم يختلف فيها حسب اختلاف المباني فيها.

ثمّ إنّه على ما ذكرنا يمكن أن يكون عقد صحيحاً من قبل أحد الطرفين فاسداً من طرف الآخر وقد أنكر السيّد (ره) في أوّل العروة ذلك وأشكّل المحشون عليه ولكن هنا شبهة في شمول دليل وجوب الوفاء لمثل هذا العقد ودعوى انصرافه عنه غير بعيد. ومن جهة هذه الشبهة لا بأس بالاحتياط في ذلك.

الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد

لا إشكال في عدم حصول الملك بذلك فإنّه مقتضى فساد العقد. إنّها الكلام في الحكم التكليفيّ وهو جواز التصرف فيه وعدمه والحكم الوضعيّ وهو الضمان وعدمه. فقد يقال بجواز التصرف بدعوى أنّ المالك قد أجاز التصرف بهذا العقد الفاسد، وهذا كما ترى واضح الدفع فإنّ الصادر من المالك ليس إلّا المعاملة وأما إجازة التصرف فلا.

ولكلّ من المعاملة واجازة التصرف مبادئ خاصة به بل لا يمكن أن يقال إنّ المالك قد أجاز التصرف بهذه المعاملة لأنّه لو أريد بذلك أنّ المالك أجاز التصرف في مال صاحبه بعد هذه المعاملة فهو أجنبيّ عن هذه الاجازة. ولو أريد به أنّه أجاز التصرف في ماله بعد المعاملة فالمفروض أنّه يخرج المال عن ملكه فكيف يجوز التصرف في ماله بعد خروجه عن ملكه. ولو أريد به أنّه أجاز ذلك في ماله قبل المعاملة فهذا خارج عن محلّ البحث ولا فائدة في هذه الاجازة لمسألتنا. ولو أريد به أنّ المالك حيث يعلم بفساد العقد وأنّ المال لا يخرج عن ملكه بذلك ومع ذلك يقدم على استيلاء الآخر على ماله فهو راض بتصرف الآخر فيه، فهذا أيضاً خروج عن محلّ البحث فإنّ الكلام في أنّ المقبوض بالعقد الفاسد بما أنّه مقبوض بالعقد الفاسد هل يجوز التصرف فيه أو لا. وأمّا صورة قيام قرينة على أنّ المالك راض بهذا التصرف فهي خارجة عن مورد النزاع.

هذا بالنسبة إلى الحكم التكليفيّ وأمّا الضمان فعلى الاتلاف عقلائيّ يذكر في محله إن شاء الله تعالى وأمّا مع التلف فليس كذلك بل لا بدّ له من التماس دليل. وقد استدلّ عليه أولاً بدليل اليد «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» (الشيخ في المبسوط ذكر الرواية مسندة والراوي الأخير سمرة جندب عن النبيّ - ص -) أو «على اليد ما جفت حتى تؤدّيه» (السيد في الانتصار مرسلأ) أو «على اليد ما قبضت حتى تؤدّيه» (السيد في الفقيه مرسلأ).

ويقع الكلام في هذا الحديث تارة من حيث السند وأخرى من حيث الدلالة وفقه الحديث. أمّا سنده فكما ترى سنده ضعيف بسمرة وغيره مرسل ولم يعلم استناد القدماء إليه في الحكم بالضمان، فإنّ الشيخ والسيدين ذكروه احتجاجاً على العامة لا استناداً إليه فلا يمكن دعوى انجباره باستناد القدماء إليه؛ لكن ابن ادريس مع عدم عمله بخبر الواحد يستند إلى ذلك في مورد من السرائر جزماً وإن أسند الحديث في مورد آخر منه إلى العامة والمتأخرون طرّاً يستندون إليه في الحكم بالضمان. ومتمن الحديث أيضاً أقوى من أن يصدر من مثل سمرة ولذا وقعنا في الاشكال في مسند هذا الحديث.

وأما فقه الحديث. ذكر الشيخ (قدّه) أنّ الحديث ظاهر في إثبات الوضع بقريته كلمة «على» وتعلّقها بالعين لا الفعل ولذا يمكن التمسك به لإثبات الضمان في الصبيّ والمجنون؛ ولكن نفس كلمة «على» ظاهرة في ذلك فإنّ مفادها العهدة وإن تعلّقت بالفعل نحو «لله على الناس حجّ البيت» وكم فرق بين ذلك وقوله «يا أيّها الناس حجّوا» و«يجب على الناس الحجّ» مثلاً، فإنّ الآية الكريمة دالّة على ثبوت الحجّ في العهدة نظير الدين بل هو هو كما في بعض الروايات «دين الله أحقّ أن يقضى» ولذا يخرج من أصل التركة.

أشكل بعض المحققين (قدّه) على الشيخ (ره) بأنّ الحديث لو كان في مقام التشريع وجعل الوضع فهذا خلاف مبناه (ره). ولو كان في مقام الاخبار عن الوضع المنتزع عن التكليف فمضافاً إلى خلاف الظهور لا يمكن التمسك به لاثبات الضمان في الصبيّ والمجنون. ولو قيل بأنّ الوضع منتزع من التكليف المشروط بالبلوغ والعقل فالانفكاك غير معقول. ولكن يمكن دفع هذا الاشكال على مذاق الشيخ (ره) أيضاً بأن يقال: إنّ الحديث في مقام التشريع وجعل الوضع لكن لاجدّاً ليرد عليه ما ذكر في وجه الاستحالة عقلاً بل جعل الوضع صوريّ بداعي الارشاد إلى التكليف المنتزع منه ذلك .

و أما النقض بالصبيّ والمجنون، فيمكن الجواب عنه أيضاً على مبناه في الواجبات المشروطة من رجوع العقد إلى المادّة فإنّ التكليف على هذا المبنى في الصبيّ والمجنون يكون فعليّاً والواجب استقباليّاً، فيصحّ انتزاع الضمان من التكليف الفعليّ وإن كان ظرف الواجب وهو الأداء بعد البلوغ والعقل.

نعم، يمكن النقض بالصبيّ الذي مات قبل بلوغه والمجنون الذي لم يحصل له الافاقه أبداً حتى مات. ويمكن الجواب عن هذا أيضاً بأنّه لا يعتبر في الأحكام القانونية أن يكون جميع موارد انطباقها واجدة للشرائط و لذا ذكرنا أنّ القدرة والعلم ليسا شرطاً للتكليف والخطاب، بل إنّها قيدان في مرحلة التنجّز والعجز والجهل فعذر للمكلف لا موجب لانتهاء توهم الخطاب إليه؛ ولذا بني المشهور على الاحتياط عند الشكّ في القدرة وعلى هذا يمكن تصوير تكليف العصاة والكفّار، وقد مرّ بيان ذلك. وفي ما نحن فيه يمكن أن يقال بأنّ المجنون كالنائم مكلف قانوناً وإن كان معذوراً في ترك الامتثال. وهكذا في الصبيّ فليتدبر هذا.

ولكنّا في وسعة عن هذه التوجيهات لأنّ الأحكام الوضعية حتى الجزئية والشرطية قابلة للجعل مستقلاً على مسلكتنا.

بقي شيء وهو أنّ السيّد (ره) ذكر في باب الضمان أنّ الذمّة مشغولة بنفس العين ولو بعد تلفه وعقد الأداء حيث إنّ ردّ العين متعذراً لابتدائه من أداء بدله، فلو كان قيمياً يعطى قيمته يوم الأداء؛ لكنّه لو أراد بأنّ الذمّة مشغولة بالعين أنّ نفس العين الخارجيّ يعتبر في الذمّة فبقاء الضمان تابع لبقاء العين وبعد تلف العين يسقط الضمان لاحتماله. ولو أراد بذلك أنّه يعتبر وجود العين في الذمّة والعهد فلم تثبت اليد على الوجود الاعتباري للعين حتى يقع مضموناً على الشخص مضافاً إلى لزوم كون المالك مالكاً للعين والعهد في ظرف وجود العين و في مورد ترتب الأيدي يلزم كونه مالكاً لجميع العهديات ولا يمكن الالتزام بذلك. ولو أراد بذلك أنّ العهد متعلّقة بالعين نظير الكفالة بمعنى أنّ الشخص لا بدّ له من

رد العين إلى مالكة، فعناه سقوط العهدة بتلف العين لانعدام طرف الاضافة. لايقال: إن هذا أمر عقلائي لاعقلي ويمكن تلف العين مع بقاء الكلّي المنطبق عليها بنظر العقلاء نظير مايقال في استصحاب الكلّي. وهنا وإن تلفت العين إلا أنّ ماهيتها النوعية القابلة للانطباق على مثلها وماليّتها باقية بنظرهم فإنّه يقال: انعدام الفرد انعدامه بجميع شؤو، وحيثياته وبقاء ذلك بنظرالعقلاء إنّما هو في مورد قيام فرد مقام ذلك المردوم وإلا فلا، وقيام فرد مقام العين في المقام أول الكلام.

والحاصل أنّ اعتبارالعين في العهدة بأيّ من المعاني المذكورة لايساعده الفهم العرفيّ فضلاً عن بقائها بماهيتها النوعية أو ماليّتها ولا سيما مايقال من أنّ أداء المثل أو القيمة أداء العين ببعض مراتبها. والتحقق حسب ما يقتضيه فهم العقلاء أنّ الضمان هو عهدة الدرك والخسارة كما ذكره المشهور. فعنى الحديث على هذا أنّ المأخوذ على الشخص أي الشخص ضامن له، وهذا غير اعتبارالعين بأيّ من الوجوه السابقة على الشخص، و نتيجة هذا أمر تعلّقي وهو أنّه لو تلفت العين لا بدّ على الشخص من تداركها وهذا هو معنى الضمان المستفاد من الحديث. فالضمان أمر تعلّقي وهو عهدة التدارك لو تلفت العين وتدارك المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة وإلا فع وجودالعين لا بدّ من أدائها والضمان الفعلي غير متحقّق مع وجودالعين إلا على نحو التعلّيق المذكور. وبهذا البيان نقول بأنّ مقتضى الحديث ضمان القيميات بقيمة يوم التلف فإنّه وقت فعلية التعلّيق المذكور وتنجيزه، والعرف يفهم من القول بأنّه لو تلف يتدارك بالقيمة أنّها قيمة يوم التلف وهذا بخلاف ماينتج من مبنى السيّد(ره) المختار عندنا سابقاً فإنّ مقتضى بقاء العين على العهدة حتّى بعدالتلف لزوم أداء قيمة يوم الأداء في القيميات كما لا يخفى^١.

ثمّ إنّ النبويّ جعل مدخول «على» اليد وهذا ادعاء حيث إنّ تمام التسلّط على مال الغير يحصل باليد فيدعي أنّ العهدة على اليد نظيرالعين في الربيّة. واستعمال لفظ الجزء في الكلّ كما قيل من الأغلاط وقد مرّ بيان الحقيقة الادعائية. وتتمّة الحديث في المباحث الآتية إن شاء الله تعالى.

١- أقول: إنّ المستفاد من التعلّيق وإن كان ثبوت القيمة في الذمّة عندالتلف إلا أنّ القيمة الثابتة في الذمّة ليست قيمة مطلقة من دون المضاف إليه، بل الثابت في الذمّة هو قيمة العين عندالتلف فالذمّة مشغلة بقيمة العين ولو كان مبدأ ثبوتها في الذمّة زمان التلف فلا بدّ من أداء قيمة العين بعدالتلف وأداء قيمة العين لا يحصل إلاّ بأداء قيمة يوم الأداء. وهذا نظير ما ذكره (مدظله) في باب إرث الزوجة قيمة الأعيان في البناء والأشجار، فإنّ الميراث قيمة الأعيان وأداء هذا يحصل بقيمة يوم الأداء، والثابت في ذمّة الضامن بعدالتلف كالميراث في هذه المسألة هو عنوان قيمة العين لا القيمة الخاصة والمصدق. ق

ثم إنه هل يشمل حديث اليد الأعمال والمنافع أم لا؟ ذكر الشيخ (ره) أن النبي لا يشمل الأعمال والمنافع.

وليس الوجه في ما ذكره ماتوهم من عدم إمكان أخذ ذلك باليد، فإن اليد المذكورة في النبي ليست مرادة على ظاهرها وإلا لكان اللازم القول بأن الضامن هو اليد لا الانسان، بل الوجه فيه على ما يذكره هو (قده) فيها بعد عدم صدق الأخذ بالنسبة إلى ذلك. لكن يدفع ذلك أولاً: لوتّم ذلك فلا بدّ من الالتزام بخروج معظم الأعيان والأعيان المعظمة عن القاعدة لعدم صدق هذا العنوان على مثل المزرعة ونحوها بل الصادق عليها عنوان الاستيلاء بل يدخل بعض المنافع فيها وهي للأعيان التي تعدّ بنظر العرف منفعة للشيء كماء البئر وثمره الشجرة في بعض الموارد.

و ثانياً: إن عمومية القاعدة وقانونيتها أي ذكرها النبي الأكرم (ص) ضرباً للقانون تقتضي عموميتها، أترى أن القاعدة تثبت الضمان في موارد صدق الأخذ (الأشياء اليسيرة) ولا تثبت ذلك في مورد صدق الاستيلاء (الأشياء العظيمة) مع أنها وردت لبيان القانون فالنظر العرفي يدلنا على أن عموم الموصول موسّع لدائرة صلته لخصوص الصلة مضيق لدائرة الموصول، فالمراد من الأخذ هو الاستيلاء.

نعم، هنا إشكال عقلي في صدق الاستيلاء بالنسبة إلى المنافع والأعمال وهو أنه كما أن الزمان أمر غير قارّ الوجود بل هو متدرّج الوجود ومتصرّم فيه كذلك الزمانيات كالحركة والتكلم لا يمكن ثبات جزء منها في آن بل يوجد جزء منها فينعدم وهكذا. وبما أن الاستيلاء إضافة بين المستوي والمستوى عليه والمتضايغان متكافئان قوة وفعلاً فلا بدّ من وجود الطرفين حتى يتحقّق الاستيلاء والمفروض أن المنافع لا تتحقّق لها، فالاستيلاء عليها غير معقول. وبهذا التقريب لافرق بين المنافع المستوفاة والفائتة في عدم صدق الاستيلاء عليها فلا يشمل الحديث شيئاً منها.

وقد يجاب عن ذلك بما أجاب به بعض المحققين وهو أنه كما أن في باب الاجارة يتعلّق التمليك بالمنافع مع أنها غير موجودة في ظرف العقد ويقال إن المنفعة المدومة فعلاً الموجودة في ظرفها تفرض موجودة وتقع مورداً للتمليك، فكذا في المقام نقول بإمكان تعلّق الاستيلاء بالمنافع المدومة بفرض وجودها.

وفيه منع أصلاً وفرعاً. أما الأصل، ففرض وجود الشيء لا يصيرّه موجوداً بحيث يكون مورداً لرغبة العقلاء و ماهو مورد لرغبتهم في الاجارة حقيقة المنفعة لا المنفعة المفروضة، وهذا ظاهر. فلا بدّ في باب الاجارة إما أن يقال بإمكان تمليك المنفعة المتأخّرة بالفعل بنظر العقلاء أو يقال بأن الاجارة ليست من تمليك المنفعة في شيء بل هي جعل

المستأجر مقام الموجر في أن توجد المنفعة ملكاً له، وقد مرَّ بيان ذلك و تصوير بيع المنافع أول الكتاب.

وأما الفرع، فلو سلّمنا إمكان تعلق التمليك بالمنفعة المدومة بمجرد فرض وجودها لكن في باب الضمان لا يمكن أن يقال إنَّ موضوعه هو الاستيلاء على المنفعة المدومة المفروضة وجودها وهذا واضح؛ مضافاً إلى أنَّ قياس الاستيلاء على الملكية قياس التكوين بالتشريع وفساده أظهر من أن يبين، فإنه لو سلّم إمكان اعتبار ملكية الأمر المتأخر من جهة اعتبار الوجود فعلاً لا يمكن تصوير تعلق الاستيلاء الذي هو من التكوين بما فرض وجوده ولم يوجد بعد.

فهذا الجواب لا يتم والجواب الصحيح عن الاشكال أن المنافع والأعمال وإن كانت بحسب الوجود متصرمة وغير مستقرة لكنها موجودة لا يمكن سلب الوجود عنها بل هي نحو وجود مستمر خاص والاستيلاء على هذا الوجود الخاص كاستيفائه يكون على نحو ذلك الوجود أي المنفعة الموجودة في كلِّ آن توجد تحت استيلاء المستولي فطرفا الاستيلاء موجودان بالفعل، غاية الأمر أحد طرفيه مستقر الوجود والآخر مستمر الوجود وهذا لا يضر بتحقيق الاستيلاء.

نعم، هنا فرق بين الاستيلاء على الوجود المستمر والاستيلاء على الوجود المستقر في مسألة تعاقب الأيدي على مال الغير وهو أن تعاقب الأيدي على الأعيان ممكن ولذا يحكم بضمنان جميعها ذلك العين.

وأما في المنافع فلا يمكن تصوير تعاقب الأيدي على المنفعة الواحدة فكل يدضمن لما استولى عليها من المنفعة.

و أيضاً في باب الاجارة لوتلفت العين أثناء مدة الاجارة فإنه في فرض فساد الاجارة لم يتحقق الاستيلاء بالنسبة إلى ما بعد التلف من المنافع حتى يحكم بضمنانها. وقد فصل بعض المحققين بين المنافع المستوفاة والفائتة، فحكم بتحقيق الاستيلاء في الأول وعدمه في الثاني، فإن فعلية المنفعة تتوقف على استيفائها وإلا فليست إلا قوة محضة و ليست نسبة المنفعة إلى العين كنسبة القرض إليها بل إنها كنسبة القابل إلى المقبول فالركوب وهو منفعة الدابة لا يكون قائماً بالشخص وإن لم يركب وإنما يكون فعلياً مع استيفاء ذلك. ولكن هذا إنما يتم على تقدير تسليم ما ذكره من أن منفعة الشيء لا تكون فعلية إلا بالاستيفاء، أما لوقلنا بأن المنفعة هي الجامعة بين مورد الاستيفاء والتفويت فلا. وهذا هو الصحيح، فإن منفعة الدابة مثلاً ليس هو الركوب الفعلي وإلا فهو ليس قابلاً للاستيفاء فإنه المستوفى على الفرض بل فكيف يقبل الاستيفاء منفعته ما يقبل الاستيفاء

والتفويت و هي الظرفية الخاصة لظهر الدابة و كذلك في منفعة الدار. والمنفعة بهذا التقريب قابلة للاستيلاء عليها ولو مع عدم الاستيفاء، و لذا لا يوجد فقيه أفتى بعدم ضمان المنافع الفائتة مع أنّ دليل الضمان لا يشملها مع عدم فعليتها إلا بالاستيفاء. و ما ذكرناه من التقريب موافق لنظر العقلاء و لذا يكون المفوت للمنفعة ضامناً بنظرهم أيضاً. و هنا إشكال آخر ذكره بعض المحققين أيضاً و هو أنّ الغاية الواردة في النبوي يدلنا على أنّ موضوع الضمان هو اليد الواقعة على ما هو قابل للتأدية والمنفعة ليست كذلك فإنّ المستوفاة أو الفائتة فيها غير قابلة لها و هو ظاهر. و مجموع ذلك والمنافع الآتية أيضاً كذلك والمنافع الآتية معدومة فعلاً فكيف تقبل الأداء. و لو قلنا بالقابلية فيها و كفايتها في دخول المنافع تحت النبوي لزم الحكم بعدم الضمان لو استوفى مدة منافع الدار و أذى ما بعدها من المنافع إلى مالکها فإنّ أداء المنفعة قد حصل على الفرض. هذا محصل كلامه (قدّه).

والجواب عن ذلك أولاً بالنقض و هو أنّه على مسلكه (قدّه) لا بدّ من الالتزام بأنّ المنافع قابلة للتأدية فإنّ المنافع الآتية المعدومة فعلاً يمكن فرض وجودها فعلاً و بهذا صحح تحقق الاستيلاء على المنافع، فإذا كان فرض وجود المنفعة كافياً في إمكان الاستيلاء فليكن فرضه كافياً لا مكان التأدية. و ثانياً بالحلّ أنّ الغاية المأخوذة في النبوي ليست محدّدة للموضوع بل هي غاية الحكم و رافعة له عند حصوله فقط و المستفاد من النبوي أنّ التسلط على مال الغير موجب للضمان و الرفع له الأداء. و أمّا القابلية للتأدية و عدمها بل نفس التأدية و عدمها غير مأخوذة في موضوع الحكم بوجه.

و بعبارة أخرى أنّ المأخوذ غاية للحكم نفس التأدية لا إمكانها فلو كانت الغاية محدّدة لموضوع الحكم تكون النتيجة أنّ المال الغير المؤدى مضمون على اليد الآخذة له و القابلية و عدمها أجنبيّة عن هذا. و لازم ذلك عدم صلاحية الدليل لاثبات الضمان في شيء من الموارد، فإنّ المستشكل هو بنفسه ذكر في أثناء كلامه أنّه لو أخذ عدم الغاية قيّداً للموضوع فلا بدّ من أخذه بنحو السلب بانتفاء المحمول لا الموضوع فإنّ الظاهر من القضية السالبة ذلك. و على هذا يكون معنى الرواية المال الموجود الغير المؤدى... الخ، فالدليل قاصر عن إثبات حكم الضمان عند تلف المال فإنّ عدم الأداء و إن كان صادقاً فيه أيضاً إلا أنّه من جهة السلب بانتفاء الموضوع لا المحمول. و يعلم من ذلك أنّ الغاية لم تؤخذ محدّدة للموضوع و إلّا لزم ما ذكر، بل موضوع الضمان المستفاد من النبوي هو التسلط على مال الغير عدواناً و رافعه الأداء.

ثمّ ذكر بعض المحققين بعد ذلك: إن قلت: إذا أخذت العين فقد دخلت في العهدة بجميع شؤونها وهي حيثية شخصيتها و حيثية نوعيتها و حيثية ماليتها، فللعين مراتب من العهدة أو

بحسبها مراتب من الأداء و امتناع بعض المراتب لا يوجب سقوط المراتب الممكنة. فكذا ذلك المنفعة فقد دخلت بجميع شؤونها و امتناع أداء تشخصها لكونها تدرجية لا يوجب امتناع أداء سائر المراتب.

قلت: إن شؤون العين متقومة بها فتلك الحصّة من الطبيعي غير الحصّة الأخرى المتقرّرة في فرد آخر مماثل لها ضرورة أنّ الطبيعي من كلّ معنى موجود بوجودات متعدّدة فإذا تلفت فقد تلفت بجميع شؤونها. وعليه فلا بدّ أولاً من شمول الخبر للمأخوذ المعين بأداء نفسه ثمّ ترتيب أحكامه من أداء مثله أو قيمته، والمنافع حيث إنّها غير قابلة للأداء بنفسها فلا يعمّها الخبر.

هذا ملخص كلامه، ولكته خلط بين المسألة العقلية والعقلانية، فإنّ وجود الطبيعي في كلّ فرد وإن كان مغايراً للآخر. ولذا لوتلف الفرد الأوّل لتلف بجميع شؤونه وحيثياته إلا أنّ هذا حكم العقل الدقيق. وأمّا العقلاء فيرون جامعاً اشتراكياً بين أفراد الطبيعة الواحدة و لذا لا يقال إنّ الانسان ينعدم وينوجد، بل يقال إنّه باقٍ من لدن آدم إلى الآن و قد تقدّم الكلام في ذلك عند الكلام في جريان استصحاب الكلّي مفصلاً. فأداء الشيء بنوعيته أو ماليته يعدّ نحو أداء له بنظر العقلاء و إن كان بالنظر الدقيق مغايراً له. و عليه فدعوى شمول الخبر للمنافع فإنّها قابلة للأداء بحيثيتها النوعية أو المالية ممكن. ويمكن تقريب إشكال آخر بالنسبة إلى شمول النبويّ للأعيان و المنافع بأنّ المنافع متصرّمة الوجود ولا يمكن الالتزام بأنّ العهدة مشغولة بمثل ذلك لعدم تقرر له والقول بأنّ الثابت في العهدة هو أمر ثابت متقرّر لا يتمّ فإنّ اليد وقعت على المتصرّم لا الثابت، فما هو تحت اليد لا يمكن اشتغال العهدة به و ماهو ممكن ذلك به لم يقع تحت اليد.

و جوابه أيضاً ظاهر: أولاً هذا مبنيّ على المبني غير الصحيح و هو لزوم نفس العين على العهدة لا ما ذكرناه من معنى الضمان من الأمر التعليقي، و ثانياً لو سلّم ذلك المبني فلا يمكن الالتزام بأنّ الخارج يثبت في الذمة و هذا ظاهر. فصاحب هذا المبني يريد بذلك أنّ الذمة مشغولة بعنوان غير قابل للانطباق في الخارج إلا على فرد واحد ولا يلزم أن يكون العنوان متصرّم الوجود كمعنونه فالذمة مشغولة بالعنوان و هو أمر ثابت والمعنون بهذا العنوان وقع تحت اليد و هو متصرّم الوجود.

ذكر الشيخ (ره) لا ثبات الضمان في المنافع والأعمال: «اللهمّ إلا أن يستدلّ على الضمان فيها بما دلّ على احترام مال المسلم و أنّه لا يحلّ إلا عن طيب نفسه فيه و أنّ حرمة ماله كحرمة دمه».

أمّا الجملة الأخيرة «أنّ حرمة ماله كحرمة دمه» فيحتمل كون المراد من الحرمة

فيها الحرمة التكليفية كما قيل أيضاً بمعنى أن التصرف حرام كما أن إراقة الدم حرام، فعليه لا تدلّ الرواية على الضمان بوجه و هذا ظاهر. ولكن ملاحظة سياق الرواية و سباقها تشهد بأن الحرمة وضعيّة و أنّ مال المسلم محترم كدمه؛ و حيث إنّ ظاهر التشبيه كونه بلحاظ جميع الآثار فتدلّ الرواية على أنّ مال المسلم كدمه في الاحترام و معناه أنه لا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز إراقة. و عند التلف لا بدّ من جبره كما أنّه في الدم أيضاً كذلك، فتدلّ الرواية حينئذٍ على الضمان بل لولم يكن الفتوى بوجوب جبر مال المسلم الذي لا يعلم بتلفه من بيت المال مخالفاً للاجماع لقلنا بذلك فإنّ الدم كذلك، ولكن لا بدّ من تقييد الرواية من جهة الاجماع على عدم وجوب ذلك.

وقد أشكل بعض المحقّقين (ره) على الاستدلال بهذه الرواية بعد أن ذكر أنّ المراد من الحرمة حرمة تكليفية و ذكر مطالب أخرى لا تتعرض بها، أنّ تقييد المال بالمسلم يدلّ على أنّ موضوع الحكم متحيّث بالحيثية التقييدية و القيد هو سلطان المسلم على المال. فتدلّ الرواية على أنّ موضوع الحرمة هو هذا القيد أي السلطنة، فالسلطنة محترمة و لا تدلّ الرواية على احترام نفس المال و إلّا لم يجز التصرف فيه حتّى بالنسبة إلى صاحبه. فعليه ما هو الرواية بصدده بيانه هو احترام السلطنة و لا يدلّ هذا على الضمان و ما هو الدالّ عليه هو احترام المال فإنّه معناه و ليست الرواية ناظرة إليه.

و فيه أنّ ترتّب الحكم على الموضوع المتحيّث بالحيثية التقييدية يدلّ على أنّ الموضوع هو المقيد لا القيد، فالموضوع في الرواية هو المال المقيد بكونه من مسلم لا السلطنة، قال المسلم محترم و معناه ما ذكرناه. و ما ذكره من أنّ لازم احترام نفس المال عدم جواز تصرف صاحبه فيه، غريب أيضاً فإنّ معنى احترام مال كلّ أحد عدم جواز تصرف الغير فيه من دون إذنه، لا عدم جواز تصرف نفسه فيه و هذا ظاهر.

هذا و مع ذلك لا يمكن التمسك بالرواية لا ثبات ما نحن بصدده و هو ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ولو بالتلف السماوي، فإنّ الاستفادة منها حكم الاتلاف لا التلف و لذا ليس لتلف المسلم بنفسه أيضاً حرمة و لا ضمان، فلا تدلّ على الضمان بالنسبة إلى تلف ماله أيضاً؛ بل يمكن التمسك بها على عكس المطلوب. فإنّ أخذ مال القابض عوضاً عن المبيع المقبوض بالعقد الفاسد التالف بنفسه أو المتلف باتلاف غير القابض، منافٍ لحرمة ماله فلا يجوز.

نعم، لو كان متلفاً باتلاف نفس القابض لكان الأخذ منه جائزاً فإنّه مقتضى حكم العقلاء بضمن المتلف إلّا أنّ الكلام في غير الاتلاف كما ذكرنا غير مرة. فعلى هذا، الرواية على خلاف المطلوب و هو عدم ضمان القابض أدلّ، و التوفيق بينها و بين حديث

اليد أنّ الحديث حاكم عليها فإنّه يثبت الضمان والعهدة ويترتب على ذلك جواز الأخذ. و هذا موافق و مؤكّد لاحترام مال المسلم لامنافٍ له، فإنّ للبايع على القابض مال لقاعدة اليد و هو محترم لقاعدة الاحترام فلا بدّ للقابض من أدائه؛ فالحديث في رتبة الموضوع للرواية.

و أما الجملة الأولى وهي «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه» فقد ورد بهذا المضمون في عدّة من الروايات، منها ذيل موثقة الشّمام و صدرها مضمون الجملة السابقة. فلو قلنا بأنّ الصدر قرينة للذيل فيكون المراد من عدم الحليّة الحرمة بالمعنى السابق فتكون النتيجة عين ذلك؛ ولو أغمضنا عن ذلك و قلنا بأنّ الذيل مستأنف و مستقلّ فلا بدّ من أن نقول بأنّ إسناد عدم الحليّة إلى نفس المال و هو الذات لا يمكن إلاّ بالادّعاء كما مرّ مفصلاً. والادّعاء يحتاج إلى مصحّح فلا بدّ إمّا من كون المال ذا أثر ظاهر بحيث يدعى سائر الآثار في حكم العدم أو يقال إنّ عدم الحليّة مترتبة على جميع آثار مال الغير و شؤونه فكأنّه تعلقت بنفس المال. و حيث إنه ليس للمال أثر ظاهر بحيث تكون سائر الآثار في جنبه كالعدم، فالثاني هو المتعيّن و ليس المراد منها عدم جواز التصرف في المال فقط لما ذكرنا بل موردها أيضاً ليس من قبيل التصرف في شيء بل المورد الأمانة و هي استنابة في الحفظ و لذا عبّر في الرواية بعدم حلّ المال و من آثار المال حفظه بخلاف رواية الاحتجاج فإنّه عبّر فيها عن عدم حليّة التصرف في المال؛ ولكن لا يخفى أنّ هذه لا تدلّ على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد بوجه و الضمان أجنبيّ عن مدلولها ولو سلّمنا فهي ناظرة إلى الاتلاف لا التلف، بل يمكن أن يقال فيها ما قلنا في سابقها أيضاً من أنّها على خلاف المطلوب أدلّ.

•

و قد تمسك الشيخ (ره) لاثبات الضمان بقاعدة «لا ضرر». و لسنا فعلاً بصدد تحقيق بيان القاعدة و دلالتها و نبيّن إمكان التمسك بها في المقام لاثبات الضمان و عدمه فنقول: إنّ غايه ما يمكن أن يقال في تقريب القاعدة لاثبات ذلك و جهان:

أحد هما أنّ «لا ضرر» أطلقت على نحو الحقيقة الادّعائية فإنّ الضرر في موارد ما موجود تكويناً. و المصحّح للادّعاء إنّما هو لزوم تدارك الضرر، فالضرر المتدارك كأنّه لا ضرر، و لذا ادّعى أنّه كذلك فلا ضرر ورد لبيان لزوم التدارك و هذا معنى الضمان.

ثانيهما أنّ «لا ضرر» يعني كلّ ما يكون ضرريّاً في الشريعة المقدّسة، منها الأحكام و منها إضرار الناس بعضهم ببعض و منها عدم اشتغال ذمّة الضارّ بما أضربّه فإنّه ضرريّ على الآخر فيلزم تداركه و هذا معنى الضمان.

و على أيّ تقدير تحت هذه التقريبات لولا القاعدة لعكس المطلوب أدلّ، فإنّ أخذ

مال القابض المفروض عدم كون التلف مستنداً إليه لامباشرة ولا تسبباً لتدارك المال التالف ضرر عليه ولا ضرر، فالقاعده تثبت عدم ضمان التلف. والتوفيق بينها وحديث اليد إما بتخصيصها بالحديث أو أن يقال بأن رتبة المجعول في الحديث غير ضروري فإن العهدة المحضة لا ضرر فيها أبداً. والمرتبة المتأخرة عنها وهي مرتبة وجوب الأداء وإن كانت مرتبة شمول القاعدة إلا أنه بعد ثبوت العهدة بالحديث يكون الأداء من قبيل أداء مال الغير وهذا أجنبي عن مفاد القاعدة. وهذا نظير ما يقال في الزكاة من أن رتبة جعل الشارع تشريك الفقراء في المال مع صاحبه مقدمة على رتبة شمول «لا ضرر» و بعد ثبوت جعل التشريك لعدم مزاحمة القاعدة له في هذه المرتبة يكون وجوب الأداء من قبيل وجوب أداء مال الغير فتصبح القاعدة سالبة بانتفاء الموضوع. وكيف كان فتجشم هذه الوجوه لدفع التدافع بين الحديث والقاعدة إنما هو على مذاق القوم في مفاد القاعدة وإلا فالأمر عندنا سهل والتحقيق في مفادها موكول إلى محله.

ثم ذكر الشيخ (ره): «لا فرق في ما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض».

وما يمكن أن يقال في تقريب الفرق بين مورد الجهل والعلم أمران: أحدهما أن العالم منها قد سلط الآخر على ماله مع علمه بفساد المعاملة وهذا كاشف عن رضاه بتصرف الآخر في المال ولو بالتلاف وإن لم يحصل له ملك العوض، وهذا معنى التسليط المجان وهو خارج عن عموم حديث اليد. ثانيها أن العالم منها قد غر الجاهل بكون الملك له فليس له الرجوع إليه مع إتلافه المال فضلاً عن تلفه وللجاهل الرجوع إلى العالم بملكه بفرض فساد المعاملة وعدم الغرور. ولكن لا يمكن رفع اليد من عموم الحديث بشيء من هذين الأمرين.

أما الأول فلولم يكن الطرفان من المعتنين بالشرع فليس الحاصل منها إلا الرضا المعاملي فإن المفروض عدم صدور شيء منها إلا هذه المعاملة الفاسدة والرضا بالتسليط مجاناً أجنبي عن ذلك. ولو كانا منهم فحصول ذلك غير بعيد لكنه خلاف المفروض فإن الفرض في المقبوض بالعقد الفاسد وإنه هل هذا القبض والاقباض بما هو كذلك مؤثر في رفع الضمان والخروج عن قاعدة اليد أم لا. ذكر بعض المحققين في المقام بعد حكمه بالضمان ولو مع علمها أو أحدهما فرقاً بين مانحن فيه والمعاطاة المقصود بها الملكية الحاصلة منها الإباحة. وحاصل الفرق أنه في البيع الفاسد التسليم مبني على العقد والرضا به و مترتب عليه كترتب المعلول على علته؛ و حيث إن الرضا بالعقد ليس إلا الرضا المعاملي فالتسليم أيضاً يكون مبتنياً على ذلك ولم يحصل الرضا بالتسليم

مطلقاً، بل الحاصل هو التسليم المبني على الرضا بالتملك بخلاف المعاطاة فإن الأمر فيها بالعكس فإن المقصود وإن كان هو التملك إلا أنه مترتب على التسليم والرضا به والتسليم المبني على الرضا به (التسليم) يحصل الملك. وحينئذٍ لا معنى لتقييد الرضا بالملك فإنه من قبيل تقييد العلة بمعلولها وهو غير ممكن.

وفيه أن أصل هذه المسألة العقلية وهو عدم إمكان تقييد العلة بمعلولها وإن كان صحيحاً إلا أنه كما لا يمكن التقييد لا يمكن الاطلاق أيضاً والمؤثر إنما هو عنوان غير قابل للانطباق إلا على ما يصدر منه المعلول وتمام الكلام في محله. وأما ما ذكره في المعاطاة فلا يصح، فإن المسألة العقلية لا يقاس بالعقلية بل لا بد من ملاحظة العقلاء فيها ومن المعلوم في المعاملات العقلية معاطاة أن التسليم المترتب عليه الملك ليس هو التسليم المرضي به مطلقاً فإن المتعاقدين ينشأن به الملكية فلم يحصل منها إلا الرضا بالملك وأين هذا من الرضا بالتسليم المطلق.

وذكر أيضاً فرقا بين بيع الغصب والمقام وهو أن المعاوضة الحقيقية في الغاصب غير متصور إلا بتملك عنوان المالك وادعاء أن الغاصب هو المالك وحينئذٍ حيث إن الاقباض أمر خارجي لا يعقل قيامه بالعنوان، والمفروض أن المالك الحقيقي غير قابض بل المشتري العالم فرضاً قد قبض الغاصب ماله وهذا الاقباض الصادر عن الرضا ينافي التضمن. وحاصل ما ذكره أن المشتري ملك ماله بالعنوان لا مكان تملك العنوان ولا بدئته في المقام وسلط الغاصب بذاته على المال مع علمه بأنه غاصب الكاشف عن رضاه بهذا التسليط أي تسليط ماله وهذا ينافي تضمين الغاصب مع عدم إجازة المالك للعقد بخلاف ما نحن فيه، فإن البائع العالم بالفساد قد ملك ماله إلى المالك وسلط المالك على المال وهذا التسليط ليس إلا تسليط المالك فلا يكشف إلا عن الرضا بتسليط المالك والمفروض فساد البيع فلا ينافي التضمن، ولكن الأمر في الغاصب ليس كما ذكره. ولا فرق بين المقام وبيع الغصب فإن المشتري العالم بالغصب (مع عدم اعتناؤه بالشرع كما لا يملك المالك وتسليطه أيضاً مبتنية على هذا التملك فكيف يكشف عن رضاه بالتسليط مطلقاً.

والتحقيق أن دعوى الملكية في الغاصب ليس كما ذكرنا في الادعاء في المجازات بأن اللفظ قد استعمل في معناه والادعاء إنما هو في كون المعنى المراد عين معنى اللفظ أو فرده، بل هذا نظير الادعاء في المجاز على مذهب السكاكي وهو أن اللفظ لم يستعمل إلا في المعنى المراد، غاية الأمر ادعى أنه معناه أو فرد معناه. وبعبارة أخرى التملك واقع بالشخص وهو الغاصب غاية الأمر بدعوى أنه المالك لا أن التملك وقع بالعنوان وادعى أن الغاصب معنون به. فعلى ذلك التملك والتسليط واقعان لشخص واحد وهو الغاصب ولم

يحصل في البين إلا الرضا المعاملي لا الرضا بالتسليط مطلقاً.

و أما الثاني فلا بد من التفصيل فيه فإنه قد يكون الجاهل بحيث لا يعتني بصحة المعاملة وفسادها أي لو علم بالفساد أيضاً لكان مقدماً على هذه المعاملة فلا يصدق عليه أنه مغرور بخلاف مالو كان معتنياً بذلك بحيث لولم تصح المعاملة لا يقبض ماله ولا يقبض مال الآخر فيصدق عليه أنه مغرور مع علم الآخر بالفساد.

قوله (قدّه) «الثاني: وجوب رده إلى المالك». والاستدلال على ذلك إما بقوله (ع) «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بأذنه» بتقريب أن إمساك مال الغير نحو تصرف فيه بلا إذن فلا يجوز وإذا كان الامسك حراماً يجب الرد فوراً. وقوله (قدّه) في ذيل الرواية السابقة «لا يحل مال امرء مسلم لأخيه إلا بطيب نفسه» بتقريب أن إسناد الحل إلى المال يدل على حرمة جميع التقلب فيه لما مرّ مراراً في بيان الحقائق الادعائية. ومنها الامسك فيجب الرد لا من جهة أن فعل الرد مقدّم لترك الامسك وإذا كان الامسك حراماً يكون تركه واجباً وتجب مقدّمته كي يشكل على الشيخ (ره) بما أشكله المرحوم الآخوند (ره) وكذا تلميذه المحقق (ره) من أنه قد بين في الأصول عدم سرايه الحكم من متعلّقه إلى آخر أو أن الامسك والرد من الضدين الذين لها ثالث وهو التخلية وسائر ما ذكره المحقق الاصفهاني (ره) في تحقيق ذلك على إشكالات فيها، بل من جهة أن العقلاء يفهمون من حرمة الامسك وجوب الرد وهذا حكم عقلائي لا عقلي ولذا طبق حتى هذه العبارة على وجوب ردّ الأمانات.

ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا بين مورد جهل الدافع بالفساد وعلمه فإن وجوب الرد من جهة حرمة الامسك بلا إذن من المالك ولا فرق بين الموردين من هذه الجهة. نعم ذكر السيد (ره) أنه في مورد العلم بالفساد يكون الرضا بالتسليط موجوداً؛ ولكن قد مرّ عدم إمكان المساعدة لذلك فإن مبادئي المعاملة غير مبادئي التسليط ولا يعقل أن تكون مبادئي المعاملة مبادئي غيرها والمفروض عدم حصول غير هذه المعاملة ولو من العالم بالفساد فإنه أيضاً يعامل معاملة عقلائية. ومن حصول الرضا بالتسليط مطلقاً يخرج المقام عن مفروض النزاع، بل لا يعقل الاذن في التصرف في المقام فإن المفروض أنها ينشأن المعاملة فكلّ منها يملكه الآخر على المال، فالاذن في التصرف بعد التملك ليس إلا الاذن في تصرف المالك في ملكه ولا يحصل الجدة بالنسبة إلى هذا الاذن وفرض الاذن فيه قبل التملك خروج عن المتنازع فيه.

ثم إنه ليس موضوع وجوب ضمان القابض كما توهمه المرحوم النائيني (ره)، بل الموضوع عدم تحقق الاذن من المالك في الامسك فلا فرق بين العقود التي فيها ضمان و

غيرها. نعم، لو بنينا على أن العقود المعبر عنها بالعقود الاذنية كالوكالة والعارية مشتملة على الاذن أو لازمها البيّن الاذن و ملزوم هذا اللازم العقد العقلاني وإن كان فاسداً شرعاً، فهذه العقود بعناوينها وإن كانت فاسدة إلا أن المفروض حصول الاذن بانشائها ولا دليل على عدم اعتبار هذا الاذن الحاصل بها فلا يجب الرد حينئذ. لكن لو قلنا بأن عقد الوكالة مثلاً عنوان اعتباري يتبعه جواز التصرف يكون الحال كالبيع، لكن الظاهر الأول ولا يقاس ذلك بالبيع ونحوه فإن تحقق الاذن زائداً على مفهوم المعاملة غير معقول فيها بخلاف المقام فإن العقد مشتمل عليه وإن كان منطبقاً عليه عنوان فاسد شرعاً.

ثم إنه هل تكون مؤونة الرد على الدافع أو القابض؟ فيه أقوال اختار المرحوم النائيني التفصيل بين ما إذا كان الدفع بطبعه مستلزماً للمؤونة وما إذا لم يكن كذلك بكون المؤونة على القابض في الأول وعلى المالك في الثاني. والفرق بينها أن حديث نفي الضرر لا يشمل ما كان مستلزماً للضرر في طبعه كالزكاة والجهاد والأول من هذا القبيل دون الثاني. ولكن لا وجه للالتزام بكون المؤونة على الدافع بوجه، فإما أن يكون على القابض أو يسقط الرد فإن الرد بماهيته ليس في طبعه الضرر بل الضرر لو كان فإنما هو في بعض مصاديقه وهذا لا يوجب عدم شمول دليل الضرر بالنسبة إليه فإن وجه عدم شموله لموارد الزكاة والجهاد ونظيرهما إنما هو لزوم لغوية الجعل فيها فإن في طبعها الضرر ولا يلزم ذلك في ما إذا كان في طبع بعض مصاديقها الضرر نظير الوضوء الشرعي.

و إذا بنينا على تحكيم الحديث على أدلة الأحكام كما عليه القوم يسقط هذا المصدق من الرد و ليس على الدافع شيء. ولو بنينا على عدم التحكيم كما اخترناه فالنتيجة لزوم الرد و كون المؤونة على القابض مضافاً إلى أنه يمكن القول بأن الرد غير مستلزم للضرر بنفسه حتى في مصاديقه بل الضرر مترتب على المقدمات. و حينئذ لو بنينا على الوجوب الشرعي فيها ينفي بحديث الضرر بناء على التحكيم والنتيجة سقوط وجوب الرد لعدم وجوب مقدمته شرعاً. ولو بنينا على الوجوب العقلي تكون النتيجة مبتنية على شمول الحديث للأحكام التي يكون في امتثالها ضرر لافي نفسها بل في مقدمات امتثالها فعلى الشمول يسقط الرد أيضاً وعلى عدم الشمول لابد من الرد وتكون المؤونة على القابض. ونظير ذلك في دليل الحرج بل يمكن استظهار رفع الحكم عند الحرج في المقدمات من رواية عبد الأعلى فليتدبر. فما اختاره (ره) ممنوع من وجوه كما ظهر.

ثم إنه هل يلزم الرد في بلد القبض أولاً؟ فيه أقوال. فصل المرحوم النائيني تفصيلاً لا يمكن المساعدة عليه. والصحيح أنه لابد من الرد إلى مالك المال كما يظهر من مبنى المسألة وهو الحديثان المتقدمان فع عدم الضرر واضح وإلا يسقط وجوب الرد من رأس لو

قلنا بالتحكيم.

نعم، يمكن في المقام تفصيل وهو أنه لو كان القابض جاهلاً بالفساد ولو كان عالماً به لم يقدم بالأخذ والاعطاء والدافع عالم بذلك ومع ذلك دفع إليه المال فهذا نحو غرور من الدافع بالنسبة إلى القابض. وحينئذ يمكن القول بعدم وجوب الرد فضلاً عن كون المؤونة على القابض أولزوم الانتقال إلى بلد القبض أو غيره؛ ولو كان الأمر بعكس ذلك فيكون القابض كالغاصب يؤخذ بأشق الأحوال وحديث الضرر والخرج منصرف عنه لا بد له من رد المال إلى مالكة بلغ ما بلغ. ولو كانا عالمين أو جاهلين يسقط الرد عند لزوم الضرر بناء على التحكيم وإلا فلا بد من رد المال إلى مالكة.

قوله (قدّه) «الثالث: إنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاه المشتري قبل الرد...» الخ.

تقدم الكلام في ذلك وقلنا: مقتضى حديث اليد الضمان في المستوفاة والفائتة ومقتضى دليل عدم حلية مال أحد إلا عن طيب نفسه ومادّة على احترام مال المسلم وأن حرمة ماله كحرمة دمه الضمان في المستوفاة فإنها على مامرّ ناظرة إلى موارد الاتلاف لا التلف. نعم، لو كان الفوات مستنداً إلى القابض بنحو من التسبب ولو لم يكن مستوفياً لها تشمله هذه الأدلة أيضاً. هذا ويمكن الاستدلال على الضمان في الكلّ بقاعدة الاتلاف المستفادة من بناء العقلاء والروايات الواردة في الأبواب المختلفة. وقد ذكرنا سابقاً أيضاً أنّ حكم الضمان في مورد التلف ليس عقلاً بل بخلاف مورد الاتلاف فإنه عقلاً. وقد تقدم التفصيل بين المستوفاة والفائتة من بعض المحققين والجواب عنه فلا يفيد.

ثم إن هنا توهماً وهو أنّ ما دلّ على أنّ الخراج بالضمان يدلنا على عدم الضمان في المنافع لكن على ما ذكره الشيخ (ره) أنّ دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الرهن فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه. وما ذكره المرحوم النائيني من أنّ الظاهر من الضمان من جهة ظهور الباء في المقابلة والاحتياج إلى الطرفين الضمان الجعلي أي المعاملي، فتدلّ العبارة على أنّ في المعاملة الصحيحة التي أقدم فيها على الضمان يكون الخراج للضامن فلا تدلّ على ما نحن بصدهه فإنّ المفروض أنّ المعاملة فاسدة. فلا نعقل له وجهاً محصلاً فإنّ الباء لا تكون ظاهرة في ما ذكره، فإنها إما سببية أو المقابلة و شيء منها لا يدلّ على أنّ الضمان هو الضمان المعاملي فإنّ الباء تدلّ على أنّ سبب الخراج الضمان أو الخراج في مقابل الضمان، وأمّا الضمان هل هو حقيقي أو معاملي أو شيء آخر فليست الباء ناظرة إليه. فلعلّ المراد منها ما قال أبو حنيفة فيها وهو أنّ ما كان الشخص ضامناً له حقيقة منافعه له فإنّ الخراج بالضمان، بل الضمان بالبدل الجعلي من

الأغلاط على مامرّ، بل فيه ليست إلا معاملة وجعل شيء في مقابل شيء وهذا ليس من معنى الضمان في شيء. نعم، ملاحظة صدر هذه العبارة الذي يكون موردها تشهد بأنّ الضمان لم يستعمل في معناه الأصليّ و عدل عنه إلى معنى آخر، فإنّ موردها المعاملة الصحيحة و قضية لزوم الانطباق عدم صلاحيتها للاستدلال بها في المقام فإنّه لاجامع بين الضمان في المعاملة المفروضة صحّتها والضمان في المقام. وأيضاً بمناسبة المورد وهو العبد يعلم أنّ المراد من الخراج هو ما يضرب على العبد كما يأخذ السلطان بعنوان الخراج من الأراضي وغيرها و أين هذا المعنى من منافع الشيء فلا دلالة لهذه العبارة بملاحظة الصدر بل من دون ملاحظته أيضاً على عدم ضمان المنافع.

قوله (قدّه): «الرابع في المثليّ والقيميّ».

و قد استدلت على أنّ ضمان المثليّ بالمثّل والقيميّ بالقيمة بالآية الكريمة «فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ». ولا دلالة لها على ذلك فإنّ ملاحظة سباقها تدلنا على أنّها واردة مورد الحرب ونظيره، ولا يعتبر المماثلة في الاعتداء في هذه الموارد قطعاً فليس المراد منه المثل في الآية الكريمة ما نحن بصدده. و مقتضى لزوم الانطباق على مورده عدم إمكان الاستدلال بها في المقام فإنّ المثل في المقام غير المثل في الآية.

و قد استدلت على ذلك بحديث اليد بدعوى أنّ الاستيلاء على العين يقتضي الاستيلاء عليها بجميع حيثياتها و منها ماهيتها النوعية (القابلة للانطباق على مثلها) و ماليتها و لا بدّ من أدائها بجميع هذه حيثيات و إذا تعذّر بعضها تصل النوبة إلى الآخر و هذا هو المطلوب، فإداء المثل و القيمة هو أداء العين لكن لا بجميع مراتبها بل ببعضها. والحاصل أنّ بالاستيلاء يتعلّق العهدة بالعين بجميع شؤونها و حيثياتها و لا بدّ من أدائها بجميع ذلك و بالتعذّر يكتفى بالميسور حال الأداء. ولا نريد من جميع حيثيات جنسها و فصلها و جميع العناوين القابلة للانطباق عليها حتّى يقال لو تعذّر الحيوان لا بدّ من ردّ الجسم النامي أو الجسم المطلق و هكذا، بل نريد منها حيثيات المتبعة عند العقلاء في أبواب الضمانات و ليست إلاّ ماهية النوعية بالمعنى المتقدّم والمالية، والمراد من المالية هي النقد المتعارف لا مطلق المالية و لعلّ وجهه ظاهر.

و قد مرّ بعض الاشكالات على ذلك. والتحقيق أنّ معنى ضمان الشيء ليس اعتباره في العهدة عند العقلاء فإنّ هذا المعنى أمر دقّي عقلي لا يلتفت إليه العقلاء، بل معنى الضمان عند العقلاء ليس إلاّ عهدة خسارة الشيء فع وجوده عهدة الضامن مشغولة بخسارته لو تلف و مع تلفه عهدته مشغولة بخسارة التالف. و أمّا انسلاخ العين الخارجيّة عن الوجود و اعتبارها في العهدة كما ذكره السيّد (ره) فلا يساعده النظر العرفي. و كلّ

دليل أسند فيه الضمان إلى الذات المراد منه ما ذكرنا فلايتوهم أنّ ظاهر إسناد الضمان إلى نفس الشيء اعتباره في العهدة بنفسه فإنّ هذا الاسناد يلائم المعنى المذكور أيضاً الموافق لنظر العقلاء؛ ومن ذلك حديث اليد فإنّ معنى «على اليد ما أخذت» ليس إلاّ أنّ الشخص ضامن لما أخذت ومعناه أنّ عهده مشغولة بخسارته. وإن كنت في شك من ذلك فلاحظ المثال: لوقيل «ألقى متاعك هنا وعلّيّ ضمانه»، فهل ترى أنّ هذا هو اعتبار العين في العهدة بنظر العقلاء أو معناه أنّه لوتلف المتاع يجبره الضامن ويؤدّي خسارته.

ثمّ لو شككنا في أنّ الشيء مثليّ أو قيميّ، فعلى القول بأنّ العين معتبر في العهدة و في المثليّ يسقط ذلك بأداء المثل و في القيميّ بالقيمة فالشك يرجع إلى سقوط العهدة بأداء أحدهما. وحينئذٍ لوقلنا بأنّه في القيميّ يحصل الأداء بأداء مطلق المائيّة لا النقد المتعارف فيمكن حصول العلم بسقوط العهدة بأداء المثل لو كان مساوياً للقيمة أو أزيد أو تميمه بزيادة القيمة عليه لو كان أنقص ولا بدّ منه لقاعدة الاشتغال. ولو بنينا على عدم كفاية أداء مطلق المائيّة في القيميّ و لزوم أداء النقد المتعارف فلوتراضيا بشيء من المثل والقيمة و إلاّ فلا بدّ للضامن من الجزم بخروجه عن العهدة. و هل اللازم في ذلك بتملك كليها أو يحصل الجزم ولو بتسليمها وتسليط المالك عليهما لاختيار أيّهما شاء؟ الظاهر الثاني.

و على الأوّل هل يمكن رفعه بقاعدة الضرر ولو على مبنى القوم من حكومتها على أدلّة الاحكام؟ ذكر السيد (ره) أنّ مامرّ سابقاً في المقدمات الوجوديّة جارٍ في المقدمات العلميّة ومنها المقام فلا تشمل القاعدة. و ما ذكره (ره) سابقاً على ما عرفت عدم جريان القاعدة في ما إذا كان الرّد بطبعه مستلزماً للمؤونه والضرر. و ذكرنا ما فيه ولايجري ذلك في المقدمات العلميّة فإنّ ردّ المثل أو القيمة إلى المالك لا يكون في طبعه الضرر بل لا ضرر فيه والضرر من الجمع بينهما الناشئ لزومه من حكم العقل في مورد الجهل فالشأن في شمول القاعدة لما إذا كان تحصيل العلم بالامثال مستلزماً للضرر (الضرر في المقدمات العلميّة لا الوجوديّة). فإنّ امثال نفس الحكم لا يكون ضرريّاً ولا في مقدماته ضرر والضرر ناشئ من جهل المكلف في مرحلة الامثال كما ذكرنا فلا تشمل القاعدة فإنّه يرفع حسب نظر القوم الحكم الشرعيّ المستلزم للضرر في امثاله بنفسه أو بمقدماته.

و على الثاني لوقبل المالك و اختار أحدهما فهذا تراضٍ بينهما ولا كلام فيه. و لوقبل ولكن لا يختار أحدهما و يريد حقّه فالمرجع القرعة فإنّ المقام مقام المتنازع في الأموال و هذا مصبّ دليل القرعة فإنّ أحد المالكين والآخر للدافع (والمتكفّل للاقتراع الحاكم). ولو لم يقبل أصلاً أو لم يسلم الآخر بل كلّ يريد حقّه فيرفع النزاع إلى الحاكم والحاكم إمّا يجبرهما على التصالح أو يختار وهذا هو الخيار في مقام القضاء (لا الفتوى كما يظهر من كلام

الشيخ وأشكل عليه بعض المحشّين) بأن يختار دفع المثل إلى المالك أو القيمة فيجبر الآخر إلى ما اختاره الحاكم.

ولو قلنا بأنّ ضمان الشيء هو اعتبار مفهوم البدل أو العوض في العهدة، فالكلام فيه ما قر.

ولو قلنا بأنّ مقتضاه اعتبار المثل في العهدة مطلقاً أو تبديل العين بالمثل بالتلف مطلقاً فالأمر فيه قد ظهر؛ وهكذا لو قلنا بأنّ مقتضى الضمان اعتبار القيمة السوقية في العهدة مطلقاً، فإنّ الشكّ حينئذٍ في مرحلة السقوط لا الثبوت. فما ذكره المحقّق الاصفهانيّ (قدّه) في القول بأنّ الضمان بالمثل والأداء في القيمات بالقيمة إرفاق من الشارع من أنّ هذا راجع إلى الدوران بين التعيين والتخيير فإنّ الاشتغال بمطلق المالية معلوم والشكّ في خصوصية المثل، خلط بين مرحلة الثبوت لانقوله بها في مرحلة السقوط والأداء بل المرجع هو الاشتغال، ولو قلنا بأنّ الضمان هو اشتغال الذمة بمطلق مالية الشيء بلا فرق بين المثليّ والقيميّ فالأقوى التخيير للضامن والاحتياط أداء المثل كما لا يخفى.

ولو قلنا بأنّ مقتضاه تبديل الشيء بالمثل في المثليّ والقيمة بالقيميّ في التلف فهنا يرجع الشكّ إلى أنّه هل اشتغلت الذمة بالمثل أو القيمة؟ فلو قلنا بأنّ القيمة مالية الشيء بحسب النقد المتعارف فالعلم الاجماليّ يقتضي تحصيل البراءة اليقينية وقد تقدّم بحثه.

ولو قلنا بأنّ القيمة نفس مالية الشيء مطلقاً فع اتفاق قيمة المثل وقيمة الشيء الأمر واضح ومع الاختلاف يرجع إلى البراءة عن الزائد. ذكر المرحوم النائينيّ (ره) أنّ القاعدة على هذا القول وهو المشهور وإن اقتضت الاحتياط إلّا أنّ الاجماع على عدم وجوبه في المقام يدلّ على تخيير الضامن في الأداء وأنت خبير بأنّ ماهو مظنة الاجماع ليس عدم وجوب الاحتياط، بل إنّما هو عدم خروج المثل والقيمة معاً من كيس الضامن فيمكن تحصيل الموافقة القطعية بتسليمها إلى المالك حتّى يختار أحدهما ومع عدم الاختيار يرفع أمره إلى الحاكم. يجيء فيه ما تقدّم وهذا أمر آخر بعد حصول الموافقة القطعية ولا تصل النوبة إلى الاحتمالين. ولو شككنا في معنى الضمان ولم ندر من جهة إجمال الدليل مثلاً أنّه هل هو اعتبار العين في العهدة أو غيرها ممّا سبق، فالمرجع هو الاحتياط فإنّ عهدة العين والمثل والقيمة أمور متباينة فلا بدّ من ردّ المثل والقيمة معاً بعد تلف العين إلى المالك حتّى تحصل البراءة اليقينية والعلم الاجماليّ بعد ذلك قد ظهر بحثه فيما تقدّم^١.

١- بل المرجع هو البراءة عن غير القيمة السارية أي مطلق المالية فإنّها سارية في العين والمثل والقيمة

قوله (قدّه): الخامس: ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردّد.

ولنتقدّم مقدّمة قبل بيان صور المسألة وحكمها وهي أنه لو تعارض دليل الضرر والخرج في مورد فهل يتقدّم الأوّل على الثاني أو بالعكس أو يسقطان بالتعارض؟ يمكن تقريب الأوّل بأنّ لسان دليل الضرر حقيقة ادّعائية ولا بدّ لها من المصحح للادّعاء ولا يمكن إلاّ بعدم وجود الضرر في محيط الشرع أبداً، فلو قدّمنا دليل الخرج عليه معناه وجود هذا الضرر في الشرع وهذا لا يجتمع مع الادّعاء فلا بدّ من تقديم دليل الضرر على الخرج حتّى يصحّ الادّعاء المذكور. ويمكن تقريب الثاني بأنّ دليل الخرج ناظر إلى عدم جعل الخرج و دليل الضرر غير ناظر إلى ذلك بل يحمل الشايح يجعل عدم الضرر في الشرع فهو ناظر إلى المجهول والمرتبة المتأخّرة عن الجعل فلا بدّ من تقديم الأوّل عليه كما هو الشأن في تقديم دليل الخرج على أدلّة الأحكام. والحاصل أنّ الدليل المتكفّل لبيان المرتبة المتقدّمة على الجعل كالارادة في «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ» ونفس الجعل ك «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» والمرتبة المتأخّرة عنه كحديث «لا تعاد» مقدّم على دليل بيان الحكم وحاكم عليه لأنّ العقلاء لا يرون المعارضة بينهما بخلاف ما إذا كان كلاهما متكفلاً لبيان الحكم ك «أكرم كلّ عالم ولا تكرم الفساق— من العلماء أو مطلقاً».

ولكنّ العقلاء لا يرون تقدّم دليل الخرج على الضرر في المقام و يرون الفرق بين المقام وسائر أدلّة الأحكام في حكومة دليل الخرج عليه و لعلّ السرّ في ذلك الادّعاء المذكور أو أنّ دليل الضرر أيضاً ناظر إلى الجعل وكيف كان لا يمكن الحكم بتقديم أحدهما على الآخر.

هذا على مبنى القوم من تحكيم دليل الضرر على أدلّة الأحكام و أمّا على مسلكنا يؤخذ بدليل الخرج بلا معارض. و توهم أنّ دليل الخرج امتنانيّ فلا يشمل مورد عدم الامتنان على الغير، مندفع بأنّ الامتنان في الأدلّة الامتنانيّة إنّها هو الامتنان على الأئمة لاعلى الشخص فلا بدّ من لحاظ الامتنان في القانون لا الأشخاص والأفراد. والخلط بين الأمرين أوجب اشتباهات كثيرة في كلماتهم ولذا بنينا على أنّ تحمّل الخرج والياتيان بالمأمور به لا يسقط الأمر والقول بأنّ الجعل امتنانيّ وإنّي لا أريد الامتنان مخالف للارادة التشريعيّة من الله تعالى «يُرِيدُ بِكُمْ الْيُسْرَ» فكيف يمكن خلافه. فعنى حكومة دليل الخرج رفع الحكم الناشئ من جعله الخرج وفي هذا الرفع امتنان على الأئمة والامتنان عليهم اقتضى هذا الجعل والقانون لا الامتنان الشخصي في مورد خاصّ حتّى يقال الدليل

السوقية في دور الأمر بين الاطلاق والتقييد والمرجع البراءة عن التقييد. ق

الامتنانّي لا يشمل مورد خلاف الامتنان على الغير أو الامتنان يقتضي المعذورية لاعدم
المشروعية.

وأما صور المسألة وحكمها، فبناء على أنّ ازدياد قيمة المثل عن ثمن المثل من جهة
ارتفاع القيمة السوقية سواء حصلت لكثرة الرغبات أو قلّة الوجود فلا بدّ للقابض من شراء
المثل فإنّه مقتضى ضمانه العين، وأما حديث الضرر فغير منطبق على المقام ولو على مبنى
القوم فإنّ شراء الشيء بثمن مثله ليس ضرورياً. وربما يقال: إنّ حديث الضرر يشمل
الجانبيين فتقع المعارضة بين مفاده في المقام، وأنت خير بأنّ إعطاء القابض المثل للمالك
لا يكون ضرراً عليه ولو نقصت قيمته بمراحل بل هو من قبيل عدم النفع فيمكن أن يصبر
المالك حتّى يساوى قيمة المثل مع قيمته يوم تلف العين بلا ضرر عليه. نعم لو كان الصبر
حرجاً على المالك يحكم بلزوم الشراء كما أنّه لو كان الشراء حرجاً على القابض يحكم بلزوم
الصبر ومع لزوم الحرج في الجانبين يحكم بالتساقط ولزوم الشراء لاقتضاء الضمان ذلك.

وأما بناء على أن يكون ذلك من جهة تعذّر المثل وعدم وجدانه إلّا عند من يعطيه
بأزيد من ثمن المثل فمقتضى القاعدة لزوم الشراء لإطلاقات أدلّة الضمان وحديث
نفي الضرر أجنبيّ عن ذلك على مسلكتنا. وأما على مسلكت القوم من تحكيمه على الأدلّة فقد
أفتى الشيخ (ره) بلزوم الشراء مع فرضه لزوم الضرر على الضامن. ولعلّ الوجه في ما ذكره
أن يقال بعدم شمول الحديث لمورد كان الضرر في مقدمات الفعل لا في نفسه، فإنّ
جعل الحكم بنفسه ليس ضرراً في أي مورد بل الضرر إنّما هو في الاتيان بالمتعلّق لو كان.
فمعنى الحديث عدم جعل الحكم الذي يكون في الاتيان بمتعلّقه ضرراً، وهنا إطلاقات الحكم
هي إطلاقات الضمان المقتضي للزوم دفع المثل والدفع وإن كان ضرورياً إلّا أنّ الضرر في
طبعه لما مرّ من أنّ الضمان وعهدة الخسارة بنفسه ضرر ولا يمكن شمول دليل نفي الضرر
لمثله. والشراء أيضاً وإن كان ضرراً إلّا أنّ الشراء مقدّمة للاتيان بالمتعلّق لا متعلّق الحكم
بنفسه. هذا.

ولكن بناء على تحكيم دليل الضرر على أدلّة الأحكام كما ذكرنا، تكون
النتيجة عدم جعل الحكم الناشئ منه الضرر ولو في المقدمات نظير دليل الحرج، ألا ترى
أنّ مورد رواية عبدالأعلى مشتمل على الحرج في المقدمات وهي حلّ المرارة وإلّا فنفس
المسح على البشرة لا ضرر فيه. ومع ذلك يقول الامام (ع): هذا وأشباهه يعرف من كتاب
الله «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الَّذِينَ مِنْ حَرَجٍ» وهذا أقوى دليل على أنّ مبنى عدم جعل
الحكم الحرجي ما يشمل الحرج في المقدمات بل لا بدّ من أن يفهم السائل ذلك
من الكتاب، ففي المقام أيضاً الأمر كذلك أي معنى عدم جعل الحكم الضرري ما يشمل

الضرر في المقدمات و أما المقدمات العلمية فقد تقدم الكلام فيها.
 و لعل الوجه في ما ذكره ما مر من أنّ الدليل الامتنائي لا يشمل مورد عدم
 الامتتان بالنسبة إلى الغير و قد عرفت ما فيه و أنّ الامتتان في جعل القانون لا يلازم
 الامتتان بالنسبة إلى الأشخاص والأفراد المنطبق عليها القانون. أضف إلى ذلك أنه لا دليل
 على أن يكون الامتتان في الدليل الامتنائي علة للحكم بل لعله علة للجعل و نكتة
 للتشريع، فإذا نفس تعلق النبي بطبيعة الضرر يدل على أنّ مطلق الضرر منتفٍ ولا بد في
 رفع اليد عنه من حجة محرزة ولاحجة في المقام. و بعبارة أخرى أنه لو أحرزنا على الامتتان
 للحكم بحيث يدور مداره نرفع اليد عن «الاضرر» في مورد عدم الامتتان و أمامع الشك
 فلا بد من الأخذ بما يفهم العرف من الدليل والعرف بملاحظة هذه العبارة يساعد الاطلاق و
 إنّ طبيعة الضرر منتفية و مرجع الشك إلى الشك في الانصراف والمرجع فيه الاطلاق بنظر
 العرف.^١

ولو سلمنا العلية للحكم و أغمضنا النظر عمّا مر من عدم الملازمة بين الامتتان في
 جعل القانون والامتتان في الموارد الشخصية فغاية ما يدلّ عليه قضية الامتتان أنه لا بد في
 التمسك بدليل الضرر من كون نفي الضرر امتناناً على الشخص الموضوع له، و أمّا لزوم
 الامتتان على الغير أو عدم لزوم خلاف الامتتان بالنسبة إلى الغير فأجنبي عن مفاده، و
 هكذا في جميع الأدلة الامتنائية. فرفع الاضرار امتنان على المضطرّ والحكم مرتفع عنه وإن
 استلزم خلاف الامتتان بالنسبة إلى الآخر ولذا يجوز أكل مال الغير عند الاضرار إليه.
 و لعل الوجه في ما ذكره إقدام المشتري على هذا الضرر.

و قد أجبنا عن هذا سابقاً بأنّ المتعاملين العالمين بفساد المعاملة المعتنين بالشرع لم
 يحصل منهم الجدّ بالمعاملة فهذا الفرض خارج عن مسألة المقبوض بالعقد الفاسد و مورد
 هذه المسألة الجاهل و لو كان معنياً بالشرع والعالم الغير المعتني بالشرع بحيث يحصل منهم
 الجدّ بالمعاملة العقلانية فإذا لم يقدم المتعاملان إلا على المعاملة الخاصة، و أمّا الاقدام على
 شيء آخر كالضرر في المقام فلا.

و قد يقال في الجواب عن الاقدام بأنّ الاستدلال بالاقدام مستلزم للدور، فإنّ
 الاقدام على الضرر إنّما يفيد لوجعل ذلك قبل الاقدام فلو كان منشأ الضرر الاقدام لزم الدور.

١- أقول: الأصل العقلاني في باب الاطلاقات كما استفدنا منه (مدظله) ليس إلا أصالة التطابق
 بين الجدّ والاستعمال. والشك في العلية راجع إلى الشك في الإرادة الاستعمالية و معه لا يمكن التمسك
 بالأصل المذكور. ق

و فيه أنّ الحكم بلزوم الشراء و هو الضرر في المقام ليس من جهة الاقدام بل الدليل عليه نفس إطلاقات أدلة الضمان؛ ولا يدعي أحد أنّ الاقدام يوجب لزوم الشراء بل المدعى أنّ الاقدام يوجب عدم شمول دليل نفي الضرر للمورد فلا بدّ من التمسك بالاطلاقات والحكم بلزوم الشراء.

ذكر المرحوم النائيني (ره) في المقام أنّ إعواز المثل يوجب كون الشيء قيمياً كما أنّ التعذّر البدويّ أوجب ذلك فلا يجب شراء المثل ولو ببذل مال كثير بل يسقط. وبالجملة وجوده عند من لا يبيعه إلاّ باضعاف قيمته في حكم التعذّر ومقتضى قاعدة الضرر عدم وجوب شرائه على الضامن. و أنت خبير بأنّ الاعواز و عدمه بل التعذّر البدويّ و عدمه أجنبيّ عن القيمةّ والمثلية عند العقلاء، فإنّ الحنطة مثلية عندهم ولو لم يوجد منه شيء في الخارج والظرف المنقوش الكذائيّ قيميّ عندهم ولو وجد فرد أو فردان مثله. ثمّ لو سلّمنا أنّ الاعواز يوجب القيمةّ فما معنى أنّ مقتضى قاعدة الضرر عدم وجوب شراء المثل بل الاعواز أوجب انتقال الذمة إلى القيمة فلا موضوع لوجوب شراء المثل ولا موضوع لدليل الضرر.

ثمّ إنّه ذكر الشيخ (ره) في ذيل هذا الأمر: ثمّ إنّه لافرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره... الخ. و ذكر السيد (ره) في الحاشية على ذلك أنّ هنا مسألتين: الأولى: لا إشكال في جواز مطالبة المالك لماله من العين أو المثل في أيّ مكان لعموم «الناس مسلطون» وإن لم تكن العين أو المثل موجوداً في ذلك المكان إذ غايته أنّ معه ينتقل إلى القيمة. الثانية: إنّ ليس للمالك إلاّ الالتزام بالردّ إلى المكان الذي وصلت العين إليه أو المثل في مكان وجود العين و تلفها فمع الانتقال إلى القيمة يأخذ قيمة المثل هناك. فلو أدارها في البلدان له إلزامه بالردّ إلى كلّ واحد منها لأنّه له أن يقول: «إنّي أريد بقاء مالي في ذلك البلد» الذي وصل اليه وليس له إلزامه بالنقل إلى مكان لم يصل إليه وإن كان المالك هناك، و جواز المطالبة يستلزم ذلك؛ وكذا بالنسبة إلى المثل و قيمته مع تعذّره له المطالبة في جميع الأمكنة التي وصلت العين إليها في مكان المطالبة. و وجه انصراف أدلة الضمان إلى وجوب الردّ والدفع في مكان ذلك المال. نعم، لو كان المثل في بلد المطالبة مساوياً في القيمة للمثل في مكان التلف أمكن جواز مطالبته بمعنى عدم الانتقال إلى القيمة على فرض المطالبة. انتهى ملخصاً.

أقول: أمّا في المسألة الأولى فجواز المطالبة موقوف على إمكان المطالبة و هذا إنّما يتحقّق مع إمكان الدفع. و معه لا بدّ من دفع نفس العين أو المثل ولا تصل التوبة إلى القيمة، أمّا مع التعذّر فلا يمكن المطالبة جدّاً مع الالتفات إلى ذلك؛ نظير ما ذكرنا في الأمر

بغير المقدور وما لا ينبعث إليه بالبعث نحوه مع الالتفات إلى ذلك، فإن الأمر حينئذٍ مستحيل لعدم تحقق مبادئه وعدم حصول الجَدِّ بالبعث لا أنه ممكن وقبيح. نعم، في الأحكام القانونية ذكرنا وجه إمكان الأمر والبعث بنحو القانون مع عدم إمكان الانبعاث في بعض أفراده لتغاير مبادئ جعل القانون ومبادئ جعل الحكم الشخصي وهذا أمر آخر غير ما نحن فعلاً بصدد بيانه.

وما يتوهم من أن المقام نظير تحقق قصد الإقامة بالنظر إلى مصلحة في نفس القصد و هوالاتيان بالصلاة تماماً مع عدم وجود مصلحة في المقصود ونظير الأوامر الامتحانية التي تكون المصلحة في نفس الأمر لا المأمور به، مندفع بأن النظر إلى مصلحة الاتيان بالصلاة تماماً يوجب الجَدِّ بالمقصود وهو الإقامة عشرة أيام فيقصد وإلا فكيف يمكن تعلق القصد بما لا يحصل الجَدِّ به، والأوامر الامتحانية أوامر صورية لا أنها بعث حقيقة. وأما في المقام فلا يحصل الجَدِّ بالمطالبة مع الالتفات بعدم إمكان الدفع ومن مبادئ المطالبة تعلق الإرادة الجَدِّية نحو المطلوب.

ثم إنه لو سلمنا إمكان المطالبة والجواز متفرعاً عليه لدليل السلطنة فأتي دليل دل على الانتقال إلى القيمة بمجرد المطالبة، بل بناء على مبناه (ره) لابتدأ من الالتزام بثبوت العين في العهدة إلى زمان الأداء كما هو أيضاً يلتزم بذلك، وعلى المشهور لابتدأ من الالتزام بثبوت المثل على تقدير تلف العين في العهدة إلى زمان الأداء. وأداء القيمة من مراتب الأداء لا أن الذمة منتقلة إلى ذلك وثمره هذا لزوم قيمة يوم المطالبة بناء على الأول ويوم الأداء على الثاني.

تحصل من هذه المسألة أنه لا يمكن مطالبة العين أو المثل عند التعتذر فضلاً عن الانتقال إلى القيمة بالمطالبة. نعم، مطالبة تدارك الخسارة أمر آخر وهو مطالبة القيمة وسيجيء إن شاء الله.

وأما في المسألة الثانية فدعواه انصراف الأدلة غير مسموعة فأتي منشأ لانصراف مثل المغضوب مردود أو من أتلف مال الغير فهو له ضامن. وما ذكره من أنه للمالك أن يقول: «إني أريد بقاء مالي في ذلك البلد» الذي وصل إليه فله إزامه بالرد إلى ذلك البلد، مدفوع بمنع الملازمة مضافاً إلى أنه لو سلمنا ما ذكره وأن للمالك مطالبة العين في جميع ما أدارها فيه من البلاد، فلا بد من الالتزام بأن له المطالبة بالمثل أو القيمة في جميع البلاد الذي وصل المالك إليها فإن المثل والقيمة الثابتين في عهدة الضامن على المشهور والعين الثابتة في عهدته على مبناه (ره) وتنتقل بتبع انتقال الضامن.

وهنا أقوال آخر غير ذلك، مثل أن للمالك حق المطالبة في بلد الغصب أو الشراء

مع وجود العين وبلد التلف مع تلفها، ومثل أن له حق المطالبة في بلد المطالبة، ومثل أن له حق المطالبة في بلد تعذر المثل في مورد التعذر. وتحقيق المطلب على ما سيجيء أن محتملات الوصول في دليل اليد كثيرة:

١- الشيء بماهيته الشخصية ولو مع اختلاف رغبات العقلاء في ذلك فلو تلف في يده الحنطة الكذائية يجوز له أداء الحنطة ولو لم يكن من ذلك الصنف فإن الحنطة ماهية واحدة.

٢- الشيء بجميع آثاره الوجودية ولو لم تكن موجبة لاختلاف الرغبات. فلو تلفت في يده حنطة قرية، كذا لا بد له من أداء حنطة تلك القرية ولو كانت حنطة تلك القرية وغيرها مساوية في رغبة العقلاء.

٣- الشيء بجميع ما يكون موجبا لاختلاف رغبة العقلاء بوجوده وعدمه. وفي الاحتمال الأخير يحتمل أن يكون المضمون الشيء بآثاره الواقعية أو الأعم منه والانتزاعية، فلو كان وجود الشيء في مكان كذا موجب لزيد رغبة العقلاء يكون ذلك مضمونا للمالك. فلو قلنا بأن المضمون عند العقلاء هو الشيء بجميع ما يكون دخيلاً في رغبتهم واقعياً كان أو انتزاعياً يجوز للمالك مطالبة العين بجميع ذلك، فلو كان وجودها في زمان كذا كالتلج في الشتاء أو مكان كذا موجباً لزيادة الرغبة يطالب بالعين واختلاف القيمة. ولو قلنا بجواز إلزام الضامن لتحصيل الخصوصية التالفة فله إلزامه بالرد إلى ذلك المكان وبيجيء زيادة توضيح لذلك.

السادس: ذكر الشيخ (ره): لو تعذر المثل في المثلي فقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك. والأحسن أن يقال في عنوان ذلك إنه لو تعذر ذلك فهل يجوز للمالك مطالبة القيمة أولاً؟ فإن العين قد تلفت والمثل قد تعذر فع جواز مطالبة القيمة يجب دفعها وإلا فينتظر المالك زمان رفع التعذر.

قيل في وجه جواز المطالبة وجوه:

منها أن ظاهر اليد أن العين ثابتة في العهدة وأداء المثل أو القيمة من مراتب أداؤها اعتبر مراعاة لحق المالك فله أن يسقط بعض المراتب ويطالب بالأخرى، ففي مورد تعذر المثل يسقط ذلك ويطالب بالقيمة. وفيه أن العقلاء غير مساعدون لجواز مطالبة المالك بغير ما هو ثابت في ذمته ولذا لا يجوز إسقاط المرتبة الأولى مع وجود العين والمطالبة بالمثل و المرتبة الثانية مع وجود المثل والمطالبة بالقيمة.

ومنها أن الثابت في الذمة هو العين بجميع شؤونه الثلاثة فللمالك إسقاط بعضها والمطالبة بالأخرى. وفيه عدم الخصوصية لتعذر المثل حينئذ كما مر، مع أن الثلاثة من شؤون

المضمون لا من مراتب الضمان بل الضمان أمر واحد متعلق بذئ شؤون ثلاثة فلا دليل على أن للمالك المطالبة ببعض الشؤون وإسقاط بعضها الآخر.

ومنها ما ذكره المرحوم الآخوند (ره) من أن الثابت في الذمة العين ولذلك آثار عند العقلاء فع وجود العين لا يجوز مطالبة غيرها ولا بد من أدائها ومع تلفها وإمكان المثل لا بد من أدائه ومع التعذر أو كون الشيء قيمياً الأثر هو جواز مطالبة القيمة ولزوم أدائها وفي مورد تعذر المثل القيمة تكون بدل الحيلولة للمثل. وفيه ما يجيء في بدل الحيلولة أن ذلك غير مسلم عند العقلاء في جميع الموارد مضافاً إلى بطلان أصل المبنى وأن جواز مطالبة القيمة عند تعذر المثل في الجملة لا دائماً عند العقلاء وكونه من آثار ثبوت العين في العهدة يمكن منعه.

ومنها ما ذكره الشيخ (ره) من أن الجمع بين الحقين يوجب وجوب دفع القيمة، لأن منع المالك ظلم وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر فوجبت القيمة. وهذا لا يمكن المساعدة عليه لأن منع المالك عن القيمة لا يكون ظمناً إلا إذا كان له المطالبة بها وهذا أول الكلام فيلزم الدور، ومنعه عن المثل أيضاً ليس بظلم للتعذر. وبعبارة أخرى بناء على المشهور من كون المثل ثابتاً في العهدة في المثليات ليس للمالك المطالبة إلا به والظلم إنما يتصور إذا منع عنه، والمفروض في المقام أن التعذر أوجب المنع. وأما القيمة فليس للمالك مطالبته ولا ظلم في منعه عنها لعدم الاستحقاق فما هو مستحق له ممنوع عنه للتعذر والقيمة غير مستحق إليها فأين الظلم. ويمكن توجيه ما ذكره من أن للمالك تبديل ماله بالقيمة ومنعه عن ذلك ظلم فيرفع الدور إلا أن هذا لا يستلزم وجوب دفع القيمة فإنه متفرع على فعلية التبديل، والمفروض المنع عن ذلك فلا تبديل. مع أنه لا يتصور حق للآخر حينئذ حتى يحكم بلزوم القيمة جمعاً بين الحقين، بل بناء على التقريب السابق أيضاً لاحق له فإن تعذر المثل لا يوجب حقاً للضامن بل هذا أمر تكويني طارئ والجمع بينه وحق المالك لو كان يستلزم وجوب دفع القيمة؛ وكأته (ره) أطلق الحق على ذلك مسامحة.^١

١- أقول: التحقيق أنه ليس معنى الضمان اعتبار العين في العهدة ولا اعتبار المثل في المثلي والقيمة في القيمي فيها بل الضمان هو ما ذكره الشيخ (ره) سابقاً وهو عهدة تدارك الخسارة. وحصول التدارك بالمثل تارة وبالقيمة أخرى أمر آخر غير دخيل في حقيقة الضمان ومضمون دليل اليد أيضاً ذلك. فعلى ذلك يظهر وجه ما ذكره (ره) من الجمع بين الحقين وهو أن للمالك على الضامن حق وهو مطالبة تدارك الخسارة وللضامن حق وإن كان من باب التسامح وهو تعذر المثل والجمع يقتضي وجوب دفع القيمة، والظاهر أن هذا هو الصحيح. غاية الأمر في التعذر الدائم ظاهر وفي التعذر الموقت تكون القيمة بدل الحيلولة. ق

ومنها ما ذكره الشيخ (ره) أيضاً وهو الآية الكريمة «فَمَنْ آغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» بتقريب أن الإلزام بالقيمة حينئذ ليس أمراً زائداً على الاعتداء بالمثل. والجواب عن ذلك، مضافاً إلى ما مر سابقاً من أن الآية واردة في مقام الحرب وليس المراد من المثل فيها ما نحن فيه، أنه بعد ما فرض أن الشيء مثلي فالإلزام بغير المثل إلزام زائد على الاعتداء، مضافاً إلى أن الآية في مقام بيان عدم جواز الاعتداء زائداً على المثل لاجواز كل ما لم يكن زائداً عليه.

ومنها أن جعل الضمان في مورد تعذر المثل مع عدم وجوب دفع القيمة لغو فيجب ذلك دفعاً محذور لغوية جعل الضمان. والجواب أولاً أن هذا إنما يتم في التعذر المطلق لاني الجملة لوجود الأثر حينئذٍ وهو لزوم دفع المثل بعد رفع التعذر؛ وثانياً أن هذا خلط بين الأحكام القانونية والشخصية كما مر مراراً وقلنا إن مبادئي جعل القانون مغاير لمبادئي جعل الحكم الشخصي وهنا لا لغوية في جعل الضمان قانوناً وإن لم يكن له في هذا المورد الشخصي أثر. ولا يمكن تصحيح تكليف العصاة والكفار إلا بهذا المعنى فإن الجدة في الحكم الشخصي لا يمكن، ولذا ذكرنا أن الخروج عن محل الابتلاء لا يوجب عدم ثبوت الحكم فيه كالموضع وذكرنا أيضاً أن العجز كالجهل من الأعذار العقلية لا قيد في التكليف.

ومنها بناء العقلاء في وجوب دفع القيمة في مورد تعذر المثل. وهذا في الجملة صحيح وهو في مورد التعذر الدائم أو إلى الأمد البعيد، وأما التعذر إلى أيام أو شهر و شهرين فلم يحرز ذلك منهم.

ومنها أن تعذر المثل موجب لانقلاب المثلي إلى القيمي. وقد ذكر المرحوم النائيني في هذا المقام أن مناط المثلية والقيمية ليس إلا وجود المثل وعدمه فع إعواز المثل ابتداء أو طارئاً يكون الشيء قيمياً. ويمكن تقريب ذلك على مبنى الشيخ (ره) من تبعية الأحكام الوضعية للأحكام التكليفية في الجعل بأنه لا إشكال في ثبوت أصل الضمان في مورد إعواز المثل، فإنه المتسالم عليه عند العقلاء ومنهم الفقهاء (قدّمهم) وهذا هو مقتضى إطلاق أدلة الضمانات أيضاً. وبما أن الضمان حكم وضعي فلا بد من تبعيته لحكم تكلفي مستقل بالجعل وليس ذلك إلا وجوب أداء المثل أو القيمة والأول غير معقول للزوم التكليف بالمتعذر والثاني ينتج المطلوب فإن الضمان المنتزع منه هو ضمان القيمة. ولكن يرد على المرحوم النائيني (ره) أن الحكم المتعلق بطبيعة لا يعقل أن يسري إلى غيرها ولو تشخصاتها الوجودية أو حالاتها كما مر مراراً. والضمان متعلق بطبيعة المثل وإعواز المثل وعدمه من حالات مصاديق المتعلق ولا يمكن أن يكون ذلك ناظراً إلى حالات مصاديقه؛ والظاهر أنه (ره) أخذ ذلك من الشيخ (ره) والله العالم. والحاصل أن الاعواز وعدمه

في المرتبة المتأخرة عن كون الشيء مثلياً ولا يعقل دخلها في المثلية والقيمية وقد مرّ مناط المثلية والقيمية. وأما الجواب عن التقريب المذكور فمضافاً إلى بطلان أصل المبنى وإمكان جعل الوضعيات مستقلاً حتى الجزئية والشرطية والمانعية عندنا، أنّ التعذر إلى أمد لا يوجب كون التكليف بالمثل من التكليف بالمتعذر فإنّ التكليف به على نحو الوجوب التعليقي أو المشروط على مبنى الشيخ (ره) من رجوع القيود إلى المادة لا إلى الهئية ممكن ويكفي في انتزاع الضمان الفعلي عن التكليف كونه فعلياً ولو كان الواجب استقبالياً. وأما في التعذر إلى الأبد فقد مرّ مفضلاً أنّ الأحكام القانونية لا يقاس بالأحكام الشخصية لتغاير مبادئها و يمكن تحقّق مبادئي جعل القانون ولو كان في بعض مصاديقه غير قابل للامتثال فتعذر المثل في المورد الشخصي لا يوجب عدم تحقّق المبادئي في جعل حكم قانوني وهو ضمان المثلي بالمثل. فتحصّل من جميع ما ذكرنا عدم دليل صالح للقول بانقلاب المثلي إلى القيمي بالمتعذر مطلقاً أو بلزوم دفع القيمة بالمتعذر كذلك.

ذكر الشيخ (ره) في بيان المراد من إغواز المثل بعد ما حكى عن التذكرة والمسالك و جامع المقاصد أنّ مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس و تسليطهم على أموالهم لزوم تحصيل المثل وإن كان ذلك في البلاد النائية و في تحصيله مشقّة كلزوم تحصيل عين المال مع وجوده كذلك، والحاصل أنّ مقتضى الدليلين هو الاعواز العقلي لا العرفي. و مراده (قدّه) من عموم وجوب أداء مال الناس ما ذكره سابقاً في دليل وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد وهو دليل «لا يحلّ مال امرء مسلم إلا بطيبة نفس منه» بالتقريب المتقدم. و يمكن أن يقال إنّ بناء العقلاء في موارد الاعواز العرفي بمطالبة القيمة أو الصبر حتى يوجد المثل، يقيد إطلاق الدليلين.

و يمكن أن يجاب عنه بأنّ بناء العقلاء في نفسه لاحجّة له بل حجّيته من جهة كشفه عن مذاق الشرع إمّا بامضائه أو عدم رده فحجّيته تعليقية و حجّيته الاطلاقين تنجزية فيتمسك بها و بذلك يثبت الردع لبناء العقلاء، ولكن هذا إنّما يتمّ في الدليل الأول حيث إنّ الحكم المجعول فيه و هو الحليّة حكم شرعيّ و أمّا الدليل الثاني و هو سلطنة الناس على أموالهم وارد مورد ما هو ثابت عند العقلاء و ما هو هذا شأنه من الأدلّة ينصرف إلى ذلك الثابت عند العقلاء فلا إطلاق له. و بعبارة أخرى حيث إنّ السلطنة المذكورة قانون عقلائيّ ثابت عندهم لا يفهم العقلاء من دليل السلطنة الواردة في الشريعة المقدّسة إلا ذلك القانون العقلائيّ. و المفروض أنّ العقلاء بنفسهم يرون عدم لزوم تحصيل المثل فيقدّم هذا على ذلك لا العكس. و هذا بخلاف الدليل الأول فإنّه متكفل لبيان حكم شرعيّ و له إطلاق يتمسك به و يثبت به ردع بناء العقلاء.¹

وأما ما ذكره من استثناس الحكم فيما نحن فيه بما ورد في بعض أخبار السلم من أنه لا يقدر المسلم إليه بأن المراد منه عدم القدرة عرفاً لا عقلاً، لانفهم له وجهاً محصلاً لعدم مناسبة بين المقام و باب السلم على أن في ذلك الباب أيضاً كلام لابد من المراجعة إلى رواياته.

ثم إنّه في مورد الاعواز و جواز المطالبة بالقيمة لابد للضامن من أداء القيمة يوم الأداء على مبنى ثبوت العين في العهدة والمشهور أي ثبوت المثل فيها و وجهه ظاهر وقد تقدّم. و لابد من تقويم المثل بجميع صفاته الحقيقية و غيرها كالمكان والزمان إذا كانت تلك الصفات دخيلة في القيمة عند العقلاء كتقويم العين في القيمة كذلك، فالعبد الكاتب الواقع تحت اليد مضمون بذلك الوصف والتلج الكائن في الصيف مضمون بذلك الوصف والماء الكائن في المغازة مضمون بذلك الوصف. غايه الأمر يعتبر قيمة المضمون بجميع هذه الأوصاف حال الأداء، بل مع وجود العين و زوال الوصف لابد من ردّ العين و تفاوت القيمة بلا فرق بين الصفات الحقيقية و غيرها. ولا يرد على ذلك ما توهم من أن المضمون نفس الشيء و المال لا مالية المال، ألا ترى ظاهر من أتلف مال الغير فهو له ضامن أن إتلاف المال موجب للضمان فإذا كان المال موجوداً و زالت ماليته بالنقل من مكان إلى مكان أو الحبس من زمان إلى زمان فلا يوجب الضمان لعدم تلف ذات المال. فإنّ هذا مجرد توهم لأنّ ضمان الشيء عند العقلاء ليس باعتبار ذاته بل باعتبار ما يوجب الرغبة إليه و هو ماليته و لذا لا نلتزم بالضمان في موارد أخذ شيء لقيمة له. على أنّ هذا لو تمّ لا يمكننا الحكم بالضمان في موارد زوال الأوصاف الحقيقية مع بقاء الذات، فإنّ المضمون واجد الوصف لا نفس الوصف لعدم استقلال اليد إلا على الموصوف لا الوصف، مضافاً إلى أنّ كون الشيء في مكان أو زمان من الأوصاف ولو الانتزاعية فهو أيضاً مضمون كالأوصاف الحقيقية. و بعبارة أخرى لوقلنا بأنّ تعلق اليد بالموصوف بعين تعلقها بالوصف و لذا يضمن الشخص بالنسبة إلى الأوصاف الحقيقية؛ نقول في الأوصاف غير الحقيقية أيضاً ذلك فلا بدّ من الحكم بالضمان فيها أيضاً. والحاصل أنّ وجود الذات مشترك في كلا الموردين و زوال المالية أيضاً مشترك فيها و تقرب الضمان في الأوصاف الحقيقية

١- يمكن أن يتوهم أنّ رادعية الاطلاق لبناء العقلاء مستلزم للدور كما ذكره المرحوم صاحب الكفاية في جواب رادعية إطلاقات نفي حجّة الظنّ لبناء العقلاء على العمل بخبر الواحد؛ ولكن أجاب عن ذلك السيد الاستاذ (مدظله) في ذلك الباب و في المقام بالتنجيز والتعليق و بيانه و تفصيل تقريره يؤخذ من التقارير. (تهذيب الأصول) ق

موجود في الأوصاف غير الحقيقية فلا بد من الحكم بالضمان فيها.
 فرع: لو كان المضمون من النقود كالدرهم والدينار و أسقط عن الرواج و صار الراج نقداً آخر فمقتضى ما ذكرنا في دلالة حديث اليد أنه لا بد من رد العين و تدارك جميع الأوصاف الفائتة وهو وصف الرواج في المقام، بلافرق بين سقوط النقد عن القيمة لسقوطه عن الرواج و عدم إسقاطه بذلك و بلافرق بين سقوطه عن الرواج مطلقاً أو في الجملة.

و قد اختلفت الآراء في المقام و منشأه ما تحيل من اختلاف الأخبار. ففي مكاتبة يونس عن الرضا (ع): «كانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام و ليست تنفق اليوم»، فكتب (ع): «لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس». و هذه ظاهرة في أنه بسقوط النقد عن الرواج يستحق المالك مطالبة الراج. و في مكاتبته الأخرى: «أسقط تلك الدراهم و لها اليوم وضيعة»، فكتب (ع): «لك الدراهم الأولى». و قد توهم أن هذه المكاتبة معارضة للأولى. و الصدوق (ره) جمع بين الروايتين على ما في الرسائل بأن الدرهم المضمون لو كان بنقد معروف فليس للمالك إلا ذلك النقد و متى كان بوزن معلوم بغير نقد معروف فإنما له الدراهم التي تجوز بين الناس؛ مع أنه لا شاهد لهذا الجمع في الروايتين كما ترى. و جمع الشيخ (ره) بينها بأن للمالك قيمة الدراهم السابقة من النقد الراج فحمل الأولى على أن أداء الراج من باب أداء قيمة المضمون، ولكن هذا أيضاً بلا شاهد كما ترى. و جمع المرحوم النائيني (ره) بينها بأن الدراهم الأولى مطلقاً من حيث ضم تفاوت السكّة و عدمه إليها، و قوله (ع) «لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس» مقيد له أي تأخذ الدراهم الأولى بقيمة ما ينفق. و ذكر في الحاشية أنه لا يخفى أن هذا خلاف ظاهر قوله (ع) «لك أن تأخذ» فإن ظاهره استحقاقه لأخذ عين الدرهم الراج، فالطائفتان متباينتان إتما يطرحان و يرجع إلى القواعد المقتضية لضمان نقص السكّة و إتما يطرح خصوص ما دل على استحقاقه للراج كما اختاره العلامة و صاحب الحدائق إتما لضعف سنده أو لحملة على التقية. و حيث إن المسألة مشكلة فلاحتيال بالصلح طريق للتخلص. انتهى.

و فيه: أما ضعف السند فليس في الرواية إلا محمد بن عيسى و هو وإن ضعفه ابن الوليد إلا أن النجاشي وثقه صريحاً مع أن تضعيف ابن الوليد ليس من جهة عدم وثاقته بل لصغر سته على أن الرجل وارد في سند كلتا الطائفتين. و أما الجمع أو الطرح فلا تصل النوبة إليها، فإن الروايتين غير متعارضتين بوجه فإن مورد السؤال في الرواية الأولى سقوط النقد عن الرواج بالكليّة و في الثانية سقوطه عنه في الجملة بحيث يقبل بوضيعة و لزوم أداء

الرائع في الأول وأداء الأولى في الثاني موافق للقاعدة والرواية فلا حاجة إلى الجمع أصلاً.
وهنا رواية ثالثة توهم معارضتها للرواية الأولى وهي مضمرة معاوية بن عمار:
«استقرض دراهم و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت»، فقال (ع) لصاحب الدراهم:
«الدراهم الأولى». وهذه بعد كونها مضمرة و عدم تمامية شرائط الحجية فيها واردة في
مورد استقراض الدراهم الساقطة حال الاستقراض فإنّ «و» حالية أو يحمل على السقوط
في الجملة كالثانية فلا تنافي بين الروايات، مع أنّها واردة في القرض و قياس المقام فيه
قياس مع الفارق كما يظهر بأدنى تأمل.

ثمّ إنّه لو شككنا أنّه بعد سقوط العين عن القيمة هل يتعيّن أداء العين فقط أو لا بدّ
من أداء قيمته أيضاً؟ وهكذا في صورة تلف المثليّ و سقوط المثل عن القيمة بعده هل
يتعيّن المثل فقط أو لا بدّ من أداء القيمة أيضاً؟ فعلى مبنى تعلقّ العين بالعهد في باب
الضمانات لا بدّ من أدائها معاً فإنّ اشتغال الذمة بالعين يقتضي تحصيل البراءة اليقينية
ولا تحصل إلّا بذلك. و يمكن إجراء استصحاب اشتغال الذمة بالعين بعد أدائها في الأوّل و
بعداً المثل في الثاني فلا بدّ من أداء القيمة. و قد ظهر بذلك عدم الفرق بين وجود العين و
سقوطها عن المالية و بين تلفها و سقوط مثلها عن المالية، فإنّ استصحاب عهدة العين و
لزوم الخروج عن العهدة بحكم العقل مشترك بين الصورتين. نعم، فرق بينها المحقّق
الاصفهانّي (قدّه) و أشكل على الأصل المذكور في مورد وجود العين و سقوطها عن المالية
بأنّ لزوم أداء القيمة أثر عقليّ مترتب على اشتغال الذمة بالعين بعد أدائها فلا يثبت
بالاستصحاب. و هذا الاشكال مندفع بأنّ الأثر العقليّ المترتب على الأعمّ من الواقع
والظاهر كلزوم إطاعة المولى الثابت للأعمّ منها يثبت بالاستصحاب لتحقّق موضوع هذا
الأثر العقليّ في المقام موضوع لزوم أداء القيمة بنظر العقل هو الاشتغال أو التبعّد والأخير
موجود بالاستصحاب.

ثمّ أسس هذا المحقّق أصلاً آخر و هو استصحاب خروج العهدة بأداء العين فإنّه
قبل السقوط عن القيمة بأداء العين يحصل الفراغ فيستصحب. و أنت خير بأنّ هذا
استصحاب تعليليّ في الموضوع و غير منقح لموضوع حكم شرعيّ فلا يجري مع أنّ خروج
العهد بأداء العين لا حكم شرعيّ ولا موضوع لحكم شرعيّ بل هو حكم عقليّ مترتب على
اشتغال الذمة بالعين قبل سقوطها عن القيمة ولا يجري الاستصحاب في الحكم العقليّ،
مضافاً إلى أنّ إثبات ترتّب الملازم على الملازم أو المسبّب على السبب باستصحاب الملازمة
من المثبت. اللهمّ إلّا أن يدعى جريان الاستصحاب في نفس الملازم على تقدير وجود
ملازمة فيحينئذٍ يندفع هذا الاشكال كما قرّر في باب الاستصحاب التعليليّ. و أشكلنا

على الشيخ الأعظم (قدّه) حيث أجرى الاستصحاب في السببية والشرطية والملازمة في موارد التعليق بالاثبات المذكور.

ولو سلمنا أن التعليق شرعي والاستصحاب جار فلا بد من أن نلتزم بحكومة هذا الاستصحاب على الاستصحاب التنجيزي المتقدم لالكونه أصلاً جارياً في السبب والثاني أصلاً جارياً في المسبب، فإن ميزان تقدّم أصل على أصل ليس ذلك بل الميزان تنقيح أحد الأصلين موضوع دليل اجتهادي فيرتفع موضوع الأصل الآخر لحكومة الدليل الاجتهادي على الأصل، وقد مرّ هذا مفصلاً في المباحث السابقة. ففي المقام استصحاب سقوط الذمة على تقدير أداء العين استصحاب في حكم كليّ ينتج حكماً كلياً وهو سقوط الذمة على ذلك التقدير فلو أذى العين وجداناً يحرز سقوط الذمة لضمّ تلك الكبرى الشرعية المستصحب على هذه الصغرى الوجدانية، فإذا لاشكّ في سقوط الذمة حتى يجري استصحاب بقاء العهدة. ونظير هذا ذكرنا في وجه حكومة جميع موارد الاستصحابات التعليقية على التنجيزية فاستصحاب الحرمة على تقدير الغليان في المثال المعروف بضمّ الغليان وجداناً ينتج حرمة هذا فلا شكّ في الحرمة حتى تستصحب الحلية. وبعبارة أخرى موضوع دليل الاستصحاب الشكّ في الاستصحاب التعليقي الشكّ في بقاء الكبرى الشرعية كالحرمة على تقدير الغليان أو السقوط على تقدير الأداء و في الاستصحاب التنجيزي الشكّ في الحكم الفعليّ وبعد إحراز الكبرى بالاستصحاب لا يبقى شكّ في الحكم الفعليّ حتى يستصحب.^١

١- أقول: الدليل كما لا يمكن تكفّله لوجود موضوعه كذلك لا يمكن تكفّله لنفي موضوعه وهذا ظاهر، والمفروض أن دليل الاستصحاب إنّما هو بلسان واحد متكفّل لبيان حرمة النقض في مورد اليقين والشكّ ولا يعقل إعدام موضوعه في مورد بغرض شموله لمورد آخر. وبعبارة أخرى لو لم يكن في البين دليل على الاستصحاب لكنا على يقين من الحكم التعليقي والشكّ فيه وعلى يقين من الحكم التنجيزي والشكّ فيه. وحينئذٍ إذا لاحظنا دليل الاستصحاب وعدم إمكان شموله للحكمين معاً كيف يمكننا إحراز شموله للحكم التعليقي. نعم، لو شمله لانتفى موضوع الثاني إلا أنّ الشمول أول الكلام. والحاصل أنّ ميزان اليقين والشكّ في دليل الاستصحاب اليقين والشكّ مع قطع النظر عن هذا الدليل وهذا موجود في كلا الحكمين.

فالصحيح وقوع المعاوضة في موارد جريان الاستصحابات التعليقية وبعبارة أخرى الحكم بعدم شمول دليل الاستصحاب للحكم التنجيزي بدعوى شموله للحكم التعليقي. وانتفاء موضوع الاستصحاب في التنجيزي دوريّ لأنّه لو شمل لكان كذلك، لكنّ الكلام في الشمول. والقول بأنّ موضوع الاستصحاب موجود في التعليقي فيشملة الدليل فينتفي موضوع الثاني، لا يجدي نفعاً لأنّ مع قطع النظر عن شمول الدليل للتعليقي يشمل التنجيزي أيضاً فلو قدّمنا الاستصحاب في التعليقي ينتفي موضوعه في التنجيزي؛ لكنّ السؤال في وجه تقديم الاستصحاب في التعليقي حتى ينتفي موضوعه في التنجيزي باحراز الكبرى بالاستصحاب بل شمول

وقد عكس المحقق المذكور الأمر في مورد تلف العين المثليّ وسقوط مثلها عن المائيّة وأجرى استصحاب بقاء عهدة العين و منع استصحاب سقوط الذمة على تقدير أداء المثل. وذكر في وجه ذلك أنّ لزوم أداء المثل قبل سقوطه عن المائيّة إنّما هو من باب أقربيته إلى التالف فلا يمكننا استصحاب سقوط الذمة على تقدير أداء المثل لأننا لاندرى أنّ الأقرب إلى التالف بعد سقوط المثل عن المائيّة هل هو المثل الساقط عن المائيّة أو القيمة أوهما معاً فيرجع الشكّ إلى الشكّ في الموضوع فلا يجري الاستصحاب؛ لكن نعلم اشتغال الذمة بالعين قبل أداء هذا المثل ونشكّ في سقوطها به نستصحب بقاء العهدة حتى تؤدّى القيمة. انتهى محصلاً. وأنت خير بأنّ استصحاب بقاء العهدة لو كان مثبتاً في الفرض السابق مثبت هنا أيضاً لأنّ المفروض أنّ المجهول الشرعيّ إنّما هو عهدة العين ولزوم أداء المثل أو القيمة لفراغ العهدة عقليّ لاشرعيّ فإنّ الكلام على هذا المبنى لا المبنى المشهور في حديث اليد.

وأما ما ذكره في وجه عدم جريان الاستصحاب التعليقيّ فيه أنّ التردد في ما هو الأقرب إلى التالف محقق للشكّ الموضوع لدليل الاستصحاب. وبعبارة أخرى لو سلّمنا أنّ موضوع الدليل الاجتهاديّ هو الأقرب إلى التالف على نحو الواسطة في العروض (ولانسلّم كما عرفت)، مع ذلك يجري الاستصحاب فإنّه بانطباق هذا العنوان على المثل قبل سقوطه عن المائيّة نحز سقوط الذمة على تقدير أداء المثل وبعد سقوطه عن المائيّة من جهة الشكّ في انطباق العنوان على المثل الصوريّ أو القيمة أوهما معاً نشكّ في بقاء هذا الحكم التعليقيّ نستصحب ذلك ونحكم بسقوط الذمة على تقدير أداء هذا المثل فنقول: هذا كان بحيث لو أذى سابقاً لسقطت العين عن العهدة و الآن كما كان. والحاصل أنّا في الاستصحاب لا نحتاج إلى بقاء موضوع الدليل الاجتهاديّ بل نحتاج إلى اتّحاد القضية المتيقّنة والمشكوكة وهو حاصل. ولذا لو شككنا في أنّ عنوان الموضوع للدليل الاجتهاديّ هل هو على نحو الواسطة في العروض أو الواسطة في الثبوت يمكننا إجراء الاستصحاب ونشير إلى المصداق ونقول: هذا كان كذا و الآن كما كان؛ فليكن في المقام وهو مورد الشكّ في الانطباق أيضاً كذلك. والحاصل أنّه لا فرق بين الصورتين وجود العين و تلفها في جريان الاستصحاب والصحيح أنّ استصحاب بقاء العهدة جارٍ في الصورتين والعقل بعد ذلك يحكم بلزوم الجزم بالخروج عن العهدة بأداء العين والقيمة في الصورة الأولى و أداء المثل والقيمة في الثانية. والاستصحاب التعليقيّ غير جارٍ في الصورتين فإنّه من التعليق في الموضوع بلا ترتّب أثر شرعيّ عليه.

الدليل للموردين بمرتبة واحدة ولا مجال للتقديم حتى تصل النوبة إلى رفع الشكّ في الآخر. ق

ثم ذكر المحقق المذكور بعد ذلك أنه لو استفدنا من دليل اليد أن الثابت في العهدة بعد تلف العين المثل في المثليات فلا يمكن إجراء استصحاب بقاء المثل في العهدة لسقوطه عن القيمة، فإنه من المحتمل أن يكون الثابت المثل المتقوم بالمالية فيسقط بسقوطه عن المالية ولا بد من أداء المالية ومن المحتمل أن يكون الثابت المثل وإن لم يكن كذلك بل كان صورياً فيثبت في الذمة ولو بعد سقوطه عن المالية فيدور أمر المستصحب بين ما هو مشكوك الحدوث وما هو مرتفع قطعاً فلا يجري فيه الاستصحاب. ونقول: إنه لو أراد من ذلك أن هذا التردد يمنع من الاستصحاب فلا بد من المنع في جميع موارد الاستصحاب ولا سيما استصحاب القسم الثاني من الكلّي فإن أمر المستصحب دائر بين البقاء والزوال؛ والذي يسهل الخطب أن هذا التردد محقق للشك وهو موضوع الاستصحاب في المقام من جهة ذلك التردد نشك في بقاء المثل على العهدة فيستصحب. ولو أراد منه ما ذكرنا سابقاً وأجنا عنه بأن الكلّي لا وجود له خارجاً إلا بالفرد فلامعنى لاستصحابه، فقد مرّ أن هذا خلط بين العقليات والعقلانيات فراجع. ولو أراد منه أن الجامع في المقام ليس بحكم شرعي ولا موضوع ذي أثر شرعي، فجوابه أن المحتمل في المقام أن يكون المجعول الشرعي عهدة نفس طبيعة المثل الجامع بين المتقوم بالمالية وغيره فنعلم بهذا الجامع ونشك في بقائه فنستصحب ذلك. ويكفي في الاستصحاب أن يكون المستصحب مجعولاً شرعياً ولو بلحاظ أحد أطراف الاحتمال، فالجامع وإن لم يكن مجعولاً شرعياً على تقدير أن يكون المجعول عهدة الفرد الخاص إلا أنه على التقدير الآخر وهو كونه مجعولاً حكم شرعي، وهذا كافٍ في الاستصحاب.

فتحصّل أن عهدة المثل متيقنة وقد شكّ في بقائها لسقوط المثل عن المالية فنستصحب بقاء العهدة والحكم العقلي بلزوم القطع بالفراغ عنها يستدعي أداء المالية أيضاً.

و ذكر في ذيل كلامه أنّ وجه منع الاستصحاب في المقام هو عدم إحراز بقاء الموضوع ولا بدّ في الاستصحاب من إحراز ذلك. وهذا مأخوذ من كلام الشيخ الأعظم (قدّه) وتبعه في ذلك المرحوم النائيني (ره) أيضاً. وقد استدكّ الشيخ على ذلك بأنّ المستصحب في الهليات المركبة مثل «زيد قائم» هو قيام العارض له فع عدم بقاء زيد في ظرف الشكّ فإنّما أن يبقى العارض بلا محلّ وهو محال، وإما أن ينتقل إلى موضوع آخر وهو أيضاً محال لاستحالة انتقال العرض، وإما أن يحدث مثله في موضوع آخر وهذا أيضاً ليس إبقاءً فيخرج عن الاستصحاب.

وفيه أولاً أنّ ما أفاده من أنّ المستصحب عارض الموضوع والموضوع معروضه ولا بدّ

من إحراز بقائه، فيه مسامحة ظاهرة لأنّ المستصحب هو متعلّق اليقين وليس ذلك إلّا مفاد القضية لا محمولها الذي هو عارض فإنّه لا يعقل أن يتعلّق اليقين بالمفردات و كذا الظنّ والشكّ لا يتعلّقان بالتصوّرات بل متعلّق هذه الأمور ليس إلّا الأمور التصديقية التي هي مفاد القضايا. نعم، لا بدّ من اعتبار وحدة القضية المتيقّنة والمشكوكة وهذا أمر آخر غير اعتبار إحراز بقاء الموضوع؛ فمع كون موضوع الأثر على نعت الكون الرباط مثل كون زيد قائماً يكون القضية من الهلّية المركّبة مثل «زيد كان قائماً و الآن كما كان»، ومع كون موضوع الأثر على نعت الكون المحموليّ مثل «قيام زيد» تكون القضية من الهلّية البسيطة مثل «قيام زيد كان موجوداً و الآن كما كان». وبذلك تندفع الشبهة الواردة في الهلّيات البسيطة من عدم إحراز بقاء الموضوع فيها فإنّ الشرط هو اتّحاد القضيتين وهو حاصل.

وأما ما أجاب به الشيخ (ره) عن الشبهة من أنّ الموضوع فيها التقرّر الذهني فلا يخفى ما فيه لأنّ الموضوع في «زيد موجود» ليس زيداً المقرّر في الذهن لأنّه لا يمكن أن يوجد في الخارج، فالموضوع في مثل تلك القضايا هو نفس زيد عارياً عن لحاظ شيء معه وغير متقيّد بالتقرّر الخارجي أو الذهني وهو لا يتّصف بالبقاء والمحزّية إلّا بتبع الوجود الذهني أو الخارجي.

وبما ذكرنا ظهر إشكال ثانٍ في ما ذكره الشيخ (ره) وهو أنّه لا يمكن إحراز الموضوع في بعض القضايا وهو الهلّيات البسيطة فإنّ معنى إحرازه هو إحراز بقائه أو وجوده مثلاً لعدم تعلّق الاحراز بالمفرد ومع له لا يبقى شكّ فلا موضوع للاستصحاب في هذه القضايا. والجواب عن ذلك بأنّ الموضوع فيها هو التقرّر الذهني وقد عرفت ما فيه.

قوله (قده): فرع: لو دفع القيمة في المثل المتعدّر مثله ثمّ تمكّن من المثل فالظاهر عدم عود المثل في ذمته.

تقريب المبنى في هذه المسألة يمكن بوجهين تختلف نتيجةهما: أحدهما أن يقال إنّ دفع القيمة في المثل المتعدّر موجب لسقوط ما في الذمّة قهراً فإنّه مرتبة من مراتب أدائه بمعنى أنّه في حال تعدّر المثل أداء القيمة جبران لتام الدرك بنظر العقلاء. ولا معنى لبقاء العهدة بعد أداء ما فيها وعود الساقط بعد رفع التعدّر يحتاج إلى دليل وليس عندنا دليل. ثانيها أن يقال إنّ دفع القيمة في المثل المتعدّر إنّما هو من جهة تعدّر المثل وعدم إمكان أدائه وأداء القيمة ليس أداءه بجميع مراتبه بل أداءه ناقصاً. نعم، ليس للمالك المطالبة بجميع مراتب الأداء فعلاً لعدم التمكن منه بل قلنا بعدم تحقّق الجدّة بالمطالبة في مورد تعدّر الأداء. وأما سقوط ذمّة الضامن بأداء بعض المراتب عن سائرهما يحتاج إلى دليل فع التمكن منها يستحقّ المالك مطالبته بردّ القيمة وأخذ المثل المتمكّن منه. ولا فرق في ذلك بين القول

بثبوت العين في العهدة إلى زمان الأداء في الضمانات و بين القول المشهور و هو ثبوت المثل في العهدة في المثليات فإنّ التقريبين جاريان فيها.

ولكنّ الانصاف مساعدة العقلاء للوجه الأوّل و اعتبارهم سقوط ما في الذمة بأداء القيمة؛ أترى أنّه مع أداء قيمة المثل في مورد التعذر و التمكن منه بعد ذلك بأمد بعيد كخمسين سنة مثلاً أو أزيد، كما هو موضوع المسألة فإنّنا قد ذكرنا عدم جواز المطالبة بالقيمة في مورد التعذر إلى أمد قصير، أنّ العقلاء يرون استحقاق مطالبة المالك بالمثل و ردّه بالقيمة؟! نعم، لو فرضنا حدوث العين على نحو خرق العادة فالعقلاء حاكمون بلزوم ردّ العين من جهة ردّ المال المحترم إلى صاحبه بخلاف صورة حدوث المثل بعد تعذره و الوجه ما تقدّم من جبران الخسارة بتمامها بنظر العقلاء في مورد تعذر المثل فسقطت الذمة و الساقط لا يعود إلاّ بدليل مفقود.

و قد ذكر الشيخ (ره) في المقام أنّه بناء على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالاعواز يسقط بأداء عوضه و هو القيمة بالتراضي فلا يعود كما لو تراضيا بعوضه. و أمّا على القول بسقوطه و انقلابه قيمياً، فإنّ قلنا بأنّ الغضوب انقلب قيمياً عند تعذره مثله فأولى بالسقوط لأنّ المدفوع نفس ما في الذمة و إن قلنا إنّ المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قيمياً احتمال وجوب المثل عند وجوده لأنّ القيمة حينئذٍ بدل الحيلولة عن المثل.

أقول: تقريب بدل الحيلولة على المختار من عدم سقوط المثل أسهل منه على القولين الأخيرين فإنّ المفروض فيه عدم سقوط المثل و أداء القيمة من جهة عدم التمكن من المثل الثابت في الذمة فع التمكن منها لا بدّ من أدائها و القيمة بدل الحيلولة. و أمّا على القول بكون ما في الذمة قيمياً أو صيرورة المثل قيمياً لا معنى لكون القيمة بدل الحيلولة فإنّ أداءها أداء نفس ما في الذمة. هذا، مع أنّ فرض سقوط المثل بأداء القيمة بالتراضي خروج عن محلّ البحث كما لا يخفى.

قوله (قدّه): السابع: لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكي الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة و يدلّ عليه الأخبار المتفرقة في كثير من القيميات.

و نحن نذكر أولاً ما هو مقتضى القاعدة العقلانيّة في هذا المقام و ثانياً الأخبار و مقتضاها. أمّا الأوّل فقد مرّ سابقاً أنّ المعتمد عند العقلاء في الغرامات و جبر الخسارات أداء ما هو قائم مقام العين في جميع الخصوصيات التي بها تتفاوت الرغبات عندهم. نعم، الخصوصية العينية ملغاة عندهم في هذا المقام لتلفها و عدم دخلها في ما هو مناط رغبتهم فإنّ أداء مثل الحنطة جابر لخسارة التلف بجميع ما هو مورد لرغبة العقلاء بلانقص كما هو ظاهر؛ فع وجود مماثل للشيء التالف و لو نادراً لا بدّ من تحصيله و أدائه فإنّ ما هو قائم مقام العين

في تلك الخصوصيات هو المثل لا القيمة. فعلى هذا يمكن أن يقال إن أداء القيمة في القيمات التي لا يوجد لها مماثل أبداً ليس من جهة أنها مضمونة بالقيمة، بل إنها هومن جهة تعدد ما هو قائم مقام العين كذلك وهو المثل فالقيمات أيضاً مضمونه بالمثل كالمثلثات فلا بد من أدائه عند التمكن ومع عدمه تصل النوبة إلى أداء القيمة من جهة تعدد المثل وقد مر تفصيل الكلام فيه. وبالجملة جبر القيمات بالقيمة عند العقلاء إرفاق بحال الضامن لاقهر عليه وعلى المضمون له. هذا بحسب القواعد وما هو ثابت ببناء العقلاء واعتبار ذلك بنظر الشارع يثبت من إطلاق أدلة الضمانات بمعنى جعله الضمان وسكوته عن كفيته وعدم ردع الثابت عند العقلاء. فن ذلك يستكشف أن كفيته الضمان شرعاً أيضاً ذلك والإطلاق المذكور في كلام الشيخ (ره) أيضاً لعله هذا المعنى والله العالم.

و أما بحسب الأخبار فقد وردت عدة من الأخبار في الأبواب المتفرقة تدل بالاطلاق على أن ضمان جميع الأشياء بالقيمة، نخرج عنها في المثليات بالاجماع فإن القدر المتيقن منه ذلك. بقي الباقي وهي القيمات بجميع أقسامها مضموناً بالقيمة. وإليك بعض هذه الأخبار:

١- في الرسائل، كتاب الرهن، الباب السابع، الرواية ثمانية موثقة. وهذه الرواية تدل باطلاقها المستفاد من ترك الاستفضال أن العين المرهونة مضمونة بالقيمة وإلا لم يكن معنى لحصول التهاتر وتراذ الفضل، واحتمال خصوصية الرهن مدفوع بالتعليل الوارد فيها («وضيعة»).

أشار الشيخ (قدّه) إلى هذه الرواية ونعمت الإشارة واعترض السيد (ره) عليه بقوله «لكن لم أعر على هذا الخبر» وقد عرفت الرواية ووجه دلالتها، وتدل على ذلك غير هذه الرواية في هذا الباب أيضاً.

٢- الباب العاشر في هذا الكتاب. فيه روايات تدل على أن غلة الرهن تحسب لصاحب الرهن مما عليه مع أنها قد تكون مثلياً أيضاً وهذه تدل باطلاقها على أنها مضمونة بالقيمة. وهكذا وردت عدة من الروايات في باب موجبات الضمان في الديات (الباب ٤١، موثقة السكوني) وفي كتاب العتق واللقطة (الباب الآخر) تدل بالاطلاق على ذلك. نعم، وردت رواية في كتاب اللقطة (الباب الثالث عشر، الرواية السابعة) تدل بتقريب على ضمان الشيء بالمثل ولو كان قيمياً وذلك لعود ضمير «تردها» إلى نفس العين ورد المثل أو القيمة نحو أداء من العين، فع إمكان الأول لا تصل النوبة إلى الثاني ولكن الظاهر عود الضمير إلى ثمنها وعدم أنس الذهن إلى عود الضمير بنحو المتقدم. ووردت رواية في ذلك الكتاب (الباب الرابع عشر، رواية صفوان موثقة) يمكن تقريبها

بنحو تدلّ على ذلك، فإنّ كلمة «أو مثلها» لا يستقيم إلا إذا فرض تلف العين؛ ولكن هذه الكلمة لا تدلّ على اصطلاح الفقهاء الحادث جديداً في المثل بل الظاهر منه المماثل للشيء في المقدار لا المثل المصطلح عليه فلا تنافي في الرواية لما دلّ على ضمان القيمي بالقيمة وإن أبيت فتلتزم بذلك من جهة الجمع العرفي ولا مانع منه.

ثم إنّه هل المدار في أداء القيمة يوم الأداء كما نسب إلى الأكثر أو التلف كما نسب إلى الأكثر أيضاً أو القبض كما نسب إلى الأكثر أيضاً أو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الأداء أو التلف وغير ذلك من الأقوال؟

يختلف الحال حسب اختلاف المباني، فعلى القول بثبوت العين في العهدة في باب الضمانات فلا بد من أداء قيمة يوم الأداء سواء قلنا بأنّ المعبر في العهدة هو العين بخصوصيتها الشخصية أو العين بجميع صفاتها أو العين بجميع ماله الدخّل في حصول الرغبات، وهكذا الحال على مبنى اعتبار المثل في العهدة. والوجه في الجميع أنّ العين أو المثل ثابت في الذمة إلى هذا الزمان ولا بدّ من أدائها ولا يمكن إلا بأداء قيمتها حينئذ.

وللمرحوم النائيني كلام في المقام وهو أنّ منشأ القول بلزوم أداء القيمة يوم الأداء أمران: الأوّل أنّ العين الشخصية في عهدة الضامن إلى زمان الأداء. الثاني أنّ قوام الشيء بمالته وهو الركن له والمالية عبارة عمّا ينتفع به من غير تقديرها بقيمة كعنوان ما يشيع عشرة أنفس في الخنطة وهذا المعنى يبقى إلى زمان الأداء.

وأشكل على الأمر الأوّل دون الثاني وظاهره الرضا به. والاشكال على الأوّل أولاً أنّ جعل الأداء غاية للضمان ملازم لاعتبار الضمان بما يمكن أداءه وشخص العين حين التلف لا يمكن أداءه فلا يعتبر الضمان به. وثانياً أنّ الذمة ظرف للكليات لا الخارجيات. وثالثاً أنّ لازم ذلك إمّا الالتزام بسقوط الضمان وإمّا بعدم تعيين قيمة يوم الأداء لأنّ الخصوصية لو كانت مضمونة يسقط الضمان بالتلف وإلا يلزم التكليف بما لا يطاق ولولم تكن مضمونة فلا موجب لتعيين قيمة يوم الأداء. انتهى ملخصاً.

وفيه: أولاً أنّ منشأ هذا القول ليس منحصرّاً في هذين الأمرين كما عرفت. و ثانياً أنّنا قد ذكرنا أنّ أداء المثل أو القيمة نحو أداء للشيء عند العقلاء وقد التزم به هو أيضاً (قدّه) في الأمر الرابع فيمكن اعتبار الشيء بخصوصيته في العهدة ولا ينافي ذلك جعل الأداء غاية لضمانه لا مكان أدائه ولو ببعض الأنحاء. وأمّا ما ذكره من أنّ الذمة ظرف للكليات لا الخارجيات فمخدوش من وجهين: أولاً لا يلزم في الضمانات أن تكون الذمة ظرفاً للمضمون بل يكفي تعلّق العهدة به نظير باب الكفالة التي تعلّقت عهد الكفيل بالشخص

الخارجي. وثانياً أنّ الخارج بخارجيته ووجوده التكويني غير قابل لحصوله في الذهن إلاّ أنّ اعتبار الخارج في الذهن لا محذور فيه أبداً. وبما ذكرنا ظهر الجواب عمّا ذكره أخيراً فإنّه يمكن الالتزام بأنّ الخصوصية مضمونة ومع ذلك لا يسقط الضمان بالتلف وليس التكليف بالأداء من التكليف بما لا يطاق لا يمكن أدائه بمثله أو قيمته وأداء المثل أو القيمة نحو أداء لذلك الشيء.

وأما ما ذكره من الأمر الثاني الذي قلنا إنّ ظاهره رضاه (قدّه) به، ففيه: أولاً أنّ قوام الشيء ليس بماليته بل إنّما هو بجميع الصفات الدخيلة في رغبات العقلاء بالنسبة إليه بل ماليّة الشيء إنّما يعتبر بلحاظ هذه الصفات فلا يمكن دخلها في قوام الشيء. وثانياً أنّ الماليّة ليست عبارة عمّا ذكره مع أنّ ما ينتفع به وما يشبع عشرة أنفس الذين بها فسر الماليّة لا يلائمان. وثالثاً أنّه لو كان المضمون في الحنطة مثلاً عنوان ما يشبع كما ذكره فما وجه لزوم أداء الحنطة في مورد ضمانها بل يكفي أداء الشعير أيضاً فإنّه مصداق لهذا العنوان؛ ولو قيل بأنّ المراد منه مصداق ما يشبع وهو الحنطة فهذا كره على ما قرّمه وهو اعتبار الشخص في العهدة لا ما يقومه وهو الماليّة.

وذكر المحقّق الاصفهاني (قدّه) في المقام أنّ الصحيح الموافق للاعتبار لزوم قيمة يوم التلف وإن قلنا بثبوت العين في العهدة في الضمان. وذكر في وجه ذلك ما حصله: إنّ ماليّة العين لا تعين لها في نفسها بل هي أمر مبهم تتعين بالاضافة إلى زمان أو مكان ومع الاضافة إلى ذلك فتلك الماليّة ماليّة العين بقول مطلق. وحيث إنّ ماليّة العين في مقام الثبوت هكذا فتعيّنها في مقام الاثبات يحتاج إلى معيّن... إلى أن قال في ذيل كلامه في وجه تعيين زمان التلف: إنّ ماليّة العين من زمان الأخذ إلى زمان التلف ماليّة لم يكن معنى عهدها إلاّ أداءها بأداء العين لا تداركها بحصّة مماثلة لها. وماليّة العين مادامت في العهدة بعد زمان التلف ماليّة فرضيّة لاعروض للتلف عليها حتّى يجب تداركها بل فرضها يتبع فرض العين في العهدة، ومعناه لزوم تدارك العين لعدم سقوطها عن العهدة؛ فلم يبق إلاّ ماليّة العين في زمان التلف وهي ماليّة واقعيّة معنى عهدها تدارك العين بأدائها فتعيّن لزوم أداء قيمة يوم التلف. هذا.

وأما ما ذكره من إيهام الماليّة وتعيّنها بالاضافة وبعدها بالاضافة تكون الماليّة ماليّة العين بقول مطلق فلا يساعده الرجوع إلى اعتبار العقلاء في ذلك، فإنّ ماليّة الشيء بقول مطلق عندهم ليس إلاّ الماليّة في زمان تبديله بالمال أو سقوطه بأداء المال وتعيّن الماليّة بالاضافة إلى هذا الزمان لا يحتاج إلى معيّن بخلاف سائر الأزمنة ولعلّه أظهر من أن يفصل. فعليه لا بدّ من أداء ماليّة العين بالاضافة إلى زمان الأداء فإنّ المفروض بقاء العين

في العهدة إلى هذا الزمان وماليتها بقول مطلق ليست إلا ماليتها بالاضافة إلى زمان سقوطها عن العهدة وهو زمان الأداء.

و أما ما ذكره من أن المالية بعد زمان التلف مالية فرضية بتبع فرض العين في العهدة فبني على مامر سابقاً من توهم عدم كون العهدة مالاً حقيقة وعدم اعتبار المالية لها إلا فرضاً. وقد ظهر عدم تمامية هذا المبنى وأن العقلاء كما يعتبرون المالية للاعيان الخارجية كذلك يعتبرونها للذمم أيضاً. غاية الأمر أن اعتبار المالية للذمم من جهة إمكان أدائها بأداء العين في الخارج.^١ ولذا في باب السلم يبذل بازاء العهدة مال مع أن المال الخارجي غير موجود بالفعل. فالصحيح مامر من أنه بناء على اعتبار العين في العهدة إلى زمان الأداء لها مالية باعتبار إمكان أدائها بأداء قيمتها وماليتها بقول مطلق ليس إلا ماليتها في زمان الأداء فلا بد من أداء قيمة ذلك الزمان.

فقد تحصل مما مر أن منشأ لزوم أداء قيمة يوم الأداء هو الالتزام باشتغال الذمة بالعين إلى هذا اليوم أو الالتزام باشتغالها بالمثل كذلك حتى في القيميات.

و أما منشأ لزوم أداء قيمة يوم الأخذ فهو الالتزام باشتغال الذمة بالمثل في المثليات والقيمة في القيميات بمجرد الأخذ و كون الضمان كذلك فعلياً في زمان الأخذ بدعوى الاستفادة ذلك من حديث اليد فإن ذلك يقتضي ظهور جعل العهدة بالأخذ. ولازم هذا القول سقوط المثل أو القيمة عن الذمة بأداء العين في صورة وجودها عكس المبنى السابق في صورة تلفها الذي كانت تسقط العين عن الذمة بأداء المثل أو القيمة. وقد مر أن ظاهر دليل اليد ليس إلا جعل الضمان والعهدة والضمان بنظر العقلاء هو تدارك الخسارة وقد يحصل بأداء المثل وأخرى بأداء القيمة ولازم هذا المبنى في صورة وجود العين أمر تعليقى وهو أنه لو تلفت العين فالذمة مشغلة بالمثل أو القيمة فلا منافاة بين كون الضمان فعلياً والاشتغال بالمثل أو القيمة تعليقياً. فعلى ذلك ليست الذمة مشغلة بالقيمة في زمان الأخذ فعلاً حتى يتم ذلك المبنى.

و أما منشأ لزوم أداء أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان التلف أن العين بجميع أوصافها الحاصلة تحت اليد مضمونة على الأخذ ومن الأوصاف تفاوت القيمة السوقية. و قد مر الجواب عن ذلك وقلنا إن تفاوت القيمة السوقية بمجرد أنها ليست من الأوصاف بنظر العقلاء وإن كان منشأ اختلاف الأوصاف بالدقة العقلية والمعياري في أمثال المقام بناء العقلاء لا الدقائق الفلسفية.

١- في الفارسية نقول مثلاً: ارزش عهده به لحاظ پشتوانه است، نظير اسكناس. ق

و أما منشأ لزوم أداء أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان الأداء أمور ثلاثة:
أحدها ثبوت العين في العهدة في الضمانات. ثانياً كون اختلاف القيمة السوقية مضموناً
كسائر الأوصاف. ثالثها كون اعتبار العين في العهدة محققاً لاستيلاء الضامن على ذلك و
إلا فلا معنى لضمان اختلاف القيمة الحاصل بعد تلف العين.

ولو سلمنا الأمرين الأولين فلا يمكن تسليم الأخير لأن اعتبار العين في العهدة
غير الاستيلاء والأخذ؛ بل يمكن أن يقال إن العهدة مسلطة على الضامن لا العكس فإن
المستفاد من كلمة «على» العهدة هذا المعنى. و بالجملة يمنع صدق عنوان الاستيلاء
على العهدة حتى تقع مضمونة بعد تلف العين، مع أنه يلزم من إثبات ضمان العهدة بدليل
اليد ما قيل في الأخبار مع الواسطة من استلزام ذلك كون دليل الحكم محققاً لموضوع نفسه
فإنه بتحقيق اليد يثبت العهدة فيتحقق الاستيلاء على الفرض؛ فلو قلنا بتطبيق دليل اليد
على هذا الاستيلاء يلزم المحذور.

ولا يمكن الجواب عن ذلك بما أجيب به في الأخبار مع الواسطة من كون الدليل على
نحو القضية الحقيقية أو منحلّة إلى قضايا متعدّدة لعدم مساعدة العرف والعقلاء هنا لذلك و
إن قلنا بمساعدتهم. هناك، فإنّ العقلاء لا يرون فرقاً بين الأخبار مع الواسطة وبدون الواسطة
في ترتيب الآثار والواسطة مغفول عنها عندهم بل يرون الأثر المخبر به أخيراً أثراً للخبر من
دون نظرهم إلى كونه مع الواسطة أو بدون الواسطة؛ بخلاف المقام لأنّ المفروض أنّ كلّ
استيلاء موضوع مستقل غير مغفول عنه وتطبيق دليل واحد على الموضوع الأول و
إثبات موضوع نفسه وتطبيقه ثانياً على هذا الموضوع أمر منكر بنظرهم، مع أنّ الالتزام يجعل
العهدة على العهدة لا يمكن وإلا يلزم التسلسل (الظاهر عدم ورود هذا الاشكال و يظهر
بالتأمل). مع أنه لو سلمنا جميع ذلك وعدم ورود شيء من الاشكالات مع ذلك الدليل
منصرف عن الاستيلاء الحاصل من حكم الشارع بالضمان. هذا.

والمستحصل ممّا تقدّم عدم صحّة أيّ من هذه الأقوال والصحيح هو الضمان
بقية يوم التلف لظهور دليل اليد وغيره في ذلك لأنّ معنى لضمان على ما حقّق سابقاً أنه
لوتلف يلزم التدارك بالمثل في المثليات والقيمة في القيمات والقيمة بقول مطلق
عند العقلاء في مثل هذا الكلام قيمة يوم التلف وغيرها يحتاج إلى قيد ومؤونة زائدة.^١
هذا بحسب القواعد و أما بحسب الروايات فهنا عدّة روايات:

١- قد مرّ تقريب وجه الضمان بقيمة يوم الأداء حتى على هذا المبنى المشهور من معنى الضمان
المستفاد من دليل اليد. فراجع. ق

منها صحيحة أبي ولاد، نتكلم في كل فقرة منها.
الأولى: قوله (ع) في جواب سؤال أبي ولاد «أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟»: «نعم قيمة بغل يوم خالفته».

ذكر الشيخ (ره): الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمة إما باضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً يعني قيمة يوم المخالفة للبغل فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة لا لأنّ ذا القيمة بغل غر معين... إلى أن قال: وإما يجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل. انتهى.

وقد أشكل صاحب الكفاية (قدّه) في تعليقه على المكاسب على كلام الشيخ و قال: قوله (ره) «وإما باضافة القيمة المضافة إلى البغل ثانياً... الخ» فيه إشكال، فإنّ إضافة المضاف بما هو مضاف ثانياً يستلزم أن يكون الاضافة بما هي إضافة ملحوظة باللحاظ الآليّ طرفاً لها و ملحوظة على الاستقلال فإنّها من مقوماته في الاضافة الثانية. ولو كان المراد إضافته ثانياً لا بما هو كذلك يلزم أن يكون حين التلفّظ به طرفاً لهذا على حدة و لذلك كذلك؛ و هذا يستلزم أن ينظر إليه ذلك الحين بالنظرين المتباينين ضرورة تنافي النظر إليه بما هو مضاف لأحد هما للنظر إليه بما هو مضاف للآخر كما لا يخفى على من تدبّر، مع أنّه غير مفيد فإنّه لا يوجب اختصاص قيمة البغل بيوم المخالفة. وقد انقح بذلك حال إضافة مجموع المضاف والمضاف إليه فإنّه لا بدّ فيها من ملاحظة الاضافة الأولى ثانياً على حدة لكونها من مقومات المضاف في الثانية. اللهمّ إلا أن لا يكون اللحاظ الثاني الاستقلاليّ حين اللحاظ الآليّ و هو حال التلفّظ بالمضاف والمضاف إليه في الأولى بل بعده بأن يكون إضافة المجموع أو إضافة المضاف منه ثانياً بحسب المعنى. انتهى.

وتبعه في ذلك تلميذه المحقّق (ره) وذكر في هذا المقام أنّه كان اللازم تأويل كلام الشيخ بأن مراده من الاضافة هنا هي الاضافة رتبة ولبّاً لا الاضافة لفظاً ولا مفهوماً. أمّا وجه عدم إمكان كون المراد هي الاضافة لفظاً فلعدم تعدّد اللفظ المضاف إلى البغل وإلى القيمة، بل ليس إلاّ لفظ واحد و هو أضيف إلى البغل فقط. و أمّا منع كون الاضافة مفهوميّة فلا أنّه يلزم اجتماع اللحاظين في لحاظ واحد لأنّ ملاحظة مفهوم إضافة القيمة إلى اليوم على نهج خاصّ به و ملاحظة مفهوم إضافة القيمة إلى البغل على نهج خاصّ به كان بنحو اللحاظ الآليّ و هذا يتبع المفهومين الملحوظين باللحاظ الاستقلاليّ ولا يعقل ملاحظة مفهوم القيمة مع مفهومين مترتّبين في مرحلة الاستعمال في استعمال واحد متقوم بلحاظ واحد. هذا إذا أريد إضافة ذات القيمة إلى اليوم كما أضيف بذاتها إلى البغل و أمّا إذا أريد إضافة القيمة إلى اليوم بما هي مضافة فيزيد على الاشكال السابق من اجتماع

المحافظين في لحاظ واحد إشكال آخر وهو اجتماع اللحاظ الآتي مع اللحاظ الاستقلالي لأنّ لحاظ إضافة القيمة إلى البغل لحاظ آتي قد اجتمع مع لحاظ إضافة القيمة و ما بعدها إلى اليوم وهذا لحاظ استقلالي و إلا فالملحوظ باللحاظ الآتي لا يعقل إضافته لأنّ المفهوم الحرفي لا يقع طرفاً كما أنّ إضافة مجموع المضاف والمضاف إليه إلى اليوم كذلك. انتهى.

هذا محصل الاشكال العقلي على كلام الشيخ (ره). ولكن لا يرد عليه شيء من ذلك فإنه قد مرّ سابقاً أنّه لا يعقل في مقام استعمال اللفظ إلاّ لحاظ نفس معناه والمعاني المركبة إنّما يفهم من تعدّد الدالّ والمدلول، ففي إضافة غلام إلى زيد لا يلحظ زيد حال استعمال غلام بل إنّما يلحظ معناه فقط ولا يلحظ غلام حال استعمال زيد بل إنّما يلحظ معناه فقط وباستعمال هذه الهيئة الخاصّة لا يلحظ إلاّ نفس معناه وهو المعنى الربطي. غاية الأمر إنّ المحافظين الأولين استقلاليّ وهذا اللحاظ الآتي. ولو أريد من الاضافة لحاظ المضاف حال لحاظ المضاف إليه وإضافته إليه في هذا الحال فهذا غير ممكن لأنّ حال لحاظ غلام والتلفظ به لم يتلفظ بزيد ولم يلحظ بعدد و حال لحاظ زيد والتلفظ به انعدم التلفظ بغلام و لحاظه فلامورد لاجتماعهما معاً. فعلى ذلك ظهر دفع جميع ما ذكر من الاشكالات المتقدّمة، فإنّ حال استعمال القيمة لم يلحظ إلاّ معناها كما أنّ حال استعمال البغل واليوم أيضاً كذلك وإضافة القيمة إلى البغل وإضافتها إلى القيمة تفهمان من الهيئتين، هيئة إضافتها إلى الأوّل وهيئة إضافتها إلى الثاني. والحاصل أنّ قبل استعمال الألفاظ يتصوّر المتكلم ما يريد إفهامه وبعد ذلك يبرزه باللفظ ويفهمه بالمخاطب بتعدّد الدالّ والمدلول ولا يلزم شيء من اجتماع المحافظين المتنافيين أو الآتي والاستقلاليّ لا قبل الاستعمال ولا حاله وهذا ظاهر. أترى أنّه لو قال «غلام زيد وعمرو» يلزم منه محذور فع قطع النظر عن الاشكال اللغوي والعرفي لم يكن إشكال في مثل إضافة «غلام زيد وعمرو» أيضاً.

فالأولى الاشكال على كلام الشيخ بالاشكال اللغوي وهو أنّ إضافة شيء واحد إلى أمرين مرتبّين بالاضافة غير معهود في اللغة والعرف، مضافاً إلى أنّ ظاهر تتابع الاضافات فيما لم تكن قرينة على الخلاف تخصيص المضاف الأوّل بالثاني وتخصيص المضاف الثاني بالمضاف إليه فيكون مفاد الاضافة في المقام أنّه لا بدّ من أداء قيمة بغل يوم المخالفة لا أداء قيمة يوم المخالفة للبغل. نعم، لو لم يكن وجه لاضافة البغل إلى اليوم أمكن القول باضافة القيمة إليه و أمّا مع الوجه المعتبر في هذه الاضافة وهو كون البغل معرضاً للهزال وغيره في مثل هذا السفر ولذا يكون الاعتبار بقيمة بغل يوم المخالفة، فلا وجه للالتزام باضافة القيمة إلى اليوم. ولعلّ الشيخ (ره) أيضاً أراد باضافة القيمة إلى

اليوم هذا المعنى وهو الاضافة مع الوسط لا بالذات، والشاهد على ذلك قوله «إسقاط حرف التعريف».

و كيف كان قراءة هذه العبارة بدون إضافة البغل إلى اليوم أولى منها مع هذه الاضافة بالنظر العرفي و هذا هو الوجه الثاني في كلام الشيخ بقوله «قيداً للاختصاص». و مما ذكرنا ظهر عدم ورود الاشكال على هذا الوجه بأن الاختصاص معنى حرفي و هو غير قابل للتقييد و إلا يلزم الجمع بين اللحاظين، فإن التقييد يستفاد من الهيئة ولا يلزم الجمع في مقام الاستعمال ولا قبله كما مر؛ مع أن لحاظ المعنى الحرفي ثانياً باللحاظ الاستقلالي لأجل التقييد لا مانع منه، مضافاً إلى أن جل القيود الواقعة في الكلام راجع إلى مفاد الهيئات والتفصيل موكول إلى نغمة.

والتحقيق أن يقال: إن تعلق الظرف بالقيمة أي يكون فيه الاختصاص أو البغل، خلاف القواعد العربية والمحاورات العرفية، بل الظاهر تعلقه بفعل أو شبه فعل و ليس في المقام إلا «نعم» القائم مقام ما هو المفروض في كلام السائل فكأن العبارة هكذا: «لوعطب البغل أو نفق يلزمك قيمة بغل يوم خالفته» بمعنى أنه يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب أو نفق. فهذا المعنى التعليقي يتعلق بالعهد و مبدأه يوم المخالفة و ليس هذا إلا ما ذكرنا من مفاد حديث اليد.

فالتحصّل من الرواية أنه لا بدّ من أداء قيمة يوم التلف لأنّ القيمة المطلقة المتعلقة على فرض التلف ظاهرة في هذه القيمة و قد مرّ ذلك في دليل اليد. هذا على تقدير عدم إضافة البغل إلى اليوم و أمّا على تقدير الاضافة فقد مرّ أنّ ظاهره لزوم أداء قيمة بغل يوم المخالفة لقيمة يوم المخالفة للبغل، و مع ضمّه إلى مفروض السؤال تنتج النتيجة السابقة مع أنّ هذه القراءة غير معهودة عرفاً كما سبق.

والحاصل أنّ سؤال أبي ولاد متكفّل لجهتين: الأولى السؤال عن أصل الضمان والثانية ارتكاز السائل بأنه على تقدير الضمان لا بدّ من دفع قيمة يوم التلف و هذه تستفاد من ظاهر التعليق. ثمّ إنّ الامام (ع) أجاب عن الوجه الأول بثبوت الضمان و قرّر الوجه الثاني ولم يردع عنه، فيستفاد من ضمّ الجواب إلى السؤال و ما هو مرتكز السائل المستفاد من ظهور الجملة التعليقية في السؤال أنّ الضمان ثابت من يوم المخالفة و أنّه لو عطب أو نفق لا بدّ من أداء القيمة. و وجه ذكر يوم المخالفة دفع احتمال أنّ مبدأ الحكم بالضمان يوم الأخذ و إثبات أنّ مبدأه يوم الغضب و المخالفة نظير مفاد حديث اليد.

و قد ظهر ممّا ذكرنا ما في كلام المرحوم النائيني من أنّ الصحيحة تدلّ على أنّ المدار قيمة يوم الأخذ حتّى على القول بتعلق الظرف بـ «نعم» بدعوى أنه على هذا الفرض

تدّن الصحيحة بالالتزام على لزوم قيمة يوم المخالفة لأنّ مالية المال إذا قدر بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة يكون القيمة قيمة ذلك اليوم لأنّه لا يعقل أن يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعلياً ويقدر قيمة يوم مابعد المخالفة. وأنت خبير بأنّ فرض تعلّق الظرف بـ «نعم» منافي للقول بتقدير القيمة بيوم المخالفة بل تصحح القيمة قيمة بقول مطلق وتعليقها بالتلف ينتج لزوم قيمة يوم التلف كما مرّ تفصيله.

الثانية: قوله (ع) «عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه» في جواب سؤال أبي ولّاد «فإن أصاب البغل كسراً أو دبّر أو غمز». والمعروف والمتداول في الكتب وجود كلمه «يوم» فيها وحكي عدمها أيضاً.

و كيف كان، قبل بيان المحتملات في هذه العبارة وبيان المختار منها نتعرّض لفرع ذكره الشيخ (ره) في المقام وهو أنّه لو حدث عيب في المغصوب ثمّ زال عنه وأدى صحيحاً هل يكفي ذلك في رفع ضمان الوصف أولاً؟ أقوال ثالثها، وهو الحق، التفصيل في أقسام العيوب فلو كانت الصّحة الحادثة بعد التعيّب عود نفس الصّحة السابقة بنظر العرف فلا ضمان كما إذا نسي العبد المغصوب الكتابة ثمّ تذكر، بخلاف ما إذا كانت وصفاً حادثاً بعد زوال الوصف الأوّل عرفاً كما إذا خرب الدار ثمّ بناه كسابقه. والوجه في ذلك صدق الأداء في الأوّل دون الثاني فإنّ الأداء أخذ غاية للضمان في حديث اليد بل في الاتلاف أيضاً كذلك وإن لم يؤخذ الأداء غاية له فيه فإنّه بأداء نفس المغصوب يرتفع الضمان بنظر العقلاء وهذا واضح. فما ذكره المحقّق الاصفهاني (قدّه) من عدم الضمان مطلقاً نظراً إلى أنّ إعادة المردوم وإن كانت مستحيلة عقلاً لكتبتها جائزة عقلاً، وما ذكره المرحوم النائيني (قدّه) من الضمان مطلقاً نظراً إلى أنّ الحادث وصف ثانٍ طارٍ على زوال الوصف الأوّل، ظهر الكلام فيها.

وأما احتمالات العبارة كثيرة تبلغ اثني عشرة حاصلة من ضرب احتمالين في «عليك» في احتمالات ثلاثة في متعلّق الظرف في احتمالين في مرجع ضمير «تردّه»، فإنّ مفاد «عليك» إمّا وضعي أو تكليفي والمتعلّق إمّا «عليك» أو «القيمة» أو «العيب» والمرجع إمّا «البغل» أو «الأرض» ويختلف المعنى على هذه التقادير كما هو ظاهر.

وهنا إشكالان مشترك الورد في جميع هذه الاحتمالات:

الأوّل: لازم جميع هذه الاحتمالات أن يكون الضمان معلقاً على حصول الردّ فع عدم حصوله لا ضمان؛ أمّا على تعلّقه بـ «عليك» فظاهر وأما على تعلّقه بـ «القيمة» أو «العيب» فلعدم تحقّق قيمة يوم الردّ وعدم ثبوت التفاوت بين الصّحة و عيب يوم الردّ فلا موضوع للضمان على أيّ تقدير وهذا كما ترى.

الثاني: لازم ذلك أن يكون المضمون قيمة تقديرية و فرضية لاحقيّة؛ أما على تعلّقه بـ «القيمة» أو «العيب» فالضمان الفعليّ متعلّق بالقيمة الثابتة فيما بعد ولا يمكن إلّا بالفرض والتقدير. و أما على تعلّقه بـ «عليك» فالضمان في يوم الردّ متعلّق بالقيمة المتقدّمة على ذلك اليوم و هو يوم تلف الوصف (بالتقريب المتقدّم في دليل اليد والفقرة الأولى). و هذا أيضاً لا يمكن إلّا بالفرض والتقدير وهذا أيضاً كماترى.

و هنا إشكال مختصّ ببعض هذه الاحتمالات و هو أنّه على تقدير تعلّق الظرف بـ «عليك» يلزم ثبوت الضمان حال الردّ (فإنّ اليوم لا دخل له في ذلك)، و لازمه اجتماع الثبوت والسقوط في حال واحد و دخل أمر واحد و هو الردّ في الثبوت والسقوط معاً و هذا أيضاً كماترى. ولكنّ هذه الاشكالات إنّها يلزم على المدّقة في كلمات الرواية و لحاظها عن الدقّة الخارجة عن المتعارف و أما لحاظها على وفق المتفاهم العرفيّ في الرواية يقتضي عدم دخل اليوم في المطلب أصلاً، بل معناه أنّه لا بدّ من ردّ الأرش يوم ردّ البغل^١. و أما تعليق الضمان باليوم أو القيمة أو العيب به فلا يفهم عرفاً منه فإذا بضميمة الجواب بالسؤال نستفيد ما ذكرناه في الفقرة الأولى بلازيادة و نقصان.

ذكر بعض المحقّقين في المقام أنّ الظرف متعلّق به «عليك» و أجاب عن الاشكالات المتقدّمة بأنّ الظرف لبيان استقرار الوضع أو التكليف يوم الردّ فيفيد فائدة عود الظرف إلى العيب و تكون هذه الفقرة ساكنة عن يوم القيمة فيرجع إلى ما تقتضيه القاعدة في الضمانات. انتهى.

لكن ما ذكره خلاف ظاهر الرواية فإنّ تعلّق اليوم بـ «عليك» يقتضي ثبوت أصل الضمان في ذلك اليوم لا استقراره.

الثالثة: قوله (ع) في جوابه «و من يعرف ذلك؟»، «أنت و هو...» الخ. والفقهاء (ره) أرجعوا «ذلك» إلى قيمة البغل المذكورة في الفقرة الأولى. و لذا وقعوا في حيص و بيص بأنّه يلزم قبول قول المالك مع يمينه مع أنّه مدّع حينئذٍ و لزوم الجمع بين قول يمينه و قبول بيّنته مع أنّه إمّا منكر أو مدّع. و فصل الشيخ (ره) بما فصل و جعل هذه الفقرة مؤيدة لثبوت قيمة يوم التلف. و ذكره صاحب الكفاية (قدّه) و تبعه تلميذه المحقّق (قدّه) أنّ الحلف معنأ ليس اليمين في باب القضاء بل يكون الحلف المتعارف. و ذكر بعضهم أنّه لا ضير في تخصيص أدلة باب القضاء بهذه الرواية في مورد الغضب أو غضب البغل، مع أنّ الظاهر من الرواية رجوعها إلى مايلها و هي قيمة التفاوت المذكورة في الفقرة الثانية و يمكن

١- في الفارسية نقول: هنگامی که خواستی قاطر را بدهی، آن تفاوت را هم بده. ق

تقريبها على مقتضى قواعد باب القضاء، فإنَّ الاختلاف في هذا التفاوت يتصور على ثلاث صور بالطبع. فإنه إما أن يكون النزاع في قيمة المعيب مع موافقتها في الصحيح وإما بالعكس وإما كلا الأمرين. أما على الأولى فالقول قول المالك لأنه ينكر زيادة قيمة المعيب طبعاً حتى يجزّ زيادة الأرش. وأما على الثانية فالقول قول الضامن لأنه ينكر زيادة قيمة الصحيح حتى لا يدفع هذه الزيادة. وعلى الثالثة فكلّ منها منكر ومدع و يظهر حكمها من الصورتين الأوليين. فإذا أرجعنا «ذلك» إلى قيمة التفاوت يحكم على طبق حلف المالك على الأولى وبيّنته على الثانية و صريح الرواية أيضاً هذه الصورة على تقدير قبول بيّنته فإنَّ البغل يوم الاكتراء صحيح بحسب الفرض ولم يتعرض في الرواية لحكم الصورة الثالثة لظهور حكمها من الصورتين. هذا مضافاً إلى أنَّ القاعدة المعروفة في باب القضاء من أنَّ البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر قاعدة عقلانيّة مرتكزة في الأذهان و هذا الارتكاز أيضاً موجب لصرف الرواية إلى ما ذكرناه؛ واحتمال ذلك أيضاً كافٍ في عدم جواز تخصيص العمومات مع أنَّ هذا التخصيص ممّا لا يمكن الالتزام به بل لعلّه مستبشع فإنَّ تخصيص القاعدة العقلانيّة بغير الغصب أو البغل مثلاً ممّا يعدّ تخصيصاً منكراً عندهم، كما أنَّ حمل الحلف على خلاف الحلف في باب القضاء خلاف الظاهر جداً. والحاصل أنّه لو دار الأمر بين ما ذكرناه و ما ذكره القوم فما ذكرناه أوفق بقواعد باب المحاوره و أقلّ محذوراً ممّا ذكروه. و عليه فلا تدلّ هذه الفقرة على اعتبار شيء من قيمة يوم الغضب أو التلف أو غير ذلك^١.

بقي شيء مذكور في آخر هذه الرواية و هو أنَّ رضا المالك بتوهم صحّة فتوى أبي حنيفة بما أعطاه أبو ولاد لا يكفي في رفع ضمانه ما لم يجعله في حلّ بعد إخباره بما ذكره الصادق (ع). و هذا يقتضي تعميم الحكم في نظائر ذلك كما إذا رضي بدخول شخص في داره بتوهم أنّه صديقه مع أنّه عالم بخلافه و غير ذلك من الأمثلة خلافاً لبعض الفقهاء حيث أفتوا بحصول الرضا و جواز التصرف و عدم لزوم الاخبار بالواقع.

ثمَّ إنه هل يمكن إسراء الحكم من مورد الرواية و هو الغصب إلى محلّ كلامنا و هو المقبوض بالعقد الفاسد أم لا؟

أما على ما اخترناه من أنَّ عهدة قيمة يوم التلف في جميع أبواب الضمانات

١- فإنَّ ذكر يوم الاكتراء من جهة سهولة الأشهاد عليه مع أنّه دليل على أنَّ الرواية غير ناظرة إلى شيء من القيم المذكورة لعدم العبرة بقيمة يوم الاكتراء إجمالاً بل لم يفرض في الرواية اختلاف قيمة حتى نحتاج إلى التقييد. ق

عقلانيّ ومقتضى دليل اليد وإطلاقات أدلة الضمان أيضاً على تقريب قدمراً فلابد من الحاجة إلى الإسراع كما لا يخفى. ولو فرضنا انحصار دليل ذلك بهذه الرواية فأيضاً يمكن تعميم الحكم في جميع الموارد والتعدي عن مورد الرواية وذلك لعدم احتمال الخصوصية في الغصب، فإنّه لو كان المضمون على نحو احتمال خصوصية الغصب لذلك كأعلى القيم مثلاً لم يكن وجه إلغاء الخصوصية بخلاف ما لم يكن كذلك مثل قيمة يوم التلف، فقد تكون أنقص من غيرها وقد تكون أزيد وقد تساوي ذلك. فعليه لا بد من إلغاء الخصوصية لفهم العرف موضوعية الضمان لقيمة يوم التلف بلادخل لخصوصية الغصب فيها كما مرّ، نظير ذلك في المباحث السابقة ومثلنا لذلك بمثل رجل شكّ بين الثلاث والأربع وأصاب ثوبه دم رعا، فراجع.

ومنها بعض الروايات الواردة في باب الرهن الدالة على أنّه لو ضاعت العين المرهونة أو عطبت يترادان الفضل. وظاهر ذلك تعلق قيمة يوم الضياع أو العطب على العهدة والتهاثر وتراداً الفضل.

ذكر المرحوم النائيني أنّ هذه الروايات واردة في مورد الاتلاف فلا يمكن التعدي عنها إلى التلف. مع أنّه لو سلّمنا إطلاقها فلا بد من فرض التعدي أو التفريط وإلا فالمرتب لا يضمن بدونها فيخرج أيضاً عن مفروض البحث وهو التلف؛ لكنّ الروايات بعضها صريحة في مورد التلف لا الاتلاف، أترى أنّ «ضاع أو عطب» مصداق للاتلاف.

ثم إنّ ما ذكره من الخروج عن صدق التلف لو سلّم الإطلاق لأنّ الضمان في باب الرهن مشروط بالتعدي أو التفريط، فغريب فإنّ التعدي والتفريط يخرج اليد عن الأمانة ويدخله في العارية ويد الضمان لا أنّه يوجب عدم صدق عنوان التلف. فالصحيح دلالة هذه الروايات على المطلوب والتعدي عن مورد الرهن إلى سائر أبواب الضمانات بإلغاء الخصوصية على التقريب المتقدم.

وهنا عدّة من الروايات في الأبواب المتفرقة دالة على ذلك بحيث لولوحظت مع ما هو المرتكز في أذهان العقلاء في الضمان لا يشكّ فيه. نعم، هنا روايات في نكاح البهيمة ظاهرها يوهّم خلاف ذلك فإنّ مضمونها «قومت وأخذ ثمنها منه ودفع إلى صاحبها وذبحت...» الخ. وظاهر ذلك يوهّم أنّ التقويم بقيمة يوم الذبح والحال أنّ الفساد من يوم الاتيان بها؛ ولكن لو بنينا على عدم إزاله الملك بالاتيان بها فالروايات أجنبية عن محلّ كلا منابله مفادها حكم تعديتي برد القيمة والذبح في ما يؤكل لحمه والاخراج في ما يركب ظهره. ولو بنينا على إزاله الملك فالرواية دالة على أنّ سبب التعريم هو الوطني فلا تكون ظاهرة

في غير قيمة يوم الوطي و هو يوم الافساد بل هذه الروايات غير ناظرة إلى مورد تفاوت القيمة ولا تكون في مقام البيان عن جهة تعيين يوم القيمة فلا يمكن دعوى ظهورها في شيء من ذلك .
فالتحصّل من جميع ما مرّ أنّ ضمان القيمات بقيمة يوم التلف و ذلك أولاً من جهة ما هو المرتكز عند العقلاء في أبواب الضمانات بلاردع من الشارع. ثانياً ظهور إطلاق أدلة الضمانات نظير دليل اليد و قاعدة الاتلاف. ثالثاً الأدلة الدالة على ذلك بظهور كالصريح وما توهم مخالفته لذلك نظير صحيحة أبي ولاد و بعض ما في نكاح البهيمة عرفت حاله و أنّه على ما ادّعيناه أدلّ من غيره.^١

ثمّ إنّه لا بأس بالتعرّض لبعض ما يقال في تقريب كون الضمان بأعلى القيم من يوم الأخذ إلى يوم التلف و هي وجوه:

منها التمسك بصحيحة أبي ولاد «قيمة بغل يوم خالفته». و تقرّبه: أمّا على كون القيد متعلّقاً بـ «نعم» ليكون مفاد العبارة نظير حديث اليد كامراً، فما هو مضمون ليس قيمة مطلق البغل و إن كان خالياً عن اللام و كان منكرّاً وهذا واضح بل المضمون قيمة البغل المشابه للتالف في جميع الصفات و منها علو القيمة فيضمن. و أمّا على كون القيد متعلّقاً بالقيمة فلا يتحمل دخل خصوص اليوم أو عنوان يوم خالفته في الضمان بل الموضوع للضمان هو الاستيلاء على مال الغير عدواناً فهذا القيد مشير إلى موضوع الضمان و هو الاستيلاء بغير حق؛ فيكون مفاد العبارة أنّه لا بدّ من أداء قيمة البغل المستولى عليه عدواناً. و حينئذ نقول إنّ المضمون ليس قيمة مطلق البغل بل قيمة البغل المشابه للتالف في جميع الأوصاف و منها علو القيمة فيضمن.

والجواب عن هذا قد تقدّم في تقريب دليل اليد على الضمان بأعلى القيم من أنّ ظاهره تعلق قيمة العين بجميع صفاتها بالعهد و منها علو القيمة. و قلنا بأنّ القيمة يقدر بازاء المضمون فلا يعقل كونه مضموناً لرجوعه إلى لزوم ردّ قيمة القيمة على أنّ علو القيمة ليس من الأوصاف الدخيلة في ضمان الشيء بنظر العقلاء، و لذا لو أدّى العين في صورة وجودها بعد تنزّل القيمة لا يطلب بالنقص.

و قد ذكر بعض المحقّقين وجهاً في تقريب دلالة الصحيحة على كون الضمان

١- قد مرّ أنّ الأقوى هو الضمان بقيمة يوم الأداء لآما ذكره السيّد (ره) من اعتبار العين في العهدة، بل لما ذكرنا من أنّ المعنى التعليقي المشهور في معنى الضمان أيضاً يقتضي ذلك فإنّه بالتلف تثبت قيمة العين إلى الذمة عنواناً لا مصداقاً نظير إرث الزوجة لقيمة الأعيان و هذا لا ينافي المرتكز عند العقلاء و الروايات. ق

بأعلى القيم وهو أن كل يوم من أزمته الغضب هو يوم المخالفة وإذا دفع أعلى القيم فقد دفع قيمة يوم المخالفة بقول مطلق لدخول الأدنى تحت الأعلى وإذا أدى غير هذه القيمة فقد أدى قيمة بعض أيام المخالفة.

ثم استشكل على ذلك بأن مقتضى إطلاق الصحيحة قيمة مطلق يوم المخالفة لقيمة يوم المخالفة بقول مطلق، فإن تعين الـ «لابشرط القسمي» وإن كان على حدّ تعين الـ «بشرط شيء» عقلاً إلا أن الأول كأنه لا يزيد على الطبيعة بشيء عرفاً بخلاف الثاني فإنه نحو تعين يجب التنبيه عليه. وببالي أنه (قدّه) ذكر في باب الاطلاق والتقييد نظير ذلك وأن المطلق موضوع للماهية الـ «لابشرط القسمي» عرفاً وإن احتاج إلى التقييد عقلاً. أما ما ذكره من الوجه فخلاف ظاهر الصحيحة كما اعترف به. وأما ما ذكر في الاستشكال وفي باب الاطلاق والتقييد من أن ظاهر المطلق موضوع للماهية الـ «لابشرط القسمي» فقد مرّ عدم إمكان المساعدة عليه وأن المطلق موضوع لنفس الماهية والطبيعة التي سمّوها بالـ «لابشرط القسمي» وكلّ من الاطلاق والتقييد محتاج إلى التقييد. وأمادعوى أن الـ «لابشرط القسمي» لا يغير «المقسمي» عرفاً فعلى مدّعيه بل التقسيم كما ذكرنا في الأصول تقسيم واقعي والمقسم مغاير للأقسام. فراجع.

ومنها ما ذكره الشيخ (ره) في تقريب ذلك وهو أن للعين في كلّ زمان من أزمته تفاوت قيمته مرتبة من المالية أزيلت يد المالك عنها وانقطعت سلطنته عنها فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن وإن تلفت استقرت عليها تلك المراتب لدخول الأدنى تحت الأعلى. لكن يرد عليه أن علو القيمة لو كان من الأوصاف الموجبة للضمان فلا وجه لعدم ضمانه في صورة رد العين وإلا فلا وجه لضمانه في صورة تلف العين، مع أن الحيلولة لا توجب الضمان لعدم الدليل عليه بل لضمان يدور مدار شمول دليل اليد أو الاتلاف وقد عرفت مقتضاها.

ومنها ما حكى الشيخ (قدّه) عن السرائر وهو التمسك بأصالة الاشتغال لاشتغال ذمته بحق المالك ولا يحصل البراءة إلا بالأعلى. ثم قال: وقد يجاب بأن الأصل في المقام البراءة حيث إن الشك في التكليف بالزائد. نعم، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد.

ولا يخفى أن مقتضى الأصل يختلف على مبنى ثبوت العين أو المثل في العهدة ومبنى ثبوت القيمة في العهدة في ضمان القيميات، فإن الشك على الأول يرجع إلى الشك في سقوط الذمة بأداء الأدنى والشك على الثاني راجع إلى الشك في ثبوت الأعلى في الذمة، والأول مجرى الاشتغال والثاني مجرى البراءة. وحيث إن مبنى الشيخ هو الثاني كما عرفت

فلوجه لما ذكره من الاستصحاب فإنّ ما هو المتيقن الثبوت في العهدة هو الأدنى والأعلى مشكوك من الأول والجامع و هو عنوان القيمة أو غيرها لاحكم شرعي ولا موضوع ذوحكم. نعم، لوقلنا بأنّ المضمون في القيميات هو عنوان القيمة لا واقعها يرجع الشك إلى الشك في سقوط الذمة بأداء الأدنى وأمكن القول باستصحاب اشتغال الذمة بهذا العنوان إلا أنّ الشأن في إثبات ذلك و هو (قده) أيضاً غير ملتزم به. فعلى الصحيح و هو تعلق القيمة بالعهدة في القيميات يرجع إلى البراءة عن الأعلى.

ثمّ إنه يمكن أن يقال بالرجوع إلى البراءة على مبنى ثبوت العين أو المثل في العهدة أيضاً بتقريب أنّ الثابت في الذمة لا يسقط بأداء البدل و هو القيمة و وجوب أداء القيمة تكليف جديد من باب تعذر أداء العهدة، فالثابت أولاً لا يسقط والثابت ثانياً أمره مردد بين الأقل والأكثر يرجع فيه إلى البراءة. ولكن يرد عليه أنّ بقاء العهدة بعد أداء القيمة لغو محض لأنّ المفروض عدم التمكن من أدائها بل الظاهر من الأدلة أنّ دفع القيمة مسقط للذمة و وجوب دفعها من هذه الجهة فيرجع الشك إلى مرحلة السقوط والمرجع هو الاشتغال.

و قد ذكر بعض المحققين كلاماً مرتبطاً بالمقام في المثل المتعذر في باب المثلي وهو أنّه على مبنى المشهور أيضاً يرجع إلى أصالة الاشتغال فإنّ المالية القائمة بالأعيان أمر اعتباري بسيط غير قابل للقلة والكثرة أو الزيادة والنقصان أو الشدة والضعف و ليست نظير المقولات الحقيقية القابلة لذلك، فالدوران حينئذٍ بين المتباينين لا الأقل والأكثر. و بعبارة أخرى أنّ أنحاء المالية بسائط متباينة والقلة والكثرة في ما هو مال بالحمل الشائع وهو الدرهم والدينار الذين لا تشتغل الذمة بها فيشك حينئذٍ في أنّ المالية التي قد اشتغلت الذمة بها أو وجب تداركها هذه المالية المتعينة أو مالية أخرى متعينة بتعين آخر و هما بسيطان متباينان فلا مجال إلا للاشتغال فتدبره فإنّه حقيق به. و ما ذكره (قده) من أنّ المالية أمر اعتباري بسيط فأنحاءها متباينات و إن كان صحيحاً عقلاً إلا أنّها عند العقلاء أمر كلي مقول بالتشكيك و لذا يقال إنّ هذا أعلى قيمة من ذلك والمرجع في أمثال هذا الأمر العقلاني هو فهم العقلاء لا الدقائق العقلية الفلسفية.

والحاصل أنّنا و إن لم نقل بأنّ مالية الأشياء هي الدراهم والدنانير بل نقول بأنّها أمر اعتباري قائم بالأشياء يقدر بالدراهم والدنانير إلا أنّه لا يمكننا تسليم أنّ أنحاء المالية بسائط متباينة عند العقلاء، بل ندعي أنّها مراتب من أمر واحد يسمى في الفارسية بـ «ارزش» و هذا يختلف قلة و كثرة في الأشياء؛ و سند هذه الدعوى المراجعة إلى فهم العقلاء في ذلك. و عليه يرجع الشك في المقام إلى الأقل والأكثر والمرجع هو البراءة عن الأعلى. فتحصل أنّه لا وجه للقول بضممان أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان التلف.

و أما القول بضمان أعلى القيم إلى ما بعد زمان التلف و هو يوم الردّ فقد مرّ الكلام فيه فلا
نطيل باعادته.

ذكر الشيخ (ره): ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة بحسب
الأزمنة و أما إذا كان بسبب الأمكنة فالظاهر اعتبار محلّ التلف.
الوجه في اعتبار محلّ التلف ما مرّ في اعتبار زمانه و هو أنّ هذه القيمة هي قيمة
المضمون واقعاً و بقول مطلق و أما غيرها قيمة فرضيّة و مقيدة على ماسبق من التقريب.
ثم إنّ الشيخ (ره) استقرب في ذيل صحيحة أبي ولاد اعتبار قيمة يوم المخالفة و هنا
اعتبر قيمة مكان التلف و الجمع بينهما يقتضي اعتبار قيمة يوم المخالفة في مكان التلف و لا يمكن
تتميم هذا بدليل لا بالسيرة العقلانيّة و لا بدليل شرعي. أما السيرة العقلانيّة فقد مرّ أنّها قائمة
على اعتبار زمان التلف و هكذا بالنسبة إلى مكان التلف فإنّ الشيء قبل التلف لم يكن
معنى ضمانه إلّا مامرّ من التعليق و هو أنّ الذمة مشغولة بالبدل على تقدير التلف و
عند التلف يتجزّ ذلك و تشتغل الذمة بالبدل تحقيقاً فلا بدّ من مراعاة مكان التلف كما
يراعى زمانه. و لو قلنا بأنّ السيرة قائمة على غير ذلك الزمان كزمان الأخذ مثلاً فليكن كذلك
بالنسبة إلى المكان أيضاً فإنّ التفصيل بينها غير موافق لبناء العقلاء جزماً. و أما دليل اليد
فقتضاه اعتبار مكان التلف كزمانه كما مرّ من التقريب، و لو سلّم دلالته على غير ذلك
فبالنسبة إلى الزمان و المكان سواء فلا يدلّ على التفصيل بينهما. و أما صحيحة أبي ولاد
فقتضاه على ما ذكرناه موافق لمقتضى دليل اليد.

و أما على ما استقربه الشيخ (ره) منها من اعتبار يوم المخالفة فتدلّ على اعتبار
مكانها أيضاً لأنّه لا خصوصيّة لليوم قطعاً كما مرّ، بل الظاهر من الصحيحة أنّه لا بدّ من
مراعاة قيمة الشيء حال المخالفة و قيمته حال المخالفة بقول مطلق هي قيمته في مكان
المخالفة. و من هنا ظهر أنّ توجيه التفصيل بأنّ أدلة الضمان باطلاقها تدلّ على اعتبار قيمة
الشيء في زمان التلف و مكانه؛ نخرج عن هذا الاطلاق بصحيحة أبي ولاد فإنّه نصّ على
أنّ المعبر بالنسبة إلى الزمان هو يوم المخالفة فالجمع بين تلك الأدلّة و هذه الصحيحة يقتضي
التفصيل، غير وجيه لأنّ الصحيحة كما تدلّ على اعتبار قيمة يوم المخالفة (على مبنى
المستدلّ) كذلك تدلّ على اعتبار قيمة مكانه أيضاً. فبين الطائفتين نحو تعارض لا بدّ من
علاجه كتقييد المطلقات بغير الغصب أو البخل.

و كيف كان، لا وجه لما أفاده الشيخ (ره) من التفصيل بين المكان و الزمان و الحقّ
اعتبار قيمة يوم التلف و مكان التلف و الدليل عليه عين ما مرّ في اعتبار قيمة يوم التلف
بلا زيادة و نقصان.

ثم لا يخفى أنّ ما ذكرناه إنّما هو في مورد اختلاف القيمة السوقية فقط بسبب اختلاف الأمكنة فلو كان منشأ الاختلاف تبديل خصوصية معتبرة في الضمان عند العقلاء بسبب اختلاف الأمكنة فلا بدّ من ملاحظة تلك الخصوصية أيضاً كما في اختلاف الأزمنة. وقد مرّ تفصيل ذلك ومثال ذلك في المكان «الماء في المفازة وعند الشاطئي» وفي الزمان «الثلج في الصيف والشتاء».

ذكر الشيخ (ره): ثمّ إنّ في حكم تلف العين حكم تعذر الوصول إليه. وقبل بيان أحكام هذه المسألة لابدّ لنا في البحث عن أنّه هل قام دليل على لزوم دفع بدل الحيلولة عند تعذر الوصول إلى العين ولو في الجملة أم لا؟

وقد استدلّ على ذلك بدليل اليد. وذكر بعض المحقّقين (ره) في تقريب ذلك بناء على مسلكه من أنّ مفاد دليل اليد اعتبار العين في العهدة: أنّ هذا الاعتبار فعلاً في كلّ زمان يحتاج إلى أثر مصحّح وإلا كان اعتبارها لغوياً. ومن الواضح أنّه عند تعذر ردّها وعدم تلفها ليس لها عهدة تكليفية حيث يستحيل التكليف بردّها وليس لها عهدة تداركية لنفسها حيث إنّها غير تالفة فلوم يجب تداركها من حيث فوات السلطنة على الانتفاعات بها كان اعتبار عهدها فعلاً لغوياً فالالتزام بكونها في العهدة فعلاً يقتضي الالتزام بأثر لها فعلاً. انتهى محلّ الحاجة.

والجواب عن ذلك أولاً: إنّ دفع محذور اللغوية غير منحصر بالالتزام ببديل الحيلولة بل المحذور يندفع بترتب أثر آخر على هذا الاعتبار كجواز المصالحة عليه وبيعه وغير ذلك من الآثار. وثنانياً: قد مرّ مراراً أنّ قياس الأحكام القانونية بالشخصية أوجب مثل هذه الاشكالات والحال أنّ مبادئي كلّ منها وغاياته مغايرة لمبادئي الآخر وغاياته وصحة جعل القانون لا يدور مدار وجود المبادئي والغايات في الأشخاص بل المصحّح له وجود أثر في محيط هذا القانون ولو في بعض الأفراد، وقد مرّ تفصيل ذلك فلاحظ.

نعم، يمكن تقريب هذا الدليل على نحو آخر يثبت ضمان بدل الحيلولة في الجملة وهو أنّ دليل اليد مثبت لضمان اليد بالنسبة إلى ما أخذت وقد مرّ أنّ معنى الضمان أمر تعليلي وهو تعلق المثل أو القيمة بالعهدة على تقدير التلف. فهل التلف المذكور في المقام له موضوعية فعلية لضمان أو أنّه أحد مصاديق موضوعها والحكم بالضمان من جهة الحيلولة بين المالك وماله؟ لا ينبغي الاشكال في أنّ موضوع الضمان عند العقلاء ليس منحصرّاً بالتلف بل الموضوع عندهم إزالة سلطنة المالك عن ماله بحيث لا يمكنه الوصول إلى ماله؛ ولذا لو أخذ قاهر مال زيد من يد الغاصب يكون الغاصب ضامناً له مع عدم إمكان أخذ ماله من القاهر وإن لم يتلف المال بعد الميزان بنظر العقلاء هو الحيلولة وإزاله سلطنة المالك

عن ماله بحيث لا يمكنه الوصول إليه. وبعبارة أخرى أنه ليس في دليل اليد كلمة التلف حتى نبحث في مفهومه بل مفاد هذا الدليل التعبد بضمان اليد بالنسبة إلى ما أخذت و معنى الضمان أمر عقلائي كما ذكرنا، بل في قاعدة الاتلاف أيضاً الأمر كذلك فإن الاتلاف وإن كان مذكوراً في القاعدة- إلا أنه من باب ذكر أظهر المصاديق فإن هذه القاعدة كمعنى الضمان عقلائية والأمر عند العقلاء ما ذكرنا. وفي الشرع وإن وردت كلمة الاتلاف والتضييع موضوعاً لذلك إلا أن الخصوصية ملغاة عن ذلك بنظر العقلاء بحث لا يفهمون من الدليل إلا أن قطع يد المالك عن ماله موجب للضمان.

فهذا التقريب يمكن إثبات ضمان بدل الحيلولة في الجملة بل ظهر بما ذكر أن الضمان في جميع الموارد هو ضمان الحيلولة لعدم خصوصية في الاتلاف والتلف ونحوها من العناوين المشابهة لها. وتفصيل ذلك يأتي في ضمن مطالب هذه المسألة.

ثم إنه استدلال الشيخ (ره) على ذلك بقاعدة السلطنة بتقريب أن هذه القاعدة تثبت جواز مطالبة المالك لماله، وحيث إن أداء نفس المال متعذر على الفرض يرجع إلى بدله جمعاً بين الحقيقتين كما مر في المثلي المتعذر مثله.

وقد مر ما في ذلك في تلك المسألة وقلنا بعدم إمكان المطالبة عقلاً لعدم تحقق مبادئها. وفي المقام خصوصية لا يمكن الالتزام بما ذكره وإن التزمنا به في المسألة السابقة وهي أنه يمكن أن يقال هناك إن ضمان المثل فعلي والمالك يمكنه رفع اليد عن الخصوصية النوعية والأخذ بالمالية، وأما هنا فالمالك لا يملك إلا نفس العين ولا مال له سواها حتى يقال بأنه مسلط عليه ودليل اليد لا يثبت مالاً آخر للمالك مع وجود العين. أما على المبنى المشهور فواضح وأما على المبنى الآخر وهو تعلق العين بالعهد فأيضاً الأمر كذلك، فإن القائل بذلك لا يمكنه أن يريد به تعلق العين بماليتها بالعهد والآن لم يجمع بين العين وبدله في ملك المالك أو الالتزام بما نسب إلى أبي حنيفة من أن المغصوب بالغصب يخرج عن ملك مالكة ويدخل في ملك الغاصب وعليه ضمانه. ولو أراد به تعلق العين مسلوب المالية مع وجود العين وتعلقها بماليتها عند التلف أو أراد به أنه في زمان وجود العين الذمة مشغولة بأداء العين وبعد التلف تشتغل بنفسها، لزم منه الجمع بين المعنيين للضمان وإرادتها من كلمة «على» والجمع بين التعليق والتنجز فيها. والحاصل أنه لا مال للمالك مع وجود العين غير العين حتى يكون مسلطاً عليه وتكليف الضامن بأداء العين ساقط بالتعذر فلا موضوع للجمع بين الحقيقتين.

وقد استدلت على ذلك بدليل «الاضرر». وتقريب ذلك بعد الاغماض عن مسلكنا في هذا الدليل ظهر مما تقدم، فإن ادعاء عدم الضرر في محيط الشرع لا يمكن إلا بسد

جميع أبواب الضرر شرعاً فلا بدّ من الالتزام بضمان بدل الخيلولة وإلاّ يلزم الضرر على المالك ولا يصحّ هذا الادّعاء. هذا والبحث عن مطالب بدل الخيلولة يأتي إن شاء الله تعالى.

تَيَمَّةُ الْكَلَامِ فِي بَدَلِ الْحَيْلُولَةِ

ظهر ممّا تقدّم أنّ عمدة الدليل على ضمان بدل الحيلولة حديث اليد وسائر أدلة الغرامات والضمانات.

لا بالتقريب المذكور في كلام صاحب الكفاية من اختصاص هذه الادّة بضمن بدل الحيلولة لوجهين: ظهورها في فعلية الضمان حتى قبل تلف العين ولا معنى لذلك إلا كون الضمان ببديل الحيلولة، و ظهورها في ارتفاع الضمان بأداء العين ولا معنى لأداء العين بعد التلف. فتختص هذه الأدلة باثبات الضمان قبل التلف والضمان حينئذٍ إنّما هو ببديل الحيلولة لا غير. فإنّ ما ذكرنا من معنى الضمان وإنه أمر تعلّقي ولا ينافي ذلك ثبوته بالفعل، يدفع الوجهين كما لا يخفى.

ولا بما قد يقال في تقريب ذلك بأن إطلاق هذه الأدلة يشمل ما بعد التلف وما قبله فيثبت ضمان بدل الحيلولة أيضاً، فإنّ الضمان إنّما هو ثابت قبل التلف جزماً وإنّما هو أمر تعلّقي لا بدّ من ملاحظة المعلق عليه فيه فإذا كان المعلق عليه التلف فلا يمكن إثبات ضمان بدل الحيلولة بهذا الاطلاق.

بل من جهة ما ذكرنا من التقريب وأنّ المعلق عليه في الضمان ينظر العقلاء ليس التلف لعدم خصوصية فيه بنظرهم في الضمان بل الحيلولة بين المالك وماله موجبة للزوم عدم في عهدة الضامن بنظرهم حتى في مورد التلف فإنّ التلف من أظهر مصاديق الحيلولة، وبما أنّه لا بدّ من المراجعة في فهم هذه المعاني إلى العقلاء، فيكون مفاد الحديث لزوم البديل في العهدة على تقدير الحيلولة بين المالك وماله وتعدّر وصوله إليه سواء كان التعدّر إلى الأبد كالتلف أو إلى أمد كالسوق والفرق أو الضياع أو الأباق أو غير ذلك. وقد ظهر بهذا التقريب أنّه لا فرق في صورة التعدّر بين حصول اليأس من الوصول إليه أو عدم رجاء وجدانه وبين ما لو علم وجدانه في مدّة طويلة يصدق عنوان الغرامة والتدارك على أداء البديل. وأيضاً ظهر أنّه لا فرق بين التعدّر المسقط للتكليف وغيره ممّا يمكن الوصول

إلى العين بالسعي في مقدماته لصدق الحيلولة في جميع ذلك فتشملها الأدلة ومعها لا تصل
النوبة إلى أصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزامه برد العين كما ذكرها الشيخ (ره) و
أمر بعده بالتأمل. نعم، لا يخفى ثبوت الفرق بين طول المدة وقصرها بحيث لا يحصل صدق
عنوان الغرامة والتدارك على أداء البدل في تلك المدة لعدم شمول الأدلة لذلك.

ثم ذكر الشيخ (ره): أن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها في
كون دفعها حقاً للضامن فلا يجوز للمالك الامتناع بل له أن يمنع من أخذها ويصبر إلى
زوال العذر كما صرح به الشيخ في ط و يدل عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم. انتهى.
وقد تقدم أن الجذب مطالبة العين بعد التعذر مستحيل بالنسبة إلى العالم به فلو كان المالك
مستحقاً للمطالبة فهو إنما يستحق مطالبة البدل. وحينئذ لولم تكن عهدة الضامن مشغولة
بالبدل فكيف يمكن مطالبته به ولو كانت عهده مشغولة به فلماذا لا يستحق الضامن
إلزامه بأخذه.

والصحيح حسب ما ذكرنا في تقريب دليل الضمان من أن الاستفادة فيه اشتغال
ذمة الضامن بالبدل عند الحيلولة بين المالك و ماله عدم الفرق بين التلف وغيره من أقسام
الحيلولة واستحقاق الضامن إلزام المالك بأخذ ماله الثابت في ذمته. فعلى ذلك لا يمكن التمسك
بدليل السلطنة لاثبات عدم استحقاق الإلزام، فإن المفروض أن التسلط بمعنى جواز
المطالبة غير معقول وغيره من أنحاء التسلط لا ينافي ثبوت بدل الحيلولة بل يؤكد كما لا يخفى
على المتأمل.

ثم ذكر الشيخ (ره): ثم إن المال المبدول يملكه المالك بلا خلاف كما في ط و
الفقيه و ف و ير. و لعل الوجه فيه أن التدارك لا يتحقق إلا بذلك ولولا ظهور الاجماع وأدلة
الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه ويكون
دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين... إلى أن قال (ره): و على أي تقدير فلا ينبغي
الاشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكيها. إنما الكلام في البدل المبدول ولا كلام
أيضاً في وجوب الحكم بالإباحة وبالسلطنة المطلقة عليها. و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام
حينئذ إلى أن إباحة جميع التصرفات حتى المتوقعة على الملك هل يستلزم الملك من حين
الإباحة أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف. انتهى. و قد اختار صاحب الكفاية و
رضي به بعض المحققين (قدّهما) بأن إطلاق الإباحة وعدم تقييدها بما قبل التصرف أنما
يقتضي الملك من حين أداء البدل فإنه لا يعقل الإباحة المعلولة للملك من الأول إلا مع ثبوت
علتها و هو الملك من الأول.

و نقول: أما ما ادّعاه الشيخ (ره) من الاجماع على حصول الملك فلا يمكن تصديقه

بأن المسألة اجتهادية ولا يمكن تحصيل الاجماع فيها. وأما ما استظهره من أدلة الغرامة من حصول الملك فأيضاً لا يتم لأن ظهور هذه الأدلة في ثبوت الغرامة عند حصول التلف والحيلولة. والغرامة إنما هي بمقدار الخسارة لا أكثر ففي مورد زوال الملك لا بد من التدارك بالتملك وأما مع عدمه كما هو المفروض في بدل الحيلولة فاللازم التدارك بجميع السلطنة الفائته. وأما استكشاف الملك بالدلالة الالتزامية وكشف العلة عن المعلول كما حكينا عن صاحب الكفاية وتلميذه المحقق (قدهما) فأيضاً غير صحيح، فإن التصرفات الموقوفة للملك لا يقتضي التملك. أما بيع البديل فيمكن للمالك بيعه للغاصب والتصرف في ثمنه كما يتصرف في ثمن ملكه على تقدير بيعه، وأما العتق فلا بد للمالك من إباحته بنحو ممكن مشروع كان يتملك من قبله أولاً ثم يعتقه عن نفسه، وأما الوطي فغير موقوفة على الملك بل لا بد للغاصب إباحته له.

والحاصل أنه لا بد للغاصب جبر الخسارة الواردة على المالك بمقدارها لأزيد ويمكن ذلك في مثل هذه التصرفات بلا استكشاف حصول الملك من الأول أو آناً ما خلافاً للقواعد بل اللازم إباحة الغاصب له على النحو المعقول المشروع كما ذكرناه. فالصحيح ما حكاه الشيخ (ره) عن المحقق القمي من عدم حصول الملك والثابت إنما هي السلطنة المطلقة على النحو المذكور.

ذكر الشيخ (قده): ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمائها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء كان للسوق أو للزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمرة ولا يضمن منفعه فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. انتهى.

و ظاهره كغيره ضمان المنافع بعد تعذر العين قبل أداء الغرامة لعدم تعرضهم لحكم ذلك و كأنه أرسل إرسال المسلمات. وما يمكن أن يقال في وجه ذلك صدق اليد على المنافع بتبع اليد على الأعيان أو عدم اعتبار صدق اليد على المنافع في ضمانها بعد ثبوت اليد على الأعيان. وكلاهما مخدوش؛ أما الثاني فواضح فإن ظاهر أدلة الغرامات أنها من جهة إثبات اليد على المضمون، وأما الأول فلأن اليد على المنافع وإن كانت حاصلة بتبع اليد على الأعيان لكن فيما إذا كانت العين تحت اليد بحيث تفوت المنافع تحتها. وأما عدم تعذر العين وخروجها عن تحت اليد، فلا لعدم صدق اليد على العين حينئذ فكيف بمنافعها، فالحق عدم ضمان المنافع بعد تعذر العين سواء كان بعد أداء الغرامة أو قبلها.

ثم إنه لو قلنا بالضمان بعد التعذر وقبل الأداء فهل يمكن الحكم بعدم الضمان بعد أداء الغرامة كما ذكره الشيخ (ره) وقواه المرحوم النائيني (ره) على مبناه من أن وجوب البديل إنما هو من باب تدارك المالية لا تدارك السلطنة وبعد سقوط خصوصية العين

عن العهدة بالتعذر وتدارك المالّة لاموضوع لضمان المنافع؟

والتحقيق حسب ما ذكرنا في معنى حديث اليد و أنّه يثبت الغرامة في مورد الخسارة بمقدار الخسارة فلا بدّ من الحكم بالضمان حينئذٍ (لو أغمضنا عمّا تقدّم من عدم ضمان المنافع بعد تعذر العين) لأنّه لم يخرج الضامن بعدّ عن عهدة المضمون بل المتدارك خصوص الخسارة الفعلية. و أمّا على مبنى السيّد والنائبي (رهما) في معنى الحديث و أنّ الثابت في العهدة نفس العين فالأمر أوضح كما لا يخفى. فإذ ذكره الشيخ (ره) من أنّ صدق الغرامة يقتضي خروج الغارم عن عهدة العين، لا يتمّ لأنّ الغرامة قد حصلت بمقدار الخسارة لأزيد و لذا لم نقل بخروج المضمون عن ملك المالك.

ذكر الشيخ (ره): ثمّ إنّ لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذر ردّ العين و صار ممكناً وجب ردّها إلى مالکها كما صرح به في مع صد فوراً و إن كان في إحضارها مؤونة كما كان قبل التعذر لعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» و دفع البدل لأجل الحيلولة إنّما أفاد خروج الغاصب عن الضمان بمعنى أنّه لو تلف لم يكن عليه قيمته... إلى أن قال: و سقوط وجوب الردّ حين التعذر للعذر العقلي فلا يجوز استصحابه بل مقتضى الاستصحاب والعموم هو الضمان المدلول عليه بقوله (ع) «على اليد ما أخذت» المغيبي بقوله (ع) «حتّى تؤدّي». انتهى. و قد يقال بأنّ باب الغرامات من المعاوضات العقلانية المالكية أو القهرية الشرعية أو القهرية العقلانية و عليه تخرج العين بأداء الغرامة عن ملك مالکها و تدخل في ملك الغارم لاقتضاء المعاوضة ذلك و إلا يلزم الجمع بين العوض و المعوّض و حينئذٍ عود الملك إلى مالکة الأوّل بعد ارتفاع التعذر يحتاج إلى دليل معقود فإنّه من ردّ ملك الضامن إلى غيره؛ لكنك خبير بما في ذلك فإنّ باب الغرامة ليس من المعاوضة في شيء و إلا يلزم المعاوضة بين الموجود و المعدوم في مورد التلف الحقيقي بل العرفي كالفرق بحيث لا يمكن الوصول إليه أبداً، بل مقتضى أدلّة الغرامات إنّما ثبوت العين على عهدة الضامن أو بدله على ما مرّ الكلام فيه و لا دليل على خروج الضامن عن العهدة بأداء الغرامة في مورد بدل الحيلولة فإنّ الغرامة بمقدار الخسارة على مأمّر و لذا لم يخرج العين عن ملك مالکة فإذا رجعت الهويّة كانت لصاحبها.

و قد نقل السيّد (ره) عن صاحب الجواهر: ينظر ذلك بالبيهمة الموطوءة إذا كانت ممّا يركب ظهرها فإنّ أخذ الغرامة فيها من جهة حصول معاوضة شرعية بين الغرامة و البيهمة. و فيه: إنّ هذه ليست من باب الغرامة لاعرفاً و لا شرعاً لأنّ من وطئ البيهمة يشترها من صاحبها ثمّ يبيعها في بلد آخر، و عليه فهذا حكم أجرى الشارع في حقّه دفعاً للعب و الفضيحة على صاحبها فلم تتلف البيهمة حتّى كانت من باب الغرامات. ولعلّ

منشأ الاشتباه كلمة «أغرمه» الموجودة في الرواية ولكن هذا التعبير لا ينافي ما ذكرنا كما لا يخفى.

إن قلت: لولم يكن أخذ بدل الحيلولة من جهة حصول المعاوضة يلزم كون العين بعد الأخذ وقبل الوصول بلا مالك ولا يعقل المال بلا مالك. وفيه: أولاً، على ما مر، مالك العين هو مالكة الأصلي، وثانياً المال بلا مالك معقول نظير جميع الأموال المخزونة تحت الأرض من المعادن وغيرها وليس بمعقول إنما هو الملك بلا مالك لا المال بلا مالك.

هذا كله بالنسبة إلى بقاء الملك وعدمه. وأما مسألة وجوب الرد فقد ذكر الشيخ (ره) ذلك من جهة حديث اليد وهذا إنما يتم على مسلك من قال بثبوت العين في العهدة في باب الضمانات، فإن لزوم الأداء من شؤون ثبوت العين في العهدة، فتأمل. وأما لوقلنا بأن مفاد الحديث ثبوت البدل على تقدير التلف كما هو الصحيح وعليه المشهور ومنهم الشيخ (ره) فلا، فإن الضمان شيء وجوب الأداء شيء. نعم، لوقلنا ببقاء الملك يمكن التمسك لذلك بدليل احترام مال المسلم وإلا فلا يمكن التمسك بذلك أيضاً.

و أما استصحاب عدم وجوب الرد أو استصحاب الضمان المذكور في كلامه (ره)، فالتحقيق أن يقال إن التعذر العقلي لا يوجب سقوط التكليف، بل إنما هو مجرد عذر في عدم الامتثال. وعليه فع الشك في سقوط التكليف بوجوب الأداء يستصحب ذلك بعد التعذراً والوصول. ولعل هذا هو المراد من استصحاب الضمان المذكور في كلام الشيخ (ره) لا ما ذكره بعض المحشيين وأشكل عليه.

ذكر الشيخ (ره): و هل الغرامة المدفوعة تعود ملكها إلى الغارم بمجرد طرور التمكن فيضمن العين من يوم التمكن ضماناً جديداً بثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم أو أنها باقية على ملك مالك العين. و كون العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمة الغاصب، فلوتلفت استقر ملك المالك على الغرامة فلم يحدث في العين إلا حكم تكليفي بوجوب رده و أما الضمان و عهدة جديدة فلا وجهان، أظهرهما الثاني لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة و عدم طرور ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضماناً جديداً. انتهى محل الحاجة.

و هذا الكلام إنما يصح لو بنينا على ثبوت ملكية مالك العين بالنسبة إلى الغرامة المدفوعة وإلا فالملكية غير ثابتة من الأول. نعم، يمكن البحث عن أنه بمجرد طرور التمكن هل يرتفع الإباحة المطلقة الثابتة لمالك العين في الغرامة أولاً. و أما الاستصحابات فالصحيح أن يعتبر في الأول منها استصحاب بقاء كون المدفوع غرامة كما لا يخفى و في الثاني منها استصحاب بقاء الملك و إلا فإثبات الملكية باستصحاب عدم المزيل من الأصول المثبتة

ولانقول بها. وقد ظهر أن استصحاب الأول و هو كون المدفوع غرامة والثالث و هو عدم حدوث ضمان جديد أيضاً مثبت. نعم، لأبأس باستصحاب الثاني و هو استصحاب بقاء الملكية أو الإباحة المطلقة حتى يدفع الغارم العين إلى مالكة بناء على جريان استصحاب في الشك في المقتضى كما هو المختار خلافاً للماتن (قده) في الأصول.

وليعلم أن جريان الاستصحاب موقوف على عدم إحراز موضوع الغرامة و إلا فلو أحرزنا أن موضوعها العين المتعدرة على نحو الحيثية التقييدية فلا يجري الاستصحاب للقطع بارتفاع الغرامة بارتفاع موضوعه و هو التعدّر. وأما لو أحرزنا أن موضوعها ذلك لكنّ التعدر حيثية تعليلية بمعنى أن هذه العين مضمونة بالغرامة للتعدّر فبارتفاع التعدّر نشك في بقاء موضوع الغرامة. و كذا لو شككنا في أن الحيثية تعليلية أو تقييدية فيمكن التمسك بالاستصحاب بناء على جريانه في الأصول المثبتة.

و أما مسألة ضمان الغارم العين بعد رفع التعدّر قبل الردّ فيمكن أن يقال فيه وجوه: الأول عدم الضمان فإنه بعد أداء الغرامة سقط الضمان و حصوله ثانياً يحتاج إلى دليل. الثاني الضمان ضماناً سابقاً فإنّ اليد اقتضت ضمان العين مطلقاً سقط الضمان بأداء الغرامة مادام التعدّر فإذا ارتفع التعدّر توثّر اليد السابقة في الضمان حينئذ. الثالث الضمان ضماناً جديداً فإنه بعد أداء الغرامة سقط الضمان ولا يعقل عود الضمان بعد سقوطه و إلا لزم كون الغرامة لا غرامة؛ فع القول بالضمان بعد التمكن يكون الضمان ضماناً جديداً سواء كان أثره اليد السابقة أو غيرها.

فنقول: إنه لو قلنا بأنه في باب التعدّر والتلف العرفي يخرج العين بأداء الغرامة عن ملك مالكة و تدخل الغرامة في ملكه، فلا بدّ من الحكم بعدم الضمان بعد التمكن أو القول بالضمان الجديد، فإنّ المفروض أداء غرامة العين و بدنها و خروج الغارم عن ضمانها ولا يعقل عود الضمان بعد سقوطه كما مرّ. و أيضاً لو قلنا بأنّ العين باقية في ملكه لكنّ الغرامة تدخل في ملكه فالأمر كذلك لأداء بدل العين. و لو قلنا بعدم خروج العين عن ملك المالك و عدم دخول الغرامة في ملكه بل الغرامة بمقدار الخسارة من جهة تدارك السلطنة الفائتة بمقدارها، فإنه لا يمكن الالتزام بعدم خروج الغارم عن ضمان العين بأداء الغرامة على هذا المبني أيضاً. أترى أنه لو تلفت العين بعد أدائه الغرامة يلزمه غرامة أخرى غير ما أذاه، بل معنى الخروج عن الضمان هو تدارك مافات عن المالك من الانتفاعات. و أما كونه مالكاً أولاً، فلا يهتم به العقلاء فع تدارك الضامن السلطنة الفائتة بحيث يقدر المالك على جميع التصرفات في الغرامة على نحو تصرفه في العين يحكم العقلاء بخروجه عن الضمان و إن لم يكن المالك مالكاً للغرامة.

فتحصل أنه لافرق بين هذه الأقسام من أنه على تقدير الضمان بعد التمكن
 يكون الضمان جديداً فإن الغارم قد خرج عن الضمان السابق بأداء الغرامة، ولا يعقل
 خروج الغرامة عن كونها غرامة. نعم، يمكن كون موضوع الضمان الجديد هو اليد السابقة.
 والصحيح هو الضمان فإن الغرامة إنما كانت مادام التعذر، فع ارتفاع موضوعها تسقط عن
 كونها غرامة فلا شيء موجباً لسقوط أثر اليد السابقة بعد سقوط الغرامة عن كونها غرامة.^١
 ذكر الشيخ (ره): و ممّا ذكرنا يظهر أنه ليس للغاصب جنس العين إلى أن
 يدفع المالك القيمة... الخ.

والصحيح أنه لو قلنا بسقوط أثر الغرامة بعد التمكن من أداء العين في حينئذ تكون ملك
 الغارم عند مالك العين والعين عند الغارم يجوز للغارم حبس العين حتى يدفع المالك القيمة،
 والحاكم على ذلك بناء العقلاء. ولا اختصاص لجواز الحبس بباب المعاوضات أو فسخها
 كما يظهر من الشيخ (ره) و صريح كلام المرحوم النائيني (ره) كما أنه ليس مدرك
 جواز الحبس في الأول الشرط الضمني وفي الثاني الإجماع كما ذكره المرحوم النائيني (ره)،
 بل الدليل ما ذكرناه وهو حكم العقل والعقلاء في هذه المقامات كما لا يخفى. ولو قلنا بعدم
 سقوط أثر الغرامة بعد التمكن والمسقط هو أداء العين، فلا دليل على وجوب الرد حينئذ و
 تحصيل المسقط لأثر الغرامة. و لافرق في القولين بين ما لو بنينا على حصول المعاوضة
 بين الغرامة والعين بأداء الغرامة أو الجمع بينها في ملك صاحب العين أو عدم حصول الملك
 لا بالنسبة إلى الغرامة ولا العين، بل العين باقية على ملك صاحبها والغرامة قد أبيحت له
 تداركاً لسلطنته الفائتة فإن الميزان هو سقوط أثر الغرامة، أعم من الملك أو الإباحة و عدمه.
 و قد مر أن الحقّ عدم سقوط أثر الغرامة للاستصحاب فلا يجب الردّ ما لم يدفع المالك الغرامة
 نظير المعاوضات.

ذكر الشيخ (ره): أما لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية فقتضى
 قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك لأنّ القيمة عوض
 الأوصاف والأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم لا عوض العين نفسها، كما
 في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقاءها على ملك مالكة لا ينافي معنى
 الغرامة لفوات معظم الانتفاعات فيقوى عدم جواز المسح بها إلا باذن المالك ولو بذل
 القيمة.

أقول: أما مسألة الرطوبة الباقية بعد الوضوء فخارجة عن محلّ الكلام، فإنّ البحث

١- لكنّه يجري استصحاب عدم تجدد الضمان على التقریب المتقدم في كلامه (دام ظلّه). ق

فما لو خرجت العين عن التقويم مع بقاء العين، والرطوبة كاللون والرائحة تعدّ من العرض عرفاً وإن كانت بالدقة العقلية من العين نفسها. ولذا لو غسل الدم و بقي لونه لا يحكم بنجاسته؛ وكذا لو وصل رطوبة الطبخ أو رائحته إلى ثياب الداخل في المطبخ عدواناً يجوز الصلاة فيها وإن منع عنها المالك. والحاصل أنّ بقاء العين بالدقة لا أثر له، بل الأثر مترتب على بقائها عرفاً ومسألة الرطوبة تعدّ من تلف العين عرفاً فلو توضعاً بالمغصوب جهلاً ثم علم به قبل المسح يجوز له المسح بالرطوبة الباقية حتى مع منع المالك فضلاً عن عدم المنع. وأما ما أفاده من بقاء العين على ملك مالكها فهو الصحيح لما ذكره بلا مزيد عليه، فإنّ الغرامة بنظر العقلاء إنّما هي بازاء السلطنة الفائتة وتفويت الانتفاعات على مالك العين لا بازاء العين مسلوبة الانتفاع فتبقى العين على ملك مالكها بلا أداء غرامة بازائها. لا يقال: إنّ العين مسلوبة الانتفاع لا مالمية لها فلا معنى لبقائها على صفة الملكية كما يظهر من السيد (قدّه)؛ لأنّه يقال: لا ملازمة بين الخروج عن المالمية والملكية كما هو ظاهر.

لا يقال: إنّنا ولو سلمنا بقاء الملكية إلاّ أنّه يجوز للغارم التصرف فيها، فإنّ موضوع حرمة التصرف إنّما هو مال الغير لا ملك الغير (لا يحلّ مال امرء مسلم أو حرمة مال المسلم وغير ذلك)؛ لأنّه يقال: أولاً: المراد من المال في هذه الأدلة ليس هو المصطلح بين الفقهاء وهو ما يبذل بازائه المال، بل المراد منه معناه العرفي الذي يقال «هذا مال زيد» مثلاً وهذا معنى أعمّ من المال المصطلح. وثانياً: لو سلم أنّ المراد من المال فيها معناه الاصطلاحي إلاّ أنّه بمناسبة الحكم والموضوع تلغى الخصوصية ويحكم بعدم جواز التصرف في ملك الغير حتى إذا سلبت عنه المالمية، فإنّ موضوع الحكم بنظر العقلاء إنّما هو ذلك.

ثمّ تعرّض الشيخ (ره) لحكم مالوخاط ثوبه بخيوط مغصوبة.

والكلام في هذه المسألة ونظائرها يقع في مواضع:

الأول: ما إذا أمكن ردّ المغصوب بلا حصول فساد في مال الغاصب أو المغصوب

منه وحكمه ظاهر.

الثاني: ما إذا لم يمكن الردّ إلاّ بإفساد مال الغاصب كما إذا توقّف ردّ اللوح المغصوب على إفساد السفينة و غرقها أو توقّف ردّ الخشبة المغصوبة أو الأجر المغصوب على خراب بناء الغاصب. وقد يقال بلزوم الردّ على الغاصب وإن بلغ ما بلغ من جهة انصراف أدلة الضرر والخرج عن الغاصب وأنّه يؤخذ بأشقّ الأحوال؛ ولكنّه لم يثبت هذا الانصراف والانصراف المسلّم والأخذ بأشقّ الأحوال إنّما هو فيما إذا استلزم الردّ تحمّل بعض المشاقّ والضرر أوالخرج في مقدّمات الردّ كالسفر ونحوه، وأما إذا استلزم فساد مال الغاصب

فهذا غير مسلم. وأما التمسك بأن المغضوب مردود ففيه مضافاً إلى أنه في مقام بيان أصل وجوب الرد وإطلاقه محكوم بأدلة الحرج والضرر، يمكن أن يقال إن رد البديل أيضاً رد للمغضوب فتأمل. هذا مضافاً إلى أن الرواية مرسلة.

نعم، قد يتمسك بروايات وردت في باب الغصب ومضمونها ما إذا بنى الغاصب داراً في أرض مغضوبة كان عليه أن يخربها وتحويل التربة كما كانت، فإنه ليس لعرق ظالم حق. وسند أكثر هذه الروايات ضعيف، مضافاً إلى الفرق بين ما نحن فيه ومضمون الرواية، فإن مضمون الرواية نزع مال الغاصب عن مال المغضوب منه وما نحن فيه نزع مال المغضوب منه عن مال الغاصب. ولو سلمنا وجوب النزع في الأول من جهة أنه ليس لعرق ظالم حق لا نسلمه في الثاني. وأما ما ذكره صاحب الجواهر (قده) عن عليّ (ع) في نهج البلاغة «الحجر المغضوب في الدار رهن على خرابها» فعلى فرض صحته سنده رواية أخلاقية ناظرة إلى أن مثل هذه الدار يخرب من قبل الله تعالى.

وبالجمله وجوب رد مال المغضوب في مفروض المسألة أمر يستنكره عقلاء العالم. والشرع وإن أمكنه الحكم بلزوم الرد بلغ ما بلغ تأديباً للغاصب وإصلاحاً للاجتماع من جهة قلع مادة الفساد إلا أنه إذا دلّ عليه دليل وليس في المقام دليل عدا مامر ولا يمكن الاستدلال بما ذكر لهذا الأمر المستنكر عند العقلاء. أترى أن العقلاء يحكمون بلزوم رد اللوح المغضوب في وسط البحر وإن استلزم نزع اللوح عن السفينة غرق السفينة وجميع أموال الغاصب؟! الغاصب!

الثالث: ما إذا لم يمكن الرد إلا بافساد نفس المغضوب كالحیوط المغضوبة التي خيط بها ثوب الغاصب. فقد يقال بلزوم الرد ودفع الغرامة من جهة لزوم رد ملك الغير و تدارك الخسارة؛ ولكنه مندفع بأن مثل هذا الرد أمر سفهي عند العقلاء ولا دليل شرعاً على لزومه، فإن المغضوب مردود ناظر إلى لزوم الرد فيما إذا لم يستلزم الرد التلف والمقام من هذا القبيل، فإن الخيوط بعد النزع تالفة حكماً ينظر العقلاء. والحاصل أن امتثال حكم مستلزم لاعدام موضوعه لا يمكن كما فيما نحن فيه، مضافاً إلى أن هذا يعدّ من التبذير مع أن الرد لا يتوقف على النزع بل يمكنها الرد بتسليط المغضوب منه على الثوب. ومن هنا يظهر أنه لا يمكن الحكم بعدم لزوم الرد أصلاً من جهة أن الخيوط المذكورة بحكم التالفة، فإنها ممنوعة كبرى و صغرى. أما الصغرى فلأن الخيوط مادامت في الثوب ليست بحكم التالفة. نعم، بعد النزع كذلك إلا أننا لانوجب النزع بل لانجوزه للتبذير. وأما الكبرى فلزوم الرد غير متوقف على المالية بل الملكية كافية في ذلك كما مر. فالصحيح أن يقال إن الخيوط بعد باق على ملك مال الكها والثوب ملك للغاصب ولا بد للغاصب من رد الخيوط إلا أنه أيضاً مسلط

على ملكه كما أنّ المغصوب منه مسلّط على ملكه، لكن لا يمكنه مطالبة نفس خيوطه لاستلزام النزع أو تسليط الغاصب إياه على الثوب وهو منافٍ لسلطنته عليه، ولا دليل على عدم احترام سلطنة الغاصب على ملكه. فالجمع بين التحقّظ على سلطنة الغاصب على الثوب والمغصوب منه على الخيوط يقتضي التصالح أو بيعها معاً إلى ثالث و تقسيم ثمنه أو بيع أحدهما من الآخر، وإلا فلا يجوز لأحدهما التصرف بالأخرى في الثوب.

وهنا صورة أخرى علم حكمها من ذلك وهو ما إذا استلزم الردّ فساد المغصوب و مال الغاصب معاً فلا يحتاج إلى التفصيل.

ذكر الشيخ (ره): ثمّ إنّ هنا قسماً رابعاً وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حقّ الأولوية فيه كما لو صار الخلّ خمرأً. فاستشكل في عد وجوب ردّها مع القيمة ولعلّه من استصحاب وجوب ردّها و من أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك إن لم يجب إلاّ ردّه ولم يكن المالك إلاّ أولى به، إلاّ أن يقال إنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي و لذا كان الوجوب مذهب جماعة، منهم الشهيدان والمحقّق الثاني، ويؤيده أنّه لو عاد خللاً ردّت إلى المالك بلا خلاف ظاهر. انتهى.

ونحن الآن في تصوير خروج الخمر المذكور عن الملكية. فهل ذلك من جهة عدم اعتبار العقلاء الملكية له، أو أنّ الشارع خطأهم في هذا الاعتبار، أو أنّ للشارع اعتبار خاصّ في مقابل اعتبار العقلاء في ذلك؟

كلّ ذلك كما ترى و ما هو الموافق للاعتبار و الأدلّة أنّ الشرع قد ألغى الآثار المترتبة على الملكية عند العرف، فما دلّ على أنّ ثمن الخمر سحت أو لا بدّ من إهراقه أو غير ذلك غير ناظر إلى زوال الملك بوجه كما هو ظاهر، بل هذه الأدلّة ناظرة إلى الخمر المعدّ للشرب لا الخمر المنقلب عن الخلّ من باب الاتفاق مع إمكان علاجه أو انقلابه خللاً بعد ذلك بالطبع.

ثمّ لو قلنا بزوال الملكية فحينئذٍ إذا انقلب خللاً بعد ذلك، فهل يرجع إلى ملك صاحبه أو يصير من المباحات؟ و هل يمكن التمسك بالاستصحاب لاثبات آثار الملكية أولاً؟ فيه كلام وهو أنّه لا ينبغي الاشكال في إطباق العقلاء على رجوعه إلى ملك صاحبه. ولو أغمضنا عن ذلك فيمكننا جريان استصحاب الآثار الثابتة قبل عروض الخمرية، فإنّ ترتّب تلك الآثار وإن كان من جهة الملكية لكن لا يعلم أنّ الملكية كانت واسطة في عروضها لها حتّى تزول تلك الآثار بزوالها، أو كانت واسطة في ثبوتها للخلّ حتّى تبقى ولو بعد زوال الملكية. و بما أنّ موضوع الاستصحاب غير موضوع الدليل الاجتهادي كما مرّ سابقاً فيمكننا الإشارة إلى ذلك المانع و نقول: هذا كان موضوعاً لذلك الأثر و الآن كما

كان. فظهر أنّ العَصِيرَ أو الخَلَّ لو انقلب خمرًا يجوز بيعه ولو قبل انقلابه خَلًّا ثانيًا فضلًا عمّا بعده. كلّ ذلك للاستصحاب لو لم نقل بعدم زوال الملكية بذلك.

ثم لو قلنا بزوال الملك، فهل يمكننا القول بثبوت حق الاختصاص أولاً؟

فنقول: أمّا موارد ثبوت حق الاختصاص كالحيازة وحق الاختصاص بالنسبة إلى الأشياء المرتبطة بالإنسان كدمه وثنائياه مثلاً وغير ذلك كلّها عقلائية وحكم الشرع بأنّ من حاز شيئاً فهو له أو من سبق إلى شيء فهو أحقّ به، إرشاد إلى ذلك. وعليه لولا حفظنا حكم العقلاء في الخمر المنقلب عن الخَلِّ فهم ملتزمون بالملك، ومع الغضّ عن ذلك فلا دليل لنا على ثبوت حق الاختصاص. ودعوى أنّ الحقّ مرتبة ضعيفة من الملك ومع زوال المرتبة القويّة يحتاج زوال المرتبة الضعيفة إلى دليل فنحكم ببقاء الحقّ حتّى بعد زوال الملك كما قاله المرحوم النائيني (ره)، مندفع، لا بما قاله السيّد (ره) من عدم جريان المراتب في الأمر البسيط فإنّ النور أمر بسيط قابل للمراتب ويمكن أن يكون الشيء بسيطاً اعتبارياً مع كونه ذات مراتب فإنّه يدور مدار كميّة الاعتبار كما لا يخفى، بل من جهة أنّ المفروض زوال الملك بتمام مراتبه. ولو ثبت حقّ في البين فهو أمر حادث قائم مقام الملك لا أنّ المرتبة الضعيفة السابقة باقية وفي مثله يحتاج ثبوت الحقّ إلى دليل، فليتدبّر. والحمد لله رب العالمين.

شروط المتعاقدين

مسألة: و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به واشتراط القصد بهذا المعنى في صحّة العقد بل في تحقّق مضمونه ممّا لاخلاف فيه ولا إشكال. هكذا أفاد الشيخ الأعظم (قدّه)، والأمر كما أفاد وذلك من القضايا التي قياساتها معها، فإنّ جميع العقود والايقاعات من العناوين القصدية ولذا يقال العقود تابعة للقصد. ثمّ ذكر بعد هذا كلام صاحب المقابيس في اعتبار تعيين المالكين اللذين يتحقّق النقل والانتقال بالنسبة إليهما وعدمه وقد فرض الكلام تبعاً له (قدّهما) في جهتين: الأولى توقّف تعيين المالك على التعيين وهذا إنّما هو في الكلّيات؛ وقد عبّر الشيخ (ره) عن ذلك بما لايتشخص إلّا باضافته إلى مالك كما في الذم. الثانية عدم التوقّف كما في المعيّنين ونحن أيضاً نقتفي أثرهما ونقول:

أما الجهة الأولى، فحلّ الكلام فيها مشتمل على صور:
 منها أن يبيع من أحد المالكين أو الملاك إلى أحد المالكين أو الملاك ويقبل الآخر كذلك.

ومنها أن يبيع من أحدهما أو أحدها إلى شخص ويقبل هو كذلك.
 ومنها أن يبيع شخص إلى أحدهما أو أحدها ويقبل الآخر كذلك.
 ومنها أن يبيع من أحدهما أو أحدها إلى شخص ويقبل هو من فرد منها أو منها.
 ومنها أن يبيع شخص إلى أحدهما أو أحدها فيقبل فرد منها أو منها.
 ويتصور صور أخرى يعلم حكمها ممّا ذكر إذا عرفت ذلك.
 فقد استدلّ صاحب المقابيس على اعتبار تعيين المالكين بما يرجع إلى إشكالات بعضها عقلية وبعضها نقلية على فرض عدم التعيين. أمّا الاشكال العقلي فقد ذكر أنّه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك، وأنت خير بأنّ هذا الاشكال لا يتمّ في الصورتين الأخيرتين لعدم حصول الانتقال قبل القبول وبعده المالك معلوم. وأمّا في الصور الباقية فما يمكن أن

يقال في وجه بقاء الملك بلا مالك أنّ عنوان أحدهما أو أحدها عنوان مبهم لا واقع له. والمفروض أنّه ليس طرف المعاوضة إلّا ذلك فيقع الملك بلا مالك لو فرض الانتقال كما هو مقتضى صحة المعاملة.

والجواب عن ذلك أنّ ما ذكر من العنوان وإن كان بحسب المفهوم وما هو بالحمل الأولي أحدهما أو أحدها مردداً ومبهماً إلّا أنّه معيّن بالحمل الشايح وإلّا لم يكن قابلاً للتصور؛ وهذا كما في جميع المفاهيم التي لا واقع لها في الخارج كنفس عنوان العدم فإنّه بالحمل الأولي عدم لكن بالحمل الشايح عنوان موجود في الذهن. إذا كان الأمر كذلك فأبى مانع من أن يكون المالك هو هذا العنوان. والحاصل أنّ الاشكال المتقدم وهو بقاء الملك بلا مالك من جهة عدم وجود المالك وهو عنوان أحدهما أو أحدها، مندفع. نعم، يمكن أن يستشكل في ذلك بأنّ هذا العنوان غير مالك والمالك هو الواقع ولم يقع طرفاً للمعاملة. والجواب عن هذا أنّه لا يعتبر الملكية حال العقد في بيع الكليات جزماً. أترى أنّ البايح في بيع السلف مالك لشيء بالفعل، بل المصحح لهذا البيع بنظر العقلاء إنّما هو اعتبار الذمة بحيث يقتدر على تسليم العوضين وهذه الكبرى في المقام أيضاً موجودة. فإنّ عنوان أحدهما من حيث إمكان تطبيقه على كلّ من الفردين معتبر بنظر العقلاء وإن لم يكن مالكاً للمبيع، فإنّ هذا الاعتبار العقلائي كافٍ في بيع الكليات بل الشخصيات كما مرّ في أول الكتاب، مضافاً إلى أنّه على فرض ورود الاشكال العقلي السابق أو الآتي وهذا الاشكال العقلائي فغاية ما يلزم اعتبار شرط زائد على هذه المعاملة وهو تعيين المالكين ولو بعد وقوع المعاملة لا لزوم التعيين حالها فإنّ الاعتبار بالملكية حال الانتقال لا الملكية حال الانشاء فيكون المقام نظير البيع الفضولي ولا يلزم كونه باطلاً رأساً، إلّا أن يقال إنّ إنشاء مثل هذه المعاملة غير معقول فإنّه من إيجاد الاضافة بين الموجود والمعدوم ولا يحصل الجدّ بذلك فإنّه مستحيل. وقد ظهر الجواب عن هذا ممّا تقدّم ومما يأتي.

ويمكن تقريب الاشكال العقلي بوجه آخر وهو أنّ البيع هو تبادل الاضافتين وحيث إنّ عنوان أحدهما مبهم معدوم لا يمكن أن يقع طرفاً للاضافة. وقد عرفت الجواب عن هذا التقريب أيضاً، فإنّ عنوان أحدهما موجود بالحمل الشايح وقابل للاعتبار العقلائي. وأما سائر الاشكالات فقد ذكر أنّه لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك وفساد ذلك ظاهر. انتهى. ولعلّ فساد ما ذكره ظاهر فإنّه مضافاً إلى حصول الجزم في المقام في بعض الموارد لا دليل على اعتبار الجزم في العبادات فضلاً عن المعاملات، بل هذا أول الكلام في هذا البحث وإثبات اعتبار التعيين بلزوم حصول الجزم مصادرة. على أنّنا ندعي حصول الجزم في جميع

الموارد و دليل هذا المدعى يظهر ممّا تقدّم، فإنّ المعاملة في المقام يقع بين العنوانين والجزم بذلك حاصل.

وقد ذكر أيضاً أنّه لا دليل على تأثير التعيين المتعقّب. وقد عرفت عدم اعتبار التعيين أصلاً ومع اعتباره فلا دليل على لزومه حال البيع، بل غايته الاعتبار حال الانتقال نظير البيع الفضولي فإنّ لزوم التعيين من جهة دفع الاشكال العقلي، ويدفع بالقول باعتباره ولو متعقّباً، وقد مرّ هذا وما يمكن أن يقال فيه.

ثمّ ذكر أنّه لا دليل على صحّة العقد المبهم لانصراف الأدلّة إلى الشايح المعروف. و هذا أيضاً مدفوع بأنّ الظاهر من دليل التنفيذ نظير «أحلّ الله البيع» و «أوفوا بالعقد» أنّ الموضوع لذلك العقد والبيع؛ بل نجزم بعدم دخل خصوصيّة أخرى فيه فكأنّه في مقام بيان أنّ الانسان لا بدّ و أنّ يكون ثابتاً عند قوله و قراره. و هذا لا يمكن حمله على الأفراد الشايحة المعروفة فهذه الأدلّة في نفسها دالّة على التعميم، مضافاً إلى أنّ الشيوع والغلبة لا يوجب الانصراف. ولذا نحكم بصحّة جميع المعاملات الحادثة اليوم بهذه الأدلّة إلاّ أن يوجد دليل شرعي على بطلانها.

وقد ذكر الشيخ (قدّه) في المقام أنّ اعتبار التعيين إنّما هو لتوقّف اعتبار ملكيّة ما في الذمم على تعيين صاحب الذمّة، لا أنّه معتبر في المعاملة في عرض سائر الشرائط. فعلى ما ذكره أنّه لا بدّ من تعيين الشخص مراعاة لتحصيل الملكيّة في العوضين. و تماميّة ذلك تتوقّف على إثبات مقدّمات:

منها أنّ البيع هو المبادلة في الملكين.

و منها أنّه لا بدّ من كون المبادلة واقعة على الملكين بحيث تكون الملكيّة سابقة عليها. و منها أنّ ما في الذمّة ملك.

و منها أنّ ملكيّة ما في الذمّة موقوفة على تعيين صاحب الذمّة.

أمّا الأولين فقد مرّ عدم اعتبار الملكيّة في العوضين في بيع الشخصيات فضلاً عن الكلّيات، مضافاً إلى أنّه لو سلّمنا الاعتبار فغاياته الاعتبار حال الانتقال لا حال المعاملة. و قد ذكرنا سابقاً أنّ في بعض الصور الملكيّة تحصل بالقبول و في بعضها يمكن تحصيلها بالتعيين بعد المعاملة نظير الاجارة في البيع الفضولي. و أمّا الأخيرين فلعلّ الثالثة ظاهرة البطلان. كيف يمكن أن يقال إنّ الانسان مالك لآلاف و ألوف في ذمته مع أنّه لا يملك إلاّ دار سكناه و سائر ما عنده من الخارجيات! و أمّا المعاملة في الكلّيات فقد ذكرنا أنّه ليس من قبيل المبادلة في الملك، بل الشخص المعتبر عند العقلاء ذمته أيضاً معتبرة عندهم باعتبار إمكانه أداء ما يبيع. نعم، بعد تحقّق المعاملة يعتبر العقلاء كون المشتري

مالكاً في عهدة البايع ما اشتراه ولا بد للبايع من أداء ذلك من الخارجيات، فالبايع للحنطة كلياً لا يبيع ما يملك بل يبيع ما يمكنه أداءه وهذا المقدار كافٍ في تحقق البيع.

وأما الرابعة وهو توقف ملكية العوض على التعيين فقد مرّ عدم الملكية في الكليات مع التعيين ومع عدمه. ولكن الشيخ (ره) ذكر في بيان ذلك أنّ ما في الذمة مالم يضاف إلى شخص معين لم يترتب عليه أحكام المال من جعله ثمناً أو مئثناً. ونقول بعد العلم بأنّ الذمة ليست ظرفاً للأموال والأموال كما مرّ وهو أيضاً لا بدّ وأن يلتزم بذلك لما ذكر من توقف الملكية على الإضافة. يرد عليه: أفهل تكون الإضافة من المملكات وكيف تحصل الملكية لما لم تكن ملكاً بالإضافة، بل لنا أن ندعي أنّ الإضافة يخرج الملك عن الملكية والمال عن المالية فإنّ الإضافة إلى ذمة شخص يصير الشيء كلياً عقلياً غير قابل للانطباق على الخارجيات. والحاصل أنّه في باب الكليات لا يحتاج إلى الملكية قبل البيع لتصحيحه بل الاعتبار العقلائي من جهة إمكان التأدية كافٍ في ذلك وهذا موجود في البيع عن المبهم. والله العالم.

وأما الجهة الثانية، فلا بدّ فيها من فرض محلّ الكلام بحيث يمكن فيه النزاع وأن يقع محظ بحث الأعلام. وما يشاهد في الكلمات في ذلك وهو كون العوضين شخصيين والمالكين متعيينين والعاقد ملتفت إلى ذلك غير قابل للنزاع والخلاف فيه، فإنّه لا معنى للبحث عن تعيين المعين. فنقول: قد يفرض الكلام في مورد الجهل بالمالكين وأخرى في مورد العلم. وفي الصورتين إما أن لا يقصد العاقد المالك أو يقصد بعنوان مالكة الواقعي وفي ذلك لا ينبغي الإشكال في صحة العقد للتعين واقعاً وعدم الحاجة إلى قصد المالك حينئذ بل في الثانية قصد ذلك ولو إجمالاً. وقد يفرض الكلام في الصورتين إذا قصد الإبهام (أحدهما) والعاقد فضولي، إما منها معاً أو من المالك بداعي أنّه لو لم يجز المالك المعاملة وصار الآخر مالكاً للمال بعد ذلك وأجاز، تتمّ المعاملة بناء على صحة مثل هذا الفضولي «من باع شيئاً ثمّ ملكه». وقد يفرض الكلام في ما إذا علم الوكيل لشخصين علماً إجمالياً بكون العين الخارجي ملكاً لأحدهما ويوقع المعاملة لهذا العنوان كما مرّ. وما ينبغي أن يكون محلاً للنزاع بين الفقهاء بعد ما مرّ من أنّه لا معنى للنزاع في تعيين المعين واقعاً والتفاتاً الفرضان الأخيران، والكلام فيه دليلاً ودعوى عين ما مرّ في العوضين الكليين. هذا.

وأما الكلام في قصد الخلاف فقد يفرض في صورة الجهل بالمالكين وأخرى في صورة العلم بهما. وفي الصورة الأولى قد يكون قصد الخلاف تطبيقاً وأخرى تقييداً. والحكم الصحة في الأول لحصول التعيين حينئذ والاشتباه في التطبيق لا يضرّ وفي الثاني الحكم هو البطلان بناء على أنّ البيع تبادل الإضافتين والصحة بناء على أنّه المبادلة

بين المالين في الملكية و هذا ظاهر. و في الصورة الثانية قد يكون قصد الخلاف بمعنى قصد خروج ملك شخص عن شخص آخر كقوله «بعث مالي عنه» وأخرى بمعنى قصد دخول عوض ماله في ملك شخص آخر كقوله «بعث مالي له» بمعنى خروج المثلث عن ملكي و دخول ثمنه في ملكه. و التحقيق البطلان في الصورتين لاستحالة حصول الجذ بانشاء خروج ملك شخص عن شخص آخر فإنه مستلزم للدور، فإن إنشاء الخروج في طول حصول الملكية للآخر و في المرتبة المتأخرة عنه. و استحالة حصول الجذ بانشاء المبادلة بين المالكين (بوصف المملوكية) مع عدم وقوع التبادل بينهما من جهة المالكين، فإن المملوكية و المالكية متضايقان و لا يعقل التبادل بين المالكين بلحاظ الأول دون الثاني. هذا.

فقد عرفت عدم تمامية ما ذكر في الحكم بالصحة من أن هذا بيع فيه معنى الهبة أو بيع و هبة لاستحالة إنشاء جذي كذلك، مع أن الهبة تحتاج إلى القبول و القبض، إلا أن يقال إن هذه معاملة خاصة فيه معنى البيع و الهبة فيرد عليه الاشكال العقلي المتقدم. و عرفت أيضاً عدم تمامية ما ذكر من الحكم بصحة المعاملة و بطلان التقييد، فإن هذا ليس من قبيل إنشاء تملك ما يملك و المالك بل متعلقه أمر واحد بسيط كما لا يخفى.

ثم ذكر الشيخ (ره) بعد هذا فروعاً آخر:

منها أنه هل يعتبر معرفة كل من البائع و المشتري من ينتقل إليه المال أم لا؟ و هذا كماترى مغاير للمسألة السابقة و إن توهم المرحوم النائيني (ره) أنها مسألة واحدة. و الظاهر عدم الاشكال من أحد في عدم الاعتبار و وجهه ظاهر، فإن المراد بالمبادلة بين المالين بحيث يدخل كل منهما في ملك مالك الآخر. و هذا يحصل من دون المعرفة أيضاً و لا دليل على اعتبارها في البيع بل في النكاح أيضاً، و إن قيل بالاعتبار فيه. نعم، إيجاد العلقه للمجهول المطلق مستحيل لكن مرادنا من عدم المعرفة ما لا بد منه في الثمن و المثلث في البيع بحيث يسد باب الضرر، فإنه لا دليل على اعتبار مثل ذلك في النكاح و لزوم سد باب الضرر فيه.

و منها أنه هل يجوز الخطاب مثل «بعثك» أو «انكحتك» مع قصد غير المخاطب أم

لا؟ أم يفرق بين البيع و النكاح؟

فالظاهر الجواز في البيع دون النكاح و ذلك للتعرف في الأول دون الثاني، و قد مر لزوم اتباع العرف في الأسباب أيضاً كالمسببات في باب المعاملات. و أما وجه التعارف في البيع دون النكاح تعرض الغرض بالمبادلة بين المالين في البيع و لا نظر فيه إلى الأشخاص غالباً بخلاف النكاح فإن المتعلق للغرض فيه هو الأشخاص نوعاً و هذا ظاهر.

و منها أنه هل يعتبر ظهور الخطاب بحيث لا يمكن القبول بالنسبة إلى غير المخاطب أم

لا؟ أم يفرق بين البيع والنكاح؟

والظاهر أنّ الظهور متبع حتى في البيع للزوم اتباع الظهورات عرفاً وإن أمكن القول بعدم اعتباره في البيع من جهة عدم تعلق الأغراض بالأشخاص فيه فالخصوصية ملغاة عرفاً، فتأمل.

مسألة: و من شرائط المتعاقدين الاختيار على ما أفاد الشيخ (ره)، قال: والمراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس لا الاختيار في مقابل الجبر. ولا بد لنا أولاً من تحرير محل النزاع فنقول: إنّ الاختيار هو الافتعال من الخير بمعنى طلب الخير و ترجيح ما يراه الفاعل خيراً له عن غيره ولذا يريد و يتصدى لفعله و يفعله؛ و بما أنه فعل من أفعال النفس فيحتاج حصوله إلى مبادئي كسائر الأفعال الاختيارية فقد يكون المبدأ له الميل النفسي و شهوتها و أخرى يكون المبدأ له الاجراء أو الاضطرار أو الاكراه فالمكره أيضاً يختار الفعل و يفعله مثل المشتاق، فالاكراه في طول الاختيار في الفعل الاختياري لا في عرضه، فلامعنى للقول بأن شرط العقد الاختيار في مقابل الاكراه كما أنّ تفسير الاختيار بالقصد عن طيب نفس أيضاً لا يصح، فإنه لو كان المراد من طيب النفس الاستيقاق فلا يعتبر في صحة المعاملة ولو كان المراد منه الجذ في مقام الانشاء فهو حاصل في العقد المكره أيضاً كغيره. والحاصل أنه لا فرق بين العقد المكره و غيره من جهة الانشاء والاختيار وإنما الفرق بينها إنما هو في مبدأ الاختيار، فإنه في الأول إكراه المكره و في الثاني غيره. و من هنا ظهر أنّ الصحيح في عقد البحث أن يقال: إنه هل يعتبر في صحة المعاملة عدم وقوعه عن إكراه مكره أولاً؟ فلو قلنا بأن المانع الشرعي أمر معقول فيكون الاكراه مانعاً و إلا فيكون عدمه شرطاً على القول بالاعتبار وجعل الاختيار شرطاً في المعاملة و معقداً لهذا البحث غير تام كما مر.¹

١- أقول: ينبغي التوجه إلى نكتة و هي الفرق بين عقد المكره و غيره في القصد، فإن المكره الذي لا يرضى بتملك ماله إلى الغير لا يقصد التملك جذاً بخلاف غيره. و بعبارة أخرى إنّ من المعترف في المعاملات وقوعها عن جذ من المنشي لها لمضمونها والاكراه إلى الجذ أمر غير معقول فإن الجذ أمر قصدي نفسي لا يطلع عليه أحد غير نفس المنشي للمعاملة، ولا معنى لأن يكرهه أحد إلى ذلك لا مكان التعمية وعدم الجذ. فإذا المكره لولم يقصد مضمون العقد جذاً فيبطل العقد لذلك ولا تصل النوبة إلى حديث الرفع ولا تؤثر فيه الاجازة المتأخرة لفقد ركن المعاملة و هو الانشاء جذاً. ولو قصد ذلك فيصح العقد لعدم تعلق الاكراه بهذا القصد فوقع بلا إكراه. نعم، لعله يمكن دعوى أنه قد يتفق نادراً إنشاء المكره جذاً بالنسبة إلى مضمون العقد ولكننا بعد في تصور إمكان تحقق الجذ إلى المضمون من المكره الغير الراضي بالمعاملة، و لذلك عبر الأصحاب بأن المكره قاصد إلى اللفظ دون المعنى. ق

و كيف كان، لا إشكال في أن بيع المكره لا يترتب عليه الأثر عند العقلاء فلولم يكن دليل شرعي على بطلانه لكفى ذلك في إثبات البطلان، فإن الأدلة العامة مثل «أحلّ الله البيع» وغيره من الأدلة منصرفة إلى ما هو المتعارف بين العقلاء. فعلى هذا البحث عن سائر الأدلة من باب التأييد.

و ممّا استدلّ به في المقام الحديث الشريف «رفع ما استكرهوا عليه». و تقريب الاستدلال مأمّر غير مرة من أن إسناده الشارع الرفع إلى الذات مع أنه غير مرفوع حقيقة لا يصحّ إلاّ ادعاء. و حيث إنّ الادعاء يحتاج إلى مصتحح ولا مصتحح إلاّ بأن تكون جميع الآثار مرفوعة أو الآثار الظاهرة بحيث يمكن ادعاء أنها تمام آثار الشيء و بلحاظه يمكن ادعاء رفع الشيء نفسه في محيط الشرع، فيكون معنى الحديث رفع جميع الأحكام التكليفية والوضعية ومنها صحة المعاملة المكره عليها.

و أمّا تقريب الاستدلال بأنّ تقليل «رفع ما استكرهوا عليه» في بعض الروايات (رسائل عن الكافي، أبواب الجهاد) بالآية الكريمة «إلاّ من أكرهه و قلبه مطمئنّ بالإيمان» الواردة في مورد إكراه عمار بن ياسر بالتبرّي من النبيّ الأكرم و سبه (ص)، يدلّ على عموم الرفع للأحكام الوضعية؛ فإنّ المرفوع في مورد الآية غير منحصر بالحكم التكليفي و هو الحرمه بل الأحكام الوضعية مثل الكفر و بينونة الزوجة و غير ذلك أيضاً مرفوع، فلا يتمّ لأنّ رفع الآية الكريمة الحكم التكليفي فقط عن موردها كافٍ في رفع تلك الأحكام الوضعية. فإنّه ما لم يحرم التبرّي والسب لا يوجب ذلك كفر التبرّي والسب، فلا يترتب عليه آثار الكفر إذاً لا يلزم كون الآية بنفسها في مقام رفع كلا الحكمين معاً فلا يتمّ الاستشهاد.

و أمّا ما أفاده الشيخ (ره) من أن تطبيق الامام عليه حديث الرفع على الإكراه باليمين بالطلاق يدلّ على عموم الرفع، فإنّ التطبيق على المورد وإن كان عن تقية إلاّ أنّ نفس إلقاء هذه الكبرى في مورد الحكم الوضعي كافٍ في ذلك، فأيضاً لا يتمّ لأنّه بعد البناء على أنّ التطبيق واقع تقيّة فكيف يمكن دلالة هذا التطبيق الذي وقع في غيره مورده على عموم الكبرى، فليتدبر.

و أمّا حديث «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ بطيبة نفس منه» فيمكن دعوى كونه أجنبياً عن المقام فإنّه في مقام بيان حليّة مال الغير و عدم حليّته، لا في مقام بيان شرط صحة المعاملة الواقعة عليه. و يمكن دعوى أنّ الآية الكريمة «إلاّ أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم» أيضاً ناظرة إلى أنّ المعتبر في المعاملة عدم إكراه المكره أو أوسع من ذلك و من اعتبار عدم إيهام إكراه المكره و إن لم يكن مكره، فإنّ الرضا بمعنى الاشتياق غير معتبر في المعاملة

جزماً والمعتبر هو الرضا في مقابل المنع و بالفارسيّة «تن دردادن» أو أخصّ من ذلك أي الرضا في مقابل الاكراه. وكيف كان، فيكفينا حديث الرفع.

أقول: قد تتم أنّ الاكراه على الجذ لا يعقل كما أنّ الجذ على الاكراه على الجذ أيضاً غير معقول، فإنّ الجذ بالمعاملة لا يعلم إلا من قبل صاحبه فكيف يمكن إكراهه عليه مع إمكانه عدم الجذ بالمعاملة. والظاهر أنّ الرضا في الآية المباركة وهو الرضا المعاملي ليس إلا ذلك وما أفاده (نلّله) من كلمة «تن دردادن» أيضاً هو ذلك. فمعاملة المكره خالية عن إنشاء جذي وتبطل ذلك بلا حاجة إلى حديث الرفع، ولو أنشأ جذاً فقد أنشأ ما ليس بمكره عليه فيصح لتامية أركان المعاملة ولا يمكن رفعها بحديث الرفع لعدم الموضوع. وأما حمل الرضا على عدم إكراه مكره كماترى، فإنّ الرضا أمر وجودي في نفس العاقد فكيف يمكن حمله على معنى عدمي.

و بالجمله إمّا أن يقال بالفرق بين المكره وغيره في حالاته النفسية حين المعاملة بحيث لا يكون الأوّل راضياً بأيّ معنى شئت بخلاف الثاني، أو يقال بعدم الفرق والفرق من الخارج وهو وقوع المعاملة عن إكراه في الأوّل دون الثاني. فلو قيل بالثاني فالرضا المعاملي حاصل على الفرض لأنّ حمل الرضا على صرف عدم الاكراه حمل الوجودي على العدمي فاثبات البطلان لا يمكن إلاّ بحديث الرفع وقد مرّ مافيه. ولو قيل بالأوّل فمقتضاه بطلان معاملة المكره عليها لعدم حصول الرضا المعاملي فيها.

قال الشيخ (ره): ثمّ إنّ حقيقة الاكراه لغة وعرفاً حمل الغير على ما يكرهه.

أقول: لا يعتبر فيها لا الحمل ولا الحمل على ما يكرهه فإنّه يصدق الاكراه بأمر الأمر مع عدم إمكان التخلف عنه للخوف من قهره بل يصدق ذلك ولو لم يكن له قهر ولكن حصل الخوف من ايقاعه ضرراً ولو بدعاء أو هتك عرض وغير ذلك. نعم، يقع الاشكال فيما لو وقع المعاملة مع توهم الاكراه مع عدم مكره في البين واقعاً. فلو تمسكنا لبطلان عقد المكره بحديث الرفع أو بالآية الكريمة مع حمل الرضا على عدم إكراه مكره، فتصح هذه المعاملة لعدم المكره؛ ولو تمسكنا بالآية وقلنا بأنّ الرضا أمر وجودي قائم بنفس المالك وهو مفقود في عقد المكره، فنحكم بالبطلان في ذلك. ويحيى تمام الكلام في معنى الرضا فيما سيأتي. وأيضاً يصدق الاكراه في مورد اشتياق الشخص بالمعاملة لكن لا يرضى بوقوعه تحت قهر قاهر وإكراه مكره وأكرهه أحد على المعاملة فهو مشتاق إلى المعاملة ومع ذلك مكره من قبل القاهر. فما أفاده لا يتم طرداً وعكساً، بل حقيقة الاكراه هو الالتزام قهراً من الملمزم والقاهر سواء كره المكره المعاملة أولاً. فالمعاملة الواقعة عن إلزام الملمزم وقهر القاهر وإكراه المكره وجبر الجابر، سمّه بما شئت، باطلة لحديث الرفع.

ثم ذكر الشيخ (ره) بعد ذلك: و يعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقتترانه بوعيد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل مضر بحال الفاعل أو متعلقه نفساً و عرضاً.

أقول: ظهر مما تقدم أنه لا يعتبر في صدق الاكراه اقتتران الحمل بالوعيد لصدق الاكراه مع الالتزام و عدم إمكان التخلف عن ذلك لخوف ترتب ضرر من الملمزم على ترك الفعل. و كذا لا يعتبر الظن بالترتب، فإن الاحتمال العقلائي المنشأ لحصول الخوف كاف في ذلك. و أما اعتبار الضرر فهو في محله، و لا يلزم من وصوله إلى حد الحرج بل مطلق الضرر العقلائي الذي يرى العقلاء أنّ الشخص مكره على الفعل لوقوعه في هذا الضرر لو ترك الفعل، كاف في ذلك. و الحاصل أنّ عنوان الاكراه بمعنى الالتزام عن قهر أوضح في نظر العقلاء من تعريفه بما أفاده (قده). و يعتبر في المعاملة أن لا يكون عن إكراه مكره و إكراه ملزم.

قال الشيخ (ره): ثم إنّه هل يعتبر في موضوع الاكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوقع به بما لا يوجب به ضرر آخر أم لا؟ الذي يظهر من النصوص و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية لأنّ حمل عموم رفع الاكراه و خصوص النصوص الواردة في طلاق المكره و عتقه و معاهد الاجماع و الشهرة المدّعات في حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة، بعيد جداً بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها مع أنّ القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفاً. انتهى.

أقول: قد اضطرب كلام الشيخ (ره) في هذا المقام و الحق أن يقال: إنه مع إمكان التورية للالتفات إليها و معرفة طريقها أو التفصي بوجه آخر على نحو لا يوجب ضرراً آخر عليه، لا يصدق الاكراه عرفاً و إلا يصدق بلافق بينها. و أما ما أفاده من أنّ بعد حمل النصوص على مورد العجز عن التورية يثبت عدم اعتبار العجز عنها في الاكراه. فلو أراد من ذلك أنّ الروايات تدلّ على أنّ مفهوم الاكراه كذا، فهذا إثبات المفهوم اللغوي بالتعبّد و الرواية ولا يصحّ. و أما لو أراد من ذلك اللاحق الحكمي فلا يمكن في مثل ما أفاده من النصوص عقلاً، فإنّ موضوع الرفع هو الاكراه فهو تعبّد برفع الاكراه لا به و برفع ما ليس باكراه.

و بالجملة إنّ التعبّد برفع الاكراه أمر و تنزيل ما ليس باكراه منزلة الاكراه أمر آخر، و لا يمكن إثبات الثاني بدليل الأول كما هو أظهر من أن يخفى. و هكذا الكلام بالنسبة إلى نصوص طلاق المكره و معاهد الاجماع.

ثم ذكر بعد هذا: و ربّما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن

التفصي بوجه آخر غير التورية أيضاً في صدق الاكراه، مثل رواية ابن سنان عن أبي عبدالله (ع)، قال: لا يمين في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في إكراه. قلت: أصلحك الله، و ما الفرق بين الجبر والاكراه؟ قال: الجبر من السلطان و يكون الاكراه من الزوجة والأم و الأب وليس ذلك بشيء.

أقول: وجه استدلاله بهذه الرواية إمكان التفصي من إكراه الزوجة والأم والأب غالباً؛ ولكنه قد لا يمكن التفصي عن ذلك أيضاً لما ذكرنا سابقاً أن الاكراه يصدق في غير مورد قهر القاهر أيضاً، بل الزوجة مثلاً كالزمامها زوجها بفعل و إلا لفعلت ما لا يليق بشؤونه و تهتك عرضه مما لا يمكن للزوج التفصي عنه، فيمكن أن يكون معنى الاكراه في الرواية ذلك.

و بالجملة إن إثبات المفهوم بالرواية غير صحيح بل لا بد من إثبات موضوع الرواية بما يستفاد عرفاً من اللفظ، مضافاً إلى أن الجبر لا يباين الاكراه مفهوماً بل هو أيضاً إلزام من الملزم غاية الأمر إنه من القاهر، والاكراه مفهوماً أعم من ذلك فالتعبّد في مورد الاكراه يغني عن التعبّد في مورد الجبر، بل التعبّد الأخير يصبح لغواً محضاً. فيصير معنى الرواية أنه لا يمين في مورد الاكراه بل يفرق بين مورد الجبر وغيره فلا يمكننا تنزيل غير الاكراه إلى الاكراه بهذا الدليل كما مرّ، فالالحاق الحكمي أيضاً لا يمكن بهذه الرواية. نعم، لو كان الاكراه من الزوجة أو الأم والأب ملازماً دائماً لا مكان التفصي أمكننا الحلق لا تعيين الموضوع إلا أن الملازمة الدائمة ممنوعة.

ثم ذكر (قدّه): أن العجز عن التورية لو كان معتبراً لأشير إليها في الأخبار الكثيرة المجوّزة للخلف كاذباً عند الخوف والاكراه خصوصاً في قضية عمّار... إلى أن قال: فقال له رسول الله (ص): «إن عادوا عليك فعد»، ولم ينتبه على التورية. انتهى.

و قد ذكرنا سابقاً أنه لا يمكن تعيين مفهوم الاكراه بهذه الروايات ولا الحلق الحكمي. و أمّا وجه عدم الاشارة في الروايات و هكذا في قضية عمّار، أن التورية أمر مغفول عنها الناس و في موردها مشكل لا يمكن ذلك بسهولة بحيث لا يفهمها الآخر و لذا لم يذكر في الروايات لعدم إمكان التورية غالباً والاشفاق بالنسبة إلى عمّار اقتضى عدم بيان التورية من جهة احتمال أنه لو أراد التورية لأوقع نفسه في الهلاك. و أمّا ما ذكره المرحوم النائيني (ره) من أن التورية أيضاً كذب ففيه ما فيه لأن التورية إخبار عن الواقع لا خلافه؛ نعم، لا يفهمه المخاطب. و أمّا ما قيل من أن مناط حرمة الكذب موجود في التورية و هو الاغراء بالجهل، فكما ترى، فإن الكذب حرام و إن لم يوجب الاغراء والاغراء جائر حتى في مورد الكذب فضلاً عن غيره. والحاصل أنه لو أمكن التفصي بتورية وغيرها بسهولة

بحيث لا يصدق الاكراه عرفاً فالمعاملة صحيحة.

ثم ذكر الشيخ (ره): أنّ ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الاكراه المسوّغ للمحرّمات ومناطه توقّف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه. وأمّا الاكراه الرافع لأثر المعاملات، فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة وقد يتحقّق مع إمكان التفصي. ثم ذكر لذلك المثال فلاحظ المتن.

وذكر بعض المحقّقين في المقام أنّه ليس غرض الشيخ (قده) من هذا الكلام ما هو ظاهره من سعة دائرة الاكراه في المعاملات وضيقتها المساوق للاضطرار في التكاليفيات، بل غرضه كما تشهد به الأمثلة المذكورة في المتن، أنّ التفاوت في مراتب الاكراه يوجب التفاوت في مراتب التفصي. فالعدول من مكروه إلى مكروه كما في المثال الأوّل ليس من التفصي، بل التفصي من المكروه إلى غير المكروه فعدم العدول لا يوجب عدم صدق الاكراه بخلاف عدم أمر خدمه بطرده فإنّه ليس بمكروه فلو لم يأمر لكان كاشفاً عن كونه طيب النفس بالمعاملة، بخلاف المحرّمات فإنّ الاكراه الرافع لها ما يساوق الاضطرار. فكون التفصي به ما يكرهه طبعاً لا يوجب العدول عن المضطرّ إليه إلى المضطرّ إليه حتّى لا يمنع من صدق الاضطرار. هذا.

و أنت خبير بأنّ ما أفاداه مبنيّ على ما ذكره الشيخ (ره) سابقاً في معنى الاكراه و قبله هذا المحقّق من أنّه حمل الغير على ما يكرهه و اعتبار طيب النفس بمعنى الابتهاج في المعاملات. و أمّا على ما ذكرنا من أنّ الاكراه هو حمل الغير على شيء قهراً و إلزاماً سواء كرهه أم لا و الرضا و الطيب المعاملي ليسا بمعنى الابتهاج بل هما في مقابل الاكراه و الاعتبار بعدم وقوع المعاملة عن قهر قاهر و إلزام ملزم، فلا يظهر فرق بين المعاملات و المحرّمات في ذلك، فإنّ مفهوم الاكراه أمر واحد. فلو كان صادقاً مع إمكان التفصي يصدق في الموردين و إلّا فلا يصدق فيه، مضافاً إلى أنّ الاكراه المساوق للاضطرار بنفسه كافٍ في رفع الحكم بلا حاجة إلى رفعه بالاضطرار، بل لا تصل النوبة إليه لتقدّم الاكراه عليه تقدّم الفعل على الانفعال، كما أنّ الاضطرار في المعاملة لا يوجب رفع الحكم و إلّا لكان اللازم منه وقوع المضطرّ إلى المعاملة في الاضطرار.

والحاصل أنّ الاكراه موجب لرفع الحكم في الوضعيات و التكاليفيات بلافرق بين الموردين في اعتبار عدم إمكان التفصي عرفاً في صدقه سواء وصل إلى حدّ الاضطرار و الاجاء أم لا، و الاضطرار بنفسه لا يوجب رفع الوضع ولا رفع التكليف في مورد حصوله بسبب الاكراه. فما ذكره الشيخ من أنّ الاكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي مفهوماً و النسبة بينها مورداً عموم و خصوص من وجه، لا يتمّ

فإنّ الراجع للوضع والتكليف هو الاكراه و هو مفهوم واحد و صدقه في الموردین علی حد سواء. نعم، یحصل منه الاضطراب فی بعض الموارد و تقدّم حکم ذلك.

هذا و ینبغی هنا التنبّه علی أمر و هو أنّ دلیل الاكراه و غیره من الحواکم الامتنائیة کالتقیة والضرر والاضطرار و غیر ذلك لا تشمل الموارد المهمّة الّتی علمنا من الخارج اهتمام الشارع بها کما إذا هجم الکفار علی بلاد المسلمین و خیف علی اضمحلال شعار من شعائر الدین أو هتک نواامیس المسلمین أو إجماع بعض أحكام الاسلام، بل تلاحظ الأهمیة فی هذه المقامات. و لذلك ترى سیرة الانبیاء والأئمّة فی أمثال هذه المهمّات من القيام والنهضة ولوحصل منه سفک دم أو غیره من أنحاء الضرر.

ثمّ إنّ الاكراه کما یتعلّق بالشخص كذلك یتعلّق بالطبیعی علی نحو العموم أو الاطلاق الشمولي أو البدي کما ذکر فی باب التکالیف الالهیة والأوامر والمواهی الشرعیة. وقد مرّ مراراً من أنّه بجریان مقدمات الحکمة فی المطلقات لا ینقلب معنی المطلق عامّاً، فإنّ العموم دالّ علی تکثیر الطبیعة بدالّ نحو «کلّ» و «لام الاستغراق» بخلاف المطلق، فإنّه لا یدلّ علی التکثیر ولو بعد جریان مقدمات الحکمة، بل نتیجتها أنّ تمام متعلّق الحکم فی المطلق نفس الطبیعة والماهیة لا غیر؛ ولا یعقل سرایة الحکم المتعلّق بالطبیعة إلی غیرها (ولو تشخّصاتها الفرديّة و تفرّداتها الخارجیة)، فإنّ الارادة الأمریة قد تعلّقت بنفس الطبیعة علی الفرض، و فی هذا اللحاظ لا یمکن لحاظ شیء آخر سواها حتّى یسری الحکم إلی ذلك الملحوظ.

نعم، قد یمکن غرض الأمر من تعلیقه الحکم بالطبیعة علی نحو الشمول بحیث ینطبق الأمر فی جمیع موارد انطباق الطبیعة ک «أحلّ الله البیع»، و قد یمکن غرضه من ذلك ایجاد الطبیعة علی نحو صرف الوجود ک «أعتق رقبة». و هذه الجهة لا توجب سرایة الحکم من متعلّقه و هو نفس الطبیعة إلی شیء آخر، بل فی العموم أيضاً التشخّصات غیر دخیلة فی متعلّق الحکم، و التکثیر لیس إلّا تکثیر ما یلی الأدوات ف «أکرّم کلّ عالم» دالّ علی أنّ وجوب الاکرام متعلّق بالمتکثیر لکن کلّ فرد من هذه المتکثیرات محکوم بالوجوب بما أنّه عالم لا بسائر العناوین المنطبقة علیه ولا بسائر تشخّصاته.

والاکراه أيضاً قد یتعلّق بنحو العموم أي علی نحو التکثیر، و أخرى یتعلّق بالطبیعة علی نحو السریان، و ثالثة یتعلّق بها علی نحو صرف الوجود. فی الأوّل والثانی کلّ فرد من أفراد المعاملة متحقّق بنعت المکرهیة لانطباق الطبیعة علیه، و هكذا علی الثالث إلاّ أنّه لوکان لخصوصیة منها أثر یرتّب ذلك الأثر لو أوجد المکره تلك الخصوصیة، فإنّ الفرد المتحقّق، وان اتّصف بالمکرهیة لکن لا بسا هو فرد و متشخّص بخصوصیة ما بل بما هو

معاملة، فلو أوجد المكره على البيع وقت النداء وقلنا بحرمة ذلك أعم من كونه صحيحاً أو فاسداً، فيحرم وإن كان البائع مكرهاً على البيع.

ثم إنه لو كان مكرهاً على نفس طبيعة البيع على نحو صرف الوجود وأوجد الطبيعة بأفراد متعددة دفعة، فهل يقع كل منها على صفة المكرهية، أو فرد معين منها، أو غير معين، أو لا يقع؟ نقدّم الكلام في تحقيق المسألة في باب التكاليف الشرعية. فلو تعلق الأمر بالطبيعة على ذلك النحو وأوجد المكلف أفراداً منها، فهل يكون كل من ذلك امثالاً، أو هنا امثال واحد بفرد معين، أو غير معين، أو بالمجموع، أو بالجامع، أو لا يكون امثالاً؟

لا إشكال في حصول الامتثال حينئذ كما يشهد به الوجدان، والامتثال بفرد معين ترجيح بلا مرجح، والفرد الغير المعين لا وجود له، والمجموع لم يتعلّق به أمر. فيدور الأمر بين أمرين، إما أن يقال بحصول الامتثالات بعدد الأفراد المتحققة، أو الامتثال الواحد بالجامع.

فيمكن أن يقال إن الجامع بنعت الجامعة لا وجود له، بل الموجود هو الفرد والطبيعة موجودة بوجوده فالطبيعة الموجودة متكثرة لا محالة والجامع لا وجود له إلا بنعت الكثرة، فلا يمكن الالتزام بحصول امتثال واحد بالجامع لتكثره فهنا امثالات بعدد تكثير الطبيعة. والتحقيق حصول امتثال واحد بالاتيان بالجامع وهو نفس الطبيعة. بيان ذلك أنه مرّ آنفاً أنّ الأمر المتعلق بشيء لا يمكن أن يسري إلى غيره والمفروض أنّ الأمر متعلق بنفس الطبيعة. غاية الأمر إن الطبيعة في نشأة لحاظها موجود بنعت الوحدة و في نشأة تحقّقها قد توجد بنعت الكثرة، لكنّ امتثال الأمر المتعلق بنفس الطبيعة هوالاتيان بنفس الطبيعة و كما لم يؤخذ شيء من الكثرات والخصوصيات المشخصة وغير ذلك في متعلق الأمر كذلك شيء من ذلك غير دخيل في مقام الامتثال؛ بل عالم الامتثال، مثل عالم تعلق الأمر وهو لحاظ الأمر متعلق أمره، عالم التجريد عن جميع الخصوصيات عدانفس الطبيعة. وفي المقام وإن وجدت أفراد متكثرة دفعة في مقام الامتثال، إلا أنّ ما به الامتثال إتيان نفس الطبيعة مجردة عن جميع لواحقه. والوحدة والكثرة وهما المساوقان للتشخص خارجان عن ذلك.

و بالجمله الامتثال قد تحقّق بالاتيان بنفس الطبيعة، غاية الأمر هنا وجدت نفس الطبيعة بنعت الكثرة وهذا لا يضرّ بوحدة الامتثال، فإنّ الاتيان بالطبيعة المتكثرة غيرالاتيان بالمأمور به متكثراً بل هوالاتيان بالمأمور به [القابل للتحقق بنعت الوحدة (الشخصية) و بنعت الكثرة] بنعت الكثرة و ما به الامتثال شيء مجرد عن الوحدة

(الشخصية) والكثرة وهو نفس الطبيعة.

و يمكن تقرب الاستدلال بوجه أسهل و هو أنّ الأمر الواحد المتعلق بطبيعة لا تقتضي إلاّ إيجاد متعلقه أي الاتيان بهذه الطبيعة، والطبيعة في عالم لحاظها أمر واحد ولا قيد فيها حتى لحاظها لعدم إمكان لحاظ الطبيعة المقيّدة باللحاظ بنفس هذا للحاظ. و في هذه النشأة تتصف بالكلية والجزئية، فإنها هي القابلة للصدق على كثيرين أو لا يقبل الصدق إلاّ على الواحد. (وهذا مراد من قال بأنّ الطبيعة من حيث هي ليست إلاّ هي، لا مافهمه بعض من أنّها غير قابلة للحوق خصوصية عليها و لذا بنى على أنّ متعلق الأمر الطبيعة مرآة إلى ما في الخارج و قد ذكرنا ما في ذلك من الاشكال العقلي.) فالطبيعة في هذا للحاظ ليست إلاّ ذاتها و قابلة للانطباق على الواحد و على الكثير في الطبيعة الكلية التي هي مفروض كلامنا. و حيث إنّ الامتثال هو الاتيان بالمأموره فيحصل امتثال الأمر بالطبيعة باتيان هذه الطبيعة و إيجادها في وعاء الأين كيف اتفقت ولو متكررة لصدق الطبيعة على الواحد والكثير كما مرّ.

نعم، الاتيان بالكثرات بهذا النعت ليس امتثالاً له، بل الامتثال هو الاتيان بنفس الطبيعة الموجودة بنعت الكثرة في مفروض كلامنا هذا، مضافاً إلى ما ذكرنا سابقاً في وجه جريان الاستصحاب في القسم الكلّي من أنّ العقل و إن يحكم بتكثر الطبيعة في الخارج إلاّ أنّ العقلاء يرونها أمراً واحداً قابلاً للبقاء و باقياً في بعض الموارد، فإنّ الطبيعة بنظر العقلاء توجد بوجود فرد ما و تنعدم بانعدام جميع الأفراد. و باب الاطاعة والعصيان ليس من الأبواب الموكولة فهمها إلى العقل الدقيق بل فهمها موكول إلى عقل العرف، والمفروض أنّ العقلاء في مقامنا يرون اشتراك الكثرات في أمر واحد و هو نفس الطبيعة التي بها حصل الامتثال بنظرهم. هذا في باب التكليف الشرعيّة و أمّا الاكراه على طبيعة معاملة فع إيجاد المكروه الطبيعة في ضمن أفراد مع إمكان إيجادها في ضمن فرد واحد، فهل تقع جميع المعاملات باطلة أو تصحّ جميعها؟ و هكذا في التكاليفيات أو هنا تفصيل بين الوضعيات وغيرها؟

فنجرت الكلام إلى الاكراه على أمرين أو أمور على وجه التخيير لاشتراكها في الوجه، و نقدّم أولاً البحث عن الواجب التخييري للمناسبة و نقول:

الظاهر خفاء محلّ الكلام للأعلام. فقد ذكر صاحب الكفاية (قدّه) أنّه مع اتّحاد الغرض بالنسبة إلى الأفراد فلا بدّ من الالتزام بأنّ التكليف هو الجامع ولو الانتزاعي و إلاّ فالوجوب التخييري سنخ من الوجوب قبال التعييني.

ففيه أولاً أنّ فرض تعلق التكليف بالجامع يخرج البحث عن محلّ الكلام فإنّ

التكليف بالجامع من الواجب التعييني والتخيري حينئذ عقلي لاشرعي. على أن الفرض الواحد يوجب وحدة موضوع الأمر، فهذا أجنبي عن مقامنا فإن هذا ليس من العلة والمعلول في شيء حتى يجيء فيه ما ذكر في ذلك الباب من أن الواحد لا يصدر منه إلا الواحد. مع أن الكلام في متعلق البعث في الواجب التخيري لا متعلق الغرض ولا ملازمة بينها في الوحدة والتعدد كما يرى في جرمات الحكومات والدول بالنسبة إلى ما يروونه جرماً فالغرض هو الجريمة، ومع ذلك البعث نحو الحبس أو إعطاء مبلغ من المال.

وأما ما أفاده من أن الوجوب التخيري سنخ من الوجوب، فهذا إشارة إلى المجهول ونحن لا نريد إلا أنه أي سنخ من الوجوب.

فعلى ذلك لا بد من ملاحظة ما ذكر في المقام من الاشكال العقلي. فلوم يمكن الجواب عنه لا بد من رفع اليد عن ظهور الأدلة من توجيه البعث فيها إلى الأطراف للجامع ولا سيما الانتزاعي منه، وإلا فلما وجب لذلك بعد ما مر من استحالة سراية الحكم من عنوان متعلقه إلى عنوان آخر.

والاشكال العقلي أن العلم والارادة من الصفات الحقيقية ذات الاضافه لا يمكن تعلقها بالمعدوم والبعث إلى المعدوم أيضاً أمر غير معقول. وفي الواجب التخيري لا يتعلق الوجوب بالفردين على البديل أي الفرد المرذد، لأنه لا وجود له لأن الوجود مساوق للتعين والتشخص بل هو هو فالوجود المرذد لا معنى له فلا يمكن تصوير الوجوب التخيري إلا بأن يلتزم بتعلق الأمر بالجامع بين الأفراد.

ولكن هذا الاشكال مندفع بالنقض أولاً، فإنه لاجماع في بعض موارد التكليف التخيرية مثل ما لوقال: «لا تفعل الفعل الكذائي» أو «افعل كذا». وبالخلل ثانياً، لوضوح أن البعث في الواجب التخيري قد تعلق بكل من الأطراف معيناً ووجد مباديه من التصور والتصديق إلى إرادة البعث والتشريع وحصل البعث نحو كل منها وجواز الاكتفاء بأحد الأطراف يستفاد من (أو) لا الوجوب فالتخير لا يستفاد من البعث بل يستفاد من هذه الكلمة فلا إشكال.^١

هذا وقد يقال بأن الواجب التخيري قسم من الواجب المشروط، فإن وجوب كل من الأطراف مشروط بعدم الاتيان بالآخر.

ولا موجب لذلك بعد ما ذكرنا من إمكان التمسك بظهور الكلام في الوجوب

١- أقول: الظاهر أن السيد الأستاذ (مدظله) خلط بين ما يستفاد من الهيئة أي البعث و حقيقة الوجوب، فإن الوجوب ليس ببعث فقط بل الوجوب هو البعث بداعي الالتزام، فعاد المحذور. ق

التخييري، مضافاً إلى أنه يرد على ذلك ما ذكرنا في أساس بطلان الترتب من أن هذا الشرط وهو عدم الاتيان إنما يتحقق بعد مضي زمان الواجب وحينئذ يسقط الأمر بالآخر. ولو قيل بأن الشرط هو قصد عدم الاتيان بالبعض يعود الاشكال في المقام وفي ذلك الباب إذا قصد عدم اتيانها ومع قصد اتيانها يسقط الواجب لعدم حصول شرطها.^١

هذا في باب الأوامر. وأما في باب الاكراه، فهنا فرق بين البابين وهو أنه لو أمر المولى بالطبيعة وأوجد المكلف الفرد الأهم أو أفراد متعدده تصدق الطبيعة على المأتي به و يسقط أمر المولى ولا بحث؛ وأما لو أكره المكره على الطبيعة المحرمة وتمكن العبد من الاتيان بالفرد غير الأهم ليس له الاتيان بالأهم لا لعدم صدق الطبيعة على ذلك أو عدم الاكراه على الطبيعة، بل لأن العقل لا يعذر المتمكن من ترك الأفسد بالفاسد ومع ذلك ارتكب الأفسد ودليل الاكراه لا يشمل مثل ذلك. هذا في المحرمات وأما في المعاملات فلا

١- أقول: أما ما أفاده من الاشكال على تصوير الواجب المشروط في المقام وفي باب الترتب، فغير وارد لأن عدم الاتيان كالاتيان له شروع وختم وحال والشرط هو الأخير لا الثاني ولا الأول؛ فمعي أن وجوب المهم مشروط بترك الأهم أن حال ترك الأهم الأمر بالمهم موجود وهكذا في الواجب التخييري. نعم، مع إمكان التمسك بظهور الكلام لا موجب لرفع اليد عنه، ولذا ذكرنا في بحث الترتب عدم الحاجة إليه لاشتراط القدرة في التنجز وإن صح على تقدير الحاجة لفرض اشتراط القدرة في التعلق. وأما في المقام فلا نلتزم بما أفاده بعض أعاضم أساتيدنا من أن متعلق الوجوب هو عنوان أحد الأطراف ولا ما أفاده سيدنا الأستاذ المحقق من أن متعلقه هو جميع الأطراف لعدم الملزم للأول وعدم تعلق الالتزام بالجميع في الثاني؛ بل نلتزم بوسط بين الكلامين ونقول: الوجوب التعييني هو البعث نحو شيء بداعي الالتزام بالنسبة إليه والوجوب التخييري هو البعث نحو شيئين أو الأشياء بداعي الالتزام بالنسبة إلى أحدهما أو أحدها، ويظهر وجهه مما قررناه وما علقناه عليه. نعم، لو قلنا بأن الواجب التخييري الالتزام أيضاً متوجه إلى جميع الأطراف لكن على نحو التخيير كالبعث وهذا نسخ من الالتزام والوجوب كما بيننا على ذلك سابقاً ومراد صاحب الكفاية (قدّه) أيضاً من السنخ ذلك، لا تصل التوبة إلى ما قرّبناه هنا، لكن الصحيح ما ذكرنا أخيراً.

وقد ظهر بذلك تصوير التخيير في مورد نقض السيد الأستاذ (مدّ ظلّه) فإن البعث تعلق بالمأمور به والزجر تعلق بالمهي عنه بداعي الالتزام بأحدهما أي فعل الأول وترك الآخر. والحاصل أن الواجب التعييني هو البعث نحو شيء بداعي الالتزام به والاستحباب التعييني هو البعث نحوه لا بداعي الالتزام به والواجب التخييري هو البعث نحو شيئين أو الأشياء معيّناً بداعي الالتزام بأحدها. والحرمة التعيينية هي الزجر عن شيء بداعي الالتزام بتركه والكراهة التعيينية هي الزجر عنه لا بداعي ذلك والحرمة التخييرية هي الزجر عن شيئين أو الأشياء بداعي الالتزام بترك أحدهما أو أحدها. وعلى ذلك معنى التخيير بين وجوب شيء وحرمة الآخر هو البعث نحو الأول والزجر نحو الثاني بداعي الالتزام بواحد من فعل الأول وترك الآخر. فليتدبر. ق

فرق بين الفردين في صدق الاكراه فلو أكرهه على بيع وتمكّن من بيع كتابه ومع ذلك باع داره مستنداً إلى إكراه المكره يشمله الدليل فإنّه لامعنى للتعذير العقلي و عدمه في الوضعيات.

و هكذا في الأمر على وجه التخيير والاكراه على وجه التخيير لعين ما ذكر و أكرهه على شرب مايع متنجس أو شرب الخمر ليس له شرب الخمر، فإنّ العقل لايعذر مثل هذاالشخص بخلاف ما لو أكرهه على بيع كتابه أو داره يصدق الاكراه على الفعلين. نعم، قد مرّ أنّ الاكراه على الطبيعة لا يكون إكراهاً على الشخص فلايرفع الأثر المترتب على الخصوصية إلاّ مع الاضطرار إليها ولو بسبب الاكراه على الطبيعة.

ولو أكرهه على الطبيعة أو أحد الفردين أو الأفراد على نحوالوجوب التخييري و أوجد المكلف فردين أو أزيد بايجاد واحد، فالأمر في المحرمات ظاهر لعدم الاكراه بالنسبة إلى الزائد عن الواحد؛ و أمّا في المعاملات، فقد ذكر الشيخ (ره) أنّ جميع المعاملات صحيحة فإنّ المكره عليه الطبيعة على نحو صرف الوجود والمأتي به وجودات متكررة غير مكره عليها فتصحّ الجميع. واحتمل السيد (ره) بطلان الجميع لصدق الاكراه بالنسبة إلى الجميع لصدق الطبيعة المكره عليها على الجميع. و ذكر بعد ذلك أنّ الرضا المعاملي الموجود ولو مع الاكراه فإنّ الاكراه موجب للبطلان من جهة عدم اقتضاء الصحة والرضا اقتضاء لها فيصحّ الجميع. واحتمل أيضاً صحة البعض وبطلان البعض ويعين بالقرعة.

والصحيح أن يقال: إنّه لاينبغي الريب في صدق الاكراه في المقام، فإنّ ايجاد المعاملات مستند إلى إكراه المكره وإلاّ فلم يقم المكره على المعاملة. ولاينبغي الريب في عدم الصدق بالنسبة إلى الزائد عن الواحد لامكان التفصي عنه بالاكتفاء بالواحد، فلا محالة يبطل واحد و يصحّ غيره. لكن لا البطلان من رأس لامكان تصحيح بيع المكره بالاجازه ولا الصحة الفعلية لعدم تعيين موضوعها فعلاً، فنحتاج إلى التّمم؛ فلو أجاز تصحّ الجميع وإلاّ فلا بدّ من تتميم ذلك بشيء للزوم الوفاء بالعقد الصحيح، فتصل النوبة إلى القرعة. فالقرعة متممة للمعاملة كالاجازة في البيع الفضولي.

هذا ولا يقال إنّ موضوع الصحة من الفرد المرّد ولا وجود له فيبطل الجميع لأنّ العقد قد وقع على الجميع فلو لم يكن مانع لحكمنا بصحة الجميع فلا إبهام من هذه الجهة والاكراه واقع إلى الطبيعة أو إلى الأفراد على نحو التخيير. وفي ذلك أيضاً لا إبهام، فبمقدار هذا المانع نرفع اليد عن اقتضاء مقتضى فيؤثر بالنسبة إلى الزائد وينطبق عليه وجوب الوفاء بالعقد ولا يمكن إلاّ بتتيممها بالقرعة فإنّها لكلّ أمر مشكل.

نظير ذلك ما وقع مورداً للنصّ والفتوى، مثل الجمع بين الأختين في عقد واحد

دفعه لا تدريجاً والحكم، تخيير الزوج واحداً منها ويخلى سبيل الأخرى، وهكذا الجمع بين النصاب والزائد بعقد واحد دفعه والحكم كما ذكر، يختار النصاب ويخلى سبيل الزائد، وهكذا لو أسلم الكتابي على سبع زوجات، يختار النصاب ويخلى الثلث كما في النص؛ بناء على القول بعدم الصحة من الأول صحة تامة وتصح صحة تأهلية وتمامها التخيير. وهذا أحد الاحتمالات وهنا احتمالات أخرى يرجع إلى محله^١.

ثم إن هنا فروعاً نتعرض لها على سبيل الاجمال والاختصار لوضوحها من المطالب السابقة.

١- لو أكرهه المكره على المحرم أو الفضوي. فقد مر أن كلاً منها مكره عليه إلا أن العقل يلاحظ الأهمية في الأحكام التكليفية وفي المثال لا يعذر المرتكب للحرام مع إمكانه بيع الفضوي.

٢- لو أكرهه على البيع الصحيح أو الفضوي. قالوا: إن الإكراه في المقام لا يرفع أثر البيع الصحيح فإن الفضوي لا أثر له فيمكن التفصي عما له أثر بما لا أثر له. ولكن المقامات مختلفة، فإنه قد يكون للمعاملة الفضولية منقصة بالنسبة إلى العاقد كما لو أكرهه على بيع داره أو ترويح أخته من عبده؛ فالتزويج وإن كان فضولياً إلا أنه ذو منقصة على الخصوص للأشراف ولا سيما لو كان الإكراه على ذلك على رؤوس الأشهاد، ففي مثل ذلك يقع البيع مكرهاً عليه.

٣- لو أكرهه على ماله مقدمة وجودية، كما لو أكرهه على بذل المال ولا مال له فعلاً فباع داره لتحصيل المال. فلو قلنا بأن الأمر بذني المقدمة أمر بالمقدمة، فتقع المقدمة أيضاً مكرهاً عليها فإن الإكراه أيضاً إلزام. ولولم نقل بذلك، فتقع المقدمة مضطراً إليها. ثم إن هنا فرقوا بين الإكراه والاضطرار، وقد أشرنا إليه سابقاً، بأن الاضطرار لا يوجب رفع أثر المعاملة للامتنان فإن رفع ذلك هو الايقاع في الاضطرار لا رفع الاضطرار، بخلاف الإكراه فإنه يوجب رفع أثر المعاملة لعدم هذا المحذور. ولكن لا فرق بينها ولا عموم لشيء منها والميزان الامتنان وعدمه، فع وجود الامتنان يرفع الأثر في كلا المقامين ومع

١- يمكن تصوير ذلك بنحو لا يلزم المحذور بصحة النصاب وبطلان الزائد بنحو الكلي في المعين و يختار الزوج تطبيق ذلك بالنص. نعم، لو قلنا بأن نكاح الكلي غير عقلائي، ما أفاده من الوجه كاف في دفع الاشكال، إلا أن في المقام المفروض وقوع واحد عن إكراه وهذا كلي لاشخصي، فإن الشخص مساقول للمعين وهكذا غيره صحيح. وهذا أيضاً كلي فهذا من قبيل بيع الكلي في المعين والاختيار بيد الباع بلا حاجة إلى القرعة. ق

عدمه لا يرفع في كلا المقامين. وفي مفروض مسألتنا حيث إن رفع أثر المعاملات لامتنان فيه بل مخالف للامتنان، فلا يشملها لاحديث الاكراه ولا الاضطرار.^١

٤- لو أكرهه على الطبيعة على نحو الواجب الموسع. فهل يرفع الأثر لو أوجد المكره الطبيعة في ضمن أي فرد من الأفراد الطولية، أو لا يرفع الأثر إلا إذا أوجدها في ضمن الفرد الأخير، أوفرق بين التكليف والوضع بالالتزام بالثاني في الأول والأول في الثاني؟

الظاهر عدم الفرق بينها والالتزام برفع الأثر مطلقاً لوقوع ذلك مصداقاً للمكره عليه مطلقاً وإن كان النظر المسامحي مساعداً للوجه الثاني إلا أن التحقيق هو الأول، فإن التفصي عن الفاسد بالفاسد لا يوجب عدم صدق الاكراه على الأول. وهكذا الكلام في مورد الاكراه على الأفراد الطولية بنحو الواجب التخيري فإن الاكراه صادق على كلا الطرفين.

٥- لو أكرهه على البيع أو ايفاء دينه. فقالوا: إن الاكراه على الثاني إكراه عن حق ولا يرفع أثره والتزموا لذلك بأنه لو باع حينئذ لا يرفع أثر البيع لامكانه التفصي بايفاء دينه الواجب عليه وهذا من قبيل الاكراه على أحد الأمرين: ماله الأثر وما ليس له الأثر. ولكن هذا لا يوجب عدم صدق الاكراه بالنسبة إلى البيع كما لا يوجب عدم صدقه بالنسبة إلى ايفاء الدين، إلا أن الاكراه بالحق خارج عن دليل الاكراه صرفاً أو انصرافاً، ولا دليل على خروج العدل له وهو البيع عن ذلك. ومجرد إمكان التفصي عنه لا يوجب رفع أثر الاكراه بعد الالتزام بصدق الاكراه بالنسبة إلى الثاني أيضاً، ووجود داع للمكره من عدم ايفاء الدين.

٦- لو أكره أحد الشخصين على معاملة. فمع خوف كل منهما عن الضرر وإيجادها أو أحدهما المعاملة فلا تصح المعاملة، ومع احتمال أحدهما سبق صاحبه إلى ذلك فليس له المبادرة وإلا يصح. ولو أمكنه إكراه صاحبه، فمع كون الاكراه بحق لا بد لذلك وإلا تصح معاملته ومع عدمه ليس له الاكراه ولا تصح معاملته، ووجه الكل ظاهر.

٧- لو أكرهه على توكيل أحد في بيع داره مثلاً، فالوكالة باطلة والبيع فضولي. فلو أجاز البيع أو أجاز الوكالة وقلنا بأن الاجازة كاشفة حقيقة أو حكماً ولوقلنا بأن الاجازة ناقله، لا يصح البيع إلا باجازته. ولو أكرهه على توكيل أحد في طلاق زوجته، فلا يصح

١- ومن هذا القبيل لو باع المكره الشيء وجد بالمعاملة فراراً من تبعات المقبوض بالعقد الفاسد لعدم الامتنان في رفع أثر ذلك. وقد سبق بيانه. ق

الطلاق في شيء من الصور السابقة إلا على القول بالكشف الحقيقي أو الحكمي و أجاز الوكالة فإن الإيقاعات لا تقبل الفضولية.

ولو أكرهه على بيع مال فوكّله في البيع فالظاهر صحّة البيع فإنه واقع عن الوكيل ولا دليل على رفع أثر هذا اللفظ الصادر من الوكيل، فإن حديث الرفع يرفع ما في وضعه ثقل على الأمة قضية للامتنان وتأثير هذا اللفظ ليس ثقلاً على الوكيل ولا الموكل لأنه قد وكّل الوكيل باختياره. ولو أكرهه على قبول الوكالة فالوكالة تكون منكرهاً عليها و يترتب على ذلك ما ذكرنا في أول الفروض. وما ذكره المرحوم النائي (ره) من أن الوكالة من العقود الاذنية والاذن لا يحتاج إلى القبول والمعاملة وقعت عن إذن وإن بطلت الوكالة، مدفوع بما مرّمتاً سابقاً من أن إنشاء الاذن لم يتحقّق فإنّ المفروض عدم تحقّق غير الوكالة الباطلة. نعم، رضا المالك بالمعاملة موجود فيدخل تحت كبرى كفاية الرضا الباطني في صحّة المعاملة أو لزوم الانشاء في الاجازة. هذا.

ثم ذكر الشيخ (ره) كلام العلامة (ره) وتعرّض له المرحوم النائي مفصلاً. ونحن نفتني أثرهم لما في التعرّض من كثير الفائدة. وهو أنه قال: لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق.

و ذكر الشيخ (ره) أقساماً في هذا الفرع:

أحدها أن لا يكون للاكراه دخل في الطلاق أصلاً بل يقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس و ذكر عدم جواز حمل كلام العلامة على ذلك و حكم بصحّة الطلاق حينئذٍ والأمر كما أفاده (قدّه).

وثانيها أن لا يكون الاكراه مستقلاً في الداعوية بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل. و ذكر أنه لا ينبغي التأمل في وقوع الطلاق حينئذٍ أيضاً و يجيء الكلام في ذلك عند التعرّض لكلام المرحوم النائي (ره).

و ثالثها أن يكون الاكراه مستقلاً في الداعوية لكن الضرر المتوقع به هو الضرر اللاحق للمكروه (بالكسر).

و رابعها أن يكون الاكراه مستقلاً في الداعوية والاقدام على الفعل من جهة الشفقة الدينية.

و خامسها أن يكون الاكراه مستقلاً في الداعوية مع كون الضرر المتوقع به هو الضرر اللاحق للمكروه، مع عدم إمكان التخلّص عن الاكراه بعدم القصد كما يتفق ذلك كثيراً في العوام و ذكر في الثلاثة الأخيرة أنه لا يخلو الحكم عن إشكال و استقرب تحقّق الاكراه في الأخير؛ والمدار هو صدق الاكراه في هذه الأقسام الثلاثة. فلو كان ضرر المكروه

(بالكسر) يعدّ من الضرر على المكره (بالفتح) كما لو كان ابناً له فيصدق الاكراه في الأوليين منها وإلا فلا. وقد مرّحكم الأخير وقلنا بأنّه مع إمكان التخلّص بالتورية و عدم القصد بسهولة فلا يصدق الاكراه، و يتفق هذا نادراً بالنسبة إلى بعض الأشخاص العارفين بفنون الكلام وإلا فيصدق ذلك مع القصد أيضاً كما يتفق كثيراً في العوام.

و ما يخطر بالبال من كلام العلامة هذا المعنى الذي كان محلاً للبحث في بيع المكره وهو أنّه لا يمكن الاكراه بالنسبة إلى القصد، فلو أكرهه على الطلاق لا يكون مكرهاً على قصده فلوطلق ناوياً، الأقرب الصّحة لعدم وقوعه عن إكراه. ولكن قد ظهر ممّا تقدّم أنّ إمكان التخلّص عن الاكراه بعدم القصد أمر غير ملتفت إليه غالباً ولاسيّما عند الاكراه. نعم، يتفق نادراً فلا بدّ من التفصيل السابق في هذا الفرع وهو أنّه لو أمكن التخلّص بعدم القصد لا يصدق الاكراه وإلا يصدق كما يتفق ذلك كثيراً في العوام. ذكر المرحوم النائي (ره) احتمالات خمس في كلام العلامة.

الأولان في ما ذكره الشيخ (ره).

ومنها أن يكون كلّ من الاكراه والرضا سبباً مستقلاً في الداعوية و حيث إنّ اجتماع علتين مستقلّتين في معلول واحد لا يمكن يؤثّران بمجموعهما. و ذكر في حكم ذلك أنّ الأقوى الفساد لأنّ العلتين المستقلّتين إذا وردتا على معلول واحد فلا يؤثّر كلّ منهما إلا أن يقال بأنّها من قبيل تعارض المقتضي وال«لامقتضي» فإنّ الاكراه غايته أن لا يقتضي الصّحة لا أنّه يقتضي الفساد فيؤثّر الرضا. وردّه بأنّ مقتضى الصّحة هو الرضا والطيب مستقلاً وهذا في المقام مفقود، و من هذه الجهة حكم بالفساد في الاحتمال الثاني والثالث. و رابعها أن يطلق من غير تورية مع علمه بأنّه يمكن التلقظ بلا قصد المعنى. و ذكر أنّه لا يخفى أنّ هذا الاحتمال ليس مراده لأنّ عدم إمكان التفصي بالتورية لا دليل على اعتباره. ولا ندري كيف نفهم مراد العلامة بعدم الدليل على اعتبار ذلك عنده.

وخامسها أن يكون الاكراه داعياً للداعي على الطلاق وهو الرضا به. ونحن بعدد في تصوير الجمع بين الاكراه والرضا على مبنى الشيخ و من تبعه و منهم المرحوم النائي (ره) في معنى الاكراه والرضا، فحمل الغير على ما يكرهه [أي بغير طيب النفس كما فسره النائي (ره)] كيف يجتمع مع طيب النفس والرضا حتّى يقال بأنّها تواردا مستقلاً أو منضمّاً أو بنحو الداعي للداعي على المعاملة؛ بل على ما بنينا عليه من أنّ الاكراه هو حمل الغير على شيء قهراً و إلزاماً أيضاً لا يمكن الاجتماع مستقلاً لأعرضاً ولا طولاً، لأنّ الرضا لا يجتمع مع القهر بمعنى القهورة لأنّه من اجتماع القهر وال«لا قهر». نعم، يمكن تصوّر الاجتماع على مسلكتنا على نحو جزء الموضوع و نذكر حكم ذلك.

وأماما ذكره من أنه مع توارد الاكراه والرضا مستقلاً يتعارض مقتضى الصحة ولا مقتضى الفساد و سلمه بحسب الكبرى و ناقش فيه من جهة الصغرى و هو عدم وجود مقتضى الصحة، فلا يتم أيضاً فإن الاجتماع كما هو مفروض كلامه محقق لمورد الحكومة فيتقدم دليل الاكراه على دليل الصحة. أترى أن دليل حرمة الخمر مثلاً يتقدم على دليل الاكراه من جهة تقدم المقتضي على الـ «لامقتضي».

و هنا بحث و هو أن دليل بطلان المعاملة المكره عليها هل هو دليل رفع الاكراه حتى يقال بحكومتها على دليل الصحة في مورد الاجتماع أو دليل الصحة قاصر عن الشمول لمورد الاكراه؟

أما على مسلكتهم من اعتبار الرضا والطيب في المعاملة فلا تصل النوبة إلى دليل الاكراه بل مقتضى الصحة قاصر في المعاملة المكره عليها و التمسك بدليل الرفع حينئذ من قبيل التمسك بالأصل مع وجود الدليل الاجتهادي. و أما على مسلكتنا من عدم اعتبار ذلك و جميع أركان المعاملة موجودة حينئذٍ مورد الاكراه و البطلان مستند إلى الاكراه فقط و هو الاكراه و القهر على المعاملة، فيمكن التمسك بدليل الاكراه و يلتزم بحكومته على الأدلة الأولية.

نعم، هنا إشكال و هو أنه لو قلنا بأن المراد من التراضي في آية التجارة هو القصد إلى المعاملة يكون من القيد الزائد، فإن في مورد عدم القصد لا تصدق التجارة ولو كان شيء آخر زائداً على ذلك و هو الرضا المعاملي لا طيب النفس بمعنى الاشتياق فلا وجه للحكومة أيضاً لفقد مقتضى الصحة في مورد الاكراه.

و يمكن الجواب عن ذلك بعد الاغماض عن عدم وجود ملزم للالتزام بكون القيد احترازياً ولا سيما بعد ملاحظة كونه قيداً غالبياً فيمكن حمل الرضا على القصد بأن التجارة تحصل بنفس ايجاب البائع، و قبول المشتري شرط في تأثير البيع لا مقوم لحقيقته كما مر. فيمكن حل الآية على أن شرط تأثير التجارة و هو فعل البائع قصد الآخر أيضاً فيكون القيد احترازياً. و كيف كان، المهم في المقام هو إحراز بناء العقلاء ببطلان المعاملة المكره عليها. و بما أن أدلة التنفيذ كلها إرشادية إلى المتعارف بين العقلاء، فلا محالة لا تشمل غير المتعارف بينهم فدليل التجارة قاصر الشمول للتجارة الاكراهية حتى يكون دليل الاكراه حاكماً عليه.

و المتحصل من ذلك أن دليل بطلان المعاملة الاكراهية فقد دليل الصحة بل وجود دليل الفساد و هو بناء العقلاء، لاحديث الرفع و هذا في النقطة المقابلة لما ذكره بعض المحققين من اختصاص دليل رفع الاكراه بالمعاملات، فإن بهذا البيان ظهر اختصاصه

بالتكاليف؛ ولا فرق في ما ذكرنا من كون القيد توضيحياً أو احترازياً بل دليل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وغيره أيضاً يجري فيه ذلك. فعليه لا يمكن الحكم بصحة العقد لوتوارد الاكراه والرضا في مورد إمكان الاجتماع أي على نحو جزء الموضوع، لا بدليل الرفع فإنه قاصر الشمول لهذا المورد أيضاً لأن الظاهر منه أن يون الاكراه مستقلاً في الداعوية وفي المقام ليس كذلك، بل من جهة عدم شمول دليل التنفيذ للمورد لأنه أيضاً ظاهر في كون العقد مستنداً إلى الرضا المعاملي بنحو الاستقلال في الداعوية فلا يمكن الحكم بصحة مثل هذه المعاملة.

قال الشيخ (ره): ثم إن المشهور بين المتأخرين أنه لو رضي المكره بما فعله صح

العقد.

ويقع البحث أولاً في أنه هل يعتبر الرضا في مفهوم العقد أولاً؟

و صور المسألة ثلاث:

الأولى أن يقطع المكره بنفوذ العقد الاكراهي و لذلك أنشأه جداً.

الثانية أن يعلم بعدم نفوذه من دون لحوقه بالاجازة إلا أنه يعلم بصحته مع اللقوق

و يعلم أو يحتمل اللقوق.

الثالثة أن يعلم بعدم نفوذ عقده من جهة اعتقاده بعدم إجازته بعد ذلك أو اعتقاده

عدم تصحيح عقده بالاجازة.

أما في الصورة الأولى، فالفرق بين هذا العقد الواقع عن إكراه وغيره مما لم يقع

عليه إكراه أمران: أحدهما بحسب المبدأ و هو أن الاكراه واقع في مبادئي المعاملة المفروض

وقوعها عن قصد إليها و عن جدّها في الأول دون الثاني. والآخر بحسب المنتهى و هو عدم

ترتب الأثر على العقد في الأول دون الثاني. و شيء منها لا يكون دخيلاً في مفهوم العقد. أما

ما في المرتبة السابقة على العقد و في مبادئه و هو الاكراه و عدمه فلا يمكن دخله في المرتبة

المتأخره و هو العقد فإنه غير معقول؛ و هكذا بالنسبة إلى ترتب الأثر و عدمه فإنها متأخران

عن العقد فلا يمكن دخلها في مفهومه. و بعبارة أخرى، الأثر غير دخيل في العقد لا مفهومها و

هذا واضح ولا مصداقاً للزوم وضع العامّ و الموضوع له الخاصّ في أبواب العقود و ذكرنا ذلك

في مبحث الصحيح و الأعمّ مفصلاً و قلنا بأنّ تعنون هذا المبحث بذلك ممّا لا ينبغي لأنّ

مفهوم الصحة غير دخيلة في العبادات و المعاملات و مصداقها مرتبة على وجود العقد فيلزم

تعّدّد الموضوع له حسب تعدّد الوجودات. فراجع ذلك المقام. ففي هذه الصورة العقد تامّ من

جهة كونه عقداً و أمّا من جهة التأثير فسيجيء الكلام فيه.

و أمّا في الصورة الثالثة و هو العلم بعدم نفوذ العقد، فلا يمكن الجدّه به كما مرّ مراراً

من أنّ الانشاء من الأفعال الاختيارية المسبوقه بالمبادئي والانشاء الجدي مع العلم بعدم تأثيره من الانشاء بلا مبدأ وهو العلم بالفائدة. نعم، صورة الانشاء موجودة إلا أنّ الانشاء الصوري ليس بعقد نعم، في الصورة الثانية وهي صورة العلم بالنفوذ مع اللحق بالاجازة مع احتمالها أو العلم بها يمكن الجدة حينئذ لوجود المبادئي بتمامها.

إن قلت: الاشكال مشترك الورد بين الصورتين لأنه مالم تلحق الاجازة بالعقد لا أثر له فكيف يمكن - بالبعقد مع العلم بأنه لا أثر له فعلاً.

قلت: قد ذكرنا هذا الاشكال و أجبنا عنه في ألفاظ العقود في إيجاب البايع قبل القبول و قلنا بأن الإيجاب غير مؤثر في التمليك بنحو العلية. وهكذا المركب من الإيجاب والقبول، بل إنهما من قبيل الموضوع بالنسبة إلى حكمه و حيث إنّ الموضوع مركب من فعل البايع و فعل المشتري فع علم البايع أو احتمالها قبول المشتري يحصل الجدة منه بالنسبة إلى الأثر المترتب على المركب منها بخلاف ما لو علم بعدم قبوله لعدم حصول الجدة منه في هذه الحالة. مقامنا عيناً من هذا القبيل فلاحظ.

و بالجملة، إنّ من يرى عدم صدق العقد في مورد الاكراه لا بد له من دعوى أحد أمرين: إما أن يدعي دخل الرضا (بأي معنى فسرها) في ماهية العقد وهذا غير معقول بعد وضوح عدم دخل مفهوم الرضا أي بالحمل الأولي فيه فإن واقع الرضا في مرتبة وجود العقد و تحققه ولا يعقل دخل وجود نفس الماهية فيها فضلاً عن غيره. وإما أن يدعي دخله في تحقق العقد، و من المعلوم أنه مع تحقق مبادئي وجود العقد يتحقق لامحالة و مع عدمه لا يتحقق فالمدعي لا بد له من دعوى عدم تحقق المبادئي عند عدم الرضا وإلا فدخل الرضا في نفس العقد في مرحلة التحقق بعد عدم دخله في الماهية غير ممكن. وهذا الدعوي إنما يتم في الصورة الثالثة فقط لا الأوليين لوجود المبادئي فيها و عدمها فيها على ما مر.

هذا بالنسبة إلى دخل الرضا في مفهوم العقد. و أما بالنسبة إلى دخله في ترتب الأثر عليه فهو مما لا إشكال فيه، و قد مر مفصلاً أنها الكلام في أنه هل تعتبر مقارنته للعقد في ذلك أم لا؟

فقد يقال باعتبار المقارنة من جهة استفادة ذلك من كلمة «عن» النشوية في الآية المباركة «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، فإن حصر جواز الأكل بالتجارة الناشئة عن تراض يدل على عدم جواز الأكل في بيع المكره و دخول ذلك في عقد المستثنى منه. و قد مر في تقرير ما استفاد من هذه الآية أنّ الظاهر منها ترتب الحكم بعدم الجواز على الباطل والحكم بالجواز على غير الباطل؛ وهذا الوصف المأخوذ في موضوع ذلك الحكم كسائر موضوعات الأحكام فهمه موكول بنظر العرف و

ليس للشارع تصرّف فيه، ومن الواضح أنّ العرف والعقلاء لا يرون الأكل في بيع المكره بعد رضاه بالبيع من الأكل بالباطل. فعلى ذلك لافرق بين أن يقال بظهور الآية في الحصر وعدمه وبين كون الاستثناء منقطعاً أو متصلاً وبين القول بظهور الكلمة في النشو وعدمه، هذا مع أنّ وصف التراضي قيد غالبى لا مفهوم له فكأنه استثنى عن الأكل بالباطل الأكل بالتجارة وحينئذٍ المستثنى تشمل المقام.

و بعبارة أخرى، إنّ فهم مداليل الألفاظ موكول بنظر العرف والعرف بملاحظة بعض المناسبات المغروسة في ذهنه يلغى الخصوصية في بعض المقامات كما مرّ ذلك ومثّلنا له بمثالين [(رجل شكّ بين الثلاث والأربع) و (أصاب ثوبى دم رعا ف)، فإنّه يلغى خصوصية كون الشاكّ رجلاً في الأول و خصوصية إضافة الثوب بزرة والدم برعاف في الثاني ؛ كذلك في المقام، العرف يحكم بالغاء الخصوصية في المستثنى وفي المستثنى منه. أمّا في المستثنى منه، فلا يرى موضوع الحكم بعدم جواز الأكل إلّا كون الأكل باطلاً فالبطلان موضوع للحكم بنظره، وحيث إنّ الاستثناء ليس من الباطل فإنّه غير قابل للتخصيص أي يحكم الشارع بجواز الأكل في مورد البطلان. و أيضاً التجارة عن تراضٍ لا يكون باطلاً قطعاً فالعرف يرى أنّ الآية في مقام التقابل بين الباطل والتجارة بما أنّها غير باطل لا بما أنّها تجارة ناشئة عن تراضٍ، فالمستفاد من الآية المباركة عدم جواز الأكل في مورد البطلان و جوازه في مورد الحقّ. و بما أنّ فهم البطلان والحقّ كسائر الموضوعات المأخوذة في الأدلّة موكول بنظر العرف، فلا بدّ من ملاحظة العرف والعقلاء في معناها والعقلاء لا يرون بيع المكره بعد حصول الرضا من أقسام الباطل. فهذا البيان ظهر عدم استفادة حصر الحلّ في التجارة عن تراضٍ من الآية الكريمة.

و أمّا في المستثنى، فظهور الكلمة في النشو وإن لا ينكر إلّا أنّ العرف يلغى هذه الخصوصية بملاحظة أنّ وجه التقييد بالتراضي هو حصول الرضا في المعاملة و أمّا نشوالمعاملة عن الرضا فلا خصوصية فيه ولا سميّاً بملاحظة الاستثناء عن الباطل و استفادة أنّ وجه الاستثناء أنّ التجارة عن تراضٍ من غير الباطل. و أمّا وجه ذكر هذا الفرد في المستثنى كونه من أوضح الأفراد و أغلبها و قد ظهر بذلك عدم الحاجة إلى البحث عن اتّصال الاستثناء و انقطاعه، و إن ذهب السيّد (ره) و تبعه المرحوم النائيني (ره) إلى لزوم توجيه الاستثناء بحيث يرجع إلى اتّصال. ولذا ذكروا أنّ الآية بمعنى «لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه إلّا التجارة عن تراضٍ لكونه باطلاً». وهذا لا يرجع إلى محصل صحيح، فإنّ الآية ظاهرة في الاستثناء المنقطع ولا محذور في الالتزام بذلك ولا ينافي ورود الآية في كلام البليغ فإنّ البلاغة قد تقتضى الاتيان بالاستثناء منقطعاً لبعض الدواعي كتأكيد

المستثنى منه مثل «لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيَمًا إِلَّا قِيلاً سَلَامًا سَلَامًا» أو دأع آخري (يرجع إلى المفصلات)؛ بل أول الاستثناء في أمثال هذه الموارد إلى الاتصال والالتزام باستفادفة الحصر منه سافٍ للفصاحة، أترى أنه لا يسمع شيء في الجنة إلا السلام، وهذا ظاهر.

والحاصل أن الحصر المتوهم في الآية الكريمة يندفع بوجه:

١- عدم حجج مفهوم الوصف ولا سيما إذا كان وصفاً غالبياً كربائبكم اللآتي في حجوركهم.

٢- إلغاء الخصوصية عن نشو التجارة عن تراضٍ.

٣- ظهور الاستثناء في الانقطاع فإن الاستثناء المنقطع يؤق به بدواعٍ غير حقيقة الاستثناء كتأكيد المستثنى منه كما مثلنا له.

٤- استفادفة أن المحجور للأكل هو مالم يكن باطلاً مطلقاً بمناسبة الحكم والموضوع. ومع تسليم الحصر إنما يتم الاستدلال بالآية لو كان المراد من التراضي ما هو مفقود في المكروه ولو كان المراد منه أمراً آخر كبعض ما احتملنا سابقاً في معناه وكما ذكره صاحب مجمع البيان في تفسير هذه الآية من أن التراضي هو الرضا بالزوم وعدم الفسخ بالخيار فلا يتم الاستدلال.

وقد يقال باعتبار المقارنة بحديث الرفع. وتقريب الاستدلال ظاهر، فإن رفع ما أكره عليه ادعاءً بمصحح رفع جميع الآثار يقتضي اعتبار الشارع وجوده كالعدم فلا شيء حينئذٍ حتى يلحقه الرضا ويصح به.

ذكر الشيخ الأعظم (ره) في المقام أنه لا يمكن التمسك بحديث الرفع لاثبات ذلك و استدلال على ما أفاده بوجهين:

الأول: إن الامتنان يقتضي أن يكون المرفوع خصوص المؤاخذة أو ما يوجب المؤاخذة وهي الازمات الشرعية وقابلية العقد للصحة بلحوق الاجازة به ليس من هذا القبيل والامتنان لا يقتضي رفعها.

الثاني: إن الحديث يرفع أثر العقد المترتب عليه مع قطع النظر عن الاكراه وقابلية التصحيح بلحوق الرضا بالعقد مترتب على وقوعه عن إكراه لاعلى وقوعه مطلقاً حتى يرفع بحديث الرفع.

ثم ذكر أن رفع أثر العقد وهي مسببته لحصول الأثر كافٍ في البطلان لعدم وجود مقتضى الصحة بعد تحكيم حديث الرفع على الأدلة الواقعية الدالة على تنفيذ العقد. و أجاب عن ذلك بأن الأثر مترتب على العقد والرضا معاً وليس للعقد المجرد أثر شرعى غير

كونه جزء المؤثر وهو عقلي لاشرعي فدليل الرضا قاصر الشمول لاثبات بطلان عقد المكره و عدم قابليته للتصحيح بالرضا المتأخر. ولكن بما ذكرنا من التقريب يظهر ما في كلا الوجهين، فإن حديث الرفع لا يرفع المؤاخذه أو الأحكام الالزامية أو السببية المطلقة أو المقيّدة بل يرفع العناوين اذعاء بمصّح رفع جميع الآثار؛ وقضية الامتنان لا ينافي ذلك، فإن اذعاء رفع العنوان كرفع ما أكرهوا عليه لا يمكن إلا إذا ادّعي قابلية هذا العنوان للوضع و مصّح اذعاء وضع العنوان كون العنوان موضوعاً للآثار التي كلّها أو عمدتها إلزامية و يكفي كون عمدة الآثار إلزامية لتصحيح اذعاء. وبما أنّ الرفع قد تعلق بنفس هذا العنوان القابل للوضع فيرفع نفس العنوان بما لها من الآثار و إن كان بعض الآثار المترتب عليه غير إلزامي، فإن المصّح للاذعاء ما ذكرنا و بعد رفع العنوان و اعتبار وجوده كالعدم لاشيء حتى يلحقه الرضا و يصحّ به.

والتحقيق أن يقال: الاحتمالات في حديث الرفع ثلاثة:

أحدها كون الموصول مفهوماً اسمياً مقيّداً بصلته بنحو الحيثية التقييدية فيكون مفاده رفع المكره عليه.

ثانيها كون الموصول إشارة إلى الذوات كالبيع و نحوه و كون الحيثية تعليلية فيكون مفاده رفع الذوات (كالبيع) لكونها مكرهاً عليها. و قد ذكرنا في الأصول أنّ الموصولات كالضمائر كلّها من قبيل الحروف، و أسماء الإشارة أيضاً من هذا القبيل كلّها أدوات للإشارة إلى ما تشير إليه فالمتعين بحسب الظاهر هذا الاحتمال.

ثالثها كون الموصول إشارة إلى ذلك مع كون الحيثية من قبيل نكته الجعل فيكون مفاده رفع الذوات (كالبيع) في مورد الاكراه عليها.

و أدلة التنفيذ مع قطع النظر عن تقيدها بالرضا المعاملي، لأنه قد مرّ وسيأتي أنه لو فرضنا التقييد في الأدلة الأولية لا تصل النوبة إلى حديث الاكراه، إمّا مطلقاً كـ «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وآية التجارة بناء على عدم استفادة الحصر منها لكون القيد و هو الرضا غالبياً أو غير ذلك، و إمّا عمدة كـ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». و قد مرّ الفرق بين المطلق و العام و قلنا إنّ الموضوع في باب المطلقات نفس الطبيعة و في باب العموم الطبيعة المتكثرة؛ فلو أمر المولى عبده باكرام كلّ عالم و أكرم العبد جميعهم و فيهم الفساق، يحتجّ العبد على المولى لو قال المولى: لم أكرمك الفساق من العلماء؟ بأنك قلت: أكرم كلّ عالم! ولو أمر باكرام العالم و أكرم الفاسق منه، يحتجّ عليه لو قال: لم أكرمه؟ بأنك ما قلت أزيد من العالم، فلو أردت العالم العادل لكان اللازم عليك التقييد. و هذا معنى دلالة العموم باللفظ و دلالة المطلق بمقدمات الحكمة، فالدالّ على التكرير في باب العموم اللفظ نحو

«كل» وغيره والدالة على عدم اعتبار قيد في متعلق الأمر في المطلق عدم التقييد في مقام البيان.^١

فلو كان دليل التنفيذ مطلقاً، فعلى الاحتمالين الأولين في الموصول يتمسك بالاطلاق لتصحيح عقدالمكره بعد حصول الرضا لعدم الاكراه حينئذٍ فإنّ الرفع يدور مدار قيده في الأول وعلته في الثاني، فلا يصلح حديث الرفع لتقييد دليل التنفيذ بنحو لا ينطبق على المقام. و على الاحتمال الثالث لا يمكن التصحيح بالرضا، فإنّ دليل التنفيذ يقيد بحديث الرفع بغيرالعقد الواقع عن إكراه بحيث يرفع ذات العقد فلا يبقى مجال للاحاق الرضا به. ولو شككنا في الاحتمالات في الموصول فيؤول الشك إلى تقييد الزائد والناقص ويرجع حينئذٍ لدفعه إلى أصالة الاطلاق، فإنّ المفروض أنّ دليل القيد منفصل عن دليل المطلق، إلا أن يقال إنّ دليل الحاكم وإن كان موافقاً لدليل المقيّد من حيث إنّ كلاً منها يقيد المطلق إلا أنّه يفترق عنه بأنّ إجمال دليل المقيّد المنفصل لا يسري إلى المطلق بخلاف دليل الحاكم فإنّ إجماله يسري إليه في بعض الموارد. فإنّ دليل الحاكم لو كان ناظراً إلى دليل المحكوم نظر شرح و تفسير فاجمال الشارح والمفسّر يرجع إلى المشروح والمفسّر لامحالة. نعم، لولم يكن ناظراً إليه يكون وزانه وزان المقيّد المنفصل نظير حكومة الإمارات على الأصول. والمقام من قبيل الأول، فإنّ دليل رفع ما أكره عليه ناظر إلى الأدلة الأوليّة للأحكام و يشرح موضوعها وإنّها واردة في غير مورد الاكراه، فعلى ذلك يصبح العقد الاكراهي بعد الرضا بلا دليل دال على نفوذه لاجمال دليل التنفيذ باجمال الحاكم وهو حديث الرفع.

ولو كان دليل التنفيذ عامّاً، فقد مرّ في بعض المباحث السابقة أنّ العامّ وإن كان دالاً على تكثير الفرد بنحو العموم إلا أنّ دلالته على عدم تقييد الأفراد بحالة دون حالة بنحو الاطلاق، ف «أكرم العلماء» وإن كان دالاً على وجوب إكرام كلّ عالم بنحو العموم إلا أنّ دلالته على عدم اختصاص وجوب الاكرام، بما إذا كان العالم في المدرسة أو في حال

١- الظاهر اشتراك العموم والاطلاق من حيث الوضع وجريان مقدمات الحكمة وإن كانا متغايرين بحسب المفاد، فإنّ مفاد العامّ تكثير الطبيعة و مفاد الاطلاق نفس الطبيعة. لكنّ كليهما بحسب الدلالة التصوريّة دالّان على معناهما بالوضع و بحسب الدلالة التصديقيّة وهو كون العامّ في الأول والمطلق في الثاني موضوعاً للحكم يحتاج إلى مقدّمة عقلية وهو كون المتكلم في مقام البيان وعدم ما يوجب رفع اليد عن ظهور الأول في العموم والثاني في الاطلاق. وبعد تماميّة ذلك يعلم أنّ موضوع الحكم في الاول الطبيعة المتكثّرة وفي الثاني نفس الطبيعة. نعم، هنا فرق بين العامّ والمطلق في مقام الاحتجاج وهو أنّ المحتجّ به في العموم بيان التكثر و في المطلق عدم بيان القيد وهذا لا يوجب تفاوتاً بينهما بما هو المعروف من أنّ دلالة العامّ بالوضع ودلالة المطلق بمقدمات الحكمة. فتدبر جيّداً. ق

التدريس أو في زمان خاص أو غير ذلك من الحالات، إنما هي بالاطلاق. وذكرنا أيضاً أنّ هذا الاطلاق تابع للعموم، فلو ورد تخصيص في العموم لا يوجب ذلك تقييداً في الاطلاق لعدم الموضوع للتقييد، ولو ورد تقييد في هذا الاطلاق لا يوجب تخصيصاً في العموم، وهذا ظاهر.

وحينئذٍ، على الاحتمالين الأولين في الموصول، دليل الاكراه يكون مقيداً لاطلاق دليل العام بالنسبة إلى حالي الاكراه وغيره فيقيد إطلاق دليل العموم بغير حالة الاكراه فيمكن التمسك بدليل العام بعد لحوق الرضا بالعقد المكره لزوال حالة الاكراه فإنّ العموم الأفرادي والاطلاق الأحوالي كليهما شامل له حينئذٍ. وأمّا على الاحتمال الأخير فيخصص العام بغير الفرد الواقع عن إكراه فلا موضوع للاطلاق والتقييد حينئذٍ فلا يصح العقد بلحوق الرضا به.

ولو شككنا في الاحتمالات الثلاثة فهنا شبهة وهي أنّ العلم الاجمالي بتخصيص العام أو تقييد المطلق موجب لسقوط كلا الأصلين فلا يمكن تصحيح المعاملة؛ إلاّ أنّه حيث إنّ الدوران في المطلق بين التقييد والتقييد مع العلم بعدم تعلق الإرادة الجدّة بحالة الاكراه ولا أصل عقلائيّاً للبناء على التقييد حينئذٍ، بل الأصل جارٍ لتشخيص الإرادة الجدّة لالتعيين كيفيتها بعد العلم بها والدوران في العام بين التخصيص وعدمه، فتبقى أصالة العموم بلا معارض فينحلّ العلم الاجمالي لامحالة. وأصالة الاطلاق بالنسبة إلى ما بعد زوال الاكراه أيضاً جارية بلا مزاحم، فيصحّ العقد حينئذٍ بل لا يحتاج إلى هذا الأصل و يكفي نفس جريان أصالة العموم لاثبات الحكم بالنسبة إلى الحالة المتأخّرة على ما سيحيى. وأيضاً لامعارضة بين الأصلين، فإنّ جريان أصالة الاطلاق مستلزم لعدم جريانه لأنّ جريان هذا الأصل بالنسبة إلى العقد المكره قبل حصول الرضا لاثبات دخوله في أدلة التنفيذ لا يمكن للعلم بخروجه، و جريانه فيه لاثبات لازمه وهو ورود التخصيص في العام مستلزم لنفي موضوع الاطلاق فإنّ الاطلاق متفرّع على العموم والتخصيص يوجب خروج الفرد عن العام وهذا موجب لانعدام موضوع الاطلاق. فجريان الاطلاق لاثبات التخصيص في العموم مستلزم لانعدام موضوع الاطلاق فأصالة الاطلاق غير جارية في نفسها فتبقى أصالة العموم بلا معارض. ولا يتوهم أنّه في ما بعد لحوق الرضا يمكن إجراء الاطلاق بلا محذور والمحدور إنّما هو في جريان الاطلاق بالنسبة إلى الحالة المتقدّمة، فإنّ الشبهة إنّما هي في مورد العلم الاجمالي بطرد التقييد أو التخصيص، وهذا يتمّ بالنسبة إلى ما قبل ذلك كما لا يخفى.

وأمّا بالنسبة إلى ما بعده فيدور الأمر بين تقييد المطلق وعدمه وهذا راجع إلى

الشكّ في تخصيص العامّ وعدمه، فإنّ تقييده بالنسبة إلى ما بعد حقوق الرضا مع العلم بعدم شمول الاطلاق بالنسبة إلى ما قبل ذلك موجب لخروج أصل الفرد عن العموم، فيدور الأمر بين تخصيص العامّ وعدمه وأصالة العموم تثبت لزوم الوفاء بالعقد بالنسبة إلى هذه الحالة. وهل نحتاج بعد هذا الأصل إلى جريان أصالة الاطلاق أيضاً أولاً بل يكفي نفس جريان الأصل الأول؟ الظاهر كفاية ذلك، فإنّ شمول العموم بالنسبة إلى هذا الفرد مع العلم بعدم شمول إطلاقه بالنسبة إلى الحالة المتقدمة موجب لثبوت حكم العامّ للفرد بالنسبة إلى الحالة المتأخّرة بلا حاجة إلى التمسك بالاطلاق الأحوالي.^١

هذا تمام الكلام على مبنى عدم تقييد الأدلّة الأوقيّة بالرضا والطيب المعاملي ووصول النوبة إلى حكومة دليل الاكراه. وأما على مامرّ من أنّ بناء العقلاء إنّها هو في ترتّب الأثر على المعاملات الحاصلة عن الرضا ولا يرتّبون ذلك على العقد الاكراهي والأدلّة الواردة في التنفيذ كلّها منصرفة إلى ذلك وإن لم نقل باستفادة المفهوم من آية التجارة، فلا يبقى مجال لحكومة دليل الرفع حتى تحصل الاحتمالات المتقدمة، فلا بدّ لاثبات صحّة العقد المكره بعد حقوق الرضا من التمسك باطلاقات التنفيذ أو بناء العقلاء. والظاهر الصحّة لكلا الوجهين بلا وجود حاكم في البين.

هذا تمام الكلام في العقد المكره ونبحث عن بقية المسائل المرتبطة بذلك في العقد الفضيوي لاشتراك الجهة المبحوث عنها في المسألتين.

والحمد لله رب العالمين

١ - كلّ ما أفاده مبنيّ على استفادة الحكومة من دليل الرفع وأما على مسلك الحقّ وهو أنّ حديث الرفع لا يستفاد منه إلاّ أحكام عذريّة فيكون أجنبيّاً عن مثل هذه المقامات بالكلية وحررنا ذلك في الرسالة المفردة في حديث الرفع مفصلاً. ق

البيع الفضولي

العقد الفضولي

قوله (قدّه): «بعد اتّفاقهم على بطلان ايقاعه».

لابدّ لنا من الفحص عن أنّه هل هنا ما به يمتاز العقد عن الايقاع في هذا الحكم أم

لا؟

فنقول: أمّا بحسب المبادئي التصوريّة والتصديقيّة، فبما أنّ كليهما من الأفعال الاختيارية للانسان فكلّ منها مسبوق بمبادئي الفعل الاختياريّ لامحالة كسائر الأفعال الاختيارية ولا فرق بينهما من هذه الجهة. فلو أشكلنا في حصول الجذّة في الايقاع يرد الاشكال في العقد أيضاً وإلا فلا إشكال في كليهما.

و أمّا بحسب الأسباب وهي الألفاظ في موردها فكلاهما منشأ أن بذلك والعاقده يستعمل الألفاظ في معانيها في كليهما فلا فرق من هذه الجهة أيضاً بينهما.

و أمّا بحسب المسبّب وهو حصول المنشأ في عالم الاختيار بنظر من بيده الاعتبار من الشرع والعقلاء، فكلاهما أيضاً مشتركان في عدم كون ذلك اختياريّاً للمتعاقدين إلاّ بايجاد موضوع ذلك وهي الأسباب المذكورة.

والحاصل أنّ ما هو بيد المتعاقدين وتحت اختيارهما من مبادئي العقد ونفسه من الأسباب بمعنى استعمال الألفاظ في معانيها، وإن شئت فعبر عنه بايجاد الأمر الاعتباري الانشائي، فمشارك فيه بين الموردين وما هو خارج عن ذلك من وقوع المعتبر في وعائه فأيضاً كذلك في الموردين فلا فرق بين العقود والايقاعات بحسب القواعد من جهة الحكم بصحة الفضولي فيها أو البطلان فيها. (و أمّا بحسب الأدلّة الخارجيّة فلا دليل على الفرق بينهما غير الاتّفاق المدعى في كلام الشيخ نقلاً عن غاية المراد ولا حجّة في ذلك بحسب الكبرى ولا اتّفاق بحسب الصغرى).

و ممّا ذكرنا من الفرق بين الوجود الاعتباري الحقيقي و بين الوجود الاعتباري الانشائي وأنّ الأول خارج عن اختيار المتعاقدين دون الثاني وأنّ الثاني بعد إلحاق جميع ما

يعتبر في تحقق الأول به يكون موضوعاً للأول يظهر عدم الفرق بين العقد الفضولي وغير الفضولي بحسب القواعد العقلائية وشمول أدلة التنفيذ الشرعية لها أيضاً. فإن ما هو باختيار المتعاقدين من إيجاد الأمر الاعتباري الانشائي موجود في الفضولي وغيره وأما رضا المالك فغير معتبر في حقيقة هذا الأمر كما هو ظاهر. وقد تقدّم في بحث الإكراه ما يكون برهاناً له أيضاً، بل إنّه هو معتبر في تحقق الأمر الاعتباري الحقيقي. ولذا ذكرنا في بحث الموالاة بين الإيجاب والقبول أنّ بفعل الموجب قد تحقق تمام حقيقة العقد وهو الاعتبار الانشائي والقبول إنّما هو لظهور رضا القابل بما فعله الموجب من نقل ملكه إليه بما يقابله من ملك القابل (في البيع مثلاً)، فالقبول غير دخيل في حقيقة المعاملة والعقد بل إنّما هو دخيل في الاعتبار الحقيقي بمعنى أنّه موضوع لذلك بل رضا الموجب أيضاً كذلك، فرضا المالكين سواء كانا متعاقدين أو غيرهما خارج عن حقيقة العقد وهو الإيجاد الانشائي. نعم، لابدّ في اعتبار الشرع والعقلاء حصول الأثر من أمور ثلاثة: العقد وهو الإيجاد الانشائي وظهور رضا المالكين. وفي عقد الأصيلين كالمالكين حصل العقد وظهر رضا الموجب بفعل واحد وهو الإيجاب وظهر رضا القابل بقبوله. فوزان القبول في معاملة الأصيلين وزان الإجازة في العقد الفضولي، فإنّه أيضاً لظهور رضا المالك.

فعل ذلك، البحث عن صحّة البيع الفضولي وبطلانه بعينه هو البحث عن اعتبار التوالي بين الإيجاب والقبول وعدمه؛ فلو قلنا بعدم الاعتبار في ذلك لعدم دخل القبول في حقيقة المعاملة وعدم دليل على اعتبار مقارنته بالعقد في حصول الاعتبار الحقيقي بل الدليل قائم على خلافه، لابدّ لنا من الحكم بالصحّة في البيع الفضولي أيضاً لوجود العقد وهو الاعتبار الانشائي والرضا المتأخّر من قبيل القبول المتأخّر بل هو بعينه حتّى في ظرف الموجب فإنّ إظهاره الرضا بالعقد هو قبوله العقد كقبول المشتري وبعبارة أخرى العقد متقوم بأمر واحد وهو الانشاء واعتبار ذلك بنظر العقلاء والشرع موقوف إلى قبول من المالكين ذلك العقد فنحتاج في اعتبار العقد إلى قبولين. غاية الأمر يحصل قبول المالك الموجب الأصيل وانشاء العقد بأمر واحد وهو الإيجاب؛ فلو قلنا بعدم اعتبار توالي القبول للإيجاب كما قلنا، يصحّ بيع الفضولي أيضاً فإنّه من العقد المتأخّر قبوله. ومن هنا ظهر أنّ قبول الفضولي لا أثر له أصلاً، لا في العقد ولا في أثره، بل إيجاب الفضولي أيضاً لا أثر له بالنسبة إلى قبول المالك بل الفضولي ينشئ العقد والإجازة في بيع الفضولي بعينه القبول في غير الفضولي. والحاصل أنّه لا فرق بين العقد الفضولي وغيره إلّا في حصول العقد من المالك أو المأذون في الثاني ومن غيره في الأول، وهذا لا يوجب الفرق بينها في حقيقة العقد ولا في ما هو المعتبر في الاعتبار الحقيقي.

فإن هنا ظهر أنّ وجه شمول إطلاقات أدلة التنفيذ للعقد الفضولي بعينه هو الوجه في شمولها للعقد غير الفضولي فإنّ الاجازة لوحصلت مقارنة للعقد فبعينه هو القبول المقارن حتى في الايجاب ولو لحقت العقد فبعينه من القبول المتأخر الذي مرّ بجثه. فافهم واغتم.

فما قيل من أنّ ظاهر أدلة التنفيذ تنفيذ المعاملة المستندة إلى المالك فعنى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أوفوا بعقودكم فلا تشمل المعاملة الفضولية، ممنوع بأنّ في القدر المتيقّن من مورد شمول هذه الأدلة وهو عقد الأصيل أو الوكيل أو المأذون لا يصحّ هذا الاستناد لأنّ العقد غير مستند إلى المالكين في الأخيرين وفي الأصيل غير مستند بتمامه إليهما على القول المشهور من كون القبول دخيلاً في قوام العقد. وأمّا على مسلكتنا فالعقد مستند إلى الموجب فقط لا القابل، وقد يكون الموجب مغايراً للمالكين معاً كالمأذون والوكيل، فأين الاستناد حتى يقال باعتباره. والحاصل أنّ وضع شمول أدلة التنفيذ للقدر المتيقّن من موارد شموله بعينه هو الوضع في شموله في مورد الفضولي، فصحة العقد الفضولي موافقة للقاعدة العقلية والشرعية والاجازة في العقد الفضولي بعينه هو القبول في غيره وهي تنفّذ العقد لأنّها مقومة له كما مرّ في القبول.

ثمّ إنّ للمرحوم النائيني (ره) كلاماً في المقام نذكره إجمالاً مع الإشارة إلى ما فيه. ذكر في مقام الردّ على الشيخ (قدّه) من كفاية الرضا الباطني في خروج العقد عن الفضولية بأنّ الرضا غير كافٍ في ذلك فإنّ المعتبر في تصحيح العقد هو الاستناد إلى المالك وهو أمر إنشائي يحتاج إلى الابراز. وفيه أنّه لو كان المراد بالاستناد صيرورة العقد عقد المالك بحيث يصحّ أن يقال إنّ فعله فبطلانه ظاهر، ولو كان المراد منه مجرد الربط إلى المالك فهو حاصل بنفس الرضا مع أنّ كون الاستناد أمراً إنشائياً لا يحصل له كما لا يخفى.

وذكر (ره) في مقام بيان كون الفضولي موافقاً للقاعدة مع اعتباره الاستناد أنّ المعتبر استناد المسبّب إلى المالك (والمسبّب هو الأثر المترتب بنظر العقلاء) لا السبب (وهو العقد الانشائي) حتى يقال: لا ينقلب الشيء عمّا وقع عليه لعدم الدليل على اعتبار استناد الأسباب إلى المالك.

وفيه أنّه لو كان دليل تنفيذ المعاملة بناء العقلاء فع حصول الأثر بنظرهم اعتبار استناد الأثر إلى المالك لغو، ولو كان الدليل العمومات نظير «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (بمعنى العقد المستند) فالتمسك بها لا يثبت التنفيذ بناء على ما ذكره دوري لأنّه مالم يحصل الأثر ولم يثبت الاستناد لا يمكن التمسك بالعموم لا يثبت حصول الأثر. فالصحيح عدم اعتبار الاستناد لافي السبب لعدم الدليل عليه وعدم الامكان في بيع الوكيل ولا في المسبّب لما ذكر من الاشكال العقلي مضافاً إلى عدم الدليل على اعتبار الاستناد كما مرّ. نعم، غاية ما يمكن

أن يدعى انصراف الأدلة عن العقد الغير المرتبط بالمالك بوجه، لكن مع حصول الارتباط بوجه مثل وقوع العقد على ماله و حصول الرضا مقارناً أو متأخراً فتشمله الأدلة ولا وجه لدعوى اعتبار أمرزائد على ذلك، فكيف إذا حصلت الاجازة من المالك .

والمتحصّل من جميع ذلك أنّ التمسك بالأدلة العامة لاثبات صحة الفضولي لا يحتاج إلى مؤونة زائدة على التمسك بها لتنفيذ معاملة الأصيلين: ومما ذكرنا ظهر خروج العقد المقرون برضا المالك واقعاً ولو صدر من المالك ولم يبرز المالك رضاه بانشاء و غير انشاء عن العقد الفضولي، بل على مسلكنا في القبول أيضاً يكفي رضا القابل بذلك بلا حاجة إلى الابرار والانشاء. كلّ ذلك لما مرّ من تحقّق حقيقة العقد و يكفي في انفاذه نفس تحقّق الرضا من المالك لعدم الدليل على أزيد من ذلك بعد شمول الاطلاقات له .

ثم ذكر (ره) أثناء كلامه في هذا المقام أنّه يعتبر في صحة الفضولي بالاجازة أمران: أحدهما عدم كون الفعل علة تامّة لتحقّق أثره وثانيها عدم كون اجازة المجهز علة تامّة لتحقّق أثرها. و بمقتضى الأمر الأوّل تخرج جملة من الايقاعات عن عنوان الفضولي كالقبض والاقباض و اعطاء الدين بل اعطاء الخمس والزكاة لوقيل بجريان التبرّع فيها و بمقتضى الأمر الثاني تخرج العقود الاذنية كالوكالة في التصرف والعارية والوديعة و جملة الايقاعات كالفسخ والاجازة والابراء والجماعة بناء على كونها منها، فإنّ اجازة هذه بنفسها تكون وكالة و عارية و وديعة و فسخاً و اجازة و ابراء وجعلاً.

و ما ذكره من الكبرى و ان كان صحيحاً إلاّ أنّه لا مصداق لها و شيء من الأمثلة المذكورة لا يكون مصداقاً لذلك .

أما القبض والاقباض في الكلّيات فحيث لا يتعيّن الكلّي إلاّ بوقوع القبض والاقباض من أهله يمكن تصوير الفضولية فيه فلو أقبض الفضولي المشتري من مال البايع مصداق ما باعه كلياً أو قبض الفضولي من البايع ذلك فالأوّل يحتاج إلى اجازة البايع والثاني إلى اجازة المشتري و هذا ظاهر. و أمّا في الشخصيات فقبض الفضولي فيها أيضاً متوقّفة على الاجازة و أمّا اقباض الفضولي فلا يحتاج إلى الاجازة لا لما ذكره بل لعدم أثر للاقباض حتّى يحصل بالاجازة والأثر يترتب على القبض وهو ليس فضولياً.

و أمّا اعطاء الدين والخمس والزكاة فالتبرّع بذلك عن ملك نفس المتبرّع خارج عن البحث والفضولية والبحث إنّها هو في اخراج ذلك من مال المالك، و عليه لم لا تجري الفضولية فيها.

و أمّا ما ذكره من أنّ الاجازة في العقود الاذنية والايقاعات المذكورة بنفسها علة تامّة لتحقّق أثرها فلا محصل له؛ أمّا العقود الاذنية فقد مرّ في بعض المباحث السابقة أنّه

لو كان المراد من ذلك أن هذه العقود بنفسها إذن ولا تزيد عن حقيقة الاذن بشيء فهذا ظاهر البطلان فإن الاذن شيء والعارية والوديعة مثلاً شيء آخرو الأول ايقاع والثاني عقد، ولذا لو لم يقبل المأذون له بل رد الاذن يصح له التصرف، وأما في هذه العقود فللم يقبل القابل فيها لا يصح له التصرف. ولو كان المراد من ذلك أنها مشتملة على الاذن فضافاً إلى أنها خلاف التحقيق لما ذكرنا من تغاير المفهومين وجواز التصرف من لوازم هذه العقود، لامانع من جريان الفضولية فيها فإن انشاء العارية من الفضولي نظير انشاء البيع من الفضولي والاجازة ترجع إلى تنفيذ ذلك المنشأ ولا معنى لأن يقال الاجازة عارية بعد ما ظهر من تغاير مفهوم الاذن والعارية ورجوع الاجازة إلى تنفيذ ماسبق. ولعل هذا في غاية الظهور فلا محصل للتعبير عن هذه العقود بالعقود الاذنية. وقد ظهر من ذلك ما في أمثلة الايقاعات فإن الاجازة شيء والابراء شيء كما لا يخفى؛ فيمكن تصوير الفضولية في جميع ما ذكره من الأمثلة.

والمتحصل مآمر أمور:

- ١- عدم الفرق بين الايقاعات والعقود بأنواعها في قبولها الفضولية.
- ٢- كفاية الرضا الباطني في خروج العقد عن الفضولية و في اجازة العقد الواقع فضولاً بل و في قبول العقد بلا حاجة إلى الانشاء.
- ٣- إن صحة العقد الفضولي موافقة للقاعدة نظير غير الفضولي و شمول أدلة التنفيذ لكلا العقدين على نحو واحد و طرزفارد بلا أي فرق بينهما.

في البيع الفضولي

ثم إنه ذكر الشيخ مباحث البيع الفضولي في ضمن مسائل.
المسألة الأولى: في أن يبيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع عنه. وقد استدل لصحة العقد الفضولي كذلك بوجوه:
 ١- رواية عروة البارقي.

ولم تذكر في كتبنا وإنما ذكرت في كتب العامة من طرفهم. فمن جهة السند لاحتمال فيها، وتوهم الانحياز بعمل المشهور مدفوع بلزوم احراز استنادهم إليها ولا يمكن الاحراز بعد كون صحة العقد الفضولي على وفق القاعدة وإمكان أن ذكرهم للرواية من جهة التأييد لا الاستناد. وكيف كان فالظاهر من الرواية أن النبي (ص) قد أذن للعروة في شراء شاة واحدة ودفع إليه ديناراً لاعطاء ثمنها منه، واحتمال عدم تقييد الشاة بالوحدة خلاف الظاهر كاحتمال تقييد الثمن بكونه ديناراً لأقل. وعليه لو كان اشتراؤه للشاتين على

نحو التدرّيج كان الأوّل صحيحاً والأخير فضولياً؛ لكنّ الظاهر وحدة الاشتراء المتعلّق بهما معاً فإذا لا يمكن القول بصحة أحدهما معيّناً. فلو تصوّرنا الفرد المرّدّد نقول بأنّ الواقع صحيح بالنسبة إلى أحدهما فضولي بالنسبة إلى الآخر فلو أجزى وإلا يعين الصحيح بالقرعة، ولو لم نتصوّر ذلك فنقول لإشكال في شمول دليل وجوب الوفاء بالعقد للمورد فلا بدّ من العمل به مهما أمكن. وحيث إنّ الحكم بكون العقد فضولياً بالنسبة إلى كلّ منها منافٍ للعمل بهذا الدليل ومع عدم الاجازة يمكننا الحكم بصحة شيء من العقدین، فلا بدّ من تتميم العقد بالقرعة فالقرعة هنا متمم وهناك معيّن.^١

وعلى هذا فالشراء فضولي في الجملة وكون البيع فضولياً أوضح. وحينئذٍ يرد على من اعتبر في صحة العقد الاستناد وذكر عدم حصول الاستناد بالرضا المجرد واعتبر انشاء الاجازة في ذلك بأنّه كيف يعقل تصحيح كلا الأمرين الشراء والبيع بانشاء واحد فإنه مستلزم لدخول الشاة في ملك النبيّ (ص) في أنّ خروجها عنه وهذا غير معقول. نعم، على مسلكنا من عدم الحاجة إلى شيء من ذلك وكفاية الرضا يصحّ الشراء بالرضا المستناد من قوله (ص) «بارك الله...» الخ، والبيع من الرضا في المرتبة المتأخّرة.

ثمّ إنّ ذكر في هذه الرواية أنّها واردة في قضية شخصية ولعلّ «عروة» كان وكلياً مفوضاً من النبيّ الأكرم. وأنت خير بأنّ هذا خلاف ظاهر الرواية وأيضاً ذكر أنّ القبض والاقباض في العقد الفضولي محرّم وهذا منافٍ لتقرير النبيّ (ص)، فيعلم أنّ المعاملة لم تكن فضولية. وأفاد الشيخ الأعظم (ره) من أنّ الرضا الباطني كافٍ في خروج العقد عن الفضولية والقبض والاقباض عن الحرمة وفيه أنّ الرضا الفعلي من النبيّ الأكرم (ص) لم يكن قطعاً لعدم التفاته وتوجهه (ص) إلى فعل «عروة» حين الفعل ولذا بيّن له «عروة» بعدما أتاه. والرضا التقديري لا دليل على كفايته في ما ذكره، فالفضولية محقّقة. ومع ذلك يمكن القول بأنّ اعتقاد «عروة» برضا النبيّ (ص) واعتقاده بأنّ تصرفه موافق للرضا وغير محرّم، كافٍ في عدم ارتكابه محرماً فلا ينافي التقرير. فدلالة الرواية على صحة البيع الفضولي وشرائه تامّة لكنّ السند ضعيف على ما مرّ.

٢- صحیحة محمد بن قیس.

١- أقول: الظاهر عدم إمكان التتميم بالقرعة لأنّ إثبات لزوم التتميم بدليل الوفاء دوري، فإنّ الظاهر منه أنّ الواجب الوفاء بالعقد التام؛ بل الحكم حينئذٍ تخيير البايع في تعيين المبيع لأنّ المبيع (صحيحاً) بعد ما لم يكن فرداً معيّناً ولا مرّدّداً فيكون كلياً لا محالة، فيكون المقام من قبيل بيع الكلّي في المعين والحكم فيه ما ذكر. ق

أشكل الشيخ (ره) بأنها واردة في مورد الاجازة بعد الردّ مع أنّ العقد فاسد حينئذٍ إجماعاً فالرواية غير معمول بها في موردها والشاهد على الردّ المخاصمة وأخذ الوليدة وابنها و مناقشة المشتري له (ع)؛ ولكن لا شعار للرواية إلى الردّ لعدم ذكر كيفية المخاصمة فيها فلعلّ المولى يريد بدعواه أن يعطيه المشتري ثمن الجارية حتى ينفذ له البيع مع أنّه أعطى الثمن إلى الولد قبل ذلك ولذا يأبى عن الاعطاء ثانياً. وهكذا أخذ الوليدة لا يدلّ على مزيد من عدم الرضا فإنّ المالك ما لم يرض لم يخرج الملك عن ملكه. وهكذا بالنسبة إلى المناشدة. فظهور الرواية في كون الاجازة بعد الردّ ممنوع.

وأما ما ذكر (ره) في تقريب الاستدلال بالصحيحة بعد ذلك الاشكال من أنّ السياق يقتضي إمكان التصحيح بالاجازة ولولم يكن المورد مصداقاً له، ففيه أنّ المذكور في الرواية ليس إلّا قضية شخصية وليس هنا عموم ومورد حتى يؤخذ بالعموم في غير المورد فلو قلنا به في مورده، وإلّا فلا يمكننا الأخذ بالرواية.

٣- مادّة على صحّة نكاح الفضولي بالاجازة المتأخّرة و منه ما استدلت به الشيخ (ره) أخيراً لا ثبات صحّة الفضولي وهو موثقة زرارة عن أبي جعفر (ع)، قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده. فقال (ع): ذلك إلى سيّده إن شاء أجازته وإن شاء فرّق بينها... إلى أن يقول: فقال أبو جعفر (ع): إنّه لم يعص الله تعالى، إنّها عصى سيّده، فاذا أجازته فهو له جائز.

بتقريب أنّ وجه السؤال ليس عن خصوصية في النكاح بل الفهم العرفي شاهد على أنّ الوجه هو تصرف غير مالك التصرف بغير إذنه، مضافاً إلى أنّ ذيل الرواية وهو التعليل يدلّنا على ذلك. فنفس الرواية دالّة على تعميم الحكم لجميع العقود، فلاحاجة إلى التمسك بالأولية مع الاغماض عمّا فيها على ما سيجيء، أو الغناء الخصوصية. ونفي عصيان الله في الرواية مع اثبات عصيان السيد اللازم منه عصيان الله أيضاً إنّما يتمّ بناء على مسلكتنا من أنّ الأحكام تدور مدار عناوينها بلا سراية عنها إلى غيرها فالنكاح عصيان السيد و ليس عصيان الله و ما هو عصيان الله مخالفة السيد و عصيانه والخروج عن طاعته، ولا يسري حكم كلّ من العنوانين إلى الآخر وإن وجدا في الخارج بوجود واحد. ويدلّ على ذلك ما في ذيل خبر آخر لزرارة: فقال أبو جعفر (ع): «إنّها أتى شيئاً حلالاً و ليس بعاص لله، إنّها عصى سيّده ولم يعص الله. إنّ ذلك ليس كاتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة و أشباهه». فإنّ حليّة هذا النكاح وعدم تحريم الله عليه لا يتمّ إلّا بما ذكرناه من التمايز بين الأحكام لتمايز عناوين موضوعاتها.

و من ذلك صحيحة الحذاء و فيها عن غلام و جارية زوّجها وليّان لها و هما غير

مدركين، فقال: النكاح جائز وأيهما أدرك كان له الخيار— الحديث. والحكم في هذه الرواية بجواز النكاح وثبوت الخيار وذيل هذه الرواية يدلنا على أن المراد بالولي هو الولي العرفي لا الشرعي. . تقريب الاستدلال مأمّر في الرواية السابقة من استفادة التعميم من وجه السؤال.

وهنا روايات كثيرة دالة على هذا الحكم في مورد النكاح وتقريب الاستدلال واحد فلاحظ.

وأما ما ذكره الشيخ (ره) من التمسك بالأولية، فع أن الأولوية لاحجية فيها في شيء من الموارد فإن «أبان» كان متمسكاً بالأولية القطعية و كان يزعم أن الآتي بالحكم الشيطان ومع ذلك ردعه الامام (ع) وقال إن الستة إذا قيست بحق الدين. إن الأولوية تقتضي التسهيل في أسباب النكاح فإنه مع اهتمام الشارع به لأن منه الولد و ارتباط مهمات الدين به لوكان أسباب حصوله صعباً بحيث لم يتمكن منه إلا الأوحدي من الناس لوقع العوام في المحرم كثيراً ويكون هذا نقضاً للغرض من الاهتمام بذلك .

و أما ما ذكره الشيخ (ره) من أن الأولوية بالعكس لما استدك به من الرواية فلا يمكن المساعدة عليه فإن الرواية في مقام الردع للتمسك بالاستحسان لا أن الاحتياط في باب النكاح يقتضي الصحة إلا فالاحتياط قد يقتضي البطلان، فإن الزوجة بعد عزلها الوكيل قبل الوصول إليها لو تزوجت نفسها إلى الغير فالحكم بصحة نكاح الوكيل يقتضي أن يكون الوطي من جهة تزويجها نفسها زناً بذات البعل بخلاف الحكم بالبطلان. وهذا هو نظير ما وجه به اقتضاء الاحتياط للحكم بالصحة مع أن الاحتياط حينئذ يقتضي البطلان. و كيف كان فلاحاجة إلى هذه التطويلات بعد دلالة نفس الروايات على المطلوب.

ثم ذكر الشيخ (ره): ثم إنه ربما يؤيد صحة الفضولي بل يستدل عليها بروايات كثيرة وردت في موارد خاصة. و ذكر عدة روايات لا يرتبط شيء منها بمبحث الفضولي عدا رواية ابن أشيم. أما روايات المضاربة فغير موثقة جميل التي ذكرها الشيخ، كلها دالة على حكم تخلف العامل الشرط المعقول في المضاربة لا تخلفه عن المضاربة المقيدة حتى تكون المعاملة فضولية. و أما موثقة جميل فهي وإن كانت ظاهرة في التقييد إلا أن حملها على الاشتراط أولى وأوفق بالنظر من الالتزام بورودها في مقام بيان هذا الحكم المخالف للقواعد، فإن القاعدة تقتضي حينئذ وقوف المعاملة على إجازة المالك لا الصحة مطلقاً، و أيضاً مع عدم الإجازة لا يربح كما هو ظاهر ومع الإجازة تمام الربح للمالك لا كون الربح بينهما. و أما روايات التجارة بمال اليتيم فأيضاً أجنبية عن المقام، فإن ظاهر جميعها أن

المعامل هو الولي إِمَّا لنفسه لو اقترض المال و أخذه بالضمان في صورة كونه ملياً أو للطفل لولم يقتض أو اقترض ولم يكن ملياً. وفي جميع الموارد حكم بضمان الولي إلا إذا كان وصياً من الأب في المضاربة والربح في الأول للولي وفي الثاني للطفل و شيء من ذلك لا يرتبط بمبحث الفضولي. والروايات وردت في باب الزكوة والتجارة والوصية فلاحظ الرسائل. ولا يهتَمنا التعرّض لسائر الوجوه.^١

وأما رواية ابن أشيم وإن كانت من جهة السند ضعيفة إلا أنّ دلالتهاامة فإنّه لو أقام الوراث البينة على أنّه اشتراه بماله كان رقاً له؛ وحيث إنّه يحتمل في الرواية أنّ الدافع قد دفع المال إلى المأذون ليشتري به نسمة... الخ، أنّ ذلك من قبيل الوكالة لا الايضاء فبعد موت الدافع لو وقع الاشتراء بهذا المال كما هو المفروض من جهة قيام البينة يكون فضولياً لامحالة والرواية تدلّ على الصحة باجازه الورثة، والايضاء وإن كان محتملاً إلا أنّه لا بدّ من الاثبات. نعم، لو أحرز الايضاء تخرج المعاملة عن الفضولية وإلا فقتضى القاعدة وقوع المعاملة على ملك الوراث فهي فضولية واحتجّ للبطلان بوجوه:

١- عدم تنفيذ الاطلاقات للعقد الفضولي مطلقاً (البيع وغيره). فإنّ الظاهر منها اعتبار الاسناد إلى المالك بحيث يمكن القول بأنّ العقد عقده والبيع بيعه، فإنّ الظاهر من «أوفوا بالعقود» أوفوا بعقودكم وكذا آية البيع والتجارة. وهذا الاسناد غير ثابت في المعاملة الفضولية ولو بعد الاجازة لاحقيقة وهذا ظاهر ولا ادعاء فإنّ المالك إنّما يجرى فعل غيره لا إنّه يدعي أنّ الفعل فعله مضافاً إلى عدم شمول الاطلاقات لغير الحقائق. وهذا الاستدلال على مبنى الشيخ و من تبعه، منهم المرحوم النائيني (ره)، تامّ ولذا يلزمهم الاستدلال للصحة بالأدلة الخاصة، وأما على ما ذكرنا من عدم اعتبار مثل هذا الاسناد فالصحة مقتضى القاعدة كما مرّ.

٢- آية التجارة دالّة على البطلان بوجهين: أحدهما ظهور المستثنى في أنّ سبب جواز الأكل تجارتكم والاستناد مفقود كما مرّ تقريباً و جواباً. وثانيها ظهور الاستثناء في الحصر وقد مرّ الجواب عن ذلك أيضاً مفصلاً فلانعيد.

٣- عدّة من الروايات. منها النبويّ المستفيض وهو قوله لحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك» وفي معناه ما ورد من أنّه نهى النبيّ (ص) عن بيع ما ليس عندك. ويحتمل

١- أفاد سيّدنا الأستاذ حكم هذه المسائل في البحث مفصلاً ونحن تركنا التعرّض لها لعدم دخلها بما كتبتا بصدده. ق

في الرواية مع قطع النظر عن صدرها أن يكون المراد من «ليس عندك» بعد العلم بعدم المراد منه الحضور الخارجي، عدم المملوكية لتنطبق الرواية على الفضولي أو عدم إمكان التسليم مطلقاً بعد العلم بعدم اعتبار إمكان التسليم فعلاً في صحة العقد. وهذا المعنى أجنبي عن بيع الفضولي بالكلية بل هو ما يكون ثابتاً عند العقلاء من اعتبار القدرة على التسليم في صحة البيع وقد يكون الفضولي قارراً على التسليم مع أنه لا اعتبار بقدرة العاقد على التسليم بل العبرة بقدرة المالك. فعلى هذا لا تنطبق الرواية على البيع الفضولي وليس واحد من الاحتمالين أظهر من الآخر، مضافاً إلى أنه بناء على الاحتمال الأول النهي على بيع ما لا يملكه العاقد لا يدل على بطلان الفضولي إلا إذا تعلق النهي بالبيع مطلقاً، والظاهر من هذا التركيب أن تعلق النهي باعتبار عدم ملكية العاقد فلا يقع عن غير مالكة ولا عنه بحيث لم يحتج إلى رضاه. وأما عدم وقوعه عن المالك بعد إجازته فخارج عن مفاد هذه الرواية.

وبهذا ظهر ما في الاستدلال بالنبوي الآخر «لا بيع إلا في ملك» وإن كان بحسب اللسان أقوى من النبوي السابق فتعلق النبي هنا بماهية البيع فيقال إما أن المراد من عدم البيع التعبد بعدمه أو ادعاء عدمه والتعبد والادعاء إنما هو بلحاظ جميع الآثار فلا أثر للبيع الواقع عن غير المالك مطلقاً. لكن الظاهر أن النبي إنما هو عن وقوع البيع على النحو المتعارف في الخارج بحيث يترتب عليه الآثار بالفعل مطلقاً، وأما نفي ذلك بحيث لم يقبل لحوقه بالاجازة فغير ظاهر منه مع إمكان دعوى أنه يكفي في التعبد والادعاء نفي الآثار الظاهرة لا مطلقاً فلا يستفاد بطلان الفضولي من ذلك.

هذا مع قطع النظر عن صدر النبوي السابق وأما مع ملاحظته وأن حكيم بن حزام يسأل عن حكم البيع أولاً ثم الشراء من مالكة والدفع إلى المشتري فأجاب الامام (ع) بهذه العبارة «نهى النبي عما ليس عندك»؛ فظاهر السؤال عن حكم البيع على النحو المتعارف بين الدالين والمتعارف إنما هو بيع الكلّي لا الشخصي؛ ووجود النصّ والفتوى على صحة البيع الكلّي حينئذ لا يوجب رفع اليد عن ظهور الرواية وحملها على بيع العين الشخصية، بل لابد من علاج الرواية على الوجه المقرر له في الأصول. فعلى ذلك لا يمكن الاستدلال بالرواية لبطلان الفضولي ولو قلنا بأن المبيع شخصي على ما أفاده الشيخ (ره) فالاحتمال الثاني ساقط، لكن هذا هو ما يجيء في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه فأجاز» وبحثه غير مرتبط بمقامنا وهو أن الفضولي باع من المالك مع عدم سبق المنع فأجاز المالك، والعموم المستفاد من التعليل بدواً نزل على ذلك مضافاً إلى أن صرف الامام (ع) نظره عن جواب السائل بـ «لا» أو «نعم» مع أنه أخصر وأفيد بهذه العبارة، شاهد على أن المراد القاء الكبرى لتشخيص المنهّي عنه عن غيره بلانظر إلى

التطبيق على مورد السؤال بل أوكل الامام (ع) ذلك إلى نفس السائل. فالسائل سأل عن حكم القضية و أجاب الامام عليه بأن المنهي هو بيع ما ليس عندك و اختيار التطبيق بيد السائل، فعلى ذلك يجيء فيه الاحتمال الثاني أيضاً، فليتدبر.

و أما توقيع الصقار «لا يجوز بيع ما ليس يملك» فضافاً إلى ما سبق يحتمل فيه قراءة «يُملك» مبنياً للمجهول فيخرج بيع الفضولي عن مفاده.

و أما سائر الروايات، فقد ذكر الشيخ (ره) ما هو المهتم منها و أجاب عنه بأجوبة متينة فلا نطيل بالتعرض لها.

ثم إنه لو تم هذه الروايات فتقيد بها اطلاقات أدلة التنفيذ و هذا ظاهر. وهل يمكن تقييدها بالروايات الخاصة الدالة على صحة الفضولي أم لا؟ فقد ذكر الشيخ (ره) أن النسبة بينها عموم و خصوص مطلق فإن النهي عن بيع ما لا تملكه عام من بيع العاقد لنفسه أو لملكه مع حصول الاجازة و عدمه، و أما حديث العروة فظاهره بيع العاقد لملكه مع حصول الاجازة و هذا أخص فثبت صحة العقد الفضولي في محل بحثنا. ولكن ذكر المرحوم الثائبي (ره) أن النسبة بينها نسبة التباين فتساقطان و يرجع إلى الاطلاقات والوجه في ذلك أن البيع لنفسه أو للمالك بلا اجازته لم يكن مورداً لتوهم الصحة حتى يرد المنع بنحو العموم فلم يبق تحت الأدلة المانعة إلا البيع للمالك مع اجازته و هذا مورد أدلة الصحة أيضاً. و فيه أن بيع العاقد لنفسه ثم الاشارة و الاجازة مورد لتوهم الصحة، و قد وقع فيه الخلاف أيضاً و الأدلة المانعة شاملة لذلك كما هو مورد بعضها بخلاف أدلة الصحة فالنسبة عموم و خصوص مطلقاً. نعم لولزم من التخصيص الاستهجان يعامل معها معاملة التعارض بالتباين ولكته لا يلزم ذلك. والذي يسهل الخطب عدم وصول النوبة إلى المعارضة على ما مر.

٤- الاجماع. و تقريبه و الجواب عنه ذكر في المتن فراجع.

٥- الدليل العقلي و العقلائي. و تقريب ذلك بوجوه.

الأول: إن التصرف في مال الغير من دون إذنه قبيح عقلاً و شرعاً و بيع مال الغير تصرف فيه فهو قبيح عقلاً و محرّم شرعاً لو وقع بلا إذن من ملكه و نتيجة التحريم الفساد. و يرد عليه أولاً أن البيع ليس من التصرف في شيء لا من العاقد ولا من العقلاء؛ و لو سلم فإنه تصرف من العقلاء لا العاقد فإن ما يوجد العاقد ليس إلا الانشاء و أما المبادلة فهي مترتبة على ذلك ترتب الحكم على موضوعه من جهة اعتبار العقلاء ذلك. و الحاصل أنه قد مر سابقاً الفرق بين الاعتبار الانشائي و الحقيقي، و لو سلمنا كون البيع تصرفاً فإنما هو الاعتبار الحقيقي منه الذي قائم بنفس العقلاء و لا يمكن ايجاد العاقد له فإنه من ايجاد فعل

الغير وما هو بيد العاقد ليس إلا الانشاء وهذا ليس تصرفاً^١.

ثم إن ما ذكر من أن نتيجة التحريم الفساد فلولم نقل باقتضائه الصحة كما عن أبي حنيفة والشيباني لانقول باقتضائه الفساد أيضاً لعدم الملازمة كما برهن في الأصول، مضافاً إلى أن متعلق النهي التصرف لا البيع فيدخل في مسألة الاجتماع لا دلالة النهي على الفساد وقد ذكرنا مراراً أنه يكفي في دفع غائلة الاجتماع تعدد العنوان وإن لم يوجب ذلك تعدد المعنوي، فإن مركز تعلق الأمر والاتحاد مختلفان. ولو قلنا بأن النهي متعلق بالبيع أيضاً لا يدل على الفساد وإن قلنا بدلالة النهي على الفساد فإن مركز تعلق النهي نفس طبيعة البيع والعقد وهي سابقة على الوجود ومركز تعلق وجوب الوفاء العقد الخارجي والبيع الخارجي؛ لأقول بتعلقه بالفرد بخصوصياته المشخصة له بل أقول نفس طبيعة العقد غير قابلة للوفاء بها بل القابل للوفاء هو العقد الخارجي وإن كان ذلك موضوعاً لوجوب الوفاء بما هو عقد لا غير. فقد اختلف الموضوعان ونتيجة ذلك أن طبيعة العقد منهي عنها لكن لو تحققت هذه الطبيعة يجب الوفاء بها، مضافاً إلى أن المنهي عنه فعل الفضولي والمكلف بالوفاء المالك بعد اجازته وعلى هذا أيضاً يختلف الموضوعان. فلا وجه لتوهم دلالة هذا النهي على الفساد وإن قلنا بدلالة النهي في المعاملات على الفساد.

وقد عرفت أنه لافرق بين تعلق النهي بالأسباب أو المسببات وإن فصل المرحوم النائي (ره) بينها وقال بدلالة النهي عن المسببات على الفساد وذكر في وجهه أن النهي عن المسبب يوجب خروجه عن تحت قدرة المكلف فلا يمكن شمول أدلة التنفيذ له. وذكر أن الظاهر من النهي عن التصرف النهي عن التمليك الحاصل من السبب. ولا يخفى مافيه فإنه بعد الجزم بأن النهي لا يوجب خروج متعلقه عن تحت قدرة المكلف تكويناً يصبح ما ذكره من التعليل مصادرة فإنه لا معنى لكون خروج الشيء عن تحت القدرة تشريعاً إلا كونه حراماً فعنى ما ذكره أن الحرمة تدل على الفساد للحرمة.

وبما ذكرنا ظهر أنه لافرق أيضاً بين انشاء العاقد متوقفاً للاجازة أو غير متوقع لذلك في عدم كون شيء منها تصرفاً، ولو قلنا بأن الثاني تصرف فالأول أيضاً كذلك لعدم الفرق بينها في الانشاء ومبادئه، والاعتبار الحقيقي في كل منها وجوداً وهدماً خارج عمّا يوجد العاقد؛ وإن فصل المرحوم النائي (ره) بينها فلا حظ كلامه تعرف مرامه ولا يخفى

١- ولو سلمنا أن الانشاء تصرف لكن لا نسلم ذلك على الإطلاق بل المسلم هو الانشاء

المرتقب عليه الأثر وإلا فالبيع الفاسد ليس تصرفاً في شيء. فعلى ذلك التمسك بدليل عدم حل التصرف لاثبات الفساد دورياً كما لا يخفى على المتأمل. ق

أنه تبع الشيخ (ره) في هذا التفصيل.

الثاني: إن العاقد الفضولي لا يحصل الجدة منه في إنشائه ويجيء الكلام في اطلاق ذلك و أصله في المسألة الثالثة. ومحصل الكلام أنه مع غفلة العاقد أو عدم مبالاته بالشرع يمكن حصول الجدة منه ولكن مع علمه بعدم ترتب الأثر على معاملته فيشكل الأمر والظاهر عدم حصول الجدة منه. نعم، بناء على ما مر سابقاً في باب الإيجاب والقبول و ذكرنا في الفضولي أيضاً من أن ما يبد العاقد نفس اعتباره الانشائي والاعتبار العقلائي أمر غير اختياري له و يترتب على موضوعه فيمكن حصول الجدة أيضاً مع توقع الاجازة و أما مع العلم بعدم تحقق الاجازة بعد ذلك، فلا يحصل الجدة نظير ماسيجي، فانظر.

الثالث: إنهم ذكروا في بحث الصحيح والأعم في الأصول أن أسامي المعاملات بنظر العقلاء موضوعة للمسببات لا الأسباب و لذلك لا تقبل الصحة والفساد بل أمرها دائر بين النفي والاثبات دائماً بلا واسطة تكون فاسدها فالعقد الفاسد عرفاً ليس بعقد عندهم. و عليه لا يمكن تصحيح العقد الفضولي بالاجازة فإن العقد الصادر منه بمجرد لا يترتب عليه الأثر عند العقلاء فليس بعقد عندهم وفي حكم العدم، والاجازة تصحح العقد لا ما يكون في قوة العدم.^١

والجواب عن ذلك فساد المبني، فإن الصحيح أن الألفاظ موضوعة لما ينشئه العاقد من الألفاظ أو المعاني الانشائية والمعاملات تتصف حينئذ بالصحة والفساد كما لا يخفى.^٢ ولا يخفى عليك أن التقريب الأول عقلائي محض والثاني عقلي محض والثالث مركب من العقلي والعقلائي، فتدبر جيداً.

الرابع: إن الفضولي غير قادر على التسليم أو أنه حيث إن اجازة المالك بعد ذلك غير معلوم تكون المعاملة غررية. والجواب عن هذا أظهر من أن يخفى، فإن الدليلين أحضان من المدعى مع أن القدرة المعتبرة إنما هو بالنسبة إلى المالك لا العاقد والغرر المنهي عنه غير منطبق على المقام فإن العوضين بجميع خصوصياتهما معلومان و توقع اجازة المالك مع الجهل

١- ويمكن التقريب بأنه بناء على القول بأن أسامي المعاملات موضوعة للمسببات أي المعتبرة بعد الانشاء لا يمكن التمسك بالأدلة العامة لتنفيذ الفضولي فإنه من الشبهة المصدقية لها. ق

٢- هذا مضافاً إلى أنه لو سلمنا الوضع للمسببات لكن لانسليم الوضع للمسببات الشرعية أي بلحاظ حكم الشارع بترتب الآثار بل بما أن ماهية المعاملات من الأمور العرفية، فعلى القول بوضع أسامها للمسببات لابتدأ من القول بأن المسمى هي المسببات العرفية والعقلائية وبهذا المعنى أيضاً قابل للصحة والفساد شرعاً ولا يكون العقد الفضولي من الشبهة المصدقية في شيء، فإنه لم يقع التردد في بناء العقلاء في الفضولي وقد تقدم بناءهم على ترتيب الآثار. ق

بحصولها لا يصير المعاملة غررية؛ مع أنّ الغرر المنهية إنّها هو بالنسبة إلى ما بعد تمامية العقد بشرائطه وأركانه، ومن المعلوم أنّ بعد إجازة المالك لاجهالة وقبلها لم تتمّ المعاملة كذلك .
الخامس: إنّ الأمر دائر بين بطلان الفضيوي أو تأثير العقد بشرط تحقق الاجازة المتأخرة أو تأثير الاجازة بشرط تحقق العقد المتقدّم أو تأثيرهما معاً ولاخامس، وحيث إنّ الثاني من الشرط المتأخّر والثالث من الشرط المتقدّم والرابع من ضمّ الموجود إلى المعدوم وجميعها مستحيل فلا بدّ من الالتزام بالأوّل وهو البطلان.

والجواب أوّلاً بالنقض بالايجاب والقبول، فإنّه يجيء فيها الدوران المذكور أيضاً. وثانياً بالحلّ وهو أنّه لا يقاس الأمور الاعتبارية التكوينية كما مرّ مراراً ولا مانع من الالتزام بتأثيرهما معاً بمعنى أنّه في زمان حصول الاجازة وإن كانت ألفاظ المعاملة معدومة إلا أنّ أثرها وهو المعنى المنشأ موجود باعتبار العقلاء حينئذٍ وكما أنهم يعتبرونه حدوداً يعتبرونه بقاءً أيضاً فيرتفع الاشكال. وأما بحث جواز الشرط المتأخّر وعدمه فوكول إلى محلّه وسيجيء شرط من الكلام فيه في مسألة الكشف والنقل.
وهنا وجوه آخر مذكورة في الكتب المفصلة لاهتمنا ذكرها لوضوح الجواب عنها.

المسألة الثانية: في أن يبيع الفضيوي للمالك مع سبق النهي منه.

فنقول: لا يخفى أنّه لا بدّ من الرجوع في أمثال هذه المسائل إلى بناء العقلاء بمعنى عملهم فإنّ القوانين العقلية في المعاملات كلّها مأخوذة من أعمالهم فيها آتت دعاهم احتياجاتهم في معاشراتهم إلى هذه الأعمال فالعمل مقدّم على القانون لا العكس وهذا ظاهر. وحينئذٍ لوقلنا بمقالة بعضهم من اعتبار الاستناد إلى المالك في تنفيذ المعاملات بمعنى أن يكون العقد عقده والبيع بيعه، فلا يمكننا إحراز نفوذ مفروض مسألتنا لاحتمال عدم اعتبار العقلاء استناد المعاملة المنهية عنها من المالك إليه ومعها تكون المعاملة شبيهة مصداقية لدليل التنفيذ. فلو ادّعى اعتبار الاستناد فيها أيضاً عندهم يقال عليه لا تتحقّق مثل هذه المعاملة في الخارج إلا نادراً، فكيف يدّعي الاعتبار العقلائي فيها ولا شيء غير بناء العقلاء يتمسك به لاثبات الاستناد، وكون العقد المنهية عنه من المالك بعد اجازته عقده إلى التخريجات العقلية التي لها ربط بأمثال المسألة فإنّها من المسائل العقلية لا العقلية.

نعم، بناء على مسلكنا من عدم اعتبار ذلك مطلقاً وأنّ الميزان بتحقيق العقد فقط والخارج من دليل تنفيذ ذلك صرفاً أو انصرفاً ما يكون المالك أجنبيّاً عنه بالكليّة، فيمكننا تصحيح هذا العقد بالاطلاقات فإنّ عنوان العقد منطبق على المنهية عنه أيضاً وإلا لم يكن عصياناً لنهي المالك.

هذا حال الاطلاقات. وأما الأدلة الخاصة فأيضاً تشمل المسألة.
أما أدلة النكاح فهي وإن كان موردها عدم الاذن لا النهي إلا أن التعليل في بعضها بأنه لم يعص الله بل إنما عصى سيده عام يشمل المقام.
وأما موثقة «محمد بن قيس» فقد ذكر الشيخ أنها تدل على ذلك من جهة تراك الاستفصال ولا يخفى عدم امكان المساعدة على ما أفاد لظهور «باعها ابني بغير إذني» على عدم تحقق منع من الأب وإلا لكان احتجاجه بذلك أولى مما احتج به. وكيف كان فقد يقال بأن الرواية ظاهرة في أن الأب ردّ المعاملة أولاً ثم أجاز، ولازم عدم هادمية الردّ عدم هادمية النهي السابق فإنهما من واحد، بل عدم الهادمية للنهي أولى من عدم هادمية الردّ كما لا يخفى.

ولو سلم أن الاجماع دلّ على هادمية الردّ يطرح المدلول المطابق ويؤخذ بالمدلول الالتزامي كما ذكر في باب تعارض الروايات، وإن سقطت الأدلة المتعارضة في مدلولها المطابق لا يستلزم سقوطها في مدلولها الالتزامي أيضاً بعد عدم المعارضة في ذلك فإن الدلالة الالتزامية وإن كانت تابعة للدلالة المطابقية إلا أن حجّية الدليل بالنسبة إلى المدلول الالتزامي لا تتبع حجّيته بالنسبة إلى المدلول المطابق وتبعيّة الدلالة شيء وتبعيّة حجّية الدليل شيء آخر. والحاصل أن الدليل كما يخبر عن المدلول المطابق يخبر عن المدلول الالتزامي أيضاً في عرض إخباره عن الأول ولادليل على سقوط حجّيته في الثاني إذا سقطت في الأول؛ وفي المقام الموثقة دلّت بالمطابقة على عدم هادمية الردّ ولازم ذلك عدم هادمية النهي أيضاً، فلو سقطت الموثقة عن الحجّية في الأول للاجماع لادليل على سقوطها عنها في الثاني. هذا وقد يقال بعكس ذلك وأن هادمية الردّ المجمع عليها يستلزم هادمية النهي أيضاً فإن الردّ رفع والنهي دفع والدفع أهون من الرفع وإن النهي السابق عن العقد موجود بعد العقد أيضاً وهو بعينه الردّ.

أقول: أما مسألة الدلالة الالتزامية فقد تقدّم أنها ليست من الدلالة اللفظية في شيء بل إنما هي من دلالة المعنى فإذا الإخبار ليس إلا إخباراً عن المدلول المطابق فليس هنا خبران حتى يقال بعدم الملازمة بين سقوط أحدهما عن الحجّية وسقوط الآخر عنها بل الموجود خبر واحد ومع سقوطه عن الحجّية لا يمكن الحكم بالمدلول المطابق فكيف يدل هذا المدلول على لازمه. نعم، بناء على مسلك القوم من كون الدلالة الالتزامية دلالة لفظية فيمكن القول بتعدّد الاخبار وعدم الملازمة بينها في الحجّية، مع أن مسألتنا أولى بسقوط اللازم عن مسألة التعارض فإن سقوط اللازم في تلك المسألة من جهة عدم الدليل على الملزوم، وفي المقام الدليل وهو الاجماع موجود على عدم الملزوم وهو هادمية الردّ فيسقط

اللازم حينئذٍ جزءاً.

وأما ما قيل من أن الدفع أهون من الرفع فهو ليس كبرى شرعية ولا عقلية، بل المقامات مختلفة فقد يكون الدفع أهون من الرفع وقد يكون الأمر بالعكس وقد يتساويان، مع أنه قد مرّ عدم إمكان الاعتماد على مثل هذه الأولويات. وأما وجود النهي بعد العقد فغير معقول لأنه من النهي عن الموجود ولو أريد ببقاء النهي بقاء المبعوضة والكراهة فهذا ليس من الردّ في شيء، فالصحيح عدم إمكان التمسك بالموثقة للاثبات هادمية النهي ولا لاثبات عدمها.

المسألة الثالثة: في بيع الفضولي لنفسه

وفيه إشكال عقلي ذكره غير واحد منهم الشيخ (ره) وهو أن الفضولي إذا كان ملتفتاً إلى أن المعاملة لا تقع له وأنه مبالٍ بالشرع كيف يحصل الجدة منه إلى هذه المعاملة وهو البيع لنفسه بحيث يخرج المثلث من كيسه ويدخل الثمن في كيسه، مع أنه غير مالك للمثلث وهو يعلم بذلك أو يخرج المثلث من كيس مالكه ويدخل الثمن في كيسه مع أنه عالم بعدم دخول الثمن إلا في كيس من خرج المثلث من كيسه.

وقد أجاب الشيخ (ره) عن ذلك بنظير ما قيل في الحقائق الادعائية وهو أن الفضولي يدعي الملكية أو كونه مالكاً أولاً ثم يعامل بالمعاملة تقع بين المالكين حسب هذا الادعاء ويحصل الجدة حينئذٍ.

ونقول: إنه لو أراد (قدّه) بذلك نظير ما اخترنا في باب الحقائق الادعائية من أن الادعاء متأخر رتبة عن الاستعمال واستعمال الألفاظ كلها في معناها والادعاء إنما هو في الحمل ومفاد الهيئة وهو الهووية فلا يبقى في المقام مجال للادعاء بعد وقوع البيع للمالكين بخلاف ذلك المقام كما لا يخفى. ولو أراد (قدّه) بذلك نظير ما ذكره السكاكي في ذلك الباب وهو أن الادعاء مقدّم رتبة على الاستعمال فيدعي المتكلم أولاً أن زيدا أسد ويستعمل الأسد فيه الذي قد مرّ أنه من التلاعب بالألفاظ ولا بلاغة فيه، فالادعاء في المقام وإن كان له مجال إلا أنه لا يحلّ العقدة فإنّ الفضولي الملتفت إلى عدم وقوع المعاملة لنفسه بل لا تقع إلا لمالكه الحقيقي، كيف يحصل الجدة منه بالادعاء المذكور فإنه يعلم بأن ملكيته ادعائي وصورى لا أثر لها.

وقد اعترض المرحوم النائيني (ره) على الشيخ (ره) في ما ذكره من أنه قد يدعي الفضولي الملكية وقد لا يدعي فلا بدّ من اثبات الادعاء حتى يترتب على عقده الآثار.

و أجاب عن الاشكال بأن السارق حينما يسرق الشيء بادعائه يسرق اضافته إلى مالكة أيضاً نفي ادعائه هو مالكة لامالكة الواقعي .

و فيه بعد ما مر من الاشكال على الجواب السابق أنّ ما أشكل هو (قدّه) على الشيخ (ره)، يرد عليه قبل المعاملة كما هو ظاهر.

و قد فصل المرحوم المحقق الاصفهاني (ره) حكم هذه المسألة على حسب المباني، و إنّه على مبنى الشيخ التستري صاحب المقابيس من عدم اعتبار شيء في المعاملة إلاّ القصد إلى اللفظ مستشعراً إلى معناه، والشيخ الأعظم (ره) من أنّ المعتر هو انشاء النقل بنظر المتعاقدين و إن لم يترتب عليه الأثر واقعاً يمكن تصحيح المعاملة بما ذكره الشيخ (ره) من الادعاء.

و أما على ما بنى هو (قدّه) عليه من أنّ المعتر في المعاملة هو التسبب إلى حصول الأثر الواقعي ولو بنحو التسبب في الايجاب الذي لا يمكن إلاّ بعد القبول، فقد ذكر أنّه لا يمكن التصحيح بهذا الادعاء فإنّه بالادعاء لا يمكن التسبب المذكور والحال أنّه ملتفت إلى عدم حصول الأثر المقصود.

ولا بدّ لنا أولاً من تحقيق ما أراده الشيخ التستري (ره) والمحتمل قريباً أن يكون مراده (ره) نظير ما ذكرناه في الايجابات القانونية في العمومات مع ورود محضات عليها بعد ذلك . و قد مرّ قريباً أيضاً في الفرق بين الاعتبار الحقيقي والانشائي في المعاملات .

و حاصله أنّ الارادة الانشائية المسماة بالارادة الاستعمالية في الايجابات المذكورة أمر والارادة الجدّية أمر آخر . و بذلك يمكننا الجمع بين العام والخاص و دفع التنافي بينهما كما بين في محلّه . والمعتر في المعاملة أي مفهومها الارادة الانشائية أي القصد إلى اللفظ مستشعراً إلى معناه المذكور في كلامه لا الارادة الجدّية أي الجدّ بحصول النقل بل يمكن القول بأنّه غير ممكن فإنّ النقل الواقعي اعتبار عقلائي يعتبره العقلاء ولا يعقل جدّ أحد إلى فعل غيره . وسيجيء تحقيق هذا الكلام و امكان تصديقه و عدمه .

و أما بحسب مبنى الشيخ (ره) فقد ذكرنا أنّه لا يحلّ العقدة فإنّ الادعاء بعد البيع لا مجال له و قبله لا يفيد، فإنّ الفضيولي لنفسه الملتفت إلى عدم وقوع المعاملة لغير مالكة الحقيقي ملتفت إلى أنّ ادعاه صوري ولا يمكنه الجدّ بالنقل ولو بالادعاء .

وأمّا ما بنى عليه المحقق المذكور (ره) ففيه أنّ التسبب إلى فعل الغير مستحيل ولاسيما التسبب بعد فعل أحد إلى فعل شخص آخر نظير ما ذكره في الايجاب والقبول . نعم، لو كانت الملكية الواقعية أمراً واقعياً كشف عنه الشارع و هكذا عن موجهه، فيمكن القول بالتسبب إلاّ أنّها أمر اعتباري عقلائي قائم بنفس العقلاء وله مبادئي في أنفسهم فلا يمكن التسبب

بالإنشاء إلى ذلك. نعم، موضوع اعتبار العقلاء هو إنشاء المعاملة ووجود جميع ما يعتبر في حصول الأثر عندهم وهذا لا يزيد عما ذكره الشيخ التستري و شيخنا الأنصاري (رهما) بشيء. هذا ويمكن أن يقال إنَّ كلامهما أيضاً راجع إلى مفاد واحد فإنَّ إنشاء النقل بنظر المتعاقدين ليس إلاَّ الإرادة الانشائية بالمعاملة أي القصد إلى اللفظ مستشعراً إلى معناه. و أمّا على ما هو ظاهر كلام الشيخ (ره) والمنسوب إليه من أنه لا بدَّ في المعاملة من قصد النقل واقعاً بنظر المتعاقدين فغير معقول حتّى في معاملة الأصيل والفضولي لغيره، فإنَّ الموجب و كذا الفضولي لغيره والمكره مع علمهم بعدم النقل واقعاً إلاَّ بعد القبول في الأوّل والاجازة في الأخيرين كيف يعتقدان النقل الواقعي ويقصدانه في الإنشاء.

والصحيح أن يقال: إنَّ الفضولي لنفسه على نحوين: تارة يبيع مثل ما هو المتعارف و هو المبادلة بين المالكين والقصد لنفسه من الأغراض والدواعي الموجبة للبيع و هو أن يأخذ ثمنه و يتصرّف فيه و أخرى يبيع بنحو التقييد. والظاهر أنّ محلّ الكلام بين الأعلام إنّما هو النحو الأوّل لا الثاني كما لا يخفى فإنّه المتعارف الذي يناسب الاهتمام إلى بيانه والبحث عنه. فلو وقع الفضولي المعاملة على النحو الأوّل لغرض أخذه الثمن والتصرّف فيه بنفسه فلا يرد عليه الاشكال العقلي. فإنَّ الجدّة الحاصل في هذه المعاملة لا ينقص عن معاملة الفضولي لمالكة و عن معاملة المكره و عن معاملة الأصيل بشيء و هو الجدّة بإنشاء المعاملة. و أمّا ترتّب الأثر على المعاملة و عدمه أجنبي عن إنشاء المعاملة و ما هو المعتبر فيه فإنَّ الالتزام بصحة معاملة الفضولي لمالكة اعتراف بعدم إخلال العلم بعدم ترتّب الأثر حال المعاملة في حصول الجدّة بالمعاملة بل صحة معاملة الأصيل أيضاً يستلزم ذلك كما مرّ.

والحاصل أنّ المعتبر في إنشاء المعاملة هو الجدّة بالإنشاء ولومع العلم بعدم ترتّب الأثر عليه فعلاً نظير الجدّة بالإنشاء في العمومات القانونية مع العلم باختصاص الحكم ببعض الأفراد. و بالجملة إنّ اعتبار الفضولي المعاملة لنفسه في المعاملات المتعارفة غير دخيل في حقيقة معاملته حتّى يقال بعدم امكان تعلق الجدّة بها للعلم بعدم تحقّقها أبداً، بل إنّه داع للمعاملة و غرض لها و المبادلة تقع بين المالكين و بطلان الداعي لا يوجب بطلان المعاملة كما لا يخفى. و الاشكال العقلي مندفع حينئذٍ لا مكان الجدّة بالمبادلة بين المالكين إنشاءً نظير الأصيل والمكره والفضولي لغيره، بل البيع لمالكة أيضاً إنّما هو بغرض إجازته و بيع المكره أيضاً لغرض التخلّص عن الضرر و بيع الأصيل أيضاً بتوقع حصول القبول، و جميع ذلك من الدواعي الموجبة للمعاملة و هذا لا يضرّ بحصول الجدّة بالمعاملة كما ذكرنا. فاذكره الشيخ التستري (ره) على ما وجهنا به كلامه هو الصحيح في المعاملات المتعارفة من الفضولي لنفسه.

و أما لو وقعت المعاملة بنحو التقييد مع أنه نادر فأيضاً يمكن تصحيحه بالقول بأن المعاملة الواقعة على العين الشخصية لا تقع إلا للمالكها، والتقييد لا يوجب تغيير ذلك نظير ما لبواع الفرس المقيّد بكونه عربياً مع كونه شخصياً والحال أنه غير عربي، فإنه يصح البيع حينئذٍ وإن تخلف الوصف و يحییء فيه الخيار. والحاصل أنّ الفضولي الملتفت وإن قيد المبيع بأنّه ملكه إلا أنه يلتفت إلى أنّ ذلك ليس إلا مجرد الدعوى والبيع لا يقع على هذا المبيع الشخصي إلا للمالكه فيمكنه الحدّ بالمعاملة وتقييده لغو وتصحّ المعاملة باجازه المالك للمالك.

وهنا إشكال عقلائي آخر في مسألة بيع الفضولي لنفسه وهو أنّ ماهية البيع تبادل الاضافتين وهذا لا يعقل إلا إذا دخل الثمن في كيس مالك المثلثن وبالعكس. والفضولي لنفسه يريد أن يخرج المال من كيس مالكة ويدخل ثمنه في كيس نفسه وهذا خلاف حقيقة المعاوضة فالمعاملة في نفسها باطلة غير قابلة للاجازه. وبعبارة أخرى أنه لو أجاز المالك ما أنشأه الفضولي فقد أجاز ما هو منافع لحقيقة المعاوضة ومعناه أنه أجاز أمراً فاسداً، ولو أجاز البيع لنفسه فقد أجاز ما لم ينشأ فما أنشأه الفضولي غير قابل للتصحيح بالاجازه وما هو قابل لذلك لم ينشأ فلا مصحح لبيع الفضولي لنفسه. هذا.

وقد مرّ غير مرّة أنّ حقيقة البيع ليس أمراً زائداً من مبادلة المال بالمال ولا يلزم فيها إخراج المبيع عن ملك شخص أو إدخاله في ملك آخر وهكذا في الثمن. ولذا لم يتوقف أحد في صدق عنوان البيع على بيع الكليات مع أنها ليست ملكاً للبائع بحيث يصدق عليه أنه مالك للحنطة الكلية والحنطة الخارجية فله ملكان في الخارج وفي الذمة. نعم، بعد البيع يملك المشتري في ذمة البائع ما باعه من الكلي، وهذا غير إخراج الملك عن ملك البائع. وهكذا لم يتوقف أحد في صدق البيع على بيع الوقف في مورده مع أنّ الموقوف عليهم غير مالكين للوقف، فإنّ حقيقة الوقف هي الايقاف للانتفاع بالتقليك. وهكذا في صدق البيع على بيع الزكاة في مورده مع أنّها قبل الصرف في مصرفه ليست ملكاً لأحد. فالبيع غير متقوم بالخلع واللبس كما ذكره المرحوم النائيني أو التبادل في الملكية بل ملاحظة المصاديق الواضحة للبيع عرفاً كالأ مثله السابقة تدلنا على أنّ حقيقة البيع أوسع من ذلك بل تشمل ما لم يخرج عن ملك ولم يدخل في ملك نظير مبادلة الوقف بالوقف في مورد جوازها.

والفضولي لنفسه وإن أنشأ البيع وقصد فيه إخراج المبيع عن ملك مالكة و إدخال ثمنه في ملكه إلا أنّ هذا القصد غير دخيل في حقيقة البيع كما مرّ، بل البيع في هذا

المورد و في مورد بيع الوقف ماهية واحدة و هي مقصودة في المقام فإنّ الفضولي قصد المبادلة بين المالكين و إن قصد إخراج أحدهما عن ملك أحد و إدخال الآخر في ملك آخر و هذا أمر زائد غير دخيل في حقيقة المعاملة لا وجوداً ولا عدماً. هذا في بيع الغاصب المتعارف واضح و أما في مورد التقييد و إن لم يكن بهذا الوضوح إلاّ أنّه أيضاً كذلك فإنّ تقييد المبيع الشخصي بكونه ملكاً للمالكه و تقييد الثمن بدخوله في ملك الفضولي لا يضرب بالمبادلة بين المالكين نظير تقييد المبيع بالوصف مع تخلفه عنه كما مرّ.

و أما ما ذكره الشيخ (ره) في العلاج و تصحيح هذه المعاملة من أنّ الفضولي يدعي الملكية أولاً ثمّ ينشئ المعاملة لنفسه و اختاره المرحوم النائيني (ره) بتقريب أنّ الغاصب وجود تنزيلي للمالك بعد سرقة الاضافة نظير الوكيل فإنّه وجود تنزيلي للموكل و عليه فقد أنشأ الفضولي المعاملة بين المالكين، فلا يصحّ صغرى و كبرى فإنّ ادعاء الملكية أو المالكية لا يوجب المالكية؛ و أيضاً هذا الادعاء و التنزيل على خلاف المقصود أدلّ فإنّ تنزيل الغاصب نفسه مقام المالك إنّما هو لانشاء البيع لنفسه لا للمالكه نظير تنزيل شخص منزلة الحاتم فإنّه لا ثبات السخاوة للمنزل لا للمنزل عليه. فاشكال المسألة لم يرتفع بذلك فإنّ الفضولي بالادعاء و التنزيل باع المال لنفسه فلا يمكن تصحيحه لمالكه فإنّه لم ينشأ ولا للفضولي فإنّ الادعاء يوجب ملكيته حقيقة مع أنّ مقصود الشيخ و النائيني (رهما) تصحيح المعاملة لمالكه باجازه نظير بيع الوكيل للموكل، مضافاً إلى ما عرفت من أنّ هذا التنزيل و الادعاء ليس دائماً بل مغفول عنه في المتعارف فالدليل أخصّ من المدعى. و أما مسألة الوكيل فأجبت عن التنزيل بالكلية فإنّ الوكالة ايكال الأمر إلى الوكيل لا جعل الوكيل منزلة المالك و هذا ظاهر.

ثمّ ذكر الشيخ (ره) كلاماً عن كاشف الغطاء (ره) وهو أنّه لو أجاز المالك على نحو ما قصده الغاصب احتمال رجوعه إلى هبة و بيع معاً كقوله «اشترت مالي لنفسك كذا» و أمّا مع قصد الغاصب تمليك نفسه ثمّ البيع فلا بحث في رجوعه إلى ذلك.

و في ما حكى الشيخ عنه تنظير المقام بمسألة «اعتق عبدك عتي» أو «بيع مالي عنك» أو «اشترتك بمالي كذا»، و يمكن ضميمة «اعتق عبدي عنك» أيضاً بتلك الأمثلة. و لا بدّ لنا من التعرّض لحكم الأمثلة أولاً ثمّ الكلام في حكم المقام.

أما مسألة «اعتق عبدك عتي» فلو قال أحد المالك العبد: «اعتق عبدك عتي» فاعتقه عنه، فيحتمل أن يكون قوله ذلك استيهاباً من المالك أولاً و الأمر بالعتق بعده، و أن يكون انشاء المالك انشاء للهبة و العتق معاً على حسب الأمر الأوّل؛ ففي هذا الفرض لا يعقل انشاء المالك للأمرين معاً فإنّ الملكية و العتق مترتبان أحدهما موضوع للآخر لا بدّ

من تحقق الملكية أولاً ثم العتق بعده فلو أنشأ الملكية والعتق معاً لا بد من تحقق الملكية أولاً وبعده يحتاج العتق إلى إنشاء جديد. والحاصل أن الأمرين المترتبين أحدهما في طول الآخر لا يعقل إنشائها بإنشاء واحد^١ فإنه بعد تحقق الموضوع بهذا الإنشاء يحتاج تحقق الحكم إلى إنشاء مفقود.

و يحتمل أن يكون قوله ذلك إنشاء للتملك فصيلاً والمالك بإنشائه يميز ذلك أولاً ويعتق بعده. ففي هذا الفرض يحتمل في المنشي الأول إنشاء التملك فقط و يحتمل إنشاء ذلك والأمر بالعتق معاً وأيضاً يحتمل في المنشي الثاني اجازة التملك أولاً ثم العتق و يحتمل إنشائها معاً كما هو الفرض، وفرض تعدد الإنشاء خارج عن محل البحث. وعليه و إن أمكن القول بأن إنشاء المميز قابل للأمرين معاً فإن إنشاء بمجرد التنطق بأول جزئه يكشف عن رضاه بإنشاء الأمر التملك و بتمام إنشائه يتحقق العتق ولا بأس بذلك فإن الاجازة لا تحتاج إلى الإنشاء بل مجرد إظهار الرضا من المميز كافي فيها. فلا يرد الأشكال العقلي المتقدم في ذلك إلا أن الأمر بالعتق لو كان نظره إنشاء التملك فقط و قلنا بجواز هذا الإنشاء بالكناية، فانشاء المميز العتق فضولي فإنه باجازه يملك الأمر فالعتق يحصل من ملكه بلا أمر منه جداً، وهذا خارج عن مفروض كلامنا. ولو كان نظره إنشاء التملك والأمر بالعتق معاً فالاشكال وإن كان مندفعاً عن إنشاء المميز إلا أن جمع الأمرين المترتبين أمرين مشكل لعدم إمكان الجمع بالدلالة المطابقة و أما الجمع بينها بالدلالة الالتزامية والمطابقة بحيث يريد جداً إنشاء الملكية والأمر بالعتق معاً فهذا لا يمكن فإنها متربتان كما ذكرنا.^٢ مع أن إنشاء الملكية غير ممكن بالدلالة الالتزامية فإن الدلالة الالتزامية دلالة المعنى على لازمه لدلالة اللفظ على لازم معناه كما مرّ بيانه، فلا يمكن تصحيح العتق على النحو المذكور بوجه.

١- أقول: لو سلم إمكان إنشاء الأمرين العرضيين بإنشاء واحد فلا مانع من إنشاء المترتبين بذلك فإن ترتب أحد المنشئين على الآخر لا يقتضي ترتب إنشائها بل المنشي ينشئها معاً، غاية الأمر لا يتحقق الحكم المنشأ إلا بعد تحقق الموضوع المنشأ. وبالجملة الترتب بين المنشئين لا الإنشاءين حتى يقال لا يمكن وجودهما بإنشاء واحد. ق

٢- فعلى مامر من عدم لزوم الترتيب في الإنشاء لا يمكن المساعدة كما أفاده، بل هنا أظهر من السابق فإن الترتيب إنما هو بين واقع الملكية والعتق لا الإنشائي منها. نعم، يرد على ذلك ما أفاده أخيراً على مسلك الحقّ وأما على مسلك المشهور فيرد عليه عدم إمكان الجمع بين اللحاظين الآلي والاستقلالي فهنا في لحاظ واحد واستعمال اللفظ في معناه الحقيقي وإرادة ذلك والكنائي معاً مستلزم لذلك. ق

و أما سائر الأمثلة فتغاير المثال السابق فلوقال «اعتق عبدي عنك» فهو في معنى تمليكه العبد للعتق والمعتق بمجرد تنطقه بالانشاء يقبل ذلك و بتمامه ينشئ العتق ولا يلزم أزيد من إظهار الرضا في القبول كما ذكرنا سابقاً. و هكذا في المثالين الآخرين. هذا تمام الكلام في الأمثلة.

و أما في مسألة بيع الفضولي لنفسه مع إجازة المالك فهل يمكن الالتزام بما حكي عن الشيخ كاشف الغطاء من وقوع البيع للفضولي بالاجازة فإنها هبة و بيع أولاً؟ فالاحتمالات في ذلك وجوه:

الأول أن يستوهب الفضولي من المالك ببيعه هذا والمالك باجازته يحقق أمرين الهبة و اجازة البيع كما هو ظاهر الكلام المحكي عن كاشف الغطاء.

الثاني أن ينشئ الفضولي الملكية لنفسه ببيعه بحيث يحقق أمرين إنشاء ملكية المبيع لنفسه و إنشاء بيع ذلك من المشتري الأصيل. والمالك باجازته يميز الأمرين معاً. الثالث أن ينشئ الفضولي ما ذكر والمالك يميز انشاء تمليكه فقط أو انشاء بيعه فقط.

الرابع وهو المتعارف أن ينشئ الفضولي البيع بداعي تملكه الثمن أو أخذه بلا قصد التملك والمالك باجازته يميز الأمرين معاً.

ويمكن تصوير غير هذه الاحتمالات أيضاً إلا أن المهم في ذلك ما ذكرنا. أما الأول، فالتمليك والبيع مترتبان ولا يعقل انشائها معاً باجازة المالك كما مر، مع أن المالك بعد اجازته التمليك يصير أجنبياً عن البيع فيلغى اجازته له بل تدخل المسألة في مسألة «من باع شيئاً ثم ملك».

و أما الثاني، فشروع المالك بالاجازة يحقق ملكية الفضولي فاجازته للبيع تكون من اجازة الأجنبي فلا تفيد بل المسألة تدخل في مسألة «من باع شيئاً ثم ملك». و يجيء الكلام فيه، مع أن انشاء الفضولي للأمرين أحدهما في طول الآخر مشكل كما مر.

و أما الثالث، فيرد على انشاء الفضولي ماورد على انشائه في الاحتمال السابق. و أما في المحيز فاجازته للتمليك تدخل المسألة في مسألة «من باع شيئاً ثم ملك» و اجازته للبيع لا يفيد وقوع البيع للفضولي كما هو ظاهر، بل إما أن تلغى ولا يمكن تصحيح البيع أو تؤثر و تقع البيع للمالك المحيز على المبني.

فعلى هذه الاحتمالات لا يمكن الالتزام بما ذكره الشيخ كاشف الغطاء على ما حكي عنه.

و أما الرابع، فيمكن القول بالصحة بتقريب أن اجازة الأمرين الواقعين، أحدهما

البيع للمالك والآخر تملك الثمن بأخذه، ممكن بلفظ واحد فإنه كافٍ في إبراز رضا المالك بالأمرين معاً. ولا يريد على ذلك الاشكال المتقدم فإن الفضوي يبيع للمالك أولاً ويقصد تملكه الثمن ثانياً بأخذه ولكن هذا كمتري خلاف المتعارف بل المتعارف في الغاصبين عدم قصدهم تملك الثمن بل إنهما يريدون أخذه والاستيلاء عليه فاجازة المالك لا تنفع أزيد من ذلك، مضافاً إلى أن هذا بعد التفات المالك إلى قصد الفضوي أخذه الثمن و اجازته ذلك و إلا فصرف اجازته البيع لا يوجب اجازته لأخذ الفضوي الثمن فضلاً عن تملكه ذلك.

والمتحصل من جميع ذلك أن معاملة الفضوي لنفسه المتعارف منها وغيره أي على نحو التقييد، قابل للتصحيح بالاجازة وتقع للمالك إلا إذا أنشأ الفضوي البيع للمالك و أخذ ثمنه منشأ للتملك و أجاز المالك الأمرين معاً ولو بلفظ واحد و أنشأ الفضوي التملك للثمن أولاً و أنشأ البيع ثانياً و أجاز المالك انشاء التملك على ماسيحيء من صحة معاملة «من باع شيئاً ثم ملك». و أما لو أنشأ الفضوي الأمرين معاً بانشاء واحد فلا يمكن التصحيح بالاجازة لما مر من عدم امكان تحقق ذلك فإنه من انشاء الأمرين المترتين.^١

ثم ذكر الشيخ (ره) إشكالاً آخر على بيع الفضوي لنفسه وهو أن الأصحاب على ما حكي عنهم التزموا بعدم جواز رجوع مشتري الأصيل إلى الفضوي بالثمن لورد المالك البيع وهذا يكشف عن عدم صحة البيع حتى تأهلاً، فلو أجاز المالك ذلك أيضاً لا يمكن الرجوع بالثمن لسبق حق الفضوي بالنسبة إليه فإن المشتري سلم إليه الثمن مطلقاً فيكون البيع بلا ثمن وهو فاسد.

أجاب الشيخ (ره) عن ذلك وتبعه المرحوم النائي بأنه لو سلمنا التزام الاصحاب بما ذكر و سلمنا صحته أيضاً إلا أنه إنما يتم بناء على النقل، و أما على الكشف يكشف سبق ملكية المالك للمال.

أقول: إن الاشكال لا يتم حتى لو سلمنا النقل أيضاً فإن المتعارف في الأثمان في باب المعاملة وقوعها طرفاً لها كلياً لا شخصياً. وعليه لو كان الثمن كلياً و سلم المشتري فرداً منه إلى الفضوي إلا أن اجازة البيع لا توجب حصر الثمن بذلك الفرد بل المجاز هو البيع المتحقق و ثمنه كلي، فيجوز للمالك بعد اجازته أخذ الثمن من المشتري فكيف يكون البيع بلا ثمن، بل لو كان الثمن شخصياً إلا أن المشتري الأصيل بعد قبوله العقد يصير مشمولاً

١— وقد مرّ متى إمكان ذلك . نعم، ليس للمالك إلا اجازته للتملك فتدخل المسألة في «من

باع شيئاً ثم ملك» أو اجازته للبيع فتقع المعاملة له. ق

لدليل لزوم الوفاء بالعقد فلا بدّ من تسليمه الثمن إلى مالك المثلث والمالك بعدد محتر بين ردّ العقد واجازته إلا أنّ له حقّ في الثمن حتّى قبل الاجازة من جهة التزام المشتري المشمول لدليل اللزوم. وعليه لا يجوز للمشتري تسليم الثمن إلى الفضولي ومع تسليمه يكون ضامناً وعدم تأثير تسليمه على الاطلاق في عدم جواز الرجوع إلى الفضولي، فإن سلّم الفضولي متعلّق حقّ المالك فيجوز للمالك مع اجازته الرجوع إليه بذلك بل لو تلف الثمن في يد الفضولي و أجاز المالك العقد يجوز له الرجوع إلى المشتري ببدل الثمن لالتزامه بالعقد فيلزمه الوفاء به من تسليم الثمن لو أمكن وإلا بدله. فع تسليم جميع ما ذكر لاشكال في المقام فكيف بعدم التسليم كما هو الحقّ وهو أظهر من أن يخفى.

ثمّ تعرّض الشيخ (ره) إلى أمرين:

أحدهما أنّه لافرق في ما ذكر في البيع الفضولي بين أن يبيع الفضولي عيناً شخصياً من مال الغير أو كلياً في ذمّة الغير. ولا يخفى أنّ بيع الدين الثابت في ذمّة المديون يحتاج إلى إجازة الدائن، ولا فرق في ذلك وبيع العين الشخصي لكنّ الكلام في بيع الكليّ في ذمّة الغير ابتداء نظير مالو باع مقداراً من الخنطة في ذمّة الغير فهل يمكن تصحيح هذه المعاملة باجازة ذلك الغير أم لا؟

فقد يقال بأنّ الكليّات غير متصفة بالمالية ولا سبباً باضافتها إلى الذمّة فإنّ الكليّ المقيد بكونه في الذمّة غير قابل للانطباق على الخارجيات. و بالجملة إنّ من له منّ من الخنطة خارجاً لا يملك من الخنطة إلاّ نفس هذا المنّ منها، فلا يقال إنّ مالك لمنّ في الخارج ولنّ أو أزيد في ذمّته.

و مرجع الاشكال إلى أمرين، عدم اتّصاف الكليّ بالمالية وعدم كون الشخص مالكاً لما في ذمّته.

وقد مرّ الجواب عن كلا الأمرين في المباحث السابقة وأنّ الكليّات متصفة بالمالية ولذا يقال إنّ قيمة الخنطة كذا و اتّصافها بذلك على حسب امكان تحقّقها في الخارج ولذا يعتبر ذمّة المليء ملائيم ولا يعتبر ذمّة المعسر شيئاً. والحاصل أنّ مالية الكليّات نظير مالية الأوراق النقدية. وقد مرّ ذلك مفصلاً في المباحث السابقة. ولو سلّمنا عدم مالية الكليّات فاضافتها التصوريّة إلى ذمّة أحد لا يصيرها مالاً وإن كان هذا يظهر من المرحوم النائيني (ره)، وأما إضافتها التصديقية فوقوفه على تحقّق البيع ولو قلنا باعتبار المالية في البيع لا يمكن تصوير أن يحقّق البيع المالية فإنّه من إيجاد الحكم موضوعه وهذا غير ممكن.

و أما الأمر الأخير وهو عدم مالكية الشخص لما في ذمّته، فيندفع بما سبق أيضاً من عدم اعتبار الملكية في المبيع بل لا بدّ من ملاحظة العقلاء في صدق البيع على مورد و

يصدق البيع على بيع الكلّي في ذمة أحد ويصير فضولياً كالأعيان الشخصية فتصحّ باجازه من بيع في ذمته. وهذا الاشكال كما ترى، غير مختصّ بالفضولي بل يعمّ البيع الأصيل أيضاً فإنّ الكلّيات لولم تكن مالاّ أو اعتبرنا ملكية المتبايعين قبل البيع في تحقّقه لا يمكن بيع الكلّيات حتّى في الأصيل.

والجواب ما ذكرنا من أنّ الكلّيات كالمباحات الأصلية متصفة بالمالية ولولم تكن لها مالك فعلاً و اتّصافها بالمالية غير معلّقة على الاضافة بل الاضافة تخرج ذلك عن المالية فالمطلب على عكس ما ذكره المرحوم النائيني (ره) كما لا يخفى. و أمّا اعتبار الملكية قبل العقد فقد عرفت عدمه بل البيع ليس إلّا انشاء المبادلة بين المالين؛ فقد يلزم ذلك خروج المبيع عن ملك البايع كبيع الأعيان الشخصية المملوكة للبايع، وقد لا يلزم ذلك بل لا يلزم حصول الملكية حتّى بعد البيع نظير بيع الوقت بالوقف وقد يلزم حصولها بعد البيع نظير بيع الكلّيات فإنّها بعد بيعها تكون ملكاً للمشتري في ذمة البايع. والحاصل أنّ المبيع في الكلّيات نفس طبيعتها كالمّن من الخنطة لا الخنطة المضافة إلى الذمة ولا الواقعة في الذمة فإنّ مثل هذه الاضافة يخرجها عن قابليّتها لكونها مبيعاً لعدم المالية و عدم القدرة على تسليمها لعدم انطباقها على ما في الخارج. والظرفية وإن كانت سليمة عن هذا الاشكال إلّا أنّ الخنطة الواقعة في الذمة بنحو الظرفية ليست بخنطة وهذا واضح. نعم، لو أريد بذلك نفس الطبيعة التي صقع وجودها صقع وجود سائر الكلّيات فهو صحيح إلّا أنّها غير متعيّنة بالاضافة وماليتها غير متوقّعة على الاضافة.

والفرق بين البيع الأصيل والفضولي في الكلّيات مع أنّ المبيع في كليهما نفس الطبيعة بلا إضافة إنّما هو من ناحية اضافة البيع فالبيع من قبل نفسه غير فضولي ومن قبل غيره فضولي. وهذا الكلام بعينه جارٍ في الشخصيات أيضاً فكون البيع في الأعيان الشخصية فضولياً ليس من جهة اضافة المبيع لا غير البايع بل من جهة اضافة الفضولي البيع إليه. نعم، لو لم يكن المبيع ملكاً لذلك الغير ولم يمكنه تحصيله بوجه لا يمكنه اجازة البيع لكونه أجنبيّاً عن ذلك؛ فناطق كون البيع فضولياً ليس من ناحيه اضافة المبيع إلى الغير بل البيع الفضولي هو التصرف البيعي الذي سلطانه الغير بلافق بين الأعيان الشخصية والكلّيات وبلا فرق بين كون البيع راجعاً إلى ملك الغير أولاً، فتدبرّ جيداً فإنّه به حقيق.

نعم، هنا فرق بين الأعيان الشخصية والكلّيات فإنّ تعين الأولى لا يحتاج إلى التعيين، بخلاف الثانية فإنّ الكلّي بما هو كلّي غير متعيّن وإن اتّصف بالمالية فلامعنى للمبادلة بين الكلّيين بهذا النعت بخلاف المبادلة بين الشخصيين فإنّها لا يحتاج إلى تعيين من انتقل عنه و إليه. لكن مع ذلك لانقول بتعيّن الكلّي باضافته إلى الذمة لا تصوّراً

ولا تصديقاً كما مرّ بل تعيّن بتعيين من له العقد فالإضافة في البيع لا في المبيع .
وهل يفرق بين تعيين هذه الإضافة باللفظ وبين تعيينها بالقصد؟ أمّا لو أجاز من
أضيف إليه فلا إشكال ولا كلام في الصحّة و وقوع المعاملة عنه، و أمّا لوردّ المعاملة فقد
يقال بالصحّة مطلقاً و وقوع المعاملة للفضولي. و قد يفصل بين صورة تعيين الإضافة باللفظ
فتبطل و بين صورة تعيينها بالقصد فتصحّ و تقع للفضولي والمفصل المرحوم النائي (ره). و
ذهب الشيخ (ره) إلى البطلان و هو المختار.

أمّا وجه القول بالصحّة مطلقاً قياس المقام بالأعيان الشخصية فلرباع الفضولي
العين الشخصية لنفسه يلغو القيد و يصحّ لما لكة فليكن كذلك في محلّ كلامنا، فلوردّ المالك
المعاملة يلغو القيد و هو إضافة الكلّي إليه و يصحّ لعاقده. و كم فرق بين الموردين! فإنّ تعيين
الأعيان الشخصية غير متوقفة على التعيين فع وقوع العقد عليها يقع للمالكها، قصد أم لم يقصد
أم قصد الخلاف، بخلاف الكلّيات فإنّها غير متعيّنة إلّا بالتعيين فع الغاء القيد لا تعيّن
للمبيع فكيف يلتزم بوقوع المعاملة عن العاقد.

و أمّا وجه التفصيل فقد ذكر المرحوم النائي (ره) ما لفظه .
و بالجملة إذا أسند المعاملة إلى الغير لفظاً فليس هو ملزماً بها بل تقع للغير إذا أجاز
و تبطل إذا ردّ. و أمّا لو قصد الغير من دون اشارة في اللفظ إليه فلوردّ الغير تقع للعاقد ولو
أجاز تقع لنفسه. أمّا وقوعها للعاقد إذا ردّها فلا مأمور مسلّمة في باب المعاملات .
أولها أنّ الأمور البنائية والأغراض المنويّة لا أثر لها ما لم تنشأ بما هوآلة لانشائها
من القول أو الفعل.

و ثانيها أنّ الالتزامات العقديّة يملكها كلّ من المتعاقدين على الآخر إلّا أن يجعل
ملك كلا الالتزامين لواحد منها إمّا يجعل شرعي كالخيارات الشرعية أو يجعل
من المتعاقدين فيما لها حقّ الجعل لا في النكاح و أمثاله.

و ثالثها عدم اعتبار تعيين المالكين في المعاوضات. و مقتضى هذه الأمور أن يكون
نفس العاقد هو المزمم بالالتزامات الصريحة والضمنية و أنّ طرفه يملك هذه الالتزامات عليه
كما أنّه يملك التزامات طرفه فلا وجه لبطلان المعاملة لوردّ من قصده العاقد.

و أمّا وقوعها له لو أجاز أو أقرّ بالوكالة فلائّ القصد و إن لم يؤثّر في
صرف الالتزامات إلى الغير إلّا أنّه لا ينفكّ عن أثره التكويني، فيجعل المعاملة كالمادّة
الهيولانية القابلة لصرفها إلى الغير باجازه أو إقراره فيكون القصد كجعل التولية للغير و
بكون الاجازة أو الاقرار بمنزلة قبول التولية. فالقول بأنّ المعاملة تقع لنفس المباشر واقعاً إذا
ردّ من قصدت له منطبق على القواعد و قياسها على ما إذا أسندها إلى الغير لفظاً مع الفارق.

انتهى . وشيء مما ذكره لا يتم .

أما ما ذكره في أول المقدمات فما هو مسلم في باب المعاملات من توقف ترتب الأثر في الأمور البنائية على الانشاء فهذا صحيح إلا أن مورد ذلك إنما هو موارد الانشائيات كالعقد والشرط في ضمن العقد . وأما تعيين من له العقد، فهذا خارج عن هذه الموارد بل المتعارف في السوق في ذلك هوالتعيين قصداً، فمن كان وكيلاً عن غيره في شراء مال و هو أيضاً يريد شراؤه لنفسه لايتوقف تعيين المشتري على قوله «لنفسى» أو «لموكلى» بل القصد كافٍ في ذلك . وما ذكره من أن هذا من المسلمات لولم يكن خلافه من المسلمات ليس هو من المسلمات .

و أما ما ذكر في ثاني المقدمات فهو أيضاً صحيح إلا أن المفروض أن العاقد القاصد للاضافة إلى الغير غير ملتزم بشيء حتى يملكه الطرف الآخر فما التزم به قدره صاحب الاضافة ولم يلتزم بشيء آخر .

و أما ما ذكر في ثالث المقدمات فهو صحيح في الأعيان الشخصية و أما الكليات التي لاتعين لها إلا بالاضافة إلى شخص و قد صرح هو بذلك فكيف يمكن تصوير تعيينها بدون تعيين المالكين .

و أما ما ذكره أخيراً من أن القصد لاينفك عن أثره التكويني، فهذا رجوع عما ذكره في أول المقدمات . فلو كان للقصد أثر قابل للمصرف إلى الغير بالاجازة فع رة ذلك الغير يلغى القصد ولا شيء آخر مقصوداً حتى يقع للعاقد، ولولم يكن لهذا القصد أثر فهو ملغى من الأول فكيف يقع للغير باجازته و قياس ذلك بالتولية أيضاً فاسد فإن جعل التولية إنمأ هو باللفظ والمفروض عدم اللفظ في المقام .

والحاصل أن مقتضى القاعدة بعد رة من أضيف إليه العقد ذلك العقد البطلان لاقوعه للعاقد، فإن تعين الكلي متوقفة على التعيين فما عين له لم يقع له و غيره لم يعين له وهذا ظاهر .

بقي الكلام فيما لو اشترى لنفسه بما في ذمة الغير أو اشترى لغيره بما في ذمة نفسه فإن الجمع بين القيدتين لا يمكن لمنافاته لحقيقة المعاوضة . ولا يخفى أن محل الكلام إنمأ هو في امكان حصول الجدة بالمعاملة و مورده صورة عدم التفات العاقد إلى جميع أطراف المسألة . و قد مر توضيحه في مسألة الفضولي لنفسه .

ذكر المرحوم النائيني (ره) أن الحق في المثالين هوالصحة و وقوع العقد لنفس العاقد ولا أثر لاجازة الغير وتوضيح ذلك يحتاج إلى بيان أمرين :

الأول أن العقد الصادر من شخص يقتضي في طبعه وقوعه لنفس العاقد . فلو وقع

العقد على الكلي يقتضي أن يكون الكلي في ذمته بحيث لو أراد وقوعه للغير وتعلق الكلي في ذمة الغير فلا بد من صرفه من نفسه إلى الغير. وبعبارة أخرى ليس واقع الحال مردداً بين وقوعه لنفسه و وقوعه لغيره لأن وقوعه للغير ليس في عرض وقوعه للنفس بل وقوعه للغير مترتب على عدم وقوعه للنفس، فإطلاق العقد يقتضي أن يكون الملزم به هو العاقد.

الثاني أن كل قيد وقع بعد تمامية أركان العقد بحيث لم يكن منافياً لمقتضاه و كان منافياً لبعض الخصوصيات الخارجة عن حقيقته فيقع لغواً ولا يضر بصحة العقد.

ثم رتب على هذين الأمرين وقوع الشراء في صورتين لنفس العاقد لأن القيد بين المتنافيين يسقطان فيرجع إلى مقتضى طبع العقد و إطلاقه بلافق بين المثالين. هذا والمقدمتان وإن لم يكن بهما بأس في مورد هما إلا أنها أجنبيان عن محل بحثنا.

نعم، لو أوقع العقد على الكلي ولم يصرفه من نفسه إلى الغير يقع له لما ذكره من اقتضاء طبع العقد و إطلاقه ذلك أو لما هو الحق من ارتكاز العاقد في طبعه ذلك، لكن المفروض عدم وقوع العقد في مقام الثبوت على الإطلاق بل قيد بقيد متنافيين. وما ذكره من سقوط القيد والرجوع إلى الإطلاق إنما يتم لو كان للعقد إطلاق والمفروض خلافه. و بالجملة عدم امكان الأخذ بالقيد لا يوجب امكان الأخذ بالإطلاق إلا إذا كان في البين إطلاق وليس في البين إلا المقيد بالقيد، فأين الإطلاق؟ هذا على مبناه (ره) وأما على ما ذكرنا من اقتضاء الارتكاز الطبيعي وقوع العقد للعاقد إلا إذا قيده بالغير فأوضح، فإن ارتكازه ليس إلا إيقاع العقد المقيد بالقيد لا المطلق ولا من نفسه مطلقاً.

وقد يفضل بين المثالين بوقوع العقد للغير في الأول بأجزائه و وقوعه للعاقد في الثاني بتقريب أن الكلي ما لم يصف إلى أحد ليس ملكاً لشخص وهذا ظاهر وبالإضافة يكون ملكاً للمضاف إليه. و حينئذ كما أنه لو وقع العقد على الأعيان الشخصية يقع العقد للمالكها وإن قصد خلافه كما مر في البيع الفضولي لنفسه، فكذلك فيما نحن فيه فالعقد الواقع على ما في ذمة الغير يقع له وإن قصد العاقد وقوعه لنفسه والعقد الواقع على ما في ذمة نفسه يقع له وإن قصد وقوعه لغيره فإن العقد في الأول واقع على ملك الغير وفي الثاني واقع على ملك العاقد.

و بعبارة أخرى إن مالية الكليات موقوفة على إضافتها على ذمة ما و حينئذ الإضافة محققة للمالية المقومة للبيع ونسبة البيع إلى غير المضاف إليه متأخرة بحسب المرتبة عن الإضافة المقومة للموضوع، فلا بد من مراعاة الإضافة والحكم بوقوع المعاملة لصاحب الإضافة والغاء القيد الآخر وهي النسبة ترجيحاً للقيد المقوم على غيره.

و قد ظهر مما تقدم أن الملكية غير معتبرة في المبيع والملكية في الكليات تعتبر

بعد البيع نظير ملكية المتلف على التالف بعد التلف فهو حدوث الملكية لانقلها و هكذا في القرض فليتدبر. وإنما المتبر فيه المالية والكليات مال وماليتها غير موقوفة على الاضافة بل الاضافة وهكذا الظرفية فحلّ بالمالية مع أنّ الكليّ لولم يكن بنفسه مال؛ فلماذا تختلف الكليات في المالية بسبب الاضافة و أيّ فرق بين الحنطة المضافة والشعير المضاف لولم يكونا قبل الاضافة مالاً و لماذا لا تتصف بعض الكليات بالمالية بهذه الاضافة؟ هذا مضافاً إلى أنّ المتعارف من البيع الواقع على الكليات ليس إلا بيع نفس طبيعتها بلا لحاظ أيّ اضافة ولا ظرفية. نعم، بعد بيعها يعتبر العقلاء ذلك على ذمة الراعي ديناً و هذا أجنبي عما ذكره كما هو واضح. وعليه الاضافة إنّما تعتبر لتعيين المتبايعين في الشخصيات الاضافة متحققة بلا حاجة إليها، بخلاف الكليات فإنّ تعيين البايع الواقعي والمشتري كذلك موقوف إلى الاضافة. فالنتيجة أنّ الجمع بين القيد المتنافيين موجب لاضافة البيع إلى شخصين بأن يكون البايع شخصين كلّ منهما بايع مستقلّ أو يكون المشتري كذلك ولا مصحح لمثل هذا البيع.

ثانيها أنّه لا فرق في الفضولي بين العقدي والمعاطاة.

قد يقال بالفرق واستدلّ عليه بوجوه:

الأول: انصراف أدلة تنفيذ العقود إلى العقدي منها و هذا الاستدلال قد تقدّم في بحث المعاطاة وقلنا إنّ لوتّم الانصراف فلا بدّ من الانصراف إلى المعاطاتي منها فإنّها المتعارف، ولكنّ الانصراف ممنوع.

الثاني: انصراف أدلة تنفيذ الفضولي إلى العقدي منه. و فيه مضافاً إلى ما سبق في الوجه الأول أنّ الفضولي على وفق القاعدة فلا نحتاج في تنفيذه إلى التمسك بالأدلة الخاصّة حتى يدعى الانصراف فيها.

الثالث: ما ذكره الشيخ (ره) و أجاب عنه و هو أنّ التعاطي في الفضولي محرّم و هذا منافٍ لتنفيذه. و قد مرّ هذا الاشكال في مطلق الفضولي و أجبنا عنه بالمنع صغرى و كبرى، ولكن منع الصغرى لا يأتي هنا فإنّ القبض والاقباض تصرف كما لا يخفى؛ لكن ما ذكرنا في منع الكبرى و هو عدم دلالة النهي على الفساد و أنّ متعلّق النهي التصرف و متعلّق التنفيذ العقد فيدخل في مسألة الاجتماع و أنّ متعلّق النهي قبل الوجود والتنفيذ راجع إلى ما بعد الوجود، يأتي هنا كما هو ظاهر. ولكن لا يخفى ما في جواب الشيخ (ره) أخيراً من أنّ النهي يقتضي عدم التنفيذ مستقلاً و أمّا بنحو جزء المؤثر فلا.

الرابع: ما ذكره المرحوم النائيني (ره) و هو أنّه أمّا على الاباحة فلاّن الاباحة المؤثرة هي التسليط المالكى لا تسليط غيره و إجازة المالك تسليط الغير هي بنفسها مؤثرة لالكونها

إجازة لباحة الغير لأنّ العقود الاذنية والأمور المتقومة برضا المالك لا تتوقف على سبب خاص، فإجازة الاباحة هي بنفسها إباحة و محل النزاع في الفضولي هو ما كانت الاجازة قابلة للنزاع في الكشف والنقل فيها. و أما بناء على المالك فلاّنّ المفعول الواقع من الفضولي لا يعنون إلا بعنوان الاعطاء والتبديل المكافي. و أما تبديل طرف الاضافة فصدقه إما ايجاد المادّة بالهيئة و إما فعل المالك فإنه حيث يقع في مقام البيع أو الشراء يعنون بعنوان الثانوي بتبديل طرف الاضافة، والفرق بينه و بين القول هو أنه يمكن انفكاك حاصل المصدر من المصدر في الانشاء القولي فإذا أجاز المالك و أسنده إلى نفسه وقع له. و أما الفعل فاسم المصدر منه لا ينفك عن مصدره بمعنى أنه ليس للاعطاء اسم مصدر غيرالاعطاء و هذا لا ينفك عنه و باجازة المالك لا ينقلب عمّا وقع عليه.

انتهى موضع الحاجة من كلامه و أنت خير بما فيه فإنه كيف يعنون فعل المالك بالعنوان الثانوي ولا يعنون فعل الفضولي بذلك العنوان مع أنّ ماصدر منها تكويناً ليس إلاّ الأخذ والاعطاء كلّ منها ينشأن المعاملة بالفعل فإيجاد المعاملة اعتباراً و إنشاءً أيضاً مشترك بينهما والأثر الواقعي الذي سمّاه بحاصل المصدر غير مرتبط بالمالك والفضولي و كيف يكون الحاصل من المصدر في فعل الفضولي العطاء بخلاف المالك فإنّ حاصل مصدر إعطائه أثر البيع.

فقد ظهر أنّه لافرق بين المعاملة الفعلية من المالك و من الفضولي في شيء ممّا يصدر عن العاقد فإذا صحّت المعاملة في الأوّل صحّت في الثاني باجازة المالك أيضاً كما لافرق بين العقدي والمعاطاة في شيء ممّا يصدر من الفضولي غير التلّفظ في الأوّل والفعل في الثاني وإلاّ فكلّ منها ينشأن المعاملة فإذا صحّ بالاجازة في الأوّل يصحّ في الثاني و هذا ظاهر. هذا بناء على المالك و أما على الاباحة فقد مرّما فيما ذكره من حصول الاباحة بنفس الاجازة كسائر العقود الاذنية فإنّ الاذن شيء و تلك العقود أمر آخر والاباحة شيء والاجازة شيء آخر بلا حاجة إلى مزيد بيان وإطالة الكلام.

إجازة العقد

اختلفوا في أنّ الاجازة كاشفة أو ناقلة و على الكشف في كفيته .

ولابدّ من ملاحظة أنّه هل هنا إشكال عقلي على أحد القولين أو كليهما حتّى نحمل الأدلّة على القول الذي لا إشكال فيه ولو كان لها ظهور في ذلك القول الذي فيه الاشكال أولاً ، حتّى يؤخذ بظهور الدليل لو كان له ظهور. أمّا النقل فلم يشكل فيه باشكال عقلي عدا ما نقل عن فخرالمحقّقين من أنّ الالتزام بالنقل مستلزم للقول بتأثير المدوم و هو العقد حال الاجازة في الموجود وهي الملكية وهذا غير معقول .

وقد مرّ الجواب عن ذلك في ما استدلّ به من الدليل العقلي على بطلان الفضولي و هو أنّ القول بالصحة مستلزم للالتزام بتأثير المدوم في الموجود. و قلنا بأنّ هذا خلط بين الاعتباريات والخارجيات، فإنّ الاعتبار أوسع من التكوين و اعتبار بقاء العقد حال الاجازة لا مانع منه، فالعقد موجود حالها بقاء اعتباراً نظير الفسخ فإنّه مالم يعتبر بقاء العقد حال الفسخ لا يمكن فسخه (والمراد ببقاء العقد بقاء المعنى الانشائي لا الاعتبار الحقيقي كحدوثه كما لا يخفى).

ذكر المرحوم النائيني (ره) في الجواب عن هذا الاشكال العقلي بعد تقريبه كلام فخرالمحقّقين بأنّه يريد بذلك عدم تحقّق المنشأ بانشاء المنشئي بل يتحقّق حال الاجازة فهو ينكر تخلف اسم المصدر عن المصدر. إنّ المنشأ بنظر المنشئي لا يتخلف عن انشائه وإنّما المتخلف هو الانشاء في عالم الاعتبار العقلائي أو الشرعي و هو إذا كان متوقفاً على رضا المالك لا يتحقّق بمجرد انشاء الفضولي.

و فيه بعد البناء على أنّ مراده من اسم المصدر هو الأثر المترتب على العقد على خلاف الاصطلاح كما صرح هو(قده) بذلك في بعض المباحث السابقة و هذا لا محالة يتخلف عن المصدر في الفضولي، كيف يمكن دعوى أنّ المنشأ(اسم المصدر) بنظر المنشئي لا يتخلف عن إنشائه مع التفات المنشئي بأنّ العقد فضولي لا يؤثر إلّا بعد الاجازة. هذا

مضافاً إلى أنه لا يربط لهذا الجواب بالاشكال العقلي بوجه، فإنّ الاشكال إنّما هو في عدم إمكان تأثير الانشاء و هو العقد في المنشأ وهو اسم المصدر على اصطلاحه أي الملكية فإنّ العقد معدوم حال الأثر، وعدم التخلف في نظر العاقد لا يصحح المطلب. نعم، على مسلكتنا من أنّ المصدر و هو العقد عن اسم المصدر و هو الاعتبار الانشائي لم يتخلف و لهذا المعنى الانشائي نحو بقاء الاعتبار حال الاجازة لم ينفك الأثر عن العقد أيضاً فيرتفع الاشكال نظير الفسخ.^١

١- أقول: الظاهر عدم الحاجة إلى الالتزام باعتبار بقاء المعنى الانشائي لدفع الاشكال بل الالتزام بذلك لا يخلو عن شيء في بعض الموارد، نظير باب الوصية فلو أوصى باعطاء مال لزيد فالانشاء و أثره الانشائي موجود حال الانشاء و أثره الاعتباري العقلائي يوجد بعد موته و إن كان منفكاً عن الانشاء فإنّ محذور الانفكاك إنّما يتم في الخارجيات لا الاعتباريات، ولا يقاس هذه بتلك كما مرّ غير مرة و الالتزام ببقاء المعنى الانشائي اعتباراً حينئذٍ التزام بلا ملزم. نعم، يمكن القول بلزوم هذا الاعتبار في الفسخ فإنّه من حينه لا من حين العقد فلا بدّ من ثبوت العقد حال الفسخ حتى ينحلّ حينئذٍ إلّا أن يقال إنّ الفسخ يزيل الأثر و هو خلاف التحقيق، فتأمل؛ بخلاف العقد الفصولي على القولين فإنّ المفروض أنّ الاجازة فيها مثبتة للأثر لا مزيلة له و في الأوّل لا ملزم لاعتبار البقاء بخلاف الثاني على أحد الوجهين.

ولا بأس بذكر ما فهمه بعض علماء العصر (مدظّله) من كلام المرحوم النائيني فيما تقدّم، أنّ المصدر هو العقد و هو استعمال اللفظ في معناه بداعي إيجاد مضمونه الذي نسميه بالانشاء، و اسم المصدر هو المعنى المنتزع من فعل المتعاقدين و هي المبادلة القائمة بالمالين في عقد البيع للحقيقي منها بل المنتزع من انشائها. و بالجملة إنّ هنا أموراً ثلاثة، إيجاد المعنى باللفظ المسمّى بالانشاء، و المصدر، و المنتزع منه و هو المنشأ، و اسم المصدر و الأثر الواقعي و ما هو قابل للاجازة هو المنشأ و اسم المصدر كما أنّه هو القابل للاستناد إلى المالك، فإنّ الأوّل و هو فعل الفاعل غير قابل للاستناد إلى غيره و لا يتطرق فيه التزلزل.

و بذلك ترتفع جملة من الاشكالات التي أورد أستاذنا المحقق (مدظّله) عليه كما لا يخفى. نعم، يبقى فيه عدم الدليل على لزوم الاستناد غير ما مرّ من لزوم نحو ربط للعقد بالمالك إمّا باذنه أو رضاه ولعلّه أيضاً لا يريد أزيد من ذلك، فيرجع النزاع لفظياً. نعم، يرد عليه إشكال و هو أنّ الاجازة راجعة إلى فعل العاقد لا المنتزع منه، فقول «بارك الله في صفقة يمينك» تبريك و إمضاء لعقده لا أنّه تصحيح للمعنى المنتزع من ذلك؛ اللهم إلّا أن يقال إنّ إمضاء العقد ينفذ العقد من جهة تصحيحه المبادلة الحاصلة فكأنّه قال: «قبلت المبادلة الحاصلة و التزمت بها» و هذا معنى الاستناد إلى المالك.

فعلى هذا لو كان تقريب كلام الفخر (ره) أنّ العقد و المنتزع منه غير قابل للانفكاك و الالتزام بالنقل التزام بالانفكاك، يرتبط جواب المرحوم النائيني (ره) به فإنّ المنتزع حاصل بالعقد و الانفكاك واقع بين العقد و الأثر و لاضير فيه كما قال: «وعلى هذا التقريب لا يرد عليه النقض بالأمر المتصرّمة

و أما الكشف، فنحو منه مشكل باشكال عقلي و هوالكشف الانقلابي بمعنييه و هما: أن الملك بعدالعقد قبل الاجازة باقي على ملك مالكة واقعاً ولايملكه الآخر في هذه الحال و بالاجازة ينقلب الأمر فيصير غيرالمالك بعد الاجازة مالكة من أول العقد والمالك أيضاً يصير غير مالك من الأول أو أنه لم ينقلب ملكيته. فبالفعل أي بعد الاجازة يحصل الملك من أول العقد مع انقلاب ملك المالك أيضاً أوعدمه. و وجه الاشكال أنه لايمكن الالتزام بانقلاب ملك المالك فإنه لاينقلب الشيء عما وقع عليه ولايمكن الالتزام بعدم انقلاب ذلك مع الالتزام بحصول الملك حينئذ من أول الأمر فإنه مستلزم للالتزام باجتماع مالكين مستقلين على شيء واحد و هذا غيرممکن عقلاً و مع التنزل غيرمعتبر عقلاً^١.

و نحوه سالم عن الاشكال العقلي و هوالكشف المحض، نظير كشف البيئنة عن ذبيها ولكن لاأظنّ أحداً يلتزم بذلك فإنّ العقد المجرد عن رضاالمالك لا يؤثر جزماً. و من غريب الأمر أنّ المحقق الاصفهاني(ره) في حاشيته نسب هذا القول إلى صاحب الجواهر والمحقق الثاني؛ والحال أنّ كلام الأول صريح في خلافه و أنه ملتزم بمقالة المشهور و هو تأثير العقد مشروطاً بشرط متأخر و أما الثاني فلم أر كلامه ولكن أطمئنّ بعدم ذهابه إلى

والاجزاء المتدرّجة في الوجود، فإنه لاينكر إمكان ترتب المعلول على علّة ذات أجزاء متصرّمة والمترتّب على الأمور التدريجيّة بل ينكر تخلف اسم المصدر عن المصدر. « و كلامه هذا ينادي بأعلى صوته بأنّ اسم المصدر مغاير للأثر فكيف يمكن أن يسند خلافه إليه و من غريب الأمر أنّ كلامه هنا صريح في ذلك، و في المسألة السابقة صرح بأنّ الانشاء القولي يمكن انفكاكه عن اسم المصدر، فراجع. وقد علم من ذلك أمر آخر يوافق ما ذكرنا و هو عدم وجود ملزم لاعتبار البقاء فإنّ المعلول المترتّب على الأمر التدريجي موجود في التكوين - فليتدبر - فضلاً عن التشريع. ق

١- أما المعنى الأول فهو أنّ الملكية الموجودة بعدالعقد و قبل الاجازة واجدها شخصان، شخص قبل الاجازة و شخص بعدها، فلم يجتمع المالكان المستقلّان في ظرف واحد. نعم، الاشكال المذكور موجود هنا و هو اعتبار تلك الملكية وجوداً في زمان و عدماً في زمان آخر لشخص واحد، و هذا ليس من التناقض بل اعتبار أمرين متناقضين و هذا الاعتبار ممكن مع وجود أثر له.

و أما المعنى الثاني فهو أنّ تلك الملكية قبل الاجازة لشخص واحد و بعدها لشخصين و هذا هو اجتماع المالكين المستقلين في شيء واحد و هو غيرممکن فالانقلاب بالمعنى الأول غير مستحيل بذلك الوجه. نعم، نحن بعدد في تصوير الانقلاب و أنه ما معنى انقلاب عدم الملك بالفعل من الأول. هل هذا من كون الاتصاف بالملكية بالفعل والملكية متقدّمة؟ فهذا غير معقول فإنّ المتضايين متكافئان ولايعقل انفكاك الملكية عن الملكية، أو إنه من كون الاتصاف بها متقدّماً؟ فهذا هوالكشف الحقيقي، أو إنه من كون الاتصاف بها بالفعل؟ فهذا هوالتنقل، أو إنه من كون الاتصاف بها بالفعل متقدّماً؟ فهذا لا معنى له، فافهم. ق

ذلك . ولعله (ره) لم يراجع إلى كلامهما حال إسناده إليهما واتكل على حفظه .
 إننا الكلام في النحو الثالث من الكشف الذي أسند إلى المشهور وهو تأثير العقد
 حاله مشروطاً بالشرط المتأخر وهل هذا ممكن أولاً؟ فالبحث عنه لابد وأن يقع في الأصول
 إلا أنه حيث تعرّض بعضهم لذلك في هذا المقام، فنحن أيضاً نتعرّض له متوسطاً ونقول:
 اختلفوا في امكان الشرط المتأخر مطلقاً وعدمه مطلقاً والتفصيل بين التكويني منه
 والتشريعي بعدم الجواز في الأول والجواز في الثاني على أقوال:

ذهب المرحوم (الآقا ضياء الدين العراقي - ره) إلى الأول . وحاصل كلامه أن
 ما يمتنع انفكاكه عن المعلول هو ما يترشح منه ذات المعلول فإنّ الانفكاك بينها يستلزم جواز
 تأثير المعدوم في الموجود . و أما الشرط فالحق إمكان تقدّمه على المشروط وتأخره عنه فإنّه
 لا شبهة في أنّ المقتضي للمعلول حصّة خاصّة من طبيعته المقتضى لانوعه، فالمؤثر في الاحراق
 الخارجي ليس مطلق النار بل حصّة خاصّة من طبيعتها وهي النار التي تماسّ الجسم
 المستعدّ باليبوسة لقبول الاحتراق، و حينئذٍ الخصوصية التي بها تخصصت الحصّة المقتضية
 للمعلول لابد لها من محصل و ما به التحصل يسمّى شرطاً وتلك الخصوصية هي النسبة
 القائمة بتلك الحصّة حاصله من اضافة الحصّة إلى شيء ما وهو الشرط؛ فالمؤثر في المعلول هو
 نفس الحصّة الخاصّة والشرط محصل خصوصيتها وهو طرف الاضافة و ما يكون شأنه كذلك
 جاز أن يتقدّم على ما يضاف إليه أو يقترن به أو يتأخر عنه .
 هذا محصل كلامه فراجع إليه للملاحظة تمامه .

وفيه:

أولاً: المؤثر في المعلول ليس الحصّة الحاصلة بالاضافات والاعتبارات التخيلية بل
 هو نحو وجود خاصّ متشخص من ناحية علله، فالنهار بوجودها مقتضية للاحراق من غير أن
 يكون الوقوع والتماسّ وقابلية المتأثر محصلات للحصّة المؤثرة، وهو أوضح من أن يحتاج إلى
 البيان .

وثانياً: الاضافة إلى المتقدّم أو المتأخر ممّا لا يعقل فإنّه من الاضافة إلى المعدوم ولا
 يعقل فعلية الاضافة مع انعدام طرفها فإنّ التضاييفين متكافئان قوّة وفعلًا، وهذا أيضاً
 ظاهر . فالتخصّص المتحصّل من الاضافة المستحيلة مستحيل . ولذا ذكرنا أنّ العلية
 والمعلولية والتقدّم والتأخر الزماني وفي أجزاء الزمان بالمعنى الاضافي المقولي غير ممكن فإنّ في
 زمان المتقدّم المتأخر معدوم وبالعكس . نعم، ذات العلة لا بوصفها والمتقدّم لا بوصفه يوجد
 أولاً ثم يوجد الثاني بعد انعدام الأول وإلا فهذه الاضافات متكافئات لا يتقدّم شيء منها
 على المضاف الآخر حتى في الرتبة العقلية .

فإن قلت: إن إسراء المذكور إلى المقام خلط بين الحقائق والاعتباريات والاضافة الاعتبارية بين الموجود والمعدوم لامانع منه.

قلت: نعم، قياس الاعتبار بالتكوين أمر غير صحيح لكن للمقام خصوصية وهو أن الاضافة ولو الاعتباري منها نحو إشارة ولا تمكن الإشارة إلى المعدوم فإن الإشارة إلى شيء نحو اثبات شيئية له، فإذا تحققت الاضافة بين الموجود والمعدوم ولو اعتباراً يلزم اثبات الوجود للمعدوم في حال عدمه وهو محال. وإن شئت قلت: لو صحت هذه الاضافة فلا بد من صدق قولنا «المعدوم مضاف» و «ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له» فلزم المحذور.^١

وقد ظهر بذلك أنه لا يمكن التخلص عن الاشكال بما ذكره في الفصول و عليه المرحوم النائيني (ره) أيضاً من أخذ العناوين الانتزاعية شرطاً كالتردد والتأخر، فإن هذه العناوين من الاضافات ولا يمكن الاضافة إلى المعدوم على أن هذا التزام بالاشكال في الشرط المتأخر والتخلص عنه بارجاع ذلك إلى المقارن.

وقد تفصّل صاحب الكفاية (قدّه) عن الاشكال بوجه آخر وهو أيضاً من إرجاع المسألة إلى الشرط المقارن وإن أسند تلميذه المحقق إليه أنه ملتزم بالشرط المتأخر، وذكر في بيان ذلك:

إن الأفعال الاختيارية ومنها الأحكام التكليفية والوضعية إنما تتوقف على مبادي علمية ليريد الشخص أن يفعله ويأمره عبده. وبالجملة إن قيود الفعل بوجودها العلمي

١- أقول: الذي يقوى في النظر القاصر إمكان الاضافة الاعتبارية بالنسبة إلى المعدوم، مثل أن يؤخذ المعدوم موضوعاً لحكم تكليفي أو وضعي، كما إذا قيل «إن لم يمتك زيد فتصدق بدينهم» أو «إن لم يكن في البيع غرر فهو نافذ» والشرطية والسببية والمانعية الاعتباريات كلها راجعة إلى أخذها في موضوع الحكم تكليفاً أو وضعياً، فهذه الاضافات بين الحكم وموضوعه المفروض عدماً موجودة اعتباراً. ولنا الوجدان وإن كان لكم البرهان فإن البرهان يطرح بالوجدان كما لا يخفى.

وأما قضية عدم إمكان الإشارة إلى المعدوم أو عدم ثبوته فكيف يثبت له شيء، فغير مرتبط بالمقام فإنه يكفي في الإشارة إلى المعدوم لحاظه وهو ممكن والربط الاعتباري لا يتوقف على وجود الموضوع بل لا يتوقف على واقع ظرفه ونفس أمرته وهذا ثابت في الأعدام أيضاً. نعم، لا مجال لدعوى الاضافة الاعتبارية في المقام فإن كلاً من العقد والاجازة موجود في ظرفه ولم يدع أن الربط بينها كالتعقب وغيره من الاضافات اعتباري ولم تعتبر بينها إضافة حتى يتخلص من الاشكال بذلك. وأما دعوى اشتراط حصول الملكية بالاجازة وهذه إضافة اعتبارية بين الملكية والاجازة، فأجيبه عما ذكر من الاضافة بين العقد والاجازة. ق

موقوفة عليها لاجتماعها الخارجي لعدم السخية بين الفعل الاختياري وبينها بهذا الوجود و إنما هي بينه وبينها بوجودها العلمي كما لا يخفى. و عليه يكون حال السابق أو اللاحق بعينه حال المقارن في الدخل مثلاً إذا فرض أن الذي يكون مؤثراً بنظر الشارع هو العقد الخاص الذي انتزعت خصوصيته من ملاحظة رضاء مقارن أو لاحق، فكما لا دخل للرضاء المقارن حينئذٍ إلا أنه بملاحظته جعله الشارع سبباً كذلك حال الرضاء اللاحق فيكون دخل كل في التأثير نحو دخل الآخر فيه و هو ملاحظة خصوصية العقد المنتزعة عن رضاء مقارن أو لاحق.

انتهى محصل محل الحاجة من كلامه (زيد في علو مقامه). فراجع فوائده للاحاطة

بتمام مرامه.^١

و فيه أن المؤثر في الفعل الاختياري و إن كان مبادئه العلمية إلا أنه في الأحكام الوضعية زيادة على غيرها من الأفعال الاختيارية و هي أن الخصوصية الملحوظة المعلومه بالعرض لا بد و أن تكون قابلة للدخل في التأثير حتى يكون لحاظها مبدأ لحكم الشارع به، فحكم الشارع بتأثير العقد في الملكية و إن لم يتوقف على الاجازة بوجودها الخارجي بل يتوقف عليها بوجودها العلمي و هو لحاظها، إلا أنه ما لم يكن الملحوظ المعلوم بالعرض و هي خصوصية العقد المنتزعة عن الاجازة قابلة للتأثير لا يكون لحاظها باعثاً لحكم الشارع به و إلا لزم دخل لحاظ كل شيء في حكم الشارع و هذا واضح. و حينئذٍ تتكلم في هذه الخصوصية الملحوظة: هل هي منتزعة من الاجازة قبل وجودها؟ فهذا من الاشارة إلى المدوم أو بعدها فهذا ليس من الكشف في شيء. و بالجملة لحاظ الشارع الاجازة بعد وجودها و حكمه بالتنفيذ سبباً عن هذا اللحاظ، موجب لكون الاجازة ناقلة لا كاشفة ولحاظه إياها قبل وجودها لا يكون مبدأ للحكم فإن الملحوظ و هي اضافة العقد إلى الاجازة قبل وجودها مستحيل كما مر.

فهذا الجواب أيضاً لا يتم، والتحقيق في الجواب أن يقال: إن المتضامين كالتقدم والتأخر و إن كانا متكافئين قوة و فعلاً إلا أن هذه القاعدة مختصة بالمفاهيم المتضامه والعناوين الاضافية بالمعنى الاضافي المقولي ولا يلزم أن يكون مصداق المعنى الاضافي اضافياً كالعلة والمعلول، و هكذا التقدم والتأخر بواقعها لا مفهومها. و بالجملة إن الأمور المتصرمة

١- نقلنا ذلك عن فوائده و عبارة الكفاية و حاشيته على مكاسب الشيخ مع اختلافهما يختلفان هذه العبارة كما تنبه به المحقق الاصفهاني (قده) أيضاً. و نقل سيدنا الأستاذ ذلك عن حاشية المكاسب. ق

والمتدرّجة في الوجود، كالزمان والزمانيات تبعاً للزمان فإنّ لها نحو اتحاد معه كما حقق في محله، لا تكون متصرفاً ومتدرّجاً إلا إذا كان بعضها متقدماً على البعض الآخر بواقع التقدّم وإن لم يكن حال وجود المتقدّم المتأخّر موجوداً لكن يوجد في ظرف وجوده، فاليوم مقدّم على الغد بواقع التقدّم والحركة في الساعة الأولى مقدّمة على الحركة في الساعة الثانية كذلك وإن لم يوجد المتأخّر بالفعل لكنّه يوجد في ظرفه، ففرض التصرّم والتدرّج في الوجود مع اتصال الأجزاء موجب لكون الجزء الأول متقدماً حقّ التقدّم. نعم، لو انقطع الاتصال لا يثبت التقدّم لذلك لكنّ المفروض عدم الانقطاع والاتصال موجب لما ذكر حال وجود المتقدّم؛ ففي السلسلة المتدرّجة المتقدّم متقدّم بواقعه حال وجوده ولو قبل تحقّق المتأخّر وليس هذا من تأثير وجود المتأخّر في ثبوت التقدّم للمتقدّم ليلزم محذور الشرط المتأخّر بل المتقدّم متقدّم بذاته لذاته حقّ التقدّم وواقعه. إذا تمهّد ذلك فنقول: يمكن أن يجاب عن الاشكال العقلي بأنّ الموضوع في الوضعيات و ماهو شرط في متعلّق الأحكام هو ما يكون متقدماً بحسب الواقع على حادث خاصّ، مثلاً الموضوع في صوم المستحاضة ما يكون متقدماً بالتقدّم الواقعي على الأغسال الآتية تبعاً للزمان بحيث لولم توجد الأغسال في محلّها لا يصير الصوم متقدماً بالذات عليها. وهكذا الأثر في البيع الفضولي مترتب على العقد المتقدّم بالحقيقة تبعاً للزمان على وقوع الاجازة بحيث لا يكون العقد متقدماً عليها بواقع التقدّم التبعية إلا أن تكون الاجازة متحقّقة في ظرفها. فوقع الاجازة في عمود الزمان المتأخّر بوجوب كون العقد متقدماً حقّ التقدّم وهو متقدّم كذلك حال وجوده لوقوعها في ظرفها. هذا ويمكن حلّ الاشكال بنظر العرف، فإنّ الموضوعات الواقعة في لسان الأدلّة أمور عرفية لا تناله يد الدقّة العقلية. والعرف يرى الاضافة إلى المتقدّم والمتأخّر كالمقارن ويرى العقد متعقّباً بالفعل مع عدم الاجازة الفعلية فيصحّ انتزاع هذه العناوين عندهم لأجل الملاكات والتخييلات المركوزة في أذهانهم. ومن الممكن كون الأثر مترتباً على المتعقّب في نظر العرف دون العقل كما هو مقتضى أخذ الموضوعات من العرف.^١

١- أقول: هذا التدقيق والتعمق العقلي من سيدنا الأستاذ المحقّق (مدظله) وان بلغ غايته و وصل نهايته ولعله لم يكن له بديل، إلا أنّه أولاً ليس من تصحيح الشرط المتأخّر في شيء بل هو من التخلّص عنه إلى الشرط المقارن، نظير صاحب الفصول و صاحب الكفاية (قدّهما)، وثانياً أنّه لا يمكن الالتزام بذلك في التكوينية فإنّ الأمر المتقدّم بواقع التقدّم لا يغيّر حقيقة بحسب التكوين مثلاً ليس في العقد المتقدّم و حقيقته شيء زائد على حقيقة نفس العقد، والاختلاف في الأثر في التكوين فرع اختلاف المؤثر في الحقيقة. نعم، يمكن الالتزام به في باب التشريع فإنّ للاعتبار فيه مجالاً فيمكن اعتبار حقيقة العقد موضوعاً للأثر ويمكن اعتبار العقد المتقدّم كذلك.

فتحصّل من جميع ما مرّ أنّه ليس في البين إشكال عقلي، لافي الكشف ولا في النقل، حتّى يوجب رفع اليد عن ظواهر الأدّة لو كان في البين ظهور فلا بدّ لنا حينئذ في البحث عن مقام الاثبات ودلالة الأدّة. ويقع الكلام أولاً في ما تقتضيه الأدّة العامّة ثمّ ينظر إلى مفاد الأدّة الخاصّة.

→ فإذا وصل الكلام إلى الاعتبار لنا أن نقول: ما المانع من اعتبار المعتر نفس الأمر المتأخّر موضوعاً لحكمه المتقدّم كمثالنا السابق أو المركّب من المتقدّم والمتأخّر موضوعاً له. ولا نرى أيّ مانع من اعتبار الشارع العقد الفعلي والرضا المتأخّر موضوعاً لحكمه بالتنفيذ فعلاً لا وجداناً، بل الوجدان شاهد على إمكانه، ولا عقلاً فإنّه اعتبار محض لما هو قابل للاعتبار وهو أخذ الشيء موضوعاً للحكم ودخيلاً فيه اعتباراً. وليس هذا من قبيل وقوع التناقض في الاعتبار كما مثل به الشيخ (ره) في مقام النقض وعلّمه أظهر من أن يخفى. ولعمري إنّ إمكان الشرط المتأخّر بهذا المعنى من وازحات الأصول لا يحتاج إلى مثل هذه التدقيقات الرشيقة الفاتحة.

وأما ما هو الدخيل في متعلّق الحكم من الأمر المتأخّر ليس إلّا نظير ما هو الدخيل فيه من الأمر المقارن والمتقدّم من اعتبار تقيد الأمور به في المتعلّق، وكما أنّه لا بدّ من تحصيل هذا التقيد في المقارن والمتقدّم كذلك لا بدّ من تحصيل هذا التقيد في المتأخّر أيضاً؛ وبما أنّ المقام مقام الاعتبار لا مانع من الأمر بما هو متقيد كذلك بحيث يقع المأتي به مصداقاً للأمر من الأوّل بشرط حصول القيد في ظرفه. والحاصل أنّ هذا التقيد ليس أمراً حقيقياً تكوينياً حتّى يقال بامتناع حصول التقيد بدون حصول قيده بل هو أمر اعتباري لا مانع من أخذه في الأمور به بحيث يكون التقيد موجوداً بالفعل لحصول القيد في ظرفه. وأما قضية السبق واللاحق أو التقدّم والتأخّر مفهوماً وواقعاً، فهذا فرار عن الاشكال لاجواب عنه مع عدم مساعدة الأدّة لشيء منه وبعبارة أخرى خروج عن المتنازع فيه.

ولا بأس بالتعرّض لشرائط التكليف تميمياً للفائدة. دفع سيّدنا الأستاذ المحقّق (مدظله) الاشكال عن ذلك بما دفع صاحب الكفاية (قدّه) ذلك به، فإنّ البعث والزجر من الأفعال الاختيارية للمولى والشيء بوجوده للحاظي شرط لذلك لا الواقعي.

وفيه أولاً ما أشكل هو (مدظله) على صاحب الكفاية من أنّ الملحوظ هل هو الشرط حال وجوده فيلزم ترتّب الحكم عليه حال وجوده أو أنّه هو الشرط حال عدمه، فهذا من الاشارة إلى المعدوم ولا يعقل. وثانياً أنّ محلّ الكلام في شرائط التكليف ليس مقام الجعل منها بل إنّ مقام الجعل وانطباق الجعل وشرائط الجعل غير شرائط الجعل. والكلام في أنّه كيف يعقل وجود الحكم في مرحلة الانطباق مع عدم وجوده وموضوعه بالفعل وهل هذا إلّا تخلف الأثر عن المؤثر.

والجواب عن الاشكال ما ذكرناه من عدم امكان المقايسة بين الاعتبار والتكوين ولا مانع من أخذ شيء متأخّر موضوعاً للتكليف. وعليه عدّة من العلماء العظام والأساتذة الكرام.

نقل أستاذنا المحقّق (مدظله) كلام المرحوم النائيني (ره) على ما قرره المقرّر في تهذيب الأصول وملخصه، خروج المقدمات العقلية والانتزاعات وشرائط الجعل وقيود الأمور به عن حريم النزاع والنزاع في شرائط الحكم (وضعاً وتكليفاً) في مرحلة الفعلية والمجمل.

أما المقام الأول و هو ما تقتضيه العمومات فقد استدكّ بها على القول بالكشف على أنحائه، وممن استدكّ بها على ذلك المرحوم الميرزا حبيب الله الرشتي (ره) بتقريب أنّ الاجازة ليست مؤثرة في تأثير السبب وتماميته وإنا اعتبرنا لكونها كاشفة عن الرضا الذي لا تتم التجارة إلا به.

→ وأورد عليه بايرادات كلّها مسلمٌ عندما أفاد بقوله «ورابعاً فإن إخراج شرائط المأمور به مقلًا وجه له لأنّ الكلام ليس في تقييد المركب بقيد خارجي بل في صحة المأمور به فعلاً، أعني صوم المستحاضة إذا أتت بالأغسال المستقبلية». والاشكال المتوهم في هذا الباب جارٍ في الأجزاء أيضاً لو قيل بصحة الجزء الأول كصحة التكبيرة بالفعل مع كونها مشروطة بوقوع الأجزاء الأخرى، فلا ينفع الفرار عن الاشكال بجعل شرائط المأمور به من قبيل الأجزاء حكماً.

أقول مستعيناً بالله: إنّ الصحة ليست حكماً شرعياً حتّى يقال بأنّه كيف قيّدت بشرط متأخر، بل إنّها هي منتزعة من انطباق المأمور به على المأتيّ به فإذا سلّم إمكان تقيّد المأمور به بأمر متأخر و خروج هذا عن محلّ الكلام فلا مجال للحكم بعدم الصحة فعلاً لعدم حصول الشرط فإنّ الانطباق قهري فإنّه يدور مدار كيفة متعلّق الجعل والمأتيّ به، فلو فرض إمكان التقييد كذلك والمفروض تحقّقه خارجاً كذلك ينتزع الصحة لامحالة. نعم، يبقى سؤال إمكان حصول التقيّد مع عدم حصول القيد؛ و جوابه ما مرّ من أنّ التقيّد الاعتباري أمره بيد من بيده الاعتبار وتحقّقه يدور مدار انطباق الاعتبار عليه.

و أمّا ما أفاده في الواجبات المركبة و جريان الاشكال فيه، فغريب لأنّه هل يتمكّن من إنكار مثل هذه الواجبات أو يتمكّن من انكار اتّصاف الأجزاء بالصحة الفعلية أو يتمكّن من انكار اشتراط صحة الأجزاء السابقة بالاتباع باللاحقة؟ كلّ ذلك لا سبيل إليه والانصاف أنّ الواجبات المركبة أقوى مادة نقض للقائلين باستحالة الشرط المتأخر بالنسبة إلى قيود المأمور به بل مطلقاً، فإنّه لو أنكرنا إمكان الاعتبار كذلك لا بدّ من انكار الواجبات المركبة أيضاً فإنّه لا ينبغي الاشكال في اتّصاف الأجزاء باللاحقة بالصحة الفعلية حال وجودها بشرط اتمام العمل فإنّ انكار الاتّصاف منافي للقول بتعلّق الأمر به فإنّ الأجزاء بأسرها عين المركب، والقول بالاتّصاف بعد تمام العمل لا يقلّ محذوراً عن محذور الشرط المتأخر فإنّه أيضاً من الإشارة إلى المدوم؛ فلم يبق إلّا ما ذكرنا. والوجه في تصوير هذه الواجبات هو الوجه في الشرط المتأخر في القيود المركبة فلانعيد.

و أمّا ما ذكره المرحوم النائيني في وجه استحالة الشرط المتأخر في الأحكام من لزوم تأخر أجزاء العلة الفعلية عن المعلول و لزوم الخلف والمناقضة من وجود الحكم قبل وجود موضوعه، فقد عرفت أنّه من الخلل بين التكوين والتشريع. وممن يؤيدنا في ما ذكرناه المرحوم المحقق الاصفهاني (ره) في حاشيته على المكاسب حيث قال: «إنّ الاجازة الخارجية ليست دخيلة في الملكية لا بنحو الاقتضاء بمعنى السببية ولا بنحو الشرطية التي هي إمامصحة للفاعلية أو متممة للقابلية. وعليه كما يمكن اعتبار الملكية للمعدوم مالاً و مملوكاً كذلك يمكن اعتباره للموصوف بوصف عنواني في أفق وجوده بأن يعتبر الملكية فعلاً لمن يمضي العقد فيها بعد.»

فإن قلت: إنَّ الرضا المعتبر في العقود إنَّما هو الرضا الفعلي و هو إنَّما يحدث بحدوث
الاجازة و حينئذ فيعود الاشكال.

قلت: إنَّنا نمنع اعتبار الرضا الفعلي خاصَّة بل يكفي في صحَّة المعاملة الرضا
التقديري الشَّأني نظير الاذن المستفاد من شاهد الحال؛ ومعنى الرضا التقديري المنكشف
بالاجازة أنَّه لو اطلع اءلك على حقيقة الحال لرضي و يدلَّ عليه عموم قوله تعالى «تِجَارَةٌ
عَنْ تَرَاضٍ» و قوله (ع) «لا يحلَّ مال امرء مسلم إلَّا بطيب نفسه» فإنَّ الرضا و طيب
النفس أعمَّان من أن يكونا فعليين أو شأنيين.

فإن قلت: فعلى ما ذكرت لزم القول بصحَّة العقد مع العلم بالرضا في الابتداء من
غير إذن أو توكيل.

قلت: أوَّلاً لا مضايقة عن القول بذلك لعموم الأدلَّة كما جنح إليه شيخنا العلامة
(طاب ثراه). و ثانياً إنَّه يحتمل أن يكون لصحَّة العقد عند الشارع شرط آخر غير الرضا
والكاشف عنه الاذن أو التوكيل أو الاجازة اللاحقة.

فإن قلت: مقتضى ما ذكرت تأثير الاجازة بعد الردِّ أيضاً.

قلت: أوَّلاً لا بأس بالالتزام بذلك للعمومات. و ثانياً إنَّ الردَّ موجب لزوال
ارتباط العقد بالمالك كما يوجبُه تحلُّل جملة من الموانع بين الايجاب والقبول فإذا بطل العقد
بتخلُّل الردِّ بينه و بين الاجازة لم يكن الرضا المستكشف من الاجازة الواقعة بعد الردِّ مفيداً.^١
انتهى ملخصاً.

فإنَّ كلامه (ره) مركَّب من صغرى وكبرى. أمَّا الصغرى فهي أنَّ الاجازة تكشف
عن الرضا التقديري، و أمَّا الكبرى فهي كفاية الرضا التقديري في صحَّة العقد. و شيء من
ذلك لا يتمُّ، أمَّا أنَّ الاجازة تكشف عن الرضا التقديري فهذا الكشف إمَّا من كشف
اللفظ عن مفاده أو أنَّه من كشف ذي المبدأ عن مبدئه فلا مجال للقول بالأوَّل، فإنَّ مفاد
«أجزت» ليس هو الرضا التقديري بالعقد فيبقى الثاني. و بما أنَّ الاجازة من الأفعال
الاختيارية للمجيز لا بدَّ لها من مبادئي الفعل الاختياري ولا يمكن أن يكون من مبادئه

→ هذا محصل كلامه (ره) فراجع لملاحظة تمامه. نعم، تنظيره باعتبار الملكية للمعدوم مالكا و
مملوكاً لا يصحَّ فإنَّه غير معقول، و ما توهم فيه ذلك نظير الوقف على البطون أو بيع الثمرة المتأخِّرة و غير
ذلك، فكُلُّها من اعتبار الملكية للعناوين مالكا و مملوكاً، فلا تغفل. و الحمد لله رب العالمين. ق

١- نقلنا هذا عن كتاب البدائع في الأصول للمستيد، و نقل السيد الأستاذ في الدرر عن رسالته

في البيع الفضولي الملحق بآخِر كتابه في الاجارة. و الاختلاف بينهما في العبارة و لا اختلاف في مطالبه. ق

الرضا التقديري لعدم السنخية بين التقدير والتنجز بل المبدأ للعقد التنجزى هو الرضا الفعلي لا غير. وحينئذ فلوأريد من كشف الاجازة عن الرضا التقديري أنّ المبدأ لها ذلك فقط فهو باطل لعدم السنخية، وإن أريد منه أنّ المبدأ لها الرضا التقديري والفعلي معاً فهذا أيضاً لا يمكن لعدم إمكان دخل التقدير في التنجز بوجه وعدم إمكان الجمع بين التقديري والفعلي معاً في المبدئية، ولو أريد به أنّ المبدأ هو الرضا الفعلي وهو كاشف عن الرضا التقديري حال العقد فهذا التزام بعدم اعتبار الاجازة أولاً فإنّ الكاشف هو الرضا الفعلي لا الاجازة على أنّ الرضا التقديري معدوم ولا معنى لكشف المعدوم. مع أنّه لو سلمنا أنّ المعتبر في تمامية العقد هو الرضا التقديري فليس لردّه معنى، فلو أجاز العقد بعد الردّ يستكشف تمامية العقد وورود الردّ على معاملة تامّة. فما ذكره من أنّ الردّ موجب لزوال ارتباط العقد بالمالك، مناقض لا يعتبره الرضا التقديري في تمامية العقد.

وبالجملة الرضا التقديري ليس شيئاً غير الفرض والتقدير فهو معدوم فلا معنى لكشفه بأيّ نحو من الكشف، لا من كشف الحاكي عن المحكيّ وهذا ظاهر، ولا المعلول عن علته وهذا واضح، ولا ذي المبدأ عن مبدئه لعدم السنخية أولاً وعدم إمكان المبدئية للمعدوم ثانياً، ولا من كشف الملازم عن الملازم بدعوى أنّ الاجازة أو الرضا الفعلي المبدئي للاجازة ملزوم للرضا التقديري فإنّ الرضا التقديري ليس محض ولا معنى لكونه لازماً لشيء لا عقلاً ولا بنظر العقلاء. نعم، يمكن دعوى الملازمة بنظر العقلاء بين الرضا الفعلي وقضية تعليلية وهي أنّه لو علم المالك بالعقد لرضي؛ ولكن أولاً هذا خلاف المدعى فإنّ المدعى دخل واقع الرضا التقديري في العقد لا هذه القضية والرضا التقديري معدوم، وثانياً هذه القضية باطلاقها غير مسلم حتى عند المستدلّ بل لها قيد وهو أنّه لو علم بالعقد وبالصلاح لرضي، وحينئذ لا بدّ من دعوى الملازمة بين الصلاح في زمان الاجازة والصلاح في زمان العقد ولا ملازمة بينها لا عقلاً ولا عقلاً.

هذا ما في صغرى كلامه (ره). وأما الكبرى وهي كفاية الرضا التقديري في صحّة البيع، ففيه أولاً هذا كثر على ما فرّ منه من الاشكال العقلي، فإنّ الرضا التقديري معدوم ولا يعقل دخل المعدوم في صحّة البيع. وثانياً هذا خلاف ظواهر الأدلّة فإنّ ظهور الرضا والطيب في فعليتهما غير قابل للانكار وما ادّعاه من التعميم خلاف الظاهر جداً. وثالثاً هذا خلاف الواقع جداً بنظر العقلاء، أترى أنّه لو تخيل المالك بكون العقد ذا مفسدة محضة ولا يرضى به حال العقد بل ينادي بأعلى صوته أنّي لأريد بيع داري ولا أرضى به، مع ذلك يجوز بيع داره بدعوى أنّك لا تفهم بأنّ في هذا البيع صلاحاً ولو علمت به لرضيت. أفهل يمكن الالتزام بمثل هذا الحكم الموجب للاغتشاش في المجتمع؟ ولذا

لا يلتزم بكفاية مثل ذلك في الحكم بحلية أكل مال الغير أيضاً. نعم، الرضا الارتكازي كافٍ في ذلك و لكتته غير الرضا التقديري فإنّ الأول موجود بالفعل في الارتكاز كما لا يخفى على من له أدنى تأمل. ورابعاً لو سلمنا كفاية الرضا التقديري في صحة البيع يخرج الفضولي عن الفضولية بعد الاجازة، فلا بدّ على المستدلّ من الالتزام بعدم إمكان البيع الفضولي مع اجازة المالك مع أنّه لا يلتزم بذلك كما يظهر من المطالب التي ذكرها مفصلاً في أوّل البيع الفضولي. ثمّ إنّه (قدّه) أيّد ما ذكره بروايات خاصّة سيجيء الكلام فيها إن شاء الله وهي مؤيدات لمطلق الكشف لا خصوص ما بنى عليه.

و قد استدلتّ بعضهم بالقواعد والعمومات على الكشف الانقلابي بتقريب أنّ الاجازة متعلّقة بمضمون العقد السابق و هي الملكية المقيّدة بحصوله من ذلك الزمان أو الملكية التي كان الزمان السابق ظرفاً لها. والمضى شرعاً إنّما هو الملكية المرضية للمالك ولا تكون المبادلة مرضية للمالك إلّا بعد الاجازة فحينئذ يلحقها الامضاء الشرعي، فمن لم يكن مالكاً قبل الاجازة يصير مالكاً بعدها من زمان صدور العقد. هذا و بعد الاعراض عمّا مرّ من الايراد على هذا الاستدلال من لزوم اجتماع مالكين مستقلّين على شيء واحد و عدم إمكان الانقلاب، تصوير هذا المعنى من الكشف مشكل فإنّ المفروض عدم الملكية قبل الاجازة و حالها تنقلب الملكية من الأوّل. ومعنى هذا إتمام لزوم التفكيك بين المالكية والمملوكة لو قلنا بأنّ المالكية بالفعل والمملوكة من قبل و إتمام لزوم اتّحاد الزمانين خارجاً لو قلنا بحصول الملكية المقيّدة بالزمان السابق أو المظروفة فيه في زمان الاجازة.^١ مضافاً إلى أنّ

١- فرض الانقلاب على وجهين: أحدهما فرضه على نحو تحصل المالكية بالفعل والمملوكة من الأوّل و فيه مافيه من لزوم معيّة المتضافين. ثانيها حصول الاعتبار بالفعل والمعتبر أمر سابق نظير الوصية فإنّ فيها فعلية الاعتبار وتأخر المعتبر، و ما نحن فيه عكس ذلك. فعلى هذا لا يرد على هذا القول لزوم التفكيك بين المتضافين منه. نعم، يرد عليه لزوم الانقلاب و اجتماع المالكين المستقلّين على شيء واحد. وقد أجبنا عن الانقلاب بأنّ الاعتبار ممكن ذاتاً حتّى اعتبار النقيضين؛ نعم، لا بدّ من وجود مصلحة له و كون المورد ممّا يقبل الاعتبار و معها لإجمال لمنع الاعتبار كما في المقام فإنّ اعتبار الملكية و عدمها ممكن من جهة قابلية المعتبر و وجود المصلحة. و أجبنا عن المالكين بأنّ الاجتماع إنّما هو في ظرف المعتبر لافي ظرف الاعتبار فلم يتحقّق مورد وقع التزاحم بين المالكين، فتأمل. فإنّ الشيء بعد العقد و قبل الاجازة مملوك لشخصين و إن كان زمان الاعتبار مختلف. و عليه تصرف كلّ منهما فيه تصرف في ملكه و في ملك الآخر و تأمّنه مملوك لها على الاستقلال و هذا لا يمكن فرضه.

والذي يرد على هذا القول و هي العمدة أنّ الاجازة و إن قلنا بتعلّقها بالملكية المتقدّمة و تجرّز اعتبارها بالفعل إلّا أنّ الامضاء الشرعي ليس على نحو امضاء المالك بمعنى أنّه أيضاً يجزّز بالفعل الملكية المتقدّمة، بل امضاء الشارع لا يستفاد من غير الأدلّة و هي عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و غيرها الصارفة أو المنصرفة بالعقد

الملكية المقيدة أو المستمرة أو المظروفة لم تنشأ، بل المنشأ نفس طبيعة الملكية والاجازة قد تعلقت بها وقد أمضاها الشارع حال الاجازة. ومعنى هذا، النقل لا الانقلاب.

وأما الكشف الحقيقي، فهو وإن قلنا بعدم ورود الاشكال العقلي فيه إلا أن ظاهر الأدلة اعتبار الرضا في تنفيذ العقد والمفروض أنه معدوم حال العقد. نعم، للعقد اعتبار بقاء بنظر العقلاء وفي حال الاجازة يلحقه الرضا فيؤثر. فالنتيجة النقل.

وأما سائر وجوه الكشف من كشف المحض أو اشتراط وصف التعقب في تنفيذ العقد، فضافاً إلى ما قد سلف خلاف ظواهر الأدلة كما لا يخفى. فالتحقيق أن الاستفادة من القواعد والأدلة العامة هو النقل وقد ظهر تقريبه.

→ المرضي به (الأعم من الرضا الفعلي أو اللاحق)؛ فامضاء الشارع متحقق قبل الاجازة حال العقد أي الشارع قد أمضى العقد المرضي ولو متأخراً لا الاجازة. فالنتيجة الكشف الحقيقي لا الانقلاب. فتدبر. ق

١- أقول وأستعين بالله: إنه لو اقتصرنا على الظهور البدوي أدلة الرضا جامدين عليه لابتد لنا من الحكم بطلان الفضولي لمكان كلمة «عن» في آية التجارة.

لكن التحقيق يقتضي رفع اليد عن الخصوصية المقارنة للقرائن السابقة؛ ذكرها الأستاذ (مد ظله) و لنا أن نقول: إن العقلاء لا يرون خصوصية في فعلية الرضا بل يرون الرضا فيما سيأتي كافٍ في نفوذ العقد، وإن شئت قلت: إن أدلة اعتبار الرضا لا تكون مقيدة للعمومات نظير «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بل العمومات في نفسها منصرفة عن العقد غير المرضي به. فإذا وصل الأمر إلى الانصراف، القدر المعلوم من خروجه هو العقد الذي لارضا فيه مقارناً أو سابقاً أو لاحقاً، وأما العقد الذي سيلحقه الرضا فلامانع من شمول الدليل له. فالنتيجة وجوب الوفاء بالعقد الذي سيلحقه الرضا، وهذا معنى الكشف الحقيقي.

وأما ما أفاده سيدنا الأستاذ من أن الرضا ليس بفعلي وهو معدوم، فقد عرفت عدم اعتبار فعلية الرضا وإمكان أن يؤثر الشارع العقد المرضي به ولو فيما سيأتي، بلا ورود إشكال عقلي عليه وظهور القواعد والعمومات أيضاً ذلك. فالنتيجة القول المشهور الذي عليه الأعظم من المتأخرين، منهم صاحب الجواهر (قده)، فالأخذ به متعين.

مع أن هنا إشكالاً في النقل وهو أن مقتضى العقد تحقق مضمونه من حينه. لا أقول: إن المنشأ بالعقد هي الملكية المقيدة أو المظروفة، بل أقول: إن المنشأ وإن كانت نفس طبيعة الملكية إلا أنه معنى نفوذ العقد وقوع الملكية من حينه؛ وإن شئت قلت: إن مقتضى العقد وإن كانت نفس طبيعة المبادلة إلا أن إطلاقها يقتضي وقوع المبادلة من حين العقد والاجازة لا تقيد العقد بل ناظرة إلى نفس العقد وموجبة لتنفيذ نفس العقد الواقع مطلقاً. فلا بد إما من الالتزام بالكشف الحقيقي أو الانقلاب، وحيث إن الثاني غير معقول بل يخالف القواعد، لا بد من الالتزام بالأول.

وحاصل الاشكال أن القول بالنقل يخالف لمقتضى إطلاق العقد؛ وبعبارة أخرى لو كان العقد نافذاً يؤثر من حينه وإلا فلا يؤثر بعده أيضاً. وهذا المعنى لو لم يكن أمراً عقلياً لكن لا ينبغي الاشكال في موافقته لنظر العقلاء. ومن المطمئن به أن المحقق والشهيد الثانيين يريدان باستدلالها الثاني هذا المعنى ومن استدلالها الأول ما ذكرناه في تقريب الكشف.

ولا بأس بالتعرض لبعض ما ذكر في المقام تمييزاً للفائدة.

وقد ذكر المرحوم النائيني (ره) أنه يمكن أن يقال بالفرق بين القبض والاجازة وهو أن القبض جزء المؤثر ولكن الاجازة صورة للمادة المتحققة وانفاذ من المالك لمسبق، فمن جهة أن السبب التام للنقل لا يتحقق بدونها فالاجازة ناقلة ومن حيث أنها إنفاذ لما تحقق فهي كاشفة. فعلى هذا يقع التفكيك بين الملك و آثاره من النماء والمنافع و يلتزم بالنقل في الأول وبالكشف في الثاني، فإن الملكية لا يمكن تحققها من قبل، بعددخول الاجازة في تحققها وليس للملكية السابقة اعتبار وجود في الحال بخلاف المنافع فإنه يمكن تحقق ملك المنفعة من قبل لأن لها اعتبار وجود في الحال باعتبار تعلق الضمان بها ووجود أجرتها فيصح تعلق الاجازة بها التي مرجعها إلى إسقاط الضمان، فبالنقل في الحال يصح تحققها من قبل كما يصح تحققها بعد ذلك بالنقل في الحال كما في إجارة الدار المتعلقة بالسنة الآتية. انتهى ملخصاً.

وكلامه هذا محتمل لأمرين؛ فيمكن أن يريد بذلك أن الاجازة كاشفة عن ثبوت ملكية المنافع واقعاً من الأول فعلاً، ويمكن أن يريد به الكشف الحكمي الذي نسبه الشيخ (ره) إلى شريف العلماء (ره).

أما على الأول، فيرد عليه بعد الاغماض عما أوردناه في الانقلاب من عدم إمكانه ولزوم اجتماع مالكين مستقلين في مملوك واحد وقياس ذلك بالنقل في الحال بالنسبة إلى الملك المتأخر كالاجارة المذكورة قياس مع الفارق لعدم لزوم الانقلاب في الثاني دون الأول، أن أثر العقد إنما هو نقل العين فقط و أما نقل المنافع ليس له أثر بحيث ينشئ العقاد أمرين نقل العين ونقل المنافع بل نقل المنافع يتبع نقل العين. وعليه لا معنى لتعلق الاجازة بالعقد بالنسبة إلى المنافع فإن نقل المنافع لم ينشأ بالعقد حتى ينفذ بالاجازة، فلو لاحظنا أن الاجازة إنفاذ لما سبق وقلنا بأن نتيجته الكشف فلا بد من الالتزام به في الملك و تتبعه المنافع، ولو قلنا بأن للاجازة دخلاً في التأثير فلا بد من الالتزام بالنقل في الملك و تتبعه المنافع؛ فالتفكيك لا يرجع إلى محصل إلا أن يقال بأن الاجازة متعلقة بنفس العقد لا المنافع لكتبه موجب لتأثيره في نقل العين بعدها ونقل المنافع بعده. فتأمل.

→ وبالجملة إن جميع أنحاء الكشف عدا الحقيقي منه مخالف لظواهر الأدلة، بل في بعضها إشكال ثبوتي و في النقل أيضاً إشكال عقلائي؛ ولا أقل من أنه خلاف ظواهر الأدلة الدالة على تنفيذ العقد، فإن مقتضاها وقوع المضمون من حينه على التقريب المتقدم. و سيجيء في الاشكال في الكشف الحكمي عند تعرض سيدنا الأستاذ له. فلم يبق إلا الكشف الحقيقي المساعد له نظر العقلاء و ظواهر الأدلة والشهرة بين العلماء و ذهاب جمع من أكابرهم إليه فلا بد من الالتزام به. والحمد لله. ق

و قد ظهر ممّا تقدّم أنّ الصحيح هو الالتزام بالنقل ولا منافاة بين إنفاذ ما سبق والنقل من حين الانفاذ، فإنّه ليس في السابق إلّا العقد و هو إنشاء النقل والمفروض أنّ تأثيره موقوف على الاجازة فيعتبر بقاءه حال الاجازة وبها ينفذ وهذا هو النقل؛ اللهمّ إلّا أنّ يقال بأنّ البقاء هنا ليس على نحو البقاء في سائر الموارد فإنّ البقاء فيها إنّما هو الامتداد تبعاً للزمان و أمّا البقاء هنا هو اعتبار العقد المقيد أو الظروف في الزمان السابق في مرحلة البقاء، ونتيجة ذلك الانقلاب. فتأمل.

و أمّا على الثاني، فأصل المدعى وإن كان صحيحاً على ما يأتي إلّا أنّ الدليل على ذلك هو الروايات الخاصّة الظاهرة في الكشف. و حيث إنّه على خلاف القواعد كما مرّ نلتزم بالتعبّد و هو الكشف الحكمي وسيجيء بيانه. ولا يمكن إتمام ذلك على القواعد لعين الاشكال المتقدّم فإنّ المنشأ بالعقد نقل الملك لا المنافع فلا تتعلّق الاجازة به بلحاظ نقل المنافع حتّى يلتزم بالكشف الحكمي على القواعد.

ثمّ إنّ ما ذكره من أنّه ليس للملكية السابقة اعتبار وجود في الحال بخلاف المنافع فإنّ لها اعتبار وجود حينئذ باعتبار تعلق الضمان بها وثبوت أجرتها، لا يتمّ أيضاً فإنّ ملكية المنافع اللازم منها الضمان وثبوت الأجرة من آثار ملكية العين، فكيف يقال بعدم اعتبار وجودها في الحال لعدم ثبوت أثر عليها حينئذ، بل لو بنينا على الكشف الحكمي نلتزم بثبوت الملك من الأول تعبّداً والمنافع تتبعه وسيأتي إن شاء الله.

وهنا مناقشات أخرى في كلامه (ره) لا يهتّمنا التعرّض لها والمهمّ منها ما ذكر. وقد ذكر في آخر كلامه في بيان أقسام الكشف و ما قيل أو يقال في الكشف الحكمي أنّ أقوى الوجوه هو الوساطة بين الكشف الحقيقي والنقل التي يعبر عنها بالكشف الحكمي ولكن لا من باب التعبّد الصرف بل بمقتضى القاعدة. و ذلك للفرق بين الأمور المتأخّرة التي لها دخل في المتقدّم فإنّها لا تخلو عن أحد أقسام ثلاثة:

الأول كالتقبض في الصرف والسلم والتقبض في الهبة والوقف ونحو ذلك.

والثاني كالاجازة من المالك والمرتهن ونحوهما.

والثالث كإخراج الزكوة بعد بيع الزكوي وإبراء الدين من المرتهن وفكّ الراهن

الرهانة ونحو ذلك.

أمّا القسم الأول، فيتوقّف تأثير العقد على وجوده ولا مجال لتوهم الكشف فيه مطلقاً سواء كان جزء المؤثر كالتقبض في الصرف والسلم أم كان شرطاً للصحة في الرهن والهبة والوقف. و أمّا الثاني، فحيث إنّ ناظر إلى ما وقع وتنفيذ لما سبق فيوجب تأثيره فيما سبق بالنسبة إلى ما يمكن أن يتعلّق به الانفاذ. و أمّا الثالث، فهو وإن لم يكن في الظهور

مثل الثاني إلا أنه في نظر العقلاء حكمه حكم الثاني، فإن العرف والعادة بحسب ما ارتكز في أذهانهم يرون الأمر الذي يصير موضوعاً للحكم بتوسط العنوان المتأخر أنه هو الموضوع فالآثار المترتبة على هذا الموضوع تترتب عليه من أول الأمر وهذا الأمر المتأخر بمنزلة الواسطة في الثبوت والأدلة الواردة في هذا الباب إمضاء لما ارتكز في أذهان العقلاء وناظرة إلى ماهم عليه، والجامع بين القسمين الأخيرين أن موضوع الحكم هو المنفذ والنفاد وما يرجع إليه ناظر إلى المتقدم.

انتهى محل الحاجة.

و في جميع ما ذكره في هذه الأقسام نظر. أمّا ما ذكره في القسم الأول من أنه لا مجال لتوهم الكشف فيه، فلم نعرف لهذا المدعى وجهاً بل صريح عبارة صاحب الجواهر في باب بيع السلم من أن القبض دخيل كشفاً أو نقلاً أنه يحتمل فيه الكشف أيضاً، بل توهم الكشف في القبض أولى من توهمه في الاجازة فإن الرضا في العقد متمم للعقد الموضوع لدليل وجوب الوفاء لحصول ارتباط العقد بالمالك بنحو سبق بيانه، بخلاف القبض فإن العقد تامّ والقبض والتسليم متفرّع على تماميته فالقول بالكشف هنا أولى.

ثم إن ما ذكره من أن القبض على نحوين، جزء وشرط، فهذا أيضاً لا دليل عليه بل الاستفادة من الأدلة «لارهن إلا مقبوضاً أو يدأ بيد» في باب السلم الاشتراط. وأما ما ذكره في الثاني من أن الاجازة ناظرة إلى ما وقع... الخ، ففيه: أولاً الاشكال العقلي المتقدم وأنه لا يعقل انقلاب الشيء عمّا وقع عليه حتى اعتباراً.

وثانياً تنفيذ ما سبق إنّه هو في مضمونه والمفروض أن مضمون العقد وهو الملكية غير قابل للتنفيذ وليست الآثار مضمونة للعقد حتى تنفذ بالاجازة.

وثالثاً أن هذا خلاف القواعد، فإنها دالة على اعتبار الرضا في التأثير. ومقتضى ذلك بحسب فهم العقلاء النقل لا ما ذكر.

وأما ما ذكره ثالثاً، فضافاً إلى ما ذكر في الثاني من الاشكالات يرد عليه أن في البيع الزكوي لو قلنا بأن الزكاة تتعلق بالعين بحيث تشترك العين بين المالك والفقراء، فالبايع باع مال نفسه وغيره وبعداً داء الزكاة يملك ما باعه أولاً وكان ملكاً للفقراء، فهذا يدخل في مسألة «من باع شيئاً ثم ملك» وهذا قسم خاص من الفضولي نتعرض له إن شاء الله. ولو قلنا بعدم الاشتراك وتعلق الزكاة بالزكوي على النحو الكلي في المعين، فلو باع المالك جميع المال فقد باع ملك الفقراء أيضاً وبعد أداء الزكاة يملكه وهذا أيضاً يدخل في تلك المسألة؛ وأما لو باع المالك ما عدا الزكاة كلياً فبيعه صحيح وليس بفضولي كما

لا يخفى. ولوقلنا بأنّ الزكاة حقّ في العين نظير حقّ الرهانة و بأدائها تنفكّ العين عن الحقّ، فقد باع المالك ملكه و قد ارتفع الحقّ عنه بأدائه الزكاة، فهذا أيضاً خارج عن الفضولي أو يدخل في نظير تلك المسألة على حسب اختلاف المبنى. و قد ظهر الحال في المثالين الآخرين. فتدبر جيداً.

ثم إنّ في كلام المرحوم النائي (ره) تبعاً للشيخ الأعظم (ره) نكتة لا بدّ من التنبيه عليها وهي كما في عبارة الشيخ: «فإذا دلّ الدليل الشرعي — العمومات والقواعد كما يظهر من سابق كلامه — على إمضاء الاجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بدّ من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار الممكنة...» الخ.

وقدمر سابقاً أنّه يحتمل في كلام المرحوم النائي هذا المعنى المذكور في كلام الشيخ (ره) وهو الكشف التعبدي و يحتمل الانقلاب الواقعي و قد تقدّم تفصيله. و كيف كان، فتتميم ما ذكرناه على القواعد في غاية الاشكال. أمّا أولاً، فإنّ تنفيذ العقد في مضمونه لا يمكن و تنفيذ الآثار لا معنى له بعد عدم إمكان تنفيذ المؤثر، مضافاً إلى أنّ الأدلة العامة دالة على تصحيح العقد في المضمون. و هذا اللسان يغاير التعبد بترتيب الآثار لولم يمكن تحقّق المضمون كما لا يخفى فلا يمكن شمول تلك الأدلة لكلا المقامين.

و قد ذكر المحقّق صاحب الكفاية (قدّه) في المقام أنّ العقد إن كان مثل الاجارة و عقد التمتع فمضمون العقد ملكية منفعة الدار من أوّل السنة مثلاً إلى آخرها أو زوجية المرأة في تلك المدة فلا بدّ من اعتبار هذا المضمون عند تحقّق الاجارة و إلّا فلكية المنفعة حين الاجازة أو الزوجية من حين الاجازة بعد مضيّ مدة منها ليست تمام مضمون العقد فيكون تبعيضاً في مضمون عقد الاجارة و عقد التمتع، مع أنّ عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» الوفاء بتمام ما عقد عليه عند تماميّة علته. و إن كان العقد مثل البيع و النكاح الدائم، فمضمون العقد هي الملكية المرسلّة الغير المحدودة من حيث المبدأ و المنتهى و كذلك الزوجية اللاموقّته من حيث البداية و النهاية؛ فلولم يجب ترتيب الأثر على هذا المضمون المرسل لكان التزاماً بالملكية المبعوضة و الزوجية المبعوضة المحدودتين من حيث المبدأ مع أنّه لاحدّ لها من حيث المبدأ بحسب مضمون عقدهما.

انتهى على ما قرره تلميذه المحقّق (قدّه) بعد ما ذكر من إمكان تعلق الاعتبار بالمتقدّم كالتأخر و جوابه عن إشكال الانقلاب بأنّ زمان الاعتبار مختلف و هذا يكفي في رفع الاستحالة.

و أشكل على شيخه الأستاذ بعد ما قرّر مراعاة بأنّ اعتبار ملكية المنفعة السابقة

الفائنة بنحو الانقلاب لا أثر له إلا الرجوع بالبدل مع أن التلف على الفرض لم يرد خارجاً إلا على المنفعة الغير المملوكة للمجاز له و إنما اعتبرت ملكيتها له فعلاً بنحو الانقلاب فالاعتبار متأخر عن التلف، و فرض الانقلاب و إن كان لازمه فرض ورود التلف على المملوك بالملكية السابقة للمجاز له إلا أن ورود التلف عليه بالاعتبار لا بالحقيقة ولا دليل إلا على كون التلف الحقيقي مضمناً لا التلف الفرضي الاعتباري. انتهى محلّ الحاجة. أما ما ذكره من إمكان تعلق الاعتبار بالمتقدم، فقد ظهر ممّا تقدّم استحالة ذلك ولا يقاس بالتأخر فلا يعيد؛ كما أنه مرّ عدم إمكان التفصي عن الاشكال باختلاف زمان الاعتبار، فلاحظ. وأما لو بنينا على الانقلاب و عدم لزوم أيّ محذور فيه، فما أشكل به على صاحب الكفاية (ره) غير صحيح، فإنّ المفروض اعتبار الملكية من الأول ولو كان ظرف الاعتبار اعتبار حال الاجازة، فالتلف التكويني الخارجي واقع على الملكية المعبرة بذلك الاعتبار فلا يحصل للقول بأنّ هذا التلف فرضي اعتباري. نعم، يرد على صاحب الكفاية ما ذكر من الاشكالات العقلية و عليه فلا بدّ من الالتزام إمّا ببطان الاجارة والمتعة أو التبويض فيها كما هو الصحيح على ما حقق من جواز التبويض في المنشأ، ونظائره كثيرة في الفقه كما لا يخفى.

والالتزام بالنقل في البيع و نحوه لعدم دخل الزمان في المنشأ و مقتضى اعتبار الرضا في التأثير هو ذلك، فمقتضى القواعد هو النقل أي يعتبر العقلاء العقد باقياً حال الاجازة و باجازه تترتب الآثار والمستفاد من الأدلة العامة هذا المعنى. نعم، لو أغمضنا النظر عن ذلك فأوفق بالقواعد الكشف الحقيقي لا الحكمي كما ذكره الشيخ (ره) ولعلّه ظاهر ممّا تقدّم، لكن ورد هنا روايات صحيحة وغير صحيحة قد ادّعي دلالتها على الكشف، كصحيحة محمد بن قيس الدالة على أنّ الاجازة توجب خروج نماء المبيع الحاصل قبل الاجازة و هو الولد عن ملك المالك و صيرورته حرّاً ولا يتمّ هذا إلا على الكشف، و صحيحة أبي عبيدة الدالة على أنّ الزوجة باجازتها ترث ميراث زوجها الميت قبل هذه الاجازة و هذا أيضاً لا يتمّ إلا على الكشف، و غيرهما ممّا نتعرض له إن شاء الله.

أما ما ذكر في دلالة الأولى على الكشف، فلا يصحّ لأنّ الولد في مفروض الرواية حرّ ولو لم تحصل الاجازة لمكان الشبهة. و أما أخذ المالك الولد قبل الاجازة من جهة أنّ المشتري ضامن لقيمة الولد فأخذه لأخذ القيمة منه. و يدلّ على ذلك عدّة من الروايات، منها موثقة جميل الواردة في هذا الباب^١ فإنّ فيها أنه يدفع إليه المبتاع قيمة الولد؛ وقد يقال

١- الوسائل، الباب الآخر، باب نكاح العبيد والاماء، الرواية الآخرة.

في تقريب الاستدلال بالصحيحة للكشف: إن لازم النقل لزوم دفع المشتري قيمة الولد و عوض ماخدمت له الجارية إلى المالك، والحال أن الصحيحة ساكتة عن ذلك مع كونه في مقام البيان. فن هنا يعلم عدم لزوم دفع القيمة ولا يتم هذا إلا على الكشف. وفيه أن الأمر وإن كان كذلك إلا أن الصحيحة حاكية عن قضاوة أمير المؤمنين (ع) وليست جهة القضاء وخصوصياته مذكورة فيها. ومن هنا يعلم أن الصحيحة ليست في مقام البيان إلا من جهة نفوذ الاجازة فقط وأما لزوم دفع القيمة و عوض الخدمة وعدم لزوم ذلك فليست الرواية في مقام بيانها.^١

وأما الصحيحة الثانية، فغير ناظرة إلى تصحيح العقد بالاجازة أصلاً بل مضمونها نفوذ العقد و ثبوت الخيار لا توقف نفوذه على الاجازة. والدال على ذلك مواضع عديدة في هذه الرواية:

منها: «النكاح جائز» وهذا ظاهر في أن النكاح نافذ فعلي.

ومنها: «له الخيار» وهذا أيضاً دال على حق فسخ العقد النافذ.

ومنها: «يجوز ذلك عليه إن هو رضي» فإن هذا دال على نفوذ العقد بالنسبة إلى الراضي به ولزومه عليه قبل إدراك الآخر وحصول الرضا منه، وهذا لا يتم إلا إذا كان العقد صحيحاً نافذاً فيلزم بالنسبة إلى من رضي به وإن كان بعد جائزاً بالنسبة إلى الآخر؛ وإلا فالتم تحصل الاجازة في الفضولي من الطرفين لا يكون العقد لازماً على أي منها.

ومنها: «يعزل ميراثها منه» فإنها ظاهرة في الميراث الفعلي لا ما يكون ميراثاً بعد الاجازة وهذا أيضاً دال على نفوذ العقد فعلاً. ولزوم الحلف على أنها ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، لا ينافي ذلك فإن الحاصل من هاتين العبارتين ثبوت الارث فعلاً غير مستقر وإنما يستقر بالرضا نظير العقد الخياري.

والحاصل أن ظاهر الرواية بل صريح بعض فقراتها أن النكاح تام نافذ والميراث

١- أقول: ضمّ قول المشتري «لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني» إلى قوله (ع) «فلما رأى ذلك السيد أجاز بيع ابنه» ينتج أن الاجازة كانت دخيلة في إرسال الابن وهذا لا يمكن من جهة صبروته حرّاً بالاجازة، فإن الولد حرّ من الأول كما أفاد فيتعين كون الاجازة دخيلة في إرسال الابن عن كونه رهناً للقيمة وهذا لا يتم إلا على الكشف؛ بل الصحيحة دالة على الكشف الحقيقي لا الحكمي فإنها ليست في مقام التعبد بحكم مخالف للقاعدة بل لسانها جار مجرى ما هو المرتكر والموافق للقاعدة. ولعمري إن ملاحظة نفس هذه الصحيحة بعين التدقيق والانصاف كافية في الجزم بالقول المشهور وهو دخل الاجازة المتأخرة في الأمر المتقدم لابتحوا الانقلاب فإنه غير متصور في نفسه مخالف للقواعد على مامر، بل بنحو الشرط المتأخر، والعرف أيضاً مساعد لذلك وجواز حبس السيد الوليدة وابنها من جهة استصحاب عدم تحقق الاجازة وهذا واضح. ق

ثابت بالفعل لكنهما جائزان قابلان للزوال بالخيار، وأما دلالتها على إمكان تصحيح العقد الفضولي بالاجازة فلا. نعم، مضمون الرواية غير معمول به عند الاصحاب و مخالف للروايات الصحيحة الواردة في ذلك إلا أن هذا لا يوجب تأويل الرواية و صرفها عن مضمونها إلى ماهي غير ظاهرة فيها، بل الرواية تسقط عن الحجية و لزوم العمل بها في موردها و هو النكاح فضلاً عن التعدي عنه إلى غيره.

و مما استدلت به على القول بالكشف، صحيحة الحلبي:

قال: قلت لأبي عبد الله (ع): الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره. أيجوز

طلاقه و هو ابن عشر سنين؟

قال: فقال: أما تزويجه فهو صحيح و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه كان قد طلق، فإن أقر بذلك و أمضاه فهي واحدة بائنة و هو خاطب من الخطاب.

الحديث.

و هذه الرواية مما تدلّ على أن الايقاعات أيضاً قابلة للفضولية. و وجه الاستدلال بها على الكشف أن حبس المرأة عليه قبل إجازة الطلاق، إنّما هو من جهة احتمال حصول الاجازة و ازالة العلقه بسبب الطلاق، و هذا لا يتم إلا على الكشف؛ ولكنّ لهذه الجملة «تحبس عليه امرأته» احتمالين: أحدهما ما ذكر الدالّ على الكشف. ثانيها «أن تحبس» من جهة عدم مسّ الزوج إياها مع احتمال تحقق الاجازة و حصول البيّنونة بينها فيما بعد لسلايلزم العار على الروجة، و هذا الاحتمال لا ينافي ثبوت الزوجية فعلاً كما لا يخفى. و مع هذين الاحتمالين لا يمكن التمسك بالرواية لاثبات الكشف. و في ذيل رواية بريد الكناسي الطويكة الواردة في أبواب أولياء العقد في النكاح ما هو نظير ذلك، و ظاهرها وجوب حبس المرأة قبل بلوغ الزوج بخلاف هذه الصحيحة «لمكان ينبغي». و كيف كان فلزوم الحبس أو استحبابه أعمّ من الكشف والنقل على ما ذكر.

ثم إنّ تزويج الأولياء الصغيرين صحيح نافذ لازم ليس لأحدهما خيار بعد البلوغ بلاخلاف ولا إشكال في الأب، والجّد أيضاً ملحق به على المشهور شهرة عظيمة و يدلّ على ذلك عدّة من الصحاح فالمسألة مسلمة. و ذيل صحيحة الحذاء أيضاً ظاهر في ذلك بالنسبة إلى الأب بخلاف ذيل صحيحة الحلبي و مافي رواية الكناسي و غيرها إلا أن ذلك شاذّ نادر لا بدّ من طرحه مع مافي رواية الكناسي من ضعف السند و مخالفة فتوى الأصحاب في عدّة مواضع، فلاحظ. و مع هذا لا يمكن الاعتماد على مثلها في مقام الفتوى و صحيحة الحلبي و إن صحّت بحسب السند إلا أن متنها معرض عنها بين الأصحاب، فهي أيضاً غير

قابلة للاستناد إليها.

ومما استدلت على القول بالكشف برواية مسمع أبي سيار:

قال: قلت لأبي عبد الله (ع): أنا كنت استودعت رجلاً مالاً فجدنيه وحلف لي عليه. ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذته وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك، فهي لك مع مالك واجعلني في حل. فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأتيت حتى أستطلع رأيك؛ فأتري؟

قال: فقال: خذ الربح وأعطه النصف وأحلّه. إن هذا رجل تائب والله يحب

التواين.^١

أما سند الرواية فضعيف، فإن حسن بن عمارة وأبيه لم يؤثقا وفي إسناد الصدوق إلى مسمع أيضاً ضعف. وأما دلالتها، فعلى مبنى القوم من أنه لو اشترى المشتري كلباً في ذمته وأدى مال الغير في مقام الأداء تصحّ المعاملة له وما أذاه إلى البايع بعد ملك للغير و ذمته مشغولة بالبايع، فهذه الرواية مخالفة للقاعدة لأنّ المتعارف في المعاملات هو الاشتراء بالثمن كلباً في الذمة فلا يستحقّ المستودع المذكور في الرواية غير ماله على القاعدة ولا ترتبط الرواية بباب الفضولي أبداً. ولكن قد بنينا على عدم تمامية ذلك في جميع الموارد، فإنّ السارق الذي سرق المال وذهب به إلى السوق ليشتري به شيئاً ويؤديه ثمناً لذلك الشيء يشتري بمال الغير وإن اشترى كلباً في ذمته. وهذا أمر عقلائي موافق للروايات أيضاً كروايات باب الاتجار بمال اليتيم والمضاربة والاتجار بالزكاة، فإنّ في جميع هذه الموارد المتعارف هو الاتجار على النحو الكلي في الذمة، وفي مقام الأداء يؤدي مال اليتيم أو الزكاة أومال المالك ومع ذلك لا تقع المعاملة للعاقِد. وتؤيد ذلك نفس هذه الرواية فإنّ مجيء الودعي بالمال والربح وقوله هكذا يدلنا على أنّ الارتكاز العقلائي مساعد لوقوع التجارة لصاحب المال وإن كان المشتري قد أتجر بثمن كلي. وإن احتملت وقوع المعاملة في مفروض الرواية شخصياً فترك استفصال الامام (ع) يدلّ على ذلك. وعلى هذا المبني تتصوّر الفضولية في الرواية. ثمّ إنّ الحكم بعدم اعتبار الاجازة وتعبّد الشارع بأنّ الربح لصاحب المال ولو مع عدم الاجازة مخالف للفهم العقلائي من الرواية بل الظاهر أنّ المالك باجازته يملك الربح.

١- وتقريب الاستدلال أنّ أخذ الربح لا يمكن إلّا إذا تعلقت الاجازة بالعقد وكشف عن صحته من الأوّل وإلا فلا يستحقّ المحيز الربح نظير باب المنافع. ق

ثم إن الظاهر من الرواية وقوع معاملات متعددة من الودعي لتحصيل هذا القدر من الربح وإن أبيت فلا أقل من عموم الرواية لذلك من جهة ترك الاستفصال. وعليه فهنا إشكال وهو أنه لا يمكننا تصحيح جميع هذه العقود باجازه واحدة على القول بالكشف بأقسامه أو النقل إلا إذا قلنا بكفاية الاجازة المتقدمة على الملك في تصحيح المعاملة الواقعة على الملك المتأخر، فإن الاجازة الواحدة بالنسبة إلى العقود المتعددة وإن كانت منحلّة بتعداد هذه العقود إلا أن انحلالها عرضي والعقود المترتبة في المقام طولي فبدأ السلسلة يصح بهذه الاجازة كشافاً أو نقلاً، فلو صحّت سائر أفراد السلسلة بنفس هذه الاجازة يلزم تأثير الاجازة في ما يملكه المحيز في الرتبة المتأخرة عن هذه الاجازة. وسيجيء شطر من الكلام في ذلك في المباحث الآتية إن شاء الله وما يقال في الجواب عن هذا الاشكال. والاشكال مشترك على القولين والجواب مشترك على القولين فالرواية لا تدلّ على الكشف لأنّ الربح على القول بالنقل أيضاً ملك للمحيز بناء على رفع هذا الاشكال؛ وبناء على وروده ليس له حتى على القول بالكشف أيضاً، فعلى هذا المبني تكون الرواية مخالفة للقاعدة على القولين. هذا بناء على القول باعتبار الانشاء في الاجازة وأما على القول بكفاية الرضا فيها كما هو الصحيح فلا إشكال أصلاً لأنّ حدوث الرضا يصحّ مبدأ السلسلة وبقاؤه يصحّ سائر أفرادها والربح للمالك على القولين، فلا دلالة للرواية على الكشف على جميع المباني. ثم إن الحكم برد النصف في الرواية أمر استحبابي فإنّ الرجل تائب والله يحبّ التوابين.^١

١- أقول: الاشكال المذكور وهو لزوم تقديم الاجازة على حصول الملك، فإنه مالم يتعلّق بمبدأ السلسلة لا يحصل ملك المبيع في البيع الثاني للمحيز فرتبة حصول هذا الملك متأخر عن رتبة الاجازة؛ فلو أثرت هذه الاجازة أو ماني عرضها في البيع الثاني أيضاً يلزم تأثيرها في العقد الواقع على الملك المتأخر عن الاجازة غير وارد على الكشف الحقيقي على نحويه من كون الاجازة شرطاً متأخراً أو التعقّب بها وصفاً أو ذاتاً شرطاً مقارناً، فإنّ الملكية في جميع السلسلة تحصل في ظرف وقوع أفرادها فالملكيات مترتبات لحصول شرط جميعها وهي الاجازة في ظرفها على الأول والتعقّب بها في جميعها على الثاني فأين تأخير الملك على الاجازة؟ وتوهم أن المصحح لمبدأ السلسلة الاجازة فلا يمكن أن تكون مصححة للثاني والثالث وهكذا لأنه مالم يصحّ الأول لا يمكنه تصحيح الثاني لرتبتها فيلزم إشكال تأخير ما حقه التقدّم، مدفوع بأنّ هذا التقريب خلاف مبني الكشف فإنّ المصحح على الأول وإن كانت نفس الاجازة إلا أنّ التصحيح فعلي والمصحح متأخر على هذا المبني، فالعقد الثاني مترتب على العقد الصحيح الفعلي لحصول المصحح في ظرفه ويصحّ العقد الثاني أيضاً لحصول المصحح في ظرفه ولا يلزم على هذا القول تقديم المصحح على المصحح ليلزم المحذور وعلى الثاني المصحح هو التعقّب و تعقّب الأول بالاجازة يغيّر تعقّب الثاني بالاجازة فلا محذور. نعم، الاشكال وارد على النقل والانقلاب فإنّهما بالنسبة إلى مبدأ السلسلة متوقّفتان على حصول الاجازة فلو أثرت الاجازة في سائرهما يلزم تأثيرها في العقد الواقع على الملك المتأخر عنها. فلو قلنا بتأخير الاجازة عن هذا الملك رتبة يلزم محذور تقديم ما حقه التأخير وإلا فلا إشكال هنا أيضاً وتحقيقه موكول إلى محله، كما أنه لو بنينا على ما هو الصحيح من عدم

ويمكن تقريب الاستدلال بالرواية على الكشف بأن حصول الربح بالمال المستودع إقماً بالتجارة أو باشتراء شيء كالبستان ونحوه ممّا له نماءات و منافع بعد الاشتراء فيمكن أن تكون أربعة آلاف درهم المذكورة في الرواية قيمة هذه النماءات والمنافع، واستحقاق المحيز لها لا يمكن إلاّ على الكشف وهذا الاحتمال كافٍ في دلالة الرواية على الكشف لعدم الاستفصال، إلاّ أنّ الرواية منصرفة عن ذلك. وما يحصل في النظر بدوّاً من الرواية حصول الربح من التجارة وهذا موجب لانصراف الرواية إليه فهذا التقريب أيضاً لا يتم.^١

و ممّا استدكّ على القول بالكشف برواية عروة البارقي المتقدمة فإنّ تقرير النبي الأكرم فعله دالّ على جوازه ولا يمكن إلاّ على الكشف فإنه على النقل تصرّف تصرفاً محرّماً وهذا منافٍ للتقرير. وجوابه ظاهر فإنّه لو تمّ الاشكال يرد على الكشف أيضاً، فإنّ التصرّف المذكور مصداق للتجري القبيح وهذا منافٍ للتقرير إلاّ أن يقال بأنّ عروة كان يعلم بأنّ الاجازة كاشفة و يعلم بحصول الاجازة فيما بعد، فيخرج التصرّف حينئذ عن عنوان التجري وهذا كما ترى.

والجواب الحلّي أنّه لو كان عروة عالماً برضا النبي (ص) تقديراً أو متأخراً و كان معتقداً ولو فاسداً لجواز هذا التصرّف مع رضاه (ص) كذلك، فهذا يكفي في جواز التقرير و إن التزمنا بالنقل. فهذه الرواية أيضاً لا تدلّ على الكشف.

وممّا استدكّ به على الكشف أخبار تحليل الخمس للشيعة. وقد ذكر الميرزا الرشتي (قدّه) أنّها صريحة في الكشف، فإنّ التحليل متأخّر عن وقوع بعض المعاملات ومورد بعضها أيضاً العقود المتقدمة على التحليل. ولكن بالمراجعة إلى هذه الأخبار يعلم أنّ التحليل من زمان النبي (ص) بالنسبة إلى الشيعة مع أنّهم وجدوا بعده (ص)، فلا إشعار لهذه الروايات في ذلك فضلاً عن الصراحة.

بقي الكلام في روايات باب المضاربة والاتجار بما لليتيم مع أنّ الربح للمالك واليتيم. وقد تقدّم الكلام فيها و قلنا بعدم دلالتها على البحث الفضولي؛ ولو تنزّلنا فدالتها نظير دلالة مسمع أبي سيار، فلا تخط. فلا تدلّ على الكشف.

→ اعتبار الانشاء في الاجازة بل الرضا المبرز بمبرزاً كافٍ فيها فيرتفع الاشكال أيضاً.

فتحصل أنّه لا دلالة في الرواية، لا على الكشف ولا على النقل، على المبنى الصحيح وعلى البناء على دفع الاشكال وإلاّ فتدلّ الرواية على الكشف، فتدبر جيداً. ق

١ - أقول: الظاهر من كلمة الربح الذي يعبر عنه في الفارسية بـ «سود» منافع التجارة لا مطلق

المنفعة، فإذا دلالة الرواية عرفاً ولغةً منحصرة في ذلك ولا تصل النوبة إلى دعوى الانصراف. ق

و أما الشهرة الفتوائية على الكشف، فهي مستندة إلى هذه الوجوه ولا حجية فيها فلم نجد ما يدل على الكشف، لاجنب القواعد ولا تعبداً^١.

ذكر الشيخ (ره): بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل.

ولابد من بيان الثمرة بين الأقوال في أربعة أقسام:

١- الكشف الحقيقي ومعناه حصول الملكية من حين العقد سواء قلنا بالكشف المحض أو شرطية التعقب الانتزاعي أو الذاتي أو شرطية نفس الاجازة المتأخره لعدم ثمره بين هذه المباني كما هو ظاهر.

٢- الكشف الحكمي بمعنى انقلاب العقد عن عدم كونه مؤثراً إلى كونه مؤثراً من الأول أو انقلاب عدم الأثر إلى الأثر ولا ثمره بينها، فإنه على كلا التقديرين تحصل حال الاجازة الملكية من الأول بعد ما لم تكن موجودة قبل الاجازة.

٣- الكشف التعبدي بمعنى تعبد الشارع إما حال العقد أو بعد الاجازة بحصول الملكية من زمان العقد أو حصول المقدار الممكن من الآثار كما أفاده الشيخ (ره). وما هو

١- أقول: تحصل مما تقدم أنّ مقتضى القواعد الكشف الحقيقي مع كون الاجازة شرطاً متأخراً. و يدل على الكشف صحيحة محمد بن قيس لا تعبد بل يدل على أنه أمر عقلائي ويؤيدنا ذهاب كثير من الأعاضم إليه بحيث أسند الكشف إلى المشهور، مع ورود إشكال عقلائي على النقل كما مرّ وعقلي على الانقلاب كما مرّ. و وعدنا التعرض للاشكال على الكشف الحكمي.

أما على ما اختاره الشيخ (ره) من حكم الشارع بترتيب الآثار من الأول مع عدم حكمه بذلك بالنسبة إلى الملك، ففيه:

أولاً: تفكيك الشارع بين حصول الملك و آثاره، لغو محض بل لا معنى للتعبد بالملك إلا التعبد بالآثار. و ثانياً: هذا كره على ما قرّنه فإنه لو تعبد قبل الاجازة مع قطع النظر عن الاجازة فيلزم عدم دخلها فيه و هذا ظاهر الفساد، مع النظر إليها يلزم محذور الشرط المتأخر. ولو تعبد بعدها بترتيب الآثار من الأول فهذا معنى الانقلاب، غاية الأمر في الآثار لا في الملك.

و أما على ما يحتمل في معناه من تعبد الشارع بالملك من الأول في مقابل استفادة الكشف من القواعد، فهذا وإن كان سالماً عن الاشكال الأول إلا أنه مبتلى بالاشكال الثاني؛ اللهم إلا أن يقال بأن التعبد بالكشف مع إمكانه في بعض صوره و هو كون التعقب الذاتي شرطاً يوجب الالتزام بذلك. ولكن قد عرفت سابقاً عدم تمامية هذا النحو من الكشف أيضاً إلا أن يرجع إلى الاعتبار؛ و لازم اعتبار العقد المتقدم بالذات موضوعاً للآثار، عدم دخل رضا المالك فيها بوجه في البيع الفضولي و اختلاف الاعتبار في الفضولي وغيره فإن في غيره العقد و الرضا موضوع بخلافه، و هذه التوالي كما ترى. مع أنّ إمكان الاعتبار بنحو الشرط المتأخر على ما ذكرنا يعني عن الالتزام بذلك الأمر الدقيق الفلسفي، فيحمل التعبد أيضاً على ذلك المعنى الأوفق بنظر العقلاء.

و ممّن وافقنا على الكشف الحقيقي بنحو الشرط المتأخر السيد الفقيه البيهقي (قدّه)، لكن لاعلى القواعد بل على حسب الأدلة الخاصة، منها صحيحة محمد بن قيس. ق

المنتج في هذا القسم هو الأخير، فإنَّ الأوَّل ملحق بالكشف الحقيقي والثاني بالحكمي فلا بدَّ من ملاحظة دلالة الدليل.

٤- النقل .

و أمَّا تكثير الأقسام على حسب المباني كما فعله الميرزا الرشدي (ره) فقد عرفت أنه لا ثمره بين الأقسام على اختلاف المباني.

ثم إنَّ الثمرة بين هذه الأقسام من جهة جواز تصرف المشتري الأصيل في الثمن إنَّما تظهر لولم نقل بعدم الجواز حتَّى على النقل من جهة شمول دليل الوفاء بالنسبة إلى المشتري الأصيل حتَّى قبل الاجازة وإلا فلا تظهر ثمره بين الأقسام من هذه الجهة كما هو واضح. و قد مرَّ قوَّة ذلك و الآن نبحت مع قطع النظر عن هذه الجهة و نبني على عدم تمامية العقد حتَّى بالنسبة إلى المشتري الأصيل قبل الاجازة.

ثم إنَّ الثمرة بين الكشف الحقيقي و غيره من جهة جواز تصرف المشتري في المبيع والمالك في الثمن و عدمه قبل الاجازة ظاهرة؛ فعلى الكشف الحقيقي يجوز واقعاً ولا يجوز ظاهراً إلا إذا علم بتحقق الاجازة في مابعد بخلاف الكشف الحكمي والنقل. و أمَّا التعبدية فقد ذكرنا أنه إمَّا ملحق بالحقيقي أو الحكمي حتَّى على مبنى التعبد بالآثار الممكنة أيضاً كما لا يخفى.

وقد ذكر الشيخ (ره) و تبعه غيره أيضاً في وجه عدم جواز التصرف ظاهراً بناء على الكشف الحقيقي أنَّ الأصل عدم الاجازة.

و هذا الاستصحاب مثبت على جميع التقادير. أمَّا لوقلنا بالكشف المحض أو شرطية التعقّب، فظاهر فإنَّه ليس من الآثار الشرعية لعدم الاجازة عدم حصول التعقّب أو عدم تأثير العقد. وهكذا لوقلنا بالشرط المتأخر معني أنَّ العقد مؤثّر لو حصل الشرط في ظرفه، فإنَّه لو سلّم أنَّ تأثير العقد من الآثار الشرعية للاجازة إلا أنَّ عدم التأثير ليس من آثار عدمها بل هذا أمر عقلي و لذا لانرى الاستصحابات العدمية لموضوعات الأحكام فإنَّها مثبتة و يمكن أن يقال إنَّ وجه عدم جريان الامام استصحاب عدم النوم في صحيح زرارة و حكمه (ع) باستصحاب الطهارة ذلك، فافهم. مع أنه يمكن منع كون تأثير العقد من الآثار الشرعية للاجازة فإنَّ المجهول في القضايا التعليقية لو كان ترتب المعلق على المعلق عليه يكون المعلق من الآثار الشرعية للمعلق عليه فيمكن ترتبه باستصحابه. و أمَّا لو كان المجهول نفس التعليق والملازمة فباستصحاب المعلق عليه لا يمكن اثبات المعلق فإنَّ ترتبه عليه ليس من الآثار الشرعية للمستصحب، وما هو الضابط في جريان جميع موارد الاستصحابات الموضوعية كما تقدّم سابقاً، كون الاستصحاب منقحاً لموضوع دليل اجتهادي وإلا يكون

مثبتاً و هذا الضابط غير موجود هنا. فلو كان المجموع نفوذ العقد على تقدير حصول الاجازة، فكان للحكم بعدم النفوذ باستصحاب عدم الاجازة وجه إلا أنه لو كان المجموع الشرعي كما هو المقرر عند العقلاء نفس الشرطية والسببية لا الثبوت عند الثبوت فلا يمكن الحكم بنفي الأثر باستصحاب عدم الاجازة إلا على الاثبات.

وقد ظهر من ذلك عدم جريان استصحاب عدم التعقب لاثبات عدم الأثر، فإن عدم الأثر عند عدم الـ: «نية عقلي لاشرعي». نعم، يجري الاستصحاب الحكمي و هو نفس عدم الانتقال والأثر فالتـ: «ف قبل الاجازة حرام ظاهراً وإن كان حلالاً واقعاً»^١ ثم إنه قد مرَّ أن الكشف الحكمي يتصور على وجهين:

أحد هما أن تنقل الملكية السابقة حال الاجازة فلا اعتبار فعلي والمعتبر سابق نظير النقل فعلاً الملكية اللاحقة.

و ثانيهما أن ينقلب الشخص السابق عمّا هو عليه فتقلب الإلمكية إلى الملكية، فلو حصلت سرقة أو حصل وطى من المشتري بالنسبة إلى المبيع تنقلب السرقة إلى عدمها والزنا إلى عدمه.

فعلى الأول الثمرة بينها وبين الكشف الحقيقي ظاهرة كما مرّ. و أما على الثاني فيشكل الأمر، فهل يحكم بمقتضى ما قبل الاجازة فتظهر الثمرة أو بمقتضى الانقلاب فلا تظهر أو يفصل بين الحدود وغيره كالعصيان مثلاً والحكم بأن الحدود تدرء والعصيان محقق. يمكن أن يقال: إن إطلاقات جميع الأدلة منصرفه عن مثل ذلك، فأية السرقة منصرفه عن السرقة المنقلبة إلى عدمها وإطلاق حرمة التصرف في مال الغير منصرف عن التصرف في مال الغير الذي ينقلب إلى مال نفس المتصرف وهكذا، كما أنه يمكن منع

١- أقول: لا يحتاج إلى الاستصحاب، لافي المقام حتى الحكمي من الاستصحاب ولا في موضوعات الأحكام لاثبات عدمها، فإن إثبات كل حكم مترتب على موضوعه متوقف على إحراز ذلك الموضوع فالمرز لا يترتب عليه الحكم بلا حاجة إلى الاستصحاب. فلو قال المولى: «أكرم العادل» وشككتنا في كون زيد عادلاً لا يجب علينا إكراهه لعدم إحراز موضوع هذا الحكم وإن لم نعلم بالحالة السابقة فيه أيضاً. وكذلك في المقام حصول النقل والانتقال الثابت بدليل الوفاء موقوف على تحقق موضوعه وهو العقد مشروطاً بالاجازة بأي معنى قلنا ولا يمكن إثبات ذلك بإحراز موضوعه، فالمرز لا يمكننا الحكم بحصول الملكية وهذا المقدار كافٍ في الحكم بعدم جواز تصرف المشتري في المبيع والمالك في الثمن، فإن بناء العقلاء على عدم جواز التصرف مالم يعلم بالدخول في الملك. وهذا أيضاً كافٍ في جواز تصرف البائع في المبيع والمشتري في الثمن لبناء العقلاء على ذلك مالم يعلم بالخروج عن الملك؛ مع أنه يرد على الأستاذ (مدظله) أن استصحاب عدم الحكم أيضاً غير جارٍ فإن عدم الحكم لا يكون حكماً شرعياً ولا موضوعاً لحكم شرعي. ولذا نحتاج إلى أصالة البراءة عند الشك في التكليف وإلا لكان الاستصحاب حاكماً عليها كما قرّر في عمه. ق

الانصراف و كما أنه يمكن القول بأن مثل هذه الشبهة موجبة لسقوط الحد فإنه يدرء بالشبهات بخلاف غيره فيؤخذ باطلاق دليله، والمسألة مشكلة. والذي يسهل الخطب فساد أصل المبنى. و هكذا في الكشف التعبدي لوبينا على أنه يستفاد من دليله التعبد بالانقلاب و أما لوقلنا باستفادة اعتبار الملكية السابقة بالفعل أو التعبد بالآثار من الأول فيدخل هذا القسم من الكشف في الأولين على ما مر.

فتحصّل أنه بناء على الكشف الحقيقي، يجوز تصرف المشتري في المبيع والبايع في الثمن سواء قلنا باشتراط نفس الاجازة بنحوالشرط المتأخر أو التعقب بها الحاصل حال العقد. وعلى الكشف الحكمي لا يجوز التصرف قبل الاجازة على الوجه الأول منه سواء قلنا باشتراط نفس الاجازة أو التعقب بناء على أن ترتيب الآثار لا يمكن قبل حصولها أو التعقب بها والتعقب أيضاً لا يحصل إلا بعد حصولها. و أما على الوجه الثاني فيشكل الأمر. وعلى الكشف التعبدي فعلى القول بأن التعبد من الأول يجوز كالحقيقي وإلا فلا، كالحكمي. و أما على النقل فعدم الجواز ظاهر.

ذكر الشيخ (ره) في ضمن عدة أسطر هنا مآظيره المناقضة. و قد أشكل عليه بعض المحشّين أيضاً، لكن يمكن دفعها بالقول بأن مراده من كون نفس الاجازة شرطاً، الكشف الحكمي بالمعنى الذي ذكرناه أي ما ذكره في الكشف الحقيقي؛ و من كون الشرط تعقب العقد بها الكشف الحقيقي. وما ذكره بعد ذلك بقوله «مع كون نفس الاجازة شرطاً» قيد للحكمي كما هو ظاهر عبارته و معناه الكشف التعبدي الذي تعبد الشارع بترتيب الآثار من الأول حال الاجازة. فينطبق كلامه على ما ذكرنا و يرتفع المناقضة المتوهمة.

ثم ذكر في ذيل كلامه «لونقل أم الولد عن ملكه...» الخ.

و نقول: لوقلنا بأن مثل هذا التصرف و هو النقل محكوم بحكم الردّ من هادميته للعقد بناء على ذلك في الردّ كما هو المسلّم بينهم، فلا موضوع للاجازة على جميع التقادير. ولو قلنا بأنه لا يهدم العقد و محلّ الاجازة باقي، فعلى الكشف الحقيقي والتعبد من الأول يصحّ العقد الأول و يكشف بطلان النقل الثاني و هذا ظاهر، وعلى الكشف التعبدي من حين الاجازة والكشف الحكمي فقد ذكر أنّ مقتضى الجمع بين عموم الوفاء بالعقد الثاني والتعبد هو الرجوع بالقيمة، ولكنه أيضاً لا يتم فإنّ التعبد ليس في عرض العموم حتّى يجمع بينها بل التعبد مسابق عليه و رافع لموضوعه؛ فعنى حكم الشارع بلزوم ترتيب الآثار من الأول الحكم بوقوع العقد في ملك المشتري فيبطل النقل. فن هذه الجهة لا ثمرة بين الأقوال على مبنى الهادمية وعدمها.

ذكر المرحوم السيد (ره) في المقام أنّ العقد الثاني بناء على الكشف الحكمي ونظيره من التبدي قد صدر من أهله و دفع في محله فيشمله عموم دليل الوفاء، فينتفي موضوع الاجازة لصيرورة المالك بسبب العقد الثاني أجنبياً عن العقد الأول حال الاجازة فلا مورد للاجازة؛ ولكن لا يتم ما ذكره (ره) فإنّ شمول دليل الوفاء للعقد الثاني لتنفيذه حتى بعد الاجازة موقوف على كون المالك أجنبياً عن العقد الأول وإلا فلا يمكنه التنفيذ حينئذ، والمفروض توقّف كونه أجنبياً على شمول الدليل فنتيجة الشمول دور دليل الوفاء لا يشمل العقد الثاني بالنسبة إلى ما بعد الاجازة. ولكن يمكن أن يقال: شمول دليل الوفاء للعقد الأول أيضاً دوري لأنّه موقوف على عدم كونه أجنبياً وهو موقوف على عدم شمول دليل الوفاء للعقد الثاني بالنسبة إلى ما بعد الاجازة وهو متوقّف على حكومة دليل الوفاء بالعقد الأول عليه وهذا دور. فالنتيجة عدم إمكان ترتيب آثار العقد الأول بعد الاجازة، وكذا العقد الثاني، فالشيء بعد باقٍ على ملك مالكة و له حينئذ أن يميز العقد الأول ثانياً وكذا العقد الثاني. فليتدبر.

ثم ذكر الثمرة بين الكشف الحقيقي بأقسامه والنقل في التمامات و هذه ظاهرة لانطيل الكلام بذكره.

وأما سائر الثمرات بينها، فذكر الشيخ (ره):

منها: إنّ فسخ الأصيل لانشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف.

أما في الأول فللمتسالم عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لانشائه قبل إنشاء صاحبه، و أما في الثاني فلتمامية العقد من قبل الأصيل. ثم ذكر في آخر كلامه: «إنّ إطلاقات صحّة العقود تدفع احتمال اشتراط عدم تحلّل الفسخ على القول بالنقل أيضاً» ثم ذكر: «ولا يخلوعن إشكال».

فعلى ما ذكره لا ثمرة بينها من جهة فسخ الأصيل فإنه لا يؤثر على الكشف والنقل لتمامية العقد من قبل الأصيل في الأول وإطلاقات صحّة العقود في الثاني. ولا يمكننا إحراز بناء من العقلاء في هذه المسألة لعدم تعارفها بينهم حتى نرى سيرتهم فيها فلا بد لنا من ملاحظة العمومات والاطلاقات. والصحيح عدم الثمرة بينها من هذه الجهة وتأثير الفسخ على كلا القولين. أما على النقل فلأنّ المفروض عدم تمامية موضوع وجوب الوفاء والحلية وجواز الأكل قبل الاجازة، فإنه قد مرّ أنّ حقيقة العقد والبيع والتجارة بمعناها الانشائي أمر و موضوع الأدلة أمر آخر و أنّ حقيقة هذه الأمور نفس الايجاب فقط، لكن موضوع ترتب الأثر هو العقد الذي له نحو ارتباط بالمالكين. وهذا المعنى لا يحصل إلا بعد الاجازة فقبل

الاجازة لاموضوع لهذه الأدلة حتى يتمسك بها لدفع احتمال جواز الفسخ، مع أنّ الوفاء بالعقد في دليل الوفاء معناه العمل بمضمون العقد ففاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لزوم العمل بالمضمون نظير «وَأَوْفُوا نُذُورَهُمْ» وليس معناه عدم جواز فسخ العقد. فحتى كان العقد باقياً يجب الوفاء به، فلو شككنا في أنّ الفسخ هادم للعقد أولاً، لا يمكننا التمسك بدليل الوفاء لاثبات عدم الهدم فإنه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

و من هنا ظهر أنه لا يمكن التمسك بالاطلاقات لدفع احتمال جواز فسخ الاصيل قبل إجازة المالك حتى بعد الاجازة، فإنّ اعتبار عدم الفسخ يغير اعتبار سائر الأجزاء والشرايط فإنّ الفسخ لو اعتبر يصير هادماً للعقد فإذا نحن في شك من وجود عقد يلحقه الاجازة حتى يتمسك بالاطلاقات لاحتمال هدم العقد السابق بفسخ الاصيل و معه يكون الشبهة شبهة مصداقية للاطلاقات.

إن قلت: يمكننا استصحاب بقاء العنوان والعقد بعد الفسخ و بضميمة الاجازة يلتزم الموضوع بضمّ الوجدان إلى الأصل فيحصل التأثير. قلت: هذا لولم نقل بأنّ موضوع الأدلة هو العقد المشروط بالاجازة لا العقد والاجازة وإلا يكون الاستصحاب مثبتاً كما لا يخفى.

ولعلّ من هذه الجهات ذكر الشيخ (ره) في ذيل كلامه بأنه لا يخلو عن إشكال. ويمكن أن يقال إنّ الموضوع ليس بمركّب ولا مقيد بل إنه العقد فقط إذا كان مرتبطاً بمالكة من دون أن يكون لوصف الارتباط دخل في الموضوع شرطاً ولا شرطاً نظير الظرفية والقضية الحينية. وعليه يجري الاستصحاب و يحصل الارتباط بالوجدان. و بعبارة أخرى بقاء العقد إلى زمان الاجازة كافٍ في التأثير فإنّ العقد حينئذ مرتبط بالمالك بالوجدان. فافهم فإنه لا يخلو عن دقّة.

و أمّا على الكشف، فعلى الحكمي منه و ماهو بمنزلة من التعبدية فالكلام هو الكلام السابق فإنه قبل الاجازة لاموضوع للأدلة حتى يحكم بعدم جواز الفسخ و بعد الفسخ والاجازة الشك راجع إلى الشك في الموضوع. و أمّا على الحقيقي و نظيره من التعبدية، فلا إشكال في دخل الاجازة في التأثير في هذا القول أيضاً، غاية الأمر على نحو الشرط المتأخر. ولا يحتمل الكشف المحض و عدم دخالة الاجازة أبداً. و حينئذ إما أن يقال باعتبار بقاء العقد إلى حال الاجازة حتى يؤثر من الأول أو يقال بكفاية حدوث العقد في التأثير ولولم يكن باقياً حال الاجازة، ولا يخفى ترجيح الأول لأنه لا بد من تعلق الاجازة بالعقد فع هدم العقد لا يبقى مورد للاجازة، فإذا لوشككنا في هادمية الفسخ لا يمكننا التمسك بالاطلاقات لاثبات التأثير. و مع التنزل والشك في أنّ موضوع الأدلة هو العقد

الباقى أو الحادث تكون الشبهة مصداقية أيضاً لعدم ظهور للدليل في العقد الحادث.
 ومنها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل وإن قلنا بأن فسخه غير
 مبطل لانشائه، فإن الاجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شرطاً فما لم
 يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد المتعاقدين لأن المأمور بالوفاء هو العقد المقيّد
 الّذي لا يوجد إلا بعد القيد. وأما على القول بالكشف، فقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد
 وجوبه على الأصيل على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الاجازة المتأخّرة شرطاً
 لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً فإن مبنى هذا الكشف كون ما يجب الوفاء به هو العقد
 من دون ضميمه شيء شرطاً أو شرطاً، وهذا بخلاف ما ذكره صاحب الفصول من كون
 العقد مشروطاً بتعقّبه بالاجازة.

ثم ذكر في ذيل كلامه: «إنه لا يلزم على ما ذكرناه في الكشف الحقيقي جواز
 تصرف الأصيل فيما انتقل إليه لأن دليل وجوب الوفاء متكفل لوجوب الالتزام بما التزم على
 نفسه من المبادلة وهو عدم تصرفه فيما انتقل عنه دون وقوع المبادلة تاماً بحيث يجوز تصرفه فيما
 انتقل إليه فإنه ممّا جعله لنفسه لاعليه وعدم تصرفه فيه لا يعدّ نقضاً لما التزمه.»
 هذا محصل كلامه (ره) في هذا المقام.

ولا يتم شيء ممّا ذكره. أمّا ما ذكره في الفرق بين الفسخ القولي والتصرف
 العملي، فلم يظهر له وجه لأنه لو أمكننا التمسك بالعمومات قبل الاجازة بالنسبة إلى
 الأصيل لدفع احتمال تأثير فسخه العقد يمكننا التمسك بها لدفع احتمال جواز التصرف و
 إلا فلا في الموردين فلا فرق بينهما من هذه الجهة.¹

و أمّا ما ذكره في الكشف الحقيقي، فعبارته تحكي عن أمرين متناقضين، دخل
 الاجازة شرطاً أو شرطاً وعدم دخلها، وكيف يمكن تصوير أنه لا دخل للاجازة في العقد
 بناء على هذا القول. ثم لو قلنا بعدم الدخّل فالفرق بين ما انتقل عنه و ما انتقل إليه
 لا يتم.

والصحيح ما مرّ في الفسخ وأنه يجوز التصرف على النقل والكشف الحكمي ونظيره
 من التعبدى لعدم تمامية موضوع الوفاء كما لا يخفى. و أمّا على الكشف الحقيقي ونظيره
 من التعبدى فيفرق بين ما يعدّ هادماً للعقد و عدمه بالجواز في الأول، لما مرّ في الفسخ، و

١— يمكن أن يقال بالفرق بينها بتقريب أنه بعد الاجازة والفسخ قبلها يتمسك بالعموم لدفع احتمال
 تأثير الفسخ ولكن التصرف إنّما هو قبل الاجازة فيجوز على النقل. ولعلّه ظاهر ولكنّ المبنى في إمكان التمسك
 بالعموم حتى بعد الاجازة فاسد كما مرّ منه (مدظله). ق

عدمه في الثاني في صورة العلم بحصول الاجازة في ظرفه، وفي صورة الجهل بجوز ظاهراً لا يجوز واقعاً. والوجه ظاهر.

وقد ظهر عدم تمامية ما في القواعد و كاشف اللثام الذي ذكره الشيخ (ره) في المقام، فلاحظ.

ثم إنه يرد على ما ذكره الشيخ أخيراً من التفكيك بين عدم جواز التصرف في ما انتقل عنه و جواز التصرف فيما انتقل إليه، أن الأصل لم يلتزم إلا ببادلة فلو وقعت يجوز له التصرف فيما انتقل إليه وإلا فيجوز له التصرف فيما انتقل عنه.

والحاصل أنه لم يحصل منه الالتزام مطلقاً حتى يقال بلزوم الوفاء عليه بدليل الوفاء بالعقود والشروط بناء على شموله للالتزامات الابتدائية لعدم حصول الالتزام في الالتزام على الفرض، بل الحصول منه الالتزام المقيّد في ضمن التزام آخر، فلو قلنا بعدم حصول القيد و هو دخول ما انتقل إليه في ملكه لا يجب الوفاء حينئذ لعدم الموضوع له كما لا يخفى.

ومنها: ما لو انسلخت قابلية الملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً فيصح حينئذ على الكشف دون النقل، وكذا لو انسلخت قابلية المنقول. وفي مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الاجازة بعد انعدامها حال العقد وفيما قارن العقد فقد الشروط ثم حصلت... الخ.

فلا بد من التكلّم في ذلك في ضمن مسائل:

الأولى: مسألة عروض الكفر بعد العقد وقبل الاجازة.

فهل يحكم ببطلان العقد على الكشف والنقل كما يظهر من صاحب الجواهر بدعوى ظهور الأدلة في استمرار القابلية من حين العقد إلى زمان الاجازة حتى على الكشف أو يحكم بالصحة على الكشف والبطلان على النقل كما يظهر من كلام الشيخ (ره)؟

فتظهر الثمرة حينئذ، فنقولنا بأنّ الفضولي على خلاف القواعد و أثبتنا صحة العقد الفضولي بالأدلة الخاصة فلا بدّ من الالتزام بما ذهب إليه صاحب الجواهر من الحكم ببطلان العقد على الكشف والنقل، فإنّه لا إطلاق للأدلة الخاصة مثل حديث العروة و صححة محمد بن قيس و غيرها ممّا مرّ حتى يتمسك به لدفع احتمال اعتبار استمرار قابلية المتبايعين من زمان العقد إلى حين الاجازة في صحة العقد، و عليه لادليل على صحة العقد المفروض والأصل عدم حصول الانتقال. ولو قلنا بأنّه موافق للقاعدة، فلو قلنا بالكشف و أنّه على القواعد أيضاً يتمسك باطلاق الأدلة العامة لدفع اعتبار الاستمرار المذكور فيحكم بالصحة ولا وجه لما ذكره صاحب الجواهر من أنّ ظاهر الأدلة اعتبار الاستمرار فإنّ دليل

الشرطية لا يدلّ على مزيد من عدم إمكان ملكية الكافر للمسلم والمصحف، وعمومات الوفاء تدلّنا على لزومه في مورد الشكّ فمع كون زمان الملكية حال العقد الذي هو حال اسلامها يجب الوفاء لشمول الأدلة العامة وعدم شمول دليل الشرطية له؛ ولو قلنا بالنقل فلا بدّ من اسلام من انتقل إليه العبد المسلم أو المصحف حال الاجازة فإنّه زمان حصول الملك فمع عروض الكفر بعد العقد وقبل الاجازة لا يمكن تنفيذ العقد بالاجازة فتظهر الثمرة بين الكشف والنقل من هذه الجهة.

بقي الكلام فيما لو قلنا بالكشف التبعدي على خلاف ما تقتضيه القواعد وهو النقل فلو شككنا في شمول دليل الكشف للمورد واحتملنا اعتبار الاستمرار في الكشف فلا يمكننا الحكم بالكشف التبعدي حينئذ لعدم إطلاق أدلته فلا بدّ من الالتزام بالنقل، والمفروض أنّ النقل لا يمكن لمنافاته لاعتبار الاسلام في من انتقل إليه المسلم والمصحف فنحكم ببطلان العقد حينئذ لقصور دليل الكشف وعدم إمكان النقل.

ولو بنينا على الكشف وسلّمنا إطلاق دليل التبعيد به لكن شككنا في اعتبار الاستمرار في صحّة العقد وعدمه فنتمسك بالاطلاقات الأولية لدفع احتمال الاعتبار ونحكم بالصحة؛ لا يقال: المفروض الجري على خلاف ما تقتضيه الاطلاقات وهو النقل والحكم بالكشف تبعدياً، فكيف يتمسك بها لدفع احتمال ماشكّ في صحّة العقد. لأننا نقول: مقتضى القاعدة هو النقل وعدم اعتبار ما شكّ في دخله في الصحة. خرجنا عن القاعدة من حيث الحكم بالنقل تبعدياً ولا ينافي ذلك إمكان التمسك بها من سائر الحثيات كدفع ماشكّ في اعتباره في الصحة وهو استمرار القابلية في المقام.

فتحصّل أنّه على الكشف الحقيقي والتبعدي يحكم بصحة العقد المفروض وعلى النقل يحكم بالبطلان.^١

الثانية: مسألة موت أحد المتبايعين قبل اجازة الآخر. فهل يحكم بالصحة على القولين أو البطلان عليهما أو الصحة على الكشف دون النقل؟

فلو قلنا بأنّ العقد تبادل الاضافتين نظير الخلع واللبس كما ذكره بعضهم، فلا بدّ من الحكم بالصحة على الكشف والبطلان على النقل لامكان التبادل المذكور على الأول دون الثاني لقطع إضافة أحدهما بالموت. ولو قلنا بأنّه المبادلة بين المالكين محضاً بلانظر إلى آية إضافة فنتيجة ذلك الصحة على القولين. ولو قلنا بأنّه المبادلة بين المالكين في الملكية لا بمعنى

١- ولا يخفى أنّه على الكشف الحكمي أيضاً لا بدّ من الحكم بالبطلان فإنّ زمان الملكية حال الاجازة،

غاية الأمر فينتقل إليه فعلاً من الأول. فتدبر جيداً. ق

تبادل الاضافتين فإنه لا يعقل أولاً للزوم الاضافة بلا طرف حال العقد كما مرّ بيانه وعدم تصوّر ذلك في بيع الأوقاف العامة والأخماس والزكوات والكليات كما سبق، بل بمعنى أنّ البيع ما ذكر بحيث ينشئ البايع تمليك المشتري في مقابل الثمن فتحصل المبادلة بين المالكين في الملكية أي يملك البايع الثمن والمشتري المثل؛ فلا بدّ من الحكم بالبطلان على النقل دون الكشف لأنّ العقد كان متكفلاً لتقليك المتبايعين وتملكها والمفروض موت أحدهما. فعلى الكشف بالاجازة يكشف عن الانتقال والمبادلة في ملكها وموت أحدهما ينتقل ما انتقل إليه إلى وارثه.

وأما على النقل، فلا يمكن ذلك لأنّ إجازة الآخر لا يملك الميت والوارث لم يقع له العقد. وبالجملة على هذا القول، العقد الواقع ليس إلّا تمليك من مات بعد العقد بالعض و هذا غير قابل للاجازة و ما هو قابل للاجازة هو تمليك الوارث ولم يقع لذلك عقد نظير بيع الغاصب لنفسه؛ فلا بدّ من الحكم ببطلان العقد حينئذ فتظهر الثمرة على هذا المبنى، لكنّ الانصاف أنّ هذا المقدار أيضاً لا يعتبر في البيع فلو اشترى الأصيل من الفضولي ثمّ مات، يرى العرف وقوع البيع على مال الوارث لكانه يحتاج إلى إجازته كما يحتاج إلى إجازة مالك المبيع، فهذه المعاملة قابلة للتصحيح وتقع للوارث. هذا على النقل، وأما على الكشف، فتقع للمورث و ينتقل إلى الوارث بالارث. فلا تظهر ثمرة على هذا المبنى فنحكم بالصحة على كلا القولين.

نعم، لو قلنا باعتبار استمرار القابلية حتّى على الكشف كما ذكره صاحب الجواهر (قدّه) لآبد من الحكم بالبطلان على القولين، فلا تظهر الثمرة. لكنّه قد عرفت الكلام في ذلك في المسألة السابقة.

وهنا شبهة وهي أنّ الكشف لو قلنا به على خلاف القواعد وبالتعبّد وحيث لا إطلاق لأدلة التعبّد بالكشف لو رودها في موارد خاصّة وعدم إمكان إسراء الحكم منها إلى غيرها إلّا قياساً كصحيحة حدّاء الواردة في خصوص النكاح وغيرها الوارد في بيان قضية في واقعة، فلا يمكننا دفع شيء ممّا احتملنا دخله في الكشف و نحتمل دخل استمرار القابلية في التعبّد فيسقط دليل الكشف و مقتضى القواعد النقل، والمفروض عدم إمكان النقل إلى الميت، فع إجازة الوارث يصحّ لكن نقلاً وإلّا يبطل العقد. وهكذا في المسألة الأولى لآبد من الالتزام بالنقل. وعلى هذه الشبهة لآبد من الحكم بالبطلان في المسألة الثالثة (التي تأتي بعد سطور) لسقوط دليل الكشف وعدم إمكان النقل.

و في مسألة الموت شبهة ليست في غيرها وهي أنّه يحتمل على الكشف اعتبار حصول المعاقدة و تصفيق اليد في الحكم بالتنفيذ من الأوّل لا العقد الحاصل بين الفضولي

والأصيل مع حقوق الاجازة ولا معاقدة بين الحي والميت، فلا يمكن التمسك بدليل الكشف حينئذ ولا بد من التماس الأدلة العامة. فتدبر جيداً.

الثالثة: مسألة تجدد القابلية قبل الاجازة مع عدم وجودها حال العقد أو حصول شروط العقد حينئذ مع عدم وجودها حاله.

وقد ظهر الحكم فيها على اختلاف المباني مما تقدم، فإنه بناء على أن الفضوي على خلاف القواعد لا يمكن الحكم بصحة هذا العقد على القولين لعدم إطلاق للأدلة الخاصة الدالة على صحة الفضوي يشمل ذلك؛ وبناء على أنه على القواعد فلو قلنا بالكشف لا يمكن تصحيحه أيضاً سواء قلنا بأنه أيضاً على القواعد أو بالتعبّد فإن الانتقال من رأس غير ممكن لعدم القابلية حال العقد. نعم، لو قلنا بالنقل يحكم بصحة العقد. واحتمال استمرار القابلية من حين العقد إلى حال الاجازة، مدفوع بالاطلاقات كما مر. وأيضاً لو بيننا على الكشف التعبدي من الأول وشككنا في أن التعبّد بالكشف يشمل المقام أولاً ولم يكن لدليل التعبّد إطلاق، يحكم بالصحة والنقل من جهة الاطلاقات، بخلاف ما لو أحرزنا شمول التعبّد بالكشف للمقام بمعنى أن النقل وإن كان مقتضى القواعد إلا أنه ملغى بنظر الشارع والفضوي لا يصحّ إلا كشفاً بالتعبّد، فلا بد من الحكم بالبطلان في المقام لعدم إمكان الكشف وإلغاء دليل النقل.

وأما على الكشف الحكمي ونظيره من التعبدي بناء على شمول دليل التعبّد للمقام، تكون النتيجة كالقول بالكشف الحقيقي ونظيره من التعبدي فإن الانقلاب أو الاعتبار من رأس مستلزم لذلك كما لا يخفى^١.

وقد ظهر مما مرّ حكم اسلاخ قابلية المنقول أو تجدها بين العقد والاجازة، فعلى القول بأن الفضوي على خلاف القواعد تبطل المعاملة على القولين وإلا فعلى الكشف الحقيقي تصحّ في الأول دون الثاني وعلى النقل بالعكس. وحيث لا إطلاق لدليل الكشف التعبدي لا يمكننا القول به لاحتمال دخل الاستمرار في هذا التعبّد، فلا بد من الالتزام بما يقتضيه النقل من الحكم بالبطلان في الأول دون الثاني. وأما على الكشف الحكمي يحكم بالصحة في الأول إلا أن يكون تعبدياً وإلا يبطل ويحكم بالبطلان على الثاني إلا أن يكون تعبدياً وإلا يصحّ لما تقتضيه القواعد. ولو تحللت القابلية بين العقد والاجازة أو تخلل عدمها بينها فيحكم بالبطلان على جميع التقادير في الأول والصحة على جميع التقادير

١- إن ما قرناه في المسائل الثلاثة وإن استفدناه في الدرس إلا أنه (مدظله) تعرض لها باختصار

لا بهذا التفصيل والتقريب بهذا التفصيل مثلاً. ق

في الثاني وهذا ظاهر.

و من جملة ما ذكره المصنّف في المقام موارد ظهور الثمرة ما إذا تلف أحد العوضين بعد العقد و قبل الاجازة فإنّه يصحّ العقد على الكشف دون النقل. ولكن اعترض المرحوم النائيني (ره) عليه بأنّه حيث إنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه فلا بدّ من الحكم بالبطلان حينئذ حتّى على الكشف فلا تظهر الثمرة.

و فيه: أولاً الكلام في الأعمّ من تلف المبيع، فلو تلف الثمن بعد العقد و قبل الاجازة تظهر الثمرة. و ثانياً إنّهُ يكفي في القبض حصول المبيع في يد البايع حتّى قبل العقد ولا يلزم فيه إنشاء أو قصد أو إحداث و عليه يمكن فرض تلف المبيع بعد العقد و القبض و قبل الاجازة.^١ و في كلام الشيخ (ره) كما حكيناه سابقاً «و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط» و مثل المرحوم النائيني (ره) لذلك بالبلوغ مع أنّه من شرائط المتعاقدين. و لا يمكن فرض انسلاخ القابلية أو تجدها في شرائط العقد إلّا في تبدل الرأي بناء على الاجزاء مطلقاً على المشهور أو في خصوص الأصول العمليّة كما قويناه؛ فلورأى كفاية الانشاء بالصيغة الفارسيّة و أنشأ كذلك ثمّ تبدل رأيه ثمّ أجاز المالك، فعلى الكشف يصحّ و إلّا يبطل و وجهه ظاهر.

و قد ذكر المصنّف (ره) عدّة من الموارد لظهور الثمرة، بعضها ظاهر و بعضها سيجيء الكلام فيه إن شاء الله، فلا نطيل.

و ينبغي التنبيه على أمور:

الأول: ذكر الشيخ (ره): «إنّه لو قصد المجيز الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف أو الامضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففي صحّتها و جهان.» انتهى. فلا بدّ في هذه المسألة من ملاحظة المباني في القولين. فلو قلنا بالكشف الحقيقي مع كون ملاحظة المتأخّر شرطاً، كما ذهب إليه المرحوم صاحب الكفاية (قدّه)، أو قلنا بأنّ الحصّة المضافة إلى المتأخّر مؤثّره، كما ذهب إليه المرحوم المحقّق ضياء العراقي (ره)، أو قلنا بأنّ العقد المتعقّب بالاجازة مؤثّر، كما ذهب إليه صاحب الفصول (قدّه)، أو قلنا بأنّ نفس الأمر

١ - الظاهر عدم الحاجة إلى ذلك، بل ما ذكره النائيني (ره) في المقام لا يرجع إلى محصل فإنّ الغاصب للمال يعامل كسائر الناس و يقبض ما باعه و يقبض ثمنه، فكيف يدعي أنّ التلف قبل القبض. و لو قيل بأنّ القبض لا يتمّ إلّا باجازة المالك فيجيء فيه الكشف و النقل أيضاً، فعلى الكشف التلف بعد القبض فيصحّ على النقل التلف قبل القبض فيبطل العقد، فقد ظهرت الثمرة. نعم، لا يرى هو (قدّه) الفضولية في القبض كما مرّ ولكن قدّم ما فيه أيضاً، فراجع. ق

التأخر شرط، كما يظهر من بعض تعبيرات صاحب الجواهر (قده)، أو قلنا بأن الرضا التقديري المقارن للعقد شرط، كما يظهر من المرحوم الميرزا الرشتي، أو قلنا بأن العقد بواقع التقدم مؤثر. فعلى جميع هذه المباني لابد من تعلق الاجازة بنفس العقد إنشاءً أو منشأً حتى يحكم بتأثيره وإلا فع عدم تعلقها به لادليل على نفوذه حتى يبحث عن الكشف والنقل. و بعبارة أخرى الكشفي يقول بأن موضوع أدلة التنفيذ هو العقد المتعقب أو المقارن للشرط، كل على مبناه. وعلى جميع المباني لابد من تعلق الاجازة والرضا بنفس العقد، فع عدم التعلق كما في المقام لاموضوع لأدلة التنفيذ فيبطل على جميع التقادير. و بعبارة ثالثة حاصل مايقول به القائل بالكشف أنه لو صح العقد لابد من الحكم بنفوذه من الأول لاقضاء أدلة التنفيذ ذلك وإلا فلا بد من الحكم بالبطلان لعدم الدليل على التنفيذ، ومقامنا كذلك كما ذكرنا. وهكذا لو قلنا بالكشف الحكمي، فالقائل به مدع بأن مقتضى القواعد ذلك فلو تعلقت الاجازة بخلاف العقد وما يقتضيه قيداً كما قيل أو إطلاقاً كما لا يبعد^١ (وهو النقل من حين العقد) لاجمال للقول بالكشف الحكمي، فلا تشمل القواعد ذلك فلا بد من الحكم بالبطلان على هذا المبنى أيضاً.

وأما لو قلنا بالكشف التعدي، فلا يمكننا القول به لعدم شمول إطلاق التعبد لمثل ذلك لعدم الإطلاق أولاً و عدم الموضوع ثانياً فإن مصب الدليل إنما هو الاجازة المتعلقة بالعقد لا كل اجازة كما لا يخفى. و أما صحته نقلاً كما هي مقتضى القواعد على هذا المبنى، فيمكن منعها أيضاً فإن ماتقتضيه القواعد هو الحكم بنفوذ العقد من حين الاجازة فيما لو تعلقت الاجازة بما هو مقتضى العقد وهو المبادلة مطلقاً لا النقل من حين الاجازة فلو أجاز العقد من حينها فلا يمكننا تصحيح العقد بالقواعد أيضاً فيبطل. فتأمل.

و أما لو قلنا بالنقل و أجاز المميز العقد من الأول، فصورة تعدد المطلوب خارجة عن محل البحث والحكم فيها الصحة نقلاً كما هو مقتضى القواعد. و محل الكلام صورة وحدة المطلوب و معها لم تعلق الاجازة بما يقتضيه العقد وهو المبادلة مطلقاً غير مقيدة بكونها من الأول، فلا مصحح لمثل هذا العقد كما مر. فالحكم بالبطلان في جميع ما هو محل النزاع في هذه المسألة.

بني المرحوم النائيني (ره) الصحة و عدمها في المسألة على القول بأن الشرط الفاسد

١- أقول: هذا يؤيد ما مرّ من الاشكال على القول بالنقل وهو أنّ إطلاق العقد يقتضي تأثيره من حينه والاجازة إنما تعلقت به، فاما معنى القول بتأثيره من حين الاجازة فعنا أن العقد يعمل على خلاف ما يقتضيه ولو بإطلاقه. ق

مفسد أولاً. فإنّ الاجازة متعلّقة بالعقد وعلى الكشف شرط شرط فاسدٌ وهو تأثيره من حال الاجازة وعلى النقل شرط شرط فاسدٌ وهو تأثيره من حال العقد. وأنت خبير بما فيه من خروجه عن محلّ البحث فإنّ المفروض عدم تعلق الاجازة بالعقد وما يقتضيه على القولين لا أنّها تعلّقت به والشرط أمرزائد عليه كما لا يخفى.

الثاني: هل يشترط في الاجازة الانشاء حتى يبحث عن اعتبار اللفظ وعدمه فيه و اعتبار الصراحة وعدمها في اللفظ أولاً؟ وعلى هذا هل يعتبر إبراز الرضا في صحّة العقد أويكفي مجرد الرضا الباطني فيها؟

قد مرّ سابقاً البحث عن جميع ذلك مستقصى وقلنا بأن مقتضى القواعد لزوم الوفاء بالعقد المرتبط بالمالك نحو ارتباط كصدوره منه أو مسبقاً برضاه أو مقارناً له أو متأخراً عنه، ولادليل على اعتبار الابرز فضلاً عن الانشاء، فضلاً عن اعتبار اللفظ في الانشاء، فضلاً عن اعتبار الصراحة في اللفظ.

وفي بعض ما استدكّ به على تنفيذ العقد الفضولي كصحيحة الحذاء وبعض ما ذكره الماتن في المقام توجد كلمة «الرضا» أيضاً وهذه تدلّ على عدم اعتبار أزيد من الرضا في تصحيح العقد، ومن ذلك الآية الكريمة «تَبَارَكُ عَنْ تَرَاضٍ». ومن الغريب عدم استشهاد المصنّف (قدّه) بصحيحة الحذاء في المقام واستشهاد بروايات قابلة للمناقشة مع أنّه (قدّه) تمسكّ بها في تصحيح الفضولي والقول بالكشف فيه. وكيف كان، مقتضى القواعد والأدلة الخاصّة عدم اعتبار أزيد من الرضا الباطني في تنفيذ العقد مقدّماً أو مقارناً له أو متأخراً عنه بل لا ينبغي الاشكال فيه. نعم، يمكن أن يقال بأنّ الاجماع قائم على اعتبار الابرز والاظهار في الاجازة لكن دون إثباته كما ذكره المصنّف (قدّه) خرط القتاد.

ومن اعتبر الانشاء في الاجازة، إمّا أن يقول به من جهة أنّه يرى أنّ العقود مفاهيم إنشائية والعقد الفضولي لا يتمّ إلّا بالاجازة فالاجازة متممة للعقد فتحتاج إلى الانشاء نظير القبول فإنّ العقد لا يتمّ إلّا به، وبما أنّ العقد محتاج إلى الانشاء فلا بدّ من اعتبار الانشاء في القبول.

والجواب عن ذلك ظاهر، فإنّنا لانرى دخل القبول في حقيقة العقد فضلاً عن الاجازة بل العقد ليس إلّا نفس الانشاء الحاصل بفعل الموجب خاصّة، واعتبار القبول شرطاً أو شرطاً إنّما هو في ترتّب الآثار لا في حقيقة العقد، ولو قلنا بدخله في العقد فلا مجال للقول بدخل الاجازة فيه فإنّ الاجازة تنفيذ العقد وامضاءه فلا بدّ من خروجه عن حقيقته فهذا البيان لا يثبت اعتبار الانشاء في الاجازة.

وإما أن يقول به من جهة إنباره استناد العقد إلى المالك في تنفيذ العقد بحيث يكون العقد عقدهم ولو تسيبياً. وهذا المعنى لا يمكن إلا بإنشاء الاجازة من المالك.

ففيه ما تقدم أيضاً من عدم اعتبار هذا النحو من الاستناد في العقد بل لا يعقل، فإنّ العقد الصادر من الغير والحاصل منه لا ينقلب عمّا وقع عليه فكيف يعقل استناده إلى المالك بحيث يكون عقده حقيقة. هذا مع أنّ عقد الوكيل والمأذون والوليّ والوصيّ مشمول لدليل الوفاء جزماً مع أنّه ليس عقداً للموكل والآذن والمولّى عليه والوصي وهذا ظاهر، بل لوقلنا باعتبار القبول في حقيقة العقد فالعقد الحاصل بين الأصليين أيضاً غير مشمول لدليل الوفاء على هذا المبني فإنّ العقد وهو مجموع من الإيجاب والقبول غير مستند، لا إلى الموجب ولا إلى القابل، بحيث يكون العقد عقد الموجب أو القابل والمستند إلى الأول حقيقة هو الإيجاب و إلى الثاني القبول. ولو سلّم الاستناد في العقد الحاصل بين الأصليين لكن عدم صحة الاستناد الحقيقي بالنسبة إلى ما مرّ من الأمثلة لعلّه من الواضحات. ولو ادّعي الاستناد المجازي فيها، لازمه عدم إمكان التمسك بالأدلة العامة في هذه الموارد، فإنّ أصالة الحقيقة فيها موجبة لعدم شمولها لموارد المجاز والادّعاء، مع أنّ الادّعاء في المقام ممنوع فإنّ حقيقة الاجازة إمضاء مافعله غير المجيز فأين دعوى أنّ فعل الفضولي فعل المجيز؟ وأين هذا التنزيل حتى يقال بانطباق العموم على موضوعه الادّعاءني؟

والحاصل أنّ حقيقة الاجازة مابين لادّعاء المذكور فليس في البين ادّعاء ولا مصحح لهذا الادّعاء. ولانريد من ذلك أنّ الشارع أو غيره لا يمكنه دعوى أنّ العقد عقد المالك، بل نحن في مقام ردّ ما توهم من لزوم الاستناد في التنفيذ بدعوى أنّ معنى «أوفوا بالعقود» أوفوا بعقودكم والاجازة يصير العقد عقد المالك لاحقيقة فإنّه واضح بل ادّعاء فتشمله العموم.

والجواب عنه أمران: أحدهما أنّ أصالة الحقيقة حينئذ تقتضي عدم الشمول و ثانيها عدم امكان مثل هذا الادّعاء لعدم المصحح له فإنّ حقيقة الاجازة تنفيذ فعل الغير فهي مبيّنة و في طرف للتنزيل المذكور، فأين الادّعاء حتى ينطبق عليه الدليل؟ فتدبر فإنّه حقيق به.

و بهذا يظهر عدم اعتبار ما ذكر من الاستناد في صحة العقد بل موضوع الأدلة العامة العقد المرتبط إلى المالك نحو ارتباط بحيث لا يكون أجنبياً عن العقد، وهذا المعنى موجود في العقد الواقع على مال شخص راضٍ بالعقد باطناً مقارناً للعقد أو متأخراً عنه، ولذا ذكرنا سابقاً تبعاً للمصنّف (قدّه) من خروج العقد الواقع على مال من كان راضياً بالعقد عن العقد الفضولي. ثمّ إنّه لو اعتبر الانشاء فاعتبار اللفظ فيه أو الصراحة بلا دليل. نعم،

الانشاء القلبي الذي ذكره المرحوم صاحب الكفاية (قدّه) لاصح له. وقد مرّ سابقاً في ألفاظ الايجاب والقبول مايناسب المقام، فراجع.

فتحصّل من جميع ما مرّ عدم اعتبار الابرار في القبول فضلاً عن اعتباره في الاجازة، فضلاً عن اعتبار الانشاء في الأول، فكيف باعتباره في الثاني. ومع القول باعتبار الانشاء فلانريد الاجازة عن نفس العقد ولايعتبر اللفظ والصرحة في انشاء العقد فكيف بانشاء الاجازة.

ثمّ إنّه استشكل المصنّف أخيراً على ما اختاره من كفاية الرضا الباطني في صحّة العقد، أنّ لازم ذلك كفاية الرضا المقارن في الخروج عن الفضولية و عدم إمكان الحكم بصحّة العقد المكروه و كفاية الكراهة الباطنية في الفسخ كما يكفي الرضا الباطني في التنفيذ. ولكن دفع جميع ما ذكره واضح فإنّ كفاية الرضا الباطني في الخروج عن الفضولية لامحذور في الالتزام بها كما التزم هو (قدّه) أيضاً بها، وإمكان تصحيح العقد المكروه من جهة تمامية العقد ولحوق شرطه به هو الرضا والكراهة المقارنة لا تضرّ بذلك فإنّ الميزان بتمامية موضوع الدليل وهو العقد والرضا. وأمّا عدم كفاية الكراهة في الفسخ، فلأنّ الفسخ وهو حلّ العقد أمر إنشائي نظير نفس العقد، فكما أنّ مجرد الرضا لا يكفي في تحقّق العقد بلا إنشاء كذلك حلّ هذا العقد لا يمكن إلّا بالانشاء. وأمّا الاجازة فهي ليست مفهوماً انشائياً فإنّ الانشاء قد حصل والانشاء الحاصل في تأثيره محتاج إلى رضا المالك لما دلّ على اعتبار الرضا في تأثير العقد، فإذا حصل الرضا ولو من دون إنشاء يتمّ الموضوع ولا بدّ من ترتيب الآثار عليه.

والمحصّل عدم اعتبار أريد من الرضا الباطني في الاجازة.

الثالث: ذكر الشيخ (ره) أنّ من شروط الاجازة أن لا يسبقها الردّ وأفاد في وجه ذلك: «إنّ الاجازة تجعل المميز أحد طرفي العقد وإلّا لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد لما عرفت من أنّ وجوب الوفاء إنّما هو في حقّ العاقدين أو من قام مقامهما. وقد تقرّر أنّ من شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطها عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة.»

أمّا ما أفاده في الردّ قبل القبول، فإنّما يتمّ بالنسبة إلى ردّ الموجب فقط بناء على كون حقيقة الانشاء الارادة المظهرة أو كون معنى العقد التعاهد النفساني كما ذكر في آخر كلامه. وأمّا على المبني الصحيح من كون الانشاء هو الايجاد اعتباراً والبيع نفس المبادلة الانشائية والعقد هو الربط الخارجي الاعتباري، فلا يتمّ ذلك حتّى في الموجب، وأمّا في القابل فلا يتمّ حتّى على المبنيين المتقدمين.

والوجه في ما ذكرنا أنّه لوقلنا بأنّ الانشاء الارادة المظهرة أو أنّ العقد في معنى

المعاهدة، فردّ الموجب يوجب هدم إرادته وعهده النفسي فلم يبق شيء يقبله القابل، وأما ردّ القابل على هذا المبني فغير دخيل في الإرادة المظهرة والتعاهد النفسي من الموجب فيحتاج الالتزام بهادميته إلى الإثبات. وأما لوقلنا بأنّ العقد والانشاء من المعاني المنشئة الإيجابية، فهادمية ردّ الموجب تحتاج إلى الإثبات فضلاً عن ردّ القابل ولاسيما على مسلكتنا من أنّ حقيقة العقد هو الإيجاب فقط والقبول شرط للتأثير. والوجه في ذلك أنّ الواقع هو الإيجاب خارجاً الذي هو بنفسه إنشاء وركن للعقد على مسلكتنا القوم أو تمام العقد على مسلكتنا، لا ينقلب بالردّ عمّا وقع عليه فلماذا يؤثر الردّ في هدمه. وكان الشيخ (ره) جعل هادمية الردّ بعد الإيجاب وقبل القبول من المسلّمات مع ما عرفت من عدم الدليل عليه والمسألة ليست في مورد دارج بين العقلاء شائع في العرف حتّى يدعي بناءهم على الهدم كما لا يخفى.

ثم إنّ الردّ قبل الاجازة على مسلكتنا يكون من قبيل الردّ قبل القبول لما مرّ من أنّ الاجازة والقبول أمر واحد وهو تنفيذ العقد الصادر من الموجب وأما على مسلكتنا القوم من أنّ العقد مركّب من الإيجاب والقبول والاجازة شرط للتأثير، وقد بنى عليه الشيخ (ره) أيضاً، فقياس الردّ قبل الاجازة بالردّ قبل القبول مع الفارق. أولاً: إنّ ما أفاده من أنّ الاجازة يجعل المميز أحد المتعاقدين، قد مرّ أنّ الالتزام به بلا موجب بل إنّه غير معقول ومنافٍ لحقيقة الاجازة بل حقيقتها إمضاء ماصدر من الغير والاحتياج إليها لحصول نحو ارتباط للعقد بالمالك حتّى يكون مشمولاً لدليل التنفيذ على ما مرّ بيان ذلك. ومغايرته للاستناد الواقع في كلام بعضهم وتوهم أنّ المخاطب بالوفاء بالعقد إنّها هو العاقدين، ممّا لا ينبغي، بل المخاطب هو المرتبط إليه العقد بنحو من الارتباط كما سبق.

و ثانياً: إنّ الردّ قبل الاجازة إنّها هو بعد تمامية العقد والردّ قبل القبول إنّها هو قبل تمامه على مسلكتهم، فكيف يقاس أحدهما بالآخر. و بعبارة أخرى إنّ ولو سلّم صيرورة المميز أحد المتعاقدين بالاجازة لكانت يكون عاقداً واقعاً لا إنشاء والعقد الانشائي المتقوم بالعقد المنشئي له تامّ على الفرض. فلوقلنا بهدم الردّ الواقع بين العقد الانشائي يمكننا عدم تسليم هدمه إذا وقع بعد العقد الانشائي^١.

١— هذا مضافاً إلى أنّه لو كان المتعاقدان كلاهما فضولين فردّ أحد المالكين قبل إجارتها إنّها هو من قبيل الردّ قبل العقد على ما ذكره الشيخ (ره) لا من قبيل الردّ بين الإيجاب والقبول والردّ قبل العقد لا أثر له، فالدليل أخصّ من المدعى. ق

و قد ظهر بما ذكر أنّ احتمال الهادمية و عدمها موجود و لادليل على الأوّل لولم نقل بأنّ الهادمية تحتاج إلى الاثبات؛ فإنّ ملاحظة نظائر المسألة كتخلّل نية القطع في الصلاة أو الحجّ أو العمرة وغير ذلك من العبادات عدا الصوم و عدم حكمهم بالهادمية مع العود إلى النية الأولى بعد ذلك، تدلنا على عدم الحكم بها ما لم تثبت بدليل. و كيف كان، فاحتمال عدم الهادمية لادافع له فيرجع الأمر إلى الاستصحاب و سيأتي الكلام فيه. و أفاد الشيخ (ره) في ذيل كلامه وجهاً آخر لاثبات الهدم و هو أنّ مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الردّ في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى مايلحقه الاجازة، فتأمل. و أمره بالتأمل يدلّ على عدم تمامية هذا الوجه. وقد أشكل جلّ المحشّين على هذا الوجه بوجوه ردها المرحوم النائيني (ره) و التزم بتمامية هذا الوجه.

منها: إنّ السلطنة على إسقاط عقد الفضوي عن قابلية لحوق الاجازة سلطنة على الحكم لاعلى المال.

و منها: إنّ لم يتصرف الفضوي في ملك المالك حتّى يكون المالك مسلّطاً على رده.

و منها: إنّ لانسلم حصول العلقه للطرف الآخر حتّى يكون الردّ قاطعاً لها بل المال بعد باقي بحاله و لم يتعلّق به حقّ الغير. نعم، للمالك أن ينقله إليه بالاجازة كما كان له أن ينقله إليه قبل بيع الفضوي.

و قد أورد المرحوم النائيني على الأوّل بأنّ كون إسقاط العقد عن قابلية لحوق الاجازة من الأحكام لامن الحقوق، دعوى لا شاهد لها، بل كونه راجعاً إلى الحقوق المالية ظاهر فإنّ البيع من الغير من السلطنة المالية و ثبوتها بأدلة نفوذ البيع أيضاً واضح، فردّ البيع أيضاً من أنحاء السلطنة و شمول عموم القاعدة لهذا النحو من السلطنة لا ينبغي الاشكال فيه؛ بل لولم نقل بأنّ السلطنة على إسقاط العقد من السلطنة على المال بل هو من الأحكام الشرعية الثابتة للمالك، كثبوت جواز البيع والهبة ونحوهما له، إلّا أنّه لاشبهة أنّ هذا الذي ثبت له شرعاً إذا تحقّق منه ينفذ عليه ولا يمكنه حلّه و إيجاد ضده فردّه عقد الفضوي كجواز البيع له. فكما لا يجوز له فسخ البيع بعد صدوره منه فكذلك لا ينفذ منه إبطال رده بعد تحقّقه منه.

و أورد على الثاني بأنّ الفضوي و إن لم يتصرّف في ملك المالك واقعاً و لم يتحقّق المنشأ بانشائه في عالم الاعتبار إلّا أنّه تحقّق منه المنشأ بنظره، فإنّه أوقع التبدل بين المالكين و مقتضى السلطنة المطلقة الثابتة للمالك بمقتضى «الناس مسلطون على أموالهم» أن يكون له إبطال هذا الانشاء و إلّا فيكون سلطنته قاصرة و على هذا يؤثّر رده كاجازته.

و أورد على الثالث بأنه وإن لم تحصل له العلقه شرعاً لكتها حصلت له عرفاً فالردّ يبطل هذه العلقه. هذا مع أنّ تأثير الردّ في إبطال أثر العقد لا يتوقف على تحقّق العلقه فعلاً بل يكفي شأنية تحقّقها، ولا شبهة أنّ عقد الفضولي مادة قابلة للحقوق الاجازة عليها بحيث لا تحتاج إلى إنشاء جديد و ليست الاجازة عقداً مستأنفاً فالردّ مقابل للاجازة وهو يسقط العقد عن القابلية.

هذا محصل كلامه ملخصاً. وفيه من صدره إلى ساقته ما لا يخفى.

أما ما ذكره من أنّ كون إسقاط العقد عن قابلية لحق الاجازة من الحقوق المالية ظاهر فإنّ البيع من السلطنة المالية فردّ البيع أيضاً كذلك، واضح المنع فأبى ربط بين كون البيع من السلطنة المالية و كون ردّه كذلك؟ أليس البيع من التقلّب في المال والتصرّف فيه اعتباراً و ردّ المبيع؟ أي إنشاء الفضولي ردّ فعل الغير بعد عدم تعلقه بالمال واقعاً و توقّف تأثيره إلى إجازة المالك. وبالجملة الفضولي لم يصدر منه إلا إنشاء البيع محضاً و هو فعل من أفعاله و هو مسلط على هذا الفعل، و ليس هذا تصرّفاً في مال الغير كما مرّ وإلاّ لكان بيع الفضولي حراماً و فاسداً من رأسه لوقلنا بالملازمة بين الحرمة والفساد و تأثير هذا البيع موقوف على إجازة المالك، فكيف يقاس ردّ هذا البيع ببيع المالك ماله مع أنّ هذا إعمال لسلطنته على ماله والأوّل تصرّف في سلطان الغير. و بعبارة أخرى إنشاء الفضولي لا يوجب تضييقاً في دائرة سلطنة المالك^١ حتى يتسلط على ردّه، بل فعل ما يكون المالك مسلطاً على إمضائه وله أن لا يمضيه. و أما تسلطه على ردّه فلا دليل عليه بل هذا خلاف سلطنة الفضولي على فعله.

ثمّ إنه أيّ ربط بين فسخ البيع والاجازة بعد الردّ بحيث لو منعنا الأوّل تمنع الثاني أيضاً؟ أليس وجه المنع في الأوّل منافاة الفسخ و وجوب الوفاء بالعقد؟ فأبى وجه لعدم نفوذ الاجازة بعد الردّ في المقام؟ والحاصل أنّ دليل الوفاء موجب لتأثير البيع و نفوذه بحيث لا يمكن حلّه و إيجاد ضده. و ليس لنا دليل على وجوب الوفاء بالردّ حتى يقال بعدم إمكان حلّه و إيجاد ضده و هو الاجازة.

و أما ما ذكره من أنّ الفضولي لم يتصرّف في الملك واقعاً ولكن تصرّف فيه بنظره فيمكن ردّه لدليل السلطنة، ففيه: أولاً إنّ الفضولي الملتفت إلى أنّ إنشاءه لا يؤثر بل يحتاج

١- بل هو (إنشاء الفضولي) إعانة المالك لآته لا يحتاج إلى إنشاء البيع فإن كان كيه موجوداً و صار راضياً بذلك الانشاء، ينتقل ماله إلى غيره. فعليه مضافاً إلى أنه لا يوجب إنشاء الفضولي تضييقاً في دائرة سلطنة المالك، بل هو عون له و مساعده. ق

في تأثيره إلى إجازة المالك كيف يتصرف في المال بنظره والأمر واضح. وثانياً إن دليل السلطنة ناظر إلى سلطنة الناس على أموالهم لا على ما يتخيل سائر الناس والسلطنة على المال أمر والسلطنة على الخيال أمر آخر.

وأما ما ذكره من أن العلقه وإن لم تحصل شرعاً لكتها حصلت عرفاً فيجوز للمالك رده؛ فنعاه أوضح من سابقه، أولاً لعدم مساعدة العرف، وثانياً «التاسُّ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» بحيث إن لهم منع غيرهم من التصرف الواقعي في أموالهم لا ما يكون تصرفاً عرفاً غير تصرف شرعاً، وثالثاً إنا نجزم بعدم الفرق بين العرف والشرع في التصرف مصداقاً ومفهوماً.

وما ذكره أخيراً من أن الردّ مقابل للإجازة وهو يسقط العقد عن القابلية عين المصادرة، فإنّ عملّ كلامنا أنّ الردّ المقابل للإجازة هل يسقط العقد عن القابلية للإجازة أم لا؟ ولوأراد من ذلك أنه كما لا يؤثر الردّ بعد الإجازة كذلك لا يؤثر الإجازة بعد الردّ. فقد عرفت الفرق بينها والفرق لزوم الوفاء بالأوّل بدليله مع عدم شموله للثاني.

فتحصل أنّ الحقّ عدم إمكان التمسك بدليل السلطنة لاثبات اشتراط الإجازة بعدم الردّ قبلها، فليس لنا دليل على هذا الاشتراط والاجماع المدعى أيضاً ممنوع فنبقى في شكّ في الهادمية وعدمها لعدم قيام دليل على شيء منها.

وقد يتمسك لاثبات عدم الهادمية بالروايات:

منها: صحيحة محمد بن قيس، وقد عرفت عدم دلالتها على أنّ سيّد الوليدة ردّ أولاً

ثمّ أجاز.

ومنها: صحيحة ابن بزيع، قال: سألت أبا الحسن (ع) عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت، فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثمّ أفأقت، فأنكرت ذلك، ثمّ ظنّنت أنّه يلزمها، ففزعت منه، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج. أحلال هولها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟

فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفأقت فهو رضا منها.

قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها.

فقال: نعم.

وتقريب الاستدلال أنّ «زوّجت نفسها» لو لم تكن ظاهرة في التزويج بالتسبيب من جهة تعارف التسبيب في النكاح ولا سيّما من طرف المرأة لحياثها، فلا أقلّ من احتمالها ذلك في مقابل احتمال مباشرتها العقد فبترك الاستفصال يعلم أنّ الحكم في تزويجها بالتسبيب أيضاً ما ذكر في الرواية. وحيث إنّه لا اعتبار برضاها حين السكر يكون النكاح

فضولياً، مع أنه لو كانت هذه العبارة ظاهرة في المباشرة فيمكننا إسراء الحكم إلى الفضولي أيضاً لعدم الفرق بين العقد الصادر عن السكرى والفضولي من جهة الانشاء وتأخير الرضا وإنما الفرق بينهما إنما هو في مجرد صدور العقد من الزوجة وتمامية الاستناد بحيث يكون العقد عقدها، بخلاف العقد الصادر من الفضولي لعدم حصول الاستناد حينئذ؛ لكن قد تقدم عدم اعتبار الاستناد في العقود بحيث يكون العقد عقده، بل نفس العقد مع حصول رضا المالك كافٍ في التنفيذ. فلو دلّ دليل على عدم مانعية الردّ قبل الاجازة في بيع المكره نأخذ به ونثبت عدم المانعية قبل الاجازة في بيع الفضولي أيضاً لعدم الفرق بينهما من تمامية العقد وعدم وجود الشرط وهو الرضا. ولا ترجيح للأول على الثاني لعدم اعتبار الاستناد ولا نحتمل التعبد المحض بحيث تكون للأول خصوصية عند الشارع. وفي المقام السكرى زوجت نفسها في تلك الحالة وحيث إنها ملتفتة إلى ما يقول وينشيئ لكن لا يلتفت إلى عواقبه، فقد أنشأ العقد ولم يحصل منها الرضا المعاملي. فلو استفدنا من هذا الدليل جواز الاجازة بعد الردّ في تزويجها نسري الحكم في الفضولي من النكاح إلى غيره لالغاء الخصوصية عرفاً بعد عدم الفرق بينهما من جهة موضوع التنفيذ، بل يمكن دعوى الأولوية في الفضولي فإنّ ردّ الشخص فعل نفسه تصرف في سلطنة نفسه، بخلاف ردّه فعل الفضولي فإنه تصرف في سلطان الغير. فلوم يكن الردّ في الأول نافذاً وأمكن إلحاق الاجازة لم يكن نافذاً في الثاني بطريق أولى. فتدبر.

ثم إنّ قوله «فأنكرت ذلك» ظاهر في الردّ لا الانكار في مقابل الدعوى بقرينة «ثم ظننت أنه يلزمها» فإنّ هذه ظاهرة في اعتراضها بوقوع التزويج. واحتمال أنّ الانكار مجرد الكراهة لا الردّ، مدفوع بأنّ الردّ ليس أمراً زائداً على إظهار الكراهة بالعقد، ومعنى الانكار أيضاً ذلك فدلالة الانكار على الردّ ظاهرة. ومع ذلك حكم الامام (ع) بنفوذ التزويج بعد القيام معه وهذا يدلنا على نفوذ الاجازة بعد الردّ واحتمال أنّ المقام خارج عن الفضولي لوقوع العقد صحيحاً. وحكم الامام (ع) ليس من جهة حصول الرضا اللاحق بل من جهة وقوع العقد صحيحاً، مدفوع بقوله (ع) «إذا أقامت معه بعد ما أفأقت فهو رضئ منها».

والاشكال على الرواية بأنّ الرضا الحاصل تعلقي لظنّها بأنّه يلزمها، مدفوع بأنّ ظنّها من قبيل الداعي لرضاها بالعقد والرضا في المقام معاملي غير الرضا بمعنى الطيب. ولذا أمر الامام (ع) في ذيل صحيحة أبي ولاد بعد قوله «إني كنت أعطيته دراهم ورضي بها و حللني» وقوله (ع) «إنما رضي بها و حللتك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم» بقوله (ع): «ولكن ارجع إليه فاخبره بما أفتيتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته

فلاشيء عليك بعد ذلك».

والفارق بين الرضا في المقام الذي ذكرنا عدم تعليقه بالظن بالالزام والرضا في هذه الصحيحة المعلق على حكم أبي حنيفة، أنّ الأول معاملي وقد حصل في طول الظن بخلاف الثاني فإنه طيب النفس ولم يحصل مطلقاً كما هو ظاهر. فالانصاف تمامية دلالة الرواية على نفوذ الاجازة بعد الرد. وحيث إنه لا يمكن لنا إثبات الهدم على حسب القواعد فلا إشكال في لزوم الأخذ بالصحيحة والقول بعدم الهدم، بل لومتت القواعد أيضاً لكننا نأخذ بالصحيحة لامكان تقييد دليل السلطنة وإمكان حكم الشارع بعدم تأثير الرد قبل الاجازة وإن كان مؤثراً قبل القبول، فما ذكره الشيخ (ره) في ذيل كلامه من لزوم الطرح أو التاويل ممنوع. فتأمل.

ثم لو أغمضنا عن الرواية فيمكننا إثبات تأثير الاجازة بعد الرد بالأصل أيضاً فإن الأصل بقاء العقد إلى زمان الاجازة، وليس تقييد العقد بالاجازة موضوعاً لوجوب الوفاء حتى يتوهم الاثبات بل الظاهر أنّ العقد مطلقاً موضوع له إلا أن يكون المالك أجنبياً عن العقد بالمرّة؛ فع وجود العقد بالأصل والاجازة بالوجدان ينطبق الدليل عليه ويحكم بالتنفيذ. وهكذا الكلام في الرد قبل القبول بناء على مسلكتنا من أنّ تمام العقد هو الايجاب فقط. وأما لوقلنا بأنّ العقد مركّب من الايجاب والقبول، فلا يمكننا استصحاب العقد بل نستصحب الايجاب وبضمّ القبول إليه يحكم بالتنفيذ إلا إذا قلنا بأنّ العقد أمر بسيط منتزع من الايجاب والقبول فإنّ أصالة بقاء الايجاب بالنسبة إلى الثبوت الانتزاعي مثبت. كما أنه لوقلنا بأنّ العقد هو المعاهدة المستندة إلى المالكين بحيث تكون معاهدتها، فلا يمكننا إثبات ذلك إلا بالأصل المثبت. وهنا بعض المباني الأخر لا يهمننا ذكرها والصحيح مامر.

الرابع: ذكر الشيخ (ره): إنّ الاجازة من آثار سلطنة المالك فلم يورث.

و يفهم من هذا الذي ذكره أنها لو كانت من الحقوق فلا إشكال في التوريث و كأنه جعل هذا من المسلّمات ولذا لم يتعرّض له. مع أنّ الأمر ليس كذلك، فإنه لو بنينا على عدم جواز مغايرة المميز والمالك حال العقد على ما سيأتي فعناه أنّ الاجازة ولو كانت من الحقوق إلا أنّها من الحقوق المختصة بالمالك حال العقد فلا يورث. ولو بنينا على الجواز فعناه أنّ الوارث يستحقّ الاجازة لانتقال الملك إليه، فلامعنى لانتقال حقّ الاجازة أيضاً إليه لاستلزام ذلك استحقاق الوارث الاجازة مستقلاًّ لأنه مالك فعلاً وانتقال الحقّ إليه بالارث مع أنّ الاجازة أمر واحد. فكيف يعقل استحقاقه الاجازة الشخصية بالأصالة مع انتقال استحقاق نفس هذه الاجازة إليه؛ وهذا نظير كون الشخص مالكا لشيء بالأصل مع انتقاله إليه بالارث وليس هذا نظير اجتماع أسباب متعدّدة في حقّ، نظير حقّ الخيار

الثابت من جهة أسباب متعددة، فإننا لاننكر إمكان اجتماع الأسباب في حق واحد إذا كان له اعتبار عقلائي بل محط نظرنا أنه لا يعقل كون الشخص مالكا أو مستحقاً لشيء في نفسه مع انتقال نفس هذا الشيء إليه بالارث.

و كيف كان، فعلى هذا المبنى وهو جواز مغايرة الميز والمالك حين العقد يستحقّ الوارث الاجازة من جهة انتقال الملك إليه. و عليه لولم يكن إشكال عقلي في انتقال الحقّ إليه فلا إشكال أيضاً في عدم اعتبار عقلائي لهذا الانتقال بعد فرض استحقاقه بالأصالة. نعم، يمكن أن يقال إنّ الملك و حقّ الاجازة ينتقلان إلى الوارث في عرض واحد واستحقاقه الاجازة بالأصالة مترتب على الملك و في طول الانتقال، فلا بدّ من القول باستحقاقه الاجازة من جهة الارث لا الملك. لكنّ العرف والعقلاء غيرمساعدين لهذه الداقات والرتب العقلية، بل العقلاء يرون المالك مستحقاً للاجازة بلانظر إلى انتقال هذاالحقّ إليه من جهة الارث. فعلى كلا المبنيين لا يورث الاجازة ولو كانت من الحقوق.

و هنا إشكال آخر مبنياً على القول بالكشف، فإنّ القائل بالكشف يرى تأثير الاجازة المتأخّرة في العقد المتقدّم لأنّ مقتضى العقد تأثيره من حينه، و هذا غير ممكن في المقام لأنّ الوارث أجنبي عن العقد حاله. والقول بالكشف عن زمان انتقال الملك إليه و هو موت مورثه لا يمكن فإنّه خلاف مقتضى العقد.^١

و سيأتي بقية الكلام في ذلك فيما سيأتي إن شاء الله.

ثم إنّ المرحوم النائيني (ره) مع أنه قد صرح بكون البيع والاجازة من الحقوق المالية و أصرّبه، لم يشكل في المقام على الشيخ (ره) و قبل جميع ما ذكره و منه أنّ الاجازة من آثار السلطنة فلم يورث، و لازم ذلك وقوع التناقض في مبناه (قدّه).

الخامس: ذكر الشيخ ما حاصله: «إنّ إجازة قبض الثمن الشخصي تكون راجعة إلى

١- أقول: ما أفاده (مدظله) من الاشكال الأوّل وارد على القول بالنقل، و أمّا على الكشف فلا، فإنّ الوارث لو أجاز يكشف عن عدم انتقال المال إليه و انتقال ثمنه إليه و إن لم يميز ينتقل المال إليه دون ثمنه. فحذور الجمع بين الاستحقاق بالأصالة والانتقال في الاجازة الواحدة، مدفوع بل بما أنّ المورث كان مستحقاً للاجازة و أخذ الثمن يمكن القول بانتقال هذا الحقّ إلى وارثه بلا محذور.

و أمّا الاشكال الثاني فدفعه أوضح من ذلك، فإنّ لازم هذا الاشكال عدم إمكان مغايرة الميز والمالك حال العقد على الكشف مع أنّ الحقّ خلافه، بل يكفي كون العقد واقعاً على مال لو أجازته الميز يأخذ الثمن و إلا يأخذ المثلث. ولا يستفاد أزيد من ذلك من الأدلّة العامة. فتحصل أنه على النقل يشكل انتقال الحقّ بل ينتقل الملك و يستحقّ الوارث الاجازة من هذه الجهة. و أمّا على الكشف ينتقل نفس حقّ الاجازة إليه بناء على كونه حقاً و لا يبطل العقد و هذا ظاهر. ق

إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، و هكذا في طرف المبيع الشخصي، فإن مرجع إجازة قبضه إلى إسقاط ضمانه عن عهدة البائع فإجازة القبض في الشخصيات ماضية. و أما إجازة قبض الكلّي فتأثيرها في تعينه و قبضه يحتاج إلى دليل متمم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والاقباض وإتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة. « هذا.

ولكن جريان الفضولية في القبض والاقباض مبني على الجمود على مفهوم ذلك بالنسبة إلى الآثار المترتبة عليه نظير تلف المبيع قبل قبضه يكون من مال بايعه. و أما لوقلنا بأنّ المعتبر عند الشرع كالعقلاء أوسع من هذا المفهوم بل المدار على وصول المال إلى مالكة نحو وصول، كما إذا أذن في وضع المال في مكان معين أو إقباض شخص معين ولو نفس الضامن أو رضي بذلك بعد تحقّقه، فلا يجري الفضولية فيها لأنّ تمام الموضوع حينئذ رضا المالك بكون ماله في ذلك المكان أو عند ذلك الشخص. ولذا لو انتقل ماله من عند الضامن إلى مكان آخر بسبب هبوب الريح و رضي المالك به، يكفي في حصول القبض بنظر العقلاء والشرع أيضاً لم يأت بشيء زائد عمّا هو المعتبر عندهم؛ أتري أنّ الفضولي في المقام هو الريح أو المكان؟! والسرفي ذلك كفاية مجرد الرضا بذلك في تحقّق القبض. نعم، في حديث «على اليد ما أخذت¹ حتى تؤذي» الأخذ أو القبض هو الاستيلاء على الشيء والسلطنة عليه لا مجرد وضع اليد أو ما ذكرنا في قبض الثمن أو الثمن، فإنّ موضوع الضمان عند العقلاء ذلك. و أما التأدية في ذيلها فعين الاقباض هنا يكفي في حصولها نحو وصول إلى المالك كما مرّ.

هذا في الشخصيات و أما في الكلّيات فتزيد على الشخصيات باحتياجها إلى التعيين والتمييز حتى تؤدى إلى مالكة؛ ولكنّ التعيين والتمييز في الكلّيات أيضاً غير متوقّف على مفهوم القبض، بل لو ميّز بسبب هبوب الريح و رضي به المالك كفى في التعيين، فتمام الموضوع لتعيين الكلّي أيضاً رضامن يعتبر رضاه بتطبيق الكلّي على فرد ما فلا تجري فيه الفضولية أيضاً.

ولو فرّق بين القبض في الشخصيات والكلّيات بأنّه يمكن أن يقال إنّ الأفعال الخارجية لا تنقلب عمّا وقع عليه و أما الأمور الاعتبارية فيمكن أن ينتسب إلى الغير، ولذا تجري الفضولية في الكلّيات ولا تجري في الشخصيات.

فجوا به أنّه قد مرّ مراراً أنّ الانتساب الواقعي غير ممكن والمجازي غير مشمول للأدلة العامة ولو قيل بكفاية مجرد الرضا في الانتساب، فليكن ذلك كافٍ في الشخصيات أيضاً.

١- وفي نسخة: قبضت.

ثم إنه على تقدير جريان الفضولية في القبض فهل يجري نزاع الكشف والنقل فيه أولاً؟ فقد منع المرحوم النائيني (ره) ذلك وقال بلزوم الالتزام بالنقل فإن الاجازة كالعقود الاذنية فتمام الموضوع فيها هو الرضا فلامعنى للكشف.

وفيه: أولاً ما مرّ سابقاً من أنه لاعمى للعقود الاذنية أبدأ فإن العقد في تأثيره محتاج إلى القبول بخلاف الاذن فإنه ايقاع محض وقد سبق تفصيله. وثانياً إن الجمع بين الالتزام بجريان الفضولية والقول بالنقل لأن الرضا تمام الموضوع، لا يمكن فإن الاجازة في الفضولي جزء الموضوع فكيف تكون تمام الموضوع. وثالثاً قدمع هو (قده) جريان الفضولية في القبض في أول الفضولي ونقلنا عنه و ذلك بنا في ما ذكره هنا.

ويمكن أن يقال بالكشف وعدم جريان النزاع، فإن القول بالنقل إنما هو في مورد يكون للصادر عن الفضولي بقاء اعتباري حال الاجازة حتى تلحقه فيلتزم بالنقل، وفي باب القبض أنه أمر تكويني محض ولا اعتبار فيه أصلاً حدوثاً وبقاءً فلو أثرت الاجازة فيه تؤثر كشفاً.

وفيه منع لزوم اعتبار البقاء في القول بالنقل، بل نفس تحقق القبض ولحوق الاجازة به كافٍ في تحقق موضوع الأثر بجزئيه، كما يجري القول بالكشف أيضاً بتقريب أن القبض المتعقب بالاجازة يؤثر.

وقد فصل المحقق الاصفهاني (قده) بين القبض في باب الصرف والسلم والقبض في النبوي «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» بالقول بالكشف في الأول والنقل في الثاني. وقد ذكر في وجه النقل في الثاني أن الاجازة المتأخرة لا تصحح القبض السابق ولا يتحقق الانتساب قبل الاجازة، فلو تلف المبيع قبل اجازة القبض يكون مورد اللنبوي. و أنت خبير بأنه لو قلنا بالكشف واعتبار الرضا التقديري أو لحاظ المتأخر أو قلنا بأن المؤثر هي الحصّة المضافة أو العقد المتعقب فلا يجري فيه ما ذكره فإن شرط التأثير مقارنة للعقد لا متأخر عنه.^١

ثم إنه هل اجازة العقد اجازة للقبض أولاً؟ فهذه ليست مسألة فقهية وإنها منوطة بالقرائن الدالة على ذلك بلافق بين ما يعتبر القبض في صحته كالصرف والسلم وغيره. ولو أجاز العقد في الصرف والسلم دون القبض فيحكم ببطلان العقد لعدم حصول شرطه وهي الاجازة ولا وجه لما ذكره الشيخ (ره) من أن لبطلان العقد أو القبض وجهان. ثم إنه لو قلنا بالفضولية في القبض فلا يمكن تصحيحها بالأدلة العامة. نعم، الأدلة

١- ولكن التفصيل بين الأمرين لم يظهر له وجه. ق

الخاصة نظير روايتي عروة و أبي سيار السابقتين دالة على ذلك، ولا سيما الأخيرة فإنها ظاهرة في تحقق القبض في الشخصي والكلي فإن المعاملات العديدة الواقعة مشتملة عليها فإن الثمن كلى نوعاً والمثمن شخصي كذلك.

السادس: ذكر الشيخ (ره): «إن الاجازة ليست على الفور، للعمومات و لصحیحة محمد بن قيس...» الخ.

أقول: ما يمكن أن يقال في وجه الفورية أمور ثلاثة:

إحداها: إن التراضي موجب لانهدام العقد نظير تأخير القبول عن الايجاب. و أنت خبير بما فيه فإن العقد تام في الفضولي والاجازة غير دخيلة في حقيقته، فلا معنى للقول بانهدام العقد بتأخير الاجازة. و قياس الاجازة بالقبول على مسلك القوم قياس مع الفارق لدخله في حقيقة العقد فيمكن أن يقال إنه يلزم من التأخير عدم تحقق الوحدة المعتبرة في العقد بخلافها فإنها خارجة عن العقد. و أما على مسلكنا فالقبول أيضاً يجوز تأخيره كالاجازة مع أن لازم هذا الوجه عدم الفرق بين صورة التأخير عن التفات و عدمه فإن الالتفات غير دخيل في حقيقة العقد؛ مع أن القائلين بالفور يلتزمون به بعد الالتفات.

ثانيتها: إن التراضي موجب لفساد العقد بنظر العقلاء. و فيه مالا يخفى، فإن موضوع الأثر بنظرهم العقد والرضا به ولو حصل بعد حين.

و ثالثها: إن الفور قيد معتبر شرعاً في صحة العقد. و يدفع هذا الوجه بالاطلاقات و صحیحة محمد بن قيس بناء على تحقق أمد بين التفات صاحب الوليدة و إجازته كما هو الظاهر.

و من الواضح أن مبنى هذه المسألة و خيار الغبن ليس ما ذكره المرحوم النائيني (ره) من أن الانسان مجبول على دفع الضرر و جلب المنفعة، بل المبنى في المقام التمسك باطلاق الأدلة. و في تلك المسألة هو المعروف من التمسك بالعموم أو استصحاب حكم المخصص. فتدبر جيداً.

ثم ذكر (ره): «ولولم يجز المالک ولم يرد حتى لزم تضرر الأصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين.»

أقول: أما صغرى المسألة و هو لزوم تضرر الأصيل موقوف على عدم إمكان فسخ العقد بالنسبة إليه و هو الصحيح على مامر، و عدم جواز تصرفه في ما انتقل عنه؛ و قد سبق أن الحق جواز تصرفه فيه حتى على الكشف لا لاستصحاب عدم الاجازة بل للاستصحاب الحكمي و هو استصحاب عدم الانتقال أو جواز التصرف. و عليه فلا ضرر على

الأصيل بتأخير الاجازة. و أما الكبرى و هو لزوم تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين، فلا وجه له. أما على مسلك القوم من حكومة دليل «لاضرر» على أدلة الأحكام فظاهر، فإن مافيه الضرر عدم جواز تصرف الأصيل لاعدم جواز الفسخ ولا تأخير المالك الاجازة فلو جاز له التصرف لاضرر عليه و إن لم يجزله الفسخ ولم يجز المالك فوراً. فبحكومة «لاضرر» يرفع عدم جواز التصرف ولا تصل النوبة إلى التدارك بالخيار أو الاجبار على أحد الأمرين. و أما على مسلكنا من عدم الحكومة فيرجع في حل المشكلة إلى الحاكم؛ فلورأى المصلحة في الفسخ يفسخ ولورآه في جواز تصرف الأصيل و إن كان العقد باقياً على صحته التأهلية يجزله كذلك. و هذا نظير مورد دليل «لاضرر» حيث إن دخول سمرة في البستان كان ضرراً على الانصاري فأمر النبي (ص) بقلع مادة الفساد و هو العذق. والحاصل أن في نظير المسألة من موارد لزوم الضرر على أحد من جهة تصرف شخص آخر بما يجوز له لولم يلزم الضرر لابتدأ من المراجعة إلى الحاكم الشرعي، ومن هذه الموارد نفس مورد الدليل. و تمام الكلام في الأصول و من هذه الجهة قلنا: إن «لاضرر» ناظر إلى أمر ولائي ولا حكومة لها على الأدلة.

السابع: ذكر الشيخ (ره): «هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً و خصوصاً أم لا؟ و جهان... الخ.

و ظاهر هذه العبارة أن النزاع في المقام كبروي كما هو نص كلام المرحوم النائيني (ره) حيث قال: «إن حكم الاجازة حكم البيع ابتداء، فكما يجوز للمالك بيع بعض ماله ابتداء فكذلك يجوز له اجازة بعضه». ولكن من الظاهر أنه لا يمكن المساعدة لهذا الكلام، أترى أنه لو وقع البيع الفضولي على الكتاب مثلاً يجوز للمالك اجازة البيع على الفرس من جهة أن الاجازة كالبيع الابتدائي فكما يجوز للمالك بيع فرسه ابتداء يجوز له اجازة البيع له؟! و من غريب الأمر أن الشيخ (ره) صرح بلزوم التطابق بين الايجاب والقبول و فصل في المقام. و كذلك المرحوم النائيني (ره) صرح هناك بلزوم التطابق وقال: هذا من القضايا التي قياساتها معها، و مع ذلك ذكر في المقام أن الاجازة كالبيع الابتدائي. مع أن الاجازة والقبول كليهما من واد واحد حيث إنهما موجبان لتنفيذ ما دل عليه الايجاب و أنشأ به بلا فرق بين القول بما التزم به المشهور من أن العقد مركب من الايجاب والقبول و ما بنينا عليه من أن تمام حقيقة العقد يتحقق بنفس الايجاب فقط، فإن القبول على كلا القولين مطاوعة للايجاب و الاجازة نافذة للعقد فهي أيضاً مطاوعة للايجاب. ولو قلنا بتركب العقد فلا معنى للنزاع الكبروي في المقام أو الفرق بين القبول و الاجازة من هذه الجهة فإن اعتبار المطابقة بين القبول و الايجاب و بين الاجازة و العقد من القضايا التي قياساتها

معها. وكيف يمكن الفرق بينها بالقول بأن الاجازة كالبيع الابتدائي بخلاف القبول مع أنّ كليهما واردان على أمر آخر وهو الايجاب على مسلكنا أو الايجاب في الأول والعقد المركب في الثاني على مسلك القوم ولا ابتدائية في شيء منها كما لا يخفى. مع أنّ ما ذكره من أنّ الاجازة كالبيع الابتدائي منافٍ لمبناه من أنّ لزوم الاجازة من جهة حصول الاستناد لا أنّ الاجازة مؤثرة بنفسها.

و بالجمله إنّ ماله وقع للنزاع فيه إنّما هو صغرى المسألة و هي تختلف بحسب الموارد، فقد تحصل المطابقة ولو باجازة بعض ما وقع عليه العقد و قد لا تحصل. والكلام يقع في ذلك تارة في الأجزاء و أخرى في الأوصاف و ثالثة في الشرائط.

أما في الأول، فلو وقع الفضيولي المعاملة على مركب ذي أجزاء و أجاز المالك تلك المعاملة بالنسبة إلى بعض الاجزاء، فلو قلنا بأنّ الاجازة لاحقة إلى إنشاء العقد و متعلّقة بها فلم تحصل المطابقة بين المجاز و الاجازة فإنّ العقد أمر واحد غير قابل للتجزّي بالنسبة إلى أجزاء متعلّقه، و إن ذكر المرحوم المحقّق الاصفهاني في المقام أنّ العقد المتعلّق بمركب منحلّ إلى عقود متعدّدة حسب تعدّد الأجزاء فإنّ المركب عين الأجزاء، فن باع المركب من الثوب و الفرس فقد باع ثوبه و باع فرسه فيمكن إجازة بعض ما وقع عليه العقد لحصول المطابقة في ذلك البعض. ولكن في هذا الاستدلال، بعد الاغماض عن إشكاله العقلي، أنّ الشيء الواحد غير قابل للانحلال غير موافق لنظر العقلاء، أترى أنّ من باع منظره الغير فهل يجوز ماله إجازة بعض منه لحصول التطابق؟! أو من باع دار الغير فهل يجوز ماله إجازة آجر منه أو بيت منه لذلك؟! و المعلوم أنّ العقلاء لا يساعدون لمثل ذلك، مضافاً إلى أنّه لو سلّم الانحلال يلزم كون جلّ المعاملات إن لم يكن كلّها غررياً فإنّ أجزاء الدار مثلاً غير معلوم للمتبايعين و الثمن الواقع في مقابلتها أيضاً غير معلومة. فلو بنينا على تعلّق الاجازة بالانشاء لا يمكن دعوى حصول التطابق باجازة بعض ما وقع عليه العقد. ولذا ذكرنا في مسألة النذر على أمور متعدّدة، كصوم كلّ خميس، أنّ مخالفة البعض يحصل الحنث و بعد ذلك لا يجب الوفاء بالنسبة إلى سائر الأبعاض، فإنّ ما يلزم الوفاء به إنّما هو النذر و ما يوجب الكفارة إنّما هو مخالفته و هو أمر واحد متقوم بالانشاء. فمع مخالفته ولو في بعض ما تعلّق به لا يبقى مجال لموافقته بعد ذلك لعدم الموضوع. نظير ذلك الجمع بين أمور غير واقعة و الاخبار بها باخبار واحد، ككلّ نار بارزة، أفهل يمكن القول بأنّ ذلك أكاذيب متعدّدة حسب تعدّد أفراد النار. و الحاصل أنّ النذر واحد و إن تعلّق بمتعدّد.

و أما لو قلنا بأنّها متعلّقة بالمنتشأ و هي النقل الانشائي لا إنشاء النقل، فيختلف

الحال باختلاف الموارد؛ فلو كان نظر المتبايعين إنشاء نقل واحد متعلق بالمركب بحيث لم يقع إلا معاملة واحدة بنظر العقلاء، فلم تحصل المطابقة حينئذ، نظير بيع المنظرة والدار الذي سبق ذكره. ولو كان نظرهما نقل كل واحد مما تعلق عليه العقد بحيث يكون الجمع في التعبير وإلا فالواقع معاملات متعددة بنظر العقلاء، كبيع التاجر الكتاب والثوب مثلاً بإنشاء واحد، فتحصل المطابقة بإجازة البعض أيضاً وهذا ظاهر.

والحق أن الإجازة متعلقة بالمنشأ بنظر العقلاء لا الانشاء وشأن الانشاء إنما هي الطريقة ولا موضوعية له. وتمام الموضوع بالنسبة إلى حقوق الإجازة إنما هو الموجود بالإنشاء وهو النقل لا تنس الانشاء. والدليل هو الرجوع إلى الارتكاز العقلائي في أن إجازة البيع هل هي إجازة النقل وإمضائه أو إجازة إنشائه، وبالرجوع إلى ذلك يحصل الجزم بالأول فإن الإنشاء لخصوصية فيه وعليه يترتب ما مر من اختلاف الموارد في حصول المطابقة وعدمها.

هذا في الإجازة المتعلقة بالعقد والكلام في القبول المتعلق بالاجاب بعين الكلام بلا زيادة ونقصان فلا يحتاج إلى الإعادة. وبالجملة تختلف الحال صحة وفساداً فيما لو أجاز المالك بعض ما وقع عليه العقد بحسب نظر العقلاء انحلال العقد الواقع على المركب إلى معاملات متعددة، فلو اشترى السلعتين المملوكتين لمالك واحد أو مالكين فضولياً وأجاز المالك الواحد المعاملة الواقعة على أحدهما أو أجاز أحد المالكين المعاملة الواقعة على ماله، تصح المعاملة للاحظة العقلاء انحلال المعاملة إلى معاملتين فيها، بخلاف بعض موارد أخرى كبيع الأمثلة المتقدمة.

وأما في الثاني وهو الأوصاف، فقد يقع العقد على كلي مقيّد بوصف كالفرس العربي فلا يمكن إجازة المطلق أو المقيّد بغير ذلك الوصف لعدم حصول المطابقة بنظر العقلاء، وإن قلنا بالانحلال بالتحليل العقلي، ولا نقول. وقد يقع على كلي غير مقيّد بشيء فلا يمكن إجازة المطلق أيضاً لعدم حصول المطابقة كسابقه. وقد يقع على عين شخصي خارجي مقيّداً بعنوان فيجيزه المالك مطلقاً أو مقيّداً بغيره فتصح المعاملة حينئذ لوقوع العقد والإجازة على ذلك الشخص فالمطابقة حاصلة والتقييد بالعنوان لا يضر بها فإن المفروض عدم وقوع العقد على العنوان، نظير مسألة الاقتداء بزيد فبان كونه عمراً على مسلكتنا من صحة الجماعة مطلقاً حتى على التقييد لوقوع الاقتداء بالخارج لا بالعنوان.

وأما في الثالث وهو الشرائط، فتختلف الحال فيها أيضاً بحسب الشروط. ففي موارد الشروط المصححة للعقد كبيان ما يندفع به الفرر شرطاً والشروط المحددة للموضوع كبيع الفرس إذا كان عربياً، لا يمكن إجازة العقد فاقداً للشرط لبطلان العقد حينئذ في الأول و

عدم المطابقة في الثاني. كما أنه لا يمكن إجازة العقد الفاقد للشرط في الشرط الذي تعلق الغرض به محضاً وجعله في البيع لغرض من الأغراض كالفرار عن مخذور عدم لزوم الشروط الابتدائية مثلاً لعدم مساعدة العقلاء للانحلال حينئذ حتى تحصل المطابقة. نعم، في موارد الشروط الزائدة على العقد مع تعدد الغرض في العقد والشرط يمكن فرض الانحلال كما لو باعه شيئاً و شرط على المالك الاعتكاف مثلاً. وهكذا في الشروط الزائدة على العقد مع دخلها في الغرض الواقعي، كما إذا تعلق غرضه ببيع ماله بعشرين والفضولي اشتراه بعشرة بشرط أن يخيظ المالك ثوب البايع مثلاً؛ فخيطة الثوب دخيل في الغرض واقعاً لمقابلته العشرة من القيمة غير دخيل في الثمن الواقع عليه المعاملة لجعله شرطاً زائداً عليها فيمكن الالتزام بالانحلال أيضاً خلافاً للشيخ (ره) في الشروط، فإن الغرض الواقعي الذي هو من الدواعي ولا يضر تخلفه بالمعاملة غير دخيلة في المعاملة الانشائية، والمفروض وقوع المعاملة على الشيء بازاء عشرة وجعل الخيطة شرطاً زائداً عليها فتكون نظير ماسبق من الشروط الزائدة فيقبل الانحلال. فتأمل.

ولو أوقع الفضولي العقد مطلقاً و أجازه المالك مشروطاً أو مقيداً فيقع الكلام في ذلك تارة من جهة تصحيح العقد بالاجازة وأخرى في لزوم هذا الشرط بناء على التصحيح. أما الأول، فقد يقال بالتفصيل بين كون الشرط للمالك أو عليه والحكم بالبطان في الأول دون الثاني فإنه راجع إلى جعل أمر على المالك زائداً على إجازة ما وقع عليه العقد بخلاف الأول لعدم إجازة ما وقع عليه العقد حينئذ، نظير ما لو وقع العقد مشروطاً و أجازه مطلقاً فيفضل بين كون الشرط للمالك أو عليه بالحكم بالصحة في الأول دون الثاني لرجوع الأول إلى إسقاط ما جعل له والثاني إلى عدم إمضاء ما وقع عليه العقد، ولكن إسقاط الحق أو جعله على نفسه خارج عن البحث. والكلام في أن العقد لو وقع مطلقاً و أجازه المالك مشروطاً غير مطلق فهل يمكن الحكم بالتنفيذ أولاً؟ ولا يخفى الاختلاف بحسب الموارد كما مر. ففي مورد التقييد في المبيع الكلي لا يمكن الحكم بالصحة لعدم حصول المطابقة بخلاف مورد التقييد في الشخصي واشترط أمر زائد على ما وقع عليه العقد نظير الوجهين الأخيرين السابقين لحصول المطابقة حينئذ على تأمل في الأخير منهما كما مر.

و أما الثاني وهو لزوم الشرط بناء على عدم نفوذ الشروط الابتدائية، فذكر السيد (ره) أن الشرط الابتدائي وإن كان خارجاً عن مفهوم الشرط إلا أنه لا يعتبر في مفهومه وقوعه في ضمن عقد بل يكفي تعلقه بمطلق شيء آخر.^١

١- ليس في كلام السيد (ره) كلمة «الشيء» ونحوه بل ما يظهر من كلامه أنه لا يعتبر وقوع

ولا يخفى ما في ذلك . فلو قرأ سورة الحمد مثلاً و شرط شيئاً أهمل يلتزم بنفوذ ذلك لوقوع الشرط في ضمن الحمد بل يعتبر في مفهوم الشرط وقوعه في ضمن عقد والاجازة خارجة عن العقد؟ ولوقيل بكفاية الايقاع، يقال عليه إنه بتمامية الايقاع يحصل التأثير ولا مجال للاشتراط بعد ذلك و لذا لانلتزم بكفاية الاشتراط بعد القبول، بل لابد من الاشتراط في الايجاب والقبول بعده، مع أنّ نتيجة الشرط قابلية المشروط فيه للفسخ بتخلفه فلا بد من وجود بقائي اعتباري عند العقلاء لذلك حتى يحكم بقابليته للفسخ بعد التخلف. و هذا لا يمكن إثباته ببناء العقلاء في الاجازة، فإن الاجازة المشروطة غير متداولة عندهم حتى يستند في إثبات حكمها ببنائهم بخلاف البيع مثلاً و لذا يقبل الفسخ و الاقالة بنظر العقلاء. فليتدبر فإنه حقيق به.

ذكر بعض أساتيدنا في المقام أنّ معنى الشرط الواقع في ضمن العقد تقييد الالتزام بالوفاء بالالتزام المعاملي بذلك الشرط، و معنى ذلك أنه عند تخلف الشرط لا يلتزم المشروط له بالوفاء بالالتزام المعاملي و هذا غير تعليق الالتزام المعاملي في شيء و إلا يبطل العقد على المشهور. فعلى ذلك لابد من الحكم بالبطلان عند الاجازة المطلقة مع وقوع العقد على المقيّد و بالعكس لعدم حصول المطابقة، فإن المجاز مطلق و المبيع حصّة خاصّة أي المبيع الذي لم يلتزم المشروط له بالوفاء به لولم يحصل الشرط.

و فيه أنّ المبيع هو مطلق الشيء في مقابل الثمن لا الحصّة. غاية الأمر رجوع معنى الشرط إلى تقييد الالتزام بالوفاء و هذا أمر خارج عن البيع و المبيع، فكيف لا يصح إمضاء البيع مطلقاً؟!

غاية الأمر الأصيل محيّر في الفسخ للتخلف و أين هذا من البطلان؟! كما أنّ تخلف الشرط في الأصيلين موجب للخيار لا البطلان.

→ الالتزام في ضمن العقد حتى يصدق الشرط عليه، بل إنه التزام في ضمن التزام فيتنطبق على الالتزام في ضمن الاجازة أيضاً. والظاهر تمامية ما ذكره و حديث تمامية الايقاع قبل الشرط، مع أنه منتقض بما إذا صدر الايقاع و الشرط من الفضولي و أجاز المالك الأمرين معاً ولا يساعده العقلاء. نعم، في بعض الموارد، كالطلاق و التحرير، علم من الخارج أنها غير قابلة للفسخ فلا يؤثر تخلف الشرط فيه في جواز فسخه. نعم، لوالترتينا بوجود الشرط تكليفاً يكون للشرط في ضمن الطلاق و التحرير أيضاً أثر. و أمّا في غير هذه الموارد كالبذل مثلاً لوقلنا بأنه إيقاع فلو بذل و اشترط على الآخر شيئاً فلم لا يجب عليه العمل به و لم يتسلط المشروط له على الفسخ بتخلف الشرط؟! فتدبر. ق

المجيز

ذكر الشيخ (ره): «فاستقصائه يتمّ ببيان أمور:

الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الاجازة جائر التصرف بالبلوغ والعقل والرشد، ولو أجاز المريض بني نفوذها على نفوذ منجزات المريض. ولا فرق فيما ذكر بين الكشف والنقل.» انتهى.

الظاهر اختلاف الحال بحسب المباني؛ فبناء على الكشف المحض و اشتراط الرضا التقديري في صحة العقد، يمكن القول بعدم حجر المريض ولو بناء على عدم نفوذ المنجزات إلا من الثلث. نعم، لوقلنا بالنقل أو الكشف بسائر معانيه بحيث يكون للاجازة نحو تأثير في النقل والانتقال فنفوذ الاجازة مبني على نفوذ المنجزات.^١

فإنّ الظاهر أنّ الاجازة نحو تصرف مالي عند العقلاء حتى على الكشف وهو ممنوع من ذلك. والمرحوم النائيني (ره) بعد طرح الدعوى كما ذكر الشيخ (ره) مثل لبيان ذلك بالرهن ونحوه قبل الاجازة وذكر أنّ المجيز حينئذ ممنوع من الاجازة كالبيع الابتدائي، فإنّ تأثير الاجازة حينئذ دوري فإنّ بطلان التصرف (الرهن ونحوه) يتوقف على تأثيرها والتأثير يتوقف على بطلانه. ولا يخفى خروج ذلك عن محلّ الكلام، فإنّ بحثه راجع إلى هادمية ما ينافي الاجازة وعدم الهادمية و بحثنا راجع إلى شرائط المجيز، وبينها بون بعيد.

ذكر الشيخ (ره):

الثاني: هل يشترط في صحة عقدا فضولي وجود مجيز حين العقد أو لا يشترط؟ قولان، أولهما للعلامة في ظاهر القواعد واستدلّ له بأنّ صحة العقد والحال هذه ممتنعة فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً.»

١- احتمال السيد (ره) عدم البناء على ذلك بناء على الكشف نظير القبض المعتبر في صحة العقد في

موارده. ق.

قد يقال بوجود المجيز في العقود دائماً، فالمسألة لاصغرى لها فإنّ الامام (ع) وليّ من لاوليّ له و له إجازة العقد الذي لا يجيز له فعلاً، كبيع مال اليتيم المذكور مثلاً لهذه المسألة. ولذا قيّد بعضهم عنوان المسألة بمجيز نافذ الاجازة بزعمهم عدم نفوذ العقد على مال اليتيم مع المفسدة ولو باجازة الامام. ولا يخفى ما فيه، فإنّ النبيّ (ص) والأئمّة (ع) أولى بالمؤمنين من أنفسهم، لكنّ الكلام في كبرى المسألة بلانظر إلى وجود صغرى لها خارجاً نظير البحث عن حكم الدم المخلوق في الساعة مع عدم وجود الموضوع له في الخارج.

و كيف كان، فلتحقيق ما ذكره العلامة (قدّه) لا بدّ من النظر في المراد من وجود المجيز؛ لا إشكال في عدم دخل ذات المجيز في صحّة العقد كمالاً إشكال في عدم إرادة المجيز بوصفه من كلامه، فإنّ معناه اعتبار فعلية الاجازة حال العقد و هذا منافٍ للفضولية كما لا يخفى. ولو كان المراد من وجود المجيز أهلية الاجازة فع عدم الاشكال في عدم دخلها في صحّة العقد يكون الاستدلال على اعتباره بما ذكره العلامة مصادرة بالمطلوب، فإنّ الكلام في أنّه هل العقد مع عدم وجود من له أهلية الاجازة ممتنع أولاً.

ويرد عليه أيضاً أنّ الامتناع بالذات في المقام لا معنى له والامتناع بالغير لا يمكن إلاّ أن يكون المراد من أنّ العقد مع عدم الاجازة ممتنع لعدم دخل غير الاجازة في صحّة العقد كما ذكرنا. ولازم هذا الكلام بطلان الفضولي رأساً فإنّ الفضولي ممتنع حدوثاً فهو ممتنع بقاء لما ذكره العلامة (ره) من أنّه إذا امتنع في زمان امتنع دائماً مع أنّ هذه الملازمة ممنوعه جدّاً، فإنّ الشيء الممتنع في زمان لعدم حدوث علته ليس بمتنع في زمان حدوث علته بل هو واجب فنفوذ العقد حاله ممتنع لعدم علته و في زمان الاجازة واجب لوجود علته و هي الاجازة. فعلى هذا كبرى ما ذكره العلامة من أنّ الممتنع في زمان ممتنع دائماً، ممنوع ولاسيما بملاحظة ما حكى عنه في ذيل هذه العبارة تعليلاً للتعليل المذكور و هو أنّ الباطل في زمان باطل دائماً. نعم، يمكن توجيه ما ذكره من أنّ العقد الذي لا يجيز له صالح للاجازة يغيّر سائر العقود الفضولية لامكان الاجازة فيها بخلاف المقام بطلان العقد الذي لا يجيز له غير بطلان سائر العقود الفضولية بل معنى بطلانه عدم قابليته لترتب الأثر عليه ولو بالاجازة كعقد المجنون مثلاً. فعلى هذا التقريب لا يرد عليه المناقشة في الكبرى كما أورد عليه الشيخ (ره) بل لنا سؤال الدليل على البطلان كذلك.

و يظهر ما ذكرنا في تفسير كلام العلامة من عبارة ولده الفخر (ره) على ما في المقاييس و قد فسّر المحقق الاصفهاني (قدّه) كلام الفخر (ره) موافقاً لما فسّرنا و هو أنّه مع عدم وجود المجيز لا يكون للعقد الصحّة التأهيلية أيضاً فلا يصحّ دائماً؛ وقد عرفت فلا مزيد عليه عدم تمامية هذا الكلام صغرى و كبرى، أمّا الصغرى فهذا الدليل مصادرة محضه مع

أن الاطلاقات تنفي اعتبار وجود المجيز في الصحة والممتنع إنما هو الصحة الفعلية لا التأهيلية، و أما الكبرى فلا نسلم هذه الملازمة أيضاً لعدم الدليل عليه، فلو باع الفضولي الخمر ثم انقلب خلاً في زمان الاجازة يمكن تصحيح العقد بها للاطلاقات.

و تحقيق الحال أنه لو قلنا بأن الكشف على القواعد ومقتضى الاطلاقات فيمكننا دفع كل ما احتمال دخله في صحة العقد ومنه وجود المجيز حال العقد بالاطلاقات كما هو الحال بناء على القول بالنقل. و أما لو قلنا بالكشف تعبدًا وإن اقتضت القواعد النقل فحيث لا إطلاق للأدلة فالتعبد بالكشف يشمل المقام، لا يمكننا القول به. نعم، ندفع القيد المحتمل بالاطلاقات ونلتزم بالنقل وقد مرّ مثل ذلك في ماسبق. فتحصل عدم اعتبار وجود المجيز لذاتاً ولا وصفاً في صحة العقد ونفوذه وإن اعتبر في الكشف على الكشف التعبدية.

و قد يشكل على الكشف في مثل بيع مال اليتيم من دون مصلحة مع حصول الاجازة في زمان وجود المصلحة بأن الحكم بالصحة ممتنع حتى بعد الاجازة، فإن الكشف لا يمكن لعدم المصلحة في طرف حدوث العقد والنقل لادليل عليه فإن مقتضى القواعد حسب الفرض الكشف. و أنت خبير بأن الحكم بالامتناع في مثل ذلك أجنبي عن اعتبار وجود المجيز حال العقد، فإن وجهه ليس عدم وجود المجيز ذاتاً أو وصفاً حاله بل وجهه ما ذكر من عدم وقوع العقد موافقاً للمصلحة.¹

ذكر الشيخ (ره) لما استدكّ به لاعتبار وجود المجيز حال العقد ثانياً: «وبلزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في العين لا مكان عدم الاجازة وعدم تحقق مقتضى ولا في الثمن لا مكان تحقق الاجازة فيكون قد خرج عن ملكه.» هذا.

و هذا الاستدلال عن الفخر (قدّه) وقد تقدّم ما هو الجواب عنه و هو أنه أولاً دليل نفي الضرر غير حاكم على العمومات و مرجع رفع المحذور إلى الحاكم الشرعي؛ وثانياً منشأ الضرر في المقام إنما هو عدم جواز التصرف لاصحة العقد فغاياته أن دليل الضرر يثبت جواز التصرف لا اعتبار وجود المجيز حال العقد فيه؛ وثالثاً قد سبق أن العقد الفضولي مالم يلحق به الاجازة غير مشمول لدليل الوفاء فيجوز تصرف كل منها في ماله حتى على الكشف

١- وقد التزم بعض أساتيدنا في المقام بالصحة مع التزامه بالكشف الانقلابي بدعوى أن عدم المصلحة حال الحدوث لا ينافي الصحة، فإن ظرف استناد البيع أو الشراء إلى المجيز زمان الاجازة للعقد. ويرد عليه بعد الاغماض عمّا أفاده سيدنا الأستاذ (قدّه) في حديث الاستناد أنه في زمان الاجازة يستند العقد الواقع على مال اليتيم من دون مصلحة إلى المجيز، فإن هذا معنى الانقلاب فكيف يمكن الحكم بصحة مثل هذا العقد. نعم، لا بأس به على النقل كما هو ظاهر. ق

لأصالة عدم الاجازة بالمعنى الذي ذكرناه. فلا تصل النوبة إلى تحكيم دليل الضرر على العمومات وصحة العقد تأهلاً مع جواز تصرف كل في ماله لا ضرر فيها. هذا وقد مر أن الأيراد مشترك المورد بين المورد والموارد المذكورة فيها و مطلق بيع الفضولي مع تأخر الاجازة إلى زمان بعيد ولو في صورة جهل المجيز بوقوع العقد على ماله إلى ذلك الزمان.
ذكر الشيخ (ره):

«الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائر التصرف حال العقد...» الخ.

لا يخفى أن هذه المسألة متفرعة على المسألة السابقة فبناء على اعتبار وجود المجيز حال العقد يقع البحث عن اعتبار كونه جائر التصرف حاله أيضاً أم لا.
وقد ذكر الشيخ (ره) أن عدم جواز تصرف المجيز ناشئ إما من عدم مقتضى أو وجود المانع، والأول كعدم كونه مالكاً أو مأذوناً منه و كونه مجبوراً من التصرف في ماله لسفه أو جنون أو غيرهما والثاني كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثم فك الرهن. وفي عداً المحجور من التصرف في عدم وجود مقتضى مالا يخفى.
وقد ابتدأ لبيان حكم الأخير في المسألة الأولى وذكر:

«الأولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الاجازة لكن المجيز لم يكن حال العقد جائر التصرف لحجر، والأقوى صحة الاجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير كما لو باع الراهن ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن فإنه لا حاجة إلى الاجازة كما صرح به التذكرة.» انتهى.
فلا بد من التكلم في جهات:

الأولى: في أصل صحة مثل هذا العقد وهل هنا فارق بين مطلق الفضولي وهذا العقد أولاً؟

الثانية: في أنه بناء على الصحة هل يعتبر في نفوذه الاجازة أولاً، بل يكفي فك الرهن أو الاسقاط أو غير ذلك؟

الثالثة: في أنه هل يجري نزاع الكشف والنقل فيه أولاً؟

أما الجهة الأولى، فقد ذكر المحقق الاصفهاني (قدّه) فارقاً بين المقام و مطلق الفضولي و هو أن دليل اعتبار الرضا يوجب تخصيص عموم وجوب الوفاء بالعقود أو تقييد إطلاق حلية البيع مثلاً و بما أن تخصيص العام أو تقييد المطلق يوجب تضيق دائرته و تنويعه إلى كليين أحدهما ينطبق على أفراد المخصّص أو المقيد والآخر على غيرها فتكون النتيجة وجوب الوفاء بالعقود المرضي بها أو حلية البيع كذلك و عدم الوجوب والحلية في غير ذلك. فتمت وجد عقد ثم تعقبه الرضا يوجد فرد يندرج تحت ذلك الكلّي الواجب وفاؤه

فيصحّ البيع الفضولي لشمول دليل التنفيذ له بعد الاجازة لوجود مصداق موضوعه. و هذا بخلاف بيع المالك ماتعلق به حقّ الرهانة فإنّ الحكم بصحة البيع على القول بالكشف موجب للحكم بفساد الرهن والمفروض وقوعه صحيحاً. و أمّا على النقل فعن المصنف (قدّه) في محلّه أنّ العقد مقتضى وحقّ الرهانة مانع فع زوال الحقّ بفساد أو إبراء أو إسقاط يزول المانع و يؤثر مقتضى أثره. والتحقق أنّه لو أريد من المقتضى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بالنسبة إلى ماعدا زمان الرهن. ففيه أنّه لا تخصيص ولا تقييد في الباب بل البيع والرهن فردان للعقد متنافيان متزاحمان و ليس التزاحم العقلي موجباً لتعنون العنوان بكليّين بل إنّما هو موجب لعدم شمول العامّ لهما معاً، و حيث إنّ المفروض سبق حقّ الرهن و نفوذه فلا يعقل شمول العامّ للفرد المزاحم له عقلاً و هو البيع فلا مصداق لدليل العامّ حتّى يحكم بصحته و نفوذه سواء لحقته الاجازة أولاً. و إن أريد من المقتضى مثل قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و نحوه من الأدلّة الخاصّة و من المانع مثل دليل الرهن بالخصوص، فهذا يوجب التنويع و حيث إنّ مقتضى مانعيّة حقّ الرهانة المانعيّة مادام حقّ الرهانة فيحكم بنفوذ البيع بعد الفكّ أو الإبراء أو الإسقاط. انتهى ملخصاً و محصلاً.

و نشير إلى بعض المباني التي ذكرها (ره):

منها: إنّ التخصيص و التقييد يوجب تعنون العامّ بعنوانين و الحقّ خلافه في التخصيص دون التقييد، فإنّ تقديم الخاصّ على العامّ ليس لأظهرته عنه في الدلالة بل الدلالات اللفظية كلّها على النحو الواحد و الطرز الفارد فيها. و التقديم إنّما هو في جهة الصدور لا الدلالة فإنّ الأصل العقلائي و هو تطابق الجذّ و الاستعمال في العمومات الواردة في مقام ضرب القانون إنّما هو في ما إذا لم يكن دليل تخصيص في البين و إلّا يكشف به تضيّق دائرة الجذّ عن دائرة الاستعمال فليس تصرف دلالي في العموم حتّى يقال إنّ التخصيص موجب للتنويع فيه بخلاف المطلقات، فإنّ الحكم بالاطلاق موقوف على إجراء مقدّمات الحكمة زائداً على دلالة المطلق على نفس الطبيعة لفظاً فإنّ جعل مثل هذا الحكم و المترتب على نفس الطبيعة فعل اختياري للمولى الحكيم فلو كان قيد دخيلاً في موضوع حكمه لكان عليه البيان، فبدليل القيد يستكشف موضوع حكم المولى واقعاً و أنّه المقيّد و إن أخذ المطلق موضوعاً في الدليل فيمكن الحكم بالتنويع فيها.¹

١- لقد سمعت مراراً هذا الكلام من السيّد الأستاذ (مدظله) و لاحظت في كتبه أيضاً إلّا أنّه بعد لم أفهم محصلاً ممّا أفاده في الفرق أليس ما أفاده في المطلقات هو الكشف عن الجذّ في المطلق بدليل القيد كالعموم. و الظاهر والله العالم أنّ وجه التقديم في العمومات و المطلقات بملك واحد و مناط فارد و هو الكشف

و منها: إن التزاحم موجب لعدم شمول الدليل لها معاً. وقد مر سابقاً أن الحقّ خلافه فإنّ مدلول الدليل ليس إلّا ترتّب الحكم على عنوان موضوعه والتزاحم إنّما هو في مقام العمل والامتثال فالدليلان شاملان ولا يمكن العمل بهما، و لذا قلنا في محلّه إنّهُ لا حاجة إلى البحث عن الترتّب و إن كان بديهي البطلان فإنّ الأمرين موجودان في عرض واحد ولا علاقة لأحد هما بالآخر.

و منها: إنّ الأسبقية زماناً من المرجّحات في باب التزاحم والحقّ خلافه فإنّ المتأخّر لو كان أهمّ للزم صرف القدرة فيه بحكم العقل و إن كان الأوّل أسبق بل لو كانا كلاهما مهمّين بلا أهمية لأحدهما على الآخر فالحكم هو التخيير عقلاً.

فعلى ضوء هذه المباني يظهر عدم تمامية ما ذكره من عدم شمول دليل الوفاء للبيع والرهن معاً والدليل شامل لها بلا فرق بين العمومات أو الأدلّة الخاصّة بالبيع والرهن فيمكن تصحيح البيع حينئذ، مع أنّ المزاخمة إنّما هو بين البيع حال الرهن والرهن لا بين أصله والرهن؛ فلو سلّمنا عدم شمول الدليل للبيع لانسلّم خروج الفرد عنه بل المتيقّن تقييد إطلاقه الأحوالي فلا مانع من التمسك بعمومه الأفرادي بعد حال الرهن. هذا مضافاً إلى أنّ الفرق بين العمومات والأدلّة الخاصّة لا يرجع إلى محصل فإنّ التزاحم والتنازع لولم يصلح للتخصيص في العمومات لا يصلح للتقييد في هذه الأدلّة أيضاً والتنوع فرع التقييد. والحاصل أنّ دليل حلّية البيع ونفوذ الرهن كليهما شاملان للمورد وتقييد أحدهما بالآخر بلاوجه، ورفع اليد عن أحدهما إنّما هو من جهة المزاخمة كما في العمومات على ما اختاره و على ما اخترنا من وجود الاطلاقين وشمولهما للمورد في فرض التنازع والتزاحم، فالأمر كما مرّ من إمكان تصحيح البيع. ولو قلنا بالتعارض بين دليل الحلّية ونفوذ الرهن وسقوطها في الجمع فلا يمكننا تصحيح البيع حتّى بعد الفكّ والاجازة لخروج الفرد عن دليل الحلّية بالمعارضة. فالتفصيل بين الاستناد إلى العمومات أو دليل الحلّية لا يصحّ بوجه. والتحقق أنّ المقام غير داخل في باب التزاحم والتعارض لعدم شمول إطلاقهما للمورد فإنّ دليل نفوذ الرهن و إن كان منطبقاً على الرهن المتقدّم على البيع إلّا أنّ دليل نفوذ البيع عموماً و خصوصاً منصرف عن بيع متعلّق حقّ الغير من جهة الرهن كما أنّ دليل نفوذ الرهن

عن تضييق دائرة الجذّة عن الاستعمال و جريان مقدّمات الحكمة مشترك بينهما لا في الدلالة اللفظية بل للحكم بتطابق الجذّة والاستعمال، و لذا بنيت على عدم الترجيح في مورد تعارض العموم والإطلاق. و كيف كان الالتزام بالتنوع في غير محلّه فإنّ العموم والمطلق حجة ببناء العقلاء ولا يمكن رفع اليد عن الحجة الفعلية إلّا بالحجة الثابتة على خلافها، فلا يسري إجمال المخصّص المنفصل إلى العامّ وهكذا في المقيّد المنفصل. نعم، في المتصل منها لا يمكن التمسك بالعموم في مورد الشكّ لفقد الظهور اللفظي حينئذ. و تمام الكلام في محلّه. ق

لا يشمل الرهن بعد البيع . وعليه فلا يصح البيع مادام الرهن ولا يشمل دليل الوفاء فلا يجب الفك . نعم ، بالفك يصح البيع بلا حاجة إلى إجازة الراهن تامة موضوع دليل التنفيذ وهو العقد وعدم المانع وهو الرهن ، والانصراف المدعى أحوالي لا أفرادى . فليتدبر جيداً^١ .

وهل يجري نزاع الكشف والنقل في المقام أولاً؟ فقد اختلطت في الكلمات بين أمرين لا بد من التكلم في كل منهما .

أحدهما أنه بناء على اعتبار الإجازة هل يجري نزاع الكشف والنقل في ذلك أولاً؟ ثانيها أنه بناء على كفاية الفك وعدم الحاجة إلى الإجازة فهل يكون الفك كالإجازة حتى يجري النزاع فيه أولاً؟ وجهة البحث في كل مغاير للآخر كما لا يخفى .

أما الكلام في الأول ، فقد منع المحقق الاصفهاني (ره) ذلك من جهة إشكال عقلي في الكشف وهو وجود المانع لحصول النقل من رأس وهو الرهن مع أنه التزم في ماسبق بالكشف الانقلابي العنواني لا الحقيقي ، أي بالإجازة تعتبر الملكية السابقة فظرف الاعتبار حال الإجازة ، والمعتبر حال العقد نظير ملكية الشخص فعلاً المنافع الآتية لا أنه في زمان الإجازة ينقلب الواقع عما عليه أي اللاملكية السابقة تنقلب إلى الملكية . وعليه يندفع

١- أقول: المسألة مبتنية على أن التصرف الممنوع من قبل الراهن هل هو مطلق التصرف أو التصرف المنافي لكون العين المرهونة وثيقة فعل الأول يصح ما ذكره ، لكن لا لدعوى الانصراف بل لأن موضوع وجوب الوفاء هو العقد الانشائي ورضا المالك وعدم المانع كالرهن على الفرض ولادليل على اعتبار المقارنة مع العقد في شيء من ذلك ، فتي تحقّق العقد الانشائي ورضا المالك وعدم الرهن يحكم بالنفوذ ووجوب الوفاء بالعقد . ولو بنينا على الثاني فقتضى القاعدة صحة البيع ولزومه من قبل الراهن وانتقال العين إلى المشتري محققاً بحقّ الرهانة نظير بيع العين المستأجرة؛ غاية الأمر مع جهل المشتري بالحال يجب الفك على الراهن لوجوب وفائه بالعقد ومع عدم إمكان الفك أو عدم الفك مع الامكان يتخير المشتري في فسح عقده ، وأما مع علم المشتري بالحال وإقدامه بهذه المعاملة مع بقاء الرهن فلا يجب على الراهن الفك وينتقل العين محققاً إلى المشتري وللمرتين بيع العين إذا لم يفكها الراهن . والحق هو الثاني وإن ادعى الاجماع أو الشهرة العظيمة على الأول واستدلّ عليه باطلاق الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ، فإنّ الاجماع والشهرة مستندان إلى المدرك وهو الاطلاق المذكور والاطلاق بمناسبة الحكم والموضوع متصرف إلى التصرفات المنافية . وبدل على ذلك صحيحتان لمحمد بن مسلم وحبلي دالتان على جواز وطى الراهن أمته المرهونة فالصحيح هو الحكم بصحة البيع ونفوذه حتى حال الرهن بلا توقع للإجازة أو الفك ويجب الفك في بعض الصور كما مر . وهكذا الكلام فيما إذا باع الفلاس ما تعلق به حقّ الغرماء . فتدبر . ق

الإشكال العقلي المتقدم فإنّ المانع قد ارتفع في ظرف الاعتبار، وما التزمنا بحصول النقل من رأس حتى يقال إنّه مقترن بالمانع بل النقل حاصل من حين الاجازة. غاية الأمر النقل من حين العقد. فعلى هذا المعنى من الكشف لإشكال فيه. نعم، الكشف الحقيقي بمعانيه لا يمكن في المقام لما ذكره والكشف الحكمي أي الانقلابي بالمعنى المذكور و نظيره من التعبدية لا إشكال فيه بخلاف الانقلابي الحقيقي ونظيره من التعبدية للزوم الإشكال فيها أيضاً. فنزاع الكشف والنقل يجري في الاجازة بناء على اعتبارها في الجملة.

و أمّا الكلام في الثاني، فذكر المرجوم النائي (ره) كلاماً طويلاً فيه لا يرجع إلى محصل، فإنّه يظهر من المتن عدم جريان النزاع فيه على اضطراب و من الحاشية المذكورة في الكتاب الجريان لا ابتداء المطلب على أنّ الفك هل يرجع إلى العقد أولاً، ولا ندرى ما أريد بهذا الكلام و مامعنى رجوع الفكّ إلى العقد. وكيف كان، فيمكن جريان النزاع في هذا أيضاً في الجملة فإنّ من التزم بالكشف في الفضيوي بتقريب أنّ مضمون العقد وقوع النقل من حينه والاجازة راجعة إليه فلا بدّ من التأثير من الأول يمكنه أن يلتزم في المقام بأنّ مضمون العقد وقوع النقل من حينه، غاية الأمر من جهة الاقتران بالمانع لا يمكنه التأثير لكن بعد رفع المانع يؤثر في مضمونه و هو النقل من حين العقد. والإشكال العقلي المتقدم غير وارد على هذا التقريب لما مرّ من أنّ ظرف النقل حال الفكّ لا العقد ولكن ينتقل حينئذ المال من رأس لأنّ هذا هو مضمون العقد.

و ممّا ذكرنا في الرهن يظهر الحال فيما إذا كان العين متعلقاً لحقّ الغرماء أيضاً. نعم، في السفية والصغير مع البناء على عدم كونها مسلوب العبارة كما هو كذلك يحتاج نفوذ عقدهما على مالهما إلى إجازة الوليّ أو إجازتها بعد رفع المنع، فإنّ معنى مانعية السنه والصغير عدم الاعتبار برضاها فلا بدّ من حصول الرضا إمّا من الوليّ أو منها بعد ذلك. و أمّا المجنون والطفل الغير المميّز فلا اعتبار بانثائها إلا أن يكون المجنون ملتفتاً إلى ذلك بحيث يكون كالسفيه والوجه في ذلك ظاهر.

حکم من باع شیئاً ثمّ ملک

ذكر الشيخ (ره) في هذه المسألة صوراً و ذكر أنّ المهمّ هنا التعرّض لبيان ما لوباع
لنفسه ثمّ اشتراه من المالك و أجاز و مالوباع و اشترى و لم يجز. و يعلم حكم غيرهما منها و
نحن نفتني أثره.

أمّا المسألة الأولى، فقد ذكر الشيخ (ره) أنّ مقتضى الأصل و العمومات الصحة.
أمّا ما ذكره من مقتضى العمومات فهو الصحيح و قد تقدّم تقريب ذلك في أوّل
الفضولي. نعم، هنا إيرادات لفقها صاحب المقابيس (ره) و تعرّض لها الشيخ (ره) مع
أجوبتها. و سيجيء الكلام فيها.

و أمّا ما ذكره من مقتضى الأصل فغير معلوم المراد. و لذا حمل السيد (ره)
على الأصل المستفاد من العمومات و لكنّه كما ترى. و كيف كان، فلو أراد من الأصل
الاستصحاب فاستصحاب عدم اعتبار اتحاد المالك حال الاجازة و العقد في العقد الخارجي
لا مجال له لعدم العلم بالحالة السابقة فيه و استصحاب عدم اعتبار ذلك في كلّي العقد
الفضولي مثبت فإنّ النقل مترتب على ما هو بالحمل الشايح عقد و الاستصحاب في الكلّي
لا يثبت صحة العقد كذلك أي حصول النقل و الانتقال خارجاً. نعم، يمكن تقريب
الاستصحاب بوجه آخر و هو استصحاب الصحة التأهيلية لهذا العقد الخارجي. و فيه أنّ
إثبات الصحة الفعلية بعد تحقّق الاجازة باستصحاب الصحة التأهيلية مثبت على
بعض الوجوه. و تفصيله أنّ الصحة التأهيلية ترجع إلى قضية تعليلية و هي أنّه لو أجاز المالك
تصحّح المعاملة؛ و قد ذكرنا في الاستصحابات التعليلية أنّه تختلف الحال فيها باختلاف
المجعول في المورد فلو كان المعجول السببية أو الملازمة لا يجري الاستصحاب فيه إلّا على
الاثبات، فإنّ ترتّب المسبّب على السبب و الملازم على الملازم لازم عقلي للسببية و الملازمة.
نعم، لو كان المعجول الحكم التعليلي و هو جعل المسبّب على تقدير تحقّق السبب يجري
الاستصحاب و ليس من المثبت في شيء فإنّ استصحاب الحرمة على تقدير الغليان مع

حصول الغليان خارجاً ينطبق على المورد انطباق الحكم على موضوعه نظير استصحاب وجوب إكرام العالم المنطبق على زيد العالم.

وفي المقام لو كان معنى الصحة التأهلية أنّ الشارع جعل سببية الاجازة للنقل أوجعل الملازمة بينها فلايجري الاستصحاب فيها إلاّ مثبتاً. نعم، لو كان معناها أنّه جعل أمراً تعليقياً وهو النقل على تقدير الاجازة فيجري الاستصحاب فيها بلاشبهة الاثبات ولكن أتى لنا طريق إلى إثبات أنّ المفعول في الباب كذلك، و احتمال كون المفعول السببية أوالملازمة كافٍ في عدم جريان الاستصحاب؛ مع أنّ جريان الاستصحاب على الوجه الأخير أيضاً لا يخلو عن إشكال في المقام، فإنّ المتيقن السابق هوالصحة على تقدير إجازة المالك الأوّل والمشكوك اللاحق الصحة على تقدير إجازة المالك الثاني فقد اختلفت القضيتان. و توهم استصحاب الكلّي في المقام مندفع بأنّنا و إن بنينا على جريان الاستصحاب في القسم الثالث من الكلّي أيضاً إلاّ أنّه لا أثر للكلّي في المقام فإنّ الصحة و حصول الأثر أي النقل والانتقال دائر مدارالخارج لا الكلّي فاجازة المالك بالحمل الشائع مؤثّر لا إجازة المالك الكلّي. فليتدبّر.

هذا و في التمسك بالعمومات كفاية.

و أمّا الايرادات المذكورة في المقام من صاحب المقاييس (ره):

الأوّل: إنّهُ قدباع مال الغير لنفسه و قد مرّ الاشكال فيه و ربّما لايجري فيه بعض ما ذكر هناك . و قد أجاب الشيخ (ره) عن ذلك بأنّه قد سبق أنّ الأقوى صحته و ربّما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان. و قد أشكل المرحوم النائيني (ره) على الشيخ (ره) ببيان الفرق بين المقام و ماسبق و قال بأنّ مبنى الجواب فيما سبق هو أنّ الغاصب لما سرق الاضافة و رأى نفسه مالكاً فأجرى العقد بين ملكي المالكين و لذا يؤخذ بقصده المعاوضة بين ملكي المالكين و يلغى تطبيق المالك على نفسه. و هذا الجواب لايجري في المقام لأنّه لم يسرق الاضافة ولم يغصب المال فكيف يقصد المبادلة بين الثمن الذي يقصد تملكه و الثمن الذي هو ملك لغيره... الخ.

و نقول: لو كان مبنى الجواب فيما سبق هذا الذي يذكره المرحوم النائيني (ره) من سبق البيع للمالك على دعوى أنّه هوالمالك نظير ما اخترناه في الحقائق الادعائية تبعاً لبعض الأعلام فهذا تثبيت للاشكال الأخير فإنّ الواقع هوالمعاملة للمالك و الاجازة قد تعلّقت بالمعاملة للفضوي أي المالك حال الاجازة. و دعوى أنّ البيع واقع لكلّي المالك و الاجازة متعلّقة به فينطبق على المالك حال الاجازة، باطل لأنّ كلّّي المالك غير مالك للمال حتّى

يقع البيع له بل المالك هو الشخص فع وقوع البيع للمالك الأول لا تتعلق الاجازة به. نعم، لو كان مبنى الجواب تقدم الدعوى على البيع أي يدعي أنه المالك و يبيع لنفسه نظير مجاز السكاكي فيندفع هذا الاشكال و ما تقدم من أن هذا الدعوى لا يغير الواقع و هو البيع لنفسه عما هو عليه فلا يقع البيع باجازة المالك له. و وجه اندفاع كلا الاشكالين ظاهر فإن البيع بعد ادعاء المالكية وقع للفضولي الذي هو المالك ثانياً والاجازة أيضاً قد تعلقت به فتصحیح البيع في المقام أهون مما سبق لعدم ورود إشكال عدم المطابقة بين المجاز والواقع عليه و عدم ورود ما ذكرنا من الاشكال على الجواب عن الایراد الأول أيضاً. نعم، يبقى إشكال إمكان الجدّ بهذا الدعوى على حاله و قد سبق تفصيل الكلام في ذلك و يأتي إن شاء الله.

و هنا إشكال آخر نتيجته عدم إمكان الجمع في الحكم بالصحة بين المقام و ماسبق مبنياً على ما ذكره الشيخ (ره) فيما سبق و هو المختار من أن مقتضى المعاوضة والمبادلة خروج كل من العوضين عما يدخل فيه الآخر و إلا لم تتحقق المعاوضة والمبادلة حقيقة، فإنه لو كان المنشأ المعاوضة بين ما خرج عن ملك المالك الأول و ما دخل فيه فلا بد من الحكم بالبطلان في المقام ولو كان واقعاً على المعاوضة بين ما خرج عن ملك المالك الثاني و ما دخل فيه فلا بد من الحكم بالبطلان فيما سبق. والذب عن هذا الاشكال غير ممكن إلا بالالتزام بفساد المبنى والقول بأن المبادلة لا تقتضي اتحاد المخرج والمدخل بل لو وقعت بين شيئين ولو مبهماً يصدق المفهوم، لكن لازم ذلك أنه لو وقعت بين كليين مبهماً يمكن تصحيحها باجازة كل شخص أجازها؛ فلو فرضنا أن أحداً باع متاً من الخنطة كلياً بدينار يصح البيع و يقع لكل من أجاز ذلك. و هذا كما ترى ليس بيعاً عقلاً، بل التحقيق أن المبادلة لا تتحقق إلا بالأخراج والادخال بالحمل الشائع و هذا ينافي الإبهام، فلا بد إما من الحكم بالبطلان في المقام أو في السابق و حيث بنينا على الصحة سابقاً موافقاً لنظر العقلاء و ذكرنا أن قصد وقوع البيع لنفسه لا يخل بالواقع، نحكم بالبطلان في المقام.¹

١- الظاهر الفرق بين المقامين أي بيع الغاصب والدلال الذي لا يملك ما يبيعه فعلاً ثم يشتريه للتسليم إلى المشتري الذي عقدت المسألة لبيان حكمها، فإن الغاصب يبيع المال ليأكل ثمنه ولا يبالي بوقوع البيع لمالكة أو لنفسه و معنى قصده المعاملة لنفسه ليس إلا البيع لأكل ثمنه بخلاف الدلال المبحوث عن حكمه في المقام فإنه يقصد وقوع البيع لنفسه بحيث يخرج المبيع عن كيسه و يدخل الثمن في كيسه و لذا يشتري المتاع للتسليم، فالمبادلة في الغاصب تحققت بين الخارج عن ملك المالك والداخل فيه و في الدلال بين الخارج عن ملكه والداخل فيه. فيندفع هذا الاشكال لامكان الحكم بالصحة في البابين و وقوع البيع للمالك في الأول وللدلال في الثاني. فليتدبر.

و بالجملة إنَّ الجمع بين إمكان تصحيح البيع الفضولي باجازه المالك بحيث يقع البيع له و تصحيحه بشراء البايع الفضولي بعد البيع (سواء قلنا باعتبار إجازته و عدمه) بحيث يقع البيع له، لا يمكن و إن بنى عليه الشيخ (ره) في المقام و المبحث السابق و ما سيأتي إن شاء الله من ترتب العقود، فإنه لو قلنا بوقوع البيع للمالك إنشاءً بحيث وقعت المبادلة الانشائية بين ما انتقل عن المالك و ما انتقل إليه لا يمكن تصحيحه إلا باجازه المالك ولو قلنا بوقوعه للبايع كذلك لا يمكن تصحيحه باجازه المالك .

و في المقام لو قلنا بسبق المبادلة على الدعوى و تطبيق المالك على نفسه و إلغاء قيد لنفسه فلا يمكن التصحيح إلا باجازه المالك . ولو قلنا بسبق الدعوى على المبادلة فلا يمكن التصحيح بذلك بل لا تقع إلا للبايع لعدم إلغاء القيد كما تقدم تفصيله . كل ذلك لما مرَّ من أنَّ حقيقة البيع و إن كانت المبادلة بين المالكين إلا أنَّ المبادلة و المعاوضة لا تتحقق إلا بالادخال و الاخراج بحيث يتحد المدخل و المخرج فالعقد الانشائي الواقع لو كان متضمناً لاجراج المبيع عن ملك المالك و إدخال الثمن في ملكه فلا يمكن تصحيحه إلا باجازته ولو كان متضمناً لاجراج ذلك عن ملك البايع و إدخال الثمن فيه لا يمكن تصحيحه إلا بالاشتراء (مع الاجازه أو عدمها). هذا إذا كان المبيع شخصياً و أما إذا كان كلياً فالأمر أوضح، فإنَّ العقد لو كان عن المالك فالكلي يتعين في ذمته ولو كان عن البايع فهو يتعين في ذمته . و أما المعاملة الواقعة على مطلق الكلي بحيث لم يكن متعيناً حتى بالعقد فكل من قبله يقع له فهذا ليس ببيع عقلائي كما لا يخفى . فالصحيح أنه لو باع الفضولي لنفسه على النحو الذي صححناه سابقاً باجازه المالك لا يمكن تصحيحه في المقام لعدم مطابقة العقد و المجاز.^١

ولكن لا يخفى أننا لسنا بصدد تسليم ما ذكره صاحب المقاييس (ره) من بطلان هذا العقد فإنَّ العاقد البايع لنفسه مع قصده الادخال في ملكه و الاخراج عنه قصد حقيقة المعاوضة . فلا إشكال من هذه الجهة و يظهر توضيحه أزيد من ذلك من الجواب عن الإيراد الآتي . والغرض هنا عدم توافق التقريبات في الجواب عن إيراد عدم التطابق بين المنشأ و المجاز.

الثاني: إننا حيث جوّزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضی المالك و القدرة

١- قد مرَّ أنه يختلف الحال بحسب اختلاف قصد البايع، فلو كان قصده لنفسه نظير ما يقصده الغاصب لا يمكن تصحيحه إلا باجازه المالك، ولو كان قصده لنفسه نظير ما يقصده الدال فلا يمكن تصحيحه إلا باشتراء البايع عن الملك . نعم، الشبهة المذكورة تأتي في باب ترتب العقود و بحسب موكول إلى محلّه . ق

على التسليم، اكتفينا بحصول ذلك للمالك المميز لأنه البائع حقيقة والغرض هنا عدم إجازته وعدم وقوع البيع عنه.

وقد أشكل الشيخ (ره) على هذا بما لا يطابق مع الاستدلال وذكر (ره): «و فيه أنّ الثابت هو اعتبار رضاء من هو المالك حامل الرضاء سواء ملك حال العقد أم». و ذكر (ره) في القدرة على التسليم: و أما القدرة على التسليم فلا نضائق من اعتبارها في المالك حين العقد.

ولا بد لنا أولاً تقريب إيراء صاحب المقاييس ثم تحقيق المقام.

إن مراده (ره) من هذا الإيراد أنّ العقد واقع لغير المالك و رضاء غير معتبر في تصحيح العقد و هو غير قادر على التسليم لعدم كونه مالكا، فن وقع العقد له فاقد للشرائط لكونه غير مالك و عدم اعتبار رضاء و عجزه عن التسليم و من هو واجد للشرائط و هو المالك المعتبر رضاء القادر على التسليم لم يقع العقد له. و على هذا التقريب ظهر عدم مطابقتها مع ما ذكره الشيخ (ره) من أنّا لانضائق من اعتبار القدرة على التسليم في المالك حين العقد؛ مضافاً إلى عدم تعرّضه لما هو المهم في الإيراد و هو فقد مالكية من وقع له العقد، والمحشون أيضاً لم يتعرّضوا لهذه الجهة.

والصحيح في الجواب أن يقال: أما الإيراد من ناحية فقد الملكية فقد ذكرنا سابقاً أنه لا يعتبر في العقد الملكية السابقة على ذلك و لذا يصح بيع الطير و السمك مع القدرة على الاستنقاذ و إن لم تحصل الملكية بعد لكون الطير في الهواء و السمك في الماء، و أيضاً يصح بيع الكليات مع أنها غير مملوكة لأحد قبل العقد و بعده يملكه المشتري في ذمة البائع.

ولو قيل بأن مثل هذا العقد منافٍ لحقيقة المعاوضة و المبادلة فإن الخارج عن ملكه المثلن هو المالك و الداخل في ملكه المثلن العاقد، يقال عليه إن العاقد و إن لم يكن مالكا حال العقد إلا أنّ هذا لا يوجب خروج الانشاء عن المعاوضة الحقيقية فإن المفروض إنشاء العاقد الخروج عن ملكه و الدخول في ملكه و هذا لا يستلزم كونه مالكا حينئذ فالمعاوضة الانشائية متحققة فعلاً و إن لم يترتب عليه الأثر إلا بعد تحقق الملكية.

إن قلت: كيف يحصل الجذ من المنشئ العاقد لنفسه مع عدم كونه مالكا

حينئذ؟

قلت: كيف يحصل الجذ من الفضولي لنفسه أو مالكة مع أنه لا يعلم بحصول الأثر لاحتمال عدم تحقق الإجازة بل كيف يحصل الجذ من الموجب بادخال المثلن في ملكه مع أنه بيد القابل؟! و قد أجبنا عن هذا الاشكال بأن عدم الجزم بالتأثير لا يوجب عدم الجذ بالانشاء، و يحصل الجذ بالانشاء مع رجاء وجود سائر شرائط التأثير كما في الموجب

والفضولي، والمقام أيضاً كذلك .

إن قلت: إنَّ البيع تبادل الاضافتين وهذا لا يمكن إلا مع الملكية السابقة.
قلت: قد مرَّ فساد ذلك و أنَّ تبادل الاضافتين نتيجة البيع لانفسه ولا يعتبر فيه
أزيد من إنشاء التبادل من دون حاجة إلى وجود إضافة واقعية قبله. والحاصل أنَّ الاشكال
من جهة عدم ملكية من وقع له العقد مندفع بأنَّ الملكية السابقة غير دخيلة في مفهوم العقد،
فإنَّ الجَدَّ حاصل ولا يعتبر أزيد من هذا الربط الخاص في المفهوم بنظر العقلاء، وأيضاً إنَّها
غير دخيلة في صحته فإنَّ احتمالها مدفوعة بالاطلاقات. وبهذا يجاب عن إيراد عدم الرضا
والقدرة على التسليم فإنَّ احتمال اعتبارهما في المالك حين العقد مدفوع بالاطلاقات
ولاسيما في الأخير لعدم دليل لفظي في اعتباره في صحّة العقد مطلقاً، والدليل عليه ليس
إلا الاجماع وبناء العقلاء ولا إجماع على البطلان في المقام وصحته غير منافي لبناء العقلاء
كما لا يخفى^١.

الثالث: إنَّ الاجازة حيث صحّت كاشفة على الأصح مطلقاً لعموم الدليل الدالّ
عليه ويلزم حينئذ خروج المال عن ملك البايع قبل دخوله فيه. وهذا الايراد وارد
على الكشف الحقيقي بجميع مبانيه وعلى الكشف الحكمي بمعناه الانقلابي، وأما الكشف
التعديدي فسلم عن ذلك فإنَّ معنى التعبد ترتيب الآثار وإن لم يحصل الملك، وأما
على الكشف الحكمي بمعناه العنواني فالحكم بالملكية السابقة وإن كان من الآن لاحال
العقد إلا أنَّ البايع بين زمان العقد الأول والثاني أجنبي عن المال وإجازته العقد الأول
بالنسبة إلى ما بين الحدين إجازة الأجنبي فكيف يمكن الالتزام بتأثير العقد الصادر
من الأجنبي الذي لحقته إجازة الأجنبي، وهذا بخلاف التعبد لو كان له دليل كما لا يخفى و
سيأتي التعرّض لهذا الكلام فيما سيأتي أيضاً إن شاء الله. وهنا إشكال عقلائي على جميع
مباني الكشف وهو لزوم خروج التمامات المتخلّلة بين زمان العقد وملكية البايع عن ملك
المالك بلا سبب حصل منه وهذا لا يساعده العقلاء كما لا يخفى.

ثمَّ إنَّه بناء على ورود الاشكال على الكشف فلو قلنا بأنَّ الكشف في العقد
الفضولي على القواعد والنقل مخالف له، فلا بدّ من الحكم بالبطلان هنا فإنَّ الكشف مشكل
والنقل على خلاف القواعد. ولو قلنا بأنَّ النقل على القواعد والتزمنا بالكشف من جهة

١- بل يمكن أن يقال إنَّ الرضا والقدرة على التسليم معتبران في من يقع له العقد واعتبارهما إنَّما هو
حين ترتب الأثر عليه ومع عدم اعتبار الملكية حال العقد كما ذكرنا واندفاع الاشكال من هذه الجهة فلاجمال
للاشكال من جهة الرضا والقدرة فإنَّها حاصلان بعد حصول الملكية. ق.

التعبّد، فلا بدّ من الالتزام بالنقل هنا لعدم إمكان القول بالكشف. ولا دلالة لأدلة التعبّد على الملازمة بين صحّة الفضيوي والكشف دائماً بل هي ناظرة إلى موارد مخصوصة والمجيز فيها المالك فلا دلالة فيها على حكم المقام.

ولكنّ الشيخ (ره)، مع فرض تسليم المبنى الكشف الحقيقي وأنّ معنى الاجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد الّذي مقتضاه النقل من حين الوقوع، ذكر أنّه لا محيص عن القول بأنّ الاجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز في أوّل أزمنة قابليته وهو زمان البيع الثاني و ذكر أنّه لا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي ولا شرعي حتّى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة. فإن كان لا بدّ من الكلام فينبغي في المقتضي للصحة أو في القول بأنّ الواجب في الكشف عقلاً أو شرعاً أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد، وقد عرفت أنّه لا كلام في مقتضي الصحة ولا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الاجازة كاشفة من زمان قابليّة تأثيرها.

هذا ملخص ما أفاده ومحصّله.

و ذكر المحقّق الاصفهاني (ره) أنّ المقام نظير بيع الرهن فكما أنّه لا مانع من تأثير البيع بعد زمان الرهن كذلك لا مانع من تأثيره بعد زمان عدم القابليّة هنا. و تحقيق مبنى المسألة أنّه لو قلنا بالكشف من جهة أنّ اقتضاء العقد تحقّق مضمونه من حينه بحيث لو لم يتحقّق حينئذ لا يكون مقتضى العقد بل أمر آخر غير مرتبط به، فلا يمكن الحكم بالصحة في المقام فإنّ المنشأ غير قابل للاجازة والنقل بعد البيع الثاني ليس بمقتضى العقد فمقتضي الصحة غير موجود فإنّ دليلها لا يشمل مثل ذلك العقد الغير القابل للاجازة، لا أنّ الحكم بعدم الصحة من جهة المانع فإذا زال المانع يؤثّر المقتضي أثره فإنّ النقل بعد زمان عدم القابليّة ليس بمقتضى العقد على الفرض. ولو قلنا بأنّ مضمون العقد وإن كان النقل من حينه إلّا أنّه ليس معنى ذلك أنّه لو كان العقد مقترناً بالمانع فلا يمكن النقل بعد زوال المانع لأنّه خلاف المقتضي بل معناه أنّ العقد يقتضي وقوع النقل من حينه إلى الأبد و هذا المعنى يستفاد من الاطلاق الزماني في دليل الوفاء فلو اقترن العقد بالمانع في بعض الأحوال يمكن التمسك بالاطلاق الأحوالي فيه للحكم بالصحة بعد هذا الحال فإنّ التأثير بعد هذا الحال أيضاً من مقتضيات العقد. و بهذا صحّحنا سابقاً بيع الرهن والتزمنا بالتأثير بعد زمان الرهن حتّى على مبنى اقتضاء العقد وقوع المضمون من حينه. و بالجملة إنّ التأثير الفعلي للعقد في حال لا ينافي كون مقتضاه التأثير من حينه و في جميع الأحوال فإذا اقترن العقد بالمانع في بعض الأحوال نتمسك بالاطلاق الأحوالي للدليل في سائر الأحوال.

هذا بحسب المبنى و أمّا حكم مسألتنا فيغاير مسألة الرهن ولا يمكننا القول بوجود

مقتضى الصحة فيها فإن المفروض وقوع البيع من الأجنبي وإجازته من زمان البيع الأول إلى زمان البيع الثاني من إجازة الأجنبي فلا يمكن دعوى شمول الدليل للعقد الأول بالنسبة إلى مابين العقدين حتى بنحو الاقتضاء والالتزام بالتأثير بعد البيع الثاني خلاف مقتضى العقد الأول. نعم، لو أمكن شمول الدليل للمورد من الأول ولو بنحو الاقتضاء نظير بيع الرهن، غاية الأمر كان مقترناً بالمانع لأمكن الالتزام بالتأثير الفعلي بعد زوال المانع إلا أنه لا يمكن شمول الدليل بالنسبة إلى مابين العقدين حتى بنحو الاقتضاء لأنه من عقد الأجنبي وبالنسبة إلى ما بعد العقد الثاني لم يوجد عقد، والقول بالنقل بعده خلاف مقتضى العقد الأول فلا يمكن تصحيح العقد الأول.

وقد ظهر بذلك الفرق بين المقام ومسألة الرهن وعدم تمامية ما ذكر المحقق

الاصفهاني (ره).^١

ذكر المحقق الاصفهاني (ره): «إن هذا الاشكال وارد على الكشف الحقيقي بجميع مبانيه وأما على الكشف الحكمي بمعناه العنواني الذي هو الصحيح المختار فلا مجال له، فإن المفروض أن الحكم بالملكية من الآن وإن كان المملوك أمراً سابقاً نظير اعتبار الملكية المتأخرة من الآن» هذا.

وقد مر أن الاشكال وارد حتى على هذا المبنى من الكشف أيضاً، فإن البائع بين الحدين أجنبي بالنسبة إلى المال والعقد فكيف يمكن تأثير العقد الصادر من الأجنبي مع إجازة الأجنبي. وهذا في باب الاجارة أوضح، فلو آجر الدار فضولاً ثم اشتراه فأجاز الاجارة فهل يمكن تصحيح الاجارة بالنسبة إلى المنافع السابقة على زمان الاثراء؟ أليس هذا من إجازة الأجنبي بالنسبة إلى تلك المنافع؟ هذا على مبنى الكشف الحقيقي والحكمي مع فرض اقتضاء العقد النقل من حينه. وأما إذا قلنا بأن مقتضاه النقل مطلقاً ومع ذلك

١- أقول: لو قلنا بأن مضمون العقد أمر بسيط وهو وقوع مضمونه من حين العقد إلى الأبد، فلا فرق بين القول بعدم شمول الدليل للمورد أو شموله وجود المانع في التأثير في الحكم بالبطان، فعلى هذا المبنى لا بد من الحكم ببطان بيع الرهن أيضاً. ولو قلنا بأن مضمون العقد إنشاء أمر مستمر كأنه إنشاء أمور مستمرة أو قلنا بأن مضمون العقد إنشاء النقل ومقتضى هذا المضمون أمر مستمر من حين العقد كما اخترناه سابقاً فالحكم بالصحة ممكن وإن قلنا بعدم شمول الدليل بالنسبة إلى بعض الأحوال اقتضاء، فإن النقل بعد ذلك أيضاً لا ينافي مضمون العقد فبني المسألة بساطة المفهوم واستمراره بناء على أخذ الزمان فيه. وبناء على اقتضاء المفهوم الوقوع من حين العقد مستمراً كما هو الصحيح يحكم بالصحة كما ذكرنا.

وأما صحة بيع الرهن، فقد مر أنه غير مرتبط بمسألة الفضوي. ولو سلمنا أنه من باب الفضوي أيضاً يصح البيع بعد زوال المنع وهو زمان الرهن لهذا المبنى ولا بأس بالالتزام بصحة الاجازة من حينها وإن بنيها سابقاً على عدم الامكان، فإن هذه الاجازة ليست إجازة مخالفة لمقتضى العقد على هذا المبنى. نعم، لو أجاز

بيننا على الكشف لأنّ التعقّب بالاجازة شرط أو الرضا التقديري شرط أو غير ذلك من مباني الكشف فلا إشكال حينئذ بل لابدّ من الالتزام بالكشف بالمقدار القابل فإنّ إجازة المميز بالنسبة إلى ما بين الحدين من إجازة الأجنبي، وحيث إنّه لامنافاة بين اقتضاء العقد و صحّة البيع من حين القابليّة تشمله العمومات ويحكم بالصحة بلا إشكال. وبعبارة أخرى العقد له اعتبار بقاء إلى زمان العقد الثاني وحيث إنّ مفاده مطلق النقل ولا ينافي حصوله حينئذ فيمكن أن يقال العقد حينئذ متعقّب بالاجازة أو مقارن للرضا التقديري إلى آخر المباي.

وهنا كلام للمرحوم النائيني (ره) لا بأس بالتعرّض له. ذكر:

إنّ صحّة عقد «من باع شيئاً ثمّ ملك» تتوقّف على أمرين: الأوّل عدم اعتبار كون شخص خاصّ طرفاً للمعاوضة، لا بمعنى إمكان كونه كلياً فإنّ هذا غير معقول لأنّ الاضافة تتوقّف على مضاف إليه معيّن، بل بمعنى عدم اعتبار خصوص كونه زيداً وبكراً. فلو اشترى من شخص باعتقاد كونه زيداً فتبيّن كونه بكراً لا يضرّ وليس البيع كالنكاح. والثاني كون مسألة «من باع شيئاً ثمّ ملك» كمسألة اختلاف المالك حال العقد والاجازة بسبب الموت والوراثة بأن يكون تبدّل الملك كتبدّل المالك.

فإذا تمّ هذان الأمران فلا محيص عن الالتزام بالصحة في المقام. وانكار اقتضاء الاجازة كشفها الملك من حين العقد في جميع المقامات. والأمر الأوّل لإشكال فيه. وأمّا الثاني، فقد ظهر في أوّل مباحث البيع الفرق بين الارث والبيع وأنّ في الارث التغيير والتبديل في المالك وفي البيع التبديل في الملك؛ فإذا باع الفضولي ملك المورث ثمّ انتقل إلى الوارث فحيث إنّ الملك على حاله ودلّ الدليل على قيام الوارث مقام المورث فالوارث يميز هذا التبديل، وأمّا لو باع الفضولي مال زيد ثمّ انتقل إلى نفسه فاجازته لا تتعلّق بما وقع أولاً لأنّ التبديل وقع بين ملك زيد والمشتري والاجازة تتعلّق بملك المشتري والفضولي الذي لم يكن ملكه طرف الاضافة. وبالجملة كلّ ما تعلقت الاجازة بما انتقل من المميز إلى الآخر ولو في عقود متتابعة فهي مؤثّرة وأمّا لو تعلقت بغيره فلا تؤثر وإن كان الملك حين الاجازة ملكاً له...

إلى آخر ما ذكره. وفيه مواقع للنظر:

منها: إنّ ما ذكره من امتناع كون طرف المعاوضة كلياً لأنّ الكلّي غير معيّن، لا يتمّ فإنّ الكلّي معيّن ولذا يقبل التملك والتملك وهذا ظاهر.

كذلك ولزوم ضرر على الأصيل الآخر يمكن القول بتداركه بالخيار والله العالم. ق

و منها: إن تفصيله بين البيع والنكاح من جهة عدم اعتبار كون الطرف شخصاً خاصاً بالمعنى الذي ذكره في البيع دون النكاح، لا يتم لعدم الدليل على اعتبار ذلك في النكاح أيضاً. فلو تزوج بشخص باعتقاد أنه زيد فبان أنه عمرو يصح التزويج، وهذا نظير ما ذكرناه في مسألة الاقتداء وقد تقدم.

و منها: إن تفصيله بين اشتراء البائع المبيع وإرثه ذلك بأن الأول تبدل المالك والثاني تبدل الملك فلا يصح البيع في مفروض المسألة بالاجازة في الأول بخلاف الثاني، ممنوع أيضاً لعدم الدليل على أن الارث من تبديل الملك لا المالك بل ظاهر الأدلة على خلافه وأنه من تبديل المالك فإن ما ترك الميت من مال أو حق فلوارثه.

و منها: إنه لو سلمنا جميع هذه المقدمات فنتيجته على خلاف مقصوده وهو التفصيل بين الاشتراء والارث في الحكم بالصحة في الأول والبطلان في الثاني، فإن محل البحث هو الملوحة أحد مال الغير لنفسه فملكه فأجاز. وقد تقدم منه (ره) أن المسألة يغير مسألة الغاصب الفضولي لنفسه لوجود الادعاء في الغاصب دون المقام فهو يبيع لنفسه واقعاً لا ادعاء، وعليه ففي صورة الاشتراء حيث إن المفروض تبديل المالكين وقد باع المالك الثاني عن نفسه فتصح إجازته بخلاف صورة الارث فإن المفروض فيه تبديل المالكين لا المالكين و إن الوارث هو المورث في ادعاء الشارع فلا تصح الاجازة حينئذ لأن العقد وقع لنفسه (أي الوارث) والمجيز هو المورث في الادعاء وهو أجنبي عن البيع الواقع للوارث. و هنا جهات أخرى في كلامه لا نتعرض لها. والحمد لله.

الرابع: إنه على الكشف يلزم اجتماع ملكية المشتري والمالك الأصلي في المبيع في زمان واحد وهو ما بين العقدين. أما المشتري فواضح وأما المالك فتتوقف صحة العقد الثاني على مالكيته. وقد أشكل المحقق التستري (ره) على نفسه بأن هذا الاشكال وارد في جميع موارد الفضولي على الكشف فإن صحة الاجازة تتوقف على ملكية المجيز والمفروض كشف الاجازة عن ملكية المشتري قبلها فلزم المحذور. وأجاب عن ذلك بكفاية الملكية الصورية بالاستصحاب في صحة الاجازة بخلاف المقام فإن صحة العقد الثاني تتوقف على ملكية المالك واقعاً. وأجاب السيد (ره) عنه بالملكية التقديرية في سائر موارد الفضولي أي الملكية لولم تكن إجازة. وتوجيه ما ذكرناه أنه بعد قيام الدليل على صحة الفضولي كسفاً و توقف الاجازة على ملكية المجيز يحكم بالملكية الصورية أو التقديرية على القولين. و حيث لا دليل على الصحة في المقام لا يمكننا الالتزام بذلك فنحكم بالبطلان فيه لما مر من لزوم المحال على الكشف وهو اجتماع المالكين على مملوك واحد في زمان واحد والنقل على خلاف القواعد.

و بهذا ظهر عدم تمامية ما ذكره الشيخ (ره) رداً على صاحب المقابيس من إمكان القول بالملكيّة الظاهرية في المقام أيضاً.

وقد أجاب المحقق الاصفهاني (قده) عن الاشكال في مطلق الفضولي بعدم لزوم مالكية المجيز حين الاجازة بل تكفي الملكية حال العقد. و أنت خير بأنّ إجازة غير المالك حين الاجازة من إجازة الأجنبي فلا توجب تنفيذ العقد.^١

وقد أجاب المحقق النائيني (ره) عن الاشكال في المقام ومطلق الفضولي بأنّ الممتنع اجتماع ملكيتين عرضيتين و أمّا الطوليتين فلا مانع من اجتماعها نظير ملكية العبد بالنسبة إلى ما ملكه المولى. و حيث إنّ ملكيّة المشتري في طول ملكيّة المالك لتلقي الملك منه لا مانع من اجتماعها. و ما ذكره لا يرجع إلى محصل فإنّ الاشكال العقلي غير قابل للتخصيص و اجتماع ملكيتين مستقلّتين في شيء واحد و في زمان واحد محال عقلاً، كان أحدهما في طول الآخر أو في عرضه، و هذا ظاهر.


ثمّ ذكر الشيخ (ره) أنّه بناء على ضمّ الاشكال الوارد في الفضولي مطلقاً و الاشكال الخاصّ الوارد في المقام يتولّد إشكال آخر و هو اجتماع ملاك ثلاثة في مملوك واحد ما بين العقدین، أمّا المالك فلتوقف صحّة العقد الثاني على ملكيته و أمّا المشتري فللكشف و أمّا الباع فلتلقي المشتري الملك منه.

و قد اعترض المرحوم النائيني (ره) عليه بأنّه لا موجب للالتزام بكون المجيز مالكاً من حين العقد الأوّل إلى زمان الاجازة حتّى يجتمع الملاك. و ذكر المحقق الاصفهاني (ره) أيضاً أنّ الباع لا موجب لملكته. و قد عرفت من تقريب كلام الشيخ (ره) بوجه الاشكال و لاجابة إلى إطالة الكلام في ذلك.^٢

١- لا يخفى ما في ما أفاده (مدظله)، فإنّ إجازة من وقع العقد على ماله ليس من إجازة الأجنبي. ولو قلنا بعدم كونه مالكاً حين الاجازة للكشف، فالصحيح في الجواب ذلك لا الملكية الصورية و التقديرية و لا يخفى ما فيها من التكلّف. ق

٢- قد تحصل ممّا أفاده الأستاذ (مدظله) أنّه يرد على مبنى الكشف في المقام الاشكالان الثالث والرابع. و على ما أشرنا سابقاً من أنّ بيع الدالّ ولو العين الشخصية خارج عن الفضولي ولو باع ثمّ ملك فلاموضوع لذلك. و الصحيح أنّ الدالّ باع إنشاءً و تأثير بيعه موقوف على ملكيته فإذا ملك ينفذ البيع من حين الملك بلا حاجة إلى الاجازة فلانلتزم بالكشف في المقام و إن التزمنا بالكشف في سائر موارد الفضولي. ق




KEL
.K4993
1986

Princeton University Library



32101 061496327

RECAP