



۳۲

فَقِيرُ الْحَقِّوْكَرِ

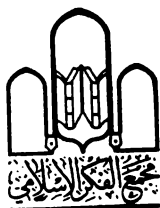
ابن زوكر اللّٰهِي

تأليف

بسم الله الرحمن الرحيم
هذا كتاب في فضائل الحسين بن علي بن أبي طالب



فَقِّرِ الْعُقُورَ



۳۲

فِقْهُ الْحَقُوقِ

دِرَاسِيَّةٌ مُقَارِنَةٌ
بَيْنَ لَفِظَةِ الْأَسْلَافِيِّ وَالْفِقْهِ الْوَضِيعِيِّ

مُؤَلَّفَاتُ

نَافِثُ
مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ السَّيِّدِي

حائری سید کاظم، ۱۳۱۷ ق -
فقه العقود / المؤلف السيد كاظم الحائري. - قم : مجمع الفكر
الإسلامي، ۱۴۲۱ ق = ۱۳۷۹.

ج ۲.
ISBN 964 - 5662 - 25 - 7 (ج ۱)
ISBN 964 - 5662 - 26 - 5 (ج ۲)
فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما.

عربی.
۱. عقود و ایقاعات. ۲. معاملات (فقه). ۳. فقه جعفری -
قرن ۱۴. الف : عنوان.

۲۹۷ / ۳۷۲
ف ۱۷ ح / ۱۹۰ BP
کتابخانه ملی ایران
۱۶۴۹۲ - ۷۸ م

قم - ص. ب ۳۶۵۴ - ۳۷۱۸۵ - ت : ۷۷۴۴۸۱۰

فقه العقود / ج ۲

المؤلف : سماحة آية الله السيد كاظم الحائري

الناشر : مجمع الفكر الإسلامي - قم

الطبعة : الثالثة / ۱۴۲۸ هـ. ق

صف الحروف : مجمع الفكر الإسلامي

المطبعة : خاتم الانبياء - قم

الكمية المطبوعة : ۱۵۰۰ نسخة

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف والناشر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شروط صحة الإرادة

وأما البحث الثالث - وهو البحث عن شروط صحة الإرادة ولا نقصد بصحتها المعنى الوارد في الفقه الغربي، أي عدم العيب الموجب للخيار وحق الإبطال بل نقصد بذلك ما يبطل بفقدانه العقد لأن الإرادة رغم وجودها تكويناً ليست صحيحة، أي ليست بالشكل الكافي لتصحيح العقد فعدم الغلط في التطبيق مثلاً ليس شرطاً لصحة الإرادة بهذا المعنى.

فنحن نذكر تحت هذا العنوان شرطين فحسب: الرضا والتنجز.

١- الرضا بالنتيجة :

فالشرط الأول من شرطي صحة الإرادة بهذا المعنى هو الرضا بالنتيجة، فيما أن إنشاء التمليك مثلاً في فقهنا الإسلامي شيء والرضا بحصول النتيجة وهي الملكية مثلاً خارجاً بحسب القانون شيء آخر فقد تصورنا كون العقد الذي هو إنشاء للتمليك مثلاً مشروطاً في تأثيره قانوناً بالرضا بالنتيجة، وبما أنه لا يوجد في مفاهيم الفقه الغربي إنشاء للتمليك وليس البيع مثلاً عدا إبراز الرضا بالتمليك لم يكن معنى لجعل الرضا شرطاً في تأثير العقد، إذ لو انفق الرضا فقد انفق العقد

فذكروا إن^(١) الرضا في مورد الإكراه موجود ولكنه معيب لقيامه على أساس الإكراه سنخ ما مضى منهم في موارد الغلط من أن الرضا موجود ولكنه معيب لأنه قائم على أساس الغلط، وقد جعلوا جزاء عيب الرضا بالإكراه قابلية العقد للإبطال^(٢) وهذا وإن كان أمراً جعله بيد مشرّعهم فلا معنى لفرض الخطأ والصواب فيه إلا أننا نقول: إن هذا الجعل لا يناسب الاعتبارات العقلائية فإن المقصود بالرضا المفروض وجوده لو كان هو الرضا بإبراز التملك فأى قيمة للرضا بالإبراز لو علم أنه ليس راضياً بالنتيجة وهي نفس التملك القانوني؟! وأي نكتة للفرق بين هذا وبين إبراز الرضا الاستهزائي مثلاً؟!

ولو كان هو الرضا بإحداث الأثر القانوني خارجاً وبحسب الانطباق على ما في لوح القانون فمن الواضح أن المكره ليس راضياً بذلك، وهذا بخلاف الغلطان، فالغلطان راضٍ بالنتيجة رضاءً ناتجاً عن الغلط أما المكره فهو غير راضٍ بالنتيجة وإنما هو مكره على إبراز الرضا إبرازاً نعلم عدم مطابقته للواقع ففرق كبير بين البابين.

وعلى أية حال فما نقوله من أن عقد المكره باطل ولكن بالإمكان تصحيحه بلحوق الرضا مع ما يقوله الفقه الغربي من أن بيع المكره قابل للإبطال، وإن اشتركا في أن للمكره بعد زوال الإكراه حقّ القبول بالعقد وحقّ الردّ ولكن يختلفان عملاً في أنه على رأينا يصبح بإمكان المتعاقد الآخر أن يتراجع عن العقد قبل لحوق الرضا من طرف المكره فلا يبقى مجال لتصحيح العقد بلحوق الرضا، في حين أنه

(١) راجع الوسيط ١: ٣٦٠، الفقرة ١٨٨.

(٢) راجع الوسيط ١: ٣٦١-٣٦٣، الفقرة ١٩٠.

بناءً على مسلك الفقه الغربي يتجه القول بأنّه ليس للمتعاقد الآخر ذلك فإنّ العقد قد تمّ من زاويته وإنّما بقي زمام الأمر بيد المكره فحسب فمن حقّه أن يطلب إبطال العقد ومن حقّه أن يقرّه.

الدليل على بطلان عقد المكره :

أمّا الدليل في فقهنّا الإسلامي على إبطال الإكراه أو شرط الرضا في العقد فهو إضافة إلى الارتكاز العقلاني المدعم بعدم الردع الدال على الإمضاء أو بأصالة الفساد في العقود بعد كون هذا الارتكاز موجباً لانصراف إطلاقات أدلّة العقود هي النصوص الواردة في المقام وهي على قسمين :

الأول - ما دلّ على اشتراط طيب النفس كقوله تعالى :

﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(١) وكحديث منصور بن يونس الوارد في الطلاق^(٢) بناءً على التعدي منه إلى المقام.

وكقوله ﷺ لا يحلّ مال امرئٍ مسلم إلاّ بطيبة نفسه^(٣).

والثاني - ما دلّ على مانيّة الإكراه كحديث الرفع^(٤) وروايات مبطليّة

(١) النساء ٤ : ٢٩.

(٢) الوسائل ١٥ : ٣٣٢، الباب ٣٨ من أبواب مقدمات الطلاق وشراطه.

(٣) الوسائل ٣ : ٤٢٤، الباب ٣ من أبواب مكان المصليّ، الحديث ١، و ١٩ : ٣، الباب ١ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ٣.

(٤) الوسائل ١١ : ٢٩٥، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١، والجزء ٤ : ١٢٨٤، الباب ٣٧ من أبواب القواطع، الحديث ٢، و ١٦ : ١٤٤، الباب ١٦ من أبواب الأيمان.

الإكراه للطلاق^(١) وقد استدلل الشيخ الانصاري رحمته الله في مكاسبه بكلا النوعين من الأدلة^(٢).

واعترض المحقق الاصفهاني رحمته الله^(٣) على الاستدلال بأدلة اشتراط الطيب بيان حلي وهو ان الطيب ليس منحصراً في الطيب الطبيعي الناتج من ملاءمة الشيء للقوى الطبيعية كملاءمة الصورة الحسنة لقوة البصر والطعم الشهوي لقوة الذوق، أو الرائحة الطيبة لقوة الشم بل يشمل بالإطلاق الطيب العقلي الناتج من ملاءمة الشيء للقوة العاقلة، وهذا الطيب موجود في مورد الإكراه لان القوة العاقلة أدركت ان تحمّل ضرر العقد أهون من تحمّل ما ينتج من عدم الرضوخ للعقد نتيجة لظلم الظالم، وبيان نقضي وهو أنه لولا هذا لاتنقض الأمر في المقام بباب الاضرار الذي لا إشكال في صحة العقد معه في حين ان الطيب الطبيعي في باب الاضرار أيضاً غير موجود وإنّما الموجود فيه هو الطيب العقلي.

أقول: بناء على هذا النسق من الكلام كان المفروض النقض بكل موارد العقود أو جلّها لا بخصوص باب الاضرار فإنّ العقد عادة ليس ممّا يلتذّ به الطبع بذاته من قبيل التذاذ البصر بالصور الجميلة أو الذائقة بالطعم الشهوي وإنّما هو شيء يدرك نفعه بقوة العقل.

(١) راجع الوسائل ١٥ : ٣٣١، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، وروايات الحلف بالطلاق والعناق مكرهاً والتي يحتمل حملها على المعنى النافع للمقام بعضها وارد في هذا الباب وبعضها وارد في ١٦ : ١٣٤ - ١٣٧، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان.

(٢) راجع المكاسب ١ : ١١٨، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقة الشهيدي.

(٣) راجع تعليقه على المكاسب ١ : ١٢١.

وقد أورد السيد الإمام عليه السلام ^(١) على كلام المحقق الاصفهاني رحمته الله بأن الطيب والشوق العقلي لا معنى له فإنّ العقل شأنه الادراك فحسب لا الالتذاذ بشيء تفترض ملاءمته له كالتذاذ العين ببعض المبصرات والذائقة ببعض المطعومات والشوق وإن كان أحد مبادئ الإرادة ولكن ليس تحقق الإرادة منحصراً بفرض ثبوت أساس الشوق له فقد تتحقق على أساس الشوق وقد تتحقق على أساس ادراك العقل لكون الفعل الفلاني دافعاً للضرر مثلاً من دون افتراض شوق إلى الفعل والتذاذ به.

أمّا النقض الذي ذكره المحقق الاصفهاني رحمته الله في المقام وهو النقض بالاضطرار فلم يتعرّض السيّد الإمام عليه السلام للجواب عليه ولعلّه لهذا النقض نرى أنّه رحمته الله يفسّر طيب النفس والرضا بنفس عدم الإكراه ^(٢) ويرى عدم الإكراه كافياً في صحّة العقد فلا يبقى موضوع للنقض.

أقول : وقد يجاب على النقض بالاضطرار بأنّ المستفاد من أدلة اشتراط الطيب حسب الارتكاز هو كونه قاعدة مضروبة لحفظ مصلحة الملاك ، ومن الواضح انّ البطلان انّما يكون في صالح المالك في باب الإكراه دون الاضطرار وهذا سنخ ما قيل في التفريق بين رفع الإكراه ورفع الاضطرار حيث يستدل بالأوّل على بطلان عقد المكره ولا يستدل بالثاني على بطلان عقد المضطر من انّ امتنانية حديث الرفع هي التي توجب التفريق في المقام بين الفقرتين .

وعلى أيّة حال فعدم كون قوّة العقل كقوّة البصر والذوق والشم ونحو ذلك

(١) راجع كتاب البيع ٢ : ٥٦ .

(٢) راجع كتاب البيع ٢ : ٦٧ - ٦٨ .

ممّا يلتذّ بإدراك الملائم وإن كان صحيحاً خلافاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقّق الاصفهاني رحمته الله ولكن لا إشكال في أنّ هناك نوعاً من الاشتياق للنفس إلى الشيء حينما ترجّحه على الترك نتيجة لإدراك منفعه أو دفعه للمضارّ بالعقل والارادة دائماً تكون قائمة على أساس الشوق فللمحقّق الاصفهاني رحمته الله ان يسمّي هذا بالشوق العقلي الذي يختلف عن الالتذاذ الحسّي ويقول : إنّ طيب النفس والرضا صادق بمجرد هذا الشوق .

هذا . وطريقة تفكير السيد الخوئي في المقام تختلف عن طريقة تفكير المحقّق الاصفهاني رحمته الله فكأنّه يرى انّ الطيب والرضا عبارة عن نوع من انشراح النفس للشيء وارتياحه به مفقود لدى الإكراه . وهذا النمط من التفكير لا ينصدم بالبيان الحلّي الذي ذكره المحقّق الاصفهاني رحمته الله لكنّه ينصدم بالبيان النقضي له حيث يقال : إنّ هذا الانشراح والارتياح غير موجودين في مورد الاضطرار أيضاً .

وقد ورد عن السيّد الخوئي في المحاضرات ^(١) الجواب على هذا النقض بأنّ اختيار العقد الناتج من الاعتقاد بفائدة العقد تارة يكون على أساس فائدة إيجابية في ذات الفعل ، وهنا الرضا وطيب النفس حاصل ، وأخرى يكون على أساس دفع العقد للضرر وعلى الثاني تارة يكون مكمّن الضرر شيئاً آخر غير عدم العقد ويكون العقد دافعاً له فهنا يكون الرضا والطيب أيضاً حاصلًا كما لو باع بيته لتحصيل المال لمعالجة ابنه به كي ينجيه من الموت مثلاً ، أو باعه لتحصيل القدرة على دفع الضريبة التي أجبره الظالم عليها لكي يدفع بذلك خطر الظالم عن نفسه ،

وأخرى يكون ممكن الضرر نفس عدم العقد كما لو هدّده الظالم بالقتل على تقدير عدم بيعه للبيت وهنا لا يكون الرضا وطيب النفس حاصلاً، فهنا لا يبرز الحمد والشكر على توفيقه لبيع البيت بخلاف المورد الثاني الذي هو مورد الاضطرار فإنه يشكر ربّه على بيعه للبيت الذي أدّى إلى تحصيل المال لمعالجة ابنه.

أقول: إنّ هذا المقدار من البيان لا يوضّح لنا الفرق بين مورد الإكراه ومورد الاضطرار، فالانبساط وانسراح الصدر أو الارتياح والابتهاج بالبيع بمعنى من المعاني غير حاصل في كلا الموردين، أي أنّه سواء باع بيته عن إكراه أو عن اضطرار سوف يحوقل ويتأوّه ويتألّم على بيعه للبيت، وبمعنى آخر يفرح في كلا الموردين بتوفيقه لدفع الضرر عن نفسه بواسطة بيع البيت سواء كان الضرر عبارة عن وفاة ابنه أو قتل الظالم إيّاه على تقدير عدم بيع البيت فمجرّد ان ممكن الضرر تارة يكون نفس ترك العقد وأخرى شيئاً آخر لم يعرف ما هو أثره في المقام؟! بل بالإمكان ان يقال في مورد الإكراه أيضاً: إنّ ممكن الضرر ليس هو ترك العقد بل هو ضرب الظالم إيّاه بالسيف والعقد مانع عن ذلك كما هو مانع عن وفاة ابنه على أساس ترك العلاج.

فان قلت: إنّ الموت مسبب عن ضرب الظالم وضرب الظالم مسبب عن ترك العقد فترك العقد هو السبب للضرر ولو بالواسطة قلنا: إنّ موت الابن أيضاً مسبب عن ترك العلاج المسبب عن فقدان المال المسبب عن عدم بيع البيت، فترك العقد هنا أيضاً أصبح سبباً للضرر ولو بالواسطة.

ولعلّه لهذا جاء بيان المطلب عن السيّد الخوئي رحمته الله في المصباح بشكل آخر وهو: أنّ منشأ اختيار العقد إن كان هو الفائدة في الفعل فالرضا والطيب حاصل، وإن كان هو دفع الضرر بالعقد فإن كان الضرر لأجل قضاء الضرورة من غير ناحية

ظلم الظالم بلحاظ نفس المعاملة مباشرة كما لو باع داره لمداداة ابنه أو لدفع الضريبة المجر عليها من قِبَل الظالم فالرضا والطيب أيضاً حاصل، وإن كان الضرر ناشئاً من ظلم الظالم بلحاظ ترك نفس المعاملة فهنا لا يوجد رضا وطيب النفس، ففرق مثلاً بين الاضطرار إلى قطع الاصبع - لمرض فيه قال عنه الطيب : لو لم يقطع لسرى المرض إلى سائر البدن ممّا يؤدّي إلى الموت - وإكراه الظالم إِيَّاه لقطع اصبعه مهتدداً له بالقتل على تقدير ترك القطع ففي الثاني لا يكون طيب الخاطر على قطع الاصبع في حين أنّه في الأوّل يكون طيب الخاطر على قطعه^(١). أقول : إنّ هذا البيان وإن لم يرد عليه ما أورده أخيراً على البيان السابق من أنّ ممكن الضرر في كلا الموردين شيء آخر وإن ترك العقد في كلا الموردين سبب بالواسطة للضرر إلّا أنّه لا يكون هذا البيان انجح من البيان الأوّل في توضيح الفرق بين الفرضين فهنا أيضاً نرى أنّه سواء كان الظالم هو الذي أجبره مباشرة على العقد، أو كان العقد لأجل الاضطرار إلى تحصيل المال لعلاج ولده ففي كلا الحالين سيتأوّه ويتحسّر على بيع الدار ولا يكون منبسطاً نفسياً تجاه البيع، وفي كلا الحالين يكون بمعنى من المعاني فرحاً بالبيع الذي انجاء من وفاة ابنه أو من قتل نفسه ولا يحسّ بأيّ فرق نفسي في مثال قطع الاصبع بين ما لو كان ذلك على أساس مرض في الاصبع يؤدّي إلى موته لو لا القطع، أو كان على أساس تهديد الظالم إِيَّاه بالقتل على تقدير عدم القطع عدا أنّه في الثاني سيحسّ بالغىظ والحدق والغضب على الظالم، بخلافه في الأوّل الذي لا يوجد فيه ظالم ظلمه أمّا بلحاظ نفس عملية القطع فلا فرق بين الموردين من ناحية الإحساس النفسي.

وحقيقة الأمر في المقام ان المقصود بالرضا وطيب النفس هو مطلق الشوق ولو كان ناشئاً من التفكير العقلي إلاّ أنّه ليس المقصود بذلك هو الرضا بإنشاء العقد أو إبراز إرادة النتيجة وأنّما المقصود بذلك هو الرضا بحصول النتيجة وفقاً للوح القانون فانّ التجارة أنّما تعتبر تجارة بهذا اللحاظ، والنتيجة المهتم بها عقلاً هي التثبيت القانوني لذلك والارتكاز العقلائي يصرف أدلة اشتراط الرضا والطيب إلى ذلك، وإذا وضّحنا مصبّ الرضا والطيب بهذا الشكل كان الفرق بين مورد الإكراه ومورد الاضطرار من أوضح الواضحات، فانّ المكره لا يرضى بالنتيجة ولو أُخبر بطلان العقد لفرح بذلك، ولكن المضطر راض بالنتيجة ولو أُخبر بطلان العقد لأصبحت مصيبتة أكبر من مصيبة فقدانه للمتاع الذي فقده على تقدير صحة العقد وبالالتفات إلى هذا الأمر لا يبقى مجال للبيان الحلّي للمحقّق الاصفهاني رحمته الله في المقام ولا لبيان النقصي.

حكم الإكراه بحق :

هذا. ولا إشكال في أنّ الإكراه بحق لا يوجب بطلان العقد، وقد استدلّ على ذلك السيّد الخوئي بأنّ الإكراه بحق لو كان مبطلاً للعقد للغي الإكراه^(١)، وأضاف في المحاضرات : أنّه « ولما كان إكراه على المعاملة وأنّما كان الإكراه على مجرّد اللفظ ».

أقول : كأنّ المقصود تقديم دليل حقّ الإكراه على دليل شرط الرضا، أو مبطلية الإكراه في الحقّ بمثل الأخصيّة باعتبار أنّه لو عكس لغى دليل حقّ الإكراه لعدم تصوّر أثر عندئذٍ لهذا الإكراه، أو عدم تصوّر الإكراه عندئذٍ على المعاملة، ولكن هذا البيان أنّما يتصوّر في ما إذا كان دليل حقّانية الإكراه أخصّ مورداً من

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٢٤٥ - ٢٤٦، ومصباح الفقاهة ٣ : ٢٩٤.

دليل شرط الرضا أو مانعية الإكراه في العقد، ولا يأتي في الأدلة اللفظية الواردة في بعض الولايات التي هي أعم من الولاية على العقد أو على الإكراه عليه كما لو وجدنا إطلاقاً لفظياً من هذا القبيل في ولاية الأب على الأولاد غير البالغين وكدليل ولاية الفقيه.

وهناك بيان أعمق من هذا البيان يشمل أدلة الولايات مطلقاً، وهو دعوى أنّ دليل الولاية حاكم على دليل اشتراط رضا المالك أو عدم إكراهه، لأن دليل الولاية ينزل الولي منزلة المولى عليه ويكون ناظراً إلى الأحكام الأولية لتصرفات المولى عليه فيصبح رضا الولي بمنزلة رضا المولى عليه.

بل يمكن ان يقال بأن المفهوم من أول الأمر من أدلة مانعية الإكراه أو شرط الرضا ليس أكثر من الجامع بين رضاه أو رضا وليه، فإن الدليل على ذلك إن كان هو الارتكاز العقلاني فمن الواضح أنّ الارتكاز أنما يكون قائماً على ما قلناه لا على خصوص رضا المالك ولو كان مولى عليه وإن كانت هي الأدلة اللفظية فهي منصرفة إلى ذلك بسبب ذاك الارتكاز.

اشتراط الرضا أو مانعية الإكراه :

بقي الكلام في أنّ العقد هل يكون الرضا شرطاً في صحته، أو يكون الإكراه مانعاً عن صحته حيث أنّه من الواضح ان كون العقد عن إكراه اخص من كونه لا عن رضا ؟ فقد يكون صدور العقد من الشخص نتيجة تخيله للإكراه من دون وجود مكره حقيقه، أو لأجل مداراة الأهل مثلاً كما فرض في ما مضت الإشارة إليه من حديث منصور بن يونس في الطلاق^(١) ففي أمثال هذه الموارد لا يكون الإكراه صادقاً ولكن الرضا أيضاً غير موجود.

فإن كان دليلنا في المقام مثل حديث الرفع فقط فهو أنما يدلّ على مانعيّة الإكراه أنما على ما عرفته من صحّة الاستدلال أيضاً بنصوص الرضا والطيب فقد ثبت ما هو أوسع من مانعيّة الإكراه وهو شرط الرضا وقد مضى عن السيّد الإمام عليه السلام تفسير الطيب وعدم الرضا بنفس عدم الإكراه وأنّه متى ما كان الرضا بمعنى عدم الإكراه صادقاً صحّ العقد^(١) ولازم ذلك ان يفتي بصحّة العقد في ما أشرنا إليه من موارد الافتراق لعدم صدق الإكراه فيها، ولا أظنّ به ولا بغيره ان يلتزم بذلك، ومن الواضح عرفاً عدم صدق الطيب والرضا وكأنّ الذي دعاه إلى هذا التفسير للطيب والرضا هو التخلّص من النقض بمراد الاضطرار وقد مضى ممّا حلّ هذا النقض.

بل قد يقال: إنّ أدلّة مانعيّة الإكراه هي التي ينبغي إرجاعها إلى شرطية الرضا وذلك إخضاعاً لها للارتكازات العقلائية، إذ من الواضح ان الارتكاز العقلائي يرى شرطية الرضا ولا يكفي بعدم الإكراه وأنما يحكم العقلاء بمبطلية الإكراه لنكتة فقدان الرضا فيه فأدلّة مبطلية الإكراه تحمل على ذلك كما يشهد لذلك ان إحدى روايات الإكراه^(٢) في الطلاق اشتملت أيضاً على ذكر شرط كونه مريداً للطلاق ولكّنها ضعيفة سنداً.

إلاّ انّ هذا البيان وإن كان يتمّ في مثل روايات طلاق المكره لكنّه لا يتمّ في حديث الرفع فإنّ حديث الرفع لم يكن خاصّاً بالعقود كي يفهم منه عقلياً أنّ رفع الإكراه يكون بنكتة عدم الرضا ويشمل أمثال ارتكاب المحرّم عن إكراه فيرفع به

(١) راجع كتاب البيع ٢: ٦٧ - ٦٨.

(٢) الوسائل ١٥: ٣٣١، الباب ٣٧ من أبواب مقدّمات الطلاق وشُرَاطه، الحديث ٤.

مثل الحدّ والعقاب، فالمفهوم عرفاً منه ان رفع الإكراه في هذا الحديث بنكته أخرى غير فقدان الرضا وهي نكته ضعف القدرة فكأن الإكراه ملحق بالانجبار والعجز عن التفصي.

وعلى أية حال فقد اتضح بكل ما ذكرناه حتى الآن ان كلتا النكتتين أعني نكته المانعية الإكراه لضعف القدرة ونكته شرطية الرضا ثابتتان في المقام فالنتيجة مع شرطية الرضا.

ثمرة الخلاف عند وجود المندوحة :

ومن الثمرات التي تترتب على ذلك هي أنه لو كان المكره قادراً على التفصي بما لا يوجب عليه المشقة أو الحرج فالإكراه على العقد غير صادق ولكن الرضا أيضاً غير ثابت، فإن قلنا بمانعية الإكراه فحسب صحّ العقد وإن قلنا بشرطية الرضا والطيب بطل العقد.

ولكن السيّد الخوئي رحمه الله ذكر^(١) أنه مع وجود المندوحة من دون ضرر أو مشقة يكون العقد صحيحاً لأن طيب النفس والرضا موجود وذلك لأن المفروض عدم الخوف من الضرر فالثابت في المقام هو الرضا لا الإكراه ولو لم يكن راضياً لما فعل.

وهذا الكلام كما ترى لا أساس له، فإن الإكراه وإن لم يكن ثابتاً في المقام لعدم صدق الخوف من الضرر لدى ترك العقد ما دام قادراً على التفصي بدون ضرر أو حرج، ولكن هذا لا يساوق الرضا وطيب النفس إذ قد يصدر منه العقد تكاسلاً من الخروج من الغرفة التي وجد فيها العدو إلى الغرفة الأخرى التي يوجد فيها من

يحميه عن العدو مثلاً، ويكفيه هذا التكاسل كدافع إلى العقد بعد علمه بأنّ العقد إذا لم يكن عن رضا لم يكن له أثر.

نعم قد يتفق إثباتاً وجود ظهور حالي على الرضا كما لو كان التفصّي بالانتصار خالياً عن أي مؤونة عرفيّة كما لو اتفق انّ الذي يحميه عن الظالم كان موجوداً في نفس الغرفة ولم تكن حمايته تتوقّف على شيء عدا مجرد الإشارة إليه مثلاً ومع ذلك لم يشر إليه وأوقع العقد، وعلى أيّة حال فهذا خارج عن محل البحث فإنّه ليس عدا أمر إثباتي قد يتحقّق وقد لا يتحقّق أمّا بلحاظ البحث الثبوتي فلا ينبغي الإشكال في انّ وجود المندوحة بلا مشقّة وضرر يمنع عن صدق الإكراه ولا يمنع عن عدم صدق الرضا والطيب.

وللشيخ الاصفهاني رحمته الله تقريب لدعوى صدق الإكراه عند وجود المندوحة^(١) ولم يظهر من عبارته أنّه هل يتبنّاه أو لا، وهو أنّه ان فرضنا ان اتصاف صدور الفعل بوصف الإكراه إن كان متوقّفاً على القضيّة الإيجابية، وهي كون الإكراه هو السبب للفعل، فالعقد هنا غير مكره عليه لأنّ الإكراه ليس سبباً لخصوص العقد وأنّما هو سبب للجامع بين العقد والمندوحة فخصوصية العقد نشأت من سبب آخر، فالعقد إذن لم يكن لسبب الإكراه بل كان لمجموع الإكراه وعدم الداعي إلى التفصّي بالمندوحة أو الداعي إلى عدم التفصّي. ولا يقال: إنّ عدم الضد ليس مقدّمة للضد فإنّه يقال: نعم ولكن عدم سبب الضد المساوي أو الأقوى من سبب الضد الآخر مقدّمة للضد لمكان التزاحم بين السببين في التأثير، فعدم سبب التفصّي له دخل في سبب حصول العقد وليس العقد مسبباً محضاً من

الإكراه، أما ان فرضنا أنه تكفي في اتّصاف الفعل بالإكراه القضية السلبية وهي أنه لولا الإكراه لما فعل إذن فالعقد في المقام متّصف بالإكراه، فإنّ الإكراه وإن لم يكن سبباً لخصوص العقد وأنما كان سبباً للجامع بين العقد والمندوحة لكنّه على أي حال لولاه لما صدر العقد إذ بانتفائه ينتفي الجامع بكلا فرديه .

أقول : من الواضح أنّ المفهوم العرفي للإكراه هو ذاك الجانب الإيجابي لا مجرد هذا الجانب السلبيّ البحث .

حكم المندوحة بالتورية عند الإكراه :

وللشيخ الاصفهاني رحمه الله بيان آخر^(١) لاستفادة البطلان من حديث رفع الإكراه رغم وجود المندوحة في خصوص ما إذا كانت المندوحة عبارة عن التورية فحسب وهو أنّ العقد بمعناه الحقيقي وإن لم يكن مكرهاً عليه لتمكّنه من التورية وعدم إرادة المعنى الحقيقي لكن جامع اللفظ بقطع النظر عن المعنى الذي يقصده مكره عليه فيسقط اللفظ عن التأثير ولا إشكال في أنّ اللفظ جزء العلة لحصول النتيجة فبرفع الحكم عنه وبسقوطه عن التأثير تنتفي النتيجة أي أنّ العقد يصبح باطلاً.

وأجاب عليه بأن رفع الأثر كان للامتنان ولا امتنان في إسقاط جزء السبب عن التأثير بعد أن كان قد قصد البيع الحقيقي بخصوصية طبعيّة لا بسبب الإكراه .
أقول : هذا المقدار من الجواب لا يكفي لردّ ذاك البيان إذ لقائل ان يقول : إذا قصد المعنى الحقيقي بعد أن كان مكرهاً على أصل اللفظ لا لرغبة في حصول النتيجة بل لاعتقاده بأنّ ذاك الإكراه كافٍ في المنع عن حصول النتيجة مثلاً فهنا رفع الأثر امتنانيّ فلماذا لا يرفع ؟ !

(١) راجع تعليقه على المكاسب ١ : ١٢١ - ١٢٢ .

والجواب الصحيح في المقام ان يقال : إنّ المفهوم عرفاً من حديث الرفع وفق الارتكاز العقلائي هو النظر إلى نكته كون الإكراه كأنّه مضعّف للمقدرة والاختيار فيكون ترتّب الحكم على ما صدر منه بمنزلة ثبوت الحكم على العاجز الذي لا يستطيع الفرار عنه بترك السبب، وهذا الوصف غير صادق لدى الإكراه على جزء السبب إذ باستطاعته التّفصّي عن النتيجة بترك الجزء الآخر، فمثلاً لو كان الحرام مؤلّفاً من جزءين بحيث لو فعل أحدهما لم يكن حراماً وكان الجزءان عَرَضِيَّين من حيث الزمان ففعل أحدهما إكراهاً وضمّ الآخر إليه اختياراً فهل بالإمكان القول بارتفاع الحرمة والعقاب بسبب كون أحد الجزءين مكرهاً عليه ؟ ! ومن الواضح أنّه في هذا الفرض لا يأتي ما ذكره من الجواب بامتنانية الرفع فان رفع الحرمة والعقاب فيه امتنان على كل حال .

وذكر الشيخ الانصاري رحمته الله ^(١) : انّ التمكن من التورية لا يمنع عن صدق الإكراه والتمكن من التّفصّي بوجه آخر من قبيل الخروج من الغرفة إلى غرفة أخرى يستطيع فيها ان يحتمي بمنّ يمنعه عن ظلم الظالم يمنع عن صدق الإكراه (والعقد رغم هذا يكون باطلاً في رأيه رحمته الله لأجل فقدان الرضا وطيب النفس) والوجه في هذا الفرق هو انّ المقياس في صدق الإكراه هو حصول التحوّف من بطش المكره على تقدير علمه بعصيان المكره إيّاه لا مطلقاً إذ من الواضح انّ المكره أنما يبطش بالمكره لو علم بعصيانه إيّاه دون ما لو اعتقد طاعته له وهذا البطش على تقدير العلم ثابت لدى التّفصّي بالتورية إذ لو علم المكره، بانّ المكره قد ورّى لبطش به وغير ثابت لدى التّفصّي بمثل الخروج من الغرفة والاحتماء

(١) في المكاسب ١ : ١٢٠ ، حسب الطبعة المشتملة على تعليقة الشهيدي .

بحماته إذ لو علم المكره بذلك لما استطاع ان يصنع شيئاً لأنّ حماة ذاك الشخص سيمنعون المكره عن البطش به، والحاصل أنّ المقياس هو التخوّف عن البطش على تقدير العلم لا مطلقاً وهذا التخوّف على تقدير العلم في باب التورية صادق، وان علم بعدم البطش على أساس عدم علم المكره وفي سائر موارد التفصّي غير صادق.

وقد أجاب السيد الخوئي على ذلك بمنع تقوّم الإكراه بتلك القضية الشرطيّة وإنّما هو متقوّم بخوف البطش بنحو القضية الفعلية وهو منتفٍ في كلا الموردين أي في مورد إمكان التفصّي بالتورية وفي مورد إمكان التفصّي بوجه آخر فلا وجه لهذا التفصيل^(١).

أقول: إنّ النكته التي أبداهَا الشيخ الانصاري رحمه الله للمصير إلى تلك القضية الشرطيّة وهي وضوح أنّ البطش من قبَل المكره إنّما يترتّب على تقدير علمه بعصيان المكره إيّاه دون ما لو اعتقد عدم عصيانه لم يأت في المنقول عن السيد الخوئي الجواب عليها، والجواب هو أنّ المدّعى ليس هو تقوّم الإكراه بالتخوّف من بطش المكره مطلقاً، وعلى كلّ تقدير وإنّما هو تقوّمه بالتخوّف من البطش الفعلي والفعلية غير الإطلاق إذ قد يكون الشيء فعلياً لتحقق شرطه لا لإطلاقه وعدم تقيده بذاك الشرط، وما ذكره من وضوح أنّ البطش مختصّ بفرض علم المكره مثلاً بالحال دون فرض اعتقاده بخلاف الحال إنّما يمنع عن الإطلاق لا عن الفعلية أي إنّما يمنع عن تقوّم الإكراه بتخوّف البطش على كلّ تقدير، إذ لو كان كذلك لما تحقّق إكراه أبداً إذ البطش على تقدير الاعتقاد بعدم لا يتحقّق ولا يمنع

عن تقوّم الإكراه بتخوّف البطش الفعلي، وهذا التخوّف منتفٍ في كلا الموردين أي في التورية وفي باقي أنحاء التفصّي.

وقد أورد السيد الخوئي أيضاً النقض على الشيخ الانصاري رحمته الله ^(١) بأنّه لو أكره أحد على شرب الخمر مع تمكّنه من هراقة في جيبه حرم عليه شربها جزماً مع أنّه لو علم المكروه بذلك لبطش به أفهل يقال إنّ الإكراه صادق في المقام وإن حديث الرفع يرفع الحرمة عنه؟! وبأنّه لو أكره الجائر أحداً على ارتكاب محرّم أو ترك واجب ثم غاب عنه بحيث لا يلتفت إلى حاله أفهل يتوهّم أحد صدق الإكراه هنا لأنّ الجائر لو علم بمخالفة المكروه إياه لبطش به فيجوز ارتكاب الحرام أو ترك الواجب؟!

وذكر الشيخ الاصفهاني رحمته الله ^(٢) في مقام الردّ على مقالة الشيخ الانصاري (رضوان الله عليه): أنّه صحيح ما ذكره الشيخ الانصاري رحمته الله من أنّ الضرر مترتب على الامتناع على تقدير اعتقاد المكروه واكتشافه لواقع الحال لا مطلقاً ولكن هذا ينتج عكس مقصود الشيخ أي يثبت في المقام عدم صدق الإكراه وذلك لأنّ الضرر إذا كان مترتباً على الامتناع الاعتقادي لا مطلق الامتناع، إذن هو مكروه على ترك الامتناع الاعتقادي لا مطلق الامتناع فإنّ المكروه عليه أنّما هو ترك ما يجلب الضرر لا ترك شيء آخر، والذي يجلب الضرر في مورد القدرة على التورية أنّما هو عدم إجراء العقد لا حقيقة ولا على نحو التورية فإنّه الذي يكشفه المكروه ويعلم به أمّا ترك العقد الحقيقي الذي يتحقّق ضمن التورية فلا يجلب الضرر فلا إكراه عليه.

(١) في مصباح الفقاهة ٣: ٣٠٦.

(٢) في تعليقه على المكاسب ١: ١٢٣.

أقول: إنّ هذا الكلام في نفسه وإن كان صحيحاً ولكن الظاهر أنّ خطأ الشيخ الانصاري رحمته الله يكمن في الخلط بين القضية المطلقة والقضية الفعلية فحلّ إشكاله في المقام يكون بإلفات النظر إلى الفرق بينهما كما مضى ممّا.

ثم إنّ الشيخ الانصاري رحمته الله ذكر أيضاً في المقام: أنّه حتى لو قلنا: إنّ مقتضى القواعد اعتبار العجز عن التورية وأنّه مع القدرة عليها لا يثبت الإكراه فقد ثبت بالتعبّد بحكم الروايات عدم اعتبار العجز عنها وإنّ القادر على التورية ملحق حكماً بالمكره، لأنّ حمل عموم رفع الإكراه وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه والأخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه على فرض العجز عن التورية لجهل أو دهشة حمل على فرد نادر مع أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لاشير إليه في تلك الروايات خصوصاً في قضية عمّار وأبويه حيث اكرهوا على الكفر فأبى أبواه فقتلوا وأظهر لهم عمّار ما أرادوا فجاء باكياً إلى رسول الله صلّى الله عليه وآله فنزلت الآية ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾^(١) فقال له رسول الله صلّى الله عليه وآله ان عادوا عليك فعد ولم ينبّهه على التورية فان التنبيه في المقام وإن لم يكن واجباً إلّا أنّه لا شك في رجحانه خصوصاً من النبي صلّى الله عليه وآله باعتبار شفقتة على عمّار وعلمه بكراهة تكلم عمّار بألفاظ الكفر من دون تورية كما لا يخفى^(٢).

وأورد على ذلك السيد الخوئي^(٣) بأنّ التمسك بأدلة رفع الإكراه العامة أو

(١) النحل: ١٠٦.

(٢) راجع المكاسب ١: ١١٩ - ١٢٠، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقة الشهيدي.

(٣) راجع المحاضرات ٢: ٢٥١، ومصباح الفقاهة ٣: ٣٠٦.

الخاصة لعدم اشتراط العجز عن التورية رغم فرض دخل العجز عنها في صدق الإكراه عجيب ولا علاقة لهذا بلزوم حمل العام على الفرد النادر، فان حمل العام على الفرد النادر الذي هو مستهجن يعني صرف العام عن عمومته إلى النادر من أفرادها أمّا إذا فرض أنّ نفس عنوان العام لا يشمل إلاّ الأفراد النادرة فليس هذا من باب ما يقال من حمل العام على الفرد النادر.

وكذلك أورد السيد الخوئي^(١) على استدلال الشيخ بحديث عمّار: أوّلاً - بأنّ جلالة قدر عمّار تقتضي أنّه ورى في ذلك ولم يقصد الكفر والتبرّي من النبي ﷺ ودينه.

وثانياً - بأنّ التورية في إظهار الكفر ليست فراراً عن الحرام كي يترقّب تنبيه النبي ﷺ على ذلك فان نفس إظهار الكفر والتبرّي هتك لله سبحانه وتجاسر لعظمته وهو حرام وذلك سنخ حرمة السب وهتك المؤمن التي لا تنتفي بالتورية. أقول: إنّ كلّ هذه المناقشات يمكن الجواب عليها: أمّا ثبوت حرمة إظهار الكفر ولو تورية لما فيه من الهتك والتجاسر فهو وإن كان مسألاً لكن تبقى في المقام حرمة أخرى قد يقال بأنّها تختصّ بفرض عدم التورية وهي حرمة الكذب. وأمّا كون عمّار اجلّ شأناً من أن يكون قد كفر حقيقة فهذا ممّا لا غبار عليه، إلاّ أنّ هذا لا يعني أنّه قد ورى فالمقصود بالتورية أن يكون مستعملاً للفظ في غير ظاهره من الكفر، ولنفترض أنّه لم يورّ ولو غفلة أو ذهولاً، أو لعدم الاعتقاد بوجود فائدة في التورية فاستعمل اللفظ في معناه الظاهر، لكن استعمال اللفظ في معناه خوفاً من العذاب لدى الغفلة عن التورية أو اعتقاد عدم فائدة فيها شيء وأن يكون قد

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٥١-٢٥٢، ومصباح الفقاهة ٣: ٣٠٦-٣٠٧.

كفر حقيقة في قرارات قلبه شيء آخر، وعظمة عمّار أنّما تنفي الثاني دون الأوّل. وأمّا ما أورده من أنّ التمسك بأدلة رفع الإكراه العامّة والخاصّة في غير محله لفرض دخل العجز عن التورية في صدق الإكراه فقد يجاب عليه بلحاظ الأدلة الخاصّة ان المقصود بالإكراه ليس هو الإكراه على الطلاق الحقيقي مثلاً. وذلك لأنّ عدم تجاوز إحاطة المكره لدائرة اللفظ والظاهر إلى ما في القلب قرينة عرفيّة على أنّ المقصود بالروايات هو الإكراه على اللفظ وإظهار الطلاق سواء حصل صدفة الإكراه على واقع الطلاق لعجز الشخص عن التورية أو لا، وعند ذلك يقال: إنّ حمل هذه الأدلة على الإكراه على الطلاق الحقيقي للعجز عن التورية حمل على النادر أو خلاف الإطلاق.

ونفس هذا البيان يأتي في الآية الشريفة: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ نعم هذا البيان لا يأتي في الرفع العام وهو حديث رفع الإكراه الذي يكون في كثير من موارد كالإكراه على المحرّمات إكراهاً على الواقع حينما لا يمكن للمكره الاحتيال بإظهار خلاف الواقع بإدارة الخمر في جيبه مثلاً. هذا. وخصوص قضية عمّار ان ثبتت سنداً لا مبرّر لحملها على فرض العجز عن التورية لأنّ قوله ﷺ: «(إن عادوا عليك فعدّ» مطلق يشمل فرض ما لو قدر على التورية، وهذا بنفسه دليل على أنّ المقصود بالإكراه في الآية الشريفة الواردة في تلك القصّة هو الإكراه على إظهار الكفر الشامل لفرض التورية.

على أنّ هذا الإشكال لو تمّ في روايات الإكراه على الطلاق والعتاق لا يرد في روايات الحلف كاذباً^(١) فأنّه لم تفترض فيها إرادة الظالم للإكراه على الحلف

الكاذب حتى يقال أنّها لا تشمل فرض القدرة على التورية وأنّما افترضت فيها إرادته للإكراه على شيء آخر كدفع العُشر فجوّز له الإمام عليه السلام التخلّص من هذا الإكراه بالحلف الكاذب، وهذا يشمل بإطلاقه فرض القدرة على التورية وذلك من قبيل ما عن زرارة بسند تام قال قلت لأبي جعفر عليه السلام نمّر بالمال على العُشّار فيطلبون منّا ان نحلف لهم ويخلّون سبيلنا ولا يرضون منّا إلّا بذلك قال : فاحلف لهم فهو أحلّ من التمر والزبد^(١).

فأنّه من الواضح أنّ مقصود العُشّار ليس هو بالذات الإكراه على الحلف كي يفترض ان نستظهر من الحديث الإكراه على الحلف الكاذب دون التورية، وأنّما مقصوده بالذات هو أخذ العُشر من أمواله إن كانت معه أموال، ويرى الحلف أمانة على المال، فالحديث مطلق لغرض القدرة على التورية وعدمها.

ونحو هذه الروايات روايات جواز الكذب في الإصلاح فإنّها تشمل بإطلاقها فرض القدرة على التورية^(٢) من قبيل ما ورد عن معاوية بن عمّار بسند تام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المصلح ليس بكذّاب^(٣). نعم يرد على الاستدلال بروايات الحلف كاذباً أو روايات الكذب للإصلاح ان فرض حليّة الحلف كاذباً، أو الكذب للإصلاح رغم القدرة على التورية ليس دليلاً على بطلان بيع المكره إذا قصد المعنى الحقيقي رغم القدرة على التورية، فإنّ هذا قياس خاصّة إذا قلنا إنّ جواز الحلف كاذباً أمام الظالم رغم القدرة على التورية ثابت بمقتضى القواعد بلا حاجة إلى التعبد بهذه الروايات.

(١) الوسائل ١٦ : ١٣٧، الباب ١٢ من أبواب الأيمان، الحديث ٦.

(٢) راجع الوسائل ٨ : ٥٧٨ - ٥٨٠، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشرة.

(٣) الوسائل ٨ : ٥٧٨، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٣.

والوجه في جواز ذلك بمقتضى القواعد أمران :

الأوّل - ان يقال : إنّ التورية كذب فلا معنى للتفصي عن الكذب بالتورية وتوضيح الحال في ذلك : أنّ الكلام توجد له عادة دلالة على إرادات ثلاث :

١- إرادة استعمال اللفظ في المعنى .

٢- إرادة اخطار المعنى لذهن السامع .

٣- إرادة المدلول الجدّي من قصد الحكاية أو غير ذلك .

وشرح ذلك موكل إلى محله من علم الأصول، إلّا أنّ هدي من الإشارة إلى ذلك توضيح أنّ الإرادة الاستعمالية هي غير إرادة اخطار المعنى لذهن السامع، خلافاً لما تعارف لدى الأصحاب، ووفقاً لما عن استاذنا الشهيد رحمته الله في تقرير السيد الهاشمي (حفظه الله) ^(١) بدليل أنّه قد يستعمل اللفظ في المعنى من دون إرادة اخطار ذاك المعنى كما في موارد استعمال اللفظ في أحد معانيه المشتركة مع تعدّد إخفائه عن فهم المخاطب بعدم إقامة القرينة عليه فهو بينه وبين نفسه قد قصد معنى معيناً من اللفظ ولكنه لم يقصد اخطاره إلى ذهن المخاطب، بل قد يقصد إخطار معنى آخر إلى ذهن المخاطب غير ما استعمل اللفظ فيه كما هو الحال في كثير من موارد التورية، إذن فاستعمال اللفظ في المعنى ليس عبارة عن قصد الاخطار وأنّما هو عبارة عن نوع فعّالة للنفس بقدرة مودعة فيها من قبل الله تعالى وهي نوع إشارة باللفظ إلى المعنى شبيهة بالإشارة بالاصبع مثلاً.

وما عن استاذنا الشهيد رحمته الله في تقرير السيد الهاشمي بعد توضيح أنّ الإرادة الاستعمالية ليست هي إرادة تفهيم المعنى واخطاره باللفظ من : أنّ (الإرادة

الاستعمالية عبارة عن إرادة التلفّظ باللفظ ولكن لا بما أنّه صوت مخصوص بل بما أنّه دال بحسب طبعه وصالح في ذاته لإيجاد صورة المعنى في الذهن) ان رجع إلى ما قلناه وهو ما سمّيناه بالإشارة إلى المعنى باللفظ فهو صحيح وإلّا لم نفهم المقصود منه فان كون دلالاته بالطبع على المعنى المستعمل فيه هي الحيثية التي تعنون بها إرادة التلفّظ لو لم يرجع إلى ما قلناه لا نفهم له محصلاً عدا كون هذه الحيثية هي التي دعت إلى إرادة التلفّظ، وهذه الحيثية لا تدعو إلى ذلك إلّا حينما تكون الغاية من التلفّظ إفهام ذاك المعنى وإخطار إلى ذهن السامع، وهذا رجوع مرة أخرى إلى الإرادة الإخطارية.

إذا عرفت هذه الإرادات الثلاث قلنا: إنّ فرق التورية عن الكذب الذي لا تورية فيه ليس في المعنى الذي يخرطه إلى ذهن السامع، ولا في الدلالة التصديقيّة الجديّة التي يريد إفهامها للسامع فلو قال للمخاطب الذي يطالبه بالمال مثلاً: (والله أنّ يدي خالية) قاصداً بذلك صرفه عن مطالبتة المال بتخيّل كونه صفر اليدين من المال لم يكن فرق بين ان يقصد كذباً عدم امتلاكه للمال وان يقصد تورية خلويده من وجود عين مقبوضة في أنّه أراد ان يخطر في ذهن السامع المعنى الأوّل، وأن يفهمه حكاية المعنى الأوّل، وأنما الفرق بينهما في الإرادة الاستعمالية حيث قد يجعل اللفظ بينه وبين نفسه إشارة إلى المعنى الأوّل، وقد يجعله إشارة إلى المعنى الثاني، ولكنّه على كلا التقديرين يريد إظهار المعنى الأوّل للمخاطب إذ من الواضح ان فائدة التورية هي ان يفهم المخاطب غير المعنى الذي قصده المتكلّم باستعماله، أمّا لو فهم المخاطب نفس المعنى المقصود حقيقة فقد فسدت التورية وانتقض الفرض كما هو واضح.

وعندئذٍ يجب ان نرى أنّ المقياس في الكذب ما هو؟ هل هو مخالفة

المدلول الجدّي، وهو الحكاية للواقع أو كون الدلالة الإخطارية أو الإرادة الاستعمالية غير منسجمة وغير متناسبة لدلالة جدّية مطابقة للواقع ؟

لا شك ولا ريب في أنّ مجرد عدم انسجام الدلالة الإخطارية أو الإرادة الاستعمالية لدلالة جدّية مطابقة للواقع لا يكفي في صدق عنوان الكذب، فلو استعمل اللفظ في معنى وقصد إخطاره إلى ذهن المخاطب في مجال المزاح لا في مجال الجدّ وكانت القرينة الحالية على ذلك مثلاً واضحة فمن الواضح أنّ عنوان الكذب لا يصدق في المقام، إذن فمخالفة الإرادة الحكائية للواقع لها ركنيّة في صدق عنوان الكذب حتماً وعندئذٍ لا يبقى مجال لدعوى خروج التورية عن تحت عنوان الكذب، إلّا بأن يدعى أنّ مخالفة الإرادة الحكائية للواقع وإن كانت ركناً وشرطاً في صدق عنوان الكذب ولكن عدم انسجام الإرادة الاستعمالية لإرادة جدّية مطابقة للواقع أيضاً شرط في صدق عنوان الكذب، فتختلف أحد الأمرين كاف في الخروج عن عنوان الكذب والتورية، وإن كانت لا تختلف عن الكذب في الدلالة الجدّية لكنها تختلف عنه في الإرادة الاستعمالية، وهذا كاف في نفي عنوان الكذب وذلك بدعوى أنّ المتبادر من عنوان الكذب ما اجتمع فيه الشرطان.

إلّا أنّنا وإن كنّا لا نملك برهاناً على رفض هذه الدعوى فإنّ التبادر أمر وجداني لا يمكن نفيه بالبرهان، لكنّنا لا يتبادر إلى ذهننا من عنوان الكذب عدا مخالفة الإرادة الجدّية الحكائية للواقع.

الثاني - أنّنا لو لم تقبل ما مضى في البيان الأوّل من أنّ مقياس الكذب في مدلوله العرفي أنّما هو عدم مطابقة ما اريد تفهيمه من الحكاية للمخاطب للواقع دون دخل شيء آخر فيه، فلا أقلّ من ان المفهوم عرفاً بمناسبات الحكم

والموضوع من أدلّة حرمة الكذب أنّها تنظر إلى هذا الجانب فحسب، فإنّ الكذب كما يحمل حرمة شرعية كذلك يحمل حرمة عقلائية مرتكزة في أذهان العقلاء، ومن الواضح أنّه لا قيمة للإرادة الاستعمالية نفيّاً وإثباتاً في حساب هذا الأمر الارتكازي، وأنّما المهم فيه كون الحكاية مضللة للمخاطب وحكاية لأمرٍ مخالف للواقع، والارتكازات العقلائية لها تأثيرها الكبير على مداليل الألفاظ في الأدلّة اللفظية، فالمنصرف من أدلّة حرمة الكذب أنّما هو النظر إلى جانب الإرادة الحكائية فحسب، سواء فرض أنّ المدلول اللغوي للكذب يشمل التورية أو لا.

نعم التضليل عن غير طريق الحكاية حينما لا يكون مضرّاً بالأهداف المحلّلة للآخرين لا يحمل حرمة في ارتكاز العقلاء من قبيل الإنشاء كما لو قال: (بعت) بقصد إبراز الإنشاء في حين أنّه لم يكن يقصد الجدّ في ذلك، وكما لو أشعل الكهرباء في بيته الذي سيتركه فارغاً كي تكون لوجود النور في البيت دلالة طبيعية لا حكاية على وجود إنسان في البيت كي يؤدّي ذلك إلى امتناع السرّاق عن التخطيط لسرقه ما في البيت، فثبوت مثل هذه الدلالة لغير السرّاق أيضاً لا يكون حراماً في مرتكز العقلاء ما دامت الدلالة طبيعية لا حكاية، لا أنّه يكون حراماً عقلائياً في ذاته وترتفع الحرمة بالتزاحم مع مصلحة دفع السرّاق مثلاً.

والحاصل أنّ مقتضى القواعد أنّه لا فرق بين التورية والكذب، إمّا لدخول التورية في الكذب موضوعاً كما مضى في الوجه الأول، أو لالتحاقها به حكماً كما عرفته في الوجه الثاني.

نعم لا نمنع عن رجحان الالتزام بالتورية في كل مورد جاز فيه الكذب على أساس أمر تربوي، وهو بقاء ملكة التحرّز عن الكذب في النفس وعدم تعود النفس على التهاون بالكذب، فصحيح أنّ التورية هي كذب في واقعها حقيقة أو

حكماً لكن الإيحاء النفسي له أثره التربوي، فحينما يتقيد بالتورية رغم حليّة الكذب وكأنّما يوحي إلى نفسه أنّه هرب من الكذب إلى الصدق، فهذا الإيحاء بنفسه له أثره المرغوب فيه.

أدلة عدم لحوق التورية بالكذب :

وقد يستدلّ ببعض الآيات أو الروايات على جواز التورية وعدم التحاقها بالكذب من قبيل :

قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ أَذْنٌ مَّوَدَّنَ أَيَّتَهَا الْعِيرِ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ ﴾ ^(١) حيث تُحمل على التورية بمعنى أنّهم سرقوا يوسف عليه السلام.

وقوله تعالى : ﴿ فَنَظَرَ نَظْرَةً فِي النُّجُومِ * فَقَالَ إِنِّي سَقِيمٌ ﴾ ^(٢) حيث تفسّر بمعنى السقم في الدين أو السقم في الحسين عليه السلام. وقوله تعالى : ﴿ بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَسَلُّوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ ﴾ ^(٣) وقد وردت بهذه التفاسير بعض الروايات ^(٤) الواردة في مقام إخراج هذه الآيات عن الكذب، إلّا أنّ تلك الروايات ضعيفة السند والآية الثانية غير واضحة في الكذب فلعلّ قواعد النجوم كانت مشيرة حقيقة إلى أنّه سيكون سقيماً كما أنّ الآية الثالثة واضحة في عدم الكذب، بقطع النظر عن فرض التورية، إذ من الواضح لكلّ عاقل بالقرينة الحالية

(١) يوسف : ٧٠.

(٢) الصافات : ٨٨ و ٨٩.

(٣) الأنبياء : ٦٣.

(٤) راجع تفسير البرهان ٢ : ٢٦١، الحديث ٦، ٧، ٨، في تفسير قوله تعالى : ﴿ أَيَّتَهَا الْعِيرِ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ ﴾ و ٣ : ٦٥، الحديث ٣، في تفسير قوله تعالى : ﴿ بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ ﴾ و ٤ : ٢٥، الحديث ١ و ٥، في تفسير قوله تعالى : ﴿ إِنِّي سَقِيمٌ ﴾.

المكتنفة بالكلام أنّه ليس المقصود الإخبار الجدّي عن أنّ كبيرهم هو الذي كسر الأصنام فإنّ الكل يفهم أنّ كبيرهم لا يمكن أن يكون قد كسرها، وأنّما المقصود الجدّي بيان أنّ الأصنام إنّ كانت عاجزة عن عمل من هذا القليل لفقدانها للوعي والشعور والإرادة والقدرة فكيف يمكن أن تكون آلهة حقّاً؟! وأمّا ما ورد في الآية الأولى من حملها على إرادة سرقة يوسف دون سرقة متاع بالفعل كالصواع على أنّ الروايات الواردة في تفسير قوله تعالى: ﴿إِنِّي سَقِيمٌ﴾ لم تصرّح بكون التورية بالتورية وبعض روايات تفسير قوله تعالى: ﴿إِنِّي سَقِيمٌ﴾ لم تصرّح بكون التورية فراً عن الكذب فيمكن حملها على الأمر التربوي الذي أشرنا إليه وهناك روايات أخرى وردت في تفسير هذه الآيات بتفسير آخر كالتفسير بالكذب المصلحي^(١).

وهناك رواية رواها ابن ادريس في آخر السرائر نقلاً من كتاب عبد الله بن بكير بن أعين عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يستأذن عليه فيقول للجارية: قولي: ليس هو هاهنا قال: لا بأس ليس بكذب^(٢).

فقد تحمل على معنى أنّ التورية ليست بكذب، وعلى أيّة حال فسند ابن ادريس إلى كتاب عبد الله بن بكير غير معلوم عندنا.

وهناك رواية أخرى وردت في روضة الكافي^(٣) وفيها أنّ أبا حنيفة ذكر أمراً فقال الإمام عليه السلام أصبت والله يا أبا حنيفة ثم خطّاه الإمام عليه السلام بعد خروجه

(١) راجع تفسير البرهان ٢: ٢٦٠ و ٣: ٦٥ و ٤: ٢٥.

(٢) الوسائل ٨: ٥٨٠، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٨.

(٣) روضة الكافي ٨: ٢٩٢، الحديث ٤٤٧.

فقال له الراوي وهو محمد بن مسلم جعلت فداك فقولك أصبت وتحلف عليه وهو مخطئ ؟ ! قال نعم حلفت عليه أنه أصاب الخطأ.

إلا أن سند الحديث ضعيف بأبي جعفر الصائغ، على أن هذا الحديث قابل للحمل على النكتة التربوية التي أشرنا إليها، وللحمل على أن النظر إلى حل مشكلة الحلف التي قد يقال: إنها لا ترتبط بإفهام المخاطب معنى مخالفاً للواقع، بل ترتبط بكون المراد الاستعمالي معنى مخالفاً للواقع، فلو حلف أحد بالله كاذباً من دون وجود مخاطب يفهمه فقد فعل حراماً، وهذا الإشكال ينحل بالتورية التي توجب تغيير المراد الاستعمالي من الكذب إلى الصدق. وفي ذهني بعض روايات أخرى في المقام لم أفحص عنها من قبيل ما ورد بشأن الشيخين من أنهما إمامان عادلان، يعني العدول عن الحق لو تمت سنداً أمكن حملها - على الأكثر - على ما مضى من النكتة التربوية.

التفصيل بين التورية الابتدائية وغيرها :

هذا. وكان يقول استاذنا الشهيد رحمته الله بالتفصيل بين التورية الابتدائية والتورية في مقام الفرار عن بيان الحقيقة لدى الجواب على سؤال السائل ^(١) ولا أعرف ماذا كان مدركه رحمته الله لهذا الرأي وهل ثبت عليه إلى آخر حياته أو لا ؟ ويمكن توجيه هذا التفصيل بوجوه :

الأول - أن يقال - بعد عدم قبول ما مضى من إلحاق التورية بالكذب

(١) الذي يفهم من تعليقه رحمته الله على منهاج الصالحين للسيد الحكيم رحمته الله هو جواز التورية حيث أفتى السيد الحكيم بذلك ولم يعلق عليه استاذنا بشيء وذلك في تعليقه للجزء الثاني الصفحة

موضوعاً أو حكماً -: إنّ التورية الابتدائية تعتبر عقلياً نوعاً من الخداع القبيح في الارتكاز العقلائي الثابت حرمة ولو بإمضاء الارتكاز على أساس عدم الردع أمّا التورية في مقابل إحراج السائل للمجيب بطرحه للسؤال فلا تحمل هذا القبيح الارتكازي أو الحرمة العقلانية، حيث إنّ السائل لا يملك على المجيب أن يجيبه ببيان الواقع فكأنّ العقلاء يرون أنّه من حقّه بعد أن أخرج بالسؤال أن يورّي لكي ينجو من بيان الواقع من دون تورّط في الكذب.

إلا أنّ هذا النوع من التفصيل لو تمّ فإنّما يتمّ بعد نفي ما مضى من لحوق التورية بالكذب موضوعاً أو حكماً وقد وضّحنا في ما سبق لحوقها به موضوعاً أو حكماً.

الثاني - أن يقال - بعد تسليم حرمة التورية في نفسها - إنّ إحراج السائل للمجيب بسؤاله هو الذي يحلّلها على أساس قاعدة نفي الحرج.

إلا أنّ هذا أخصّ من المدعى إذ قد لا يصل الأمر إلى مستوى الحرج على أنّه إن وصل الأمر إلى مستوى الحرج فلماذا لا يحلّ الكذب وتخلّ التورية؟! ومن هنا يتّضح أنّه لو قيل بأنّ مجرد هذا الإحراج كاف في التحليل بلا حاجة إلى الوصول إلى مستوى الحرج الفقهي وذلك من قبيل^(١) جواز الكذب لدى الظالم العشار ولو لم يكن إعطاء العشر حرجياً قلنا: إنّ هذا لا يثبت المطلوب أيضاً لأنّه يحلّ الكذب الصريح لا خصوص التورية ولعلّ هذا كان مقصوداً لاستاذنا رحمته الله

(١) ومن قبيل جواز الكذب في الوعد مع الزوجة على ما ورد في بعض الروايات ولعلّها غير

تامة سنداً راجع الوسائل ٨: ٥٧٨ - ٥٧٩، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٢

ولكنّه كان يذكر حلية التورية في المقام ولم يكن يبرز حليّة الكذب بلحاظ النكته التربوية التي أشرنا إليها.

الثالث - أن يقال بعد تسليم كون مقتضى القاعدة حرمة التورية : أنّه خرجت التورية التي تكون في مقام جواب السائل بالنص وهو ما مضى ذكرها من رواية ابن ادريس في السرائر إلّا أنّك عرفت عدم تماميتها سنداً.

الرابع - أن يقال : أنّ من يورّي ابتداءً فالداعي له هو إفهامه للمخاطب قصد الحكاية عن أمر كان خلاف الواقع وهذا هو الملحق بالكذب موضوعاً أو حكماً ولو لم يكن له هذا الدّاعي ولا يقصد عدا مجرد إخفاء الواقع دون إبراز خلاف الواقع لاكتفى بالسكوت أمّا من يورّي في مقام الجواب على سؤال السائل فإنّما هدفه إخفاء الواقع دون إبراز خلاف الواقع وأنّما لم يكتف بالسكوت لأنّ سؤال السائل هو الذي الجأه إلى الجواب فجوابه التوروي وإن كان يفهم المخاطب الحكاية عن أمر خلاف الواقع لكن هذا ليس مراداً للمتكلّم وإن وقع قهراً وأنّما كان مراده إخفاء الواقع دون إبراز خلاف الواقع فهذا ليس كذباً ولا ملحقاً بالكذب.

إلّا أنّ هذا البيان أخصّ من المدّعى إذ قد يقصد المجيب إظهار خلاف الواقع خاصّة إذا لم يكن السائل يقنع بالجواب إلّا إذا أظهر له خلاف الواقع أي أنّ الإجمال لم يكن يقنعه فالسائل الذي يسأل عن وجود فلان في الدار قد لا يرفع يده عن إلحاحه على أخذ الجواب إلّا إذا أُجيب بجواب عرف منه عدم وجوده في الدار ولو بالتورية بأن يشير المجيب إلى نقطة ليس فيها فلان فيقول : ليس هاهنا. فالمجيب يقصد عادة إبراز خلاف الواقع للسائل بهدف ان يقتنع بالجواب مع بقاء الواقع مستوراً وإن شئت فعبر بانّ المجيب وإن كان هدفه إخفاء الواقع لكنّه يقصد

إخفاء الواقع عن طريق إبراز خلاف الواقع فليس المفروض الافتاء بحليّة التورية على الإطلاق لدى الجواب على السؤال .

فروع بحث الإكراه :

وفي ختام البحث عن شرط الرضا أو مانعيّة الإكراه تتعرّض لبعض الفروع .
الإكراه على الجامع :

الفرع الأوّل - لو أكره على بيع إحدى العينين أو على طلاق إحدى الزوجتين أو على بيع داره أو طلاق زوجته مثلاً فالافتاء ببطلان ما يختاره من أحد فردي المكره عليه واضح يشبه المسلمات في الفقه رغم ما نسب إلى القواعد من القول بالصحة وأوّل بإرادة فرض قناعة المكره بطلاق احدهما على الإيهام الذي هو باطل في ذاته^(١) فيعود الأمر إلى دعوى أنّ وجود المندوحة يصحّح العقد .

وعلى أيّة حال فرغم وضوح القول بالبطلان فقهيّاً في ذلك قد أثّر بوجهه إشكال فنيّ وهو أنّ الفرد الذي يختاره من أحد الأمرين المكره على الجامع بينهما أنّما اختاره بمحض اختياره إذ لم يكن مكرهاً عليه بالخصوص فلماذا يبطل العقد مع عدم صدق الإكراه عليه أو مع صدق الطيب والرضا مثلاً .

وأجاب الشيخ الانصاري رحمه الله على ذلك^(٢) تارة بالنقض بأنّ الإكراه دائماً يكون على الجامع ولا يتّفق عادة الإكراه على الجزئي الحقيقي من جميع الجهات فلازم الإشكال في المقام هو انكار مبطليّة الإكراه للعقد خارجاً على الإطلاق لعدم وقوعه عادة .

(١) راجع المكاسب ١ : ١٢٠ ، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقة الشهيد .

(٢) راجع نفس المصدر .

وأخرى بالحل بصدق الإكراه لغة وعرفاً لأنّ ما وقع منه يعتبر مكرهاً عليه بلحاظ القدر المشترك بين العاملين اللذين خُيّر المكره بينهما ويعتبر مختاراً بلحاظ الخصوصية فمتى ما اختصّ الأثر بإحدى الخصوصيتين لا يعتبر الإكراه رافعاً لذلك الأثر لأنّ الإكراه إنّما تعلّق بالقدر المشترك لا بالخصوصية فلو اكراه على الجامع بين البيع الصحيح والبيع الفاسد فاختار البيع الصحيح صحّ البيع ولم يبطله الإكراه وفي باب الحكم التكليفي لو اكراه على الجامع بين شرب الخمر وشرب الماء فاختار شرب الخمر ثبت الحدّ والعقاب لأنّ الأثر مخصوص بإحدى الخصوصيتين ومتى ما لم يختصّ الأثر بإحدى الخصوصيتين كان الإكراه رافعاً للأثر كما لو اكراه على طلاق إحدى زوجتيه أو على شرب أحد الخمرين.

وذكر رحمته الله : أنّه لو اكراه على الجامع بين البيع وإيفاء مال غير مستحق أو الجامع بين البيع وشرب الخمر فاختار البيع كان الإكراه رافعاً لأثر البيع لأنّه إنّما اختار البيع فراراً من بدله أو وعيد المكره المضرّين ولو اكراه على الجامع بين البيع وإيفاء مال مستحق لم يكن الإكراه رافعاً للأثر وصحّ البيع لأنّ القدر المشترك بين الحقّ وغيره إذا اكراه عليه لم يبطل وإلّا لبطل الحق أيضاً.

وأورد السيد الخوئي^(١) على الجواب النقضي الذي ذكره الشيخ الانصاري رحمته الله بأنّ رافعية الإكراه على الجامع للأثر حينما يكون الأثر أثراً للجامع وإن كان واضحاً إلّا أنّنا نتكلّم في ما إذا لم يكن الأثر أثراً للجامع وإنّما كان أثراً للخصوصية وكلتا الخصوصيتين كانتا ذا أثر كما لو اكراه على الجامع بين بيع داره وطلاق زوجته فأثر البيونة خاص بالطلاق وأثر خروج الدار عن الملك خاص

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٢٥٣، أمّا ما جاء في مصباح الفقاهة بهذا الصدد في المقام فهو مشوش

بالبیع وهنا يقال بطلان ما اختاره من البیع أو الطلاق فيرجع الإشكال مرة أخرى وهو انّ الخصوصية لم تكن مكرهاً عليها فلماذا يفتي بارتفاع الأثر؟ ولا معنى لنقض ذلك بالقول بانّ الإكراه دائماً على الجامع إذ لا يتفق عادة الإكراه على الجزئي الحقيقي من جميع الجهات.

وهذا البيان بنفسه يبطل الجواب الحلي الذي ذكره الشيخ أيضاً فالتفصيل بين أثر القدر المشترك والأثر الخاص بإحدى الخصوصيتين لا يحلّ الإشكال في المقام لأنّه وإن كان الأثر في مفروض الافتاء بالبطلان ثابتاً على كلتا الخصوصيتين وغير مختص باحدهما لكنّه ليس أثراً للقدر المشترك وأنما هو أثر للخصوصية فلماذا يرتفع بالإكراه رغم انّ الإكراه لم يتعلّق إلّا بالقدر المشترك وهو الجامع الانتزاعي مثلاً دون الخصوصية؟!!

إلّا انّ الشيخ الانصاري رحمته الله جاء في عبارته في المقام بعض الكلمات ممّا يمكن حمله على جواب على هذا الإشكال يكمل به جوابه الحلي بان يقال: إنّ الإكراه صادق في المقام عرفاً ولغة وذلك بان يدعى انّ الأثرين وإن كانا أثرين للخصوصيتين ولكن بعد ان شمل الأثر كلتا الخصوصيتين يعتبر أثراً للجامع وقد تمّ الإكراه على الجامع إذن فقد صدق الإكراه على ما فيه الأثر فيرتفع الأثر بالإكراه وهذا بخلاف ما لو كان الأثر مختصاً بإحدى الخصوصيتين والأخرى فاقدة للأثر فهنا لا يسند الأثر إلى الجامع وأمّا في خصوص ما إذا اكراهه على الجامع بين العقد وفعل الحرام فالإكراه صادق بالنسبة للعقد لأنّه يصدر من الخوف من وعيدين احدهما الوعيد الاخروي على الحرام والآخر وعيد المكره على ترك الجامع فيما انّ المكره دخیل في تمامية الوعيد صدق الإكراه عليه وليس الإكراه صادقاً بالنسبة لفعل الحرام لأنّه كان بإمكانه اختيار العقد الذي لا عقاب عليه.

وأما ما ذكره السيد الخوئي في المقام^(١) فهو ان الإكراه وإن كان إكراهاً على الجامع والأثران أثران للخصوصيتين فلا إكراه على ماله الأثر ولكن في مقام التطبيق العملي والaitان بالجامع فراراً من وعيد المكره يكون مضطراً إلى الايتان بإحدى الخصوصيتين لاستحالة تحقيق الجامع من دون الخصوصيتين فإيأ منهما اختاره ارتفع أثره بالاضطرار وإن لم يرتفع أثره بالإكراه وحديث رفع الاضطرار أنما كنا نقول في سائر موارد الاضطرار من قبيل من اضطر إلى بيع داره لعلاج ابنه بأنه لا يبطل العقد لأنّ البطلان هناك كان خلاف الامتنان وهذا بخلاف ما نحن فيه. وعليه فان اكره على أحد العقدين كبيع داره أو طلاق زوجته فهو مكره على الجامع ومضطر إلى اختياره إحدى خصوصيتين ذات أثر فيرتفع الأثر بالاضطرار في حين أنه لو اكره على الجامع بين عقد ذي أثر وعمل لا أثر له كشرب الماء أو عقد باطل فهو غير مضطر إلى اختيار إحدى خصوصيتين ذات أثره إذ بإمكانه ان يختار الخصوصية التي لا أثر لها وكذلك نقول: إنه لو اكره على الجامع بين حرامين متساويين في الحرمة فهو مضطر إلى اختيار حرام فترتفع عنه الحرمة بالاضطرار في حين أنه لو اكره على الجامع بين حرام وحلال فهو ليس مضطراً إلى اختيار حرام كي ترتفع عنه الحرمة إذ بإمكانه ان يختار المباح ولو أكره على الجامع بين حرامين احدهما أشدّ فهو بالقياس إلى مقدار الزيادة ليس مضطراً إذ بإمكانه ان يختار أخفّ الحرامين.

أقول: أولاً - إن كان المقصود بهذا الكلام التفصيل بين الإكراه والاضطرار بدعوى انّ الإكراه أنما يتعلّق بالجامع والاضطرار يتعلّق بإحدى الخصوصيتين

فهذا غريب فكما أنّه قد اضطر إلى إحدى الخصوصيتين كذلك المكره قد يكرهه على إحدى الخصوصيتين فان قلنا : إنّ (إحدى الخصوصيتين) عبارة عن الجامع فكما أنّ الإكراه اكراه على الجامع كذلك الاضطرار اضطرار إلى الجامع وان قلنا إنّ هذا العنوان يحكي عن شيء أكثر من الجامع فالإكراه أيضاً تعلّق بشيء أكثر من الجامع .

وإن كان المقصود بهذا الكلام التفصيل بين ما يتعلّق به الإكراه أو الاضطرار ابتداء وبين الاضطرار الحاصل لدى تطبيق الجامع بدعوى أنّ الإكراه وكذلك الاضطرار لو تعلّق صدفة بالجامع فلدى التطبيق يتحقّق الاضطرار إلى إحدى الخصوصيات لاستحالة وجود الجامع مجرداً عن الخصوصيات كما يشهد لهذا المعنى ما ورد في المحاضرات من عطف الاضطرار على الإكراه في تعلّقه ابتداء بالجامع إذا وجد كالإكراه فهذا أيضاً غريب إذ لا يوجد لدينا عالمان للاضطرار أحدهما المفهوم الجامع بقطع النظر عن التطبيق والثاني عالم التطبيق كي يتعلّق الاضطرار أولاً بالجامع ثم يتعلّق الاضطرار في عالم التطبيق بإحدى الخصوصيتين بل من أوّل الأمر يكون الاضطرار اضطراراً إلى الإيجاد والإيجاد إيجاب لحدى الخصوصيتين فإمّا ان نقول : إنّ (إحدى الخصوصيتين) جامع فالاضطرار متعلّق بالجامع أو نقول : إنّ أكثر من الجامع فالاضطرار تعلّق بأكثر من الجامع .

وثانياً - لو فرض أنّ الاضطرار يسري لدى التطبيق إلى واقع الخصوصية ولا يقف على الجامع فلا مبرّر للتفصيل بين ما إذا كانت كلتا الخصوصيتين محرّمة أو ذات أثر أو لا بأن يقال إنّ كانت كلتا الخصوصيتين كذلك قيل : إنّ تمّ الاضطرار إلى الحرام أو إلى ذات الأثر فتنتفي الحرمة أو يبطل الأثر وإلا قيل : إنّ لا اضطرار

إلى الحرام أو إلى ذات أثر لتمكّنه من اختيار المباح أو غير ذات الأثر بل المفروض ان الاضرار سار إلى ذات الخصوصيةين ويقال على الإطلاق : إنّ الإكراه على الجامع أو الاضرار إليه يؤدّي لدى التطبيق إلى الاضرار إلى إحدى الخصوصيةين لأنّ الجامع يستحيل وجوده مجرداً عنهما وإذا تمّ الاضرار إلى شيء انتفت حرمة أو بطل أثره فلا يصحّ التفصيل المذكور.

أمّا الشيخ ميرزا جواد التبريزي (حفظه الله) فهو يرى^(١) أنّ الإكراه يقف على الجامع وأنّ الأثرين الثابتين على الخصوصيةين لا تصعدان إلى الجامع ولكن مع هذا يكون الإكراه رافعاً للأثر أو الحرمة حينما يثبت في كلتا الخصوصيةين ولا يكون رافعاً له حينما يختصّ بإحدى الخصوصيةين والوجه في ذلك ان رفع الإكراه نقيض وضعه وتحمله على المكلف فالإكراه وإن كان إكراهاً على الجامع لكّنه يؤدّي لا محالة بالنسبة لمن يهرب من وعيد المكروه إلى الابتلاء بأحد الأثرين أو إحدى الحرمتين حينما لا يختصّ الأثر أو الحرمة باحدهما فلو ظلّت الشريعة الإسلامية مصرّة على بقاء الحرمة أو الأثر بالنسبة لكلتا الخصوصيةين كان هذا تحميلاً ووضعاً لثقل الإكراه على المكلف فيشمله حديث الرفع أو لو اختصّ الأثر أو الحرمة باحدهما وظلّت الشريعة الإسلامية مصرّة على بقاء الحرمة أو الأثر لم يكن هذا تحميلاً ووضعاً لثقل الإكراه عليه إذ بإمكانه ان يختار الفرد الذي لا حرمة له أو لا أثر له.

أقول : إنّ هذا الكلام ينبغي ان يرجع في روحه إلى دعوى ان المختار في حديث الرفع هو ان رفع الإكراه يقصد به رفع لكل أثر ينتهي ولو في سلسلة علله

إلى الإكراه وبقاؤه وضع للإكراه أمّا بناء على كون المختار رفع أثر الشيء المكره عليه مباشرة وان وضع الإكراه هو وضع ذاك الأثر فلا يتمّ هذا الكلام فان الأثر قد فرض أثراً للخصوصية والحرمة حرمة لها بينما الإكراه قد فرض متعلّقاً بالجامع لا بالخصوصية.

وتحقيق الحال في المقام : إنّ الإكراه وإن كان إكراهاً على الجامع لا على واحدة من الخصوصيتين لكن ليس المقصود بالجامع جزءاً مشتركاً بين الفردين غير الخصوصيتين وأنّما المقصود به الجامع بين الخصوصيتين المعبر عنه بتعبير (أحدهما) فهذا الجامع إمّا مكره عليه كما لو كان الوعيد على تركهما أو مضطر إليه كما لو كان الوعيد على ترك جزء مشترك لا ينفك خارجاً عنهما وهذا الجامع يحمل لا محالة الأثر المشترك أو الحرمة المشتركة فأحد الحرامين حرام لا محالة وأحد المؤثرين مؤثر لا محالة فإنّ الجامع المنتزع من شيئين موصوف بجميع الأوصاف المشتركة بينهما إذن فيرتفع بالإكراه عندئذ الأثر أو الحرمة وهذا هو توجيه كلام الشيخ الانصاري رحمته الله الذي مضى .

أمّا إذا اختصت الحرمة أو الأثر بواحد من الأمرين فالجامع بينهما ولو بمعنى (أحدهما) ليس متصفّاً بالحرمة أو بذاك الأثر فالجامع بين الحلال والحرام ليس حراماً والجامع بين ذي الأثر وغير ذي الأثر ليس مؤثراً وهذا هو السرّ في أنّه لو أكرهه على الجامع بين الحرام والحلال لم تسقط عنه الحرمة ولو أكرهه على الجامع بين حرام خفيف وحرام شديد لم تسقط عنه الشدّة لأنّ الجامع بين شديد الحرمة وخفيفها ليس شديد الحرمة أمّا لو أكرهه على الجامع بين البيع وما ليس له أثر كشرب الماء أو بين البيع الصحيح والبيع الفاسد أو بين البيع وأداء الدين المستحق فاختر البيع فهنا نقول ببطان البيع لا بصحّته وذلك لا لأجل ان الإكراه

رفع أثر الجامع حتى يقال - كما مضى عن الشيخ -: أنَّ هذا يستلزم بطلان الحق أيضاً بل لأجل أنَّ البيع كما يكون الإكراه مانعاً عن صحته كذلك يكون طيب النفس شرطاً في صحته وهنا لم يقع البيع عن طيب النفس بل وقع هرباً من وعيد المكروه ومن إيفاء الحق الذي لا يريد إيفاءه ولو عصياناً أو هرباً من وعيد المكروه ومن شرب الماء الذي لا يشتهيهِ نعم قد تكون سهولة المندوحة قرينة عرفية إثباتية على طيب النفس كما مضى ممّا في ما سبق وهذا مطلب آخر.

بقي الكلام في ما إذا كرهه على الجامع بين البيع وفعل الحرام وقال السيد الخوئي في ذلك: إنَّ الحرمة لا ترتفع لعدم الإكراه على الحرام إذ بإمكانه اختيار الحلال وهو البيع ولكن البيع يبطل لعدم الطيب وثبوت الخوف الجامع بين الإكراه والاضطرار - على حدّ تعبير المحاضرات^(١) - أو للإكراه وعدم الطيب - على حدّ تعبير المصباح^(٢) ولعل صدق الإكراه عنده على خصوص البيع في المقام (لو صحّ تعبير المصباح) يكون لأجل أنَّ البيع صدر عن خوف أحد العقابين الدنيوي والاخروي وبما أنَّ أحدهما كان بتهديد المكروه اذن صدّق الإكراه في رأي السيد الخوئي في حين أنَّ فعل الحرام لا يصدر منه سبب الخوف من أحد العقابين إذ لو اختار البيع نجى من كلا العقابين فلا يصدق الإكراه بلحاظ الحرام.

أمّا لو أخذنا بتعبير المحاضرات فظاهره أنَّ الإكراه بعنوانه غير صادق حتى على البيع وأنّما الصادق هو الخوف الجامع بين الإكراه والاضطرار وأنّما قال ببطلان البيع هنا بعدم الطيب ولم يقل به في سائر موارد وجود المندوحة لأنّ مقياس

(١) راجع ٢: ٢٥٦.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٣: ٣١٣ - ٣١٤.

الطيب وعدمه في رأيه هو الخوف وعدمه فإن كان العقد صدر عن الخوف لم يثبت الطيب وإلا ثبت الطيب فيما انّ البيع هنا صدر عن خوفه لأحد العقابين الدنيوي والاخروي لم يصدق طيب النفس بالبيع وبهذا يبطل البيع بخلاف سائر موارد المندوحة فلو أكرهه على الجامع بين البيع وإيفاء الحقّ مثلاً فاختر البائع صحّ البيع لثبوت طيب النفس إذ كان بإمكانه ان يختار إيفاء الحق وقد عدل عنه إلى البيع بمحض اختياره ورضاه ولكن لو أكرهه على الجامع بين البيع والحرام فاختر البيع بطل البيع لأنّ عنصره الخوف هنا دخيل في اختيار البيع.

أقول : قد عرفت فيما مضى ممّا أنّ الفرق بين باب الإكراه والموارد المتعارفة من الاضطرار هو ان المضطر يطيب نفسه بالنتيجة ولذا لو أخبر بطلان البيع لأغتمّ بذلك في حين انّ المكروه لو أخبر بطلان البيع لفرح بذلك وهذه آية عدم الطيب وهذه الحالة ثابتة حتى مع فرض المندوحة المحلّة بل المندوحة الواجبة فلو أكره على الجامع بين البيع وإيفاء الحق فاختر البائع هرباً من إيفاء الحق ومن الوعيد بطل البيع لا للإكراه على الجامع حتى يقال إنّ هذا يستلزم بطلان إيفاء الحقّ أيضاً بل لعدم طيب النفس بالنتيجة إذ لو أخبر بطلان البيع لفرح بذلك.

وعلى آية حال فلو قلنا بعدم صدق الإكراه على البيع في مثال إكراهه على الجامع بين البيع وفعل الحرام لزم من ذلك ان دليل بطلان بيع المكروه لو كان مختصاً بحديث رفع الإكراه لما أمكن التفصيل في المقام بين الحرام والبيع فكما انّ الحرمة لا ترتفع بالإكراه على الجامع كذلك البيع لا يبطل بذلك وهذا غريب.

أمّا على مبنى الشيخ ميرزا جواد (حفظه الله) الذي مضى فأول ما يخطر بالبال هو ارتفاع الحرمة وبطلان البيع لأنّ بقاءهما تحمیل عليه ناتج عن الإكراه

فرفعهما رفع للإكراه إلا أنه (حفظه الله) فصل بين الحرمة والبيع بدعوى ثبوت الحرمة وبطلان البيع ولعله لأجل غرابة القول بعدم التفصيل إلا أنه لم يعرف من كلامه وجه فتّي، لهذا التفصيل عدا أن البيع بطل بالاضطرار لأنه اختاره فراراً من أحد العقابين^(١) ولكنه لم يبين أنه لماذا لا يوجب الإكراه على الجامع ارتفاع الحرمة وأثر البيع معاً في حين أنه على مناه الماضي وهو كون المقياس صدق التحميل المستند إلى الإكراه قد يتجه القول بذلك لأن ثبوت الحرمة وصحة البيع معاً تحمّل، لنتيجة الإكراه عليه فليرتفعاً في عرض واحد.

وكان بإمكانه (حفظه الله) حلّ المطلب ببيان أن البيع بعد أن بطل بدليل مستقل عن رفع الإكراه وهو رفع الاضطرار أو عدم الطيب انتفى التحميل فلم يبق عندئذٍ موجب لرفع الحرمة بحديث رفع الإكراه.

ولو أمكنه عدم قصد الإنشاء ومع ذلك قصد الإنشاء فلئن لم يصدق الاضطرار عندئذٍ لوجود المندوحة كفى عدم الطيب.

ولكن هذا البيان لا يدفع الإشكال فيما إذا كان المكروه يطبق الأثر الخارجي للبيع لو اختاره المكروه رغم بطلان البيع أي أنه سيخرج المبيع من يده قهراً عليه ويسلمه للمشتري فهنا بقاء الحرام على حرمة تحمّل على المكروه لنتيجة الإكراه فالمفروض على مبنى الشيخ ميرزا جواد (حفظه الله) الافتاء في هذا الفرض بزوال الحرمة وهو غريب على أن لازم ذلك أيضاً أن دليل بطلان بيع المكروه لو فرض انحصاره في حديث رفع الإكراه لما أمكن التفصيل في باب الإكراه على الجامع بين حرمة الحرام وصحة البيع بارتفاع الثانية دون الأولى.

والصحيح في المقام أنّ الجامع هو المكروه عليه وليس حراماً وما هو حرام ليس مكروهاً عليه فلا ترتفع الحرمة بالإكراه أمّا البيع فيبطل بالإكراه لأنّه فرار من أحد عقابين ويكون واحد من العقابين عقاباً بشرياً وهذا كافٍ في صدق الإكراه وكذلك يصدق الاضطرار وعدم الطيب أمّا لو كان قادراً على عدم قصد الإنشاء وقد قصد الإنشاء فالوجه في بطلان البيع عندئذٍ منحصر في عدم الطيب دون الإكراه أو الاضطرار هذا. وهناك وجوه أخرى غير الوجوه الماضية ذكرت لمعرفة أثر الإكراه على الجامع بين ما له الأثر وما ليس له الأثر أو بين شيئين كلّ منهما ذو أثر من قبيل :

١ - ما ذكره المحقّق الخراساني رحمته الله ^(١) من أنّ الإكراه على الجامع يسري إلى الفرد ويقع التعارض بين دليل رفع الإكراه ودليل الأثر الثابت لذاك الفرد سواء فرضنا اختصاص الأثر بذاك الفرد الذي اختاره المكروه أو فرضنا كون كل منهما ذا أثر لكن يمكن أن يقال : إنّ دليل أثر ذي الأثر عند اختصاصه بأحدهما أظهر من دليل رفع الإكراه فيقدم عليه أمّا لدى اشتراكهما في الأثر فدليل رفع الإكراه أظهر من دليل الأثر فيقدم عليه.

ويرد عليه بعد منع صدق الإكراه على غير القدر الجامع : أنّه لو سلّم ما ذكره في الأظهرية قلنا أنّ دليل رفع الإكراه حاكم على دليل الأثر والدليل الحاكم يقدم على المحكوم من دون ملاحظة الأظهر والظاهر.

٢ - ما جاء عن المحقّق النائيني رحمته الله في منية الطالب ^(٢) للشيخ موسى

(١) في تعليقه على المكاسب : ٤٩.

(٢) منية الطالب ١ : ١٩١.

النجفي الخونساري رحمته الله وكذلك في كتاب المكاسب والبيع للشيخ محمد تقي الآملي رحمته الله (١) من أن الإكراه على الجامع يسري إلى الفرد عند تساوي الفردين في الأثر أما عند عدم التساوي كما إذا كان أحدهما ذا أثر والآخر غير ذي أثر أو كان أحدهما أخف حزمة والآخر أشد حزمة فالإكراه أنما يسري إلى غير ذي الأثر أو إلى الأخف حزمة.

وهذا الكلام غريب، فإن الإكراه وسريانه أو عدم سريانه أمر تكويني ووجود الأثر شرعاً وعدمه ليس له أي دخل في ذلك.

٣- ما ذكره الشيخ موسى الخونساري في تعليقه تحت الخط على ما تقدّم من كلام استأذنه حيث قال: إن الإكراه يسري إلى الفرد المختار من قبيل المكره بلا تفصيل وبه يبطل البيع الذي يختاره لو كان أحد فردي المكره عليه لكن في خصوص باب الحرمة نرى أن الإكراه لا يرفع الحرمة مع وجود المندوحة وحلية أحد الفردين وكذلك لا يرفع حرمة الفرد الأشد حزمة مع وجود فرد أخف حزمة. أقول: إن وجه هذا التفصيل غير واضح إلا أن يتمسك في باب البيع بشرط الطيب ويقال بأن المستظهر من دليل الإكراه بمناسبات الحكم والموضوع هو كون الهدف من رفع الإكراه إخراج المكلف من المأزق ومع وجود المندوحة ليس المكلف في مأزق ومع وجود الأخف حزمة ليس المكلف في مأزق بلحاظ الأشدية في الحرمة الثابتة للفرد الآخر ولكن الواقع أن عدم كونه في المأزق هو معنى عدم صدق الإكراه وهو ليس في مأزق بلحاظ خصوصية كل من الفردين حتى فيما لو فرضت حرمتها نعم هو في مأزق عندئذ من جامع الحرام.

بقي الكلام فيما لو أكرهه على الجامع بين فردين طوليين كالإكراه على البيع في هذه الساعة أو البيع في الساعة الثانية أو الإكراه على فعل الحرام في هذه الساعة أو الساعة الثانية.

فَصَّلَ الْمُحَقِّقُ النَّائِنِي رحمته الله بين باب المحرمات وباب المعاملات ^(١) بدعوى أنَّ المقياس في البطلان في باب المعاملات هو الإكراه والإكراه صادق بلحاظ جميع الأفراد أن أيَّ فرد اختاره المكروه من أفراد الجامع فقد صدر منه عن إكراه ولو كان هو الفرد الأوَّل فتبطل المعاملة من دون فرق في ذلك بين الأفراد في حين أنَّ المقياس في رفع الحرمة في باب المحرِّمات ليس هو الإكراه الصادق حتى بلحاظ الفرد الأوَّل بل هو عدم المناص وهو غير صادق إلَّا بلحاظ آخر الأفراد ففي زمان الفرد الأوَّل بإمكانه أن يتهرَّب من فعل الحرام بتأجيله إلى آخر الزمان ثم في آخر الزمان لا يبقى له مناص عن الارتكاب فيحلَّ له عندئذٍ الحرام ولم يعرف ما هو دليله رحمته الله على التفصيل في المقياس بين البابين.

أمَّا السيد الخوئي فقد انكر الفرق بين البابين وذكر ^(٢) : أنَّ الإكراه مقياسه الخوف وأنَّ الخوف هو الجامع بين الإكراه والاضطرار وأن هذا لا يتحقَّق إلَّا بلحاظ الفرد الأخير فلو ترك الفرد الأوَّل لم يكن عليه خوف لأنَّ الظالم سوف لن يبطش به باعتبار أنَّ الوقت لا زال واسعاً وأنَّما يتحقَّق الخوف عند ضيق الوقت حيث أنَّه عندئذٍ لو ترك الفرد الأخير سيحلَّ عليه بطش الظالم فهنا يتمَّ الخوف ويحلَّ الحرام أو تبطل المعاملة نعم في التكاليفيات إذا كان الثاني أهمَّ وجبت

(١) راجع منية الطالب ١ : ١٩٠ - ١٩١، وكتاب المكاسب والبيع ١ : ٤٤٠ - ٤٤١.

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ٢٥٧ - ٢٥٨، ومصباح الفقاهة ٣ : ٣١٥ - ٣١٦.

التضحية بالمهم بمخالفة التكليف الأوّل رغم تقدّم زمنه وذلك حفظاً للقدرة كي تصرف بشأن الأهم كما ذكر ذلك المحقّق النائني رحمته الله في الأصول.

أقول : يرد عليه أنّ الإكراه يكون على الجامع والخوف من ترك الجامع يكون موجوداً من أوّل الأمر والأثر يكون للجامع حتى إذا كان للخصوصيتين على ما مضى ممّا من أنّ الأثر المشترك للخصوصيات يتصف به الجامع الانتزاعي لا محالة وهو عنوان أحدها إذن يبطل الأثر أو ترتفع الحرمة بالإكراه من دون فرق بين فرد وفرد ولا أثر للطولية الزمانية في المقام.

والأمر أوضح في باب البيع منه في المحرّمات على أساس أنّه يكفي في بطلان البيع عدم الطيب وأي فرد اختاره بهدف دفع الضرر الذي سيحل به في آخر الوقت فهو ليس طيب النفس به إذن فيبطل البيع بلا إشكال.

ولو شك في أنّ الإكراه هل سيبقى إلى آخر الوقت أو سيرتفع ومع ذلك بادر بالإتيان بالفرد الأوّل ففي باب المعاملة يكفي في البطلان عدم الطيب وفي التكليفات تشبه المسألة مسألة الشك في القدرة التي قالوا فيها بالاحتياط.

اختلاف فعل المكره عن مصبّ الإكراه :

الفرع الثاني - لو اختلف ما فعله المكره عمّا انصبّ عليه الإكراه فالاختلاف قد يكون بالزيادة وأخرى بالنقيصة وثالثة بالتباين : أمّا الاختلاف بالزيادة فمن قبيل ما لو أكرهه على بيع أحد الفرسين فباعهما معاً والذي يبدو للذهن في أوّل وهلة هو التفصيل بين ما لو أكرهه على بيع فرس معين فأضاف إليه الآخر فعندئذ يكون بيع ذاك الفرس المعين هو الباطل وبيع الفرس الآخر هو الصحيح وما لو أكرهه على بيع أحد الفرسين فباعهما معاً وعندئذ تارة يفترض بيعهما بالتدريج فالبيع الأوّل هو الباطل لأنّه الذي رفع به الإكراه والبيع الثاني هو الصحيح لأنّ

الإكراه قد انتهى بسبب البيع الأوّل وأخرى يفرض بيعهما في آن واحد وهذا هو الذي يشكل الأمر فيه فقد يقال ببطلانهما معاً لبطلان أحدهما وعدم تعيُّنه حتى في الواقع أو بصحّتهما معاً لأنّ ما أكره عليه هو بيع أحدهما وما وقع هو بيعهما وهو يغيّر المكره عليه أو ببطلان أحدهما وصحّة الآخر لأنّ الإكراه على أحد البيعين لا يفسد إلّا أحد البيعين وعندئذٍ يبيّن الصحيح من الفاسد بالقرعة أو بتعيين البائع . وقد قرّب الشيخ الانصاري رحمته الله في فرض بيعهما دفعة واحدة مع كون الإكراه على بيع أحدهما غير المعيّن صحّة كلا البيعين لأنّ ما وقع خلاف ما أكره عليه^(١) وهذا الكلام بظاهره مشكل حيث يقال في الجواب : إنّ ما وقع هو ما أكره عليه وزيادة ولكن من المحتمل ان يكون مقصود الشيخ رحمته الله ان بيع كل واحدٍ منهما يكفي لرفع الإكراه فبيع الآخر وقع عن رضا فهو صحيح كما ان بيع الآخر كان كافياً لرفع الإكراه فبيع غيره وقع عن رضا فهو صحيح وبذلك تتضح صحّة كلا البيعين إلّا أنّه يرد على ذلك أنّ بالإمكان افتراض أنّه لم يكن له داع إلى بيع الثاني لو لا إكراهه على بيع أحدهما فالذي دعاه إلى بيع الثاني أنّما هو بيعه لأحدهما المكره عليه وعندئذٍ فبيع أحدهما هو الدافع للإكراه والثاني اختياري .

ومن هنا يخطر بالبال القول بصحّة أحد البيعين وبطلان الآخر وتكون صحّة أحد البيعين من سنخ بيع الكلّي في المعين ولهذا اختار السيد الخوئي أنّ التعيين بيد البائع من دون حاجة إلى القرعة واستثنى من ذلك ما إذا باع أحدهما من مشترٍ والآخر من مشترٍ آخر كما إذا باع من شخصين بيع واحد بناء على صحّة ذلك فهنا لا يمكن إعطاء التعيين بيد البائع لأنّ كلا من المشتريين يريد صحّة شرائه ولا

تعيين لأحدهما فلا بدّ من القرعة^(١).

أقول: إنّ بيع الكلّي في المعين أمّا يكون أمر التعيين فيه بيد البائع لأنّ البيع وقع على الكلّي فالمشتري لا يستحقّ على البائع إلّا بمقدار الجامع فللبائع الخيار في تسليم الجامع ضمن أي فرد شاء أمّا في ما نحن فيه فقد وقع البيع الواحد على جزئيين والمفروض انحلاله إلى فاسد في أحدهما وصحيح في الآخر ولا تعيين للصحيح من الفاسد.

ومن هنا يخطر بالبال بطلان كلا البيعين لاستحالة حصول النقل والانتقال بلحاظ أحدهما غير المعين حتى في الواقع.

وذكر السيّد الإمام رحمته الله حلّين لهذا الإشكال^(٢) بعد البناء على كون هذا النحو من التملّك أمراً عقلياً فإنّه إذا قال: «وهبتك أحد هذين» فقبل صحّ عرفاً. الأوّل - انّ التملك والتملّك وقع على عنوان أحدهما القابل للانطباق البدلي وهو غير مردّد ولا مبهم ويرجع في التعيين إلى القرعة ونحوها.

والثاني - ان يقال: إنّ للعقد سببية ناقصة وتتمّ بالقرعة قال رحمته الله: وهذا أوجه من الوجه الأوّل لأنّ الوجه الأوّل لا يخلو من إشكال.

أقول: لعل نظره في الإشكال على الوجه الأوّل أنّه بعد أن لم يكن البائع قد قصد تملك عنوان أحدهما لم يكن فرض عروض الملكية على هذا العنوان عرفياً وهذا بخلاف ما لو قال ابتداءً بعتك أحدهما أو قال وهبتك أحدهما وأقول: لو رجع الأمر بأيّ وجه من الوجوه إلى تملك هذا العنوان الكلّي إذن صحّ كلام السيّد

(١) راجع المحاضرات ٢: ٢٦٥.

(٢) راجع كتاب البيع ٢: ٧٧-٧٨.

الخوئي الذي مضى وهو أنّه لا حاجة في مقام التعيين إلى القرعة بل يكون أمر التعيين بيد البائع.

وعلى أيّة حال فالمختار في المقام للسيد الإمام عليه السلام لحلّ الإشكال هو الوجه الثاني قال: وبهذا الوجه يمكن أيضاً رفع الإشكال العقلي عن بعض موارد الروايات كما ورد فيما لو أسلم كتابي عن أكثر من أربع أو عقد مسلم على خمس أو على اختين^(١).

وأما الإشكال في تعيين الصحيح من الفاسد بالقرعة بأنّ القرعة مخصوصة بماله تعين في الواقع وفي المقام ليس الأمر كذلك فقد ردّ عليه السيد الإمام عليه السلام بأنّ القرعة ليست مخصوصة بذلك بل موردها اعمّ من فرض التعيين في الواقع وعدمه كما يظهر من بعض الأخبار وهو عليه السلام يشير بذلك إلى ما يكون من قبيل:

١- ما ورد في مَنْ نذر عتق أوّل مملوك يملكه فملك أكثر من واحد فقد ورد أنّه يعيّن ما يعتقه بالقرعة^(٢).

٢- وما ورد في وصية الإمام موسى بن جعفر عليه السلام بعتق ثلث مماليكه بعد وفاته من أنّه أقرع بينهم واعتق الثلث^(٣).

أقول: إنّ هذه الأحاديث إنّما تحمل على قضية أخلاقية وذلك لوضوح أنّه يكفي في العمل بالندرج أن يعتق أي فرد شاء ويكفي في العمل بالوصية عتق الوصي

(١) راجع الوسائل ١٤ : ٣٦٧ - ٣٦٨، الباب ٢٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، والباب ٤ و ٦ ممّا يحرم باستيفاء العدد ٤٠٣ - ٤٠٤.

(٢) راجع الوسائل ١٦ : ٥٩، الباب ٥٧ من أبواب العتق.

(٣) الوسائل ١٣ : ٤٦٥، الباب ٧٥ من أبواب الوصايا.

أيّاً منهم شاء بقدر ثلثهم فالقرعة في هذه الموارد تحمل عرفاً على قضية أخلاقية لكي لا يتأذى بعض الممالك نفسياً على أثر ترجيح غيره عليه بلا مرجح على أنّ الحديث الأخير لم يشتمل على الأمر بالقرعة حتى يتوهم منه الوجوب.

ويؤيد الحمل على القضية الأخلاقية ما ورد في روايات من نذر عتق أول مملوك له فملك أكثر من واحد من رواية تدلّ على كون الناذر مخيراً في عتق ما أراد^(١) وإن كانت الرواية ضعيفة سنداً على أنّنا لو حملنا هذه الروايات على وجوب القرعة في موردها لا يمكن التعديّ منها إلى المقام لإثبات نكته إضافية وهي كون القرعة متممة للسبب الناقص للملكية كما فرضه الله.

وأما إطلاقات القرعة للأمر المشكل فهي أيضاً لا تثبت كون القرعة متممة للسبب الناقص للملكية إذ لا مشكلة في افتراض بقاء السبب الناقص على نقصه وبالتالي عدم حصول المسبب وهو الملكية حتى يتمسك بكون القرعة لكل أمر مشكل؟! هذا لو كان لدينا إطلاق من هذا القبيل أمّا لو قلنا إنّ الإطلاق إنّما ورد في كون القرعة لكل أمر مجهول فهذا لا يشمل إلّا فرض وجود تعيّن للأمر في الواقع كما هو واضح.

هذا والحقّ في المقام أنّه لو قلنا بأنّ الارتكاز العقلائي يقبل صحّة أحد البيعين في مورد بطلان أحدهما غير المعين حتى في الواقع فهذا يعني أنّ العرف يرى أنّ الملكية حصلت على عنوان أحدهما الجامع رغم أنّ البائع لم يقصد ذلك وأنّما قصد بيع هذا وذاك على التعيين وعندئذ يتم كلام السيد الخوئي من أنّه لا داعي إلى القرعة بل أمر التعيين يكون بيد البائع ولو لم نقل بذلك إذن يتعين

بطلانها معاً كما اختاره الشيخ الاصفهاني رحمته الله حيث ذكر: انّ أحدهما باطل ولا تعين للصحيح منهما فيبطلان معاً قال ولا يعكس الكلام علينا بان يقال: أحدهما صحيح ولا تعين للبطل منهما فيصحّان معاً فان حصول النقل والانتقال هو الذي يكون بحاجة إلى دليل أمّا الحكم بالبطلان فيكفيه أنّنا لم نستطع الحكم بصحة أحدهما لعدم تعيّنه في الواقع^(١).

هذا. وذكر المحقّق الخراساني رحمته الله في المقام: أنّه لو اكراه على بيع أحد الأمرين ولم يكن يرغب في بيع الثاني لولا بيعه مكرهاً للأوّل أي كان هناك ارتباط بين البيعين في رغبته النفسية إذن فالإكراه قد سرى إلى كلا البيعين وبطلا معاً حتى فيما إذا كان الإكراه على بيع أحدهما المعيّن وضمّ المكره الثاني إليه باعتبار ما في نفسه من الترابط بين البيعين وعدم رغبته في بقاء الثاني وحده لديه بل لا يبعد ذلك فيما إذا باعهما تدريجاً أيضاً ففي كل هذا قد باع البيعين عن إكراه لما هو المفروض من الترابط بينهما في رغبته النفسية^(٢).

إلا أنّ هذا الكلام في غير محله فان الإكراه لم يكن إلّا على أحدهما ومجرّد انجرار بيعه إلى الرغبة في بيع الآخر الذي لم يكن يرغب في بيعه في ذاته وأنّما رأى نفسه مضطراً إليه بعد أن كان البيع الأوّل مفروضاً عليه لا يوجب صدق الإكراه وغاية ما في الباب فرض صدق الاضطرار وهو غير مبطل للمعاملات. وقد يقال^(٣) إنّ الاضطرار أيضاً مبطل للبيع وأنّما كان في الفروض المتعارفة

(١) راجع تعليقه على المكاسب ١: ١٢٥.

(٢) راجع تعليقه على المكاسب: ٥٠.

(٣) كما عن السيد الإمام رحمته الله في خصوص ما إذا كان الإكراه على أحدهما غير المعين وباعها دفعة واحدة وكان بيع الثاني عن اضطرار جرّه إليه بيع الآخر إكراهاً.

غير مبطل لأن الإبطال كان خلاف الامتنان أما في المقام فهو وفق الامتنان ولذا لو عرف بطلان البيعين ورجوع العينين إليه سرّه ذلك إذن فكلا البيعين في المقام باطل أحدهما بالإكراه والآخر بالاضطرار.

ويردّ عليه : أنّ امتنانية بطلان البيع الثاني في المقام نتيجة الاضطرار بل نتيجة انكشاف الخلاف حيث أنّه كان يعتقد أنّ أحد الفردين قد خرج من يده ولو ظلماً وإكراهاً ورآى أنّ الفرد الآخر وحده لا ينفعه مثلاً فاضطرّ إلى بيعه وبعد ما انكشف له إرجاع الفرد الأوّل إليه بسبب سلطان عادل مثلاً يسرّه إرجاع الفرد الثاني أيضاً وهذا نظير من اعتقد مرض ابنه فاحسّ بالاضطرار إلى بيع داره للحصول على مال يداوي به ابنه ثم انكشف بعد البيع أنّ ابنه ليس مريضاً وعندئذٍ لو حكم له ببطلان البيع لسرّه ذلك أفهل يقال هنا ببطلان البيع بحكم رفع ما اضطرّوا إليه باعتبار أنّ بطلانه امتنانيّ في المقام ؟ !

وفصل السيد الخوئي في موارد بيع العينين دفعة واحدة إذا كان الإكراه على بيع أحدهما لا بعينه بين ما لو كان لانضمام كل من العينين إلى الأخرى دخل في مالية الآخر كفردٍ النعال أو مصراعي الباب فيبطل البيعان معاً لاستنادهما إلى خوف الضرر أمّا ضرر الجائر مباشرة أو ضرر بقاء الفرد الآخر بلا راغب الذي هو أيضاً نتيجة عمل الجائر وما لو لم يكن لأحدهما دخل في مالية الآخر من قبيل فرسين فهنا يصحّ أحد البيعين ويبطل أحدهما^(١).

أقول : يردّ عليه :

أولاً - أنّه في مثال الفرسين إن لم نفترض تضرره ببقاء أحدهما عند بيع الآخر

صحّ إذن ما قرّبه الشيخ الانصاري من صحّة كلا البيعين لأنّ كل واحد منهما كان كافياً لإشباع رغبة المكره فالآخر صدر منه عن رضا وهذا صادق في كلا الفرسين إذن فقد صحّ كلا البيعين وإن فرضنا تضرّره بذلك لم يبق فرق بين مثال الفرسين ومصراعي الباب أو فردي النعال فالمفروض به أن يقول بالبطان في الكل لأنّ كلا البيعين نتجا عن خوف ضرر مستند إلى الجائر سواء كان هو ضرر البطش عليه من قبّل الجائر أو ضرر بقاء أحد الفردين عنده منفصلاً عن الفرد الآخر.

وثانياً - أنّه لو كان خوف الضرر مبطلاً ما دام مستنداً إلى إكراه المكره ولو على شيء آخر ولذا حكم بطلان البيعين في المقام للزم من ذلك أنّه لو أكرهه على دفع مال فباع بيته خوفاً من ضرر المكره ثم تبين أنّه كان يمتلك ذاك المبلغ بطل البيع في حين أنّه لا يفتي بذلك والواقع أنّ الرضا موجود ولو بدافع الخوف والاضطرار غير مرفوع لأن الامتنانية نشأت من الجهل لا من الاضطرار كما مضى .
وأما الاختلاف بالنقيصة فمن قبيل ما لو أكرهه على بيع الفرسين فباع أحدهما فان فعل ذلك بقصد التدرّج أي أنّه ناوٍ لبيع الفرس الثاني بعد ذلك معتقداً أنّ المكره لم يقصد خصوص بيعهما دفعة فالبيع باطل بلا إشكال وان فعل ذلك عن طوع ورضا بعدما لم يكثرث بإكراه المكره ولذا لم يفعل ما أراده من بيع كلا الفرسين فالبيع صحيح بلا إشكال وان فعل ما فعل برجاء اكتفاء المكره بهذا المقدار ورفع يده عن الإكراه على بيع الفرس الثاني فهذا بيع صادر عن إكراه ويكون باطلاً .
نعم ذكر الشيخ الانصاري رحمته الله : أنّ في سماع دعوى ذلك من قبل البائع مع عدم الامارات نظراً^(١).

ويرد عليه : أنّ الإكراه على البعض ثابت ضمن الإكراه على الكل فحال بيعه للبعض هو حال ما لو باع الكل واحتملنا رضاه صدقة .

نعم لو فرض كون إكراه المكره على الأبعاض بشرط شيء فكل واحد من الأبعاض ليس مطلوباً له لولا البعض الآخر فالإكراه كان على المجموع من حيث المجموع لا على الجميع فهنا لا يكون بيع البعض صادراً عن إكراه لأنّه يباين ما أكره عليه وهذا داخل في ما سيأتي الآن إن شاء الله من القسم الثالث وهو الاختلاف بالتباين .

وأما الاختلاف بالتباين فمن قبيل ما لو أكرهه على بيع كتابه فباع رداءه فإن كان ذلك بطوع رغبته بلا علاقة له بإكراه المكره صحّ البيع بلا إشكال وإن كان ذلك برجاء قناعة المكره بذلك ورفع يده عن إكراهه على بيع الكتاب فالبيع باطل لا بالإكراه بل بعدم الطيب وهنا يصحّ القول بأنّ دعوى البائع ذلك لا تسمع بلا قرينة تدل على ذلك .

لحوق الرضا بالعقد بعد الإكراه :

الفرع الثالث - لو رضي المكره بعد إيقاع العقد قالوا صحّ العقد ويمكن النقض عليه بسائر الشروط فمثلاً لم يقل أحد أنّ بيع الصغير إذا أعقبه البلوغ أصبح تاماً لأنّه لم يكن يعوزه عدا شرط البلوغ وقد حصل فلماذا يقال في الرضا الذي هو شرط من الشروط أنّ لحوقه المتأخر كاف في صحّة العقد فأبي فرق بينه وبين باقي الشروط ؟ !

كما يمكن إثبات البطلان بالحلّ بأنّ دليل شرطية الرضا ظاهره الشرطية المقارنة خصوصاً قوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون

تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ﴿١١﴾ فَإِنَّ عَنِ التَّشْوِيَةِ تَدُلُّ عَلَى ضَرُورَةِ نَشْوءِ التَّجَارَةِ عَنْ تَرَاضٍ وَلَا يَكْفِي فِي صَدَقِ هَذَا الْعُنْوَانِ لِحُوقِ الرِّضَا.

وَبَانَ دَلِيلٌ مَانِعِيَةُ الْإِكْرَاهِ وَحَدِيثٌ رَفَعَ مَا أَكْرَهُوا دَلٌّ عَلَى أَنَّ الْإِكْرَاهَ قَدْ أَبْطَلَ الْعَقْدَ وَتَصْحِيحُهُ مَرَّةً أُخْرَى بِالرِّضَا الْمَتَأَخَّرِ بِحَاجَةِ إِلَى دَلِيلٍ جَدِيدٍ وَلَمْ يَرِدْ. وَأَنَّ وَرَدَ دَلِيلٌ فِي الْفُضُولِيِّ بِصَحَّةِ الْعَقْدِ بِلِحُوقِ الرِّضَا لَمْ يُمْكِنَ قِيَاسُ عَقْدِ الْمَكْرَهِ بِذَلِكَ لِاحْتِمَالِ الْفَرْقِ بَانَ عَقْدَ الْفُضُولِيِّ نَشَأَ اسْتِنَادُهُ إِلَى الْمَالِكِ عَنِ الرِّضَا فَصَدَقَ عُنْوَانُ نَشْوءِ التَّجَارَةِ عَنْ تَرَاضٍ فِي حِينٍ أَنَّ تَجَارَةَ الْمَكْرَهِ لَمْ تَنْشَأْ عَنْ رِضَا وَأَمَّا لِحَقُّهُ الرِّضَا مَتَأَخَّرًا فَصَحَّةُ عَقْدِ الْفُضُولِيِّ بِالرِّضَا وَالْإِمْضَاءِ ثَابِتَةٌ بِمَقْتَضَى الْقَاعِدَةِ حَتَّى لَوْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ نَصٌّ يَدُلُّ عَلَى صَحَّتِهِ وَهَذَا بِخِلَافِ عَقْدِ الْمَكْرَهِ. وَأَجَابَ الشَّيْخُ الْإِنْصَارِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنِ الْآيَةِ بَانَ الْإِسْتِثْنَاءِ مُنْقَطِعٌ تَامٌ فَلَا يَدُلُّ عَلَى الْحَصْرِ.

وَعَنْ حَدِيثِ رَفْعِ الْإِكْرَاهِ بِوَجْهَيْنِ: (الْأَوَّلُ) أَنَّ حَدِيثَ الرِّفْعِ امْتِنَانِيٍّ وَلَا امْتِنَانٍ فِي إِطَالِ الْحُكْمِ بِوُقُوفِ الْعَقْدِ عَلَى الرِّضَا. (وَالثَّانِي) أَنَّ الْحُكْمَ بِوُقُوفِ الْعَقْدِ عَلَى الرِّضَا مُتَفَرِّعٌ عَلَى الْإِكْرَاهِ فَلَا يَرْتَفِعُ بِحَدِيثِ رَفْعِ الْإِكْرَاهِ. ثُمَّ أُرِيدَ إِشْكَالًا قَدْ تَوَهَّمَ عِبَارَتُهُ أَنَّهُ إِشْكَالٌ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي وَاطْنٌ أَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْإِشْكَالُ عَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ: أَنَّ وَقُوفَ الْعَقْدِ عَلَى الرِّضَا حُكْمٌ جَدِيدٌ وَالْحُكْمُ الْأَوَّلِيُّ لِلْعَقْدِ وَهُوَ النِّفُوذُ الْمُسْتَفَادُ مِنْ مِثْلِ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قَدْ ارْتَفَعَ بِحَدِيثِ رَفْعِ الْإِكْرَاهِ وَالْحُكْمُ الْجَدِيدُ بِحَاجَةِ إِلَى دَلِيلٍ جَدِيدٍ وَهُوَ مُفْقُودٌ. ثُمَّ أَصْبَحَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِصَدَدِ حَلِّ الْإِشْكَالِ بِلِحَازِ حَدِيثِ الرِّفْعِ بَيَانٌ آخَرٌ وَهُوَ أَنَّ

دليل ﴿أوفوا بالعقود﴾ أو ﴿أحل الله البيع﴾ قد قيده. أولاً بالأدلة الأربعة بالرضا من دون ثبوت قيد التقارن وبعد ذلك لم يبق مجال للتمسك بحديث الرفع لأنّ حديث الرفع هل يرفع أثر ذات البيع أو يرفع أثر مجموع البيع والرضا المتأخّر؟! فان فرض الأوّل قلنا إنّ ذات البيع لا أثر شرعي له وأنّما الأثر الشرعي يترتب على مجموع البيع والرضا حسب الفرض نعم هنا أثر عقلي منتزع من ذلك وهو كون ذات البيع جزء سبب لحصول النقل والانتقال وحديث الرفع لا يشمل الآثار العقلية وان فرض الثاني قلنا: إنّ مجموع البيع والرضا المتأخّر يستحيل طروء الإكراه عليه^(١).

أقول: وقد يعترض على الشيخ رحمه الله بأنّه لو لم يبق مجال بعد هذا البيان للتمسك بحديث رفع الإكراه إذن فقد بطل استدلاله في مستهلّ بحث الرضا ومبطلية الإكراه بحديث الرفع على المقصود وكان ينبغي له الاقتصار في الاستدلال على ذلك بمثل آية التجارة عن تراض.

ولكن بالإمكان ان يقال: أنّه يكفي في نظام المحاورة لصحة الاستدلال بدليلين أن يكون أحد الدليلين صحيحاً بعد فرض التنزّل عن الدليل الآخر ولا يشترط كونهما دليلين عرضيين فلعلّ مقصود الشيخ رحمه الله في المقام كان ذلك أي أنّه يقال: أولاً أنّ بيع المكره باطل بدليل ما ثبت به شرط الرضا ولو تنزّلنا عن ذلك وافترضنا عدم ورود دليل يدلّ على شرط الرضا صحّ لنا التمسك بحديث رفع الإكراه فهما دليلان طويلان على المقصود.

أما المحقّق الاصفهاني رحمه الله^(٢) فذكر بالقياس إلى جواب الشيخ الانصاري

(١) راجع المكاسب ١: ١٢٢.

(٢) راجع تعليقه على المكاسب ١: ١٢٦ - ١٢٩.

عن الآية الشريفة بكون الاستثناء منقطعاً تاماً : إنّ الانقطاع لا يمنع عن إفادة الحصر بل يكون أكد في الحصر فهو يفترض أنّ الشيء الذي كان يترقّب دخوله في المستثنى منه في الحكم ويتوهم ذلك هو الشيء الفلاني وهو الوحيد الذي خرج حيث لم يجد ما يستثنى إلا ما يتوهم دخوله من قبيل ﴿ سجد الملائكة كلّهم اجمعون إلا إبليس ﴾^(١) ونظيره ما يفترض دخوله تأكيداً ومبالغة حيث لم يجب ما يستثنيه فاضطرّ إلى فرض الدخول ثمّ الإكراه فهذا أيضاً يكون أبلغ في الحصر من قبيل : فلان لا عيب فيه إلاّ أنّه عالم .

أقول : إنّ الانقطاع إنّ كان أكد في الحصر بلحاظ المستثنى منه فالتمسك بالمستثنى منه في المقام تمسك بالعام في الشبهة المصدقية لان كون أكل المال بالبيع المكروه عليه بعد الرضا أكلاً بالباطل أوّل الكلام فالمهم هو استظهار كون الاستثناء متصلاً بأن تفسّر الآية بمعنى لا تاكلوا أموالكم بينكم بكل سبب فإنّه باطل إلاّ ان تكون تجارة عن تراض .

وعلى أيّة حال فالمحقق الاصفهاني رحمه الله يرى أنّ إشكال الآية الكريمة يحل ببيان أنّها وإن كانت تدلّ على كون الرضا شرطاً مقارناً للعقد لكنّ التقارن في المقام محفوظ لأنّ الرضا شرط لواقع التعاقد والقرار المعاملي والذي هو مستمر إلى حين لحوق الرضا لا للألفاظ المتصرّمة التي لم تكن عدا آلة للتعاقد والقرار .

أقول : لئن سلّمنا أنّ العقد أمر مستمر وليس في مثل البيع أمراً آتياً قلنا في المقام : إنّ التقارن لو كان مستفاداً من مجرد دعوى ظهور دليل الاشتراط في كون الشرط شرطاً مقارناً لا يمكن حل الإشكال بما ذكره من أنّ الرضا وإن كان متأخراً

لكن العقد مستمر إلى حينه فيتمّ التقارن لكننا لو تمسكنا بظهور كلمة (عن) في الآية المباركة في ضرورة نشوء العقد عن الرضا فمجرد لحوق الرضا لا يؤمن لنا نكتة النشوء.

وأما تعليق الشيخ الاصفهاني رحمته الله على ما ذكره الشيخ الانصاري أخيراً من أنّ حديث الرفع لا مورد له في المقام إذ لو أريد به رفع أثر ذات البيع فليس لذات البيع عدا أثر عقلي وهو انتزاع كونه جزء سبب ولو أريد به رفع أثر العقد المرضي فالعقد المرضي بوصفه مرضياً لا يطرأ عليه الإكراه فهو أن لذات البيع أثراً شرعياً بشرط الرضا وهو حصول النقل والانتقال أو قل أن البيع جزء سبب أو جزء موضوع لأثر شرعي جعله الشارع وهو الملك وهذا الأثر الشرعي هو الذي يرفع بحديث الرفع.

ومن هنا ذهب رحمته الله إلى أن حلّ الإشكال إذن يكمن في امتنانية حديث الرفع فيقال: إنّ دليل حلّ البيع والوفاء بالعقد لم يقيد بدليل رفع الإكراه إلا بمقدار زمان ثبوت الإكراه لأنّ هذا المقدار هو الذي كان مطابقاً للامتنان أما بلحاظ ما بعد زوال الإكراه فالدليل الأولي للمعاملة باق على إطلاقه لعدم الامتنان في رفع الحكم بلحاظه كي يشمل حديث الرفع.

أقول: وزائداً على ذلك بالإمكان أن يقال: إنّ المستظهر من حديث رفع الإكراه بمناسبات الحكم والموضوع هو أن رفع الإكراه ناظر إلى نكتة تضعيف الإكراه للقدرة والاختيار وهذه النكتة مفقودة في مورد اختصاص الإكراه بجزء موضوع الأثر الشرعي وبقاء الجزء الآخر تحت القدرة والاختيار الكاملين.

هذا. وأورد السيد الخوئي^(١) على الكلام الأخير للشيخ الانصاري رحمته الله بان

تخصيص دليل الوفاء بالعقد بحديث الرفع يكون في عرض تخصيصه بباقي أدلة الشرائط التي منها أدلة شرط الرضا لا في طوله فلا مبرر لتخصيصه أولاً بتلك الأدلة ثم قياسه إلى حديث الرفع كي يقال : لم يبق موردٌ للتمسك بحديث الرفع لأنّ ذات البيع لا أثر شرعي له والبيع المرضي بما هو مرضي لا يطرأ عليه الإكراه. أقول : إنّ هذا الإشكال غريب فان حديث الرفع له الرفع حكومة على الأحكام الأولية بالنظر ونظره ليس إلى كل دليل على حدة وأنما ينظر إلى ذات الأحكام بجميع ما لها من قيود وشروط في ذاتها وبقطع النظر عن حديث الرفع فالحكم الذي لا يكون وفق قيوده وشروطه شاملاً قبل حديث الرفع لفرض وجود الإكراه لا معنى لحكومة دليل رفع الإكراه على دليله.

هذا. وبنى السيد الخوئي^(١) البحث في المقام على مسألة الرجوع إلى العام بعد انتهاء زمان المخصص وعدمه فذكر : أنّ عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ له إطلاق أزمارني خرجت منه فترة وجود الإكراه والمخصص لم يشمل ما بعد انتهاء تلك الفترة وذلك لأنّ موضوع المخصص كان هو وجود الإكراه وقد انتهى ولأنّ إطلاقه لما بعد تلك الفترة ليس موافقاً للامتنان فإذا انتهت فترة التخصيص بأحد هذين الوجهين رجعنا إلى الإطلاق الأزمارني للعام وثبت بذلك نفوذ العقد فبهذا ينتهي الإشكال الناتج عن حديث الرفع في المقام. وقد اقحم السيد الخوئي حسب ما في المحاضرات ضمن بيان الوجه الأوّل فكرة أنّ واقع العقد باق إلى حين الرضا وإن كانت الألفاظ قد تصرّمت.

أقول : بناء على كون المرجع بعد انتهاء فترة المخصص هو عموم العام

ينتهي بذلك الإشكال الناتج عن حديث الرفع بلا حاجة إلى فرض أن العقد أمر باق إلى حين الرضا فحتى بناء على أن العقد أمر آني يتم هذا البيان لكن هذا لا يؤدي إلى الإفتاء بصحة بيع المكره بعد الرضا ما دما لم نحلّ الإشكال الناتج عن دليل شرط الرضا وطيب النفس وخاصةً بلحاظ (عن) النشوية الواردة في الآية المباركة وقد تعرّض السيد الخوئي لإشكال عن النشوية في المحاضرات^(١) وفي المصباح^(٢) إلا أنه لم يذكر جواباً عليه في المحاضرات لدى ذكر الإشكال وأمّا المصباح فقد ذكر^(٣) في جوابه أمرين :

(الأول) أن التعاقد مستمر إلى حين لحوق الرضا وان انتهت الألفاظ وهذا غريب فإنّ هذا الجواب أنّما يدفع إشكال التقارن لو كان منشأ مجرد دعوى ظهور ذكر الشرط في كونه شرطاً مقارناً ولا يدفع إشكال ظهور كلمة (عن) في النشوء فإن مجرد لحوق الرضا مع استمرار العقد لا يحقّق عنوان نشوء العقد عن الرضا.

(والثاني) أن الآية ظاهرة في أن سبب الأكل منحصر في أمرين : الأسباب الباطلة والتجارة عن تراض ولا ريب في أن الأكل بعد رضا المكره ليس أكلاً بالباطل فيكون لا محالة من جهة التجارة عن تراض.

وقد ذكر نظير هذا الكلام في المحاضرات^(٤) أيضاً ولكن ضمن الجواب عن

(١) المحاضرات ٢ : ٢٧١ .

(٢) مصباح الفقاهة ٣ : ٣٣١ .

(٣) المصدر السابق : ٣٣٢ .

(٤) ٢ : ٢٧٣ .

إشكال حديث الرفع ولعلّه اشتباه في الكتاب فكان المقصود به هو الجواب عن إشكال الآية وعلى أية حال فهذا الكلام أيضاً غريب فان فرض عدم كون الأكل في المقام أكلاً بالباطل مصادرة على المطلوب ولو كنّا نعلم أنّه ليس باطلاً لم نكن نحتاج إلى هذا البحث.

وأما ما أشرنا إليه في مستهل البحث من النقض بسائر الشروط وأنه لماذا لا يكون لحقوق شرط آخر مفقود حيث العقد موجباً لصحة العقد ويكون خصوص الرضا لحوقه موجباً لصحته لدى فقدانه حين العقد فلم أر من الأصحاب بحدود فحصى الناقص من تعرّض له.

والصحيح : انّ عقدة البحث شيء واحد إذا انحلت انحلت الإشكال النقضي والحلّي معاً.

وتوضيح ذلك : أنّه هل المقصود بلحوق الرضا المصحّح لعقد المكره مجرد حصول الحالة النفسية المسماة بطيب النفس ؟ أو المراد هو الإمضاء والإجازة وهو نوع إنشاء يصدر من الإنسان إذا طابت نفسه بالعقد ؟ فإن كان المقصود هو الأوّل فحال الرضا حال سائر الشروط لا يكفي مجرد لحوقه لصحة العقد فان ظاهر دليل الشرط بطبعه هو الشرط المقارن وخاصّةً بلحاظ ما يستفاد من كلمة (عن) النشوية في المقام وبيع الفضولي أيضاً لا يصح بمجرد لحوق الرضا بمعنى طيب النفس.

وإن كان المقصود هو الثاني فهو أمر صحيح وكل الإشكالات تنحلّ في المقام وفي الحقيقة يتمّ العقد بضمّ الإجازة من أحد الطرفين إلى إنشاء الطرف الآخر إذا كان العاقد الآخر أصيلاً وغير مكره وبضمّها إلى إجازة الآخر إن كان العاقد الآخر أيضاً فضولياً أو مكرهاً فهذا في الحقيقة انتساب جديد للعقد إليه بما

هو راض ويكفي تقارن الرضا بهذا الانتساب وكذلك يكون هذا تجارة جديدة نشأت عن تراض ولم تكن مكرهاً عليها ويشترط فيها بقاء الطرف الآخر واجداً للشرائط العامة للعقد إلى حين لحوق الإجازة وهنا أيضاً لا فرق بين الرضا وسائر الشرائط فعقد الصبي مثلاً لو لحقه البلوغ صحَّ العقد بإمضائه بعد البلوغ لما صدر منه قبل البلوغ نعم لو كان فقدان الشرط في حين العقد بنحو بحيث يؤدي إلى عدم تحقق عقد فعندئذٍ لا مصبّ للإجازة وذلك كما في فرض الجنون بمستوى مانع عن تحقق العقد القلبي من أساسه.

وبهذا البيان الذي شرحناه يتضح ان قياس باب الإكراه باب الفضولي ليس قياساً مع الفارق.

وقد يقال : إنّ الفرق بينهما هو أنّه في باب الفضولي تكون الإجازة من شخص آخر غير الذي أجرى العقد فالعقد لم يكن منتسباً إليه قبل الإجازة وأنما انتسب إليه بالإجازة وأما في المقام فالعقد كان منتسباً إلى المكره قبل رضاه ولا يتكرّر انتساب فعل إلى شخص مرتين فبعد الرضا لا يوجد انتساب جديد للعقد إليه بوصفه راضياً مثلاً إذن فلا مبرر لصحة العقد لأنّه حينما وقع لم يكن راضياً وحينما رضى لم ينتسب العقد إليه بانتساب آخر.

والجواب : أننا لا نقصد بانتساب العقد إليه الانتساب بالمعنى الحقيقي للكلمة لذات العقد إليه فإنّ هذا لا يتمّ عندنا حتى في الفضولي على ما سيأتي شرحه إن شاء الله في محله وأنما نقصد بذلك ان انتحاله وتبنيه للعقد والذي هو انتحال جديد حصل بالإجازة المتأخرة سواء في باب الفضولي أو في باب المكره هو موضوع للسيرة العقلانية وللإطلاقات كما سيأتي ذلك أيضاً في بحث الفضولي إن شاء الله.

بقي الكلام في أنّ الإجازة بعد انتهاء الإكراه هل هي كاشفة أو ناقلة ؟ ونحن نختصر الكلام في ذلك محيلين التفصيل إلى بحث الفضولي فنقول :

لا إشكال ولا ريب في أنّ الكشف سواء فرض حقيقة أو حكماً فهو خلاف أصالة عدم ترتيب الآثار فلا بدّ من الالتزام بالنقل ما لم يثبت خلافه بدليل .
كما لا ينبغي الإشكال في عدم استحالة الكشف الحقيقي لا لأنّ الشرط يؤوّل من كونه هو الرضا إلى كونه هو التعقّب بالرضا فراراً من إشكال الشرط المتأخر مثلاً بل لأنّ الشرط في مفهومه الفقهي ليس عدا تضيق لدائرة الجعل وهذا ممكن حتى بلحاظ الشرط المتأخر على تفصيل وتحقيق موكول إلى محله في علم الأصول .

وهناك وجهان لإثبات الكشف :

الأوّل - هو التمسك بروايات خاصّة سنبحثها إن شاء الله في بحث الفضولي وهي لو تمّت سنداً ودلالة فإنّما هي واردة في مورد الفضولي فالتعديّ منه إلى المقام يحتاج إلى القطع بعدم الفرق أو عدم احتمال العرف للفرق بحيث يؤدّي إلى ظهور للكلام في إطلاق الحكم للمقام في حين أنّه قد يدعى أن احتمال الفرق موجود باعتبار أنّ القطعة الزمنية السابقة في مورد الفضولي أنّما كان العيب فيها هو عدم استناد العقد إلى المالك ولكن العيب في ما نحن فيه بالنسبة لتلك القطعة الزمنية هو الكراهة وإرغام الأنف بالنسبة للمالك وهذا اشدّ عرفاً من الأوّل فهذا يشبه الردّ والأوّل يشبه مجرد عدم الإمضاء وهذا ممّا يحتمل عرفاً كونه فارقاً .

والثاني - هو دعوى أنّ الكشف موافق لمقتضى القاعدة وذلك لأنّ الإجازة إجازة لما وقع وما وقع هو التملك من ذاك الحين فإن كان دليل على نفوذ الإجازة فمقتضى القاعدة تحقّق المجاز وهو التملك من ذاك الحين .

ويرد عليه ما ورد في كلام الشيخ الانصاري رحمته الله في المقام^(١) وهو ان عقد البيع مثلاً انما يكون إنشاء لذات التمليك لا للتمليك المقيد بذلك الوقت فان نفذ شرعاً من ذاك الحين فقد حصل التمليك الشرعي من ذاك الحين وان نفذ بلحاظ زمن متأخر فقد حصل التمليك الشرعي بلحاظ زمن متأخر.

أقول: وإذا اتفق ان التمليك كان منصباً على قطعة مقاسة بالزمان كما يجار الدار سنة من الزمان مثلاً فاتفقت الإجازة في أثناء السنة فهذه الإجازة لا تنفذ إلا بلحاظ القطعة الباقية وذلك لأن منفعة القطعة المتصرمة قد تلفت وانتهت وتمليكها وإن كان معقولاً وتظهر الثمرة في ضمان أجرة المسمى دون المثل للمستأجر الذي استوفاه قبل الإجازة لكنه ليس عرفياً فليست إجازة تمليك المنفعة المتصرفة بالإجازة إلا من قبيل تمليكها ابتداء بالإيجار كما لو آجر شخص بيته الآن لسنة سابقة ممن كان يسكنه في تلك السنة غصباً وكما ان هذا غير مقبول عرفاً ولا يرى هذا الغاصب إلا ضامناً لأجرة المثل كذلك الحال في مورد الإجازة.

٢ - التنجيز :

الشرط الثاني - من شرطي صحة الإرادة هو التنجيز وقد ادعي على ذلك إجماع الإمامية وذكر ان هذا هو عمدة الدليل على هذا الشرط لأن الوجوه الأخرى التي ذكرت في المقام ضعيفة ومن هنا ذهب بعض المحققين المتأخرين كالسيد الخوئي والسيد الإمام إلى إنكار هذا الشرط لأن الإجماع التعبدية غير ثابت في المقام لاحتمال كون مدرك المجمعين بعض الوجوه التي ذكرت في

(١) راجع المكاسب ١ : ١٢٢ - ١٢٣، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقة الشهيدي.

المقام وتلك الوجوه كلّها باطلة إذن فالمرجع هو إطلاق أدلة العقود المقتضية لنفي هذا الشرط.

واخصّ بالذكر الآن من أدلة القول بطلان التعليق دعوى عدم قابلية الإنشاء للتعليق^(١) وقد أجاب عليه الشيخ الأعظم رحمته الله بأن المعلق ليس هو ذات الإنشاء حتى يقال بأن أمره دائر بين الوجود والعدم ولا معنى للتعليق فيه وأنّما هو المنشأ فبدلاً عن أن يُنشئ الملكية المنجزة يُنشئ الملكية المعلقة على شيء وهذا أمر معقول والذي دعاني إلى تخصيص هذا الوجه بالذكر ما استرعى انتباهي من وقوع التعاكس في كلمات الأعلام في أنّ الذي يعقل تعليقه هل هو الإنشاء أو المنشأ وإمكانية تلفيق صورة برهان على المدعى من مجموع الكلامين المتعاكسين. فالمفهوم من كلام الشيخ الأعظم رحمته الله وكذلك المحقّق النائيني^(٢) والسيد الخوئي^(٣) هو أنّ الإنشاء غير قابل للتعليق وأنّما يدور أمره بين الوجود والعدم ولكن المنشأ قابل للتعليق فهو ينشئ الملكية المعلقة لا الملكية المطلقة^(٤).

والمفهوم من كلام السيد الإمام رحمته الله العكس حيث يقول: إنّ تعليق المنشأ لا معنى له لأنّ المعاني التصورية لا يعقل فيها التعليق فلا معنى لتعليق زيد أو تعليق بيع الدار بل التعليق لا بدّ أن يرجع إلى المعاني التصديقية خبرية كانت أو إنشائية أمّا تخيّل عدم معقولية التعليق في الإنشاء قياساً للوجود الاعتباري بالوجود

(١) راجع المكاسب ١ : ١٠٠، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقة الشهيد.

(٢) راجع منية الطالب ١ : ١١٢ - ١١٣، وكتاب المكاسب والبيع ١ : ٢٩١ - ٢٩٢.

(٣) راجع المحاضرات ٢ : ١٣٧، ومصباح الفقاهة ٣ : ٦٦.

(٤) راجع كتاب البيع ١ : ٢٣٣ - ٢٣٤.

التكويني فهو قياس مع الفارق ولا يلزم من امتناع التعليق في التكوين امتناعه في التشريع وعالم الاعتبار فإذا قال : إن جاءك زيد فاضربه يكون القيد قيد الهيئة لا المادة والبعث الاعتباري معلق على مجيئه فما لم يجئ لا بعث بالضرورة، وفي ظرف تحقق المجيء يتحقق البعث الاعتباري، والإنشاء غير التلفظ بالألفاظ الموقعة له، والتلفظ أمر تكويني ولا يعقل تعليقه بخلاف الإنشاء والإيقاع الذي هو أمر اعتباري، وتوهم أن التعليق في الإنشاء يلزم منه التناقض غير وجيه لأن ما يناقض عدم بالفعل هو الوجود بالفعل، والإنشاء حينما يكون مشروطاً ومعلقاً ليس إيجاداً بالفعل وإنما يتحقق الإيجاد والوجود لدى تحقق الشرط.

والسيد الإمام عليه السلام في كلامه هذا ينظر إلى الردّ على ما جاء في منية الطالب^(١) من أن التعليق إنما يعقل في المنشأ لا في الإنشاء لأن الإيجاد سواء كان اعتبارياً أو تكوينياً يستحيل أن يعلق على شيء، فكما لا يمكن أن يعلق وقوع الضرب على أحد على كونه عدوً كذلك يستحيل أن يكون إنشاؤه شيئاً واخباره به معلقاً على شيء، فإن إيجاد المعنى المقصود باللفظ إما لا يحصل أصلاً أو يحصل منجزاً فوقوع الإيجاد معلقاً مرجعه إلى التناقض.

أقول : وبالإمكان التلفيق بين جزئين من هذين الكلامين المتعاكسين ليفترض ذلك برهاناً على استحالة التعليق في العقود وذلك بان يقال : إن قصد بذلك تعليق الإنشاء فالإنشاء حاله حال الإيجاد مردّد أمره بين الوجود وعدم ولا معنى لافتراض التعليق فيه، وإن قصد به تعليق المنشأ فهو أيضاً غير معقول لأن المعاني التصورية لا يعقل فيها التعليق.

وبهذا تنتهي إلى نتيجة واضحة البطلان وهي استحالة التعليق في كل شيء من نذر أو عهد أو حكم ونحو ذلك مع بدهة كثرة التعليق بمعنى مشروطة كثير من الأحكام وتوقفها على شرطها، وكذلك ما أكثر النذور والأيمان المعلقة على وقوع شيء من الأشياء كمن ينذر الحج مشروطاً بحصول ولدٍ له مثلاً ففي كل هذا يمكن ذكر تلك المغالطة وهي أنّ المشروط والمعلق هل هو الإنشاء أو المنشأ؟ فالأول أمره دائر بين الوجود والعدم ولا معنى للتعليق فيه، والثاني يرجع تعليقه إلى التعليق في الأمور التصورية.

وأما ما أفاده السيد الإمام عليه السلام من أن الإنشاء المشروط ليس إيجاداً فعلياً وإنما يتحقق الإيجاد والوجود عند تحقق الشرط فهذا إن كان مرجعه إلى ما تعارف القول به في باب الأحكام من الفصل بين الإنشاء والفعلية وأن فعلية الحكم تتبع فعلية الموضوع بكل ما فيه من شروط ولا تتبع فعلية الإنشاء.

فهذا لو تمّ في نفسه فهو لا ينافي كلام منية الطالب من أن التعليق في المنشأ دون الإنشاء بل هو يؤكّده فأنّه لو لا أن المنشأ كان معلقاً على أمرٍ استقبالي دون الإنشاء لما كان يتصور فرض الإنشاء فعلياً والمنشأ غير فعلي، وإن كان مرجعه إلى أن الإنشاء والمنشأ كلاهما غير فعلي فهذا واضح البطلان لأنّ الإنشاء قد تحقق وجداناً لا بمعنى مجرد اللفظ الفارغ.

وأما قوله عليه السلام: إنّ تعليق المنشأ لا معنى له لأنّ المعاني التصورية لا يعقل فيها التعليق فهذا ما لم نتحقق معناه إلّا أن يقصد بالمعاني التصورية الموضوع والمحمول وبالمعنى التصديقي النسبة وإن كان هذا خلاف المصطلح فيقال: إنّ التعليق داخل في صميم النسبة وشأن من شؤونه لا في صميم الموضوع والمحمول ويشهد لكون هذا هو مقصوده عليه السلام ما ذكره في مثال أن جاءك زيد فاضربه

(كتوضيح لتصور التعليق في الوجود التشريعي) من : ان القيد قيد للهيئة لا للمادة . وعلى أية حال فإن كان هذا هو مقصوده قلنا : لا شك ان التعليق الذي يصدر من المتكلم شأن من شؤون النسبة لكن هذا لا ينافي كلام منية الطالب من كون التعليق راجعاً إلى المنشأ لا الإنشاء فالمتكلم قد أنشأ نسبة معلّقة وإنشأؤه بما هو إنشاء فعلي منجز وليس معلّقاً على شيء .

وكيفما كان فقد ذكر السيد الخوئي رحمته الله في المقام : ان عمدة الدليل على اشتراط التنجيز هي الإجماع والمتيقن من مورده هو التعليق على ما لا تتوقّف عليه حقيقة العقد ولا صحته مع كونه أمراً مشكوك الحصول أو أمراً مستقبلاً الحصول ، على أن يكون المقصود بالتعليق على الأمر الاستقبالي تأخّر حصول المعاملة لحين حصول الشرط لا حصولها الآن على تقدير حصول الشرط في وقته ، وذكر ان الإجماع هنا لا حجة له لاحتمال استناده إلى الوجوه الاعتبارية التي ذكروها في المقام وهي كلّها ضعيفة إذن لا يوجد دليل متين على اعتبار التنجيز أو مانعية التعليق ^(١) .

أقول : لعلّ خير ما يمكن ان يفترض دليلاً على شرط التنجيز أو مانعية التعليق في الجملة ، أي في خصوص الموارد التي جعلها السيد الخوئي هو القدر المتيقن من الإجماع ان يقال : إن مانعية التعليق لها أحد جذرين عقلايين . الأول - يكون في موارد التعليق على أمر مشكوك الحصول حيث يفترض انّ المركز في نظر العقلاء لزوم كون العقد منجزاً بمعنى كونه محقق الحصول لا معلّقاً على أمر مشكوك .

والثاني - يكون في موارد التعليق على أمر استقبالي بمعنى قصد تأخر حصول النتيجة لحين تحقق الشرط حيث يفترض أيضاً أنّ المركز في نظر العقلاء لزوم كون مفاد العقد فعلياً لا استقبالياً إلا في موارد خاصة ثبت عقلياً فيها جواز تعليق النتيجة على المستقبل كما هو الحال في عقد الإيجار حيث يعقد أحياناً لزمان مستقبل، بناء على تفسير ذلك بتمليك مستقبل لا بتمليك حالي لمنفعة مستقبلية وكما هو الحال في الوصية بناء على كون الإيقاع كالعقد في اشتراط التنجيز، فالوصية تكون خارجة من هذه القاعدة لعدم وجود ارتكاز عقلائي على بطلان الوصية الاستقبالية بل لا وصية إلا وهي استقبالية ومعلقة على الموت.

كلمات الأصحاب في شرط التنجيز :

ولعلّ ما ذكرناه هو المعنى المقصود ارتكازاً لكثير من الكلمات الواردة على لسان فقهاءنا العظام وإن لم يتم الالتفات إليه تفصيلاً، ولو وجهت كلماتهم بهذا التوجيه وأولت بهذا التأويل ارتفع كثير من الإشكالات التي أوردت عليهم في المقام، ونحن نشير هنا كنموذج لتلك الكلمات إلى عدد منها :

١ - ما ذكره المحقق النائيني رحمته الله في المقام من أنّه يمكن ان يقال : إنّ التعليق ليس ممّا جرى عليه العرف والعادة في الأمور العهدية والعقود المتعارفة بين عامّة الناس وان مسّت الحاجة إليه أحياناً في العهود الواقعة بين الدول والملوك فلا تشملها أدلّة العقود والعناوين للشكّ في صدقها عليه ^(١) فان حمل هذا الكلام على التأويل الذي ذكرناه بان يكون المقصود دعوى ارتكازية شرط التنجيز وان يكون ذكر عدم تعارف التعليق كتنبيه على هذا الارتكاز أو كبيان لسبب تكون هذا

(١) راجع كتاب منية الطالب ١ : ١١٣، وكتاب المكاسب والبيع ١ : ٢٩٥.

الارتكاز لم يرد عليه ما قد يتوهم وروده عليه من أنّ التعارف وعدم التعارف لا يوجب الانصراف أو عدم تمامية الإطلاق^(١).

٢- ما ذكره البعض لإثبات شرط التنجيز من التمسك بتوقيفية الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على القدر المتيقن، وهو العقد العاري عن التعليق^(٢)، وقد أورد عليه الشيخ الأعظم وغيره بأنّ الوظيفة لدى الشكّ هو التمسك بالإطلاقات لا الاقتصار على القدر المتيقن.

ولكن بالإمكان أن يفترض أنّ المركوز في ذهن صاحب هذا الوجه كان ما أشرنا إليه من إمكان دعوى أنّ شرط التنجيز شرط عقلائي وارتكازي فيصبح هذا الارتكاز مانعاً عن تكوّن الإطلاق في أدلة العقود فلا بدّ من التمسك بالقدر المتيقن.

٣- ما ذكره العلامة في التذكرة على ما نقله الشيخ الأعظم في المكاسب من الاستدلال على اشتراط التنجيز بأنّ التعليق ينافي الجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم، ثم فرّع عليه عدم جواز التعليق قال رحمته الله: الخامس من الشروط الجزم فلو علّق العقد على شرط لم يصح...^(٣) فلا يبعد أن يكون هذا إشارة إلى ما ذكرناه من الأمر الأوّل من الأمرين من دعوى ارتكازية ضرورة الجزم وكون مفاده محقّق الحصول لا معلقاً على أمر مشكوك.

٤- ما عن جماعة كالمحقّق والعلامة والشهيد والمحقّق الثاني والصيمري

(١) راجع مصباح الفقاهة ٣ : ٧٠، والمحاضرات ٢ : ١٣٩.

(٢) راجع مكاسب الشيخ الانصاري ١ : ١٠٠، حسب الطبعة المشتملة على تعليقة الشهيد.

(٣) راجع المكاسب ١ : ٩٩، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقة الشهيد.

وعن المبسوط والإيضاح في مثل مسألة «إن كان لي فقد بعته» من عدم بطلان العقد حينما يكون الشرط معلوم الحصول في الحال قال الشيخ الأعظم: بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح ولذا ادعى في الرياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً واستدلّ البعض على استثناء الشرط المعلوم الحصول في الحال بأنّ هذا تعليق على واقع لا متوقّع الحصول فهو علّة للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع^(١) وهذا الوجه بظاهره باطل لأنّ العلم بحصول الشرط لا ينافي صدق التعليق، ولكن لا يبعد أن يكون المقصود ولو ارتكازاً هو الإشارة إلى ارتكازية مبطلية التعليق، وأن هذا النمط من التعليق وهو التعليق على معلوم الحصول في الحال خارج عن التعليق المرتكز مبطليته، وإن لم يكن خارجاً عن ذات التعليق.

٥- ما ذكره البعض من أنّ التعليق على ما تتوقّف صحّة العقد عليه لا يوجب البطلان فقد نقل الشيخ الأعظم في المكاسب عن المبسوط: أنّه حكى في مسألة «إن كان لي فقد بعته» قولاً من بعض الناس بالصحّة وإنّ الشرط لا يضره مستدلاًّ بأنّه لم يشترط إلّا ما يقتضيه إطلاق العقد، وكذلك قبول المشتري لغيره مشروط بأن يكون الموكل قد أذن له في الشراء فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره وشرطه.

وأورد عليه الشيخ الأعظم رحمته الله بأنّ المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتّب الأثر الشرعي على العقد دون إنشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفة المتكلّم، فالمعلق في كلام المتكلّم غير معلق في الواقع على شيء، والمعلق على شيء ليس

(١) راجع مكاسب الشيخ ١: ٩٩، بحسب الطبعة المشتعلة على تعليقة الشهيد.

معلّقاً في كلام المتكلّم، إذن فهذا الشرط تعليق جديد وليس ممّا يقتضيه إطلاق الكلام^(١).

وفصل السيد الخوئي في المقام بين ما إذا كان ذاك الشرط مقوّماً لحقيقة العقد ومفهومه من قبيل قوله: (بعتك إن قبلت) فإنّ مفهوم العقد وحقيقته متقومّ بالقبول، وما إذا كان شرطاً لصحّة العقد ثبت بدليل ما من دون أن يكون مقوّماً لمفهوم العقد كأن يعلّق البيع على كون الشيء ممّا يملك أو يعلّقه في الصرف والسلم على التسليم والتسلم ونحو ذلك فقال في الأوّل بصحّة ذاك الوجه، وهو أنّ التعليق في الكلام لم يزد على الواقع شيئاً فمن الواضح أنّ التعليق هنا لا يوجب البطلان، وقال في الثاني بعدم صحّة هذا الوجه لأنّ التعليق هنا ليس أمراً صورياً أو اشتراطاً لما يقتضيه إطلاق العقد وذلك لما ذكره الشيخ الانصاري رحمته الله من أن ما كان في الواقع معلّقاً على ذلك الشرط هو ترتّب الأثر الشرعي وما علّق في الكلام بذكر الشرط هو إنشاء مدلول الكلام فهذا تعليق جديد لم يكن مستتبناً في الإطلاق، نعم مع ذلك لا نقول بمبطلية التعليق على ما هو شرط لصحّة العقد حتى لو قلنا بمبطلية التعليق في الجملة وذلك لأنّ عمدة الدليل على مبطليته هو الإجماع وهذا غير داخل في القدر المتيقّن من الإجماع^(٢).

أقول: إنّ في القسم الأوّل أيضاً بإمكان أحد أن يدّعي وجود تعليق جديد فكون البيع معلّقاً على القبول مثلاً، وإن كان أمراً ثابتاً في الواقع بلحاظ ذات العقد لأنّ العقد مؤلّف من الإيجاب والقبول فينتفي لا محالة بانتفاء القبول، ولكن تعليق

(١) راجع مكاسب الشيخ ١: ١٠٠، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقة الشهيد.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٣: ٦٢ - ٦٤، والمحاضرات ٢: ١٣٣ - ١٣٤.

الإيجاب على القبول بقوله : « بعثك إن قبلت » تعليق جديد لأن شرط القبول ليس مستتبناً في ذات الإيجاب .

إلا أنه لا يبعد أن يكون لبّ المقصود ولو ارتكازاً لصاحب هذا الوجه الذي استثنى به التعليق على شرط الصحة من مبطلية التعليق هو أن الارتكاز العقلاني القائل بمبطلية التعليق للزوم كون العقد حالياً وجزمياً غير موجود فيما إذا كان التعليق لا يؤثر شيئاً على النتيجة النهائية لكونها في الواقع معلّقة على ما علّق عليه العقد وهذا لا يفرّق فيه بين ما يكون مقوّماً لمفهوم العقد وما يكون مجرد شرط لصحة العقد، وعلى أية حال فالارتكاز العقلاني الذي ذكرناه أعني ارتكاز شرط التنجيز أو مانعية التعليق لو تمّ فطريق الاستفادة منه يكون بأحد نحوين :

الأول - دعوى كشفه عن الحكم الشرعي على أساس ان عدم المنع دليل الإيماء وذلك بعد افتراض ان الإطلاقات لا تصلح مانعة عنه إمّا لقوة الارتكاز ممّا يجعله (على تقدير عدم رضا الشريعة به) بحاجة إلى ردع أقوى من مجرد الإطلاق، وإمّا لانصراف إطلاقات المعاملات إلى ما يطابق الارتكازات العرفية .

والثاني - دعوى إبطاله للإطلاقات على أساس انصرافها في باب المعاملات إلى ما يطابق الارتكازات العرفية ومن ثمّ الرجوع إلى أصالة الفساد .

هذا . ولكن الإنصاف ان أصل الارتكاز العقلاني الذي ذكرناه كتوجيه للقول بمبطلية التعليق غير واضح الصحة وغاية ما يمكن أن يقال هي غلبة التنجيز في العقود في زمن صدور النصوص أمّا بلوغ الأمر إلى مستوى الارتكاز المانع عن انعقاد الإطلاق في الأدلة فعهدته على مدّعيه .

هذا تمام الكلام في الركن الأول من أركان العقود وشروطه وهو الإرادة .

إبراز الإرادة

- ١- اعتبار الإبراز وإطلاقه
- ٢- اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول

الركن الثاني : إبراز الإرادة

١ - اعتبار الإبراز وإطلاقه :

ولا إشكال في ركنيته حيث إنّ عناوين المعاملات من العقد والتجارة والبيع ونحو ذلك لا تصدق على الإرادة الباطنة من دون إبرازٍ لها فلا تشمل الإطلاقات فرض عدم إبراز، كما أنّ السيرة والارتكاز العقلائي أيضاً لا يشملانه بل السيرة والارتكاز على العكس، أي عدم ترتيب الأثر القانوني على مجرد الإرادة الباطنة غير المبرزة.

أمّا شروط هذا الركن من قبيل الصراحة والماضوية والعربية وتقديم الإيجاب على القبول فنحن نفضّل ترك بحثها هنا والإحالة على الكتب الفقهية ويكفي في هذا البحث ما بحثناه مفصّلاً في ما سبق من تمامية الإطلاقات الرافضة لكل قيد من القيود في شكلية المعاملة فاصل العقد اللفظي قد انكرنا اشتراطه فضلاً عن مثل الماضوية والعربية إلّا ما ثبت بدليل خاص، والأدلة الخاصّة لهذه الشروط المذكورة كلّها تقبل النقاش ولا تتم فعليك ان شئت بمراجعتها في الكتب الفقهية.

٢- اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول :

وانا اقتصر هنا على بحث الشرط واحد من تلك الشروط لا علاقة له بالأدلة الخاصة بل يدعى ثبوته بمقتضى القاعدة وعدم شمول الإطلاقات لفاقد هذا الشرط وهو شرط الموالاة^(١) بين الإيجاب والقبول :

أدلة اعتبار الموالاة :

ولعل خير تقريب ذكر لإثبات هذا الشرط هو : انّ العقد المؤتلف من أمرين وهما الإيجاب والقبول يعتبر في صدقه حفظ الهيئة الاتصالية بينهما كما هو الحال في الهيئة الاتصالية بين فصول الأذان أو الإقامة ، أو المستثنى والمستثنى منه وغير ذلك ومع الفصل الكثير تنفقد الهيئة الاتصالية ولا يتم صدق عنوان العقد .

وذكر الشيخ الأنصاري رحمته الله : انّ هذا الكلام حسن لو اختص الملك وال لزوم في المعاملة بفرض صدق العقد ولا يأتي في مثل « أحل الله البيع » أو « تجارة عن تراض »^(٢) .

وأورد عليه المحقق النائيني^(٣) والسيد الإمام رحمتهما الله^(٤) بأنه لا فرق بين عنوان العقد وعنوان البيع أو التجارة ، فان قلنا باسقاط الهيئة الاتصالية قلنا بذلك في جميع هذه المفاهيم .

(١) أما شرط التطابق بين الإيجاب والقبول فليس من شروط إبراز الإرادة بل أصل وجود إرادتين متعاقدتين يتوقف على هذا التطابق ولولاه فلا عقدة ولا ارتباط بين الإرادتين ، أي انّ الإرادة العقدية لم تحصل من أساسها وقد تقدّم منّا بحث ذلك فيما سبق .

(٢) المكاسب ١ : ٩٨ ، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقة الشهيدي .

(٣) راجع المكاسب والبيع ١ : ٢٩١ ، ومنية الطالب ١ : ١١٢ .

(٤) راجع كتاب البيع ١ : ٢٣١ .

وأجاب على ذلك المحقق الاصفهاني رحمته الله^(١) بأن نكتة شرط الاتصال بين الإيجاب والقبول في مفهوم العقد هي أنّ العقد يعني خلق العقدة بين التزامين وشدّ أحدهما بالآخر، فمفهوم العقد استبطن الربط والوصل فإذا وقع الفصل الطويل بينهما كان المدعى في المقام انهدام هذا الوصل، أمّا عنوان البيع أو التجارة فغير مشتمل على مفهوم الربط والوصل.

وذكر السيّد الإمام رحمته الله^(٢): أنّ الاستفادة في المقام من مفهوم الربط والوصل المستبطن في معنى العقد بمعنى الشدّ غير صحيحة في نفسها واجنبية عن مراد الشيخ الانصاري رحمته الله.

أقول: أمّا كونها اجنبية عن مراد الشيخ الانصاري رحمته الله فكأنه إشارة إلى تفسير آخر لدعوى لزوم الصورة الاتصالية في العقد غير التفسير الذي استظهره الشيخ الاصفهاني من المكاسب من الإشارة إلى مسألة الربط والوصل المستبطن في مفهوم العقد بمعنى الشدّ وذلك التفسير الآخر أيضاً مذكور في تعليقه الشيخ الاصفهاني رحمته الله إلاّ أنّه رحمته الله يعتقد أنّ هذا ليس هو المستفاد من عبارة الشيخ وكأنّ السيّد الإمام رحمته الله يستظهر هذا التفسير الآخر وهو ان يقال: إنّ الإيجاب والقبول وإن كانا كلامين لشخصين ولكن بما أنّهما يتفاعلان في خلق أثر واحد وهو النقل والانتقال فهما بمنزلة كلام واحد لشخص واحد يتقوم عرفاً بالهيئة بالاتصالية كما هو الحال في مثل الأذان أو الإقامة أو الصلاة، ومن الواضح أنّ هذا التقريب لا يفرق فيه بين عنوان العقد وعنوان البيع أو التجارة.

(١) راجع تعليقه على المكاسب ١: ١٧١.

(٢) في كتاب البيع ١: ٢٣١.

وأما عدم صحة الاستفادة في المثل من مفهوم الربط المستبطن في كلمة العقد بمعنى الشدّ وعدم تمامية الاستدلال بذلك على شرط الموالاة فلعله أيضاً إشارة إلى ما ورد في نفس كلام المحقق الاصفهاني رحمته الله ^(١) حيث اعترض على هذا الوجه بأن الربط والشدّ المستفاد من مفهوم العقد ليس بمعنى وصل الإيجاب والقبول بمعنى كون أحدهما قريباً زمنياً، وأنما هو إذا تسناه إلى الالتزامين القلبيين يكون بمعنى توارد الالتزامين على شيء واحد فلو التزم أحدهما بشيء والآخر بشيء آخر لم يتمّ العقد لعد تواردهما على شيء واحد، ولو التزم بشيء ثم تراجع عنه فالتزم الآخر به لم يتم الربط أيضاً لأن الربط لا يتحقق بين معدوم وموجود، وهذا كله لا علاقة له بكون تخلّل الزمان قصيراً أو طويلاً، وأمّا إذا قسناه إلى العقد اللفظي فأيضاً ليس الربط هنا بمعنى اتصال لفظ بلفظ وكلام بكلام حتى تشترط الموالاة وأنما هو بمعنى أن يكون أحدهما مطاوعة للآخر ^(٢)، وهذا أيضاً لا علاقة له بمسألة تخلّل الزمان بين الكلامين.

أقول: إنّه حتى الآن بقي التفسير الآخر لدليل شرط الاتصال - بقطع النظر عن كونه مقصوداً للشيخ الانصاري رحمته الله أو لا - بمعزل عن الإشكال وهو التفسير بكون المقصود أنّ الإيجاب والقبول بمنزلة كلام واحد كالأذان والإقامة أو الصلاة ولو بنكتة أنّهم يتفاعلان في إيجاد تأثيراً قانوني واحد، فكما تشترط عرفاً في

(١) راجع تعليقه على المكاسب ١ : ٧١.

(٢) لازم هذا عدم تمامية القبول بمثل «اشتريت» والأولى أن يقال إنّ ارتباط القبول اللفظي بالإيجاب اللفظي ليس عدا كشفها عن الالتزامين المترابطين ولا حاجة إلى الفحص عن ارتباطه. أنير بلحاظ عالم الألفاظ غير الارتباط الثابت في عالم الالتزامين.

صدق عنوان الأذان أو الإقامة أو الصلاة الموالاة كذلك الحال في العقد وعين البيان يأتي في البيع والتجارة فهذا التفسير كما ترى لا يرد عليه إشكال الشيخ الانصاري رحمته الله بعدم تأتي ذلك في البيع والتجارة إذ لا فرق في هذه النكتة بين العقد وبين البيع والتجارة، وكذلك لا يرد عليه إشكال المحقق الاصفهاني إذ لا علاقة له بمعنى الربط والشد المستبطن في مفهوم العقد.

ولكن قد أورد على هذا السيد الإمام رحمته الله ^(١) وكذلك السيد الخوئي رحمته الله ^(٢) بأن العقد التزامان قليان مترابطان والمفروض تعاذهما ولا علاقة للهيئة الاتصالية للألفاظ بذلك فان العقد ليس عبارة عن الإيجاب والقبول اللفظيين.

أقول : بالإمكان أن يقال : إنَّ العقد وإن لم يكن من مقولة الألفاظ وأنما هو من مقولة الإرادة الباطنية بشرط الإبراز لكن الإنشاء اللفظي لا يبرز الإرادة في الحالات الاعتيادية إلاّ بلحاظ فترة قصيرة من الزمن فمن قال لصاحبه : بعتك هذه العين بكذا وصاحبه لم يبرز القبول إلاّ بعد عدة أيام مثلاً فإيجاب الموجب ليس مبرزاً لبقاء إرادة البيع إلى حين قبول القابل فلو تمّ البيع بهذا الشكل فقد تمّ على أساس إرادة باطنية بحتة بلا إبراز، فشرط الموالاة في الحقيقة يكون على أساس دخلها في تمامية الإبراز الذي هو شرط في العقود بلا إشكال، ومجرد استصحاب بقاء الإرادة الباطنية لا يكفي لأنّ نفس الإبراز له الموضوعية في تمامية العقد وما دام الإيجاب السابق قاصراً عرفاً عن الإبراز بلحاظ الزمان المتأخّر إذن نحتاج إلى إبراز جديد.

(١) راجع كتاب البيع ١ : ٢٣٠.

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ١٣٤، ومصباح الفقاهة ٣ : ٥٤.

نعم، في الموارد التي يكون الإبراز السابق دالاً بلحاظ بعض المناسبات والقرائن على استمرار الإرادة لحين لحوق القبول نلتزم بصحة العقد كما في مثال البيع من مكان بعيد بواسطة إرسال رسالة كتبية أو شفوية أو بواسطة البرقية، أو الهبة المعاطاتية التي تتم من شخص إلى شخص متباعدين مكاناً بواسطة مسافر يأتي بالعين من الواهب إلى الموهوب له وما شابه ذلك حيث أنّ القرينة قائمة هنا أن مقصود الموجب عادة هو الاستمرار في إرادته والتزامه لحين وصول الرسالة أو البرقية أو الرسول إلى صاحبه.

وإن شئت فعبر بانّ الموالاة في كل شيء بحسبه فالموالاة المعتبرة في مثل البيع أو الهبة بواسطة الرسالة أو البرقية أو الرسول ليست بمعنى المنع عن الفاصل الزمني الذي يتطلبه سفر الرسول أو بلوغ الرسالة أو البرقية وأنّما هي بمعنى المنع عن الفصل الطويل من بعد وصول الرسول أو الرسالة أو البرقية.

وبكلمة دقيقة ليست الموالاة في الحقيقة شرطاً وليس في المقام شيء عدا نفس الركن الثاني من أركان العقد وهو إبراز الإرادة والاخلال بالموالاة قد يوجب الاخلال بهذا الإبراز.

وأما المحقق النائيني رحمته الله^(١) فقد قسّم في المقام العقد إلى قسمين: العقد الإذني، والعقد العهدي، ويقصد بالعقد الإذني ما يكون قوامه بمجرد الإذن والرضا حدوثاً وبقاءً كما في العارية والوديعة ويقول في هذا القسم بعدم اشتراط الموالاة بين الإيجاب والقبول لأنّ قوام العقد ليس إلّا بنفس الإذن والرضا الباطني فما دام موجوداً يتم الأمر سواء تمت الموالاة بين الإيجاب والقبول أو لا، وبكلمة أخرى: إنّ هذا القسم ليس عقداً إلّا بالمسامحة.

(١) راجع منية الطالب ١: ١١١ - ١١٢، وكتاب المكاسب والبيع ١: ٢٩٠ - ٢٩١.

وأما العقود العهدية فقسّمها إلى عقود معاوضة كالبيع وغير معاوضة كالهبة :

وذكر في القسم الأوّل : أنّه لا بد من الموالاة واستدل على ذلك بدليلين : أحدهما - ما مضى بحثه من مسألة الهيئة الاتصالية بين الإيجاب والقبول أخذاً ذلك بتفسيره الثاني من التفسيرين الماضيين ولذا لم يقبل الفرق في ذلك بين عنوان العقد وعنوان البيع أو التجارة .

وثانيهما - أنّ مفاد العقد مشتمل على الخلع واللبس وبيان ذلك في ظاهر أحد التقريرين يختلف عنه في ظاهر التقرير الآخر ، فظاهر كتاب منية الطالب للشيخ موسى النجفي رحمته الله هو أنّ المقصود خلع الموجب لعلقة الملكية عن نفسه ولبس القابل أيّاها وان محذور الفصل بينهما هو بقاء العلقه بلا طرف في فترة الفصل وهو محال ، وظاهر كتاب المكاسب والبيع للشيخ الآملي رحمته الله هو أنّ المقصود خلع الموجب لملكية المثلث عن نفسه ولبسه ملكية الثمن وان محذور الفصل بينهما هو أنّهما يعدّان عملاً واحداً ، فالإعطاء والأخذ هما سبب واحد ، ومع الفصل الطويل بينهما يخرجان عن مصداق الواحد فيكون الإعطاء إعطاء لشيء مستقل والأخذ أخذاً لشيء آخر مستقل ، وكأنّ المقصود من هذا الكلام : أنّ هذه الوحدة العرفية بين الخلع واللبس أوجبت في نظر العرف شرط الاتصال والموالاة بينهما .

وأما القسم الثاني : وهو العقود غير المعاوضة كالهبة فاختر فيها أيضاً شرط الموالاة مستدلاً بالدليل الأوّل ، وأما الدليل الثاني ففي منية الطالب لم يذكره في هذا القسم ، أي اقتصر في هذا القسم على ذكر الدليل الأوّل في حين أنّه في القسم الأوّل استدل بكلا الدليلين ، وهذا ظاهر في أنّه يرى أنّ الدليل الثاني خاص

بالقسم الأول ولا يرد في القسم الثاني، وأما في كتاب المكاسب والبيع فقد صرح بكون الدليل الثاني خاص بالقسم الأول وعدم وروده في الثاني.

ومن هنا اظن أنّ ما هو موجود في المكاسب والبيع للشيخ الآملي الظاهر في إرادة خلع الموجب ولبسه هو المطابق لمقصود المحقّق النائيّني رحمته الله دون ما يستفاد من منية الطالب من خلع الموجب ولبس القابل وإلاّ لورد عليه بوضوح ما أورده السيد الإمام رحمته الله ^(١) من أنّ هذا الوجه لو تمّ لجري في غير المعاوضة أيضاً كالهبة لأنّ فيها أيضاً خلعاً ولبساً، فالواهب يخلع عن رقبته علقه ملكية العين الموهوبة والموهوب له يلبسها فأيضاً يقال: لو وقع الفصل بينهما لبقيت العلقه بلا طرف. في حين أنّ هذا الإشكال لا يرد على ما يظهر من كتاب المكاسب والبيع للآملي من إرادة خلع ولبس الموجب، فإنّ الموجب في البيع يخلع ملكية المثلث ويلبس ملكية الثمن، وأما الواهب فيخلع ملكية العين الموهوبة ولا يلبس شيئاً.

كما يرد أيضاً على ما في منية الطالب إشكال آخر يسلم عنه ما في تقرير الشيخ الآملي وهو ما أورده السيد الخوئي على ما في المصباح ^(٢) من أنّ فرض استحالة العلقه بلا طرف لا يفرق فيه بين الفصل الطويل والفصل القصير، والقبول على أي حال ينفصل عن الإيجاب ولو قصيراً فيلزم بقاء العلقه بلا طرف ولو في آن واحد، وأضاف إلى ذلك السيد الإمام رحمته الله ^(٣) أنّنا حتى لو فرضنا الاتصال الحقيقي بين الإيجاب والقبول فقد لزم أيضاً بقاء العلقه بلا طرف بعد تمامية

(١) في كتاب البيع ١ : ٢٢٨.

(٢) مصباح الفقاهة ٣ : ٥٥.

(٣) في كتاب البيع ١ : ٢٢٨ - ٢٢٩.

الإيجاب وقبل تمامية القبول، فإن القبول حتى لو كان في أوله متصلاً بآخر الإيجاب فآخره يتأخر عن الإيجاب بلا إشكال، والقبول لا يتم أثره إلا عند تمامية صيغته، إذن فلازم هذا الإشكال استحالة العقد على الإطلاق.

ويرد أيضاً على ما في منية الطالب ما يسلم عنه ما في كتاب الشيخ الآملي وهو أنه لو فرض تأخر اللبس عن الخلع فتفسير ذلك ليس منحصراً بما هو مستحيل من بقاء العلقه بلا طرف بل يمكن تفسيره بما هو ممكن من زوال العلقه ثم تكونها مرة أخرى.

ويرد عليه أيضاً ما أفاده السيد الإمام رحمته الله بقوله في مقام الطعن على هذا الدليل: (وربما يتشبه دليل عقلي على الاعتبار^(١)) وحاصله أن الاستدلال بدليل عقلي من هذا القليل في الاعتباريات البحتة لا معنى له.

وأما الإشكال المشترك الورود على ما أفاده المحقق النائيني أي ما يرد عليه سواء بتقريبه الوارد في منية الطالب، أو بتقريبه الوارد في المكاسب والبيع فهو ما جاء في المحاضرات^(٢) وجاء ما يشبهه في كتاب البيع للسيد الإمام^(٣) أيضاً من أنه ان قصد بالخلع واللبس الخلع واللبس في اعتبار الموجب فقد تحقّقاً في آن واحد بإيجابه، وان قصد بهما الخلع واللبس في اعتبار الشارع فهما يتحقّقان في آن واحد لدى تمامية القبول.

وذكر المحقق النائيني رحمته الله في القسم الثاني من العقود العهدية، أعني العقود

(١) في كتاب البيع ١ : ٢٢٨.

(٢) المحاضرات ٢ : ١٣٣.

(٣) كتاب البيع ١ : ٢٢٩.

غير المعاوضة كالهبة على ما ورد في منية الطالب : انّ في اشتراط الموالاة فيه إشكالاً وذلك لأجل معارضة الدليل الذي ذكرناه لشرط الموالاة بالسيرة القطعية على قسم المعاظة في الهدايا والهبات التي تهدي من مكان بعيد بواسطة المسافرين إلى مكان آخر. فينفصل القبول لا محالة عن الإيجاب وتشهد لذلك قصة مارية القبطية التي أُهديت إلى النبي ﷺ (١).

ثم أجاب عن الإشكال بأنّ القبول لم ينفصل عن الإيجاب لأنّ الإيجاب يتمّ حينما تصل الهدية إلى المهدى إليه، فهذا مثاله مثال من له يد طويلة يمدّها من المشرق إلى المغرب لايقاع معاملة معاطاتية مع من في المغرب فيتأخر حصول الإيجاب مدّة من الزمان إلى حين وصول يده إلى المغرب.

أقول : إنّ ما ذكره من المثال غريب وكأنّما تخيّل أنّ من له يد طويلة يتأخّر وصول يده من المشرق إلى المغرب للفاصل المكاني البعيد وعلى أيّة حال فهذا غير مهم ولا مناقشة في الأمثال.

والمهم أنّ ما فرضه من تاخر الإيجاب في الهدية المعاطاتية من مكان بعيد إلى حين وصول المسافر للمهدى إليه غير صحيح، فإنّ الإيجاب ان حصل فأنّما يحصل حين إعطائه الهدية للمسافر لا حين وصولها للمهدى إليه وقد ينأى أو يغفل - على حدّ تعبير السيد الخوئي في المصباح (٢) - في حين وصولها إلى المهدى إليه

(١) راجع البحار ١٨ : ٤١٦ - ٤١٩، الباب ٤ من أبواب أحوال الرسول ﷺ من البعثة إلى

نزول المدينة، وهو باب الهجرة إلى الحبشة، حيث ورد فيها أنّ النجاشي بعث إلى رسول الله

ﷺ بمارية القبطية أمّ إبراهيم وبعث إليه بتيات وطيب وفرس.

(٢) مصباح الفقاهة ٣ : ٥٧.

فكيف يقصد الإيجاب وقتئذ؟ ! بل قد تفسّر هذه الهدية بالمعنى الآخر من معنيي الهدية للذين مضى ذكرهما في بحث المقدمات، وهو كونها بمعنى رفع المانع عن تملك المهدى إليه للمال فإنّ هذا الاحتمال وارد في الهبات خصوصاً المعاطاتية منها، وعليه فلا إيجاب في المقام بالمعنى المألوف حتى يفرض تأخّر القبول عنه. وهناك وجه ثالث لإثبات شرط الموالاة في العقود وهو ما ورد ذكره في كتاب البيع للسيد الإمام عليه السلام^(١) وهو أنّ الإيجاب تمليك من حينه فإذا تأخّر القبول فإن كان القبول قبولاً لتمام مضمون الإيجاب فأما ان لا ينفذ وهذا يعني بطلان العقد، أو ينفذ وهذا يعني تقدّم حصول النقل على القبول وإن لم يكن قبولاً لتمام مضمون الإيجاب لزم عدم التطابق بين الإيجاب والقبول والفاصل القليل يغتفر عرفاً.

ويرد عليه: ما أورده السيد الإمام عليه السلام عليه من أنّ الإيجاب يدل على ذات التمليك من حينه.

هذا تمام الكلام في وجوه اشتراط الموالاة.

أدلة عدم اعتبار الموالاة :

وأما وجوه عدم اشتراط الموالاة فهي أيضاً عديدة :

الأول - الإطلاقات بعد فرض إبطال أدلة اشتراط الموالاة.

وهذا الوجه صحيح لكنّه لا ينافي المقدار الذي نحن قرّيناه من شرط الموالاة من أنّ الموالاة قد تؤثر في صدق إبراز لأنّ الإطلاقات لا تصدق في فرض عدم تمامية الإبراز.

والثاني - السيرة على المعاملات المعاطاتية بالكتابة ونحوها وإن شككنا في ثبوتها في بمثل الكتابة في زمان المعصوم فلا اظن التشكيك في ثبوت الهبة المعاطاتية بواسطة المسافرين في ذاك الزمان مع استبعاد الفرق بين الهبة وغيرها كالبيع مثلاً.

وهذا الوجه لو تمّ فهو أيضاً لا ينافي ما ذكرناه من لزوم حفظ الموالاة لدى دخلها في صدق الإبراز لأنّ مثل هذه الموارد التي يدعى قيام السيرة فيها على عدم الموالاة يكون الواقع فيها أنّ هذا الفصل المفروض لم يكن يضرّ بالإبراز العرفي .

هذا مضافاً إلى ما مضى ممّا من التشكيك في أنّ ما يقع من الهبة المعاطاتية عقداً مركباً من الإيجاب والقبول بالمعنى المألوف، فلعلّ الواقع هو أنّ الواهب يرفع المانع عن تملك الموهوب له للمال بالقبض، بل لعلّ هذا التشكيك يأتي في البيع المعاطاتي أيضاً بأن يكون كل من المتبايعين رافعاً للمانع عن تملك صاحبه في مقابل العوض لا مجاناً من دون أن يكون هناك إنشاء التمليك .

الثالث - قصة هبة مارية القبطية للنبي ﷺ . ويأتي فيه ما ذكرناه في الوجه الثاني .

الرابع - حديث المرأة التي طلبت من رسول الله ﷺ تزويجها وقد ورد الحديث بسند تام عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت زوجني فقال رسول الله ﷺ من لهذه ؟ فقال رجل فقال : أنا يا رسول الله زوجنيها فقال ما تعطيها ؟ فقال ما لي شيء قال : لا فاعادت فاعاد رسول الله ﷺ الكلام فلم يقدّم أحد غير الرجل ثم أعادت فقال رسول الله ﷺ في المرة الثالثة اتحسن من القرآن شيئاً ؟ قال : نعم قال : قد زوجتكها على ما

تحسن من القرآن فعلمها إياه^(١) بناء على حمل كلمة «زوّجنيها» على القبول المقدّم بلسان الطلب مثلاً، وقول الرسول ﷺ «زوّجتها» على الإيجاب وقد وقع الفصل بينهما بالسؤال عن معرفته بالقرآن والجواب بل الفصل أكثر من هذا بناء على بعض نقول الحديث غير التامة سنداً كما عن عوالي اللآلي روى سهل الساعدي أنّ النبي ﷺ جاءت إليه امرأة فقالت يا رسول الله أنّي قد وهبت نفسي لك فقال ﷺ لا إربة لي في النساء فقالت زوّجني بمن شئت من أصحابك فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها فقال ﷺ هل معك شيء تصدقها فقال والله ما معي إلا ردائي هذا فقال ان اعطيتها إياه تبقى ولا رداء لك هل معك شيء من القرآن؟ فقال: نعم سورة كذا وكذا فقال ﷺ: زوّجتها على ما معك من القرآن^(٢).

وعلى آية حال فإضافة إلى أنّه لا دليل على أنّ قوله «زوّجنيها» كان هو القبول، والحديث ليس بصدد البيان من هذه الناحية كي نستظهر من ترك ذكر القبول بعد الإيجاب أنّ قوله «زوّجنيها» كان قبولاً نقول: إنّ هذا المقدار من الفاصل لا يعدّ فاصلاً كبيراً يضرّ بالموالاة.

وعلى تقدير تمامية الاستدلال بهذا الحديث فهو لا ينفي ما قلناه من اشتراط الموالاة بالمقدار الحافظ للإبراز عرفاً بداهة ثبوت الإبراز في مورد الحديث. وأما ما مضى من كلام المحقق النائيني رحمه الله عن العقود الإذنية من أنّه لا يشترط الموالاة، فقد أورد عليه السيد الإمام رحمه الله^(٣) بأنّه لا تكون لنا عقود إذنية

(١) الوسائل ١٥ : ٤٠٣، الباب ٢ من أبواب المهور.

(٢) مستدرک الوسائل ١٥ : ٦١، الباب ٢ من أبواب المهور، الحديث ٢.

(٣) راجع كتاب البيع ١ : ٢٢٧.

وانّ الموكل لا يوقع إلّا الوكالة، أمّا الإذن فأيقاع لا يحتاج إلى القبول والمخاطب لو لم يقبل الوكالة أو ردّ الإيجاب ثم باع لا بعنوان قبول الوكالة لم ينفذ البيع بخلاف المأذون.

ولا يوجد في الحقيقة في هذا الكلام إشكال فني على المحقق النائيني رحمته الله فالمحقق النائيني رحمته الله هو الذي يقول : إنّ العقود الإذنية ليست عقوداً في الحقيقة لغة وعرفاً وهو الذي يقول ^(١) : إنّ الوكالة على قسمين فقسم منها يكون عقداً، وقسم آخر يكون إذناً، فلا يبقى عدا انّ الفقهاء هل يسمّون هذه الأمور الإذنية عقوداً أو لا ؟ وأنّها هل تشتمل على إيجاب وقبول أو لا ؟

وأظنّ أنّ الفطرة العرفيّة ترى هذه الأمور مجردّ أمور إذنيّة بحتة بما فيها الوكالة، وأنّها ليست بحاجة إلى القبول سواء سمّيت عقوداً مسامحةً أو لا، فلا أثر عملي لمجرّد التسمية.

المتعاقدان

- ١- اعتبار الأهلية في المتعاقدين .
- ٢- اعتبار الملكية أو الولاية أو الإذن .

الركن الثالث : المتعاقدان . وكون العاقد ركناً في العقد بديهيّ .

اعتبار الأهلية في المتعاقدين

وأوّل شرط نذكره للعاقد هو أن لا يكون قاصراً أو ناقص الأهلية، وهذا عنوان مشير إلى واقع ما يوجب نقص الأهلية كالصغر والجنون والسفه فلا يرد عليه لزوم أخذ المحمول في الموضوع ببيان أنّ نقص الأهلية عبارة أخرى عن عجزه عن إجراء العقود وهذا هو الحكم في المقام لا الموضوع .

ولا نتكلّم هنا عن الحجر الطاريء بحكم الحاكم بواسطة التفليس، أو عدم جواز تصرف المريض في مرض الموت في التركة أو عدم جواز تصرف الزوجة في مالها بلا إذن الزوج بناء على القول بذلك، أو عدم جواز تصرف المملوك بلا إذن مالكة ونحو ذلك، فأمثال هذه الأبحاث نحولها على أبوابها الخاصة ونقتصر هنا على ذكر القصور في ذات المالك، وهذا القصور لا يكون إلّا بصغر أو جنون أو سفه أو ذهول، ولا حاجة للبحث عن الجنون .

وأما السفه فهو عبارة عن كون الإنسان الكبير غير رشيد ونقتصر في بحث الرشد والسفه وكذلك الذهول على حديث مختصر بعد انتهاء البحث عن شرط البلوغ أو مانعية الصغر، إذن فلدينا في اشتراط أهلية العاقد بحثان :

شرط البلوغ :

البحث الأول - في شرط البلوغ أو حجر الصغير عن التصرف في أمواله .

دلالة الكتاب على اشتراط البلوغ :

ويدلّ على ذلك من الكتاب قوله تعالى :

﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً ان يكبروا ومن كان منكم غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيباً ﴾ (١).

واختصاص الآية باليتامى لا يضر بالاستدلال بشأن كل صغير لعدم احتمال الفرق، وكأنّ النكتة في نزولها بخصوص شأن اليتامى : إنّ ما كان محلاً للابتلاء بلحاظ حفظ أموالهم أو صرف المال عليهم أو أخذ أجور الخدمة عليهم كانوا هم اليتامى .

أمّا غير اليتيم فهو يعيش عادة تحت كنف أبيه ولا يطلب الأب عادة الأجور بل لا يملك الطفل الذي في كنف أبيه غالباً مالاً يخصّه فنزلت الآية بلحاظ الواقع الخارجي الذي كان يتطلّب بيان أحكام هذه الأمور .
مّا الحجر فلا يختص باليتيم كما هو واضح .

وهل الآية تدلّ على شرط البلوغ أو تدلّ على شرط الرشيد فحسب ؟
قد يستفاد من كلمة (أن يكبروا) شرط البلوغ ببيان أنّ الآية منعت عن أن

يأكل الولي مال اليتيم إسرافاً أو بداراً مخافة أن يكبروا، وهذا يعني أن اليتيم إنما يتسلّم المال من الولي بعد أن يكبر.

ولكن قد يدغدغ في هذا الاستدلال بدعوى احتمال كون المقصود أن اليتيم إنما يقدر على الغلبة التكوينية على الولي وأخذ المال منه قهراً بعد أن يكبر فقد يستغل الولي فرصة عجزه التكويني عن ذلك فيأكل المال إسرافاً وبداراً قبل أن يكبر.

وعلى أية حال فهل صدر الآية وحده كاف في الاستدلال بقطع النظر عن الاستيناس بما في ذيلها من كلمة (أن يكبروا) أو لا؟

ذكر المحقّق النائي رحمته الله^(١) في معنى الآية المباركة احتمالين :

الأول - أن يكون قوله : ﴿ حتى إذا بلغوا النكاح ﴾ غاية للابتلاء خارجة عن المعنى ، أي أن زمان الابتلاء هو ما قبل البلوغ ويكون قوله : ﴿ فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ تفريعاً على الابتلاء قبل البلوغ ، فالمعنى أن الابتلاء يكون لما قبل البلوغ وإذا ظهر بالابتلاء رشدهم وجب دفع المال إليهم ، وهذا يعني أنه لا يشترط في دفع المال البلوغ بل يكفي الرشد .

والثاني - أن تكون حتى للغاية ويكون قوله : فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم تفريعاً على الابتلاء مع البلوغ فالمعنى : ابتلوهم من زمان قابليتهم للابتلاء إلى زمان البلوغ فإذا بلغوا راشدين فادفعوا إليهم أموالهم ، وهذا يعني دلالة الآية على شرط البلوغ ، وأنما أمر بالابتلاء من قبل البلوغ بأمل أن يثبت

(١) راجع منية الطالب ١ : ١٦٩ - ١٧٠ ، وكتاب المكاسب والبيع للشيخ الآملي ١ : ٣٩٦ -

رشده من أوّل البلوغ أو قبله فيدفع إليه المال من حين البلوغ في حين أنّنا لو بدأنا بابتلائهم من حين البلوغ فقد تتأخّر عن دفع المال إليهم فترة الابتلاء، مع أنّهم كانوا مستحقّين للدفع من حين بلوغهم لأنّهم بلغوا راشدين.

واستظهر المحقّق النائيني رحمته الله المعنى الثاني وأبطل المعنى الأوّل حسب ما ورد في منية الطالب بوجهين :

الأوّل - أنّ المعنى الأوّل يقتضي كفاية الرشد وحده لدفع المال إليهم وكفاية البلوغ وحده أيضاً لدفع المال إليهم، فدفع المال إليهم مشروط بظهور الرشد، وهذا الحكم المشروط مغيّى ببلوغ النكاح، أي أنّهم إذا بلغوا النكاح دفعت إليهم أموالهم ولو لم يكونوا راشدين في حين أنّنا لئن احتملنا كفاية الرشد لدفع المال إليهم فإنّنا لا نحتمل كفاية البلوغ بلا رشد لدفع المال إليهم لأنّ هذا يخالف الآية السابقة على هذه الآية وهي قوله تعالى : ﴿ ولا تأتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً ﴾ ^(١) فإنّ النهي عن إيتاء السفهاء للمال يعني شرط الرشد. وهذا البيان هو الذي نحمل عليه عبارة منية الطالب ونقول : أنّه في أكبر الظن هو المقصود رغم ضعف العبارة وغموضها فراجع :

والثاني - أنّ قوله : ﴿ فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ لو كان تفرعاً على الابتلاء لا على الابتلاء مع البلوغ كان جعل بلوغ النكاح غاية لغوّاً وكان المناسب ان يقال : وابتلوا اليتامى فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم.

ويمكن الجواب على الوجه الأوّل لو بقي وحده بأنّ مفاد الآية على المعنى

الأوّل لا ينحصر توجيهه بفرض كفاية البلوغ لدفع المال، بل يحتمل أن يكون المقصود بيان حكم ما قبل البلوغ وهو الاختبار مع دفع المال إليهم إن ثبت رشدهم مع السكوت عن حكم ما بعد البلوغ، ولعل البلوغ لا أثر له أصلاً كما يمكن الجواب على الوجه الثاني لو بقي وحده بما أفاده السيد الإمام عليه السلام ^(١) : من أنّه لعل جعل البلوغ غاية كان لأجل إفهام أنّ لزوم الابتلاء أنّما هو قبل البلوغ دون ما بعد البلوغ، لأنّ البلوغ وحده كافٍ في دفع المال إليهم أي أنّ الاختبار وإمساك المال له غايتان : كل منهما وحدها كافٍ في دفع المال إليهم احدهما ظهور الرشد، والثانية البلوغ.

إلّا أنّنا إذا ضمنا الوجهين احدهما بالآخر وكونّا منهما وجهاً واحداً لم يرد ما عرفته من الإشكال وذلك بأن يقال : إنّنا إن حملنا الآية على المعنى الأوّل وهو كون قوله : ﴿ فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ تفريعاً على الابتلاء قبل البلوغ فالرشد وحده كافٍ لدفع المال إليهم، فالأمر عندئذٍ لا يخلو من أحد فرضين فإمّا أن نفترض أنّ الرشد وحده يجوز دفع المال إليهم، والبلوغ وحده أيضاً يجوز ذلك ولو لم يكونوا راشدين، أو نفترض أنّ الرشد وحده يجوز دفع المال إليهم أمّا البلوغ فلا اثر له أصلاً.

فإنّ فرض الأوّل ورد عليه الوجه الأوّل لأنّ فرض كفاية البلوغ وحده لدفع المال إليهم وإن لم يكونوا راشدين ينافي الآية السابقة وهي قوله : ﴿ لا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ .

وإن فرض الثاني ورد عليه الوجه الثاني لأنّ البلوغ إن كان لا أثر له فجعله

في الآية الشريفة غاية لغو، وهذا بخلاف ما لو أخذنا بالمعنى الثاني وهو تفريع (ان آنستم منهم رشداً فادفعوا... الخ)، تفريعاً على الابتلاء مع البلوغ فعندئذ يكون الابتلاء بما هو مطعم - بقرينة هذا التفريع - بالحكم بعدم الدفع ولو فرض رشيداً مغيباً بالبلوغ؛ لأن البالغ إذا ثبت رشده يدفع إليه ماله بخلاف غير البالغ.

ولا يبعد أن يكون هذا هو مراد المحقق النائيني رحمته الله كما يشهد لذلك أن الوجهين لم يذكر في تقرير الشيخ الآملي بهذا الشكل المنفصل أحدهما عن الآخر، بل ذكر بالنحو الذي قلناه من الدمج بينهما ضمن دليل واحد بفرق أنه ليس فيه استشهاد بقوله تعالى: ﴿ لا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم ﴾، وأنما فرض فيه عدم كفاية البلوغ بلا رشد لدفع المال أمراً واضحاً ومتفقاً عليه بين الكل. فذكر: ان حمل الآية على المعنى الأول يستلزم أحد أمرين، إما لغوية ذكر البلوغ لأنه لا أثر له نهائياً، أو كفاية أحد الأمرين: البلوغ والرشد، وهذا يعني جواز دفع المال للبالغ غير الرشيد وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به ولم يلتزم به أحد.

هذا. وقد أورد السيد الإمام رحمته الله ^(١) على الوجه الأول من الوجهين الواردين في منية الطالب في المقام: ان قوله تعالى: ﴿ لا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم ﴾ لا يدلّ على ما أراده المحقق النائيني من إبطال المعنى الأول للآية وتأيد المعنى الثاني، بل قد يؤيد المعنى الأول بدعوى ان هذه الآية تخصيص لما ورد قبلها بآيات من قوله: ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ﴾ ^(٢) فإطلاق قوله ﴿ آتوا اليتامى أموالهم ﴾ يقتضي وجوب الإيتاء ولو مع سفههم، وقوله تعالى: ﴿ لا تَوْتُوا

(١) راجع كتاب البيع ٢ : ٨.

(٢) النساء : ٢.

السفهاء أموالكم ﴿ تقييد لذلك، أي لا تؤتوهم إن كانوا سفهاء فهذا يعني : آتوا اليتامى أموالهم إن أصبحوا راشدين، وهذا هو ما يستفاد من قوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً ﴾ .. بناء على المعنى الأول.

وهذا الإشكال أيضاً كما ترى لا يرد على التقريب المذكور في تقرير الشيخ الآملي، وإنما يختص بالتقريب المذكور في منية الطالب حيث استفاد فيه من قوله تعالى : ﴿ لا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ أمّا تقرير الشيخ الآملي فقد اعتمد على وضوح عدم جواز إيتاء المال للبالغ غير الرشيد فقهياً من دون استدلال بتلك الآية.

على أنه قد يقال : إنَّ هذا الإشكال لا يردّ حتى على ما جاء في منية الطالب وذلك بدعوى : أنَّ السفهه يقصد به البالغ غير الرشيد لا الصغير، وأنَّ البالغ غير الرشيد هو القدر المتيقن منه بحيث لا يحتمل تخصيصه بالصغير وذلك بنكته أنَّ السفه بمعنى خفة العقل والمصداق البارز منه هو البالغ الذي خفَّ عقله، أمّا الصغير الذي لا يتوقَّع منه ضرورة الرشد فعدم الرشد فيه لا يعتبر خفةً وسفهاً، أو أنَّ المتيقن من إطلاق الكلام غيره.

ثمَّ أنه قد يقال : إنَّ تقرير المحقِّق النائيني رحمته الله للاستدلال أنما يتم بعد دمج الوجهين في وجه واحد بناء على ما بنى هو عليه في الأصول من دلالة الغاية إذا كانت خارجة عن المعنى على المفهوم، أمّا لو قلنا بأنَّ الغاية لا تدلّ إلّا على ارتفاع شخص الحكم بحصولها دون سنخ الحكم، فهذا الاستدلال لا يتمَّ لأنَّه يبطل بذلك الشق الثاني من شقّي الكلام وهو القول بأنَّه إن كانت الغاية خارجة عن المعنى وكان البلوغ غير مؤثّر في جواز الدفع، أي أنَّ الرشد وحده يكفي للدفع

والبلوغ وحده لا يكفي كان جعل البلوغ في الآية الشريفة غاية لغواً فإنّ هذا يجاب عليه : بأنّ البلوغ إنّما هو غاية لشخص الحكم فليس من المترقّب تأثير هذه الغاية على سنخ الحكم بنفيه .

نعم جعل هذه الغاية لشخص الحكم بحاجة إلى مناسبة عرفية تخرج ذلك عن اللغوية ويكفي أن تكون المناسبة في ذلك أي في التركيز على خصوص حكم ما قبل الغاية رغم تماثله لحكم ما بعد الغاية ، أنّ توهم عدم كفاية الرشد لدفع المال إنّما يختص بما قبل البلوغ دون ما بعده وكانت الآية بصدد دفع هذا التوهم ساكتة عن حكم ما بعد البلوغ .

إلاّ أنّ الصحيح أنّ إنكار مفهوم الغاية بشكل عام لا يضرّ بالاستدلال في المقام وذلك لأنّ الغاية في خصوص المقام تدلّ على المفهوم لأنّ المرتكز عقلياً على تقدير كفاية الرشد في الصبي لدفع المال إليه مع كون دفع المال في البالغ أيضاً مشروطاً بالرشد هو أنّ حكم اشتراط دفع المال إليه في ما قبل البلوغ وبعده بالابتلاء يكون بجعل واحد لا بجعلين فلا يحتمل عقلياً أنّ موضوعية الرشد للدفع أو ضرورة الابتلاء فيما قبل البلوغ تكون بجعل ، وفيما بعده تكون بجعل آخر ، إذن فيكفي جعل الغاية لشخص الحكم لفهم انتفاء سنخ الحكم بحصولها ، لأنّ انتفاء شخص الحكم عند انحصار الحكم بذاك الشخص مساوق لانتفاء سنخ الحكم .

ثم أنّ التفسيرين اللذين ذكرهما المحقّق النائيني للآية ثم استظهر الثاني منهما كلاهما مبنيان على جعل « حتى » في الآية الشريفة للغاية مع فرض قوله : « فإنّ آنستم الخ » تارة تفرعاً على الابتلاء قبل البلوغ كما هو الحال في التفسير الأوّل ، وأخرى على الابتلاء والبلوغ كما هو الحال في التفسير الثاني ، في حين أنّ

لـ «حتى» معاني ثلاثة: الغاية، والعطف، والتعليل، إذن فالاستدلال بالآية على شرط البلوغ بإبطال التفسير الأول من التفسيرين لا يتم إلا بإبطال الاحتمالات الأخرى أو إثبات أن الاحتمالات الأخرى أيضاً تناسب الاستدلال بالآية فلتتميم منهج استدلال المحقق النائيني رحمته الله نقول: إنَّ هنا احتمالين آخرين في الآية المباركة:

الأول - أن تكون حتى للعطف من قبيل أكلت السمكة حتى رأسها بنصب الرأس فكأنَّ الآية تقول: وابتلوا اليتامى في كل زمان حتى إذا بلغوا النكاح وهنا تتمَّ الجملة ويكون قوله «فإنَّ آنستم منهم رشداً الخ» جملة أخرى، وبناء على هذا تكون الآية دالة على أنَّ الابتلاء لكشف الرشد لا بد منه سواء قبل البلوغ أو بعده وأنه متى ما انكشف الرشد يدفع إليه المال إذن فالبلوغ لا أثر له في المقام. وهذا الاحتمال لم يتعرَّض له المحقق النائيني رحمته الله.

وعلى أي حال فهذا الاحتمال يمكن دفعه بدعوى أنَّ حمل حتى على العطف لدى إمكان حمله على غير العطف خلاف الظاهر على ما قيل في علم العربية^(١) من أنَّ استعمال حتى في العطف نادر حتى أنَّ الكوفيين أوّلوا مثل أكلت السمكة حتى رأسها بالنصب بإرجاعها إلى حتى الابتدائية مع تقدير ما يكمل الجملة بعد حتى.

والثاني - أن تكون حتى للتعليل وتكون إذا أداة شرط وعندئذٍ تكون حتى حرف ابتداء^(٢) وقد ذكر هذا الاحتمال المحقق النائيني على ما في منية الطالب

(١) راجع بهذا الصدد مغنى اللبيب، الباب الأول، حرف حتى.

(٢) نقل صاحب الجواهر هذا الوجه عن المرحوم بحر العلوم في ٢٦ : ١٩.

بعنوان : (قيل انّ إذا للشرط وجوابها مجموع الشرط والجزاء وحتى حرف ابتداء) ولم يصبح المحقّق النائي بصدد دفع هذا الاحتمال أو تأييده وكأنّه لأجل انّ هذا الاحتمال وجوده وعدمه سيّان في المقام ، لانّ هذا الاحتمال هو في صالح الاستدلال بالآية وليس ضده لانّ معنى الآية على تقدير شرطية إذا هو جعل البلوغ شرطاً في استلام المال وهذا هو المقصود .

هذا غاية ما يمكن ان يذكر لتوجيه استدلال المحقّق النائي ﷺ في المقام . إلّا انّ الصحيح رغم كل هذا عدم تمامية استدلاله في المقام لانّ الشق الثاني من شقّي استدلاله وهو القول بأنّه لو حملت الآية على المعنى الأوّل وفرض انّ البلوغ لا أثر له في دفع المال وان تمام الموضوع لدفع المال انما هو الرشد في كل الحالات لزم كون جعل البلوغ غاية لغواً يرد عليه : انّ بالإمكان افتراض انّ الرشد هو الموضوع لدفع المال دون البلوغ ومع ذلك لا يكون جعل البلوغ غاية في الآية الشريفة لغواً وذلك بأن يكون البلوغ غاية للابتلاء ويكون المعنى انّ دفع المال إلى الصبي يكون مشروطاً بالرشد ، وأنّه يجب ابتلاء الصبي لمعرفة رشده ، وأمّا البالغ فالرشد وإن كان ايضاً شرطاً في دفع المال إليه ولكن لا يجب ابتلاؤه بل تجري فيه أصالة الرشد فإذا بلغ الصبي يدفع إليه ماله ما لم ينكشف عدم رشده ، وليس دفع المال إليه لعدم اشتراط رشده بل لأصالة الرشد فيه ، فإذا جاء هذا الاحتمال بطل الاستدلال لأننا احتفظنا في هذا الاحتمال بغائية البلوغ للابتلاء من دون ان يلزم من ذلك عدم شرطية الرشد في دفع المال إلى البالغ .

هذا تمام الكلام في تقريب المحقّق النائي ﷺ للاستدلال بالآية في المقام

وإبطاله .

وللسيد الإمام عليه السلام تقريب آخر^(١) للاستدلال بالآية فهو أولاً يدّعي ظهور كلمة (حتى) في الغاية وبهذا يبطل احتمال العطف الذي لم يكن في صالح الاستدلال بالآية ثم يقول: إنّ معنى جعل البلوغ غاية للابتلاء هو أنّ الابتلاء مستمر ولو عرفاً إلى أوّل البلوغ، فإذا فرّع على هذا الابتلاء المستمر حسب الفرض إلى أوّل البلوغ قوله: ﴿فإن آتستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ فلا محالة يكون دفع المال إليهم بعد البلوغ وهذا هو المقصود.

أقول: إنّ الابتلاء ليس دائماً مستمراً ولو عرفاً إلى زمان البلوغ لأننا لو افترضنا أننا ابتلينا اليتيم فتبين بذلك رشده ثم بقيت فترة طويلة نسبياً بين ظهور الرشد بالابتلاء والبلوغ فهنا لا يصدق ولو عرفاً استمرار الابتلاء إلى زمان البلوغ، وما ورد في الآية من جعل البلوغ غاية للابتلاء لا يعني كون البلوغ غاية لزمان فعلية الابتلاء بمعنى ضرورة استمرار الابتلاء الفعلي إلى زمان البلوغ ولو عرفاً، وأنما يعني جعله غاية للفترة التي جعلت مهلة للابتلاء بمعنى أنّه لا بدّ من البدء بالابتلاء في فترة زمنية قبل البلوغ بحيث نضمن كفايتها عادة إلى أوّل البلوغ لظهور الرشد إن كان رشيداً فالفترة التي جعلت ظرفاً للابتلاء تكون مستمرة إلى حين البلوغ بحيث لو فرض أنّه لم يظهر الرشد في الأيام الأولى من الابتلاء فهناك مجال للاستمرار في الابتلاء إلى حين البلوغ، لا أنّه لا بدّ من استمرار الابتلاء بالفعل إلى حين البلوغ ولو ظهر الرشد في الأيام الأولى.

ولكن مع هذا يمكن تحوير المطلب بشيء من الإصلاح كي يتمّ الاستدلال بالآية - ولعلّ هذا هو لبّ مقصود السيّد الإمام عليه السلام - ولو ارتكازاً وهو ان يقال: إنّ

حينما جعل البلوغ غاية لفترة الابتلاء ولو بمعنى فترة المهلة للابتلاء لا فترة الابتلاء الفعلي المستمر، وجاء تفريع دفع المال بشرط ظهور الرشد بعد ذكر هذه الغاية فهذا يكون لا محالة ظاهراً في تفريع دفع المال على تمامية هذه الفترة لا على مجرد الابتلاء الفعلي المظهر للرشد ولو قبل البلوغ وبهذا يثبت المطلوب.

أمّا ما أفاده من استظهار كون (حتى) للغاية فإن لم نقبله كفانا وضوح كون الحمل على العطف خلاف الظاهر كما مضى، أمّا احتمال التعليل فلا يضرنا لأنّه أيضاً في صالح الاستدلال كما مضى.

هذا تمام الكلام في تقريب السيّد الإمام للاستدلال مع إصلاحه أو توجيهه. والقاسم المشترك بين هذا التقريب وتقريب المحقّق النائيني رحمهما الله أنّهما يستفيدان المطلوب من جعل كلمة (حتى) للغاية فالابتلاء وعدم دفع المال مستمران إلى غاية البلوغ بأحد التقريبين، وهذا يعني شرطية البلوغ في جواز التصرّف بالمال.

ولكن صاحب الجواهر رحمته الله سلك مسلكاً آخر للاستدلال بالآية^(١) فهو لا يستفيد المطلوب من دلالة حتى على الغاية، بل يستفيد المطلوب من كلمة إذا التي تفترض أداة ظرف وشرط فكلمة (حتى) التي هي للابتداء وتدخل على جملة تامة قد دخلت في المقام على قضية شرطية شرطها قوله بلغوا النكاح وجزاؤها إمّا هو قوله: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ أي أنّ جملة الشرط والجزاء جزاء للشرط الأوّل كما ينقله صاحب الجواهر عن السيّد بحر العلوم (رضوان الله عليه) أو هو قوله: ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ بأن يكون هذا جزاء لمجموع

الشرطين ويكون الشرطان شرطين مستقلين في عرض واحد كما احتمله أو استظهره صاحب الجواهر، والأوّل أولى بدليل دخول فاء الجزاء على قوله: ﴿إِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رَشِدًا﴾ ولو كان الشرطان عرضيين لكن المناسب العطف بالواو بأن يقول: حتى إذا بلغوا النكاح وأنتم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم.

وعلى أيّة حال فإذا فرضنا أنّ دفع المال إليهم مشروط بالبلوغ أو أنّ دفع المال بشرط الرشد مشروط بالبلوغ فقد ثبت المطلوب من الحجر على أموال الأطفال.

وأورد صاحب الجواهر رحمته الله على هذا التقريب إشكالاً وهو إيداء احتمال ان لا تكون إذا في المقام أداة ظرف وبالتالي لا تكون أداة شرط فيكون معنى الآية: ابتلوا اليتامى إلى حين بلوغهم وتكون حتى للغاية، وقد فرّع على هذا الابتلاء دفع المال إليهم متى ما ظهر رشدهم، وهذا يعني جواز دفع المال إليهم قبل البلوغ لدى ظهور الرشد، لأنّه ليس المفروض استمرار الابتلاء إلى حين البلوغ حتى مع ظهور الرشد في أوائل الأيّام وأنّما الابتلاء يكون لمعرفة الرشد، فان عرف الرشد انقطع الابتلاء إذن فالآية تدلّ على عدم اشتراط البلوغ في دفع المال لا على اشتراطه. وأجاب على ذلك بوجوه:

أولاً - أنّ خروج إذا عن الظرفية ان سلّم وروده في لغة العرف فهو نادر جداً لا يحمل عليه التنزيل ومقصوده رحمته الله بهذا إمّا الإشارة إلى أنّ حمل إذا هنا على هذا الاستعمال النادر بعد فرض صحّة هذا الاستعمال حمل على استعمال غير فصيح، أو الإشارة إلى أنّه خلاف الظاهر.

وثانياً - أنّ هذا يعني أنّ إيناس الرشد قبل البلوغ هو الشرط في دفع المال لأنّ قوله: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رَشِدًا﴾ إشارة عندئذٍ إلى نفس الرشد المستفاد من

الابتلاء المذكور في صدر الآية، فلو بلغ وأونس منه الرشد بعد البلوغ لا قبله لا يدفع إليه المال وهذا واضح البطلان.

وثالثاً - أننا لو أولنا الشرط في قوله : إن آنستم منهم رشداً على الرشد المستفاد من الابتلاء قبل البلوغ فأما إن يحمل على إيناس الرشد مطلقاً، أو على إيناسه بعد البلوغ، فإن حمل على إيناس الرشد مطلقاً كان معنى ذلك أن إيناس الرشد شرط في دفع المال حتى في البالغين، ولكن الابتلاء مغيب بالبلوغ ومعنى ذلك أن الصبي يجب اختباره حتى يدفع إليه المال لو ثبت رشده، وأما البالغ فلا يجب اختباره ولكن لو ثبت رشده ولو من دون اختبار وجب دفع المال إليه، وهذا يعني أن البالغ أسوأ حالاً من الصبي فيجوز إهماله وعدم اختباره إلى أن يظهر رشده بنفسه وإن طال الزمان وسهل الاختبار، وهو غير محتمل.

وإن حمل على إيناس الرشد بعد البلوغ فهذا أولاً لا يبطل الاستدلال بالآية لأن هذا ينتج عندئذ أن دفع المال مشروط بإيناس الرشد بعد البلوغ فلا يجوز دفع مال اليتيم إليه قبل البلوغ وهو المطلوب.

وثانياً يرد عليه نفس ما شرحناه من أنه يلزم من ذلك جواز إهمال البالغ وعدم اختباره فما دام صغيراً يجب اختباره بأمل أن يدفع إليه المال في أول البلوغ، أما إذا بلغ ولم يختبر، أو لم يكن الاختبار الذي حصل قبل البلوغ كافياً، أو ثبت عدم رشده قبل البلوغ فبمجرد البلوغ يجوز إهماله إلى أن يظهر الرشد بنفسه وهذا غير محتمل.

ثم أبدى الله احتمالاً آخر في الآية وهو : حمل (إذا) على الظرفية من دون أن تكون شرطاً، فهي ليست متعلقة بما بعد (الفاء) وإنما هي متعلقة بعامل محذوف تقديره مثلاً أن يقال : وابتلوا اليتامى حتى تنظروا إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم

رشدًا فادفعوا إليهم أموالهم.

وكأنه أبدى ﷺ هذا الاحتمال في المقام لعلاج كل الإشكالات الثلاثة التي مضت: فالإشكال الأوّل وهو ندرة أو استبعاد خروج (إذا) عن الظرفية لا يرد هنا لأننا لم نفرض خروجها عن الظرفية، وخروجها عن الشرطية ليس نادرًا، وأمّا الإشكال الثاني والثالث وهما كون قوله ﴿فإن أنستم منهم رشداً﴾ متفرّعاً على الابتلاء قبل البلوغ، فإمّا أن يلزم منه عدم دفع المال إلى البالغ إن رشد بعد البلوغ، أو يلزم منه إهمال البالغ وعدم ابتلائه إلى أن يظهر رشده فأيضاً لا يردان في المقام لوضوح أن قوله فإن أنستم - إلى آخره - متفرّع عندئذٍ على تنظروا إذا بلغوا النكاح لا على ابتلوا اليتامى.

ولكنه يقول ﷺ: إنّ هذا الاحتمال خلاف الظاهر لحاجته إلى التقدير على أنّ هذا الاحتمال هو في صالح الاستدلال، وكأنّ نظره في كون هذا الاحتمال في صالح الاستدلال إلى ما أشرنا إليه من وضوح كون قوله فإن أنستم منهم رشداً - إلى آخره - متفرّعاً عندئذٍ على حتى تنظروا إذا بلغوا النكاح، إذن فالشرط في قوله: إن أنستم منهم رشداً يكون بمعنى إن أنستم منهم رشداً وهم بالغوا النكاح، وهذا يعني أنّ البلوغ شرط في دفع أموالهم إليهم.

وهذا الذي ذكرناه لا يفرّق فيه بين افتراض كلمة حتى عندئذٍ للغاية أو للتعليل.

بقي الكلام في الوجوه الثلاثة التي استدللّ بها على كون إذا في المقام للظرفية فنقول:

أمّا الوجه الأوّل وهو كون خروج إذا عن الظرفية إن صحّ نادرًا لا يحمل عليه التنزيل فقد أجاب عليه السيّد الإمام ﷺ بأن ندرة استعمال (إذا) في غير

الظرفية ما لم تكن مخلة بالفصاحة لا توجب عدم حمل التنزيل عليه وذلك لوجود قرينة توجب ظهور الكلام في إرادة هذا المعنى النادر وهو (حتى) الغائية فإنّ العرف يفهم من الآية أنّ (حتى) للغاية ولا يستقيم ذلك إلاّ بخروج (إذا) عن الظرفية وبهذا يثبت ظهور الآية في إرادة غير الظرفية.

أقول: إن سلّمت صحّة وفصاحة استعمال (إذا) في غير الظرف فلا شكّ في أنّ ندرته توجب ظهور (إذا) في الظرفية فإنّ فرض لـ (حتى) ظهور في الغائية أقوى من هذا الظهور ثبت ما قاله السيّد الإمام من ظهور الآية في غير الظرفية، لأنّ ظهور (حتى) في الغاية غلب على ظهور (إذا) في الظرفية ولكن لا أدري أنّ مقصوده ﷺ هو ادّعاء ظهور (حتى) بشكل عام في الغاية مهما أمكن حملها على معنى الغاية أو أنّ مقصوده هو ادّعاء ظهورها في الغاية في خصوص هذه الآية المباركة؟ فإن كان المقصود هو الثاني فهو بحاجة إلى فرض قرينة خلقت هذا الظهور ونحن لا نعرفها.

وإن كان المقصود هو الأوّل فنحن نسلّم ظهور (حتى) في الغاية إن كان ما يقابلها هو العطف لأنّ العطف نادر ولكن لا نسلّم ظهورها في الغاية حينما يكون الاحتمال الآخر هو التعليل فإنّ هذا الاستعمال أيضاً رائج في كلمة (حتى) كرواج استعمالها في الغاية.

وأما الوجه الثاني وهو أنّه لو فرض خروج (إذا) عن معنى الظرفية وكون (حتى) للغاية إذن فقوله: إن آنستم منهم رشداً إشارة إلى نفس الرشد المستفاد بواسطة الابتلاء قبل البلوغ وهذا يعني أنّه لو بلغ ثم أونس منه الرشد لم يدفع إليه ماله وهذا واضح البطلان فقد يجاب عليه: بأنّ الارتكاز العرفي ومناسبات الحكم والموضوع يوجبان التجاوز عن هذا الإشكال والتعدي القطعي من إيناس الرشد

قبل البلوغ إلى إيناسه بعد البلوغ.

ولكن لا يخفى أنه لو فرض أحد يستظهر من الآية ان (حتى) للغاية وإن كلمة (إذا) خارجة عن الظرفية ويريد ان يصرّ على الالتزام بأن مفاد الآية إذن هو أنه يشترط في دفع المال إلى صاحبه إيناس الرشد منه قبل البلوغ، ولا يكفي إيناسه بعد البلوغ.

ورد على هذا الشخص هذا الجواب الذي ذكرناه فيقال له: كيف تفسّر الآية بهذا تفسير مع أنّ التعدي من إيناس الرشد قبل البلوغ إلى إيناسه بعد البلوغ قطعي بالارتكاز ومناسبات الحكم والموضوع.

ولكنني لا أظنّ أنّ مقصود صاحب الجواهر هو أنّه لو كان يعتقد أنّ (حتى) للغاية وإن كلمة (إذا) خرجت عن الظرفية لكان يعتقد بظهور الآية في اشتراط إيناس الرشد قبل البلوغ وعدم كفاية إيناسه بعد البلوغ.

ولعلّ مقصوده هو أنّ كون مقتضى الحاقّ الأوّلي لمفاد الكلام على تقدير خروج (إذا) عن الظرفية هو اشتراط خصوص الإيناس قبل البلوغ منضمّاً إلى الارتكاز والمناسبة المانعين عن ذلك أو جب ظهور (إذا) في المقام في الظرفية.

وبكلمة أخرى: إذا دار الأمر بين الأخذ بمفاد حاقّ اللفظ أو مفاد الارتكاز والمناسبات الخارج عن حاقّ اللفظ قدّم الثاني على الأوّل، لأنّ المفاد الأصلي لحاقّ اللفظ ليس هو كلّ شيء، والارتكاز والمناسبات يغيّران الظهور اللفظي لكن إذا لم يدر الأمر بينهما وكان هناك وجه آخر للكلام يلتزم فيه مفاد حاقّ اللفظ مع الارتكاز والمناسبات، فالتضارب الموجود في المعنى الأوّل بين مفاد حاقّ اللفظ والارتكاز أو المناسبات يكون قرينة على ذلك الوجه الآخر أو المعنى الآخر للكلام.

وما نحن فيه من هذا القليل فالتضارب الموجود بين الأمرين على معنى غائية (حتى) وخروج (إذا) عن الظرفية يشكل قرينة على كون (حتى) ابتدائية غير غائية وكون (إذا) ظرفية.

وأما الوجه الثالث وهو أنه لو فرض خروج (إذا) عن الظرفية وحمل (حتى) على الغاية وفرض أن المقصود بإيناس الرشد مطلق إيناس الرشد أو خصوص ما بعد البلوغ فهذا يعني أن إيناس الرشد شرط في دفع المال بعد البلوغ ولكن الابتلاء قد انقطع بحصول الغاية وهو البلوغ ومعنى ذلك أن اليتيم إذا بلغ سقط وجوب ابتلائه ويوكل الأمر إلى حصول إيناس الرشد ولو صدفة وهو غير محتمل.

فقد أورد عليه السيد الإمام عليه السلام بأن الارتكاز العرفي والمناسبة يمنعان عن فهم سقوط وجوب الابتلاء بالبلوغ إذا لم يظهر الرشد قبل البلوغ وبهذا يسقط مفهوم الغاية في المقام بل لا مفهوم للغاية في المقام من أساسها لأن الآية ليست بصدد بيان حدود الابتلاء بحسب الغاية وإنما هي بصدد بيان حدوده بحسب الابتداء، فذكر البلوغ جاء لتوضيح أنه لا بد أن يبتدأ بالاختبار من زمان بحيث يضمن عادة ظهور الحال إلى زمان البلوغ كي لا يتأخر تسليم المال إليه من أول البلوغ إن كان رشيداً، أما لو لم يظهر الحال إلى أول البلوغ لأي سبب من الأسباب أو لم يكن رشيداً فالابتلاء لا ينقطع وذلك بحكم الارتكاز ومناسبات الحكم والموضوع.

أما لو أغفلنا الاستفادة من هذا الارتكاز والمناسبة فالإشكال الذي ذكره صاحب الجواهر وهو لزوم عدم وجوب الابتلاء وجواز الإهمال بعد البلوغ مشترك الورود بينما لو حملنا (حتى) على الغاية وإذا على غير الظرف أو حملنا (حتى) على الابتداء والتعليل و(إذا) على الظرفية والشرطية فـ(حتى) على

الثاني نقول : إنّ الابتلاء في الآية مختص باليتيم، لأنّه الموضوع الذي أخذ في الحكم به، وقوله إذا بلغوا النكاح - إلى آخره - لو فرض كونه جملة شرطية على ما رامه، لكن لا شبهة في عدم انقطاعه عن الجملة السابقة وتفرّعه عليها فأيضاً يكون ما يتفرّع عليه الحكم هو الابتلاء قبل البلوغ والآية ساكتة عن الابتلاء بعد البلوغ فلا يجب .

ويمكن الجواب على هذا الإشكال الأخير بان فرض سكوت الآية عن الابتلاء بعد البلوغ شيء، وفرض اقتضاؤها لسقوط حكم الابتلاء بمفهوم الغاية شيء آخر، فمجرّد فرض السكوت لا يجعل مفاد حاقّ اللفظ في مقابل عدم احتمال انتهاء حكم الابتلاء بالبلوغ عند عدم ظهور الرشد، لكن فرض كون (حتى) للغاية يجعل حاقّ اللفظ في مقابل ذلك .

أمّا عدم دلالة الغاية هنا على المفهوم لعدم كونه بصدد البيان إلّا بلحاظ الابتداء دون الانتهاء فلو سلّم فإنّما يسلم بلحاظ نفي سنخ الحكم بناء على كونه مستفاداً من الإطلاق، ولا يسلم بلحاظ نفي شخص الحكم الذي هو بظهور وضعي لا بالإطلاق فلا يتقوّم بمقدمة كون المولى في مقام البيان وقد مضت الإشارة آنفاً إلى أنّ نفي الشخص هنا يساوق نفي السنخ لعدم احتمال وجود شخصين للحكم عرفاً وعقلاً ففرق بين مجرّد افتراض أنّ اليتيم جعل موضوعاً للابتلاء فقيل : ابتلوا اليتامى وبين الإتيان بأداة الغاية بأن يقال مثلاً : ابتلوا اليتامى إلى البلوغ ففي الفرض الأوّل يأتي احتمال أنّ اليتيم ليس هو الموضوع حتى لشخص الحكم بل الموضوع يشمل البالغ الذي لم يثبت رشده أيضاً وأنّما الذي صحّح عرفاً ذكر قيد اليتيم في المقام هو أنّ توهم رافعية الحجر المطلق لوجوب الابتلاء مختص باليتيم، ولا يأتي في البالغ فلعلّ الآية كانت بصدد بيان أنّ اليتيم رغم ثبوت الحجر

عليه حتى على تقدير الرشد لا بدّ من اختباره حذراً من تأخّر دفع المال إليه عن أوّل البلوغ لو كان رشيداً.

أمّا في الفرض الثاني فالإتيان بأداة الغاية ظاهر لا محالة في كون البلوغ غاية - على الأقل - لشخص الحكم.

على أنّ دعوى كون الآية بصدد بيان ابتداء الحكم فحسب دون انتهائه لا قرينة عليها، فإنّ مقصود المتكلّم لو كان هو تحديد الابتداء فحسب دون الانتهاء كان المناسب ان لا يذكر حرف الانتهاء ويقول مثلاً: وابتلوا اليتامى فإن آنستم منهم رشداً وقد بلغوا النكاح فادفعوا إليهم أموالهم.

وأمّا الإشكال الأوّل وهو أنّ الارتكاز والمناسبة يمنعان عن تخصيص حكم الابتلاء بما قبل البلوغ، فجوابه يظهر ممّا تقدّم فمن المحتمل أن يكون مقصود صاحب الجواهر أنّ مناقضة الارتكاز والمناسبة لمفاد حاقّ اللفظ على أحد الوجهين تكون قرينة عرفاً للوجه الثاني وهو كون (حتى) للابتداء و(إذا) للظرفية نعم لو انحصر الأمر بالوجه الأوّل وهو كون (حتى) للغاية و(إذا) لغير الظرف تجاوزنا ما يفهم من حاقّ اللفظ ببركة الارتكاز والمناسبة المؤثرين على ظهور الألفاظ.

وقد تحصل بكل ما ذكرناه أنّ الاستظهار الذي ذهب إليه صاحب الجواهر رحمته الله من كون (حتى) للابتداء و(إذا) للظرف والشرط لا بأس به في المقام وإنّ الوجوه التي استشهد بها على ظرفية (إذا) قابلة للقبول.

نعم هناك نكتة بلحاظ الوجه الثالث وهو أنّنا لو بنينا على أنّ المقصود بإيناس الرشد هو مطلق إيناس الرشد أو خصوص ما بعد البلوغ كما هو مبني الوجه الثالث دون خصوص ما قبل البلوغ فهنا لا ثمرة لفرض كون (إذا) ظرفية

وعدمه، وفرض كون (حتى) للابتداء أو للغاية فإنّ فرض شمول إيناس الرشد لما بعد البلوغ قرينة عرفاً على كون قوله ان آنستم منهم رشداً فادفعوا - إلى آخره - تفريع على المعنى والغاية أي الابتلاء والبلوغ لا على الابتلاء فحسب وبناء على هذا يتم الاستدلال بالآية على تقدير الحمل على الغائية فلا تبقى ثمرة بين الفرضين .

وقد تحصل حتى الآن ان هناك مسلكين لاستفادة المقصود من الآية :

أحدهما : حمل (حتى) على الغاية مع افتراض انّ المعنى وهو الابتلاء مشرب بمعنى الحجر عن التصرف حتى مع الرشد أو قل افتراض كون قوله فإن آنستم - إلى آخره - تفريعاً على المعنى والغاية لا على المعنى ، فحسب ، فعندئذٍ يستفاد استمرار الحجر إلى البلوغ .

والثاني حمل حتى على الابتداء والتعليل وافتراض ان (إذا) للشرط فيستفاد بمفهوم الشرط الحجر على غير البالغ .

وقد يقال : إنّ المسلك الثاني يتوقّف على الإيمان بمفهوم الشرط حتى في مثل كلمة إذا كما هو مختار صاحب الجواهر رحمته الله ، فبناء على ما اخترناه في علم الأصول من إنكار مفهوم الشرط مطلقاً أو على التفصيل بين المتمخّض في الشرطية كـ (إن) فيتم فيه المفهوم والأسماء كـ (إذا) فلا يتم فيها يبطل المسلك الثاني ، وإذا ضمنا ذلك إلى استظهار كون (حتى) للابتداء لا للغاية وكون (إذا) للظرف والشرط بطل الاستدلال بالآية على المقصود .

ولكن الواقع انّ إنكارنا لمفهوم الشرط بشكل عام في علم الأصول لا يضر بالاستدلال في المقام ، فأنّا لئن لم نقبل دلالة الشرط على انتفاء سنخ الحكم بانتفائه فلا إشكال في دلالة على انتفاء شخص الحكم بانتفائه فإذا ضمنا ذلك إلى ارتكازية انّ وجوب دفع المال إلى صاحبه الرشيد بعد البلوغ مع وجوبه قبل

البلوغ لو قلنا به ليسا بجعلين ، وأنما هما بجعل واحد فانتفاء شخص الحكم يلزم انتفاء سنخ الحكم في المقام وبه يثبت المطلوب .

هذا . ولعلك اقتنصت من كل البحث في المقام أننا نؤمن أولاً بما أفاده صاحب الجواهر رحمته الله من كون إذا في المقام أداة ظرف وشرط وحتى للابتداء وبتمامية دلالة الآية على المقصود عن هذا الطريق .

وثانياً بأنّه لو تنزلنا عن ذلك وحملنا حتى على الغاية وإذا على غير الظرف والشرط فأيضاً تتم دلالة الآية على المقصود لأننا نستظهر على هذا الفرض كون قوله : فإن آنستم - الى آخره - تفرعاً على المغيبي والغاية معاً وهذا يوجب إشراب المغيبي بمعنى الحجر الثابت حتى مع الرشد فيكون هذا الحجر مستمراً إلى زمان حصول الغاية وهي البلوغ .

بقي في الآية احتمال آخر وهو أن يقصد بالابتلاء اختبار البلوغ أي الفحص عنه لا الرشد وعندئذ فتكون الآية ظاهرة جداً في كون (حتى) للابتداء و (إذا) للظرف إذ لا معنى لكون البلوغ غاية للابتلاء بهذا المعنى كما نبّه عليه السيّد الإمام رحمته الله ^(١) ، وأنما الذي يعقل أن يكون غاية له هو تبين البلوغ والعلم به .

وعلى هذا الاحتمال تكون دلالة الآية على شرط البلوغ أوضح لأنها امرت باختبار البلوغ كي يدفع إليهم المال إن كانوا بالغين .

إلا أنّ هذا الاحتمال خلاف الظاهر جداً فإنّ ما يترقّب تحقيقه للكشف عن البلوغ أنما هو الفحص لا الابتلاء بمعنى الاختبار والتعبير عن ذلك بالابتلاء أو الاختبار تعبير مسامحي .

وعلى أية حال فقد تحصلت من كل ما ذكرناه تمامية دلالة الآية على المقصود.

أما إذا لم يقتنع أحد بكل ذلك وافترض الإجمال في الآية ولم يفده أيضاً ما قد يقال من إجماع الإمامية باستثناء النادر على شرط البلوغ، وذلك بدعوى احتمال مدركيته، فأما باب آخر نستطيع سلوكه لإثبات المقصود من شرط البلوغ وهو التمسك بالروايات في المقام، ولعلّ عمدتها في المقام ما يلي :
دلالة السنة على اشتراط البلوغ :

١ - ما عن حمران قال سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له : متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة ويقام عليه ويؤخذ بها ؟ قال إذا خرج عنه اليتيم وأدرك قلت : فلذلك حد يعرف به ؟ فقال : إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر أو انبت قبل ذلك اقيمت عليه الحدود التامة وأخذ بها وأخذت له قلت : فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة وتؤخذ بها ويؤخذ لها ؟ قال : إنّ الجارية ليست مثل الغلام إنّ الجارية إذا تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع و اقيمت عليها الحدود التامة وأخذ لها وبها قال : والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمسة عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك ^(١) وسند الحديث ضعيف بعد العزيز العبدى .

ويبدو من هذا الحديث أنّ بلوغ سن اليتيمة إلى تسع سنين غير كاف لانتهاء اليتيم وحصول سنّ التكليف إلّا إذا تزوّجت ودخل بها والبحث عن ذلك وإن كان

(١) الوسائل ١ : ٣٠ ، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات ، الحديث ٢ .

خارجاً عن عهدة هذا المقام، لأننا لسنا بصدد بحث البلوغ وعلائمه ولكن لا بأس باستطراد بحث السنّ فحسب كي نرى هل من الصحيح هذا الفاصل الكبير بين البنت والغلام في البلوغ السّنيّ أو لا؟ وهذا الحديث الذي ربط بلوغ البنت التي اتت عليها تسع سنين بالزواج وإن كان ضعيفاً سنداً ولكن يوجد ما يشابهه وهو تام سنداً وهو ما رواه العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن اليتيمة متى يدفع إليها مالها؟ قال: إذا علمت أنّها لا تفسد ولا تضيّع فسألتها إن كانت قد تزوّجت فقال: إذا تزوّجت فقد انقطع ملك الوصي عنها^(١).

ولو حمل التزويج هنا على الدخول طابقت هذه الرواية الرواية السابقة. وتؤيّد هاتين الروایتين رواية يزيد الكناسي في أحد نقليها وهو النقل الذي نقله الشيخ الطوسي رحمته الله فقط دون الكليني وهو وارد ضمن حديث مفصّل يقول فيه: قلت: أفتمام عليها الحدود وتؤخذ بها وهي في تلك الحال وأنما لها تسع سنين ولم تدرك مدرك النساء في الحيض؟ قال: نعم إذا دخلت على زوجها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها وأقيمت الحدود التامة عليها ولها...^(٢) فان فرض قوله: «دخلت على زوجها» كناية عن الدخول بها طابقت الرواية الرواية الأولى.

ولعل هذه الروايات تشير إلى أحد أمرين:
إمّا إلى كون زواجها أمانة ولو نوعاً على أنّها ادركت ونضجت وفي غير هذه الحال كان المترقّب ان لا تتزوج.

(١) الوسائل ١٣: ٤٣٢، الباب ٤٥ من أبواب كتاب الوصايا، الحديث ١.

(٢) الوسائل ١٤: ٢٠٩، الباب ٦ من عقد النكاح، الحديث ٩.

وإمّا إلى افتراض أنّ نفس زواجها والدخول بها له أثر في الإسراع بدركها ونضجها.

وتؤيّد هذه الروايات أيضاً رواية جعلت الحدّ السنّي للبلوغ في البنت ثلاث عشرة سنة وهي موثقة عمّار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال : إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فإن احتمل قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم^(١) فبضم هذا الحديث إلى الأحاديث السابقة يستفاد أنّ البنت تبلغ إذا أتى لها ثلاثة عشرة سنة إلا إذا حاضت قبل ذلك أو تزوّجت ولم يكن عمرها أقل من تسع سنين وهذه الرواية تخالف المشهور أيضاً في تعيين سنّ بلوغ الغلام.

وممّا يؤيّد أيضاً عدم بلوغ البنت بمجرد وصول سنّها إلى تسع سنين ما عن عبد الرحمان بن الحجّاج قال : سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الجارية التي لم تدرك متى ينبغي لها ان تغطّي رأسها ممّن ليس بينها وبينه محرم ؟ ومتى يجب عليها ان تقنّع رأسها للصلاة ؟ قال : لا تغطّي رأسها حتى تحرم عليها الصلاة^(٢) بناء على الملازمة بين تغطية الرأس وباقي التكاليف ولا يقبل الحديث التقييد بما قبل تسع سنين لأنّ البنت لا تحيض قبل تسع سنين ولا التقييد بمّن شكّت في مبلغ عمرها فلا تدري هل أكملت التسع سنين أو لا ثم حاضت فنجعل الحيض علامة على إكمال التسع سنين فإنّ هذا تقييد بفرض نادر.

(١) الوسائل ١ : ٣٢ ، الباب ٤ من مقدمة العبادات ، الحديث ١٢ .

(٢) الوسائل ١٤ : ١٦٩ ، الباب ١٢٦ من أبواب مقدمات النكاح ، الحديث ٢ .

وبهذا ظهر وجه الاستدلال بكل رواية علّقت بعض التكاليف في البنت على الحيض من قبيل ما ورد بسند تام عن اسحاق بن عمار قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن ابن عشر سنين يحج قال عليه حجة الإسلام إذا احتلم وكذلك الجارية عليها الحج إذا طمّثت ^(١) بل لعلّ هذا الحديث صريح في عدم كفاية إكمالها تسع سنين في بلوغ البنت لأنّ سؤال السائل كان عن ابن عشر سنين والإمام عليه السلام عطف عليه في الجواب الجارية وهذا يعني الجارية بنت عشر سنين .

وفي مقابل هذه الروايات روايات تدلّ على كفاية بلوغها تسع سنين من دون شرط الزواج في جري قلم التكليف عليها وهي ما يلي :

١ - موثقة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنة وكتبت عليه السيئة وعوقب وإذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك وذلك أنّها تحيض لتسع سنين ^(٢) . وفي السند آدم يبيع اللؤلؤ وبناء على اتحاده مع آدم بن المتوكلّ أبي الحسين يبيع اللؤلؤ فهو ثقة لشهادة النجاشي بتوثيقه .

إلا أنّ صدر الحديث مشتمل بظاهره على ما لا يفتي به مشهور الأصحاب من كون سن البلوغ للغلام ثلاث عشرة سنة .

٢ - ما عن الحسن بن راشد عن العسكري عليه السلام قال : إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجائز أمره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود وإذا تمّ للجارية تسع فكذلك .

(١) الوسائل ٨ : ٣٠ ، الباب ١٢ من أبواب وجوب الحج ، الحديث ١ .

(٢) الوسائل ١٣ : ٤٣١ ، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ، الحديث ١٢ .

هذا على ما ورد في الجواهر الطبعة الحديثة^(١) أمّا على ما ورد في الوسائل الطبعة الحديثة^(٢) وكذلك في التهذيب الطبعة الحديثة^(٣) فالمتن هكذا... وإذا تمّ للجارية سبع سنين فكذا. وعندئذ يكون متروكاً قطعاً كما هو الحال بالنسبة لتحديد ثمان سنين لبلوغ الغلام، وأمّا سنده ففيه العبدى على ما ورد في الوسائل الطبعة الحديثة، وكذلك التهذيب الطبعة الحديثة.

ولكن الظاهر أنّ الصحيح هو العبدى كما نقله السيّد الخوئي^(٤) عن بعض نسخ التهذيب وهو محمد بن عيسى بن عبيد فبناء على موثوقيته يكون السند تاماً. ٣ - مرسله الفقيه قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها وجاز أمرها في مالها وأقيمت الحدود التامة لها وعليها^(٥). ولعلّ نقل الصدوق رحمه الله لهذا الحديث عن الصادق عليه السلام إشارة إلى ما يأتي من حديث يزيد الكناسي.

٤ - رواية يزيد الكناسي في نقلها الآخر غير النقل الذي مضى وهو ما نقله الكليني والشيخ معاً عن أبي جعفر عليه السلام قال : الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتم وزوّجت وأقيمت عليها الحدود التامة لها وعليها...^(٦).

(١) الجواهر ٢٦ : ٣٧.

(٢) الوسائل ١٣ : ٣٢٢، الباب ١٥ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ٤.

(٣) التهذيب ٩ : ١٨٣، الحديث ٧٣٦.

(٤) في تفصيل طبقات الرواة الملحق بمعجم الرجال ٤ : ٥١١، حسب الطبعة الثالثة.

(٥) الوسائل ١٣ : ٤٣٣، الباب ٤٥ من أبواب الوصايا، الحديث ٤.

(٦) الوسائل ١٨ : ٣١٤، الباب ٦ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ١ و ١ : ٣١، الباب ٤

من أبواب مقدمة العبادات، الحديث ٣.

وسند الحديث تام بناء على فرض يزيد أبي خالد الكناسي متحداً مع يزيد أبي خالد القماط الكوفي الثقة، كما يشهد لذلك كون كناسة محلّة بالكوفة وأنّ الشيخ اقتصر في رجاله على ذكر يزيد أبي خالد الكناسي ولم يذكر يزيد أبا خالد القماط، مع أنّه اعترف ضمن ترجمة (كنكر) بأنّ أبا خالد القماط له كتاب. إلاّ أنّ البرقي ذكر أبا خالد الكناسي ويزيد أبا خالد القماط كلاهما من العنوانين في أصحاب الصادق عليه السلام ممّا يشعر بالتعدّد.

وعلى أيّة حال فلو تمّ سند الحديث في المقام فمتمته مضطرب بين النقلين اللذين عرفتهما والظاهر أنّهما حديث واحد كما تشهد له وحدة السند ووحدة الإمام المنقول عنه ووحدة المضمون باستثناء شرط الزواج.

٥ - ما ورد في الخصال للشيخ الصدوق عليه السلام عن أبيه عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن غير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: حدّ بلوغ المرأة تسع سنين^(١).

ويمكن تفسيره في مقام الجمع بينه وبين ما دلّ على اشتراط البلوغ لدى تسع سنين بالزواج بمعنى بيان الحدّ الذي لا يمكن ان تبلغ المرأة من حيث السنّ قبله فهذا لا ينافي اشتراطه بالزواج.

وإذا استحکم التعارض بين الطائفتين ووصلت النوبة إلى الترجيح فقد ترجّح الطائفة الثانية على الطائفة الأولى، لاقترب الطائفة الأولى إلى فتاوى العامة وابتعاد الثانية عنها، إذ يبدو أنّ العامة لا يفتون بالبلوغ في البنت باكتمال التسع سنين، بل يتراوح سنّ البلوغ في البنت في آرائهم بين الخمس عشرة سنة

إلى سبع أو تسع عشرة سنة^(١). وبعضهم ينكر تعلّق البلوغ بالسن في الغلمان والبنات، في حين أنّه يوجد لدى الإمامية الإجماع أو ما يشبه الإجماع على أنّ البلوغ السنّي في البنت يكون باكتمال التسع سنين.

وقد ترجّح الطائفة الأولى على الثانية بموافقة الكتاب التي يكون الترجيح بها قبل الترجيح بمخالفة العامة، ففي الكتاب آيتان قد تشهدان بالإطلاق على أنّ المقياس هو بلوغ النكاح أو الحلم والبنت البالغ عمرها تسع سنين ليست غالباً مدركة للإحساس الجنسي ولا بالغة للحلم :

الأولى - قوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح... ﴾^(٢).

والثانية - قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت إيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم... ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا... ﴾^(٣) ولا يصدق غالباً على البنت البالغ عمرها تسع سنين أنّها بلغت الحلم أو بلغت النكاح إلّا إذا تزوّجت ودخل بها فعندئذٍ يصدق ذلك إمّا حقيقة أو بمسامحة مقبولة.

ولكنني احتمل أنّ الحالم يطلق على الرجل ولا يطلق على المرأة فإن صحّ ذلك فالآية الثانية اجنبية عن المقام.

وقد يشهد لاختصاص الآية بالغلمان ما عن زرارة بسند فيه أبو جميلة عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله تبارك وتعالى ﴿ الذين ملكت إيمانكم ﴾ قال : هي

(١) راجع الخلاف للشيخ الطوسي ٢ : ١٢٠، وفقه السنة ٣ : ٥٧٦ - ٥٧٧.

(٢) النساء : ٦.

(٣) النور : ٥٨ - ٥٩.

خاصّة في الرجال دون النساء قلت : فالنساء يستأذن في هذه الثلاث ساعات ؟ قال : لا ولكن يدخلن ويخرجن...^(١).

إلا أنّ هذا راجع إلى ما ملكت الايمان ولا علاقة له بالأولاد، واحتمال الفرق وارد، ولذا ترى أنّ الاذن في ما ملكت الايمان خص بالأوقات الثلاثة، في حين أنّ الأطفال الذين بلغوا الحلم امروا بالاذن في كل زمان.

على أنّ في حديث آخر^(٢) تام السند عن الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام عمّم المملوكين للرجال والنساء^(٣).

هذا وقد يقال : إنّ هذه الآية ليست دليلاً أصلاً على كون بلوغ الحلم مقياساً للتكليف، فلعلّ هذا مقياس للاستئذان باعتبار أنّ بلوغ الحلم هو الذي تثبت به الشهوة فهو المناسب للاستئذان وإن فرض بلوغه سن التكليف قبل ذلك من دون شهوة.

وأما الآية الأولى فافتراض موافقتها للطائفة الأولى يبتني على تفسير بلوغ

(١) الوسائل ١٤ : ١٦٠، الباب ١٢١ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ٤.

(٢) الوسائل ١٤ : ١٦٠، الباب ١٢١ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ٢.

(٣) لا يخفى أنّ حديث فضيل بن يسار صريح في اختصاص الآية بالغلمان حيث ورد فيه... قال هم المملوكون من الرجال والنساء والصبيان الذين لم يبلغوا الحلم يستأذنون عليكم عند هذه الثلاث عورات من بعد صلاة العشاء وهي العتمة وحين تضعون ثيابكم من الظهر وقيل صلاة الفجر ويدخل مملوككم وغلمانكم من بعد هذه الثلاث عورات بغير إذن ان شاؤوا فان كلمة : « وغلمانكم » صريحة فيما قلناه بل قد يحتمل ان يكون الصبيان أيضاً مخصوصاً بالذكر كالفتيان والغلمان أي أنّه ملحق بالجوامد لا بالمشتقات فلا يستعمل للجامع بين المذكر والمؤنث.

النكاح بما يطابق بلوغ الحلم ولكن بالإمكان أن يقال: إنَّ بلوغ النكاح في الغلام يطابق بلوغ الحلم، وليس كذلك في البنت لأنَّ بلوغ النكاح في الغلام يعني قابليته لأنَّ يَنْكَحَ (بالصيغة المبنية للفاعل)، وهذا يطابق بلوغ الحلم وفي البنت يعني قابليتها لأنَّ تُنكَحَ (بالصيغة المبنية للمفعول) وهذا يطابق بلوغها حوالي تسع سنين. وقد حدّد في ضرورة من الفقه مدعمة بالروايات الكثيرة^(١) بخصوص التسع.

إذن فالترجيح بموافقة الكتاب يكون في صالح الطائفة الثانية.
ولا يقال: إنَّ هناك آية قرآنية أخرى تؤيّد بإطلاقها الطائفة الأولى وهي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾^(٢)
بدعوى أنَّ بلوغ الأشد يعني بلوغ الحلم.

فأنّه يقال: إنَّ كون بلوغ الأشد بمعنى بلوغ الحلم في المقام غير معلوم، وأنّما معنى بلوغ الأشد اكتمال القوى، ولعلّ المقصود به في المقام بلوغ حدّ التكليف زائداً الرشد من دون أن يكون ناظراً إلى بيان ما هو حدّ التكليف.
أمّا الاستعانة بما ورد في بعض الروايات من تفسير الأشد في هذه الآية بالاحتلام فخروج عن الترجيح بالكتاب.

على أنَّ الاحتلام ينصرف إلى الغلمان، لأنَّ النص بصدد إعطاء المقياس والمقياس لا يناسب فرض الندرة، والاحتلام إن كان في النساء فنادر.
ولو فرضنا: أنَّ هذه الآية تؤيّد الطائفة الأولى، والآية الأولى تؤيّد الطائفة

(١) راجع الوسائل ١٤ : ٧٠-٧٢، الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات النكاح.

(٢) الأنعام : ١٥٢، والإسراء : ٣٤.

الثانية إذن لا بدّ من مراجعة المرجح الثاني وهي مخالفة العامّة وهي في صالح الطائفة الثانية.

ثمّ إنّ إجماع الإمامية على كون سنّ التكليف في البنت عبارة عن تسع سنين وإن كان يناقش فيه بمدركيته، أو احتمال مدركيته ولكن قد يقال: إنّ اختلاف الروايات في الحكم بشكل متكافئ تقريباً يؤدّي بنا إلى الاطمئنان بأنّ هذا الإجماع لم يكن مستنداً إلى الروايات محضاً، بل إمّا كان على أساس الترجيح بموافقة الكتاب أو مخالفة العامّة، وهذا يؤيّد الطريق الذي سلكناه أو كان على أساس تلقّي الحكم جيلاً بعد جيل من الأئمة عليهم السلام وهذا يعني كون الإجماع تعبدياً.

ولنعد الآن إلى روايات شرط البلوغ في انتهاء الحجر:

٢ - ما ورد في الخصال عن أبيه عن سعد عن أحمد بن محمد عن ابن أبي نصر عن أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال حتى يبلغ أشده قال: وما أشده؟ قال احتلامه قال: قلت قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم قال: إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز عليه أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً^(١).

والراوي المباشر على ما ورد في الوسائل الطبعة الحديثة هو أبو الحسين الخادم بياع اللؤلؤ، ولكن ما ورد في كتاب الخصال الواصل إلينا هو نقل أبي الحسين الخادم الحديث بواسطة عبد الله بن سنان، واطنّ أنّ هذا هو الصحيح كي يطابق ما مضى من موثقة عبد الله بن سنان المروية عن عبد الله بن سنان بواسطة

آدم يباع اللؤلؤ، وكى يطابق أيضاً ما رواه الشيخ بسند له عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عز وجل ﴿ حتى إذا بلغ أشده ﴾ قال : الاحتلام قال فقال : يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة ونحوها فقال : لا إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز أمره إلا أن يكون سفهاً أو ضعيفاً قال : وما الضعيف ؟ قال : الأبله (٢).

فمن البعيد افتراض أنه تارة كان عبد الله بن سنان بخدمة الإمام وأبوه أيضاً بخدمته فسأل أبوه الإمام عن هذه المسألة وهو حاضر وأخرى حدث لآدم يباع اللؤلؤ نفس الحادث.

وعلى أية حال فوجود عبد الله بن سنان وعدمه لا يؤثر شيئاً في الحساب لأنه ثقة، وإنما الكلام في أبي الحسين الخادم يباع اللؤلؤ فإن كان هو آدم بن المتوكل فهو ثقة وهذا هو المفهوم من قول النجاشي : آدم بن المتوكل أبو الحسين يباع اللؤلؤ كوفي ثقة روى عن أبي عبد الله عليه السلام ذكره أصحاب الرجال له أصل... ولكن يظهر من الشيخ الطوسي التعدد حيث ذكر في الفهرست تارة آدم يباع اللؤلؤ وقال : كوفي له كتاب...، وأخرى آدم بن المتوكل وقال : له كتاب...، وثالثة آدم

(١) هكذا في نسخة الوسائل الحديثة والظاهر أن هذا غلط وإن الصحيح هو التعبير الوارد في الحديث الأول المنقول عن الخصال من قوله : ﴿ حتى يبلغ أشده ﴾ فإن هذه الآية* هي الآية المرتبطة بما نحن فيه دون آية ﴿ حتى إذا بلغ أشده ﴾**.

(*) الأنعام : ١٥٢.

(**) الأحقاف : ١٥.

بن المتوكل بن الحسين (ولعل الصحيح أبو الحسين) وقال: روى عن الصادق عليه السلام وهذا الثالث تكرار للثاني حتماً. وأما في رجاله فلم يذكر إلا اسماً واحداً وهو آدم بياع اللؤلؤ الكوفي ذكره في أصحاب الصادق ٧، والظاهر أن احتمال الوحدة أقوى. وعلى أية حال فحتى لو لم تثبت وثاقته عن هذا الطريق يكفينا أن الراوي عنه الحديث الذي نقلناه هو ابن أبي نصر وهو أحد الثلاثة الذين لا يروون إلا عن ثقة، وأما سند الشيخ الطوسي رحمه الله الذي قلنا: إنه ينتهي إلى عبد الله بن سنان ففيه سنده إلى علي بن الحسن بن فضال.

ويحتمل أن تكون روايات الباب الواردة عن عبد الله بن سنان كلها حاكية عن حديث واحد وهي الروايات الماضية^(١) زائداً رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المسلمين احتلم أو لم يحتلم وكتب عليه السيئات وكتبت له الحسنات وجاز له كل شيء إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً^(٢)، والسند تام والقاسم المشترك بينها جميعاً عدا النص المنقول عن الخصال هو أنها ترى أن البلوغ السنّي في الذكور يكون ببلوغ ثلاث عشرة سنة وتؤيدها موثقة عمّار الساباطي^(٣) التي مضت.

(١) اعني: الرواية الأولى من الروايات التي نقلناها في كفاية بلوغ البنت تسع سنين من دون شرط الزواج لجري قلم التكليف عليها. والرواية الثانية من الروايات التي نقلناها في اشتراط البلوغ لانتفاء الحجر، وهي رواية الخصال. والرواية الأخيرة التي نقلناها في ذيل رواية الخصال.

(٢) الوسائل ١٣: ٤٣١، الباب ٤٤ من أبواب الوصايا، الحديث ١١، و ١٢: ٢٦٨، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٣.

(٣) الوسائل ١: ٣٢، الباب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، الحديث ١٢.

ولكن يوجد في مقابل ذلك ما مضى من حديث حمran^(١) فإنه دلّ على أنّ المقياس السّتي في الغلام هو البلوغ خمس عشرة سنة، وكذلك ما مضى من حديث يزيد الكناسي في بعض نقوله فقد مضى أنّه نقل بشكّين أحدهما ضمن نص مفصّل رواه الشيخ الطوسي ولم يروه الكليني، والثاني ما رواه الكليني والطوسي معاً.

أمّا ما رواه الشيخ الطوسي وحده ففيه : ... قال (يعني أبا جعفر عليه السلام) : يا أبا خالد إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته...^(٢).

وأما ما رواه معاً فقد اختلف نقلهما على حدّ ما يرويه صاحب الوسائل في جملة واحدة حيث جاء في نقل الكليني : قلت الغلام إذا زوّجه أبوه ودخل بأهله وهو غير مدرك أتمام عليه الحدود على تلك الحال ؟ قال : أمّا الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا ولكن يجلد في الحدود كلها على مبلغ سنّه...^(٣). وزاد هنا في نقل الطوسي « فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة » ولكن نسخة الكافي المطبوعة بالطبعة الحديثة مشتملة أيضاً على هذه الزيادة.

وتوجد أيضاً روايات أخرى تدلّ على أنّ المقياس في بلوغ الغلام من حيث السن هو بلوغ خمس عشرة سنة، وبعضها تام سنداً من قبيّل ما ورد على

(١) الوسائل ١ : ٣٠، الباب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، الحديث ٢.

(٢) الوسائل ١٤ : ٢٠٩، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٩.

(٣) الوسائل ١٨ : ٣١٤ - ٣١٥، الباب ٦ من أبواب مقدّمات الحدود، وراجع أيضاً الكافي ٧ :

١٩٨، باب حدّ الغلام والجارية اللذين يجب عليها الحد تاماً، الحديث ٢، والتهذيب ١٠ :

٣٨، الحديث ١٣٣.

معاوية بن وهب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصيام ؟ قال ما بينه وبين خمس عشرة سنة واربعة عشرة سنة فان هو صام قبل ذلك فدعه ^(١).

أمّا ما قد يوهّم كون المقياس ست عشرة سنة فضيف سنداً وهو ما عن العباس بن عامر عمّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال يؤدّب الصبي على الصوم ما بين خمس عشرة سنة إلى ست عشرة سنة ^(٢).

على أنّه يمكن حمله جمعاً على إرادة ما بين أوّل خمس عشرة سنة إلى أوّل ست عشرة سنة فيعود مفاده مرة أخرى إلى أنّ المقياس هو تمام الخمس عشرة . هذا . وهناك رواية أخرى ردّدت المقياس بين ثلاث عشرة واربعة عشرة سنة وهي ما ورد عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : في كم تجري الأحكام على الصبيان ؟ قال : في ثلاثة عشرة وأربع عشرة قلت : فإنّه لم يحتلم فيها قال : وإن كان لم يحتلم فإنّ الأحكام تجري عليه ^(٣).

والسند ضعيف بـ (يحيى) بن المبارك الذي لا دليل على توثيقه إلّا على مبنى كفاية وروده في أسانيد تفسير علي بن ابراهيم .

وأمّا من حيث الدلالة فقد يقال : إنّ التريديد بين وقتين شاهد على النظر إلى إمكانية البلوغ وترقبها في هذه الفترة بعلامة أخرى دون أن يكون البلوغ بالسنّ وإلّا لما كان التريديد معقولاً .

وعلى أيّة حال فإنّ لم يمكن الجمع العرفي بين ما دلّ على الثلاث عشرة

(١) الوسائل ٧ : ١٦٧ ، الباب ٢٩ من أبواب من يصحّ منه الصوم ، الحديث ١ .

(٢) الوسائل ٧ : ١٧٠ ، الباب ٢٩ من أبواب من يصحّ منه الصوم ، الحديث ١٣ .

(٣) الوسائل ١٣ : ٤٣٢ ، الباب ٤٥ من كتاب الوصايا ، الحديث ٣ .

سنة وما دلّ على الخمس عشرة سنة، ففي رأي من يؤمن بأنّ المخصص إذا ابتلى بالتعارض وسقطا رجعا إلى العام أمكن ان يقال هنا بأنّ مقتضى إطلاق أدلة شرط الاحتلام عدم حصول البلوغ قبل الاحتلام خرج منه يقيناً ابن الخمس عشرة سنة، أمّا ابن الثلاث عشرة سنة فما دلّ على خروجه ابتلى بالمعارض فراجع فيه إلى إطلاق دليل اشتراط الاحتلام.

أمّا إن لم نقبل هذه القاعدة فبالإمكان الرجوع في المقام إلى إطلاق الكتاب كمرجح لأحد المتعارضين وهو آية بلوغ النكاح وآية بلوغ الحلم فمقتضى إطلاقهما انّ البالغ ثلاث عشرة سنة ليس بالغاً حدّ التكليف ما لم يحتلم، ولو ناقشنا في دلالة آية بلوغ الحلم لعدم وضوح دلالتها على كون بلوغ الحلم حدّاً للتكليف كفتنا آية بلوغ النكاح.

على انّ استصحاب عدم التكليف أيضاً يؤدي إلى نفس النتيجة.

٣- رواية هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو أشدّه وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله ^(١). والسند تام.

٤- ورواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن يتيم قد قرأ القرآن وليس بعقله بأس وله مال على يد رجل فأراد الذي عنده المال أن يعمل به مضاربة فاذن له الغلام فقال لا يصلح له أن يعمل به حتى يحتلم ويدفع إليه ماله

(١) الوسائل ١٢ : ٢٦٨ ، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه ، الحديث ٢ ، و ١٣ : ٤٣٠ ،

الباب ٤٤ من كتاب الوصايا ، الحديث ٩ ، والصفا ١٤١ ، الباب ١ من كتاب الحجر ،

قال وإن احتلم ولم يكن له عقل لم يدفع إليه شيء أبداً. ورواه أيضاً حسن بن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام^(١).

وكلاهما تام سنداً.

ما دلّ على كفاية الرشد :

وتوجد في مقابل هذه الروايات روايات أخرى قد يستفاد منها كفاية الرشد في جواز التصرف بلا حاجة إلى بلوغ سن التكليف من قبيل :

- ١ - ما مضى عن العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن اليتيمة متى يدفع إليها مالها ؟ قال : إذا علمت أنّها لا تفسد ولا تضيّع فسألته إن كانت قد تزوّجت فقال : إذا تزوّجت فقد انقطع ملك الوصي عنها^(٢). والسند تام.
- ٢ - ما رواه الصدوق بإسناده عن اصبع بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قضى أن يحجر على الغلام المفسد حتى يعقل^(٣).

٣ - روايات تجوز بعض التصرفات لبعض الصبيان بناء على حملها على كون المقصود أنّ تصرفاته تنفذ بقدر عقله ورشده من قبيل :

- أ - رواية عبد الرحمان بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته^(٤). والسند تام.

ب - رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز له في ماله ما اعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف وحق فهو

(١) الوسائل ١٣ : ٤٣٣، الباب ٤٥ من كتاب الوصايا، الحديث ٥.

(٢) الوسائل ١٣ : ٤٣٢، الباب ٤٥ من كتاب الوصايا، الحديث ١.

(٣) الوسائل ١٣ : ١٤٢، الباب ١ من أبواب الحجر، الحديث ٤.

(٤) الوسائل ١٣ : ٤٢٩، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا، الحديث ٣.

اعتبار الأهلية في المتعاقدين ١٣٥ جائز^(١). والسند تام.

ج - رواية عبد الرحمان بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته وإذا بلغ عشر سنين جازت وصيته^(٢). وفي سند الحديث سند الشيخ الطوسي إلى علي بن الحسن بن فضال.

د - رواية أبي بصير وأبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصي قال : إذا أصاب موضع الوصية جازت^(٣). وفي السند أيضاً سند الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال.

هـ - رواية منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته^(٤). وسند الحديث كالسابق.

و - ورواية جميل بن دراج عن أحدهما عليه السلام قال : يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم^(٥)، والسند هكذا ورد في الوسائل نقلاً عن التهذيب إلا أنه في التهذيب قد ورد جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أحدهما^(٦). وعلى أية حال فالسند صحيح.

(١) الوسائل ١٣ : ٤٢٩ ، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا ، الحديث ٤ ، و ٣٢١ ، الباب ١٥ من أبواب الوقوف ، الحديث ١ ، و ١٦ : ٥٨ مع حذف الوصية ، الباب ٥٦ من أبواب العتق ، الحديث ١ .

(٢) الوسائل ١٣ : ٤٢٩ ، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا ، الحديث ٥ .

(٣) و (٤) الوسائل ١٣ : ٤٣٠ ، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا ، الحديث ٦ و ٧ .

(٥) الوسائل ١٣ : ٣٢١ ، الباب ١٥ من أبواب الوقوف ، الحديث ٢ .

(٦) التهذيب ٩ : ١٨٢ ، الحديث ٧٣٣ .

ز - رواية عبيد الله الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن صدقة الغلام ما لم يحتلم قال : نعم إذا وضعها في موضع الصدقة ^(١). والسند تام.
ح - رواية محمد بن مسلم قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته. لذوي الأرحام ولم تجز للغرباء ^(٢). والسند تام.

ويمكن حمله جمعاً وتقييداً على من كان سنّه أقل من عشر سنين وإنّ الوصية لذوي الأرحام أقرب إلى الرشد منها للغرباء.

ط - رواية أبي بصير المرادي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال : إذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته ^(٣). والسند تام.

ي - رواية سماعة قال : سألته عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته فقال : إذا طلق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحققها فلا بأس وهو جائز ^(٤). والسند تام.

ك - رواية ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام رواها في الوسائل ^(٥) عن الكافي هكذا : عن عدّة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن محمد بن الحسين عن عدّة من أصحابه (بنا خ ل) عن ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يجوز طلاق الغلام

(١) الوسائل ١٣ : ٣٢١، الباب ١٥ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ٣.

(٢) الوسائل ١٣ : ٤٢٨، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا، الحديث ١.

(٣) الوسائل ١٣ : ٤٢٨ - ٤٢٩، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا، الحديث ٢.

(٤) الوسائل ١٥ : ٣٢٥، الباب ٣٢ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٧.

(٥) الوسائل ١٥ : ٣٢٥، الباب ٣٢، من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٥.

ووصيته وصدقته إن لم يحتلم.

قال صاحب الوسائل : وفي نسخة يجوز وكذا في رواية الشيخ .

أقول : على النسخة الأولى يكون مخصوصاً بما دون العشر سنين وعلى الثانية بها وبما فوقها .

وعن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن محمد بن الحسين جميعاً عن ابن فضال عن ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام مثله . انتهى ما في الوسائل . وهذا الحديث من حيث السند تام فإنَّ السند الأوَّل وإن كان ضعيفاً^(١) ولكنَّ السند الثاني تامٌّ ورواه صاحب الوسائل عن الكافي كما عرفت . وكذلك هو موجود

(١) منشأ الضعف إمَّا أن يكون على أساس عدم معرفة العدة الذين ينقل عنهم محمد بن الحسين وهذا قد يمكن الجواب عليه بأنَّ نقل محمد بن الحسين عن عدة يورث الاطمئنان وإمَّا أن يكون على أساس سهل بن زياد وهذا أمَّا يتم بناء على التعبير الوارد في الكافي وفي الوسائل من عبارة : « عن سهل بن زياد عن محمد بن الحسين الخ » إمَّا عبارة الشيخ في التهذيب والاستبصار فكما يلي : « محمد بن يعقوب عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد وعن محمد بن الحسين عن عدة من أصحابنا عن ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام » وهذا معناه وجود محمد بن الحسين في عرض سهل بن زياد وهذا يعني عدم ابتلاء السند بالضعف من ناحية سهل بن زياد .

إلا أنَّ الذي يبدو لي أنَّ نقل الكافي اضبط لأنَّ قوله في التهذيب والاستبصار : « وعن محمد بن الحسين » إن كان عطفًا على قوله عن عدة من أصحابنا ، ورد عليه أنَّ الكليني لا ينقل مباشرة عن محمد بن الحسين .

وإن كان عطفًا على قوله عن سهل بن زياد فالمتعارف حذف كلمة « عن » أي كان المفروض ان يقول : « عن سهل بن زياد ومحمد بن الحسين » .

في الكافي^(١) ويأتي بعده مباشرة في الكافي حديث بشأن الطلاق فحسب وهو كما يلي : علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن أبي عمير عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : [لا] يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين .

ولكنّ الشيخ رحمته الله في التهذيب^(٢) نقل عن الكليني لرواية ابن بكير السند الأوّل فحسب ، وأمّا السند الثاني فجعله^(٣) للحديث الثاني الذي جاء في الكافي مباشرة بعد الحديث الأوّل حاذفاً سند الحديث الثاني الوارد في الكافي . وكذلك الحال في الاستبصار^(٤) .

ولعلّ نسخة الكافي التي كانت لدى الشيخ الطوسي رحمته الله كانت كلمة (مثله) بعد السند الثاني ساقطة منه وكذلك سند الحديث الثاني كان ساقطاً فأصبح السند الثاني للحديث الأوّل سنداً للحديث الثاني وتطابق نقل صاحب الوسائل لما بين أيدينا من نسخة الكافي مع بعد زيادة سطر كامل ، مع أضبطية الكليني كل هذا يشهد لكون الصحيح هو هذه النسخة ، لا النقل الذي ورد في التهذيب . هذا كله من حيث السند .

وأما من حيث المتن فهو حسب ما ورد في الوسائل هكذا : « لا يجوز [وفي نسخة يجوز] طلاق الغلام ووصيته وصدقته إن لم يحتلم » وكلمة (إن لم يحتلم) تشهد لكون الصحيح هو نسخة (لا يجوز) إذ مع كلمة (يجوز) كان المناسب أن يقول : « وإن لم يحتلم » .

(١) الكافي ٦ : ١٢٤ ، باب طلاق الصبيان ، الحديث ٤ .

(٢) التهذيب ٨ : ٧٦ ، الحديث ٢٥٧ .

(٣) في التهذيب ٨ : ٧٥ - ٧٦ ، الحديث ٢٥٤ .

(٤) راجع الاستبصار ٣ : ٣٠٢ - ٣٠٣ ، الحديث ١٠٧٢ و ١٠٧٥ .

وأما حسب ما ورد في الكافي فكما يلي :

« [لا] يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل ووصيته وصدقته وإن لم يحتلم »
 ووجود الواو في جملة (وإن لم يحتلم) دليل على أنّ الصحيح هو نسخة يجوز وأنّ
 (لا) زائدة ، وتطابق التهذيب والاستبصار مع الكافي في وجود (الواو) يقوي
 احتمال صحّة وجود (الواو) وبالتالي يقوي احتمال زيادة (لا) . مضافاً إلى أنّ
 (لا) غير موجودة في التهذيب والاستبصار ، وإنّ الشيخ استدل بهذا الحديث على
 الجواز لا على عدم الجواز .

أما الجواب عن الاستدلال بهذه الروايات على كفاية الرشد في رفع الحجر
 فكما يلي :

أما رواية العيص بن القاسم فإن قصرنا النظر على صدرها وهو قوله : متى
 يدفع إليها مالها ؟ قال : إذا علمت أنّها لا تفسد ولا تضيّع . فقد يقال : إنّّه لا يدل
 على كفاية الرشد قبل البلوغ برفع الحجر ، لأنّ الرشد في البنات لا يكون عادة قبل
 بلوغ تسع سنين فالظاهر أنّ المقصود هو الرشد الحاصل بعد البلوغ ، أي أنّ
 المقصود بيان أنّ البلوغ وحده غير كافٍ لرفع الحجر فلا بدّ من الرشد أيضاً .

ولو فرض الإطلاق في الحديث يقيد بما دلّ على شرط البلوغ ولا أقصد
 بذلك التقييد بما ورد فيه قيد البلوغ فحسب حتى يدخل في البحث عن أنّ نتيجة
 هذا التقييد هل هي اشتراط البلوغ والرشد معاً ؟ أو كفاية كل واحد منهما مستقلاً
 سنخ ما يقال في مثل إذا خفي الاذان فقصر وإذا خفي الجدران فقصر ؟ من أنّه هل
 مقتضى الجمع تقييد الإطلاق الواوي أو تقييد الإطلاق الأوي مثلاً ؟ بل أقصد
 بذلك التقييد بما دلّ على شرط البلوغ والرشد معاً كالأية الشريفة حتى إذا بلغوا
 النكاح فإن آنستم منهم رشداً... وبعض الروايات من قبيل رواية هشام بن سالم

عن أبي عبد الله عليه السلام قال : انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو أشده ، وإن احتلم ولم يونس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله ، وغيرها من الروايات الماضية .

بل لا بأس أيضاً بالتقييد بروايات شرط البلوغ حتى غير المشتملة على شرط الرشد ، لأننا حتى إذا قلنا بشكل عام بأن الجمع بين روايتين مشتمل كل منهما على قيد كما يمكن أن يكون بالجمع بين القيدين ، كذلك يمكن أن يكون بجعل القيد هو أحدهما أو الجامع بينهما ، أو فرضنا أن الثاني أظهر ففي خصوص ما نحن فيه لا بدّ من الجمع بين القيدين بعد فرض وضوح عدم كفاية البلوغ بلا رشد لارتفاع الحجر ، لبداهة ثبوت الحجر على السفيه فلا يمكن الجمع في المقام بين الطائفتين بافتراض المقياس هو الجامع بين القيد بان يكفي أحدهما لانتهاء الحجر ، بل لا بدّ من الجمع بافتراض أن المقياس هو مجموع القيدين وهما البلوغ والرشد وهذا المقصود .

هذا كله بناء على غرض النظر عن ذيل رواية العيص .
 أمّا إذا لاحظنا الذيل أيضاً وهو قوله : « فسألته إن كانت قد تزوّجت فقال : إذا تزوّجت فقد انقطع ملك الوصي عنها » فالظاهر أن هذه الرواية هي من روايات عدم كفاية الوصول إلى التسع سنين للبلوغ في البنات وأنه لا بدّ من انضمام الزواج إلى ذلك كي ينقطع اليتيم أمّا إذا لم ينضم إليه الزواج فالبلوغ فيها يبقى ينتظر حصول الرشد وإن تأخر عن التسع سنين .

وعليه فالرواية اجنبية عن مسألة كفاية الرشد قبل البلوغ لزوال الحجر .
 وأمّا رواية الصدوق بإسناده عن اصبح بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قضى ان يحجر على الغلام المفسد حتى يعقل فبغض النظر عن ضعف سند له لم يدلّ

على شيء عدا كون السفه موضوعاً للحجر، وهذا لا ينافي كون الصغر أيضاً موضوعاً له ونحن لا نؤمن بمفهوم الوصف، وكون حتى للغاية لا يسئلزم نهاية الحجر بالعقل حتى في الطفل لأنّ الحجر الذي جعل العقل غاية له كان موضوعه الإفساد، وهذا لا ينافي فرض حجر آخر موضوعه الصغر لا ينتهي بالعقل، وأنما ينتهي بالبلوغ، كما أنّ الحجر الذي موضوعه التفليس مثلاً لا ينتهي بالعقل فحتى إذا كانت الغاية دالة على انتفاء سنخ الحكم فأنما تدلّ على انتفاء السنخ المتحد، مع هذا الشخص من الحكم في الموضوع لا على انتفاء حكم متقوم بموضوع آخر، وليس الغلام اسماً لخصوص من لم يبلغ حتى يقال: إنّ الرواية دلّت على أنّ الغلام الذي لم يبلغ محجور عليه حتى يعقل فيدلّ على كفاية الرشد حتى في غير البالغ في انتهاء الحجر، وإلاّ لكان ذكر قيد الإفساد وغاية العقل بلا فائدة.

وأما الروايات المرخصة لبعض تصرفات الصبي حينما يعقلها فالقاسم المشترك بينها أنّها ترخص في التصرفات الخيرية من قبيل الوصية والعق والصدقة ولم يرد في شيء منها الترخيص في التجارة والبيع والشراء، ويظهر من بعضها أنّ تصرفه الخيري أنّما ينفذ إذا أصاب موضعه وإذا كان هذا القيد مأخوذاً بعين الاعتبار في هذه الروايات فياترى من الذي يكون مسؤولاً عن ملاحظة وجود هذا القيد؟ لا يحتمل عرفاً كون ذاك هو الطفل نفسه، فإنّ الطفل هو المتهم باحتمال عدم الرشد وعدم وضع المال في غير موضعه فليس من المترقّب أن يوكل إليه أمر تمييز ذلك، وأنما المفهوم عرفاً من ذكر هذا القيد هو ملاحظة ذلك من قبل الكبار وأن لوليّه ان يراقبه ويشرف على عمله كي يعلم أنّه وضع المال في موضعه إذن فهذه الروايات أولاً لم ترفع الحجر عن الصبي في التجارة والبيع والشراء، وثانياً لم تطلق يد الطفل في ماله حتى في التصرفات الخيرية من دون

ملاحظة الولي وإشرافه، وكلّما تدلّ عليه هذه الروايات هو أنّ الصبي لو تصرف في ماله تصرفاً خيراً بحدود ما وصل إليه من الرشد ولاحظ الولي أنّ هذا التصرف في محله لم يجز له منعه عن ذلك، وهذا المقدار لا تتحاشى عنه، ونقيد إطلاقات الحجر بهذا المقدار.

هذا. وكـم فرق بين هذا الأدب الإسلامي المفهوم من هذه الروايات وما يذكره الفقه الوضعي من أنّه: «إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً. أمّا التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر...»^(١) ومقصودهم بما يكون نافعاً نفعاً محضاً ما يكون من قبيل قبول الهبة الذي يُثري الصغير ولا يتصور فيه فرض الضرر، وبما يكون ضاراً ضرراً محضاً التصرفات المجانية كالصدقة والهبة فهذا النوع من التصرف باطل من قبل الصغير وإجازة الولي أيضاً لا تنفعه في غير موارد مستثناة. ومرادهم بالتصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ما يكون من قبيل البيع والشراء والتجارة فهذا يبقى قابلاً للإبطال من قبل الولي أو من قبل نفسه حينما يكبر، اذن فالتصرفات الخيرية انعكس حالاً عندهم من البيع والشراء لأنّها ضارة ضرراً محضاً، في حين أنّ الشريعة الإسلامية ترى أنّ الإشراف الكامل للولي على الصبي المميز أنّما هو في مثل البيع والشراء والتجارة، وأمّا التصرفات الخيرية أو خصوص الصدقة والعق والوصية فليس للولي منعه عنها إذ رأى أنّه يضعها في موضعها.

مدى بطلان معاملات الصبي :

بقي كلام في مدى إبطال معاملات الصبي بالحجر عليه فما يصدر من الصبي

من التصرف في الأموال يمكن ان يقسم إلى خمس مراتب في التدرج من عدم الاستقلالية البحث إلى الاستقلالية البحتة وهي ما يلي :

١ - أن يكون الصبي مجرد وسيلة إيصال للمتاع إلى أحد الجانبين المتعاملين أو كليهما، فحاله حال حيوان ينقل عليه المال أو حال جماد يوضع عليه المال ويحول بالتحريك الكهربائي مثلاً من مكان إلى مكان.

٢ - أن يكون الصبي هو وسيلة إبراز قصد المتعاملين.

٣ - أن يكون الصبي هو الذي يتعامل ويتجر تحت إشراف الولي وإدارته وأمره ونهيه.

٤ - أن يكون الصبي هو الذي يتعامل ويتجر تحت إذن الولي وليس تحت إشرافه.

٥ - أن يستقل الصبي في التصرف والبيع والشراء تمام الاستقلال فلم يكن عمله تحت إشراف الولي ولا تحت إذنه.

ولا أقصد بالمرتبة الأولى أن يكون عمل الصبي خارجاً نهائياً عن عملية البيع والشراء أو المعاملة، بأن يكون العقد يجريه الشخصان الكبيران والطفل ليس إلا وسيطاً في إيصال الأمانة إلى صاحبها. وإنما أقصد بذلك افتراض أن المعاملة كانت معاطاتية والبائع حقق إيصال المال إلى المشتري، والذي به يتم الإيجاب مثلاً عن طريق هذا الطفل سنخ تحقيقه لذلك عن طريق حيوان، وبكلمة أخرى ان إبراز الإرادة الكامنة في نفس العاقد كان بفعل الصبي، وفرق هذا عن القسم الثاني هو أنه في القسم الأول يكون المنشيء والمبرز هو الولي وإن كان إبرازه بواسطة إيصال المال إلى القابل عن طريق الطفل كما قد يوصله إليه بواسطة حيوان، وأما في القسم الثاني فالطفل هو المنشيء عن الولي.

وحكم القسم الأول واضح بداهة انّ الطفل ليس بأخسّ حالاً من الحيوان فكما تصحّ المعاطاة بالإيصال عن طريق الحيوان تصحّ بالإيصال عن طريق الطفل.

وحكم القسم الأخير أيضاً واضح فأنّه القدر المتيقن من أدلّة الحجر ومنع تصرّف الطفل أنما الكلام في الأقسام الثلاثة الوسطى هل تكون مشمولة لأدلّة الحجر والمنع أو لا ؟

والتحقيق : انّ أدلّة الحجر والمنع الماضية تكون بأحد تعبيرين :

الأول - التعبير بالجواز وعدمه من قبيل ما مضى من قوله : متى يجوز أمره ؟ قال حتى يبلغ أشده .

والثاني - التعبير بدفع المال إليه وعدمه من قبيل الآية الكريمة ﴿ حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ ورواية هشام : انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو أشده وان احتلم ولم يونس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله .

والقسم الثاني الذي ينشئ فيه الطفل المميز للإنشاء عن وليه ليس مشمولاً للتعبير الأول فإنّ جواز أمره أو وصيته أو طلاقه مثلاً ليس عنواناً يصدق إلّا مع مستوى من الاستقلالية له بحيث يجوز وينفذ أمره هو من دون حاجة إلى تنفيذ الولي له بل قد يقال : إنّ العقد في مثل هذا الفرض لا يعدّ من أمر الصبي حتى يشمل له دليل عدم جواز أمره وأنما يعد من أمر الولي . وكذلك ليس مشمولاً للتعبير الثاني فأنّه بعد وضوح عدم إرادة الإقباض المادّي من الدفع إليه فقد يعطي الولي مال الطفل بيده ويأمره بإيصاله إيّاه إلى المأمّن الفلاني وتحت إشرافه ، ومن الواضح عدم دخول ذلك في النهي عن دفع المال إليه يكون المقصود من عنوان

الدفع إليه جعل المال تحت إدارته وهيمنته ولا علاقة لذلك بما نحن فيه. اذن يتمسك في المقام بإطلاقات أدلة المعاملات الدالة على صحة العقد بالنسبة للولي فان هكذا عقد يستند إلى الولي بلا إشكال.

وكذلك الحال في القسم الثالث وهو تجارة الصبي بإشراف الولي وإدارته فهذا أيضاً ليس مشمولاً للعنوان الأول، باعتبار ان جواز الأمر يعني نوعاً من الاستقلالية للشخص ونفوذ أمره بلا حاجة إلى تنفيذ غيره إيّاه، وفرض الإشراف ينهي هذه الاستقلالية، ولا مشمولاً للعنوان الثاني لما عرفت من ان المفهوم من إعطاء المال بيده بعد وضوح عدم إرادة الإعطاء الجوارحي هو جعله تحت إدارته وسلطته، وفرض إشراف الولي عليه ينهي هذه الحالة. فهذه الأدلة لا تدلّ على بطلان هكذا عقد فيتمسك بإطلاقات أدلة المعاملات بالنسبة لهذا الصبي ووجوب التزامه به بعد بلوغه، بل ان الآية الشريفة وابتلوا اليتامى - إلى آخره - تدلّ على صحة عقد الصبي المميّز تحت إشراف الولي فان ابتلاء اليتيم يكون بهذا.

ولا يقال: إن الأمر بابتلاء اليتيم لا يلزم الحكم بصحة معاملته فلعله يبتلى بجعل المعاملة والتجارة تحت يده، ثم يحكم ببطلان تلك المعاملة أو التجارة.

فأنه يقال: إن الملازمة العقلية وإن كانت غير موجودة في المقام لكن المفهوم العرفي من الأمر بإيقاع التجارة والمعاملة على يد الطفل ولو اختباراً هو صحة تلك المعاملة أو التجارة.

وأما ما أفاده السيّد الإمام عليه السلام ^(١) من أن الآية لا تدلّ على صحة معاملة الصبي لأنّها واردة مورد بيان حكم آخر وهو إيجاب الاختبار فلا تدلّ بإطلاقها

على صحة المعاملة. ويمكن فرض إيجاب اختباره بتوريطه في المعاملة والتجارة ثم الحكم بطلان تلك المعاملة أو التجارة.

أقول: نحن لا نتمسك بإطلاق الآية لإثبات صحة معاملة الصبي، وإنما نتمسك بالدلالة الالتزامية العرفية للأمر بتوريط الصبي في المعاملة على صحتها. والظاهر أن السيد الإمام عليه السلام ينظر إلى رد ما نقله عن أبي حنيفة من أن الآية تدلّ بإطلاقها على ابتلاء الطفل بأي شكل ممكن، ومن أشكال الابتلاء هو توريطه في المعاملة والتجارة، فالآية بإطلاقها دلّت على ابتلاء الطفل بتوريطه في التجارة وبالتالي تدلّ على صحة تلك التجارة فهنا يقول السيد الإمام: إن الآية واردة مورد حكم الابتلاء فلا إطلاق لها لصحة المعاملة.

أقول: إن أبا حنيفة أيضاً لم يتمسك - في المنقول عنه - بإطلاق الآية لإثبات المعاملة مباشرة حتى يورد عليه بأن الآية ليست في مقام بيان حكم الصحة، وإنما هي في مقام بيان الأمر بالابتلاء والاختبار، وإنما تمسك بإطلاق الآية بلحاظ نفس الأمر بالابتلاء وقال: إن هذا يشمل ابتلاءه بتوريطه في التجارة وإذا صحّ الأمر بتوريطه في التجارة فهذا يدلّ على صحة التجارة. وهذا كما ترى لا يردّ عليه إشكال السيد الإمام عليه السلام، نعم يردّ عليه: أنه إن أراد بهذه الدلالة دعوى الملازمة العقلية بين إيجاب توريطه في التجارة وصحتها، فمن الواضح عدم الملازمة العقلية إذ بالإمكان كما أفاد السيد الإمام أمره بالتجارة ثم الحكم بطلان تجارتها.

وإن أراد بذلك الملازمة العرفية فلا ملازمة عرفية بين الدلالة الإطلاعية للآية على توريطه في التجارة وصحة التجارة. نعم لو أمرت الآية بخصوص توريطه في التجارة لا ينبغي الإشكال في دلالة ذلك عرفاً على صحتها.

والتحقيق أنَّ الآية قد أمرت بذلك بالخصوص لا بالإطلاق فإنَّ المفهوم عرفاً من الأمر بالابتلاء في مورد اختبار الرشد التجاري والمعاملتي هو النظر إلى ابتلائه بالتجارة بحيث يكون تخصيصه بنحو آخر من الابتلاء غير عرفي. إذن فتتم الدلالة الالتزامية العرفية للآية على المدعى.

أمَّا ما قد يقال من أنَّ الآية أنَّما دلَّت على صحَّة التجارة الاختبارية وهذا هو القدر الذي ادَّعى أبو حنيفة فهمه من الآية لا على صحَّة تجارته بإشراف الولي بعد إحراز رشده وانتهاء الاختبار فهو أمر بعيد عن فهم العرف فليس من الأمر العرفي التفصيل بين تجارته في خصوص حالة الاختبار وتجارته بعد ذلك مثلاً بإشراف الولي بصحَّة الأولى دون الثانية.

والسرفي ذلك أنَّ حالة الاختبار ليست مستثناة من حكم الحجر المستفاد من نفس الآية المباركة، وهذا شاهد على أنَّ الاختبار المأمور به أنَّما يكون باتجار الصبي بإشراف وليه لا باتجاره المستقل عن وليه، وأنَّ السرفي صحَّة تجارته ومعاملته هو إشراف الولي لا كون المعاملة معاملة اختبارية.

أمَّا إذا أصررنا على أنَّ المعاملات الاختبارية مستثناة من حكم الحجر خصوصاً بناءً على أنَّ الاختبار في كثير من الأوقات يلزم سحب الإشراف كي يرى أنَّ الطفل كيف يتصرَّف من دون إشراف عليه.

فعندئذٍ يقال: إنَّ الآية تدلُّ على صحَّة معاملات الصبي في الجملة بنحو يمكن أن تروج في سوق المتديّنين، أمَّا صحَّة خصوص المعاملات الاختبارية فلا تؤدي إلى رواج معاملات الصبي في سوق المسلمين لندرة المعاملات الاختبارية فكيف يمكن عندئذٍ اختبار الصبي بإيكال المعاملة إليه من دون إشراف الولي، في حين إنَّ المتديّنين لا يعلمون بأنَّ هذه المعاملة صدفة هي من تلك النادرة كي

يقدمون على التعامل معه ؟ !

أمّا ما هو مقدار المعاملات الصحيحة الرائجة في السوق ؟ فطبعاً لا إطلاق للآية في ذلك فلا بدّ من الاختصار فيه على القدر المتيقن، والقدر المتيقّن من ذلك هو معاملات الصبي بإشراف الولي .

وأمّا القسم الرابع الذي لم يعتمد الطفل فيه في معاملته على إشراف الولي وأنما اعتمد على إذنه فحسب فالظاهر بطلانه، لأننا لئن شككنا في شمول القسم الأوّل من قسمي دليل البطلان إيّاه وهو ما ورد بعنوان عدم الجواز والنفوذ بدعوى أنّ النفوذ مع الاذن لعله لا ينافي عنوان عدم جواز أمره فلا إشكال في شمول القسم الثاني إيّاه وهو ما دلّ على عدم دفع المال إليه، فإنّ النهي عن دفع المال إليه الذي كان بمعنى النهي عن تسليطه إيّاه يشمل الاذن الخالي عن الإشراف حتماً، وإلّا للغي هذا النهي عرفاً إذ بإمكان كل ولي يرغب ان يدفع مال الطفل المميز إليه ان يأذنه في التصرّف كي يجوز دفع المال إليه، فمعنى النهي عن تسليط الأطفال على أموالهم هو المنع عن اذنتهم بالتصرّف في الأموال من دون الإشراف عليهم . إذن فالنتيجة هي انّ معاملات الصبي باطلة ولو كان مميزاً ورشيداً إلّا بإشراف الولي ولا فائدة في مجرد الاذن .

نعم في الأمور الجزئية أو الدوائر الضيقة من التصرّف لا يبدو كثير فرق بين الاذن والإشراف فهما يتقاربان أو يتلازمان خارجاً، فالطفل الذي أخذ تومانا من أبيه مثلاً ليشتري خبزاً واذن له أبوه بذلك فقد أشرف على عمله في نفس الوقت وكذلك الطفل الذي أخذ مبلغاً محقراً من المال من وليه ليشتري ما يشتهي واذن له الولي من دون الاهتمام بأنّه هل سيغبن في ما يشتريه أو لا، لعلمه بحقارة المبلغ على أي حال كان هذا كافياً في صدق الإشراف المقصود، وهذا بخلاف الطفل

الذي أخذ من أبيه مالاً لتجارة مفصلة فاذن له أبوه من دون إطلاع على تفاصيل الأمر فهذا هو الاذن المنفصل عن الإشراف.

ولعل المقصود لكثير ممن شرط إذن الولي في صحة تعامل الصبي هو ما سمّيناه بالإشراف.

وعلى أية حال فقد يقال بعدم اشتراط الاذن أو الإشراف في معاملات الصبي في المحقرات وذلك تمسكاً بالسيرة.

أقول : إن كان المقصود بالسيرة سيرة المتشرعة فبناء على ثبوتها مستمرة إلى زمان المعصوم فالمتيقن منها هو ما كان عن اذن أو إشراف، أمّا بدون ذلك فلم يعرف عن غير اللامبالين في الفقه والأحكام.

وإن كان المقصود سيرة العقلاء بدعوى أنّ النواهي الماضية لا تصلح للردع عنها لأنّ ردعها يكون بإطلاقها للمحقرات في حين أنّ سيرة عريقة وعميقة من هذا النمط لا يكفي في الردع عنها مجرد إطلاق من هذا القبيل، بل هي بحاجة إلى ردع أقوى قلنا : أولاً إنّ إطلاق الأدلة للمحقرات إطلاق قويّ مفهوم وكافٍ للردع عن مثل هذه السيرة.

وثانياً أنّ سيرة العقلاء على التعامل مع الصبي بالنسبة لغير دائرة الاذن أو الإشراف من قبل الولي ليست سيرة عميقة الجذور في المرتكزات العقلانية بل هي أيضاً سيرة عدم المبالاة بنفس المرتكزات العقلانية، فمسألة حجر الصغير حتى في المحقرات مسألة عقلانية أيضاً كما هي شرعية، ونحن نرى أنّ النظم الوضعية القائمة على أساس التشريعات العقلانية معترفة أيضاً بحجر الصغير من دون تفصيل بين الأموال الجليّة والمحقرة.

وهناك وجه آخر لإثبات جواز معاملات الصبي في المحقرات من دون

حاجة إلى اذن الولي أو إشرافه وهو التمسك برواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : نهى رسول الله صلّى الله عليه وآله عن كسب الإماء فأنها إن لم تجد زنت إلا أمة قد عرفت بصنعة يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإنه إن لم يجد سرق^(١).

ووجه الاستدلال هو أن المتيقن ممن اريد بهذا الخطاب هو سيّد الأمة وولي الصبي بحيث ليس من الفهم العرفي فرض اختصاص الخطاب بغير السيّد والولي، اذن فيعلم من ذلك ان كسب الصبي لم يكن باذن وليه أو إشرافه وإلا فلا معنى للتخوّف من فرض عدم وجدانه المؤدّي إلى إقدامه على السرقة، لأنّ الولي الذي يأذن له بالكسب أو يشرف على كسبه من الطبيعي أنّه يضع مالاً تحت يده كي يكتسب به رغم عدم الاذن والإشراف تفهم من الحديث صحّة معاملة الصبي، لأنّه علّل النهي بتخوّف السرقة وخصّه بما إذا لم يحسن الصناعة بيده كي يؤدّي ذلك إلى تخوّف السرقة، فلو كان كسبه باطلاً من أساسه لم يناسب تعليل النهي بالتخوّف من احتمال السرقة ولا التخصيص بفرض ما إذا لم يحسن الصناعة الموجب لذلك التخوّف هذا.

إضافة إلى ما قد يقال من ان هذا النهي تنزيهيّ حفظاً لوحدة السياق بينه وبين النهي عن كسب الإماء المحمول على الكراهة بلا شك.

وأما وجه تخصيص الاستدلال بهذا الحديث بالمحقرات فهو أنّ الحديث ليس بصدد بيان صحّة معاملات الصبي كي يتم فيه الإطلاق، وأنما هو بصدد بيان النهي عن كسبه حينما لا يحسن الصناعة بيده فإذا لم يتم فيه الإطلاق فلا بد من

الاقتصار في إثبات صحة معاملاته على القدر المتيقن وهو فرض كون المعاملة في المحقرات.

هذا. والوجه الأخير للاستدلال بهذا الحديث وهو كون النهي محمولاً على الكراهة وإن أمكن الإبراد عليه بأن حفظ وحدة السياق لا ينحصر بالحمل على الكراهة، بل يكون أيضاً بحمل النهيين على الجامع بين الحرمة والكراهة، وعلمنا الخارجي بأن الحكم الواقعي في مورد النهي الأول هو الكراهة لا الحرمة لا يقتضي العلم بأنه في مورد النهي الثاني أيضاً كذلك فلا دلالة للحديث بوحدة السياق على نفي الحرمة عن استفادة الولي من كسب الصبي.

ولكن يكفينا للاستدلال الوجه الأول وهو أنه لو كانت معاملات الصبي بلا اذن أو إشراف باطلة لما كان من المناسب تعليل ذلك بالتخوف من احتمال السرقة، وتخصيصه بما إذا لم يحسن الصناعة بيده.

ولكن الانصاف عدم تمامية الاستدلال بهذا الحديث على المقصود بغض النظر عن ضعف سنده بالنوفا في ذلك.

أولاً - لأنه إذا لم يتم الإطلاق في الحديث لعدم كونه بصدد بيان صحة معاملة الصبي ولزم الاقتصار على القدر المتيقن فبالإمكان تخصيص الحكم بالصحة بفرض الاذن والإشراف.

أمّا القول بأنه لا يحتمل في مورد الحديث فرض الاذن أو الإشراف إذ معه لا يأتي احتمال عدم كون الصبي واجداً للمال فيسرق لأن الولي هو الذي يضع المال تحت يده.

فمدفوع بإمكان افتراض انّ الولي اذن له في إيجار نفسه لصنع عمل يستحق به الإجرة لا في مال اعطاه إياه للبيع أو الشراء كما هو المناسب لكلمة

«صناعة بيده» الواردة في الحديث كما نشير إلى ذلك أيضاً في الإشكال الثاني.

وثانياً - لنفترض أنّ الحديث مطلق ينظر حتى إلى فرض عدم الإذن والإشراف ولكن المقصود بكسب الأمة والصغير في هذا الحديث هو عملهما صنعة للناس لقاء أجره اليد وذلك بقرينة قوله : «إلا أمة قد عرفت بصنعة يد» وقوله : «الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده»، ومن الواضح أنّ الصغير لو عمل للناس بالأجرة ملك أجره اليد حتى لو كان بغير إذن الولي وإشرافه وافترضنا بطلان الإيجار، فإنّ عمل المسلم محترم على أي حال. غاية الأمر أنّه مع فرض بطلان الإيجار يملك أجره المثل لا المسماة، ولو تبرّع صاحب العمل له باجرة أكثر من أجره المثل ملكها أيضاً بلا إشكال.

وعليه فالرواية أجنبية عن المقام إطلاقاً.

دعوى كون الصبي مسلوب العبارة :

وقد يقال - في مقابل ما اخترناه من كفاية إشراف الولي لصحة معاملات الصبي وكذلك صحة إنشاء الصبي وكالة عن الولي :- أنّ الصبي مسلوب العبارة فلا تصحّ منه المعاملة والعقود بأي شكل من الأشكال، وذلك لوجود دليلين آخرين على حجره يثبتان هذا الحجر بمعناه الواسع فثمن كانت الأدلة السابقة لا إطلاق لها لإثبات هذا المستوى من إبطال عقود الصبي فبالإمكان التمسك بإطلاق أحد هذين الدليلين.

الدليل الأوّل - حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم فعن ابن ظبيان قال : أتني عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها فقال علي عليه السلام : أما علمت أنّ القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم

حتى يستيقظ؟! ^(١). والسند غير تام.

وفي موثقة عمّار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الغلام، متى تجب عليه الصلاة قال إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم، والجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم ^(٢).

ولعلّ أوّل ما يخطر بالبال من الإشكال على الاستدلال بحديث رفع القلم هو أنّه لم يثبت كون المقصود رفع قلم الحكم، فلعلّ المقصود رفع قلم كتب السيئات مثلاً المستفاد من قوله تعالى: ﴿إِنَّ عَلَيْكُمْ لِحَافِظِينَ كَرَامًا كَاتِبِينَ يَعْلَمُونَ مَا تَفْعَلُونَ﴾ ^(٣) وقوله تعالى: ﴿وَكُلَّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَنْشُورًا﴾ اقرأ كتابك كفى بنفسك اليوم عليك حسيباً ^(٤).

ولا يقال: إنّ الرفع الصادر من الشارع بما هو شارع يناسب رفع قلم الحكم لا قلم كتب السيئات.

فأنّه يقال: قد يكون هذا الرفع صادراً من المولى بما هو مولى وكما أنّ كتب الحكم من شؤون المولى بما هو مولى فيناسبه رفعه، كذلك كتب السيئات من شؤونه.

ثم يخطر بالبال الجواب على هذا الإشكال بأننا نتمسك بالإطلاق لإثبات أنّ المرفوع جامع القلم فيشمل قلم كتب السيئات وقلم الحكم.

(١) الوسائل ١: ٣٢، الباب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، الحديث ١١.

(٢) نفس المصدر، الحديث ١٢.

(٣) الانفطار: ١٠-١٢.

(٤) الإسراء: ١٣-١٤.

ولكنّ الواقع أنّ التمسّك بالإطلاق هنا ليس في محله وتوضيح ذلك : أنّ عملية اقتناص الإطلاق من مثل أكرم العالم مثلاً لإثبات أنّ المقصود هو الجامع بين العالم العربي والعالم الفارسي يمرّ بمرحلتين : (الأولى) إثبات أنّه قصد بالعالم الجامع بين العالم العربي والعالم الفارسي وذلك ليس بمقدمات الحكمة، بل بأصالة الحقيقة وبأصالة تطابق المقصود الجدّي للمقصود الاستعمالي.

(والثانية) نفي تقييد لهذا الجامع المقصود بمقدمات الحكمة.

وأما في مثل المقام الذي لم يقصد بالقلم المعنى الحقيقي المفهوم لنا، وإنّما كان المقصود الاستعمالي أو الجدّي معنى مجازياً واستعارياً وكنائياً فالمرحلة الأولى وهي مرحلة إثبات إرادة الجامع لا نستطيع أن نثبتها ونجتازها إلى المرحلة الثانية، لأنّ أحد الأصلين وهما : أصالة الحقيقة أو أصالة تطابق المقصود الجدّي للمقصود الاستعمالي منخرم في المقام يقيناً.

نعم قد يتفق إحراز المرحلة الأولى بواسطة بعض القرائن أو المناسبات كما لو قال : أكرم الأسود وعرفنا أنّ المقصود به إكرام الشجعان فالمناسبة المجازية الشائعة بين المعنى الحقيقي والمجازي للكلمة هنا تساعد وفق المركز العرفي على كون المقصود بالأشود جامع الشجعان وتصل النوبة إلى احتمال تقييد هذا الجامع بقيد فينفي ذلك بالإطلاق ومقدمات الحكمة.

وأما في المقام فلا ارتكاز أو قرينة أو مناسبة تدلّ على إرادة الجامع بين قلم الحكم وقلم كتب السيئات من كلمة القلم، فكما يناسب المقام إرادة الجامع منها أو إرادة خصوص قلم الحكم، كذلك يناسب المقام إرادة خصوص قلم كتب السيئات.

ومما يؤيّد احتمال كون المراد بالقلم قلم السيئات، المقارنة بين ما مضى

من موثقة عمار قال سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فإن احتمل قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم، والجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم.

ورواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال إن أولاد المسلمين موسومون عند الله شافع مشفع فإذا بلغوا اثنتي عشرة سنة كانت (كتبت خ ل) لهم الحسنات فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات^(١). فترى أن في رواية طلحة جعل مكان جملة (جرى عليه أو عليها القلم) جملة (كتبت عليهم السيئات) وليس في السند من يتوقف لأجله عدا طلحة بن زيد، وقد روى عنه صفوان بن يحيى في سند تام، وقال عنه الشيخ : عامي المذهب إلا أن كتابه معتمد.

أما إذا غفلنا عن قلم كتب السيئات وحملنا الحديث على قلم كتب الأحكام فلا نشك في أن القدر المتيقن من ذلك قلم الحكم التكليفي الذي هو مرفوع عن الصغير يقيناً وهل يشمل بالإطلاق قلم الحكم الوضعي أو لا ؟

قد يقال بنفس التقريب الذي مضى : إن إطلاقاً من هذا القبيل غير ثابت في المقام، لأن قلم الوضع وقلم التكليف كلاهما قلم مجازي وكنائي فلا يمكن إثبات إرادة الجامع بينهما بالإطلاق.

وإن لم نقبل ذلك وقلنا : إن المرتكز العرفي والمتشرعني يقتضي افتراض أن كتب الحكم التكليفي وكتب الحكم الوضعي عملاً لقلم واحد وهو قلم الحكم

(١) الوسائل ١ : ٣٠، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات، الحديث ١، وقد ورد الحديث في

وليسا قلمين فظاهر الكلام بمناسبة ما عرفت هو إرادة الجامع فقد اجتزنا بذلك المرحلة الأولى التي نحتاجها في باب الإطلاق، أو أنكرنا أصلاً فرض كون هذه الأقلام أقلاماً مجازية واستعارية وافترضنا أن القلم موضوع لمطلق ما يثبت وأن قلم الأحكام وضعاً وتكليفاً وقلم كتب السيئات كلها مصاديق حقيقية لمعنى الكلمة.

قلنا: إن المرحلة الثانية وهي نفي القيد بمقدمات الحكمة لا تتم في المقام وذلك لأمرين :

الأمر الأول - إن كلمة رفع القلم عن الصبي أو جريه عليه تدلّ على رفع ثقل عنه أو جريه عليه على ما هو مفهوم من كلمة عن أو من كلمة على والثقل أنما يكون للحكم التكليفي أو لكتب السيئات، أما الحكم الوضعي فحينما يوجب الثقل كما في النجاسة مثلاً فأنما يوجبه بواسطة الحكم التكليفي، وما يثقل الظهر مباشرة إنما هو الحكم التكليفي أو السيئات، وهذه المناسبة تصرف الكلام إلى نفي الحكم التكليفي أو السيئات أو - على الأقل - تمنع عن تمامية الإطلاق.

ولا يقاس رفع القلم برفع ما أكرهوا عليه مثلاً الذي نسب الرفع فيه في بادئ النظر إلى ذات الفعل المكروه عليه، فقيل: إنه يشمل بإطلاقه رفعه بلحاظ حكمه الوضعي أيضاً فيبطل البيع المكروه عليه، فإن الرفع في المقام قد نسب إلى قلم الحكم، والقلم الثقيل مباشرة أنما هو قلم التكليف لا قلم الوضع فينصرف ذلك إلى قلم التكليف أو على الأقل لا يتم الإطلاق بالنسبة لقلم الوضع، وهذا بخلاف ما إذا نسب الرفع في بادئ النظر إلى ذات الفعل الذي لا يقصد على أي حال رفع ثقله المباشر فلا يبقى على أي حال بهذا اللحاظ فرق بين رفع الحكم التكليفي ورفع الحكم الوضعي.

الأمر الثاني - أن المفهوم بالبداهة عدم ارتفاع أكثر الأحكام الوضعية عن الطفل كالنجاسة والضمان والجنابة وغيرها فيدور الأمر عندئذ بين تخصيص هذه الأمور بعد فرض شمول الحديث لرفع قلم الحكم الوضعي وتفسير القلم بغير قلم الحكم الوضعي، والثاني أولى وأنسب في فهم العرف.

ولا يقاس حديث رفع القلم بحديث رفع الإكراه أو رفع ما اضطروا إليه الذي يقال فيه: إنه لا يشمل مثل الإكراه على ما يوجب النجاسة أو الجنابة أو الاضطرار إليه، لأنّ الرفع هناك منسوب في بادئ النظر إلى فعل المكلف المنتسب إلى المكلف ويفهم منه عرفاً أنّ رفع ما أكرهوا عليه أو اضطروا إليه يكون بلحاظ ضعف انتساب الفعل إلى المكلف وقدرته لدى الإكراه والاضطرار فلا يشمل الآثار التي لا علاقة لها بجانب الانتساب والقدرة، كالنجاسة المترتبة على ذات ملاقة النجس للبد ولو لم تكن الملاقاة من فعل المكلف بأي وجه من الوجوه، وكذلك الجنابة المترتبة على أسبابها ولو لم تكن من فعل المكلف وباختياره أصلاً كما لو خرج منه المنى دون شعور واختيار، فإنّ الرفع في ما نحن فيه إنّما هو رفع للقلم وليس رفعاً للفعل كي يصرف إلى النظر إلى ضعف انتسابه إلى الشخص.

اذن فلا بد إمّا من إخراج أكثر الأحكام الوضعية عن إطلاقه بالتخصيص، أو تفسير القلم بغير قلم الحكم الوضعي والثاني أولى عرفاً.

ثم لو تمّ إطلاق لحديث رفع القلم أو لما يأتي من حديث عمدة الصبي وخطأه واحد - ولكن تم ما مضى ممّا من تقريب الاستدلال على صحة معاملات الصبي بإشراف الولي بآية ﴿ابتلوا اليتامى﴾ - كانت الآية مقيدة لهذين الإطلاقين.

الدليل الثاني - ما ورد بسند تام عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : عمد الصبي وخطأه واحد^(١)، ولا يقيد ذلك بموثقة اسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يقول : عمد الصبي خطأ يحمل على العاقلة^(٢). باعتبار اختصاص الموثقة بباب الديات بقرينة قوله : يحمل على العاقلة، وذلك لأنهما مثبتان ولا تنافي بينهما كي يقيد أحدهما بالآخر.

فإذا عملنا بإطلاق حديث محمد بن مسلم كانت النتيجة ان الصبي مسلوب العبارة وان العقد الذي يصدر منه عن عمد كأنه صدر منه خطأً فهو باطل بتمام الأحوال.

وقد يجاب على هذا الإطلاق بعدة أجوبة :

الأول - ما ذكره المحقق الاصفهاني رحمه الله^(٣) من أنه لا يتصور في باب العقود عمد وخطأ، وأما يتصور فيه القصد وعدم القصد، وهذا غير العمد والخطأ فالعمد والخطأ يتصوران في سبب قد يترتب عليه المسبب قهراً على خلاف ما قصدناه، وقد يتحقق نفس ما قصدناه أي ان الإنسان يعمد لتوجيه ذلك السبب بنحو يهدف به الوصول إلى مسبب معين فقد يصيب الهدف وقد يخطأه من قبيل من يرمي لإصابة زيد وقتله فيصيب الهدف، وهذا هو القتل العمدي أو يرمي لإصابة طير في الهواء فيخطيء الهدف ويصيب زيد ويُقتل بذلك، وهذا هو القتل الخطأ.

وأما العقد فلا يترتب عليه أثر قهري وبلا اختيار وحينما يترتب عليه أثر فائماً يترتب عليه الأثر المقصود لا غيره فلا يتصور فيه العمد وإصابة الهدف تارة

(١) و (٢) الوسائل ١٩ : ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب العاقلة، الحديث ٢ و ٣.

(٣) راجع تعليقه على المكاسب ١ : ١١٥.

والخطأ وإصابة غير الهدف أخرى، وأنما يتصور فيه قصد الأثر الذي يمكن ان يترتب عليه تارة وعدم قصده أخرى.

نعم قد يتفق في بعض الموارد على بعض الاتجاهات الفقهية ترتب أثر غير مقصود على العقد كما في العقد المعاطاتي بناء على مبنى أن الأثر المترتب عليه غير الأثر المقصود فالمتعاطيان يقصدان حصول الملك ولكن الذي يحصل هو الإباحة مثلاً، لكن هذا أيضاً ليس خطأ في العقد والمعاملة، لأن قوام العقد والمعاملة يكون بالقصد فإذا ترتب عليه أثر غير مقصود فهذا حكم شرعي ترتب عليه أو مسبب ترتب على السبب، ولا يصدق أن العقد أو المعاملة بعنوانه خطأ فإنه لم يكن يقصد بالعقد والمعاملة عدا الملك، وقوام المعاملة كان بالقصد والعائد لم يخطأ في ذلك، فكم فرق بين ذلك وبين الرمي الذي ليس قوامه بالقصد وهو يصيب الهدف المقصود تارة ويخطئ أخرى.

على أنه لو صدق الخطأ في المقام فقد كان قوام صدق الخطأ بترتب الأثر الآخر وهو الإباحة مثلاً وذاك الأثر الآخر هو بعينه حكم الشرع وليس موضوعاً لحكم الشرع، كما في القتل الخطأ الذي هو موضوع لكون الدية على العاقلة. اذن فلا يعقل فرض عمد الصبي خطأ مع استنتاج ما هو المقصود من نفي الأثر نهائياً من معاملة الصبي، فإن فرض عمده خطأ يعني فرض الحكم الشرعي فأنهما متضادان.

وقد أجاب عليه السيّد الإمام عليه السلام ^(١) بأن تصوير الخطأ والعمد لا ينحصر بفرض ترتب مسبب على العقد قهراً وعلى خلاف المقصود تارة وإصابة المسبب

المقصود تارة أخرى، بل يمكن تصوير الخطأ والعمد في ذات اللفظ الذي يجريه العاقد فقد يقصد الشخص الإيجار ويتلفظ خطأ بصيغة البيع فلا يترتب عليه الأثر الشرعي وهذا هو الخطأ، وقد يقصد الشخص البيع حقيقة ويتلفظ بصيغة البيع وهذا هو العمد، وعمد الصبي يكون بمنزلة الخطأ أي أنه لا يترتب عليه أثر.

الثاني - ما ذكره السيّد الخوئي^(١) من أنّ الحديث لو كان منزلاً للعمد منزلة نقيضه وهو عدم العمد لكان معنى ذلك نفي أثر العمد لكنّه لم ينزل العمد منزلة نقيضه وأنما نزل منزلة ضده وهو الخطأ، وهذا يعني ترتيب أثر ذاك الضد فيختص الحديث بما يكون لعمده أثر ولخطأه أثر آخر كما في الجنايات، ولا يشمل العقود التي لا أثر لخطأها، ومقتضى إطلاق الحديث شموله لما يوجب خطأه في الصلاة سجدي السهو ولبعض كفارات الحج التي تختلف في فرض الخطأ من فرض العمد، ولكن بما أنّ الصبي قد رفع عنه التكليف فلا تجب عليه كفارة ولا سجدا السهو فبالتالي يختص حديث عمد الصبي وخطأه واحد بباب الجنايات.

أقول: إنّ عدم التكليف على الصبي لا يوجب خروج تلك الكفارة أو سجدي السهو عن إطلاق حديث عمد الصبي وخطأه واحد، ويظهر أثر الإطلاق بالنسبة لما بعد بلوغه فإن كان عمده خطأ كانت عليه الكفارة أو سجدا السهو يجب عليه الإتيان بها بعد البلوغ إن لم يأت بها قبله، وإن لم يكن عمده خطأ فصلاته باطلة وعليه كفارة العمد بعد البلوغ إن لم يأت بها قبله.

وعلى أيّة حال فالمهم تمحيص أصل الوجه الذي ذكره حيث يمكن الإيراد على هذا المقدار من البيان الموجود في تقريره بحثه بأن الخطأ في العقد وإن لم

يكن يترتب عليه أثر، ولكن لم لا نفترض شمول إطلاق الحديث لتنزيل عقد الصبي منزلة العقد الخطئي في أنه لا أثر له ؟ ! فإن كان المدعى أن التنزيل الشرعي يجب أن يكون بلحاظ الأثر الشرعي لا بلحاظ نفي الأثر الذي هو أذلي قلنا : إذن كيف وافقتم على التنزيل بمعنى نفي الأثر في تنزيل الشيء منزلة نقيضه ؟ وحله أن نفي الأثر وإن كان أذلياً لكنّه بيد الشارع بقاء باعتبار أن بإمكانه خلق الأثر وبإمكانه إبقاءه على النفي وإن اعترف بأن التنزيل بلحاظ نفي الأثر ممكن فلا شك أن العقد الخطئي لا أثر له، فأى عيب في تنزيل عقد الصبي منزلة العقد الخطئي في نفي الأثر.

ولكن من المحتمل أن يكون مقصود السيّد الخوئي ممّا ذكره في المقام هو أن العقد الخطئي وإن كان لا أثر له ولكن ليس سلب الأثر عنه لأجل كونه خطأً، وأنما هو لأجل عدم العمد فإنّ ما يرفع أثر الموضوع هو نقيضه لا ضده. وعندئذٍ فمقتضى التعبير العرفي هو أن يعبر عن نفي الأثر بتنزيل الموضوع منزلة نقيضه لا بتنزيله منزلة ضده.

وبكلمة أخرى : لعلّ نظر السيّد الخوئي ليس إلى برهان عقلي كي يورد عليه بما عرفت، بل إلى مناسبة عرفية في المقام إن قبلت انتجت النتيجة المقصودة له.

الثالث - ما ذكره السيّد الخوئي أيضاً^(١) من أننا نقطع بعدم إمكان الأخذ بإطلاق قوله عمد الصبي وخطؤه واحد بعد فرض عدم اختصاصه في ذاته بباب الجنایات وإلاّ لزم تأسيس فقه جديد بأن يقال مثلاً أن إتيان الصبي بمبطلات الصوم لا يبطل صومه لأنّه بمنزلة الخطأ، وكذلك الحال في مبطلات الصلاة التي

لا تبطل لدى السهو، وكذلك لو سلّم لا يجب عليه ردّ السلام بل يلزم أن لا تكون عباداته من صلاة وصوم وغيرهما مشروعة لأنّها جميعاً مبتنية على الصدور بالإرادة والاختيار وقد فرض أنّ عمده خطأ.

أقول: إن أريد توجيه هذا الوجه بشكل معقول يجب إرجاعه إلى نظير ما مضى ممّا في أحد وجوه الجواب على حديث رفع القلم وذلك بأن يقال: إذا دار الأمر بين تفسير الحديث بباب الجنائيات أو تفسيره بمطلق الأبواب مع إخراج هذه الأمور الكثيرة منه بالتخصيص فالأوّل أولى وأنسب عرفاً.

ولكن مع هذا يمكن الجواب على هذا الوجه بأن يلتزم بإطلاق هذا الحديث المستلزم لعدم مشروعية عبادات الصبي، فإنّ هذا ليس أمراً ضروري البطلان وبالاتزام بذلك يرتفع موضوع لزوم عدم مبطلية مبطلات الصلاة والصوم بالنسبة للصبي، وإن كانت إطلاقات أدلّة العبادات تقتضي مشروعية عبادات الصبي فحديث عمد الصبي وخطأه واحد حاكم عليها لأنّها ناظرة إلى كل أحكام العقد ولا تبقى إلّا مسألة ردّ السلام، فإنّما أن يلتزم بعدم وجوبه إن لم نقل بضرورة وجوبه، أو يلتزم بخروجه تخصيصاً من إطلاق الحديث، وهذا تخصيص مختصر لا يستوحش منه.

وقد يقال: تبقى أيضاً مسألة الحج إذ لا شك في مشروعية حج الصبي، وعندئذ يأتي الكلام أيضاً في صلاة الطواف وصلاة طواف النساء فيلزم عدم مبطلية المبطلات التي لا تبطل لدى السهو بل لعله يعود الكلام أيضاً في الصوم إذا لم يجد الهدي.

وقد يقال في قبال ذلك: لا استيحاش في افتراض أنّ حجّ الصبي المميّز كحجّ الصبي غير المميّز يحجه وليّه، ويصليّ عنه عملاً بقاعدة عمد الصبي وخطؤه واحد.

الرابع - ما يمكن إرجاع كلام السيد الإمام عليه السلام في كتاب البيع ^(١) إليه من أنه من المحتمل أن تكون قضية لحوق العمد في الصبيان بالخطأ في باب الجنائيات مركوزة ومعهودة وقت صدور النص في الأذهان إلى حدٍّ أوجب انصراف الحديث إليه، وهذا من احتمال اتصال القرينة من القسم الذي لا يمكن نفيه بسكوت الراوي عنه بجعل سكوته شهادة على العدم، لأنّ هذا ليس ممّا يجلب نظر الراوي على أساس احتمال أنه سيأتي زمان لا تكون هذه القرينة واضحة فلا بد من التصريح بها منذ الآن.

وإذا اتضح بطلان الاستدلال في المقام بكل من حديثي رفع القلم وتنزيل عمد الصبي منزلة الخطأ في نفسيهما قلنا: إنّ هناك كلاماً في تمامية الدلالة بلحاظ الرواية التي جمعت بينهما فصحيح أنّ رفع القلم وحده لا يدل على المقصود، وتنزيل العمد منزلة الخطأ وحده لا يدلّ على المقصود لكن الجمع بينهما في نص واحد يدلّ على المقصود وذاك النص هو رواية أبي البختري عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عن عليّ عليه السلام أنّه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفقه والصبي الذي لم يبلغ: عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم ^(٢). والحديث ساقط سنداً.

ووجه دعوى تمامية دلالة الحديث على المقصود بسبب الجمع بين النصين هو دعوى أنّ الجمع بين قوله: عمدهما خطأ تحمله العاقلة، وقوله قد رفع عنهما القلم ظاهر في نحو علاقة بينهما وهي علاقة العلية والمعلولية وذلك إمّا بأن يكون رفع القلم علّة لكون عمدهما خطأ فلاّنّ القلم مرفوع عن الصبي والمجنون جعل

(١) كتاب البيع ٢: ٢٦.

(٢) الوسائل ١٩: ٦٦، الباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ٢.

عمدهما خطأ أو بالعكس أي لأنّ عمدهما كالخطأ رفع عنهما القلم، وهذا يدل على أنّ رفع القلم لا يختص بقلم السيئات أو المؤاخذة الأخروية ولا بقلم الحكم التكليفي لأنّ كون عمدهما خطأ تحمله العاقلة ناظر إلى الحكم الوضعي والمؤاخذة الدنيوية فلا بد من تفسير علته أو معلوله بما ينسجم معه .

وبهذا ترتفع كل الإشكالات الماضية أو أكثرها التي مرّ ذكرها في التمسك بحديث رفع القلم :

فالإشكال الأوّل هو احتمال إرادة قلم السيئات فحسب وهو مدفوع بعدم مناسبته لكون عمدهما خطأ تحمله العاقلة .

والإشكال الثاني هو احتمال إرادة خصوص قلم الحكم التكليفي وهذا أيضاً جوابه نفس الجواب .

والإشكال الثالث ان الثقل المستفاد من كلمة (عن) يناسب حمل القلم على قلم التكليف أو قلم السيئات لأنّ هذا هو الموجب للثقل مباشرة أمّا الحكم الوضعي فلا يوجب الثقل إلّا عبر الحكم التكليفي .

وهذا أيضاً جوابه أنّنا نضطر إلى غضّ النظر عن هذه المناسبة في سبيل حفظ الارتباط بين رفع القلم وكون عمده خطأ تحمله العاقلة .

والإشكال الرابع بداهة عدم ارتفاع أكثر الأحكام الوضعية عن الطفل كالنجاسة والجنابة وغيرهما .

وهذا الإشكال إن قصد به مجرّد دعوى أنّ حمل رفع القلم على قلم التكليف أو السيئات أولى من ارتكاب هذه التخصيصات فأيضاً يرتفع بنكته حفظ الارتباط بين رفع القلم وكون عمده خطأ تحمله العاقلة ، فهذه النكته تحملنا على غضّ النظر عن هذه الأولوية .

وإن قصد به أن ارتكاب هذه التخصيصات من دون حمل القلم على مثل قلم التكليف أو السيئات غير صحيح عرفاً فقد يشكل رفع الإشكال بتلك النكته ويصبح الحديث مجملاً متهافتاً، لأن حفظ الارتباط بين الجملتين يتطلب من ناحية حمل رفع القلم على معنى مطلق ومن ناحية أخرى يكلفنا الإطلاق الالتزام بتقييدات لا تصح عرفاً.

إلا أن الشيخ الانصاري رحمته الله استظهر من رفع القلم رفع قلم المؤاخذه فرأى أن حفظ الارتباط بين الجملتين لا يكلفه إلا تعميم المؤاخذه للمؤاخذه الدنيوية كي تشمل دية الجنايات وقصد بالمؤاخذه الدنيوية معنى واسعاً يشمل مثل مؤاخذه البائع للمشتري بالثمن، أو مؤاخذه المشتري للبائع بالثمن وبهذا تتم دلالة الحديث على بطلان معاملات الصبي، ومن هنا لم يبتل رحمته الله بإشكال ضرورة ثبوت الأحكام الوضعية على الطفل من قبيل النجاسة والجنابة إذ لا مؤاخذه أخروية ولا دنيوية عليه في تلك الأمور، ولكن بقي عليه الإشكال بلحاظ قسم من الأحكام الوضعية وهو ضمان الاتلاف حيث لا شك في أن الصبي كالبالغ يضمن ما اتلفه من أموال الناس واستبعد رحمته الله ارتكاب التخصيص بلحاظ باب الضمان.

وعالج الإشكال عندئذٍ بأن حفظ الارتباط بين الجملتين كما يمكن بفرض كون رفع القلم علّة لكون عمده خطأ تحمله العاقلة كذلك يمكن بفرض العكس بأن يكون التحاق عمده بالخطأ علّة لرفع القلم عنه، والإشكال بلحاظ باب الضمان أنما يأتي على الفرض الأوّل باعتبار أن رفع قلم المؤاخذه الدنيوية مطلق يشمل باب ضمان الاتلاف.

إذن فنحن نختار الفرض الثاني وهو كون التحاق عمده بالخطأ هو العلّة لرفع

القلم فيختص عندئذٍ رفع القلم بالموارد التي يكون العمد والقصد دخيلاً في حكمها كما في باب الجنایات وباب العقود، ولا يشمل ما ليس العمد والقصد دخيلاً فيه بلحاظ البالغين كما في ضمان الاتلاف فإنّ البالغ يضمن بالاتلاف حتى إذا صدر منه خطأً.

أقول : إنّ هذا الكلام معناه تضيق المعلول بواسطة العلة كما تعارف القول بأنّ العلة توسّع وتضيّق فقله : رفع عنهما القلم وإن كان في نفسه مطلقاً يشمل حتى الموارد التي ليس الحكم فيها مخصوصاً بالعمد، لكن العلة المذكورة وهي كون عمدهما خطأً خاصة بما يكون الحكم المرفوع مخصوصاً بالعمد، فالعلة تضيق المعلول ولكنّا إذا انسجمنا مع هذا المسلك فلم لا تتمشّي معه حتى النهاية بان نقول أنّ المعلول يضيّق إلى ان يختص بموارد العلة فحسب وهي الجنایات فالمقصود أنّما هو رفع القلم في باب الجنایات ؟ ! وإن قيل : إنّ وضوح وارتكازية رفع القلم عن الصبي في سائر الموارد يمنع عن هكذا حمل قلنا : أليس هذا اذن دليلاً على أنّ رفع القلم ليس معلولاً إذ لو كان معلولاً لوجب ان يكون نظره قاصراً على مقدار موارد العلة ؟ ! فإن كان ولا بد من علاقة العلية والمعلولية بين الجملتين فالجملة الثانية هي العلة كما سيأتي بيان ذلك قريباً أيضاً من المحقّق النائيني رحمته الله . وعلى أيّة حال فعلى هذا المسلك الذي اتّخذه الشيخ الأنصاري رحمته الله من حمل القلم على قلم المؤاخذة وتوسيعها للمؤاخذة الدنيوية بنحو يشمل مؤاخذة أحد المتعاقدين للآخر بعوض المال قد يقال : إنّ دلالة الحديث اذن أقصر من مقدار المدعى في المقام، وذلك لأنّ المدعى هو كون الصبي مسلوب العبارة فلا تصحّ معاملاته وعقوده في أمواله ولو باذن الولي أو إشرافه ولا تصحّ أيضاً معاملاته وعقوده في أموال غيره من البالغين ولو بالاذن والتوكيل في مجرّد

الإنشاء، في حين أنّ رفع مؤاخذته بعوض الأموال أنّما يدلّ على بطلان الأولى ولا يدلّ على بطلان الثانية، إذ لا مؤاخذة عليه في العقود الراجعة إلى أموال غيره من البالغين وأنّما المؤاخذة تكون في أموال الموكّلين.

وكأنّ الشيخ رحمه الله حاول معالجة هذا النقص فذكر^(١): أنّنا نفهم من رفع المؤاخذة عن الصبي في أمواله لدى صدور عقد منه سلب عبارته، لأنّ رفع المؤاخذة لو لم يكن بنكتة سلب العبارة بل كان بنكتة الحجر على ماله واحتياجه إلى الولي لكان المناسب صحّة مؤاخذته في أمواله حيث يكون عقده باذن الولي وإشرافه، في حين أنّ الدليل مطلق يشمل حتى فرض الاذن والإشراف.

فكأنّ الشيخ رحمه الله يريد أن يقول: إنّنا إذا استظهرنا كون الحكم بنكتة سلب العبارة عرفنا أنّ الحكم ثابت حتى في فرض الوكالة عن الكبير في إنشاء بيع ماله مثلاً.

وصحّة هذا الكلام مبنية على أن يدعى أنّ الفهم العرفي يستبعد افتراض بطلان عقد الصبي في ماله تحت اذن الولي وإشرافه بنكتة يخصه، بل إمّا أن يكون ذلك بنكتة إلحاق الصبي المميز بغير المميز وسلب عبارته. اذن يبطل حتى العقد الذي يصدر منه بالوكالة عن البالغ في مال البالغ، أو أنّه لا يلحق المميز بغيره ولا تسلب عبارته وتكون نكتة بطلان عقده إلحاق الرشيد منهم بغير الرشيد وفرض الحاجة إلى إشراف الولي (ولو بعنوان الاحتياط لصالحه من قبل المولى تعالى)، وهذا يعني عدم بطلان عقده تحت اذن الولي وإشرافه.

وعلى أيّة حال فيرد على هذا المنهج الذي نهجه الشيخ رحمه الله - من حمل القلم على قلم المؤاخذة بمعنى يشمل مؤاخذة أحد المتعاملين للآخر بعوض المال - أنّه

إن سلم حمل القلم على قلم المؤاخذة إمّا باستظهار ذلك ابتداء كما هو مفروض الشيخ رحمته الله، أو لأجل الفرار من إشكال النقض بالأحكام الوضعية من قبيل النجاسة والجنابة، فالحمل على معنى عام للمؤاخذة يشمل مطالبة أحد المتعاملين لصاحبه بعوض ماله لا دليل عليه، ويحتمل الحمل على قلم المجازاة الشاملة للمجازاة الدنيوية وهي دية الجنايات دون المطالبة بعوض المال في العقود، ودعوى إجراء الإطلاق في استعمال مجازي من هذا القبيل قد مضى جوابه، على أن مفهوم الثقل أيضاً المستفاد من كلمة «عن» يكون أنسب بالمؤاخذة بمعنى المجازاة من المؤاخذة بالمعنى الشامل لضمان عوض المال في المبادلة، وهذا الإشكال قد أخذنا أصله من كلام المحقق النائيني رحمته الله في المقام^(١).

وأما بحث أصل المطلب فقد أورد السيد الخوئي عليه بانه لا يمكن فرض رفع القلم علّة لكون عمد الصبي خطأ تحمله العاقلة ولا فرضه معلولاً له. أمّا أنه لا يمكن فرضه علّة له فلأن رفع القلم عن الصبي لا ربط له بحال العاقلة فلا يصلح علّة لكون الدية على العاقلة، فلو كان رفع القلم عنه يناسب عدم الدية عليه فأى مناسبة توجد بين رفع القلم عنه وثبوت الدية على العاقلة كي يكون الأوّل علّة للثاني؟!

نعم يمكن أن يقال: إن رفع القلم عنه بنفي القصاص والدية على نفسه ملازم لثبوت الدية على العاقلة على أساس أنه لا يهدر دم امرء مسلم. بل هذه الملازمة أيضاً ممنوعة إذ بالإمكان أن لا ترفع الدية عن الصبي ولا يهدر دم المسلم ولا تثبت الدية على العاقلة بل تثبت الدية في بيت المال أو على جميع المسلمين.

(١) راجع المكاسب والبيع للشيخ الآملي ١: ٤٠٣.

وأما أنّه ليس معلولاً له فلاّن كون عمد الصبي خطأ ليس بالمعنى التكويني حتى يصلح علّة لرفع القلم، لوضوح أنّ كون عمده خطأ تكويناً كذب محض وأنّما هو بالمعنى التشريعي وبالتنزيل والحكومة، وهو في جانبه السلبي متقوم برفع القلم على حدّ تعبير مصباح الفقاهة أو أنّ رفع القلم متمم ومبين له على حدّ تعبير المحاضرات وليس معلولاً له.

فالصحيح أنّه لا علاقة علّية أو معلولية بين الجملتين، وأنّما واقع الأمر أنّ كون عمد الصبي خطأ يعطي معنى إيجابياً وهو ثبوت ديته على العاقلة، ومعنى سلبياً وهو عدم ثبوتها على نفسه وقوله: تحمله العاقلة بيان للمعنى الأوّل وقوله: وقد رفع عنهما القلم بيان للمعنى الثاني، اذن فلا دلالة في هذه الجملة على ازيد ممّا دلّ عليه قوله ^(١) رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم.

أقول: إنّ التفسير الذي توصّل إليه السيّد الخوئي للحديث في كلامه هذا وهو كون قوله رفع القلم بياناً للجانب السلبي لكون عمد الصبي خطأ وهو رفع الدية عن الصّبي يدعم الاستدلال بالحديث على المدّعى، فإنّ هذا التفسير يعني شمول رفع القلم لقلم الحكم الوضعي فلا أدري لماذا يقول: إنّ الحديث عندئذٍ لا يدلّ على ازيد ممّا دلّ عليه قوله: رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم. نعم لو كان يؤمن باحتمال كون القلم قلم المجازاة الشاملة للمجازاة الدنيوية كالدية دون مثل ثبوت ثمن البيع عليه كان مفاد الحديث بعيداً عن المدّعى، لكنّه لا يؤمن بذلك كما أنّه لا وجه لسلب الإطلاق عن رفع القلم لسائر الأبواب لمجرّد فرضه تفسيراً للعمد

(١) هذا الذي نقلناه هنا عن السيّد الخوئي ملفّق ممّا جاء في مصباح الفقاهة ٣: ٢٥٧ - ٢٥٨.

الصبي خطأ فليكن مفاده أوسع من مفاد الجملة السابقة التي أراد توضيحها وأي ضير في ذلك؟!

ثم إنَّ المحقِّق النَّائِنِي رحمته الله أيضاً أورد إشكالاً على فرض معلولية رفع القلم لكون عمدته خطأً وهو: أنَّ رفع القلم الوارد في الحديث إنَّ خصصناه بمورد عمد الصبي خطأً تحمله العاقلة فهذا خلف الاستدلال به على المدَّعى من بطلان عقد الصبي. وإنَّ جعلناه أوسع من ذلك لم يصلح للمعلولية، وأنَّما يصلح للعَلَّةِ فإنَّ تعليل حكم بقاعدة أوسع من ذلك الحكم معقول، ولكن كون العام معلولاً للخاص غير معقول^(١).

ويمكن توجيه كلام الشيخ رحمته الله بنحو لا يرد على فرض المعلولية إشكال المحقِّق النَّائِنِي ولا إشكال السيّد الخوئي وهو ان يقال: إنَّ قوله: عمد الصبي خطأ وإنَّ كان تنزيلاً شرعياً ووارداً في خصوص باب الجنایات بقرينة قوله تحمله العاقلة، ولكنَّه مُشَرَّبٌ بالإشارة إلى أمر واقعي وهو كون عمد الصبي غالباً قريباً من الخطأ تكويناً على أساس ما في الصبي من الضعف في الإدراك والقصد، ويكون هذا المعنى المشرب هو العَلَّةُ لرفع القلم عنه، وبما أنَّ هذه العَلَّةُ موجودة في تمام موارد عمد الصبي ولهذا كان رفع القلم عامّاً يشمل تمام الموارد.

إلاَّ أنَّ هذا التوجيه وإنَّ كان قد أعطى معنى معقولاً لفرض معلولية ذيل الحديث للصدر، لكنَّه في نفس الوقت أبطل أصل الاستدلال بهذا الحديث على المدَّعى إذ بناء على هذا المعنى لم يصبح رفع القلم معلولاً للحكم الوضعي كي

(١) المكاسب والبيع للشيخ الآملي ١: ٤٠٢، أمَّا كتاب منية الطالب فيختلف ما فيه عن هذا التقريب راجع ١: ١٧٤، منه.

نستظهر من ذلك عدم اختصاصه بالحكم التكليفي أو برفع السيئات أو العقوبة الاخرية.

وأما فرض عليّة رفع القلم لتنزيل عمد الصبي منزلة الخطأ فيمكن توجيهه بالنحو الذي لا يرد عليه إشكال السيّد الخوئي بأن يقال : إنّ رفع القلم عن الصبي الموجب لعدم تحمله للدية زائداً عدم جواز هدر دم المسلم زائداً عدم رجحان تضمين بيت المال أو المسلمين في نظر الشارع وفق مصالح وحكم يعرفها الشارع شكلاً ملاكاً للحكم بتحتمل العاقلة الدية.

نعم الظاهر أنّ فرض العليّة أيضاً لا يثبت المقصود من بطلان عقد الصبي إذ بالإمكان حمل القلم على قلم الحكم التكليفي مثلاً، وافترض أنّ نفي التكليف كان في نظر الشارع علّة لرفع المجازاة الدنيوية وهي الدية عنه ولم يكن علّة لبطلان العقد حيث أنّ صحّة العقد أو ثبوت العوض عليه مثلاً لم يكن مجازاة كي ترتفع بسبب ارتفاع التكليف.

هذا. ومما أورد على الاستدلال بهذه الرواية تمسكاً - بأنّ الارتباط بين الجملتين لا تنحفظ إلّا بالعلية والمعلولية - ما ذكره السيد الإمام رحمته الله ^(١) من أنّه يكفي في الارتباط بينهما أنّ كون عمده خطأ ورفع القلم عنه حكمان لموضوع واحد من قبيل ان يقال : الجنب لا يجوز له الدخول في المسجدين ولا يجوز له مسّ الكتاب.

أقول : قد يقال : إنّ تأكيد الجملة الثانية بكلمة (قد) قد يشعر بالعلية إلّا أنّ افتراض وصول ذلك إلى مستوى الظهور مشكل.

وفي ختام البحث عن عقد الصبي نشير إلى أنّه بعد ما اتضح من أنّه لا دليل على سلب عبارة الصبي، وأنّ العيب في عقد الصبي أنّما هو الحجر على أمواله المقتضي لاشتراط اذن الولي أو إشرافه، تبين من ذلك أنّ بطلان عقد الصبي ليس بمعنى لا يقبل التصحيح بعد ذلك بالإجازة المتأخّر من قبل الولي أو من قبله هو بعد بلوغه ورشده، وأنّما غاية الأمر أنّ عقد الصبي بلا اذن الولي وإشرافه يلحق بعقد الفضولي وأدلة صحّة عقد الفضولي تشمله وحتى لو كان دليل صحّة عقد الفضولي وارداً في خصوص عقد غير المالك الملحق بإجازة المالك فالعرف يتعدّى من ذلك إلى كل مورد كان العيب فيه عدم نفوذ رضاه هو مباشرة ولا يحتمل العرف أنّ يكون فرض عدم نفوذ الرضا للحجر أشدّ من فرض عدم نفوذه لعدم الملك.

هذا تمام ما أردنا بيانه في بحث شرط البلوغ أو مانعيّة الصغر.

شرط الرشد

البحث الثاني - في شرط الرشد :

إنّ النصوص الماضية كتاباً وسنة الدالة على استمرارية حجر الصبي إلى زمان حصول الرشد وإن تأخّر عن البلوغ كافية لاشتراط الرشد على الإطلاق أي ابتداءً واستدامةً بناءً على تعدّي العرف من موردها إلى فرض انتفاء الرشد بعد البلوغ بعد ما كان رشيداً كما لو عرّض عليه السفه بعد البلوغ، فعندئذ يعود الحجر بل حتى لو أردنا غضّ النظر عن هذا التعدّي العرفي كفانا إطلاق الآية المباركة : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم

وقولوا لهم قولاً معروفاً^(١) والظاهر أنّ المقصود بإضافة الأموال إلى ضمير الخطاب ليس هو فرضها ملكاً لغير السفهاء كي يخرج عن المقام وأنّما المقصود هو كون المال قواماً للمجتمع بشكل عام فعبر عن مال السفیه بقوله ﴿أموالكم﴾ إشعاراً بالعلية، بمعنى أنّ هذه الأموال قوام للمجتمع فليس من الصحيح جعلها تحت اختيار السفهاء، والقرينة على ذلك أولاً أنّ غير السفیه لا يجعل عادة ماله تحت اختيار السفیه بلا حاجة إلى النهي، فهذا النهي ينصرف إلى النهي عن جعل مال السفیه تحت اختياره.

وثانياً قوله تعالى: ﴿وارزقوهم فيها واكسوهم﴾.

أمّا تخيل أنّ هذا النهي يدلّ على الحرمة التكليفية فحسب لأنّه ليس نهياً عن معاملة حتى يكون ظاهراً في الفساد وأنّما هو نهى متوجّه إلى غير السفهاء عن جعل مال السفهاء تحت اختيارهم فجوابه: أنّ المفهوم عرفاً بمناسبات الحكم والموضوع أنّ هذا النهي في روحه هو نهى عن المعاملة إلاّ أنّه لما لم تكن فائدة في توجيهه إلى نفس السفیه تحوّل النهي عن المعاملة إلى نهى الوليّ عن دفع المال إليه، فهو وإن كان في نفس الوقت دالّاً على تحريم هذا الدفع يدلّ أيضاً على فساد معاملة السفیه.

هذا مضافاً إلى أنّ ارتكاز بطلان معاملات المجنون وقرب السفه من الجنون بحيث ينتظر من المشرّع إلحاقه به في الحكم يعطي للآية ظهوراً في بطلان معاملة السفیه.

هذا إن لم نقل بارتكازية بطلان معاملة نفس السفیه ممّا يوجب أيضاً

انصراف الآية إليه، بل يكفي لو ثبتت وثبت استمرارها إلى زمان المعصوم لإثبات المقصود من البطلان بعدم الردع.

هذا. والسفيه أيضاً بما أنه مميز لا يكون مسلوب العبارة وتصح معاملاته باذن الولي أو إشرافه بنفس النكات التي مضت في الصغير.

ويلحق في بطلان العقد بالسفيه بطريق أولى المذهول والمدهوش لعدم احتمال الفرق عرفاً، وهو أحد احتمالات المعتوه أو أحد معانيه لغة، وقد ورد في الحديث عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن المرأة المعتوهة الذاهبة العقل أيجوز بيعها وصدقها ؟ قال : لا^(١) إلا أنه لا يبعد أن يكون المقصود بها في هذا الحديث المجنونة بقرينة قوله : الذاهبة العقل، وفي السند سهل بن زياد.

اعتبار الملكية أو الولاية أو الإذن

الشرط الثاني - من شرائط المتعاقدين أن يكون العاقد مالكاً لمحلّ العقد أو ولياً للمالك أو مأذوناً من قبل المالك أو الولي .

والكلام يقع تارة في أصل اعتبار هذا الشرط وأخرى في أنّه هل من الضروري اقتران وجود هذا الشرط لزمان تحقّق العقد أو يكفي حصوله بعد العقد ؟

أصل اعتبار هذا الشرط

توضيح المراد بهذا الشرط :

ونقصد بالملك معناه العام أي اختصاص محل العقد به سواء كان عيناً مملوكة له أو كان عبارة عن عمله فهو مختص به ، أي ليس لأحد أن يجبره على ذاك العمل أو كان ممّا تعلّق به حقّ الاختصاص بالأرض المحيطة ببناء على أنّها لا تملك بالإحياء وأنّما يتحقّق للمحيي حقّ الاختصاص أو كان التعامل تعامللاً في الذمة إذ لا يتسنى لأحد أن يتصرّف في ذمة غيره بإدخال شيء في ذمّته قهراً عليه .

ونفرّق بين شرط كون محلّ العقد مملوكاً وشرط كون العاقد مالكاً أو ولياً أو مأذوناً، فالأوّل هو من شروط محل العقد ومعناه : أنّ محل العقد إن كانت نسبته إلى الكل على حدّ سواء كالمباحات الأوّليّة لم يتعلّق نقله بالعقد، لأنّ نسبته إلى المنقول منه والمنقول عنه على حدّ سواء فما معنى نقله منه إليه ؟ ! وبعد الفراغ عن ضرورة كون محل العقد مملوكاً لأحد كي يتصوّر نقله منه إلى غيره يأتي السؤال عن أنّه من الذي يصحّ له نقله من المالك إلى غيره هل هو المالك نفسه أو غيره ؟ وهنا يأتي دور شرط المتعاقدين فنقول : يشترط في العاقد أن يكون هو المالك أو ولياً على المالك أو مأذوناً من قبل المالك أو الولي .

ومن هنا نرى أنّ فقهاءنا العظام - رضوان الله عليهم - بحثوا شرط المالك في كتاب البيع مرّتين من زاويتين مرّة في شرائط المتعاقدين فبحثوا في هذا المقام بيع الفضولي الذي ليس مالكاً ولا ولياً ولا مأذوناً، وبحثوا أيضاً ولاية الأولياء كولاية الأب والجد وولاية الفقيه وعدول المؤمنين فهم في هذه الأبحاث يبحثون الأمر من زاوية العاقد، ومرّة أخرى في شرائط العوضين فذكروا هناك أصل شرط كون العوض والمعوّض مملوكاً ملكاً طلقاً كي يقبل النقل والانتقال، وبحثوا موارد عدم طليقة الملك كما في العين الموقوفة والعين المرهونة، وبحثوا مثلاً الأرض المفتوحة عنوة ونحو ذلك ممّا يبحث الأمر فيه من زاوية العوضين لا من زاوية العاقد .

وعلى أيّة حال فقد ذكر الشيخ الانصاري رحمته الله في المقام : أنّه يشترط في العاقد أن يكون مالكاً أو مأذوناً من قبل المالك أو الشارع ^(١).

ولعلّ في العبارة نوعاً من المسامحة إذ ماذا يقصد باذن الشارع هل هو الإذن التكليفي أو الوضعي أو الاذن الولائي أي بما هو وليّ على المالك مثلاً؟ ان قصد به الأوّل فمن الواضح انّ الإباحة التكليفية والحرمة التكليفية لا علاقة لهما بصحّة العقد وفساده، ولو فرضنا انّ النهي التكليفي يوجب الفساد وإنّه لا بدّ في صحّة العقد من الإباحة فهذا يثبت حتى بالنسبة لتصرّف المالك أو المأذون من قبله، فليس الاذن من الشارع عدلاً للملكية أو الاذن من المالك. وان قصد به الثاني فالاذن الوضعي من الشارع لا بدّ منه حتى بلحاظ المالك أو المأذون من قبل المالك فليس هذا شرطاً في عرض الملكية أو المأذونية من قبل المالك، وعدلاً لهما.

وان قصد به الثالث وهو الاذن الولائي فالأولى التعميم للاذن من كل وليّ شرعي لا التخصيص بالاذن من الشارع وكذلك التعميم لنفس كون العاقد وليّاً على صاحب المال إلّا ان يقال: إنّ هذا كلّّه يعود إلى الاذن الولائي من الشارع. وعلى أيّة حال فالتعبير الأفضل والأوضح ما ذكرناه من انّ العاقد يجب أن يكون مالكاً أو وليّاً أو مأذوناً من قبل المالك أو الولي.

الدليل العام على هذا الشرط :

والدليل على شرط الملكية أو ما يحل محلّها من الولاية أو الاذن وعدم كفاية اقتران العقد بمجرد الرضا الباطني من قبل المالك انّ إطلاقات أدلّة المعاملات من قبيل ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ أو ﴿ تجارة عن تراض ﴾ أو ﴿ أحلّ الله البيع ﴾ تدلّ بالمناسبات العرفية على انّ كل أحد تنفذ بشأنه المعاملة المرتبطة به، لا كل معاملة أوقعها أحد على ماله ولو مقترناً برضاه الباطني.

ويمكن أن يقال في خصوص ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ : انّ مقابلة الجمع بالجمع

تفيد التوزيع من قبيل اغسلوا وجوهكم إلا أن هذا يجب أن يرجع في الحقيقة إلى ما ذكرناه من المناسبات العرفية، وإلا فليس كل مقابلة للجمع بالجمع تفيد التوزيع، فلو قال مثلاً: اتركوا شرب الخمر فهذا لا يعني أن كل أحد يترك شرب خمره هو أمّا لو أراد شرب خمر الآخرين فهو غير مشمول لهذا النهي.

ويمكن أن يقال أيضاً في خصوص ﴿ اوفوا بالعقود ﴾: إنّ الوفاء لا معنى له إلا إذا كان العقد عقده، والعمل بعقد الغير ليس وفاءً فإذا لم تشمل الإطلاقات العقد الذي يجريه غير المالك رجعنا فيه إلى أصالة الفساد.

هذا. ويحل محل الملك أمران: الولاية والاذن :

أمّا الولاية فلأنّ نفس دليلها هو الذي يجعل الولي بحكم المالك بالحكومة فيصبح تصرف الولي صحيحاً وناظراً وواجب الوفاء، بمقتضى القاعدة بالقياس للوليّ أولاً ثمّ بالقياس للمولّى عليه بعد خروجه عن الحجر.

وأما الاذن فلا شك فقهياً في أنّ اذن من بيده الأمر يكفي في صحّة العقد أي أنّ عقد المأذون من قبل من بيده أمر ذاك العقد يكون بمنزلة عقده مباشرة، وهذا من ضروريات الفقه التي لا داعي للاستدلال عليها، وعليه السيرة القطعية العقلانية والشرعية بل سيرة المعصومين عليهم السلام إمّا مطلقاً أو في خصوص الوكالة لو افترضناها أخصّ من مطلق الاذن فاتّهم عليهم السلام لم يكونوا دائماً يباشرون عقودهم ومعاملاتهم بأنفسهم، ولكن مع هذا نريد أن نبحت عمّا إذا كان دليل آخر غير البداهة الفقهية والسيرة القطعية وعمل المعصوم دالّاً على كفاية الاذن وحلوله محل الملك، وفائدة ذلك هي أنّ مجرد الضرورة أو السيرة أو عمل المعصومين أدلة لبية قد يقال إنّها لا إطلاق لها يشمل الاذن المتأخّر المسمّى بالإجازة، فلو استطعنا أن ننهي إلى دليل لفظي على ذلك فقد يفيدنا ذلك في بحث الإجازة المتأخّرة فنقول :

الدليل الخاص على كفاية إذن المالك :

يمكن أن يستدلّ على أنّ إذن المالك يصحّ العقد الذي يجريه المأذون ويحل محل الملك - بقطع النظر عن تلك الوجوه اللبية وبقطع النظر عمّا إذا فرضنا دلالة دليل خاص على كفاية الإجازة المتأخّرة فتثبت بالأولوية كفاية الإذن - بأمور :

الأوّل - ما ذكره السيد الخوئي من دعوى أنّ الإذن في الاعتباريات أو التصرفات القانونية يصحّ إسناد ذلك الأمر الاعتباري أو التصرف القانوني إلى المأذون حقيقة فمن باع وكيله أو المأذون من قبله بيته يصحّ أن يقول حقيقة : بعث بيتي ومن طلق وكيله أو المأذون من قبله زوجته يصحّ أن يقول حقيقة : طلق زوجتي وبهذا يدخل العقد تحت الإطلاقات التي أشرنا إليها، فعقد الوكيل أو المأذون وإن لم يكن بما هو فعل مُدّعي منسوباً حقيقة إلى المالك ولكنّه بما هو إيجاد أمر اعتباري أو تصرف قانوني ينسب إليه حقيقة فيشمله قوله ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ أو ﴿ تجارة عن تراض ﴾ أو نحو ذلك^(١).

أقول : إنّ الأمر الاعتباري الذي يفترض وجوده في مورد العقود يكون له وجود في عوالم ثلاثة : فله وجود في عالم اعتبار المتعاقدين أنفسهمهما فهما يعتبران النقل والانتقال مثلاً، وله وجود في عالم اعتبار العرف والعقلاء حيث يوافقون على ما فعله المتعاقدان فيعتبرون المال مثلاً قد انتقل من البائع إلى المشتري، وله وجود في عالم اعتبار الشارع حيث أمضى ما فعله، فقد يوجد ذلك النقل الاعتباري في بعض هذه العوالم دون بعض كما لو تباع صبيان وفرض

بيع الصبي باطلاً حتى في نظر العقلاء فالنقل الاعتباري وجد في لوح اعتبار المتعاقدين، ولكنه لم يوجد في لوح اعتبار العقلاء ولا الشارع وكما لو تباع شخصان الخمر فحصل النقل والانتقال في لوح اعتبار المتعاقدين وفي لوح اعتبار العقلاء ولم يحصل ذلك في لوح اعتبار الشارع.

فإن كان المقصود من صحة إسناد الأمر الاعتباري إلى الاذن حقيقة صحة إسناد الوجود الاعتباري الذي هو في لوح اعتبار المتعاقدين إليه فلعله من الواضح أن هذا الأمر الاعتباري إنما يكون من فعل الوكيل لا الموكل، ومن فعل المأذون لا الاذن، ولا يصح إسناده حقيقة إلى الموكل والاذن.

وإن كان المقصود صحة إسناد الأمر الاعتباري الذي تولد في لوح اعتبار العقلاء إليه فهذا صحيح، ولكن إنما يصح هذا الإسناد إليه حقيقة في طول أن العقلاء يرون أن اذنه جزء موضوع لوجود ذاك الأمر الاعتباري.

ولولا اعترافهم بذلك لما اعترفوا بأن هذا الأمر الاعتباري مسند إليه اذن، فتامة هذا الوجه بناء على تفسير الأمر الاعتباري بما في لوح اعتبار العقلاء تتوقف على كفاية الاذن بحسب ارتكاز العقلاء، ولا أقصد بذلك أن هذا الدليل رجوع إذن إلى الاستدلال بالسيرة والارتكاز الكاشفين ولو بعدم الردع عن رأي المعصوم، فلنفترض أن السيرة والارتكاز لا يكشفان عن رأي المعصوم وأن عدم وصول الردع ليس دليل الإمضاء.

وأنما المقصود أن هذه السيرة أو هذا الارتكاز أوجب إسناد البيع الاعتباري مثلاً إلى الاذن فدخل في إطلاق مثل أحل الله البيع.

وأما الوجود الاعتباري الشرعي لهذا النقل والانتقال فإن كان موضوعه الوجود الاعتباري العقلاني فقد تم في المقام الإطلاق الحكمي، لأن الأمر

الاعتباري العقلاني قد استند حقيقة إلى الإذن فدخل تحت إطلاق ﴿أحلّ الله البيع﴾ الذي كان معناه أحلّ الله لكل أحد البيع الراجع إليه أي المنسوب له من ناحية، والواقع على ما في سلطته من ناحية أخرى.

وإن كان موضوعه الوجود الاعتباري في لوح اعتبار المتعاقدين كما هو كذلك يقيناً في ﴿أوفوا بالعقود﴾ فإنّ العقد عبارة عن قرار مرتبط بقرار، وهذا راجع إلى المتعاقدين لا إلى العقلاء فيتمّ في المقام عندئذٍ الإطلاق المقامي، وأقصد بذلك أنّ قوله: ﴿أوفوا بالعقود﴾ يفهم منه العرف خطأً تامة ملاك الإطلاق الحكمي على أساس عدم تمييزه الدقيق بين العوالم التي شرحناها، فإن لم يكن يقبل الشارع بفهم الإطلاق من كلامه كان عليه أن ينصب قرينة مانعة عن الوقوع في هذا الخطأ، فعدم نصبه لها دليل الإطلاق.

هذا. والفارق المهم الذي يترتب على التمييز بين التقريب الذي ذكره السيّد الخوئي لهذا الوجه وهو مجرّد دعوى أنّ الشيء الاعتباري يكفي في صدق انتسابه حقيقة إلى الشخص اذنه وإجازته، والتقريب الذي نحن ذكرناه هنا من أنّ ما ينتسب إلى الشخص حقيقة بالإذن والإجازة أنّما هو الأمر الاعتباري الموجود في لوح اعتبار العقلاء وذلك بعد فرض أنّ العقلاء يرون كفاية الإذن والإجازة في تحقّق ذلك هو ما سيظهر في بحث الفضولي، من أنّه بناء على ما تبناه السيّد الخوئي نمتلك إطلاقاً للعقود لتصحيح عمل الفضولي بالإجازة المتأخّرة بقطع النظر عن دليل السيرة العقلانية أمّا على مسلكتنا فتامة الإطلاقات توقّفت على تامة السيرة، صحيح أنّ الاستدلال بالإطلاقات لم يصبح لغواً فإنّ الاستدلال بها في عرض الاستدلال بالسيرة بعد إثبات إمضاءها بعدم الردع فقد لا يقبل أحد أنّ عدم وصول الردع دليل الإمضاء ويقبل الإطلاقات، لكنني أقول إنّ من يؤمن بدلالة

السيرة وكفاية عدم وصول الردع لا يستفيد فائدة إضافية من الإطلاقات، فأنه إن ثبتت السيرة على صحة الفضولي بالإجازة المتأخرة كفت لإثبات الحكم وإلا لم تتم الإطلاقات في حين أنه على مسلك السيّد الخوئي تتم الإطلاقات حتى لو لم تثبت السيرة.

الثاني - إنَّ العقد عهد والعهد أمر تكويني نفسي والمتعهد الحقيقي في باب العهود التي تقام بواسطة نائب أو وكيل أنما هو الموكل أو الآذن، وليس الوكيل أو المأذون في إجراء الصيغة بل وحتى الوكيل المطلق الذي يتعهد ويلتزم هو بالوفاء بالعهد لا يمكن افتراض أن موكله خارج عن دائرة العهد، فموكله قد اعطى تعهداً مسبقاً ولو إجمالاً بما سيفعله الوكيل المطلق، والمبرز لتعهد الموكل أو الآذن هو مجموع ما يصدر منه من الاذن أو التوكيل مع صيغة العقد التي يجريها المأذون أو الوكيل. إذن فالآذن أو الموكل قد أصبح هو طرفاً للعهد مباشرة، وهذا غير ما مضى دعواه في الوجه الأوّل من أن الاذن في الأمر الاعتباري يجعل الأمر الاعتباري منتسباً إلى الآذن حقيقة، بل العهد ليس أمراً اعتبارياً أصلاً بل هو أمر حقيقي نفسي متقوم بالموكل أو الآذن كما هو متقوم بالطرف الآخر، فإذا أصبح العقد على هذا الأساس منتسباً إلى الآذن حقيقة صحّ فيه التمسك بإطلاقات العقود.

إلا أن هذا الوجه من البيان لا يتم في جميع العقود، وذلك لأنّ العقد ليس دائماً عهداً بالمعنى الذي يكون أمراً تكوينياً نفسياً يتقوم بالموكل والآذن، بل قد يكون قراراً لأمر اعتباري بحث فيجب عندئذٍ أن نرجع إلى الوجه الأوّل ولا يفيدنا هذا الوجه، ومثاله البيع بناء على مشرب الفقه الإسلامي من كون البيع بنفسه نقلاً لا التزاماً بالنقل كما يقوله الفقه الغربي^(١)، فالبيع ليس عهداً بمعنى الأمر التكويني النفسي وهو

(١) راجع بهذا الصدد المقدّمة الرابعة من المقدّمات الأربع لبحثنا هذا في فقه العقود.

الالتزام بشيء على العهدة بل هو نقل مباشر للعين إلى المشتري وفي مثله لا يرد هذا الوجه، وإنما يختص هذا الوجه بمثل الأجير الذي ينشئ الالتزام بالعمل.

والواقع أنّ هذا الوجه مع الوجه الأوّل يشكلان وجهاً واحداً متكاملًا لأنّ العاقد إمّا أن ينشئ أمراً اعتبارياً، أو ينشئ العهد الذي هو عمل تكويني للنفس، أو ينشئهما معاً فإنشاء الأمر الأوّل هو مورد للوجه الأوّل، وإنشاء الأمر الثاني هو مورد للوجه الثاني فلدينا إذن وجه واحد ذو جزئين ويمتاز هذا الجزء عن الجزء الأوّل أو هذا الوجه عن الوجه الأوّل بأنّ الوجه الأوّل كان حسب مسلكنا لتقريره متوقفاً على ثبوت السيرة العقلائية كما مضى شرحه، في حين أنّ هذا الوجه ليس متوقفاً على ثبوتها فإنّ التعهّد أمر تكويني ومنتسب إلى الآذن حقيقة، وليس أمراً اعتبارياً تتوقف صحّة انتسابه إليه على ما مضى من فرض ثبوت الاعتبار في لوح الاعتبار العقلائي.

الثالث - ما أفاده السيّد الإمام عليه السلام وهو أنّنا لو خّلينا وطبع الإطلاق اللفظي لأدلة العقود لاقتضت إمضاء عقد الفضولي والغاصب اللذين عقداً بلا إذن وإجازة فضلاً عن العقد الصادر عن اذن المالك، والمناسبات العرفية التي أخرجت العقد الذي يكون اجنبياً عنّا تماماً أنّما أخرجت العقد الاجنبي الصرف ولم تخرج العقد الذي وقع باذننا فنتمسك في ذلك بالإطلاق.

وبكلمة أخرى أنّ تقييد هذه الأدلة بأن يكون العقد عقداً له، أو البيع بيعاً له، أو التجارة تجارته لم يكن بدليل لفظي، وأنّما بمجرد دعوى الانصراف على أساس المناسبات ولا انصراف عن البيع المأذون بعد ما كان صحيحاً لازماً عرفاً وفي جوّ العقلاء^(١).

أقول : إنّ هذا الكلام لا يتمّ كوجه مستقلّ عمّا سبق بالنسبة لأوفوا بالعقود لأنّ القيد هنا وارد في اللفظ لما مضى من أنّ الوفاء لا يصدق حقيقة إلاّ ممّن ينتسب إليه العقد حقيقة، بل لا يتمّ كوجه مستقلّ عمّا سبق حتى في غير أوفوا بالعقود من قبيل أحلّ الله البيع فإنّ القيد المستفاد بالمناسبات العرفية لهذه الإطلاقات أنّما هو قيد استناد البيع أو المعاملة إليه، فعلى أي حال لا بدّ من إحراز هذا القيد بالرجوع إلى الوجهين السابقين، فهذا الوجه لا يتمّ إلاّ بإرجاعه إلى ما سبق.

هذه هي الوجوه التي اردنا التعرّض لها ممّا يدلّ على كفاية الاذن، وهذه الوجوه تثبت كفاية مطلق الاذن لا خصوص الوكالة لو قلنا انها أخص من الاذن. وهناك وجه آخر يدلّ على كفاية مطلق الاذن وهو روايات الوكالة إمّا بدعوى أنّ الوكالة عقد اذني ولا تتجاوز حقيقتها مجرد الاذن، أو بدعوى أنّها حتى لو كانت مشتملة على شيء زائد على مجرد الاذن، فالمفهوم عرفاً بمناسبات الحكم والموضوع من أدلتها أنّ نكتة نفوذها هي ما تشتمل عليه من الاذن، فالروح الحقيقية للوكالة التي عليها المعتمد أنّما هي الاذن.

ولكن هذا الوجه لا يفيدنا في المقام لما عرفت من أنّ هدفنا من هذا البحث ليست حقيقة معرفة كفاية الاذن في صحّة العقود فإنّ هذه من الواضحات وليست بحاجة إلى بحث علمي، وأنّما الهدف هو أن نرى هل يمكن توسيع الحكم المستفاد من دليل كفاية الاذن للإجازة المتأخّرة أو لا؟ وهذا التوسّع إن كان محتملاً فإنّما يحتمل بلحاظ الوجوه الثلاثة التي ذكرناها، لا بلحاظ أدلّة الوكالة الواضح عدم صدقها في مورد الإجازة المتأخّرة.

هذا تمام الكلام في الاذن.

هل يقوم الرضا مقام الإذن :

وقد يقال : إنّ الرضا الباطني حاله حال الإذن وتجري فيه نفس الوجوه التي ذكرناها لمصححة الإذن، وأقصد بذلك الوجوه الثلاثة التي فرغنا عن بحثها قبل اسطر لا الوجوه البلية من مثل المسلمية والضرورة الفقهية، لوضوح عدم ورودها في الرضا الباطني البحث.

ولكن الصحيح أنّ تلك الوجوه لا تكفي لإثبات كفاية الرضا الباطني .
أمّا الأول وهو كون الإذن موجباً لصحة إسناد الأمر الاعتباري إلى الآذن فهو أنّما يكون لأجل كون الإذن عملاً اختيارياً للآذن صدر منه لأجل تبني ذلك الأمر الاعتباري فأوجب صحة إسناد ذلك الأمر الاعتباري إليه حقيقة، أمّا في مورد الرضا الباطني فلم يصدر منه عمل من هذا القبيل أصلاً، والرضا ليس إلّا حالة نفسانية غير اختيارية وليس عملاً صادراً منه بهدف تبني ذلك الأمر الاعتباري إذن فهذا الوجه لا يصحح كفاية الرضا .

وأمّا الثاني وهو كون الآذن طرفاً للتعهد فهذا أيضاً لا يأتي في مجرد الرضا لوضوح أنّ مجرد الرضا الباطني لا يؤثر في تحقق الطرفية في التعهد والميثاق .
وأمّا الثالث وهو دعوى شمول الإطلاقات للعقد في المقام لأنّ المناسبات العرفية التي تصرف الإطلاق عن العقد الذي يكون اجنبياً بحثاً عن المالك لا تأتي هنا، فقد أفاد السيّد الإمام عليه السلام : إنّ هذا يشمل مجرد الرضا كما يشمل الإذن ولا وجه للانصراف، سواء في مورد الإذن أو الرضا بعد كون المعاملة صحيحة لازمة عرفاً وفي جوّ العقلاء^(١).

أقول : إنّ كون المعاملة صحيحة لازمة عرفاً وفي جوّ العقلاء في موارد الاذن مقبول لدينا، أمّا كونها كذلك في موارد مجرد الرضا الباطني من دون اذن فهو غير مقبول لدينا، ولو كان مقبولاً لكفى بنفسه دليلاً على الصحة حتى مع غصّ النظر عن الإطلاقات وذلك على أساس إثبات إمضاء السيرة والارتكاز بعدم الردع.

نعم التشكيك في هذا الارتكاز والسيرة لا يضّر بالاستدلال بالإطلاقات في المقام إذ ليس من شرط التمسك بها وجود ارتكاز عرفي وعقلائي على طبقها، وأنما المهم عدم وجود ارتكاز ومناسبة عقلائية ترفضها. ولكن على أية حال قد مضى منّا أنّ هذا الوجه الثالث لا يتم كوجه مستقل عن سابقه.

وقد يستدلّ على كفاية الرضا الباطني من قبل المالك المقارن لعقد الفضولي بقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ، ويقول عليه السلام : لا يحلّ مال امرء مسلم إلاّ بطيبة نفسه^(١) وذلك باعتبار أنّ الرضا أو الطيب الباطني كافٍ في دخول المعاملة في المستثنى.

ويردّ على الأوّل ما عرفته من أنّ المناسبات العرفية تقتضي كون المنصرف من مثل هذه الإطلاقات ما إذا كانت التجارة تجارته والبيع يبعه والعقد عقده، ومجرد الرضا الباطني غير كاف في استناد التجارة عليه.

وأما الوجه الثاني وهو التمسك بقوله : لا يحلّ مال امرء مسلم إلاّ بطيبة

(١) الوسائل ٣ : ٤٢٤ ، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي ، الحديث ١ و ١٩ : ٣ ، الباب ١ من

أبواب القصاص في النفس ، الحديث ٣ .

نفسه فإن حملناه على الحلّ التكليفي فحسب فمن الواضح عدم دلالة على المدعى، وإن حملناه على الاعم منه ومن الحل الوضعي فقد يقال: إن مقتضى إطلاق المستثنى كفاية الرضا الباطني في دخول المورد في المستثنى.

وقد أجاب عليه السيّد الخوئي على ما ورد في المصباح^(١) أنّ مثل هذا التركيب لا يدلّ على الحصر ولا يستفاد منه عدا كون المستثنى شرطاً، وهو لا ينافي فرض شرط آخر ولم يذكر ما هو السرّ في عدم الدلالة على الحصر وما هو الضابط في ذلك، وأشار في المحاضرات^(٢) إلى ضابط لذلك وهو أنّه في موارد نفي الحقيقة ليس الاستثناء حقيقياً ودالاً على الحصر، وأنّما هو صورة استثناء وأنّما هو إشارة إلى الشرطية والجزئية من قبيل لا صلاة إلّا بظهور، ولا صلاة إلّا بفاتحة الكتاب، فكأنّه يقصد أنّ قوله: لا يحل مال امرء مسلم أيضاً داخل في نفس الحقيقة ولو بأن يكون مقصوده من نفي الحقيقة ما يشمل نفي الصّحة، ولكن هنا أيضاً لم يوضح ما هو السرّ في عدم كون الاستثناء في موارد نفي الحقيقة استثناء حقيقياً أو عدم دلالة على الحصر وكونه فقط بصدد بيان الشرطية أو الجزئية، ولم يوضح أيضاً أنّ قوله: لا يحل مال امرء مسلم لما يلحق بنفي الحقيقة، مع أنّه في قسم من مدلوله - وهو الحلّ التكليفي - لا ربط له بنفي الحقيقة، فهل إنّ نفي الجواز أيضاً كنفى الصّحة ملحق بنفي الحقيقة؟ ثم نفي الصّحة لماذا يلحق بنفي الحقيقة؟ إن قيل إنّّه نفي حقيقة الصّحة قلنا: إذن كل نفي نفي للحقيقة حتى في مثل ما جاء القوم إلّا زیداً، لأنّه ينفي حقيقة المجيء وإن قصد بنفي الحقيقة تحديد

(١) مصباح الفقاهة ٤: ٧.

(٢) المحاضرات ٢: ٢٩١.

المفهوم لا المصداق كي لا يصدق في مثل ما جاء القوم فنفي الصحة أيضاً ليس تحديداً لمفهوم الصحة بل هو تعيين للمصداق.

وعلى أية حال فالذي ذكرنا لدى بحثنا عن إطلاقات العقود هو الاستفادة من حرف الباء في مثل لا صلاة إلا بطهور أو بفاتحة الكتاب فالباء يعطي معنى التقييد والجملة باقية على دلالتها على الحصر وعلى إطلاقها. إلا أن الحكم الذي ثبت للمستثنى إنما هو تقييد نقيض حكم المستثنى منه به، فمفاد الجملة إنما هو تقييد صحة الصلاة بالطهور أو الفاتحة وهذا مطلق يشمل الصلاة المستدبرة للقبلة مثلاً، لكن لا يعني ذلك صحة الصلاة المستدبرة للقبلة إذا كانت مع الطهور، وإنما يعني أن الصلاة المستدبرة للقبلة أيضاً لو صحّت فهي مقيدة بالطهور ومن هنا فصلنا بين مثل لا صلاة إلا بطهور أو بفاتحة الكتاب، ومثل لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض حيث توجد هنا حرف الباء ويكون الحكم المحكوم به على المستثنى هو نقيض حكم المستثنى منه لا تقيده به وهو حلّ الاكل، فهذا يدلّ على ثبوت الحلّية في كل موارد صدق التجارة عن تراض، في حين أن الأول لا يدلّ على ثبوت الصحة في كل موارد تحقق الطهور أو الفاتحة.

وبما أن الحديث الذي نتكلم عنه في المقام وهو لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيبة نفسه مشترك مع لا صلاة إلا بطهور أو بفاتحة الكتاب في النكته التي شرحناها وذلك لمكان الباء. إذن يكون مفاد النص اشتراط الحل بطيب النفس لا عدم اشتراط شيء فيه غير الطيب، فلا يدلّ الحديث على كفاية الرضا الباطني.

وهناك أحاديث أخرى قد يتمسك بها لإثبات كفاية الرضا الباطني من قبل

المالك المقارن لعقد الفضولي من قبيل :

١- رواية عروة البارقي قال : قدم جلب فاعطاني النبي ﷺ ديناراً فقال : اشتري بها شاة فاشتريت شاتين بدينار فلحقني رجل فبعت احدهما منه بدينار ثم اتيت النبي ﷺ بشاة ودينار فردّه عليّ وقال : بارك الله لك في صفقة يمينك ولقد كنت أقوم بالكناسة أو قال بالكوفة فأربح في اليوم اربعين الفاً^(١) .

وفي نقل آخر مشابه لهذا النقل بعث رسول الله ﷺ معه بدينار يشتري له اضحية وقال مرّة أو شاة فاشتري له اثنتين فباع واحدة بدينار وأتاه بالأخرى فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه^(٢) .

وعنه في نقل آخر قال : عرض للنبي ﷺ جلب فاعطاني ديناراً وقال : اي عروة أتت الجلب فاشتر لنا شاة قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت منه شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو قال أقودهما فلقيني رجل فساومني فابيعه شاة بدينار فجئت بالدينار فقلت يا رسول الله ﷺ هذا ديناركم وهذه شاتكم قال كيف صنعت ؟ قال فحدثته الحديث فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه فلقد رأيتني أقف بكناسة الكوفة فأربح اربعين الفاً قبل أصل^(٣) إلى أهلي وكان يشتري الجوّاري ويبيع^(٤) .

(١) مستدرک الوسائل ٢ : ٤٦٢ - ٤٦٣ ، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه ، الحديث الوحيد في الباب .

(٢) نقله في مصباح الفقاهة ٤ : ٢٣ ، تحت الخط عن مسند أحمد ٤ : ٣٧٥ ، حسب طبعة مصر التي في هامشها منتخب كنز العمال .

(٣) هكذا جاء في كتاب (مصباح الفقاهة) والظاهر أنّ الصحيح : قبل أن أصل .

(٤) نقله في مصباح الفقاهة ٤ : ٨ ، تحت الخط عن مسند أحمد ٤ : ٣٧٦ ، حسب الطبعة التي مضى ذكرها .

ونسب ما يشبه هذه القصة إلى حكيم بن حزام حيث روى أنّ النبي ﷺ بعث معه دينار يشتري له اضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع فاشترى اضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا ان يبارك له في تجارته^(١).

وهذه القصة سواء اتحدت أو تعددت يستدل بها على المقصود باعتبار إحراز الرضا المقارن في ما فعله عروة أو حكيم بن حزام ممّا كان خارجاً عن أمر رسول الله ﷺ والنبي ﷺ أقرّه على فعله ولم ينهه عمّا صدر منه من التصرف في العوضين بحجّة أنّ العقد كان باطلاً فلو كان النبي ﷺ معتمداً على تصحيح العقد الفضولي بالإجازة المتأخّرة لا على صحّته بالرضا المقارن لكان المفروض أن ينكر أولاً على عروة أو حكيم بن حزام باعتبار حرمة ما فعله من التصرف ويصحّ ثانياً العقد بالإجازة، في حين أنّه لم يصدر منه إنكار وردع من هذا القبيل.

وخير ما أجيب به على دلالة هذا الحديث هو أنّ التصرف المادي في مال الغير يكفي في تحليله الرضا الباطني ولا يتوقّف على الاذن، وأنّما المدعى في المقام توقّف صحّة العقد وحصول النقل والانتقال على الاذن، فلعلّ النبي ﷺ أنّما لم يردع عروة أو حكيم بن حزام عمّا فعله من التصرف المادي في المال على أساس علمه بالرضا ثم بنى على صحّة المعاملة بتصحيحه هو ﷺ للعقد بالإجازة المتأخّرة^(٢).

(١) البحار ١٠٣ : ١٣٦ ، الباب ١٢ من كتاب العقود والايقات ، الحديث ٤ .

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٤ : ٩ ، والمحاضرات ٢ : ٢٩١ .

وعليه فغاية ما يمكن افتراض دلالة هذا الحديث عليه هو أننا نفهم إجمالاً من هذا الحديث أنه إما الإجازة المتأخّرة تكون مصحّحة لعقد الفضولي، أو الرضا المقارن يكون مصحّحاً له، إذ لو لم يكن شيء منهما مصحّحاً لبطل العقد، في حين أنّ النبي ﷺ بنى عملاً على صحّته ولم يصدر ردعاً عمّا فعله عروة أو حكيم. وعلى أية حال فالقصة غير ثابتة سنداً.

٢- الروايات الدالة على صحّة نكاح العبد بمجرد علم مولاه وسكوته^(١).
وخير ما اجيب به عليها هو أنّ مشكلة عقد الفضولي - على ما اتضح من الأبحاث السابقة - أنّ عقده غير مستند إلى المالك، في حين أنّ مشكلة نكاح العبد قد تكون مجرد الحاجة إلى رضا المولى وقد فرض علمه وسكوته كاشفاً عن الرضا^(٢).

٣- روايات دلالة سكوت البكر على الرضا لدى استثمارها في النكاح^(٣).
والجواب: أنّ سكوتها لدى استثمارها في النكاح يعتبر تصدياً منها لإبراز الرضا ولا نغني بالاذن غير ذلك.

٤- ما ورد بسند تام عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفمّ النيل وأهل الأرض يقولون: هي أرضهم وأهل الاسنان يقولون هي من أرضنا فقال لا تشتريها إلّا برضا أهلها^(٤).

(١) الوسائل ١٤ : ٥٢٥ - ٥٢٦، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ٢٩٢، ومصباح الفقاهة ٤ : ٨ - ٩.

(٣) الوسائل ١٤ : ٢٠٦ - ٢٠٧، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٤) الوسائل ١٢ : ٢٤٩، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٣.

وقد اتضح الجواب على ذلك ممّا مضى في حديث لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيبة نفسه، فإنّ الباء دليل التقييد ويكون معنى الحديث عندئذٍ: إنّ رضا أهلها شرط وقيد في صحّة بيعها، لا أنّ رضا أهلها كاف في صحّة البيع بلا حاجة إلى إبراز منهم وقد مضى شرح ذلك.

٥- مرسلّة الاحتجاج عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري عن صاحب الزمان - عجلّ الله تعالى فرجه - في مكاتبة له: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلاّ من مالها أو بأمره أو رضا منه^(١).

والجواب على هذا الحديث أيضاً كالجواب على سابقه لأنّه أيضاً يشتمل على حرف الباء.

إلاّ أنّه قد يقال: إنّ هذا الحديث يختلف عن سابقه بعطف كلمة «رضا منه» على كلمة «بأمره» فإذا كان المقصود من أمره اذنه لم يبق فرد آخر يعطف عليه بكلمة رضا منه إلاّ الرضا الباطني، وهذا يعني كفاية الرضا الباطني من دون حاجة إلى الاذن وإلاّ لم يكن معنى معقول لعطف الرضا على الاذن بـ(أو) بعدم فرض كون حمله على ما يشبه عطف المرادف على المرادف بـ(أو) خلاف الظاهر.

والجواب أنّ الظاهر من كلمة بـ(أمره) كون البيع بطلب منه وعطف كلمة «رضا منه» يعني عدم اشتراط خصوص الطلب، فقد يكون البيع برضا منه دون طلبه وهذا تحته حالتان: إحداهما ثبوت الرضا وحده، والثانية ثبوت إبراز الرضا أيضاً وهو غير الطلب، وعندئذٍ يأتي ما ذكرناه من أنّ حرف الباء تدلّ على أنّ المقصود كون الرضا شرطاً وقيداً من دون نفي قيد آخر وهو الإبراز.

(١) الوسائل ١٢: ٢٥١، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٨.

وقد تحصّل لدينا إلى الآن أنّ الرضا المقارن للعقد غير كاف لصحة العقد، وأنّ صحة العقد مشروطة بالملك أو الولاية أو الإذن.

تأخّر هذا الشرط عن العقد

وبعد هذا يقع الكلام في أنّ هذا الشرط لو كان مفقوداً لدى تحقّق العقد ولكنّه وجد بعد ذلك فهل وجوده المتأخّر يصحّح العقد أو لا؟ والكلام في ذلك تارة يقع في حصول الملك أو الولاية متأخراً من دون إجازة جديدة للمعاملة بعد حصول ذلك، وأخرى يقع في الإجازة المتأخّرة فلدينا بحثان :

لحوق الملك أو الولاية :

البحث الأوّل - في أنّ مجرد حصول الملك أو الولاية بعد العقد هل يكفي في تصحيح العقد أو لا؟ فقد يقال إنّ مقتضى القواعد كفايته باعتبار أنّ حصول الملك أو الولاية بعد العقد كاف في انتساب العقد إلى المالك أو الولي لأنّ العاقد كان هو نفس هذا الشخص، وإذا انتسب العقد إليه دخل في الإطلاقات. نعم يشترط في فرض الولاية كون العقد في صالح المولّى عليه مثلاً حين تحقّق الولاية، ولا يكفي كونه في صالحه حين العقد وقبل الولاية. وتأخّر الملك أو الولاية عن العقد يتحقّق في عدّة فروع بعضها يناسب المقام وبعضها يناسب مبحث شرائط المحل^(١) :

(١) ونحن نبينه هنا وبه نأتي على أهمّ ما نريد بحثه في شروط المحلّ ولذلك نحذف البحث عن الركن الرابع وهو المحلّ.

الفرع الأول - أن يكون المال مملوكاً لغيره فيبيعه قبل أن يملكه ثم يتملكه وهذا هو المقصود ممّا تعارف في لسان فقهاءنا من عنوان «مَنْ باع شيئاً ثم ملك». والفرع الثاني - أن يكون المال من المباحات الأولى فيبيعه ثم يحوزه كما لو باع سمكة ثم صادها.

والفرع الثالث - أن يكون الشيء مملوكاً له على تقدير وجوده وأنما العيب أنّه غير موجود من قبيل مَنْ باع ثمار أشجاره قبل تكونها، أو باع أولاد حيواناته قبل حبلها.

أمّا ما عدا هذه الفروع الثلاثة فيرجع الأمر فيه حسب تصوّرات فقهاءنا الإسلامي إلى بيع ما في الذمة أي أنّ المبيع غير المملوك فعلاً للبائع إن لم يضاف إلى عين خارجية أو نماء عين خارجية اذن هو مضاف إلى الذمة في مقام البيع وهذا يكون خارجاً عن مبحثنا، لأنّ كل إنسان يملك ذمّته بمعنى عام من الملك وقد قلنا منذ البدء أنّ مقصودنا من شرط الملك هو معنى عام من الملك لا خصوص المصطلح الخاص.

والفرع الأول من هذه الفروع الثلاثة يناسب المقام باعتبار أنّ المحل لا عيب فيه فهو أمر مملوك، وأنّما العيب في العاقد حيث لم يكن مالكاً ولكن الفرع الثاني والثالث يناسبان بحث شرائط المحل لأنّ العيب في المحل حيث كان من المباحات الأولى وكانت نسبته للكل على حدّ سواء أو كان غير موجود.

ومقتضى القاعدة في كل هذه الفروع حسب تصوّرات الفقه الوضعي هو الصحّة حيث ارجعوا العقود الناقلة إلى التعهّد بالنقل، والتعهّد بالنقل لا ينافي عدم دخول العين في ملك العاقد بالفعل فبإمكانه ان يتعهّد بنقل هذه العين إلى ملك المشتري ولو بعد شرائها أو بعد حيازتها، أو نقل هذه الثمرة إليه بعد تكونها. نعم لو

تعهد بالنقل الحالي بطل لعدم إمكانه. واستثنوا من ذلك بيع الوارث مال مورثه قبل موته لكونه خلاف الآداب وموجباً لانتظار موت المورث، وموجباً في كثير من الأحيان لتبديد الوارث من الآن ما يحتمل تملكه آتاه في المستقبل^(١).

أما في فقهاء الإسلام فالعقود الناقلة هي ناقلة ابتداءً وليست تعهداً بالنقل. وعلى هذا الأساس فمقتضى القاعدة في الفرعين الأولين هو البطلان إذ حينما انشأ النقل لم يكن مالاً وحينما ملك لم يكن المفروض تبنيهاً لما فعل وانتحاله آتاه، فصحيح أن هذا النقل منسوب إلى المالك كما مضى إلا أنه إنما يكون منسوباً إلى ذات المالك وليس منسوباً إلى المالك بما هو مالك كي يكون مشمولاً للإطلاقات.

وبهذا تنحل شبهة أنه ما الفرق بين الإذن في ما سيأتي من بحث الفضولي والملك حيث يقال بكفاية الإذن المتأخر وهو الإجازة ولا يقال بكفاية الملك المتأخر بناء على أن كفاية الإجازة تكون ثابتة على القاعدة؟! فإن الجواب هو: إن الإجازة المتأخرة تنسب الأمر الاعتباري أو التعهد إلى المالك بما هو مالك فيوجب دخول ذلك في الإطلاقات، لكن الملك المتأخر من دون إجازة بعد حصول الملك لا ينسب إلى المالك بما هو مالك.

وفي الحقيقة هذه الشبهة سارية في كل الشروط. والجواب نفس الجواب فمثلاً يتوجه السؤال عن أنه ما الفرق بين شرط الإذن وشرط البلوغ حيث يكفي الإذن المتأخر وهو الإجازة ولا يكفي البلوغ المتأخر ما لم يجز العقد بعد البلوغ؟! والجواب هو أن الإذن المتأخر يصح

انتساب العقد إليه بما هو مالك في حين ان البلوغ المتأخّر لا يصحّ انتساب العقد إليه بما هو بالغ وإن كان العقد منسوباً إلى ذات البالغ لصدوره منه قبل بلوغه .
هذا بلحاظ التمسك بالإطلاقات .

وكذلك الحال بلحاظ التمسك بالسيرة إن كانت ثابتة في مورد الفضولي فيقال : إنّ موضوع هذه السيرة وإن لم يكن هو الانتساب في الأمور الاعتبارية بناء على ما اخترناه من أنّ الانتساب في طول السيرة ، ولكن موضوعها هو الانتحال والتبّي وفي الإجازة المتأخّرة تم انتحال المالك وتبّيّه للعقد بما هو مالك وهذا بخلاف سائر الشروط لو تأخّرت .

وأما بلحاظ الأمور التعهّدية فموضوع السيرة أيضاً هو الانتساب فيأتي فيه عين ما ذكرناه في الإطلاقات .

هذا كلّ في ما إذا أجرى عقداً ناقلاً على ما لا يملكه ممّا هو مملوك للآخرين أو ما كان من المباحات الأصلية ، وقد عرفت أنّ مقتضى القاعدة عدم نفوذه ويدعم ذلك ما ورد في بعض الروايات من المنع عن بيع ما لم يستوجبه ومورد الروايات هو بيع مال الآخرين^(١) .

وأما إذا أجرى التعهّد بالنقل فمقتضى القاعدة نفوذ ذلك ويجب عليه عندئذٍ أن يشتريه إن كان مملوكاً لغيره أو يحوزه إن كان من المباحات كي يفي بوعه .
ولكن في تلك الروايات التي اشرنا إليها ما يمنع بإطلاقه عن التعهّد أيضاً وإنّنه لا بدّ أن يكون هو بعد تملكه ، وكذلك من يشتريه منه بالخيار إن شاء فعل وإن شاء ترك^(٢) ، ومورد الروايات هو بيع مال الآخرين وهل يتعدّى من ذلك إلى باب

(١) راجع الوسائل ١٢ : ٣٧٥ ، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود .

(٢) المصدر نفسه .

الإرث فلا يجوز تعهد الوارث بأموال المورث لشخص بالنسبة لما بعد موت المورث أو إلى باب حيازة المباحات فلا يجوز التعهد ببيع ما سيحوزه مثلاً أو لا؟ لا بد من الرجوع في ذلك إلى فهم العرف فان ساعد فهم العرف على التعدي يتعدى من مورد الروايات بقدر مساعدة العرف على ذلك.

وهناك أسلوب ثالث لإجراء التعامل على ما لا يملكه ممّا هو مملوك للغير، أو من المباحات الأولى وهو ان ينشئ نقل هذا المال لا على الإطلاق، أو بقيد الحال بل بقيد الاستقبال فالتعامل الذي يجريه على هذا السمك الذي لم يصده بعد مثلاً أو هذا الكتاب الذي لم يشتريه بعد ليس عبارة عن نقله بقيد الحال أو على الإطلاق كما هو الأسلوب الأول، ولا التعهد بالنقل والتملك مستقبلاً كما هو الحال في الأسلوب الثاني بل هو عبارة عن نقله بلحاظ الزمان المستقبل أي أنّه من الآن ينقل ملكية هذه العين التي كان المفروض ان تثبت له بالحيازة أو الشراء إلى الشخص الآخر، فإنشاء التملك (وليس التعهد بالتملك) ثابت من الآن، ولكن بلحاظ المستقبل نظير الوقف على البطون بالنسبة للبطون المتأخرة، ونظير الوصية بالملك إن صحّت الوصية بالنتيجة أو الوقف المنقطع الأول لو صحّ، ونظير التحرير الاستقبالي في التدبير والمكاتبة وهذا لو تمّ عرفاً وعقلاً دُخل في الإطلاقات ولم يردّ على دخوله في الإطلاقات إشكال عدم انتساب هذا العقد إلى المالك، فأنّه لم يتصرّف حينما تصرّف بنقل هذا المال إلّا بلحاظ زمان مالكه وهذا كاف في شمول الإطلاق له لو تمّت عرفيته وعقلايته.

ولكنّ العيب في ذلك ما مضى منّا في بحث الإطلاقات من انّ إطلاقات أدلة العقود أنّما تدلّ على احترام العقد بما هو ربط قرار بقرار، أمّا ان نفس متعلّق القرار هل هو مباح في ما هو على وزان شرط الفعل، أو قابل للنفوذ في

ما هو على وزان شرط النتيجة ؟ فهذا خارج عن عهدة أدلة العقود فلو ملك شخص حرّ نفسه لشخص آخر بضمن مثلاً لم يدلّ إطلاق أدلة العقود على صحّة ذلك، لأنّ أصل تحوّل الحرّ إلى العبد أمر غير شرعي، وكذلك الحال فيما نحن فيه أي لا بد من قيام دليل على أصل مشروعية خلق ملكية ما لا يملكه من الآن بلحاظ زمان مالكيته، فلو ثبت ذلك ببناء عرفي وعقلاني مع عدم الردع دخل هذا التعامل في إطلاق أدلة العقود بل ثبتت السيرة غير المردوعة على نفس هذا المتعامل فتثبت صحّته حتى لو لم تكن لدينا إطلاقات، ولكن لم يثبت بناء عقلاني على ذلك.

هذا تمام الكلام في الفرعين الأولين.

وأما الفرع الثالث وهو نقل الأثمار والنماء آت قبل وجودها فإن كان المقصود بذلك التعهّد بنقلها بعد وجودها فلا إشكال في ذلك، والروايات المانعة عن البيع قبل التملك الواردة في بيع ملك الغير قبل شرائه لا علاقة لها بالمقام، واحتمال الفرق موجود فلا معنى للتعدّي من موردها إلى المقام.

وإن كان المقصود بذلك النقل الحالي أو النقل المطلق بناء على أنّه ينتج نتيجة النقل الحالي فهذا وإن لم تكن فيه استحالة فلسفية حتى بناء على عدم مملوكيتها الآن، لأنّ النقل ليس عداً أمر اعتباري كالملكية نفسها، ولا استحالة في تمليك ما لا يملكه لكنه قد يقال : إنّّه ليس عرفياً إلّا إذا فرض مملوكيتها من الآن لمالك الأصل، وكذلك ليس العقد الصادر منه مستنداً إليه بما هو مالك لها ولا عقداً صادراً منه بلحاظ زمان مالكيته إيّاها فهو غير مشمول للإطلاقات، وبكلمة أخرى يأتي فيه نفس ما ذكرناه في الفرعين الأولين.

ولكن يمكن أن يقال في مقابل هذا الكلام بأحد أمرين :

الأول - ان يدعى ان ملكية مالك الأصل للنماء آت ثابتة عرفاً قبل وجودها سنخ ما قد يقال في إيجار المنافع المستقبلية للأعيان، كما لو أجر بيته للسنة المقبلة من ان المنفعة المستقبلية للعين مملوكة من الآن لمالك العين فيماكانه ان يملكها للمستأجر وإن كان هذا الكلام في المقيس عليه مورد تأمل لانّ منفعة العين التي يمكن ان تكون مملوكة لمالك العين - ولو ملكية مندكة في ملكية العين - انما هي قابلية العين للانتفاع بها الثابتة من الآن، واستمرارها في عمود الزمان ليس إلا كاستمرار نفس العين في عمود الزمان، وتمليكها بلحاظ الزمان المستقبل ليس إلا كتمليك نفس العين بلحاظ الزمان المستقبل للبطون المتأخرة في الوقف على البطون، وليس هذا تمليكاً لما سيملكه مستقبلاً ولا يملكه الآن.

الثاني - ان يدعى ان هذه النماء آت وإن لم تكن مملوكة لمالك الأصل الآن ولكن حيث ان لها نحو إضافة إلى مالك الأصل باعتبارها نماء آت لما يملكه كان هذا النحو من الإضافة مصححاً لتمليكه ايّاها فيملكها الغير رغم عدم مالكية البائع ايّاها سنخ ان من يبيع مناً من الحنطة في ذمته يملكه المشتري، مع ان البائع لم يكن ملكاً له لا ملكية اعتبارية سنخ ملكيته للأعيان، ولا ملكية حقيقية سنخ ملكيته لأعماله، وغاية ما في الأمر ان لذمته نحو اختصاص به فهي ذمة مضافة إليه ولا يحق لأحد غيره إشغالها من دون موافقته، وكان هذا هو مقصودنا حينما قلنا: انّ الذمة مملوكة - بمعنى عام من الملك ولما امتلكه المشتري من الشيء الكلي - ظرف خاص به يناسبه وهو ذمة البائع، ولما امتلكه المشتري من الثمار أيضاً ظرف خاص به يناسبه وهو الزمان المستقبل أو قل: ظرف الخارج في الزمان المستقبل.

وإن كان المقصود بذلك النقل بلحاظ الزمان المستقبل أي ان مالك الأصل ينشئ من الآن ملكية النماء للمشتري من حين وجوده فهذا الاحتمال كان عيبه في الفرعين الأولين عدم ثبوت بناء عقلائي على ذلك، ولكن لا يبعد في خصوص الثمارات والنماءات ثبوت بناء العرف والعقلاء عليه بمناسبة كونها نماءات للأصل الذي يملكه.

فهذه هي التخريجات التي يمكن ان يدّعي بها أحد عقلائية بيع الأثمار والنماءات قبل وجودها وتتلخص في وجوه ثلاثة :

١ - دعوى ثبوت ملكيتها من الآن لمالك الأصل.

٢ - دعوى كفاية مالها من إضافة إلى مالك الأصل لنقلها من الآن.

٣ - دعوى كفاية مالها من إضافة إلى مالك الأصل لنقلها بلحاظ زمان وجودها.

والتخريج الثالث قد لا ينطبق على الواقع الخارجي حينما لا يكون حصول النماء في المستقبل مضموناً وقطعياً، ويكون العقد منجزاً وقطعياً على كل حال أي سواء حصل النماء في المستقبل أو لا من دون أن يكون العقد في واقعه مركباً من بيع وهبة أي أنه لو حصل النماء كان بيعاً وإلا كان المشتري قد ملك الثمن مجاناً فعندئذ ينحصر الأمر في تخريجين فقط وهما :

١ - انّ ذاك النماء يكفي احتمال ثبوته أو الظن بثبوته في المستقبل فرضه مملوكاً الآن فيباع هذا الوجود المحتمل أو المظنون.

٢ - انّ هذا المقدار من إضافة ذاك الوجود المحتمل أو المظنون إلى مالك الأصل ولو لم تسم ملكاً صحّح بيع هذا الوجود المحتمل أو المظنون.

والروايات بخصوص الترخيص - في بيع أثمار الأشجار قبل وجودها -

كثيرة^(١) وإن كان المعارض أيضاً موجوداً قليلاً^(٢). أمّا التعديّ إلى سائر النماءات أو عدمه إن لم نقل بصحة بيعها بمقتضى القاعدة فهو موكول إلى العرف.

ثم إنّ شريعة الإسلام إن لم توافق بشكل واسع على البيوع الاستقبالية فقد فتحت باباً آخر تحلّ محلّ ذلك وتشبع الحاجة إليها لم يعرفه الفقه الغربي ذاك الباب وهو بيع ما في الذمّة.

الإجازة المتأخّرة عن العقد :

البحث الثاني - في الإجازة المتأخّرة عن العقد وهذا ما يسمّى بعقد الفضولي.

والمتيقن من صحّة الفضولي بالإجازة بناء على صحّته هو العقد وليس الإيقاع، بل نقل الشيخ رحمه الله^(٣) عن غاية المرام دعوى الإجماع على بطلانه في الإيقاعات.

إلا أنّ السيد الخوئي رحمه الله ذكر^(٤) : إنّ صحّة عقد الفضولي لو بنينا عليها بمقتضى القاعدة لا بمقتضى أدلّة خاصّة فحسب تسري إلى الإيقاعات أيضاً، لأنّها أيضاً تنسب بمجرد الإجازة إلى المجيز كما هو الحال في العقد فتشملها الإطلاقات، ولا قيمة للإجماع المنقول خاصة إذا لم يكن متكرّراً فإنّ الظاهر أنّ ناقل الإجماع منحصر في المقام بغاية المرام فإنّه موهن لصحّة النقل، ولو فرض حصول الاتفاق فإنّما هو في الطلاق والعقود غيرهما كالإبراء، مضافاً إلى عدم ثبوت تعبدية الإجماع لو ثبت الإجماع.

(١) و (٢) راجع الوسائل ١٣، الأبواب الأولى من بيع الثمار.

(٣) راجع المكاسب ١ : ١٢٤، بحسب الطبعة المشتملة على تعليقه الشهيد.

(٤) راجع المحاضرات ٢ : ٢٨٨، ومصباح الفقاهة ٤ : ٤ - ٥.

أقول: إنَّ فرض جريان صحّة الفضولي في الإيقاعات على الإطلاق على تقدير صحّته على القاعدة في العقود مشكل، فإنَّ نكته صحّته في العقود على القاعدة ان تمّت فهي عبارة عن أحد الأمرين الماضيين في الاذن.

الأوّل - ما سبق نقل دعواه من السيد الخوئي من ان الاذن أو الإجازة يوجب انتساب الأمر الاعتباري حقيقة إلى الآذن أو المجيز.

ولكنه مضى منّا ان هذا غير صحيح بلحاظ وجود ذاك الأمر الاعتباري في لوح اعتبار المتعاقدين، وأنّما يصحّ بلحاظ وجوده في لوح اعتبار العقلاء وهذا يتوقّف على ثبوت ارتكاز وسيرة عقلايين، وثبوت ذلك في الاذن المتقدّم لا يستلزم ثبوته في الإجازة المتأخّرة فقد يكون الارتكاز والسيرة ثابتين في العقود لدى الإجازة المتأخّرة أيضاً، وغير ثابتين في الإيقاعات أو بعضها كالطلاق لدى الإجازة المتأخّرة.

ولو سلّمنا صحّة هذا الوجه بالنظر إلى الوجود الاعتباري في لوح المتعاقدين ولم نحتج إلى فرض ارتكاز وسيرة عقلايين قلنا: إنّ مجرد انتساب الأمر الاعتباري إلى الآذن أو المجيز أنّما يكفي في دخول ذلك في الإطلاقات لو كان لدينا إطلاق، وفي باب العقود لو لم نجد إطلاقاً خاصّاً بكل قسم من أقسام المعاملات فلا أقل من إطلاقين عامّين: أحدهما ﴿تجارة عن تراض﴾ والآخر ﴿أوفوا بالعقود﴾، في حين أنّه في باب الإيقاعات لا نمتلك إطلاقاً من هذا القبيل فيجب أن نرجع في كل قسم من أقسام الإيقاعات على حدة إلى الأدلّة اللفظية لنرى هل نجد له إطلاقاً أو لا، فإن لم نجد له إطلاقاً فيها لم يتم هذا الوجه لتصحيح الإجازة المتأخّرة. نعم الاذن السابق تكفي في تصحيح الارتكاز أو السيرة العقلايين.

والثاني - ما سبق في العقود العهدية بالمعنى الذي لا يرجع إلى مجرد الاعتبار والجعل، بل يرجع إلى أمر حقيقي نفسي من أن الإذن يجعل الأذن حقيقة طرفاً للعهد وهذا أيضاً لا يجري في الإيقاعات لأنها ليست عهداً بهذا المعنى وإنما هي أمور اعتبارية.

نعم إن ثبت في بعضها أن العرف يفهم من الإجازة المتأخرة جعل الإيقاع واعتباره من الآن كما لعله كذلك في الإبراء فهذا في الحقيقة يخرج عن الفضولي وتصبح الإجازة إيقاعاً جديداً، في حين أنه في البعض الآخر لم تثبت لدى العرف كفاية الجعل والاعتبار بأي صيغة كانت كما في الطلاق.

وأيضاً إن ثبت في بعضها أن العرف يكتفي في تحقق المقصود بمجرد إبراز الرضا بحصول المقصود بلا حاجة إلى الجعل والاعتبار كما لعله كذلك في الإبراز فهذا أيضاً يخرج المورد حقيقة عن الفضولي وتصبح الإجازة إيقاعاً، باعتبارها إبرازاً للرضا بحصول المقصود. والآن حان وقت الشروع في بحث عقد الفضولي :
مصطلح (الفضولي) في الفقهين الإسلامي والوطني :

وننبّه في مقدمة هذا البحث على أن مصطلح الفضولي موجود أيضاً في الفقه الوضعي على فرق بين مصطلحهم ومصطلحنا، فهم يجعلون الفضولي من الفضل بمعنى الإحسان، في حين أنه في فقهنا مأخوذ من الفضول بمعنى التطفل فالفضولي في مصطلحاتهم هو الذي يقوم بشأن عاجل وضروري لحساب شخص آخر بحيث يعلم عادة أن ذاك الشخص يرضى بذلك، ولو كان حاضراً وقادراً لقام هو بهذا الشأن، وهذا قد يكون مصداقاً للفضولي في فقهنا أيضاً كما لو قام ببيع محصولات زراعية للشخص الغائب ممّا يسرع إليه التلف، وقد لا يكون مصداقاً للفضولي في فقهنا كما لو استأجر طبيباً بنقوده هو ليعالج المريض العاجز عن تهئية

الطبيب، وهم يقولون: إنَّ عمل الفضولي بهذا المعنى صحيح بلا حاجة إلى الإجازة المتأخّرة ويكون على ربّ العمل أن يدفع إلى الفضولي المصاريف التي صرفها مع فوائدها الربوية ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا إذا كان العمل من أعمال مهنته، كما لو كان طبيباً فقام بمعالجة المريض. ولو أنَّ الفضولي قام بالعمل لأجل مصلحة نفسه ولكان عاد النفع إلى ربّ العمل أيضاً لا يعتبر فضولياً إذ لم يتفَضَّل على المالك، مثاله أنَّ المستأجر يقوم بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة حتى يستوفي منفعة العين لنفسه فهو بالنسبة للمالك لا يعتبر فضولياً، لأنّه يعمل لمصلحة نفسه ومتى ما كان الأمر هكذا لا يرجع على المالك بمصروفاته بل يرجع إليه إذا تمّت شرائط قاعدة الإثراء بلا سبب بأقلّ الأمرين من مصروفاته أو قيمة المنفعة العائدة إلى المالك^(١)، أمّا الفضولي بالمعنى المألوف في فقهاء المأخوذ من التطفل فهو عبارة عن مَنْ يجري عقداً على مال غيره من دون اذنه ويقال عادة بصحّة ذلك بالإجازة المتأخّرة، وفي الفقه الوضعي أيضاً يقولون: إنّه إذا قام شخص بتصرّف قانوني في صالح ربّ العمل بلا اذنه ثم أجاز ربّ العمل ما فعله جعلته الإجازة بحكم الوكيل ونفذ عمله ولو لم تتمّ شرائط الفضالة^(٢).

وعلى أيّة حال فلنعد إلى بحث الفضولي بمعناه المصطلح في فقهاء فهل

تكون الإجازة المتأخّرة مصحّحة لعقد الفضولي أو لا؟

تحرير محل النزاع :

وينبغي أن يكون موردان خارجين من البحث والنزاع :

(١) راجع الوسيط الجزء ١، الفقرة ٨٥٧ وما تليها من الفقرات.

(٢) راجع الوسيط ١: ١٣٩٣، ١٤٠٢، الفقرة ٨٦٥، ٨٧٥.

المورد الأول - ما اسميه بالعقود العهدية وأقصد بذلك العقد الذي ليس جعلاً واعتباراً لما ينشئه بل يكون تعهداً بمعنى العهد الذي يكون أمراً حقيقياً نفسياً لا جعلياً واعتبارياً، كما لو تعهد شخص فضولة عن شخص بالقيام بعمل لقاء أجره ثم أجاز ذاك الشخص الآخر ذلك حينما اطلع عليه فهذه الإجازة تكون تعهداً جديداً وأصبح المميز بنفسه طرفاً للتعهد بواسطة الإجازة ويكون ذلك موضوعاً لأدلة الوفاء بالعهد والعقد بلا علاقة لما قام به الفضولي في الموضوع أصلاً سواء أخرجناه من مصطلح تصحيح عقد الفضولي لما عرفت أو أبقيناه تحت هذا المصطلح بنكته ان مجرد الإجازة المتأخرة ليست عقداً تاماً بل هي قبول متأخر يرتبط بالإيجاب السابق أو إيجاب متأخر يرتبط بالقبول السابق.

والمورد الثاني - ما يكفي فيه مجرد إبراز الرضا من قبيل ما إذا كان الواهب أو المقرض أو البائع بالمعاطاة فضولياً بناء على تفسير الهبة بإجازة التملك بالحيازة مجاناً، وتفسير القرض بإجازة التملك بالحيازة بشرط الضمان، وتفسير العقد المعاطاتي بإجازة التملك بالحيازة بعوض، فالإجازة المتأخرة تكون بذاتها إبرازاً للرضا فتكون بذاتها موضوعاً لحكم المعاملة وعمل الفضولي لا دخل له إطلاقاً في موضوع الحكم وهنا أيضاً لا أهمية لفرض تسمية ذلك اصطلاحاً بتصحيح الفضولي أو إخراجه رأساً عن تحت هذا المصطلح على الوجهين الذين ذكرناهما في المورد الأول فإنه لا مشاحة في الاصطلاح.

وأما ما يكون خارجاً في حقيقته عن العقد بالمعنى الحقيقي كما في العارية والوكالة والأمانة لو فرضناها من العقود الرضائية البحتة حسب مصطلح المحقق النائيني رحمته الله فخروجه عن بحثنا واضح جداً، فالرضا قد ثبت بالإجازة بلا إشكال. وبعد إخراج هذه الموارد من البحث نقول: إن الكلام يقع أولاً في القدر

المتيقن ممّا يقال فيه بصحة الفضولي وهو ما لو عقد الفضولي للمالك من دون سبق منع المالك، حتى إذا ثبتت الصحة في ذلك بالإجازة نبحت عن أنّ الفضولي لو عقد لنفسه فهل انّ جعل العقد لنفسه يمنع عن الصحة، وعن أنّه لو عقد رغم سبق منع المالك فهل يضرّ منع المالك بالأمر أو لا؟

القدر المتيقن في العقد الفضولي :

أمّا الكلام في ما هو القدر المتيقن وهو بيع الفضولي للمالك من دون سبق منع المالك فقد ذكر السيد الخوئي : أنّ صحة عقد الفضولي بالإجازة ثابتة على القواعد بلا حاجة إلى دليل خاص، لأنّ التصرف الاعتباري يسند إلى الآذن إسناداً حقيقياً ولا يفرق في ذلك بين الإذن المتقدم أو المتأخّر المسمى بالإجازة فيدخل ذلك تحت الإطلاقات، غاية الأمر أنّ صحة الإسناد حصلت في مورد الإجازة المتأخّرة بقاءً بعد ان لم تكن ثابتة حدوثاً^(١).

أقول : قد مضى ممّا^(٢) النقاش في هذا التقريب بحرفيته فنحن لا نرى فرقاً بين التصرف التكويني والتصرف الاعتباري وهو جعل وإنشاء أمر اعتباري في وعاء اعتبار المتعاقدين فكلاهما يسند إلى الفاعل لا إلى الأمر أو الآذن. نعم وجود الأمر الاعتباري في وعاء اعتبار العقلاء يسند إلى الآذن في طول إمضاء العقلاء لاعتبار المتعاقدين اذن فيتم الإسناد الحقيقي في طول تمامية الارتكاز العقلاني، وبهذا يبطل التلازم^(٣) المستظهر من عبارة المحاضرات بين مصحّحة

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٢٩٥، ومصباح الفقاهة ٤ : ١٩ - ٢١.

(٢) تحت عنوان : الدليل الخاص على كفاية إذن المالك.

(٣) وسيأتي إشكال آخر على فرض هذا التلازم في آخر بحث الاستدلال على صحة عقد الفضولي بأخبار تحليل الخمس.

الاذن للإسناد ومصحّحية الإجازة له لأنّه لا بد من توسيط ارتكاز العقلاء في الأمر، وهذا الارتكاز قد يدعى وجوده في مورد الآذن وعدم وجوده في مورد الإجازة المتأخّرة كما لعل الحال تكون كذلك في بعض الإيقاعات كالطلاق.

نعم مع ذلك نحن نؤمن بصحّة عقد الفضولي بالإجازة المتأخّرة على القاعدة لأنّنا نؤمن بأنّ ارتكاز كفاية الإجازة المتأخّرة في تصحيح العقود ثابت عقلاً، وعندئذٍ إنّنا نتمسّك بإمضاء الارتكاز المستفاد من عدم الردع أو نتمسّك بالإطلاقات التي تمّ موضوعها ببركة هذا الارتكاز.

أمّا لو لم نقبل صحّة عقد الفضولي بالإجازة على مقتضى القواعد فتوجد لدينا نصوص خاصّة قد تستفاد منها صحّة عقد الفضولي :

نصوص خاصّة في العقد الفضولي :

منها - ما مضى من قصة عروة البارقي حيث أنّ عمله الفضولي ربّبت عليه آثار الصحّة رغم عدم الاذن السابق.

ويرد على الاستدلال بذلك بقطع النظر عن مسألة السند أنّه يوجد في مورد تلك القصة أمران : أحدهما الرضا المقارن من دون إذن، والثاني الإجازة المتأخّرة فنحن لا نعلم أنّ أيّاً منهما كان هو سبب صحّة المعاملة، فلا يمكن الحكم بصحّة معاملة على أساس هذه القصة إلّا في مورد يجتمع فيه الأمران كما في مورد نفس هذه القصة.

ومنها - صحيحة محدّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشترها رجل فولدت منه غلاماً ثم قدم سيدها الأوّل فخاصم سيدها الأخير فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال : خذ وليدتك وابنها فناشده المشتري فقال : خذ ابنه يعني الذي باع

الوليدة حتى ينقذ لك ما باعك فلما أخذ البيع الابن قال ابوه : ارسل ابني فقال : لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه^(١).

ولعل أهمّ الإشكالات التي قد تورد على الاستدلال بهذا الحديث أمور ثلاثة :

١- إنّ مضمون الحديث مقطوع الفساد لأنّه يدلّ على نفوذ الإجازة بعد الرد

مع أنّ ذلك خلاف الإجماع فالإجازة التي يفتى بنفوذها في بيع الفضولي أنّما هي الإجازة قبل الرد، في حين أنّه من الواضح من مورد الحديث أنّ الإجازة كانت بعد الرد بدليل استرجاع السيد الأوّل للوليدة وابنها، وبدليل حكم الإمام عليه السلام له بالاسترجاع، فلو لم يكن قد ردّ عقد الفضولي لكان الإمام عليه السلام يقيّد حكمه بالاسترجاع بفرض الرد أي كأن يقول له مثلاً : لك حقّ الرد فإن رددت الحق فلك أن تأخذ الوليدة وابنها، وبدليل مخاصمته للسيد الثاني وكذلك مناشدة السيد الثاني للإمام عليه السلام في حلّ مشكلته فكل هذه قرائن على الردّ.

٢- إنّّه كيف جاز في مورد الحديث للسيد الأوّل أخذ ولد الوليدة، في حين

أنّه حرّ لأنّه مولود بوطنىء الشبهة من حرّ؟! أمّا حبسه على ثمنه فلا مورد له فأنّا لو قلنا بالحبس في الدين فأنّا يحبس المديون وهو السيد الثاني لا ابنه، ولو جاز حبس ابنه فالمفروض أن يكون جواز ذلك بعد فرض امتناعه من أداء الدين لا ابتداءً.

٣- ما معنى حبس السيد الثاني لابن السيد الأوّل؟! ولو جاز حبس

المديون باعتباره مديوناً لثمن الوليدة فأنّا يكون ذلك بعد المطالبة بالثمن وامتناعه من الأداء لا ابتداءً.

(١) الوسائل ١٤ : ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

وهناك جواب عامّ عن كل هذه الإشكالات وجواب خاص عن كل واحد منها :

أمّا الجواب العام فهو ما يقال : من أنّ المهم لدينا دلالة الحديث على نفوذ الإجازة في تصحيح بيع الفضولي بشكل عام، أمّا لو وردت إشكالات على أمور أخرى واردة في الحديث من أنّه لماذا طبّق هذا الحكم على الإجازة بعد الرد ؟ ! أو لماذا حكم بأخذ ولد الوليدة أو سجن ابن السيد الأوّل ؟ ! فلنرد علم هذه الأمور إلى أهلها ولا يضرّ ذلك بإثبات المدّعى المقصود في المقام .

ووافق السيد الخوئي على هذا الجواب بالنسبة للإشكاليين الأخيرين ولكن أبطله بالنسبة للإشكال الأوّل على ما ورد في المحاضرات^(١) باعتبار أنّ الحكم المدّعى في المقام هو الذي ثبت في الحديث على مورد الإجازة بعد الرد، والمفروض بطلانه وهذا بخلاف الإشكاليين الأخيرين فإنّهما إشكالان على أحكام أخرى غير الحكم المدّعى في المقام .

وذكر الشيخ الانصاري رحمه الله في المقام^(٢) : إنّ الإشكال على الاستدلال بهذا الحديث بكون الإجازة واقعة بعد الرد ناتج من الاشتباه في مناهج الاستدلال، فإنّنا تارة نأخذ من الحديث نفوذ الإجازة في خصوص موردته ثم نتعدّى من موردته إلى سائر الموارد على أساس القطع الخارجي باعتبار قاعدة الاشتراك وقطعنا بعدم الفرق، وعندئذٍ يرد الإشكال بأنّ الحكم في المقيس عليه باطل فكيف يتعدّى منه إلى غيره ؟ ! وأخرى نستظهر نفس الحكم العام من الحديث

(١) المحاضرات ٢ : ٢٩٩ - ٣٠٠ .

(٢) راجع المكاسب ١ : ١٢٥، بحسب الطبعة المشتملة على تعليق الشهيد .

لظهور قوله : خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع وقوله : فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه في انّ بيع الفضولي ينفذ بالإجازة ويكون الإشكال على تطبيق الحكم في المورد فيردّ علم هذا التطبيق على المورد إلى أهله، لأنّ الإجازة كانت في المورد بعد الردّ ولكن يؤخذ بالحكم العام في سائر الموارد التي لا تكون الإجازة فيها بعد الرد ولا عيب في ذلك.

وفسر السيد الخوئي - على ما يظهر من المحاضرات^(١) بأننا لو كنّا نتمسك بالحديث على أساس القطع بعدم الفرق والتعدي إلى أمثال المورد، إذن لما تعدينا إلّا إلى ما يكون من قبيل المورد وهو موارد الإجازة المسبوقة بالرد، وهنا يتركز الإشكال بأنّ نفوذ الإجازة المسبوقة بالرد خلاف الإجماع، ولكن الاستدلال ليس بذلك بل بظهور نفس الحديث في الحكم العام.

أقول : إنّ هذا التفسير لكلام الشيخ غريب ولا معنى لفرض توهم أحد التعدي إلى خصوص الإجازات التي تكون بعد الرد، لعدم احتمال دخل الرد في صحّة المعاملة وأنما الذي يظهر من كلام الشيخ رحمته الله ما ذكرناه من أنّه إن كان التعدي بواسطة القطع الخارجي بعدم الفرق ورد الإشكال بأنّ الحكم في المقيس عليه غير صحيح فكيف نتعدى منه إلى غيره، وإن كان بالاستظهار العرفي من نفس الحديث فغاية ما في الأمر بطلان تطبيق الحكم على مورد الحديث لكن يبقى أصل الحكم ثابتاً بلا إشكال.

وقد أورد السيد الخوئي^(٢) على الشيخ بما ينبغي أن يكون المراد منه : أنّ

(١) المحاضرات ٢ : ٢٩٩.

(٢) في المحاضرات ٢ : ٢٩٩ - ٣٠٠.

الحديث لو كان يدل على نفوذ الإجازة بعموم لفظي أو إطلاق حكمي وكان قد طبق هذا الحكم العام على المورد تطبيقاً غير صحيح باعتبار مسبوقية الإجازة بالرد لصح القول بأننا نأخذ بالحكم ونطرح التطبيق، ولكن الأمر لم يكن كذلك فالمدلول المطابقي للحديث ليس إلا نفوذ الإجازة الواردة في مورد المدلول الالتزامي له هو إطلاق الحكم لسائر الموارد على أساس استظهار العرف للتعدي والدلالة الالتزامية تتبع الدلالة المطابقة في الحجية، وبما أنّ الدلالة المطابقة في المقام ساقطة عن الحجية إذن لا يمكن الأخذ بالإطلاق الذي كان بالالتزام لا بمقدمات الحكمة.

وأما الجواب الخاص فبالإمكان الإجابة على كل واحد من الإشكالات الثلاثة :

أما الإشكال الأول - وهو كون الإجازة في مورد الحديث مسبوقه بالرد فقد أجاب عليه عديد من المحققين^(١)، بأنّ الرد يعني حل العقد لا مجرد الكراهة وعدم الرضا أو التردد والقرائن التي تذكر لإثبات الرد في مورد الحديث لا تدلّ على أكثر من عدم الرضا فإنّه ما دام غير راض بالعقد فالعقد لا زال محكوماً بعدم الإمضاء ومعه تحقق للسيد الأول المخاصمة واسترجاع ما باعه ابنه بلا اذنه، وذلك يوجب مناشدة السيد الثاني وكما جاء في المصباح^(٢) لو كان مجرد الكراهة أو عدم الرضا والتردد كافياً في نظر الأصحاب في عدم قابلية العقد للحقوق الإجازة

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٢٩٧ - ٢٩٨، ومصباح الفقاهة ٤ : ٢٩ - ٣٠، وكتاب البيع للسيد

الإمام ٢ : ١١٢، وتعليقة الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١ : ١٣٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٤ : ٣٠.

لما افتوا بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، مع أنّ الإكراه موجود عادة آنأماً بعد البيع.

هذا وذكر السيد اليزدي رحمته الله في تعليقه على المكاسب^(١) أنّه لا مانع من العمل بهذا الحديث فيكون الحديث دليلاً على صحة الإجازة بعد الرد.

أقول: بعد تسليم ظهور الحديث في الإجازة بعد الرد يكون كلام السيد اليزدي رحمته الله متيناً، فإنّ الإجماع في المقام لو ثبت لم نعرف تعبديته، فلعله يعتمد على دعوى عقلائية المطلب لأنّ الرد إنهاء للعقد مثلاً، ولو فرض أنّ مقتضى القاعدة عدم نفوذ الإجازة بعد الرد لكون الرد إنهاءً للعقد مثلاً فليكن الحديث دليلاً على نفوذها على خلاف القاعدة سنخ ما لو لم تقبل موافقة أصل صحة عقد الفضولي بالإجازة لمقتضى القواعد وصحّناه بهذا الحديث.

والتحقيق في المقام أنّ الرد تارة يقصد به مجرد إبراز الكراهة وأخرى يقصد به حل العقد.

فإنّ قصد به الأوّل وقيل: إنّ هذا هو الذي يوجب عدم قابلية لحوق الإجازة للتأثير وهذا لا يرد عليه النقض بقابلية لحوق بيع المكره بالإجازة المتأخّرة، لأن ما تعارف بثبوته بعد البيع آنأماً هو الكراهة الباطنية لا إبراز الكراهة.

قلنا: لا شك في ظهور الحديث في كون الإجازة بعد الرد فان الخصومة والاسترداد ظاهران في إبراز الكراهة بلا إشكال وهذا في أكبر الظن هو مقصود الشيخ الانصاري رحمته الله حين ما قال: «إنّ ظهور الرواية في ردّ البيع أولاً ممّا لا

ينكره المنصف» ونحن نأخذ بهذا الظهور ويكون حجة بل حتى لو لم يكن لدينا هذا الحديث وكنا قد اثبتنا صحة عقد الفضولي بمقتضى القاعدة قلنا: إنّه لا يوجد في المراكز العقلائية ما يقتضي مصرية إبراز الكراهة ومنعه عن تأثير الإجازة اللاحقة ولو ثبت إجماع لم يعلم كون موضوعه هذا المعنى من الرد.

وإن قصد به الثاني أعني حل العقد والقرار فهذا بمعناه الحقيقي لا يعقل صدوره ممّن لم ينتحل بعد العقد والقرار ولم يفرضه قرار نفسه، وأنما يعقل صدوره من الأصيل الذي تعاقد مع الفضولي فلو عدل الأصيل عن العقد قبل إمضاء المالك الذي باع الفضولي ماله مثلاً لم تنفد الإجازة، فهو نظير عدول الموجب قبل قبول القابل الذي يوجب سقوط القبول عن الالتحاق بالإيجاب إذ لا بد من بقاء القرار في نفس الموجب كي يتم بالقبول ربط قرار بقرار، وكذلك فيما نحن فيه تكون الإجازة انتحالاً لقرار الفضولي ولا بد أن ترتبط هذه الإجازة أو القرار المنتحل بقرار الأصيل وهذا فرع بقاء قرار الأصيل وعدم عدوله عنه، أمّا المجيز فلا يعقل صدور حل العقد والقرار عنه بمعنى العدول وكسر القرار حقيقة. نعم قد يقال: إنّ له كسر القرار اعتباراً بأن ينشئ إفناء القرار فكأنّ مالكه للمال تعطيه حقاً من هذا القبيل إلّا أنّنا لا نرى نكتة عقلائية لذلك، ومالكه أنما تعطيه حق أن يجيز أو لا يجيز ولو فرضت عقلائيته فلا دليل على صدور ذلك منه في مورد الحديث، ولو فرض صدور ذلك منه في مورد الحديث فالحديث دال على عدم تأثيره في إبطال الإجازة اللاحقة ولا حجية للإجماع لو ثبت لعدم ثبوت تعديته.

وأما الإشكال الثاني - وهو كون الحبس المشروع في من يمتنع عن أداء دينه هو حبس نفس المدين لا ابنه والابن حرّ فلماذا يأخذه السيد الأوّل. فجوابه: إنّ المسلم فيه عدم جواز حبس الابن أنما هو ما إذا لم يكن الدين

عبارة عن ثمن نفس هذا الابن، أمّا إذا كان الدين عبارة عن ذلك فلا مانع من قيام دليل تعبدى على جواز أخذ الابن بثمنه وهذا الحديث إمّا يقصد به استرقاق الابن إلى ان يفديه ابوه بثمنه بأن يفترض انّ الوطىء بالشبهة ليس كالوطىء بالنكاح موجباً لحرية الابن على الإطلاق، أو يفترض انّ النكاح من طرف الام كان زناً وانّ هذا كان سبباً لاسترقاق الابن أو يقصد به جواز أخذه في مقابل ثمنه وبعد أخذ ثمنه يدفع إلى أبيه وقد ورد على كل من الاحتمالين أعني الاسترقاق أو الأخذ بالثمن بعض الروايات في امة دلّست نفسها بدعوى الحرية فتزوّجها أحد من الناس، وفي بعضها يقيد الاسترقاق بما إذا لم يقيم الزوج البينة على أنّه اتّما تزوّجها على أنّها حرّة^(١)، ولعل ظاهر صحيحة محمد بن قيس التي تتكلّم عنها هو الاسترقاق، ولو حمل جمعاً مثلاً على أخذ الولد بثمنه لا بعنوان الاسترقاق حملناه أيضاً على أخذه بعد امتناع الزوج من دفع قيمته فليس هو صريحاً في أخذ الولد قبل امتناع الزوج من دفع قيمته، بحيث لا يقبل التوجيه كي يعترض بأنّه كيف حل له أخذ الولد قبل مطالبة الثمن والامتناع ؟!

وهناك أيضاً طائفة أخرى من الروايات وهي ما دلّت على انّ ولد الامّة من حرّ غير المولى مملوك للمولى حتى ولو لم يكن من زنا أو من وطىء شبهة إلا إذا اشترط الزوج منذ البدء حرّية أولادها^(٢)، فقد تكون صحيحة محمد بن قيس ناظرة إلى هذا المعنى.

(١) راجع الوسائل ١٤، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء والباب ٧ من أبواب العيوب والتدليس.

(٢) راجع الوسائل ١٤ : ٥٣٠ - ٥٣١، الباب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

ومن جملة المحامل التي ذكرت لهذه الروايات هو التقية، ومن جملة وجوه الجمع بين الروايات الواردة في شراء الامة المسروقة الدالة بظاهرها على أنّ ولدها حرّ ويكون المشتري ضامناً لقيمة الولد يدفعها إلى المولى وروايات الحكم بمملوكية الولد في بعض الفروض المختصة جميعاً بمسألة التزويج، هو التفصيل بين فرض التزويج وفرض شراء الامة المسروقة، فالمملوكية ولو في بعض الصور مخصوص بفرض التزويج دون الشراء.

وعلى أي حال فبحث حال أولاد الامة المزوجة من الحرّ أو المبيعة فضولة أو غصباً من الحر موكول إلى محله.

وأما الإشكال الثالث - وهو أنّه كيف يجوز سجن ابن المولى الأوّل قبل مطالبته بالثمن وامتناعه؟! فقد اتضح جوابه أيضاً ممّا ذكرنا آنفاً، فإنّ الحديث ليس صريحاً في الإطلاق بحيث لا يمكن توجيهه، فلو فرض له ظهور في تجويز سجنه قبل امتناعه من دفع الثمن وأن هذا واضح الحرمة، إذن يحمل لا محالة على السجن بعد الامتناع.

والإنصاف أنّ هذا الحديث الصحيح الصريح من أقوى الأدلّة على صحّة عقد الفضولي بالإجازة اللاحقة.

ومنها - روايات^(١) صحّة نكاح العبد بدون اذن مولاه إذا أعقبته الإجازة، من قبيل ما ورد بسند تام عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن مملوك تزوّج بغير اذن سيده فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرّق بينهما قلت أصلحك الله إنّ الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنّ أصل

النكاح فاسد ولا تحلّ إجازة السيد له فقال أبو جعفر عليه السلام : إنّه لم يعص الله وأنما عصى سيده، فإذا أجازَه فهو له جائز ^(١).

ووجه الاستدلال يمكن أن يكون أحد أمرين :

الأوّل - أنه اقتصر في مورد الحديث بالإجازة المتأخّرة من قبل مالك العبد لنكاح العبد، في حين أنّ نكاح العبد مشروط برضا المولى إمّا بلحاظ كون النكاح نوع تصرّف له في نفسه المملوكة للمولى، أو بلحاظ أنّ نفس عبوديته للمولى تقتضي التزامه بأوامر المولى في النكاح وغيره ولو لم يفترض تصرّفاً في مملوك المولى، وبعدم احتمال الفرق عرفاً يتعدى من باب النكاح إلى العقود المالية. وهذا الوجه عام في جميع روايات الإجازة المتأخّرة لنكاح العبد.

والجواب : أنّ احتمال الفرق عرفاً موجود لأنّ العقود المالية بحاجة إلى نوع من الانتساب إلى المالك أو التبني والانتحال من قبل المالك، في حين أنّ نكاح العبد لا دليل على ازيد من اشتراطه برضا المولى فلعلّه في مثل هذا الفرض يكفي الرضا المتأخّر، بخلاف ما لا يكون من قبيله فالتعديّ إنّ تمّ فأنما يتم - على حد تعبير السيد الخوئي - إلى مثل التزويج بينت أخ الزوجة أو بنت اختها المعتبر رضاها فيه ^(٢).

الثاني - التمسك بعموم التعليل فيما يكون مشتملاً على التعليل كحديث زارة الذي مضى، حيث علّل الحكم بأنّه ما عصى الله وأنما عصى سيده فهذا يعطي قاعدة عامّة وهي أنّه متى ما كان العقد معصية لله لم يصحّ بالإجازة

(١) الوسائل ١٤ : ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ٣٠٢.

المتأخّرة، ومتى ما كان معصية للمخلوق صحّ بإجازته المتأخّرة، فبعموم التعليل نتعدى إلى العقود المالية.

وهذا الوجه أنما يكون وجهاً مستقلاً عن الوجه الأوّل لو فرضنا العموم المستفاد من التعليل - بقطع النظر عن نكتة الوجه الأوّل - عبارة عن أنّ العقد الذي كان عيبه معصية المخلوق يصحّ بإجازته المتأخّرة، أمّا لو قلنا: إنّ عموم التعليل المستفاد في المقام - لولا عدم احتمال الفرق عرفاً - ليس بأكثر من أنّ النكاح الذي يكون عيبه عبارة عن معصية المخلوق يصحّ بإجازته المتأخّرة، فالتعدّي إلى العقود المالية يكون بحاجة إلى عدم احتمال الفرق، وهذا يعني الرجوع إلى الوجه الأوّل.

وبكلمة أخرى: إنّ هناك فرقاً بين ما نحن فيه ومثل لا تأكل الرمان لأنّه حامض، وهو أنّ الأكل في مثال لا تأكل الرمان لأنّه حامض لم يكن له قيد إلّا قيد كونه أكلاً للرمان والمفروض أنّ ظهور التعليل في كونه تعليلاً بفهم أوسع من مفهوم المعلّل قد أسقط قيد الرمان. إذن دلّ عموم التعليل على أنّ الحكم ثابت لأكل كل شيء حامض. وأمّا في المقام فالحكم المعلّل كان مشتملاً على قيدين: أحدهما قيد النكاح، والآخر قيد كون الناكح عبداً لم يستأذن مولاه، وعموم التعليل ظاهر في إسقاط أحد القيدين فان قلنا: إنّهُ يكفي إشباعاً لهذا الظهور إسقاط القيد الثاني فالتعدّي أنما يكون في دائرة النكاح لا في دائرة العقود بشكل عام إلّا تمسكاً بعدم احتمال الفرق وهو رجوع إلى الوجه الأوّل.

وعلى أيّة حال فبعد تسليم كون هذا الوجه مستقلاً عن الوجه الأوّل يرد عليه: أنّ هذا الحديث ليس له ظهور في أكثر من أنّ عيب العقد الناتج من معصية المخلوق يرتفع بإجازته المتأخّرة، ولكن المعصية ترتفع بالرضا بلا حاجة إلى

الاذن الذي هو التصدي لإبراز الرضا، فالحديث لا يدل على أكثر من كفاية الإجازة المتأخرة في ما هو مشروط بالرضا، أمّا العقود المالية المشروطة بالاذن أو الانتساب إلى المالك أو انتحال المالك إيّاه فهذا الحديث لا يدل على كفاية الإجازة المتأخرة فيه لدى فقدان الاذن السابق.

على أن في أحاديث كفاية الإجازة اللاحقة لنكاح العبد احتمالاً لو تمّ لكانت تلك الأخبار أجنبية عمّا نحن فيه إطلاقاً وذلك الاحتمال هو ان يقال: إنّ نكاح العبد ليس مشروطاً باذن المولى ولا بإجازته ولو مؤخراً، غاية ما هناك أنّه قبل الإجازة يحقّ للمولى فسخ العقد، أمّا إذا أجاز فقد جاز العقد ونفذ أي خرج عن قابلية الفسخ وغاية الأمر أن يكون نكاحه مكروهاً ما دامت الإجازة غير متحققة، والذي يشهد لذلك ما عن منصور بن حازم بسند تام عن أبي عبد الله عليه السلام في مملوك تزوّج بغير اذن مولاه أعاص لله؟ قال: عاص لمولاه قلت: حرام هو؟ قال: ما أزعّم أنّه حرام ونوله (قل له خ ل) ان لا يفعل إلّا باذن مولاه^(١) ومعنى نوله: إنّ ما ينبغي له هو أن لا يفعل إلّا باذن مولاه وهذا يعني الكراهة.

ويؤيد ذلك أو يدلّ عليه ما عن زرارة بسند تام عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجل تزوّج عبده امرأة بغير اذنه فدخل بها ثم اطّلع على ذلك مولاه قال: ذاك لمولاه إن شاء فرّق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها إلّا أن يكون اعتدى فاصدقها صداقاً كثيراً، وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل فقلت لأبي جعفر عليه السلام فإن أصل النكاح كان عاصياً فقال أبو جعفر عليه السلام إنّما اتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله إنّما عصى سيده ولم

يعص الله أن ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدة وأشباهه^(١).
 ووجه التأييد أو الاستدلال هو أنّه كان المفروض في لسان السائل حصول
 العقد مع الدخول ومع ذلك ذكر الإمام عليه السلام : أنّه «أنما أتى شيئاً حلالاً وليس
 بعاص لله...» ويؤيد ذلك قوله : فان فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها إذ لو كان
 النكاح فاسداً فلماذا يثبت لها الصداق المسمّى ؟ ! وإن كان هذا المقطع معارضاً
 بحديث السكوني الضعيف بالنوفلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله :
 أيما امرأة حرّة زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها ولا صداق
 لها^(٢).

على أن نفس حديث زرارة الأوّل أيضاً قد لا يخلو من إشعار بصحّة نكاح
 العبد بدون إذن مولاه وإن كان للمولى الفسخ عندئذٍ، وذلك لاستبعاد كون قوله :
 إنّه لم يعص الله وأنما عصى سيده ناظراً إلى خصوص صيغة النكاح من دون
 ممارسة الأعمال التي ترتّب عادة على العقد من دخول أو مقدماته ولعل حديثي
 زرارة في واقعهما حديث واحد وصلنا بسندين مع زيادة ونقيصة في مقدار
 المضمون الواصل بأحد السندين عن الواصل بالسند الآخر.

وخلاصة الكلام : إنّ الاستدلال بروايات إجازة نكاح العبد يتوقّف على
 فرض بطلان نكاحه من دون إذن مولاه، ولكن يبدو من حديث منصور بن حازم
 وحديث زرارة عدم بطلانه وإنّ نكاحه بلا إذن مولاه ليس زنا وليس من قبيل
 نكاح الأمة بغير إذن مولاه الذي يعتبر زنا كما هو ظاهر الآية الكريمة :

(١) الوسائل ١٤ : ٥٢٣ - ٥٢٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٢.

(٢) الوسائل ١٤ : ٥٢٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣.

﴿فَانكحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾^(١) وصريح الروايات^(٢) وإذا كان مفاد ذلك جواز نكاح العبد بلا اذن مولاه ولو على كراهية، وفي نفس الوقت عرفنا بمقتضى الروايات جواز تفريق السيد الذي لم يجز نكاح العبد بين العبد وزوجته كانت النتيجة ان هذا التفريق فسخ وكان معنى قوله: إذا أجاز جاز نفوذ النكاح بعد الإجازة، بمعنى عدم جواز فسخه من قبل المولى. ويحمل أيضاً ما ورد في بعض الروايات من عدم الجواز من دون إجازة المولى على إمكانية الفسخ من قبل المولى، وذلك من قبيل ما ورد عن عبد الله بن سنان بسند تام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء من ماله إلا باذن مولاه^(٣)، وما عن أبي بصير بسند فيه البطائي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المكاتب لا يجوز له عتق ولا هبة ولا نكاح ولا شهادة ولا حج حتى يؤدي جميع ما عليه إذا كان مولاه قد شرط عليه ان هو عجز فهو رد في الرق^(٤).

نعم هناك روايتان قد يقال: إنه يستفاد منهما بطلان نكاحه بلا اذن مولاه وانه لا يمكن حملهما على التزلزل:

الأولى - رواية معاوية بن وهب التامة سنداً قال: جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: إني كنت مملوكاً لقوم وأني تزوجت امرأة حرة بغير اذن موالي ثم اعتقوني بعد ذلك فاجدد نكاحي أياها حين اعتقت؟ فقال له: اكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي قال

(١) النساء: ٢٥.

(٢) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٧-٥٢٨، الباب ٢٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) الوسائل ١٤: ٥٢٢، الباب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

(٤) الوسائل ١٦: ٩٠، الباب ٦ من كتاب المكاتب، الحديث ٢.

فقال سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم اثبت على نكاحك الأول^(١)، فلولا انّ عقده بلا اذن مولاه باطل وليس صحيحاً متزلزلاً فلماذا علّق الإمام عليه السلام في ظاهر كلامه الثبات على النكاح الأول على إقرارهم بالعلم والسكوت ؟ !

ولعلّه يمكن حمل هذا الحديث بمقتضى الجمع على كراهة النكاح الأول لولا إقرارهم بالسكوت فقد عرفت انّ حديث منصور بن حازم دلّ على الجواز مع الكراهة فلعلّ مفاد حديث معاوية بن وهب بعد الجمع : أنّه لولا إقرارهم بالسكوت لنكاحك الأول كان النكاح الأول مكروهاً، وكان هذا نكتة في استحباب تجديد النكاح ولكن بما أنّهم اقرّوا النكاح الأول بالسكوت فاثبت على نكاحك الأول .
والثانية - رواية معاوية بن وهب أيضاً التامة سنداً عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث المكاتب قال : لا يصلح له ان يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود قيل : فإنّ سيده علم بنكاحه ولم يقل شيئاً فقال : إذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقرّ قيل : فإنّ المكاتب عتق افتري يجدد نكاحه أم يمضي على النكاح الأول ؟ قال : يمضي على نكاحه . هكذا روي الحديث صاحب الوسائل رحمه الله^(٢) فيقال : إنّ قوله نكاحه فاسد مردود دليل على بطلان نكاحه بلا اذن سيده ولا يقبل الحمل على التزلزل .

إلا أنّ هذا إنّما قد يستفاد نتيجة للتقطيع الوارد في الوسائل حيث ذكر صدر الحديث في باب آخر^(٣) وذيله في هذا الباب أمّا إذا جمعنا الصدر والذيل كان

(١) الوسائل ١٤ : ٥٢٥ ، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ، الحديث ١ .

(٢) راجع الوسائل ١٤ : ٥٢٥ - ٥٢٦ ، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ، الحديث ٢ .

(٣) الصفحة ٥٢٣ ، الباب ٢٣ من تلك الأبواب ، الحديث ٣ ، و ١٦ : ٩٠ ، الباب ٦ من كتاب

الحديث كما يلي : عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل كاتب على نفسه وماله وله امة وقد شرط عليه ان لا يتزوج فاعتق الامة وتزوجها قال : لا يصلح له ان يحدث في ماله إلا الاكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود قيل : فإن سيده علم بنكاحه... إلى آخر ما مضى وعندئذ فمن الممكن ان فساد النكاح كان لأجل سبق شرط المولى عليه عدم النكاح أو لأجل ان نكاحه كان عبارة عن زواجه للامة بعد عتقها في حين أنه لم يجوز له عتقها باعتبار ان من يكاتب على نفسه وماله ولا يتحرر إلا بدفع تمام ما عليه لا يجوز له قبل دفع تمام ما عليه ان يتصرف في ماله بأكثر من اكلة الطعام ، لاحتمال عوده هو وماله بالعجز عن اداء مال المكاتبه إلى الرق الثابت.

وخلاصة الكلام : إن الاستدلال بحديث زرارة ونحوه على صحة عقد الفضولي بالإجازة المتأخرة لا يتم ، بناء على أن نكاح العبد بلا اذن مولاه جائز وإن كان من حق مولاه الفسخ .

نعم نفس هذا الحديث الأخير الذي نقلناه عن معاوية بن وهب المصرح بطلان نكاح العبد للامة التي كانت له مع شرط المولى عليه بعدم التزويج قد اشتمل في ذيله على تصحيح عقد النكاح بإقرار المولى له بالسكوت بعد علمه بالحال ، فهذا الحديث يدل على كفاية الرضا المتأخر والمقارن بلا حاجة إلى الإجازة فإن الإجازة تعني التصدي لإبراز الرضا ، ومجرد سكوت المولى ليس كسكوت البكر التي يعرض عليها أمر النكاح تصدياً لإبراز الرضا .

ولكن هنا يأتي في التعدي من النكاح إلى العقود المالية الإشكال الأول وهو ان النكاح لم يثبت فيه شرط الاستناد إلى المولى أو تبني المولى وانتحاله أيّاه ، فلا يمكن قياس العقود المالية عليه .

ثم إن رواية زرارة ونحوها كانت واردة في زواج المملوك بدون إذن مولاه .
ولكن بعض روايات الباب واردة في تزويج أحد الشريكين المملوك بدون
إذن الشريك الآخر من قبيل :

١ - ما عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في عبد بين رجلين زوجة
أحدهما والآخر لا يعلم ثم أنه علم بعد ذلك أنه ان يفرّق بينهما ؟ قال : للذي لم
يعلم ولم يأذن ان يفرّق بينهما، وإن شاء تركه على نكاحه ^(١) والسند ضعيف
بـ (عبد) العزيز العبدى .

٢ - ما عن علي بن جعفر بسند تام عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال :
سألته عن مملوكة بين رجلين زوجها أحدهما والآخر غائب هل يجوز النكاح ؟
قال : إذا كره الغائب لم يجز النكاح ^(٢) .

وقد يقال : إن هذين الحديثين يمتازان عن مثل حديث زرارة بأن النكاح
لم يكن واقعاً من قبل المملوك نفسه كما كان كذلك في حديث زرارة حتى يرد
التوهم الذي جاء في مثل حديث زرارة، من أن هذا من قبيل بيع الراهن المالك
للعين المرهونة بلا إذن المرتهن، لا من قبيل بيع غير المالك بلا إذن المالك فلا
يتعدى منه إلا إلى مثل بيع الراهن دون بيع غير المالك، فالنكاح في هذين
الحديثين أنما وقع من قبل أحد الشريكين بلا إذن شريكه فهو من قبيل بيع غير
المالك أو أحد الشريكين في مال من دون إذن صاحبه ^(٣) .

(١) الوسائل ١٤ : ٥٢٥، الباب ٢٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء .

(٢) الوسائل ١٤ : ٥٨١، الباب ٧٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء .

(٣) راجع كتاب البيع للسيد الإمام عليه السلام ٢ : ١١٩ .

أقول : لو قرّر الإشكال في مثل حديث زرارة بمجرد بيان أنّ النكاح هنا وقع من قبل الزوج نفسه وكان مشروطاً برضا المولى فهذا من قبيل بيع الراهن للعين المرهونة حيث أنّه بيع من قبل المالك نفسه ولكن كان مشروطاً برضا المرتهن لصحّ ما ذكر في المقام، من أنّ هذا التقريب لا يأتي في هذين الحديثين لأنّ عقد النكاح لم يصدر من نفس العبد أو الأمة ولكن الظاهر أنّ صاحب الإشكال على الاستدلال بحديث زرارة لم يكن يقصد ذلك، وأنّما كان يقصد : أنّ المشكلة في نكاح العبد لم تكن هي مشكلة لزوم استناد النكاح إلى المولى، وأنّما هي مشكلة شرط رضا المولى فحديث زرارة أنّما يدلّ على كفاية الإجازة المتأخّرة في مورد شرط الرضا ولا يمكن التعديّ إلى مورد شرط الاستناد، وهذا الإشكال - كما ترى - لا زال ثابتاً في مورد هذين الحديثين أيضاً، فمن المحتمل أنّه لو زوّج أحد الشريكين العبد أو الأمة لم يشترط في صحّة الزواج استناده إلى الشريك الثاني أيضاً بل يكفي رضاه، كما أنّ الظاهر من هذين الحديثين هو كفاية الرضا المتأخّر من قبل المولى الثاني دون اشتراط الإجازة، فقوله في الحديث الثاني : «إذا كره الغائب لم يجز النكاح» يدلّ على أنّ عدم الكراهة كاف في التصحيح، وكذلك قوله في الحديث الأوّل : «وإن شاء تركه على نكاحه» يدلّ على أنّ مجرد الرضا المستفاد من الترك كاف وهذا الترك ليس كسكوت الباكر الذي يعتبر تصدياً لإبراز الرضا كي يكون إجازة متأخّرة.

وعلى أيّة حال فصاحب الإشكال يفترض أنّ مقتضى القواعد في باب البيع هو شرط الاستناد إلى المالك لعدم تمامية الإطلاقات في غير هذا الفرض، أو على حدّ تعبيرنا - يحتمل شرط الانتحال والتبّي من قبل المالك لعدم تمامية الارتكاز العقلاني في غير هذا الفرض.

واحتمال الفرق شرعاً بين البيع والنكاح بكفاية استناد النكاح إلى المملوك أو التبتّي من قبله في مورد حديث زرارة وإلى أحد السيدين في مورد هذين الحديثين وارد فلا يمكن التعدي. نعم الإشكال الآخر الذي احتملناه في روايات نكاح العبد وهو فرض أنّ اذن المولى أو رضاه ليس شرطاً في نكاح العبد وإن كان له حقّ الفسخ بعد الاطلاع قد لا يأتي في هذين الحديثين، لأنّ النكاح لم يكن من قبل العبد حتى يقال بصحّته إلى أن يفسخه المولى وأنّما كان بتفرد من أحد الموليين من دون إطلاع الآخر.

ومنها - أخبار تحليل الخمس أو الأنفال^(١).

وذكر السيد الخوئي^(٢): إنّ الاستدلال بأخبار التحليل يتوقّف على أن نقول: إنّ مجرد سبق إبراز الرضا على العقد لا يكفي في إخراج العقد عن الفضولية بل لا بد من وصول هذا الإبراز إلى العاقد، فيما أنّ هذا الإبراز من قبل الإمام عليه السلام الوارد في أخبار التحليل لم يصل إلى كثير من الشيعة اذن، لم تخرج عقودهم عن كونها فضولية فتدخل أخبار الباب في إجازة عقد الفضولي، واختار هو القول بعدم كفاية سبق إبراز الرضا في إخراج العقد من الفضولية ما لم يصل الإبراز إلى العاقد لأنّ العقد أنما يخرج من الفضولية بالاستناد إلى المالك وهذا الاستناد لا يتم بالإبراز غير الواصل فلو أنّ أحداً وكلّ شخصاً في معاملة أو اذن له في ذلك ولكن التوكيل أو الاذن لم يصل إلى ذاك الشخص ومع ذلك أوقع ذاك الشخص تلك المعاملة كان فضولياً لا محالة لعدم استناد عمله إلى المالك، وهذا بخلاف ما لو

(١) راجع الوسائل ٦: ٣٧٨، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٠٣، ومصباح الفقاهة ٤٧: ٤٨.

بلغه التوكيل أو الاذن فأوقع تلك المعاملة فهناك تكون المعاملة مستندة إلى الموكّل أو الآذن، وعلى هذا الأساس اختار السيد الخوئي تمامية الاستدلال بأخبار التحليل على المقصود.

أقول: إنّ الظاهر أنّ التحليل ثابت من قبل الأئمة عليهم السلام في الجملة أي لا أقل من ثبوته في أمور ثلاثة:

الأول - في خصوص الإماء اللاتي كانت تحصل عليها الحكومات الإسلامية المنحرفة عن طريق الحرب فقد حلّ لها الأئمة عليهم السلام لمن يصيبه من الشيعة شيء من هذه الإماء وهذا مستفاد من قسم من الروايات من قبيل ما ورد بسند تام عن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من وجد برد حبّاً في كبده فليحمد الله على أوّل النعم قال قلت جعلت فداك ما أوّل النعم؟ قال طيب الولادة ثم قال أبو عبد الله عليه السلام قال أمير المؤمنين لفاطمة عليها السلام احلّي نصيبك من الفيء لآباء شيعتنا ليطبوا ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: إنّنا أحللنا امهات شيعتنا لآبائهم ليطبوا^(١).

والثاني - في مطلق ما يصل ليد الشيعة من مستحلي الخمس أو ممّن لم يخمس كما يستفاد ذلك من بعض الأحاديث من قبيل:

١ - ما عن سالم بن مكرم أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رجل وأنا حاضر: حلل لي الفروج ففرع أبو عبد الله عليه السلام فقال له رجل: ليس يسألك ان يعترض الطريق إنّما يسألك خادماً يشتريها أو امرأة يتزوّجها أو ميراثاً يصيبه أو تجارة أو شيئاً أعطيه فقال: هذا لشيعتنا حلال الشاهد منهم والغائب والميت منهم والحيّ وما يولد منهم إلى يوم القيامة فهو لهم حلال، أما والله لا يحل إلّا لمن

(١) الوسائل ٦: ٣٨١، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٠.

أحللنا له ولا والله ما اعطينا أحداً ذمّةً وما عندنا لأحد عهد (هوادة) ولا لأحد عندنا ميثاق^(١)، بناءً على أنّ أصل السؤال وإن كان بالنسبة للفروج لكن قوله: (أو تجارة أو شيئاً أعطيه) جعل الكلام عاماً لجميع الأموال.

ويوجد في السند سالم بن مكرم أبو خديجة^(٢) وقد قال عنه النجاشي ثقة ثقة ونقل الكشي عن العياشي عن علي بن الحسين بن فضال: إنه صالح. ويكنى أيضاً بأبي سلمة على ما قاله النجاشي والبرقي وعلى ما رواه الكشي من أن الصادق عليه السلام قال له: لا تكن بأبي خديجة فقال له بم اكنني؟ قال: بأبي سلمة. ولكن الشيخ رحمه الله ذكر: سالم بن مكرم يكنى أبا خديجة ومكرم يكنى أبا سلمة ضعيف.

ومن هنا قد يوقع التعارض بين تضعيف الشيخ وتوثيق النجاشي. ونقل العلامة رحمه الله في الخلاصة: إنّ الشيخ ضعفه تارة ووثقه أخرى. ولا ثبات وثاقته طريقان:

الأول - ما يبتني على صحة نقل العلامة أي افتراض أنّ الشيخ وثقه حقاً تارة وضعفه أخرى، وهذا الوجه هو الذي نقله السيد الخوئي عن البعض وحاصله: أنّ تضعيف الشيخ يعارض بتوثيقه فيبقى توثيق النجاشي بلا معارض. واستغرب السيد الخوئي من هذا الكلام وقال: إن ثبت توثيق من الشيخ لأبي خديجة أصبح التعارض ثلاثي الأطراف وتساقط الكل من قبيل ما لو روى أحد الراويين خبرين متعارضين وروى الراوي الآخر خبراً مطابقاً لإحدى ذينك

(١) الوسائل ٦: ٣٧٩، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ٤.

(٢) راجع بشأنه معجم الرجال ٨: ٢٢ - ٢٦.

الخبرين فلا شك في أن كل هذه الأخبار تتساقط بالتعارض الثلاثي الأطراف .
 أقول : لو ثبت تضارب الشيخ عليه السلام في شهادته وحمل ذلك على أن الشيخ
 شهد حقاً مرتين : مرة بوثاقته وأخرى بضعفه صح ما قاله السيد الخوئي : من أن
 التعارض ثلاثي الأطراف ، أما إذا قلنا إن تضارب الشيخ في شهادته أبطل عقلاً
 أصالة عدم الغفلة العقلية في شهادة الشيخ ، وبالتالي نحن لا نعلم أن الشيخ بماذا
 شهد ؟ هل شهد بوثاقته وكان تضعيفه إتياء سهواً من القلم مثلاً ، أو شهد بضعفه وكان
 توثيقه إتياء سهواً وغفلة وغير حاكٍ عما في نفسه ؟

اذن فالصحيح ما قاله ذاك البعض لأن شهادة النجاشي بالوثاقة محرزة بلا
 ثبوت شهادة معارضة لها .

وكذلك نقول في تعارض الأخبار الثلاثة من راويين أنه لو كان الخبران
 للراوي الأول حقاً خبرين ، كما لو نقل نصين عن الإمام تمّ التعارض الثلاثي
 وسقط الجميع .

أما لو كان الخبران نقلين لنص واحد وقع الخطأ في أحدهما .
 إذن فالنص الذي رواه الراوي الثاني لم يثبت لنا نص يعارضه ويبقى نص
 الراوي الثاني ثابتاً على حجيته لأن الخبر الآخر مضطرب المتن ولا يقوى على
 معارضة هذا الخبر .

والفرق بين مثال الأخبار الثلاثة ومثال الشهادات في المقام هو أنه في مثال
 الشهادات إنما تسلم شهادة النجاشي عن المعارضة لو قلنا : إن أصالة عدم خطأ
 الشيخ في نقل مقصوده غير جارية عقلاً لدى التهافت في الشهادة ، أما لو قلنا
 بجريانها فهذا الأصل في كل من شهادتي الشيخ يثبت كونها حقاً شهادة بما قال
 وتعارض الشهادات الثلاث وتتساقط .

وأما في الأخبار الثلاثة فحتى لو قلنا بجريان أصالة عدم خطأ الراوي الأول في التعبير عما في نفسه في كلا نقليه فالتعارض لا يصبح ثلاثي الأطراف ما دام الراوي الأول يحكي في كلا خبريه عن نص واحد لأنّ تعارض الحكايتين أوجب الشك في كيفية ذاك النص فلا يقوى على معارضة النص الذي يرويه الراوي الثاني فهذا يكون من قبيل ما لو فرضنا رواة ثلاثة، اثنان منهم يرويان نصاً واحداً مع الاختلاف في ما بينهما في أنّ ذاك النص كان بالنفي أو بالإثبات مثلاً، وثالثهم يروي نصاً آخر بنفي ذاك الحكم مثلاً فهنا يبقى نفي الثالث بلا معارض، لان النص النافي أنّما يعارضه نص مثبت بعد فرض ثبوت كونه مثبتاً لولا النص المعارض له وهنا لم يثبت ذلك حتى لولا النص المعارض له، لتهاافت النقلين لنفس هذا النص.

وبكلمة أخرى: إنّ لدينا تعارضين: أحدهما تعارض النصّين، والثاني تعارض النقلين: للنص الأول، وثبوت التعارض الأول أنّما يكون في طول تصفية حساب التعارض الثاني بتقديم جانب الإثبات فيه، فبعد الحكم بالتساقط في التعارض الثاني ينتفي موضوع التعارض الأول، فكم فرق بين هذا الفرض وفرض روايات ثلاثة وقع التعارض بين اثنتين متوافقتين منها والثالثة المخالفة لهما.

والثاني - ما ذكره السيد الخوئي من أنّ تضعيف الشيخ في المقام ساقط من أساسه، وذلك لأنّ الشيخ رحمته الله كان يعتقد أنّ أبا سلمة كنية لوالد سالم بن مكرم لا لنفسه حيث قال: «ومكرم يكنى أبا سلمة»، في حين أنّ الواقع هو أنّ أبا سلمة كنية لنفس سالم بن مكرم حسب ما قاله النجاشي المدعم أيضاً بقول البرقي الذي قال عنه: «سالم أبو خديجة صاحب الغنم ويكنى أيضاً أبا سلمة ابن مكرم»، وبنقل الكشي للرواية الماضية.

(أقول : والمؤيد أيضاً بما في سند نفس هذا الحديث الذي نحن الآن بصدد تقييمه حيث جاء فيه : «... عن أحمد بن عائد عن أبي سلمة سالم بن مكرم وهو أبو خديجة» ، وهذا الحديث موجود في تهذيب الشيخ رحمته الله ^(١) الذي كان يرى أنّ أبا سلمة كنية لوالد سالم).

نعود إلى كلام السيد الخوئي فهو يقول :

وبما أنّ الشيخ كان يعتقد أنّ أبا سلمة كنية لسالم بن مكرم فقد تخيّل أنّ سالم بن مكرم اذن هو سالم بن أبي سلمة ، وقد ذكر النجاشي بشأن سالم بن أبي سلمة : أنّ حديثه ليس بالتقي وضعفه أيضاً ابن الغضائري وذكر النجاشي أنّ له كتاباً وذكر سنداً له إليه ، ومع ذلك لم يتعرض له الشيخ لا في فهرسته ولا في رجاله ممّا يشهد لما ذكرناه ، من أنّه تخيل اتحاده مع سالم بن مكرم الذي هو موجود في الفهرست والرجال .

اذن فتضعيفه في الحقيقة راجع إلى سالم بن أبي سلمة وتوثيق النجاشي لسالم بن مكرم أبي خديجة لا يبقى له معارض .

٢ - ما عن يونس بن يعقوب قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه رجل من القمّاطين فقال : جعلت فداك تقع في أيدينا الأموال والأرباح وتجارات نعلم أنّ حقك فيها ثابت وإنّا عن ذلك مقصرون فقال أبو عبد الله عليه السلام : ما انصفتناكم إنّ كلّفناكم ذلك اليوم ^(٢) . وقد ورد هذا الحديث بسندين يوجد في أحدهما محمد بن سنان وفي الآخر الحكم بن مسكين ، ولكن الصحيح وثاقة الحكم بن مسكين

(١) التهذيب ٤ : ١٣٧ ، الحديث ٣٨٤ .

(٢) الوسائل ٦ : ٣٨٠ ، الباب ٤ من أبواب الأنفال ، الحديث ٦ .

رغم عدم ورود نص في الرجال بتوثيقه وذلك لرواية محمد بن أبي عمير والبرنطي عنه.

وهذا الحديث أيضاً خاص بما يصل إلى الإنسان من غيره ممن لم يخمس بناء على أن قوله: «تقع في أيدينا أموال... نعلم أن حقك فيها ثابت» يعني العلم بثبوت حق الإمام فيها قبل وقوعها في يده، لأن الظاهر أن جملة «نعلم أن حقك فيها ثابت» صفة للأموال أي أن أموالنا متصفة بهذه الصفة تقع في أيدينا، فليس المقصود بذلك الإشارة إلى ثبوت حق الإمام فيها في طول وقوعها في يده وبعد مرور رأس السنة مثلاً، وإنما المقصود بيان أنه تقع في يده مال ممن لم يخمس.

٣- ما عن الحارث بن المغيرة النصري عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له: إن لنا أموالاً من غلات وتجارات ونحو ذلك وقد علمت أن لك فيها حقاً قال فلم احللنا اذن لشيعتنا؟! إلا لتطيب ولادتهم وكل من والى آبائي فهو في حل مما في أيديهم من حقنا فليبلغ الشاهد الغائب^(١).

وفي سند الحديث أبو عمارة، والراوي عنه أحمد بن محمد بن أبي نصر ولم أعرف من هو بالضبط أبو عمارة فهو مشترك بين عديدين من ثقة وغير ثقة، ولكن يكفينا أن الراوي عنه هنا هو البرنطي.

وسند الحديث رواه في الوسائل هكذا: «وعنه عن أحمد بن محمد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي عمارة عن الحارث بن المغيرة النصري» واطن: أن تكرار كلمة (أحمد بن محمد) خطأ في نسخة الوسائل.

وعلى أية حال فالظاهر من عبارة الوسائل أن الضمير في «عنه» إشارة إلى

ما ورد في سند الحديث السابق على هذا الحديث وهو حديث نقله الشيخ الحر عن الشيخ الطوسي بإسناده عن علي بن الحسن بن فضال فيكون معنى العبارة : أنّ هذا الحديث أيضاً نقله الشيخ بسنده عن علي بن الحسن بن فضال عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، ومن هنا يبرز في السند الإشكال الموجود في سند الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال.

ولكن يظهر بمراجعة التهذيب^(١) أنّ الشيخ لا يروي هذا الحديث بسنده إلى علي بن الحسن بن فضال، وأنّما يرويه بسنده إلى سعد بن عبد الله وبهذا يتم سند الحديث.

والظاهر أنّ سبب الخطأ الموجود في الوسائل أنّ الروايات التي جاءت قبل هذا الحديث - بفاصل رواية واحدة - كلها كانت روايات للشيخ بسنده عن سعد بن عبد الله، ثم جاءت رواية واحدة للشيخ بسنده عن علي بن الحسن بن فضال ثم جاء الحديث الذي نحن بصدده فقال : وعنه عن أحمد بن محمد... فالظاهر أنّ مقصود الشيخ الحرّ هو إرجاع الضمير إلى سعد بن عبد الله وغفل عن تخلل رواية في المقام عن علي بن الحسن بن فضال وأنّ الضمير سيعود بظاهره إلى علي بن الحسن بن فضال.

وأما من حيث الدلالة فهذا الحديث أيضاً مخصوص حسب المتن الموجود في الوسائل بتحليل الحق الثابت في المال الذي وصلنا، لا بمعنى تعلّقه بمالنا لمضيّ رأس سنتنا الخمسية مثلاً بل بمعنى كونه متعلّقاً بمال غيرنا ممّن يستحل الخمس مثلاً وبعد تعلّقه به انتقل المال إلينا والشاهد على ذلك قوله : « وكل من

والى آبائي فهو في حلّ ممّا في أيديهم» إذ لم يقل فهو في حل ممّا في يده أو فهم في حلّ ممّا في أيديهم، بل أفرد الضمير الأوّل وجمع الضمير الثاني ممّا يدلّ على أنّ مرجع الضمير الثاني ليس هو الشيعي الذي بيده المال المحلّل له بل آخرون، وهذا يعني أنّ الحقّ تعلّق بالمال قبل انتقاله منهم إليه ولكن المتن الموجود في التهذيب - والذي هو مصدر صاحب الوسائل رحمته الله - حسب النسخة الواصلة لنا ليس هكذا، فالضمير في كلا الموردين ضمير الجمع أي ورد: «فهم في حلّ ممّا في أيديهم» وهذا ظاهر في التحليل المطلق إلّا أنّ يقيد بقرينة الروايات النافية لذلك بخصوص الحق الذي وقع في يد الشيعي من يد غيره بأن كان الحق قد تعلّق بالمال قبل وقوعه في يده.

والثالث - في الأنفال من قبيل ما عن أبي سيار مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام في قصة الغوص... وما لنا من الأرض وما أخرج الله منها إلّا الخمس؟! يا أبا سيار الأرض كلها لنا فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا قال قلت له: أنا أحمل إليك المال كله فقال لي: يا أبا سيار قد طينناه لك وحللناك منه فضم إليك مالك وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون ومحلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيدي سواهم فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغرة^(١). قوله: «فيجيبهم طسق ما كان في أيدي سواهم فإنّ كسبهم من الأرض...» هذا هو نسخة التهذيب والظاهر وقوع سقط في عبارة التهذيب^(٢) والصحيح ما في

(١) الوسائل ٦: ٣٨٢، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢.

(٢) التهذيب ٤: ١٤٤، الحديث ٤٠٣.

الكافي^(١): «فيجيهم طسق ما كان في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم، وأما ما كان في أيدي غيرهم فإن كسبهم من الأرض...».

وبعد هذا العرض السريع لبعض روايات الباب نبدي ملاحظاتنا حول التمسك بها لتصحيح عقد الفضولي بالإجازة المتأخرة وهي أمور:

١- إنَّ الطائفة الأولى من هذه الطوائف الثلاث التي عرضناها ينبغي أن تكون خارجة عن مورد الاستدلال، لأنَّها لا يستفاد منها أكثر من تحليل الإماء الذي قد يكفي فيه الرضا ولا يحتاج إلى وصول الاذن ولا تدلُّ على تصحيح المعاملات والعقود حتى يقال: إنَّ خروجها عن الفضولية كان متوقفاً على وصول الاذن إلى العاقد.

٢- إنَّ التمسك بأخبار تحليل الخمس يتوقَّف على القول بأنَّ تعلُّق الخمس بالمال يكون بالتشريك مثلاً، لا بمثل تعلُّق حق يكفي في جواز التصرف فيه مجرد الرضا ولو بلا استناد، وإلَّا لما صحَّ التعدي من هذه الروايات إلى مطلق بيع مال الغير لاحتمال اختصاص الحكم بخصوص ما يشترط فيه الرضا، فحسب دون الاستناد كبيع العين المرهونة من قبل الراهن فإنَّه لا يشترط فيه الاستناد إلى المرتهن بل يكفي فيه الرضا فلو بنينا على أنَّ تعلُّق الخمس بالمال ليس بمثل التشريك لحقت الطائفة الثانية بالطائفة الأولى في أنَّها ينبغي أن تكون خارجة عن مورد الاستدلال، أمَّا ما هو الصحيح في حقيقة تعلُّق الخمس بالمال؟ فهذا ما نرجعه إلى بحث الخمس وليس هنا محل بحثه.

وعلى أيَّة حال فهذه الملاحظة لو تمَّت لا تأتي في أخبار تحليل الأنفال إلَّا أنَّ الظاهر من عبارة المحاضرات هو أنَّ السيد الخوئي قصد في المقام التمسك

(١) الكافي ١: ٤٠٨، من باب أنَّ الأرض كلها للإمام، الحديث ٣.

بأخبار تحليل الخمس دون تحليل الأنفال.

٣- أنّ روايات تحليل الخمس والأنفال إمّا ان يستفاد منها ترخيصهم عليهم السلام للشيعّة لتملّكها كما لعله ظاهر كلمة : (ضمّ إليك مالك) الواردة في ما مضى من رواية الأنفال، أو يستفاد منها مجرّد الإباحة من دون تملك كما لعله ظاهر قوله في نفس تلك الرواية : (محلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجبهم طسق ما كان في أيديهم)، فإنّ جباية الطسق منهم بعد قيام القائم عبّل الله فرجه تناسب عدم التملك .
وقد يفصل بين الأرض والأموال المنقولة باستفادة جواز التملّك في المنقولات، والاكتفاء بحق الاختصاص في الأرض ما دام القائم غائباً بقرينة فرض الطسق عليها بعد الظهور .

فان فرضنا التملّك خرجت الروايات عمّا نحن بصده من معاملات غير المالك الفضولية .

وإن فرضنا الإباحة فمن الطبيعي أنّها ليست إباحة عامّة بحيث تجوز لكل أحد من الشيعة سرقة الخمس أو الأنفال من يد شيعي آخر، بل المقصود إباحة كل شيء لمن في يده بحيث يحصل لكل أحد حق الاختصاص لما يحوزه بالأساليب المألوفة وهذا الحق كاف في تصحيح المعاملات والمبادلات، فإنّ التبادل لا يعني التبادل في خصوص الملكية بل يعني التبادل فيما كان لكل واحد منهم من حق سواء كان عبارة عن حق الملكية أو حق الاختصاص، وبهذا يصحّ بيع الأراضي الخراجية مثلاً من قبل الشيعة بعضهم لبعض في أيّام الغيبة فتصحيح المعاملات في المقام اذن غير متوقّف على القول بصحّة عقد الفضولي كي تجعل هذه الروايات الظاهرة في تصحيح المعاملات دليلاً على صحّة عقد الفضولي .

٤- أنّ غاية ما تدلّ عليه هذه الروايات بعد الغرض عمّا مضى هي كفاية

الرضا المبرز المقارن ولو لم يصل إلى العاقد، أمّا كفاية الإجازة المتأخّرة من دون رضا مقارن مبرز فهذه غير واردة في هذه الروايات إطلاقاً وما دمنا لا نريد فعلاً تصحيح الإجازة المتأخّرة وفق القواعد، وإلاّ لما استدللنا بالروايات فمن المحتمل الفرق بين الرضا المبرز المقارن والإجازة المتأخّرة بأن يكون للتقارن دخل في صحّة المعاملة.

والخلاصة أنّ هذه الأحاديث لم تشتمل على كبرى كلية تدلّ على مصححية الإجازة حتى تتمسك بإطلاقها للإجازة المتأخّرة، ولا على خصوص مصححية الإجازة المتأخّرة، وغاية الأمر أن تتمسك بما هو المفروض في مورد الأحاديث من صحّة المعاملات رغم عدم الاذن الواصل إلى العاقد، ومن المعلوم أنّ ما هو المفروض في مورد هذه الأحاديث عبارة عن الإجازة المقارنة غير الواصلة لا الإجازة المتأخّرة.

٥- وهناك إشكال قد يتصوّر وروده على السيد الخوئي رحمته الله في المقام وهو أنّه وقع في ما يشبه التناقض بين ما ذكره سابقاً وما ذكره هنا حيث أنّه ذكر سابقاً صحّة الفضولي بالإجازة المتأخّرة وفق القاعدة لأنّ الإجازة المتأخّرة كالاذن السابق تصحّ استناد العقد إلى المالك، وهنا ذكر: أنّ الاذن إن لم يكن واصلاً إلى العاقد لا يكفي في صدق استناد العقد إلى المالك ونحن بدورنا نسأل هل يشترط في صحّة الفضولي على القاعدة وصول الإجازة المتأخّرة إلى الفضولي أو لا؟ من الواضح أنّه لا يشترط فيها ذلك لأنّ وصول الإجازة وعدمه إلى العاقد بعد نهاية العقد لا دخل له في صحّة الاستناد إلى المالك وعدمها إطلاقاً، ولا يلتزم السيد الخوئي نفسه بالتفصيل في ما هو مقتضى القاعدة في عقد الفضولي بين وصول الإجازة المتأخّرة إلى الفضولي وعدمه.

وعندئذٍ نقول : لو شرطنا في كفاية الإذن السابق في صدق الاستناد وصول الإذن إلى العاقد كان معنى ذلك أنّ الإجازة المتأخّرة أقوى بمقتضى القواعد من الإذن السابق، لأنّ الإذن السابق لا يصحّ الاستناد إلّا إذا وصل إلى العاقد في حين أنّ الإجازة المتأخّرة تصحّ الاستناد إلى المالك قبل وصولها إلى العاقد وهذا غريب.

ولكن يمكن حل المطلب بأن يقال : إنّ صدق الاستناد إلى المالك عرفاً ليس أمراً اعتبارياً بحتاً، بل له نكتة عقلائية ونكتة العقلائية لا تخلو من أحد أمور ثلاثة : الأول - نفس التوكيل أو قل الإذن السابق أو المقارن فإنّ يد الوكيل أو المأذون تعتبر يداً للموكل أو الآذن^(١) وهذه النكتة يصحّ فيها ما قاله السيد الخوئي

(١) مضى في ما سبق أنّ استناد الأمر الاعتباري إلى المالك بمجرد الإذن أو الإجازة له معنيان :

- ١ - دعوى استناد العقد أو الوجود الاعتباري الثابت في عالم اعتبار المتعاقدين إلى المالك .
- ٢ - دعوى استناد الوجود الاعتباري الثابت في لوح اعتبار العقلاء فحسب إلى المالك دون الوجود الاعتباري الثابت في عالم اعتبار المتعاقدين، ونحن قد اخترنا الثاني من هذين التفسيرين وتطبيق نكتة التوكيل، وكذلك ما تأتى من النكتة الثانية والثالثة على هذين التفسيرين يكون كالآتي :

تارة نفترض أنّ هذه النكات أو بعضها أوجبت ابتداء أن يسند العرف ما لم يصدر مباشرة من المالك إلى المالك إسناداً حقيقياً وبهذا يتم التفسير الأول .

وأخرى نفترض أنّ هذه النكات لم تؤثر أكثر من كونها مناسبات عرفية لإسناد ما لم يصدر مباشرة من المالك إلى المالك مجازاً وكان ذلك حكمة في تصحيح العقد وتحقّق النقل والانتقال في لوح اعتبار العقلاء، وبما أنّ الإذن أو الإجازة الصادر من المالك سبب حقيقي أو موضوع حقيقي لتحقّق هذا النقل والانتقال فقد انتسب هذا النقل والانتقال إلى المالك حقيقة وهذا هو التفسير الثاني .

من تقومها بالوصول إلى العاقد فالوكيل غير الواصل إليه التوكيل لا تعتبر يده عقلياً يداً للموكل كما هو واضح وهذه النكته لا تأتي في الإجازة المتأخرة أصلاً فيد الفضولي سابقاً ليست يداً للمالك عقلياً حتى بعد لحوق الإجازة كما هو واضح.

الثاني - كون عمل العاقد مستنداً إلى اذن المالك أي ان الذي دفعه إلى العقد هو اذن المالك وكون اذن المالك مستنداً إلى المالك فكأنما رأى العقلاء أن المستند إلى المستند إلى المالك مستند إلى المالك فأصبح العقد بذلك مستنداً إلى المالك وهذا أيضاً متقوم بما قاله السيد الخوئي من فرض وصول الاذن إلى العاقد إذ لولا وصوله إلى العاقد لما كان عقده مستنداً إلى اذن المالك وهذه النكته أيضاً لا تأتي في الإجازة المتأخرة وإنما توجد في الاذن المتقدم لوضوح ان الإجازة المتأخرة حتى لو وصلت إلى العاقد ليست هي الدافعة للعاقد إلى العقد بل ان هذه النكته قد تتخلف حتى في مورد الاذن السابق الواصل إلى العاقد كما لو اذنه المالك في البيع ووكله فيه ولكن العاقد باع لا بدافع من هذا الاذن والتوكيل بل بدافع آخر من نفسه.

وقد يقال : إن هذه النكته غير صحيحة عقلياً لأن هذه النكته محفوظة نادراً في مورد الإجازة المتأخرة كما لو فرضنا ان العاقد اتما أقدم على العقد لعلمه بان المالك سوف يجيز العقد فالإجازة هي الدافعة للعاقد إلى العقد قبل وجودها على حد دافعية الاذن المتقدم ولكن مع ذلك لا نحس بصحة إسناد العقد إلى المالك قبل إجازته لمجرد العلم بأنه سيجيز، وأن العلم بإجازته المتأخرة هو الذي دفع العاقد إلى العقد.

ويمكن ان يجاب على ذلك بجوابين أولهما مقبول عرفاً بلا شك وهو يكفيننا سواء تم قبول الثاني أيضاً أو لا :

الأول - ان الاستناد الأول وهو استناد العقد إلى الإجازة وإن كان ثابتاً قبل

وجودها بمعنى أنّ العلم بها هو الذي دفع العاقد إلى العقد، لكن الاستناد الثاني وهو استناد الإجازة إلى المالك لم يكن موجوداً في ذلك الوقت لأنّ استنادها إليه لا يتقدّم على وجودها فلا يصدق عنوان أنّ المستند إلى المستند إلى المالك مستند إلى المالك.

والثاني - أنّ الاستناد الأوّل أيضاً محل إشكال بناء على أنّ مقصودنا من استناد العقد إلى الآذن هو وقوع الآذن في سلسلة علل العلم به الدافع إلى العقد، وهذا إنّما يعقل في الآذن المتقدم ولا يعقل في الإجازة المتأخّرة لأنها متأخّرة عن العلم بها فكيف تكون واقعة في سلسلة علل العلم.

وعلى أيّة حال فإن كان السيد الخوئي ينظر في صحّة الاستناد إلى إحدى هاتين النكتتين فهذا لا يكفي في تصحيح عقد الفضولي على القواعد.

الثالث - التبيّي والانتحال من قبل المالك للعقد فهذا يؤدّي عرفاً إلى استناد العقد أو النقل والانتقال إليه وهذه النكته هي النكته الموجودة في الإجازة المتأخّرة فلأنّ المجيز انتحل العقد وتبنّاه نسب العقد أو النقل والانتقال إليه، وهذه النكته غير متقوّمة بالوصول إلى العاقد بل قد يدّعي مدّع عدم تقوّمها بالإبراز أيضاً أي ليس ما يصحّح الاستناد إبراز التبيّي والانتحال بل يكفي التبيّي أو الانتحال الباطني وهو غير الرضا بالبحث الباطني، والظاهر أنّ هذه النكته مخصوصة عرفاً بالإجازة المتأخّرة ولا تشمل الآذن المتقدم أو المقارن فالتبيّي والانتحال إنّما يتعلّق عرفاً في شيء موجود ومتحقّق وتبيّي الشيء يكون في طول فرض الفراغ عن وجوده، أمّا قبل وجوده فلا يعقل عرفاً إلّا التوكيل.

ومن هنا يمكن توجيه كلام السيد الخوئي في المقام بان يقال: إنّهُ يشترط في تأثير الآذن السابق في صحّة الإسناد الوصول، ولا يشترط ذلك في الإجازة

المتأخّرة وذلك لأنّ الصحيح من هذه النكات في الاذن السابق هي النكته الأولى والثانية، وهما متقومتان بالوصول إلى العاقد كما مضى لكن الصحيح منها في الإجازة اللاحقة هي النكته الثالثة وهي غير متقومة بالوصول إلى العاقد. إلّا أنّه تبقى عليه الملاحظات السابقة.

على أنّ هذا التوجيه الذي ذكرناه لا يناسب ما يظهر ممّا ورد في مصباح الفقاهة^(١) من فرض الملازمة بين مصحّية الاذن السابق للعقد لاستناده إلى المالك على القاعدة، ومصحّية الإجازة المتأخّرة لذلك على القاعدة حيث قال: «فكما أنّ الاذن السابق كاف في صحّة العقد واستناده إليه كذلك الإجازة اللاحقة لأنّهما متساويان في حصول الرضا الذي هو الأصل في ذلك» فالجمع بين هذا الكلام وشرط وصول الاذن إلى العاقد يرد عليه: أنّه ان فرضت مصحّية الاذن والإجازة للاستناد من واد واحد فكيف يعقل أن تكون الإجازة أقوى تأثيراً من الاذن بان يشترط في الاذن الوصول إلى العاقد ولا يشترط في الإجازة ذلك؟! وإن فرضتا بنكنتين مختلفتين فلا معنى لدعوى الملازمة بين القول بهذا والقول بذلك ولا معنى لقوله: «لأنّهما متساويان في حصول الرضا الذي هو الأصل في ذلك»^(٢).

(١) مصباح الفقاهة ٤: ٢٠ - ٢١.

(٢) بل قد اتضح بهذا العرض ان دعوى التلازم بين مصحّية الاذن على القاعدة للعقد ومصحّية الإجازة له على القاعدة غير صحيحة أصلاً بقطع النظر على إشكال مضى إيراده على هذه الدعوى في آخر بحث تخريج صحّة العقد الفضولي بمقتضى القواعد، وذلك لأنّ دعوى صحّة استناد العقد إلى المالك حقيقة لا تصحّ إلّا على أساس نكات عقلانية وقد عرفت أنّ النكات العقلانية التي يمكن ان تتمّ في الاذن وهي النكته الأولى والثانية لا تتمّ في الإجازة.

إلا أن يفترض عدم الدقة في التعبير الوارد في مصباح الفقاهة كأن يكون المقصود الحقيقي للسيد الخوئي دعوى الملازمة بين مصححية الإذن السابق ومصحية الإجازة اللاحقة بعد فرض تمامية الاستناد فيهما ولو بنكتتين مختلفتين أي يكون المقصود: أنه إن كفى مجرد صدق الاستناد في مورد الإذن السابق لصحة العقد رغم عدم المباشرة إذن يكفي أيضاً صدق الاستناد بقاء بسبب الإجازة لصحة العقد.

ومنها - روايات إجازة عقد النكاح الصادرة من غير الولي الشرعي^(١) وقد وقع الكلام لدى الأصحاب حول أنه هل يصح التعدي من النكاح إلى العقود المالية أو لا؟

فقد يقال بالتعدي بالاولوية فلئن صحّ الفضولي في النكاح رغم أهميته وارتباطه بالفروج والأولاد ففي العقود المالية يصحّ بطريق أولى.

وقد يقال: إن أهمية النكاح تناسب التوسعة والتسهيل في التشريع بالنسبة له كي لا يتورط الناس في الزنا وهذا بخلاف العقود المالية، فتصحح الفضولي في عقد النكاح أو أي تسهيل آخر لا يجوز لنا التعدي في ذلك من النكاح إلى العقود المالية. والصحيح: أننا لو كنّا نتكلّم في الحكم الظاهري من احتياط أو تسهيل أمكن أن يقال: إن النكاح أولى بالاحتياط من العقود المالية لأهميته أو أولى بالتسهيل من العقود المالية لأنّ التضيق فيه قد يورط الناس في الزنا القطعي،

(١) راجع الوسائل ١٤: ٢٠٧، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٢، و ٢٠٨، الحديث ٤، و ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٣، و ٢١٢، الباب ٨ من أبواب عقد النكاح، الحديث ١، و ١٧: ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١، و ٥٢٨، الحديث ٢.

ولكن الكلام أنّما هو في الحكم الواقعي للعقد الفضولي من الصحة أو البطلان وهذا لا علاقة له بأهميّة النكاح أو عدم أهميّته وأنّما له علاقة بكون الملاك المصحّح للعقد هل هو موجود في الفضولي منه أو لا فعلاً عقد النكاح رغم أهميّته يوجد ملاكه في الفضولي منه أو لا يوجد فالمهم أن نرى مع حذف هذا البحث أنّ العرف هل يتعدّى من عقد النكاح إلى العقود المالية أو لا ؟

ومنها - الروايات الواردة في العامل المضارب الذي خالف شرط صاحب المال فحكم الإمام عليه السلام فيها بأنّ الخسارة على العامل والربح بينهما^(١).

ولعلّ أبرز ما يمكن أن يستدل بها على المقصود ما عن جميل بسند تام عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب واشترى به غير الذي أمره قال : هو ضامن والربح بينهما على ما شرط^(٢).
ويليه ما عن الحلبي بسند تام عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال في الرجل يعطي المال فيقول له : ائت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها قال : فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن ، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه ، وإن ربح فهو بينهما^(٣).

ووجه الاستدلال هو أن يحمل ذلك على أنّ المضارب بما أنّه خالف ما أراد المالك ، فالعمل الذي صدر منه لم يكن مأذوناً فيه فإن ربح فمن الطبيعي أنّ

(١) راجع الوسائل ١٣ : ١٨١ - ١٨٣ ، الباب ١ من كتاب المضاربة .

(٢) الوسائل ١٣ : ١٨٢ ، الباب ١ من كتاب المضاربة ، الحديث ٩ .

(٣) الوسائل ١٣ : ١٨١ ، الباب ١ من كتاب المضاربة ، الحديث ٢ .

المالك يجيز عمله طمعاً في الربح فيكون الربح بينهما وفق قانون المضاربة، وإن خسر فمن الطبيعي أنّ المالك لا يجيز عمله فيكون العامل ضامناً لماله فتكون الخسارة عليه.

وذكر السيد الإمام عليه السلام ^(١): أنّ ظاهر هذه الروايات هو كون الربح بينهما من دون اشتراط إجازة المالك إذ لا يوجد فيها أي ذكر للإجازة، فظاهرها أنّه حكم تعبدي بحث مخالف لمقتضى القواعد ولا علاقة لها بتصحيح بيع الفضولي بالإجازة وحتى لو حملناها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة فهي مخالفة للقواعد من جهة أخرى أيضاً، وهي أنّ المفروض ان يكون الربح كلّ للمالك لأنّ الإجازة مصحّحة للبيع لا لمضاربة خيالية نظير ما لو وكلّ شخص أحداً في بيع مال له فباع الوكيل ماله الآخر بتخيّل وكالته في ذلك ثم أجاز المالك عمله فهذه إجازة لبيعه ولا يتم بها ما تخيّل من الوكالة.

والسيد الإمام عليه السلام يستبعد جداً صحّة هذا الحكم الوارد في هذه الروايات المخالف لمقتضى القواعد ويقول: إنّ استبعاد هذا الحكم يشكّل بمناسبات الحكم والموضوع قرينة على حمل هذه الروايات على معنى آخر، وإذا دار الأمر بين حملها على فرض تعقّب الإجازة كما يريده صاحب الاستدلال بها في المقام، وحملها على فرض أنّ الشرط الذي خالفه العامل شرط مستقل أي ليس عبارة عن تخصيص اذنه ببعض البيوع دون بعض وأنّما هو شرط في ضمن عقد المضاربة كان الثاني أولى وذلك لأنّ جميع روايات الباب بين ما هو ظاهر في ذلك وما ليس في حمله على هذا المعنى عدا مخالفة الإطلاق ما عدا الروايتين اللتين مضى ذكرهما:

فمّا يكون ظاهراً في ذلك ما عن محمد بن مسلم بسند تام عن أحدهما عليه السلام قال : سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى ان يخرج قال : يضمن المال والربح بينهما^(١).

ومّمّا يكون مطلقاً ما عن الحلبي بسند تام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء إلا ان يخالف أمر صاحب المال^(٢)، فمخالفة أمر صاحب المال تشمل بمقتضى الإطلاق مخالفة الشرط المستقل ومخالفة تخصيص الاذن ببعض البيوع، ولكنّا نحمل الروايات المطلقة على الشرط المستقل بقرينتين.

الأولى - مناسبات الحكم والموضوع لما قلناه من استبعاد الحكم التعبدي البحث الذي يفهم من إطلاق الحديث.

والثانية - انّ كلمة (أمر صاحب المال) فسّرت في بعض الروايات بالشرط المستقل أعني غير المخصّص للاذن ببعض المعاملات وهي رواية الحلبي التامة سنداً عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال في المال الذي يعمل به مضاربة : له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء إلا ان يخالف أمر صاحب المال فإنّ العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ويشترط عليهم ان لا ينزلوا بطن واد ولا يشتروا ذا كبد رطبة فان خالفت شيئاً ممّا امرتك به فأنت ضامن المال^(٣). وبعض الروايات المطلقة عبّر فيها بالشرط بدلاً عن الأمر من قبيل ما عن

(١) الوسائل ١٣ : ١٨١، الباب ١ من كتاب المضاربة، الحديث الأوّل.

(٢) الوسائل ١٣ : ١٨١، الباب ١ من كتاب المضاربة، الحديث ٤.

(٣) الوسائل ١٣ : ١٨٢، الباب ١ من كتاب المضاربة، الحديث ٧.

الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما شرط عليه قال : هو ضامن والريح بينهما^(١) وهذا يمكن إنكار إطلاقه لظهور الشرط في الشرط المستقل دون تخصيص الاذن ببعض البيوع.

وبهذا التفسير يصبح مفاد الروايات مطابقاً للقاعدة تماماً فالريح انما كان بينهما لان المضاربة كانت صحيحة، والتخلف عن الشرط لا يبطلها والضمان أيضاً يكون على طبق القاعدة لان يده أصبحت بمخالفة الشرط يدأً عادية.

وإذا اتضح ان أكثر روايات الباب محمولة على هذا المعنى لم يبق شيء سوى الروایتين الأوليتين فنقول عندئذ : ان حملهما على نفس المعنى بعد استبعاد ذاك الحكم التعبدى أولى من حملهما على إجازة البيع الفضولي لان سائر الروايات دلّت على المعنى الأول.

بل الثانية منهما قد يدعى ظهورها في هذا المعنى بان يقال : إن قوله : « يعطي المال » من دون ذكر لكيفية المضاربة ظاهر في ان المضاربة كانت مطلقة والجملة المعطوفة بالفاء وهي قوله : « فيقول له ائت أرض كذا وكذا... » تفيد الشرط المستقل فكأن العطف بالفاء يوحي إلى ان أصل عملية المضاربة قد تمّ ذكرها قبل الفاء.

وبكلمة أخرى ان حمل ما بعد الفاء على تخصيص الاذن المفهوم ممّا قبل الفاء ببعض المعاملات خلاف الظاهر فيحمل على الشرط المستقل أعني غير المخصّص للاذن.

وبناء على هذا لا يبقى شيء في المقام عدا الرواية الأولى وهي رواية

جميل وهي أيضاً نَحْمِلُهَا عَلَى نَفْسِ الْمُحْمَلِ بِقَرِينَةٍ مَنَاسِبَاتِ الْحُكْمِ وَالْمَوْضُوعِ،
لَمَّا عَرَفْتَ مِنْ أَنَّ هَذَا الْحَمْلَ أَهْوَنُ مِنَ الْحَمْلِ عَلَى إِجَازَةِ الْفُضُولِيِّ لِمُطَابَقَتِهَا عِنْدِي
مَعَ بَاقِي الرِّوَايَاتِ وَنَسْتَأْنِسُ لِهَذَا الْحَمْلِ بِأَمْرَيْنِ آخَرَيْنِ :

أَحَدُهُمَا - أَنَّ كَلِمَةَ « الْأَمْر » قَدْ عَرَفْتَ أَنَّهَا فَسَّرَتْ فِي قِصَّةِ الْعَبَّاسِ بِالْشَّرْطِ
الْمُسْتَقِلِّ .

وَالثَّانِي - أَنَّ كَلِمَةَ الشَّرْطِ جَاءَ ذِكْرُهَا فِي نَفْسِ رِوَايَةِ جَمِيلِ فَبَنَاءٍ عَلَى
ارْتِبَاطِهَا بِحُكْمِ الضَّمَانِ الْوَاردِ فِي الرِّوَايَةِ لَا بِحُكْمِ تَقْسِيمِ الرِّبْحِ تَكُونُ أَيْضاً شَاهِداً
لِلْمَقْصُودِ ، لِأَنَّ كَلِمَةَ الشَّرْطِ لَهَا ظُهُورٌ فِي الشَّرْطِ الْمُسْتَقِلِّ .

هَذَا تَمَامُ مَا أَرَدْنَا نَقْلَهُ عَنِ السَّيِّدِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ .

وَهُنَاكَ مَلاحِظَاتٌ جَانِبِيَّةٌ حَوْلَ هَذَا الْكَلَامِ مِنْ قِبَلِ :

١ - إِنَّا لَا نَرَى لِكَلِمَةِ الشَّرْطِ ظُهُوراً فِي الشَّرْطِ الْمُسْتَقِلِّ .

٢ - وَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ كَلِمَةَ الشَّرْطِ فِي رِوَايَةِ جَمِيلٍ رَاجِعَةٌ إِلَى الْأَقْرَبِ إِلَيْهَا
وَهُوَ تَقْسِيمُ الشَّرْطِ لَا الْأَبْعَدَ وَهُوَ الضَّمَانُ .

٣ - وَأَنَّ الضَّمَانَ بَنَاءٌ عَلَى تَفْسِيرِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَيْسَ أَمراً مُطَابِقاً لِلْقَوَاعِدِ لِأَنَّ
الْمَفْرُوضَ لَيْسَ فَقَطْ ضَمَانُ التَّلَفِ كَيْ يَقَالُ : إِنَّ يَدَهُ أَصْبَحَتْ بِمُخَالَفَةِ الشَّرْطِ يَداً
عَدَوَانِيَةً فَأَوْجِبَتْ الضَّمَانَ وَيُثَبِّتُ أَيْضاً ضَمَانُ الْخُسَارَةِ ، وَهَذَا لَا مَبَرَّرَ لَهُ عَلَى
الْقَوَاعِدِ لَوْ فَرضَتْ صِحَّةُ الْمَعَامَلَةِ كَمَا هُوَ مَفْرُوضُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ .

نَعَمْ لَوْ حَمَلْتَ الرِّوَايَاتِ عَلَى فَرَضِ فُسْخِ الْمَالِكِ لِلْمَعَامَلَةِ بَعْدَ ظُهُورِ الْخُسَارَةِ
وَذَلِكَ بِخِيَارِ تَخَلُّفِ الْعَامِلِ لِلشَّرْطِ ثَبَتِ ضَمَانُ الْخُسَارَةِ عَلَى الْعَامِلِ بِالْفُسْخِ .

٤ - وَأَنَّ مَجْرَدَ ظُهُورِ أَكْثَرِ الرِّوَايَاتِ فِي فَرَضِ مِنَ الْفُرُوضِ وَهُوَ فَرَضُ
الشَّرْطِ الْمُسْتَقِلِّ لَا يَشْكَلُ قَرِينَةً عَلَى حَمْلِ رِوَايَةِ أُخْرَى عَلَى هَذَا الْفَرَضِ .

٥ - وإنّ مجرد فرض كون المقصود من كلمة الأمر في الرواية الواردة في قصّة العباس الشرط المستقل ليس قرينة على حمل هذه الكلمة في باقي الروايات على ذلك، على أنّه لم يثبت تفسير كلمة الأمر في تلك القصّة بذلك، وغاية ما يفترض في المقام انطباقه في تلك القصّة على هذا المصداق وكيف يكون انطباقه في مورد على مصداق، قرينة على سلب الإطلاق عن مصداق آخر في باقي الروايات؟! بل الظاهر أنّه في رواية قصّة العباس طبّق على كلا المصداقين فإنّ نهيه على شراء الحيوان ظاهر في استثناء شراء الحيوان من المعاملة المأذون فيها وإن عبّر عن ذلك بالشرط.

٦ - وإنّ دلالة الفاء على عدم كون ارتباطه ما بعدها بما قبلها ارتباط تخصيص للاذن ببعض المعاملات، وكونه ارتباط الشرط الضمني بالعقد غير واضحة لدينا.

وعلى أيّة حال فالظاهر عدم تمامية الاستدلال بهذه الروايات على المقصود من نفوذ عقد الفضولي إطلاقاً بالإجازة المتأخّرة وذلك :
أولاً - لأنّ ظاهر هذه الروايات عدم افتراض تعقّب الإجازة، والاستبعاد العقلاني للصحة بلا إجازة لا يكون قرينة على الحمل على فرض الإجازة بعد ما نرى منه أنّه بعد هذا الحمل يأتي استبعاد آخر وهو استبعاد تقسيم الربح بينهما إن كانت صحّة المعاملة مستندة إلى الإجازة لأنّ الإجازة إجازة للبيع لا للمضاربة الخيالية.

وثانياً - لو قلنا : إنّ الاستبعاد الأوّل أشدّ وأقوى من الاستبعاد الثاني بحيث شكّل ذلك قرينة عقلائية على فرض الإجازة (ولعلّه لا يبعد ذلك) قلنا إنّ اشتغالها على تقسيم الربح والذي ليس على وفق القاعدة لأنّ المترقّب عندئذٍ كان رجوع

الربح تماماً إلى المالك - كما ذكره السيد الإمام - يمنعنا عن الجزم بالتعدي من مورد هذه الأحاديث إلى غيره وننتهي بالآخرة إلى حكم تعبدي مخصوص بمورده. ومنها - روايات الاتجار بمال اليتيم^(١) حيث يستفاد منها أن الربح لليتم والخسارة على العامل فيفسر ذلك بأنه ان ربحت التجارة اعقبتها الإجازة من قبل اليتيم إذا بلغ، أو من قبل الولي فيكون الربح لليتم وإن خسرت التجارة لم تعقبها الإجازة فبطلت وتحمل العامل الخسارة.

والصحيح أن هذه الروايات أيضاً لا تدلّ على المقصود إذ (أولاً) لا توجد فيها عين ولا أثر عن فرض تعقب الإجازة.

وأما الجواب عليه بأن الاستبعاد العقلاني لفرض الصحة بلا إجازة قرينة عقلائية على إرادة فرض الإجازة.

ففيه: أن هذا الجواب إن تمّ فأنما يتمّ في فرض التجارة بأموال الكبار، وأما في فرض التجارة بأموال الأيتام فيأتي حتى في نظر العرف والعقلاء احتمال أن الشارع حكم بصحة المعاملة الفضولية بعد ان وقعت وكانت في صالح اليتيم تعبدًا ورغم انف الولي الذي لا يجيز.

(وثانياً) أنها بين ما يختص بتجارة الولي أو الوصي^(٢)، وما يتخيل الإطلاق فيه لكن الإطلاق غير ثابت في شيء من تلك الروايات وذلك، إمّا لاستفادة جواز التصرفات المقترنة بالتجارة منها من التسليم والتسلم^(٣)، وهذا

(١) راجع الوسائل ٦، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، و ١٢، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، و ١٣، الباب ١٠ من كتاب المضاربة، والباب ٩٢ من كتاب الوصايا.

(٢) الوسائل ١٢: ١٩٠، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

(٣) الوسائل ١٢: ١٩١، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣ و ٤.

قرينة على أنّ العامل كان وليّاً أو مأذوناً من قبله فتخرج المعاملة عن كونها فضولية، أو لأنّ الرواية^(١) أنّما هي بصدد بيان مصير التجارة من الضمان ومن ينتهي إليه الربح لا بصدد بيان من الذي تصحّ التجارة منه كي ينعقد لها الإطلاق لغير الولي.

ومنها - ما ورد عن موسى بن اشيم عن أبي جعفر عليه السلام عن عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال اشتر بها نسمة واعتقها عني وحج عني بالباقي ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فاعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي يحجّ عن الميت فحجّ عنه وبلغ ذاك موالى أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً فاخصموا جميعاً في الألف فقال موالى العبد المعتق أنّما اشترت أباك بمالنا وقال الورثة أنّما اشترت أباك بمالنا وقال موالى العبد: إنّما اشترت أباك بمالنا فقال أبو جعفر عليه السلام: أمّا الحجة فقد مضت بما فيها لا تردّ، وأمّا المعتق فهو ردّ في الرقّ لموالى أبيه وأي الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان له رقّاً^(٢).

وسند الحديث ضعيف بـ(صالح) بن رزين الذي لا دليل على توثيقه عدا وقوعه في إسناد كامل الزيارات، وبموسى بن اشيم الذي لا دليل على توثيقه بل روى الكشي رواية في تضعيفه.

وأما دلالة الحديث فمبنية على استظهار أنّ حكم الإمام عليه السلام برقية العبد الأب لورثة الميت على تقدير إقامتهم للبيّنة على شرائه بمالهم يعني صحّة بيع

(١) الوسائل ١٢: ١٩١، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

(٢) الوسائل ١٣: ٥٣، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

الفضولي لأنّه قد اشترى العبد الابن أباه بمال المورث بعد موته المبطل لو كالتة، فكان شراؤه فضولياً فالإجازة المتأخّرة هي التي صحّحت.

ولعل أهم ما قد يورد على هذه الدلالة ما يلي :

١ - احتمال كون مدّعى الورثة أنّه اشترى أباه بمال لهم وبأذنهم^(١) وهذا ضعيف لأنّه لم يأت ذكر في الحديث عن اذن الورثة، فظاهره أنّ المقصود شراؤه بمال المورث وإنّ الذي وكلّه في الشراء هو المورث لا الورثة.

٢ - احتمال كونه وصيّاً من قبل المورث الميت في شراء العبد وإنّ المال لم يكن أكثر من الثلث فلم يكن الشراء فضولياً كما يشهد لذلك أي للوصية الأمر بالحج^(٢).

ويأتي هنا سؤالان :

الأوّل - أنّ الورثة إن كانوا يقصدون بدعوى شراء العبد بمالهم شراؤه بمال الوصية فلماذا دخلوا أصلاً في النزاع وأي ثمرة لهذا النزاع بشأنهم ؟ ! وأجيب على ذلك بأن نزاعهم كان لأجل ادّعاء ولاء العتق^(٣).

والثاني - أنّه على هذا كيف حكم الإمام عليه السلام بكون العبد المشتري رقّاً للورثة لو أقاموا البينة في حين أنّه قد اعتقه المشتري عملاً بالوصية ؟ ! وقد يجاب على ذلك بحمله على إرادة حال الانقضاء لا التلبّس، أي أنّ هذا العبد المشتري أصبح رقّاً لهم ثم أُعتق^(٤) أو قل أصبح رقّاً لأبيهم ثم أُعتق.

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٣١٢ - ٣١٣، ومصباح الفقاهة ٤ : ٦٥.

(٢) راجع منية الطالب ١ : ٢١٩، وكتاب المكاسب والبيع للآملي ٢ : ٣١.

(٣) نفس المصدر السابق.

(٤) راجع منية الطالب ١ : ٢١٩.

والإنصاف أنّ هذا خلاف الظاهر فظاهر الحديث هو الحكم بالرقية الفعلية وهو لا ينسجم مع افتراض الوصية وفرض صحّة الوصية وتامة العتق .

نعم لو افترضنا أنّ الإمام عليه السلام يرى بطلان الوصية لأنّ الوصي هو العبد وقد أصبح وصياً من دون اذن مولاه لأن مولاه أمّا اذن له في التجارة لا في أن يصبح وصياً مجاناً فهذا أمر معقول ، ولكن ذلك لا يخرج البيع عن الفضولية كما هو واضح .

(بقي الكلام) في الاستشهاد بالأمر بالحج على إرادة الوصية فنقول : إن كان المقصود جعل ذلك دليلاً على إرادة الوصية فهو غير صحيح لجواز الحج المستحب عن الحي ، بل الواجب أيضاً في بعض الموارد بناء على أنّ الموسر العاجز عن الحج يستتبع في حياته .

نعم ان اريد : أنّ هذا يصلح للقرينة على إرادة الوصية أي أنّه لشيوع الاستنباط للحج بلحاظ ما بعد الموت يكون هذا صالحاً للقرينة على إرادة الوصية فلا بأس بذلك بعد افتراض أنّ حكم الإمام عليه السلام بالرقية ليس دليلاً على نفي الوصية لإمكان افتراض بطلان الوصية في المقام كي لا ينافي فعلية الرقية ، كما لا بأس أيضاً بعد هذا الافتراض بالاستشهاد لإرادة الوصية بنفس إقدام العبد على تحقيق ما أمره به المورث بعد موته ، فهذا أيضاً صالح للقرينة عبر ذلك وإن كان يحتمل أيضاً كون ذلك خطأ منه وجهلاً منه ببطلان الوكالة بالموت .

٣- أنّه كيف يمكن فرض القول قول المالك الأوّل للأب كما دلّ عليه الحديث باعتبار استصحاب ملكيته له مثلاً في حين أنّ أصالة صحّة العقد تحكم على الاستصحاب ؟ (١) .

وأجاب عليه السيد الخوئي بأن أصالة الصحة فرع أصل وقوع العقد في حين أن مالك الأب يدّعي عدم وقوع العقد إذ لا معنى للمبادلة بين ثمن ومثمن كلاهما ملك لشخص واحد^(١).

وأضاف على ذلك السيد الإمام عليه السلام : أن أصالة الصحة إنما تجري في نقل شككنا في وقوعه صحيحاً، لا في التردد بين نقلين أحدهما صحيح والآخر باطل كما في المقام فإن شراء شيء بمال مالك العين لو فرض نقلاً فهو باطل^(٢).

٤- كيف يمكن فرض القول قول المالك الأوّل للأب مع أن معنى ادّعاء كل واحد منهم أنه اشترى أباه بماله أنهم جميعاً كان لهم مال لديه مأذون في شراء عبد به اذن فقد كان المشتري وكيلًا عن كل الأطراف وقول الوكيل حجة.

وإن شئت فقل : إن من ملك شيئاً ملك الإقرار به، إذن فالأصل يكون مع الورثة.

وقد أجابوا عليه بأن وكالته عن الميت قد انتقضت بموته^(٣).

وبالإمكان أيضاً المناقشة في وكالته عن موالي الأب لأن الرواية ليس فيها ذكر عن وكالته عنهم.

نعم نحن نفهم من دعواهم عليه بشراء أبيه بمالههم أنهم كانوا يتهمونه بأحد أمرين : إمّا بأنه خان الوكالة واشترى بالمال الموكّل فيه عبداً من نفس مالك المال، في حين أنه كان عليه أن يشتري من غيره، وإمّا بأنه سرق منهم المال

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٣١٣، ومصباح الفقاهة ٤ : ٦٨.

(٢) راجع كتاب البيع ٢ : ١٣٠.

(٣) راجع كتاب البيع ٢ : ١٢٩، والمحاضرات ٢ : ٣١٤، ومصباح الفقاهة ٤ : ٦٩.

فاشترى به منهم أباه من دون فرض وكالة في المقام ولا قرينة على الأول بالخصوص.

٥ - يقال أيضاً: كيف يمكن فرض القول قول المالك الأول للأب، في حين أنّ الصحيح هو أنّ القول قول مالك المأذون لأنّه يعتبر ذا اليد لأنّ له اليد على العبد المأذون الذي له اليد على أبيه فيعتبر هو ذا اليد على الأب المشتري، أو على الألف الذي اختصموا فيه^(١).

والجواب: إنّ ما في يد العبد أنّما يعتبر عرفاً ثابتاً في يد المولى فيما إذا كان العبد على الأقل ساكناً - إن لم نشترط تأييده لمولاه - بأن لم يكن العبد نفسه مدّعياً لكون المال لشخص آخر فيكون وزان العبد لدى فرض السكوت، وزان صندوق مشتمل على مال فذاك المال يعتبر في يد من له اليد على الصندوق، إمّا مع التصريح من قبل العبد بالخلاف وكونه مالاً لشخص آخر كما في المقام فلا يعتبر المولى صاحب يد على ذاك المال^(٢).

٦ - كيف حكم الإمام عليه السلام بصحة الحج مع ما فيه من أنّه بعد فرض الحكم بالرقية على الأب المشتري فقد صدر الحج من العبد بلا اذن مولاه فهو باطل، مضافاً إلى أنّ طرفين من أطراف النزاع لم يطالبوا أصلاً بالحج بل وكذلك الطرف الثالث وهم الورثة، لأنّ الذي طلب الحج كان هو المورث وقد مات، إذن فحتى لو صحّ الحج كيف يصبح مستحقاً للأجرة؟^(٣).

(١) راجع منية الطالب ١ : ٢١٩.

(٢) لعلّ هذا هو المقصود ممّا جاء في منية الطالب ١ : ٢٢٠.

(٣) راجع المحاضرات ٢ : ٣١٤، ومصباح الفقاهة ٤ : ٦٩.

أقول : بما أنّ هذا الإشكال ليس من الإشكالات الواردة على أصل دلالة الرواية على صحة بيع الفضولي بالإجازة وأنّما هو إشكال على الرواية بفرض ذكرها لحكم مقطوع الفساد وهو صحة الحج مثلاً فيكفي في الإجابة عليه تأويل الرواية بما أبداه السيد الإمام عليه السلام من احتمال كون المقصود بقوله : «الحجة قد مضت بما فيها لا ترد» أنّ الحج شيء تصرّف وانقضى ، ولا معنى لردّه كما يردّ العبد ولا أثر لفرض صحته وبطلانه وحكم القاضي فيه بشيء فأنّه على أيّ حال أمر انتهى ، وأنّما المهم هو تشخيص حال العبد . وأمّا المال المصروف في الحج فيقال في وجه عدم ذكر الإمام عليه السلام لحكمه أنّه لم يكن النزاع فيه وأنّما كان نزاعهم في العبد ^(١) .

ومنها - رواية الحلبي بسند تام قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله (يقبله خ ل) إلّا بوضيعة قال : لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد ^(٢) .

ووجه الاستدلال بذلك هو أنّه بعد أن كانت الإقالة بوضيعة باطلة كان بيع الثوب من شخص ثالث فضولياً ، ولكن إذا كان هذا البيع بأكثر من ثمنه فالمشتري الأوّل حتماً سيجيز البيع لأنّه في صالحه ولهذا حكم الإمام عليه السلام بردّ الزيادة عليه . وأورد على ذلك السيد الخوئي - على ما ورد في مصباح الفقاهة ^(٣) بإيرادين :

(١) راجع كتاب البيع ٢ : ١٢٩ .

(٢) الوسائل ١٢ : ٣٩٢ ، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود .

(٣) مصباح الفقاهة ٤ : ٧٠ - ٧١ .

الأول - أنه لو حمل الحديث على البيع الفضولي على أساس بطلان الإقالة فهو فضولي سواء باعه بأكثر من ثمنه، أو بأقل من ثمنه فلا الناقص ملك للبائع ولا الزائد فما معنى التفصيل في الرواية بين ما لو باع بأكثر من ثمنه وما لو باع بأقل، حيث خصص الحكم بالإرجاع إلى المشتري الأول بما زاد بل المفروض حتى في فرض النقيصة لو أجاز المشتري الأول يكون ملكاً للمشتري الأول وإلا رجع إلى المشتري الثاني لبطلان البيع ورجعت العين إلى المشتري الأول، كما هو الحال في فرض الزيادة أيضاً أي أنه لو أجاز المشتري الأول فالثمن له وإلا فالثمن للمشتري الثاني وترجع العين إلى المشتري الأول. هذا ما يظهر من عبارة المصباح.

ويقرب منه ما يظهر من عبارة المحاضرات^(١) وهو أنه لو حمل الحديث على الفضولي المصحح بالإجازة فلماذا حكم الإمام عليه السلام بإرجاع الزيادة فحسب إلى المشتري الأول؟! بل المفروض أن يحكم بإرجاع كل الثمن إلى المشتري الأول واسترداد ما دفعه أولاً بالإقالة :

أقول : لو اقتصر في مقام الإشكال على ظاهر عبارة التقريرين أمكن الجواب على ذلك بأن المقدار المتساوي من الثمن الذي ردّه البائع على المشتري الأول بالإقالة والذي أخذه البائع من المشتري الثاني يتراضيان عليه عادة فلم يكن الإمام عليه السلام يصدد بيان حكم ذلك، وإنما الكلام في الزيادة وقد حكم الإمام عليه السلام بإرجاعها إلى المشتري الأول على أساس إجازته للبيع الفضولي. ولكي احتل أن يكون مقصود السيد الخوئي - رغم قصور عبارة

التقريرين :- إنَّ الإمام عليه السلام لماذا خصَّ الحكم بالإرجاع بمقدار الزيادة على الثمن ؟ ! ونفترض أنَّ السيد الخوئي حمل كلمة الثمن على ثمن البيع الأوَّل فيقال : لو فرضنا أنَّ ثمن البيع الثاني كان أقلَّ من ثمن البيع الأوَّل ولكَّنه كان أكثر من الثمن الذي ردَّ البائع إلى المشتري الأوَّل بالإقالة، كان عليه أيضاً إرجاع الزيادة إلى المشتري الأوَّل.

ولكن لو أوَّلنا كلام السيد الخوئي بهذا التوجيه أمكن أيضاً الجواب عليه بفرض حمل الثمن في الحديث على الثمن الذي ردَّه البائع على المشتري الأوَّل بالإقالة.

الثاني - أنَّ المشتري الأوَّل ليس دائماً سيجيز البيع الثاني الذي كان بأكثر من ثمنه وليس رضاه بالإقالة دليلاً على أنَّه سيجيز ذلك، إذ قد يتفق أن يكون للمشتري الأوَّل في وقت الاستقالة غرض خاص في ذلك انتهى وقته في حين البيع الجديد فلا داعي له إلى إجازة البيع الجديد، أو يتفق أنَّ السعر السوقي لتلك العين قد ترقَّى بعد الاستقالة بحيث يمكن الآن بيعها بسعر أرقى من ثمن البيع الثاني فلا داعي له إلى إجازة البيع الثاني.

وأضاف إلى ذلك في المحاضرات ^(١) أنَّ الإمام عليه السلام لم يتعرَّض أصلاً لذكر إجازة المشتري الأوَّل.

ولعلَّه لا يقصد بهذه الإضافة إشكالاً جديداً بل يرى مجموع الأمرين إشكالاً واحداً ببيان أنَّ حمل الحديث على فرض الإجازة يجب أن يستند إمَّا إلى ورود هذا الفرض في نفس الحديث، أو إلى كون هذا الفرض أمراً طبيعياً بحيث لم

يكن يحتاج إلى الذكر وكلا الأمرين مفقود في المقام، أمّا الأوّل فلوّضح عدم ذكر في الحديث لهذا الفرض، وأمّا الثاني فلأنّ المشتري الأوّل قد لا يجيز البيع الجديد على أساس ترقي السعر السوقي مثلاً.

وهذا الإشكال أيضاً يمكن الإجابة عليه بدعوى أنّ هناك طريقاً ثالثاً لاكتشاف فرض الإجازة وهو الاستبعاد العقلائي لصحة البيع الجديد من دون إجازة المالك وهو المشتري الأوّل، فهذه قرينة عرفية عقلائية على أنّ نظر الإمام عليه السلام كان إلى الفرض الغالب وهو فرض أنّ المشتري الأوّل حينما يطلع على الزيادة سيجيز وافترض تبدّل السعر السوقي في زمان قصير خاصّة في ذاك العصر بعيد.

ثم تصدّى السيد الخوئي على ما في كلا التقريرين^(١) لبيان أنّ البيع الجديد ليس فضولياً أصلاً وهذا في الحقيقة يعتبر إشكالاً ثالثاً منه على الاستدلال بهذا الحديث، أمّا الوجه في عدم كونه فضولياً فهو أنّ إذن المشتري الأوّل في الإقالة بالوضعية يدلّ بالملازمة على رضاه ببيع جديد بثمن أعلى بالأولوية وهذا رضا مبرز إذ قد أبرزه بآذنه في الإقالة، وليس رضا باطنياً بحثاً حتى يقال: إنّ لا يخرج البيع عن كونه فضولياً.

أقول: إنّ هذا الكلام بظاهره يناقض ما ذكره في الإشكال الثاني من أنّ رضاه بالإقالة لا يدلّ على أنّه سيجيز البيع الجديد لاحتمال تبدّل أغراضه ولو بسبب ترقي السعر السوقي، بل أنّ إشكاله الأوّل أيضاً لو تمّ لكان مشترك الورود إذ هنا أيضاً يقال: إنّ لو فرضت صحة البيع الثاني بالرضا المقارن فلماذا حكم الإمام عليه السلام بإرجاع الزيادة فحسب دون تمام الثمن؟ فإنّ قرّر توجيه ذلك بمثل

ما مضى منّا فالتوجيه أيضاً مشترك يأتي حتى على حمل الحديث على الفضولي فلم يكن إirاده على الاستدلال بالحديث على الفضولي في محلّه .

ولكن بالإمكان ان يأوّل كلامه بنحو ينجو من هذا التناقض وإن كانت عبارة التقريرين قاصرة عن ذلك ، وذلك بان يقال : إن الحديث لا يدلّ على صحّة بيع الفضولي بالإجازة وذلك أولاً لأنّ استقالته لا تدلّ على رضاه بالبيع الجديد لاحتمال تبدل أغراضه ولو بسبب ترقّي السعر السوقي وهذا هو الإشكال الثاني في كلامه .

وثانياً لأننا لو سلّمنا دلالة استقالته على الرضا بالبيع الجديد فهذا رضا مقارن مبرز ، وبه يخرج البيع عن كونه فضولياً وهذا هو الإشكال الثالث .

إلاّ أنّ هذا الكلام حتى بعد فرض توجيهه بهذا الوجه لا يخلو من إشكال وذلك لأنّ الذي يصحّ استناد البيع إلى المالك ليس مجرد الرضا المبرز بأي مبرز كان وأنما هو تصدّيه للإبراز ، أمّا الإبراز الذي تمتّ مبرزيته بسبب ضمّ علمنا الخارجي بأمر ولم يكن المالك قد قصد إبراز الرضا فلا أثر له فمثلاً لو وكلّ زيداً في بيع عين من الأعيان المملوكة له وعلم زيد بالأولوية بأنّه لو رضى ببيع هذه العين فهو راض ببيع العين الأخرى التي يكون وجودها في ملكه أقلّ نفعاً له في حياته من العين الأولى فباع العين الثانية فلا إشكال في أنّ هذا بيع فضولي ، ولو وكلّ زيداً في بيع عين له فعلم عمرو برضاه بان يتصدّى هو للبيع لعدم وجود فارق في الفرض بين أن يكون متصدّي البيع زيداً أو عمراً فتصدّى عمرو للبيع فلا إشكال في أنّ هذا بيع فضولي ، وكذلك الحال في المقام فان المالك أنما تصدّى لإبراز رضاه بالإقالة ولم يقصد إبراز رضاه بالبيع بضمن أعلى وان علمنا بذلك بالأولوية .

وبالإمكان ان يعترض على الاستدلال بهذا الحديث بإشكالين آخرين :

الإشكال الأوّل - سنخ ما أوردناه على الاستدلال بحديث عروة البارقي من أنّنا لو لم نفترض صحّة بيع الفضولي بالإجازة بمقتضى القاعدة وأردنا ان نثبت صحّته بهذا الحديث فهذا الحديث لا يدلّ على ذلك، إذ كما يحتمل فيه أن تكون صحّة البيع بلا اذن المالك نتيجة الإجازة المتأخّرة كذلك يحتمل فيه أن تكون صحّته نتيجة الرضا المقارن مطلقاً أو المبرّز بمثل المبرّز الذي قد يفترض في هذا الحديث وهو طلب الإقالة بوضيعة وإن كان هذا الإبراز لا يصحّح الاستناد إلى المالك ولا يكفي لتصحيح البيع على القاعدة.

الإشكال الثاني - إبراز احتمال آخر في هذا الحديث وهو احتمال انّ الإقالة بوضيعة أمّا تكون باطلة لمن يعلم بهذا الحكم، أمّا من جهل به فالإقالة بوضيعة تكون صحيحة بالنسبة له أي انّ العلم بالحكم أخذ في موضوع ذلك الحكم بالمعنى المعقول الذي يفترض في مثل باب الجهر والإخفات والقصر والإتمام ولكن جعلت في الشريعة مجازاةً لهذا الذي أقام بوضيعة جهلاً بالحكم وهي : أنّه لو باع العين بزيادة أرجع الزيادة إلى المشتري الأوّل، والشاهد على هذا الاحتمال قيد الجهل في الحديث حيث قال : فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد، في حين أنّه لو كان المقصود بطلان الإقالة وصيرورة البيع الجديد فضولياً فهذا لا يختص بما إذا فعل ذلك جهلاً بل يأتي حتى في ما إذا فعله عمداً ورغم العلم بالطلان.

إلا أنّ هذا الشاهد غير صحيح بناء على عدم دلالة الشرط على كونه قيداً احترازياً إذا وجدت مناسبة عرفية ونكتة عقلائية لذكر الشرط غير الاحتراز والمناسبة العرفية في المقام هي أنّه بعد أن فرض بطلان الإقالة بوضيعة وعدم

جوازها فمن المعقول ان يفترض ان صدور ذلك منه أنّما يكون عن جهل وذلك لافتراض تدينه والتزامه بالشرع، فإذا بطل هذا الشاهد كان هذا الاحتمال خلاف إطلاق قوله: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة فان دخل العلم بالحكم في موضوع الحكم بالمعنى المعقول منفي بالإطلاق إلا إذا ثبت بدليل.

ومنها - ما عن محمد بن اسماعيل بن بزيع بسند تام قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها ثم أفاقت فانكرت ذلك ثم ظنّت أنّه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم ^(١) فيقال: إنّ هذا التزويج وإن لم يكن فضولياً ولكنه كالفضولي لأنّ رضاها في حال السكر كلا رضا وقد حكم الإمام عليه السلام بصحّة العقد بالإجازة المتأخّرة فبناء على التعدي من النكاح إلى سائر العقود يثبت نفوذ العقد الفضولي بشكل عام بالإجازة المتأخّرة.

ولكن بالإمكان أن يقال - بعد فرض أنّ سكرها لم يكن بمستوى فقدان الشعور أو عدم تحقّق العقد منها بمعنى الكلمة وإلا فلا يوجد عقد حتى يتم بالإجازة -: أنّ هذا العقد صادر منها بالاختيار، غاية ما هناك أنّها لم تكن قادرة على تمييز المصلحة من المفسدة فلاجل ذلك خيّرت بين الإمضاء والردّ ولا يمكن التعدي إلى فرض فقدان أصل الرضا والاختيار، لاحتمال الفرق.

ومنها - ما ورد بسند تام عن عبد الرحمان بن أبي عبد الله قال: سألت أبا

عبد الله عليه السلام عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق ويشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته فيذهب ويشترى ثم يأتي بالمتاع فيقول : خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال : لا بأس ^(١) وورد نفس الحديث بسند تام عن أبي ولاد أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام ^(٢).

ووجه الاستدلال بهذا الحديث ما ذكره الشيخ رحمته الله في المكاسب ^(٣) من أن في السؤال الوارد في هذا الحديث عدة احتمالات :

١ - أن يكون ما أعطاه للسمسار بعنوان القرض ليشتري به لنفسه أمتعة ويشترى بعد ذلك المقرض ما أحبه من تلك الأمتعة، ولا ينافي ذلك توصيف السمسار بأنه يشتري بالأجر لإمكان حمله على بيان وصف السمسار باعتبار أصل حرفته وشغله بشكل عام لا بملاحظة هذه القضية الشخصية.

٢ - أن يكون قد وكله لشراء أمتعة مع جعل الخيار له على بائع الأمتعة فيختار ما يريد ويفسخ العقد في الباقي وبناءً على هذين الاحتمالين يكون الحديث أجنياً عن بيع الفضولي.

٣ - أن يكون اعطاؤه المال تمكيناً له من الشراء فضولة أو أمانةً وتطميناً له بوصول ثمن ما يشتريه إليه ^(٤) فيشتري فضولة بالمال عدة أمتعة ثم يختار ما يريده صاحب المال ويمضي العقد بالنسبة لما أراد ويرد الباقي.

(١) و (٢) الوسائل ١٢ : ٣٩٤، الباب ٢٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

(٣) ١ : ١٢٦، بحسب الطبعة المشتملة على تعليق الشهيدي.

(٤) احتمال التطمين وارد في البلغة ٢ : ٢١٨، واحتمال التمكين من الشراء فضولة وارد في

المحاضرات ٢ : ٣١٦، وكلاهما واردان في مصباح الفقاهة ٤ : ٧٥، وعبرة الشيخ الأنصاري

ساكنة عن ذلك فتحتمل كل هذه الأمور.

وعلى هذا المعنى يكون الحديث راجعاً إلى بيع الفضولي، وبما أن الإمام عليه السلام لم يستفصل في مقام الجواب عما هو مراد السائل من هذه المحتملات فمقتضى الإطلاق بملاك ترك الاستفصال صحة الجواب على كل المحتملات، وهذا يعني صحة بيع الفضولي الملحق بالإجازة.

وذكر الشيخ رحمه الله: أنه لم يثبت في مورد الحديث على الاحتمال الثالث وجود اذن في الشراء بالنحو الذي يرفع فضولية العقد. ولعل مقصوده رحمه الله بذلك هو أنه وإن كان لا إشكال في أن دفع المال إليه إذا كان لأجل التمكين من الشراء الفضولي فقد دلّ على الإذن في التصرف لكنه لم يكن ذلك إلا إذناً في التصرف المادي من دفع المال إلى البائع، ولم يكن إذناً معاملياً كي يخرج العقد عن كونه فضولياً.

وأورد السيد الخوئي على هذا الاستدلال بإيرادين :

الأول - استظهار الاحتمال الثاني من المحتملات الثلاثة في الحديث وهو الشراء بالأجر لغلبته في وضع السمسارين^(١) وأضاف في مصباح الفقاهة^(٢) احتمالاً آخر وصفه بأنه أيضاً لا بأس به - وهو احتمال نقله عن البلغة^(٣) - وهو وقوع مجرد المساومة بين السمسار والبائع وإطلاق الشراء عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشاركة ويكون دفع الورق إلى السمسار لتطمينه - وهو على حدّ تعبير صاحب البلغة - كثير الوقوع سيما مع الدلال والسمسار.

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٣١٧.

(٢) مصباح الفقاهة ٤ : ٧٦.

(٣) راجع البلغة ٢ : ٢١٩.

والثاني - إشكال بيّنه السيّد الخوئي وفي تعبير التقريرين^(١) غموض في إ فهم المقصود، وأنا هنا أختار تعبير المحاضرات ونصّه ما يلي: « لا يمكن التمسك في المقام بترك الاستفصال لأنّه لا يتم في القضية الشخصية إذ لعل الإمام علم بالحال من الخارج أو من نفس السؤال فأجاب عن حكمه ».

أقول: إن كان مقصوده بهذا الكلام التفصيل بين ما إذا كان السؤال عن قضية شخصية أو عن قضية كلية فالإطلاق بملاك ترك الاستفصال أمّا يكون له مجال في الثاني دون الأوّل، ورد عليه: (أولاً) اتنا لا نعرف نكته لهذا التفصيل (وثانياً) إنّ السؤال في مورد الحديث سؤال عن قضية كلية لا عن قضية شخصية.

وإن كان مقصوده بذلك أنّ التمسك بترك الاستفصال أمّا يكون فيما إذا كان السؤال دالّاً على الجامع بين احتملات لا مجعلاً بينها وفي ما نحن فيه يكون السؤال مجعلاً بين عدّة احتملات لا جامعاً بينها، وعندئذ يكون الجواب مجعلاً لاحتمال أنّ الإمام عليه السلام فهم مقصود السائل بأي طريق من الطرق فأجابه وفق مقصوده، قلنا: إنّ هذا في الحقيقة ليس بياناً لمورد الاستدلال بالإطلاق بملاك ترك الاستفصال وأمّا هذا يعني إنكار التمسك بالإطلاق بهذا الملاك لدى إجمال السؤال، والتمسك بأصالة التطابق بين الجواب والسؤال لدى إطلاق السؤال، فإذا كان السؤال ظاهراً في السؤال عن الجامع بين احتملات كان مقتضى أصالة التطابق بين الجواب والسؤال كون الجواب أيضاً ناظراً إلى الجامع، وعندئذ إذا احتملنا وجود قيد منفصل لذلك دفعناه بالإطلاق الحكمي لا بالإطلاق بملاك ترك الاستفصال.

والصحيح : انّ التمسك بالإطلاق بملاك ترك الاستفصال في موارد إجمال السؤال غير تام، وأنّ إجمال السؤال يسري إلى الجواب، ولا يصحّ القول في مورد تردّد السؤال بين عدّة احتمالات بان ترك الاستفصال عمّا هو المقصود منها دليل على صحّة الجواب على كل احتمالات السؤال وإلّا لزم إغراء السائل بالجهل فيما إذا كان مقصوده غير الاحتمال الذي أجاب الإمام عليه، فإنّه يردّ عليه ما نقلنا عن السيد الخوئي من أنّه من المحتمل انّ الإمام عليه السلام فهم مقصود السائل ولو بقرينة خارجية فأجاب عليه ولا يمكن دفع القرينة المنفصلة لا بأصالة عدم القرينة ولا بالشهادة السكوتية للراوي، أمّا الأوّل فلأنّنا لا نؤمن بأصالة عدم القرينة كأصل عقلائي مستقل وأنّما نراها شعبة من شعب أصالة الظهور، وفيما نحن فيه لم نعتقد ظهور في نفسه، وأمّا الثاني فلأنّه ليس على الراوي في نظر العرف نقل القرائن المنفصلة كي يكون سكوته عنها شهادة بعدمها.

نعم نحن نؤمن بالإطلاق بملاك ترك الاستفصال فيما إذا لم يكن السؤال مجملًا ولكن كانت هناك احتمالات في مقارنات الواقعة المسؤول عنها فمثلاً لو أنّ السائل قال : إنّي كنت صائماً فأكلت نسياناً للصوم فأجاب الإمام بصحّة الصوم من دون ان يستفصل عمّا إذا كان هذا الصوم صوم شهر رمضان وقضائه أو صوماً آخر واجباً أو مستحباً، فمقتضى الإطلاق بملاك ترك الاستفصال هو عدم مصرية الأكل عن نسيان في كل هذه الفروض.

ولا يقال هنا : لعل الإمام عليه السلام فهم بقرينة خارجية كون صومه استحبابياً مثلاً أو صوم شهر رمضان مثلاً فلا يتم الإطلاق لجميع أقسام الصوم والسبب في ذلك هو انّ مقتضى أصالة التطابق بين الجواب والسؤال هو أنّه لا يوجد عنصر دخيل في الجواب غير العناصر الموجودة في السؤال فلو كان هناك تفصيل في

الجواب لكان على الإمام عليه السلام ان يستفصل أو يفصل، وإن شئت فلا تسم هذا بالإطلاق بملاك ترك الاستفصال، وسمه بمثل أصالة التطابق بين الجواب والسؤال في العناصر الدخيلة.

ولك أن تقول: إن أصالة التطابق بين الجواب والسؤال وتبعية الجواب للسؤال تجعل المراد من السؤال قرينة على المقصود من الجواب، فإذا كان السؤال مجملاً كان بكل محتمل من محتملاته صالحاً للقرينة على تطبيق الجواب وفق ذاك الاحتمال، واكتناف ما يصلح للقرينة يوجب الإجمال فالسؤال المجمل يوجب إجمال الجواب.

أما إذا لم يكن السؤال مجملاً فلا يأتي هذا التقريب وتكون مقتضى أصالة تطابق الجواب للسؤال أن كل خصوصية ألغى السائل النظر إليها في سؤاله فهي ملغاة في الجواب فيتم في الجواب إطلاق بلحاظ تلك الخصوصيات.

والواقع أن الإطلاق في هذا الفرض لا يرجع بروحه إلى نكتة الإطلاق بملاك ترك الاستفصال وإنما يرجع بروحه إلى نكتة الإطلاق الحكمي حيث يقال: إن إغفال السائل لتلك الخصوصيات البديلة ظاهر في عدم دخلها في سؤاله سنخ أن إغفال القيد ظاهر في عدم دخله في موضوع الحكم، وكذلك إغفال الإمام عليه السلام لتلك الخصوصيات ظاهر في عدم دخلها في الجواب.

ومنها - ما عن مسمع أبي سيار قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام انني كنت استودعت رجلاً مالاً فجد فيه وحلف لي عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه فقال: هذا مالك فخذ هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حل فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الريح وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأبيت حتى استطع رأيك فما ترى؟

قال فقال خذ الربح واعطه النصف وأحلّه انّ هذا رجل تائب والله يحب التوابين^(١) وسند الشيخ إلى هذا الحديث فيه الحسن بن عمارة عن أبيه ولم يثبت توثيقهما ولكن سند الصدوق إليه عبارة عن سنده إلى مسمع أبي سيار وهو ما يلي: الصدوق رحمته الله عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن محمد بن محمد بن عيسى عن الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد عن ابان عن مسمع والمقصود بالقاسم بن محمد هو الجوهرى بقرينة رواية الحسين بن سعيد عنه وهو ثقة عندنا لرواية بعض الثالثة عنه، وثقة عند السيد الخوئي لوقوعه في أسانيد كامل الزيارات، ومسمع أيضاً ثقة لرواية بعض الثالثة عنه، ولما ورد في الكشي عن محمد بن مسعود قال سألت أبا الحسن علي بن الحسن بن فضال عن مسمع كردين أبي سيار فقال هو ابن مالك من أهل البصرة وكان ثقة. وذكر السيد الخوئي^(٢) انّ هذا التوثيق هو الموافق لأكثر النسخ ولكن نسخة العلامة وابن داود كانت خالية عنه ولذلك لم يذكرها، والمظنون قوياً صحة ما في بقية النسخ إذ من البعيد جداً انّ سؤال محمد ابن مسعود كان عن غير مسألة الوثاقة كي يكتفي ابن فضال في الجواب بأنّه ابن مالك من أهل البصرة، فإنّ مسمع كردين كان رجلاً معروفاً ويبعد من مثل محمد ابن مسعود ان لا يطلع عليه فالسؤال لا محالة كان عن جهة الوثاقة وقد سأل محمد بن مسعود علي بن فضال عن مثل ذلك كثيراً فأجاب ابن فضال ببيان الحال من الوثاقة وعدمها.

والسيد الخوئي يضيف إلى ما عرفته عن الكشي وجهاً آخر لتوثيق مسمع حسب مبناه وهو وروده في إسناد كامل الزيارات.

(١) الوسائل ١٣ : ٢٣٥، الباب ١٠ من أبواب الودعة.

(٢) في معجم رجال الحديث ١٨ : ١٥٩.

وعلى أي حال فقد اتضح أنّ ما في مصباح الفقاهة^(١) من تضعيف هذا الحديث سنداً خطأ أو غفلة عن السند الثاني.

وأما من حيث الدلالة فقد ناقش في مصباح الفقاهة^(٢) فيها بأن الاستدلال بها يتوقّف على وقوع المعاملة على عين الوديعة إمّا بنحو المعاوضة أو بالعقد اللفظي، ولكن لا قرينة في الرواية على ذلك.

أقول: كأنّ المقصود أنّ من المحتمل ان الربح الذي أعطاه الغاصب إيّاه لم يكن لأجل كون الاتجار بعين ماله بل كان الاتجار بالكلي في الذمّة وكان التطبيق في الأداء بمال الأمانة فالربح كان ملكاً للغاصب وإن فعل حراماً في تصرفه في الأمانة ومن المتعارف التعبير عن ذلك بالربح في هذا المال فإنّه تعبير عرفي يقال في ما إذا كان الأداء بهذا المال ولو كانت المعاملة بالكلي في الذمّة فقوله: (هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك) ليس دليلاً على أنّ المبادلة كانت منصبة على عين المال، وقوله: «فهي لك مع مالك» لم يثبت أن يكون إخباراً عن ملكيته لهذا الربح كي يكون ذلك شاهداً على كون التعامل بعين المال، فلعلّه إنشاء للتمليك حالاً بهدف استرضائه والتحلّل منه فكأنّه يقول: خذ منّي هذا الربح استدراكاً لما صدر منّي من الظلم بالنسبة لك واجعلني في حلّ، وبهذا البيان اتضح أيضاً أنّه لا يردّ على ذلك الإشكال بأنّه لو كان التعامل بالكلي وكان الربح للغاصب فكيف أجاز الإمام عليه لهذا الشخص بتملّك الربح؟! وكيف علّل إرجاع نصف الربح إلى الغاصب بأنّه تائب والله يحبّ التوابين؟! على أنّ هذا التعليل قد يكون تعليلاً لتحليله فقط، لا لإرجاع النصف إليه.

هذا تمام الكلام في أدلة صحة عقد الفضولي للمالك من دون سبق منع من المالك.

أدلة بطلان عقد الفضولي :

وقد يستدل على بطلان عقده بمعنى عدم مصححية الإجازة المتأخرة له بأدلة شرط الرضا أو شرط الملك.

من قبيل الآية الشريفة : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ^(١) وحديث : لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفسه ^(٢). ومن قبيل : روايات النهي عن بيع ما ليس عندك ^(٣) أو عن بيع ما لا يملك ^(٤). ويمكن أن يجاب بعدة أجوبة عامة على كل أدلة اشتراط الرضا أو الملك. الجواب الأول - إن هذه النواهي إن دلت على البطلان فأنما تدلّ على البطلان بلحاظ من توجه إليه النهي وهو العاقد الفضولي ، ولا تمنع عن الصحة للمالك بإجازته فان دلت بإطلاقها على البطلان حتى بعد الإجازة فأنما تدلّ على بطلان بيع من يبيع لنفسه ثم يملكه بالشراء مثلاً ثم يجيز ، ولا تدلّ على البطلان حتى بعد إجازة المالك الأول.

(١) النساء : ٢٩.

(٢) ٣ : ٤٢٤ ، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي ، الحديث ١ ، و ١٩ : ٣ ، الباب ١ من أبواب القصاص في النفس ، الحديث ٣.

(٣) الوسائل ١٢ : ٣٧٤ - ٣٧٥ ، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود ، الحديث ٢ و ٥ ، بلسان : نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك وسنن البيهقي الصفحة ٣٣٩ ، الحديث ٥ ، عن النبي ﷺ : لا تبع ما ليس عندك.

(٤) الوسائل ١٢ : ٢٥٢ ، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وقد يردّ هذا الجواب بدعوى إطلاق النهي لما إذا كان الفضولي يقصد البيع للمالك لا لنفسه والبطالان عندئذ يعني عدم ترتّب الأثر المقصود له وهو تحقّق البيع للمالك، ومقتضى إطلاقه عدم تحقّقه حتى بعد الإجازة فإنّ دليل شرط الرضا أو الملك ظاهر في الشرط المقارن كما هو الحال عادة في أدلّة الشروط، خرج من الثاني يقينا فرض الاذن المقارن فهو مصحّح للعقد رغم عدم مالكية العاقد، وبقي الباقي هذا، مضافاً إلى أنّ كلمة (عن) في الآية الشريفة تدلّ على ضرورة نشوء التجارة عن تراض وهذا لا يكون إلّا في الرضا المقارن.

والجواب الثاني - أنّ استناد التجارة والعقد إلى المالك يتم من حين الإجازة ببعض البيانات الماضية وعندئذ يتم الشرط المقارن وتتم نشوء التجارة عن تراض.

والجواب الثالث - أنّ الدليل على صحّة بيع الفضولي بالإجازة المتأخّرة وهو صحيحة محمّد بن قيس يقدم على هذه الأدلّة بالأخصية هذا، مع إمكان الجواب على كثير من أدلّة شرط الرضا أو الملك بجواب خاص بكل واحد واحد منها وذلك كالتالي :

١ - قوله : لا يحل مال امرئ مسلم إلّا بطيبة نفسه أنّما دلّ على اشتراط الحل بالمقارنة بطيب النفس لا اشتراطه بمقارنة التجارة بطيب النفس، ونحن لم نقل في بيع الفضولي بثبوت الحل قبل طيب النفس.

٢ - قوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ قد أجاب الشيخ رحمه الله عن الاستدلال به بأن الاستثناء منقطع والاستثناء المنقطع لا يدل على الحصر^(١).

وأورد السيد الخوئي على ذلك حسب ما ورد في المصباح^(١) بوجوه ثلاثة :

١- أنَّ الاستثناء المنقطع غلط فليس من المقبول عرفاً استثناء شيء لم يفترض دخوله في المستثنى منه فلا يحمل القرآن على ما يعتبر غلطاً، (وما يتخيل كونه منقطعاً يحمل على افتراض الدخول في المستثنى منه ولو ادّعاء كأن يقول : ما رأيت أحداً من العلماء إلا أبناءهم فافترض أنَّ أولاد العلماء من العلماء ادّعاء فاستثناهم من الحكم)^(٢) ولو قيل مثلاً : ما رأيت عالماً إلا جاهلاً كان الكلام مستهجناً.

٢- أنه لو سلمنا صحة الاستثناء المنقطع فهذا لا بد أن يكون الاستثناء متصلاً لأنه لا تصلح ما في الآية من كلمة (الأكل) ولا كلمة (الأموال) ولا كلمة (الباطل) لأن تكون مستثنى منها فلا بد من افتراض كون المستثنى منه محذوفاً وهو بقرينة باء السببية عبارة عن أسباب التجارة فكأنما قال : لا تأكلوا أموالكم بأسباب التجارة إلا بالتجارة عن تراض فحذف المستثنى منه وجعلت كلمة (بالباطل) مكانه.

٣- لو سلمنا كون الاستثناء منقطعاً كان سوق الآية مساق بيان الأسباب المشروعة للمعاملات، وتميز صحيحها عن فاسدها قرينة كافية لإفادة الحصر. أقول : أمّا الوجه الثالث فلا يمكن المساعدة عليه فأنما نفهم كون الآية بصدد تمييز كل الأسباب الصحيحة من الفاسدة بسبب الحصر وإلا فمن المحتمل كون الآية بصدد النهي عن أكل أموال الناس بالأسباب الباطلة وبصدد بيان صحة

(١) مصباح الفقاهة ٤ : ٧٩ - ٨١.

(٢) هذا المقطع الموجود بين القوسين مأخوذ من المحاضرات ٢ : ٣١٩.

التجارة عن تراض ولا تكون بصدد بيان شيء آخر وهذا الوجه غير موجود في المحاضرات.

وأما الوجه الأول والثاني فكل منهما لو فصل عن الآخر كان قابلاً للمناقشة.

أما الوجه الأول - فلائه هب ان الاستثناء المنقطع مرجعه إلى الاستثناء المتصل بفرض دخول المستثنى في المستثنى منه - ولو ادّعاء - وإخراجه عن حكمه، فلتكن الآية أيضاً من هذا القبيل ففرضت التجارة عن تراض أمراً باطلاً ثم استثنيت ولكن هذا لا يدل على أن سائر الأمور فرضت باطلاً ولم تستثن كما أن قوله: ما جاءني القوم إلا حماراً يدل على أنه فرض الحمار من القوم فاستثناه فهذا يعني أن حمارهم جاء ولكنه لا يدل على أن البقر أيضاً فرض من القوم ولم يستثنه حتى يثبت عدم مجيء البقر، ولعل الشيخ رحمته الله لم يقصد بعدم دلالة الاستثناء المنقطع على الحصر إلا هذا المعنى ولم يقصد بالاستثناء المنقطع إلا ما كان حقيقة خارجاً عن المستثنى منه ولو كان داخلاً فيه ادّعاء.

وأما الوجه الثاني - فلائه وإن كانت كلمة (المال) وكلمة (الأكل) غير صالحتين لفرض استثناء التجارة عن تراض من أحدهما لأن التجارة عن تراض ليست من سنخ الأموال ولا من سنخ الأكل، وإنما هي سبب للأكل بمعناه العام الشامل للتملك ولكن كلمة (الباطل) تصلح أن تكون مستثنى منها لأنه يقصد بالباطل أسباب الأكل والتجارة عن تراض أيضاً سبب للأكل فيناسب استثناءها من الباطل إلا من ناحية أن التجارة عن تراض ليست متصفة بالبطان، لكن هذا رجوع إلى إشكال الاستثناء المنقطع والمفروض في هذا الوجه الثاني غض النظر عن إشكال الانقطاع.

إلا أن هذين الوجهين لو صيغ منهما وجه واحد للجواب على كلام الشيخ أصبح وجهاً مقبولاً نسبياً وارتفع كلا الإشكالين، ولعل هذا هو مقصود السيد الخوئي واشتبه الأمر على المقرر كما يشهد لذلك ما في المحاضرات^(١) حيث جمع الوجهين في وجه واحد.

وتوضيح الأمر هو أن بالإمكان أن يقال: إن الاستثناء المنقطع غير مقبول عرفاً إلا بمعنى كون المستثنى خارجاً عن المستثنى منه حقيقة ونازلاً منزلة بمناسبة عرفية، كمناسبة العلاقة الموجودة بين الأولاد والآباء في مثل ما رأيت أحداً من العلماء إلا آباءهم وبما أنه لا مناسبة من هذا القبيل في مثل ما رأيت عالماً إلا جاهلاً نرى هذا الكلام الثاني مستهجناً، ولا توجد في الآية كلمة توجد علاقة من هذا القبيل بينها وبين التجارة عن تراض إذ من الواضح أن التجارة عن تراض لا علاقة لها بالباطل ولا مناسبة بينهما تنزلها منزلته، إذن فيتعين كون المستثنى منه محذوفاً فكأنه قال: لا تأكلوا أموالكم بينكم بكل سبب - لبطلانه - إلا أن تكون تجارة عن تراض وهذا يدل على الحصر. وهذا البيان وجه وجيه إلا أن الأولى أن تبدل دعوى بطلان الاستثناء المنقطع بغير مناسبة تنزل المستثنى منزلة المستثنى منه بدعوى كون ذلك أشدّ مؤونة من مؤونة الحذف.

٣ - أما روايات نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك وفيها ما هو تام سنداً^(٢) فيمكن الجواب عنها بأنه يحتمل أن يكون المقصود بذلك النهي عن البيع لنفسه بترقب الشراء أو التملك بأي وجه من الوجوه لا النهي عن التصرف القانوني

(١) المحاضرات ٢ : ٣١٩.

(٢) هو ما في الوسائل ١٢ : ٣٧٤، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

في مال غيره، وذلك إمّا لما عن التذكرة بناء على نقل مصباح الفقاهة^(١) من كونه جواباً لسؤال حكيم بن حزام عن ذلك فالسؤال هو الذي يلقي الضوء على ما هو المراد من الجواب، وإمّا لأنّه وإن كان هذا حتى لو ثبت لم يضر بالتمسك بالإطلاق في الحديث الذي رواه الصادق عليه السلام عن رسول الله ﷺ من غير ذكر لسؤال حكيم بن حزام لكن الإطلاق في نفسه غير تام.

توضيح ذلك: أنّه لم يكن مقصودنا من الجواب الذي ابرزناه ما قد تشعر به عبارة تقرير بحث السيّد الخوئي^(٢) من أنّ هذه الرواية لم تردّ في القسم الأوّل من الفضولي وهو البيع للمالك بل وردت في القسم الثالث من الفضولي وهو بيع الفضولي لنفسه كي يجاب عليه بالإطلاق لدخول كلا القسمين تحت عنوان (بيع ما ليس عندك)، بل المقصود أنّ في الحديث احتمالين: أحدهما أن يكون ناظراً إلى عيب عدم نفوذ العقد على المالك حينما صدر من غير المالك، والثاني أن يكون ناظراً إلى عيب تقدّم العقد على الملك وإنّ هذا يمنع عن إرغام المالك على الوفاء بهذا العقد رغم أنّه لو نفذ عليه لما كان فيه العيب الأوّل وهو نفوذ عقد غير المالك على المالك، لأنّ المفروض أنّ العاقد هو الذي ملك بعد العقد، وافترض نظر الحديث إلى كلا العيين يشبه استعمال اللفظ في معنيين، اذن فلا أقلّ من إجمال الحديث.

٤- وأمّا حديث النهي عن بيع ما لا يملك فإن قرأناه بصيغة المبني للمفعول

(١) مصباح الفقاهة ٤ : ٨٧.

(٢) أقصد به المحاضرات ٢ : ٣٢٠، حيث جاء فيه: «وعليه يكون اجنبياً عما نحن فيه بل يكون دليلاً على المسألة الآتية».

كان نهياً عن بيع ما لا يمكن تملكه، أو عن بيع ما ليس مملوكاً بالفعل كالطير في الهواء فيكون اجنبياً عن المقام، إلا أن هذه القراءة لا تنسجم في رواية الصفار^(١) لأن مورد السؤال فيها هو بيع ملك الغير.

ولا يأتي في هذا الحديث الجواب الذي ذكرناه عن حديث النهي عن بيع ما ليس عندك من احتمال النظر إلى المنع عن نفوذ البيع على نفس العاقد إذا تقدّم العقد على تملكه، فإنّ هذا أيضاً خلاف مورد السؤال فليس المفروض في مورد السؤال تملك البائع بعد البيع أو بيعه لمال الغير بترقب تملكه بعد ذلك.

ويمكن الجواب عن هذا الحديث بوجه آخر وهو أنّ ما ورد من الحديث التام سنداً بهذا المضمون هو ما اشرنا إليه من حديث الصفار، والتعبير هكذا: «لا يجوز بيع ما ليس عندك» وكلمة لا يجوز يحتمل أن يقصد بها نفي النفوذ لا النهي، وإذا كان المقصود بها نفي النفوذ فمن المحتمل أن يكون النفوذ المنفي ما يكون في مقابل الوقوف أيضاً، فإذا وقف تأثير بيع الفضولي إلى أن يجيزه المالك صدق أنّ بيع الفضولي لم يجز ولم ينفذ.

٥- وبهذا اتّضح الجواب على ما ورد في ذيل رواية الاحتجاج مرسلّة عن محمّد بن عبد الله بن جعفر الحميري عن الإمام صاحب الزمان عجل الله فرجه: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالکها أو بأمره أو رضى منه^(٢) فعدم الجواز قد يقصد به عدم النفوذ بالمعنى الذي عرفت.

٦- ورد في حديث محمّد بن مسلم التام سنداً عن أبي جعفر عليه السلام: سأله

(١) راجع الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من عقد البيع وشروطه، الحديث الوحيد في الباب.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥١، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٨.

رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل وأهل الأرض يقولون هي أرضهم وأهل الاسنان يقولون هي من أرضنا فقال : لا تشتريها إلا برضا أهلها^(١).

والجواب - بقطع النظر عن الأجوبة العامة التي مضت : انّ قوله : لا تشتريها إلا برضا أهلها جواب على السؤال عن قصة خارجية ولم يصغ بصياغة حكم عام فلا بد من الأخذ بعين الاعتبار كل خصوصيات مورد السؤال التي يحتمل دخلها في الحكم ، ومن جملة تلك الخصوصيات سكوت السائل عن ذكر الإجازة المتأخّرة في القصة الخارجية التي فرضها الظاهر في عدم الإجازة بل من الواضح انّ المسألة خالية عن الإجازة للنزاع المفروض بين أهل الأرض وأهل الاسنان ، فالحديث لا يدلّ على أكثر من أنّ أهل الأرض هم الذين يعتبرون مُلاكاً لها بقاعدة اليد دون أهل الاسنان فيكون انتقال الأرض منهم لا من أهل الاسنان .

٧ - رواية محمّد بن القاسم بن الفضيل التامة سنداً قال : سألت أبا الحسن الأوّل عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم وكتب عليها كتاباً بأنّها قد قبضت المال ولم يقبضه فيعطيهما المال أم يمنعها ؟ قال له ليمنعها أشدّ المنع فإنّها باعته ما لم تملكه^(٢).

ولعلّه من الواضح أجنبية الرواية من المقام فإنّ عدم تسليم الثمن للفضولي أمر طبيعي لأنّه ليس هو المالك إلاّ ان يفترض إطلاق الرواية لما إذا ملك الفضولي بعد ذلك المال فأجاز البيع السابق ، ولكنك ترى انّ هذا الإطلاق غير عرفي لأنّ السائل سأل عن قضية في واقعة وظاهر سكوته عن عنصر التملك الجديد ثم الإجازة عدم وجود ذلك في تلك الواقعة .

(١) الوسائل ١٢ : ٢٤٩ ، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه ، الحديث ٣ .

(٢) الوسائل ١٢ : ٢٤٩ ، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه ، الحديث ٢ .

٨- رواية اسحاق بن عمار التامة سنداً عن عبد صالح سأله عن رجل في يده دار ليست له ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فيبيعها ويأخذ ثمنها ؟ قال : ما أحب أن يبيع ما ليس له قلت فإنه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي ولا أظنه يجيء لها ربّ أبداً قال : ما أحب أن يبيع ما ليس له قلت فيبيع سكنها أو مكانها في يده فيقول : أبيعك سكني وتكون في يدك كما هي في يدي قال نعم يبيعها على هذا^(١).

وفي هذه الرواية من الواضح فرض عدم إجازة المالك لأن المالك غير معروف فالرواية اجنبية عن المقام ولو فرضت دلالة « ما أحب » على البطلان.

٩- رواية علي بن جعفر بسند تام عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل سرق جارية ثم باعها يحل فرجها لمن اشتراها ؟ قال : إذا أنبأهم أنها سرقة فلا يحل وإن لم يعلم فلا بأس^(٢).

ومن الواضح أنّ الإجازة مفروضة العدم على ما هو غالب الحال في السرقة وإنّ جهة السؤال هي أنّ عدم كون المشتري هو السارق هل يحلّ له الجارية أو لا ؟ ١٠- وبه يتضح الجواب عن روايات شراء السرقة والخيانة^(٣)، على أنّ فرض الإجازة بعد القبض لا يحلّ إشكال شراء السرقة والخيانة بلحاظ ما قبل القبض وهذا كاف في صدور النهي والتحريم فإنّ القبض حرام والعقد باطل قبل صدور الإجازة، وفرض صدور الإجازة قبل القبض وبعد تمامية الشراء في الصدقة والخيانة فرض ملحق بالعدم في ندرته.

(١) الوسائل ١٢ : ٢٥٠، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٥.

(٢) الوسائل ١٢ : ٢٥٢، الحديث ١٢.

(٣) راجع الوسائل ١٢ : ٢٤٨ - ٢٥١، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

١١ - رواية زريق قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوماً إذ دخل عليه رجلان... فقال احدهما : أنه كان عليّ مال لرجل من بني عمار وله بذلك ذكر حقّ وشهود فأخذ المال ولم استرجع منه الذكر بالحق ولا كتبت عليه كتاباً ولا أخذت منه براءة وذلك لأنّي وثقت به وقلت له : مرّك الذكر بالحق الذي عندك فمات وتهاون بذلك ولم يمرّكها وعقب هذا ان طالبي المال ورأته وحاكموني وأخرجوا بذلك الذكر بالحق وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأخذت بالمال وكان المال كثيراً فتواريت من الحاكم فباع عليّ القاضي الكوفي معيشة لي وقبض القوم المال وهذا رجل من إخواننا ابتلى بشراء معيشتي من القاضي ثم ان ورثة الميت اقرّوا انّ المال كان أبوهم قد قبضه وقد سألوه أن يرّد عليّ معيشتي ويعطونه في أنجم معلومة فقال : إنّي أحبّ ان تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا فقال الرجل - يعني المشتري - جعلني الله فداك كيف أصنع ؟ فقال تصنع ان ترجع بمالك على الورثة وتردّ المعيشة إلى صاحبها وتخرج يدك عنها قال : فإذا أنا فعلت ذلك له ان يطالبي بغير هذا ؟ قال : نعم له ان يأخذ منك ما أخذت من الغلّة ثمن الثمار وكل ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب ان تردّ ذلك إلّا ما كان من زرع زرعه أنت فانّ للزارع إمّا قيمة الزرع وإمّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع فإن لم يفعل كان ذلك له ورّد عليك القيمة وكان الزرع له .

قلت : جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً وغرس قال : له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه .

قلت : رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء فقال : يرّد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها ورّد البناء والغرس وكل محدث إلى ما كان أو ردّ القيمة كذلك يجب

على صاحب الأرض أن يردّ عليه كلّما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة ودفع النوائب عنها كل ذلك فهو مردود إليه^(١).
 وذيل الحديث يشهد لبعض مصاديق قاعدة الإثراء بلا سبب، وسند الحديث غير تام ودلالته على بطلان بيع الفضولي بعد الإجازة أيضاً غير تامّة لعدم إطلاقه لفرض الإجازة، لأنّه ورد في قضية في واقعة مسؤول عنها، وعدم ذكر السائل فرض الإجازة شاهد على عدمها بل واضح من تمام القصة عدم الإجازة، ولو فرضت تمامية دلالته على بطلان الفضولي فهو يختص بفرض بيع الفضولي لنفسه ولا يشمل فرض بيع الفضولي للمالك.

هذا تمام الكلام في أصل عقد الفضولي وقد عرفت أنّه بما هو عقد فضولي ينفذ بواسطة الإجازة المتأخّرة بمقتضى القاعدة وبصحيحة محمّد بن قيس.
 وبعد ذلك يقع الكلام في أنّه لو اضيف عنصر آخر على عنصر الفضولية هل يوجب ذلك البطلان وعدم النفوذ بالإجازة اللاحقة أو لا وذاك العنصر هو أحد عنصرين :

عقد الفضولي مع سبق منع المالك :

الأوّل - سبق منع المالك فقد يقال : إنّ هذا المنع يضر بلحوق الإجازة.
 ولا إشكال في أنّ هذا المنع يفقدنا الدليل الخاص على صحّة بيع الفضولي وهو صحيحة محمّد بن قيس لأنّه لم يفترض فيها منع سابق فهي لا تدلّ بظهورها على أكثر من صحّة عقد الفضولي حينما يكون بلا اذن المالك دون ما إذا كان مع منعه.

(١) الوسائل ١٢ : ٢٥٣ - ٢٥٤ ، الباب ٣ من أبواب عقد البيع وشروطه .

ولكن يبقى لنا ما مضى من مقتضى القاعدة فأنه يشمل هذا القسم من الفضولي.

وتوهم مبطلية المنع السابق بافتراضه كالرد المتأخر أو بالقول بأن الكراهة مستمرة عادة إلى ما بعد العقد - ولو آناً ما - وهي كراهة مبرزة فحالها حال الرد. يرد عليه : أنه إن كان المقصود عقلائية زوال العقد بالرد بحيث لا يقبل بعد ذلك عقلاً لحق الإجازة فهذا لا يكون إلا في الرد بمعنى كسر القرار وإنهائه من النفس بالمعنى الحقيقي ، وهذا أنما يعقل من قبل صاحب القرار كالعقد الأصيل الذي يعدل عن القرار قبل قبول الطرف الآخر للعقد أو قبل قبول المالك الذي كان يملك ما باعه الفضولي مثلاً ، ولا يعقل من المالك بالنسبة لعقد وقع على ماله فضولة فلم يكن من قبله قرار حتى نبحت عن كسره وعدوله عنه وأنما وقع العقد بين شخصين غيره ونحن نتكلم في إمضائه لهذا العقد وعدمه واين هذا من ذاك ؟ ! وأما الرد المعقول من قبل المالك في باب الفضولي بمعنى مجرد إبراز الكراهة أو بمعنى كسر القرار بالفرض والاعتبار والإنشاء لا بالمعنى الحقيقي للكلمة فلا يوجب عقلاً عدم إمكانية لحق الإجازة.

وإن كان المقصود دعوى التمسك بالإجماع على مبطلية الرد بالمعنى المعقول من المالك في باب الفضولي وقياس المنع السابق بالرد إما بذاته أو باعتبار استمرارية الكراهة بعد العقد ، فلو سلم إجماع تعدي في المقام فاحتمال الفرق موجود فلعل قوام الرد المبطل يكون بالكراهة الثابتة بعد العقد مع إبرازها بعده ، وما دامت المسألة تعدي بحتة ولا توجد لها جذور عقلائية فنحن نحتمل الفرق .

عقد الفضولي لنفسه :

الثاني - ان يعقد الفضولي لنفسه وعندئذ تارة يتكلم عن وقوعه لنفسه بعد ان

يملكه بـشراء ونحوه وهذا خلاف روايات « لا تواجهه البيع قبل ان تستوجهه »^(١)، ولا تشمله الإطلاقات أيضاً لأنه لم ينتسب العقد إليه حين مالكيته.

وأخرى يتكلم عن وقوعه للمالك بإجازته وهذا يشتمل على فرعين :

الأول - فرض إجازة المالك غير الفضولي للعقد.

والثاني - فرض تملك الفضولي للمال بـشراء ونحوه ثم إجازته للعقد السابق.

وتوجد هنا إشكالات ثلاثة :

الأول - ما هو مشترك الورد على كلا الفرعين وهو أن قصد البيع الحقيقي

لم يتم لأن البيع عبارة عن المبادلة بين المالكين وهي دخول كل من المالكين في ملك من خرج من ملكه الآخر، في حين أن الفضولي قصد هنا دخول العوض في ملكه هو وليس هو الذي خرج من ملكه العوض الآخر فلم يقصد إلا بيعاً صورياً فلا محل للإجازة أصلاً سواء فرضنا المجيز هو المالك الأول أو الفضولي بعد ما يملك المال.

والثاني - ما يختص بالفرع الأول وهو أن الإجازة لم تطابق الإنشاء فما

أنشئ لم يجز وما اجيز لم ينشأ لأن الفضولي أنشأ ملكية نفسه والمالك الأول أنشأ ملكية نفسه.

والثالث - ما يختص بالفرع الثاني وهو تقدّم العقد على الملك فالعقد انتسب

إليه قبل أن يكون مالكاً وهذا الانتساب لا قيمة له وبعد الملك لم ينتسب إليه انتساباً جديداً بالإجازة لأن الفعل لا ينتسب إلى الشخص مرتين. إذن لم يقرن انتساب العقد إليه بالملك أو رضا المالك أو لم ينشأ الانتساب عن رضا المالك.

(١) راجع الوسائل ١٢ : ٣٧٥، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

والجواب عن الأخير : انّ الانتساب إلى ذات الشخص وان تمّ قبل الملك لكن الانتساب إليه بما هو مالك انتساب جديد حصل بالإجازة، ولا أقصد بذلك انتساب ذات العقد إليه مرة ثانية كي يقال : إنّ الفعل لا ينتسب إلى الشخص مرتين بل أقصد بذلك ان انتحال الفضولي بعد الملك للعقد الأوّل وتبنيّه آياه موضوع في نظر العرف والعقلاء في تحقّق الملك من قبله في لوح التشريع العقلائي، وهذا يحقق موضوع التمسك بالإطلاقات وبالسيرة.

نعم هذا الإشكال لا جواب عليه لو كنّا نقصد بانتساب العقد للمجيز المصحّح للتمسك بالإطلاقات ما قصده السيد الخوئي من انتساب ذات العقد إليه^(١)، فإنّ هذا الانتساب ثابت هنا قبل الإجازة وقبل الملك ولم يتكرّر. بقي الكلام في الإشكاليين الأوّلين :

والموقف تجاه هذين الإشكاليين يمكن أن يكون بأحد وجهين :
الأوّل - ان لا نهتمّ بحلّهما بمقتضى القواعد إذ يكفينا التعبّد بصحيحة محمّد بن قيس فإنّ الفضولي في تلك الصحيحة كان قد باع الوليدة لنفسه فأعقبته الإجازة من قبل المالك وصحّ البيع فحتى لو لم يتم ذلك بمقتضى القواعد نقول بصحّته بالنص الخاص ويتمّ التعديّ إلى فرض ما إذا تملّكه الفضولي بالشراء مثلاً فأجاز البيع الأوّل بعدم احتمال الفرق مثلاً.

والثاني - ان نبحث الإشكاليين وفق مقتضى القواعد وعندئذ نقول :
قد أجاب الشيخ الأنصاري رحمته الله على الإشكال الأوّل بأنّ الفضولي إن كان يعتقد مالكية نفسه فقد قصد حقيقة البيع، وإن كان غاصباً فهو يدعي ادعاءً المالكية

ومبنيًا على هذا الادعاء يتمشى أيضاً منه قصد البيع حقيقة وإدخال كل من العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر. نعم لو لم يدع المالكية ومع ذلك قصد العقد لنفسه التزمنا بالبطلان، لأنه صورة بيع وليس بيعاً حقيقة^(١).

أقول: إن فرض قصد العاقد لإدخال كل من العوضين في ملك من خرج من ملكه الآخر رغم أنه غاصب وقاصد للعقد لنفسه يمكن أن يتصور بأحد أشكال ثلاثة:

الأول - أن تكون حيثية المالكية عنده حيثية تقييدية وتكون تمام الموضوع أي أنه قصد حقيقة العقد للمالك، وليس معنى قصد العقد لنفسه عدا ادعاء تطبيق هذا العنوان على نفسه.

والثاني - أن تكون حيثية المالكية عنده حيثية تقييدية أيضاً، ولكنه حصص الحيثية بالتقييد بنفسه أي أنه أجرى العقد للمالك المقيد بانطباقه عليه هو، وهو مدع لصدق هذا الادعاء.

والثالث - أن تكون حيثية المالكية عنده حيثية تحليلية فهو قد قصد إجراء العقد لنفسه لأنه ادعى نفسه مالكاً.

وشبهة المحقق الايرواني رحمته الله^(٢) لو تمت فائماً تتم على فرض الثاني والثالث وهي: أنه إذا كانت الملكية ادعائية وليست حقيقية فكيف يكون البيع المبتنى عليها حقيقة؟!

والجواب: أنه لا يقصد بحقيقية البيع حصول المبادلة في لوح التشريع أو في

(١) راجع المكاسب ١: ١٢٨، بحسب الطبعة المشتعلة على تعليق الشهيدي.

(٢) نقلناها عن مصباح الفقاهة ٤: ١١٥، نقلاً عن المحقق الايرواني.

لوح اعتبار العقلاء، وأنما المقصود بذلك حصولها في لوح إنشاء المتعاقدين ويكون ذلك حقيقة كحقيقة الاستعمال القائم على الادعاء السكاكي.

وهذه الفروض الثلاثة كلها تحل الإشكال الأول وهو إشكال عدم إرادة البيع بالمعنى الحقيقي للكلمة، أما إذا خرجنا عن كل هذه الفروض الثلاثة بان افتراضنا أن الفضولي قصد العقد لنفسه لا للمالك ومن دون فرض مالكية نفسه فهذا هو الذي حكم الشيخ رحمته الله ببطلان البيع فيه.

والفرض الأول من هذه الفروض الثلاثة يحل الإشكال الثاني أيضاً فإنه إذا كان العقد في واقعه قد انشئ للمالك وإن كان هناك تطبيق كاذب لعنوان المالك على نفسه فالإجازة قد طبقت الإنشاء.

والظاهر أن الشيخ رحمته الله يختار لحل الإشكال الثاني استظهار الفرض الأول من الفروض الثلاثة ثم يستشكل في هذا الاستظهار في خصوص المشتري الفضولي دون البائع وذلك لدعوى ظهور كاف الخطاب في ملكتك مثلاً أو ظهور كلمة تملك لو أجرى القبول بهذا اللفظ في انتساب الملكية إلى شخص المشتري كشخص، وهذا معناه الانتقال إلى الفرض الثاني أو الثالث ثم يؤكد الشيخ رحمته الله - على ما يبدو - استظهار الفرض الأول وأنه لم تكن نسبة الملك إلى المشتري بكاف الخطاب أو بقوله تملك إلا من باب تطبيق عنوان المالك عليه ولو ادعاء وإن حاق الإنشاء أنما كان راجعاً إلى المالك بما هو مالك فالإجازة تطابق الإنشاء.

هذا. وظاهر السيد الخوئي في المصباح^(١) أيضاً هو استظهار الفرض الأول

ولكن ظاهره في المحاضرات^(١) استظهار الفرض الثالث وهو كون المالكية حيثية تعليلية ويذكر فيه لحل الإشكال وجهين آخرين :

الوجه الأول - أنّ البيع لا يعني إدخال أحد العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر وإنما يعني مجرد الإعطاء لا عن مجّان^(٢).

أقول : إنّ كان المقصود بالإعطاء الإعطاء المادّي فمن الواضح أنّ الإعطاء المادّي ليس بيعاً، وإن كان المقصود به التملك فإنّما أن يقصد بذلك تملك من يملك العوض الآخر بما هو مالك للعوض الآخر وبغض النظر عن الشخص إلّا من باب مجرد التطبيق الذي لا ضير في خطأه، أو يقصد بذلك تملك وتملك الشخص، فإن قصد به الأول رجع ذلك إلى الفرض الأول الذي هو أحد الفروض الثلاثة لمعنى قصد إدخال أحد العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر، وإن قصد به الثاني تسجّل الإشكال الثاني وهو أنّ الإجازة لم تطابق الإنشاء لأنّ التملك أو التملك المنشأ كان محصّاً بخصوص شخص معين والإجازة وردت لشخص آخر.

وبذلك يتضح أيضاً ما في كلام السيد الإمام عليه السلام من حلّ الإشكال بأنّ البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال وهذا لا يتقوم بإدخال المال في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر حتى يلزم عدم مطابقة الإجازة للإنشاء^(٣).

فإنّ هذا يرد عليه : أنّ المبادلة لا بد أن تكون مضافة إلى ظرف ما وإلّا لم

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٣٣١.

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ٣٣٠.

(٣) راجع كتاب البيع ٢ : ١٤٥ - ١٤٦.

تكن مبادلة، فإن اضيفت إلى ظرف المكان فمن الواضح كونها اجنبية عن البيع، وإن اضيفت إلى عالم الملكية فهذا هو معنى أن أحد العوضين يجب إدخاله في ملك من خرج من ملكه الآخر ولا نعني بذلك ضرورة إدخال أحد العوضين في ملك من خرج من ملكه الآخر في لوح التشريع أو في لوح اعتبار العقلاء حتى يقال: إن إنشاء البيع ليس متقوماً بذلك، وإنما نعني إدخال أحد العوضين في ملك من خرج من ملكه الآخر في لوح اعتبار نفس المتعاقدين وإنشائهما وهذا لا بد منه، وإشكال عدم مطابقة الإجازة للإنشاء أيضاً ينظر إلى هذا العالم وليس نظره إلى عالم الملكية الشرعية أو العقلانية فلا محالة تأتي شبهة أن الفضولي أنشأ الملكية لشخص، والمميز أجاز الملكية لشخص آخر فلم تكن الإجازة مطابقة للإنشاء، فإن اجبنا بأن الفضولي أنما أنشأ الملكية لمالك العوض الآخر بما هو مالك وإن أخطأ في التطبيق فهذا رجوع إلى جواب الشيخ وإلا فسلخ المبادلة التي هي معنى البيع عن عالم الملكية أن قصد به سلخها عن هذا العالم بلحاظ لوح إنشاء المتعاقدين فغير معقول، وإن قصد به سلخها عن عالم الملكية الشرعية فهذا اجنبى عن إشكال المستشكل.

وقد ورد في كلام السيد الخوئي رحمته الله في المحاضرات ^(١) وفي كلام السيد الإمام رحمته الله ^(٢) بعض النقوض على تقوّم البيع بدخول كل من العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر فورد في كلام السيد الخوئي النقض ببيع الكلبي وبيع الأوقاف والزكوات، وورد في كلام السيد الإمام النقض ببيع الوقف أو بيع وقف

(١) المحاضرات ٢ : ٣٣٠.

(٢) كتاب البيع ٢ : ١٤٥.

بمال وقف بناءً على عدم كون العين الموقوفة ملكاً لأحد، وبمبادلة الزكاة بمثلها من ولين شرعيين.

ويمكن الجواب على كل هذه النقوض ففي بيع الكلّي يدخل الثمن في ملك من خرج من ملكه الكلّي، وملكية كل شيء بحسبه ولا نقصد بملكية الكلّي في الذمة على امتلاكه لذمته بالمعنى الثابت لكل شخص بالقياس لذمته وهو أن أمر ذمته بيده وأنها فارغة ولا يحقّ لأحد إشغال ذمته مجاناً ورغماً عليه ويكفي هذا المقدار من الملكية في صدق التبادل والبيع في المقام وفي بيع الوقف في مورد جواز تملكه لطاريء ما يملكه ثم يبيعه أو يبيعه فيصبح الثمن ملكاً للموقوف عليه ثم يملك الثمن.

ولو قلنا بأن الوقف ليس مملوكاً للموقوف عليه فأيضاً يملكه للطاريء المجوّز ثم يبيعه أو يبيعه فيصبح الثمن مكان العين الموقوفة ثم يملكه وفي تبادل الوقفين يصبح كل منهما مكان الآخر، ولا نعني بالبيع والمبادلة إلا أن يتخذ كل من العوضين محل الآخر في عالم الحقوق الذي هو أوسع من الملكية بمعناها الخاص المألوف في الفقه الإسلامي فحينما نقول: يجب أن يدخل كل من العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر نقصد بذلك أن يكون كل منهما للآخر بالشكل الذي كان للأول، وكذلك الكلام في بيع العين الزكوية يملكها المستحق ثم يبيعه، أو يبيعهها ويصبح الثمن لعنوان الفقراء بالشكل الذي كانت الزكاة لهم ثم يملكه وفي تبادل المالين الزكويين بين الولين يصبح كل منهما في اختيار الولي الآخر بالشكل الذي كان في اختيار الولي الأول، بل لا بيع حقيقة في هذا الفرض الأخير فإنّ تبادلها شبيه بالتبادل بين مالين لمالك واحد فيما بين وكيلين عنه (أو هو عينه بناءً على كون الزكاة ملكاً لعنوان الفقراء مثلاً).

والخلاصة أنّ الإشكال في بيع الفضولي لنفسه لا يتوقّف على تخصيص البيع بالتبادل في عالم الملكية بمعناها الخاص بل حتى مع توسيعه للتبادل في عالم الحقوق بشكل عام يأتي الإشكال في بيع الفضولي حيث جعل الفضولي نفسه طرفاً للحق بأي معنى من معاني الحق وجعل المجيز نفسه طرفاً للحق ولم يجز طرفية نفس الفضولي له.

وبالإمكان النقض - على اشتراط دخول كل من العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر - بمسألة شراء العمودين حيث يخرج الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع ولكن المثل لا يدخل في ملك المشتري - ولو أنّاً ما - بل يتحرّر بالشراء والملكية التقديرية أو الرتببة لا معنى لها فإنّ الدخول في عالم الملكية والخروج عنها ليس من أحكام الرتب كي يرفع التضاد بين الدخول في الملك والتحرّر بتعدّد الرتب.

ولا بد من الالتزام في مسألة شراء العمودين بأحد أمور :
الأول - أن يقال : إنّ المشتري ينشئ إدخال العمود في ملكه فهو أنشأ المبادلة بالمعنى الحقيقي للكلمة وإن كان الحكم الشرعي الذي يترتب على ذلك هو تحرّر العمود لا دخوله في ملكه.

والثاني - أن يفترض أنّ المشتري لا ينشئ ذلك ويخرج هذا عن حقيقة البيع والشراء ويصبح معاملة أخرى مستقلة حاصلها تحرير العمود في مقابل الثمن .
والثالث - أن يقال : يكفي في حقيقة البيع قصد التبادل بينهما بلحاظ حال أحد الشخصين فحسب وقد حصل التبادل هنا بلحاظ حال البائع حيث خرج المثل من ملكه ودخل الثمن بدلاً عن ذلك في ملكه ولم يحصل بلحاظ حال المشتري ، لأنّ الثمن خرج من ملكه ولم يدخل بدلاً عن ذلك شيء في ملكه .

فلو التزمنا بهذا الأمر الثالث كان هذا جواباً آخر - على الإشكال الأوّل على عقد الفضولي لنفسه وهو كونه بيعاً صورياً لا حقيقياً لعدم قصد المبادلة الحقيقية - حيث يقال في الجواب أنّ التبادل الحقيقي مقصود بلحاظ أحد الشخصين وهو الأصيل حيث ينشأ إدخال مال في ملكه وإخراج عوضه عن ملكه. إلا أنّ هذا الجواب لو تمّ لا يأتي فيما إذا كانا معاً فضولين.

والرابع - أن يقال: إنّ حقيقة البيع وإن كانت هي التبادل بينهما بلحاظ حال كلا الشخصين ولكن ليس المقصود بالتبادل خصوص دخول العوض في ملك من خرج من ملكه المعوض، بل المقصود به صيرورة من خرج من ملكه المعوض أولى الناس بالعوض، وهذه الأولوية بطبيعتها تنتهي إلى مالكيته للعوض لو لم يطرأ طارئ يحول دون ذلك، وهذا الطارئ ليس عبارة عن إرادة شخص آخر فإن تدخل إرادة شخص آخر في تحريف مسير ملكية هذا المال خلف صيرورة هذا العاقد أولى الناس بهذا المال، وأنما هذا الطارئ يكون أحد أمرين:

(الأوّل) إرادة الشارع فلو أراد الشارع في المقام تحرّر العمود يتحرّر ولا يدخل في ملكية هذا العاقد وليس هذا منافياً لمفاد العقد من صيرورته أولى الناس به، فإنّ هذه الأولوية أنّما هي في مقابل الناس لا في مقابل الشارع، فتحريف مسير المال عن دخوله في الملك الفعلي لهذا العاقد من قبل الشارع لا يعني سلب هذه الأولوية، بل هذه الأولوية هي موضوع لهذا الحكم الشرعي فلو لا أنّه أصبح أولى بأبيه من غيره من الناس لما تحرّر أبوه.

(والثاني) إرادة نفس هذا العاقد فلو أراد بشراء هذا المال دخوله في ملك من هو وليّ عليه كابنه الصغير مثلاً دخل في ملكه رغم أنّ الثمن خرج من ملك العاقد ولم يناف ذلك أولويته بهذا المال من سائر الناس، فإنّ هذه الأولوية أنّما

هي أولوية في مقابل إرادة سائر الناس لا في مقابل إرادة نفسه إذ لا معنى لأن يكون أحد أولى من نفسه بشيء ما فهذه الإرادة لا تنافي أولويته بل هي أعمال لأوليته، وإن شئت فسم هذا بالملكية التقديرية ولعل من قال في شراء العمودين بالملكية التقديرية قصد ولو ارتكازاً هذا المعنى، وهذا الوجه الرابع امتيازاه عن الوجه الثالث أنه يصلح جواباً آخر عن الإشكال الأول على عقد الفضولي لنفسه حتى إذا كانا معاً فضولين وكذلك يصلح تفسيراً لمبادلة عمود بعمود بان كان زيد مالكاً لوالد عمرو، وعمرو مالكاً لوالد زيد مثلاً فتبادلا في حين أن التفسير الثالث لا يأتي هنا.

الوجه الثاني - من وجهي السيد الخوئي لحل الإشكال في المحاضرات هو أن الفضولي حتى إذا باع لنفسه بانياً على ملكيته بنحو الحيثية التعليلية لا التقييدية وافترضنا أن البيع والمبادلة يتقوم بدخول كل من العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر كان من المعقول لحق الإجازة من قبل المالك، لأن إنشاء الفضولي وإن كان يدل بالمطابقة على تملكه للمعوض إذا كان يمثل تملكاً مثلاً ولكنه يدل بالالتزام على المبادلة بالمعنى المذكور، أي دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض فبإمكان المالك أن يجيز المدلول الالتزامي فحسب^(١).

أقول: إن هذا الوجه من الغرائب فإن المدلول الالتزامي لكلام الفضولي لم يكن إنشاءً مستقلاً تلحقه الإجازة فإن الفضولي ليس له إنشاءان كي يقال: إن بالإمكان لحق الإجازة بأحدهما دون الآخر، ولو فرض له إنشاءان فالإنشاء الثاني ليس منصباً على تملك مالك المعوض بعنوانه العام بل هو مقيد بسبب

ارتباطه بالإنشاء الأول أي أنه تمليك للمالك الموعّض المقيد بانطباقه عليه هو، والمجيز لا يجيز هذه الحصة المنشأة فرجع أيضاً إشكال أن ما انشئ لم يجز وما اجيز لم ينشأ.

والآن نعود إلى الفروض الثلاثة التي افترضناها في إنشاء الفضولي الذي باع لنفسه وهي :

١ - إنشاء العقد للمالك بنحو الحيثية التقييدية ومن دون تقييده بالتشخص في خصوصه هو وعندئذ فليس معنى يبعه لنفسه عدا ضمّ ضميمة اجنبية عن أصل مغزى الإنشاء وهو تطبيق عنوان المالك على نفسه ولو ادّعاءً وكذباً.

٢ - إنشاء العقد للمالك المطبق على نفسه بأن يكون هذا التطبيق قيداً في المنشأ.

٣ - إنشاء العقد لنفسه مع أخذ عنوان الملكية بنحو الحيثية التعليلية.

والثاني من هذه الفروض الثلاثة - وهو الجمع بين خصوصية الشخص وخصوصية الملكية بنحو الحيثية التقييدية - خلاف الظاهر العرفي جداً كما مضى منّا سابقاً في بحث تخلف الوصف في مثل بعثك هذا العبد الكاتب حيث قلنا : إن تخلفه يوجب الخيار ولا يوجب البطلان ، لأن ظاهر هذا الوصف هو كونه شرطاً لا قيداً وذلك لأنه وإن كان الظهور الأولي للتوصيف هو التقييد في ما إذا كان وصفاً للكلي كما لو قال : بعثك عبداً كاتباً ، ولكن التوصيف في باب الجزئي الحقيقي كبعثك هذا العبد الكاتب ينصرف إلى الشرط لا إلى التقييد لأن الجزئي الحقيقي لا يقبل التخصيص فالتقييد ينحصر أمره في فرض التخلف في إفراغ المقيد عن جميع الأفراد وكذلك الحال في المقام ، فالبيع إلى نسب حقاً بلحاظ عالم الإنشاء إلى شخص معيّن فتوصيفه بالمالية ينصرف إلى التعليل لا إلى الحيثية التقييدية لأن الشخص المعين جزئي حقيقي لا يقبل التخصيص بالقيّد.

وعلى أية حال فقد مضى أن كل هذه الفروض الثلاثة بعيدة عن الإشكال الأول وأنما يقع الكلام في الإشكال الثاني وهو عدم مطابقة الإجازة للإنشاء وهذا الإشكال مصبّه هو الفرض الثاني والثالث دون الأول كما مضى .

وهذا الإشكال يتجّه بناءً على تصورات السيد الخوئي من أن إجازة المالك تجعل العقد مستنداً حقيقة إلى المالك وأنّ هذا هو السرّ في صحّة عقد الفضولي بمقتضى القواعد بعد الإجازة، فعندئذٍ يقال : إنّ الإجازة أنّما تسند العقد إلى المالك وتصحّحه إذا كانت مطابقة له، أمّا إذا كانت مخالفة له فلا يتمّ استناده إلى المالك، ولو تمّ استناده إليه فمع إبقاء المنشأ على حاله يلزم وقوع البيع للفضولي وهو غير معقول ومع تحويله إلى المالك يلزم تبدّل الإنشاء إلى إنشاء آخر .

أمّا بناء على ما قلناه من أن الإجازة لا تسند العقد الواقع بين المتعاقدين إلى المالك ولكنّها تجعل المجيز طرفاً لحصول التبادل في لوح قانون العقلاء ويصبح بذلك موضوعاً للدليل الشرعي على وجوب الوفاء فهنا لا إشكال أن موضوع حكم العقلاء بحصول التبادل هو المالك بما هو مالك فأنّا لا نقصد بالتبادل عدا التبادل في عالم الملكية، فالتبادل الذي يحصل في لوح القانون العقلاني متقومٌ بالملكية وهذا قانون ثابت بنحو القضية الحقيقية التي يكون موضوعها الملكية لا بنحو الإنشاء الشخصي الذي يتصوّر فيه أخذ الملكية تارة بنحو التقييد، وأخرى بنحو التعليل، ونفس هذا التقوم أي تقوم التبادل بالملكية ثابت في لوح إنشاء المتعاقدين أيضاً لكن بما أن إنشاء المتعاقدين إنشاء شخصي قد يطبّق على معنٍ خاص ولهذا يتصوّر فيه تخلف العنوان عن المعنٍ وكون العنوان مأخوذاً بنحو الحيثية التقييدية تارة والتعليلية أخرى .

وهنا يجب أن نرى هل العقلاء يرتؤون لدى تخلف العنوان عن المعنٍ في

إنشاء المتعاقدين إلغاء التطبيق الخاطيء الذي صدر من المتعاقدين وترتيب الأثر للمعنون الحقيقي بذاك العنوان وهو المالك الحقيقي بشرط إجازته ورغم مخالفة الإجازة للإنشاء أو لا؟

وبكلمة أخرى ان حكم العقلاء بصحة عقد الفضولي لنفسه بإجازة المالك وعدمه ليس مصيره بالضرورة مرتبطاً بمعرفة ان عنوان المالكية هل كان مأخوذاً في عالم إنشاء المتعاقدين بعنوان الحيثية التقييدية مع كون التطبيق الخاطيء ضمنية اجنبية عن عالم الإنشاء أو أنها حيثية تعليلية مثلاً، بل يجب ان نرى ابتداءً انّ العقلاء هل يصحّحون بيع الفضولي الذي باع لنفسه بتعقب إجازة المالك ولو فرضت مخالفة الإجازة للإنشاء أو لا؟ والظاهر انّ العقلاء يصحّحون ذلك حتى في فرض المخالفة كما هو الحال فيما إذا كانت المالكية منظوراً إليها بنحو الحيثية التعليلية. ولا يقال: لازم ذلك انّ الفضولي لو باع كتاب المالك فضولة كان للمالك ان يجيز البيع مطبقاً أيّاه على ثلاثته مثلاً رغم مخالفة الإجازة للإنشاء.

فأنّه يقال: إنّ المقصود ليس هو صحة تبديل الأثر لدى العقلاء بإلغاء أي قيد من قيود الإنشاء، وأنّما المقصود انّ التطبيق الخاطيء للعنوان الذي كان مقوّماً للتبادل الذي يحصل في لوح قانون العقلاء على معنوع ادّعائي أو خيالي هو الذي يلغى من قبل العقلاء، ولو كان البيع متقوّماً عقلاً بأن يكون على الثلاثية فطبق العاقد خطأ عنوان الثلاثية على الكتاب فباع الكتاب فلعّلّ العقلاء كانوا يصحّحون هنا أيضاً البيع على الثلاثية بإجازة المالك رغم عدم تطابقها للإنشاء ولكن الأمر ليس كذلك.

وخلاصة المقصود أنّه لا تصحّ البرهنة على صحة أو فساد عقد الفضولي على القاعدة إذا باع لنفسه بمثل كون حيثية الملك لدى المتعاقدين تقييدية أو

تعليلية بل يجب أن يقال : إنَّ حيثية الملك إن كانت في إنشاء المتعاقدين تقييدية ومن دون خصوصية الشخص في عالم المنشأ فلا إشكال في صحّة العقد بالإجازة فإنّه في واقعه رجوع إلى القسم الأوّل من الفضولي وهو الذي يبيع للمالك .

اللهم إلّا في مجرّد تطبيق خاطيء كان ضمّه إلى البيع من قبيل ضمّ الحجر إلى جنب الإنسان وإن لم تكن الحيثية تقييدية أو كانت خصوصية الشخص أيضاً ملحوظة في لبّ الإنشاء فلا بد من مراجعة بناء العقلاء لئلا يرى هل يحكمون هنا بالصحّة بعد تعقّب إجازة المالك أو لا ؟ والظاهر أنّهم يحكمون بالصحّة .

بقي الكلام في الفرع الذي نقلنا عن الشيخ الأعظم رحمته الله القول ببطان البيع فيه وهو ما لو باع مال غيره لنفسه من دون ادّعاء الملكية وكذلك عكس هذا الفرع وهو ما لو اشترى شيئاً لغيره بمال نفسه .

ولنقدّم الحديث عن الفرع الثاني وبه يتّضح الحال في الفرع الأوّل .

فنقول : لو اشترى شيئاً لغيره بمال نفسه ففيه إشكالات ثلاثة :

الأوّل - أنّ هذا ليس بيعاً لأنّ ما وقع خلاف حقيقة المبادلة فإنّ المقصود بالمبادلة هي المبادلة في عالم الملكية وهي لا تكون إلّا بإنشاء إدخال كل من العوضين في ملك من أخرج من ملكه العوض الآخر، في حين أنّه قصد في ذلك الفرع خلاف ذلك .

ويمكن الجواب على ذلك إمّا بدعوى أنّ البيع متقوم بالتبادل بلحاظ أحد الشخصين ولا يشترط فيه التبادل بلحاظ كليهما أي يكفي أن يدخل أحد العوضين في ملك من خرج من ملكه العوض الآخر وإن لم يتحقّق ذلك بلحاظ الشخص الآخر، وذلك من قبيل شراء من ينعق عليه حيث يدخل الثمن في ملك من يخرج من ملكه العبد ولا يدخل العبد في ملك من يخرج من ملكه الثمن، فبناء

على فرض كون المشتري لم يقصد إنشاء تملكه للعبد وتسمية ذلك - رغم هذا - بالبيع يكون هذا بيعاً بمعنى التبادل بلحاظ ملكية البائع فحسب، نعم لو فرضنا أنّ المشتري أيضاً ينشئ التبادل بلحاظ نفسه وإن كان لا يدخل شرعاً العبد في ملكه يخرج مثال شراء من ينعق عليه عن المصادقية لما فرضناه من إنشاء التبادل بلحاظ أحد الشخصين فحسب.

وإما بدعوى أنّنا لو أصررنا على أنّ معنى البيع متقوم بالتبادل من كلا الطرفين فليكن ما نحن فيه خارجاً عن حقيقة البيع وليكن عقداً مستقلاًّ تشمله إطلاقات ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ فيتمّ بذلك دخول المثلث في ملك الشخص الثالث رغم أنّ الثمن يكون على المشتري الذي لم يملك المثلث.

الثاني - أنّ شراء شيء لغيره بمال نفسه لا يمكن تصحيحه بمثل ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ لأنّ أدلة الوفاء بالعقد تنصرف بمناسبات الحكم والموضوع عن فرض كون النتيجة المثبتة في العقد لها ارتباط بشخص ثالث خارج عن دائرة العقد مع إغفال قبوله لذلك، فآدلة وجوب الوفاء بالعقد أنّما تعالج المسألة من زاوية المتعاقدين فحسب في حين أنّ مفاد العقد في ما نحن فيه له علاقة بشخص ثالث وهو المشتري له، صحيح أنّ هذا العقد كان في صالح الشخص الثالث وليس ضده لكن هذا لا يشفع لنفوذ هذا العقد بحكم الإطلاقات رغم اجنبية الشخص الثالث عن القبول.

إلاّ أنّ هذا الإشكال يمكن فصله عن أصل المسألة التي نحن بصدها كما لو افترضنا أنّ المشتري كان ولياً على المشتري له أو وكيلاً عنه في هكذا شراء كي لا يأتي إشكال ارتباط العقد بشخص اجنبي فنبقى نحن والتمسك بإطلاق أدلة الوفاء بالعقد لتصحيح شراء شيء لغيره بمال نفسه.

الثالث - ان يقال : إنّ دليل الوفاء بالعقد مقيد بفرض مشروعية متعلّق العقد في نفسه إمّا لأنّه حكم حيثيّ لا يدلّ إلّا على وجوب احترام العقد من حيث ارتباطه بالمتعاقدين ولا ينظر إلى مشروعية المتعلّق وإمّا لأنّه حكم ثانوي ورد في إطار الأحكام الأوّلية فلا إطلاق له لفرض مخالفة متعلّقه للأحكام الأوّلية ومشروعية تمليك مال لغيره بثمن يخرج من ملكه أوّل الكلام:

والجواب : أنّه إن قصد بذلك التشكيك في مشروعية تمليك الشخص الثالث فلا شكّ في مشروعيته بمثل إهداء المال إليه، وإن قصد بذلك التشكيك في تمليك الثمن للشخص البائع فلا إشكال أيضاً في مشروعية ذلك ولو بمثل الإهداء إليه، وإن قصد بذلك التشكيك في جعل التقابل بين هذين الأمرين اللذين هما مشروعان في حد أنفسهما فمن الواضح أنّ هذا التقابل والربط هو عين العقد وإيجاد العقدة بين قرارين وإطلاق الوفاء بالعقد يشملهما، ومعنى قولنا : لا بد من إحراز مشروعية متعلّق العقد قبل التمسك بإطلاق دليل الوفاء بالعقد هو ضرورة إحراز مشروعية ذات القرارين، أمّا مشروعية الربط بين القرارين فإنّما هي تستفاد من دليل الوفاء بالعقد.

فإذا صحّ بهذا البيان شراء شيء لغيره بمال نفسه عندما كان من حقّه ذلك بالولاية عليه أو الوكالة عنه أمكن تصحيحه في مورد ما إذا فعل ذلك فضولة بالإجازة المتأخّرة، فلو اشترى شيئاً لغيره بمال نفسه ثمّ أجاز الغير ذلك نفذ العقد إذ لا يوجد في ذلك إشكال غير الإشكالات التي دفعناها إلّا شيء واحد وهو أنّه بناء على رأي السيد الخوئي الذي يصحّح عقد الفضول بانتساب ذات العقد إلى المجيز بالإجازة يلزم في المقام ان يصبح العقد ثلاثي الأطراف فهو من ناحية مرتبط بالبائع ومن ناحية أخرى مرتبط بالمشتري ولا بد في تصحيح العقد من

فرض نفوذه حتى بلحاظ هذا الارتباط لأنّ المفروض أنّ الثمن يخرج من ملكه، ومن ناحية ثالثة مرتبط بالمشتري له والمفروض أنّ الإجازة تنسب العقد إليه ولكننا نقول : أي بأس في افتراض كون عقد ما ثلاثي الأطراف ؟ ! فمثلاً لو اتفق الثلاثة منذ البدء على عقد من هذا القبيل فأوجب البائع تمليك المثلث للشخص الثالث بثمن على المشتري وقبل المشتري والشخص الثالث كلاهما ذلك فأى مانع من صحّة هذا العقد المتقوّم بإيجاب وقبولين ؟ !

وبهذا العرض يتضح إمكان تصحيح الفرع الأوّل أيضاً وهو ما لو باع مال الغير لنفسه أو اشترى لنفسه بمال الغير ثم أمضى الغير هذا العقد بهذا النحو أي بان يدخل الثمن أو المثلث في ملك الفضولي .

شراء الشيء بذمّة غيره :

ولنختم الحديث عن عقد الفضولي لنفسه بما لو اشترى شيئاً بثمن في ذمّة غيره . فإن كان مقصوده بذلك الشراء لذاك الغير فهذا خارج عن عقد الفضولي لنفسه وداخل في القسم الأوّل من عقد الفضولي ولا كلام جديد فيه .

وإن كان مقصوده بذلك الشراء لنفسه فقد يقال : إنّه وقع التهاافت بين العنوانين : عنوان كون الشراء لنفسه وعنوان كون الثمن في ذمّة غيره فهل يبطل أحد العنوانين أو يبطل العقد أم ماذا ؟ وكذلك الكلام في عكس هذه المسألة وهو الشراء لزيد بثمن في ذمّة نفسه :

والتحقيق في المسألة الأولى وهي الشراء لنفسه بثمن في ذمّة غيره : إنّه إن كان يقصد بذلك إشغال ذمّة الغير بنفس هذا الشراء فهذا هو الفرض الذي يمكن أن يقال فيه بالتهاافت بين العنوانين والواقع أنّه يكون من سنخ الشراء لنفسه بمال خاص لغيره، فلو قيل بالبطلان هناك لعدم صدق المبادلة ثبت البطلان هنا .

وإن كان يقصد بذلك دعوى ملكيته للثمن على ذمة الغير كذباً فهو يشتري المثلن بهذا الثمن الذي ادعى ملكيته دخل ذلك في القسم الثالث من الفضولي الذي عرفت أنه لا يرد عليه الإشكال بكون البيع صورياً، بل قد قصد البيع بالمعنى الحقيقي للكلمة فلو أجاز ذلك الغير هذا العقد لنفسه انشغلت ذمته بالثمن بنفس هذه الإجازة، أما لو لم يجر ذلك فهنا تنتج ثلاثة أسئلة :

الأول - هل يقع العقد للفضولي وتنشغل ذمته بالثمن بلا حاجة إلى إجازته ؟
والجواب بالنفي وذلك لفقدان الرضا على الأقل .

والثاني - هل يقع العقد للفضولي وتنشغل ذمته بالثمن إذا أجاز ؟
والجواب بالنفي لأن الثمن الذي يفترض انشغال ذمة الفضولي به غير الثمن الذي فرض في ذمة الشخص الثالث فإن الكلي يتحصص بالإضافة إلى الذمم وتصحيح بيع الفضولي بالإجازة مشروط بعدم تبدل الثمن أو المثلن وإلا فلا بد من عقد جديد .

والثالث - لو أن الفضولي صادف أن ملك بعد هذا العقد الفضولي الذي أوقعه مالا في ذمة ذاك الغير يساوي الثمن الذي فرضه في ذاك العقد الفضولي فهل يدخل ذلك في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه فبإمكانه أن يجيز الآن ذاك البيع الفضولي أو لا ؟

والجواب بالنفي لأن الثمن هنا أيضاً غير الثمن وقد قلنا : إنه لا بد في تصحيح بيع الفضولي بالإجازة من وحدة الثمن أو المثلن وإلا فلا بد من عقد جديد .

وهنا وإن كان الثمنان مضافين إلى ذمة واحدة لكن الثمن الأول كان ذمياً خيالياً والثمن الثاني ذمياً حقيقياً ، ولا يتحد الثمن الحقيقي بالثمن الخيالي فليس

هذا حاله حال المال الشخصي الذي غصبه أحد فباعه ثم ملكه فالوحدة هناك محفوظة حقيقة بخلاف ما نحن فيه .

وفي المسألة الثانية وهي ما لو اشترى لغيره بضمن في ذمة نفسه نقول : لو كان المقصود بذلك إشغال ذمة نفسه بنفس هذا الشراء لحق ذلك بما إذا اشترى لغيره بضمن شخصي من ملكه ، فلو قلنا بالبطان هناك لعدم صدق المبادلة اتجه البطان هنا أيضاً .

ولو كان المقصود بذلك دعوى انّ الغير يملك مالا على ذمته هو فاشترى له بذاك المال شيئاً فإن كان صادقاً في دعواه دخل ذلك في القسم الأوّل من الفضولي ، وإن كان كاذباً في دعواه لم يمكن لحق الإجازة من قبل الغير لأنّ الثمن خيالي لا وجود له ولا لحق الإجازة من قبل نفس الفضولي بأن يصبح المتاع له وتشغل ذمته هو بالثمن حقيقة بسبب الإجازة ، وذلك لما قلناه من عدم التوحد بين الثمن الحقيقي والثمن الخيالي فلا مورد للإجازة .

هذا تمام الكلام في أصل عقد الفضولي .

الإجازة كاشفة أو ناقلة ؟ :

والآن يقع الكلام في أثر الإجازة هل هو حصول النقل والانتقال منذ بدء العقد أو هو حصول ذلك من حين الإجازة ؟ والأوّل يسمى بالكشف والثاني يسمى بالنقل .

وقد يفترض انّ الكشف أو ما في حكمه على ثلاثة أقسام :

الأوّل - افتراض اعتبار الملك من حين العقد كشفت عنه الإجازة وهذا كشف حقيقي .

والثاني - افتراض انّ الاعتبار يتأخّر إلى حين الإجازة ولكن المعبر عبارة

عن الملك من حين العقد.

والثالث - كون الاعتبار والمعتبر كلاهما بلحاظ حين الإجازة لكن ترتب آثار الملك السابق حين العقد وأحكامه بقدر الإمكان وهذا كشف حكمي.
والثاني في الحقيقة وسط بين الأمرين.
مقتضى القواعد والأدلة العامة :

وكلّ هذه الوجوه للكشف خلاف الأصل فإنّ مقتضى الأصل عدم الاعتبار السابق وعدم اعتبار المعتبر السابق وعدم تحقّق آثار الملك السابق. اذن فالكشف هو الذي يكون بحاجة إلى الدليل.

والقسم الأوّل من الكشف قد صوّر بوجوه أربعة :

الأوّل - فرض الإجازة أمانة بحتة كاشفة عن الملك من دون أيّ تأثير لها.
والثاني - فرض الإجازة شرطاً متأخراً فالإجازة هي التي تؤثر في حصول الملك وليست كاشفة بحتة لكنّها شرط متأخّر للملك قد حصل مشروطها قبلها، واستحالة الشرط المتأخّر أنّما هي في التكوينيات لا التشريعات.
والثالث - فرض أنّ الشرط هو تعقّب الإجازة وقد كان هذا الوصف ثابتاً منذ البدء.

والرابع - فرض أنّ الإجازة تكشف عن الرضا التقديري الذي كان ثابتاً حين العقد ويكون الرضا التقديري هو المصحّح للعقد.
وهذا هو المنقول عن المحقّق الرشتي رحمته الله (١).
وهذه الوجوه الأربعة يمكن افتراض إرجاع بعضها إلى بعض كأن يقصد

بالأوّل وهو أمارية الإجازة كونها كاشفة عن وصف التعقّب وهو الوجه الثالث، أو كاشفة عن الرضا التقديري وهو الوجه الرابع، أو يقصد من يقول بالوجه الثاني وهو شرطية الإجازة دخل وصف التعقّب على أساس أنّ الشروط كلها ترجع إلى دخل عنوان التعقّب، أو التقدّم، أو التقارن دون دخل نفس الشرط وإلاّ رجع إلى الجزء وبذلك يتحد الوجه الثاني والثالث.

ولكنّا هنا نفترضها وجوهاً متقابلة لاستيعاب مناقشة الصور المتصورة في المقام.

وقد ناقش السيد الخوئي كل هذه الوجوه الأربعة^(١).
أمّا الوجه الأوّل - فناقشه بأنّه وإن كان معقولاً ثبوتاً ولكنّه خلاف ظاهر الدليل فإنّ ظاهر الأدلّة دخل الإجازة في الحكم لا كاشفيتها البحتة.
أقول: إن لم يقصد بالوجه الأوّل ما يرجع إلى الوجه الثاني أو الثالث ففرض الأمارية البحتة للإجازة من دون دخل لها ولو بمثل عنوان وصف التعقّب مثلاً غير متصور ثبوتاً، لأنّ حكم عقد الفضولي ليس مجعولاً بنحو القضية الخارجية كي نحتمل أنّ الإجازة أنّما أخذت كعنوان مشير إلى المصاديق الصحيحة من العقد ولا تتصور عنواناً آخر في المقام ملازماً للإجازة يكون هو المصحّح للعقد كي يفترض أنّ الإجازة عنوان مشير إلى ذاك الملازم المتقدّم عليه زماناً، ولا نحتمل كون الإجازة ثابتة دائماً في موارد صحّة العقد من باب تكرر الصدف فينحصر الوجه المحتمل ثبوتاً في المقام دخل الإجازة في الحكم، أو ما يلازمها من مثل وصف التعقّب، أو الرضا التقديري لو قلنا به وهو رجوع إلى الوجهين الآخرين.

وعلى أية حال فقد اتضح بهذا العرض بطلان الدليل الأول من الدليلين اللذين نقلهما الشيخ الأنصاري رحمته الله ^(١) عن المحقق والشهيد الثانيين على الكشف من أن قوله تعالى : ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ دلّ على أن العقد هو تمام الموضوع فغاية الأمر أن تمامه في الفضولي يعلم بالإجازة، لا أن الإجازة هي جزء المؤثر وإلاّ كان الوفاء وفاء بمجموع العقد والإجازة لا بالعقد خاصّة.

وهذا الدليل كما ترى في غاية الضعف فإنّه لو كان العقد تمام الموضوع للحكم لنفذ عقد الفضولي حتى مع عدم الإجازة، ولا معنى لافتراض أن الإجازة كشفت عن تمامية الموضوع فليس هذا الوجه إلّا تهافتاً في الكلام، وأنما الدليل المعقول نسبياً للمحقق والشهيد الثانيين على الكشف هو الدليل الثاني الذي نقله الشيخ رحمته الله عنهما ^(٢) وسيأتي في المستقبل بيانه إن شاء الله.

وأما الوجه الثاني - وهو كون الإجازة شرطاً متأخراً فقد ناقش السيد الخوئي في ذلك باستحالة الشرط المتأخّر، وافترض اختصاص استحالته بالتكوينيات دون التشريعات يشبه افتراض استحالة التناقض مثلاً بالتكوينيات دون التشريعات، واستحالة تأثير المتأخّر في المتقدّم حكم عقلي لا يقبل التخصيص.

أقول : إن نسبة الموضوع إلى فعلية الحكم لو كانت نسبة السبب إلى المسبب أو العلّة إلى المعلول بالمعنى الحقيقي للكلمة صحّ كلام السيد الخوئي في المقام، ولكن الأمر ليس كذلك وأنما الشيء بتمامية شرائط الموضوع فيه يصبح طرفاً للحكم من دون أن يؤثر ذلك في إيجاد شيء اسمه فعلية الحكم على ما هو منقّح

في محلّه، أمّا بلحاظ عالم ملاكات الأحكام فأخذ شيء ما في عالم الجعل شرطاً متأخراً لا يعني بالضرورة حصول مصلحة مثلاً قبل تحقّق ما يؤثّر فيها، وشرح الكلام في ذلك موكول إلى محله .

نعم هذا الوجه يكون خلاف ظاهر دليل الوفاء بالعقد لأنّه ظاهر في الشرط المقارن دون المتأخّر .

وأما الوجه الثالث - وهو فرض كون الشرط هو التعقّب فهو في نظر السيد الخوئي أمر معقول ثبوتاً وبه يحلّ إشكال الشرط المتأخّر في مثل غسل المستحاضة، أو شرطية الأجزاء المتأخّرة للصلاة في صحّة الأجزاء السابقة ولكنه يقول : إنّ شرطية تعقّب الإجازة في المقام خلاف ظاهر الدليل والوجه في ذلك على ما يظهر من المحاضرات أنّ الدليل ظاهر في شرطية نفس الإجازة والرضا لا عنوان تعقّبه، وأمّا عبارة المصباح فلا تخلو من تشويش ويحتمل أن يكون المقصود من عبارة المصباح كون ذلك خلاف الظاهر لوجهين .

أحدهما ما في المحاضرات : من أنّ ظاهر الدليل شرطية نفس الإجازة والرضا لا شرطية عنوان منتزع تضافي من قبيل التعقّب .

والثاني : أنّه لو صرف الدليل إلى شرطية عنوان متضاي من هذا القبيل فظايره أنّ الشرط هو التقارن لا التعقّب، لأنّ الدليل ظاهر في لزوم مقارنة الرضا لحصول النتيجة .

أقول : أمّا حلّ إشكال الشرط المتأخّر في مثل غسل المستحاضة بالإرجاع إلى شرط وصف التعقّب بعد فرض تفسيره بمعنى يثبت قبل مجيء الغسل (كعنوان الصوم الذي سيعقبه الغسل) فلعلنا لا نشك في أنّ الشرط بالمعنى الذي يكون جزءاً علّة حقيقة هو نفس الغسل لا عنوان التعقّب فإنّه هو الذي يؤثّر في تحقّق الملاك لا

هذه العناوين الانتزاعية، نعم بمعنى ما يؤخذ في مرحلة الجعل يمكن أن يكون جزء الموضوع هو عنوان التعقّب وقد قلنا إنّهُ بلحاظ عالم فعلية الجعل لا يوجد تأثير وتأثّر بين الموضوع والحكم.

وأما كون الأجزاء المتأخّرة شرطاً في صحّة الأجزاء السابقة فلم نفهم معناه فإنّ صحّة الأجزاء السابقة ليست إلّا بمعنى قابليتها للحقوق باقي الأجزاء بها وهي ثابتة سواء لحقت باقي الأجزاء بها أو لا، نعم لو لم تلحق باقي الأجزاء بطلت الصلاة بمعنى أنّ المركّب الواجب بما هو مركّب لم يحصل.

وأما استظهار كون الشرط في ما نحن فيه نفس عنوان الإجازة دون عنوان انتزاعي من قبيل تعقّب الإجازة فنحن لا نشك في أنّ الشرط هو نفس الإجازة دون عنوان انتزاعي من هذا القبيل، ولكن معنى كون الإجازة شرطاً بلحاظ عالم الجعل هو جزئية التقيد بها، والتقيد بها يعني التعقّب أو التقارن مثلاً كما يقال في تعريف الشرط: إنّ التقيد جزء والقيّد خارج فلو قبلنا: أنّ المستظهر بمناسبات الحكم والموضوع والارتكازات هو كون الإجازة شرطاً في موضوع الحكم المجعول لا جزءاً اذن فالدخيل في حصول الملكية هو تعقّب الإجازة أو تقارنها نعم هذا الاستظهار أوّل الكلام.

وعلى أيّة حال فظاهر الدليل كون الإجازة شرطاً مقارناً بحصول النتيجة لا شرطاً متأخراً كي يستظهر الكشف ولو بالالتجاء إلى دخل وصف التعقّب في الحكم.

وأما الوجه الرابع - وهو كشف الإجازة عن الرضا التقديري فقد أورد عليه السيد الخوئي: أوّلاً - بأننا لا نقول بكفاية الرضا الفعلي من دون إبراز فكيف بالرضا التقديري؟ وثانياً - بأنّ الإجازة لا تكشف دائماً عن الرضا التقديري إذ قد

يكون الشخص في وقت العقد لو اطلع لما رضى بذلك ولكن يرضى بعد ذلك على أساس البداء.

أقول : الذي يبدو ممّا هو المنقول عن السيد الرشتي رحمته الله أنّه يقصد بالرضا التقديري ما لا ينافي البداء ولذا فرض كشف الإجازة عن الرضا التقديري حتى إذا كانت بعد ردّ العقد فهو يقصد بالرضا التقديري أنّه لو علم بالمصلحة التي علم بها حين الإجازة لرضى بالعقد.

إلا أنّ الصحيح أنّه رغم هذا ليست الإجازة دائماً كاشفة عن الرضا التقديري لأنّه قد يتفق أنّه حين الإجازة يعترف بأنّه لم يكن من مصلحته حين العقد نفوذ العقد عملاً ولكن من مصلحته من الآن نفوذ العقد ولو بمعنى ترتيب آثار الملكية السابقة من الآن.

وعلى أي حال فالصحيح عدم كفاية الرضا التقديري.

وأما القسم الثاني من الكشف وهو افتراض أنّ اعتبار الملك شرعاً يتحقّق لدى الإجازة ولكن المعتبر هو ملكية حين العقد، فافتراض كشف من هذا القبيل في مقابل القسم الأوّل ورد في كلمات السيد الخوئي ^(١) في حين أنّ الشيخ الانصاري رحمته الله لم يرد في كلامه تقسيم من هذا القبيل للكشف، وأنّما الوارد لديه أنّ الكشف إمّا هو حقيقي أو حكمي ^(٢)، وقد صرف السيد الخوئي الدليل الآخر من دليلي المحقّق والشهيد الثانيين على الكشف - غير الدليل الذي مضى - إلى هذا القسم الثاني من الكشف ولكن الشيخ الانصاري صرف ذاك الدليل إلى الكشف الحقيقي من دون افتراض إنقسامه إلى القسمين.

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٣٤٤ - ٣٤٥، ومصباح الفقاهة ٤ : ١٣٧ - ١٤٣.

(٢) راجع المكاسب ١ : ١٣٢ - ١٣٣، حسب الطبعة المشتملة على تعليق الشهيد.

وعلى أية حال فذاك الدليل هو عبارة عن أنّ الإجازة قد تعلّقت بمفاد العقد ومفاد العقد هو الملكية حين العقد وإمضاء الشارع تعلّق بمفاد الإجازة، اذن فإمضاء الشارع يعني اعتبار ملك حين العقد.

وقد أورد على ذلك الشيخ الانصاري رحمته الله ^(١) بوجوه ثلاثة :

أولاً - أنّ مفاد العقد ليس هو التملك من حين العقد وأنّما مفاده ذات التملك وأنّما ظرف هذا التملك هو حين العقد ولذا ترى أنّ القبول متعلّق بالإيجاب كتعلّق الإجازة بالعقد، ومع ذلك لا يعني القبول قبول حصول الملك من حين الإيجاب وليس ذلك إلّا لأجل أنّ مفاد الإيجاب هو ذات التملك وإن كان ظرفه هو حين الإيجاب والقبول يتعلّق بمفاد الإيجاب الذي هو ذات التملك، وكذلك الحال في الإجازة فلو افتينا في الإجازة بحصول الملك بلحاظ حين العقد بحجّة تعلّق الإجازة بذلك للزم ان نفتي أيضاً في القبول بحصول الملك بلحاظ حين الإيجاب بنفس النكته ولا يلتزم أحد بذلك.

وثانياً - أنّه لو سلّمنا كون مفاد العقد هو التملك من حين العقد وأنّ الإجازة تعلّقت بهذا المفاد قلنا : إنّ كلامنا أنّما هو في الملكية الشرعية، والملكية الشرعية تتبع حكم الشرع وخطابه بالوفاء، وهذا الخطاب أنّما يصبح فعلياً بفعلية موضوعه وهو المجيز أو قل المالك الذي يكون عاقداً أو بمنزلة العاقد وأنّما أصبح المالك كذلك من حين الإجازة فحكم الشارع توجهه إليه من هذا الحين فلا دليل على حصول الملك إلّا بلحاظ هذا الحين.

وثالثاً - ان افتراض حصول الملك بلحاظ حين العقد بسبب الإجازة يعني افتراض الشرط المتأخّر وتأثير المتأخّر في المتقدّم وهو مستحيل.

(١) راجع المكاسب ١ : ١٣٢ - ١٣٣، حسب الطبعة المشتملة على تعليق الشهيد.

والسيد الخوئي أهمل ذكر هذا الإشكال الثالث ومناقشته ولعلّه لأجل أنّه حمل الحديث على ما افترضه قسماً ثانياً للكشف وهو ما يفترض فيه اعتبار الملك مقارناً للإجازة، وإن كان المعبر عبارة عن الملك السابق فلا يُتورّط اذن في إشكال الشرط المتأخّر أو تأثير المتأخّر في المتقدّم فلم ينقل السيد الخوئي عن الشيخ إلّا الإشكاليين الأوّلين وأجاب عليهما^(١).

أمّا الإشكال الأوّل وهو أنّ مفاد العقد ليس إلّا ذات التملك وإن كان ظرفه زمان العقد فقد أجاب عليه بأنّ الإنشاء ليس مفاده إيجاد المعنى كي يقال إنّ العقد إنّما أوجد ذات الملكية وكان وجودها في حين العقد، ففرق بين ان يوجد الملكية في ظرف العقد أو يوجد الملكية المقيّدة بذاك الظرف وأنّ مفاده إبراز الاعتبار النفساني وهذا الاعتبار لا يخلو أمره من الإطلاق أو التقييد ويستحيل الإهمال ثبوتاً، وبما أنّه لا يوجد تقييد في المقام للملكية بزمان خاص فلا بد من الإطلاق وهو الملكية المستمرة والثابتة من حين العقد وذلك لا بمعنى أخذ تمام القيود بل بمعنى رفضها والإجازة تعلّقت بنفس هذا المفاد وهي الملكية المطلقة التي تبدأ من حين العقد.

وأما النقض على ذلك بالقبول المتعلّق بالإيجاب فقد أجاب عليه السيد الخوئي في المحاضرات بأنّ الإيجاب لم يكن تملكاً مطلقاً بل كان تملكاً معلّقاً على لحوق القبول دائماً سواء ذكر التعليق في اللفظ أو لا فلا يترتب عليه الأثر إلّا بتحقيق القبول، وهذا بخلاف عقد الفضولي الذي لا يعلّقه غالباً على إجازة المالك خصوصاً إذا كان العاقد بانياً على مالكية نفسه.

أما عبارة المصباح في الجواب على النقض بالقبول فلا تخلو من تشويش فقد يبدو من صدرها الجواب عليه بأن الإيجاب ليس وحده هو مضمون العقد فإن مضمون العقد لا يحصل إلا بالإيجاب والقبول معاً، وهذا بخلاف باب الفضولي الذي تم فيه العقد قبل الإجازة ومن ذيلها الجواب عليه بمثل ما في المحاضرات ولعل ما في صدر العبارة دليل في نظره على ما في ذيلها أي أن الدليل على كون الإيجاب معلقاً على حصول القبول هو تركّب العقد منهما معاً.

وأما الإشكال الثاني للشيخ وهو أن حكم الشارع إنما حصل من حين الإجازة فقد أجاب عليه السيد الخوئي بأننا وإن كنّا لا نتحاشى عن حصول الحكم من حين الإجازة ولذا نقول: إن اعتبار الملك إنما يكون من حين الإجازة لكننا نقول: إن المعتبر أو المحكوم به إنما هو ملك حين العقد لأن الحكم أو الإمضاء إنما تعلّق بنفس مفاد الإجازة المتعلّق بمفاد العقد الذي هو عبارة عن ملكية حين العقد.

ثم ذكر السيد الخوئي إشكالين^(١) على فرضية كون اعتبار الملك متأخراً إلى حين الإجازة والمعتبر عبارة عن الملك المتقدّم أي الملك حين العقد. أحدهما - ما نقله عن استاذة المحقّق النائيني رحمته الله من أن الحكمين المتضادين لا يجتمعان بلحاظ زمان واحد وإن كان زمان اعتبارهما مختلفاً فالخروج عن الدار المغصوبة لا يمكن افتراض كونها محكومة بالحرمة قبل الدخول وبالوجوب بعد الدخول لاتحاد زمان الواجب والحرام وإن فرض تعدّد زماني الاعتبار، وكذلك في المقام لا يمكن أن يفترض أن هذا المتاع الذي بيع فضولة كان قبل الإجازة ملكاً للمالك الأصلي لا للمشتري ثم يفترض بعد الإجازة

أنه من قبل الإجازة ملك للمشتري لا للمالك الأصلي فهذا يعني اجتماع معتبرين متضادين بلحاظ زمان واحد وإن كان اعتبارهما في زمانين.

وأجاب عليه السيد الخوئي بأن التضاد بين الحكمين بلحاظ زمان واحد رغم اختلاف الاعتبارين زماناً إنما يتم في الأحكام التكليفية بلحاظ تبعيتها للمصالح والمفساد في متعلقاتهما والمفروض وحدة المتعلقين فيلزم من اجتماعهما اجتماع المصلحة والمفسدة من دون كسر وانكسار وهذا غير معقول، وأمّا الأحكام الوضعية كما في ما نحن فيه فلا يأتي فيها هذا الكلام لأنها تتبع المصالح في نفسها والاعتبار سهل المؤونة فبالإمكان اعتبار هذا المال في حين العقد ملكاً لزيد دون عمرو ثم اعتباره في حين الإجازة ملكاً من حين العقد لعمرو دون زيد ولا تنافي بين الأمرين أبداً.

وثانيهما - إن افتراض تأخر الاعتبار عن العقد إلى زمان الإجازة إنما يعقل في اعتبار المجيز نفسه فبإمكانه أن يعتبر حين الإجازة ملكية المشتري بلحاظ حين العقد، وكذلك يعقل في اعتبار الشارع إذا كان بنحو القضية الخارجية بأن يسكت الشارع من حين العقد إلى حين الإجازة ثم يعتبر حين الإجازة حصول الملك من حين العقد ولكن الواقع أن اعتبار الشارع ثابت بنحو القضية الحقيقية منذ أول الشريعة على الموضوعات المقدرة الوجود وأنما الذي يقبل التقدم والتأخر هو المعتبر فإن فرض المعتبر عبارة عن الملك المتقدم على الإجازة أعني الملك حين العقد فهذا هو الكشف بالمعنى الأول المتقدم فيه الاعتبار والمعتبر معاً والذي قلنا باستحالته لعدم معقولية الشرط المتأخر فلا تصوّر قسماً آخر للكشف يفسر بتأخر الاعتبار وتقدم المعتبر وإن فرضناه عبارة عن الملك من حين الإجازة رجعنا إلى النقل.

وأجاب السيد الخوئي على ذلك :

أولاً - بانه لا ملزم لافتراض اعتبار الشارع الملك كي يأتي فيه هذا الكلام بل بالإمكان افتراض ان الشارع هو لا يعتبر شيئاً وأنما يوافق على اعتبار المجيز ويمضيه فان حكم الشارع في باب المعاملات عادة ليس تأسيسياً بل إمضاء لما عليه العقلاء، وما عليه العقلاء هو إمضاء ما فعله المجيز وهو اعتباره ومن المعلوم ان اعتبار المجيز متأخر ولكنه متعلق بمعتبر متقدم.

وثانياً - بانه حتى لو افترضنا ان الشارع هو الذي يعتبر الملك في المقام قلنا : إن اعتبار الشارع حكم من أحكام الشارع له جعل وفعلية، وجعله هو الذي يكون ثابتاً من أول الشريعة على الموضوع المقدر الوجود أما فعليته فتأخر إلى حين فعلية الموضوع كما هو الحال في سائر الأحكام، وموضوعه في المقام هو الإجازة فإذا حصلت الإجازة أصبح الاعتبار فعلياً وهو متعلق بالملك حين العقد وهذا هو معنى القسم الثاني من الكشف الذي قلنا عنه : إن الاعتبار فيه متأخر لحين الإجازة والمعتبر هو الملك المتقدم من حين العقد.

ومقتضى هذا التسلسل من الحديث هو الإيمان بالكشف بهذا المعنى الثاني على مقتضى القواعد بلا حاجة إلى دليل خاص كصحيحة محمد بن قيس، وإن وجد دليل خاص على الكشف فهذه زيادة خير وهذا هو الظاهر من عبارة المصباح ولكن عبارة المحاضرات فيها غموض في المقام من هذه الناحية وهي ان هذا المقدار من البيان هل اثبت الكشف حقاً أو جعل الكشف محتملاً في عرض احتمال النقل ويتمسك عندئذ لإثبات الكشف بعد رد إشكالاته الثبوتية بمثل صحيحة محمد بن قيس، ولكن يظهر في ما ذكره بعد ذلك في ثمرات الكشف والنقل أنه يرى الكشف بهذا المعنى الذي اختاره موافقاً للقواعد ويسميه هناك

بالكشف الحكمي^(١).

أقول : وفي هذا التسلسل من الحديث مواقع للنظر .

فأولاً - ما أجاب به على القول بأن مفاد البيع كان هو ذات التملك لا التملك من حين العقد وهو قوله : إنَّ الإنشاء ليس إيجاداً للملك بل هو كاشف عن اعتبار نفسياني وذاك الاعتبار يستحيل فيه الإهمال فهو إما مطلق أو مقيد .

يرد عليه : إنَّ الإنشاء وإن لم يكن إيجاداً للمعنى في الخارج بل هو كاشف عن اعتبار نفسياني فإنَّ عالم الإنشاء اللفظي ليس عالم الخلق والتكوين وأنما هو عالم الكشف عمّا في النفس كما هو الحال في الأخبار ، لكن هذا الاعتبار النفساني الذي يكشف عنه هذا الإنشاء أنما هو اعتبار لوجود الملك لأنّه بنحو مفاد كان التامة وليس بنحو مفاد كان الناقصة فهو لم يعتبر الملك موضوعاً لحكم ما حتى يقال : إنَّ مقتضى إطلاقه شموله للملك في كل آن وإنّ هذا متعين في مقابل التقييد بعد استحالة الإهمال وأنما اعتبر وجود الملك نعم يختلف الوجود الاعتباري للملك عن الوجودات الحقيقية للأمور التكوينية في أنّ الوجود التكويني أمره دائر في أي لحظة بين أن يخلق وأن لا يخلق ولا معنى لفرض خلق حصّة استقبالية مثلاً ، أمّا الوجود الاعتباري فله حصص منها اعتبار ملك الآن ومنها اعتبار ملك مستقبل أو ماضٍ فإن قصد بقوله : إنَّ الإنشاء ليس إيجاداً أنّه ليس إيجاداً تكوينياً أو كاشفاً عن إيجاد تكويني حتى يكون الزمان ظرفاً له وغير مأخوذ في مفاده بل هو كاشف عن إيجاد اعتباري يؤخذ الزمان في متعلّقه قلنا :

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٣٥٤ ، وأمّا في مصباح الفقاهة فقد سمّاه هناك أيضاً بالكشف الحقيقي

هذا صحيح لكن ملكية الآن أو الملكية الحاصلة من الآن التي أصبحت متعلّقة للإنشاء والوجود الاعتباري أنّما هي حصة في مقابل ملكية الزمان المستقبل مثلاً وليست هذه مطلقة وتلك مقيدة بالمعنى الذي يستحيل الإهمال في ما بينهما بل هما حصتان متقابلتان.

نعم يحمل إطلاق كلام الشارع بعد لغوية اعتبار الجامع بين الحصص على الحصة الأولى لأنّها أقلّ مؤونة في نظر العرف من باقي الحصص إمّا بنكتة أنس ذهن العقلاء في تشريعاتهم للملكية بتشريع ملكية حين العقد أو لأنّ المتعاقدين يهدفان عادة ذلك أو قياساً - في نظر العرف المسامحي - للوجود الاعتباري بالوجود التكويني الذي لا يتخلّف عن زمان إيجاده، أو لأنّ الملك الشامل لكل الآتات ما لم يرفعه الرافع كأنّه في مقابل الملك الخاص بالزمان المستقبل مطلق في مقابل حصصه لا حصة من ضمن الحصص، إمّا الملكية التي تخلق في عالم اعتبار المنشئ فتحمل على اعتبار الجامع من دون لزوم لغوية فإنّ هذا موضوع في نظر العقلاء لوجود الملكية في لوح اعتبار العقلاء من حين إمضائهم قياساً في النظر المسامحي للوجود الاعتباري بالوجود التكويني فمفاد البيع - كما قاله الشيخ الانصاري - هو ذات التمليك لا التمليك من حين العقد.

وثانياً - ما أورده على نقض الشيخ رحمته الله بالقبول المتعلّق بالإيجاب والذي لا ينتج الملك من حين الإيجاب من أنّ الإيجاب كان معلّقاً على القبول يردّ عليه : أنّه إن كان المقصود بذلك كون تأثيره في لوح اعتبار الشارع أو العقلاء معلّقاً على القبول فهو صحيح ولكن هذا لا يعني أنّ المنشأ بالإيجاب هو ملكية ما بعد القبول، وإن كان المقصود بذلك كون المنشأ معلّقاً على القبول بما هو منشأ فهو غير صحيح، وأمّا تركّب العقد من الإيجاب والقبول فهو أنّما يصلح علّة لكون التأثير الشرعي أو العقلاني معلّقاً على القبول لا لكون المنشأ معلّقاً.

وثالثاً - انّ الإشكال الأخير الذي ذكره السيد الخوئي من عدم معقولية تأخّر الاعتبار عن المعتبر في القضايا الشرعية المجعولة بنحو القضايا الحقيقية متين فليس من الصحيح القول بأنّه من حين الإجازة يعتبر الشارع ملكية حين العقد فانّ الاعتبارات الشرعية كلّها قد تحقّقت في زمن التشريع ولا يتم شيء من الجوابين اللذين ذكرهما على هذا الإشكال.

أمّا الجواب الأوّل وهو انّ الشارع ليس له اعتبار خاص به بل هو يمضي اعتبار المجيز وهذا الاعتبار متأخّر عن المعتبر فالمجيز من حين الإجازة قد اعتبر ملكية حين العقد فهو غريب ولا أدري ماذا يفهم السيد الخوئي من إمضاء اعتبار المجيز هل هذا يعني انّ أمر التشريع اعطى بيد المجيز؟! فهذا واضح البطلان أو يعني انّ للشارع اعتباراً مماثلاً لاعتبار المجيز؟ وهذا هو المعنى الصحيح لإمضاء الشارع لكن هذا رجوع إلى اعتبارات الشرع التي تحقّقت كلّها في زمن التشريع ولم يتأخّر شيء منها إلى زمان إجازة المجيز.

وأما الجواب الثاني وهو انّ اعتبار الشارع وإن كان جعله متقدّماً وثابتاً في زمان التشريع لكن فعليته تكون بفعلية موضوعه وهي إجازة المالك فمن حين إجازة المالك تصبح ملكية حين العقد فعلية فيرد عليه: انّ فعلية الجعل التي يفترض تأخّرها عن الجعل إنّما يقصد بها فعلية المجعول، أمّا ذات الجعل فقد تحقّق كاملاً حين التشريع ولا معنى لفعلية متأخّرة له وراء فعلية المجعول والفارق بين الجعل والمجعول هو الفارق بين الاعتبار والمعتبر اذن فتأخّر فعلية الاعتبار لا يعني إلّا تأخّر المعتبر فليس في المقام أمور ثلاثة: الجعل والفعلية والملك المعتبر حتى يفترض انّ الأوّل ثبت في زمن التشريع والثاني ثبت في زمن الإجازة والثالث عبارة عن ملك حين العقد، وأنّما يوجد في المقام أمران: الاعتبار

والمعتبر والأول متقدّم بلا إشكال والثاني إمّا أن يكون عبارة عن ملك حين العقد أو يكون عبارة عن ملك حين الإجازة والأول هو الكشف والثاني هو النقل فليس الكشف منقسماً إلى قسمين : أحدهما ما يفرض فيه تقدّم الاعتبار والمعتبر والثاني ما يفرض فيه تأخّر الاعتبار إلى حين الإجازة وتقدّم المعتبر بان يعتبر من حين الإجازة ملك زمان العقد، بل الكشف الحقيقي قسم واحد وهو القسم الذي يراه السيد الخوئي على بعض وجوهه الماضية مستحيلاً وعلى بعض وجوهه خلاف ظاهر الأدلة العامة ولكننا لا نراه مستحيلاً وإن كنّا نراه خلاف ظاهر الأدلة العامة على ما مضى .

وقد تحصّل بكل هذا البحث أنّ الكشف الحقيقي خلاف ظاهر الأدلة العامة . وأما القسم الثالث من الكشف وهو الكشف الحكمي فهو وإن لم يكن خلاف ظاهر الأدلة العامة لكنّه على أي حال خلاف الأصل فلا بد اذن بعد هذا التطواف من الانتهاء إلى الأدلة الخاصّة لنرى أنّه هل يمكن ان يستفاد منها الكشف أو لا ؟ مقتضى الأدلة الخاصّة :

ولعلّ عمدة الأدلة الخاصّة للكشف ما يلي :

١ - صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال : هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال : خذ وليدتك وابنها فناشده المشتري فقال : خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك فلما أخذ البعّ الابن قال أبوه : ارسل ابني فقال لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيّد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه ^(١) .

وسواء فسرنا أخذ سيّد الوليدة الأوّل للطفل بأنّ الحكم الشرعي هو استرقاقه إلى ان يفديه أبوه بثمنه لكون الوطىء وطىء شبهة، أو لافتراض كونه زنا من قبل الأمّ العالمة بالحال، أو للقول بأنّ ولد الأمّة من حرّ غير المولى مملوك للمولى ما لم يشترط الزوج منذ البدء الحرية، أو فسرناه على أنّه أخذ للطفل كرهينة في مقابل ثمنه لأنّ المشتري فوّت على المولى ولدًا من هذه الأمّة، وسواء كان الحكم بأخذه للولد حكماً حقيقياً أو حكماً للتقية فالمهم أنّه فرض رجوع الطفل إلى المشتري بسبب الإجازة وهذا دليل الكشف.

والاستشكال على ذلك بأنّه لعلّ إرجاع الطفل إلى المشتري كان بسبب أنّه سلّم إلى السيّد الأوّل ثمن الطفل لأنّ سكوت الحديث عن تسليم ثمن الطفل ليس دليلاً على عدم تسليمه، فإنّ الحديث لم يكن بصدد بيان كل الخصوصيات ولذا لم يذكر كيفية المخاصمة وفصلها، مع وضوح انّ مجرد دعوى أبي البائع انّ الوليدة كانت له وقد باعها ابنه بلا اذنه لا يوجب الحكم باسترجاع الوليدة والطفل^(١) غير وارد لأنّ ظاهر قوله: لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني هو ان إرسال الطفل كان في مقابل إرسال ابنه لا في مقابل دفع ثمنه.

٢- صحيحة أبي عبيدة الحذاء قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليهما وهما غير مدرّكين قال فقال النكاح جائز ايّهما أدرك كان له الخيار فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه ان هو رضي قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضى النكاح ثم مات قبل أن

(١) راجع كتاب البيع للسيد الإمام عليه السلام ٢: ١٧٧ - ١٧٨.

تدرك الجارية اترثه ؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر قلت : فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك ؟ قال : لا لانّها الخيار إذا أدركت قلت : فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك ؟ قال : يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية^(١).

ولهذا الحديث تفسيران :

التفسير الأوّل - وهو الذي يبتني عليه الاستدلال به في المقام : انّ المقصود بقوله : « النكاح جائز » كونه قابلاً للتصحیح بالإمضاء وانّ المقصود بالخيار خيار الإمضاء والردّ لا خيار الفسخ ، والشاهد على ذلك هو ما في الحديث من الحكم بعدم الإرث وعدم المهر إذا ماتا قبل الإدراك أو كان الإمضاء طمعاً بالإرث ، وانّ المقصود بقوله : « وليّهما » هو الوليّ العرفي أي من كان يتولّى شؤون الصغير من دون أن يكون وليّاً شرعياً والشاهد على ذلك قوله في ذيل الحديث : « قلت فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك قال يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام » فهذا دليل على أنّ السؤال الأوّل كان سؤالاً عن غير الولي الشرعي ، وذلك إمّا بدعوى انّ احتمال الخصوصية للأب من بين الأولياء الشرعيين غير عرفي فذكر الأب يحمل على المثالية عرفاً ، أو بدعوى انّ ذكر الأب لو جاء على لسان الإمام عليه السلام لا احتملنا خصوصية في الأب تعبّداً ولكن جاء السؤال عن الأب على لسان نفس السائل والنكته التي تتبادر إلى الذهن في السؤال عن الأب بعد السؤال عن مطلق الوليّ هي كون الأب وليّاً شرعياً ، اذن فالمقصود بالوليّ المطلق

كان هو غير الشرعي. هذا، ونفس كون المقصود بالولي في صدر الحديث الولي غير الشرعي شاهد آخر على أنّ المقصود بجواز النكاح قابليته للتنفيذ بسبب الإمضاء لا التنفيذ الفعلي وأنّ المقصود بالخيار خيار الإمضاء والردّ لا خيار الفسخ.

وبناء على هذا الاحتمال يكون الحديث دليلاً على الكشف إذ لولا الكشف لما ثبت الإرث عند تأخر إمضاء من بقي منهما للنكاح عن موت الآخر. وقد يورد على الاستدلال بهذا الحديث على أصل صحّة الفضولي في العقود المالية بأنّ هذا الحديث وارد في النكاح ولا نجزم بعدم الفرق في ذلك بين النكاح والعقود المالية، وقد مضى في أدلّة الفضولي في البحث عن روايات النكاح الفضولي البحث عن دعوى التعدي إلى العقود المالية بالأولوية لأنّ النكاح أهمّ من العقود المالية لارتباطه بالفرج فلئن صحّ عقد الفضولي فيه فهو صحيح في العقود المالية بطريق أولى، وعن دعوى أخرى عكس هذه الدعوى وهي دعوى أنّ النكاح يناسبه التسهيل لكي لا يتورّط الناس في الزنا فتصحیح الفضولي فيه لا يدلّ على تصحيحه في المالية ووضّحنا هناك أنّ كلتا الدعويين لا أساس لهما وأنّما يجب أن نلاحظ بعد حذف بحث الأولوية من الطرفين أنّ العرف هل يتعدّى من النكاح إلى سائر العقود أو يحتمل الخصوصية للنكاح في الحكم بصحّة عقد الفضولي.

ونقول هنا: إنّّه لو آمن أحد في أصل صحّة الفضولي بعدم التعدي من النكاح إلى العقود المالية لاحتمال الفرق فليس من الضرورة أن يؤمن في ما نحن فيه أيضاً - وهو إثبات الكشف - بعدم التعدي، فبإمكانه أن يقول: إنّّه في أصل صحّة الفضولي يحتمل الفرق باختصاص الحكم بالصحّة بالنكاح لكن بعد أن

فرغنا ولو بوجه آخر عن صحّة الفضولي حتى في العقود المالية وهو المفروض في المقام نرى أنّ العرف لا يحتمل الفرق في دائرة العقود التي تصحّ فيها الفضولية بالكشف في بعضها والتقل في البعض الآخر.

نعم لو كان عدم التعديّ إلى العقود المالية هناك على أساس دعوى احتمال أنّ تصحيح الفضولية في النكاح كان لمصلحة التسهيل لكي لا يتورّط الناس في الزنا فنفس هذه النكته توجب عدم التعديّ في ما نحن فيه أيضاً فإنّ الكشف فيه مزيد من التسهيل في أمر النكاح والمنع عن التورّط في الزنا فلعلّه مختص بباب النكاح لأجل هذا المزيد من المصلحة أمّا العقود المالية فاقصر فيها على تصحيح فضوليتها بنحو التقل دون الكشف.

التفسير الثاني - : ان يقال : إنّ المقصود بجواز النكاح في صدر الحديث هو النفوذ الفعلي لا قابليته للنفوذ بسبب الإمضاء وإنّ المقصود بالخيار خيار الفسخ وإنّ المقصود بالولي هو الولي الشرعي وأمّا ما في ذيل الحديث من حكم خاصّ بالأب فهو تفصيل تعبدي بين الأب وغيره من الأولياء الشرعيين أعني الجدّ والوصيّ فنكاح الجدّ والوصيّ جائز مع الخيار للصبي إذا بلغ ونكاح الأب جائز بلا خيار وأمّا ما في الحديث من نفي الإرث والمهر لدى موتهما أو لدى عدم الإمضاء فهو يعني أنّ نكاح الولي لا يوجب الإرث ولا المهر إلّا بعد لزومه بإسقاط الصغير الخيار بعد البلوغ وعلى هذا التفسير فالحديث اجنبّي عن عقد الفضولي تماماً.

وقد رجّح السيد الإمام عليه السلام هذا التفسير على التفسير الأوّل بدعوى أنّ التفسير الأوّل خلاف ظاهر الحديث من عدّة وجوه ^(١) :

فأولاً - حمل الولي في الحديث على الولي غير الشرعي خلاف الظاهر.
 وثانياً - حمل الجواز في صدر الحديث على الصحة التأهيلية أو الجواز
 المعلق على الإمضاء دون النفوذ الفعلي خلاف الظاهر.
 وثالثاً - حمل الخيار على اختيار الإجازة والردّ دون خيار الفسخ خلاف
 الظاهر.

ورابعاً - قوله في فرض إجازة أحدهما بعد الإدراك: «يجوز ذلك عليه»
 يقصد به حتماً جواز آخر غير الجواز المذكور في صدر الحديث لأنّ المفروض أنّ
 ذاك الجواز كان ثابتاً من أول الأمر ولا يتأخّر إلى ما بعد الإدراك والرضا، فإن
 كان الجواز الأوّل بمعنى مجرد إمكانية النفوذ مثلاً فالجواز الثاني هو فعلية النفوذ
 في حين أنّ فعلية النفوذ بمجرد رضا أحدهما غير صحيح لأنّ الآخر لم يرض بعد
 وإن كان الجواز الأوّل نفوذ العقد بالفعل، إلّا أنّه عقد خيارى من كلا الطرفين
 فمعنى الجواز الثاني هو سقوط الخيار من طرف من أدرك ورضى وإن كان الخيار
 لا زال باقياً للآخر وهذا معنى معقول اذن فهذا قرينة على أنّ الجواز بمعنى النفوذ
 الفعلي.

وخامساً - قوله: (أثرته قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف
 بالله...) ظاهر في الإرث الفعلي المتزلزل الموقوف على رضا الآخر.
 وسادساً - تعليقه عليه السلام لعدم الإرث للزوج الذي أدرك ورضى بالعقد ولكن
 الزوجة ماتت قبل الإدراك بقوله: «لأنّ لها الخيار إذا أدركت» ظاهر في أنّ
 الإرث منتف بوجود المانع وهو خيارها لا بعدم تمامية المقتضى وهو العقد. وهذا
 إنّما ينسجم مع التفسير الثاني دون الأوّل.

وقال السيد الإمام رحمه الله: إنّ مخالفة هذا المعنى للفتاوى أو لبعض الروايات

لا توجب العدول إلى التفسير الأول وغاية الأمر أننا نبقي الحديث على ظهوره في التفسير الثاني ونظره لمخالفته لما هو من مسلمة الفقه مثلاً ولا تبرّر مخالفته لما هو من المسلمات حملة على تفسير آخر مخالف للظهور.

أقول : إنّ هذا الكلام أنما يتم لو فرض ظهور الحديث في التفسير الثاني قوياً آيئاً عن الحمل على التفسير الأول في مقام الجمع بحيث يصبح ذلك جمعاً تبرعياً لا عرفياً.

والظاهر أن أكثر النكات التي يبينها السيد الإمام عليه السلام لاستظهار التفسير الثاني غير تام وما يتم منها لا يقاوم ما يشهد للتفسير الأول وتفصيل الكلام ما يلي :

١ - ظهور الولي في الولي الشرعي في عصر صدور النص غير واضح فإنّ هذا اصطلاح متشعري حديث وأنما الولي بمعناه الأصلي يقصد به من يلي أمر الصغير، نعم مقتضى إطلاقه شموله للولي الشرعي لأنّ الولي الشرعي مصداق من مصاديق الولي العرفي ولكن القرينة المتصلة في الحديث منعت عن هذا الإطلاق وهي سؤال السائل بعد ذلك عن حكم مصداق من مصاديق الولي الشرعي وهو الأب وافتراض اختصاص مراده من الولي في سؤاله الأول بخصوص وليّ شرعي غير الأب وهو الجد والوصي بعيد غاية البعد.

٢ - الجواز ظاهر بحدّ ذاته في النفوذ الفعلي ولكن هذا الظهور لا يقاوم ما يصرف الكلام عنه من نفي الإرث والمهر الذي يصرف ذهن العرف إلى عدم تمامية العقد إذا ماتا صغيرين، ومجرّد احتمال أنّه لعلّ الإرث والمهر مرتبطان شرعاً بإسقاط الخيار لا يمنع عن هذا الانصراف وكذلك ما عرفته من أنّ الولي يقصد به المعنى العرفي يكون مؤيداً آخر لحمل الجواز على معنى قابلية النفوذ بالإمضاء.

٣- وظهور الخيار في خيار الفسخ اصطلاح فقهي متأخر ولا تأبى كلمة الخيار في عصر النصوص عن الحمل على خيار الإمضاء والرد.

٤- وقوله في فرض إمضاء أحدهما بعد البلوغ: (يجوز ذلك عليه) وإن كان يقصد به جوازاً آخر غير الجواز الوارد في صدر الحديث إلا أن هذا لا يمنع عن افتراض كون الجواز في صدر الحديث بمعنى قابلية النفوذ لا النفوذ الفعلي فإن هذا لا يستلزم حمل الجواز الثاني على معنى النفوذ الفعلي بل يمكن حمله عندئذٍ على معنى أن من أدرك وأمضى لا يجوز له أن يتراجع عن إمضائه ويجب عليه أن ينتظر إدراك الآخر كي يعرف أنه هل سيمضي أيضاً أو يردّ.

٥- قوله: (اترثه قال نعم يعزل ميراثها منه) ظاهر في الإرث الفعلي بمعنى جواز التصرف بالفعل وإطلاقه مقيد بما جاء بعد هذه الكلمة مباشرة من إدراكها وحلفها بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، أمّا قبل الإدراك والحلف فالأمر يدور بين فرض عدم حصول الملك للوارث أو عدم جواز تصرفه في ملكه وليس الثاني أظهر من الأوّل فإن الإرث لم يكن ظاهراً في مجرد ملكية قانونية بحتة ولو مع الحجر عن التصرف بل كان ظاهراً في جواز التصرف بالفعل والذي قطعنا بتقييده بالمقيد المتصل بما بعد الإدراك والحلف.

٦- أمّا ما جاء في ذيل الحديث من تعليل عدم الإرث بأن لها الخيار فهذا ينسجم حتى مع فرض كون نفي الإرث على أساس عدم تمامية المقتضي وهو العقد وذلك لأن عدم تمامية المقتضي وهو العقد مستند بدوره إلى أن لها الخيار ولولا أن لها الخيار لكان العقد تاماً.

٣- صحيحة الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال فقال: أمّا تزويجه

فهو صحيح وأما طلاقه فينبغي ان تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه كان قد طلق فان أقرّ بذلك وأمضاه فهي واحدة باينة وهو خاطب من الخطّاب وان انكر ذلك وأبى ان يمضيه فهي امرأته قلت : فإن ماتت أو مات ؟ قال يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقى ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالنكاح ويدفع إليه الميراث^(١).

ومصّب الاستدلال بهذا الحديث تارة يكون هو الصدر وأخرى هو الذيل :
أما الاستدلال بالصدر فمبني على تفسير كلمة « تحبس عليه » بمعنى الفصل بينه وبينها كما فهمه السيد الإمام عليه السلام^(٢) فيقال عندئذ : أنه لولا ان إمضاه للطلاق يكشف عن صحّة الطلاق من حينه لا من حين الإمضاء لم يكن وجه للفصل بينهما قبل الإمضاء احتياطاً باحتمال حصول الإمضاء.

وأورد السيد الإمام عليه السلام على هذا الوجه بإيرادين^(٣) :
الأول - ظهور الحديث في كون هذا الفصل استحبابياً لا وجوبياً ولعله عليه السلام استظهر ذلك من كلمة (ينبغي) أو من كونهما صبيين .
والثاني - أنه سواء فرض هذا الفصل استحبابياً أو وجوبياً فلعلّ ملاكه ليس هو الاحتياط باحتمال حصول الطلاق لما سيتحقّق منه من الإمضاء بل ملاكه هو الاحتفاظ بحرمة الصغيرة لانّ ملاستها مع كونها في معرض ان ينفذ الطلاق بشأنها نوع منقصة لها ربّما تضرّ بحالها في المستقبل .

(١) الوسائل ١٧ : ٥٢٨ - ٥٢٩ ، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج ، الحديث ٤ .

(٢) راجع كتاب البيع ٢ : ١٨١ .

(٣) راجع المصدر السابق .

أقول: إنّ اختصاص كلمة ينبغي بالاستحباب اصطلاح فقهي متأخر أمّا موارد استعمالها الأصليّة فهي من قبيل قوله تعالى: ﴿ لا الشمس ينبغي لها أن تدرك القمر ولا الليل سابق النهار وكل في فلك يسبحون ﴾^(١).

وأما الحمل على الاستحباب بنكته الصغر فهو لا ينافي الاستدلال العرفي بهذا الحديث على نفوذ الطلاق من حينه بالإمضاء المتأخر وذلك لأنّ الاستحباب المستفاد بهذه النكته أنّما يفهم عرفاً كونه استحباباً حيثياً أي أنّ الفصل إنّما أصبح استحبابياً لصغرهما لا لعدم نفوذ الطلاق من حينه ولو لا الصغر لكان واجباً.

كما أنّ الإشكال الثاني أيضاً قد يقال بعدم وروده لأنّ حمل الفصل على مسألة حرمة الصغيرة دون احتمال نفوذ الطلاق بعيد عن الذهن.

ولكن أصل حمل قوله: « تحبس عليه » على معنى الفصل بينهما غريب فإنّ الحبس لو كان متعدّياً بـ « عن » بأن قال: « تحبس عنه » صحّ هذا التفسير ولكن حينما تعدّى بـ « على » كان معناه منعها عن الزواج وإيقافها على هذا الزوج إلى أن يكبر ويمضي أو يردّ فالصدر اجنبيّ عن مسألة الكشف.

ثم لم سلّم تفسير « تحبس عليه » بمعنى تحبس عنه ودلّ الحديث على كشف إمضاء الطلاق عن صحّته من حينه قلنا: إنّ هذا اجنبيّ عن باب الفضولي لأنّ الطلاق طلاقه من أوّل الأمر غاية ما هناك أنّه كان يعتبر رضاه ضعيفاً لصغره فصحة ذلك بالإمضاء المتأخر لا تكشف عن صحّة عقد الفضولي الذي كان اجنبياً عن المالك نهائياً إلى ما قبل الإمضاء.

وقد يقال: إنّنا وإن كنّا لا نتعدّى من مورد الحديث إلى باب عقد الفضولي

لإثبات صحة عقد الفضولي، ولكن المفروض الآن أن عقد الفضولي صحيح ولو بدليل آخر غير هذا الحديث وعندئذ نقول: لا يحتمل العرف الفرق في موارد كفاية الرضا المتأخر بالكشف في بعضها والنقل في الآخر اذن فلما دلّ هذا الحديث على الكشف في موردته تنعدي في ذلك إلى موارد عقد الفضولي:

والجواب: إن عدم التعدي من مورد هذا الحديث إلى موارد عقد الفضولي في أصل التصحيح كان بنكتة التصاق الطلاق بالزوج في مورد الحديث من أول الأمر فنفوذه بعد البلوغ والإمضاء لا يستلزم نفوذ عقد الفضولي الذي لم يكن ملتصقاً منذ البدء بالمالك ونفس هذه النكتة توجب عدم التعدي في المقام إذ يقال: لعل نكتة الكشف عن وقوع الطلاق من حينه بالإمضاء المتأخر كونه منتسباً إلى الزوج من حينه بخلاف عقد الفضولي الذي لا يصبح منتسباً إلى المالك بمعنى من المعاني إلا بعد الإمضاء.

وأما الاستدلال بالذيل فحاصله أنه عليه السلام رتب الإرث على الإمضاء من قبل من بقى منهما وادرك في حين أن الموت قد وقع قبل الإمضاء وهذا لا ينسجم إلا مع الكشف.

ويرد عليه - بعد غرض النظر عن أن فضولية عقد الأب للصغير أو الصغيرة خلاف مسلمات الفقه بل لعله كذلك فرض عقده خيارياً يصح للصغير بعد البلوغ فسخه - أن الحديث اجنبي عن المقام لأنه ليس المقصود به تصحيح عقد النكاح بالإمضاء بل المفروض فيه صحة عقد النكاح منذ البدء غير أن الإرث يتوقف حسب مفاد هذا الحديث على إسقاط الخيار وذلك لأن ظاهر قوله في صدر الحديث: «أما تزويجه فهو صحيح» هو النفوذ الفعلي، وقوله: «فإن أقر بعد ذلك وأمضاه فهي واحدة باينة» كالصريح في ذلك لأنه لو لا تمامية العقد ونفوذه الفعلي

فالزوج إذا أدرك وكره النكاح لم يكن بحاجة إلى إمضاء الطلاق الذي صدر منه في صغره بل يمتنع عن أصل إمضاء النكاح وعندئذ يكون خاطباً من الخطاب من دون أن تتحقق واحدة باينة ويؤيد ذلك أيضاً حكمه عليه السلام في فرض موت أحدهما قبل الإدراك والإمضاء بثبوت الإرث للآخر لو أدرك وأمضى في حين أنه على تقدير عدم نفوذ النكاح في ذاته رغم صدوره من الولي لم يكن من المترقب توريث الباقي منهما بإمضاء لأن الآخر مات قبل الإمضاء فلم يتم النكاح كما بين ذلك في ما مضى من صحيحة أبي عبيدة الحذاء.

فالمتحصل أن هذا الذيل اجنبي عن المقام وأن الحديث إنما هو دالّ على أنّ نكاح الأب للصغير نافذ بالفعل وأن الصغير حينما يبلغ يكون له الخيار في الفسخ والإمضاء، فوزان هذا الحديث وزان صحيحة محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يزوّج الصبية قال: إن كان ابواهما اللذان زوّجاها فنعم جائز ولكن لهما الخيار إذا أدركا فان رضيا بعد ذلك فإنّ المهر على الأب قلت: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره؟ قال: لا^(١)، فالمقصود بالخيار في هذا الحديث هو خيار الفسخ بقرينة ظهور قوله: (فنعم جائز) على النفوذ الفعلي خاصة أنه فصل بين قوله (نعم جائز) وقوله: (لهما الخيار) بكلمة «ولكن» ممّا يوجب استبعاد كون قوله: (لهما الخيار) تفسيراً للجواز بان له خيار الإمضاء فترى التعبير اختلف عن التعبير الوارد في صحيحة أبي عبيدة الحذاء حيث جاء فيها: (النكاح جائز أيهما أدرك كان له الخيار) من دون فصل بين الجملتين بمثل كلمة «ولكن».

٤ - حديث يزيد الكناسي قال قلت لأبي جعفر عليه السلام متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته ولا يستأمرها؟ قال: إذا جازت تسع سنين فإن زوّجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين قلت: فإن زوّجها أبوها ولم تبلغ تسع سنين فبلغها ذلك فسكتت ولم تأب ذلك أيجوز عليها؟ قال ليس يجوز عليها رضا ولا تأب ولا سخط في نفسها حتى تستكمل تسع سنين وإذا بلغت تسع سنين جاز لها القول في نفسها بالرضا والتأبّي وجاز عليها بعد ذلك وإن لم تكن أدركت مدرك النساء قلت: أفتمام عليها الحدود وتؤخذ بها وهي في تلك الحال وإنما لها تسع سنين ولم تدرك مدرك النساء في الحيض؟ قال نعم إذا دخلت على زوجها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها وأقيمت الحدود التامة عليها ولها.

قلت: فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية؟ فقال: يا أبا خالد إن الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك قلت: فإن ادخلت عليه امرأته قبل أن يدرك فمكث معها ما شاء الله ثم أدرك بعد فكَرِهَهَا وتأبّاها قال إذا كان أبوه الذي زوّجه ودخل بها ولذّ منها وأقام معها سنة فلا خيار له إذا أدرك ولا ينبغي له أن يردّ على أبيه ما صنع ولا يحلّ له ذلك.

قلت: فإن زوّجه أبوه ودخل بها وهو غير مدرك أتقام عليه الحدود وهو في تلك الحال؟ قال: أمّا الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجل فلا ولكن يجلد في الحدود كلها على قدر مبلغ سنّه يؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة ولا تبطل حدود الله في خلقه ولا تبطل حقوق المسلمين فيما بينهم قلت: جعلت فداك فإن طلقها في تلك الحال ولم يكن قد أدرك أيجوز طلاقه؟ فقال: إن كان قد مسّها

في الفرج فإن طلاقها جائز عليها وعليه وإن لم يمسه في الفرج ولم يلد فيها ولم تلد منه فإنها تعزل عنه وتصير إلى أهلها فلا يراها ولا تقربه حتى يدرك فيسأل ويقال له: إنك كنت قد طلقت امرأتك فلانة فإن هو أقر بذلك وأجاز الطلاق كان تطبيقاً بآئنة وكان خاطباً من الخطاب^(١).

والحديث مشتمل على جملة من الأحكام شبه المسلم فقهاً خلافها لولا التأويل من قبيل: أن تزويج الأب للبنت من دون استيمارها قبل بلوغها تسع سنين لا ينفذ عليها فلها الخيار بعد بلوغ هذا السن وينفذ عليها لو أوقعه بعد بلوغ تسع سنين، ومن قبيل التفصيل في كفاية بلوغها تسع سنين لبلوغها مبلغ التكليف بين ما لو دخلت على الزوج أو لا، ومن قبيل التفصيل في حق ردّ زواج الأب للولد بعد الإدراك بين ما لو دخل بها قبل الإدراك ولّد منها وأقام معها سنة أو لا، ومن قبيل التفصيل في نفوذ طلاق غير المدرك بينما لو مسه في الفرج فينفذ وما لو لم يمسه في الفرج ولم يلد منها ولم تلد منه فتعزل عنه حتى يدرك ويمضي الطلاق أو يرفضه.

وشاهد بحثنا هو هذا المقطع الأخير فلولا الكشف لما كان وجه لفصلها عنه قبل الإدراك والإمضاء.

ومخالفة جملة من مقاطع الحديث لشبه المسلمات قد يسلب الوثوق بالحديث ويسقطه على بعض المباني في الأصول عن الحجية في غير موارد المخالفة.

وفي سند هذا الحديث بحث اشرنا إليه في مبحث شرط البلوغ. والسيد الإمام رحمته الله أعاد هنا ما ذكره في الحديث السابق من أنه لعلّ الفصل

(١) الوسائل ١٤: ٢٠٩ - ٢١٠، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ٩.

بينهما لمراعاة حالها وحرمتها باعتبار أنّ الاستمتاع بها على تقدير أنّه سينفد الطلاق بشأنها مضرّ بشأنها على أنّه قد يحمل على الاستحباب بقريّة ذاك الحديث^(١).

أقول : وكذلك نحن نعيد هنا ما ذكرناه في الحديث السابق من أنّه لا يمكن قياس عقد الفضولي غير المستند من أوّل الأمر إلى المالك بالطلاق الذي هو مستند إلى الزوج منذ البدء .

٥ - رواية مسمع أبي سيار التامة سنداً قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ائني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لي عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه فقال : هذا مالك فخذ هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حلّ فأخذت المال منه وابتعت ان آخذ الربح وأوقفت المال الذي كنت استودعته واتييت حتى استطعت رأيك فما ترى ؟ قال فقال : خذ الربح واعطه النصف وأحلّه ان هذا رجل تائب والله يحب التوابين^(٢). وهذا الحديث لو حمل على تعامل الغاصب بما في الذمّة وأن إعطاء الربح كان من باب إرضاء المالك فهو اجنبيّ عن المقام وعن باب الفضولي نهائياً، وإن حمل على التعامل بعين المال المغصوب وان إعطاء الربح إلى المالك كان من باب أنّه ربح ماله كان الحديث راجعاً إلى عقد الفضولي وعندئذٍ لو حمل الربح على النماء أو ما يشمل النماء لا خصوص ربح التجارة دلّ الحديث على الكشف لأنّ النماء حصل قبل الإجازة فامتلاكه بالإجازة دليل الكشف إلّا أنّ هذا خلاف الظاهر فإنّ الظاهر أنّ المقصود هو ربح التجارة .

(١) راجع كتاب البيع ٢ : ١٨٢ .

(٢) الوسائل ١٣ : ٢٣٥ ، الباب ١٠ من أبواب الوديعة .

فان حمل على الربح التجاري كما هو الظاهر فأوّل ما يخطر بالبال هو أنّ الحديث لا دلالة له على الكشف لأنّه ينسجم مع النقل أيضاً فإنّه وإن كان الظاهر أنّ الغاصب أوقع عدّة تجارات متبادلة على مال أبي سيار وبدائله لكن اجازته أيضاً تنحل إلى عدّة اجازات بعدد البيوع فيملك في كل مرّة بدل ماله وبهذا يمتلك كل الأرباح حتى على النقل .

ولكن السيد الإمام رحمته الله ذكر^(١) وجهاً للاستدلال بهذا الحديث على الكشف رغم فرض حمل الربح على الربح التجاري وهو أنّ الإجازة لو فرضت منحلّة إلى عدّة اجازات فهذه الاجازات ليست مترتبة وطولية بل هي اجازات في عرض واحد فالإجازة الأولى وقعت على بيع ماله فتنفذ، أمّا باقي الاجازات فهي على النقل وقعت على مال الغير لأنّها وقعت على بيع عوض ماله في عرض وقوع الإجازة الأولى على بيع ماله فلا تنفذ، فتفسير نفوذها ينحصر بافتراض الكشف فإنّه عندئذٍ تحصل كل هذه الملكيات قبل زمان الاجازات فالاجازات كلها وقعت على ماله اذن فهذا الحديث يدلّ على الكشف .

ثم أبدى رحمته الله احتمال نقاش في هذا البيان بأحد وجهين :

الأوّل - ان يقال : إنّهُ ليس من شرط تأثير الإجازة وقوعها على ما هو ملكه حين الإجازة بل يكفي وقوعها على مال ثم انتقل ذاك المال إليه فعندئذٍ يملك ابو سيار كل الأرباح حتى على النقل ، لأنّه بالإجازة الأولى ملك عوض ماله والإجازة الثانية أثّرت بعد ما ملك عوض ماله فملك عوض العوض وهكذا إلى أنّ ملك آخر الأموال .

الثاني - ان يقال إننا ولو سلمنا ضرورة معاصرة الإجازة للملكية قلنا : إن الإجازة كما تؤثر بوجودها الحدوثي كذلك تؤثر بوجودها البقائي فحتى على النقل يملك ابو سيار كل الأرباح لأن الإجازة الثانية مثلاً وإن لم تقع في أول حدوثها على ملكه لكن بعد ان ملك العوض بالإجازة الأولى أصبحت الإجازة الثانية بوجودها البقائي مصححة للبيع الثاني فإنها عندئذ إجازة معاصرة للملك .

ثم حسم رحمته الموقف ببيان أننا ما دمنا نؤمن بأنه يكفي في تصحيح معاملة الفضولي رضا المالك بلا حاجة إلى الإجازة بوجودها الإنشائي وليس في الحديث إشارة إلى وقوع إنشاء إجازة الفضولي فالظاهر ان تصحيح التجارات كان بمجرد الرضا فعندئذ نقول : لئن ناقشنا في كفاية الإجازة بوجودها البقائي لأن الإجازة أمر إنشائي وانشاؤها يكون في آن حدوثها لا مجال للنقاش في كفاية الرضا بوجوده البقائي لأنه ليس أمراً إنشائياً وإنما هو مجرد حالة باطنية مستمرة وحال وجودها البقائي كحال وجودها الحدوثي فما عدا البيع الأول أيضاً يصح حتى على النقل ولو بالوجود البقائي للرضا فالحديث لا يدل على الكشف . أقول : إن إبداء احتمال كفاية الإجازة السابقة على الملك أو احتمال كفاية الإجازة البقائية أو احتمال كفاية الرضا ولو من دون إجازة ، والرضا عندئذ يكفي وجوده البقائي ان إبداء أي واحد من هذه الاحتمالات كاف في إبطال الاستدلال بهذا الحديث على الكشف بناء على كون هذه الاحتمالات غير منفية إلا بالأصل العملي وهو أصالة عدم ترتب الأثر ، فإن مجرد نفيها بالأصل لا يعين مفاد هذا الحديث في احتمال رابع وهو الكشف ، على أن الكشف أيضاً خلاف الأصل أما إذا نفينا تلك الاحتمالات بدليل لفظي بان قلنا : إن تجارة عن تراض لا تشمل هذه الفروض فيكون الحصر في الآية دالاً على بطلان هذه الاحتمالات اذن بالإمكان

ضم تلك الدلالة إلى هذا الحديث لإثبات الكشف وبما أن السيد الإمام عليه السلام مختاره كفاية الرضا الباطني بلا حاجة إلى الإجازة في تصحيح البيع لأن مثل إطلاق ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ يشملُه وليس منصرفاً عن العقد الاجنبي عن الشخص بتاتاً بأن لا يكون مرتبطاً به حتى بمقدار الرضا^(١) فعلى مناه لا تبقى أي دلالة لهذا الحديث على الكشف بل حتى لو لم نؤمن بأن مقتضى القاعدة كفاية الرضا، قد يقال: إن نفس هذا الحديث فيه دلالة على كفاية الرضا وعدم الحاجة إلى الإجازة وذلك لما جاء في عبارة السيد الإمام عليه السلام من عدم إشارة في هذا الحديث إلى إنشاء الإجازة فالظاهر أنه لم يكن شيء إلا مجرد الرضا بأخذ المال وربحه^(٢).

وبالامكان ان يقال في مقابل ذلك: إن ارتكازية عدم كفاية الرضا والحاجة إلى إنشاء الإجازة (ولا أقصد بذلك الإنشاء اللفظي بل تبني العقد والبناء عليه وهو أمر نفسي زائد على مجرد الرضا بمعنى طيب النفس) توجب حمل الحديث في الفهم العرفي إلى فرض الإجازة ولو بمعنى التبني الباطني.

وعلى أية حال فالظاهر عدم تمامية دلالة الحديث على الكشف وتوضيح ذلك هو: أن حاصل وجه الاستدلال به على الكشف هو أننا إذا بنينا على أن الإجازة يجب ان تنصب على مال المجيز لا على مال غيره وبنينا على أن الإجازات للتجارات المتبادلة في مورد حديث مسمع أبي سيار كانت متعاصرة زمنياً وبنينا على النقل لا الكشف لزم من مجموع هذه الأمور ملكية المجيز لكل الأموال المتبادلة في هذه التجارات في آن واحد أي الجمع بين العوض والمعوض في الملكية في آن واحد، وهذا ليس أمراً عقلياً فلا بد من رفع اليد عن أحد

(١) راجع كتاب البيع ٢ : ١٠١.

(٢) راجع كتاب البيع ٢ : ١٨٤.

الأمر الثلاثة التي بنينا عليها ولا يصح رفع اليد عن الأمر الأول وهو ضرورة انصباب الإجازة على مال المجيز فإنّ عدم تأثير صبّ الإجازة على مال الناس واضح عقلاً ولا رفع اليد عن الأمر الثاني وهو عرضية تلك الإجازات زمنياً فإنّ هذا هو ظاهر الحديث، اذن ينحصر الأمر في رفع اليد عن الأمر الثالث وهو النقل وبهذا يثبت الكشف.

والجواب : أنّنا نمنع كون مفاد البيع والمبادلة ضيقاً لا يتم إلا بفرض الملكية بان يصبح فاقد المعوّض مثلاً مالاً كافياً للفعل للعوض بل تكفي صيرورته أولى من الناس الآخرين بالعوض ومصير هذه الأولوية هو تحقّق الملكية ما لم يمنع عن ذلك نفس هذا الشخص كما لو اشترى بماله شيئاً لابنه الصغير فهو يدخل رأساً في ملك ابنه لا في ملكه وذلك بإرادته، وليس هذا منافياً لأولويته بهذا المال بل هو عين إعمال الأولوية وقد مضى شرح ذلك لدى تعرضنا لوجوه تفسير شراء العمودين عند البحث عن الفضولي الذي يبيع لنفسه فراجع وعلى هذا نقول : إنّ هذا الشخص أجاز في مورد الحديث في أنّ واحد كل المبادلات ولو كانت إجازته خاصّة بالبيع الأول لدخل الثمن في ملكه لكن إجازته للعقد الثاني حرّف من مسير هذا الثمن وأدخله في ملك آخر ولولا إجازته للعقد الثالث لدخل عوض هذا الثمن في ملكه، ولكنّه بإجازته دخل في ملك آخر وكل هذا لا ينافي أولويته بهذه الأموال بل هذا إعمال للأولوية، وإن شئت فسمّ هذه الأولوية بالملكية التقديرية وقل : إنّ الممنوع ارتكازاً أنّما هو تعاصر الملكيات الفعلية للبدايل لا الملكيات التقديرية التي تكون حصيلة مجموعها ملكية فعلية واحدة لأحد البدائل فحسب وهذه الإجازات كلها معاصرة زمنياً لكن تأثير كل واحدة منها موضوع لتأثير الأخرى ومقدّم عليه رتبة حسب ترتيب المبادلات.

٦- روايات المضاربة مع مخالفة العامل للشرط^(١) وكذلك روايات الاتجار بمال اليتيم^(٢) وقد سبق ممّا الإشكال في أصل دلالتها على صحّة عقد الفضولي .
وأقول هنا : لو ناقشنا في دلالتها على الفضولي بدعوى خروجها عن مورد الفضولي رأساً اذن لا يبقى مجال لدالتها على الكشف ، ولو ناقشنا فيها بدعوى احتمال خصوصية في المورد كما مضى في روايات المضاربة باعتبار كون تقسيم الربح خلاف القاعدة فقلنا : اذن يحتمل الاختصاص بالمورد أو كأن يقال في روايات الاتجار بمال اليتيم باحتمال كون تصحيح المعاملة المربحة لمجرد إرفاق خاص باليتيم ، فبالإمكان القول بالتعدّي في الكشف بدعوى عدم احتمال الفرق في دائرة العقود الفضولية الصحيحة بالكشف أحياناً والنقل أخرى .
وعلى أيّة حال فوجه الاستدلال بهذه الروايات على الكشف هو نفس وجه الاستدلال برواية مسمع أبي سيار باعتبار تعاقب تجارات عديدة على المال ويكون الجواب نفس الجواب باعتبار انّ الربح هنا ربح تجارة لانماء .
وهناك بعض روايات أخرى قد يستدل بها على الكشف نغض النظر عن بحثها لوضوح عدم تمامية الاستدلال بها^(٣) .
والمتحصل من كل ما ذكرناه انّ الكشف غير ثابت بمقتضى القواعد ولكنه ثابت تعبدّاً بصحیحة محمد بن قيس وصحیحة أبي عبيدة الحذاء السابقتين .

(١) راجع الوسائل ١٣ : ١٨١ - ١٨٣ ، الباب ١ من كتاب المضاربة .

(٢) راجع الوسائل ٦ ، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة ، و ١٢ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به ، و ١٣ ، الباب ١٠ من كتاب المضاربة ، والباب ٩٢ من كتاب الوصايا .

(٣) راجع كتاب البيع للسيد الإمام عليه السلام ٢ : ١٨٤ - ١٨٥ .

الكشف الحقيقي أو الحكمي ؟ :

وهل الاستفادة منهما في المقام الكشف الحقيقي أو الحكمي ؟
 ذهب السيد الخوئي^(١) إلى أنّ الاستفادة منهما هو الكشف الحقيقي وذلك
 بالمعنى الوسطي الذي ذكره في المقام للكشف وهو تأخّر الاعتبار وتقديم المعبر
 وأنهما لا تحمّلان على الكشف الحقيقي بالمعنى الأوّل وهو تقدّم الاعتبار والمعتبر
 ولا على الكشف الحكمي بمعنى ترتيب آثار الكشف مع تأخّر المعبر .
 والوجه في ذلك في رأيه هو أنّ حملها على الكشف الحقيقي ببعض وجوه
 حمل على أمر مستحيل وبعض وجوه حمل على خلاف ظاهر الأدلة العامة بلا
 مبرّر لذلك ، لأنّ تلك الأدلة الخاصة لم تدلّ على خصوص الكشف بذاك المعنى
 فلو حملت على معنى آخر من الكشف لا يخالف ظهور الأدلة العامة يكون ذلك
 عملاً بالأدلة العامة والخاصة معاً وجمعاً بين كل الظواهر ، وحملها على الكشف
 الحكمي أيضاً غير صحيح لأنّه ان قصد بذلك التنزيل منزلة الكشف في بعض
 الآثار فهذا خلاف ما يفهمه العرف من تلك الأدلة من ترتيب جميع الآثار ، وإن
 قصد بذلك التنزيل منزلة الكشف في تمام الآثار اذن هذا رجوع إلى الكشف
 الحقيقي لأنّ تنزيل شيء شرعاً منزلة شيء آخر في تمام الآثار من دون ان يرجع
 إلى حقيقة ذاك الشيء أمّا يعقل في تنزيل شيء منزلة موضوع خارجي كتنازل
 الطواف منزلة الصلاة أو تنزيل الفقاع منزلة الخمر فحتى لو ثبتت للطواف كل
 أحكام الصلاة لم يصبح الطواف صلاة وحتى لو ثبتت كل أحكام الخمر للفقاع لم
 يصبح الفقاع خمرأ ، أمّا تنزيل شيء منزلة حكم شرعي في تمام الآثار من دون

فرض اعتبار نفس ذاك الحكم حقيقة فهو فضول من الكلام من قبيل ان يقال مثلاً: إن المطلقة الرجعية بحكم الزوجة في تمام الآثار لكنها ليست زوجة وما نحن فيه من هذا القبيل فإن الكشف حكم شرعي كالزوجة فلو دلّ الدليل على ترتيب كل آثاره فهذا يعني ثبوت الكشف حقيقة اذن فتلك الأدلة الخاصة محمولة على الكشف حقيقة لكن بمعنى ان الشارع يعتبر من حين الإجازة ملكية حين العقد.

أقول: إن هذا الكلام كما ترى مبتن على تصوّره للكشف بمعنيين أحدهما تقدّم الاعتبار والمعتبر، والثاني تأخر الاعتبار وتقدّم المعتبر أمّا على ما عرفت من أن الكشف ليس له بوجهه الحقيقي إلا معنى واحد وهو تقدّم الاعتبار والمعتبر اذن فلازم القول بالكشف الحقيقي هو القول بجواز التصرف في ما انتقل إليه فضولة قبل الإجازة على تقدير علمه بأنّه ستلحقه الإجازة ويكون هذا فارقاً في الأثر بين الكشف الحقيقي والكشف الحكمي.

وبتعبير أشمل: لازم القول بالكشف الحقيقي هو القول بأن آثار نفوذ العقد من حينه تترتب من حين العقد، لان العقد نفذ في حينه فكل آثاره تترتب من حينه ولازم القول بالكشف الحكمي ان آثار نفوذ العقد من حينه أمّا تترتب من حين الإجازة، ولازم القول بالنقل عدم ترتب أي أثر من آثار نفوذ العقد من حينه حتى حين الإجازة، وأمّا ترتب آثار نفوذ العقد لا من حينه بل من حين الإجازة، فمثلاً النماء الحاصل قبل الإجازة يكون ملكاً لمن انتقل إليه المال قبل الإجازة بناء على الكشف الحقيقي، ويكون ملكاً له لدى الإجازة لا قبلها بناء على الكشف الحكمي ولا يكون ملكاً له أصلاً بناء على النقل.

ومن هنا يتضح ان الأصل العملي يقتضي النقل أولاً ثم الكشف الحكمي، أي ان الكشف ولو حكماً خلاف الأصل وعلى تقدير ثبوت الكشف وتردده بين

الحقيقي والحكمي يكون الكشف الحقيقي خلاف الأصل، وبما أن الكشف لم يثبت لدينا إلا بالأدلة الخاصة والأدلة الخاصة لا ظهور لما يتم منها في ترتب الآثار من حين العقد فمثلاً ليس لها ظهور في جواز التصرف قبل الإجازة لمن يعلم بلحوق الإجازة اذن فبالإمكان حملها على الكشف الحكمي من دون أن يلزم من ذلك رجوع الأمر إلى الكشف الحقيقي.

نعم على مسلكه من تصوّر الكشف بمعنى تأخر فعلية الاعتبار وتقدّم المعبر يتم ما ذكره من أنه لا يبقى فرق بين الكشف وترتيب آثار الكشف، لأن الكشف الذي يقوله يشارك النقل في عدم جواز التصرف قبل الإجازة مع العلم بالإجازة وعدم ترتب الآثار منذ البدء ولكن بما أننا لا نتصوّر الكشف بهذا المعنى فمهما يفترض ترتيب آثار الكشف على النقل يبقى الفارق في عدم جواز التصرف قبل الإجازة وعدم ترتب الآثار من حين العقد، ولا معنى لحمل الأدلة الخاصة للكشف على الكشف بمعنى تقدّم المعبر وتأخر الاعتبار فإن هذا كما عرفت أمر غير معقول، وأنما يدور أمرها بين الحمل على الكشف الحقيقي بمعنى تقدّم الاعتبار والمعتبر معاً، والكشف الحكمي وبما أن صحيحة محمد بن قيس وصحيحة الحذاء لا دلالة فيهما على جواز التصرف قبل الإجازة لمن يعلم بلحوق الإجازة اذن يبقى هذا الجواز منقياً بأصالة العدم وهذا يعني تعيين الكشف الحكمي في المقام.

نعم عزل الإرث في صحيحة الحذاء قبل بلوغها وإجازتها يعني ترتيب الاحتياط بشأن أثر الإرث من حين العقد لإجل احتمال لحوق الإجازة إلا أن هذا ليس بنحو ينتزع منه العرف تقدّم المعبر وهو الزوجية حقيقة وثبوتها حين العقد. ولعل بعض أدلة الكشف غير التامة لو تمّ كان بالإمكان الاستفادة الكشف

الحقيقي منه، من قبيل ما دلّ على فصل الزوجة عن الزوج الصغير الذي طلقها لاحتمال تعقّب الإجازة بعد البلوغ فقد يقال إنّ هذا إن دلّ على نفوذ عقد الفضولي يدلّ على الكشف الحقيقي إذ لولا الكشف الحقيقي فالعلم بأنّه سيجيز لم يكن سبباً للفصل قبل الإجازة فضلاً عن الاحتمال.

وإن كان قد يقال في هذا الحديث أيضاً بعدم دلالته على ثبوت كل الآثار قبل تعقّب الإجازة فقد لا يتعدّى مثلاً من وجوب الفصل إلى جواز الزواج بشخص آخر لدى العلم بأنّ الزوج الأوّل سيجيز الطلاق بعد البلوغ. ثمرات القول بالكشف والنقل :

بقي تفصيل الكلام في ثمرات الكشف والنقل فنقول وبالله التوفيق :
إنّنا نعتقد في هذا البحث المقارنة في النتائج بين وجوه ثلاثة من الوجوه المتصورة لصحّة عقد الفضولي :

الأوّل - القول بالكشف الحقيقي بمعنى تقدّم الاعتبار والمعتبر أي أنّ الإجازة المتأخّرة تكشف عن أنّ الشريعة اعتبرت منذ البدء حصول الملك أو النقل والانتقال من حين العقد.

والثاني - القول بالكشف الحكمي بمعنى تأخّر المعتبر مع ترتيب آثار الملك السابق من حين الإجازة أي أنّ الشريعة تعتبر حصول الملك والنقل والانتقال لدى الإجازة وتعتبر آثار الملك السابق بمعنى أنّه تثبت من ثمرات الملكية السابقة القطعة المقارنة للإجازة فالنماء السابق على الإجازة اللاحقة للعقد مثلاً يعتبر لمن انتقل إليه الأصل لكن من حين الإجازة لا من حين العقد، أمّا لو فرض ثبوت آثار الملكية السابقة بوجودها الممتد في الزمان الماضي إلى حين العقد فقد رجعنا إلى الكشف الحقيقي.

وبكلمة أخرى أننا لا نجعل الفارق بين الكشف الحقيقي والكشف الحكمي كون الأول عبارة عن تقدّم الاعتبار والمعتبر معاً (ونقصد بالمعتبر الملك) وثبوتهما حال العقد، والثاني عبارة عن تقدّم المعتبر وتأخّر الاعتبار لحين الإجازة كما هو المعنى الصحيح للكشف في نظر السيّد الخوئي وذلك لما مضى منّا من عدم معنى معقول لفرض تقدّم المعتبر وتأخّر الاعتبار ولا نجعل الفارق بينهما كون الأول عبارة عن تقدّم المعتبر والثاني عبارة عن تأخّر المعتبر مع ترتيب جميع آثار فرض تقدّم المعتبر وذلك لما مضى من أنّ الحكم بترتيب جميع آثار الملك مساوق للحكم بالملك فيعود مرّة أخرى إلى تقدّم المعتبر، وأنما نجعل الفارق بينهما كون الأول عبارة عن تقدّم الاعتبار والمعتبر معاً، والثاني عبارة عن تأخّر المعتبر لحين الإجازة مع الحكم بالقطعة المتأخّرة من آثار الملك المتقدّمة أي أنّ آثار الملك المتقدّم على الإجازة تثبت منها القطعة المقارنة للإجازة في حين أنّه على الكشف الحقيقي كانت تثبت كل قطعات تلك الآثار حتى المقارنة منها للعقد وعلى النقل لم تكن تثبت شيء من تلك القطعات كما سنقول الآن.

والثالث - القول بالنقل أي القول بحصول الملك والنقل والانتقال من حين الإجازة وعدم ترتّب أي أثر من الآثار عدا آثار الملك أو النقل المتأخّر فلا يترتّب شيء من آثار الملك أو النقل السابق حتى بقطعها الوجودية المقارنة للإجازة فالنماء السابق على الإجازة مثلاً ليس ملكاً لمن انتقل إليه الأصل حتى بعد حصول الإجازة.

ونحذف - في مقارنتنا هذه بين الكشف والنقل - من البحث الكشف الذي قال به السيّد الخوئي بمعنى تأخّر الاعتبار وتقدّم المعتبر لما قلناه من عدم معقولية ذلك.

كما نحذف أيضاً من البحث في عقد المقارنة بين الكشف والنقل ما عبّر عنه في بعض الكلمات بالكشف الانقلابي^(١) وهو يعني : أنّ الملك أو النقل لم يكن حاصلًا حين العقد إلى زمان حصول الإجازة ولكن حينما حصلت الإجازة انقلب الواقع عمّا هو عليه فتحقّق ملك حين العقد، فهذا الوجه بما أنّه لا يرجع إلى محصّل معقول آثرنا أيضاً حذفه من بحث المقارنة بين الكشف والنقل كي لا يحصل مزيد من توغلّ البحث في عالم الأوهام والخيالات، وكذلك نستثني بعض الوجوه الأخرى من الكشف غير المعقول عندنا كالقول بأنّ الإجازة تكشف عن وجود الرضا التقديري منذ البدء أو القول بأمارية الإجازة على تأثير العقد منذ البدء.

وبعد : فإنّ حديثنا عن ثمرات الكشف الحقيقي والحكمي والنقل يتم ضمن البحث عن عدّة فروع :

الفرع الأوّل - أنّ من انتقل ماله بعقد فضولي بلا اذنه إلى غيره ثم تصرف هو في ذلك المال تصرفاً قانونياً مخرجاً عن ملكه كما لو باعه من شخص آخر أو اعتقه إن كان عبداً ثم أجاز النقل الفضولي فهل تقدّم الإجازة على ذاك التصرف القانوني ويلغو ذاك النقل، أو العتق المتوسط بين العقد الفضولي والإجازة، أو يقدّم ذاك التصرف القانوني على هذه الإجازة فتلغو الإجازة، أو يجمع بينهما وتفترض صحّة ذاك التصرف القانوني من ناحية ونفوذ الإجازة من ناحية أخرى ويضمن المجيز بدل المال لمن انتقل إليه بالعقد الفضولي لأنّه في الحقيقة قد أتلّف ماله أو حال بينه وبين مالكة وذلك بالعتق أو البيع سنخ ما قد يقال في من اعتق عبداً كان قد اشتراه ببيع خيارى أو نقله إلى غيره في زمان خيار البائع نقلاً لازماً ثم فسخ البائع البيع من أنّ عليه دفع بدل المبيع الذي اتلّفه أو حال بينه وبين الفاسخ ؟

(١) راجع تعليق الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١ : ١٥٠.

والجواب : أنّ هذه المسألة واضحة كل الوضوح بناءً على النقل وهو ان ذاك التصرف القانوني يتقدّم على الإجازة بلا إشكال ويرفع موضوع الإجازة لأنّ الإجازة أنّما تؤثر بلحاظ حينها والمال قد خرج من ملك المجيز من قبل ، فالإجازة لو أثرت فأنّما تؤثر في نقل مال الغير أو في نقل عبد معتق ولا مبرّر لذلك كما هو واضح .

وبكلمة أخرى انّ اختيار العقد إجازة وردّا خرج من يد المالك الأوّل لهذا المال بتبع خروج المال من ملكه إذ لم يثبت لأحد اختيار عقد متعلّق بمال غيره أو بإنسان حرّ .

وبهذا البيان يتضح الحال بناءً على الكشف الحكمي أيضاً وذلك لما عرفت من أنّ الكشف الحكمي وإن كان يثبت آثار الملك السابق ولكنه أنّما يشبتها من حين الإجازة وقد حصلت الإجازة في وقت انتفى موضوعها لأنّها جاءت بعد خروج المال من ملك مالكة وخروج العقد المتعلّق به من اختيار ذاك المالك بتبع خروج العين من ملكه .

وأنّما الإشكال يقع بناءً على الكشف الحقيقي حيث يتردّد الأمر في أوّل وهلة بين كلامين متعاكسين .

الأوّل - أن يقال : إنّ التصرف القانوني الذي سبق الإجازة رفع موضوع الإجازة لأنّه حينما لم تكن الإجازة متحقّقة كان من حق المالك الذي يبيع ماله فضولة ان يبيع ماله من شخص آخر أو يعتق عبده وقد أعمل حقّه وباع أو اعتق فلا موجب لعدم تأثير تصرفه القانوني فأنّه صدر من أهله ووقع في محله وبهذا ارتفع موضوع الإجازة لأنّها لو أثّرت لآثّرت في نقل مال الغير أو نقل الإنسان الحرّ فالكلام هنا عين الكلام في فرض النقل أو الكشف الحكمي .

والثاني - ان يقال : إنّ الإجازة رفعت موضوع التصرف القانوني الذي توسط بين العقد الفضولي والإجازة لأنّ هذه الإجازة تصحّح العقد الفضولي السابق على ذاك التصرف القانوني وبهذا ينتفي موضوع ذاك التصرف لأنّه يصبح بذلك تصرفاً وارداً على مال الغير .

وخير ما يمكن أن يقال للخروج من مأزق هذا التعاكس : انّ الصحيح هو إلغاء الإجازة وتنفيذ التصرف القانوني وذلك لوجهين :

الأول - ان يقال : إنّ موضوع النفوذ الفعلي للتصرف القانوني لدى الارتكاز العقلاني ليس هو خصوص مالكية المتصرف الفعلية لهذا المال كي يقال : إنّ الإجازة اللاحقة كشفت عن انتفاء هذه الملكية وبالتالي كشفت عن انتفاء موضوع نفوذ ذاك التصرف القانوني ، وأنّما موضوع النفوذ الفعلي لذاك التصرف هو الحقّ العيني الثابت بين الشخص وهذه العين سواء كان ذاك الحقّ عبارة عن الملك مثلاً أو عن أي درجة أخرى من درجات الحقّ ممّا لا يوجد دليل على حجره بهذا الشخص وعدم قابليته للانتقال ولذا لو كانت تحت يده أرض أحيائها وقلنا ان الإحياء يولّد حق الاختصاص لا الملك أو كانت تحت يده أرض خراجية وقلنا إنّ الأرض الخراجية لا يملكه الفرد المسلم بل تبقى على الملكية العامّة للمسلمين أو على ملكية الإمام وتوضع تحت اختيار مسلم ما فهذا المسلم حينما يبيع تلك الأرض فهذا البيع يجعل المشتري مكان البائع أي انّ نفس الحقّ الذي كان للبائع ينتقل إلى المشتري ويصبح المشتري بمنزلة البائع ، وكذلك الحال في ما نحن فيه فلئن كانت ملكية هذا الشخص لماله الذي يبيع فضولة مشكوكة لاحتمال حصول الإجازة الكاشفة عن عدمها فهناك شيء لا شك فيه وهو ان حقّ تقرير مصير هذا المال أو قل حق ثبوت هذه الملكية وعدمه يكون بيده فيأمكنه إبقاء الملكية

لنفسه ولو بان لا يجيز إلى الأبد بيع الفضولي، وبإمكانه أن يجيز فينكشف عدم ملكيته والإجازة المتأخرة يستحيل أن تكشف عن عدم ثبوت هذا الحق بيده لأن نفس الإجازة تكون بيده إن شاء أجاز وإن شاء لم يجز فإذا باع هذا المال من زيد فقد نقل نفس هذا الحق إلى زيد فلزيد حق إجازة البيع السابق وحق عدم إجازته، وإن أجازته كشفت الإجازة عن نفوذ البيع السابق من حين البيع الجديد إذ لا يمكن كشفها عن أكثر من ذلك لأن المال كان قبل ذلك اجنبياً عنه، وأما نفس هذا البائع الذي بيع قبل ذلك ماله فضولة فقد فاتته الإجازة لأن حق إجازة العقد المرتبط بهذا المال الذي هو في روجه حق مرتبط بهذا المال قد نقله إلى المشتري وهذا معنى أن البيع الثاني قد فوّت محلّ الإجازة، نعم للمشتري الجديد أن يجيز البيع القديم كما أنّه على النقل أيضاً له ذلك فهذا لا علاقة له بالكشف فهذه الثمرة بين الكشف والنقل منتفية.

الثاني - ان يقال: إنّنا لو كنّا نقول بان أدلة نفوذ الإجازة تقتضي الكشف بمقتضى القواعد فلنترض صحة القول بانّ الإجازة كشفت عن انتفاء موضوع التصرف القانوني لأنها كشفت عن انتقال المال قبل ذلك إلى شخص آخر ولكنّا وضّحنا في ما سبق: أنّ أدلة نفوذ الإجازة بشكل عام لا تقتضي أكثر من النقل والنقل لا يشمل المقام لورود تصرف قانوني على المال قبل هذا النقل فأدلة نفوذ الإجازة بشكل عام لا تدلّ على نفوذها في المقام فلا يبقى في المقام إلّا صحيحتنا محمّد بن قيس وأبي عبيدة الحذاء وهما كما ترى ليستا واردتين بصياغة تشتمل على إطلاق لفظي نتمسك به في فرض تقدّم تصرف قانوني على الإجازة ولا قطع للعرف بعدم الفرق بين هذا الفرض وفرض عدمه كي يتعدّى من مورد النص فإصالة عدم تأثير الإجازة محكمة في المقام.

وعلى أي حال فقد اتضح بما ذكرنا عدم إمكان قياس ما نحن فيه بباب الفسخ بالخيار بعد انتقال العين بناقل جديد حيث يقال فيه بالرجوع إلى البدل جمعاً بين دليل نفوذ الفسخ ودليل نفوذ النقل الجديد أو بإبطال النقل الجديد بناءً على أن استفاد من دليل الخيار عدم جواز التصرف الناقل في أثناء الخيار، فإنّ منشأ ذلك كلّهُ هو فرض إطلاق دليل الخيار لفرض خروج العين عن الملك ولو بالتلف مثلاً، أمّا دليل نفوذ الإجازة فلا يشمل ما بعد النقل في المقام وذلك لأحد البيانين الماضيين.

وقد تحصل من كل ما ذكرناه في هذا الفرع أنّه لا توجد هنا ثمرة بين الكشف والنقل.

ولكن السيد الخوئي فصلّ في المقام بين مسألة التزويج ومثل مسألة البيع أو العتق^(١) وحاصل مراده في المقام هو: أنّها لو عقد عليها أحد فضولة لشخص فزوّجت نفسها من شخص آخر ثم أجازت العقد الأوّل فالعقد الذي صدر منها صحيح لأنّه صدر من أهله ووقع في محله وبه ينتفي موضوع الإجازة لأنّ الإجازة تهدف تصحيح العقد الأوّل ولا يمكن الجمع بين العقدين في الصحة، إذ لا يمكن أن تكون زوجاً لرجلين فإذا تمّ ذاك العقد لم يبق مجال للإجازة المصحّحة للعقد الأوّل لأنّ نتيجة هذه الإجازة تزويج المتروّجة.

أمّا لو بيع عبده فضولة ثم هو باعه من شخص آخر أو اعتقه فهنا أيضاً نقول بصحّة بيعه أو عتقه لأنّه صدر من أهله ووقع في محله ولكن هذا لا يوجب بطلان الإجازة وفقدان موضوعها، لأنّ الإجازة وإن كانت تهدف تصحيح البيع الأوّل

لكن صحة البيع الثاني أو العتق لا تنافي صحة البيع الأول أيضاً وليس حال العقدين هنا حال التزويجين فإنه لم يكن بالإمكان الجمع بين التزويجين، ولكن هنا يمكن الجمع بين البيعين أو بين البيع والعتق فيصح كلا العقدين غاية ما هناك أنه إن كان العقد الثاني بيعاً وصح كلا البيعين فالبيع الثاني وقع على مال الغير ويكون فضولياً ويتوقف نفوذه على إجازة المشتري الأول، وإن كان عتقاً فصحة العتق تعني تلف مال المشتري فيكون المعتق ضامناً لبدله للمشتري اذن فالنتيجة هنا التفصيل بين باب التزويج ومثل باب البيع والعتق والعقد ببطان الإجازة في الأول وصحتها في الثاني.

أما ما ذكره المحقق النائيني رحمته الله ^(١) من بطلان الإجازة لأنها تعلقت بمال الغير أو بالإنسان الحر حيث قد فرضنا صحة العقد الثاني ونفوذ الإجازة مشروط بمملوكية العين للمجيز فجواب السيد الخوئي على ذلك هو أن الإجازة تتعلق بالعقد لا بالعين فلا يشترط في نفوذها امتلاك المجيز للعين (بل لو بنينا على الكشف بمعنى تقدم الاعتبار والمعتبر كانت الإجازة كاشفة عن عدم امتلاك المجيز للعين) وإنما يشترط في نفوذها امتلاك المجيز للعقد ويكفي في امتلاكه للعقد كون العقد واقعاً في حينه على ملكه وهذا ثابت في المقام هذا حاصل مرام السيد الخوئي في هذه المسألة.

نعم إنما يقبل بهذا التفصيل - عملاً - بين باب التزويج وباب البيع والعتق بناء على فرض الكشف مطابقاً لمقتضى القواعد كما هو مختاره في الكشف الذي آمن به بمعنى تقدم المعتبر وتأخر الاعتبار، أما لو فرض الكشف على خلاف القواعد

كما هو الحال في رأيه في الكشف بمعنى تقدّم الاعتبار والمعتبر فبحسب النتيجة العملية لا يبقى فرق بين باب التزويج وباب البيع والعق، وذلك لأنّه وإن اختلف باب البيع والعق عن باب التزويج في أنّ الجمع بين العقدين في باب التزويج غير ممكن وفي باب البيع أو العقق ممكن لكن هذا الفرق يبقى نظرياً بحتاً ولا ينتهي إلى نتيجة عملية لأنّ الكشف على خلاف القاعدة فلا بد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن وهو فرض الإجازة التي لم يسبقها عقد مخرج عن الملك لأنّ الدليل التعبدى لنفوذ الإجازة كشفاً لا إطلاق له لهذا الفرض .

أقول : إنّ هذا الكلام يعني أنّ السيد الخوئي فرغ عن صحّة العقد أو الإيقاع الذي صدر منه قبل إجازة العقد الأوّل وألقى بثقل الحديث على مدى نفوذ الإجازة في حين أنّه قد يخطر بالبال أنّه لماذا لا نفترض أنّ الإجازة بناء على الكشف تكشف عن صحّة العقد الأوّل وإنّ صحّة العقد الأوّل لا تدع مجالاً لنفوذ العقد الثاني أو الإيقاع لأنّ المال خرج عن ملكه وهذا يجب أن يكون جوابه أحد أمرين :

الأوّل - أنّه إن كان الكشف عبارة عن تأخّر الاعتبار وتقدّم المعتبر - كما هو مختار السيد الخوئي - اذن فحين العقد الثاني أو الإيقاع كان مالاً بالفعل للمال لفرض تأخّر الاعتبار فما صدر منه من عقد أو إيقاع صدر من أهله ووقع في محله ، وإن كان الكشف عبارة عن تقدّم الاعتبار والمعتبر معاً فهذا على رأي السيد الخوئي خلاف القاعدة فيقتصر فيه على القدر المتيقن وهي الإجازة التي لم يسبقها ما يكون مخرجاً عن الملك .

والثاني - ما اخترناه نحن في ما مضى من أنّ موضوع نفوذ التصرف القانوني ليست هي الملكية الفعلية للمال بل لكل ما يجعل حقّ تقرير مصير المال

بيده بمستوى من المستويات ويستحيل كشف الإجازة عن عدم ذلك لأنّ نفس الإجازة أمرها بيده.

وبعدَ هذا كلّهُ تبقى نقطتا ضعف في كلمات السيد الخوئي :

الأولى - تفصيله بين البيع والعق فبعد فرضه لنفوذ الإجازة على القاعدة وفرض عدم مانعية ذلك عن صحّة التصرّف القانوني الثاني فصلّ بين ما إذا كان التصرّف القانوني الثاني بيعاً فيصحّ ولكنّه يبقى فضولياً يتوقّف على إجازة المشتري الأوّل أو عقناً فيصحّ ويكون المعتقد ضامناً لبذل التالف للمشتري الأوّل، ولعلّ السّرّ في هذا التفصيل اعتقاده أنّ العتق لا يقبل التوقّف على الإجازة فهو إمّا ينفذ أو لا ينفذ فمقتضى الجمع بينه وبين البيع الذي سبقه في التصحيح هو ضمان بدل العبد للمشتري، في حين أنّ البيع يقبل الوقوف على الإجازة فلا داعي للانتقال إلى البذل بل يجمع بين البيعين في التصحيح ويكون مقتضى صحّتهما أنّ العين أصبحت ملكاً للمشتري الأوّل وأنّ البيع الثاني موقوف على إجازة المشتري الأوّل.

وهذا الكلام كما ترى ليس في محله فإنّ معنى التفصيل بين البيع والعق بتوقّف البيع على الإجازة ونفوذ العتق والانتقال إلى البذل هو أنّ البيع الأوّل افني موضوع نفوذ البيع ولم يفن موضوع نفوذ العتق، فإنّ معنى فناء موضوع نفوذ أي منهما هو أنّ العين حيث خرجت بحكم الكشف عن ملك المالك الأوّل لم يبق مجال لتأثير التصرّف القانوني الثاني لأنّه تصرّف في مال الناس، أمّا أنّ البيع يمكن نفوذه بإجازة مالك المال الجديد فهذا مطلب آخر لا كلام فيه ولا مبرّر لافتراض أنّ الكشف عن صحّة البيع الأوّل دلّ على انتفاء موضوع البيع ولم يدلّ على انتفاء موضوع العتق فإنّ ما ينكشف بهذا الكشف أمّا ان يسقط العين عن

إمكانية التصرف القانوني فيه فيبطل العتق والبيع معاً ويبقى البيع قابلاً للتصحيح بإجازة المالك الجديد في حين أنّ العتق لا يمكن تصحيحه بناء على عدم قبوله لحكم الفضولي أو لا يسقطها عن إمكانية التصرف القانوني فيه فيصحّ العتق والبيع معاً وفي كليهما يصبح المالك الأوّل ضامناً للمالك الثاني .

الثانية - أنّ ما أورده على المحقق النائيني رحمته الله من أنّ الإجازة تعلّقت بالعقد لا بالعين فلا يشترط في نفوذها مالكية العين ولذا نرى أنّ نفوذها بنحو الكشف بمعنى تقدّم الاعتبار والمعتبر يكشف عن عدم مالكيته للعين ولا يمنع ذلك لدى القائلين بهذا المعنى من الكشف عن القول بصحّة الإجازة وأنّما يشترط في نفوذها مالكيته للعقد وهو مالك له لأنّه عقد وقع على ملكه .

أقول : إنّ هذا الكلام يردّ عليه أنّ مالكية الإنسان للعقد الواقع على ملكه أنّما هي بنكته مالكيته لتقرير مصير المال أمّا إذا خرج المال عن ملكه واختياره وانتفت نكته ثبوت حق التصرف له في المال فمجرّد أنّه لدى وقوع العقد كانت العين ملكاً للعاقد لا دليل على كفايته في ثبوت حق الإجازة له .

وأمّا نقضه بمسألة الإجازة على الكشف بمعنى تقدّم الاعتبار والمعتبر حيث أنّه لا معنى لافتراض مالكية المميز للعين حين الإجازة لأنّ ذلك خلف الكشف بهذا المعنى ورغم عدم مالكيته للعين تنفذ الإجازة فهذا ما قد ورد في المحاضرات ^(١) ولم يرد في المصباح وكأنّه تفتّن لبطان هذا النقض في ما بعد ولذا حينما أعاد شرح المطلب مرة أخرى ترك هذا النقض وذكر عبارة توحى ^(٢)

(١) المحاضرات ٢ : ٣٥٢ .

(٢) المحاضرات : ٣٥٤ .

إلى نكتة بطلانه حيث جاءت في تعبيره كلمة « فيما إذا لم يكن المجيز مالكا للعين لولا الإجازة » وتلك النكتة هي أننا لو قلنا بشرط الملك مع قولنا بكاشفية الإجازة فالمقصود بذلك هو الملكية اللوائية أي لولا الإجازة لا الملكية الفعلية .

الفرع الثاني - لو تصرف من انتقل عنه المال فضولة في ما انتقل عنه تصرفاً انتفاعياً ثم أجاز فإمّا أن يكون هذا التصرف عبارة عن مجرد الانتفاع من دون إتلاف العين كالاستخدام والوطىء ، وإمّا أن يكون عبارة عن الإتلاف كأكل الخبز مثلاً .

أما التصرف الانتفاعي غير المتلف للعين فعلى النقل يكون تصرفاً في ملكه ولا إشكال فيه وكذا على الكشف الحكمي لأن آثار العقد السابق أنما تجري بقطعها الوجودية المعاصرة للإجازة لا القطعة السابقة على الإجازة ، وعلى الكشف الحقيقي يكون هذا تصرفاً في مال الناس حراماً واقعاً ولو علم بأنه سيجيز تنجزت عليه الحرمة .

وبما ذكرناه ظهر حكم النكاح والاستيلاد فلو وطىء الأمة عالماً بأنه سيجيز كان على الكشف الحقيقي زنا ولم تصبح أم ولد بخلاف النقل والكشف الحكمي ومع الجهل يكون معذوراً ولم تصبح أم ولد بخلاف النقل والكشف الحكمي .

وأما التصرف المتلف للمال فبناء على النقل يكون رافعاً لموضوع الإجازة كما هو واضح ، وكذلك بناء على الكشف الحكمي لأن الكشف الحكمي يثبت الآثار السابقة من حين الإجازة والمفروض أن المال انعدم قبل ذلك ، وأما بناء على الكشف الحقيقي فقد يقال : إن الإجازة مؤثرة وأن التلف أو جب ضمان المال وهذا الكلام صحيح إلا إذا فرض أن العرف يحتمل كون تلف العين أو إتلافها فارقاً

يمنع عن التعدي من مورد صحيحتي محمد بن قيس وأبي عبيدة الحذاء إلى المقام ولكننا لو قلنا بذلك انتهينا إلى نتيجة غريبة وهي ان التصرف غير المتلف حرام ولكن التصرف المتلف حلال .

الفرع الثالث - لو تصرف من انتقل إليه المال فضولة تصرفاً قانونياً في ما انتقل إليه قبل الإجازة ثم حصلت الإجازة فعلى النقل قد تصرف في مال الغير وبعد الإجازة التحقت المسألة بمسألة من باع شيئاً ثم ملك، وعلى الكشف الحقيقي قد تصرف في مال نفسه فلو علم بأنه سيجز المالك صح تصرفه حتى ظاهراً، وعلى الكشف الحكمي كان التصرف غير نافذ ثم نفذ حين الإجازة .

الفرع الرابع - التصرف الانتفاعي قبل الإجازة - من قبل من انتقل إليه المال فضولة - في ما انتقل إليه غير جائز على النقل والكشف الحكمي والإتلاف يرفع موضوع الإجازة، وجائز واقعاً على الكشف الحقيقي إن كانت الإجازة ستتحقق في علم الله فلو علم أنه سيجز له المالك كفى ذلك في الحلية حتى ظاهراً والإتلاف من قبل المنتقل إليه على الكشف الحقيقي لا يرفع موضوع الإجازة حتى لو قلنا بكونه من قبل المنتقل عنه رافعاً له والفارق هو أنه لو ادّعي في الثاني باحتمال الفرق عرفاً عن مورد الصحيحتين لا يلزم سريان الدعوى إلى المقام أيضاً، فإن احتمال العرف لممانعية الإتلاف من قبل المنتقل عنه لو كان فائماً هو بنكته أنه كان مخيراً بين الإجازة والإتلاف فإذا اتلف احتمل كون ذلك مانعاً عن الإجازة على الكشف الحقيقي فلا يمكن التعدي من مورد الصحيحتين فلعلمه ما دام اختار هو الإتلاف - وله الحق في ذلك ولو بترك الإجازة - لا تحقق له الإجازة وهذه النكته لا تأتي في المقام فلا يحتمل مانعية إتلاف من انتقل إليه من نفوذ الإجازة على الكشف الحقيقي .

وبما ذكرنا ظهر حكم النكاح والاستيلاء فعلى الكشف الحقيقي لم يتحقق الزنا وتحقق الاستيلاء بخلاف فرض النقل أو الكشف الحكمي فإن الأثر لم يكن ثابتاً قبل الإجازة فكان زنا.

الفرع الخامس - إذا حصل للعين التي انتقلت عنه بعقد فضولي نماء بعد العقد وقبل الإجازة فعلى النقل يكون النماء للمالك الأول، وعلى الكشف الحقيقي يكون النماء للمالك الثاني منذ البدء، وعلى الكشف الحكمي يكون النماء للمالك الثاني من حين الإجازة.

فإذا تصرف المالك الأول في النماء تصرفاً قانونياً قبل الإجازة من نقل أو عتق فعلى النقل ينفذ تصرفه ولا علاقة للإجازة المتأخرة بذلك النماء، وعلى الكشف الحكمي أيضاً ينفذ تصرف المالك الأول لأنه حين التصرف كان مالكا للعين والإجازة المتأخرة وإن كان من شأنها نقل النماء أيضاً لكنها إنما تؤثر في النماء الباقي دون النماء الخارج من الملك قبل الإجازة لأن المفروض حسب ما شرحناه سابقاً أن دليل الكشف لم يدل على أكثر من ترتيب الآثار السابقة على الإجازة بقطعاتها المقارنة للإجازة.

وأما على الكشف الحقيقي فقد يقال : إنه إذا لحقت الإجازة بعد ذلك كشفت عن بطلان التصرف القانوني الذي حدث في النماء من نقل أو عتق لكونه تصرفاً في ملك الغير وقال السيد الخوئي : « ولا يقاس التصرف في النماء بالتصرف في العين حيث ذكرنا فيه بطلان الإجازة على الكشف الحقيقي أيضاً إذ التصرف في النماء ليس تصرفاً فيما تعلق به العقد ليحتمل مانعيته عن صحة الإجازة وكاشفتها وهذا بخلاف التصرف في العين فإنه كان متعلقاً بما تعلق به العقد فلذا احتل مانعيته^(١).

أقول : لو أردنا تفسير هذا الكلام في فرض التصرّف في العين بما ينسجم مع مختاره سابقاً من صحّة النقل الجديد مع صحّة الإجازة ينبغي أن يكون مقصوده كالتالي .

إنّ نقل العين بعد العقد وقبل الإجازة يمنع عن تأثير الإجازة في انتقال العين بالعقد الأوّل وذلك يوجب إمّا بطلان الإجازة أو ما تقدّم من أنّ الإجازة تصحّح العقد الأوّل بمعنى أنّها تكون بحكم إيجاد العقد الأوّل فضولة والسبب في مانعية النقل الجديد للعين عن تأثير الإجازة في تمامية النقل الأوّل بالفعل أي بلا فضولية وبلا حاجة إلى إجازة من قبل المالك الجديد، إنّ هذا النقل الجديد أنهى موضوع تمامية النقل الأوّل كذلك لأنّ موضوعها هي هذه العين وقد انتقلت إلى شخص آخر وأمّا نقل النماء فلم يرفع موضوع نقل العين كذلك فالإجازة تؤدّي إلى نقل العين بنحو الكشف وهذا يؤدّي إلى انتقال النماء بالتبع إلى من انتقلت إليه العين وبهذا ينتفي موضوع النقل الجديد الذي وقع على النماء فيبطل .

أقول : قد مضى ممّا أنّ الوجه في صحّة نقل العين من قبل المالك الأوّل بعد العقد الفضولي وقبل الإجازة رغم فرض القول بالكشف الحقيقي يمكن ان يذكر ببيانين :

الأوّل - ان نفس حق الإجازة ينتقل إلى المشتري الجديد .
ومن الواضح أنّ هذا لا يأتي في المقام لأنّ حقّ الإجازة أنّما هو مرتبط بالعقد المرتبط بالأصل لا بالنماء وإن كان النماء أيضاً ينتقل بناء على الكشف إلى المشتري الأوّل بتبع العين .

والثاني - أنّ صحيحتي محمّد بن قيس وأبي عبيدة الحذاء لا إطلاق لفظي لهما لمورد تقدّم تصرّف قانوني على الإجازة ولا يقطع العرف بعدم الفرق .

ولكن من الواضح في المقام أنّ العرف لا يحتمل مانعية بيع النماء عن إجازة بيع الأصل فإذا نفذ بيع الأصل من أول الأمر بحكم الكشف تبعه النماء .

وهل يجوز له على الكشف ان يجوز البيع بشرط عدم تبعية النماء الذي باعه للعين من قبيل بيع الدار بشرط كونها مسلوقة المنفعة لمدة ما أو لا ؟ هذا ما يكون راجعاً إلى بحث شرط موافقة الإجازة للعقد في الإطلاق والاشتراط وسيأتي إن شاء الله في آخر بحثنا عن عقد الفضولي .

وإذا تصرف في النماء المتوسط بين العقد والإجازة تصرفاً متلفاً فعلى النقل لا ضمان عليه كما هو واضح لأنّ النماء لا ينتقل إلى المالك الثاني بالإجازة، وعلى الكشف الحقيقي يكون ضامناً لأنّ الإجازة تكشف عن أنّ النماء انتقل إلى المالك الثاني من حين العقد وأمّا على الكشف الحكمي فلا ضمان عليه لأنّ الكشف الحكمي أنّما يثبت الآثار السابقة على الإجازة من حين الإجازة فلو كان هذا النماء باقياً إلى حين الإجازة لانتقل إلى المالك الثاني رغم كونه نماءً لما قبل الإجازة لكنه لم يكن باقياً فلم ينتقل إليه فلا يوجد ضمان في المقام .

فان قلت : إنّ الكشف الحكمي يثبت الأثر السابق على الإجازة من حين الإجازة والأثر في المقام لو كان فهو قبل الإجازة لدى وجود النماء يتجسد في ملك النماء ولدى إتلافه يتجسد في الضمان وهو يستمرّ إلى حين الإجازة فالإجازة تثبته لما مضى من أنّ الإجازة تثبت الأثر السابق بحصته المقترنة بالإجازة .

قلت : إنّ ملكية النماء أثر لملكية العين التي هي أثر للعقد والضمان أثر لملكية النماء مع الإتلاف أي هو أثر للأثر مع قيد الإتلاف وليس استمراراً لنفس الأثر والمفروض أنّ موضوع ملكية النماء قد انتفى قبل الإجازة بتلف النماء

فالإجازة لا تثبت ملكية النماء ولا الضمان، أما الأول فلعدم بقاء النماء إلى حين الإجازة وقد قلنا إن الإجازة إنما تثبت الأثر السابق بحصته المعاصرة للإجازة وهنا لا مورد لتلك الحصّة وأما الثاني فلأنه أثر الأثر فإذا لم يثبت الأثر الأول لم يثبت الأثر المترتب عليه.

ولو تصرف من انتقل إليه المال بالفضولي في النماء بالانتفاع قبل الإجازة فهو غصب على النقل والكشف الحكمي وهو تصرف في ماله على الكشف الحقيقي، أما لو باعه فعلى النقل بيع لمال الغير وعلى الكشف الحقيقي بيع لمال نفسه وعلى الكشف الحكمي يدخل في من باع شيئاً ثم ملك.

الفرع السادس - في فسخ الأصيل وتراجعه عن العقد قبل إجازة المالك الذي لم يكن طرفاً في العقد وكان العقد فضولياً بالنسبة له فقد جعل الشيخ الأعظم رحمته الله ذلك من ثمرات النقل والكشف بدعوى أنه بناءً على النقل يجوز للأصيل نقض العقد ومخالفته لعدم تمامية المعاملة بعد فلا يجب عليه الوفاء، في حين أنه لو بنينا على الكشف وقصدنا بذلك الكشف الحقيقي (أما الحكمي فهنا ملحق بالنقل) لا يجوز للأصيل ردّ العقد ويجب عليه الوفاء به لأنّ المفروض تمامية العقد من حين المعاملة نعم مجرد فرض عدم وجوب الوفاء على الأصيل بناءً على النقل لا يعني حتماً أن فسخه القولي سيوجب انفساخ العقد فلا يبقى محلاً لإجازة المالك الآخر فبالإمكان أن يقال: إن الأصيل وإن لم يجب عليه الوفاء لعدم تمامية المعاملة بعد، ولكن فسخه لا أثر له ولا يمنع عن حقوق الإجازة من قبل المالك الآخر بعد ذلك وذلك تمسكاً بعد لحقوق الإجازة بإطلاقات صحّة العقود ولزومها فأننا قد شككنا في كون عدم تدخل الفسخ شرطاً في تأثير العقد فنفي احتمال هذا الشرط الزائد بالإطلاقات.

أمّا ما هو الأثر العملي لعدم وجوب الوفاء عليه مع فرض عدم تأثير فسخه؟ فالأثر العملي يظهر في الفسخ الفعلي فما دام المال تحت ملكه بناء على النقل وما دام الوفاء بالعقد غير واجب عليه لعدم تمامية العقد فيما مكانه ان يعمل عملاً يؤدّي إلى فناء موضوع الإجازة كاستيلاد الامة أو عتق العبد أو بيعه أو تزويج نفسها من شخص بعد ان زوجت نفسها فضولة من زيد مثلاً فلو كان الوفاء بالعقد واجباً عليه من الآن لما جاز له افناء موضوع العقد، ولكن بما انّ الوفاء به غير واجب عليه فلئن عجز عن إبطال العقد بمجرد الفسخ فهو قادر على افناء موضوعه بالتصرّف الجائز في ملكه.

ثم انّ الشيخ رحمه الله يذكر: انّ التمسك بإطلاقات صحّة العقود ولزومها لإثبات عدم إخلال تخلّل الفسخ بين العقد والإجازة لا يخلو من إشكال وكأنّه رحمه الله يشير بذلك إلى احتمال ان هذا التخلّل ينهي العقد من نفس الفاسخ فلا يبقى موضوع للحقوق الإجازة على النقل أو للتمسك بالإطلاق.

هذا كل ما أردنا استخلاصه الآن من كلام الشيخ الأعظم رحمه الله (١).

وأول ما يبدو للذهن سؤال يوجّه إلى الشيخ رحمه الله وهو ان يقال: إنّ ما ذكره من عدم تمامية العقد على النقل الموجب لإمكان الفسخ من طرف الأصيل (لولم نف احتمالاً بإطلاقات أدلّة العقود) يأتي تماماً على الكشف أيضاً لأنّ الإجازة على الكشف وان فرض أنّها حينما تأتي تؤثر على نحو الشرط المتأخّر في حصول الملك مثلاً لكن العقد غير تام أيضاً بين الأصيل وبين صاحب الفضولي ما لم ينتحل صاحب الفضولي العقد لنفسه فصحيح انّ انتحاله إيّاه يكشف بقدرة قادر

عن تقدّم الملك ولكن لا عقد بينهما على أيّ حال قبل انتحاله فلماذا يجب على الأصيل الوفاء به ؟ !

ويمكن توجيه التفصيل بين النقل والكشف بعدم وجوب الوفاء على الأوّل ووجوبه على الثاني بأحد أوجه أربعة :

الوجه الأوّل - ان ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ وإن كانت لا تشمل المورد لعدم تمامية عقد بين الأصيل والمالك الآخر قبل الإجازة ولكن قاعدة السلطنة على المال وكذلك حرمة أكل المال بالباطل ووجوب كون التجارة عن تراض ونحو ذلك تشمل المورد على الكشف لأنّ المال على الكشف قد أصبح ملكاً للمجيز قبل إجازته ففسخ العقد على تقدير لحوق الإجازة لن يؤثّر شيئاً، لان تأثيره خلق سلطنة الناس على أموالهم ويكون أكلاً للمال بالباطل وخلاف التجارة عن تراض وهذا بخلاف فرض النقل فإنّ الفسخ ليس عندئذٍ تصرفاً في مال الناس .

بل يمكن توسيع هذا الحديث وتطبيقه على ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ أيضاً في خصوص مثل عقد البيع وذلك بان يقال : لو سلّم شمول ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ لما قبل الإجازة فإنّما يسلم ذلك على الكشف دون النقل وذلك لأنّ مفاد عقد البيع ونحوه ليس هو الالتزام كما قد يكون ذلك في إيجار الشخص نفسه لعمل الذي يمكن تفسيره بالالتزام بالعمل وأنّما مفاده هو ذات التملك لا الالتزام بالتمليك مثلاً، فالوفاء به يعني العمل بآثار ملكية هذا المال للمشتري والأمر بذلك ينصرف عرفاً إلى زمان حصول هذه الملكية فعلى الكشف يمكن شمول الأمر بالوفاء لما قبل الإجازة لتقدّم حصول الملك وهذا بخلاف النقل لأنّ الملك لم يحصل بعد .

الوجه الثاني - مبنيّ على أنّ الطرفية للعقد حصلت بلحاظ الأصيل وإن لم تحصل بلحاظ المالك الآخر وعندئذٍ نقول : إنّ المقياس في الوفاء وعدمه هو

حصول الملك وعدمه لا مجرد حصول الالتزام العقدي وعدمه لأن ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ ليس أمراً تكليفاً حتى يفسر بحرمة مخالفة الالتزام العقدي بل هو أمر وضعي وإرشاد لعدم إمكانية الفسخ وإذا كان أمراً وضعياً فهو راجع إلى الأثر الوضعي للعقد وهو الملك، وبما أن الملك بناء على الكشف قد حصل من حين العقد فيجب الوفاء به وجوباً وضعياً أي لا يمكن فسخه وأمّا بناء على النقل فالملك غير حاصل فلا موضوع لوجوب الوفاء الوضعي ^(١).

الوجه الثالث - أن يفرض التكيف الفني للكشف بمثل القول بأن الإجازة تكشف عن الرضا التقديري أو عن شرط مقارن هو تعقّب الإجازة أو عن تمامية العقد بأي وجه من الوجوه في حينه لا بالقول بكون الإجازة شرطاً متأخراً وعندئذ يكون الفرق بين الكشف والنقل هو أنّه بناء على النقل لم يكن العقد تاماً من حينه ولكن بناء على الكشف كان تاماً من حينه بكل أجزائه وشروطه وليست الإجازة إلّا كاشفة عن ذلك، أمّا لو فرضنا أن الإجازة شرط متأخر فقد بطل الفرق لأنّ العقد اذن لم يكن تاماً من حينه لعدم تأتي الشرط بعد ^(٢).

الوجه الرابع - ما ذكره الشيخ رحمته الله نفسه في المكاسب ^(٣) وهو عكس الوجه الثاني وهو أنّه بناء على النقل يكون مصبّ الوفاء مجموع العقد والإجازة وبما أن الإجازة لم تلحق بعد فلا يجب الوفاء أمّا بناء على الكشف مع فرض الإجازة شرطاً متأخراً فمصبّ الوفاء هو ذات العقد من غير تقييد وأمّا الإجازة شرط

(١) راجع مصباح الفقاهة ٤ : ١٧٢ - ١٧٤، والمحاضرات ٢ : ٣٥٩ - ٣٦١.

(٢) راجع منية الطالب ١ : ٢٤٦.

(٣) المكاسب ١ : ١٣٤، حسب طبعة الشهيد.

متأخّر لتأثير العقد المتقدم، نعم بناء على أنّ الشرط شرط مقارن وهو تعقّب الإجازة فمصبّ الوفاء هو مجموع العقد وتعقّب الإجازة فمع الشك في ثبوت التعقّب لا يثبت وجوب الوفاء.

إلا أن تفريقه رحمه الله بين ما إذا كانت الإجازة شرطاً متأخراً وما إذا كانت كاشفة عن شرط مقارن بان مصبّ الوفاء أي الذي يجب الوفاء به على الأوّل ذات العقد فيجب وعلى الثاني العقد مع ذاك الشرط وهو مشكوك فيه فلا يجب غريب، وذلك لأنّ «مصبّ الوفاء» أو بتعبير الشيخ «الذي يجب الوفاء به» أو بتعبير أوضح «الذي يتعلّق به الوفاء» هو العقد دون وصف التعقّب، ولو فرض أنّ وصف التعقّب، بناء على شرطيّته داخل في متعلّق الوفاء فدخل الإجازة بناء على شرطيّتها في متعلّق الوفاء أولى لأنّ الإجازة عبارة عن انتحال العقد والوفاء وفاء بالعقد ومجرّد كون الشرط مقارناً أو متأخراً لا دخل له في كونه ممّا يتعلّق به الوفاء أو لا، على أنّه لو صحّ القول بعدم وجوب الوفاء لدى الشك في حصول ما يتعلّق به الوفاء - ولو بأن يقصد بذلك عدم الوجوب الظاهري - فأوضح من ذلك صحّة القول بعدم وجوب الوفاء ظاهراً لدى الشك في حصول ما هو دخیل في موضوع وجوب الوفاء في ظرفه وهي الإجازة بناء على كونها شرطاً متأخراً، ومن الغريب ما ذكره الشيخ رحمه الله من وجوب الوفاء حتى مع القطع بأنّه سوف لن تحصل الإجازة بناء على كون الإجازة شرطاً متأخراً وأنّ وجوب الوفاء يستمر إلى حين حصول الردّ لا لشيء إلاّ لأنّ متعلّق الوفاء أنما هو العقد.

أمّا لو غرضنا النظر عن التفصيل بين ما إذا كان الشرط هو الإجازة أو وصف التعقّب وغرضنا النظر عما هو الحكم الظاهري لدى الشك وقلنا - احتفاظاً بروح كلام الشيخ - بأنّه بناء على النقل يكون متعلّق الوفاء هو العقد والإجازة ولذا

لا يجب على الأصيل الوفاء قبل الإجازة وبناء على الكشف يكون متعلّق الوفاء هو ذات العقد دون الإجازة التي فرضت شرطاً متأخراً لملك سابق قلنا أيضاً: لم نفهم السبب في هذا التفريق، فالإجازة التي هي شرط في المقام إن كانت دخيلة في متعلّق الوفاء لأنّها بمعنى انتحال العقد الذي يوفى به فهي دخيلة في ذلك سواء قلنا بالنقل أو الكشف، وإن لم تكن دخيلة في متعلّق الوفاء فهي غير دخيلة على كلا التقديرين.

وكأنّ الشيخ رحمه الله يسمّي كل ما هو دخيل في وجوب الوفاء وسابق على زمان حدوث الوجوب بمتعلّق الوفاء ويرى أنّ كل ما هو دخيل في وجوب الوفاء ومتأخّر عن زمان حدوث الوجوب فليس متعلّقاً للوفاء لأنّ وجوب الوفاء جاء قبله فكأنّه لا يمكن أن يكون وفاءً به، ولذا يرى أنّه على النقل تكون الإجازة المتأخّرة داخلة في متعلّق الوفاء لأنّ وجوب الوفاء يأتي بعد الإجازة وعلى الكشف تكون الإجازة المتأخّرة خارجة عن متعلّق الوفاء لأنّ وجوب الوفاء ثابت من حين العقد لمكان الكشف والإجازة حتى إذا كانت شرطاً ودخيلاً في موضوع وجوب الوفاء فهي متأخّرة عن زمان وجوب الوفاء بنحو الشرط المتأخّر، وأمّا لو كان الشرط هو تعقّب الإجازة فهو ثابت من أوّل الأمر فيكون داخلاً في متعلّق وجوب الوفاء.

ولكنّك ترى أنّه لو سلّم ذلك ولو لم يفرض أيضاً مقياس آخر لتشخيص ما هو متعلّق الوفاء وما ليس بمتعلّق الوفاء، اذن يكون التفصيل في وجوب الوفاء وعدمه قبل الإجازة بين الكشف بنحو شرط التعقّب أو الشرط المتأخّر أو النقل معللاً بأنّ الإجازة على الكشف خارجة عن متعلّق الوفاء بخلاف شرط التعقّب أو الإجازة على النقل دور واضح لأنّنا لا نستطيع أن نفهم تعلّق الوفاء به وعدمه إلّا

على أساس وجوب الوفاء قبل الإجازة وعدمه فكيف يعلّل وجوب الوفاء وعدمه بهذا التعلّق وعدمه ؟ !

هذا حال الوجه الرابع من وجوه التفصيل بين النقل والكشف في المقام. وأمّا الوجه الثالث وهو أنّه بناء على النقل لا يجب الوفاء لأنّ الإجازة دخيلة في تمامية العقد وهي لم تحصل بعد، وأمّا بناء على الكشف مع افتراض تكيفه بالكشف عن تمامية العقد لا يكون الإجازة شرطاً متأخراً لحصول ملك سابق فالعقد على تقدير الإجازة قد تمّ من حينه فيجب الوفاء به، فيردّ عليه: أنّه ان قصد بتمامية العقد تماميته بين الأصيل والفضولي فهو تام حتى على النقل، وان قصد بها تماميته بين الأصيل والمجيز فهو غير تام حتى على الكشف فان المجيز ما لم ينتحل العقد ولم يجزه ليس طرفاً في العقد فلم يتم عقد بينه وبين الأصيل وان فرض أنّه بعد ان يتم نكشف عن حصول سبب تام للملك من أوّل الأمر فان قيل يكفينا حصول سبب تام للملك من أوّل الأمر قلنا: هذا رجوع إلى أحد الوجهين الأوّلين.

وأما الوجه الثاني فالنكته التي فيه مأخوذة في الحقيقة من كلام السيد الخوئي الذي ذكره في مقام الردّ على المحقّق النائيني رحمته الله الذي اختار عدم جواز الفسخ من قبل الأصيل قبل إجازة المالك الآخر حتى على النقل.

وحاصل مقالة المحقّق النائيني رحمته الله على ما ورد في تقرير الشيخ الآملي رحمته الله هو ^(١) أنّ الإجازة هل هي كالقبول فلاصيل التراجع عن العقد قبل الإجازة كما ان للموجب التراجع عن الإيجاب قبل قبول القابل، أو هي كالقبض في باب الوقف

والصدقة والهبة فلأصيل أيضاً التراجع قبل الإجازة كما انّ للواهب والمتصدّق والواقف التراجع قبل القبض، أو هي كالقبض في باب الصرف والسلم فليس له التراجع قبل الإجازة كما أنّه ليس لأحد المتعاملين التراجع في باب الصرف والسلم قبل القبض؟ والفرق بين القبض في باب الصرف والسلم والقبض في باب الوقف والصدقة والهبة على ما يقوله المحقّق النائي هو انّ القبض في باب الصرف والسلم شرط لحصول الملكية لا لأصل العقد فالعقد قد تم قبل القبض ولذا لا يجوز لأحدهما منفرداً التراجع بل يجب على كل منهما الوفاء بما التزم بتمكين الآخر من القبض كي يتمّ الملك ويجوز له إجباره على القبض لو امتنع، وفي باب الوقف والهبة والصدقة يكون القبض شرطاً للعقد نفسه لا للملكية المنشأة به ولذا لا يجب الإقباض على الواقف والمتصدّق والواهب وليس له إجبار الموقوف عليه أو المتصدّق عليه أو الموهوب له على القبض.

ومنشأ الفرق بين القبضين هو مناسبة الحكم والموضوع حيث ان الإعطاء في باب الوقف والصدقة والهبة يكون من جانب واحد لا من الطرفين فيكون المناسب لشرطية القبض شرطيته لأصل الإعطاء بالمعنى المصدري أي شرطيته لنفس العقد ولكن الإعطاء في باب الصرف والسلم يكون من الطرفين فيكون المناسب لشرطية القبض شرطيته للعقد بالمعنى الاسم المصدري أعني النتيجة الحاصلة من العقد وهي الملكية، يقول رحمته الله: «وهذا الذي ذكرناه من عدم وجوب القبض في باب الوقف والصدقة والهبة ووجوبه في باب الصرف والسلم هو المتسالم فيه بين الأصحاب والسّر فيه ما ذكرناه».

ويقول رحمته الله: إنّ الإجازة كالقبول ركن للعقد وفرضها كالقبض بحاجة إلى مؤنة زائدة ويقصر الدليل الدال على اعتبارها عن إثباته ولكنها ليست ركناً بمعنى كونها من متممات العقد ومما يتوقّف العقد في تحقّقه عليه، فإنّ العقد قد تحقّق

بتوافق المالك والفضولي وإنشائهما إياه وأنما هي ركن في استناد العقد إلى المالك المجيز، ومن هنا يتضح ان كون الإجازة كالقبض ليس بالمعنى الذي يؤدّي إلى جواز رجوع الأصيل قبل الإجازة قياساً على رجوع الموجب قبل القبول فإنّ هذا القياس مع الفارق وذلك لأنّ العقد قبل القبول غير تامّ أمّا في المقام فالعقد قد تمّ في نفسه وأنما الإجازة أثرها إسناد العقد إلى المالك المجيز وطرفية المالك المجيز للعقد فيما أنّه قبل الإجازة ليس المالك الذي اشترى له الفضولي مثلاً طرفاً للعقد لا يجب عليه الوفاء وبما أنّ الأصيل طرف للعقد قبل الإجازة فيجب الوفاء عليه قبل الإجازة حتى ولو قلنا بالنقل.

وهنا ينتهي الشيخ النائيني رحمته الله إلى نهاية الشوط حيث يقول: إنّ وجوب الوفاء بالعقد يبقى ثابتاً على الأصيل إلى ان يرتفع الموضوع بردّ الطرف الآخر فما لم يتحقّق الردّ يكون الأصيل ملزماً بالوفاء سواء أجاز الآخر أم لا.

وأورد على ذلك السيد الخوئي أولاً: أنّ فرض وجوب الوفاء بالعقد على النقل رغم عدم حصول الملك قبل الإجازة فرع ان نقول: إنّ وجوب الوفاء يرجع إلى الالتزام العقدي لا إلى النتيجة الوضعية وهي الملك وهذا انما يناسب فرض كون وجوب الوفاء وحرمة الفسخ حكماً تكليفاً، أمّا لو فرضناه حكماً وضعياً بمعنى لزوم العقد وعدم قابليته للانفساخ اذن فهو راجع إلى الحكم الوضعي المستنتج من العقد وهي الملكية فالملكية هي التي تكون لازمة وغير قابلة للإبطال وليس راجعاً إلى ذات الالتزام العقدي وأنما الذي يناسب رجوعه إلى ذات الالتزام العقدي هو الوجوب التكليفي بالوفاء وعدم الفسخ، ومن الواضح ان وجوب الوفاء في المقام حكم وضعي لا تكليفي إذ لو كان حكماً تكليفاً لكان يشترط فيه القدرة على الوفاء وعلى الفسخ لأنّ المقصود بهذا الحكم التكليفي

ليس تحريم إنشاء الفسخ أو التفوّه بكلمة فسخت لوضوح عدم حرمة ذلك في ذاته وأنما المقصود به تحريم إيجاد الانفساخ حقيقة وتحريمه فرع القدرة عليه اذن يكون الأمر بالوفاء بالعقد دليلاً على قابليته للانفساخ، ونحن نعلم أنّه لو كان العقد قابلاً للانفساخ لم يحرم فسخه اذن فحمل الأمر بالوفاء على الحكم التكليفي أمر غير معقول فهو محمول على الإرشاد إلى الحكم الوضعي الذي يناسب ارتباطه بالملكية لا بالالتزام العقدي محضاً والمفروض انّ الملكية بناء على النقل لم تتحقّق بعد فلا موضوع لوجوب الوفاء.

وأما فرض وجوب الوفاء في الصرف والسلم قبل القبض رغم عدم الملك ووجوب الإقباض على أساسه فهو أيضاً ليس من المسلمات ونحن نقول إنّّه قبل تحقّق القبض وتمامية المعنى الاسم المصدري وهي الملكية لا معنى هناك أيضاً لشمول دليل وجوب الوفاء بالعقد إيّاه لأنّه ليس حكماً تكليفاً وأنّما هو إرشاد إلى الحكم الوضعي كإرشادية النهي عن بيع الغرر مثلاً إلى الفساد.

وثانياً - لو فرضنا كون وجوب الوفاء وجوباً تكليفاً فلا شبهة في أنّه أنّما يتم بعد تحقّق العقد وهو بناء على النقل لم يتم بعد إذ ما لم تأت الإجازة من قبل المالك الآخر لم يكن هناك عقد بينهما ولا معنى لافتراض ان العقد تمّ من أحد الطرفين ولم يتم من الطرف الآخر، فان العقد عبارة عن ربط التزام بالتزام فهو متقومّ بكلا الطرفين وهذا بخلاف ما لو بنينا على الكشف فان العقد مبنياً عليه قد تمّ منذ البدء فيشملة دليل وجوب الوفاء بالعقد وكذلك الملكية قد تمّت منذ البدء فإبطالها أكل للمال بالباطل^(١).

أقول: قبل ان نناقش صلب حديث المحقّق النائيني والسيد الخوئي في

المقام لا بأس بالحديث الجانبي عمّا جاء في أثناء الكلام من القبض في الهبة والصدقة والوقف وفي الصرف والسلام.

فنقول: إنّ مجرد كون العطاء من الطرفين في الصرف والسلام أو كونه من طرف واحد في الهبة والصدقة والقبض ليس مناسبة ارتكازية لصرف شرط القبض إلى الملك تارة وإلى نفس العقد أخرى ولا نفهم ما المقصود من رجوعه إلى نفس العقد دون الملك، في حين أنّ العقد ليس إلّا ربط قرار بقرار مثلاً أو نحو ذلك ممّا لا علاقة له في هويته بالقبض فإن كان القبض شرطاً فيه فهو دائماً شرط لمملّكته. وإن اريد توجيه أثر القبض في الصدقة والهبة عقلياً فخير ما يمكن أن يقال فيه هو أن يقال: إنّهما ليسا من مقولة العقد كي يجب الوفاء بهما على أساس وجوب الوفاء بالعقد وأنّما حقيقتهما أنّ المتصدق والواهب يخلّيان بين المال والمتصدّق عليه أو الموهوب له قربة إلى الله، أو بدون قربة كي يمتلك المتصدّق عليه أو الموهوب له المال بالقبض والحيازة فقبل القبض لم تتم حقيقة الصدقة أو الهبة ولعل هذا حاقّ ما كان في ارتكاز المحقّق النائيني رحمته الله، وأمّا في باب الوقف فبالإمكان أن يقال: إنّهُ أيضاً ليس عقداً بل هو إيقاع ولا يحقّق الملكية في الوقف الخاص أو مطلقاً إلّا بعد القبض.

وعلى أيّة حال فهناك روايات في هذه الأبواب تدلّ على جواز التراجع قبل القبض^(١) فلو لم نقبل ذلك بمقتضى القاعدة وصلت النوبة إلى قبوله تعبّداً

(١) من قبيل ما ورد في الهبة في الوسائل ١٣ : ٣٣٦، الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات، الحديث ٦ و ٨، وما ورد في الوقف في ١٣ : ٣٠٠، الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٨، وما ورد في التصدّق وهو يشمل الوقف في نفس الباب، الصفحة ٢٨٨، الحديث

بحكم تلك الروايات ان تمت أسانيدھا ورجحت على ما يعارضها وبحث ذلك موكول إلى الفقه .

وأما الصرف فروايات القبض فيه دلّت على شرط القبض في المجلس^(١) وعندئذٍ فمن الطبيعي إمكانية التراجع قبل القبض إذ ما دام المجلس ثابتاً فلا أقل من خيار المجلس وأما إن كان المجلس منقضيّاً فقد بطل البيع .

وأما السلم فشرط القبض فيه ليس بالروايات وأما هو بالإجماع المدعى على شرط القبض في المجلس أيضاً فهنا أيضاً نقول : إنه من الطبيعي إمكانية التراجع قبل القبض في المجلس ولو لخيار المجلس وأما إذا انقضى المجلس من دون قبض فقد بطل البيع اذن لا يبقى معنى أو مورد لما قاله المحقق النائيني رحمته الله من أن عدم إمكان الفسخ قبل القبض في الصرف والسلم أمر تسالم عليه .

ويمكن افتراض فرض واحد كمصدق لكلام المحقق النائيني رحمته الله من وجوب الإقباض أو القبض وهو ما إذا فرض ان خيار المجلس كان ساقطاً بالشرط هذا لو قبلنا ان إسقاط خيار المجلس بالشرط جائز، أما لو قلنا : إنه شرط خلاف السنة لان خيار المجلس في الحقيقة ترخيص اقتضائي وليس ترخيصاً من باب مجرد عدم المقتضى للإلزام فنفية بالشرط ينافي مصلحة الترخيص ويخالف السنة فلا يبقى مورد لتصحيح كلام المحقق النائيني رحمته الله .

على أنه لا يبعد ان يقال : إنه وإن كان من الممكن عقلاً دخل القبض في حصول الملك ووجوب الوفاء بالعقد في نفس الوقت بالقبض والاقباض ولكن

(١) راجع الوسائل ١٢ : ٤٥٩ ، الباب ٢ من الصرف ففيه عدد من الروايات دالة على ذلك خاصة الرواية ٨ ، وفي نفس الباب أيضاً روايات معارضة .

المفهوم عرفاً من روايات دخل القبض في الملك في بيع الصرف هو عدم وجوب الوفاء بالقبض والإقباض.

وقد تقول: إن هذا الاستظهار مخصوص بالصرف دون السلم لأن شرط القبض في السلم كان بالإجماع لا بنص كي نستظهر من النص ذلك إلا إذا فرض لمعقد الإجماع ظهور من هذا القبيل.

ولكن الظاهر أن السبب في هذا الاستظهار ما مضى من أن عقد البيع ليس مفاده الالتزام بالتملك وإنما مفاده ذات التملك فدليل الوفاء به ينصرف عما قبل حصول الملك.

وهذه النكتة ثابتة حتى في السلم الذي كان دليل شرط القبض فيه هو الإجماع لا النص إذ لو ثبت شرط القبض لحصول الملك ولو بالإجماع انصرف دليل الوفاء بالعقد الذي لم يكن مفاده إلا التملك دون الالتزام إلى ما بعد حصول الملك. والآن نأتي إلى مناقشة أصل البحث الذي دار بين المحقق النائيني والسيد الخوئي فنقول:

إن ما ذكره السيد الخوئي من أن الأمر بالوفاء بالعقد أمر وضعي وليس تكليفاً وإلا لزم تزلزل العقد وبالتالي لم يجب الوفاء به وإذا كان كذلك فهو راجع إلى الأثر الوضعي للعقد وهو الملكية فلا يمكن أن يأتي قبل حصول الملك أمر غريب، فإن معنى كونه أمراً وضعياً كونه إرشاداً إلى لزوم العقد وعدم تزلزله وعدم إمكانية فسخه وهذا أمر معقول قبل حصول الملك فلزوم العقد قبل الإجازة رغم عدم حصول الملك معناه أن قابليته للحقوق الإجازة لا تنتفي بالفسخ وتزلزله يعني أنها تنتفي بالفسخ فالأثر الوضعي للعقد قبل الإجازة عبارة عن قابليته للحقوق الإجازة ومن الممكن وجوب الوفاء به وضعاً بلحاظ هذا الأثر.

أما هل ان ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ أمر تكليفي أو أمر وضعي ؟ فالظاهر أنه أمر تكليفي مستلزم للأمر الوضعي ومعنى الوفاء بالعقد هو العمل بآثار العقد والذي هو أمر مقدور وليس معنى الأمر بالوفاء بالعقد الأمر بعدم الفسخ كي يقال : إن هذا يستلزم إمكانية الفسخ وتزلزل العقد والأمر التكليفي بالعمل بآثار العقد يدل على لزوم العقد الذي هو أمر وضعي إذ لو كان مترزلاً لصحّ فسخه وبالتالي لم يجب العمل بآثاره بعد الفسخ ولا مبرّر هنا للعدول عن الظهور الأوّلي للأمر في كونه تكليفاً.

وعلى أية حال فاعتراضنا على السيد الخوئي بإمكانية الأمر الوضعي باللزوم قبل حصول الملك لا يعني قبولنا لكلام المحقّق النائيني رحمه الله القائل بشمول دليل الوفاء بالعقد للأصيل حتى على النقل لتامة العقد من طرف الأصيل فلا أقلّ من أنّ هذا يرد عليه الإشكال الثاني من إشكالي السيد الخوئي وهو أنّ العقد متقوّم بالطرفين فكما لم يتحقّق بالنسبة للمالك الآخر كذلك لم يتحقّق بالنسبة للأصيل نعم تحقّق العقد بين الأصيل والفضولي ولكن لا احترام لهذا العقد.

وهذا الكلام يتم حتى على الكشف فنحن لا نساعد السيد الخوئي في اختصاص هذا الكلام بفرض النقل وذلك لما مضى ممّا في ردّ الوجه الثالث من وجوه التفصيل بين الكشف والنقل، من أنّنا حتى لو فسّرنا الكشف بمعنى الكشف عن تمامية السبب بشروطه لا بمعنى الشرط المتأخّر فإنّما ذلك يعني تمامية سبب الملك الشرعي لا حصول العقد فإنّ حصول العقد أمر تكويني وهو ربط قرار بقرار وهذا لم يحصل حسّاً بين الأصيل والمالك الآخر.

بقي علينا تحقيق حال الوجه الأوّل من وجوه التفصيل بين الكشف والنقل في المقام وهو التمسك بغير ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ من مثل قاعدة السلطنة وتجارة

عن تراض ولا يحل مال امرء مسلم إلا بطيبة نفسه ونحو ذلك ممّا يكون مصبّه الملك فيقال أنّه بناء على الكشف يكون الملك ثابتاً من أوّل الأمر فتلك الأدلّة تمنع عن فسخه أمّا على النقل فليس الأمر كذلك لعدم ثبوت الملك من أوّل الأمر بل وكذلك الحال في ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ في مثل البيع لو قلنا بشموله للأصيل قبل الإجازة فإن هذا الشمول إنّما يكون على الكشف دون النقل لان البيع من العقود التملّكية لا من العقود الالتزامية فمفاد العقد ليس عدا التملّك والوفاء وفاء بالتملّك وهو لم يتم قبل الإجازة على النقل وقد تمّ على الكشف.

وتحقيق الحال في المقام : إنّ إسرائ هذا البيان على ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ كان متفرّعاً على إمكان شمول ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ لأحد الطرفين دون الطرف الآخر على أساس ان الطرفية للعقد ثبتت لأحدهما دون الآخر وقد مضى انّ هذا غير صحيح لانّ العقد متقومّ بالطرفين والعقد بين الأصيل والمبغز غير موجود قبل الإجازة حساً وبين الأصيل والفضولي موجود ولكنه عقد غير محترم.

يبقى التمسك بإطلاقات السلطنة وتجارة عن تراض ونحو ذلك ممّا يصبّ الاحترام ابتداءً على الملك دون العقد ولكن الصحيح انّ التمسك بهذه الإطلاقات فرع فرض تعلّق الإجازة ولو متأخراً وفي المستقبل بالعقد، في حين ان تراجع المالك الأصيل معناه إفناء العقد وإنهاء القرار من نفسه فحينما تأتي الإجازة لا ترى محلاً تتعلّق به وهذا معنى انّ الإجازة في المقام من قبيل قبول القابل الذي لو جاء بعد تراجع الموجب لم يلق إيجاباً يتعلّق به وبه يبطل القبول، وكذلك في المقام يرى انّ العقد لم يبق ثابتاً في نفس الأصيل كي ترتبط به الإجازة فتلغو الإجازة لا محالة لانّ المفهوم عرفاً من دليل نفوذ الإجازة أو كاشفيتها ان النفوذ أو الكشف يكون لإجازة متعلّقة بعقد له طرف آخر بالفعل لا بعقد زائل عن نفس

الطرف الآخر سنخ انّ القبول يجب ان يتعلّق بإيجاب ثابت في نفس إنسان آخر لا بإيجاب زائل عن النفس فإذا لم ترتبط الإجازة بعقد ذي طرف آخر لم تكشف عن الملك كي يتمسّك بإطلاقات احترام الملك.

وهذا يكون كلمة الفصل في المقام ولا يدع مجالاً للثمرة بين الكشف والنقل بإمكان الفسخ قبل الإجازة في الثاني دون الأوّل.

نعم نستثني من ذلك فرضاً واحداً وهو فرض دعوى ان العقد الذي يجب الوفاء به ليس خصوص العقد الواقع بين المالكين ومن في حكمهما بل يجب الوفاء حتى بالعقدي الذي صدر عن الغريب من دون اذن أو توكيل شريطة وجود الرضا الباطني من قبل المالك مع إضافة إلحاق الرضا التقديري بالرضا الفعلي زائداً القول بانّ الإجازة المتأخّرة تكشف عن الرضا التقديري حين العقد فإذا كان التكييف الفتي للكشف بهذا البيان صحّ التمسّك به ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ وبإطلاقات الملك بلا إشكال فإنّه لم يكن المقصود بالعقد العقد بين المالكين حتى يقال : لا يعقل تحقّقه من أحد الطرفين فحسب لكونه متقوّماً بالطرفين بل كان المقصود هو العقد بين المالك والفضولي وكان هذا متحقّقاً بلا إشكال ، وكذلك لا يرد الإشكال بانّ الإجازة لم تلحق بالعقد الثابت لأنّها حينما جاءت كان العقد زائلاً من نفس الأصيل فإنّ الإجازة على هذا الفرض أنّما يكون دورها دور الكشف عن الرضا التقديري الثابت في وقت كان العقد ثابتاً في نفس الأصيل.

الفرع السابع - في تصرّف الأصيل في ماله الذي نقله بالعقد وكان صاحبه فضولياً حيث قد يقال : إنّ هذا التصرّف على النقل والكشف الحكمي جائز لأنّه تصرّف في ملكه وعلى الكشف الحقيقي غير جائز لو لحقته الإجازة بعد ذلك لأنّه ينكشف عندئذٍ أنّه كان تصرّفاً في ملك الناس .

والكلام تارة يقع في التصرف القانوني كالبيع أو العتق وأخرى يقع في التصرف الانتفاعي :

أمّا التصرف القانوني فبناء على النقل أو الكشف الحكمي الأمر فيه واضح فأنّه تصرف في ملكه وقد قلنا : إنّ ﴿ اوفوا بالعقود ﴾ لم يشمل هذا التصرف رافع لموضوع الإجازة فإنّ الإجازة وإن كانت تتعلق بالعقد لا بالعين لكن العقد مقيد بهذه العين التي نفذ فيها تصرف آخر قبل ان ينفذ فيها ذاك العقد بالإجازة .
وأمّا على الكشف الحقيقي فإن كان قد أوقع العقد الجديد بعد ان تراجع عن العقد السابق أو كان نفس ما فعله دليلاً على التراجع وقد قلنا في ما سبق : إنّ من حقّه هذا التراجع رغم فرض الإيمان بالكشف أيضاً الأمر واضح فأنّه بالتراجع فات محلّ الإجازة فلا يوجد أي مانع عن العقد الجديد .

وأمّا ان فعل ذلك من دون تراجع وقد قلنا في ما سبق : إنّ من حقّه التراجع رغم الإيمان بالكشف فهنا تصل النوبة إلى الوجهين اللذين سبق وأن ذكرناهما في الفرع الأوّل لتصحيح البيع :

الأوّل - ان يقال : إنّ هذا البائع يعطي للمشتري الحقّ الذي كان له في العين وهذا الحقّ كان في ذاك الفرع عبارة عن حقّ إبقاء الملك بترك الإجازة وعدم إبقائه بفعل الإجازة وهذا الوجه كما ترى لا يجري في المقام لأنّ هذا الشخص أصيل فليس له حقّ الإجازة وأنما له حقّ التراجع وعدمه عن العقد بمعنى إنهاء العقد من نفسه وعدم إنهائه وهذا الحق غير قابل للانتقال إلى المشتري لأنّ العقد الأوّل ليس له وجود في نفسه كي ينهيه أو لا ينهيه .

الثاني - ان يقال : إنّ إطلاق الصحيحتين لا يشمل المقام لاحتمال الفرق وعدم تعدّي العرف وهذا الوجه ان صحّ هناك لم يلزم من ذلك ان يصح هنا وذلك

لأنّ التصرف القانوني الذي صدر منه هناك كان قبل ما يكشف عن تمامية العقد وهو الإجازة فكان يقال : إنّ من المحتمل عرفاً منع ذلك عن لحوق ما يكشف عن تمامية العقد وهو الإجازة لأنّ أمر الإجازة بيده فما دام قد اختار هو ما لا يجوز له الجمع في الاستفادة بين حقّه في ذاك وحقّه في الإجازة بطل عنه الحقّ الثاني ، أمّا هنا فحقّ الإجازة لم يكن بيده بل كان بيد المالك الآخر والذي كان بيده أمّا هو حقّ التراجع المزيل للعقد والتصرف القانوني صدر منه هنا لا قبل ما بيده ممّا يكشف عن تمامية العقد بل قبل ما بيده ممّا يزيل العقد فقد أدخل عقداً في عقد فالمناسب بناء على كاشفية الإجازة عن تمامية العقد السابق هو لغوية العقد اللاحق .

وأما ان قلنا بأنّ التراجع لا يؤثّر فسواء تراجع قبل البيع الجديد أو لم يتراجع لا يردّ شيء من الوجهين لتصحيح البيع الجديد أمّا الأوّل فلأنّه لم يثبت بيده حقّ ينقله إلى المشتري الجديد وأمّا الثاني فلأنّ نكتة إنصراف الصحيحتين أو عدم تعديّ العرف من موردهما التي عرفتها غير موجودة هنا ، لما قلنا من أنّ الإجازة لم تكن بيده حتى يفترض احتمال العرف مانعية ما فعله عن إعماله لحقّ الإجازة رغم اقتضاء الإجازة في ذاتها للكاشفية .

وأما التصرف الانتفاعي من دون إتلاف فعلى النقل والكشف الحكمي يجوز لأنّه تصرف في ملكه وعلى الكشف الحقيقي ان قلنا في المسألة السابقة بحقّ التراجع وقد تراجع قبل التصرف أو بنفس التصرف فقد جاز ، وإن قلنا بعدم حقّ التراجع أو لم يتراجع بالفعل فهو تصرف في ملك الغير فهو حرام واقعاً وإن كان يعلم بلحوق الإجازة فالحرمة منجزة عليه وبه ظهر حكم الاستيلاد .

وأما الإتلاف فعلى النقل والكشف الحكمي فهو جائز ورافع لموضوع

الإجازة وعلى الكشف الحقيقي مع فرض التراجع ونفوذه الأمر واضح ومع فرض عدم التراجع أو عدم نفوذه يكون حراماً وموجباً للضمان ولو لم يكن يعلم بلحوق الإجازة حلّ له ظاهراً بالإتلاف ولكن يثبت الضمان عليه إذا لحقته الإجازة بعد ذلك.

وقد تقول بجواز الإتلاف لعدم ثبوت الإطلاق في الصحيحتين لفرض تلف المال وعدم تعديّ العرف من موردهما لاحتمال الفرق ولكننا لو قلنا بذلك لانتبهنا إلى نتيجة غريبة كما ثبتنا ذلك في الفرع الثاني أيضاً وهي جواز الإتلاف مع عدم جواز التصرف الذي هو أقل من الإتلاف.

الفرع الثامن - لو مات المالك الأصيل قبل إجازة الآخر فقد يقال: إنّه بناء على الكشف الحقيقي تكون الإجازة كاشفة عن سبق الملكية فيكون البيع قد تمّ قبل موت المالك فيصحّ البيع بخلافه على النقل أو الكشف الحكمي لأنّ البيع لم يتم قبل موت المالك ولا معنى لتمايمته بعد موته وهذا ما نسب إلى كاشف الغطاء رضوان الله عليه.

واعترض عليه صاحب الجواهر رحمته الله بدعوى ظهور الأدلة في اعتبار قابلية التملك والتملك حين الإجازة وذلك بأن يكون مالكا للمال لولا الإجازة بل لا بد أن تكون القابلية مستمرة من حين العقد إلى حين الإجازة لأنّ زمان التملك مستمر من حين العقد إلى حين الإجازة، نعم قد تشهد صحيحة أبي عبيدة الحذاء لنفوذ العقد كسفاً رغم تأخر الإجازة عن موت الطرف الآخر ولكن يمكن الجمود على مورد الصحيحة والرجوع في غيره إلى ما عرفت^(١).

وأورد الشيخ الأنصاري رحمته الله عليه بان مقتضى ظهور بعض روايات صحة الفضولي وصريح بعضها عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة وأورد نقضاً أيضاً على كلام صاحب الجواهر وكأنه نقض على جزء من كلامه وهو قوله : إنَّ التملُّك مستمر من حين العقد إلى حين الإجازة فيجب ان يستمر شرط القابلية من حين العقد إلى حين الإجازة، والنقض هو أنه لو فرضنا أنه وقع عقد ثانٍ على المال المنتقل إلى أحدهما فضولة بان باعه من انتقل إليه من شخص ثالث فهذا العقد الثاني قد صرّحوا بأنه يصحّ بإجازة العقد الأوّل وهذا يعني على الكشف ان هذا المال كان قد انتقل إليه بعقد الفضولي ولكن لم يبق على ملكه بل انتقل بعد ذلك إلى غيره بالبيع الجديد فلم يكن الملك مستمراً من حين العقد إلى حين الإجازة.

وفسّر السيد الخوئي دعوى الشيخ لظهور بعض الأخبار في عدم اعتبار استمرار الحياة بأنّ الظاهر ان المقصود بذلك إطلاقات روايات الاتجار بمال اليتيم^(١) وروايات تخلف العامل المضارب عن الشرط^(٢) فإنّها تشمل بالإطلاق فرض موت المالك الأصلي وفسّر دعواه لصراحة بعض الأخبار في ذلك بأنّ الظاهر انّ المقصود هو رواية ابن اشيم^(٣) حيث فرض فيها موت الأصيل وردّ العبد إلى الورثة لو أقاموا البينة^(٤).

أقول : إنّ هذا التفسير الأخير غريب فإنّ رواية ابن اشيم لم يفرض فيها

(١) راجع الوسائل ٦ : ٥٧، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، و ١٢ : ١٩٠، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، و ١٣ : ١٨٩، الباب ١٠ من كتاب المضاربة، و ٤٧٨، الباب ٩٢ من كتاب الوصايا.

(٢) راجع الوسائل ١٣ : ١٨١ - ١٨٣، الباب ١ من كتاب المضاربة.

(٣) راجع الوسائل ١٣ : ٥٣، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

(٤) راجع المحاضرات ٢ : ٣٦٧، ومصباح الفقاهة ٤ : ١٦٥ - ١٦٦.

موت أي واحد من الطرفين وأنما الميت في مورد الرواية هو الذي دفع المال إلى العبد ليشتري له عبداً ويعتقه ولو بقي حياً لما كانت المعاملة فضولية وأنما أصبحت فضولية لأنه تأخر الشراء إلى ان مات صاحب المال فانتقل المال إلى الورثة.

فأصبح الشراء فضولياً للورثة والظاهر انّ نظر الشيخ رحمته الله إلى صححية الحذاء الواردة في تزويج الصغيرين وأما قول الشيخ بعد ذلك: «مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي يصلح ردّاً لما ذكر في الثمرة الثانية...» فلا يدلّ على أنّ نظر الشيخ سابقاً كان إلى رواية ابن اشيم كي لا يتّحد المضاف والمضاف إليه وذلك لانّ الظاهر ان نظره في هذه الإضافة رفع الإشكال عن الثمرة الثانية يعني بها مورد إنسلاخ العين عن القابلية هذا، وقد التفت السيد الخوئي بعد صفحات إلى اجنبية رواية ابن اشيم عن المقام^(١).

وعلى أي حال فقد أجاب السيد الخوئي عن الحل بأنّ روايات الاتجار بمال اليتيم وروايات العامل المضارب المتخلّف عن الشرط اجنبية عن بحث الفضولي وذكرها الشيخ في المقام كتأييد^(٢).

وأما النقض فقد أجاب عليه في المحاضرات بأنّ قياس ما نحن فيه بفرض ورود البيع على المال قبل الإجازة قياس مع الفارق ففرق بين سقوط قابلية الملك بالموت وسقوطها بنفس الإجازة، فإن كان الأوّل مانعاً عن طرؤ الإجازة فهذا لا يعني الالتزام بمانعية الثاني أيضاً عن طرؤ الإجازة ففي الثاني يتلقى المشتري الملك من المشتري الأوّل وهكذا وهذا ممّا لا إشكال فيه^(٣).

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٣٧١، ومصباح الفقاهة ٤ : ١٩٤.

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ٣٦٧، ومصباح الفقاهة ٤ : ١٨٦.

(٣) المحاضرات ٢ : ٣٦٧.

أقول لو حذف هذا الذيل من ردّه على النقض لكان أفضل لأنّ ما ذكره من تلقّي المشتري المال من مالكة السابق ثابت في ما نحن فيه أيضاً فالإجازة لو كشفت فهي تكشف عن أنّ كلّ واحد منهما قد تلقّى المال قبل موت الأصيل من مالكة السابق ولعلّ هذه زيادة في عبارة التقرير غفلة.

وأما في المصباح^(١) فكأنّه حمل نقض الشيخ على صدر كلام صاحب الجواهر الذي ذكر فيه ضرورة كون المالك الأصيل حين الإجازة باقياً على ملكيته للمال لولا الإجازة كي يكون قابلاً للتملك والتملك فأجاب عليه بأنّ الملكية للولاية أي لولا الإجازة ثابتة في مورد النقض بخلاف فرض الموت فلا مورد للنقض وهذا الجواب على تقدير حمل كلام الشيخ على هذا المعنى متين إلّا أنّ هذا الحمل بعيد.

أمّا تقييم كلام صاحب الجواهر رحمته الله فما ذكره في ذيل كلامه من كون التملك مستمراً من حين العقد إلى حين الإجازة ان قصد به تقبّل الملك فهو في آن واحد وليس مستمراً فلتكن شرائط التملك ثابتة في ذاك الآن، وان قصد به ثبوت الملك فاستمراره في فترة من الزمن وعدم استمراره يتبع شرائط الملك لا شرائط التملك بمعنى شرائط تقبّل الملك ونحن كلامنا في هذا الفرع أنّما هو في شرائط التملك، وأنّ التملك على الكشف أنّما هو حين العقد والمفروض أنّه كان حيناً حال العقد نعم بموته يبطل استمرار الملك فيجب ان نعرف لماذا يفترض تأثير ذلك على بطلان التملك؟

وأما ما ذكره في صدر كلامه من دعوى ظهور الأدلة في اشتراط ثبوت القابلية حين الإجازة فهي أيضاً دعوى لا نعرف لها مستنداً ولا مبرراً.

ثم أنّ السيد الخوئي اختار في المقام^(١) بطلان الثمرة لأننا لو فرضنا أنّ صحّة بيع الفضولي على خلاف القاعدة ففرض الموت خارج عن القدر المتيقن والظاهر في مثل رواية عروة البارقي وصريح صحيحة محمّد بن قيس هو حياة المالك فمع الموت لا دليل على صحّة الفضولي سواء قلنا بالكشف أو النقل، ولو فرضنا أنّ صحّة بيع الفضولي مطابقة للقاعدة ومستفادة من نفس إطلاقات العقود فالإطلاقات ثابتة في المقام سواء قلنا بالكشف أو النقل غاية الأمر أنّه بناء على النقل نكون بحاجة إلى إجازة الورثة أيضاً.

أقول: إنّ هذا الكلام اعتراف بالثمرة في ثوب الإنكار فإنّ الذي ينبغي أن يكون هو المقصود لمدّعي الثمرة هو البطلان على النقل بمعنى أن إجازة الطرف الآخر لا تكفي في صحّة البيع لأنّ المالك الأصيل الذي كان المفروض أن يكون طرفاً له في المعاملة قد مات وهذا بخلاف فرض الكشف لأنّ الكشف يعني تمامية النقل والانتقال في حال حياته، وأمّا قابلية العقد للتصحيح بإدخال إجازة جديدة في الحساب وهي إجازة الوارث فلا تنفي الثمرة في المقام.

وعلى أيّة حال فلعلّ مقتضى القاعدة في المقام هو البطلان حتى على الكشف لأنّ الموت يعدم القرار والعقد من نفس المالك فلا ترتبط الإجازة بعقد موجود كي يصبح المالك الآخر بالإجازة مرتبطاً بواسطة الانتحال بعقد يكون طرفه الآخر المالك الأصيل.

نعم لا نمانع من أن تحصل الإجازة من الورثة أيضاً وترتبط كلتا الإجازتين بالعقد السابق إذ بذلك يصبح كل من الورثة والمالك الآخر طرفين للعقد بالانتحال ويحيى ذلك العقد بهما وقد قلنا إنّ هذا خارج عن نطاق القول بالبطلان.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٦٧ - ٣٦٨، ومصباح الفقاهة ٤: ١٨٦ - ١٨٧.

يبقى ان نرى هل يوجد دليل خاص على الصحة وعدم مضرية موت الأصيل أو لا؟

وقد اشير في ثنايا الكلام إلى النصوص التي يمكن ان تجعل دليلاً على ذلك وهي ما يلي :

١ - صحيحة أبي عبيدة الحذاء حيث فرض فيها موت الزوج قبل بلوغ الزوجة وإمضاءها للعقد.

وقد يبدى فيها احتمال خصوصية المورد لما مضى منّا من أنّه لا ملازمة بين النكاح والعقود المالية في التوسيع أو التضييق فكما لا يدل تصحيح النكاح الفضولي على صحة العقد المالي الفضولي كذلك لا يدل توسيع نطاق صحته لما بعد موت أحد الطرفين إلى وجود نفس هذه السعة في العقود المالية.

٢ - روايات الاتجار بمال اليتيم وروايات تخلف العامل المضارب عن بعض الشروط.

وقد مضى منّا في محله انّ روايات الاتجار بمال اليتيم لا تدلّ على صحة بيع الفضولي بالإجازة المتأخّرة من قبل اليتيم حينما يكبر أو من قبل وليّه بل من المحتمل فيها انّ الشارع بنفسه تصدّى لتصحيح البيع في صالح اليتيم ولو لم تلحقه الإجازة.

ومضى منّا أيضاً في محله ان روايات العامل المضارب ان تَمَّت دلالتها على صحة بيع الفضولي فمن المحتمل اختصاصها بموردها ولا يجوز التعدي من موردها إلى مطلق الموارد اذن ففي سائر الموارد يكون الدليل على صحة بيع الفضولي غير هذه الروايات منّا لا إطلاق لها لفرض موت الأصيل.

الفرع التاسع - لو ارتدّ الأصيل فطرياً وكان ما انتقل عنه عيناً لا كلياً في

الذمة فعلى الكشف صحّ العقد وانتقل العوض إلى ورثته وعلى النقل بطل العقد لان العين خرجت عن ملكه قبل تمامية النقل ويختلف هذا الفرع عن الفرع السابق في أنّ القرار لم يزل قبل الإجازة من نفس الأصل.

أمّا لو ارتدّ المجيز فطرياً قبل الإجازة فلا يبعد القول ببطان إجازته حتى على الكشف فإنّه وان أمكن القول بالدقّة بان إجازته كشفت من انتقال ماله إلى الأصل قبل انتقاله إلى الورثة بالارتداد ولكنّه لعلّ العرف يفهم من دليل حجره عن أمواله ورجوعها إلى الورثة حجره عن الإجازة.

وكذلك موارد الحجر الحقيقية فلو سفه الأصل أو أفلس وحجر على أمواله نفذت إجازة المجيز على الكشف وتمّ الحجر على ما انتقل إلى الأصل لا على ما انتقل عنه ولكن لو سفه المجيز أو أفلس وحجر على أمواله كان ذلك مانعاً عن نفوذ إجازته ولو كان الحجر بمثل الجنون الذي ينهي أصل القرار من صفحة النفس اتجه البطان على الإطلاق من دون فرق بين طرف المجيز وطرف الأصل ومن دون فرق بين النقل أو الكشف.

ولو ارتدّ الأصل الذي نقل إليه العبد المسلم أو المصحف قبل الإجازة ارتداداً ملبياً أو كان ارتداداً فطرياً على شرط كون عوض العبد أو المصحف كلياً في ذمته كي لا يرد في فرض النقل إشكال الانتقال إلى الورثة فبناء على الكشف صحّ البيع وانتقل العبد والمصحف إلى الورثة في الفطري ويجبر على بيعهما في الملبى وبناء على النقل بطل البيع.

أمّا لو ارتدّ المجيز قبل الإجازة ملبياً أو ارتدّ فطرياً مع كون ما عليه من العوض كلياً في ذمته وكان المفروض انتقال المصحف أو العبد المسلم إليه بالعقد الفضولي فلا يبعد القول ببطان إجازته حتى على الكشف بدعوى أنّ دليل حجره

عن شراء العبد المسلم والمصحف يفهم منه عرفاً حجره عن هذه الإجازة.

الفرع العاشر - لو تلفت العين أو صارت بحكم التالف فعلى النقل بطل العقد وعلى الكشف صحّ العقد ولكن إن كان القبض لم يتم بعد فقد دخل في تلف المبيع قبل قبضه فان قلنا في ذلك ببطلان العقد فقد بطل العقد وإن قلنا فيه بالخيار ثبت الخيار هنا في حالتين: الأولى إذا كان التالف ما كان المفروض انتقاله إلى الأصيل والثانية ما إذا كان التالف ما كان المفروض انتقاله إلى المجيز والمجيز لم يكن مطلعاً على تلفه. أمّا إذا كان التالف ما كان المفروض انتقاله إلى المجيز والمجيز كان مطلعاً على التلف فهنا لا معنى للخيار لا قبل الإجازة ولا بعد الإجازة، أمّا قبل الإجازة فلانّ له ان لا يجيز ومع عدم الإجازة لا تنكشف صحّة البيع وأمّا بعد الإجازة فلانّ إجازته رضاً بالأمر الواقع.

وبالإمكان ان يقال: إنّه يبطل البيع إذا كان التلف قبل القبض مطلقاً حتى على الكشف لأنّه يكون عرفاً أكلاً للمال بالباطل لأنّ زمان استقرار البيع هو زمان عدم وجود مقابل للثمن وعدم قبضه وإن كان بالدقّة العقلية ليس كذلك لأنّ الإجازة تكشف عن حصول النقل في زمان وجود ما يقابل الثمن.

وقد استشهد الشيخ الأنصاري رحمته الله على كون مجرد التلف غير موجب للبطلان تارة بصحیحة الحدّاء باعتبار انّ الزوجين في النكاح بمنزلة العوضين في البيع فموت أحدهما يكون بمنزلة تلف أحد العوضين وأخرى برواية عروة البارقي باعتبار عدم استفسار النبي صلی الله علیه وآله عن حياة الشاة أو موتها أو ذبحها^(١).

واعترض عليه السيد الخوئي باحتمال الخصوصية في مورد صحیحة الحدّاء وعدم إمكان التعدّي من النكاح إلى البيع وبان احتمال موت الشاة أو ذبحها في

تلك الفترة القصيرة بعيد إلى حدّ الاطمئنان بالخلاف ثم هو خلاف الاستصحاب مع أنّ ذبحها لا يسقطها عن الملكية أو المالية^(١).

وأما الإشكال على الثمرة بأنّ التلف قبل القبض يوجب البطلان فلا يبقى فرق بين الكشف والنقل في المقام فقد أجاب عليه السيد الخوئي بإمكانية فرض حصول القبض ببعض الوجوه^(٢).

ثم إنّ الشيخ رحمته الله الحق بالتلف عروض النجاسة على العين مع ميعانه بناء على مانعية ذلك عن البيع^(٣).

واعترض عليه السيد الخوئي بعد حمل كلامه على إرادة - أنّ النجاسة تبطل الملكية - بأنّ النجاسة لا تبطل الملكية ويمكن للمالك الاستفادة من النجس بمثل الاستصحاب غاية ما هناك افتراض كون النجاسة مانعة عن البيع فينبغي ان يجعل هذا مثال لفقدان بعض شرائط صحّة البيع قبل الإجازة لا مثلاً لسقوط أحد المالين من الملكية^(٤)، ولكن الواقع أنّه لا يوجد في عبارة المكاسب ما يشعر بكون مقصود الشيخ رحمته الله السقوط عن الملكية وأنّ المقدار المفهوم من العبارة هو السقوط عن القابلية للنقل، وعبارة المصباح هنا^(٥) أكثر إنصافاً من عبارة المحاضرات حيث ذكر أنّه ان أراد الشيخ مجرد السقوط عن قابلية النقل لا يرد عليه شيء.

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٣٧٢، ومصباح الفقاهة ٤ : ١٩٤ - ١٩٥.

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ٣٧٠، ومصباح الفقاهة ٤ : ١٩١ - ١٩٢.

(٣) راجع المكاسب ١ : ١٣٥، بحسب طبعة الشهيد.

(٤) راجع المحاضرات ٢ : ٣٧١.

(٥) راجع مصباح الفقاهة ٤ : ١٩٢ - ١٩٣.

الفرع الحادي عشر - لو كانت قابلية التملك والتملك منتفية حين العقد وثابتة حين الإجازة كما لو كان سفيهاً فأصبح رشيداً أو كان كافراً أشتري المصحف أو العبد المسلم فأصبح مسلماً أو كان شرط من شروط صحة العقد منتفياً حينه ثم تحقق الشرط قبل الإجازة كما لو باع الأثمار قبل بدو صلاحها ثم بدا صلاحها فقد يجعل هذا ثمرة من ثمرات الكشف والنقل، بدعوى أنه بناء على الكشف تبطل المعاملة لأن الإجازة تريد ان تكشف عن حصول النقل والانتقال في وقت لم تكن القابلية أو لم يكن الشرط موجوداً فيتعين البطلان، أما بناء على النقل فالأثر أنما يكون في حين ثبوت القابلية أو الشرط فتتجه الصحة.

وأقل ما يردّ على هذا البيان هو أنه لو كان المقياس لتامة المعاملة ثبوت الشروط حين حصول النقل والانتقال لتوقف حصول ذلك على تلك الشروط فانتفاء الشروط في أول العقد لا يوجب على الكشف عدم تأثير الإجازة نهائياً وإنما يوجب عجز الإجازة عن نفوذ أثرها في عمود الزمان قهقراً إلى حين فقدان الشرائط فتتفقد بقدر ما تستطيع ان تنفذ أي تنفذ قهقراً إلى أول آتات تواجد الشرائط.

ويرى الانصاري رحمته الله: ان هذه الثمرة بين الكشف والنقل غير تامة لأن معنى نفوذ الإجازة على النقل ليس هو الاستغناء عن شروط صحة العقد أو القابلية حين العقد، وإنما معناه ان النقص الذي كان حين العقد وهو فقدان الرضا والاذن يتدارك بالإجازة المتأخرة مع الفراغ عن واجدية العقد لباقي الشروط، ففقدان أي شرط من الشروط الأخرى يؤدي إلى بطلان العقد سواء قلنا بالكشف أو النقل ^(١).

أقول: الصحيح هو التفصيل في المقام لأنّ الشروط ليست على حدّ سواء وعلى كل تقدير لا تصحّ هذه الثمرة فقد يتجّه البطلان مطلقاً وقد تتجّه الصحّة مطلقاً أي سواء على الكشف أو النقل.

وتوضيح التفصيل: إنّ الشرط قد يكون مقوّماً لأصل الإيجاب أو القبول كالعقل فلو كان الأصيل الذي كان طرفاً للعقد مجنوناً فمن الواضح ان ذلك يعني عدم تحقّق العقد فيبطل على كل تقدير ولعل من يقول بالثمرّة لا ينظر إلى هذا الفرض لأنّ سلب الثمرة في هذا الفرض سلب بانتفاء موضوع الكلام وهو عقد الفضولي، وقد يكون وفق الارتكاز مقوّماً لصحّة الرضا لا لأصل العقد كما في الرشد أو في جنون المالك الذي أوقع العقد عنه الفضولي ثم عقل قبل الإجازة فهنا تكون تمامية العقد بحاجة إلى الإجازة من قبل من كان فاقداً للقابلية ثم وجدها وقد يكون الشرط وفق الارتكاز مقوّماً للعين كما في الخمر والخل لو قلنا بأنّهما عرفاً متباينان وهنا يبطل العقد ويجب تجديده، لأنّ ما وقع عليه العقد غير قابل لنفوذ العقد عليه وما يمكن نفوذ العقد عليه لم يقع عليه عقد ولعل هذا أيضاً خارج من مقصود صاحب الثمرة.

وأما ما عدا ذلك من الموانع أو فقدان الشروط أو القابلية كشروط العوضين كالطهارة أو كونه ملكاً طلقاً كما لو كان أحد العوضين وقفاً ثم خرج عن الوقفية بأحد المستثنيات، وكذا لو كانت أم ولد ثم مات ولدها وكذلك لو كان مشتري المصحف أو العبد المسلم كافراً ثم أسلم وما إلى ذلك فهذا كلّ شرط لتمامية العقد بلحاظ زمان حصول النتيجة وهي النقل والانتقال فيكفي تجدّده على النقل وعلى الكشف وتكشف الإجازة عن حصول النقل والانتقال من حين تجدّده.

ومثّل السيد الخوئي لفقدان شرط المائيّة ثم تجدّدها قبل الإجازة ببيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع بدو صلاحها قبل الإجازة وبإتقلاب الخمر خلا وجعل

الأول مثلاً للمالية العرفية والثاني مثلاً للمالية الشرعية وقال فيهما بالبطلان لأنّ ما وقع عليه العقد مباين عرفاً أو شرعاً لما وقعت الإجازة عليه^(١).

أقول : لا يخفى ان مجرد دخل وصف في المالية لا يلزم التغير بين ما وقع عليه العقد وما وقعت عليه الإجازة، ولو تم ذلك في فرض دخله في المالية عرفاً لم يتم في فرض دخله فيها شرعاً.

على أنّ عدم بدو الصلاح لا يعني عدم مالية الثمرة وأنما يعني عدم وجود المال ولو كان عدم المالية يوجب التغير فمن الواضح ان عدم وجوده لا يوجب التغير.

الفرع الثاني عشر - قد يقال في أحكام النذر واليمين والالتزام في ضمن عقد لازم وما إلى ذلك بظهور الثمرة على الكشف والنقل.

وفصل السيد الخوئي بين ما إذا كان الحكم مترتباً على الملك فقط فهنا تبرز الثمرة فإنّ الحكم عندئذٍ يثبت من حين ثبوت الملك الذي فرض اختلافه بحسب الكشف والنقل، أمّا لو كان الحكم مترتباً على الملك وجواز التصرف دون الملك وحده كما في تعلّق الزكاة بالمال بما أنّه قبل الإجازة لا يجوز له التصرف ظاهراً فلا تتعلّق الزكاة بماله حتى على الكشف نعم لو باع العين الزكوية فعدم تعلّق الزكاة بما باع وخروجه عن حساب النصاب قبل الإجازة يتوقّف على الكشف^(٢).

الفرع الثالث عشر - في الخيار وحقّ الشفعة ومجلس الصرف والسلم فمبدأ خيار الحيوان يختلف باختلاف الكشف والنقل ولا يبعد القول بان ذلك يختص بما إذا كان من انتقل إليه الحيوان هو الأصيل، أمّا إذا كان هو المجيز فحتى على

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٣٧٤، ومصباح الفقاهة ٤ : ١٩٦ - ١٩٧.

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ٣٧٥، ومصباح الفقاهة ٤ : ٢٠٢.

الكشف لا يثبت له خيار الحيوان قبل الإجازة لأنّه قبل الإجازة ليس طرفاً لعقد البيع أصلاً فينصرف عنه دليل الخيار بل قد يسري هذا الكلام إلى الأصيل أيضاً لأنّه لم يكن قبل الإجازة طرفاً لعقد البيع مع المميز أو قل إنّ العقد لم يكن بعدُ مستقراً له خصوصاً إذا قلنا بأن له حق التراجع عن العقد قبل إجازة المميز.

وأما خيار المجلس فهل العبرة فيه بمجلس العقد أو بمجلس الإجازة؟ ذكر المحقّق النائيني رحمته الله^(١): إنّ مجلس العقد لا اعتبار به حتى على الكشف بناء على أنّ الإجازة لها نوع تأثير ولو على نحو الشرط المتأخّر وذلك لأنّ العقد اذن لم يتم بعد حتى يثبت خيار المجلس نعم لو فرض القول بأنّ الإجازة ليست لها عدا مجرد الامارية البحتة على تمامية العقد منذ البدء صحّ القول بثبوت خيار المجلس في مجلس العقد، أمّا على سائر الأقوال فللإجازة دخل في تأثير العقد فلا وجه لثبوت الخيار في مجلس العقد وكذلك لا اعتبار بمجلس الإجازة حتى على النقل لأنّه ليس هو مجلس العقد فيشكل اذن ثبوت خيار المجلس إلّا إذا اتصل بمجلس العقد بمجلس الإجازة.

وأورد عليه السيد الخوئي بأنّ خيار المجلس إنّما ثبت لعنوان البيع وهذا العنوان إنّما يصدق لدى الإجازة فالعبرة بمجلس الإجازة سواء قلنا بالنقل أو الكشف^(٢) هذا ما ورد في المحاضرات، وأمّا في المصباح ففصل بين الكشف والنقل بفرض صدق عنوان البيع عليهما من حين العقد على الكشف وعدم صدقه إلّا من حين الإجازة على النقل^(٣).

(١) راجع منية الطالب ١: ٢٥١ - ٢٥٢، وتقرير الشيخ الآملي ٢: ١١٥.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ٣٧٦.

(٣) راجع مصباح الفقاهة ٤: ٢٠١.

أقول : ما في المحاضرات أولى ممّا في المصباح .

وأما شرط القبض في مجلس الصرف والسلم فذكر فيه أيضاً حسب ما في منية الطالب : أنّه لا يمكن الالتزام بشرط القبض في مجلس العقد حتى على الكشف لعدم تمامية العقد ولا الالتزام بشرط القبض في مجلس الإجازة حتى على النقل لأنّه ليس مجلس العقد والالتزام ببطلان الفضولي في الصرف والسلم أشكل^(١) ، وجاء في تقرير الشيخ الآملي : أنّه إن لم يتّحد مجلس العقد والإجازة في الصرف والسلم ففي الحقيقة لم يثبت لنا مجلس العقد ولا دليل عندئذٍ على شرط القبض لأنّ الدليل أنّما اقتضى شرط القبض فيهما في مجلس العقد ولما لم يكن مجلس للعقد فمقتضى إطلاق أدلّة العقود صحّة المعاملة بلا اشتراط القبض^(٢) .

أقول : لا يبعد القول بأنّ ظاهر ما ورد في الصرف هو مبطلية الافتراق قبل القبض ولعلّ هذا انصب بالعاقدين بمعنى مجري الإيجاب والقبول ولا علاقة له بالمالكين ولا يختلف الأمر في ذلك بين الكشف والنقل .
وأما حقّ الشفعة ففيه فرعان :

الأوّل - أنّه قد يقال : إنّ حقّ الشفعة يحصل لدى العقد على الكشف ولدى الإجازة على النقل وهنا ذكر أيضاً المحقّق النائيني في منية الطالب : أنّ ثبوت حقّ الشفعة بمجرد العقد مشكل حتى على الكشف لعدم تمامية العقد وثبوته لدى الإجازة أشكل حتى على النقل لأنّ الإجازة ليست عقداً^(٣) .

(١) راجع منية الطالب ١ : ٢٥٢ .

(٢) راجع تقرير الشيخ الآملي ٢ : ١١٥ .

(٣) راجع منية الطالب ١ : ٢٥٢ .

أقول: إنَّ حقَّ الشفعة من آثار انتقال حصّة الشريك لا من آثار مجرد العقد فيتّجه التفصيل في زمان بدء حق الشفعة بين الكشف والنقل.

وجاء في تقرير الشيخ الآملي رحمته الله^(١) بيان الثمرة بشكل آخر وهو أنّه بناء على فورية حقّ الشفعة يسقط الحقّ على الكشف حيث لم يعمل حقّه لعدم علمه بأنّه سيتمّ البيع بالإجازة فلدى الإجازة لا يبقى له حقّ لسقوطه بالتأخير ولكن على النقل يكون له حقّ الشفعة لدى الإجازة لعدم التأخير ثم أجاب على ذلك بأنّ فورية الأخذ بحقّ الشفعة إنّما تعني عدم التواني في الأخذ بها بعد العلم بها موضوعاً وحكماً على أساس كاشفية التواني في الأخذ بها عن الرضا أمّا إذا اُخّر الأخذ بها لدى العقد من باب عدم علمه بأنّه ستلحقه الإجازة فهذا ليس كاشفاً عن الرضا ولا مسقطاً للحق.

الثاني - لو باع فضوليّ حصّة أحد الشريكين من زيد ثم باع قبل الإجازة الشريك الآخر حصّته من عمرو ثم أجاز الشريك الأوّل بيع حصّته فقد قالوا إنّهُ على الكشف يكون حقّ الشفعة لزيد لأنّه الشريك مع الشريك الآخر قبل البيع الجديد وعلى النقل يكون حقّ الشفعة لعمرو لأنّه أصبح شريكاً مع الشريك الأوّل قبل الإجازة.

تنبيهات :

وفي خاتمة بحث الكشف والنقل ننبّه على أمور :

الأمر الأوّل - لو تخلّل بين العقد والإجازة الردّ فإن كان الردّ من قبل المجيز بان ردّ ثم أجاز فهذا ما مضى منّا بحثه في ذيل صحيحة محمّد بن قيس من روايات صحّة الفضولي، وحاصل الكلام: أنّه لا أثر لردّه فإنّ الشيء المعقول

تأثيره عرفاً هو كون الردّ ماحياً حقيقة للقرار من النفس وهذا يعقل في تراجع الموجب عن إيجابه قبل قبول القابل فيكون ذلك مانعاً عن لحوق القبول بالإيجاب وارتباطه به لأنّه انمحي من نفس الموجب ولا يعقل في ردّ القابل قبل قبوله أو المجيز قبل إجازته فإنّ الذي وقع أنّما وقع في نفس غيره ولا يستطيع هو أن يمحيه حقيقة، ومجرّد إنشاء الردّ أو إظهار الكراهة لا يحتمل العرف بعرفيته تأثيره في المقام.

وأما إن كان الردّ من قبل الأصيل بمعنى تراجعه عن إيجابه مثلاً فلا إشكال في تأثيره بمعنى منعه عن لحوق الإجازة بالعقد ما دام هو متراجعاً عن العقد وأنّما الكلام في أنّه هل بإمكانه ان يمضي مرة أخرى ما تراجع عنه أو لا ؟

وليس إمضاءه إيجاباً جديداً لأننا لا نتكلم في العقد الذي هو عبارة عن مجرّد التعهّد أو عن مجرّد الاذن حتى يكون الإمضاء تعهّداً جديداً أو إذناً جديداً، لأنّ إجازة المجيز أيضاً إذا كانت عبارة عن التعهّد في عقد عهدي أو الاذن في عقد اذني فهي إيجاب أو قبول جديد ولا معنى لإدخالها في مشكلة إجازة العقد الفضولي وأنّما نتكلم في العقود التي تكون عبارة عن خلق انتقال المال في عالم الاعتبار لا عن التعهّد بنقله ولا نقول بما يقول الفقه الغربي من أنّ البيع تعهّد بالنقل وعندئذ يكون مفهوم الإجازة مغايراً لمفهوم العقد وإمضاء لما يتحصّل من مجموع الإيجاب والقبول لا إيجاباً أو قبولاً خالفاً للنقل والانتقال في عالم الاعتبار، وما دام العقد متحصلاً سابقاً بين الأصيل والفضولي ولم يختلّ منه شيء عدا فقدان رضا الأصيل بعد ذلك وتراجع فليس إمضاءه لذاك العقد مرة أخرى بعد ذلك عرفاً إلّا كإجازة المجيز فيحكم بالصحة، وعلى الكشف تترتب الآثار من حين العقد لا من حين الإمضاء الجديد من قبل الأصيل.

الأمر الثاني - قبض العوضين في المعاملات تفترض له عدّة آثار :

١ - إنهاء الضمان الثابت على المالك الأوّل على أساس قاعدة ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه أي أنّ قبضه يكون بمعنى تحقّق الغاية الثابتة لهذه القاعدة فينتفي الضمان لا محالة وهذا الأثر ليس مشروطاً بكون قبض المالك الثاني للمال برضا المالك الأوّل .

٢ - تصحيح المعاملة في مثل الصرف والسلم أو عدم انفساخه بالافتراق وهذا قد يقال عنه باشتراط كون القبض فيه برضا المالك الأوّل .

٣ - انطباق الكلي على الفرد كما لو باع صاعاً من البرّ بنحو الكلي في الذمّة أو بنحو الكلي في المعين فانطباقه على صاع خارجي يكون بالقبض بقصد التطبيق من كلا الطرفين .

وبعد ذلك يقع الكلام في أنّه في باب المعاملة الفضولية هل القبض أيضاً يمكن تصحيحه بالإجازة أو لا ؟

فصل الشيخ الانصاري رحمه الله بين هذه الآثار الثلاثة وذكر أنّ العوض إن كان شخصياً كانت الإجازة المتأخّرة من قبل المالك الجديد لقبضه مصحّحة للأثر الأوّل على القاعدة لأنّ تلك الإجازة بالنسبة للأثر الأوّل تعني إسقاط ضمان المال عن عهدة المالك الأوّل ومن حقّه هذا الإسقاط وكانت الإجازة المتأخّرة من قبل المالك الأوّل مصحّحة للأثر الثاني على القاعدة أيضاً، لأنّ تلك الإجازة تعني رضا المالك بالقبض بقاءً وكون القبض برضا المالك الأوّل ولو بقاء كاف في ترتيب أثر القبض بالرضا وأمّا إذا كان العوض كلياً فطبيّقه على الفرد بتصحيح القبض بالإجازة بحاجة إلى دليل معتمّم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والإقباض وهو مشكل^(١) .

وأورد عليه السيد الخوئي في المحاضرات بأنّ الأثر الثاني وإن كان واضح الثبوت لأنّ موضوع الأثر هو القبض المقترن بالرضا وهو يحصل متى ما لحقه الرضا فإنّ المفروض فيه أنّ القابض هو المالك الجديد والعيب كان في عدم رضا المالك الأوّل وقد حصل الرضا ولكن الأثر الأوّل حاله حال الأثر الثالث فإنّ المفروض فيه أن عيبه هو عدم حصول القبض من قبل المالك الجديد فتأثيره إجازة المالك الجديد لقبض الفضولي في جعل قبضه بحكم قبض المالك الجديد في إسقاط ضمان المالك الأوّل حاله حال فرض تأثيره في انطباق الكلّي على الفرد^(١)، وذكر في المصباح: إنّ ضمان المالك الأوّل للمال لدى تلفه قبل قبضه لو كان بمقتضى القاعدة بشرط ضمّيّ صحّ القول بأنّ إجازة المالك الجديد ورضاه بسقوط الضمان كاف لانتفاء الضمان، أمّا لو كان ذلك حكماً تعبدياً غايته قبض المالك الجديد فإن ثبت أنّ قبض الفضولي يستند بعد الإجازة إلى المجيز ترتّب هذا الأثر الأوّل مع الثالث وإلّا لم يترتّب شيء من الأثرين^(٢).

أمّا ما هو الصحيح؟ فقد اختار السيد الخوئي أنّ الإجازة توجب استناد القبض إلى المجيز كما اختار في عقد الفضولي أنّ الإجازة توجب استناد العقد إليه فالقبض وإن كان من الأمور التكوينية وليس من الأمور الاعتبارية والإنشائية فقد يترأى أنّه لا معنى لاستناده إلى المجيز بمجرد الإجازة ولكنّه مع ذلك يكون كالأمر الاعتبارية في أنّ الإجازة تكفي في استناده - حسب ما يرى السيد الخوئي - إلى المجيز، وآية ذلك أنّه لا إشكال في أنّ التوكيل والاذن السابق كاف

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٨٥-٣٨٦.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٤: ٢٢٤.

في تصحيح القبض واستناده إلى الموكل فلو كان القبض من قبيل سائر الأمور التكوينية المشروطة فيها المباشرة لما كفى الاذن السابق في ذلك فكفاية الاذن السابق تستلزم كفاية الإجازة لا محالة ولذا ترى أنّه لا يشك عرفاً في أنّ المدين لو دفع الدين إلى أحد ثم اجاز الدائن ذلك لم يكن له مطالبة الدائن بعد ذلك بالمال ولو تلف^(١).

ثم ذكر السيد الخوئي: أنّ الإجازة إنّما تصحّ القبض في حصّته المعاصرة لها بنحو النقل ولا تكشف عن صحّة القبض السابق وذكر في الفرق بينه وبين العقد الذي بنى السيد الخوئي على أنّ الكشف فيه ثابت وفق القاعدة ما لا يتحصّل منه شيء معقول بقدر ما هو وارد في المصباح^(٢) والمحاضرات^(٣) ولعلّ المقصود رغم قصور العبارة أنّ البيع كان مفاده التملك من حين العقد وإذا تعلّق به الإجازة كان متعلّق الإجازة في الحقيقة هو مفاد العقد والذي هو التملك من حين العقد فنفوذها يعني حصول الملك من حين العقد ولو كان العرف يساعد، لكنّا نقول: إنّّه يجوز أن يبيع في هذا اليوم ماله من أمس بنحو تأخّر الاعتبار الإنشائي وتقدّم المعتبر ولكن العرف لم يساعد على ذلك في البيع مباشرة وساعد في تنفيذ الإجازة المتعلّقة ببيع سابق أمّا القبض فهو أمر تكويني ليس له مفاد إنشائي، والإجازة تتعلّق بذات القبض وهو لا يستند إلى القابض إلّا بتعاصره للإجازة وهذا لا يكون إلّا في حصّته المعاصرة للإجازة دون حصّته السابقة عليها.

(١) راجع المحاضرات ٢: ٣٨٦، ومصباح الفقاهة ٤: ٢٢٥.

(٢) مصباح الفقاهة ٤: ٢٢٦.

(٣) المحاضرات ٢: ٣٨٧.

أقول : قد مضى منّا في ما سبق النقاش في ما ادّعاء السيد الخوئي من الملازمة بين نفوذ الاذن ونفوذ الإجازة في نظر العرف ودعوى استناد المعاملة إلى المجيز حقيقة حيث قلنا : إنّ استناد المعاملة إلى المجيز أنّما هو في طول نفوذ الإجازة وليس العكس بأن يكون نفوذ الإجازة في طول استناد المعاملة إلى المجيز رغم عدم المباشرة كي يتم التلازم بين نفوذ الاذن ونفوذ الإجازة، هذا هو الحال في القضايا الاعتبارية والإنشائية فضلاً عن مثل القبض الذي هو أمر تكويني وأنّما صحّت الوكالة في القبض لأنّ المقصود بالقبض ليس هو القبض باليد الجارحة وأنّما المقصود به دخوله في حوزة القابض بمعناها الواسع الشامل لقبض الوكيل الذي يكون تحت أمر موكله ويقبض بأمره .

أمّا الإجازة المتأخّرة فان رجعت إلى الاذن والتوكيل في الحصّة البقائية للقبض فلا كلام في ذلك فإنّ هذا اذن ولا شك في نفوذه، وأمّا إن لم ترجع إلى ذلك كما لو كانت عبارة عن مجرد إبراز الرضا من دون وصوله إلى المجاز ومن دون كون بقائه في يد المجاز بعنوان الائتمار بأمر المجيز فلا توجب استناد قبضه إلى المجيز، وأمّا ما يراه العرف من أنّه لو دفع المدين المال إلى شخص ثم أجاز الدائن ذلك برأت ذمّة المدين فهذا اجنبي عن المقام ولذا نرى أنّ المال لو كان قد تلف عند ذاك الشخص قبل إجازة المجيز ثم أجاز المجيز مع علمه بالحال برأت أيضاً ذمّة المدين، وواقع المطلب هو ان إجازة الدائن في روحها إبراء لذمّة المدين مقيداً بدفعه للمال إلى ذاك الشخص في طريقه للوصول إلى الدائن وان تلف صدقة بعد الإجازة أو مطلقاً .

ومن هنا نرى أنّ الهبة المشروطة بالقبض لا تتحقّق في ما لو قبضه الفضولي بمجرد إجازة الموهوب له ما لم ترجع الإجازة إلى الاذن بقاءً أو يصل المال إلى الموهوب له .

وأما في حيازة المباحات فلو قيل بأن المملّك ليست هي الحيازة بالمعنى الواسع الشامل لحيازة المؤتمر بأمره بل هي الحيازة الحقيقية المباشرة أشكلت الحيازة حتى بالوكالة والاذن فضلاً عن الحيازة الفضولية.

وأما القبض في الصرف والسلم فذكر الشيخ الانصاري رحمته الله : انّ إجازة الصرف والسلم إجازة للقبض كي لا تلغو إجازة الصرف والسلم ^(١) وذكر السيد الخوئي : انّ هذا أنّما يكون في من يعلم باشتراط القبض ولغووية الإجازة لولا إجازة القبض ^(٢).

أقول : وقد يستفاد من دليل الصرف كون المانع أو الموجب للانفساخ هو افتراق المتعاقدين قبل القبض من دون حاجة إلى كون قبضهما قبضاً للمالك وعندئذٍ فالقبض ليس بحاجة إلى إجازة وتكفي إجازة نفس الصرف، أمّا لو فرضنا اشتراط كون القبض قبضاً للمالك وافتراقاً قبل ان يأتي اذن المالك في القبض فالإجازة لا تفيد شيئاً إمّا لما قاله السيد الخوئي في ما مضى من أنّ الإجازة لا تصح المقطع السابق من القبض، أو لما قلناه من أنّ المصحح للقبض أنّما هو الاذن والتوكيل دون الإجازة.

الأمر الثالث - الإجازة إذا طبقت العقد فلا كلام في الصحة وإذا خالفته بالمباينة كما لو باع الفضولي الدار وأجاز المجيز بيع البستان أو بيع دار أخرى فلا كلام في البطلان، أمّا إذا خالفته في الجملة فهذه المخالفة قد تكون بمعنى التبعيض في الصفقة وقد تكون بمعنى المخالفة بالإطلاق والتقييد، ولنفرض الآن أنّ

(١) راجع المكاسب ١ : ١٣٦، بحسب طبعة الشهيدي.

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ٣٨٧، ومصباح الفقاهة ٤ : ٢٢٥.

المقصود بالمخالفة بالإطلاق والتقييد أنّ العقد كان مشتملاً على شرط في صالح الأصيل وقد رفضه المجيز وقد قوى الشيخ التفصيل بين تبعيض الصفقة بان يجيز العقد في نصف الصفقة مثلاً، وبين رفض الشرط، بصحّة الأوّل مع خيار تبعيض الصفقة للأصيل وفساد الثاني، وذلك لأجل الانحلال في الأوّل دون الثاني^(١).

أمّا لماذا فرض الشيخ الانحلال في الأوّل دون الثاني ؟ فقد قيل في تفسير كلام الشيخ أنّه إنّما ذكر ذلك لأجل ان الثمن لا يقع شيء منه بازاء الشرط ولكنّه يقسط على أجزاء المثلث^(٢).

وهذا التعليل بهذا المقدار قد لا يكون واضحاً فيقال أيّ أثر لتقسط الثمن وعدمه في انحلال العقد وعدمه ؟ !

والموجود في عبارة الشيخ هو الاستشهاد على هذا التفصيل بأنّه لهذا نرى ان فساد الشرط يفسد وفساد الجزء لا يفسد ولعلّ هذا الكلام من الشيخ ﷺ إشارة إلى أنّ الشرط مقيد ومحصّص بخلاف الجزء ولهذا يتمّ الانحلال بلحاظ الأجزاء دون الشروط.

وقد يورد على ذلك بأنّه في باب الأجزاء يوجد شرط انضمام بعضها ببعض فلئن كان الشرط مقيداً ومحصّصاً سرى الإشكال إلى تبعيض الصفقة لمكان شرط الانضمام.

ولعلّ النظر في تعليل التفصيل في الانحلال وعدمه بين الجزء والشرط بتقسط الثمن على أجزاء المثلث دون الشروط إلى أنّ العقد إنّما يقبل الانحلال إذا

(١) راجع المكاسب ١ : ١٣٦، بحسب طبعة الشهيدي.

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ٣٨٩.

تعلقنا الانحلال بلحاظ كلا الجانبين فإنّ العقد واحد بلحاظ الجانبين ولا يعقل فرض الانحلال في جانب واحد وهذا بالقياس إلى أجزاء الثمن والمثمن معقول لأنهما متقابلان فإذا حصل التبعض حصل في كلا الجانبين وهذا بخلاف الشرط الذي لا يتقسّط عليه الثمن، وشروط الانضمام الموجودة بلحاظ أجزاء الثمن والمثمن أيضاً تتقابل بتبع تقابل الثمن والمثمن فشرط الانضمام بين كل جزئين من المثمن يقابله شرط الانضمام بين كل جزئين من المثمن ولكن الشرط الذي لا يقابله الثمن لا يتصوّر فيه ذلك.

ولكن رغم هذا لا زال التفصيل بين الجزء والشرط في صحّة الإجازة لدى التبعض في الصفقة وعدم صحّتها لدى رفض الشرط لا زال غير واضح إذ قد يقال: إنّ الشرط إن كان مقيداً ومحصّصاً فشرط الانضمام في باب الأجزاء أيضاً مقيد ومحصّص وهذا يوجب بطلان الإجازة وإن لم يكن مقيداً ومحصّصاً فلا وجه لبطلان الإجازة لدى رفض الشرط غاية ما هناك ثبوت خيار تخلف الشرط للأصيل.

بل قد يقال: إنّ بطلان الإجازة في باب الأجزاء أولى منه في باب الشروط لأنّه قد يدّعى في باب الشروط أن الشرط ليس مقيداً ومحصّصاً ولكن في باب الأجزاء لا إشكال في أنّ العقد المتعلّق بها عقد واحد وليس عدّة عقود، فإن أجاز هذا العقد تمّ في تمام الصفقة والعقد على بعض الصفقة عقد مباين للعقد الأوّل ولا معنى لإجازته.

وقد حاول الشيخ النائيني رحمته الله حلّ هذا الإشكال فذكر في تقرير الشيخ الآملي رحمته الله ^(١): إنّ العقد بذاته واحد وقد يتعدّد بلحاظ تعدّد المالك كما لو بيع

كتابان لشخصين ضمن إنشاء واحد أو بلحاظ تعدّد المبيع مع اختلاف الحكم كما لو بيع الغنم والخنزير ضمن إنشاء واحد فبطل البيع بالنسبة للخنزير وصحّ بالنسبة للغنم، أمّا إذا لم يكن شيئاً من الأمرين غير موجود فالعقد يحدث واحداً وقد يتفق تعدده بقاءً بعد أن كان واحداً حدوثاً وذلك بسبب طارئ وهذا السبب لا يمكن أن يكون عبارة عن إعمال حقّ الخيار في جزء من المبيع بان يفسخ بخيار المجلس مثلاً البيع بلحاظ نصف المبيع وذلك لأنّ حقّ الخيار حقّ تابع للعقد فلا يمكن أن يعدّد العقد بعد أن كان واحداً.

نعم قد يتعدّد حقّ الخيار بسبب إنقسامه بين الورثة فيعمل بعض الورثة حقّ الخيار فيؤدّي ذلك إلى تعدّد العقد بقاءً وانفساخه في حصة ذاك الوارث وأمّا جواز الإجازة بالنسبة للفضولي فهو ليس تابعاً للعقد وأنما هو تابع لسلطنته على ملكه أي أنّ المجيز أنما له أن يجيز لأنّ المال ملكه فله حقّ التصرف فيه بإجازة العقد في كل المال أو في جزئه، كما أن له حقّ أن يبيع كل ماله أو بعضه فان أجاز العقد في البعض دون بعض تعدّد العقد بقاءً بعد أن كان واحداً حدوثاً وبهذا اتّضح الفرق بين الإجازة في ما نحن فيه والفسخ في مورد حقّ الخيار، فأشكال وحدة العقد وعدم إمكان التبعض وارد في باب الفسخ في مورد الخيار لأنّ حقّ الخيار تابع للعقد فلا يعقل تأثيره في تعديد العقد وغير وارد في باب الإجازة في المقام لأنّها تابعة للسلطنة على الملك لا للعقد.

وهناك فرق آخر بين الباين يأتي حتى بعد فرض انتقال حقّ الخيار إلى ورثة متعدّدين وهو أنّ فسخ البيع في جزء من الصفقة ينصدم بشرط الانضمام فحتى الورثة لا يجوز لأحدهم إعمال حقّه في الخيار مستقلاً عن الآخرين بل يجب أمّا أن يعملوا جميعاً الحقّ ويفسخوا البيع في تمام المبيع، أو أن لا يفسخ

أحدهم البيع بقدر ما يرجع إلى حصّته وهذا بخلاف باب الإجازة في المقام فإنّ المجيز هو المالك للمال وله حقّ الموافقة على بيع تمام ماله أو على بعضه فان وافق على البعض أدّى ذلك إلى تعديد العقد.

أقول: هذا الكلام المصّرّح به في تقرير الشيخ الآملي غريب فالعقد أمر واقعي ان وجد واحداً لا يتعدّد بقاءً إلّا بتجديد العقد كما انّ اختلاف الحكم الشرعي لجزئي المبيع كما في بيع الغنم والخنزير لا يعقل تأثيره في تعدّد العقد نعم تعدّد المالك قد يكون قرينة على تعدّد العقد وقد لا يكون.

أمّا عبارة منية الطالب^(١) فليست صريحة في هذا المعنى ويمكن تفسيرها ببيان امتن من هذا البيان وهو ان يقال: إنّ العقد كانشاء وكالمعنى المصدري واحد ولكنه كمُنشأً وكنتيجة وهي النقل والانتقال منبسط على أجزائه ومنحل والمستظهر من دليل الخيار ربطه بالمعنى المصدري وبالانشاء فلا يتبعّض وأمّا الإجازة فهي مربوطّة بالمالك وبسلطنته على ملكه فيمكن تبعيضها وتخصيصها ببعض المبيع. وبهذا يصبح حال الجزء حال الشرط أعني انّ الإشكال الخاص بالجزء قد انحل لكن يبقى في المقام إشكال الشرط بناء على أنّ الشرط مقيد ومحصّص حيث يقال: إنّ هذا الإشكال بعينه يأتي في باب الأجزاء وذلك لوجود شرط الانضمام بين الأجزاء فالإشكال الخاص بباب الأجزاء وإن كان قد انحل لكن بقي عليه نفس إشكال الشرط، ومن هنا ربط المحقّق النائيني رحمته الله مصير البحث في باب تخصيص الإجازة ببعض الأجزاء بنتيجة البحث في باب الشروط فان انحل الإشكال في باب الشروط صحّت الإجازة في بعض الأجزاء أيضاً وإلّا فلا^(٢).

(١) منية الطالب ١: ٢٥٩.

(٢) راجع منية الطالب ١: ٢٥٩، وتقرير الشيخ الآملي ٢: ١٥١.

وبالإمكان ان يقال : إن مسألة التبعض في الإجازة بلحاظ الأجزاء لا تتبع مسألة رفض الشرط لدى إجازة العقد فحتى لو قلنا بطلان الإجازة لدى رفض الشرط بدعوى محصية الشرط ومقيدته، لا نقول بطلان إجازة العقد بلحاظ بعض أجزاء المبيع وذلك لأننا نمنع كون ترابط أجزاء المنشأ أو النتيجة وهي النقل والانتقال بسبب شرط الانضمام إذ يكفي في ترابطها وحدة العقد بمعناه الإنشائي أو بمعناه المصدري فلا نقبل ان في بيع شيء ذي أجزاء يوجد هناك زائداً على أصل الترابط الراجع إلى وحدة العقد شرط باسم شرط الانضمام حتى ينتقل إشكال باب الشرط إلى باب الأجزاء، وبما أن العقد الواحد منحل في معناه الاسم المصدري أو في النتيجة أو في المنشأ بانبساطه على أجزاء المبيع فللمجيز ان يجيز العقد في بعض المنشأ فهذا ليس تبعضاً في الإنشاء بإجازة جزء منه كي يقال : إن الإنشاء لا يتبع بل هذا إجازة للإنشاء في بعض المنشأ ولا عيب في ذلك .

بقي في المقام الكلام في إشكال إجازة العقد مع رفض الشرط وهو أن الشرط محصّ ومقيد للعقد فرفضه رفض للعقد وإجازة عقد خال عن الشرط معناه تعلق الإجازة بعقد مباين لما وقع .

وقد ردّ ذلك المحقّق النائي رحمته الله في منية الطالب بإنكار أصل المبنى وعدم كون الشرط مقيداً ومحصّاً فإذا لم يكن الشرط مقيداً لم تبطل الإجازة في المقام ولم يبطل العقد أيضاً لدى فساد الشرط أو تعذره ^(١).

وذكر السيد الخوئي : أن الشرط وإن لم يكن مقيداً بمعنى التعليق وإلا لبطل

البيع بالتعليق أولاً أو كان تعذر الشرط موجباً للبطلان لا الخيار ثانياً ولكننا في نفس الوقت لا نقول بأن الشرط التزام مستقل عن التزام العقد وإلا للزم عدم الخيار بتخلّفه بل نقول : إنّ مرجع الشروط جميعاً هو تقييد العقد بالخيار على تقدير تخلّف الشرط فرفض المجيز للشرط يعني رفض هذا الخيار، وهذا يعني أنّ الإجازة لم تنصبّ على ما وقع من العقد لأنّ العقد المقيد بالخيار حصّة مباحة للعقد غير الخياري فما وقع لم يجز وما اجيز لم يقع وبهذا يثبت بطلان الإجازة، وهذا بخلاف ما لو تعلّقت الإجازة ببعض الصفقة إذ في باب الأجزاء يوجد أمران أحدهما أجزاء الصفقة والثاني شرط الانضمام الراجع إلى تقييد العقد بالخيار لدى تبعض الصفقة والمجيز قد رفع جزئية نصف الصفقة مثلاً للمبيع ولكنه لم يرفض خيارية بيع الجزء الآخر بتبعض الصفقة وفقدان وصف الانضمام ولهذا تصحّ الإجازة في باب تبعض الصفقة لأنها تعلّقت بنفس ما أفاده العقد من الحصّة الخيارية.

وبهذا اتّضح الفرق أيضاً بين باب الإجازة في ما نحن فيه وباب فساد الشرط أو تعذّره ففساد الشرط أو تعذّره لا يوجب فساد العقد لأنّ الإيجاب والقبول تطابقا على الحصّة الخيارية وفساد الشرط أو تعذّره لم يوجب رفض الخيار وهذا بخلاف رفض الشرط من قبل المجيز الذي يعني رفض الخيار^(١).

أقول : قد مضى منّا لدى بحثنا عن حقيقة الشرط : أنّ الشرط لا هو محصّص للعقد ولذا لا يحسّ في الوجدان العرفي والعقلائي ببطلان العقد بسبب تعذر الشرط أو فساده ولا هو مجرّد التزام في ضمن التزام بأن يكون مستقلاً عن الالتزام العقدي تماماً عدا كونه واقعاً في ظرفه، وإلا لما احسّ الوجدان العرفي

والعقلاني بالخيار لدى تخلفه ولا هو راجع إلى شرط الخيار كما يقوله السيد الخوئي وإلا لما احسَّ الوجدان العرفي والعقلاني بكون المشروط عليه ملزماً ادبياً بالوفاء بما شرط عليه بأكثر ممّا هو ثابت في الشرط الابتدائي^(١)، والصحيح أن الشرط التزام في مقابل الالتزام بالعقد فهو مرتبط بالعقد ارتباط التقابل لا ارتباط التخصيص والتقييد والتقابل بين التزامين فرع استقلالهما بمعنى عدم

(١) اختار السيد الخوئي في التنقيح ١ : ٣١١ - ٣١٢، بحسب طبعة مؤسسة آل البيت في قم : أنّه إذا كان الشرط شرطاً لأمر اختياري للمشروط عليه من قبيل شرط أن يفعل كذا لا من قبيل شرط أن يكون المبيع الجزئي موصوفاً بوصف كذا الذي هو خارج عن اختياره وكان العقد ممّا يدخله الخيار كالبيع لا كالنكاح الذي لا يدخله الخيار عند العقلاء ولا في الشريعة المقدّسة بل ولا في الأديان السابقة فالشرط هنا يعطي مجموع معنيين : أحدهما تعليق الالتزام العقدي على الالتزام بذاك الشرط وهذا ليس من التعليق المبطل للعقد لأنّه ليس تعليقاً على واقع خارجي وأنّما هو تعليق على التزام الطرف المقابل كما هو الحال في الإيجاب الذي يكون الالتزام فيه معلقاً طبعاً على التزام القابل والثاني شرط الخيار على تقدير عدم وفاء الطرف الآخر بالتزامه أو قل كون التزامه بالاستمرار في البقاء على الالتزام العقدي مشروطاً بوفاء الطرف الآخر بالتزامه.

أقول : إنّ افتراض كون أحد الالتزامين معلقاً على التزام الآخر قد يصحّح للتمسك بالدليل اللفظي لوجوب الوفاء بالشرط بناء على فرض كون هذا هو معنى الشرط ولكنه لا يفسّر ما نحسّ به من كون وجوب الوفاء بالشرط أمراً عقلياً وخلقياً يقطع النظر عن النصّ أكثر من مسألة الوفاء لشرط الابتدائي فإنّه إذا كان أحد الالتزامين معلقاً على الالتزام الآخر فهذا يعني أنّ الالتزام الآخر إن كان مفقوداً فالالتزام الأوّل مفقود وإن كان موجوداً فالالتزام الأوّل موجود ولكن ما هو السر في أنّ الالتزام الآخر يلزم الوفاء به عقلياً أكثر ممّا لو لم يكن قد علّق عليه التزام ؟ ! فهذا أمر غير معلوم.

تحصّص أحدهما بالآخر اذن فبإمكان المجيز في المقام ان يجيز أحد الالتزامين وهو الالتزام العقدي دون الالتزام الآخر وهو الشرط غاية ما هناك ان الأصل يصبح له حقّ الفسخ عندئذٍ لعدم تحقّق ما أَرادَه من الشرط .

هذا تمام الكلام في ما إذا كان الشرط على المجيز ولصالح الأصل، أمّا إذا كان الشرط على الأصل ولصالح المجيز فقد ذكر المحقّق النائيني رحمته الله : انّ الإجازة صحيحة وانّ إسقاط الشرط نافذة فإنّ الشرط هنا كان من حقّ المجيز، ومن الطبيعي ان له إسقاط حقّه وقال في تقرير الشيخ الآملي : لا فرق بين إسقاط الحق بعد ثبوته أو المنع عن الثبوت منذ البدء كما لو أوجب الموجب بشرط للمشتري وقبل المشتري بلا شرط ^(١).

وهذا الكلام من المحقّق النائيني رحمته الله في محلّه بعد أن كان يرى ان الشرط ليس مقيداً ومحصّصاً للعقد .

ولكن الغريب من السيد الخوئي أن اتّبع استاذَه في ذلك واختار صحّة الإجازة وسقوط الشرط ^(٢) في حين أنّه يبيّن على أنّ الشرط يحصّص العقد بالحصّة الخيارية ولازم ذلك : انّ الإجازة لم تطابق العقد لانّ العقد الواقع هو عبارة عن الحصّة الخيارية والإجازة ترتبط بالحصّة غير الخيارية وهي عقد لم يقع فكان عليه ان يقول بانّ المجيز لو أراد ان يتوصّل إلى نتيجة تصحيح العقد من دون خيار فعليه ان يجيز العقد مع الشرط ثم يسقط الخيار وهذا من غرائب نتائج كلامه ولعلّه لغرابته لم يلتزم به ولكن كان المفروض أن يكون هذا منبهاً له إلى بطلان المبني .

(١) تقرير الشيخ الآملي ٢ : ١٤٩ ، راجع أيضاً منية الطالب ١ : ٢٦٠ .

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ٣٨٩ و ٣٩٠ ، ومصباح الفقاهة ٤ : ٢٣١ .

أما نحن ففي فسحة عن ذلك بعد ان قلنا بانّ الشرط أنّما هو التزام في مقابل التزام.

هذا كلّ في ما إذا كان العقد مشروطاً ثم أسقط المميز الشرط .
 أمّا إذا كان العقد مطلقاً ولكن المميز أجازه بشرط فتارة يفترض انّ الشرط للمميز على الأصيل وأخرى يفترض أنّه في صالح الأصيل على المميز .
 أمّا الفرض الأوّل وهو أن يكون الشرط للمميز على الأصيل فقد اختار المحقّق النائيني رحمته الله في تقرير الشيخ الآملي ^(١) عدم نفوذ الشرط والإجازة رغم فرض موافقة الأصيل أمّا عدم نفوذ الشرط فلأنّ شرط ابتدائي ودليل الوفاء بالشرط لا يشمل الشرط الابتدائي، نعم لو كان دليل الوفاء بالشرط مطلقاً خرج منه ما خرج بإجماع أو غيره أمكن القول بانّ المتيقن ممّا خرج أنّما هو الابتدائي البحت لا الشرط الذي لم يكن في ضمن العقد ولكن كان في ضمن الإجازة ووافق عليه الأصيل أو لم يكن في ضمن الإيجاب ولكن كان في ضمن القبول ووافق عليه الموجب، وأمّا عدم نفوذ الإجازة فلانّ الشرط هنا ليس ضمن العقد الذي تمّ بافتراض قرارين شدّ أحدهما بالآخر حتى نقول : إنّهُ ليس إلّا مجرد التزام في ضمن التزام ولا يوجب التخصيص والتقييد وأنّما هو شرط للإجازة وهذا معناه تخصيص الإجازة وتقييدها وإذا كانت الإجازة مقيدة بالشرط فما عرفته من فساد الشرط يسري إلى الإجازة فتفسد الإجازة .

وهنا قد يخطر بالبال انّ الشرط إذا كان محصّصاً ومقيداً للإجازة كان لازم ذلك بطلان الإجازة حتى لو قلنا بنفوذ الشرط الابتدائي أو قلنا بانّ هذا الشرط

ملحق بغير الابتدائي لا بالابتدائي البحت، وذلك لأن الإجازة لم تطابق العقد لأنها تعلّقت بالحصّة الخيارية في حين أنّ العقد كان مطلقاً ولم يكن خيارياً فلماذا ربط الشيخ النائيني رحمته الله فساد الإجازة في المقام بفساد العقد؟!

وبالإمكان الجواب على ذلك بأنّ محصّية الشرط تبطل الانحلال فيما إذا كان العقد مشروطاً فأريد إمضاء العقد من دون شرطه، أمّا العكس وهو ما إذا كان العقد مطلقاً فأريد إمضائه بشرط فهنا يتمّ الانحلال على وزان باب الأجزاء فإنّ معنى التخصيص الذي يتمّ بالشرط الجديد إمضاء العقد في حصّة من مفاده وهو تماماً من قبيل إمضاء العقد في حصّة من مفاده بلحاظ بعض أجزاء الصفقة.

إلا أنّ هذا الكلام لو تمّ فإنّما يتمّ فيما لو كان الثمن مقسّطاً على الحصّة التي امضيت من القرار والحصّة التي لم تمض فيتمّ الانحلال بلحاظ كلا القرارين كما هو الحال في الأجزاء ولكن الأمر ليس كذلك.

على أنّ الشرط ليس محض تخصيص سلبي بان تكون الحصيلة حصّة من القرار السابق بسلب الحصّة الأخرى عنه كما هو الحال في باب الأجزاء وتبعض الصفقة بل هو تخصيص إيجابي أي مشتمل على الالتزام بأمر زائد وهو متعلّق الشرط اذن فلو آمنا بمحصرية الشرط فلا سبيل إلى الانحلال.

واظنّ أنّ الشيخ النائيني رحمته الله ينظر إلى نكته وهي أنّ الشرط الموجود في ضمن الإجازة إذا كان قيداً فهو قيد للإجازة لا للمجاز فليست الإجازة قد تعلّقت بعقد خيارى كي تكون متعلّقة بغير ما وقع وأنّما الإجازة المقيدة بشرط جديد تعلّقت بنفس العقد السابق فصحّة هذه الإجازة وعدمها مرهونة بصحّة القيد وفساده.

هذا. ولكن الذي اختاره الشيخ النائيني رحمته الله حسب ما هو موجود في منية

الطالب^(١) يختلف عما مضى عن تقرير الشيخ الآملي فقد اختار في منية الطالب عدم نفوذ الشرط لكونه شرطاً ابتدائياً ونفوذ الإجازة لأن الشرط التزام في ضمن الإجازة وليس قيداً ومحضاً نعم لو لم يرض الأصيل بالشرط فحكمه حكم تعذر الشرط أي يثبت الخيار للمجيز وهذا أقرب إلى مسلكه ممّا في تقرير الشيخ الآملي لأننا لم نعرف وجهاً معقولاً للفرق بين كون الشرط في ضمن العقد وكونه في ضمن الإجازة بكونه مقيداً ومحضاً في الثاني دون الأوّل.

وأما السيد الخوئي فقد ذكر في المحاضرات^(٢) أولاً تقريباً للبطلان وذلك على مسلكه من رجوع الشرط إلى تقييد للبيع بالخيار وهو أنّه إذا كان البيع الخياري والبيع غير الخياري حصتين اذن فالعقد وقع على حصّة والإجازة وقعت على حصّة أخرى فهما متباينان، ولكنّه اختار الصحّة على تقدير موافقة الأصيل بتقريب أنّ عدم نفوذ الشرط الابتدائي خاص بالابتدائي البحت سواء قلنا: إنّ الشرط الابتدائي خرج من دليل الوفاء بالشرط بالإجماع أو قلنا: إنّ دليل الوفاء بالشرط بذاته قاصر عن شمول الشرط الابتدائي لأن الشرط الابتدائي ليس شرطاً بل هو وعد وذلك لأنّه حتى على الثاني ليس ما هو خارج عن عنوان الشرط إلّا ذاك الابتدائي البحت، أمّا ما يقع ضمن القبول فقط ثم يرضى به الموجب أو ضمن الإجازة فقط ثم يرضى به الأصيل فهو شرط غير ابتدائي ومشمول لدليل وجوب الوفاء وبالتالي يكون الإيجاب أو العقد حدوثاً غير خيارى وبقاء خيارياً فالقبول يطابق الإيجاب والإجازة تطابق العقد فتصحّ

(١) منية الطالب ١: ٢٦٠.

(٢) المحاضرات ٢: ٣٩٢.

الإجازة في ما نحن فيه ويصحّ العقد في ما لو كان الشرط واقعاً ضمن القبول وهذا بخلاف ما لو لم يرض الموجب أو الأصيل بذلك.

أقول: لو كان المقصود بهذا الكلام انقلاب العقد أو الإيجاب إلى الحصة الخيارية في طول تصحيح الشرط شرعاً فهو غريب فإن قصد المتعاقدين أو القرار الموجود في نفسيهما لا علاقة له بحكم الشرع.

ولكن عبارة المصباح^(١) تكون أظهر في عكس ذلك وهو انقلاب الإيجاب أولاً برضاه إلى المقيد بالخيار ثم نفوذ الشرط بل لعلّ هذا الانقلاب عنده هو المؤثر في خروج الشرط عن كونه ابتدائياً.

إلا أنّ هذا الكلام لو تمّ فأنما يتم في إضافة الشرط ضمن القبول لا في إضافته ضمن الإجازة، وتوضيح ذلك أنّنا لو فرضنا الشرط تحصيماً سلبياً بحتاً وغير مشتمل على التزام جديد صحّ أن يقال في شرط وقع ضمن القبول: أنّ موافقة الموجب على ذاك الشرط تعني تراجعه عن حصّة من مفاد إيجابه فينقلب الإيجاب إلى إيجاب مقيد ويتطابق مع القبول، أمّا إذا جاء الشرط ضمن الإجازة بعد تمامية أصل الإيجاب والقبول من قبل الأصيل والفضولي فهنا يرد ما مضى منّا من أنّ عدم تقسّط الثمن على الحصّة الممضاة والحصّة المرفوضة كي يتم الانحلال بلحاظ كلا القرارين يمنع عن التخصيص ولا بد عندئذٍ من تجديد العقد.

على أنّه مضى منّا أنّ الشرط ليس تحصيماً سلبياً بحتاً. بل لو كان تحصيماً فهو تخصيص إيجابي مشتمل على إثبات أمر جديد.

وكان الأولى بالسيد الخوئي أن يلتفت إلى النكته التي احتملنا كونها محط

نظر الشيخ النائيني رحمته الله وهي أنّ شرط الخيار قيد للإجازة لا للمجاز ونفوذ الشرط يجعل العقد خيارياً بمعنى أنّ العقد يصبح محكوماً بالخيار لا بمعنى تبدل هوية العقد بدخول شرط الخيار في حاقه كي يتبدل العقد من حصّة إلى حصّة أخرى . وعلى أيّة حال فنحن في فسحة عن هذه الأبحاث فأننا لا نرى الشرط راجعاً إلى شرط الخيار ولا محصّصاً وأنما هو التزام في مقابل الالتزام بالعقد ولا نرى وجهاً لعدم نفوذ الشرط الابتدائي بالمعنى المعروف على ما مضى شرحه ممّا في بحثنا عن حقيقة الشرط فالنتيجة هي أنّ الإجازة تنفذ والشرط ينفذ مع رضا الأصيل أمّا مع عدم رضاه فمن حقّ المجيز الفسخ وإذا قصد تقييد الإجازة بالشرط فلا حاجة إلى الفسخ .

وأما الفرض الثاني وهو أن يكون الشرط في صالح الأصيل على المجيز فقد اختار الشيخ النائيني رحمته الله صحّة الإجازة وعدم نفوذ الشرط لأنّه شرط ابتدائي^(١) وحكمه بصحة الاجارة هنا وفق مقاييس منية الطالب لا يحتاج إلى بحث جديد، إذ قد مضى عنه الحكم بصحة الإجازة في الفرض السابق وهو ما لو كان الشرط لصالح المجيز على الأصيل ولا نكتة للبطلان تخصّ عكس المسألة وهو الفرض الذي بيدنا الآن، وأنما الكلام يقع وفق مقاييس تقرير الشيخ الآملي حيث قد يقال بأنّه بعد ان بنى في الفرض السابق على بطلان الإجازة لأن الشرط محصّص لها فإذا بطل الشرط بطل المشروط فلماذا يبيّن هنا على الصّحة ؟ !

وتوجيه ذلك هو ان يقال : إنّ الشرط هناك كان محصّصاً للإجازة لأنّه كان من طرف المجيز فالمجيز لا يرضى بالعقد إلّا بالشرط الذي فرضه في المقام وأما

هنا فليس الشرط محصّصاً للإجازة لأنّه ليس من طرف المجيز فإجازة المجيز مطلقة لا تكون مقيدة بالشرط وأتما الأصيل هو الذي يفرض الشرط على المجيز وبما أنّ هذا شرط ابتدائي في نظر الشيخ النائيني فهو غير نافذ.

وأما السيد الخوئي فقد ذكر: أنّ الإجازة تصحّ والشرط ينفذ سواء صرّح الأصيل برضاه بهذا الشرط أو لا فإنّ رضاه بالعقد المجرد عن الشرط يدلّ بالفحوى والأولية على رضاه بالعقد المشروط بالخيار اذن فينفذ العقد مع الخيار فان شاء الأصيل أعمل حقّ الخيار وإن شاء أسقطه^(١).

اقول: إنّ هذا الكلام غريب فإنّ فرض الشرط من قبل المجيز من دون إبراز الأصيل الموافقة ممّا لا معنى له لأنّ المفروض أنّه شرط للأصيل على المجيز فلو برز ذلك من قبل المجيز فقط من دون تمامية تعاقد عليه بينه وبين الأصيل فليس هذا إلّا وعداً ابتدائياً بحتاً بالمعنى الذي نحن أيضاً نؤمن بعدم وجوب الوفاء به رغم عدم موافقتنا على عدم نفوذ الشرط الابتدائي بالمعنى المعروف، أمّا إذا تمّ التوافق بينهما عليه فهو شرط لازم الوفاء في رأينا.

يبقى أنّه قد يقال: إنّ الأصيل ليس له حقّ ارغام المجيز على الجامع بين ترك الإجازة وقبول الشرط لأنّه وإن مضى ممّا في ما سبق أنّ الأصيل له حقّ التراجع عن العقد قبل إجازة المجيز ولكن الآن يقال: إنّهُ إن تراجع الأصيل عن العقد لم يبق مجال للإجازة، وأما إن لم يتراجع عنه فبإمكان المجيز أن يجيز العقد من دون قبول الشرط ولو أجاز العقد جاز ولم يكن للأصيل ان يتراجع.

والتراجع عن حصّة من العقد لا معنى له لأنّه لو احتال الأصيل للوصول إلى

هدفه بالتحصيل بالتراجع عن حصّة من العقد (وهذا غير الشرط بالمعنى المألوف الذي قلنا إنّ لا يرجع إلى التحصيل) ورد عليه : أوّلاً ما مضى من أنّ عدم تقسط الثمن على الحصتين يمنع عن الانحلال، وثانياً ما مضى من أنّ التحصيل في المقام إيجابي وليس سلبياً بحتاً.

فالطريق المعقول لوصول الأصيل إلى هدفه هو تراجعه عن العقد السابق وتجديده للعقد، ولعل إبرازه لشرطه الجديد تعبير عرفي عن نفس هذا المعنى.

أركان العقود وشروطها

٥

محلّ العقد



الركن الرابع : المحلّ.

وقد مضى منّا ذكر أهمّ ما كنّا نقصد بحثه هنا ضمن بحث الركن الثالث في آخر البحث عن كفاية أو عدم كفاية حصول الملك للبائع بعد بيعه . وعليه فنحن نحذف هنا بحث الركن الرابع مكتفين بما مضى هناك^(١) .
ولنختم حديثنا عن فقه العقود بالبحث عن المقبوض بالعقد الفاسد .

(١) راجع الصفحة ١٩٣ فصاعداً .

الفصل الثالث

المقبوض بالعقد الفاسد

- ١ - ما ورد في الفقه الوضعي .
- ٢ - جواز التصرف وعدمه .
- ٣ - الضمان وعدمه .
- ٤ - وجوب الردّ إلى المالك وعدمه .
- ٥ - ضمان المنافع .
- ٦ - المثل في المثلي والقيمة في القيمي .

ما ورد في الفقه الوضعي :

ورد في التقنين المصري الجديد : «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإنّ العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أنّ نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد»^(١).

وقال السنهوري : إنّهُ ورد في المشروع التمهيدي بعد هذا النص ما يلي : «لو أنّهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأوّل»^(٢) ثم حذفت هذه الفقرة في الصياغة النهائية للقانون ولكن السنهوري ينصّ رغم هذا الحذف : أنّ المقصود من هذه المادة هو إرادتهما للعقد الثاني لو علما ببطلان التصرف الأصلي لا إرادتهما له بالفعل^(٣).

أمّا مثال ذلك فيمثل بأنّه لو تعهّد شخص تعهّداً لا رجوع فيه بجعل شخص

(١) راجع الوسيط الجزء ١، الفقرة ٣٠٥.

(٢) نفس المصدر تحت الخط .

(٣) نفس المصدر الفقرة ٣٠٧.

آخر وارثاً له فيكون التعهّد باطلاً لأنّ الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث ولكنّه يتحوّل إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها، وكذلك لو أوصى وصية لاحقة لوصية سابقة وكانت الوصية اللاحقة باطلة تحوّلت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة^(١).

أقول: إنّ هذا التحوّل إلى عقد مستبطن أركانه في العقد الأوّل بمجرد إحراز أنّه لو علم بطلان الأوّل لقصد الثاني ليس ممضى في الشريعة الإسلامية، نعم لو كان العقد الأوّل مستبطناً للعقد الثاني وزيادة بان لم تكن الزيادة محصّصة فقد صحّ العقد الثاني إلّا أنّ هذا لا يعني التحوّل من عقد إلى عقد.
وعلى أيّة حال فلو بطل العقد فقد وقع الكلام في فقهنّا الإسلامي عن عدّة أحكام بالنسبة لما وقع عليه العقد الباطل :

جواز التصرّف وعدمه :

الأوّل: في جواز التصرّف وعدمه في ذاك المال فقد يقال بجوازه باعتبار أنّ مالكة راض بتصرّفه فيه في مقابل تصرّفه هو في ما أخذه من المال.
واعترض عليه المحقّق النائيني رحمته الله بأنّ هذا الرضا بالتصرّف في تلك العين أنّما هو رضا معاملي وهو غير ممضى شرعاً حسب الفرض وليس رضا مالكياً، من دون فرق في ذلك بين فرض جهله بفساد المعاملة أو علمه به فما يمكن ان يقال من أنّه مع فرض الجهل يصحّ القول بأنّ رضاه بالتصرّف ليس رضا بالتصرّف في ملكه وأنّما هو يعتقد بخروج العين من ملكه ومبنيّاً على ذلك رضى بالتصرّف

ولكن مع فرض العلم يكون راضياً بالتصرّف في ملكه رغم علمه بالفساد، فراضاه ليس مقيداً بتصرّف المشتري فيما انتقل إليه شرعاً بل هو رضا بتصرّف المشتري في ملكه هو وهذا يجوز التصرف بلا إشكال.

أقول: ما يمكن ان يقال بهذا البيان من التفصيل بين فرض العلم وفرض الجهل يبطله المحقّق النائيّني رحمته الله بأنّه حتى في فرض العلم يكون رضاه بتصرّف المشتري في هذا المال مبنياً على فرض مالكيته له ولو تشريعاً أو عرفاً أو في صفحة اعتبار المتعاقدين وليس رضا بتصرّف المشتري في ما يملكه البائع نفسه، نعم لو عرفنا صدقة من الخارج بالرضا بذلك جاز التصرف طبعاً وهذا غير داخل في محل الكلام^(١).

أقول: إنّه مع العلم ببطلان العقد ان فرضنا رضاه بتصرّف المشتري في العين فلا محالة هو رضا بتصرّف المشتري في ملكه أي ملك البائع وأما البناء على مالكية المشتري تشريعاً أو عرفاً أو في عالم اعتبار المتعاملين فلو كان دخيلاً في رضاه فأنما هو حيثية تعليلية وحتى لو كان تخلف الحيثية التعليلية موجباً للبطلان فالحيثية التعليلية هنا لم تتخلف فالملكية التشريعية أو العرفية أو في صفحة المتعاملين حاصلة بالفعل فإذا كان الرضا بالتصرّف فعلياً فلم لا يجوز التصرف من قبل المشتري في العين؟!

نعم أصل شبهة جواز التصرف لا تأتي في ما إذا كان النقص في الرضا كما في بيع المكره أو في أهلية صاحبه كما في الصغير ففي هذين الفرضين لا إشكال في حرمة التصرف لأنّ نفس ما جعل العقد معيياً جعل رضاه بتصرّف المشتري في المال معيياً.

(١) راجع منية الطالب ١: ١١٦، وتقرير الشيخ الآملي ١: ٢٩٦.

وعلى أية حال فالأولى في دفع الشبهة ان يقال : إنَّ رضاه ليس رضا بالتصرّف في ماله وأنما هو رضا بنفس المعاملة ولو الباطلة، وتسليم المال إليه يكون من باب إحساسه بكونه ملزماً بذلك شرعاً لو اعتقد صحّة العقد أو عرفاً أو بلحاظ عالم المتعاملين أو استطرافاً إلى تحصيل الثمن، نعم قد يتفق علمنا برضاه لكنّه خارج عن محل البحث.

الضمان وعدمه :

والثاني الضمان وعدمه فقد يستدل على الضمان بروايات خاصّة وأخرى بمقتضى القواعد.

مقتضى الروايات الخاصّة :

أمّا الروايات الخاصّة فهي الروايات الواردة في كون ثمن ولد الجارية المسروقة لصاحبها^(١) حيث يستدل الشيخ رحمته الله بها على أنّه لو كان ضامناً للنماء وهو الولد فهو ضامن للأصل بطريق أولى^(٢)، ويقول المحقّق النائيني رحمته الله : أنّه ليس بطريق أولى لأننا لا نحسّ بالأولويّة في المقام بل بالمساواة أو العينية، لأنّ ضمان النماء فرع ضمان الأصل وبعين نماء الأصل كما أنّ النماء تابع للأصل^(٣). والشيخ رحمته الله أصبح في المقام بصدد دفع إشكال على هذا الاستدلال وهو : أنّ ضمان الولد في المقام لعلّه أنما كان لأجل الإلتلاف فلا تدلّ هذه الروايات على

(١) راجع الوسائل ١٤ : ٥٩١ - ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) راجع المكاسب ١ : ١٠١، بحسب طبعة الشهيد.

(٣) راجع تقرير الشيخ الآملي ١ : ٢٩٧ و ٢٩٨، ومنية الطالب ١ : ١١٧.

ضمان اليد، وأجاب على ذلك بأنّ المقام ليس من قبيل الإِتْلَاف لأنّ المشتري لم يستوف النماء ولم يملكه بل هو حرّ، فهو من قبيل احدث النماء غير قابل للملك فهو كالتالف لا كالمتلف.

والشيخ النائيني رحمته الله حاول تعميق مطلب الشيخ الانصاري رحمته الله حيث قد يقال عليه : إنّ عدم استيفاء المشتري للولد لكونه حرّاً لا يعني عدم الإِتْلَاف فإنّ الإِتْلَاف قد يكون بالاستيفاء كمن سكن دار غيره غصباً مثلاً فقد استوفى منفعة الدار، وقد يكون بالتسبب كمن قفل على باب دار غيره ومنع صاحبه من سكنى الدار فقد اتلف عليه المنفعة من غير استيفاء، وما نحن فيه من قبيل الثاني فالمشتري وإن لم يستوف الولد لأنّه لم يملكه ولكنّه اتلفه على مولى الامة بالتسبب فأجاب الشيخ النائيني رحمته الله على ذلك بأنّ المقام ليس من الاستيفاء ولا من الإِتْلَاف بالتسبب، أمّا الأوّل فلأنّه لم يملك الولد ولم يستوفه، وأمّا الثاني فلأنّ المولى لم يكن مالكاً لهذا الولد ثمّ اتلفه المشتري كما في منفعة الدار المقفولة بل حكم عليه الشارع ابتداءً بالحرية فهو كالتلف السماوي فالضمان في المقام ليس إلّا ضمان يد، فضمانه للمنفعة هنا يكون بسبب يده على العين الموجبة لضمان العين ولضمان المنفعة تبعاً لضمان العين^(١).

والسيد الخوئي ذكر أنّه ربما يستظهر من كلام الشيخ الانصاري رحمته الله أنّه يعتقد أنّ محل البحث في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده أمّا هو ضمان

(١) راجع منية الطالب ١ : ١١٧ - ١١٨، إلّا أنّه يظهر فيه أنّ مثال منع مالك الدار عن سكنها بمثل القفل مثال لضمان اليد أمّا تقرير الشيخ الآملي ٢ : ٢٩٧ - ٢٩٩، فبيانه لا يفي بالمطلب إلّا أنّه يظهر منه ان مثال منع مالك الدار عن سكنها بمثل القفل مثال للإِتْلَاف بالتسبب.

اليد دون ضمان الإلتلاف، وإلا لما كان داع لدفع الدخل المقدر ببيان أن حرية الولد من قبيل التلف لا من قبيل الإلتلاف واعتراض عليه بأنه لا وجه لتخصيص البحث بضمان اليد فإن السبب في الحاجة إلى هذا البحث هو شبهة أن صاحب المال هو الذي سلط المشتري على المال بضمان المسمى والتسليط قد أبطل ضمان المثل ولم يسلم له ضمان المسمى لفساد العقد، وهذه الشبهة كما ترد على ضمان اليد كذلك ترد على ضمان الإلتلاف^(١).

أقول: قد لا يكون مقصود الشيخ رحمته الله اختصاص البحث بضمان اليد بل يكون مقصوده: أن مفاد هذه الأحاديث أخص من المدعى لأنها إنما دلت على ضمان الإلتلاف وضمان الإلتلاف أوضح في ارتكاز العقلاء من ضمان اليد، خاصة إذا كان إلتلاف المنفعة بالاستيفاء لا بالتسبيب فلا يتعدى منه إلى ضمان اليد، ولعله لهذا اقتصر الشيخ الانصاري في المقام على توضيح عدم الاستيفاء، ولم يذكر ما أضافه الشيخ النائيني من عدم التسبيب.

إلا أن الذي يؤيد كلام السيد الخوئي في المقام من أن الشيخ كان يرى اختصاص البحث بضمان اليد في مورد التلف دون ضمان الإلتلاف أنه ذكر نظير كلامه هنا في بحث قاعدة ما لا يضمن أيضاً حيث خصص هناك في مسألة ضمان منافع العين المبيعة بالبيع الفاسد البحث بالمنافع غير المستوفاة^(٢).

وعلى أية حال فقد اعترض السيد الخوئي على الاستدلال بهذه الروايات بأن الكلام في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد إنما هو في ما إذا كان هناك تسليط

(١) راجع مصباح الفقاهة ٣: ٨٦.

(٢) راجع المكاسب ١: ١٠٣، بحسب طبعة الشهيد.

من قبل المالك على المال حيث تأتي شبهة أنّ التسليط رفع الضمان، أمّا في مورد هذه الروايات فالتسليط إنّما كان من قبل السارق، ومن الواضح أنّ هذا التسليط لا يوجب رفع الضمان ويثبت في ذلك الضمان حتى فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة^(١).

مقتضى القواعد العامة :

وأما إثبات الضمان بمقتضى القواعد فعمدة ما يذكر في ذلك وجوه ثلاثة :
الأول - قاعدة اليد :

والمقصود بذلك إمّا هو الحديث النبوي : على اليد ما أخذت حتى تؤدّي^(٢)
أو القاعدة التي عليها سيرة العقلاء وارتكازهم.

وقد أورد على الأول بضعفه سنداً وبعدم شموله للمنافع دلالة لأنّ المنافع لا تؤخذ ولا تأتي تحت اليد وكذلك الأعمال المضمونة في الإجازة الفاسدة^(٣).

وأجاب الآخوند رحمته الله على إشكال خروج المنافع بأنّ ضمان المنفعة لا تثبته بتطبيق رواية على اليد على المنفعة بل تثبته بتطبيقها على العين ف ضمان العين يعني ضمانها بمالها من شؤون ومنافعها من شؤونها، وبما أنّ اليد قد ثبتت على العين فقد

(١) راجع مصباح الفقاهة ٣ : ٩٠ والمحاضرات ٢ : ١٤٦.

(٢) راجع سنن البيهقي ٦ : ٩، كتاب العارية، وكنز العمال ٥ : ٢٥٧، ومسند أحمد ٥ : ٨، وصحيح الترمذي بشرح ابن العربي ٦ : ٢١، وسنن أبي داود السجستاني ٣ : ٢٩٦، باب تضمين العارية، وفي محكي رواية البيهقي : « حتى تؤديه ».

(٣) الإشكال بعدم الشمول للمنافع والأعمال ورد في المكاسب ١ : ١٠٣، بحسب طبعة الشهيد، وإشكال ضعف السند أبطله الشيخ بالانخبار واقره السيد الخوئي في المحاضرات ٢ : ١٥١، ومصباح الفقاهة ٣ : ٨٧ - ٨٨، باعتبار عدم إيمانه بمبنى الانخبار.

ثبت بحكم رواية على اليد ضمان منافعتها لأنه داخل في ضمان العين وليس ضماناً آخر^(١).

واعترض عليه الشيخ الاصفهاني رحمته الله^(٢) بأنه في مثل الإجارة ليست العين مضمونة ونحن نتكلّم في ضمان المنفعة فيها وعندئذ لا يمكن تفسير ضمان المنفعة بضمن العين لأنّ المفروض عدم ضمانها.

أقول : من الممكن تفسير كلام الشيخ الآخوند رحمته الله بأنّ اليد على العين هي التي تقتضي كلّ شُعب ضمانها من تدارك تلفها لو تلفت وتدارك أو صافها لو تلفت الأوصاف وتدارك منافعتها كذلك، وفي باب الإجارة تكون بعض هذه الشُعب غير مضمونة وهي شعبة تدارك تلفها أو تلف أو صافها ولكن المنافع تبقى مضمونة لا باليد على المنافع حتى يقال باختصاص الجديد بالأعيان، بل باليد على العين فالمانع الذي منع عن تأثير اليد للضمان إنّما منع عن بعض شُعب الضمان لا عن تمامها.

وأما السيد الخوئي فقد ذكر في المحاضرات : أنّ إشكال عدم صدق الأخذ وعدم دخول المنافع تحت اليد محلّول بأنّ دخول كل شيء تحت اليد بحسبه ودخول المنافع تحت اليد يكون بتبع دخول العين تحتها ولكن مع ذلك لا يشمل حديث على اليد المنافع وذلك لأنّ كلمة حتى تؤدّي تختص بالعين دون المنفعة لأنّ المنفعة غير قابلة لأن تؤدّي بنفسها^(٣).

(١) تعلية الآخوند على المكاسب : ٣١.

(٢) في تعليقه على المكاسب ١ : ٧٩.

(٣) المحاضرات ٢ : ١٥١، ومصباح الفقاهة ٣ : ١٢٨، ثم ذكر في المحاضرات في الصفحة ١٨٤، عدم صدق عنوان أخذ المال على الاستيلاء على المنافع وهذا كما ترى يناقض ما ذكره هنا من صدق الأخذ على المنافع ونفس هذا التناقض موجود أيضاً في مصباح الفقاهة الجزء ٣، بين ما في الصفحة ١٢٨ وما في الصفحة ١٤٠.

أقول : إن قصد بهذا الكلام أنّ المنفعة لا تؤدّى إلاّ بواسطة أداء العين قلنا : لا فرق في ذلك بين الأخذ والأداء ولا وجه لافتراض أنّ الأخذ يمكن ان يشمل بإطلاقه أخذ المنفعة لأنّها تؤخذ ولو بواسطة أخذ العين ولكن الأداء لا يشمل بإطلاقه أداء المنفعة بواسطة أداء العين .

ولكن من المحتمل أن يكون مقصود السيد الخوئي بذلك : أن رواية على اليد تدلّ على أنّ اليد حينما تأخذ شيئاً يكون ذلك الشيء مضموناً عليه ما دام لم يؤدّه ، ومعنى كونه مضموناً هي القضية الشرطية وهي أنّه لو تلف لكان تداركه عليه والغاية لهذا الضمان هي أداء ذلك الشيء ، والعين يمكن أدائها بعد زمان لو لم تتلف وبذلك تحصل الغاية وينتهي الضمان ، وأمّا المنفعة فهي باعتبار تصرّفها لا يمكن أداء المقدار الذي فات منها بمرور الزمان فلا تحصل الغاية بشأنها وتكون ذلك قرينة على خروج المنفعة من الإطلاق .

وهذا المعنى اتقن من المعنى الأوّل وهو الاستفادة من المصباح^(١) وإن كانت عبارة المحاضرات أظهر في المعنى الأوّل بقرينة عطفه للأعمال على المنافع وبقرينة تعبيره بعدم إمكان أداء المنفعة بنفسها ممّا يوحي إلى إمكان الأداء بالمعنى الذي يتم ضمن أداء العين لا بنفسها .

وأما تفسير قاعدة اليد على أساس السيرة والارتكاز فهو متّحد مع التفسير الثاني من تفسيري قاعدة الإقدام التي سنبحثها الآن .

والثاني - قاعدة الإقدام وهي أيضاً تفسّر بتفسيرين :
التفسير الأوّل - افتراض كون الإقدام على الضمان هو المقتضي للضمان

وبما انّ العقد كان صحيحه مشتملاً على الضمان وقد أقدم عليه العاقد اذن فحتي مع فرض البطلان يكون نفس إقدامه هذا كافياً في الضمان.

وقد أورد عليه الشيخ الانصاري رحمته الله على ذلك بأمر^(١):

١- انّ الإقدام كان على ضمان المسمّى ولم يتم وضمان المثل بحاجة إلى دليل آخر ولم يكن إقدام على جامع الضمان إلّا ضمن إقدامه على الفصل وهو خصوص المسمّى.

٢- أنّه قد يثبت الإقدام من دون ثبوت الضمان كما في مورد التلف قبل القبض.

٣- أنّه قد يثبت الضمان من دون الإقدام كما لو قال بعثك بلا ثمن أو أجرتك بلا اجرة.

وعبر المحقّق الاصفهاني رحمته الله^(٢) عن هذا النقض بأنّه لو قلنا في ذلك بالضمان انتقض كون الدليل هو الإقدام إذ لا إقدام في المقام ولو قلنا بعدم الضمان انتقضت قاعدة ما يضمن.

٤- وكذلك يثبت الضمان من دون الإقدام في ما لو اشترط ضمان المبيع على البائع.

وأضاف السيّد الخوئي على إشكالات قاعدة الإقدام بأنّه أساساً لا وجه لفرض الإقدام على الضمان موجباً للضمان فلو أقدم أحد على أن يكون مال فلان مضموناً عليه من دون ان يضع يده عليه أو يعقد عليه بعقد البيع أو غيره أفهل يكون ذلك موجباً لضمّانه ؟ !^(٣).

(١) راجع المكاسب ١ : ١٠٢ - ١٠٣ ، بحسب طبعة الشهيدي .

(٢) راجع تعليقه على المكاسب ١ : ٧٧ .

(٣) راجع المحاضرات ٢ : ١٥٠ ، ومصباح الفقاهة ٣ : ٩٦ .

والتفسير الثاني - أن مقتضى الضمان هي اليد والمانع عنه التسليط المجاني من قبل المالك وقاعدة الإقدام تفيد أنه لم يكن في المقام تسليط مجاني فان صاحب اليد قد دخل في الأمر مبنياً على الضمان فالإقدام العقدي كان على الضمان لا على عدم الضمان.

وبهذا التفسير أبطل السيد الخوئي عديداً من الإشكالات الماضية فمن الواضح أنه بناء على هذا التفسير ينحل الإشكال الأول والثاني وكذا الإشكال الأخير الذي أورده السيد الخوئي ولا يبقى إلا الإشكال الثالث والرابع. أما الإشكال الثالث فيجاب عليه بأننا نسلم في البيع بلا ثمن أو الإجارة بلا أجره بعدم الضمان ونرى أنهما ليسا بيعاً وإجارة بل هبة وعارية ولا ضمان فيهما^(١).

ويمكن أن يستخلص من كلام الشيخ الاصفهاني رحمته الله أو يستوحى منه^(٢) أن قوله بعتك بلا ثمن أو آجرتك بلا أجره إما هبة وعارية فلا ضمان فيهما أو تناقض في الكلام فلم يقع عقد أصلاً لا صحيح ولا باطل لكي يفرض أن الإقدام العقدي كان على عدم الضمان ومع ذلك ثبت الضمان لأن في صحيحه ضمان.

وأما الإشكال الرابع وهو النقض بما لو اشترى شيئاً بشرط ضمان البائع للمبيع فقد أجاب عليه في المصباح^(٣) بأن ضمان المسمى موجود إلا أنه شرط ضماناً على البائع من دون سبب وسواء قلنا بنفوذ الشرط أو فساده بلا إفساد أو مع إفساد فالإقدام على الضمان ثابت.

(١) راجع المحاضرات ٢ : ١٥٠ ، ومصباح الفقاهة ٣ : ٩٧ .

(٢) راجع تعليقة الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١ : ٧٧ - ٧٨ .

(٣) مصباح الفقاهة ٣ : ٩٧ .

هذا وقد ذكر استاذنا الشهيد رحمته الله : انّ المأخوذ بالبيع الفاسد يكون مضموناً بأقلّ الأمرين من المسمّى والمثل ، فلو كان المثل أقلّ لم يضمن الزائد لأنّ سبب ضمان الزيادة هو العقد وقد كان باطلاً ، ولو كان المسمّى هو الأقلّ فسبب ضمان المثل وهي اليد وإن كان موجوداً ولكن الذي يمنع عن ضمان الزيادة هدر صاحب المال لماله بمقدار الزيادة برضاه بالمبادلة بما هو أقلّ .

أقول : لعلّه ليس مقصوده رحمته الله بذلك دعوى هدر المالك لكرامة ماله بمقدار الزيادة بمجرّد التسليط الخارجي ، إذ من الواضح أنّه على تقدير جهله بالبطلان ليس هذا هدراً لكرامة ماله بل يكون من قبيل ما لو سلطني على مال بعنوان ردّ الأمانة بتخيل أنّه مالي ثم انكشف أنّه كان ماله بل مقصوده رحمته الله هو الهدر بالرضا بالمعاملة وإيقاعها على ماله ، فهذا وإن لم يكن يرفع الحرمة التكليفية في التصرف لأنّه رضا معاملي كالرضا بدفع ثمن الزنا إلى الزانية أو ثمن الخمر إلى بائعها وأمثال ذلك لكنّه يرفع الضمان .

ولازم ذلك هو القول بعدم الضمان في مثل باب الزنا أو بيع الخمر ونحو ذلك للثمن لو تلف وإن وجب عليه ردّ العين مع بقائها .

ولا بأس بالالتزام بهذا اللازم كما نرى انّ المحقّق في الشرائع ذكر في المشتري الجاهل بالغصب فيما إذا جاءه صاحب العين المشتراة التالفة وأخذ منه القيمة : أنّه يرجع على البائع بمقدار ما دفع من القيمة أي أنّه لو كان أقلّ من المسمّى لم يكن البائع ضامناً للزيادة^(١) .

نعم لو ندم على ما أوقعه من البيع الفاسد ومع ذلك دفع العين مجبوراً أو من

باب الاعتقاد بلزوم المعاملة فهنا يشكل تأتّي كلام استاذنا الشهيد رحمته الله من ضمان أقلّ الأمرين لأنّه حين التسليط لم يكن الرضا المعاملي موجوداً.

ثم إنّ لازم كلام استاذنا الشهيد رحمته الله هو ان نفصل في باب الضمان بين ما لو كان أحدهما قد تسلّم ما انتقل إليه بالعقد الفاسد ولم يتسلّم الآخر، وما لو كانا قد تسلّما معاً، فإن كان قد تسلّم أحدهما فقط ما انتقل إليه وتلف في يده قبل إظهار الآخر للندم ومطالبته بإرجاع المال فهو ضامن بأقلّ الأمرين كما قاله استاذنا رحمته الله، فإن كان المسمّى أقلّ لا يعطيه إلّا المسمّى لأنّ صاحبه قد هدر ماله بمقدار الزيادة على المسمّى وإن كان المثل أقلّ لا يعطيه إلّا المثل لان تبدّل الضمان إلى المسمّى أنّما هو نتيجة العقد والمفروض بطلانه، أمّا لو كانا قد تسلّما معاً وتلفا معاً قبل إظهار أحدهما الندم والمطالبة بإرجاع المال فالنتيجة هي نتيجة ضمان المسمّى دون المثل فإنّ العوضين لو لم يكونا متساويين بحسب السعر السوقي فحتماً يكون أحدهما قد أعطى ماله بأكثر من ثمن المثل، والآخر قد أعطى ماله بأقلّ من ثمن المثل فمن أعطى ماله بأقلّ من ثمن المثل فقد هدر هو كرامة ماله بمقدار زيادة المثل على المسمّى فلا يستحقّ إلّا المسمّى وقد أخذه، ومن أعطى ماله بأكثر من ثمن المثل فصاحبه قد هدر كرامة ماله بمقدار زيادة المسمّى على المثل فليست لصاحبه المطالبة بإرجاع الزيادة، نعم لو تلف أحدهما دون الآخر كان لمن تلف ماله حقّ التراجع قبل تلف الآخر واسترجاع الزيادة إن كان التالف أقلّ قيمة من الباقي.

والثالث - قاعدة لا ضرر ولا نطيل الكلام في كيفية الاستدلال بها في المقام إلّا أنّنا نشير إلى أنّ تطبيق هذه القاعدة في المقام ينبغي أن يكون بمعنى أنّ حقّ الضمان ثابت هنا عقلاً فيكون نفيه ضرراً فقاعدة لا ضرر لا تنتج في المقام شيئاً

أكثر ممّا يُنتجُه الارتكاز العقلائي والذي يعبر عنه في ما مضى في شرح الوجهين الأولين بقاعدة اليد أو قاعدة الإقدام، وأنّما يكون أثر قاعدة لا ضرر أنّه لولاها لكان الاستدلال بالارتكاز أو السيرة العقلايين متوقفاً على كشف إمضاء الشريعة عن طريق سكوتها عن الردع، وقاعدة لا ضرر تقوم مقام كشف الإمضاء بعدم وصول الردع فلو أنّ أحداً لم يقبل دلالة عدم وصول الردع على الإمضاء إمّا لمنع كون السكوت دليلاً للإمضاء أو لمنع دلالة عدم وصول الردع على عدم صدور الردع تكفيه في المقام قاعدة لا ضرر.

وقد اتضح بكل ما ذكرناه أنّ قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لا تتمّ إلّا بمقدار تمامية اليد في التأثير فلا تجري القاعدة في مثل المسابقة الفاسدة وبكلمة أخرى ليس المهم الحديث عن عنوان ما يضمن بصحيحه فإنّه لم يرد في آية أو رواية، وأنّما المهم البحث عن موارد تأثير اليد وعدمه فمثلاً في ما مضى من مسألة بيع الخمر يكون المقدار المفيد من البحث ما اشرنا إليه من أنّ البائع لا يضمن الثمن لأنّ المشتري هو الذي هدر كرامة ماله بجعله في مقابل الخمر، ولا فائدة في البحث عن أنّ عدم ضمان البائع لثمن الخمر هل هو نقض على قاعدة ما يضمن لأنّ البيع الصحيح فيه ضمان أو ليس نقضاً عليها لأنّ بيع الخمر لو صحّ لم يضمن فيه الثمن بغير نفس الخمر!

وفي ختام الحديث عن قاعدة ما يضمن نشير إلى أنّه إذا كان أحدهما عالماً بالفساد والآخر جاهلاً به فقد يقال: لا ضمان على الجاهل لأنّ المغرور يرجع إلى من غرّه بل حتى لو كانا جاهلين وكان أحدهما هو المحرّك للآخر والمؤثر عليه في الدخول في هذه المعاملة فقد يتصوّر أيضاً دخول المورد في قاعدة رجوع المغرور إلى من غرّه.

والجواب - كما أفيد في المقام - : أنَّ الجاهل ليس جاهلاً بالضمان كي تطبق عليه هذه القاعدة لرفع الضمان وأنَّما هو جاهل بالفساد وهو مقدّم بالفعل على الضمان.

نعم لو كان المسمّى أقل من المثل فهو جاهل بضمان الفارق فيرجع فيه إلى الغارّ وهذا تأييد لجزء من الرأي الذي نقلناه عن استاذنا الشهيد رحمته الله من ضمان أقلّ الأمرين.

هذا تمام الكلام في قاعدة ما يضمن.

وأما قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده فقد اتضح ما ينبغي أن يكون مدركاً لها من تضاعيف بحثنا عن اختها وهو هدر المالك لكرامة ماله بأحد وجهين :

إمّا بالتسليط الخارجي لصاحبه عليه وهو يختصّ بفرض العلم بالفساد في مثل الهبة بناء على كونه تمليكاً لا اجازةً للتملّك بالحيازة، أمّا لو كان جاهلاً بالفساد فالتسليط الخارجي أنما وقع في نظره على ما هو مملوك لصاحبه، وكذلك في تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر فإنّه أيضاً لدى العلم بالفساد يكون قد سلّطه على العين بلا ضمان، أمّا مع الجهل فإنّما سلّطه على العين بتخيّل صحّة الإيجاب والشرط الضمني الذي يقتضي تسليم العين وليس هذا من نوع التسليط المجاني الذي يرفع الضمان.

وإمّا بالتسليط المعاملي وإيقاعه للمعاملة راضياً بها وهذا ما يشمل فرض الجهل أيضاً.

ولا داعي للبحث عن أنّ العين المؤجرة هل هي غير مربوطة بالقاعدة لأنّ الإجارة وقعت على المنفعة لا على العين أو مربوطة بها لأنّ الشرط الضمني

يقتضي تسليم العين وهذا كاف في كون العين داخلة في المقبوض بالعقد، أو لأنّ الإجارة عقد تقع على العين وإن كان مفادها تمليك المنفعة أقول : لا داعي لهذا البحث بعد أن كانت القاعدة لم ترد في آية أو رواية.

هذا. ولا تقبل القاعدة إلّا في مورد يكون قرار المتعاملين على عدم الضمان أو لم تكن هناك يد.

بعض النقوض على قاعدة ما لا يضمن :

وقد ذكرت في المقام فروع للنقض على قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ونحن نتعرض لها أو لبعضها لا كنقض على القاعدة لأنّ القاعدة ليست مفاد آية أو رواية وأنّما نحن ندور مدار ما عرفته من الدليل من الهدر أو التسليط المجاني بل لكونها في نفسها فروعاً قابلة للتعرض والبحث :

فمنها - ما لو استعار المحرم الصيد من المحل فتلف الصيد في يده أمّا لو أرسله فلا إشكال في الضمان على الأقل للإتلاف الذي يوجب الضمان حتى في صحيح العارية.

وذكر السيد الإمام عليه السلام : إنّ فرض فساد العارية كي يمكن أن يكون المورد مصداقاً لما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده يمكن إثباته بوجهين ^(١) :

الوجه الأوّل - أنّ النهي قد تعلّق بالصيد لا بمعنى الاصطيد بل بمعنى ذات الحيوان وهو عين خارجية لا معنى لتعلّق النهي به حقيقة فتعلّق النهي به يدلّ على النهي عن جميع التصرفات والتقلّبات الراجعة إليه من اصطيداده وأكله وبيعه وشرائه وغير ذلك كي يكون بمنزلة تعلّق النهي بذات العين باعتبار أنّه إذا حرمت

جميع تقلّبات العين فكأنما العين حرمت بتمام حقيقتها، وتحريم التصرفات العملية كالاصطياد والعين ظاهر في الممنوعة النفسية أي الحرمة التكليفية، وتحريم التصرفات القانونية كالبيع والشراء ظاهر في الممنوعة الوضعية أعني البطلان وليست الحرمة التكليفية والوضعية معنيين مختلفين كي يقال : لا جامع بينهما بل هما معاً بمعنى المنع غاية الأمر أن المنع إذا كان نفسياً كان مساوفاً للحرمة التكليفية، وإذا كان وضعياً كان مساوفاً للبطلان.

أقول : إنّ التصرفات القانونية تقبل التحريم النفسي والتحريم الوضعي وهما وإن كانا بمعنى المنع لكنهما على أي حال فردان من المنع ولا يستفاد من إطلاق المنع الجمع بينهما لأن الإطلاق ليس جمعاً بين القيود، نعم لو تعلّق المنع ابتداءً في اللفظ بالتصرفات القانونية انصرف بمناسبات الحكم والموضوع إلى المنع التكلفي، أمّا لو تعلّق بما يشمل التصرفات القانونية والتصرفات العملية فالقدر المتيقن من ذلك المنع النفسي لأن التصرفات العملية لا تقبل إلا المنع النفسي ولا ينصرف بلحاظ حصّة من متعلّقه إلى المنع الوضعي.

الوجه الثاني - إنّ قوام الاستعارة بجواز الانتفاع وقد حرم الانتفاع هنا لكون المستعير محرّماً فتكون الاستعارة باطلة لا محالة.

أقول : إنّ قوام الاستعارة يكون بزوال حرمة الانتفاع من ناحية كونه تصرفاً في مال الغير أمّا الحرمة الطارئة بنذر أو احرام أو كونه مضرّاً بصحّة مزاجه وسلامته مثلاً فلا تنفي صحّة الاستعارة.

وعلى أيّ حال فلا يهنا الأمر في صحّة الاستعارة هنا وفسادها لأننا لا نتكلّم في هذا الفرع بلحاظ النقض على قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده وإنّا نتكلّم فيه بلحاظ أصل ثبوت الضمان وعدمه.

وقد ذكر الشيخ الانصاري رحمته الله وجهاً للضمان ونصّه ما يلي :

«إلاّ ان يقال : إنّ وجه ضمانه بعد البناء على أنّه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته انّ المستقر عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإيتلاف...»^(١).

وذيل هذه العبارة صريح في أنّ الضمان يكون قبل الإيتلاف بسبب نفس وجوب الإيتلاف.

وقد أوردوا عليه بأنّه ليس أحد الموجبات للضمان هو وجوب الإيتلاف بل هو نفس الإيتلاف ووجوبه وجوب لأمر لو فعله لحصل الضمان أمّا لو لم يفعله وعصى الوجوب مثلاً فلا موجب للضمان فلو لم يرسل الصيد إلى أن خرج من الإحرام أرجع نفس العين إلى مالکها.

إلاّ انّ الشيخ الاصفهاني رحمته الله احتمل في صدر عبارة الشيخ وهو قوله : «انّ المستقر عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين» معنى آخر معترفاً بأنّه يناقض الذيل وهو دعوى انّ قاعدة احترام مال المسلم تقتضي دخول المالية في العهدة فشخص العين وإن لم تدخل في العهدة لوجوب إرسالها وامتناع أدائها لكن ماليتها دخلت في العهدة بدليل قاعدة احترام مال المسلم فيجب عليه تداركها لو تلفت.

ولا يقال : إنّ إسقاط احترام العين إسقاط لتلك الحصّة من المالية الثابتة ضمن العين لأنّها تتلف بتلف العين ولا موجب للانتقال إلى حصّة أخرى.
فأنّه يقال : إنّ تلف المالية بتلف العين المأمور به شرعاً لا يعنى سقوطها عن

الاحترام فإنَّ احترام المالِية يعني تداركها ولا يعني عدم تلفها فنجمع بين وجوب الإِتلاف واحترام المال بما هو مال بضرورة إِتلاف العين بالإرسال مع ضرورة تدارك المالِية بدفع القيمة .

ثم أبطل رحمته هذا الوجه بأنَّ قاعدة احترام مال المسلم بعد تسليمها أمَّا تدلُّ على وجوب تدارك المال بعد الإِتلاف والتلف، ووجوب التدارك بعد الإِتلاف في المقام لا كلام فيه حتى مع قطع النظر عن قاعدة الاحترام، وأمَّا وجوب التدارك بعد التلف فنفس التسليط الصادر من المالك الذي أسقط هذا الاحترام على تقدير صحّة العارية يكون هو المسقط له أيضاً على تقدير فساد العارية^(١)، ولعلَّ مقصوده رحمته من التعبير بأنَّ «قاعدة الاحترام بعد تسليمها...» إشارة إلى ما يقال من أنَّ دليل حرمة مال المسلم كحرمة دمه لا يدلُّ على أكثر من الحرمة التكليفية . وذكر الشيخ النائيني رحمته^(٢) : أنَّ المحرم يضمن الصيد بمجرد أخذه من المحلِّ لا لما قاله الشيخ الانصاري رحمته من أنَّ وجوب الإِتلاف أوجب الضمان فإنَّ الضمان أمَّا يكون نتيجة الإِتلاف الفعلي لا نتيجة وجوب الإِتلاف بل لأنَّه قد أتلفه بنفس أخذه من المحلِّ، لأنَّ المستفاد من الأدلّة ليس وجوب الإرسال وجوباً تكليفاً فحسب بل خروجه من الملك وصيرورته حرّاً بمجرد وقوعه تحت يد المحرم فأخذه إِتلاف للملكية، ولا فرق في الإِتلاف الموجب للضمان بين إِتلاف العين كما لو أحرق الفراش مثلاً أو إِتلاف ماليتها كما لو حوّل الخلّ خمراً أو إِتلاف ملكيتها كما في ما نحن فيه .

(١) راجع تعليقة الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١ : ٨٣ .

(٢) راجع تقرير الشيخ الآملي ١ : ٣١٣-٣١٦، ومنية الطالب ١ : ١٢٤-١٢٦ .

وقال رحمه الله : إنّه لو كان المحلّ عالماً بأنّ المستعير محرم وإن أخذه أيّاه يخرجّه من الملك لم يشفع ذلك لعدم الضمان وذلك لأنّ سبب سقوط الضمان إمّا هو استناد الإتلاف إلى نفس المالك لتسليمه الصيد أيّاه، وإمّا هو كون إتلاف المحرم للصيد بموافقة المالك من قبيل ما لو أمر المالك شخصاً بإلقاء ماله في البحر أو إحراقه مثلاً، وكلا السببين غير تام في المقام.

أمّا الأوّل فلأنّ المسبب أنّما يعتبر مسبباً توليدياً ويسند إلى من استفاد من السبب حينما لا يتوسّط بينهما فاعل بالاختيار كما لو ألقى شيئاً في النار فاحترق، فالإتلاف هنا يسند إلى الملقى في النار حقيقة لأنّ الوسيط وهي النار ليس فاعلاً بالاختيار، أمّا في المقام فالوسيط فاعل بالاختيار فسبب التلف هو الأخذ وقد قام به المحرم الذي هو فاعل بالاختيار فالإتلاف لا يسند إلى المعطي.

وأمّا الثاني فلأنّ الإتلاف باذن المالك أو بأمره أنّما لا يوجب الضمان إذا كان جائزاً شرعاً «وعلّل في منية الطالب عدم الضمان عندئذٍ بثبوت الوكالة إذ قد ناب عن المالك في ما جاز للمالك فعله» عندئذٍ وفي المقام لم يكن الإتلاف جائزاً فهو من قبيل ما لو أمر أحد صاحبه بإلقاء متاع الأمر في البحر من دون مبرّر شرعي فإنّه لو ألقاه عندئذٍ كان ضامناً، نعم لو كانا في السفينة واشرفت السفينة على الغرق فأمر صاحبه بإلقاء متاعه في البحر كي تخفّف السفينة وتنجو من الغرق لم يكن ضامناً.

وقال رحمه الله : أنّه لو أرجع الصيد إلى المعير لم يخرج من الضمان لأنّ المعير يملكه بحيازة جديدة شأن أيّ إنسان آخر يستطيع أن يملكه بالحيازة لأنّه أصبح من المباحات الأصليّة وبه يظهر الفرق بين الخلّ لو غصبه وصيّره خمرأ ثم رجع خلاً وأرجعه إلى صاحبه حيث نقول هنا بانتفاء الضمان ولا نقول به في المقام، والفرق هو : انّ ملكية صاحبه في مثال الخلّ ليست بحيازة جديدة وأنّا الملكية

السابقة تحوّلت بالخميرية إلى حقّ الاختصاص ثم تحوّل حقّ الاختصاص مرّة أخرى إلى الملكية ولم يصبح الخلّ تبدله إلى الخمر من المباحات الأصلية التي يجوز لكل أحد حيازتها وهذا بخلاف المقام.

أقول : لو سلّمنا الضمان في فرض جهل المعير بالحال وبالحكم فالقول بالضمان في فرض العلم غريب .

وما أوردهما على كلا وجهي الضمان في المقام غير صحيح :

أمّا ما ذكره من أنّ من أمر شخصاً بإتلاف ماله حراماً ضمن المتلف ماله فنحن لا ندري لماذا يضمن ماله في فرض الحرمة ولا يضمنه في فرض الإباحة هل لمجرّد الفرق بالحرمة والحلّ، أو لما ورد في منية الطالب من أنّ الوكالة لا تثبت إلّا في فرض الحلّ والوكالة هي التي ترفع الضمان لأنّ يد الوكيل تعتبر يداً للموكل ؟

فإن كان النظر إلى مجرّد التفريق بالحرمة والحلّ فمن الواضح أنّ الحرمة تكليفية في المقام ونحن كلامنا في الضمان الوضعي ، ولا نفهم نكتة عقلائية في دخل الحرمة والحلّ التكليفيين في الضمان وعدمه في المقام .

وإن كان النظر إلى مسألة الوكالة ولنفترض أنّ المقصود ليست هي الوكالة التي يختص صدقها بباب التصرفات القانونية من العقود والإيقاعات بل المقصود هو معنى أعم يصدق في كل فعل كان بإمكان الشخص أن يفعله فأوكله إلى غيره قلنا : إنّ صدق الوكالة ليس مشروطاً بحليّة العمل فمقياس صدقها ان صدقت في غير التصرفات القانونية أنّما هو معقولة صدور ذاك الفعل من الموكل في ذاته لا معقوليته شرعاً بمعنى الجواز كما أنّه في التصرفات القانونية أيضاً ليس المقياس في صدق الوكالة حليّة ذاك التصرف فلو أوكّل شخصاً في بيع داره وكان بيع داره حراماً عليه لنذر أو لنهي الوالد أو غير ذلك فالوكالة صادقة في المقام قطعاً .

ثم لا أدري هل يلتزم الشيخ النائيني رحمته الله بالضمان فيما لو أجاز المالك أحداً في أكل طعامه فأكله بنكته أن الوكالة في الأكل لا معنى لها فما دامت الوكالة غير صادقة فالأكل الذي هو إتلاف للمال يوجب الضمان رغم اذن المالك ؟ ! ولو فرضنا صدق الوكالة حتى هنا فهل يقول : إنه لو حرم عليه الأكل لكونه مريضاً وكون هذا الطعام مضرّاً بحاله مثلاً ثبت الضمان ؟ !

وأما ما ذكره من أن الإِتلاف لا يستند إلى المعير لتوسّط الفاعل بالاختيار وهو المستعير فيرد عليه : أن المسألة اجنبية عن باب توسّط الفاعل بالاختيار أو بغير الاختيار فإن هذه المسألة موردها مورد وجود وسيط بين الشخص والفعل في إسناد الفعل إلى الشخص كالنار فيما إذا ألقى الورق فيها فاحترق، فالإحراق مستند أولاً وبالذات إلى النار ثم هو مستند بواسطة فعل النار الذي كان بلا اختيار إلى الشخص وهذا الإسناد حقيقي، وإذا أمر شخصاً آخر بإتلاف المال فاتفقه كان الإِتلاف مستنداً أولاً وبالذات إلى المأمور ثم هو مستند بواسطة فعل المأمور إلى الأمر لكن هذا الإسناد مجازي لأن الوسيط وهو الأمر فاعل بالاختيار، وأما في ما نحن فيه فالمستعير ليس وسيطاً بين المعير واستيلاء المستعير على الصيد بل هذا الاستيلاء مستند إليهما في عرض واحد عرفاً إن لم يكن عقلاً فان الآخذ والمعطي يحقّقان شيئاً واحداً تكون نسبته إلى أحدهما نسبة الإعطاء ونسبته إلى الآخر نسبة الآخذ.

فان قيل : إن الموضوع لتلف الصيد أنما هو ذاك الشيء بوصفه اخذاً لا بوصفه إعطاءً.

قلنا : إن هذا التدقيق لا يؤثّر في فرض الآخذ والمعطي عرفاً في عرض واحد بالنسبة للإِتلاف فهما معاً متلفان وإذا اسند الإِتلاف إليهما معاً فالمعير هو

الذي هدر كرامة ماله ولا ضمان على المستعير هذا كله في فرض علم المعير بالحال .

أما إذا كان جاهلاً بإحرام المستعير أو بكون ذلك موجباً لتلف المال فالوجه الثاني من وجهي عدم الضمان وهو اذنه في الإتيان لا يأتي في المقام كما هو واضح . وأما الوجه الأول وهو استناد الإتيان إليه فقد يتراءى للذهن أنه يأتي في المقام لأن العلم والجهل لا دخل لهما في صدق الإتيان فقد يتلف الإنسان مالاً بعمل كان يجهل كون هذا العمل موجباً للتلف كما لو وقع ظرفاً على الأرض جاهلاً بأن هذا يوجب كسره فانكسر ، بل قد يتحقق الإتيان مع الغفلة الكاملة كما في النائم الذي يسقط الكوز بتحريك رجله فيسقط وينكسر فالمعير هنا وإن كان جاهلاً بالحال ولكنه قد أتلف صيده بتسليمه إلى المستعير المحرم ، نعم قد يقال برجوعه إلى المستعير من باب رجوع المغرور إلى من غره لو كان المستعير عالماً بأن أخذه للصيد يؤدي إلى إتلافه .

ولكن الواقع أن الوجه الأول أيضاً لا يأتي في المقام وذلك لأن المفروض كما قلنا أن الإتيان مستند إليهما معاً واستناد الإتيان إلى المستعير مقتض للضمان ، وأما استناده إلى المعير فهو ليس مانعاً عن الضمان إلا حينما يكون هدرًا لكرامة ماله ولا يكون كذلك إلا في فرض علمه بالحال ، أما مع الجهل فلم يكن هدر من قبل المالك لكرامة ماله فيثبت الضمان على المستعير ولو بمقدار النصف لا الكل باعتبار كون المالك المعير أيضاً سهيماً في الإتيان .

إلا أن هذا كله فرع كون استيلاء المستعير على الصيد موجباً لخروجه من ملك المالك ورجوعه إلى الإباحة الأصلية وهذا أول الكلام ، فلو سلمنا أن دليل وجوب الإرسال على المحرم يدل بالدلالة الالتزامية العرفية على خروج الصيد

من ملك المحرم لو ملكه قبل الإحرام فلا نسلم دلالة على خروجه من ملك غيره فليجب عليه الإرسال وليكن المال في نفس الوقت باقياً في ملك الغير وأثره الضمان على تقدير الإرسال.

وقد اتضح بكل ما ذكرناه أنّ الظاهر عدم ضمان المستعير المحرم للصيد إلاّ بعد إتلافه بإرسال أو غير ذلك أمّا لو تلف في يده فلا ضمان عليه لمكان التسليط من قبل المالك.

ومنها - أنّ منافع العين المشتراة بالبيع الفاسد هل تكون مضمونة أو لا ؟ وهذا البحث أيضاً طرح بعنوان النقض على قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وأدّى ذلك إلى وقوع سلسلة من البحث :

فقد يقال : إنّ هذا نقض على القاعدة لأنّ المبيع بالبيع الصحيح لا تضمن منفعه في حين أنّه في البيع الفاسد يقال بضمانها^(١).

وقد يردّ على ذلك بأنّ المنافع مضمونة في البيع الصحيح ضمن ضمان العين لأنّ المنافع ومقدار قابلية العين لهما تؤثر في قيمة العين^(٢).

وقد يجاب على هذا الرد بأنّ هذا ليس هو الضمان المصطلح فإنّ المنافع لا تقابل بالمال وتأثيرها على القيمة أنّما هو بنحو الحيثية التقيدية من دون تقسيط للقيمة عليها^(٣).

وقد يردّ النقض أيضاً بأنّ المنافع في باب البيع خارجة عن تحت قاعدة ما لا يضمن وقاعدة ما يضمن لأنّ العقد لم يقع عليها وأنّما وقع على العين^(٤).

(١) و (٢) و (٣) راجع المكاسب ١ : ١٠٣ ، بحسب طبعة الشهيدي .

(٤) راجع منية الطالب ١ : ١٢٦ .

وقد يجاب على هذا الردّ بأنّه لو كانت المنافع خارجة عن تحت البيع فكذلك هي خارجة عن تحت الهبة فما هو السرّ في أنّها تضمن في البيع الفاسد ولا تضمن في الهبة الفاسدة؟! (١).

وعلى أيّة حال فأصل هذا التسلسل من البحث لا أساس له باعتبار أنّ أصل القاعدة كقاعدة ما يضمن لا أساس لها.

وأما المهم ملاحظة المسألة بحدّ ذاتها لكي نرى أنّ مقتضى القواعد فيها الضمان أو عدم الضمان؟

فنقول: إنّ المقتضي للضمان في فرض استيفاء المنفعة موجود والمانع مفقود أمّا وجود المقتضي في فرض استيفاء المنفعة ممّا لا إشكال فيه فأنّنا حتى لو قلنا بأنّ تفويت المنفعة من دون استيفاء لا يوجب الضمان فكون الاستيفاء بذاته موجباً للضمان واضح عقلاً ولذا نرى أنّهم اختلفوا في ضمان الغاصب للمنافع غير المستوفاة ولم يختلفوا في ضمانه للمنافع المستوفاة.

وأما لو لم يستوف المشتري المنافع فالظاهر عدم تمامية المقتضى للضمان إلّا إذا كان المشتري غاراً للبائع لأنّنا حتى لو قلنا في باب الغصب بضمان الغاصب للمنافع غير المستوفاة وذلك بتفويته لها أو بتلفها تحت يده نقول: ما نحن فيه أنّ المالك يكون سهيماً مع المشتري في التفويت وفي هذا الفرض لا موجب للضمان إن لم يكن المشتري غاراً للبائع اذن فمقتضى الضمان منحصر في المقام في فرض الاستيفاء أو التغيرير.

وأما عدم المانع فلأنّ المانع عبارة عن التسليط المجاني ولا تسليط مجاني في المقام.

(١) راجع المحاضرات ٢ : ١٦٠، ومصباح الفقاهة ٣ : ١٠٩.

وما قد يتصور من ثبوت التسليط المجاني لأنه أنما كان الثمن في مقابل العين لا في مقابل المنفعة يمكن الجواب عليه بأحد وجهين إمّا لا يتم مطلقاً أو لا يتم إلّا في خصوص فرض علم البائع بالفساد.

أمّا الوجه في أنّه لا يتم إلّا في خصوص علم البائع بالفساد فهو أن يقال :إنّه إن قصد بالتسليط المجاني التسليط المعاملي فالتسليط المعاملي إمّا هو على العين فقط لأنّ البيع والشراء يتعلّقان بالعين، وإمّا هو على المنفعة أيضاً بالتبع فتكون المنفعة مضمونة ضماناً تبعياً بنفس ثمن العين وعلى كل تقدير لا يوجد تسليط معاملي مجاني على المنفعة، وإن قصد به التسليط الخارجي فالتسليط الخارجي عن المنفعة مجاناً أن صدق فإنّما يصدق مع علم البائع بالفساد، إمّا مع جهله فإنّما قصد البائع تسليط المشتري على منفعة ماله المملوكة له لا على منفعة مال البائع المملوكة للبائع.

وأمّا الوجه في عدم تمامية المانع عن الضمان مطلقاً حتى في صورة علم البائع بالفساد فهو دعوى أنّ المنفعة دائماً ضمانها مندكة في ضمان العين وتابعة له كاندكاك نفس المنفعة تكويناً في العين وتبعيتها لها إلّا في صورتين :

الأولى - تعمّد الفصل بين العين والمنفعة في ضمان معاملي بتخصيص الضمان المعاملي بالمنفعة دون العين كما في باب الإيجار أو بالعين دون المنفعة كما في بيع العين مسلوقة بالمنفعة مدّة من الزمان.

والثانية - الفصل التكويني بينها في ضمان اليد أو الإتلاف كما لو أتلّف المنفعة بغلق باب الدار والمنع عن استيفاء مالكها لمنفعتها من دون غضب نفس الدار وكما لو غضب الدار وفوّت منفعتها مع بقاء العين أو استوفى منفعتها في فترة من الزمن، أمّا إذا وقع عقد البيع على العين من دون سلب المنفعة أو أتلّف العين

فضمان منفعتها المعاملي في الأوّل أو ضمانها بالإتلاف في الثاني منكم في ضمان العين وتابع له باندكاك نفس المنفعة في العين وتبعيتها لها، وعليه نقول في ما نحن فيه: إنّ الضمان المعاملي للمنفعة في باب البيع الفاسد منكم في منظار هذا البيع في نفس ضمان العين فالبايع لم يسلّط المشتري على المنفعة مجاناً حتى ولو كان عالماً بالفساد، وأنما سلّطه عليها في مقابل كون العين مقابلة بالثمن وليس هذا هو التسليط المجاني الذي يسقط الضمان عقلاً.

وبعد فإننا تارة نفترض أنّ العين لم تتلف في يد المشتري إلى ان تراجعاً عن البيع الفاسد.

وأخرى نفترض أنّه تلفت العين قبل التراجع وعلى كل حال نفترض كما عرفت أنّ المشتري قد استوفى منفعة العين خلال تواجدها عنده أو أنّ المشتري كان غاراً للبايع وإلاّ لم يكن ضامناً للمنافع فان تلفت العين قبل التراجع.

قلنا: أنّه ليس للبايع ان يطالب المشتري بأكثر من ثمن المسمّى إن كان ثمن المثل للعين أو مجموع ثمن المثل للعين واجرة المنفعة مدّة بقاء العين أكثر من المسمّى الذي جعل في العقد الفاسد مقابلاً للعين وذلك لأنّه هو الذي هدر كرامة العين وكذلك كرامة المنفعة ضمن هدر كرامة العين في ما هو ازيد من ثمن المثل. أمّا إذا كان المسمّى أكثر فتارة يكون أكثر من ثمن المثل للعين وأخرى يكون أكثر من مجموع ثمن المثل للعين واجرة المنفعة مدة بقاء العين ولنفترض الآن انّ الثمن لا زال غير تالف فنقول:

أمّا ما يزيد على مجموع ثمن المثل للعين واجرة المثل للمنفعة فيجب عليه إرجاعه إلى المشتري لأنّ المشتري ليس ضامناً لأكثر من ثمن المثل لأنّ ضمان المسمّى أنّما يكون بالعقد وقد كان العقد باطلاً.

وأما ما يزيد على ثمن المثل للعين ولا يزيد على مجموع الثمن والاجرة فالظاهر أنه لا يجب عليه إرجاعه إلى المشتري لأن المشتري كما يكون ضامناً لثمن مثل العين كذلك يكون ضامناً لاجرة المثل للمنفعة بمقدار ما هو منك في ثمن المسمى وليس ضمان اليد في المنفعة منداً في ثمن المثل لأنه وقع الانفصال بين العين والمنفعة بتلف المنفعة دون العين وهذا أحد السببين اللذين ذكرنا أنهما يوجبان تمييز المنفعة عن العين في الضمان ولم يهدر البائع كرامة المنفعة إلا فيما يزيد على ثمن المسمى .

وأما إذا كان الثمن أيضاً تالفاً فليس على البائع ضمان حتى ولو كان المسمى أكثر من مجموع ثمن المثل للعين واجرة المنفعة وذلك لأن المشتري قد هدر كرامة ماله في ما هو أكثر مما استلمه من العين والمنفعة فالضمان من كلا الطرفين يستقر في الحقيقة على المسمى كما مضى التنبيه على ذلك في بحث ما يضمن بصحيحه لدى شرح ما يلزم من مبنى استاذنا الشهيد رحمته الله من ضمان أقل الأمرين .

أما إذا لم تتلف العين إلى ان تراجعاً عن البيع الفاسد فإن كان الثمن تالفاً وكان أكثر من ثمن المثل للعين أو مساوياً له لم يكن البائع ضامناً لأكثر من العين لأنه حتى لو كان المسمى أكثر من ثمن المثل فالمشتري هو الذي هدر كرامة الزيادة ولم يكن المشتري ضامناً للمنفعة بأكثر من الضمان المندك في ثمن المسمى والمفروض أنه قد دفع المسمى إلى البائع وتلف عنده .

وأما إن كان الثمن التالف أقل من ثمن المثل للعين فمن حق البائع استرجاع العين ودفع مقدار الثمن التالف ناقصاً مقدار الاجرة فان استوعب مقدار الاجرة تمام الثمن استرجع العين من دون دفع شيء من الثمن، وإن زاد مقدار الاجرة

على الثمن التالف لم يكن للمشتري دفع الزيادة لأنّ البائع كان قد هدر كل كرامة للمنفعة زائدة على الضمان المندك في الثمن المسمّى للعين.

وأما إن كان الثمن باقياً كما كانت العين باقية وقد حصل التراجع في العينين فعلى المشتري دفع اجرة العين للفترة التي كانت تحت يده على أن لا تزيد الاجرة على ثمن المسمى للعين، فان زادت عليه فهو لا يضمن الزيادة لأنّ البائع قد هدر كل كرامة للمنفعة غير مندكة في ثمن المسمى.

ومنها - حمل البيع حيث يقال بضمانه على المشتري في البيع الفاسد مع أنّه غير مضمون مثلاً في البيع الصحيح.

والواقع أنّ الحمل إمّا ان يفرض جزءاً من البيع مضموناً بجزء من الثمن في البيع الصحيح ومضموناً باليد في البيع الفاسد بنفس المقياس الذي مضى في ضمان البيع بالبيع الفاسد.

وإمّا ان لا يكون داخلاً في البيع لا جزءاً ولا شرطاً فهو أمانة عند المشتري في كلا فرضي صحّة البيع وفساده.

وإمّا أن يكون داخلاً في البيع على وجه الشرط لا الجزء فيكون حاله حال المنفعة في أنّ ضمانه العقدي تبقي لضمان العين من دون تقسيط الثمن عليه ولا يعدّ تسليط المشتري عليه تسليطاً مجانياً مسقطاً للضمان فإذا تلف في البيع الفاسد تحت يد المشتري كان مضموناً بالتفصيل الذي مضى في ضمان المنفعة المستوفاة.

وجوب الردّ إلى المالك وعدمه :

الثالث^(١) : وجوب الردّ إلى المالك وعدمه بعد فرض حرمة التصرف.

وقد عمّم الحكم بوجوب الردّ على القول به لما لا يضمن بصحيحه كالهبة إلاّ أنّ هذا التعميم لمثل الهبة ممّا تكون الفحوى عادة شاهدة على التسليط المجاني حتى على تقدير البطلان يجب أن يكون بفرض عدم هذه الفحوى.

وعلى أية حال ففي المسألة قولان: وجوب الردّ وكفاية تخلية الوضع عن المانع الذي يحول بين المالك وأخذه للمال.

وما قد يصلح دليلاً على وجوب الردّ الذي ذهب إليه الشيخ الانصاري والشيخ النائيني والسيد اليزدي وغيرهم وجوه:

الوجه الأوّل - حرمة الإمساك المستفادة من حديث سماعة وزيد الشحام عن الصادق عليه السلام عن رسول الله ﷺ: لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلاّ بطيبة نفسه^(١) والتوقيع عن الإمام صاحب الزمان - عجل الله فرجه -: لا يحل لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير اذنه^(٢).

وجعل الشيخ الانصاري رحمه الله دلالة الرواية الأولى على المقصود أقوى من الثانية حيث أنّه لو نوقش في دلالة الثانية بمنع صدق التصرف على الإمساك فالأولى تدلّ بسبب نسبة الحرمة إلى المال الخارجي على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده^(٣) ولكن الشيخ الآخوند جعل دلالة الرواية الأولى أضعف من دلالة الرواية الثانية^(٤) ولعله لأجل أنّ حذف المتعلّق إذا كان

(١) الوسائل ٣: ٤٢٤، الباب ٣ من أبواب مكان المصليّ، الحديث ١، و ١٩: ٣، الباب ١ من القصاص في النفس، الحديث ٣.

(٢) الوسائل ٦: ٣٧٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٦.

(٣) المكاسب ١: ١٠٤، بحسب طبعة الشهيد.

(٤) راجع تعليق الآخوند على المكاسب: ٣٣.

هناك شيء بارز يناسب تقديره لا يفيد العموم فكما ان تحريم الامهات ينصرف إلى الوطء وتحريم الخمر ينصرف إلى الشرب مثلاً، كذلك تحريم المال ينصرف إلى الأكل بالمعنى الواسع لا بخصوص معنى الازرداد ولا يشمل مثل مجرّد الإمساك.

وذكر الشيخ النائيني رحمته الله: انّ الإمساك يكون تصرفاً لأنّه عبارة عن استدامة الأخذ والأخذ تصرف، واستدامة التصرف تصرف لا محالة^(١).

أقول: إنّ التشكيك في كون الإمساك تصرفاً إمّا أن يكون في مطلق الإمساك بدعوى انّ التصرف مأخوذ من الصرف بمعنى القلب والتقلّب وعندئذٍ من الواضح انّ الأخذ تصرف باعتباراه قلباً للمال ونقله من يد المالك مثلاً إلى يده ولكن الإمساك ليس استدامة للأخذ وإنّما هو مجرّد استدامة لكون المال عنده وهذا ليس قلباً وتقلّباً في المال. وإمّا أن يكون في خصوص الإمساك غير السلطوي بمعنى إبقائه عنده مع التخلية بينه وبين المالك وانتظار مجيء المالك كي يسلمّ المال إليه ومن الواضح ان هذا لا يعدّ تصرفاً وليس حاله حال الأخذ.

وعلى أي حال فخير اعتراض على الاستدلال بهاتين الروايتين هو التشكيك في صدق التصرف الوارد في احدى الروايتين على الإمساك خصوصاً غير السلطوي والتشكيك في إطلاق الرواية الأخرى التي حذف المتعلّق فيها ودعوى انصرافها إلى حرمة الأكل أو احتمال الانصراف على أقل تقدير.

وقد اعترض الشيخ الآخوند رحمته الله في المقام باعترض آخر وهو انّ حرمة الإمساك لا توجب وجوب الردّ تعييناً ولو على القول بمقدمية الضد فانّ الإمساك

والردّ ضدّان لهما ثالث وهو التخلية بين المال وبين مالكة فلا يجب عليه على هذا القول إلّا احدهما ثم أمر بالفهم^(١).

أقول: إنّ هذا الكلام كما ترى ينحلّ إلى إشكالين:

احدهما - أنّ الردّ والإمساك ضدّان لهما ثالث وهو التخلية فتحریم الإمساك لا يقتضى وجوب الرد بالخصوص.

والجواب: أنّ الإبقاء تحت اليد بالمعنى الثابت لدى التخلية وانتظار المالك أن قلنا بعدم تحریمه لعدم دخوله في إطلاق الروايتين فقد رجعنا إلى الوجه السابق، وإن قلنا بتحریمه فقد وجب الرد لا محالة لأنّ التخلية لا تنافي الإمساك حينما يقصد به مطلق الإبقاء تحت اليد ولو غير السلطوي الذي يجتمع لا محالة مع التخلية فليست التخلية ضدّاً ثالثاً.

والثاني - أنّ الضد ليس مقدّمة لنفي ضده فحتى لو حرم الإمساك وكان الرد ضدّه الوحيد لم يثبت وجوبه.

أقول: إنني لا أظن أنّ من يقول بوجوب الرد يقصد أكثر من لابدّية الردّ ولو لكونه ملازماً لواجب مقدّمي، ومن الواضح أنّه لو حرم الإمساك حتى بمعناه المجتمع مع التخلية فلا بدّ له من الردّ ما دام أنّه لا ثالث لهما ولا حاجة بنا إلى التكلّم بمصطلحات مقدّمية الضد وعدم مقدّميته.

ولو أصررنا على التكلّم بهذه اللغة قلنا: إنّ الضد وإن لم يكن مقدّمة لنفي ضده لكن علّة الضد مقدّمة لنفي ضده فصدّ الإمساك إمّا هو إمساك المالك مثلاً والردّ علّة لإمساك المالك فهو مقدّمة لنفي إمساك هذا الشخص، أو أنّ الردّ بنفسه ضدّ للإمساك فله علّة تكون مقدّمة لنفي الإمساك فتجب وهي قصد الردّ مثلاً.

والوجه الثاني - رواية على اليد ما أخذت حتى تؤدّي بعد فرض ثبوتها بالشهرة والاستفاضة مثلاً أو بالانجبار أو فرض غصّ النظر عن ضعف سندها .

وقد قرّب الاستدلال بهذه الرواية على وجوب الردّ بعدّة وجوه :

الأوّل - ما في منية الطالب^(١) من أنّ الضمان بلا وجوب الردّ لغو فإن لم يجب ردّ العين ثم لم يجب بعد التلف ردّ العوض فما فائدة الضمان ؟ ! فقلوله : على اليد الدال بالمطابقة على الضمان يدلّ بالالتزام على وجوب الرد .
وأجاب السيد الخوئي على ذلك بأنّه يكفي في نفي اللغوية وجوب التخلية بين المال والمالك^(٢) .

والثاني - ما في تقرير الشيخ الآملي رحمته الله^(٣) لبحث الشيخ النائيني رحمته الله من تقريب الدلالة الالتزامية لحديث على اليد بوجه آخر يختلف عمّا نقل عنه في منية الطالب وهو أنّ جعل الأداء رافعاً للضمان يدلّ بالالتزام على مطلوبة الأداء وبضم ذلك إلى علمنا بأنّ مطلوبة الأداء إن كانت فهي وجوبية نفهم الوجوب ، بل يمكن استظهار نفس الوجوب ابتداء من جعل الأداء رافعاً للضمان دون مطلق المطلوبة .
أقول : لم نعرف منشأً لاستظهار المطلوبة أو الوجوب من جعل الأداء غاية للضمان ، وما مضى عن منية الطالب أكثر فنية ممّا ورد في تقرير الشيخ الآملي .
هذا . وجاء في منية الطالب^(٤) : إنّ الاستدلال بحديث على اليد لإثبات

(١) منية الطالب ١ : ١٣١ .

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ١٦٦ ، ومصباح الفقاهة ٣ : ١٢٣ .

(٣) تقارير الشيخ الآملي ١ : ٣٢٦ .

(٤) منية الطالب ١ : ١٣١ .

وجوب الرد يشمل حتى مثل الهبة والعارية الفاسدتين فإنّ الضمان فيهما وإن لم يكن ثابتاً لأجل التسليط المجاني لكن مورد التسليط المجاني ليس خارجاً من حديث على اليد بالتخصّص وأنما خرج منه بالتخصيص، والتخصيص أنما ثبت بلحاظ المدلول المطابق وهو الضمان دون الالتزامي وهو وجوب الرد.

أقول : إنّ هذا الكلام لا يتم.

أولاً - لأنّ التسليط المجاني مانع ارتكازي كالمتمصل عن الضمان فيرجع الأمر إلى التخصّص.

وثانياً - لتبعية الدلالة الالتزامية للمطابقة في الحجية.

والثالث - ما هو منقول عن الشيخ الايرواني رحمته الله^(١) من ان حديث على اليد ان لم يختص بالحكم التكليفي وهو وجوب الردّ فلا أقل من أن يعمّ الوضع والتكليف ببيان ان مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها ودفع البدل مع التلف. وأورد عليه السيد الخوئي.

(أولاً) بأنّه لو حمل الحديث على الحكم الوضعي لم يكن في ذلك تقدير ولو حمل على الحكم التكليفي فلا بد من تقدير أي على اليد ردّ ما أخذت لأنّ الحكم التكليفي أنما يتعلّق بالأفعال لا بالأعيان ولا يمكن الجمع بين التقدير وعدمه.

(وثانياً) بأنّ الغاية المذكورة في الحديث وهي قوله حتى تؤدّي أنما تناسب الحكم الوضعي ولا تناسب الحكم التكليفي وإلّا لكان معناه جعل العمل بالواجب غاية للوجوب من قبيل أن نقول : يجب عليك أن تصلي حتى تصلي وهذا يعني تفسير الحديث بمعنى : على اليد ان تؤدّي حتى تؤدّي.

أقول : إنَّ تصوير إطلاق حديث على اليد للحكم الوضعي والتكليفي معاً لا ينحصر بفرض الجمع بين التقدير وعدم التقدير بل يمكن تصوير ذلك من دون تقدير إذ كما أنَّ المال حينما يكون دركه على الشخص بمعنى أنَّه لو تلف دخل في ذمَّته يمكن أن يعتبر أنَّ لهذا المال ثقلاً على الشخص وفي طول ملاحظة هذا الاعتبار يصح استعمال كلمة « على » ، كذلك حينما يجب تكليفاً ردَّه إلى المالك على الشخص يمكن أن يعتبر أنَّ لهذا المال ثقلاً على الشخص وفي طول ملاحظة هذا الاعتبار يصح استعمال كلمة « على » وكذلك حينما يجب تكليفاً رفع الحاجز أو التخلية بين المال ومالكه يمكن أن يعتبر أنَّ لهذا المال ثقلاً على الشخص وفي طول ملاحظة هذا الاعتبار يصح استعمال كلمة « على » . ولعل مقصود الشيخ الايرواني رحمته الله من التردّد بين ان يختص الحديث بالحكم التكليفي أو يعمّ على الأقل الوضع والتكليف هو أنَّ افتراض المال على الشخص لا معنى له إلّا بأحد وجهين :

الأوّل التقدير كي يكون الثابت على الشخص عملاً من الأعمال لا عيناً خارجية .

والثاني اعتبار ثقل واستعلاء للمال على الشخص كي يصحّ في طول هذا الاعتبار نسبة العلوّ إلى نفس العين فإنّ استظهر الوجه الأوّل اختص الحديث بالحكم التكليفي ، وإن فرض الوجه الثاني فمقتضى الإطلاق شمول الحديث للحكم التكليفي والوضعي وذلك لا بمعنى أنَّ الحديث دلّ على الحكم التكليفي بالمطابقة كي يقول السيد الخوئي بأنّ الحكم التكليفي يتعلّق بالعمل لا بالعين بل بمعنى أنَّ الحديث دلّ على اعتبار العلوّ للمال على الشخص بكل اعتباراته ومنها الاعتبار المناسب للحكم التكليفي لما قلنا من أنَّه إذا وجب ردّ المال صحّ ان يعتبر ان للمال ثقلاً على الشخص وإذا كان هذا هو مقصود الشيخ الايرواني رحمته الله لم يرد عليه أيضاً الإشكال الثاني للسيد الخوئي وهو عدم مناسبة قوله حتى تؤدّي لكونه

غاية للحكم التكليفي، إذ يكون معنى ذلك : على اليد أن تؤدّي حتى تؤدّي فإنّ المعنى عندئذٍ يكون أنّ الثقل الاعتبار للمال على الشخص ينتهي بكل معانيه بالأداء.

نعم أثر هذا الإشكال الثاني يكون عبارة عن إبطال استظهار التقدير وتثبيت استظهار اعتبار نوع من الثقل والعلو للمال على الإنسان لأنّه لو بنى على التقدير وبالتالي تخصيص الحديث بالحكم التكليفي لأصبح معنى الحديث : على اليد أن تؤدّي حتى تؤدّي وهو كلام غير منسجم فيتعين القول بأنّ الحديث يعمّ الحكم الوضعي والتكليفي معاً.

وعلى أية حال فإن كان هذا هو مقصود الشيخ الايرواني رحمته الله ورد عليه : ما حقّق في محله من الأصول من أنّ الإطلاق إنّما يتمّ للكلام بالنسبة للأفراد أو الأقسام الحقيقية غير المتوقفة على فرض الاعتبار من قبل المتكلّم، أمّا ما تكون فرديته في طول الاعتبار فالإطلاق إنّما يتم في طول ان نعرف ان المتكلّم لاحظ واعتبر جميع تلك الاعتبارات ولا يمكن ان نثبت بالإطلاق ان المتكلّم قد لاحظها واعتبرها جميعاً بالفعل، اذن فيكون القدر المتيقن من بينها أبرزها عرفاً وأبرز ما يعتبر ثقلاً للمال على الشخص ويعتبر علوّاً له عليه هو كون دركه عليه وانشغال ذمّته به لو تلف فحديث على اليد لا يدلّ على وجوب الردّ وجوباً تكليفياً.

ثمّ أنّنا لو استظهرنا من حديث على اليد التقدير وحملناه على هذا الأساس على الحكم التكليفي يدخل الحديث عندئذٍ ضمن نصوص الوجه الثالث الدالة التي تنصّ على وجوب الأداء فلو أورد على دلالتها إيراد سيكون ذلك مشترك الورود بينها وبين حديث على اليد.

الوجه الثالث - نصوص الرد والأداء من قبيل :

١ - قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ^(١).

٢ - ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي ائْتَمَنَّ أَمَانَتَهُ ﴾ ^(٢).

٣ - رواية زريق وفيها : تردّ المعيشة إلى صاحبها وتخرج يدك عنها ^(٣)

والسند غير تام.

٤ - رواية أحمد بن محمد بن أبي نصر بسند تام قال سألت أبا الحسن

الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه ايحلّ له إمساكه ؟ فقال : إذا عرف صاحبه ردّه عليه وإن لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو له وإن جاءك طالب لا تتهمه ردّه عليه ^(٤).

٥ - صدر ما مضى من حديث لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله وهي

الرواية المروية عن زيد الشحام وعن سماعة عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله : من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها فإنّه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيية نفسه ^(٥) وقد مضى الحديث عن ذيل الرواية في الوجه الأوّل والآن يكون النظر إلى صدرها.

٦ - مرسله حماد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السلام وفيها : وله صوافي الملوك

(١) النساء : ٥٨.

(٢) البقرة : ٢٨٣.

(٣) الوسائل ١٢ : ٢٥٣، الباب ٣ من عقد البيع وشروطه، الحديث الوحيد في الباب.

(٤) الوسائل ١٧ : ٣٦٦، الباب ١٥ من أبواب اللقطة، الحديث ١.

(٥) الوسائل ٣ : ٤٢٤، الباب ٣ من أبواب مكان المصليّ، الحديث ١، و ١٩ : ٣، الباب ١ من

أبواب القصاص في النفس، الحديث ٣.

ما كان في أيديهم من غير وجه الغصب لأن الغصب كله مردود^(١).

وهذه النصوص التي جمعتها ما يكون منها راجعاً إلى الغصب أو يكون موردها أبعد أمائية من مورد المقبوض بالعقد الفاسد قد يصعب التعدي منها إلى المقام وكذلك الآية الثانية واردة في القرض فقد يقال أيضاً بعدم التعدي منها إلى المورد.

وعلى أية حال فالشيخ الاصفهاني رحمته الله قد أشار إلى نصوص الردّ دون نصوص الأداء وأبدى فيها احتمال المناقشة بتفسير الردّ بالتخلية بين المال والمالك دون الإرجاع الخارجي المادي.

أقول : يمكن توجيه ذلك بنحو يشمل أيضاً نصوص الأداء بان أمثال هذه الكلمات المستعملة في فقه المعاملات والأموال من قبيل الردّ والأداء والنقل والانتقال والتبادل وما شابه ذلك لا تحمل عادة على الردّ والنقل من مكان إلى مكان بل تحمل على الردّ والنقل من سلطة إلى سلطة إمّا سلطة قانونية كما في تعريف البيع بأنّه تبديل عين بمال، أو سلطة واقعية كما في ردّ الغصب أو ردّ المقبوض بالبيع الفاسد وهذا لا يدلّ على أكثر من التخلية بين المال والمالك.

ثم إنّ السيد الخوئي فصلّ في المقام بين الردّ إلى نفس المالك في بيته مثلاً وبين الردّ إلى البلد الذي أخذ فيه هذا المتاع فذكر : إنّ الأوّل غير واجب إذ لا دليل عليه ولكن الثاني واجب إذا أَراده المالك لأنّ المالك له المطالبة بإرجاع السلطنة على العين بكل خصوصيات السلطنة الدخيلة في الرغبة والقيمة ومن الواضح أنّ

(١) الوسائل ٦ : ٣٦٥، الباب ١ من أبواب الأنفال، الحديث ٤، و ١٧ : ٣٠٩، الباب ١ من

المتاع تختلف مقدار الرغبة فيه وقيمتة السوقية باختلاف البلاد فلو طالب المالك بهذه الخصوصية لا بدّ من توفيرها له نعم لو انتقل المالك إلى بلد آخر قبل إرجاع العين وطالب بردّ المال إليه في بلده الجديد لم تجب على الآخذ استجابته، لأنّ هذه الخصوصية وهي خصوصية كون العين في البلد الجديد لم تكن ثابتة منذ البدء كي يجب عليه توفيرها وأنما عليه إرجاع المال إلى بلد الآخذ بطلب المالك إن كان قد أخرجه من ذلك البلد، والتخلية بينه وبين الملك في ذلك البلد سواء أكان المالك هناك أو كان منتقلاً إلى مكان آخر، ومؤونة الردّ إلى البلد تكون على الآخذ لأنّه هو الذي أعدم هذه الخصوصية فعليه مؤونة إرجاعها، أمّا الردّ إلى بيت المالك مثلاً لو قلنا بوجوبه عليه بدليل ما فليست مؤونته عليه لأنّ خصوصية كونه عند المالك أو في بيت المالك لم تكن دخيلة في الرغبة والقيمة السوقية كي تكون مضمونة عليه، غاية الأمر فرض قيام دليل على وجوبه عليه لكن بمؤونة المالك الذي رغب في تحقيق هذه الخصوصية، أمّا كون مؤونة ذلك على الآخذ فهو ضرر عليه منفيّ بلا ضرر.

وتخيّل عدم جريان لا ضرر هنا لأنّ الردّ بطبيعته ضرري وبحاجة إلى مؤونة والحكم الضرري بطبعه لا ينفي بلا ضرر إلّا في مورد اتفقت حاجة الردّ إلى مؤونة أكثر من المتعارف فالزيادة تنفي عنه بلا ضرر غير صحيح، لأنّ الردّ ليس بطبيعته ضررياً إذ ما أكثر الردّ الذي لا مؤونة فيه كردّ فصّ من خاتم مثلاً فلا ضرر أنما ينفي إطلاق الحكم لا أصله^(١).

أقول: إنّ هذا الكلام يمكن أن يثار حوله عديد من التساؤلات:

(١) راجع المحاضرات ٢: ١٦٧ - ١٦٨، وراجع أيضاً مصباح الفقاهة ٣: ١٢٤ - ١٢٦، مع

بعض الفوارق في هذا الكتاب.

منها - أنه لو اتفق أنه لم تكن لخصوصية كون العين في بلد الآخذ أثر في الرغبة أو القيمة السوقيتين أو كانت الرغبة والقيمة في البلد الذي نقل الآخذ العين إليه أقوى منها في بلد الآخذ فهل يجب هنا الرد إلى بلد الآخذ لو رغب المالك في ذلك لأن خصوصية البلد عادة لها دخل في مقدار الرغبة والقيمة أو لا يجب ذلك لأن هذه الخصوصية بالفعل لا دخل لها في الرغبة والقيمة ؟

ومنها - أنه لم لا نقول أيضاً بضمان خصوصيات السلطنة التي للمالك رغبة شخصية فيها ولو لم تكن دخيلة في الرغبة والقيمة السوقيتين ؟ ! كما هو الحال في أوصاف العين فلو أن الغاصب غيّر لون العين المغصوبة من البياض إلى الإحمرار مثلاً ولم يكن تبدل اللون مؤثراً في الرغبة والقيمة السوقيتين لكن للمالك رغبة شخصية في الوصف المتغيّر فلا إشكال في أن على الغاصب إعادة اللون مع الإمكان وإن لم يكن عليه ضمان مالي لدى العجز عن إعادة اللون لأننا فرضنا عدم دخله في القيمة السوقية أفلا يكون ما نحن فيه من هذا القبيل ؟ !

ومنها - أنه لم لا نقول : إن خصوصيات السلطنة غير مضمونة في المقام وإن كانت مضمونة في باب الغصب ؟ ! لأن المالك دخيل في إعدامها بإعدام أصل السلطنة حينما سلّم العين إلى الآخذ فهذا نظير تفويت المنافع غير المستوفاة التي قلنا بعدم ضمانها لكون المالك دخيلاً في ذلك وأنما دلّ الدليل على وجوب التخلية بين المالك والمال والمفروض قيام الآخذ بذلك ولا دليل على أكثر من ذلك ، لما عرفت من المناقشة في وجوه وجوب الردّ وهذا بخلاف باب الغصب لأن الغاصب هو الذي أزال سلطنة المالك على المال فيجب عليه إرجاعها بالنحو الذي كان قبل الإزالة ولو برده إلى بيت المالك .

وأما باب الدين فهو يختلف عمّا نحن فيه وعن باب الغصب فالمفروض أن

تُرسى حدود وجوب الردّ أو التخلية فيه على أساس المرتكزات العرفية المختلفة من عرف إلى عرف باختلاف الأزمنة والأمكنة والتي تولّد شرطاً ارتكازياً ضمناً في عقد القرض يجب الوفاء به.

ضمان المنافع :

الرابع : ممّا ذكره الأصحاب من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد هو ضمان المنافع المستوفاة أو مطلقاً وقد بحثنا ذلك مفصلاً لدى تعرّضنا للفروع التي ذكروها كنقض على قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده حيث تعرّضوا هناك أيضاً لهذه المسألة باعتبار أنّ منافع المبيع بالبيع الصحيح لا تضمن بصحيحه فكيف تضمن بفاسده ؟ ! ونحن بما أنّنا فصلنا الكلام هناك فهنا نجمل الكلام إلّا من ناحية ما أورده من بحث الخراج بالضمان وما أورده السيد الخوئي من دعوى القاعدة المتصيدة باسم قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن.

المنافع المستوفاة :

وقد اختار السيد الخوئي في المقام - في فرض استيفاء المنفعة - الضمان، وذكر : أنّ عمدة الدليل عليه السيرة العقلائية وقاعدة (من أتلف مال الغير فهو له ضامن) ولا يقصد بالقاعدة قاعدة عقلائية كي يرجع الأمر مرّة أخرى إلى السيرة ولا يقصد بها نصّاً خاصاً بهذا المضمون حتى يقال : لم نجد نصّاً خاصاً بذلك بل يقصد بها قاعدة متصيدة من النصوص الواردة في الموارد المختلفة والمستظهر منها كون موردها من باب المثال لا لخصوصية فيها^(١).

(١) راجع المحاضرات ٢ : ١٧٧ - ١٨١، وراجع مصباح الفقاهة ٣ : ١٣٠ - ١٣٢، وراجع ذيل الصفحة ١٣١، المثبّت فيها بعض الروايات التي يدعى تصيد هذه القاعدة منها.

وقد نقل عن الوسيلة لابن حمزة القول بعدم الضمان محتجاً بأن الخراج بالضمان كما في النبوي^(١).

ونحن هنا نتكلم تارة في أنه هل يمكن إثبات قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن عن طريق الروايات وبقطع النظر عن السيرة العقلائية أو لا؟ وأخرى في قاعدة الخراج بالضمان :

أمّا قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن فقد ادّعى السيد الخوئي كما مضى إمكانية استفادتها بالتصيد من الروايات المختلفة الواردة في أبواب متشعبة من قبيل روايات الرهن والعارية والمضاربة والإجارة والوديعة وغير ذلك^(٢).

أقول : إنَّ الروايات التي يمكن أن تستفاد منها هذه القاعدة في موارد مختلفة كثيرة^(٣) ولو كانت كلّها مخصوصة بالعين لا بالمنافع فلعلّه كان بالإمكان أن يقال باحتمال الفرق ولكن فيها ما ورد في منافع الجارية المسروقة المشتركة^(٤) والكلام في أنه هل يمكن ان تستفاد منها قاعدة عامّة لكل موارد الإتلاف أو لا؟ وهناك طريقان لاستفادة القاعدة العامّة من الروايات :

(١) راجع المكاسب للشيخ الأنصاري ١ : ١٠٤ ، حسب طبعة الشهيد .

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٣ : ١٣١ .

(٣) راجع الوسائل ١٣ : ١٢٥ ، الباب ٥ من كتاب الرهن ، و ١٢٨ ، الباب ٧ منه أيضاً ، و ٢٤٠ ،

الباب ٤ من العارية ، و ١٨٠ ، الباب ١ من المضاربة ، و ٢٢٩ ، الباب ٥ من الوديعة ، و ٢٥٤ ،

الباب ١٦ و ٢٧١ ، الباب ٢٩ و ٢٧٦ ، الباب ٣٠ و ٢٨١ ، الباب ٣٢ من الإجارة وإن كان

بعضها مربوطاً بباب التلف يمكن ان يتعدّى منه إلى الإتلاف بالأولوية وراجع الجزء ١٨ ،

الباب ١١ من أبواب الشهادات وإن كان ذاك مختصاً بشهادة الزور التي ليست إتلافاً مباشرة

أمكن التعدّي إلى الإتلاف المباشر بالأولوية .

(٤) راجع الوسائل ١٤ : ٥٩١ - ٥٩٢ ، الباب ٨٨ من نكاح العبيد والإماء .

الأوّل - استفادتها من نصّ من النصوص .

والثاني - تصيّدتها من مجموعة النصوص .

أمّا الطريق الأوّل - فلعلّ النص الذي قد تستظهر منه هذه القاعدة على الإطلاق منحصر بنص واحد وهو ما عن اسحاق بن عمّار بسند تام قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهّن الرهن بمائة درهم وهو يسوى ثلاثمائة درهم فيهلك أعلى الرجل أن يردّ على صاحبه مأتي درهم ؟ قال : نعم لانه أخذ رهناً فيه فضل وضيعه ^(١) فقد يقال : إنّ مقتضى عموم التعليل ثبوت الضمان في كل مورد ضيّع شخص مال شخص آخر .

وأما الطريق الثاني - فهو موقوف على أحد أمرين :

الأوّل - دعوى أنّ الروايات المتفرقة في الأبواب المتفرقة تبعث في النفس بالوثوق والإطمئنان بالقاعدة العامّة .

والثاني - دعوى أنّ الروايات المتفرقة يجب ان نتعامل معها معاملة العبائر المتصل بعضها ببعض مع دعوى ان هذه الروايات لو ضمّ بعضها إلى بعض لاستظهرت منها إرادة إفهام القاعدة العامّة وأن مواردها ليست عدا مجرّد أمثلة لا خصوصية لها .

إلا أنّ قاعدة التعامل مع المنفصلات في الشريعة معاملة المتصلات لو قبلت فإنّما تقبل في النصوص المتعارضة كالعام والخاص أو المطلق والمقيد حيث يقال : إنّ هذا التعارض نشأ من الانفصال أمّا مع فرض الاتصال فتتم القرينية وذو القرينية بين مثل العام والخاص أو المطلق والمقيد وبما أنّ دأب الشريعة جرى

(١) الوسائل ١٣ : ١٢٩ ، الباب ٧ من أبواب الرهن ، الحديث ٢ .

على فصل المتصلات فيجب ان نتعامل مع نصوصه المنفصلة المتعارضة التي لو اتصل بعضها ببعض لزال التعارض على أثر القرينية معاملة المتصلات وهذا لا يعني ان نتعامل مع كل النصوص معاملة المتصلات فأننا فرضنا ان دأب الشريعة فصل المتصلات ولم نفرض ان دأبه كون كل منفصلاته التي لو وصلت لوجد لها ظهور جديد متصلات في الواقع.

وعلى أية حال ففي خصوص ما نحن فيه لا تفيدنا هذه القاعدة ولا دعوى ان تلك النصوص المتفرقة تبعث في النفس بالقطع أو الوثوق بالقاعدة العامة وبيان ذلك يكون بأحد وجهين :

الأول - ان يقال : إنّه وإن كان هناك قاسم مشترك بين جميع موارد هذه الروايات المتفرقة وما نحن فيه وهو الإلتلاف ولكن هناك قاسم أخص يشمل جميع موارد هذه الروايات ولا يشمل ما نحن فيه من استيفاء منافع العين المشتراة ببيع فاسد وهو ان الإلتلاف في تمام موارد الروايات لم يكن بنوع من التفاهم مع المالك وفي ما نحن فيه كان بنوع من التفاهم مع المالك حيث توافقا على البيع الذي كان باطلاً ونحن نحتمل وجداناً كون هذا الفرق فارقاً في الحكم فلا يمكن التعدي.

والثاني - ما يُبطل حتى الاستفادة في المقام من الطريق الأول وهو استظهار القاعدة من النص الواحد، بيانه : أننا سلّمنا استفادة قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن من نصّ واحد أو من النصوص المتفرقة ولكننا نقول في مورد استيفاء منفعة العين المشتراة ببيع باطل : انّ هنا سببين محتملين للضمان : أحدهما الإلتلاف والثاني الاستيفاء فإنّ الاستيفاء بغض النظر عمّا فيه من حيثية الإلتلاف سبب مستقل للضمان ولذا نرى انّ ضمان الغاصب للمنافع المستوفاة أوضح

عقلاً من ضمانه للمنافع التي فوتها بلا استيفاء، مع أنه من ناحية الإلتلاف لا فرق بين الاستيفاء والتفويت بلا استيفاء، فإذا اتضح أن في المقام سببين محتملين للضمان قلنا: إنَّ سبب الأوّل وهو الإلتلاف هو المقصود بقاعدة من أتلّف مال الغير فهو له ضامن وهو المستفاد من النص أو النصوص المشار إليها وهذا السبب في ما نحن فيه ساقط، لما مضى منّا من أن المالك سقيم في الإلتلاف لأنّ إلتلاف المنفعة يعني تفويتها على المالك والحيلولة بينها وبين المالك ولا يصدق هذا العنوان لدى توافقهما على المعاملة وعلى التسليم والتسلّم فلا يبقى في المقام إلّا السبب الثاني وهو الاستيفاء بما هو استيفاء لا بما هو إلتلاف وهذا السبب أجنبي عن قاعدة الإلتلاف ولا تدلّ عليه تلك الروايات فإنّ تلك الروايات أنما كانت تنظر إلى الإلتلاف فلا يبقى وجه في المقام للضمان عدا السيرة العقلائية دون قاعدة الإلتلاف.

وأما قاعدة الخراج بالضمان فهي مروية في حديث نبويّ.

وهذا الحديث عاميّ مرويّ عن عائشة عن رسول الله ﷺ تارة من دون ذكر قصّة ما وأخرى ضمن ذكر قصّة وهي أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً فردّه فقال يا رسول الله ﷺ أنّه قد استغلّ غلامي فقال رسول الله ﷺ الخراج بالضمان^(١).

وذكر السيد الخوئي^(٢): أن هذه الرواية بقطع النظر عن سقوطها سنداً فيها احتمالات ليس لابن حمزة التمسك بها إلّا على أحد تلك الاحتمالات وليس هو الاحتمال الأرجح بل هو احتمال مرجوح :

(١) راجع المحاضرات ٢ : ١٦٩ - ١٧٢، تعليق السيد المقرّم ﷺ في الهامش.

(٢) راجع المحاضرات ٢ : ١٨١ - ١٨٢، ومصباح الفقاهة ٣ : ١٣٣ - ١٣٥.

الاحتمال الأول - أن يكون المقصود بالخراج ما يقابل المقاسمة ويكون المقصود بكونه بالضمان ان الخراج على من ضمن الأرض وتقبلها ولو جعلها لأجل الاستفادة تحت يد شخص آخر وادّعى السيد الخوئي: انّ هذا الاحتمال هو أظهر الاحتمالات.

إلاّ أننا لا نعرف نقطة لأظهريته إن لم يكن بعيداً بل لا يمكن تطبيقه على الحديث في القسم الوارد في ضمن قصّة العبد المشتري.

الاحتمال الثاني - أن يكون المقصود بالخراج مطلق المنافع ويكون المقصود بالضمان مطلق الضمان وهذا ينتج ما لا يلتزم به أبو حمزة وهو قول أبي حنيفة من أنّ الغاصب أيضاً لا يضمن المنافع لأنّه ضامن للعين وهذا هو القضاء الذي بشأنه ورد في صحيحة أبي ولاد عن الإمام الصادق عليه السلام: في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركايتها^(١).

الاحتمال الثالث - أن يكون المقصود بالخراج المنافع وبالضمان تقبّل الشخص للقيمة المسماة الممضى شرعاً وهذا ينتج ما لا شكّ فيه من أن من ملك شيئاً بقيمة ليست عليه قيمة أخرى في مقابل منفعه بل كانت منفعه له بما عليه من قيمة العين وهذا اجنبى عن كلام أبي حمزة.

الاحتمال الرابع - أن يكون المقصود بالخراج المنافع ويكون المقصود بالضمان تقبّل الشخص للقيمة المسماة سواء أمضى شرعاً كما في البيع الصحيح أو لم يمض كما في البيع الفاسد وهذا هو التفسير الذي يفيد ابن حمزة في المقام إلاّ أنّه لا شاهد على هذا التفسير بل أورد السيد الخوئي النقض على ذلك، بأنّ لازم

(١) الوسائل ١٣ : ٢٥٦، الباب ١٧ من أبواب الاجارة، الحديث ١.

ذلك ان المالك لو استوفى المنافع ضمنها للمشتري الذي لم يملكه لفساد البيع وانّ
شخصاً ثالثاً لو استوفاه ضمنها للمشتري لا للمالك.

وقد تستفاد قاعدة الخراج بالضمان من بعض الروايات المروية في طرقنا
من قبيل :

١ - رواية اسحاق بن عمار قال حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله
رجل وأنا عنده فقال : رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال : ابيعك
داري هذه وتكون لك أحب إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي ان انا
جئتكم بثمانها إلى سنة أن تردّ عليّ فقال لا بأس بهذا ان جاء بثمانها إلى سنة ردّها
عليه قلت فأنها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة لمن تكون الغلّة ؟ فقال : الغلّة
للمشتري ألا ترى أنّه لو احترقت لكانت من ماله ؟^(١).

وسند الحديث ضعيف بعدم معرفة من حدّث اسحاق بن عمار به .

٢ - رواية معاوية بن ميسرة قال سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام
عن رجل باع داراً له من رجل وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار
حاصر فشرط أنّك ان اتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فاتاه بماله
قال : له شرطه قال ابو الجارود فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث
سنين قال هو ماله وقال ابو عبد الله عليه السلام أرايت لو انّ الدار احترقت من مال من
كانت تكون الدار دار المشتري^(٢).

وسند الحديث غير تام لأنّ معاوية بن ميسرة لم يرد بشأنه توثيق نعم روى

(١) الوسائل ١٢ : ٣٥٥ ، الباب ٨ من أبواب الخيار ، الحديث ١ .

(٢) الوسائل ١٢ : ٣٥٥ - ٣٥٦ ، الباب ٨ من أبواب الخيار ، الحديث ٣ .

عنه ابن أبي عمير في طريق النجاشي إليه إلا أن سند النجاشي الذي ينتهي بابن أبي عمير عن معاوية بن ميسرة فيه أحمد بن جعفر وهو أحمد بن جعفر بن سفيان البزوفري ولا دليل على توثيقه إلا بناء على اتحاده مع أحمد بن محمد بن جعفر الصولي كما استقر به البعض، ولكن لا دليل على ذلك بل استبعده السيد الخوئي باعتبار أن بزوفر قرب واسط غربي بغداد والصولي بصري^(١).

٣ - رواية اسحاق بن عمار بسند تام قال قلت لأبي ابراهيم عليه السلام يرهن الغلام والدار فتصيبه الآفة على من يكون؟ قال على مولاه ثم قال أرأيت لو قتل قتيلاً على من يكون؟ قلت هو في عنق العبد قال: ألا ترى؟! فلم يذهب مال هذا ثم قال: أرأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مأتي دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه قال: كذلك يكون عليه ما يكون له^(٢).

وهذه الرواية مفادها قاعدة من له الغنم فعليه الغرم لكنها تثبت العكس لا محالة إذ لو لم يكن الخراج لمن عليه الضمان لكان لغيره ويلزم من ذلك أن ذاك الغير له الغنم وليس عليه الغرم.

وأجاب السيد الخوئي عن كل هذه الروايات من حيث الدلالة على ما في المصباح بجواب واحد وهو أنها ليست مسوقة لبيان الكبرى الكلية بل الغرض منها هو التنبيه على أن الدار ملك للمشتري والرهن ملك للراهن مملوك لهما فمأؤهما^(٣).

(١) راجع معجم رجال الحديث ٢: ٦١.

(٢) الوسائل ١٣: ١٢٦، الباب ٥ من أبواب الرهن، الحديث ٦.

(٣) راجع مصباح الفقاهة ٣: ١٣٦.

وهذا الكلام على تشويشه لا ينطبق على الرواية الثانية لأن الدار في الرواية الثانية ملك للمشتري ومع ذلك جعلت المنافع للبائع. على أنه يأتي في بادئ النظر السؤال عن أن مفاد هذه الأحاديث هو تعليل ثبوت المنافع له بكونه ضامناً للعين أي أن ضمان العين هو الذي يثبت بالمباشرة كون المنافع له، أما افتراض وسيط بينهما كما فرضه السيد الخوئي وهو أن ضمانه للعين يثبت مالكته لها ومالكته لها تثبت أن المنافع له فهو بحاجة إلى توضيح وإثبات.

ولنجعل محور الحديث أولاً هي الرواية الأولى وهي مرسله اسحاق بن عمار فنقول: إن الوجوه التي يمكن أن تذكر لاستبعاد الرواية عما نحن فيه من مسألة منافع العين المشتراة بالعقد الفاسد بالنسبة للمشتري أمور:

١- أن الرواية واردة في البيع الصحيح الذي انتهى إلى الفسخ فهي أجنبية عن مورد البحث من البيع الفاسد.

ويمكن الجواب على ذلك بأن المورد لا يخص الوارد.

٢- أن المورد وإن كان لا يخص الوارد لكن الوارد في ذاته لا إطلاق له لأن الحديث ليس بصدد بيان كبرى كلية وإنما هو وارد مورد بيان أن منافع العين المشتراة في زمان الخيار للمشتري وأن الفسخ فسخ من حينه لا من أصله ولعل هذا هو مقصود السيد الخوئي من الجواب الذي مضى نقله.

ويمكن الجواب على ذلك بأن المقصود ابتداءً بلحاظ المورد وإن كان هو كون منافع العين المشتراة للمشتري لكن تعليل ذلك بأنها لو احترقت لكانت من مال المشتري يفيد لا محالة العموم ورمى ذلك بعدم كونه في مقام البيان يكون من قبيل رمي جميع موارد التعليل بذلك.

٣- ارتكازية عدم صحة نفي الضمان عن الغاصب بالنسبة للمنافع تكون

قرينة على أن المقصود من الرواية ليس هو أن ضمان العين يوجب كون الخراج له وإلا لصدق ذلك بشأن الغاصب أيضاً لأنه أيضاً ضامن للعين بل المقصود ما فرضه السيد الخوئي من توسط كون الدار له فكون تلف العين منه دليل ملكه لها، وملكه لها دليل مالكيته للمنافع وبما أن الوسيط وهو الملكية لم يكن ثابتاً في باب الغصب وكان سبب الضمان فيه شيئاً آخر غير الملكية فلهذا لم يكن الخراج له.

ويمكن الجواب على ذلك بأن جعل خروج الغاصب بالارتكاز تقييداً لإطلاق الرواية وتخصيصاً له بفرض الإقدام على ضمان ولو بالعقد الفاسد أولى من جعله قرينة على تغيير أصل العنوان بأن يبذل تعليل كون المنافع له بكون التلف عليه بتعليل آخر وهو تعليله بمالكيته للعين.

٤- إن لسان الحديث لسان احتجاج الإمام عليه السلام مع الراوي حيث قال: ألا ترى أنه لو احترقت لكنت من ماله؟ وهذا يعني أن الإمام عليه يعلل الحكم بشيء مركوز في الذهن ونحن نحتمل أن يكون ذلك إشارة إلى ارتكاز عقلائي لا متشرعي ولا ارتكاز عقلائي للملازمة بين الخراج والضمان إلا بأن يكونا معلولين لشيء واحد وهو الملكية وهذا يشهد لما فرضه السيد الخوئي من أن المقصود بذكر كون التلف من ماله الإشارة إلى كونه ملكاً له.

٥- إن التعبير بقوله: لكنت من ماله ظاهر في عدم شمول الحديث لمثل المشتري بالعقد الفاسد ولا المأخوذ بالغصب فإن تلف المشتري بالعقد الفاسد أو المأخوذ بالغصب ليس من مال المشتري أو الغاصب بل من مال مالكه ويكون تداركه على المشتري أو الغاصب، وفرق بين أن يكون التلف ابتداءً خروجاً من جيب شخص ومن ماله وبين كون ضمانه ودركه عليه.

وهذا الكلام إن فسرناه بمعنى أن يكون المال قبل التلف ملكاً له فهذا المعنى

لا ينطبق على الرواية الثانية لأنّ الدار في الرواية الثانية فرض أنّها ملك للمشتري ولكنها تتلف من البائع باعتبار أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه فهذا فارق جوهرى بين الروایتين في معنى كون المنافع في مقابل الضمان وهو أنّ هذا الوجه الخامس يمكن استظهاره من الرواية الأولى دون الثانية وكذلك الوجه الثانى وهو دعوى ارتكازية الملازمة بين الضمان والخراج بسبب العلة المشتركة وهي الملك لا يأتي في الرواية الثانية.

إلاّ أنّه بالإمكان ان يفسّر كون التلف من ماله بتفسير أوسع من كون التالف قبل التلف ملكاً له وهو أنّ التلف تلف من جيبه سواء كان بسبب أنّ المال داخل في ملكه من قبل التلف أو بسبب ان نفس التلف يوجب الانفساخ باعتبار ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، فإذا أخذنا بهذا التفسير أمكن حمل كلتا الروایتين عليه ويثبت ان الخراج بالضمان بمعنى ان من كان تلف المال من ملكه سواء كان المال قبل التلف ملكاً له أو لا فالخراج له أي أنّ المقياس هو ان يعدّ التلف تلفاً منه مباشرة لا بمعنى خصوص ثبوت الملكية له قبل التلف ولا بمعنى كون التدارك عليه الثابت في الغاصب وفي المقبوض بالبيع الفاسد، فإنّ التلف في فرض الغصب والقبض بالبيع الفاسد يكون مباشرة تلفاً من المالك وإن كان تداركه ثابتاً على الغاصب أو القابض.

وهذا المعنى يحتمل أيضاً أن يكون هو المقصود بالرواية الثالثة كما يحتمل أيضاً أن يكون هو المقصود من النبوي المعروف (الخراج بالضمان) وهذا احتمال آخر غير الاحتمالات التي مضت في النبوي عن السيد الخوئي.

وإذا فسّرنا قاعدة الخراج بالضمان بهذا التفسير لم يفد ما ذهب إليه ابن حمزة ولا ما ذهب إليه أبو حنيفة.

وإذا فسّرت القاعدة بهذا التفسير فلا يبعد أن يكون هذا أيضاً مطابقاً للارتكاز العقلائي بأن لا يكون الارتكاز العقلائي في الملازمة بين الضمان والخراج أو الغنم والغرم مخصوصاً بخصوص ثبوت الملكية المسبقة على التلف بل يكون ثابتاً على الإطلاق، فمتى ما كان التلف من جيب شخص مباشرة لا بمعنى وجوب التدارك كان الخراج له ولو لم يكن التالف ملكاً له قبل التلف.

نعم ان ارتكازية هذه القاعدة بهذا المعنى تختص بما إذا وقع التلف بالفعل أو وقع الانفساخ بالفعل بفسخ خيارى، أما لو فرض انّ المبيع كان له قبل القبض نماء ثم حصل القبض فافتراض كون ذلك النماء للبائع لأنّه لو كان تلف لكان يتلف منه خلاف الارتكاز ولعلّه خلاف ما عليه الفقهاء جميعاً.

ومن هنا يتضح انّ الرواية الثانية لا يمكن تصحيح مفادها بنحو يطابق الفتاوى حتى بهذا التفسير الأخير لأنّها حكمت بانّ منافع الدار قبل القبض للبائع وان حصل التقابض بعد ذلك وهذا الحكم وإن لم يكن في مورد الرواية غريباً، لأنّ المفهوم عرفاً من مثل مورد الرواية الذي فرض فيه أنّه باع البيت وقال للمشتري ان جئت بالمال بينك وبين ثلاث سنين فالبيت بيتك هو وجود شرط ضمنى ارتكازي وهو انّ البائع سينتفع بالبيت خلال الفترة ما قبل ان يأتي المشتري بالمال ومن الطبيعي عندئذ انّ منفعة البيت خلال هذه المدّة له ولكن تعليل ذلك بانّ الدار لو احترقت لكانت من ماله يعطي الملازمة بين ثبوت المنفعة للشخص وكون التلف منه حتى في ما إذا لم يحصل التلف بالفعل ولا الفسخ فحتى لو لم يكن بينهما شرط ضمنى من هذا القبيل تكون منافع المبيع قبل قبضه للبائع من دون فرض تلف أو فسخ، ولا أظنّ أحداً يفتي بذلك إلّا على فرض كون التقابض دخيلاً في حصول النقل والانتقال. وقد نقل عن مبسوط الشيخ الطوسي رحمته الله أنّه قال: وإن

حصل للمبيع نماء قبل القبض كان ذلك للبائع إذا أراد الردّ بالعيب لأنّ ضمانه على البائع^(١) فتراه رحمه الله قد قيّد الحكم بما إذا حصل الردّ.

وعلى أيّة حال فقد عرفت أنّ الرواية الثانية ضعيفة سنداً.

وعلى كل حال فاستدلال ابن حمزة بقاعدة الخراج بالضمان ليس في محله. هذا تمام الكلام في فرض استيفاء المنفعة.

المنافع غير المستوفاة :

وأما في فرض عدم استيفاء المنفعة فالظاهر كما أسلفنا في ذيل البحث عن قاعدة ما لا يضمن هو عدم الضمان.

وتوضيح ذلك : أن أسباب الضمان العقلانية ثلاثة : اليد والإتلاف والاستيفاء ونقصد باليد اليد المقترنة بالتلف وليس الاستيفاء موجباً للضمان لكونه شعبة من شعب الإتلاف فقط بل هو موجب عقلياً للضمان بقطع النظر عن مسألة الإتلاف فالمحبوس بحق مثلاً الذي كان حبسه كافياً في تلف عمله عليه لو استعمل في الحبس كان ذلك موجباً لضمان عمله، وفي ما نحن فيه قد قلنا بالضمان في فرض استيفاء المنفعة حتى على ما سنبين الآن من عدم الضمان لولا الاستيفاء فإذا عرفت أن أسباب الضمان العقلانية ثلاثة قلنا : إنّ السبب الثالث وهو الاستيفاء غير موجود في المقام كما هو المفروض، وأما السبب الثاني وهو الإتلاف فقد ذكر السيد الخوئي : أنّه غير صادق في المقام نعم يصدق الإتلاف في باب الغصب إن كان المالك يستوفي المنفعة التي فاتت بالغصب لولا الغصب وإلا فلا، ومن هنا فصلّ السيد الخوئي في باب الغصب بين ما لو كان المالك يستوفي المنفعة لولا الغصب

(١) لا يحضرني المبسوط ولكني نقلته عن تعليق الشيخ الاصفهاني على المكاسب ١ : ٨٧.

وما لم يكن كذلك بضمان الغاصب للمنفعة في الأوّل دون الثاني، وأمّا في المقام فاختر عدم الضمان إطلاقاً أي سواء كان المالك يستوفي المنفعة لولا العقد الفاسد أو لا لعدم صدق الإلتلاف مطلقاً^(١).

أقول: الوجه في دعوى عدم صدق الإلتلاف في باب الغصب فيما لو لم يكن المالك يستوفي المنفعة لولا الغصب وفي المقام يمكن أن يكون بأحد بيانين: الأوّل - دعوى أنّ فوات المنفعة ليس مستنداً إلى الغاصب أو القابض للمال ما دام أنّ المالك لم يكن يستوفي المنفعة لولا الغصب أو ما دام أنّ المالك هو دخل في المعاملة الفاسدة باختياره مثلاً. فلا يصدق أنّ الغاصب أو القابض هو الذي أتلف المنفعة، وهذا المقدار من البيان لا ينفي صدق عنوان التلف وأنما يثبت أنّ التلف ليس مستنداً إلى هذا الغاصب أو القابض فليس هذا إلتافاً من قبله.

والثاني - دعوى أنّ الإلتلاف الموجب للضمان في باب المنافع يختلف عنه في باب الأعيان فالإلتلاف الموجب للضمان في باب المنافع يعتبر أمراً إضافياً ونسبياً بمعنى إلتلاف المنفعة على المالك وهذا بخلاف باب الأعيان فإن الإلتلاف فيها ينسب إلى العين فقط دون المالك أي أنّ الإلتلاف إلتلاف للعين وليس إلتافاً للعين على المالك فإذا أخذنا مفهوم الإضافة والنسبة إلى المالك في الإلتلاف الموجب للضمان في باب المنافع بان قلنا: إنّ إلتلاف المنفعة على المالك يوجب الضمان قلنا: إنّ في باب الغصب لو لم يكن المالك يستوفي المنفعة لولا الغصب لم يصدق هذا الأمر الإضافي أي إلتافها على المالك، وكذلك في المقام ما دام المالك هو الذي دخل باختياره المعاملة الفاسدة وسلّم العين إلى القابض برضاه

بالمعاملة لا تصدق هذه الإضافة وهي إتلاف القابض للمنفعة على المالك. ولعل هذا البيان أقوى من البيان الأول أو تعميق للبيان الأول وهذا ان تم يأتي حتى في التلف أي أنه يثبت بذلك عدم صدق التلف في المقام، إذ لا فرق في نكتة الإضافة والنسبية لو تمت بين الإتلاف والتلف.

وأما السبب الأول وهو اليد فهي إنما توجب الضمان لو اقترنت بالتلف وقد أشرنا إلى أن البيان الثاني يرجع جوهره إلى دعوى عدم صدق التلف في المقام.

وأما لو لم نقبل البيان الثاني أيضاً وبالتالي قلنا في باب الغصب بضمان المنافع الفاتئة حتى التي لم يكن المالك يستوفيها لولا الغصب لصدق التلف أو الإتلاف فأيضاً نقول في ما نحن فيه بعدم الضمان، لما مضى منّا في ما سبق من أنه مع فرض صدق الإتلاف يكون المالك سهيماً في هذا الإتلاف لأنه هو الذي دخل المعاملة الفاسدة باختياره وسلم المال إلى القابض برضاه بالمعاملة، ومساهمة المالك في الإتلاف تارة تكون بمعنى التبعض في إتلاف أي ان المالك أتلف جزءاً والشخص الآخر أتلف جزءاً آخر وهذا يؤدي إلى التبعض في الضمان، وأخرى تكون بمعنى مساهمته في كل الإتلاف أي ان الإتلاف يستند إليه وإلى الغير كما في ما نحن فيه وهذا يوجب عقلياً سقوط الضمان.

المثل في المثلي والقيمة في القيمي :

الخامس : من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد وجوب المثل إذا تلف في المثلي والقيمة في القيمي .

وهذا البحث أعني وجوب المثل في المثلي والقيمة في القيمي يتجلى على

طبيعته الأولى في باب الغصب وفي باب إتلاف الأمين أو الإتلاف من دون يد، أما باب المقبوض بالعقد الفاسد فقد يؤثّر عليه عامل هدر كرامة المال فيفترض في المثلي الذي يبيع بثمن مسمّى أرخص من ثمن المثل أنّ البائع هو الذي هدر كرامة ماله بمقدار الفارق بين ثمن المسمّى وثمن المثل كما مضى ذلك فبالإمكان أن يقال: ليس على المشتري تهية المثل وإرجاعه إلى البائع لأنّ هذا يكلفه قيمة أكثر من ثمن المسمى وقد هدر المالك احترام ماله بقدر الزيادة على ثمن المسمّى، كما أنّه في باب القرض أيضاً قد تؤثّر الشروط الضمنية الارتكازية التي هي كالمتمصل في الحساب في حين أنّه في باب الغصب لا يوجد هناك عقد حتى يوجد في ضمنه شرط ارتكازي.

ومن هنا نحن نجعل محور البحث في المثلي والقيمي هو المغصوب أو ما أتلّفه الأمين أو ما أتلّفه غير ذي اليد ثم بإمكانك بعد ذلك ان تأخذ خصوصية باب المقبوض بالعقد الفاسد أو باب القرض بعين الاعتبار في موردیهما.

وعلى أية حال فالكلام يقع أولاً في أنّ أصل تقسيم الأمتعة إلى المثلي والقيمي لكي يفرّق بينهما في حكم الضمان بضمان الأوّل بالمثل والثاني بالقيمة هل هو صحيح أو لا؟

مقتضى الارتكاز العقلائي :

ولنبحث أوّل ما نبحت حال أوّل دليل من أدلّة الضمان وهو الارتكاز العقلائي القائم على قاعدة الإتلاف أو قاعدة اليد لدى التلف لكي نرى انّ هذا الارتكاز هل يفرّق في الحكم بين شيء يسمّى مثلياً وآخر يسمّى قيمياً أو لا؟

قد يبدو للذهن انّ هذا التفريق أمر طبيعي لأنّه في القيمي لا يوجد للتالف أو المتلف مثل كي يؤدّيه الغاصب أو المتلف فمن الطبيعي الانتقال إلى أداء القيمة.

وقبل مناقشة ذلك نشير إلى أن ما يمكن أن يجعل أثراً عملياً في التفريق بين المثليات والقيميات أمران :

الأول - ان يقال : إنَّ القيمي لو وجد له صدقة مثل ولم يتوقّف تحصيله على بذل مال مُجحف لم يجب رغم ذلك على الغاصب تحصيله ودفعه إلى المالك لأنّه قيميّ ويكون مضموناً بالقيمة، وهذا بخلاف المثلي فأنّه يجب على الغاصب أو المتلف تحصيل المثل ودفعه إلى المالك لو أراد المالك ذلك. ويمكن أن يقال أيضاً بعكس ذلك أي انّ الغاصب أو المتلف لو حصل على المثل وأراد دفعه إلى المالك لم يجز للمالك في المثلي الامتناع عن قبوله والمطالبة بالقيمة وجاز له ذلك في القيمي الذي وجد فيه المثل صدقة.

والثاني - ان يقال : إنَّ القيمي إذا تلف أو أتلّف كان على الغاصب أو المتلف أداء قيمة يوم التلف مثلاً دون يوم الأداء لأنّه حينما تلفت العين استقرت القيمة في الذمّة وهي لا تصعد ولا تنزل، وهذا بخلاف ما لو أنكرنا انقسام التالف في الحكم إلى المثلي أو القيمي وقلنا : إنَّ الذي يستقر في الذمّة دائماً هو المثل حتى لو عجز عن أدائه فنتيجة ذلك أنّه لدى الأداء تكون عليه قيمة يوم الأداء.

إذا عرفت ذلك فالوجه الذي ذكرناه آنفاً للتفكيك بين المثلي والقيمي في الحكم من أنّه إذا وجد المثل فمن الطبيعي ان يطالب المالك بالمثل أو يؤدّي الضامن المثل الذي هو أقرب الأشياء إلى التالف، أمّا إذا لم يوجد المثل فمن الطبيعي التنزّل إلى القيمة لعدم إمكانية أداء المثل.

أقول : إنَّ هذا الوجه لو تمّ لا يثبت الثمرة الأولى فيجب ان يقال في القيمي إذا حصل له صدقة المثل : أنّه يجب أداء المثل أو انّ القيمي الذي حصل له صدقة المثل تحوّل إلى المثلي في فرض عدم وجود إجحاف في شرائه على أقل تقدير

وحتى في فرض الإجحاف لو تحمّل الضامن هذا الإجحاف لم يجز للمالك الامتناع عن قبوله والمطالبة بالقيمة، فلو تمّ هذا الوجه فأنما يثبت الثمرة الثانية. إلا أنّ هذا الوجه على بساطته ومن دون تعميق لا يتمّ وذلك لوضوح أنّ الحكم التكليفي يختلف عن الحكم الوضعي فعدم وجدان المثل وإن كان يؤثر في الحكم التكليفي فلا يمكن مطالبة الضامن بأداء المثل لعجزه عن ذلك لكن هذا المقدار من البيان لا يثبت استقرار القيمة في ذمّته كي يقال مثلاً: إنّ العبرة بقيمة يوم التلف ولكن يمكن تعميق ذلك بأحد الوجه:

الوجه الأوّل - ان يقال: إنّ الحكم الوضعي غير المؤدّي إلى الحكم التكليفي أو غير المنتزع منه لا قيمة له فلا معنى لضمان المثل مع فرض عدم إمكان أداء المثل لعدم وجوده.

والجواب: أنّ ثمرة الحكم الوضعي بضمان المثل رغم عدم وجوده تكون عقلاً عبارة عمّا عرفت من أنّه لدى الأداء يكون عليه أداء قيمة يوم الأداء دون يوم التلف. وهذا كاف في عدم لغوية الحكم الوضعي.

الوجه الثاني - ان يقال: إنّ المال بشخصه ونوعه وماليته دخل في العهدة وكل ما يتلف من ذلك يسقط عن العهدة فحينما تلفت العين سقطت الشخصية عن العهدة لتعذّرها وبقيت النوعية والمالية وهما متجسّدتان في المثل وإذا انعدم المثل سقطت النوعية أيضاً عن العهدة لتعذّرها وبقيت المالية وهي متجسّدة في القيمة. وهذا كما ترى إمّا يكون اجنبياً عن باب الضمان بمعناه الوضعي أو يكون خلطاً بين الذمّة والعهدة أو قل بين وعاء وجوب الأداء وبين وعاء الأموال الرمزية.

وقد أورد السيد الإمام عليه السلام على هذا الوجه بأنّه حينما تلفت العين تلف

النوع والمالية المتجسّدان فيها وأنما كانت النوعية والمالية داخلتين في العهدة ضمن دخول العين بكل خصوصياتها في العهدة فقد سقط الكل بتلف العين ولم تكن النوعية أو المالية على كليّتها واستقلالها عن العين داخلة في العهدة^(١).

الوجه الثالث - أنه بتلف العين دخل في الذمّة النوع والمالية وبانعدام المثل تلف النوع فبقيت المالية في الذمّة وهذا هو معنى ضمان القيمة.

ويرد عليه : أنّ المثل الذي هو في الذمّة لا يتلف بعدم وجوده خارجاً وتعذر أدائه بل يبقى في الذمّة إلى حين الأداء فيؤدّي قيمة يوم الأداء، كما أنّ المالية التي ثبتت في الذمّة لا تتلف ولا تسقط بتعذر أدائها حينما يصبح الضامن مُعدّماً عاجزاً عن الأداء إلى آخر عمره.

اذن فلا وجه عقلائي للتفصيل بين الأمتعة بافتراض بعضها مثلياً يضمن بالمثل وبعضها قيمياً يضمن بالقيمة.

إلا أن يدعى ابتداءً وبترك كل هذه التفلسفات : أنّ الارتكاز العرفي يحكم بضمان المثل فيما له المثل وبضمان القيمة في ما ليس له المثل.

إلا أنّ هذه الدعوى عهدتها على مدّعيتها ولعلّ شيئاً من تحليل الأمر يؤدّي إلى الانتباه إلى عدم صحّة هذه الدعوى وذلك بالشرح التالي :

إنّ لكل من المثل والقيمة امتيازاً فالمثل امتيازاً أنّه يشتمل على الأوصاف التي كانت في العين وقد تكون تلك الأوصاف مطلوبة للمالك ولا يرغب في تحمّل عناء الشراء مثلاً فيطالب الضامن بدفع المثل دون القيمة، والقيمة امتيازها عبارة عن مرونتها فقد يرغب المالك في أخذ القيمة كي يكون حرّاً في تهية ما

يرغب فيه من متاع، وقد يرغب في متاع آخر غير الذي تلف لدى الضامن ولو سلّم إليه المثل لا اضطرّ إلى تحمّل عناء بيعه مثلاً وقد لا يوفّق لبيعه بقيمته الحقيقية فيرغب ان يأخذ من الضامن القيمة لا المثل.

فإذا وجد المثل ولو صدقة فيما يفترض كونه قيمياً وأراد الضامن ان يسلمّ المثل إلى المالك فالمالك لا يحق له عقلياً مطالبة الضامن بامتياز القيمة لأنّه لم يتلفه عليه ولو أراد المالك المثل فالضامن لا يحق له عقلياً إرغام المالك على التنازل عن امتياز المثل لأنّه أتلفه عليه.

وإذا لم يوجد المثل فعدم وجدانه لا يكون مبرراً عقلياً لسقوط حقّ المالك بلحاظ تلك الأوصاف ما دامت لضمانيها ثمرة كما مضى.

وأما إشكال السيد الخوئي رحمته الله بأنّ الضمان لو كان بالمثل لزم ان يجوز للمضمون له الامتناع من أخذ القيمة رغم تعذّر المثل ^(١) فمردود بأنّه إن كان في ارتكاز العقلاء عدم جواز ذلك كما هو كذلك في فرض اليأس عن حصول المثل فهذا ليس دليلاً على أنّهم يرون استقرار القيمة في يوم التلف مثلاً في الذمّة، إذ لعلّ كون بقاء الضامن تحت الضمان ضيقاً وحرماً نفسياً وقد يكون خارجياً أيضاً على الضامن كان حكمة في حكمهم بعدم جواز امتناع المالك من أخذ القيمة رغم أنّ الشيء الثابت في الذمّة هو المثل فيكون عليه قبول تسلّم قيمة يوم الأداء أو إبراء الضامن من ضمانه أي أنّهم جعلوا للضامن حقّ إفراغ ذمّته ولكن ذمّته مشغولة بالمثل ويفرغها بأداء قيمة يوم الأداء.

هذا تمام الكلام بلحاظ مقتضى القواعد الأولى باعتبار الارتكاز العقلائي

وإن لم يكن هناك ردع على ذلك أمكن إلباس ذلك ثوب الشرعية إما من باب أنّ عدم الردع دليل الإمضاء أو من باب أن هذا الارتكاز العقلائي قد حدّد الحقوق العقلانية في المقام لكلا الطرفين فمخالفة الحدّ من هذا الطرف أو ذاك الطرف تعتبر ضرراً عقلاً منفياً بقاعدة لا ضرر.

وأما إذا لاحظنا الأدلة اللفظية للضمان فذاك الارتكاز العقلائي الذي عرفته يؤثر في صرف ظهورها إلى نفس ما قام عليه الارتكاز.

مقتضى الروايات المتفرقة :

يبقى الكلام في أنّه قد يدعى أنّ قيمّة القيمات ثبتت بالروايات المتفرقة في الأبواب المختلفة.

وقد اختار السيد الخوئي في المحاضرات^(١) : أنّ الانتقال إلى القيمة يختص بفرض فقدان المثل فإذا وجد صدقة المثل عند الضامن مثلاً لم ينتقل إلى القيمة حتى في القيمات، لأنّ الارتكاز العقلائي يقتضي ضمان المثل لدى إمكان أدائه والروايات ليس فيها إطلاق فتحمّل على فرض تعذّر المثل ولكنه اختار في المصباح^(٢) أنّ الروايات مطلقة وإنّ الارتكاز العرفي على ضمان القيمة في القيمات أيضاً مطلق، اذن فالمضمون في القيمات هي القيمة ولو وجد المثل صدقة.

أقول : لو وجدت رواية تذكر ضمان القيمة ويكون مقتضى إطلاقها الأولي ضمان القيمة حتى في فرض وجود نادر للمثل فالارتكاز الذي ادعيناه مطلقاً وادّعاه في المحاضرات في خصوص فرض وجدان المثل يصرف ذاك الإطلاق عن هذا الفرض.

(١) راجع المحاضرات ٢ : ١٩١ و ١٩٥.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٣ : ١٧٤ - ١٧٦.

ومن هنا يتضح أنّ مجرد وجود رواية تحكم بوجوب دفع القيمة ليس دليلاً على قيمة بعض الأمور لأنّه من المحتمل أن يكون المضمون هو المثل وأن يكون الحكم بوجوب دفع القيمة من باب تعذر المثل فتكون عليه قيمة يوم الأداء. وعليه فلا يمكننا التمسك لإثبات قيمية بعض الأمور بالروايات إلا إذا كان مفادها الحكم بقيمة يوم التلف أو يوم الغصب مثلاً فيقال مثلاً: إنّ هذا دليل على قيمية ذاك الشيء إذ لو كان الثابت في الذمة هو المثل لكان المترقب أن يكون عليه أداء قيمة يوم الأداء.

وبعد فالصحيح عدم وجود رواية تامّة السند تدلّ على قيمة بعض الأشياء كما يتضح ذلك بذكر نموذج ممّا تنوّه دلالته على ذلك :

فمنها - روايات عتق أحد الشريكين أو الشركاء نصيبه من العبد الدالة على ضمان المعتق قيمة حصص الباقيين أو استسعاء العبد لتحصيل القيمة^(١).

وأكثر هذه الروايات ليس فيها تصريح بغير قيمة يوم الأداء وقد قلنا: إنّ مجرد ذكر القيمة ليس دليلاً على القيمة خصوصاً أنّ في مورد هذه الروايات لعلّه لا يحتمل إمكان تحصيل المثل فمن الطبيعي الانتقال في مقام الأداء إلى القيمة. نعم بعض هذه الروايات ورد فيها التصريح بقيمة يوم العتق فقد يتمسك بها لإثبات ضمان القيمة لأنّه لو كان المثل هو المضمون كان المترقب أن تكون عليه قيمة يوم الأداء لا قيمة يوم العتق وتلك الروايات المصرّحة بقيمة يوم العتق ما يلي :

١- ما عن محمد بن قيس بسند تام عن أبي جعفر عليه السلام قال : من كان شريكاً في عبد أو أمة قليل أو كثير فاعتق حصّته ولم يبعه فليشتره من صاحبه فيعتقه كله

وإن لم يكن له سعة من المال نظر قيمته يوم اعتق ثم يسعى العبد في حساب ما بقى حتى يعتق^(١).

إلا أن هذا الحديث وإن ذكر قيمة يوم العتق إلا أنه لم يجعلها على عاتق المثلث أو من هو بمنزلة المثلث وهو الذي اعتق حصته، وإنما حكم على المعتق بشراء باقي الحصص وهذا إن لم يكن منصرفاً إلى شرائه بقيمة يوم الشراء فليس منصرفاً إلى شرائه بقيمة يوم العتق، أما العبد الذي يستسعى فليس ضامناً أصلاً فالرواية اجنبية عما نحن فيه اللهم إلا أن يدعى مجرد إشعارها بالمقصود بدعوى أنه لو لم يكن ضمان العبد بقيمة يوم العتق لما كان يبدو للذهن وجه في استسعائه بقيمة يوم العتق.

٢- ما عن محمد بن قيس بسند تام عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في عبد كان بين رجلين فحرّر أحدهما نصفه وهو صغير وأمسك الآخر نصفه حتى كبر الذي حرّر نصفه قال يقوم قيمة يوم حرر الأول وأمر المحرّر أن يسعى في نصفه الذي لم يحرّر حتى يقضيه^(٢).

وهذا أيضاً يأتي فيه نفس النقاش الذي ذكرناه في الحديث الأول فإن قيمة يوم العتق لم يجعلها على عاتق المعتق بل جعلها مبلغ استسعاء العبد، والعبد ليس ضامناً كما هو واضح فلو فرضت في الحديث رائحة الدلالة على المقصود فليست بأكثر من الإشعار.

٣- ما عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم ورثوا عبداً جميعاً فاعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي اعتق نصيبه منه ؟ هل

(١) الوسائل ١٦ : ٢١، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر، الحديث ٤.

يؤخذ بما بقي ؟ فقال : نعم يؤخذ بما بقي منه بقيته يوم اعتق^(١) وهذا فرقه عن الحديثين السابقين أنه جعل قيمة يوم العتق على المعتق الذي هو بمنزلة المتلف إلا أنّ جملة « منه بقيته يوم اعتق » أنّما وردت في نسخة الكافي^(٢)، وسند الكافي ضعيف بـ (معلّى) بن محمّد ولم ترد في نسخة التهذيب^(٣) الذي يكون سنده تامّاً، على أنّ نصّ الكافي أيضاً يبدو وجود الخلاف بين نسخه فإنّ صاحب الوسائل الذي نقل النص عن الكافي اقتصر على قوله : « نعم يؤخذ بما بقي منه » ثم قال في هامش المخطوط : في نسخة زيادة : « بقيته يوم اعتق »^(٤).

ومنها - ما عن السكوني بسند فيه النوفلي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّ أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين فقال أمير المؤمنين عليه السلام يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن فقل : يا أمير المؤمنين لا يدرى سفرة مسلم أو سفرة مجوسيّ فقال : هم في سعة حتى يعلموا^(٥) والحديث ظاهر في إرادة قيمة يوم الأكل.

إلا أنّ الظاهر اجنبية الحديث عمّا نحن فيه لأنّ الظاهر أنّ المقصود بالتقويم ثم الأكل أنّهم يتملّكون الطعام بقيته ثم يأكلون لا انهم يأكلون مال الناس فيضمنون فتكون عليهم قيمة يوم الإلتاف.

(١) الوسائل ١٦ : ٢٢، الباب ١٨ من أبواب العتق، الحديث ٦.

(٢) ٦ : ١٨٣، باب المملوك بين شركاء يعتق أحدهم نصيبه أو يبيع، الحديث ٦.

(٣) الجزء ٨، الحديث ٧٨٤.

(٤) راجع الهامش في نسخة آل البيت.

(٥) الوسائل ١٧ : ٣٧٢ - ٣٧٣، الباب ٢٣ من أبواب اللقطة.

ومنها - روايات نكاح الأمة المسروقة الدالة على أداء قيمة الولد^(١).

ولكن يمكن تطبيقها على قيمة يوم الأداء إن لم نقل بانصرافها إلى ذلك كما لا يتصور عادة إمكانية أداء المثل فمن الطبيعي الانتقال إلى أداء القيمة فهذه الروايات أيضاً أجنبية عن المقام.

ومنها - روايات وقوع التهاثر بين الدين والرهن التالف عن تقصير^(٢) فلولاً كون الرهن قيمةً لكان المترقب عدم التهاثر واسترجاع الدين وإرجاع مثل العين المرهونة.

وبطلان الاستدلال بهذه الروايات واضح جداً إذ لو فرضت دلالة هذه الروايات على القيمة لدلت على قيمة كل شيء لأن العين المرهونة غير مشخصة في هذه الروايات فقد تكون ممّا يكثر مثلها كما قد تكون ممّا لا مثل لها.

والواقع أنّ مفاد هذه الروايات هو أنّه كما كانت العين المرهونة رهناً في مقابل الدين أي أنّه إذا لم يؤدّ الدين أقتصّ من العين المرهونة كذلك الدين رهن في مقابل العين المرهونة أي أنّها لو تلفت بتقصير اقتصّ من الدين فالتهاثر يكون في المقام على أساس التراهن المفروض شرعاً في المقام لا على أساس قيمة العين المرهونة.

ومنها - صحيحة أبي ولّاد^(٣) حيث جاء فيها : قلت له : رأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته فيقال : إنّ هذا يعني

(١) الوسائل ١٤ : ٥٩٠ ، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء .

(٢) الوسائل ١٣ : ١٢٥ - ١٣٠ ، الباب ٥ و ٧ من أبواب الرهن .

(٣) الوسائل ١٣ : ٢٥٥ - ٢٥٧ ، الباب ١٧ من أبواب الاجارة ، الحديث ١ .

وجوب أداء قيمة يوم الغضب وهذا يدلّ على كون البغل قيمياً إذ لو كان مثلياً لكان المترقّب أن يكون عليه قيمة يوم الأداء لا قيمة يوم الغضب .

إلاّ أنّ هناك نكتتين تثيران الانتباه في هذه الرواية :

الأولى - أنّ المترقّب على تقدير قيمة البغل أن تكون العبرة بقيمة يوم التلف لأنّه يوم الانتقال إلى القيمة فياترى لماذا فرض في الحديث أنّ العبرة بقيمة يوم الغضب ؟ !

والثانية - لماذا جعلت العبرة في الحديث في قيمة التالف بقيمة يوم الغضب وفي الارش بقيمة يوم الأداء حيث قال : عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه ؟ ! فأيّ فرق بين فرض التلف وفرض العيب ؟ ! وجعل يوم الردّ قيداً لخصوص العيب مع فرض كون العبرة بقيمة يوم الغضب أي قيمة العيب الثابت في يوم الردّ بلحاظ سوق يوم الغضب بعيد .

وبالإمكان ان يقال : إنّ اختلاف قيمة البغل خلال خمسة عشر يوماً - وهي المدّة المفروضة في الحديث حيث قال : (وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً) - على أساس التورّم أو على أساس قوانين العرض والطلب بعيد لأنّ التورّم في ذاك الزمان وبحسب الوضع الاقتصادي المبسّط وقتئذٍ لا يحتمل عادة في هذا الوقت القصير ، كما أنّ اختلاف العرض والطلب في هذه المدّة القصيرة أيضاً بعيد لأنّ البغل ليس كالفاكهة مثلاً يفترض أنّه بعد خمسة عشر يوماً راج على الأشجار فكثير استيراده في الأسواق أو انتهى وقته فقلّ وجوده فيها ، وأنما الشيء المترقّب هو اختلاف قيمة البغل باختلاف أوصافه سمناً وهزالاً وصحّة وسقماً وكسلاً ونشاطاً فالمقصود بقيمة البغل يوم المخالفة قيمة البغل في أوصافه التي ثبتت في يوم المخالفة .

وإطلاق الحديث لفرض اختلاف القيمة السوقية باعتبار التورّم أو تبدّل وضع العرض والطلب غير ثابت لا لمجرّد كون هذا فرضاً نادراً حتى يقال: إنّ الندرة لا توجب الانصراف إلّا الانصراف البدوي، بل لما مضى ممّا من دعوى ارتكازية ضمان المثل مطلقاً ونستفيد من الندرة مساعدتها على سهولة الانصراف أي أنّ هذا الارتكاز ان صعب فرضه موجباً للانصراف عن حالة شائعة فلا صعوبة في فرضه موجباً للانصراف عن حالة نادرة.

وإذا فسّرت الرواية بهذا التفسير كان الفرق العقلاني بين فرض التلف ومسألة الأرش واضحاً، فقد جعلت العبرة في ضمان التالف بلحاظ حالات البغل سمناً وهزالاً وصحةً ومرضاً بيوم المخالفة باعتباره يوم الغصب، وجعلت العبرة في الأرش بمدى سعة وضيق الجرح أو الكسر يوم الردّ لأنّه لو توسّع الجرح أو الكسر يوم الردّ كان مضموناً، ولو تضيّق فقد خرج من ضمان ذاك المقدار من الصحة بالتسليم، وكذا أصبحت النكته العقلانية لجعل الضمان مرتبطاً بما في يوم المخالفة دون يوم التلف واضحة؛ لأنّه إن تدهور وضع الحيوان من بعد يوم المخالفة كان التدهور مضموناً على الغاصب، وإن تحسّن وضعه ثمّ تراجع مرّة أخرى، فهذا التحسّن كان تحت رعايته فمن المعقول أن لا يكون مضموناً عليه.

ولنا تقريب آخر لإبطال دلالة هذه الرواية على المقصود وهو أنّ من المحتمل صحّة النسخة التي لم يدخل فيها اللّام على البغل ولعلّها هي النسخة المشهورة فيكون النص هكذا: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» لا «قيمة البغل يوم خالفته» وعلى هذا التقدير من المحتمل كون كلمة البغل غير منوّنة بأن تكون مضافة إلى يوم المخالفة وعلى هذا التقدير من المحتمل أن تكون القيمة مضافة إلى بغل يوم المخالفة لا مضافة إلى البغل مع كون مجموع المضاف والمضاف إليه

مضافاً إلى يوم المخالفة، والفرق بينهما واضح كما يقال في «هذا بيض دجاج زيد»: أننا تارة نفترض أن البيض مضاف إلى الدجاج والدجاج مضاف إلى زيد وهذا يعني أن زيدا له دجاج، ودجاجة قد بيّضت. وأخرى نفترض أن بيض الدجاج مضاف إلى زيد وهذا لا يستلزم كون زيدا مالكا للدجاج بل قد يكون مالكا لبيض الدجاج وقد اشترى البيض من السوق مثلاً فأصبح مالكا للبيض من دون امتلاكه للدجاج، وكذلك الحال في المقام فقد نفترض أن قيمة البغل مضافة إلى يوم المخالفة وهذا يشمل بالإطلاق مثلاً فرض اختلاف القيمة على أساس التورّم أو على أساس قانون العرض والطلب، وقد نفترض أن القيمة مضافة إلى بغل يوم المخالفة فالاختلاف ابتداء بين يوم المخالفة ويوم آخر إنما هو في البغل واختلاف القيمة يكون بتبع اختلاف البغل فلا إطلاق له لغرض اختلاف القيمة على أساس التورّم أو قانون العرض والطلب، وأنما النظر يكون إلى اختلاف القيمة بلحاظ اختلاف أوصاف نفس البغل ومع وجود هذا الاحتمال لا يتم الإطلاق.

وقد تقول: إن الاحتمال الآخر أيضاً ثابت وذلك بأن يكون البغل مع اللّام أو منوّناً أو تكون قيمة البغل مضافة إلى يوم المخالفة فيتمّ الإطلاق فيكون ردعاً عن الارتكاز وهذا وإن لم يزد على مستوى الاحتمال ولكن احتمال الردع كاف في عدم ثبوت الإمضاء، كما أن احتمال الردع في ما مضى روايات عتق الشريك لحصّته من العبد وارد خصوصاً في الرواية الثالثة التي دلّت على نسخة الكافي على ضمان المعتق لقيمة يوم العتق وسند الكافي وإن كان ضعيفاً لكنه يكفي لاحتمال الردع المانع عن القطع بالإمضاء.

ولكنّا نقول: إن هذا المقدار لو كان كافياً للردع عن مثل هذا الارتكاز فأنّا لسنا بحاجة في المقام لإثبات ضمان المثل دائماً أو قل ضمان قيمة يوم الأداء إلى

التمسك بثبوت الإمضاء والقطع بعدم الردع، لما مضى من أن هذا الأمر الارتكازي يكفي في إسباغ الشرعية عليه تثبيته بقاعدة لا ضرر أو الالتفات إلى أن هذا الارتكاز يخلق للأدلة اللفظية للضمان ظهوراً في ضمان المثل أو قل: في ضمان قيمة يوم الأداء، وتلك الأدلة اللفظية لو لم يكن لها إطلاق لكل موارد الضمان كما لو فرض عدم ثبوت إطلاقها لبعض أقسام اليد والتلف مثلاً كفانا عدم احتمال الفرق في انقسام الأمتعة إلى المثلي والقيمي وعدم انقسامها باختلاف موارد الضمان.

ومنها - رواية أبي الورد - قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل عبداً خطأ قال: عليه قيمته ولا يجاوز بقيمته عشرة آلاف درهم، قلت: ومن يقومه وهو ميت؟ قال: إن كان لمولاه شهود أن قيمته كانت يوم قتل كذا وكذا أخذ بها قاتله، وإن لم يكن له شهود على ذلك كانت القيمة على من قتله مع يمينه يشهد بالله ما له قيمة أكثر مما قومتها فإن أبي أن يحلف وردّ اليمين على المولى فإن حلف المولى أعطى ما حلف عليه ولا يجاوز بقيمته عشرة آلاف...»^(١).

وسند الحديث ضعيف بأبي الورد.

وأما من حيث الدلالة فاحتمال الخصوصية في العبد وارد فإن المبلغ الذي يعطيه ليس من باب ضمان التالف بحثاً حتى تحمل عليه موارد ضمان التالف المشابهة بل هو مطعم بعنوان الديّة ولذا قال: «ولا يجاوز بقيمته عشرة آلاف» أي لا يجاوز دية الحر كما ورد هذا المضمون في بعض روايات أخرى^(٢) بل وردت

(١) الوسائل ٢٩: ٢٠٨ - ٢٠٩، الباب ٧ من أبواب ديات النفس، ط. آل البيت عليه السلام.

(٢) راجع الوسائل ٢٩: ٢٠٧ - ٢٠٨، الباب ٦ من أبواب ديات النفس، ط. آل البيت عليه السلام.

في بعضها تسمية قيمة العبد التي تعطى لدى قتله بالدية^(١)، والدية عبارة عن مبلغ من المال تثبت في الذمة بمجرد القتل، ودية العبد عبارة عن قيمته فإن كانت القيمة التي تأتي في الذمة ابتداءً في دية العبد عبارة عن ثمنه يوم قتله لم يدل ذلك على أن ضمان التالف القيمي يكون على العموم بالقيمة في الذمة يوم التلف لا المثل. هذا تمام الكلام في أصل المثلية والقيمة وقد اتضح أن المختار دائماً هو ضمان المثل أو قل: إن المختار هو ضمان المثل لدى وجوده وقيمة يوم الأداء لدى عدم وجود المثل.

وبعد ذلك نشير إلى عدّة تنبيهات:

تنبيهات حول المثل والقيمة:

الأول - إن الأوصاف غير الدخيلة في الرغبات العامة لو كانت دخيلة في الرغبة الشخصية للمالك فظاهر إطلاق عبارة السيد الخوئي عدم ضمانها^(٢) ولكن الظاهر ضمانها لدى إمكان الإرجاع، فإن الارتكاز العقلائي يدل على ذلك في غير مثل القرض الذي تعارف فيه عدم الاهتمام بتلك الأوصاف فأصبح إسقاطها كالشرط في ضمن العقد نعم مع عدم إمكان الإرجاع لا يضمن قيمة بسبب ذلك لأنها ليست دخيلة في تقييم المال.

الثاني - لو وجد المشابه ولم يوجد المثل فهل ينتقل في مقام الأداء إلى المشابه أو إلى القيمة؟

وهذا السؤال ينشق إلى سؤالين:

(١) راجع الوسائل ٢٩: ٢٠٧ - ٢٠٨، الباب ٦ من أبواب ديات النفس، ط. آل البيت عليه السلام.

(٢) راجع المحاضرات ٢: ١٨٦ - ١٨٧.

١- لو طلب المالك القيمة فهل للضامن ان يفرض على المالك القبول بالمشابه أو لا ؟ والجواب بالنفي فللمالك عقلاً ثباتاً أن يقول للضامن أنك بعد ان حرمتني عن امتياز المثل وهو امتياز اشتماله على كل الأوصاف التي كنتُ امتلكها فلي حق المطالبة في المقابل بامتياز القيمة وهو مرونتها وسهولة تبديلها بأي شيء أرغب فيه .

٢- لو طلب المالك المشابه فهل للضامن أن يمتنع عن أداء المشابه ويفرض على المالك أخذ القيمة أو لا ؟ يمكن أن يجاب على ذلك بالإيجاب بدعوى ان فقدان العين يؤدي إلى تبدل المال المملوك للمتلف عنه إلى الكلي في الذمة في دائرة مماثل العين لا إلى الأوسع من ذلك فإذا لم يمكن أداء المثل لم يكن للمالك أن يفرض على الضامن مشابهاً وفرداً من دائرة أوسع من المماثل ، ويمكن أن يجاب على ذلك بالنفي بدعوى الانحلال بمعنى ان جميع أوصاف العين مضمونة فلو تعذر إرجاع بعض الأوصاف كان للمالك حق المطالبة بباقي الأوصاف غير المتعدرة .

ولا يبعد التفصيل بين درجات الشبه وبين بعض الأوصاف والبعض الآخر فكلاً اشتدّ الشبه أو اقترب الفرض الذي يؤديه المشابه إلى الفرض الذي كانت تؤديه العين تقوي الاحتمال الثاني وكلما خفّ ذلك وابتعدت آثار الشبيه عن آثار العين التالفة تقوى الاحتمال الأول .

الثالث - لو انكسرت القيمة السوقية للعين المغصوبة مثلاً لا لتبدل خصوصية في العين وذلك كمن غصب الثلج في شدة الحرّ ثم أرجعه في الأيام الباردة فهل يكون ذلك موجباً للضمان أو لا ؟ ذكر السيد الخوئي : ان انكسار القيمة السوقية لا يضمن وإلا للزم تضمين التاجر المستورد لبضاعة الكاسر بذلك قيمة البضاعة

الموجودة لدى تاجر آخر نعم لو سقط عن المالية نهائياً كما لو برد الجو إلى حدّ لم تبق أيّ قيمة للثلج كان ضامناً ولا يكفيه إرجاع الثلج لأنّ الواجب عليه ردّ المال إلى أهله والثلج قد سقط عن كونه مالاً والواجب عليه أنّما هو ردّ قيمة آخر ساعة من ساعات مالية الثلج لأنّه إلى تلك الساعة لم يكن قد وقع شيء عدا تنزّل القيمة السوقية وقد قلنا بعدم ضمانه فالمالية التي تلفت وهي مضمونة أنّما هي مالية الساعة الأخيرة^(١).

وقد مضى عن استاذنا الشهيد رحمته الله التفصيل بين انكسار القيمة السوقية فحسب كما هو الحال في مثال استيراد البضاعة وانكسار القيمة الاستهلاكية كما في مثال الثلج فالأوّل لا يُضمن ولكن الثاني يُضمن.

وكأن الوجه في هذا التفصيل لو كان مصدر الضمان تطبيق قاعدة لا ضرر على الضرر المالي في المقام هو ما ذكره رحمته الله في بحث لا ضرر من أنّ ذلك نفي للضرر المطلق دون الضرر المقيد أو الضرر المضاف سنخ انصراف أحكام الماء إلى الماء المطلق دون المضاف وانكسار القيمة الاستهلاكية هو الضرر بقول مطلق، أمّا انكسار القيمة السوقية فحسب فإنّما يكون ضرراً من وجهة نظر التجارة ولذا لا يحس غير التاجر بالضرر مهما كثر في السوق ما يماثل البضاعة التي يمتلكها للاستهلاك.

ولو كان مصدر الضمان الارتكاز العقلائي للضمان بعد إثبات إمضائه بعدم الردع أو بتطبيق قاعدة لا ضرر على الضرر الحقيقي بمعنى أنّ سلب الحق العقلائي يعتبر ضرراً منفيّاً بلا ضرر فكأن الوجه في التفصيل هو دعوى اشتمال نفس الارتكاز العقلائي على هذا التفصيل.

(يبقى في المقام شيء) وهو أنّ انكسار القيمة الشرائية للنقد هل يضمن أو لا ؟ قد وردت في الدرهم الذي أسقطه السلطان روايات متعارضة^(١) وذكر الشيخ الطوسي رحمته الله والشيخ الصدوق بعض الوجوه للجمع في ما بينها^(٢) ولكنها وجوه تبرعية .

ولعل مقتضى القاعدة الضمان لأنّ القيمة الاستهلاكية للنقد المتمخّض في النقدية أو الغالب نقديته على كونه بضاعة في ذاته هي نفس قيمته السوقية فيكون انكسارها ضرراً مطلقاً ويكون الارتكاز مساعداً للضمان .

وبهذه المناسبة نذكر أنّه قد يقال في الأوراق النقدية المألوفة اليوم بأن أخذ الزيادة في القرض بمقدار التضخّم وانكسار القوّة الشرائية ليس ربّما لأنّ رأس المال يتمثّل في القوّة الشرائية فلو أخذ ما يساوي القوّة الشرائية سابقاً فقد عمل بقوله تعالى : ﴿ فلكم رؤوس أموالكم ﴾^(٣) .

نعم لو قلنا : إنّ الرصيد حيثية تحليلية لمالية هذه الأوراق وأنّ المال العرفي قد أصبح عبارة عن نفس هذه الأوراق لا القوّة الشرائية التي هي أمر معنوي تقوّى في الذهن إشكال الربا .

الرابع - في بدل الحيلولة . لا إشكال في أنّ ما كان تالفاً أو يعتبر بحكم التلف كالواقع في مكان يأس رجوعه عنه إلى المالك من قبيل ما وقع في البحر يكون مضموناً بالمثل أو القيمة ، أمّا ما لا يكون كذلك لكن تعذّر وصوله إلى المالك في برهة من الزمن على الأقلّ فهل يضمن بدل الحيلولة أو لا ؟

(١) راجع الوسائل ١٢ : ٤٨٨ ، الباب ٢٠ من أبواب الصرف .

(٢) راجع الفقيه ٣ : ١١٨ ، ذيل الحديث ٥٠٤ ، والاستبصار ٣ : ١٠٠ ، ذيل الحديث ٣٤٥ .

(٣) البقرة : ٢٧٩ .

أفضل دليل ذكره السيد الخوئي على ضمان بدل الحيلولة وناقشه هو قاعدة نفي الضرر وأورد عليه بوجوه^(١) :

١- أنّ القاعدة تنفي حكم الموضوع الضري كالوضوء الضري لا الحكم الضري كما في المقام وهذا الإشكال ذكره في المحاضرات^(٢) وانكره في المصباح^(٣).

٢- أنّ القاعدة تنفي الحكم في موارد الضرر ولا تثبت الحكم لنفي ضرر كان يثبت لولاه.

وهذان الإشكالان مبنيان وقد أثبتنا في بحث لا ضرر خلافهما.

٣- النسبة بين الضرر وموارد بدل الحيلولة عموم من وجه فقد يكون زمان الحيلولة قصيراً فلا يلتزم فيه بضمان البدل مع أنّ الضرر متحقق ولو في زمان قصير وقد يكون زمان الحيلولة طويلاً ويلتزم فيه ببطل الحيلولة ولو فرض المالك ثرياً بحيث لا يهتم أبداً بماله المحجوز.

أقول : بالنسبة للشقّ الأوّل نلتزم في موردته بالضمان متى ما صدق الضرر وبالنسبة للشقّ الثاني لو قلنا : إنّ عدم اهتمامه بالمال المحجوز لا يمنع عن صدق الضرر فلا إشكال في المقام ولو قلنا : إنّهُ يمنع عن صدق الضرر أصبح الدليل أخص من المدعى ولكن لا يبطل الدليل من أساسه.

٤- لم نجد أحداً استدللّ بالقاعدة على بدل الحيلولة فيما إذا حال أحد بين

(١) راجع المحاضرات ٢ : ٢٠٧ - ٢١٠ ، ومصباح الفقاهة ٣ : ٢٠٤ - ٢٠٩ .

(٢) المحاضرات ٢ : ٢٠٧ .

(٣) مصباح الفقاهة ٣ : ٢٠٤ .

المالك وماله بمنعه من التصرف بالحبس مثلاً، مع أنّه لا فرق في ذلك بين حبس المالك عن المال أو حبس المال عن المالك.

أقول: إنّ الحكم في كلا الموردين سواء، فعلى الحابس بالدرجة الأولى فكّ ما حبسه فإن كان قد حبس المال عن ماله وجب فكّ الحبس عن المال وإرجاع المال إلى ماله، وإن كان قد حبس المالك عن ماله وجب فكّ المالك وإيصاله إلى ماله لو كان قد أبعد عنه وإذا عجز عن رفع الحاجز بين المال والمالك في كلا الموردين وكان يريد المالك الاستفادة من بدل المال كانت عليه تهئية البدل، ولا أظنّ أنّ المسألة بهذا الشكل مبحوثة في كلمات الأصحاب حتى يستظهر الاتفاق على عدم ضمان بدل الحيلولة في فرض حبس المالك وعجزه عن إرجاعه إلى ماله.

ولا نقصد بضمان بدل الحيلولة الضمان بالمعنى المصطلح الذي هو من الأحكام الوضعية بل نقصد به ما يعمّ مجرد الوجوب التكليفي لدفع البدل إذا أراد المالك وقاعدة لا ضرر هنا لا تثبت أكثر من ذلك.

٥- إن إثبات ضمان بدل الحيلولة بلا ضرر يوجب الضرر على الضامن فيقع التعارض بين الضررين والتساقط.

أقول: إنّ هذا الكلام لا يأتي بشأن الغاصب لأنّ لا ضرر منصرف عن الغاصب وعن أي شخص يكون إجراؤه بشأنه تشجيعاً له في ارتكاب الحرام. وعلى أية حال فهنا وجه آخر لإثبات ضمان الحيلولة غير الوجوه التي ذكرها السيد الخوئي وناقشها وهو الارتكاز العقلائي الممضى بعدم الردع.

والظاهر في الارتكاز أنّ دافع البدل يملك الأصل أي أنّ دفع البدل يكون بملاك المبادلة فقد يقال: لا يجب عليه إرجاع العين إذا رجعت بعد ذلك إلى

حوزته ولكن قد يقال : يجب عليه ذلك إذا كان البذل غير واجد لأوصاف العين كما لو كان عبارة عن القيمة لا المثل وذلك لأنّ تنازل المالك عن تلك الأوصاف أنّما كان عن اضطرار أوجده له الضامن فيكون له بعد زوال العذر حق خيار فسخ المبادلة التي وقعت في زمن العذر.

الخامس - لو لم يوجد المثل إلّا بأكثر من قيمة المثل (لا لارتفاع القيمة السوقية للندرة وإلّا لكانت هي قيمة المثل) لم يجب شراؤه لعدم حكم الارتكاز بذلك ولا ضرر يمنع عن ذلك ولا يعارض بلا ضرر بشأن المالك لأنّه ليس ضرراً مالياً بل هو ضرر حقيقي متوقّف على اعتراف العقلاء بهذا الحق ولا يعترفون به .
إلى هنا ننتهي من كتاب فقه العقود، وأسأل الله تعالى ان يتقبّله خالصاً مخلصاً لوجهه ويجعله ذخراً لي ليوم فاقتي يوم لا ينفع مال ولا بنون إلّا من أتى الله بقلب سليم .

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين .



الفهرست

الفهرست

٧	 شرائط صحّة الإرادة
٧	 ١- الرضا بالنتيجة
٩	 الدليل على بطلان عقد المكره
١٥	 حكم الإكراه بحقّ
١٦	 اشتراط الرضا أو مانعيّة الإكراه
١٨	 ثمرة الخلاف عند وجود المندوحة
٢٠	 حكم المندوحة بالتورية عند الإكراه
٣٢	 أدلّة عدم لحوق التورية بالكذب
٣٤	 التفصيل بين التورية الابتدائيّة وغيرها
٣٧	 فروع بحث الإكراه
٣٧	 الإكراه على الجامع
٥٠	 اختلاف فعل المكره عن مصبّ الإكراه
٥٨	 لحوق الرضا بالعقد بعد الإكراه
٦٨	 ٢- التنجيز

كلمات الأصحاب في شرط التنجيز ٧٣

إبراز الإرادة

١- اعتبار الإبراز وإطلاقه ٨١

٢- اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول ٨٢

أدلة اعتبار الموالاة ٨٢

أدلة عدم اعتبار الموالاة ٩١

المتعاقدان

اعتبار الأهلية في المتعاقدين ٩٧

شرط البلوغ ٩٨

دلالة الكتاب على اشتراط البلوغ ٩٨

دلالة السنة على اشتراط البلوغ ١١٩

ما دلّ على كفاية الرشد ١٣٤

مدى بطلان معاملات الصبي ١٤٢

دعوى كون الصبي مسلوب العبارة ١٥٢

شرط الرشد ١٧٢

البحث الثاني - في شرط الرشد ١٧٢

اعتبار الملكية أو الولاية أو الإذن ١٧٥

أصل اعتبار هذا الشرط ١٧٥

٤٩٣	الفهرست
١٧٥	توضیح المراد بهذا الشرط
١٧٧	الدلیل العام على هذا الشرط
١٧٩	الدلیل الخاص على كفاية إذن المالك
١٨٥	هل يقوم الرضا مقام الإذن
١٩٣	تأخر هذا الشرط عن العقد
١٩٣	لحوق الملك أو الولاية
٢٠١	الإجازة المتأخرة عن العقد
٢٠٣	مصطلح (الفضولي) في الفقهاء الإسلامی والوطني
٢٠٤	تحرير محل النزاع
٢٠٦	القدر المتيقن في العقد الفضولي
٢٠٧	نصوص خاصة في العقد الفضولي
٢٦٨	أدلة بطلان عقد الفضولي
٢٧٨	عقد الفضولي مع سبق منع المالك
٢٧٩	عقد الفضولي لنفسه
٢٩٦	شراء الشيء بدمّة غيره
٢٩٨	الإجازة كاشفة أو ناقلة ؟
٢٩٩	مقتضى القواعد والأدلة العامة
٣١٣	مقتضى الأدلة الخاصة
٣٣٣	الكشف الحقيقي أو الحكمي ؟
٣٣٦	ثمرات القول بالكشف والنقل
٣٨٤	تنبيهات

محلّ العقد

الركن الرابع المحلّ ٤٠٩

الفصل الثالث

المقبوض بالعقد الفاسد

- ٤١٣ ما ورد في الفقه الوضعي
- ٤١٤ جواز التصرف وعدمه
- ٤١٦ الضمان وعدمه
- ٤١٦ مقتضى الروايات الخاصّة
- ٤١٩ مقتضى القواعد العامّة
- ٤٢٨ بعض النقوض على قاعدة ما لا يضمن
- ٤٤١ وجوب الردّ إلى المالك وعدمه
- ٤٥٣ ضمان المنافع
- ٤٥٣ المنافع المستوفاة
- ٤٦٥ المنافع غير المستوفاة
- ٤٦٧ المثل في المثلي والقيمة في القيمي
- ٤٦٨ مقتضى الارتكاز العقلاني
- ٤٧٣ مقتضى الروايات المتفرقة
- ٤٨٢ تنبيهات حول المثل والقيمة